

# Juris<sup>®</sup> Die Monatszeitschrift

JM 12 | DEZEMBER  
2020

Beilage zum Anwaltsblatt

## Topthema:

### Die Welt zu Gast im digitalen Kinderzimmer

Dr. Marie Herberger, LL.M.

## Interview:

### „Das Recht ist für alle gleich, der Richter aber nicht“

VRILG a.D. Leonhard Schmidt

## In dieser Ausgabe:

### Update Schönheitsreparaturen in der Wohnraummiete

VPräs'inAG Dr. Beate Flatow

### Das „Würzburger Baby“ – Rechtsfragen des Betreuungsrchts und der Leistungsansprüche eines Nasciturus in der Gesetzlichen Unfallversicherung

Prof. Dr. Ingo Palsherm

### Überlegungen zu § 13 VStGB: Entstehungshintergrund und anwendungspraktische Perspektive

RA PD Dr. Peter Rackow



## Eine Gemeinschaft, geschmiedet zu Ihrem Vorteil.

35 Jahre intelligentes juris Wissen, vernetzt mit der marktführenden Fachliteratur der jurisAllianz Partner, ermöglicht allen Juristen und Rechtsanwendern die verlagsübergreifende Recherche – einfach, schnell, lückenlos und rechtssicher. Profitieren auch Sie von der starken jurisAllianz!

[www.juris.de/allianz](http://www.juris.de/allianz)

# jurisAllianz

Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.

**Juris**<sup>®</sup>  
Das Rechtsportal

**ottoschmidt**

DE GRUYTER

**ESV** ERICH  
SCHMIDT  
VERLAG

**C.F. Müller**

**rehm**

**STOTAX**  
Stollfuß Medien

**Reguvis**

**dfv** Mediengruppe

**DeutscherAnwaltVerlag**

**DeutscherNotarVerlag**

**IWW**  
INSTITUT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Topthema:

Zivil- und Wirtschaftsrecht

**Die Welt zu Gast im digitalen Kinderzimmer – ein Orientierungsversuch aus familienrechtlicher Sicht**

Dr. Marie Herberger, LL.M.

S. 442

**Update Schönheitsreparaturen in der Wohnraummiete – zugleich eine Anmerkung zu BGH, Urt. v. 08.07.2020 - VIII ZR 163/18 und VIII ZR 270/18**

VPräs'inAG Dr. Beate Flatow

S. 449

**Anforderungen an die Einwilligung bei Online-Werbung („Cookie Einwilligung II“)**

BGH, Urt. v. 28.05.2020 - I ZR 7/16

Wiss. Mit. Jonas Baumann, LL.M. (Johannesburg)

und Wiss. Mit. Andreas Sesting

S. 455

**Problematik des Sachmangelbegriffs beim Pferdekauf und Anwendbarkeit der Vermutungswirkung des § 477 BGB**

BGH, Urt. v. 27.05.2020 - VIII ZR 315/18

Dipl.-Jur. Carolin Maus, Lic. en droit

S. 458

**Der Elektronische Rechtsverkehr im Echtbetrieb – von der (fehlenden?) Bedeutung des richtigen Dateiformats**

LG Mannheim, Urt. v. 04.09.2020 - 1 S 29/20

VPräsLG Holger Radke

S. 461

Sozialrecht

**Das „Würzburger Baby“ – Rechtsfragen des Betreuungsrechts und der Leistungsansprüche eines Nasciturus in der Gesetzlichen Unfallversicherung**

Prof. Dr. Ingo Palsherm

S. 463

# INHALT

## AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

### Verwaltungsrecht

#### **Dieselfahrer erneut ausgebremst?**

BVerwG, Urt. v. 27.02.2020 - 7 C 3/19

RiBVerwG a.D., RA Dr. Stephan Gatz

S. 469

#### **Fehlertoleranzschwellen im kommunalen Gebührenrecht**

BVerwG, Urt. v. 27.11.2019 - 9 CN 1/18

RiBVerwG Dr. Peter Martini

S. 471

### Steuerrecht

#### **Keine Gemeinnützigkeit bei überhöhten Geschäftsführervergütungen**

RiBFH Dr. Gerhard Michel

S. 474

### Strafrecht

#### **Überlegungen zu § 13 VStGB: Entstehungshintergrund und anwendungspraktische Perspektive**

RA PD Dr. Peter Rackow

S. 476

### INTERVIEW

#### **„Das Recht ist für alle gleich, der Richter aber nicht“**

Interview mit:

VRiLG a.D. Leonhard Schmidt

S. 481

## Recht digital



**Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Winterhoff,**  
Hamburg

Die Digitalisierung macht vor kaum einem Lebensbereich halt. In Gestalt des Smartphones steckt sie nicht nur in fast jeder Jacken-, Hosen- oder Handtasche, sondern ist mittlerweile auch in den Kinderzimmern der Republik angekommen. Die digitalen Geräte im Kinderzimmer sind vielgestaltig. Sie reichen vom internetbasierten Babyphone über smarte Puppen und andere Spielzeuge, die mit dem Kind interagieren und die Kommunikation ins Internet übertragen können, bis hin zum onlinefähigen Computer. Das Kinderzimmer ist dadurch zu einem Ort der Begegnung mit dem Internet geworden – was zwangsläufig auch die Rechtswissenschaften auf den Plan ruft. Eine familienrechtliche Betrachtung der immer stärkeren Digitalisierung der Kindheit unternimmt Dr. Marie Herberger in unserem Top-Beitrag „Die Welt zu Gast im digitalen Kinderzimmer“. Den Ausgangspunkt ihrer rechtlichen Überlegungen bildet die dem Kindeswohl verpflichtete elterliche Sorge gem. §§ 1626 ff. BGB. Aus ihr folgt laut Herberger eine Pflicht der Eltern, sich mit den Risiken zu beschäftigen, die mit der Nutzung digitaler Geräte verbunden sind. Die Eltern seien nach § 1631 BGB nicht nur zur Begleitung und ggf. Kontrolle der Nutzung digitaler Medien verpflichtet, sondern müssten – gewissermaßen schon einen Schritt vorher – in jedem Einzelfall kritisch prüfen, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen dem Kind überhaupt ein internetfähiges Gerät überlassen wird. Diesen Ansatz buchstabiert Herberger sodann insbesondere im Hinblick auf die Nutzung sozialer Netzwerke weiter aus. Eingegangen wird dabei auch auf

die umstrittene Frage, ob den Eltern eine vollständige Überwachung des Kommunikationsverhaltens ihres Kindes erlaubt bzw. inwieweit eine entsprechende Kontrolle zulässig ist.

Das aktuelle Heft der jM widmet sich darüber hinaus zwei weiteren Themen aus der digitalen Welt. So nehmen zum einen Jonas Baumann und Andreas Sesing ein aktuelles Urteil des BGH zum Anlass, die Anforderungen an die Einwilligung in Online-Werbung u.a. in Gestalt der Zulassung von Cookies zu analysieren. Der BGH hat insoweit entschieden, dass ein voreingestelltes Ankreuzkästchen (sog. Opt-in-Lösung) mit den (unions- bzw. datenschutz-)rechtlichen Vorgaben unvereinbar ist. Zum anderen behandelt unser Mitherausgeber Holger Radke zum wiederholten Mal Fragen aus dem Bereich des elektronischen Rechtsverkehrs. Seine Anmerkung zu einem Urteil des LG Mannheim aus dem September dieses Jahres betrifft die Vorgabe des § 130a Abs. 2 Satz 1 ZPO, dass elektronische Dokumente für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet sein müssen. Dieser Anforderung genügen allein Dateien im PDF- oder TIFF-Format, nicht aber Word-Dokumente. Das LG Mannheim hat gleichwohl eine Word-Datei akzeptiert, weil diese mit der eingesetzten Gerichtssoftware bearbeitbar sei. Radke mahnt zur Vorsicht, weil andere Gerichte diese Frage durchaus abweichend beurteilen könnten.

Selbstverständlich dürfen auch „analoge“ Themen nicht fehlen. So finden Sie auf den folgenden Seiten Aufsätze zum Dauerbrenner Schönheitsreparaturen in der Wohnraummiete, zu betreuungs- und sozialrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Entbindung eines Babys durch eine hirntote Mutter und zu dem neu in das Völkerstrafgesetzbuch aufgenommenen Verbrechenstatbestand der Aggression. Weiterhin enthält die vorliegende Ausgabe der jM außer diversen weiteren Entscheidungsanmerkungen u.a. aus dem Verwaltungs- und dem Steuerrecht ein leenswertes Interview mit einem langjährigen Strafrichter. Er reflektiert nicht nur darüber, wie sich der Strafprozess während seiner Dienstzeit verändert hat, sondern geht auch auf die Themen Konfliktverteidigung und elektronische Aktenführung nebst audiovisueller Aufzeichnung der Hauptverhandlung sowie auf die von ihm nach der Wiedervereinigung geleistete Dienstzeit in den Neuen Bundesländern ein.

Eine ertragreiche Lektüre der vorliegenden Ausgabe der jM sowie wünscht Ihnen – auch im Namen der anderen Herausgeber und Experten – Ihr

Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Winterhoff

## Die Welt zu Gast im digitalen Kinderzimmer

### – ein Orientierungsversuch aus familienrechtlicher Sicht

Dr. Marie Herberger, LL.M.

#### A. Einleitung

Das Internet ist für viele Erwachsene schon lange kein Neuland mehr. Für Kinder ist die Situation je nach Altersstufe unterschiedlich. Sie kommen in der heutigen Zeit schon früh mit den neuen Medien in Berührung. Das Kinderzimmer ist zu einem Ort der Begegnung mit dem Internet geworden. Auch wenn die Welt im Kinderzimmer eine eigene ist, so ist diese doch nicht mehr isoliert. Kinder sind jedoch – besonders in jungen Jahren – aufgrund mangelnder Erfahrung häufig nicht in der Lage, die mit den neuen Medien verbundenen Risiken adäquat einzuschätzen. Hier sind die Eltern gefordert. Allerdings kann ihnen die Medienkompetenz fehlen, wenn sie das Internet zwar kennen und nutzen, aber nicht das nötige Detailwissen für eine sachgerechte Orientierung rund um die neuen Medien haben. Dieses kann in familiengerichtlichen Verfahren zu einer besonderen Verantwortung für das Gericht führen.

#### B. Gäste im Kinderzimmer

Die neuen Medien bringen es mit sich, dass Dritte – eingeladen oder auch uneingeladen – zu Gast in den Kinderzimmern sein können. Insofern ist die elterliche Verantwortung gefragt. Den Eltern obliegt nach § 1626 Abs. 1 BGB die elterliche Sorge. Oberste Richtschnur für die Ausübung der Elternverantwortung ist das Kindeswohl.<sup>1</sup> Dazu gehört auch der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Kinder, Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.<sup>2</sup> Zwar gelten die Grundrechte im Verhältnis zwischen Privatpersonen nicht unmittelbar. Sie haben aber als Wertentscheidungen über Generalklauseln auch eine Ausstrahlungswirkung auf das Zivilrecht.<sup>3</sup> Nach § 1626 Abs. 2 BGB müssen Eltern bei der Pflege und Erziehung ihrer Kinder die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbständigem verantwortungsbewusstem Handeln berücksichtigen. Dazu gehört, dass sie mit dem Kind – jeweils nach dessen individuellem Entwicklungsstand – Fragen der elterlichen Sorge besprechen und eine einvernehmliche Lösung anstreben (Grundsatz der partnerschaftlichen Erziehung). Um eine am Kindeswohl orientierte Entscheidung zu treffen, müssen Eltern sich freilich mit den Risiken beschäftigen, die potenziell mit der Nutzung neuer Medien verbun-

den sind. Nur so können sie ihrer aus § 1631 Abs. 1 BGB folgenden Aufsichtspflicht gerecht werden. Sollten sie dazu nicht in der Lage sein, sind grds. nach § 1666 BGB gerichtliche Maßnahmen möglich, um eine Gefährdung des Kindeswohls durch neue Medien zu vermeiden.<sup>4</sup>

#### I. Spielzeuge im Kinderzimmer

Diese erste Fallgestaltung bezieht sich auf eine Situation, in der Kinder – ohne ausdrückliche Einladung – Besuch in ihren Kinderzimmern erhalten. Dass Spielzeuge sich im Kinderzimmer befinden, ist keine Neuigkeit. Dafür wurden die Kinderzimmer geradezu erfunden. Sie sollten ursprünglich das ruhige Spielen in einer geschützten privaten Atmosphäre ermöglichen. Jedoch haben sich die Spielzeuge in den letzten Jahren verändert. Das ist zwar nicht auf den ersten Blick zu erkennen, weil Kinder nach wie vor bspw. mit Autos und Kuscheltieren spielen. Jedoch befindet sich in diesen Spielzeugen heutzutage häufig versteckte Technik. Immer mehr Spielzeuge lassen sich digital steuern, abhören oder überwachen. Für solche Spielzeuge hat sich der Begriff „Smart Toys“ etabliert.<sup>5</sup> Der werblich orientierte Zusatz „smart“ verstellt den Blick auf diese gefährliche Dimension.<sup>6</sup>

#### 1. Überwachung durch Dritte

Besondere mediale Aufmerksamkeit hat im Jahre 2017 die Diskussion rund um die smarte Puppe „My friend Cayla“ erfahren.<sup>7</sup> Stefan Hessel hatte entdeckt, dass diese „smar-

1 BVerfG, Beschl. v. 18.05.2009 - 1 BvR 142/09; BGH, Urt. v. 06.02.2019 - XII ZB 408/18; Döll in: Erman, BGB, § 1626 Rn. 3.

2 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 13.05.1986 - 1 BvR 1542/84.

3 Rake, FamRZ 2018, 1717.

4 Vgl. dazu unten unter B. IV.

5 BT-Drs. 19/9456, S. 1.

6 Wenn der Begriff „Smart Toys“ im Folgenden dennoch verwendet wird, geschieht dies nur aus Gründen der Abkürzung. Man sollte in juristischen Diskursen die Rhetorik marketingmäßiger Begriffe nicht unterschätzen.

7 Vgl. z.B. Krempel, <https://web.archive.org/web/20190909030103/www.heise.de/newsticker/meldung/Smart-Toys-Bundesnetzagentur-liess-400-Kaufangebote-im-Netz-loeschen-3816717.html>; Kühl, <https://web.archive.org/web/20190710153635/www.zeit.de/digital/datenschutz/2017-02/my-friend-cayla-puppe-spion-bundesnetzagen>

te“ Puppe zum Abhören benutzt werden konnte. Cayla kann via Bluetooth mit dem Smartphone, auf dem eine spezielle App installiert werden muss, verbunden werden. Für die Nutzung einiger Funktionen ist ein Internetzugriff über das Smartphone notwendig, was zur Installation dieser App motiviert.<sup>8</sup> Der mögliche Überwachungsvorgang gestaltet sich wie folgt:

Dritte, die sich in einem Radius von etwa zehn Metern aufhalten, können sich mit der Puppe verbinden. Das ist bspw. mit einem Mobiltelefon möglich. Dabei erfolgt der Verbindungsaufbau ohne Authentifizierung, es wird also kein Passwort benötigt. Durch diese Verbindung kann sowohl auf das Mikrofon als auch auf die Lautsprecher in der Puppe zugegriffen werden.<sup>9</sup> Auf diese Weise können sich Dritte also heimlich selbst in das Kinderzimmer einladen. Sie können nicht nur die Kommunikation des Kindes überwachen, sondern auch aktiv mit dem Kind kommunizieren.<sup>10</sup> Besonders problematisch ist, dass sich dieses Szenario von den Eltern unbeobachtet abspielt. Aus einer solchen Kommunikation können sich durch Einfluss auf das Verhalten des Kindes auch Auswirkungen in der realen Welt ergeben. Der nicht eingeladene „Gast“ wird so zum gefährlichen Eindringling.

Aus diesem gesamten von ihm beobachteten Potenzial zog Stefan Hessel die Konsequenz, dass man es im Ergebnis mit einer verbotenen Sendeanlage i.S.v. § 90 TKG zu tun habe.<sup>11</sup> Diese Auffassung hat sich die Bundesnetzagentur zu Eigen gemacht.<sup>12</sup>

Smart Toys werfen folglich nicht nur Fragen in den Bereichen des Rechts der IT-Sicherheit, des Verbraucherschutz- und Datenschutzrechts sowie im Haftungsrecht auf.<sup>13</sup> Vielmehr stellt sich auch die Frage nach der Reichweite der elterlichen Sorge, § 1626 BGB. Teil der Personensorge ist die Aufsichtspflicht, § 1631 Abs. 1 BGB. Diese hat eine doppelte Schutzrichtung: Zum einen soll das Kind vor Selbstgefährdung geschützt werden. Zum anderen soll das Kind vor Gefährdungen durch Dritte geschützt werden.<sup>14</sup> Wenn sich Dritte in Spielzeug der Kinder „einhacken“, droht eine Gefährdung des Kindes durch diese Dritten. Die Eltern sind gehalten, dieser Gefährdung entgegen zu wirken. Dies setzt voraus, dass sich Eltern mit den potenziellen Risiken von Smart Toys beschäftigen. Den Kindern dürfen dann nur solche Spielzeuge überlassen werden, die ausreichend gegen den Zugriff unbefugter Dritter gesichert sind. Auch danach müssen Eltern die weitere Entwicklung im Auge behalten und sich fortlaufend informieren, um ggf. einschreiten zu können, falls neue Erkenntnisse rund um das überlassene Spielzeug bekannt werden.

## 2. Überwachung durch Eltern

Elektronische Geräte können auch dazu verwendet werden, die eigenen Kinder heimlich zu überwachen (Monito-

ringfunktion).<sup>15</sup> Ein harmloser Fall ist das sog. Babyphone, dessen Nutzung im Regelfall aus gesundheitlichen Gründen angezeigt sein kann. Anders sieht es bei bestimmten Smart Toys aus. Diese erlauben eine Überwachung im heimischen Kinderzimmer, was unter dem Blickwinkel der Reichweite der elterlichen Sorge nicht unproblematisch ist.<sup>16</sup> Mit solchen Werkzeugen können Eltern ihre Kinder – wenn diese das jeweilige Spielzeug mitführen – sogar aus der Ferne beobachten, z.B. wenn sie Freunde besuchen. Dabei können Straftatbestände wie die Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes nach § 201 StGB<sup>17</sup> oder des Ausspähens von Daten nach § 202a StGB verwirklicht sein.<sup>18</sup>

## II. Öffentlichkeit zu Gast im Kinderzimmer

In dieser Fallgestaltung werden Dritte ausdrücklich als Publikum eingeladen, einen Besuch im Kinderzimmer abzustatten. Die Einladung ist aber nicht auf ein Treffen in der analogen Welt bezogen. Vielmehr erfolgt der Besuch virtuell durch die Übertragung eines Videos aus dem Kinderzimmer: Kinder werden in diesem Falle gewissermaßen als Programmgestalter tätig und können sog. Influencer werden.<sup>19</sup>

Unter einem Influencer wird eine Person verstanden, die aus eigenem Antrieb Inhalte zu einem Themengebiet in hoher und regelmäßiger Frequenz veröffentlicht und auf diese Weise eine soziale Interaktion initiiert.<sup>20</sup> Dadurch dass Influencer ihre Videos zu Hause drehen, geben sie ihrer Community ungeniert Einblicke in ihr persönliches Umfeld und ihr Privatleben.<sup>21</sup> Die deutschen Nachwuchs-Influencer, die

tur; Pritzkow, <https://web.archive.org/web/20201015141806/www.mdr.de/medien360g/medienwissen/digital-immigrants-internet-der-spielzeuge-102.html> (jeweils zuletzt abgerufen am 15.10.2020). Sogar der Bundestag hat sich mit der Puppe „My friend Cayla“ beschäftigt, BT-Drs. 18/8317.

8 Hessel, JurPC Web-Dok. 13/2017.

9 Vogelgesang/Hessel, ZD 2017, 269, 270.

10 Vgl. dazu umfangreich Hessel, JurPC Web-Dok. 13/2017. Siehe auch Schwenke, K&R 2017, 297 ff.

11 Hessel, JurPC Web-Dok. 13/2017.

12 [https://web.archive.org/web/20201016071926/https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Allgemeines/Presse/Pressemitteilungen/2017/27012017\\_cayla.pdf;jsessionid=67EF96A7EA46455A6BA-49B2AE6EABB70?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://web.archive.org/web/20201016071926/https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Allgemeines/Presse/Pressemitteilungen/2017/27012017_cayla.pdf;jsessionid=67EF96A7EA46455A6BA-49B2AE6EABB70?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt abgerufen am 15.10.2020).

13 So die beispielhafte Aufzählung in BT-Drs. 19/9456, S. 1.

14 Hamdan in: juris PK-BGB, § 1631 Rn. 13; Huber in: MünchKomm, BGB, § 1631 Rn. 6; Salgo in: Staudinger, BGB, § 1631 Rn. 31.

15 Vgl. dazu kritisch Hornung, VuR 2018, 41, 42.

16 Vgl. dazu unten B. III.

17 Hornung, VuR 2018, 41, 42.

18 BT-Drs. 19/10090, S. 7.

19 Vgl. dazu umfangreich Götz, FamRZ 2019, 573 ff.

20 Deges, Quick Guide Influencer Marketing, 2018, S. 14.

21 Deges, Quick Guide Influencer Marketing, 2018, S. 20.

teilweise über eine halbe Million Abonnenten verzeichnen können, testen bspw. Spielzeug oder Kosmetikartikel.

In manchen Fällen agieren die Kinder selbstständig, in anderen Fällen unterstützen die Eltern die Aktivitäten der Kinder aktiv. Beide Konstellationen sind rechtlich nicht problemfrei.

## 1. Einladung durch das Kind

### a. Überlassung internetfähiger Geräte

Damit ein Kind als Influencer tätig werden kann, benötigt es ein internetfähiges Gerät. Damit taucht bereits die Frage auf, ob und unter welchen Voraussetzungen Kindern ein solches Gerät überlassen werden darf. Aus dem Grundsatz der partnerschaftlichen Erziehung, der auf § 1628 Abs. 2 BGB gestützt wird, folgt: Ein generelles altersunabhängiges Verbot der Internetnutzung ist nicht zulässig. Die individuelle Einsichtsfähigkeit des jeweiligen Kindes entscheidet darüber, ab wann ihm ein internetfähiges Gerät zur selbstständigen Nutzung überlassen werden darf.<sup>22</sup> Es wird vertreten, dass einem Kind zumindest ab Erreichen des von dem jeweiligen Anbieter (in zulässiger Weise) vorgesehenen Mindestalters die Nutzung des jeweiligen sozialen Netzwerkes zu gestatten ist.<sup>23</sup> Daraus lässt sich ableiten, dass dem Kind dann auch das zur Nutzung erforderliche internetfähige Gerät überlassen werden darf.

Sobald einem Kind ein internetfähiges Gerät überlassen worden ist, ergeben sich aus der Aufsichtspflicht der Eltern nach § 1631 Abs. 1 BGB Verpflichtungen zur Begleitung und ggf. zur Kontrolle der Nutzung. In erster Linie soll das Kind dadurch vor Gefährdungen und Schäden bewahrt werden. Daneben soll aber auch die Schädigung Dritter durch das Kind vermieden werden.<sup>24</sup> Es wird generell eine Verletzung der Aufsichtspflicht angenommen, wenn Eltern ihrem Kind gefährliche Gegenstände oder Spielzeuge überlassen. Aus diesem Grunde kann eine Verletzung der Aufsichtspflicht darin gesehen werden, dass einem Kind ein internetfähiges Gerät zur Verfügung gestellt wird, obwohl dem Kind ausreichende Medienkompetenzen fehlen. Es kann dann angezeigt sein, dem Kind das internetfähige Gerät zu entziehen bzw. bestimmte Apps zu löschen.<sup>25</sup> Jedenfalls sind die Eltern verpflichtet, die Nutzung des internetfähigen Geräts durch das Kind bis zu dessen Volljährigkeit ordentlich zu begleiten und zu beaufsichtigen.<sup>26</sup> Sollten die Eltern selbst bislang nicht über hinreichende Medienkompetenz verfügen, so sind sie verpflichtet, sich die erforderlichen Kenntnisse anzueignen. Nur so können sie ihre Pflicht zur Begleitung und Aufsicht erfüllen.<sup>27</sup>

### b. Anmeldung bei sozialen Netzwerken

Um als Influencer tätig werden zu können, muss sich ein Kind zunächst bei einem sozialen Netzwerk anmelden.<sup>28</sup>

Um sich z.B. bei YouTube registrieren zu können, braucht man ein Google-Konto, welches in Deutschland ein Mindestalter von 16 Jahren voraussetzt.<sup>29</sup> Wer sich bei Facebook anmelden möchte, muss mindestens 13 Jahre alt sein.<sup>30</sup> Gleiches gilt für die Nutzung von Instagram.<sup>31</sup> Umstritten ist allerdings, ob es sich dabei um absolute Altersgrenzen handelt oder ob diese bei Einwilligung der Eltern unterschritten werden können.<sup>32</sup> In der Realität nutzen jedenfalls gegenwärtig viele Kinder, die diese Altersvoraussetzungen nicht erfüllen, die genannten sozialen Netzwerke.

Die Nutzung sozialer Netzwerke gehört zur Entfaltung der Persönlichkeit. Deswegen stellt sowohl der grundsätzliche Ausschluss eines Kindes von sozialen Netzwerken als auch die strikte Überwachung des Kommunikationsverhaltens eines Kindes innerhalb eines sozialen Netzwerkes einen erheblichen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) dar.<sup>33</sup> Unter Berücksichtigung dieses grundrechtlichen Hintergrundes wird angenommen, dass die Grundrechtsmündigkeit den Ausschlag geben soll, ab wann ein Minderjähriger in der jeweils angemessenen Eigenständigkeit soziale Netzwerke nutzen darf.<sup>34</sup> Grundrechtsmündigkeit tritt ein, sobald ein Minderjähriger die geistig-seelische Reife zur Einsicht in die Bedeutung seiner Handlung aufweist.<sup>35</sup> Eltern müssen also im Einzelfall beurteilen, ob ihr Kind den mit der Nutzung so-

22 Götz, FamRZ 2017, 1725, 1726. Für ein Mediennutzungsverbot nur als ultima ratio Rake, FamRZ 2017, 1733, 1734.

23 Rake, FamRZ 2018, 1717, 1719.

24 Döll, FamRZ 2017, 1728, 1730; Kerscher in: BeckOGK, BGB, § 1631 Rn. 44; Veit in: BeckOK, BGB, § 1631 Rn. 6; a.A. Huber in: MünchKomm, BGB, § 1631 Rn. 6.

25 Döll, FamRZ 2017, 1728, 1730.

26 AG Bad Hersfeld, Beschl. v. 15.05.2017 - F 120/17 EASO; AG Bad Hersfeld, Beschl. v. 20.03.2017 - F 111/17 EASO.

27 AG Bad Hersfeld, Beschl. v. 15.05.2017 - F 120/17 EASO; AG Bad Hersfeld, Beschl. v. 20.03.2017 - F 111/17 EASO. Vgl. zu den Grenzen unten B. II. 2. a.

28 Hinsichtlich des Zusatzes „sozial“ bei „Netzwerk“ fällt wiederum die damit verbundene positive Konnotation auf, zu der man terminologisch die nötige rhetorische Distanz wahren sollte. Der Begriff wird im Folgenden mit diesem Vorbehalt benutzt.

29 <https://web.archive.org/web/20200510064404/https://support.google.com/youtube/answer/2802272?hl=de>; <https://web.archive.org/web/20201010233927/https://support.google.com/accounts/answer/1350409> (zuletzt abgerufen am 15.10.2020).

30 <https://web.archive.org/web/20200811014856/www.facebook.com/help/157793540954833> (zuletzt abgerufen am 15.10.2020).

31 [https://web.archive.org/web/20201016074759/www.facebook.com/help/instagram/517920941588885?helpref=hc\\_fnav](https://web.archive.org/web/20201016074759/www.facebook.com/help/instagram/517920941588885?helpref=hc_fnav) (zuletzt abgerufen am 15.10.2020).

32 Vgl. Herberger, jurisPR-FamR 14/2017 Anm. 2.

33 Amend-Traut in: BeckOGK, BGB, § 1626 Rn. 142.

34 Amend-Traut in: BeckOGK, BGB, § 1626 Rn. 142.

35 Amend-Traut in: BeckOGK, BGB, § 1626 Rn. 142.1.

zialer Netzwerke verbundenen Risiken adäquat begegnen kann. Diese Sichtweise zeigt, dass eine generelle Aussage über entsprechende Entwicklungsphasen nicht möglich ist. Es kommt auf die jeweilige Reife des einzelnen Kindes an.

#### aa. Anmeldung aus vertragsrechtlicher Sicht

Wenn sich Minderjährige bei sozialen Netzwerken anmelden wollen, benötigen sie dafür die Zustimmung ihrer Eltern. Diese kann sowohl ausdrücklich als auch konkludent erteilt werden. Allerdings stellt die Zustimmung zur Internetnutzung noch keine konkludente Zustimmung zur Nutzung sozialer Netzwerke dar.<sup>36</sup>

Die Anmeldung bei einem sozialen Netzwerk ist nämlich kein rechtlich lediglich vorteilhaftes Geschäft i.S.v. § 107 BGB. Auch wenn die Nutzung des sozialen Netzwerkes unentgeltlich ist, verpflichtet sich der Nutzer bspw. zur Wahrung des Hausrechts des jeweiligen sozialen Netzwerkes. Zudem werden personenbezogene Daten dem sozialen Netzwerk überlassen. Da im Rahmen von § 107 BGB sämtliche rechtlichen Nachteile bei Vertragsschluss zu berücksichtigen sind und der Abschluss eines Nutzungsvertrages für beide Vertragspartner Rechte und Pflichten begründet, sind für den Minderjährigen rechtliche Nachteile nicht ausgeschlossen.<sup>37</sup>

Man wird des Weiteren nicht annehmen können, dass eine Anmeldung bei einem sozialen Netzwerk nach § 110 BGB analog möglich ist.<sup>38</sup> Es ist nämlich keine mit der Situation des sog. Taschengeldparagrafen vergleichbare Interessenslage erkennbar. Im Anwendungsbereich von § 110 BGB kommt es darauf an, dass dem Minderjährigen Mittel zur freien Verfügung überlassen werden. Durch diese betragsmäßig beschränkte Generaleinwilligung soll dem Minderjährigen ein Handlungsspielraum in Bezug auf einen bestimmten überschaubaren Geldbetrag eingeräumt werden. Dies steht mit dem Minderjährigenschutz im Einklang, weil das Verlustrisiko auf den überlassenen Betrag begrenzt ist. Die unüberschaubaren Gefahren für das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Minderjährigen, die schon im Rahmen der Anmeldung bei sozialen Netzwerken (z.B. durch Profilbildung) entstehen, lassen sich damit nicht vergleichen.<sup>39</sup>

#### bb. Anmeldung aus datenschutzrechtlicher Sicht

Neben der Frage, ab wann eine Anmeldung bei sozialen Netzwerken zulässig ist, muss geklärt werden, ab wann ein Minderjähriger selbst datenschutzrechtliche Einwilligungen erteilen darf. Ausgangspunkt ist Art. 8 Abs. 1 DSGVO. Danach ist die Verarbeitung der personenbezogenen Daten eines Kindes bei einem Angebot von Diensten der Informationsgesellschaft, das einem Kind direkt gemacht wird, rechtmäßig, wenn das Kind das sechzehnte

Lebensjahr vollendet hat und seine Einwilligung gibt. Sollte das Kind das sechzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet haben, ist die Verarbeitung nur rechtmäßig, sofern und soweit die Einwilligung durch den Träger der elterlichen Verantwortung für das Kind oder mit dessen Zustimmung erteilt wird. Jedoch können die Mitgliedstaaten durch Rechtsvorschriften eine niedrigere Altersgrenze vorsehen, die allerdings nicht unter dem vollendeten dreizehnten Lebensjahr liegen darf. Deutschland hat von dieser Öffnungsklausel keinen Gebrauch gemacht, also keine Abweichung vom 16. Lebensjahr als Altersgrenze normiert.<sup>40</sup> Folglich bedarf es in den Fällen, in denen das Kind das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, der Einwilligung der Erziehungsberechtigten.

#### c. Nutzung sozialer Netzwerke

##### aa. Kinder als Influencer

Wenn Kinder als Influencer tätig werden, kann dies zum einen aus Eigeninitiative geschehen, zum anderen auf Veranlassung ihrer Eltern.<sup>41</sup> Hier soll zunächst geklärt werden, welche Anforderungen gelten, wenn Kinder selbstständig als Influencer auftreten.

Nach § 22 Satz 1 KunstUrhG dürfen Bildnisse nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden. Es steht also allein dem Abgebildeten die Befugnis zu, darüber zu entscheiden, ob Bilder von ihm veröffentlicht werden. Dazu gehört auch die Befugnis zu entscheiden, ob Fotos, mithin auch Videos, von ihm ins Internet eingestellt werden dürfen. Wenn die abgebildete Person minderjährig ist, bedarf es zusätzlich der Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters (sog. Doppelzuständigkeit). Das sind grds. die Eltern, § 1629 BGB.<sup>42</sup> Wenn die gesetzliche Vertretung – wie es i.d.R. bei Mutter und Vater der Fall ist – mehreren Personen zusteht, müssen diese gemeinsam zustimmen (vgl. § 1629 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 BGB).

36 Amend-Traut in: BeckOGK, BGB, § 1626 Rn. 143; Jandt/Roßnagel, MMR 2011, 637, 640.

37 Amend-Traut in: BeckOGK, BGB, § 1626 Rn. 143; Müller-Riemenschneider in: Bräutigam/Rücker (Hrsg.), E-Commerce, 7. Teil, Rn. 27.

38 So wohl Auer-Reinsdorff, FPR 2012, 434, 436; Wintermeier, ZD 2012, 210, 213.

39 Amend-Traut in: BeckOGK, BGB, § 1626 Rn. 143; Bräutigam, MMR 2012, 635, 637 f.; Jandt/Roßnagel, MMR 2011, 637, 640; Müller-Riemenschneider in: Bräutigam/Rücker (Hrsg.), E-Commerce, 7. Teil, Rn. 29. Eine unmittelbare Anwendung von § 110 BGB ablehnend Piras/Stieglmeier, JA 2014, 893, 896.

40 Vgl. zu den Altersgrenzen in den einzelnen Mitgliedsstaaten Nebel/Dräger, ZD-Aktuell 2019, 06645.

41 Vgl. zu letzterer Konstellation unten B. II. 2.

42 BGH, Urt. v. 28.09.2004 - VI ZR 305/03.

Die Zustimmung nur eines Elternteils genügt nicht.<sup>43</sup> Die Einwilligung des Minderjährigen setzt dessen Einsichtsfähigkeit voraus. Diese wurde bisher i.d.R. ab einem Alter von 14 Jahren angenommen.<sup>44</sup> Da Minderjährige im Anwendungsbereich der Datenschutzgrundverordnung erst ab 16 Jahren als einwilligungsfähig erachtet werden, muss diese Wertung auf das KunstUrhG übertragen werden.<sup>45</sup>

In der Praxis wird zunehmend deutlich, dass sich viele Eltern der Gefahren nicht bewusst sind, die mit der Veröffentlichung von Fotos im Internet einhergehen. Fotos, die einmal veröffentlicht wurden, lassen sich zwar mittels eines Klicks aus den sozialen Medien löschen. Es ist aber möglich, dass das Foto bereits weiter verteilt wurde. Diese Weiterverbreitung lässt sich technisch nicht mehr einfangen.<sup>46</sup>

Wenn die Eltern keine Einigung erzielen, kann das Familiengericht die Entscheidung nach § 1628 BGB einem Elternteil übertragen, weil die Angelegenheit – die Veröffentlichung von Personenbildnissen im Internet – von erheblicher Bedeutung ist.<sup>47</sup>

In diesem Kontext ist gleichfalls anerkannt, dass im Rahmen der Ausübung der gemeinsamen Sorge bei Getrenntleben der Eltern (§ 1687 BGB) die Veröffentlichung von Fotos eines Kindes im Internet als Angelegenheit anzusehen ist, deren Regelung für das Kind von erheblicher Bedeutung ist.<sup>48</sup> Zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Kindes wird vertreten, dass die Entscheidungsbefugnis regelmäßig dem Elternteil zu übertragen sei, der sich gegen die Veröffentlichung wendet.<sup>49</sup>

Es stellt sich weiter die Frage, ob neben den Anforderungen des KunstUrhG diejenigen der DSGVO zu prüfen sind. Was das Recht am eigenen Bild angeht, ist das Verhältnis zwischen KunstUrhG und DSGVO umstritten. Vieles spricht aber dafür, das KunstUrhG-Regime als vorrangig zu betrachten.<sup>50</sup>

Des Weiteren treffen minderjährige Influencer – genauso wie volljährige Influencer – auf eine Fülle von Rechtsvorschriften, die es einzuhalten gilt.<sup>51</sup> Das Influencer-Marketing bewegt sich also gerade nicht in einem rechtsfreien Raum. Vielmehr gilt es u.a. Vorschriften zum Wettbewerbs-, Telemedien-, Rundfunk-, Urheber- und Markenrecht zu beachten. Die Einhaltung dieser komplexen Vorschriften ist für Kinder ohne Unterstützung nicht möglich. Ob Eltern eine ausreichende Hilfestellung leisten können, ist sehr fraglich, selbst wenn juristische Grundkenntnisse vorhanden sein sollten. Sie sind jedoch – wenn sie diesen Gefahrenbereich im Kinderzimmer eröffnen – gehalten, sich entsprechend zu informieren und ggf. anwaltlichen Rat zu suchen. Ansonsten können gerichtliche Maßnahmen nach § 1666 BGB nicht ausgeschlossen werden. Die Abmahngefahr ist nämlich als Gefahr für das Vermögen der Kinder anzusehen.<sup>52</sup>

## bb. Kinder als Opfer

Im Rahmen der Nutzung sozialer Netzwerke kann zwischen einem Kind und einem Dritten ein Kontakt hergestellt werden. Die Kontaktaufnahme kann dabei sowohl auf der Initiative des Kindes beruhen als auch auf der Initiative eines Dritten. Eine solche Interaktion ist nicht ungefährlich, wie bspw. die Fälle des sog. Sextings zeigen.<sup>53</sup> Darunter versteht man Fälle, in denen Erwachsene Kindern gegen deren Willen stark sexuell geprägte, digitale Textnachrichten zukommen lassen. Bei der Nutzung sozialer Netzwerke besteht überdies die Gefahr, dass Kinder dem sog. Cybermobbing ausgesetzt sind.<sup>54</sup> Dieser Begriff beschreibt Mobbing, also alle Formen von psychischer Gewalt durch eine oder mehrere Personen, denen sich das Opfer wiederholt und über einen längeren Zeitraum ausgesetzt sieht, wobei sich die Täter Mittel der modernen Informations- und Telekommunikationstechnik bedienen.<sup>55</sup> In schweren Fällen kann diese psychische Einwirkung sogar zu körperlichen Beeinträchtigungen führen.

In allen diesen Fällen stellt sich die Frage nach der Reichweite der elterlichen Verantwortung. Nach § 1632 Abs. 2 BGB haben die Eltern ein Umgangsbestimmungsrecht. Daraus resultiert das Recht, aber auch die Pflicht, den Umgang des Kindes mit Dritten zu begleiten und das Kind von schä-

43 AG Menden, Urte. v. 03.02.2010 - 4 C 526/09; Vetter, AfP 2017, 127, 130.

44 Fricke in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), Praxiskommentar Urheberrecht, § 22 KUG Rn. 14; Herrmann in: BeckOK, Informations- und Medienrecht, § 22 KunstUrhG Rn. 17; Kröner in: Paschke/Berlit/Meyer (Hrsg.), Hamburger Kommentar, Gesamtes Medienrecht, Abschn. 32: Besondere Persönlichkeitsrechte – Bildnisschutz Rn. 22.

45 Specht in: Dreier/Schulze (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, § 22 KUG Rn. 26.

46 Schimke, NZFam 2019, 851; Vetter, AfP 2017, 127, 131.

47 AG Stolzenau, Beschl. v. 28.03.2017 - 5 F 11/17 SO.

48 Für den Fall der Veröffentlichung der Fotos auf einer kommerziellen Zwecken dienenden Internetseite OLG Oldenburg, Beschl. v. 24.05.2018 - 13 W 10/18. Für den Fall der Veröffentlichung der Fotos bei Facebook AG Stolzenau, Beschl. v. 28.03.2017 - 5 F 11/17 SO. Zustimmend Götz, FamRZ 2019, 573, 575.

49 Weber, NZFam 2019, 6, 9. Zustimmend Götz, FamRZ 2019, 573, 575.

50 Krüger/Wiencke, MMR 2019, 76, 78; Lauber-Rönsberg/Hartlaub, NJW 2017, 1057, 1062; Remmert, MMR 2018, 507.

51 Vgl. dazu Böse, MDR 2019, 769 ff; Leeb/Maisch, ZUM 2019, 29 ff; Timmermann/Berndt, WRP 2020, 996 ff.

52 AG Bad Hersfeld, Beschl. v. 20.03.2017 - F 111/17 EASO. Eine solche Gefahrenlage als „eher fernliegend“ ansehend Jesgarzewski, NZFam 2017, 474. Von einer bloß abstrakten Gefahr sprechend Jensen/Rottwinkel, ZD-Aktuell 2017, 05681.

53 Vgl. AG Bad Hersfeld, Beschl. v. 27.07.2016 - F 361/16 EASO. Zu einer strafrechtlichen Verurteilung nach § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 14.01.2016 - III-4 RVs 144/15.

54 Vgl. dazu Schneider, MDR 2019, 12, 14.

55 Jülicher, NJW 2019, 2801.

digenden Einflüssen Dritter fernzuhalten.<sup>56</sup> Das Umgangsbestimmungsrecht beschränkt sich nicht bloß auf den unmittelbaren persönlichen Kontakt. Vielmehr ist auch der virtuelle Umgang mit Dritten umfasst.<sup>57</sup> Eltern ist es nicht nur möglich, unmittelbar gegenüber dem eigenen Kind Gebote oder Verbote auszusprechen. Eltern können darüber hinaus mit einem Umgangs- oder Kontaktverbot gegen Dritte vorgehen, § 1632 Abs. 2 BGB.<sup>58</sup> Möglich sind auch Anordnungen nach dem Gewaltschutzgesetz.<sup>59</sup>

Problematisch ist aber, dass Eltern von ihrem Umgangsbestimmungsrecht nur dann Gebrauch machen können, wenn sie Kenntnis von dem Kommunikationsverhalten ihrer Kinder haben. Deshalb hat das AG Bad Hersfeld es als zulässig erachtet, die Kommunikation der Kinder vollständig zu überprüfen.<sup>60</sup> Eine solche generelle, vollständige, anlasslose und voraussetzungslose Überprüfung kollidiert allerdings mit den allgemeinen Schranken des Erziehungsrechts, die in § 1626 Abs. 2 BGB normiert sind. Eltern müssen die zunehmende Fähigkeit und das wachsende legitime Bedürfnis des Kindes zu selbständigem verantwortungsbewusstem Handeln berücksichtigen. Hinzu kommt, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht nur der Kinder, sondern auch der Kommunikationspartner berührt ist, wenn Eltern die Kommunikationsinhalte durchsehen. Deshalb wird man eine Kontrolle der Kommunikationsinhalte nur dann zulassen dürfen, wenn der konkrete Verdacht einer Kindeswohlgefährdung besteht.<sup>61</sup>

Eine solche Beschränkung der Überwachungsmöglichkeiten durch die Eltern wird in der Literatur kritisiert. Aufgrund der hohen Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit Eltern die digitalen Kommunikationsinhalte ihrer Kinder überprüfen dürfen, bestünde dieser Ansicht nach die Gefahr, dass das Einschreiten der Eltern zu spät komme und bereits ein gravierender Schaden für die Psyche des Kindes eingetreten sein könne.<sup>62</sup> Allerdings bleibt es trotz dieses Einwands dabei, dass den Eltern eine generelle und voraussetzungslose Überwachung der Kommunikationsinhalte ihrer Kinder nicht erlaubt werden kann. Denn dadurch wäre das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Kinder tangiert, was gleichfalls eine Gefährdung des Kindeswohls darstellen würde.<sup>63</sup>

Letztlich bleibt den Eltern daher primär die Möglichkeit, ihre Kinder durch altersgerechte und medienkompetente Beratung in die Lage zu versetzen, sich selbst vor virtuellen Angriffen Dritter zu schützen.<sup>64</sup> Die geeignete Form der Begleitung des kindlichen Verhaltens dürfte in erster Linie das vertrauensvolle Gespräch sein. Wenn es gelingt, den Kindern zu verdeutlichen, dass Fremde im Internet nicht nur „Freunde“ sind, sondern fast immer irgendetwas im Schilde führen, kann das Kind erkennen, dass es um den Schutz seiner eigenen Interessen geht.

Daneben steht es Eltern aber – ohne dass sie die Privatsphäre ihrer Kinder verletzen – frei, zumindest die Kommunikationsinhalte ihrer Kinder zu begleiten, die öffentlich zur Ver-

fügung gestellt werden.<sup>65</sup> Darüber hinaus sollte die Möglichkeit bedacht werden, dass Eltern sich im Einverständnis mit ihren Kindern miteinander „vernetzen“ und so auch die Inhalte wahrnehmen, die nur mit dem Freundeskreis geteilt werden. Idealerweise sollten Eltern versuchen, Freunde ihrer Kinder zu sein. Auf diese Weise ist eine Begleitung möglich, die das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Kinder unberührt lässt. Im Grunde geht es dabei um ein in das Internet verlagertes erweitertes Familiengespräch. Selbstverständlich dürfen sich Eltern aber nicht mittels einer Spionage-App in die Freundesliste ihrer Kinder einschleichen. Ein solcher Vertrauensbruch wäre als unzulässiger Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Kindes anzusehen.<sup>66</sup>

### cc. Kinder als Täter

Kinder können in den sozialen Medien nicht nur in die Opfer-Rolle geraten. Ganz im Gegenteil können sie sogar zu Tätern werden. Ein Perspektivenwechsel macht deutlich, dass Kinder nicht nur Opfer von Mobbing sein können, sondern selbst als Täter andere Kinder mobben können und dies leider auch häufig tun.<sup>67</sup> Darüber hinaus sind vielfältige weitere Fallgestaltungen denkbar, in denen Kinder im Internet als Rechtsverletzer in Erscheinung treten. Das ist z.B. bei Urheberrechtsverletzungen der Fall, die im Wege des illegalen File-Sharings begangen werden. In allen diesen Fällen, kommt eine Haftung des Aufsichtspflichtigen nach § 832 BGB in Betracht. Entscheidend ist, ob der Aufsichtspflichtige im konkreten Einzelfall seiner Aufsichtspflicht Genüge getan hat.

Für den Fall von Internet-Tauschbörsen hat der BGH z.B. entschieden, dass Eltern nur dann haften, wenn sie ihr normal entwickeltes Kind über die Rechtswidrigkeit einer Teilnahme an Internettauschbörsen nicht belehrt und ihm die Teilnahme auch nicht verboten haben. Eltern sind aber grds. nicht verpflichtet, dem Kind den Internetzugang teil-

56 Döll in: Erman, BGB, § 1632 Rn. 19; Hamdan in: juris PK-BGB, § 1632 Rn. 17; Huber in: MünchKomm, BGB, § 1632 Rn. 66.

57 Zu Kontakt mit Hilfe der neuen Medien vgl. Hamdan in: juris PK-BGB, § 1632 Rn. 21. Ausdrücklich zu Facebook Hoffmann in: Personensorge, § 6 Erziehung Rn. 24.

58 Vgl. Hamdan, in: juris PK-BGB, § 1632 Rn. 25; Veit in: BeckOK, BGB, 2020, § 1632 Rn. 28.

59 Onstein, jM 2017, 95, 100.

60 Vgl. z.B. AG Bad Hersfeld, Beschl. v. 15.05.2017 - F 120/17 EASO.

61 Rake, FamRZ 2017, 1733. Den Verdacht einer Straftat oder schwerwiegenden Kindeswohlgefährdung als Voraussetzung annehmend Döll, FamRZ 2017, 1728, 1729.

62 Döll, FamRZ 2017, 1728, 1730.

63 Ebenso Rake, FamRZ 2018, 1717, 1720; Döll, FamRZ 2017, 1728, 1730.

64 So auch Döll, FamRZ 2017, 1728, 1730; Leeb/Kulbach, jurisPR-ITR 24/2017 Anm. 4.

65 Rake, FamRZ 2018, 1717, 1720.

66 Rake, FamRZ 2018, 1717, 1720.

67 Rake, FamRZ 2018, 1717, 1720.

weise zu sperren, die Nutzung des Internets durch das Kind ständig zu überwachen oder den Computer des Kindes in regelmäßigen Abständen zu überprüfen. Zu solchen Maßnahmen sind Eltern erst dann verpflichtet, wenn sie konkrete Anhaltspunkte für eine rechtsverletzende Nutzung des Internetanschlusses durch das Kind haben.<sup>68</sup> Eltern genügen ihrer Belehrungspflicht noch nicht dadurch, dass sie ihrem Kind lediglich die Einhaltung allgemeiner Regeln zu einem ordentlichen Verhalten aufgeben.<sup>69</sup>

## 2. Einladung durch die Eltern

Wenn Eltern ihr Kind aktiv als Influencer positionieren, stellt sich die Frage, wie das Kindeswohl geschützt werden kann. Teilweise lässt sich nämlich durch die Influencer-Tätigkeit von Kindern derart viel Geld verdienen, dass Eltern ihrer eigentlichen Berufstätigkeit nicht mehr nachgehen müssen.<sup>70</sup> Es besteht so die Gefahr, dass Kinder – mit Unterstützung ihrer Eltern – umfangreiche Details aus ihrem Privatleben preisgeben und diese Veröffentlichung später im Erwachsenenalter bereuen. Insofern stellt sich die Problematik, wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Kinder geschützt werden kann, wenn Eltern ihr Handeln nicht am Kindeswohl ausrichten.<sup>71</sup>

Diese Konstellation ist von derjenigen zu unterscheiden, in der sich Kinder aus Eigeninitiative im Internet präsentieren. Hintergrund ist die Überlegung, dass Eltern in dieser Situation als Vertreter ihres Kindes bei der Abgabe der Einwilligung nur den Willen und die Interessen des Kindes berücksichtigen. Wenn die Initiative allerdings von den Eltern ausgeht, droht eine Interessenkollision zwischen dem eigenen Publikationsinteresse der Eltern und den Interessen des Kindes.<sup>72</sup>

### a. Persönlichkeitsschutz

Eine besondere Schwierigkeit ergibt sich, wenn die Veröffentlichung im Internet durch die Eltern erfolgen soll. Hier müssten die Eltern die Einwilligung sich selbst gegenüber erteilen. Aus § 1629 Abs. 2, § 1795 Abs. 2, § 181 BGB folgt, dass die Eltern in diesem Fall von der Vertretung ausgeschlossen sind. Dabei hat der Ausschluss der Vertretungsbefugnis des einen Elternteils auch den Ausschluss der Vertretungsbefugnis des anderen Elternteils zur Folge, § 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB. Deshalb ist nach § 1909 Abs. 1 BGB ein Antrag auf Bestellung eines Ergänzungspflegers notwendig.<sup>73</sup>

### b. Kinderarbeit

Wenn Kinder bei Produktionsunternehmen als Schauspieler mitarbeiten, sind strenge Vorschriften zum Jugendarbeitsschutz einzuhalten.<sup>74</sup> Gleiches gilt, wenn die eigenen Eltern hinter der Kamera stehen und Videos zur Veröffentlichung im Internet drehen.<sup>75</sup>

Nach § 5 Abs. 1 JArbSchG ist die Beschäftigung von Kindern (i.S.v. § 2 Abs. 1 JArbSchG eine unter 15 Jahre alte Person)

verboten. Nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 JArbSchG kann die Aufsichtsbehörde für den Fall von Film- und Fotoaufnahmen auf Antrag bewilligen, dass Kinder im Alter von über drei bis sechs Jahren bis zu zwei Stunden täglich in der Zeit von acht bis 17 Uhr (Buchst. a)) bzw. im Alter von über sechs Jahren bis zu drei Stunden täglich in der Zeit von acht bis 22 Uhr (Buchst. b)) gestaltend mitwirken. Dabei sind in § 6 Abs. 2 JArbSchG umfangreiche sachliche Voraussetzungen für die Erteilung der Ausnahmegenehmigung genannt.

Auch wenn Ausnahmen für Kinder bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres ausgeschlossen sind, weil diese Gruppe von Kindern besonders schutzwürdig ist, wird teilweise angenommen, dass Filmaufnahmen von sich rein passiv verhaltenden Kindern dieser Altersgruppe zulässig sind, ohne dass es dazu einer Ausnahmegenehmigung bedarf.<sup>76</sup>

## III. Eltern zu Gast im Kinderzimmer

Wie bereits angedeutet entstehen Probleme, wenn Eltern die Privatsphäre ihrer Kinder nicht respektieren. Das ist bspw. dann der Fall, wenn Eltern mittels einer sog. Spionage-App die gesamten Kommunikationsinhalte ihrer Kinder überwachen. Eine solche Überwachung ist durch Smart Toys möglich.<sup>77</sup>

Eine Spionage dieser Art steht nicht mit dem Grundsatz der partnerschaftlichen Erziehung nach § 1626 Abs. 2 BGB im Einklang.<sup>78</sup> Jedoch normiert § 1626 Abs. 2 BGB keine Rechtsfolgen für den Fall eines Verstoßes. Der Gesetzgeber hat sich bewusst für eine sanktionslose Leitlinienvorgabe entschieden.<sup>79</sup> Da weder nach den sorgerechtlichen Normen des BGB noch nach den verfahrensrechtlichen Bestimmungen des FamFG ein Antragsrecht des Kindes besteht,

68 BGH, Urt. v. 11.06.2015 - I ZR 7/14; BGH, Urt. v. 15.11.2012 - I ZR 74/12.

69 BGH, Urt. v. 11.06.2015 - I ZR 7/14; vgl. zur Haftung des Stiefvaters als Anschlussinhaber für Handlungen des Stiefkindes, LG Frankfurt am Main, Urt. v. 11.04.2019 - 2-03 S 2/18.

70 [www.swr.de/swraktuell/baden-wuerttemberg/Kleine-Werbestars-Kinder-als-Influencer,kinder-als-influencer-zusa-bw-100.html](http://www.swr.de/swraktuell/baden-wuerttemberg/Kleine-Werbestars-Kinder-als-Influencer,kinder-als-influencer-zusa-bw-100.html) (zuletzt abgerufen am 15.10.2020).

71 Amend-Traut in: BeckOGK, BGB, § 1626 Rn. 141.1. Vgl. dazu unten unter B. III.

72 Vgl. zu der ähnlichen Interessenkollision bei Veröffentlichung durch Dritte versus Veröffentlichung durch die Eltern Schimke, NZFam 2019, 851, 852.

73 Schimke, NZFam 2019, 851, 855.

74 Vgl. Götz, FamRZ 2019, 573, 575.

75 Vgl. zu dem Fall „Miley“: <https://web.archive.org/web/20191012215752/www.brandeins.de/magazine/brand-eins-wirtschaftsmagazin/2019/marketing/kinder-influencer-miley-wuerde-sogar-gern-viel-viel-oefter-mit-der-kamera-reden> (zuletzt abgerufen am 15.10.2020).

76 Ambs in: Erbs/Kohlhaas (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, § 6 JArbSchG Rn. 1.

77 Vgl. dazu oben B. I. 2.

78 Götz, FamRZ 2017, 1725, 1726; Rake, FamRZ 2018, 1717, 1719.

79 BT-Drs. 8/2788, S. 45.

kann ein Kind eine Verletzung seiner Privatsphäre durch seine Eltern nur dann familiengerichtlich geltend machen, wenn die Schwelle zur Kindeswohlgefährdung überschritten ist. Dann kann die Einleitung eines Verfahrens nach § 1666 BGB angeregt werden.<sup>80</sup>

Sollten sich die gemeinsam sorgeberechtigten Eltern über die Kontrolle der digitalen Kommunikation ihres Kindes nicht einig sein, kommt eine Übertragung der Entscheidungsbefugnis auf einen Elternteil nach § 1628 BGB in Betracht. Die Frage, inwiefern eine Überwachung der Kommunikationsinhalte des Kindes erfolgen soll, stellt eine bestimmte Art von Angelegenheiten dar, deren Regelung für das Kind von erheblicher Bedeutung ist.<sup>81</sup>

Auch im Rahmen der Übertragung der Alleinsorge bei Getrenntleben der Eltern nach § 1671 BGB kann es eine Rolle spielen, welcher Elternteil medienkompetenter ist.<sup>82</sup> Insofern ist einzubeziehen, welche Einstellung der jeweilige Elternteil hinsichtlich der Respektierung der Privatsphäre des Kindes hat. Dieser Aspekt kann nämlich einen Elternteil als mehr oder weniger erziehungsg geeignet erscheinen lassen.<sup>83</sup>

#### IV. Gerichte zu Gast im Kinderzimmer

Wenn Eltern die mit den neuen Medien verbundenen Gefahren nicht erkennen und deswegen eine Gefährdung des Kindeswohls droht, sind gerichtliche Maßnahmen nach § 1666 BGB möglich. In diesem Zusammenhang hat sich das AG Bad Hersfeld durch mehrere Entscheidungen bundesweit einen Namen gemacht, die alle Pflichten für das elterliche Verhalten hinsichtlich des Umgangs des Kindes mit neuen Medien postulierten.<sup>84</sup>

Im Jahre 2018 hat das OLG Frankfurt dann eine dieser Entscheidungen des AG Bad Hersfeld abgeändert und die Gelegenheit genutzt, um Folgendes klarzustellen: Im Anwendungsbereich von § 1666 BGB ist eine bloß abstrakte Kindeswohlgefährdung für gerichtliche Maßnahmen nicht ausreichend. Vielmehr rechtfertigt nur eine hinreichend

konkrete Kindeswohlgefährdung Maßnahmen nach § 1666 BGB.<sup>85</sup>

#### C. Zusammenfassung

Alles, was im Kinderzimmer digital stattfinden kann, steht in einem Spannungsverhältnis zwischen der Aufsichtspflicht der Eltern (§ 1631 Abs. 1 BGB) und der Persönlichkeitsentfaltung des Kindes (§ 1626 Abs. 1 BGB). Sollten Eltern ihrer Aufsichtspflicht nicht gerecht werden, droht im Schadensfall eine Haftung nach § 832 BGB. Umgekehrt dürfen Eltern ihrer Aufsichtspflicht auch nicht zu intensiv nachkommen, indem sie alle Kommunikationsinhalte ihrer Kinder überwachen. Hier ein angemessenes Gleichgewicht zu finden, ist nicht ganz einfach. Es kann jedenfalls nur erreicht werden, wenn sich die Eltern eine entsprechende Medienkompetenz aneignen. Dafür genügt nicht die Teilnahme an einer einzelnen Informationsveranstaltung. Vielmehr müssen sich die Eltern ständig weiterbilden, weil sich die Internet-Angebote kontinuierlich verändern. Im Extremfall drohen Maßnahmen nach § 1666 BGB, wenn sich die mangelnde Unterstützung der Kinder im digitalen Bereich als Kindeswohlgefährdung darstellt. Jenseits dieser pathologischen Fälle sollte es Ideal und Leitbild sein, dass Eltern und Kinder bei der Internetnutzung der Kinder altersgerecht, partnerschaftlich und vertrauensvoll miteinander im Gespräch sind.

<sup>80</sup> Rake, FamRZ 2018, 1717, 1721.

<sup>81</sup> Rake, FamRZ 2018, 1717, 1721.

<sup>82</sup> Götz, FamRZ 2017, 1725, 1727.

<sup>83</sup> Rake, FamRZ 2018, 1717, 1721.

<sup>84</sup> AG Bad Hersfeld, zum Sexting: Beschl. v. 22.07.2016 - F 361/16 EASO; zu WhatsApp: Beschl. v. 15.05.2017 - F 120/17 EASO; Beschl. v. 20.03.2017 - F 111/17 EASO; zu Playstation-Spielen: Beschl. v. 27.10.2017 - 63 F 290/17 SO.

<sup>85</sup> OLG Frankfurt, Beschl. v. 15.06.2018 - 2 UF 41/18.

## Update Schönheitsreparaturen in der Wohnraummiete – zugleich eine Anmerkung zu BGH, Urt. v. 08.07.2020 - VIII ZR 163/18 und VIII ZR 270/18

VPräs'inAG Dr. Beate Flatow

### A. Einleitung

In zwei aktuellen Entscheidungen<sup>1</sup> hat der BGH sich mit der Frage befasst, ob der Mieter von seinem Vermieter die Durchführung der Schönheitsreparaturen verlangen kann,

wenn der Mietvertrag keine (wirksame) Abwälzung enthält, ggf. ob der Mieter sich an den Kosten beteiligen

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 08.07.2020 - VIII ZR 163/18 und VIII ZR 270/18.

muss. Diese Entscheidungen sind die bisher letzten in einer langen Kette rund um das Thema Schönheitsreparaturen in der Wohnraummiete. Sie geben Anlass für ein Update. In diesem Beitrag soll es nur um zwei Fragestellungen gehen. Die erste betrifft die Klauselkontrolle. Wann ist die Abwälzung in AGB unwirksam? Die zweite betrifft die Rechtsfolgen. Was gilt, wenn die Renovierungen nicht auf den Mieter abgewälzt sind? Im Rahmen dieser zweiten Fragestellung geht es genauer um die neue BGH-Rechtsprechung.

## **B. Klauselkontrolle zur Abwälzung der Schönheitsreparaturen**

Die Klauselkontrolle hat sich am gesetzlichen Leitbild auszurichten. Ausgangspunkt ist die gesetzliche Regelung in § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB. Der Vermieter hat die Mietsache im vertragsgemäßen Zustand zu erhalten. Das umfasst auch die Abnutzung, die durch das ganz normale Wohnen eintritt. Dafür bekommt der Vermieter seine Miete, der Mieter hat das nicht zu vertreten (§ 538 BGB). Wenn der Vermieter die Schönheitsreparaturen seinem Mieter überbürdet, wälzt er also eine Hauptleistungspflicht ab. Gläubiger und Schuldner vertauschen die Rollen. AGB-rechtlich ist das von vornherein nicht unproblematisch. Zumindest kommt dem Übermaßverbot des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB eine besondere Bedeutung zu. Der Vermieter darf sich nicht mehr versprechen lassen, als er ohne Abwälzung seinerseits dem Mieter schulden würde.<sup>2</sup> Auch sonst verlangt die Abwälzung Rücksichtnahme auf die Interessen des Mieters.

Seit rund zwei Jahren differenziert der BGH für die Klauselkontrolle zwischen den frisch renovierten und den unrenovierten Wohnungen.<sup>3</sup> Die gleiche Klausel kann bei der renovierten Wohnung wirksam sein, bei der unrenovierten Wohnung ist sie es nicht.

### **I. Unwirksame Abwälzung bei der frisch renoviert überlassenen Wohnung**

Auch bei der frisch renovierten Wohnung oder beim Erstbezug hat der Vermieter eine ganze Reihe von Vorgaben zu beachten, die das AGB-Recht setzt. In einer groben Unterteilung lassen sich drei Fallgruppen unterteilen, in denen die Abwälzungsklausel den Mieter unangemessen benachteiligt und damit unwirksam ist.<sup>4</sup> Es geht um das Was, das Wann und das Wie der Schönheitsreparaturen.

#### **1. Was – Gegenstand der Renovierung**

Zur Unwirksamkeit führt es, wenn der Gegenstand der Renovierung zu weit gefasst wird. Der Begriff der Schönheits-

reparaturen wird inhaltlich immer noch nach der Definition im Recht des preisgebundenen Wohnraums verstanden, konkret nach der Definition in § 28 Abs. 4 Satz 3 II. BV. Das heißt vor allem, dass ein Anstrich der Türen und Fenster von außen nicht verlangt werden kann, ebenso wenig das Abziehen und Neuversiegeln eines Parkettbodens.<sup>5</sup> Der Mieter soll nur diejenigen Spuren beseitigen, die typischerweise auch auf seiner Abnutzung beruhen.<sup>6</sup> Zur Unwirksamkeit führt es aber auch, wenn der Mieter die Einbaumöbel mit streichen soll.<sup>7</sup> Weil sich die Pflicht zur Durchführung der Schönheitsreparaturen als einheitliche Rechtspflicht mit verschiedenen Modalitäten darstellt, führt die Ausweitung des Gegenstands zur Unwirksamkeit der gesamten Abwälzungsklausel, auch wenn eine sprachliche Trennung möglich wäre.<sup>8</sup>

#### **2. Wann – Fälligkeit**

Bei der frisch renovierten Wohnung geht es naturgemäß nicht um eine etwa vom Mieter verlangte Anfangsrenovierung. Dennoch verbleiben zahlreiche Fälle, in denen der Vermieter die Mieterrenovierung zu früh verlangt, sich also in zeitlicher Hinsicht mehr versprechen lässt, als er dem Mieter schulden würde.

a. Endrenovierung. Schönheitsreparaturen werden üblicherweise erst nach einer gewissen Abnutzungsdauer erforderlich sein. Wie lange diese Dauer ist, hängt entscheidend vom Wohnverhalten des Mieters ab. Deswegen kann der Vermieter durch AGB den Mieter zu keiner Endrenovierung verpflichten. Der Mieter müsste hier die Renovierung durchführen, auch wenn sie noch gar nicht erforderlich ist. Damit würde er dem Vermieter mehr schulden, als der nach dem Gesetz selbst zu leisten hätte. Die Klausel ist unwirksam, sie verstößt gegen das Übermaßverbot.<sup>9</sup> Der Verstoß reißt auch eine etwa zusätzlich im Vertrag enthaltene Klausel über Turnusrenovierungen mit sich. Die Unwirksamkeit erfasst wieder den gesamten „Renovierungskomplex“. Das gilt auch, wenn die Klauseln voneinander getrennt an verschiedenen Stellen im Vertrag

2 Vgl. hier nur BGH, Beschl. v. 09.06.2020 - VIII ZR 294/09; BGH, Urt. v. 23.06.2004 - VIII ZR 361/03.

3 BGH, Urt. v. 22.08.2018 - VIII ZR 277/16 - dazu näher unter B.II.

4 Eine tabellarische Übersicht zu den wirksamen und unwirksamen Klauseln findet sich bei Langenberg/Zehelein, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückgabe, 5. Aufl. 2015, Teil I, Rn. 356 ff (S. 113).

5 BGH, Urt. v. 28.02.2009 - VIII ZR 210/08; BGH, Urt. v. 13.01.2010 - VIII ZR 48/09.

6 BGH, Urt. v. 28.02.2009 - VIII ZR 210/08.

7 LG Berlin, Beschl. v. 17.11.2015 - 67 S 359/15.

8 BGH, Urt. v. 28.02.2009 - VIII ZR 210/08; BGH, Urt. v. 13.01.2010 - VIII ZR 48/09.

9 BGH, Urt. v. 12.09.2007 - VIII ZR 316/06.

stehen.<sup>10</sup> Es bleibt für sämtliche Schönheitsreparaturen bei der gesetzlichen Regelung, also der Instandhaltungspflicht des Vermieters (§ 306 Abs. 2 BGB i.V.m. § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Diese Fälle sind in der Praxis immer noch häufig. Gerade private Vermieter schreiben in die „Besonderen Vereinbarungen“ am Ende des Vertrags Klauseln hinein, in denen der Mieter verpflichtet wird, zum Ende der Mietzeit zu renovieren.

b. Starre Fristen. Die gleiche Problematik hat auch zahlreiche Klauseln zu Fall gebracht, die dem Mieter für die Renovierungen starre Fristen vorgaben. Wiederum wäre der Mieter gehalten, nach Fristablauf auch eine nicht oder kaum abgenutzte Wohnung zu renovieren und würde dem Vermieter mehr schulden als – ohne Abwälzung – der Vermieter ihm.<sup>11</sup> Eine starre Frist liegt – natürlich – auch vor, wenn die Renovierungsfrist mit „wenn erforderlich, spätestens aber nach ...“ festgelegt wird.<sup>12</sup>

c. Zu kurze Fristen. Auch wenn die Fristen flexibel gehalten werden, also Ausnahmen je nach Abnutzungsgrad vorgesehen sind, ist die Klausel nicht automatisch wirksam. Hier führt es zur Unwirksamkeit, wenn die Fristen so kurz sind, dass sie deutlich unter den üblichen Abnutzungszeiten liegen.<sup>13</sup>

d. Kombination aus individuellen und formularmäßigen Fälligkeitsabreden. Es könnte sich als Ausweg anbieten, eine Formulklausel zu den laufenden Renovierungen (ohne Endrenovierung, ohne Fristen) festzulegen und individualvertraglich eine Endrenovierungspflicht in die besonderen Vereinbarungen aufzunehmen. Auch das führt aber in vielen Fällen zur Unwirksamkeit der Abwälzung – selbst wenn die Endrenovierungspflicht tatsächlich in einer ausgehandelten Klausel enthalten wäre und nicht nur in einer Klausel, die individuell aussieht. Hier greift möglicherweise der sog. Summierungseffekt.<sup>14</sup> Zwar kann – je nach Fallgestaltung – die Individualvereinbarung für sich genommen wirksam bleiben, die Klauseln können aber auch wegen ihres sachlichen Zusammenhangs nach § 139 BGB miteinander untergehen.<sup>15</sup>

### 3. Wie – Ausführungsart

Klauseln zur Ausführungsart können in mehrfacher Weise zu einer unangemessenen Benachteiligung des Mieters i.S.v. § 307 Abs. 1 Satz 1 und/oder Abs. 2 Nr. 1 BGB führen.

a. Fachhandwerkerklauseln. Sog. Fachhandwerkerklauseln, die dem Mieter die Selbstvornahme abschneiden, sind unangemessen und führen zur Unwirksamkeit der Abwälzung. Der tragende Grund ist erneut, dass der Vermieter sich mehr versprechen ließe, als er selbst ohne Ab-

wälzung zu leisten hätte. Der Vermieter müsste nur eine Renovierung mittlerer Art und Güte abliefern, das verlangt nicht den Einsatz des Fachhandwerkers. Das muss bei der Abwälzung auch umgekehrt gelten.<sup>16</sup> Eine Fachhandwerkerklausel liegt schon dann vor, wenn sie den Mieter verpflichtet, die Schönheitsreparaturen „ausführen zu lassen“. In kundenfeindlichster Auslegung ergibt sich aus dieser Formulierung das Verbot der Selbstaussführung.<sup>17</sup>

b. Farbwahlklauseln. Eine Renovierungsklausel benachteiligt den Mieter unangemessen, wenn sie ihm für die laufenden Renovierungen, die er während der Mietzeit vorzunehmen hat, bestimmte Farben vorgibt. Eine Farbvorgabe würde den Mieter schon während des laufenden Mietverhältnisses zu einer Dekoration in der vorgegebenen Farbpalette verpflichten und dadurch in der Gestaltung seines persönlichen Lebensbereichs einschränken, ohne dass hierfür ein anerkanntes Interesse des Vermieters bestünde.<sup>18</sup> Selbst wenn nur für einen Teil der Renovierung – etwa nur für Fenster und Türen – die Farbe vorgegeben wird, bringt das die ganze Klausel zur Fall, weil es sich bei der Renovierungspflicht eben um eine einheitliche Rechtspflicht handelt.<sup>19</sup> Hier ist aber Sorgfalt bei der Prüfung geboten: Eine Farbwahlklausel, die nur für den Zeitpunkt der Rückgabe gilt und die dem Mieter einen gewissen Spielraum lässt, ist noch angemessen. Bezogen auf das Mietende fällt das berechnete Interesse des Vermieters an einer leichteren Vermietbarkeit in die Waagschale.<sup>20</sup> Daher kann die Vorgabe „weiß oder helle Farbtöne“ noch zulässig sein.<sup>21</sup>

c. Zustimmungserfordernis. Auch ein Zustimmungserfordernis des Vermieters zu einer vom Anfangszustand abweichenden Renovierungsart scheitert an der gleichen Wer-

10 BGH, Urt. v. 25.06.2003 - VIII ZR 335/02.

11 BGH, Urt. v. 23.06.2004 - VIII ZR 361/03.

12 BGH, Urt. v. 23.06.2004 - VIII ZR 361/03.

13 LG Berlin, Urt. v. 07.11.2003 - 63 S 178/03; Lehmann-Richter in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 538 BGB Rn. 120 m.w.N.

14 BGH, Urt. v. 14.05.2003 - VIII ZR 308/02; BGH, Urt. v. 05.04.2006 - VIII ZR 163/05.

15 Vgl. BGH, Urt. v. 05.04.2006 - VIII ZR 163/05 – dort im konkreten Fall offen gelassen; zu § 139 BGB bei einer nachträglichen individuellen Vereinbarung: BGH, Urt. v. 14.01.2009 - VIII ZR 71/08; ausführlich zu der gesamten Problematik: Eisenhardt, WuM 2013, 332.

16 BGH, Beschl. v. 09.06.2010 - VIII ZR 294/09.

17 BGH, Beschl. v. 09.06.2010 - VIII ZR 294/09.

18 BGH, Urt. v. 18.06.2008 - VIII ZR 228/07; BGH, Urt. v. 20.01.2010 - VIII ZR 50/09.

19 BGH, Urt. v. 20.01.2010 - VIII ZR 50/09.

20 BGH, Urt. v. 22.02.2012 - VIII ZR 205/11.

21 BGH, Urt. v. 22.10.2008 - VIII ZR 283/07.

tung. Wiederum würde der Mieter schon während der Mietzeit ohne Not in seiner persönlichen Lebensgestaltung eingeschränkt.<sup>22</sup>

## II. Unwirksame Abwälzung bei der unrenoviert überlassenen Wohnung

Diese Detailkontrolle fand bis 2015 auch bei der unrenoviert überlassenen Wohnung statt. Um dem Mieter nicht mehr abzuverlangen, als der Vermieter ihm schulden würde, mussten die Klauseln so gefasst werden, dass die Renovierungspflicht des Mieters nicht einsetzte, bevor seine eigene Wohndauer einer typischen Abnutzungszeit entsprach. Die „üblichen Fristen“ durften also nicht vor Mietbeginn zu laufen beginnen.<sup>23</sup> Daraus ergaben sich freilich nicht mehr zu überwindende Schwierigkeiten. Auf starre Fristen durfte es, wie gesagt,<sup>24</sup> nicht ankommen. Flexible Fristen – welche Abnutzung stammt denn nun von diesem Mieter – waren aber nicht zu ermitteln. Außerdem war es denklogisch nicht möglich, dass der Mieter (wann auch immer) die Wohnung renovierte, ohne die Abnutzungsspuren der Vorbewohner gleich mit zu beseitigen. Immer konnte es geschehen, dass er die Wohnung in einen besseren Zustand versetzen musste, als er sie selbst übernommen hatte.<sup>25</sup> Der Grundsatz, dass der Mieter nur seine eigenen Abnutzungsspuren beseitigen sollte, wurde in jedem Fall verletzt.

Aufgrund dieser Erkenntnis vollzog der BGH mit der Entscheidung vom 18.03.2015<sup>26</sup> die Wende. Jetzt gilt: Bei Überlassung einer unrenovierten Wohnung ist die Abwälzungsklausel nach § 307 BGB unwirksam.<sup>27</sup> Von diesem Grundsatz gibt es nur eine Ausnahme. Die Klausel ist wirksam, wenn der Vermieter dem Mieter einen angemessenen Ausgleich zahlt. Der Mieter muss durch diesen Ausgleich wirtschaftlich so gestellt werden, als habe er eine frisch renovierte Wohnung erhalten.<sup>28</sup>

Damit ist der Rechtssatz im ersten Ansehen schlicht geworden. Dafür gewinnen die Sachverhaltselemente jetzt an Bedeutung. Und sie sind umso schwerer zu festzustellen. Zu klären ist einerseits der Renovierungszustand bei Mietbeginn. Eine Wohnung ist nicht erst dann „unrenoviert“, wenn sie gänzlich abgewohnt ist. Es reichen auch normale Gebrauchsspuren. Außer Acht bleiben aber nach der Entscheidung des BGH Gebrauchsspuren, die so unerheblich sind, dass sie bei „lebensnaher Betrachtung“ nicht ins Gewicht fallen.<sup>29</sup> Sachverhaltsfeststellung und „lebensnahe Betrachtung“ sind Aufgabe der Tatgerichte. Die Prozesse werden, gerade wenn der Mietbeginn lange zurückliegt, nicht einfacher. Den Mieter trifft die Beweislast.<sup>30</sup>

Außerdem stellt sich die noch schwierigere Frage, wann der Ausgleich „angemessen“ ist. Zwei Möglichkeiten kämen

infrage, um den Mieter so zu stellen, als habe er eine frisch renovierte Wohnung erhalten. Einerseits könnte auf die Ausführungskosten einer Malerfirma abgestellt werden.<sup>31</sup> Der Mieter wäre dadurch mit Sicherheit so gestellt, als hätte er die Wohnung renoviert erhalten; könnte er doch das Geld nehmen und den Maler selbst beauftragen. Andererseits könnte darauf abgestellt werden, dass der Mieter mit der – fiktiven – Anfangsrenovierung letztlich ein Geschäft des Vermieters führt. Das legt die entsprechende Anwendung des § 670 BGB nahe.<sup>32</sup> Nach § 670 BGB wären, wenn der Mieter selbst renoviert, nur die Materialkosten zu erstatten. Ob hier die Kosten einer Selbstvornahme oder der Fachhandwerkerpreis die Angemessenheit bestimmen, ist noch ungeklärt.

Die Bemessung eines angemessenen Ausgleichs ist zunächst den Tatgerichten zugewiesen, in aller Regel wohl als Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO. Leider lassen sich der bisherigen Rechtsprechung des BGH nur sehr wenige Anhaltspunkte entnehmen.

Der erste Anhaltspunkt ist die Entscheidung des BGH aus dem Jahre 2009 zum Bereicherungsausgleich bei Durchführung nicht geschuldeter Schönheitsreparaturen.<sup>33</sup> Der BGH entschied, maßgebend sei die übliche Vergütung. Bei Selbstvornahme bemesse sich der Ausgleich aber üblicherweise nur nach dem, was der Mieter billigerweise neben einem Einsatz an freier Zeit als Kosten für das notwendige Material sowie als Vergütung für die Arbeitsleistung seiner Helfer aus dem Verwandten- und Bekanntenkreis aufgewendet hat oder hätte aufwenden müssen. Freilich sei der Betrag wiederum höher, wenn der Mieter selbstständiger Maler sei, also – wie bei der Fremdverga-

22 BGH, Beschl. v. 11.09.2012 - VIII ZR 237/11.

23 Grundlegend, BGH, RE v. 01.07.1987 - VIII ARZ 9/86; wiederholt etwa in BGH, Urte. v. 28.04.2004 - VIII ZR 230/03; BGH, Urte. v. 26.05.2004 - VIII ZR 77/03; BGH, Urte. v. 09.03.2005 - VIII ZR 17/04.

24 Unter B.I.2.b.

25 BGH, Urte. v. 18.03.2015 - VIII ZR 185/14.

26 BGH, Urte. v. 18.03.2015 - VIII ZR 185/14.

27 BGH, Urte. v. 18.03.2015 - VIII ZR 185/14; BGH, Urte. v. 22.08.2018 - VIII ZR 277/16.

28 BGH, Urte. v. 18.03.2015 - VIII ZR 185/14 - WuM 2015, 338, 343; BGH, Urte. v. 22.08.2018 - VIII ZR 277/16.

29 BGH, Urte. v. 18.03.2015 - VIII ZR 185/14.

30 BGH, Urte. v. 18.03.2015 - VIII ZR 185/14; LG Karlsruhe, Beschl. v. 23.06.2016 - 9 T 56/16; a.A. Emmerich in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2018, § 535 BGB Rn. 115; für eine Beweiserleichterung bei „unverschuldeter Beweisnot“ des Mieters: Kappus, NZM 2015, 609, 615.

31 So Lehmann-Richter in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 14. Aufl., § 538 BGB Rn. 110; Beyer, WuM 2017, 122, 124.

32 Vgl. Graf v. Westphalen, NZM 2016, 10, 14.

33 BGH, Urte. v. 27.05.2009 - VIII ZR 302/07.

be – eine betriebliche Tätigkeit erbringe.<sup>34</sup> Die Problematik dieser Entscheidung, die darin liegt, dass bei gleichem Ergebnis die Bereicherung des Vermieters von der Selbstständigkeit seines Mieters abhängt, soll hier nicht näher erörtert werden. Erkennbar wird, dass der BGH einen Übergang hergestellt hat: Bereicherung = Vergütung, aber bei Selbstvornahme nur Aufwendersatz. Dieser Gedanke ließe sich jetzt auch fruchtbar machen für die Bemessung eines angemessenen Ausgleichs. Auch hier ließe sich sagen, dass der angemessene Ausgleich sich nach der Vergütung eines Malers bemisst. Wenn aber eine Selbstvornahme im Raum steht, geht es um Materialkosten und eine Vergütung, wie sie Verwandte und Freunde erhalten würden. Das lässt sich zunächst hören – führt aber nicht weiter. Bei Vertragsschluss ist eine Mieterrenovierung häufig nicht einmal Thema, erst recht nicht die Frage, wer die Renovierung durchführt. Der angemessene Ausgleich muss also abstrakt bestimmt werden, unabhängig von der Person, den Fähigkeiten und dem Gewerbe des Mieters. Der angemessene Ausgleich muss bei der allein stehenden Rentnerin ohne Unterstützung genauso hoch sein wie bei dem Mieter mit einem Malergewerbe.

Der zweite Anhaltspunkt lässt sich der Entscheidung des BGH zur Unwirksamkeit der Klausel selbst entnehmen. Dort hatte es nämlich einen Ausgleich gegeben: der Mieter hatte angesichts des Wohnungszustands drei von vier Zimmern neu zu streichen, dafür durfte er einen halben Monat mietfrei wohnen. Umgerechnet entsprach das einem Vorteil von knapp 320 €. Das, so der BGH, sei keine taugliche Kompensation.<sup>35</sup> Rechnet man die Kosten für Wandfarbe und eine Vergütung für Freunde und Verwandte, wären 320 € mutmaßlich auskömmlich gewesen. Etwas mehr soll es also wohl sein.

Nach diesseitiger Auffassung muss es bei den Kosten eines Malerbetriebs bleiben, weil nur das unterschiedslos jeden Mieter in die Lage versetzt, die Renovierung auch zu bewerkstelligen. Das mag zunächst hoch erscheinen. Zu berücksichtigen ist aber, dass der Mieter damit auch wirksam verpflichtet wird, die laufenden Renovierungen jetzt während seiner gesamten Mietzeit zu erbringen. Die Abwälzung ist wirksam, dem Mieter ist jetzt die Renovierung nicht nur überlassen, er schuldet sie.<sup>36</sup> Der Mieter, der in Eigenleistung renoviert, behält die Differenz – ebenso wie der Vermieter, der bei einer wirksamen Abwälzung Schadensersatz für nicht geleistete Renovierungsarbeiten vom Mieter verlangt. Es wäre nicht zu rechtfertigen, dem Mieter nur dann einen Ausgleich in Höhe der Malerkosten zu geben, wenn er auch tatsächlich einen Maler beauftragt.<sup>37</sup>

Auch wenn der Maßstab – Malerkosten – gesetzt wird, ist das Problem nicht gelöst. Wie ist es mit der Wohnung, die

zwar schon deutliche Abnutzungsspuren aufweist („unrenoviert“ im Sinne der Rechtsprechung des BGH), bei der die nächste Renovierung aber noch nicht wieder fällig ist? Hier könnte es schon „mehr als angemessen“ sein, wenn die Kosten einer Renovierung Grundlage für die Angemessenheit bilden. Der Mieter könnte wirtschaftlich betrachtet, noch eine ganze Weile weiter abwohnen und könnte dann mit dem Ausgleich auch seine eigenen Abnutzungsspuren mit beseitigen. Es bietet sich an, nur einen Anteil der Kosten zu verlangen, der dem Abnutzungsgrad entspricht.<sup>38</sup>

Ebenso offen ist die Frage, was mit dem Ausgleich geschieht, wenn der Mieter die Wohnung mit Gebrauchsspuren anmietet, den Ausgleich erhält und dann – nach nur kurzer Mietzeit – immer noch vor Renovierungsfälligkeit wieder auszieht.<sup>39</sup>

Schließlich ist es offen, was geschieht, wenn der Vermieter einen angemessenen Ausgleich zahlt, aber aus Unkenntnis eine Abwälzungsklausel wählt, die auch bei der renovierten Wohnung unwirksam ist – z.B. eine Farbwahlklausel für die laufenden Renovierungen enthält. Kann jetzt der Mieter den Ausgleich behalten und den Vermieter zur Renovierung auffordern? Unwahrscheinlich, aber nicht entschieden.

### III. Mieteransprüche bei Renovierungspflicht des Vermieters

Zu erörtern sind jetzt die Mieteransprüche in den Fällen, in denen der Mieter die Wohnung anmietet, es aber keine oder nur eine unwirksame Abwälzungsklausel gibt. Nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB trifft die Erhaltungslast den Vermieter. Das gilt auch für Abnutzungsspuren, die auf dem gewöhnlichen Gebrauch beruhen (§ 538 BGB). Also trifft den Vermieter die Pflicht, die Wohnung zu renovieren. Wieder ist zwischen der renovierten und der unrenovierten Wohnung zu unterscheiden.

#### 1. Die renovierte Wohnung

Die renovierte Wohnung beschreibt den Sollzustand. Nach einer entsprechenden Abnutzung hat der Mieter einen An-

34 BGH, Urt. v. 27.05.2009 - VIII ZR 302/07.

35 BGH, Urt. v. 18.03.2015 - VIII ZR 185/14.

36 Vgl. Beyer, WuM 2017, 122, 124; im Ergebnis ebenso: Wiek, WuM 2016, 71, 74.

37 So aber wohl Langenberg, NZM 2015, 681, 684; Langenberg in: Langenberg/Zehlelein, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückgabe, 5. Aufl. 2015, Rn. 190.

38 So Artz, WuM 2017, 120, 121; gegen eine ratierliche Bemessung etwa Kappus, NZM 2016, 609, 614.

39 Vgl. dazu einerseits Artz, WuM 2017, 120, 121 (keine Rückzahlung); andererseits Beyer, WuM 2017, 122, 124 (Rückzahlung oder Renovierung auch vor Fälligkeit).

spruch darauf, dass der Vermieter die Schönheitsreparaturen durchführt. In Rechtsprechung und Literatur wird vertreten, dass der Vermieter auf Farbwünsche des Mieters Rücksicht nehmen muss, solange das für ihnen keine Nachteile beinhaltet.<sup>40</sup> Dabei gehört zu den Nachteilen aber auch bereits die schlechtere Vermietbarkeit bei einer Renovierung in auffälligen Farben. Das Rücksichtnahmegebot (§ 242 BGB) verlangt es daher wohl nur, dass der Vermieter die Wände weiß oder in hellen, neutralen Farben anstreicht.<sup>41</sup> Der Vermieter, der angesichts des „ungeheuerlichen“ Verlangens seines Mieters nach einer Renovierung großformatige Fototapeten oder einen Komplettanstrich in hellblau wählt,<sup>42</sup> macht sich schadensersatzpflichtig nach § 280 BGB.

Führt der Vermieter nach Aufforderung und Mahnung keine Renovierung durch, hat der Mieter einen Schadensersatzanspruch nach § 536a BGB.<sup>43</sup> Renoviert der Mieter, ohne den Vermieter in Verzug gesetzt zu haben, kommt ein Bereicherungsanspruch in Betracht. Die grundlegende BGH-Entscheidung dazu ist schon dargestellt.<sup>44</sup>

## 2. Die unrenovierte Wohnung – neueste BGH-Rechtsprechung

Bei der unrenoviert überlassenen Wohnung wird es wirklich problematisch. Hier wird nach der aktuellen Rechtsprechung des BGH der Sollzustand durch den Zustand beschrieben, den die Wohnung bei Anmietung zeigt.<sup>45</sup> Dem ist zu folgen. Es kann für die Bestimmung des Sollzustands nicht darauf ankommen, ob es eine (unwirksame) Abwälzungsklausel gibt oder nicht.<sup>46</sup> Ohne unwirksame AGB gilt das Gesetz. Die Rechtslage ist die gleiche, als gäbe es keine Klausel. Wäre infolge der Klausel der Sollzustand die frisch renovierte Wohnung, käme § 306 BGB darüber hinaus eine Straffunktion zu. Der Sollzustand ist aber damit abhängig vom Abnutzungsgrad bei Übernahme der Wohnung. Die Bandbreite erstreckt sich von gänzlich abgewohnt bis zu nicht allzu großen Abnutzungsspuren, die gerade die Grenze zwischen renoviert und unrenoviert bilden.

Jetzt gilt die umgekehrte Problematik. Der Vermieter muss renovieren – und verbessert dadurch zwangsläufig den Wohnungszustand über den Zustand bei Anmietung hinaus. Es wohl nicht zu rechtfertigen, ihm diese Zustandsverbesserung als Instandsetzungsmaßnahme nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB abzuverlangen. Der BGH wählt – das ist jetzt die eingangs genannte neueste Rechtsprechung – auch in dieser Konstellation die Ausgleichszahlung, um das Äquivalenzverhältnis aufrechtzuerhalten. Der Mieter hat einen Anspruch gegen seinen Vermieter auf Durchführung der Schönheitsrenovierungen. In dem

Ausmaß, in dem die Wohnung dadurch besser wird, als sie es bei Mietbeginn war, schuldet der Mieter ihm eine Zahlung als Kostenausgleich. Der BGH führt aus, der Mieter handle treuwidrig (§ 242 BGB), wenn er ohne eine anteilige Kostenübernahme die Renovierung verlange. Das gebe dem Vermieter ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB. Anders als sonst gibt es hier also nicht den Einwand, sondern nur die Einrede des § 242 BGB. Gegenüber der verzugsbegründenden Mahnung (§ 536a BGB) muss der Vermieter sich auf die verlangte Kostenbeteiligung berufen. Der Höhe nach ergebe sich der Anspruch, so der BGH, regelmäßig i.H.v. 50 % der Renovierungskosten.

Das System erscheint geschlossen. Die nächsten Fragen drängen sich allerdings auf. Wenn der Vermieter die Einrede der hälftigen Kostenerstattung erhebt, kommt der sozial schwächere Mieter in finanzielle Schwierigkeiten. Die Kostenübernahme durch das Jobcenter nach § 22 Abs. 1 Satz 1 und 3 SGB II ist durchaus fraglich. Sein Renovierungsanspruch gegen den Vermieter ist für den sozial schwachen Mieter in der Praxis also wertlos. Die Vermietung einer unrenovierten Wohnung stellt sich gegenüber den finanzschwachen Mietern als nur faktische, aber effektive Freizeichnung von den Schönheitsreparaturen dar.

Noch kritischer ist, es wenn der Vermieter von sich aus die Renovierung ankündigt und den Mieter auf Duldung – und Kostenbeteiligung – in Anspruch nimmt. Schönheitsreparaturen sind Instandhaltungsarbeiten i.S.d. § 535 Abs. 1 Satz 2, aber eben auch i.S.d. § 555a BGB. Zu prüfen wäre also noch, ob der (anteilige) Kostenanspruch auch für die aufgedrängte Renovierung gilt. Nach der gesetzlichen Wertung – § 555a Abs. 3 BGB – darf dem Mieter wohl aus der Duldung einer Instandsetzung kein Nachteil entstehen. Das könnte dafür sprechen, dem Vermieter eine Kostenbeteiligung zu versagen, wenn er aus eigenem Antrieb renovieren will. Auch die Argumentation der BGH-Entscheidung spricht für diese Annahme: Der Mieter handelt treuwidrig, wenn er ohne Kostenbeteiligung die

40 LG Berlin, Beschl. v. 23.05.2017 - 67 S 416/16; Artz, WuM 2015, 801, 805.

41 Langenberg in: Langenberg/Zehlelein, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückgabe, 5. Aufl. 2015, Rn. I 387.

42 Vgl. den Fall AG Berlin, Urt. v. 08.08.2013 - 121 C 135/13.

43 BGH, Urt. v. 08.07.2020 - VIII ZR 163/18.

44 BGH, Urt. v. 27.05.2009 - VIII ZR 302/07 - s.o. unter B.II.

45 BGH, Urt. v. 08.07.2020 - VIII ZR 163/18; BGH, Urt. v. 08.07.2020 - VIII ZR 270/18.

46 So aber Langenberg in: Langenberg/Zehlelein, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückgabe, 5. Aufl. 2015, Rn. I 378.

Renovierung verlangt. Er handelt aber wohl nicht treuwidrig, wenn er ohne Kostenbeteiligung die Renovierung duldet.

#### IV. Perspektiven

##### 1. Vermieter

Bei der Vermietung einer neu renovierten Wohnung können die Schönheitsreparaturen durch AGB abgewälzt werden. Es bleiben aber zahlreiche Fallstricke (Kombination mit Endrenovierung, Fristen, Farbwahl). Misslingt die Abwälzung ist der Vermieter gehalten, auf Verlangen des Mieters jeweils bei Bedarf die Wohnung zu renovieren. Dafür erhält er keinen Ausgleich.

Unterlässt der Vermieter beim Mieterwechsel die Renovierung und vermietet die Wohnung unrenoviert, kann er es mit dem „angemessenen“ Ausgleich versuchen, wenn er die Renovierung abwälzen möchte. Die Unsicherheit über den richtigen Betrag ist freilich groß. Die weiteren Fallstricke bleiben außerdem auch hier gespannt.

Es könnte sich anbieten, die Wohnung unrenoviert zu vermieten und die Abwälzung gar nicht erst zu versuchen. Die Kostenbeteiligung nach Handwerkerkosten wird den finanzschwächeren Mieter durchaus von einem Renovierungsverlangen an seinen Vermieter abschrecken. Die faktische Freizeichnung. Auf lange Zeit gesehen droht allerdings eine Substanzverschlechterung, wenn der Mieter seinerseits untätig bleibt.

##### 2. Mieter

Für den Mieter gilt spiegelbildlich, dass er bei der Anmietung einer neuen oder frisch renovierten Wohnung mit einer wirksamen Abwälzung rechnen muss. Er sollte im eigenen Interesse aber jede Abwälzungsklausel genau untersuchen. Ist sie unwirksam, kann der Mieter ohne eigene Kostenbeteiligung jeweils nach entsprechender Abnutzung seinen Vermieter zur Wiederherstellung des vertragsgemäßen, heißt: frisch renovierten Zustands auffordern. Ist die Klausel wirksam, trifft eben diese Renovierungspflicht ihn selbst. Sekt oder Selters.

Bei Anmietung einer unrenovierten Wohnung kommt es wieder auf den angemessenen Ausgleich und die weiteren Vorgaben des AGB-Rechts an. Ist die Abwälzung wirksam, schuldet der Mieter jeweils die Herstellung des renovierten Zustands – die teilweise Abnutzung bei Mietbeginn wird durch die einmalige anfängliche Zahlung des Vermieters (immer wieder) ausgeglichen. Ist die Abwälzung unwirksam, wird die Rechtslage gänzlich unübersichtlich. Nimmt der Mieter irrig eine Renovierungspflicht an und renoviert deswegen selbst, erbringt er nach der Rechtsprechung des

BGH aus dem Jahre 2009<sup>47</sup> dem Vermieter damit eine Leistung und kann einen Bereicherungsausgleich verlangen. Das ist, soweit der Zustand der Wohnung sich gegenüber dem vertraglichen (abgenutzten) Zustand verbessert, freilich eine aufgedrängte Bereicherung. Eine Prognose über die Rechtsentwicklung dazu erscheint nicht möglich. Es könnte sein, dass der BGH auch hier nach § 242 BGB einen hälftigen Abzug vornimmt. Immerhin ein Teilanspruch bliebe dem Mieter erhalten.

Weiß der Mieter, dass er nicht renovieren müsste, muss er den Vermieter zunächst zur Renovierung auffordern und ihn danach durch Mahnung in Verzug setzen. Ohne Mahnung gibt es gar keinen Anspruch. § 539 Abs. 1 BGB ist nicht anwendbar, wenn der Mieter einen Mangel eigenmächtig beseitigt, ohne den Vermieter aufzufordern und in Verzug zu setzen.<sup>48</sup> Wiederum gänzlich unklar ist, was geschieht, wenn der Vermieter trotz Mahnung untätig bleibt und der Mieter daraufhin selbst renoviert. In dieser Konstellation wird fraglich, ob der Vermieter – trotz eigener Untätigkeit – auch dem Schadensersatzanspruch gegenüber die „Einrede der Kostenbeteiligung“ nach § 242 BGB entgegenhalten kann.

Vieles ist noch unklar. Vorherzusagen ist nur, dass der BGH sich auch künftig mit dem Thema Schönheitsreparaturen in der Wohnraummiete beschäftigen wird.

47 BGH, Ur. v. 27.05.2009 - VIII ZR 302/07.

48 BGH, Ur. v. 16.01.2008 - VIII ZR 222/06.

### Anforderungen an die Einwilligung bei Online-Werbung („Cookie Einwilligung II“)

BGH, Ur. v. 28.05.2020 - I ZR 7/16

Wiss. Mit. Jonas Baumann, LL.M. (Johannesburg) und  
Wiss. Mit. Andreas Sesing

#### A. Problemstellung

Personalisierte Werbung ist heute ein fester Bestandteil der Internet-Ökonomie. Die Personalisierung kann dabei sowohl durch die Abfrage von persönlichen Interessen als auch durch den Einsatz von sog. Cookies-Textdateien, die beim Aufruf einer Internetseite auf dem Computer eines Benutzers gespeichert und beim erneuten Aufrufen der Seite wieder abgerufen werden, um die Navigation im Internet oder Transaktionen zu erleichtern oder Informationen über

das Nutzerverhalten zu sammeln – erreicht werden. Insbesondere durch das Setzen von Cookies lässt sich das Surfverhalten von Internetnutzern nachverfolgen und auswerten, um personalisierte Werbung (noch) zielgerichtet(er) zu schalten.

Aus rechtlicher Sicht bedarf es für diese Vorgänge regelmäßig der Einwilligung des Nutzers, und zwar sowohl im Hinblick auf die Zusendung von Direktwerbung als auch im Hinblick auf die Verarbeitung personenbezogener Daten in Form von Pseudonymen, wie sie beim Setzen von Cookies erfolgt. Die Anforderungen an derartige Einwilligungen sind dabei maßgeblich durch das Europarecht determiniert: Sowohl § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG als auch § 15 Abs. 3 Satz 1 TMG setzen nach Auffassung des BGH die Vorschriften der ePrivacy-Richtlinie (RL 2002/58/EG) um, die ihrerseits auf das europäische Datenschutzrecht verweist. Der in der ePrivacy-Richtlinie enthaltene, explizite Verweis auf die Datenschutzrichtlinie (RL 95/46/EG; DS-RL) gilt heute als Verweis auf die DSGVO (vgl. Art. 94 Abs. 2 Satz 1 DSGVO).

Während der BGH in seiner jüngsten Entscheidung<sup>1</sup> zu den Anforderungen wirksamer Werbeeinwilligungen im UWG auf eine gefestigte Rechtsprechung zurückgreifen konnte, hatte der Senat im Hinblick auf die Anforderungen an das Vorliegen einer wirksamen Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten durch das Setzen von Cookies das Verfahren zunächst ausgesetzt und den EuGH um Vorabentscheidung ersucht.<sup>2</sup>

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

### I. Sachverhalt

Im vorliegenden Fall war der I. Zivilsenat des BGH mit zwei vorformulierten Einwilligungserklärungen befasst, die die Beklagte im Rahmen der Durchführung eines Online-Gewinnspiels von Internetnutzern eingeholt hatte. Der Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. nahm die Beklagte auf Unterlassung der streitgegenständlichen Ausgestaltung der Einwilligungserklärungen in Anspruch.

Die erste Einwilligungserklärung, die für die Teilnahme am Gewinnspiel zwingend zu erklären war, betraf die Bewerbung von Produkten durch Werbepartner der Beklagten. Diejenigen Werbepartner, die zur Werbezusendung berechtigt werden sollten, konnte der Nutzer über einen Link selbst auswählen, wobei die Liste insgesamt 57 (!) mögliche Werbepartner umfasste. Für den Fall des Unterlassens einer Auswahl seitens des Nutzers erfolge die Auswahl der Werbepartner durch die Beklagte. Das maßgebliche Ankreuzfeld war seitens der Beklagten nicht vorausgewählt (sog. Opt-In-Lösung).

Die zweite Einwilligungserklärung betraf die Einwilligung in die Setzung von Cookies durch die Beklagte, mittels derer die Auswertung des Nutzerverhaltens durch einen Webanalysedienst ermöglicht wurde. Diese Einwilligung war für die Teilnahme am Gewinnspiel nicht notwendig; das entsprechende Ankreuzfeld war allerdings von der Beklagten vorausgewählt, sodass es einer aktiven Handlung des Nutzers bedurfte, um das Setzen der Cookies zu verhindern (sog. Opt-Out-Lösung).

### II. Werbeeinwilligung (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG)

Der Senat bejaht einen Unterlassungsanspruch gegen die Verwendung der Werbeeinwilligung aus § 1, § 3 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG i.V.m. § 307 Abs. 1 BGB sowie § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG (Rn. 23 ff.). Der Senat stellt zunächst klar, dass die §§ 305 ff. BGB auf die im Rahmen von Gewinnspielen vorformulierten Einwilligungserklärungen anzuwenden sind (Rn. 26). Sodann gelangt der Senat zur Unwirksamkeit der Werbeeinwilligung gem. § 307 Abs. 1 BGB, da diese den Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 UWG nicht genüge (Rn. 27). Der Begriff der Einwilligung im Sinne der Vorschrift sei im Lichte des Art. 13 Abs. 3, Abs. 5 Satz 1 ePrivacy-RL richtlinienkonform auszulegen (Rn. 28); insoweit seien aufgrund des Verweises in Art. 2 Satz 2 Buchst. f) ePrivacy-RL die datenschutzrechtlichen Vorgaben maßgeblich (Rn. 29 f.).

Ferner prüft der Senat, ob die vorliegende Werbeeinwilligung den Anforderungen des Art. 2 Buchst. h) DS-RL genügt (Rn. 31 ff.). Eine solche müsse „für den konkreten Fall“ erfolgen, was voraussetze, dass aus der Einwilligung hervorgehe, auf welche Produkte bzw. Dienstleistungen welcher Unternehmen sich die Erklärung bezieht (Rn. 31). Im vorliegenden Fall ist dieses Merkmal nach Auffassung des Senats nicht erfüllt, soweit der Verbraucher keine Kenntnis vom Inhalt der Liste der potenziell werbenden Unternehmen hat und selbst keine Auswahl trifft (Rn. 32). Der Senat betont überdies, dass die beanstandete Einwilligungserklärung darauf angelegt sei, das Wahlrecht der Beklagten zu überlassen (Rn. 32) und dass die Verbraucher regelmäßig keine Kenntnis über den Inhalt der von ihnen abgegebenen Einwilligungserklärung hätten (Rn. 33).

Im Anschluss verweist der Senat darauf, dass sich die Rechtslage im Hinblick auf die Merkmale „für den konkreten Fall“ und „in Kenntnis der Sachlage“ nicht geändert habe, sodass die angegriffene Einwilligungserklärung den Anforderungen des Art. 4 Nr. 11 DSGVO nicht genüge (Rn. 34 f.).

1 BGH, Ur. v. 28.05.2020 - I ZR 7/16 - „Cookie Einwilligung II“.

2 BGH, Beschl. v. 05.10.2017 - I ZR 7/16 - „Cookie-Einwilligung“.

### III. Cookie-Einwilligung (§ 15 Abs. 3 Satz 1 TMG)

Auch hält der Senat einen Unterlassungsanspruch gem. § 1 UKlaG i.V.m. § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB in Bezug auf die vorangekreuzte Einwilligung zum Einsatz von Cookies durch die Beklagte für gegeben (Rn. 41 ff.).

Die Einholung einer sog. Cookie-Einwilligung durch ein voreingestelltes Ankreuzkästchen ist nach Ansicht des BGH nach der bis zum 24.05.2018 geltenden Rechtslage mit dem wesentlichen Grundgedanken des § 15 Abs. 3 Satz 1 TMG unvereinbar (Rn. 44). Die im Streitfall in den Cookies gespeicherte, zufallsgenerierte Nummer (ID), die den Registrierungsdaten des Nutzers zugeordnet werde, stelle ein Pseudonym i.S.d. § 15 Abs. 3 TMG dar; ferner würden die Cookies im Streitfall zur Erstellung von Nutzerprofilen zu Werbezwecken eingesetzt (Rn. 46). Da diese Cookies nicht technisch notwendig i.S.d. Art. 5 Abs. 3 Satz 2 ePrivacy-RL seien, liege auch keine Ausnahme vom Einwilligungserfordernis vor (Rn. 49).

Die Regelung des § 15 Abs. 3 Satz 1 TMG – nach der eine Bildung von Nutzungsprofilen zulässig ist, soweit der Nutzer dieser nicht widerspricht – soll nach Ansicht des BGH im Lichte der vorausgegangenen Entscheidung des EuGH<sup>3</sup> dahin gehend richtlinienkonform auszulegen sein, dass ein unterbliebener Widerspruch des Nutzers für sich genommen nicht ausreichend sei, um die Profilbildung zu rechtfertigen, sodass es einer (aktiven) Einwilligung des Nutzers bedürfe (Rn. 47, 52).

Der EuGH hatte insoweit auf die Vorlagefragen des BGH entschieden, dass vorangekreuzte Einwilligungen in die Setzung von Cookies den Anforderungen an eine wirksame Einwilligung nach den Vorgaben der DS-RL und der DSGVO – jeweils i.V.m. Art. 2 Buchst. f) ePrivacy-RL – nicht genügen.<sup>4</sup> Ferner urteilte der EuGH, dass die Auslegung der vorgenannten Regelungen nicht davon abhängig sei, dass die im Endgerät gespeicherten Informationen personenbezogene Daten darstellen.<sup>5</sup>

Der BGH betont insoweit, dass zur Herstellung der Unionsrechtskonformität notfalls eine nach deutschem Recht zulässige Rechtsfortbildung erforderlich sei (Rn. 53), stellt sodann jedoch (implizit) fest, dass es einer solchen im Ergebnis nicht bedürfe, da der Gesetzgeber von einer hinreichenden Umsetzung der ePrivacy-RL ausgehe (Rn. 54) und das Erfordernis einer aktiven Einwilligung mit dem Wortlaut des § 15 Abs. 3 Satz 1 TMG „noch vereinbar“ sei (Rn. 55).

Anschließend setzt sich der Senat mit der Wirksamkeit der Einwilligung im Rahmen der seit dem 25.05.2018 geltenden Rechtslage auseinander und stellt fest, dass sich die Rechtslage insoweit nicht geändert habe (Rn. 57). Die Regelung des § 15 Abs. 3 Satz 1 TMG gelte als Umsetzungs-

regelung des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 ePrivacy-RL auch nach Inkrafttreten der DSGVO fort (Rn. 58, 60). Art. 95 DSGVO ordne einen Vorrang der DSGVO gegenüber der ePrivacy-RL nur in Kollisionsfällen an; im Übrigen bleibe die ePrivacy-RL anwendbar (Rn. 59). Anders als die Regelungen der DSGVO, die dem in Art. 8 EU-GRCh verankerten Schutz personenbezogener Daten dienen, bezwecke Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL den Schutz der Privatsphäre gem. Art. 7 EU-GRCh und sei beim Cookie-Einsatz unabhängig vom Vorliegen personenbezogener Daten anwendbar (Rn. 61). Mit Inkrafttreten der DSGVO sei keine Änderung der Rechtslage einhergegangen, sodass eine Einwilligung zum Einsatz von Cookies durch ein voreingestelltes Ankreuzkästchen auch im Lichte von Art. 4 Nr. 11 sowie Art. 6 Abs. 1 Buchst. a) DSGVO unwirksam sei (Rn. 64).

### C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung des I. Zivilsenats markiert den Schlusspunkt eines Verfahrens, das die deutschen Gerichte seit dem Jahre 2014 beschäftigte.<sup>6</sup> Mit der Entscheidung hat der BGH – erwartungsgemäß – die Vorgaben des EuGH<sup>7</sup> umgesetzt und zugleich zur Fortgeltung des § 15 Abs. 3 Satz 1 TMG unter Geltung der DSGVO Stellung bezogen.

Insbesondere der letztgenannte Aspekt – die Fortgeltung der telemedienrechtlichen Datenschutzvorschriften der §§ 11 ff. TMG nach Inkrafttreten der DSGVO – war und ist umstritten.<sup>8</sup> Die ePrivacy-Richtlinie enthielt in ihrer ursprünglichen Fassung, für die das deutsche Recht Modell gestanden hat, eine dem § 15 Abs. 3 Satz 1 TMG vergleichbare „Widerspruchslösung“, die jedoch infolge der Änderung durch die RL 2009/136/EG in eine „Einwilligungslösung“ umgekehrt wurde.<sup>9</sup> Diese Änderung hatte der deutsche Gesetzgeber jedoch in § 15 Abs. 3 Satz 1 TMG nicht nachvollzogen.

### D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung des I. Zivilsenats hat weitreichende Auswirkungen auf Online-Dienste, die um eine Einwilligung in Werbeansprachen durch mehrere Unternehmen ersuchen, ebenso auf die technische Gestaltung vorformulierter Einwilligungserklärungen.

3 EuGH, Urt. v. 01.10.2019 - C-673/17 - „Planet49“ Rn. 46 ff.

4 EuGH, Urt. v. 01.10.2019 - C-673/17 - „Planet49“ Rn. 44 ff.

5 EuGH, Urt. v. 01.10.2019 - C-673/17 - „Planet49“ Rn. 66 ff.

6 LG Frankfurt am Main, Urt. v. 10.12.2014 - 2-06 O 030/14; anschließend OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 17.12.2015 - 6 U 30/15.

7 EuGH, Urt. v. 01.10.2019 - C-673/17 - „Planet49“.

8 Ausf. zum Streitstand etwa Sesting, MMR 2019, 347, 348 ff.

9 Zu Unklarheiten innerhalb der ePrivacy-RL Hanloser, ZD 2018, 213, 215.

Der Senat erteilt einerseits solchen (bewusst) überkomplexen Gestaltungen eine Absage, die eine Auswahl der Einwilligungsbegünstigten einer Werbeeinwilligung dem Einwilligungsempfänger – vergleichbar einer Blanketterklärung – überlässt.

Andererseits stellt der Senat klar, dass die Regelung des § 15 Abs. 3 Satz 1 TMG auch nach Inkrafttreten der DSGVO weiterhin anwendbar ist;<sup>10</sup> die gegenteilige Ansicht der DSK, die einen Rückgriff auf Art. 6 Abs. 1 DSGVO für erforderlich hält,<sup>11</sup> ist damit für die Praxis überholt.<sup>12</sup> Die Regelung soll allerdings, wie in der Literatur bereits vorgeschlagen wurde,<sup>13</sup> richtlinienkonform auszulegen sein, sodass der Einsatz von Cookies unter dem Vorbehalt der Einwilligung durch den Nutzer steht und nicht vom Fehlen eines Widerspruchs abhängig ist. Diese „Rechtsfortbildung“<sup>14</sup> führt dazu, dass vorangekreuzte Einwilligungserklärungen (opt-out) künftig keine wirksame Einwilligung des Nutzers (mehr) darstellen.

### E. Bewertung und Ausblick

Die Entscheidung ist im Ergebnis zu begrüßen, weil sie das im Unionsrecht verankerte Einwilligungserfordernis unterstreicht. Die Selbstbestimmung des Einzelnen wird gestärkt, indem sowohl überkomplexen Ausgestaltungen für Werbeeinwilligungen als auch Opt-Out-Gestaltungen ein Riegel vorgeschoben wird.

Die Klarstellung, dass § 15 TMG weiterhin – wenngleich in modifizierter Weise – Anwendung findet, sorgt für Rechtsklarheit. Unklar bleibt, ob dies auch für die übrigen datenschutzrechtlichen Vorschriften des TMG gilt. Zweifelhaft erscheint es, wenn der Senat es vom Wortlaut des § 15 Abs. 3 Satz 1 TMG als („noch“) gedeckt ansieht, dass nicht der Widerspruch des Nutzers eine Profilbildung verhindert, sondern eine vorherige Einwilligung erforderlich ist; immerhin bedeutet die Auslegung des BGH, dass der Regelungsansatz in sein Gegenteil verkehrt wird.<sup>15</sup>

Konsequenter wäre es gewesen, die in der Entscheidung selbst angelegten Ausführungen zur teleologischen Reduktion aufzugreifen und die Änderung des Unionsrechts auf diesem Wege in deutsches Recht zu integrieren. Die methodische Büchse der Pandora, ob die Untätigkeit des Gesetzgebers<sup>16</sup> und eine Stellungnahme der Bundesregierung<sup>17</sup> im Hinblick auf eine nicht originär unionsrechtlich gewachsene Vorschrift schon zur teleologischen Reduktion berechtigen, musste der BGH so jedenfalls nicht öffnen. Man mag hier Zweifel hegen, ob es die originäre Aufgabe des BGH ist, gesetzgeberische Versäumnisse zu korrigieren; an den (ersatz-)gesetzgeberischen Qualitäten des I. Zivilsenats bestehen insoweit freilich keine Zweifel.<sup>18</sup>

Mit Blick auf ein ernst zu nehmendes Einwilligungserfordernis und die weitreichende Unzulässigkeit von Opt-Out-Lösungen im Hinblick auf das Setzen von Cookies sind die letzten Baustellenschilder jedoch noch nicht abgeräumt. Insbesondere die vielerorts zu beobachtende Praxis, den Nutzer mit datenschutzunfreundlichen Voreinstellungen zu konfrontieren und die Beschränkung auf technisch notwendige Cookies hinter weißer Schrift auf grauem Grund oder umständlichen Auswahlgestaltungen zu verschleiern, erscheint im Lichte der aktuellen Entscheidung jedenfalls fragwürdig.

10 Dagegen aber Drewes, CR 2020, 602, 605.

11 DSK, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien (Stand März 2019, abrufbar unter: [www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20190405\\_oh\\_tmog.pdf](http://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20190405_oh_tmog.pdf)), S. 6 ff.

12 Vgl. auch Gierschmann, MMR 2020, 613, 614; Hanloser, BB 2020, 1683, 1684.

13 Schmitz in: Spindler/Schmitz, TMG, 2. Aufl. 2018, § 15 Rn. 96.

14 Indem der BGH die Vereinbarkeit seiner Auslegung mit dem Wortlaut postuliert, bleibt in der Sache unklar, ob es sich „noch“ um Auslegung (Stögmüller, CR 2020, 562, 563) oder „schon“ um Rechtsfortbildung (Drewes, CR 2020, 602, 603; Gierschmann, MMR 2020, 613, 614) handelt, siehe dazu Eckhardt, ZD 2020, 470, 471.

15 Pointiert etwa Hanloser, BB 2020, 1683, 1684: Der BGH greife zur „Brechtstange der europarechtskonformen Auslegung“.

16 Anträge zur Änderung des deutschen Rechts (BT-Drs. 17/6756; BT-Drs. 17/8454) wurden jeweils nicht angenommen.

17 Antwort der Bundesregierung auf den Fragebogen der EU-Kommission, COCOM11-20 vom 04.10.2011.

18 Siehe bereits zur Korrektur des zu weit geratenen § 8 Abs. 1 Satz 2 TMG bzw. des zu eng geratenen § 7 Abs. 4 TMG durch den Senat etwa BGH, Urt. v. 26.07.2018 - I ZR 64/17 - „Dead Island“.

## Problematik des Sachmangelbegriffs beim Pferdekauf und Anwendbarkeit der Vermutungswirkung des § 477 BGB

BGH, Urt. v. 27.05.2020 - VIII ZR 315/18

Dipl.-Jur. Carolin Maus, Lic. en droit

### A. Problemstellung

Erneut hatte der BGH sich mit einem Fall zu befassen, in dem es um die Problematik der Anwendung des Sachmangelbegriffs auf Reitpferde ging. Ein alter Hut? Mitnichten! Nicht nur, dass das Berufungsgericht zu gänzlich anderen Ergebnissen gekommen war als der 8. Zivilsenat und dieser sich daher zu einer nachdrücklichen Wiederholung der Grundsätze zur Sachmangelhaftung beim Tierkauf veran-

lasst sah.<sup>1</sup> Der BGH präzisierte außerdem, dass diese Grundsätze nicht nur für physiologische Abweichungen vom Idealzustand gelten, sondern ebenso für ein vom Idealzustand abweichendes Verhalten eines Pferdes, wie etwa Rittigkeitsprobleme.<sup>2</sup>

Besonderen Gehalt erlangt das Urteil darüber hinaus dadurch, dass sich die Richter zur Anwendbarkeit der (doppelten) Vermutungsregelung des § 477 BGB (§ 476 BGB a.F.) auf das Auftreten von „Auffälligkeiten“ im Verhalten und der Physiologie eines Tieres aussprechen konnten. Sie stellen sich diesbezüglich auf den Standpunkt, dass Rittigkeitsprobleme des Reiters mit seinem Pferd nicht mit Mangelerscheinungen unbelebter Gegenstände gleichzusetzen seien, wie etwa Getriebefehlern eines Fahrzeugs.<sup>3</sup>

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Im Streitfall erwarb die Klägerin als Verbraucherin von der Beklagten, die Pferdeauktionen ausrichtet, im Rahmen einer solchen Auktion einen fünfjährigen Wallach zur Nutzung als Sportpferd. Die als Pferdewirtin und -ausbilderin tätige Tochter der Klägerin bildete das Pferd in der Folgezeit weiter aus. Mehr als ein Jahr nach Abschluss des Kaufvertrags rügte die Klägerin gravierende Rittigkeitsprobleme des Pferdes, insbesondere in Gestalt des Blockens und Blockierens. Dies beruhe angeblich auf verengten Dornfortsätzen der Wirbelsäule, sog. Kissing Spines. Sie erklärte den Rücktritt vom Kaufvertrag und machte Gewährleistungsansprüche geltend.

Als punctum saliens erwies sich die Frage, ob das Pferd mit einem Sachmangel behaftet war. Dieser könnte sich aus § 434 Abs. 1 BGB oder zumindest aus der Vermutungswirkung des § 477 BGB ergeben. Der BGH verneinte in casu beide Ansätze.

In Bezug auf den gem. § 90a Satz 3 BGB anwendbaren Sachmangelbegriff des § 434 Abs. 1 Satz 2 BGB rekurrierte er nach Verneinung des Vorliegens einer Beschaffenheitsvereinbarung auf die schon in früheren Urteilen aufgestellten Grundsätze zur Sachmangelhaftung bei Tieren: „Der Verkäufer eines Tiers hat [...] (lediglich) dafür einzustehen, dass es bei Gefahrübergang nicht krank ist und sich auch nicht in einem (ebenfalls vertragswidrigen) Zustand befindet, aufgrund dessen bereits die Sicherheit oder zumindest die hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass es alsbald erkranken wird und infolgedessen für die vertraglich vorausgesetzte (oder die gewöhnliche) Verwendung nicht mehr einsetzbar wäre. Vor diesem Hintergrund hat der Senat bereits mehrfach ausgesprochen, dass die Eignung eines klinisch unauffälligen Pferdes für die vertraglich vorausgesetzte oder die gewöhnliche Verwendung als Reitpferd nicht schon dadurch beeinträchtigt wird, dass aufgrund von Ab-

weichungen von der ‚physiologischen Norm‘ eine (lediglich) geringe Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass das Tier zukünftig klinische Symptome entwickeln wird, die seiner Verwendung als Reitpferd entgegenstehen. Ebenso wenig gehört es zur üblichen Beschaffenheit eines Tiers, dass es in jeder Hinsicht einer biologischen oder physiologischen ‚Idealnorm‘ entspricht.“<sup>4</sup>

Dieser langjährigen Rechtsprechung fügte der Senat außerdem die weitere Präzisierung hinzu, dass die genannten Grundsätze nicht nur für physiologische Abweichungen vom Idealzustand gelten, sondern ebenso für ein vom Idealzustand abweichendes Verhalten eines Pferdes, wie etwa Rittigkeitsprobleme.<sup>5</sup> Denn auch hierin realisiere sich für den Käufer grds. der Umstand, dass es sich bei dem Pferd um ein Lebewesen handelt, dass mit individuellen Anlagen ausgestattet und dementsprechend mit sich daraus ergebenden unterschiedlichen Risiken behaftet ist.<sup>6</sup> Die Richter waren sich zwar durchaus des Umstands bewusst, dass Rittigkeitsprobleme die Nutzung des Pferdes als Reittier beeinträchtigen können und daher ein gewisses Risiko im Umgang mit dem Pferd darstellen. Aufgrund der besonderen Anfälligkeit von Tieren sei ein solches Risiko für Lebewesen jedoch nicht von vorneherein untypisch und stelle noch keinen Sachmangel i.S.d. § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 oder Nr. 2 BGB dar.<sup>7</sup>

Hiervon ausgehend konnten in casu weder der Röntgenbefund „Kissing Spines“ noch die Rittigkeitsprobleme als solche einen Sachmangel begründen.

Besonders bedeutsam ist die Entscheidung vornehmlich wegen der Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 477 BGB im Fall des Pferdekaufs. Die Frage nach der Anwendbarkeit dieser Regelung auf den Tierkauf ist seit jeher nicht unumstritten<sup>8</sup> und wurde durch die jüngste Recht-

1 BGH, Ur t. v. 27.05.2020 - VIII ZR 315/18 Rn. 25 ff. mit Verweis auf BGH, Ur t. v. 29.03.2006 - VIII ZR 173/05 Rn. 37; BGH, Ur t. v. 07.02.2007 - VIII ZR 266/06 Rn. 19 ff.; BGH, Ur t. v. 18.10.2017 - VIII ZR 32/16 Rn. 26; BGH, Ur t. v. 30.10.2019 - VIII ZR 69/18 Rn. 25.

2 BGH, Ur t. v. 27.05.2020 - VIII ZR 315/18 Rn. 28.

3 BGH, Ur t. v. 27.05.2020 - VIII ZR 315/18 Rn. 55.

4 BGH, Ur t. v. 27.05.2020 - VIII ZR 315/18 Rn. 25 f. m.w.N. So auch die h.M., siehe nur Westermann in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2019, § 434 Rn. 84 f.

5 BGH, Ur t. v. 27.05.2020 - VIII ZR 315/18 Rn. 28.

6 BGH, Ur t. v. 27.05.2020 - VIII ZR 315/18 Rn. 41.

7 BGH, Ur t. v. 27.05.2020 - VIII ZR 315/18 Rn. 28; a.A. OLG Köln, Ur t. v. 25.08.2017 - 6 U 188/16 Rn. 32; LG Frankfurt, Ur t. v. 05.04.2018 - 2-32 O 95/17 Rn. 37; Grunewald in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 434 Rn. 49; offengelassen von OLG Hamm, Beschl. v. 14.01.2014 - 19 U 79/13 Rn. 12.

8 Die Diskussion drehte sich in erster Linie um die Frage, ob der Auschlussbestand des § 477 Halbsatz 2 BGB eingreife und die Beweislastumkehr daher wegen Unvereinbarkeit der Vermutung mit der Art

sprechungsänderung des BGH zum Umfang der Beweislastumkehr<sup>9</sup> neu aufgeworfen.

§ 477 BGB greift nach neuerer Rechtsprechung schon dann ein, wenn dem Käufer der Nachweis gelingt, dass sich innerhalb von sechs Monaten ab Gefahrübergang ein mangelhafter Zustand (eine Mangelercheinung) gezeigt hat, der die Sachmängelhaftung des Verkäufers begründen würde. Dagegen muss der Käufer weder darlegen und nachweisen, auf welche Ursache dieser Zustand zurückzuführen ist, noch dass diese in den Verantwortungsbereich des Verkäufers fällt. Überdies kommt ihm die Vermutungswirkung auch dahin zugute, dass der binnen sechs Monaten nach Gefahrübergang zutage getretene mangelhafte Zustand zumindest im Ansatz („in embryonic form“) schon bei Gefahrübergang vorgelegen hat. Damit wird der Käufer des Nachweises entoben, dass ein erwiesenermaßen erst nach Gefahrübergang eingetretener akuter Mangel seine Ursache in einem latenten Mangel hat.<sup>10</sup> Der Käufer muss demzufolge nur den Nachweis einer Mangelercheinung erbringen – dann bezieht sich die Vermutungswirkung des § 477 BGB auch auf das Vorliegen des Mangels selbst.<sup>11</sup>

Als entscheidend erweist sich nunmehr die Frage, wann eine Mangelercheinung vorliegt, stellt sie doch den Anknüpfungspunkt für die sachliche und zeitliche Vermutungswirkung des § 477 BGB dar. Ausgehend vom Beschaffenheitsbegriff<sup>12</sup> wird diese Feststellung i.d.R. wohl keinen allzu großen Schwierigkeiten begegnen. So wird man beim Verkauf eines Pkw im Fall eines Motor- oder Karosserie-schadens genauso unproblematisch eine Mangelercheinung bejahen können wie beim Defekt eines elektronischen Geräts.

Wann jedoch liegt eine Mangelercheinung bei einem Tierkauf vor? Abstrakte, allgemeingültige Kriterien werden sich schwerlich aufstellen lassen. Jedenfalls im vorliegenden Fall stellte der BGH sich auf den Standpunkt, dass Rittigkeitsprobleme des Reiters mit seinem Pferd nicht mit Mangelercheinungen unbelebter Gegenstände gleichzusetzen seien, wie etwa Getriebefehlern eines Fahrzeugs.<sup>13</sup> Bloße Rittigkeitsprobleme eines Reitpferdes stellen demnach keine Mangelercheinung dar.<sup>14</sup>

### C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung bestätigt zum einen die Grundsätze des BGH zur Sachmängelhaftung bei Reitpferden, wonach klinisch nicht zutage tretende Abweichungen von der physiologischen Norm für sich genommen keinen Mangel i.S.d. § 434 Abs. 1 Satz 2 BGB begründen, und entwickelt sie zum anderen mit der Ausweitung auf verhaltensbezogene Rittigkeitsprobleme weiter.

Eine darüber hinausgehende Bedeutung erlangt das Urteil dadurch, dass der BGH sich zum Umfang der Beweislastumkehr des § 477 BGB im Fall des Pferdekaufs aussprechen konnte und eine Anwendbarkeit der Vermutungswirkung anknüpfend an bloße Rittigkeitsprobleme ablehnte.<sup>15</sup>

### D. Auswirkungen für die Praxis

Dem Käufer bleibt letztlich nur die Möglichkeit, auf einer Beschaffenheitsvereinbarung zu bestehen, wenn er sicher sein möchte, dass negative Abweichungen in der Physiologie oder im Verhalten des Pferdes die Gewährleistungshaftung des Verkäufers auslösen. Für Letzteren ist eine solche Vereinbarung freilich mit dem Risiko verbunden, dass sie als Beschaffenheitsgarantie ausgelegt wird und ihn eine verschuldensunabhängige Einstandspflicht trifft.

Die Verneinung der Anwendbarkeit des § 477 BGB auf bloße Rittigkeitsprobleme des Pferdes verweist den Verbraucher auf die in § 363 BGB vorgesehene Beweislastverteilung, wodurch seine prozessuale Ausgangslage beeinträchtigt wird.

### E. Bewertung

Gleichwohl ist die Entscheidung insgesamt zu begrüßen. Zu Recht geht der BGH von der besonderen Risikolastigkeit von Tieren aus, die aus ihrer ständigen Entwicklung und ihren individuellen Anlagen resultiert, und betont, dass die Risiken, die mit vom Idealzustand abweichenden physiologischen Erscheinungen oder Verhaltensmustern verbunden sind, hinsichtlich der späteren Entwicklung des Tieres für Lebewesen typisch sind.<sup>16</sup> Dieses besondere Risiko, dem sich beide Vertragsparteien bewusst sind, muss sich in der Haftungsverteilung niederschlagen. Das hat zur Folge, dass sowohl die Anwendung des kaufrechtlichen Sachmangelbegriffs als

der Sache oder des Mangels (generell) ausgeschlossen sei, siehe BT-Drs. 14/6040, S. 245; OLG Hamm, Beschl. v. 14.01.2014 - 19 U 79/13 Rn. 24. Der BGH und die wohl h.M. verneinen dies und gehen von einer grundsätzlichen Anwendbarkeit der Norm auf den Tierkauf aus, siehe nur BGH, Urt. v. 29.03.2006 - VIII ZR 173/05 Rn. 22; Lorenz in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2019, § 477 Rn. 18.

9 BGH, Urt. v. 12.10.2016 - VIII ZR 103/15; vorangegangen EuGH, Urt. v. 04.06.2015 - C-497/13 Rn. 70.

10 BGH, Urt. v. 12.10.2016 - VIII ZR 103/15 Rn. 36, 46.

11 So Lorenz in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2019, § 477 Rn. 5.

12 Siehe hierzu Faust in: BeckOK, BGB, § 434 Rn. 19 ff., Stand 01.05.2020.

13 BGH, Urt. v. 27.05.2020 - VIII ZR 315/18 Rn. 55.

14 A.A. OLG Köln, Urt. v. 25.08.2017 - 6 U 188/16 Rn. 32; Wertbruch in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2009, § 476 Rn. 75; offengelassen von OLG Hamm, Beschl. v. 14.01.2014 - 19 U 79/13 Rn. 12.

15 Anders noch BGH, Urt. v. 15.01.2014 - VIII ZR 70/13 Rn. 20 ff. zur alten Rechtsprechung.

16 BGH, Urt. v. 27.05.2020 - VIII ZR 315/18 Rn. 27.

auch – konsequenterweise – der Beweislastumkehr des § 477 BGB von der dargelegten Wertung geprägt sind. Richtigerweise unterstreicht der BGH hierbei die Unterschiede zwischen unbelebten Gegenständen und Tieren. Im Hinblick auf die Anwendbarkeit des § 477 BGB auf den Tierkauf ist in den kommenden Jahren eine Einzelfallrechtsprechung zu der Frage zu erwarten, ab wann eine die Vermutungswirkung auslösende Mangelerscheinung vorliegt.

## Der Elektronische Rechtsverkehr im Echtbetrieb – von der (fehlenden?) Bedeutung des richtigen Dateiformats

LG Mannheim, Urt. v. 04.09.2020 - 1 S 29/20

VPräsLG Holger Radke

### A. Problemstellung

„Man kann es bei sich tragen und überall aufschlagen; sofort und ohne Warten, kann man das Lesen starten“. Diese Zeilen stammen aus einer Lobpreisung von Robert Gernhardt auf das Buch in seiner klassischen Form und eigentlich auf das Medium Papier, mit dem auch die Justiz jahrhundertlang gearbeitet hat. Wie man mit Papier und den darauf niedergelegten Inhalten praktisch umzugehen hatte und hat, das wusste und weiß man. Gesetzlich regeln musste man dazu nichts. Aber jetzt, in Zeiten des Umstiegs auf den elektronischen Rechtsverkehr und die elektronische Aktenführung, findet man in den Prozessordnungen Sätze wie folgenden: „Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet sein“ (§ 130a Abs. 2 Satz 1 ZPO<sup>1</sup>). Eine Selbstverständlichkeit möchte man meinen. Aber tatsächlich eine regelungsbedürftige Selbstverständlichkeit: Denn unterschiedliche Papiersorten mögen sich in ihrer Qualität spürbar unterscheiden, sie bleiben aber Papier und können als solches behandelt werden. Dagegen sind Dateiformate in nahezu unbegrenzter Zahl denkbar und können proprietär sein. Es wäre also nicht praktikabel, jedes Dateiformat für die wirksame Einreichung von Schriftsätzen zuzulassen, nötig ist vielmehr der Einschränkung auf gängige Formate. Welche Folgen es hat oder haben könnte, wenn die Formatvorgaben nicht eingehalten werden, zeigt die Entscheidung einer Berufungskammer des LG Mannheim, die Gegenstand dieser Anmerkung ist.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Kläger reichte seine Berufungsbegründung im Wege des elektronischen Rechtsverkehrs ein, wobei der Schrift-

satz das Format „DOCX“ hatte, also die aktuelle Version des Microsoft Word Dateiformats. „DOCX“ ist zwar ein (welt-)weit verbreiteter Standard, dem Gesetzeswortlaut nach aber für die Einreichung von Dokumenten im deutschen elektronischen Rechtsverkehr nicht vorgesehen. Denn gem. § 130a Abs. 2 Satz 2 ZPO werden die für die Bearbeitung geeigneten technischen Rahmenbedingungen durch eine Rechtsverordnung – die „Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung (ERVV)“ – bestimmt. Dort wiederum ist in § 2 Abs. 1 festgehalten, dass ein elektronisches Dokument im Dateiformat „PDF“ bzw. unter besonderen Voraussetzungen im Format „TIFF“ einzureichen ist.<sup>2</sup> Gegen diese Vorgabe hatte der Berufungsführer vorliegend verstoßen, sodass die gesetzliche Folge eigentlich darin bestanden hätte, ihn seitens des Gerichts „unverzüglich“ auf die mangelnde Eignung des Dokuments hinzuweisen und ihm Gelegenheit zur „unverzüglichen“ Nachbesserung zu geben (§ 130a Abs. 6 ZPO).<sup>3</sup>

Das LG Mannheim hielt diese Vorgehensweise allerdings für entbehrlich. Maßgeblich sei nach dem Gesetzeswortlaut einzig die Geeignetheit des Dokumentes für die Bearbeitung, wobei es – wie schon der Wortlaut der Norm („das“ Gericht) zeige – auf die subjektive Geeignetheit für das konkrete Gericht ankomme. Die ERVV sei nicht mehr als eine Konkretisierung dieser Geeignetheit, mit der klargestellt werde, dass jedenfalls die dort genannten Dateiformate akzeptiert werden müssen. Sie bedeute aber andererseits keine Einschränkung, d.h. wenn das adressierte Gericht mit dem abweichenden Dateiformat im konkreten Fall unproblematisch arbeiten könne, sei die Eignung gegeben und der Vorgabe des § 130a Abs. 2 Satz 2 ZPO Genüge getan.

Im Verfahren des LG Mannheim war das der Fall. Mit der in der baden-württembergischen Justiz eingesetzten Software zur Führung der elektronischen Akte wurde der Schriftsatz – wie es mit sämtlichen Eingängen geschieht – in das Format PDF/A gewandelt. Mit dem durch diese Wandlung ent-

1 Alle anderen Prozessordnungen enthalten entsprechende Regelungen, vgl. etwa § 32a Abs. 2 StPO für den Strafprozess.

2 Nähere Informationen zu den zugelassenen Versionen folgen aus der „Elektronischer – Rechtsverkehr – Bekanntmachung 2019 – ERVV 2019“, [https://justiz.de/elektronischer\\_rechtsverkehr/doku/ervv\\_2019.pdf](https://justiz.de/elektronischer_rechtsverkehr/doku/ervv_2019.pdf) (zuletzt abgerufen am 16.10.2020).

3 Ob ein falsches Dateiformat zur Anwendung des § 130a Abs. 6 ZPO führt, ist allerdings umstritten, vgl. H. Müller in: Ory/Weth, jurisPK ERV, 1. Aufl., Band 2, § 130a ZPO Rn. 35, Stand 01.09.2020. Für die hier vertretene Auffassung streitet die Gesetzesbegründung, vgl. BT-Drs. 17/12634, S. 25, 26, die falsche Dateiformate ausdrücklich dem Anwendungsbereich dieser Normen zuweist.

standenen „Repräsentat“ des Schriftsatzes<sup>4</sup> haben die Richter in der Folge gearbeitet, während das Ausgangsdokument („DOCX“) lediglich im Hintergrund gespeichert blieb, um im Bedarfsfall darauf zugreifen zu können.

Fälle der fehlenden Eignung können nach Auffassung der Kammer nicht abstrakt festgestellt werden, es gehe vielmehr insbesondere um augenscheinliche Fehler, etwa, dass sich ein Dokument nicht öffnen, lesen, wandeln, drucken oder speichern lasse. Solche Probleme fielen auch unmittelbar auf und könnten dann Gegenstand eines Hinweises nach Abs. 6 sein. Strengere Prüfung der technischen Rahmenbedingungen überforderten dagegen regelmäßig die Kompetenz der Richterschaft bzw. strapazierten die Leistungskapazitäten der Justiz über Gebühr und seien durch die übermäßige Betonung des formellen Rechts ein Verstoß gegen die Garantie eines effektiven Rechtsschutzes.

### C. Kontext der Entscheidung

Das LG Mannheim hat eine sehr klare Entscheidung getroffen, die insbesondere für Teilnehmer des elektronischen Rechtsverkehrs, die mit der Auswahl und Umwandlung von Dateiformaten, mit unterschiedlichen Versionen und sonstigen technischen Rahmenbedingungen „fremdeln“, ermutigend wirken dürfte. Das gewählte Beispiel ist auch sehr praxismah, denn viele Schriftsätze entstehen in „DOCX“ und nicht wenige Kommunikationspartner der Justiz haben sich mutmaßlich noch nicht bewusst gemacht, dass dieses gängige Format für die Einreichung im elektronischen Rechtsverkehr nicht zugelassen ist. In der Praxis ist dieser konkrete Formatfehler jedenfalls zunehmend zu beobachten.

Die Entscheidung ist aber auch gefährlich, denn sie suggeriert an einem Einzelfall eine Arbeitserleichterung („ich muss mein Dokument nicht erst in das Format ‚PDF‘ übertragen, sondern kann es gleich versenden“), auf die man für die tägliche Praxis nicht vertrauen sollte:

- Eine Warnung findet sich bereits in der Entscheidung des Landgerichts selbst: Man habe in der Vergangenheit in anderen Fällen bereits mehrfach Probleme mit Dokumenten im Format „DOCX“ gehabt und mit den Eingaben nicht arbeiten können. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass es gerade keinen Erfahrungssatz gibt, wonach dieses Format in den Gerichten typischer Weise zur Bearbeitung geeignet ist.
- Die Eignung im vorliegenden Fall basierte darauf, dass die Software zur Führung der elektronischen Akte in Baden-Württemberg ein bearbeitbares „PDF/A“ als Repräsentat herstellen konnte. Diese Software wird zwar auch in anderen Bundesländern<sup>5</sup> sowie beim BGH eingesetzt,

keineswegs aber flächendeckend in der deutschen Justiz. Ob die vergleichbaren Systeme der anderen Länder zum gleichen Ergebnis geführt hätten, steht zumindest nicht fest.

- Die Auffassung des LG Mannheim, eine andere als die eigene Auslegung zur Frage der Bearbeitbarkeit verstoße gegen die Garantie effektiven Rechtsschutzes in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip, erscheint gewagt. Richtig ist, dass besondere formelle Voraussetzungen mit den Belangen einer rechtsstaatlichen Verfahrensordnung vereinbar sein müssen und den Rechtsuchenden nicht unverhältnismäßig belasten dürfen.<sup>6</sup> Dieses Spannungsverhältnis hatte aber bereits der Gesetzgeber gesehen und in dem Sinne gelöst, dass ein Verstoß gegen § 130a Abs. 2 ZPO nicht unmittelbar zur Unwirksamkeit führt, sondern zunächst nur zu einer Hinweispflicht (Abs. 6), deren Beachtung den Einreicher so stellt, als habe er von Beginn an die Formatvorgaben beachtet. Auch diese (normierte) Vorgehensweise erschwert den Zugang zu den Gerichten nicht in unverhältnismäßiger Weise, jedenfalls, wenn man der Auffassung folgt, dass Abs. 6 bei der Einreichung in einem fehlerhaften Dateiformat anwendbar ist.
- Die Einreichung in einem nicht zugelassenen Dateiformat fällt im Normalfall auch schnell auf. Denn bei Eingang eines elektronischen Dokumentes wird die Zulässigkeit des Formats (ebenso wie das Vorhandensein einer qualifizierten Signatur) automatisiert geprüft und die Fehlerhaftigkeit auf einem Prüfprotokoll angezeigt. Auch hier ist also ein „unverzögerlicher“ Hinweis i.S.d. Abs. 6 möglich.
- Formatfehler und deren Auswirkungen können jenseits der unmittelbaren Bearbeitbarkeit längerfristige Auswirkungen haben. Vor diesem Hintergrund hatte das ArbG Lübeck<sup>7</sup> kürzlich einem Dokument die Eignung abgesprochen, weil – abweichend von den Vorgaben der ERVB 2019 – ein PDF ohne „eingebettete Schriften“ eingereicht worden war.<sup>8</sup> Das Arbeitsgericht hat darauf Bezug genommen, dass zwar eine Bearbeitbarkeit im Zeitpunkt der Einreichung gegeben sein mag, es aber auch darauf ankomme, den Inhalt des Dokumentes orts-

4 Vgl. zum Begriff des Repräsentats § 3 Abs. 2 der Bundesgerichte-Aktenführungsverordnung (BGAktFV) bzw. § 2 der Bundestrafaktenführungsverordnung (BStrafAktFV) und die Kommentierung von Gomm in: Ory/Weth, jurisPK ERV, 1. Aufl., Band 1, Kapitel 6.2, Rn. 128, Stand 28.08.2020.

5 Sachsen, Schleswig-Holstein und Thüringen.

6 BVerfG, Stattgebender Kammerbeschl. v. 22.10.2004 - 1 BvR 894/04 Rn. 12.

7 ArbG Lübeck, Urt. v. 09.06.2020 - 3 Ca 2203/19.

8 Das bedeutet, dass Grafiken und Schriftarten, die für die Darstellung des Dokumentes erforderlich sind, nicht aus externen Quellen (z.B. dem Computer bei Gericht, auf dem das Dokument geöffnet wird) stammen dürfen, sondern in der übermittelten Datei selbst enthalten sein müssen.

zeit- und systemunabhängig in exakt gleicher Weise anzeigen zu können.

In diesen Kontext gehört, dass auch der Verfahrensgegner in der Lage sein sollte, mit dem eingereichten Schriftsatz zu arbeiten. Man wird insoweit aber nur erwarten dürfen, dass dieser seine technische Ausstattung auf die Vorgaben der ERVV ausrichtet und sich nicht auch auf weitere Formate einstellt. Das LG Mannheim vertritt die Auffassung, dass es darauf für die Frage der Bearbeitbarkeit durch das Gericht nicht ankomme, was allerdings ausblendet, dass die Schaffung einer für alle Verfahrensbeteiligten verlässlichen technischen Grundlage ein schützenswertes Ziel der ERVV ist.<sup>9</sup>

#### D. Auswirkungen für die Praxis

Wer die Entscheidung des LG Mannheim als Freibrief wertet, den Kreis zulässiger Formate großzügig über den Rahmen der

ERVV hinaus auszuweiten, begibt sich auf „verhältnismäßig dünnes Eis“.<sup>10</sup> Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung, was das Landgericht mit seinem Hinweis, wonach Dokumente im Format „DOCX“ keineswegs immer problemlos verarbeitet werden können, auch selbst einräumt. Ich halte die Tendenz, die Regelungen der ERVV – die u.a. Verlässlichkeit für alle Verfahrensbeteiligten schaffen sollen – nicht beim Wort zu nehmen, auch grds. für problematisch. Auf der sicheren Seite ist man jedenfalls nur, wenn man sich an die Vorgaben hält, die ERVV und ERVB machen, also zulässige PDF-Dateiversionen, insbesondere PDF/A-1, PDF/A-2 und PDF/UA, verwendet.

9 In diesem Sinne auch Müller, <https://ervjustiz.de/lg-mannheim-bearbeitbar-ist-womit-die-gerichte-arbeiten-koennen> (zuletzt abgerufen am 16.10.2020).

10 Müller, <https://ervjustiz.de/lg-mannheim-bearbeitbar-ist-womit-die-gerichte-arbeiten-koennen> (zuletzt abgerufen am 16.10.2020).

### Sozialrecht

## Das „Würzburger Baby“ – Rechtsfragen des Betreuungsrechts und der Leistungsansprüche eines Nasciturus in der Gesetzlichen Unfallversicherung

Prof. Dr. Ingo Palscherm

Eine Schwangere erleidet auf dem Weg zur Arbeit einen Verkehrsunfall mit schwerem Schädelhirntrauma und Verletzungen der Halswirbelsäule. Im weiteren Verlauf der intensivmedizinischen Behandlung wird der irreversible Hirnfunktionsausfall festgestellt. Das ungeborene Kind lebt und entwickelt sich.<sup>1</sup> Angesichts der Häufigkeit eines irreversiblen Hirnfunktionsausfalls bei Unfallverletzten und des gemessen am Bevölkerungsanteil wahrscheinlichen Prozentsatzes an Schwangeren innerhalb dieser Patientengruppe erstaunt die vergleichsweise geringe Anzahl an Fallbeschreibungen in der Literatur. So finden sich im Betreuungsrecht lediglich zwei dokumentierte Entscheidungen – beide aus Franken, zum einen der Beschluss des AG Hersbruck vom 16.10.1992<sup>2</sup> und zum anderen aus jüngerer Zeit der Beschluss des AG Würzburg vom 13.12.2018.<sup>3</sup> Jedoch wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur auch von „mehr als zehn Fälle(n) hirntoddiagnostizierter Schwangere(r)“ berichtet, „die nach teilweise monatelangem Hirntod von gesunden Kindern entbunden wurden“.<sup>4</sup> Im medizinischen Schrifttum finden sich sogar Belege für über 30 Fälle, in denen die Intensivtherapie bei Schwangeren mit irreversiblen Hirn-

funktionsausfall fortgeführt worden ist.<sup>5</sup> Bedenken um ethische Kontroversen mögen ein Grund sein, warum es in der Medizin nicht mehr Literatur gibt.<sup>6</sup> Jedoch ist zu erwarten, dass sich ähnliche Fragestellungen aufgrund der gesteigerten Möglichkeiten moderner Notfallmedizin in der Praxis weiterhin und vermehrt zeigen werden, weil Patientinnen –

1 Fallbeschreibung angelehnt an: AG Würzburg, Beschl. v. 13.02.2018 - 25 XVII 208/18 Rn. 1.

2 AG Hersbruck, Beschl. v. 16.10.1992 - XVII 1556/92 (Fall des sog. Erlanger Babys).

3 AG Würzburg, Beschl. v. 13.02.2018 - 25 XVII 208/18.

4 Lang in: BeckOK, Grundgesetz, 42. Edition, Art. 2 GG Rn. 61, Stand 01.12.2019.

5 Kredel/Reinhold/Wirbelauer et al., Schwangerschaft und irreversibler Hirnfunktionsausfall. Intensivtherapie über 5 Monate bis zur Entbindung und Organspende – Fallbericht und Leitfaden. Der Anaesthetist, 2020 (i.E.), Manuskript, S. 3.

6 Kredel/Reinhold/Wirbelauer et al., Schwangerschaft und irreversibler Hirnfunktionsausfall. Intensivtherapie über 5 Monate bis zur Entbindung und Organspende – Fallbericht und Leitfaden. Der Anaesthetist, 2020 (i.E.), Manuskript, S. 3.

anders als früher – nicht bereits am Unfallort versterben, sondern erst in der Klinik der Hirntod und die bestehende Schwangerschaft diagnostiziert werden. Überdies betrifft die hier behandelte Thematik in jedem Einzelfall eine medizinisch höchst brisante Frage: Darf die hirtote Schwangere weiter behandelt werden, um dem ungeborenen Kind eine Reifung bis zur Überlebensfähigkeit außerhalb des Mutterleibs zu ermöglichen? In diesem Beitrag soll daher zunächst die notwendige Vorfrage einer Betreuerbestellung für die schwangere Hirtote (dazu unter A.) und dann die Frage nach Leistungsansprüchen gegen den Unfallversicherungsträger bei Weiterbehandlung nach dem Hirntod (dazu unter B.) beantwortet werden.

### A. Betreuungsrechtliche Vorfragen

Die ärztliche Behandlung erfordert nach § 630d Abs. 1 Satz 1 BGB die informierte Einwilligung des Patienten.<sup>7</sup> Bei bewusstlosen Patienten braucht es dafür die Geltendmachung des Patientenwillens durch einen dazu Ermächtigten. Erst die durch den Betreuer oder sonstigen Befugten zum Ausdruck gebrachte Einwilligung rechtfertigt dann die ärztliche Behandlung (siehe § 630d Abs. 1 Satz 2 BGB). Eine nicht durch Einwilligung gerechtfertigte Behandlung ist dagegen eine strafbare Körperverletzung.<sup>8</sup> Mithin ist die betreuungsrechtliche Lage ebenfalls für den sozialrechtlichen Leistungsanspruch relevant, weil eine Behandlung, die mangels wirksamer Einwilligung für den behandelnden Arzt strafrechtliche Konsequenzen hat, vom Leistungsträger nicht bezahlt werden muss.<sup>9</sup> Somit soll auch hier zunächst auf die Betreuerbestellung als Vorbedingung einer rechtswirksamen Einwilligung und damit eines Leistungsanspruchs eingegangen werden.

Da ein bewusstloses Unfallopfer am Unfallort seine Einwilligung in die Behandlung nicht erklären kann, ist im Regelfall zunächst notfallmedizinisch von dem Einverständnis mit der Lebensrettung auszugehen und die Behandlung ohne ausdrückliche Einwilligung zulässig (siehe § 630d Abs. 1 Satz 4 BGB).<sup>10</sup> Spätestens mit dem Ende der akut notfallmedizinischen Versorgung stellt sich jedoch die Frage nach der Einwilligung zu der weiteren Behandlung und damit zugleich bei bewusstlosen Patienten nach der Notwendigkeit einer Betreuerbestellung. Nach einer weitverbreiteten Auffassung ist eine solche jedoch obsolet, wenn eine hinreichend bestimmte und einschlägige Patientenverfügung vorliegt.<sup>11</sup> Dies folge aus dem Wortlaut des § 630d Abs. 1 Satz 2 BGB („soweit nicht eine Patientenverfügung ... gestattet oder untersagt“) und dem Nachrang der Betreuerbestellung bei Vorhandensein „anderer Hilfen“ nach § 1896 Abs. 2 Satz 2, 2. Fall BGB. Nach hier vertretener Auffassung sprechen jedoch gute Gründe dafür, auch bei Vor-

liegen einer Patientenverfügung immer eine Betreuerbestellung beim Betreuungsgericht anzuregen.<sup>12</sup> Denn nach § 1901a Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB prüft der Betreuer – und nicht der behandelnde Arzt, ob die Patientenverfügung einschlägig ist und verschafft ihr ggf. Geltung. Außerdem geht das Gesetz in § 1901b BGB von einem dialogischen Verfahren zwischen behandelndem Arzt und Betreuer aus. Letztlich fehlt es bei der hier relevanten, vergleichsweise jungen Patienten Klientel in der Praxis aber auch oftmals an einer Patientenverfügung.

Eine zusätzliche rechtliche Komplikation besteht dadurch, dass die Patientin schwanger aber zugleich hirtot ist. Prinzipiell bestünde keine Veranlassung für eine nach üblichen rechtlichen Kriterien Verstorbene<sup>13</sup> noch einen Betreuer zu bestellen. Etwas anderes könnte sich jedoch in den Fällen ergeben, in denen das ungeborene Kind nach medizinischer Prognose bei Weiterbehandlung der Mutter überleben könnte.

Der Gesetzgeber hielt eine ausdrückliche Regelung des Endes der Betreuung mit dem Tod des Betreuten für entbehrlich, weil sich dies aus dem Wesen der Betreuung als einer Hilfe für einen konkreten Betreuten ergebe.<sup>14</sup> Wenn die Betreuung also ohnehin mit dem Tod des Betreuten endet und der Betreuer mithin auch nicht wegen der Fortführung einer lebenserhaltenden Therapie insistieren kann, könnte man schlussfolgern, dass eine Betreuerbestellung bei einer be-

7 Vgl. BGH, Urt. v. 28.05.2019 - VI ZR 27/17 Rn. 6 (ständige Rechtsprechung). Siehe dazu aus der Perspektive des Leistungsrechts auch Hauck, SGB 2014, 8, 9.

8 BGH, Urt. v. 20.02.2013 - 1 StR 320/12 Rn. 18 f.; BGH, Urt. v. 11.10.2011 - 1 StR 134/11 Rn. 22; BGH, Urt. v. 22.12.2010 - 3 StR 239/10 Rn. 9 ff. (ständige Rechtsprechung seit RGSt 25, 375 aus dem Jahre 1894); Kühl in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 223 StGB Rn. 8 m.w.N.

9 BSG, Urt. v. 28.07.2008 - B 1 KR 5/08 R Rn. 52 zum Krankenhausbehandlungsanspruch gegen die Krankenkasse.

10 Vgl. BGH, Urt. v. 21.05.2019 - VI ZR 119/18 Rn. 19 (ständige Rechtsprechung); K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK BGB, 9. Aufl. 2020, § 630d BGB Rn. 26 ff.

11 Bundesärztekammer, Empfehlungen der BÄK und der Zentralen Ethikkommission bei der BÄK zum Umgang mit Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen im ärztlichen Alltag (Stand: 25.10.2018), DÄBl 2018, A2434, 2437; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK BGB, 9. Aufl. 2020, § 630d Rn. 23; Schwedler, MedR 2013, 652, 653; auch bereits Höfling/Rixen, JZ 2003, 884, 891.

12 Beckmann, MedR 2009, 582, 583. So wohl auch Klases/Klases, jM 2016, 227, 232.

13 Vgl. zum Hirntod als maßgebliches Kriterium für den Tod eines Menschen: Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. 1034, S. 642.

14 BT-Drs. 11/4528, S. 155 zu § 1908d. Für das Ende der Betreuung durch Tod auch bspw.: Klases/Klases, jM 2019, 222, 226; Roth in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 1896 BGB Rn. 17.

reits Hirntoten erst recht ausscheidet.<sup>15</sup> Das damit entstehende Dilemma, dass auch das ungeborene Kind versterben wird, wenn die hirntote Mutter nicht weiterbehandelt wird, löst ein Teil der Vertreter dieser Meinung, indem die fortgesetzten Behandlungsmaßnahmen auf den mutmaßlichen Willen der Mutter gestützt werden.<sup>16</sup> Eine Gegenauffassung lässt eine Betreuerbestellung in bestimmten Konstellationen auch für hirntote Menschen zu: Das AG Hersbruck hat dies in einer Entscheidung aus dem Jahr 1992 für den hier gegenständlichen Fall entschieden, weil es nicht „lediglich“ um den hirntoten Körper eines Menschen gehe, sondern dieser die „notwendige, weil einzig mögliche lebenserhaltende Schutzhülle für eine lebende Leibesfrucht ist“.<sup>17</sup> Dem schloss sich das AG Würzburg im Ergebnis, aber nicht in der Begründung im Jahr 2018 an, indem es eine vollständige Gleichsetzung von Hirntod und Tod ablehnte<sup>18</sup> und einen Betreuungsbedarf im Fall einer Schwangeren mit lebendem Kind anerkannte.<sup>19</sup> Zentral war für die Entscheidung des AG Würzburg, dass die Schwangere „lediglich“ hirntot war, aber keine sicheren Todeszeichen, sondern zahlreiche Merkmale eines lebenden Menschen aufwies wie z.B. Verdauung und Weiteres, also noch keine „Leiche“ war.<sup>20</sup> Eine vermittelnde Auffassung erlaubt nur eine fremdnützige Behandlung der Toten zugunsten des Babys, ähnlich wie bei der Organtransplantation, lehnt aber eine Betreuung ab und befürwortet dagegen die Bestellung eines Pflegers für die Leibesfrucht nach § 1912 BGB (analog).<sup>21</sup>

Soweit eine Betreuerbestellung verneint, jedoch die Behandlung der hirntoten Schwangeren dann auf deren mutmaßlichen Willen gestützt wird, ist dies abzulehnen. Wollte man sich auf den „mutmaßlichen Willen“ i.S.d. § 630d Abs. 1 Satz 4 BGB stützen, würde dessen Anwendungsbereich massiv überdehnt. Wie der Wortlaut dieser Vorschrift („unaufschiebbare Maßnahme“) zeigt, ist der relevante Anwendungsbereich des „mutmaßlichen Willens“ die Notfallbehandlung bzw. nicht vorhersehbare Operationserweiterung.<sup>22</sup> Aber auch der in § 1901a Abs. 2 BGB vorausgesetzte „mutmaßliche Wille“ kann hier nicht zur Rechtfertigung der Behandlung ohne Betreuerbestellung herangezogen werden. Denn es ist nach dieser Vorschrift gerade die Aufgabe des Betreuers, den mutmaßlichen Willen des Betreuten festzustellen und für eine Behandlung gemäß diesem Willen zu sorgen.

Die Meinung, die Betreuerbestellung durch die Anordnung einer Pflegschaft für die Leibesfrucht nach § 1912 BGB zu ersetzen, ist ebenfalls abzulehnen. Wie § 1912 Abs. 2 BGB zeigt, kommt die Pflegschaft nämlich nur beim Ausfall der Fürsorge durch beide Elternteile in Betracht.<sup>23</sup> Das trifft in den vorliegenden Konstellationen aber häufig nicht zu, da es noch einen Kindsvater gibt. Außerdem wird

§ 1912 BGB nach herrschender Auffassung nicht angewendet auf die Entscheidung über den Schwangerschaftsabbruch.<sup>24</sup> Dann erscheint es naheliegender, dies auch in der vorliegenden Konstellation einer anderen „existentiellen Frage“ für das Ungeborene nicht zu tun, zumal hier ebenfalls zwischen dem Recht auf Leben des ungeborenen Kindes und dem (auch postmortal nachwirkenden) Persönlichkeitsschutz der Mutter abzuwägen ist (siehe dazu unten). Mithin ist das eher auf die „natürliche Einheit“ von Mutter und ungeborenem Kind „passende“ Institut der Betreuung als die allein auf die Vertretung der Interessen der Leibesfrucht zugeschnittene Pflegschaft nach § 1912 BGB<sup>25</sup> vorzugswürdig. Es bleibt in Fällen der vorliegenden Art folglich bei dem allgemeinen Grundsatz, dass das Betreuungsgericht zu informieren und eine Betreuerbestellung anzuregen ist, wenn kein Vertreter der Patientin vorhanden ist.<sup>26</sup>

15 Im Ergebnis daher eine Betreuerbestellung bei Hirntoten ablehnend: Götz in: Palandt, BGB, 79. Aufl. 2020, § 1896 BGB Rn. 3; Heitmann in: Kaiser/Schnitzler/Friederici/Schilling, BGB Familienrecht, 3. Aufl. 2014, § 1896 BGB Rn. 1; Kern, MedR 1993, 112 f.; Roth in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 1896 BGB Rn. 17; Schneider in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2020, § 1896 BGB Rn. 92 unter Bezugnahme auf Kern, MedR 1993, 112; Schwab, FamRZ 1992, 1471 f.

16 Schneider in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2020, § 1896 BGB Rn. 92.

17 AG Hersbruck, Beschl. v. 16.10.1992 - XVII 1556/92 Rn. 3.

18 Vgl. ausführlich zur Debatte um das Hirntodkriterium auch Deutscher Ethikrat, Hirntod und Entscheidung zur Organspende, in: BT-Drs. 18/4256, insbesondere S. 30 ff.; ferner das Hirntodkriterium aus rechtlicher Perspektive – entgegen der h.M. – ablehnend: Höfling, MedR 2020, 14, 15 f. Allgemein zum Hirntod auch Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. 1034 ff., S. 642 ff.

19 AG Würzburg, Beschl. v. 13.02.2018 - 25 XVII 208/18 Rn. 19 ff. und 24 ff., insbesondere Rn. 34, dort auch umfangreiche Erwägungen zur Abgrenzung zwischen Tod und Hirntod (Rn. 19 ff.) und eines „hirntoten Menschen“ von einer „Leiche“ (Rn. 28 ff.).

20 AG Würzburg, Beschl. v. 13.02.2018 - 25 XVII 208/18 Rn. 28 ff.

21 Blandini, BWNotZ 2007, 129, 131; Locher in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK BGB, 9. Aufl. 2020, § 1912 BGB Rn. 4; Roth in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 1896 BGB Rn. 17.

22 Vgl. Katzenmeier in: BeckOK, BGB, 53. Edition, § 630d BGB Rn. 22, Stand 01.02.2020; Spickhoff in: Spickhoff, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 630d BGB Rn. 12; Wagner in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2020, § 630d BGB Rn. 51 ff.

23 Schneider in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2020, § 1912 BGB Rn. 13. Vgl. aber auch § 1626a BGB für den Fall, dass die Eltern nicht miteinander verheiratet sind.

24 Bettin in BeckOK, BGB, 53. Edition, § 1912 BGB Rn. 3, Stand 01.02.2020. Vgl. auch die Nachweise bei Locher in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK BGB, 9. Aufl. 2020, § 1912 BGB Rn. 7.

25 Vgl. zur Aufgabe der Pflegschaft als Interessensvertretung des Nasciturus: Locher in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK BGB, 9. Aufl. 2020, § 1912 BGB Rn. 12.

26 Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. 988, S. 642; Wagner in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2020, § 630d BGB Rn. 51.

## B. Leistungsanspruch aus dem SGB VII

Ein Leistungsanspruch auf Heilbehandlung als Krankenhausbehandlung gem. § 26 Abs. 1, § 27 Abs. 1 Nr. 6, § 33 Abs. 1 SGB VII folgt hier aus der Gesetzlichen Unfallversicherung (und nicht aus der Krankenversicherung), weil die Schwangere auf dem direkten Weg zur Arbeit verunfallt ist, also einen Wegeunfall nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 SGB VII erlitten hat. Bei der Behandlung einer schwangeren Versicherten ist regelmäßig von einem einheitlichen Leistungsanspruch auszugehen, da die Mutter und das ungeborene Kind als eine natürliche<sup>27</sup> und damit im Hinblick auf eine Heilbehandlung auch als rechtliche Einheit anzusehen sind. Diesen Leistungsanspruch hat demgemäß nur die Mutter, selbst wenn sich der konkrete Behandlungsbedarf allein pränatalmedizinisch auf das ungeborene Kind als eines „Teils von der Mutter“ beziehen sollte.<sup>28</sup> Ab der Geburt hat das Kind dann einen eigenen Leistungsanspruch, weil § 12 SGB VII einen aufgrund eines Versicherungsfalls der Mutter erlittenen Gesundheitsschaden der Leibesfrucht ebenfalls zum Versicherungsfall der Gesetzlichen Unfallversicherung erklärt.

Im vorliegenden Fall der hirntoten Schwangeren besteht nun das Problem, dass die Versicherte nach üblichen Rechtskriterien als verstorben anzusehen ist, womit ihr eigener Behandlungsanspruch erloschen ist. Mit dem Todeintritt endet immerhin ihre Rechtsfähigkeit.<sup>29</sup> Das Kind seinerseits ist zumindest noch nicht voll rechtsfähig, da es noch nicht geboren ist.<sup>30</sup> Jedoch werden dem Nasciturus durch einzelne gesetzliche Bestimmungen Rechte für den Fall seiner späteren Geburt zuerkannt, bspw. im Hinblick auf die Erbenstellung nach § 1923 Abs. 2 BGB oder Schadensersatzansprüche nach § 844 Abs. 2 BGB.<sup>31</sup> Es bedarf jedoch immer einer derartigen gesetzlichen Zuweisung einer beschränkten Rechtsfähigkeit. Wer noch nicht einmal als solchermaßen „beschränkt“ rechtsfähig anzusehen ist, kann auch keinen Leistungsanspruch besitzen.<sup>32</sup>

Es fragt sich mithin, ob § 12 SGB VII auch bereits dem Ungeborenen eine eigene beschränkte Rechtsfähigkeit und einen Leistungsanspruch zuweisen möchte. In Teilen der Literatur wird insofern vertreten, dass der Nasciturus durch § 12 SGB VII einem Versicherten komplett gleich gestellt werde, d.h. er hätte auch bereits vor der Geburt einen eigenen Leistungsanspruch.<sup>33</sup> Das BVerfG hat diese Frage in seinem Beschluss, der zur Einführung des § 555a RVO (nunmehr § 12 SGB VII) führte, noch ausdrücklich offengelassen.<sup>34</sup> Mehrheitlich wird ein eigener Leistungsanspruch des Nasciturus jedoch überzeugend abgelehnt. Über § 12 SGB VII wird zwar ein eigenständiger Versicherungsfall der Leibesfrucht begründet. Der entsprechende Leistungsfall beginnt allerdings erst mit der Vollendung der Geburt.<sup>35</sup> Denn § 12 SGB VII erstreckt nach seiner ratio nur den Versicherungsfall der Mutter auf einen

Versicherungsfall der „Leibesfrucht“. Damit wird aber noch nicht unabhängig von einer eigenen Rechtsfähigkeit des Kindes eine Leistungsberechtigung angesprochen. Dies braucht es im „Normalfall“ auch gar nicht, weil ungeborenes Kind und Mutter als Einheit zu sehen sind und der Leistungsanspruch der Mutter dann auch die Behandlung des Kindes „in ihrem Bauch“ mit umfasst (siehe oben). Diese Gesetzesauslegung wird durch weitere rechtssystematische Erwägungen gestützt: Rechtsfähigkeit bedeutet, dass man Träger von Rechten oder Pflichten sein kann.<sup>36</sup> Erst mit der Vollendung der Geburt, d.h. der vollständigen Trennung des Kindes vom Mutterleib, beginnt nach § 1 BGB die Rechtsfähigkeit des Kindes.<sup>37</sup> Das gilt sogar im Fall der Fortsetzung der Schwangerschaft einer hirntoten Frau.<sup>38</sup> Diese zivilrechtliche Wer-

27 Siehe BVerfG, Urt. v. 22.06.1977 - 1 BvL 2/74 Rn. 44. So auch Jung/Brose in: Eichenhofer/v. Koppenfels-Spies/Wenner, SGB VII, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 4; Kasskomm/Ricke, 107. EL Dezember 2019, SGB VII § 12 Rn. 2; vgl. allerdings auch das im Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts vorgesehene Notvertretungsrecht von Ehegatten in Gesundheitsangelegenheiten (BR-Drs. 564/20 S. 196 ff. und 230 ff.).

28 So im Ergebnis auch Jung/Brose in: Eichenhofer/v. Koppenfels-Spies/Wenner, SGB VII, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 13; Keller in: Hauck/Noftz, SGB, § 12 SGB VII Rn. 4, Stand 03/19; K. Palscherm in: Schlegel/Voelzke, jurisPK SGB VII, 2. Aufl. 2014, § 12 SGB VII Rn. 31, Stand 24.06.2019; Kasskomm/Ricke, 107. EL Dezember 2019, SGB VII § 12 Rn. 9 f.; Wietfeld in: BeckOK, SozR, 55. Edition, § 12 SGB VII Rn. 13, Stand 01.12.2019; a.A. (wohl) Schmitt, SGB VII, 4. Aufl. 2009, § 12 SGB VII Rn. 8 f. immer für einen eigenen Anspruch des Kindes.

29 Saenger in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 1 BGB Rn. 4; Spickhoff in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2018, § 1 BGB Rn. 18.

30 Keller in: Hauck/Noftz, SGB, § 12 SGB VII Rn. 1a, Stand 03/19; Saenger in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 1 BGB Rn. 2; Spickhoff in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2018, § 1 BGB Rn. 28.

31 Saenger in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 1 BGB Rn. 2.

32 BSG, Urt. v. 12.06.2003 - B 9 VG 6/02 R Rn. 12 zum Anspruch auf Versorgung im sozialen Entschädigungsrecht.

33 So offenbar Spickhoff in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2018, § 1 BGB Rn. 31. Ähnlich Schmitt, SGB VII, 4. Aufl. 2009, § 12 SGB VII Rn. 8 f.

34 BVerfG, Urt. v. 22.06.1977 - 1 BvL 2/74 Rn. 41.

35 Holtstraeter in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht, 6. Aufl. 2019, § 12 SGB VII Rn. 1; Jung/Brose in: Eichenhofer/v. Koppenfels-Spies/Wenner, SGB VII, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 13; Keller in: Hauck/Noftz, SGB, § 12 SGB VII Rn. 3g, Stand 03/19; K. Palscherm in: Schlegel/Voelzke, jurisPK SGB VII, 2. Aufl. 2014, § 12 SGB VII Rn. 31, Stand 24.06.2019; Wietfeld in: BeckOK, SozR, 55. Edition, § 12 SGB VII Rn. 13, Stand 01.12.2019.

36 Bamberger in: BeckOK, BGB, 53. Edition, § 1 BGB Rn. 10, Stand 01.02.2020; Spickhoff in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2018, § 1 BGB Rn. 6.

37 Bamberger in: BeckOK, BGB, 53. Edition, § 1 BGB Rn. 18, Stand 01.02.2020; Martinek in: Herberger/Martinek/Rübmann/Weth/Würdinger, jurisPK BGB, 9. Aufl. 2020, § 1 BGB Rn. 11, 13; Saenger in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 1 BGB Rn. 1; Spickhoff in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2018, § 1 BGB Rn. 15 – 17.

38 Spickhoff in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2018, § 1 BGB Rn. 15 – 17.

tung ist mangels Sonderregelung im Sozialgesetzbuch auch vorliegend relevant. Folgerichtig entsteht ein eigener Behandlungsanspruch des Kindes mittels der Erstreckung des Versicherungsfalls durch § 12 SGB VII jedenfalls erst mit dem Zeitpunkt der Erlangung eigener Rechtsfähigkeit. Ab der Geburt hat das Kind dann den eigenen Behandlungsanspruch für den Fall, dass die Mutter als Versicherte während der Schwangerschaft einen Versicherungsfall erlitten hat, der zu einem Gesundheitsschaden des noch ungeborenen Babys geführt hat.

In Fällen der vorliegenden Art gibt es aber auch noch eine weitere Komplikation: Das Gesetz spricht in § 12 SGB VII ausdrücklich vom „Gesundheitsschaden einer Leibesfrucht“. Mithin muss wenigstens ein geringfügiger Gesundheitsschaden zu einem Zeitpunkt eintreten, in dem das Kind noch „Leibesfrucht“ ist, also vor seiner Geburt.<sup>39</sup> Das Gesetz setzt mithin einen „Folgeschaden“ beim ungeborenen Kind aufgrund eines Versicherungsfalles der Mutter voraus.<sup>40</sup> Es ist jedoch durchaus möglich, dass das ungeborene Kind im ersten keinerlei Schaden erlitten hat, bspw. weil die Mutter bei einem Unfall „lediglich“ so schwere eigene Hirnverletzungen erlitten hat, dass ihr Hirntod eingetreten ist, wohingegen der restliche Körper und damit auch das ungeborene Kind unverletzt geblieben sind. Damit würde auch ein auf die Erstreckung des Versicherungsfalles nach § 12 SGB VII gestützter eigener Behandlungsanspruch für das ungeborene Kind – wie in Teilen der Literatur vertreten (siehe oben) – in Fällen der vorliegenden Art nicht weiterführen können: die Mutter ist hirntot und hat nach herrschender Auffassung keinen Behandlungsanspruch mehr und das Baby hat noch keinen Schaden, braucht also noch keine Behandlung. Wollte man bereits dem ungeborenen Kind immer einen eigenen Leistungsanspruch zusprechen, wäre dies hier nur bei einem Schaden des Kindes auch zielführend. Es ist aber medizinethisch nicht zu vertreten, erst einen konkreten Schaden des Kindes durch den Tod bzw. Sterbeprozess der Mutter abwarten zu müssen, bevor ein Behandlungsanspruch des Kindes durchsetzbar wäre. Dies wäre überdies mit dem unfallversicherungsrechtlichen Grundsatz des Vorrangs der Heilbehandlung und Rehabilitation vor einer Entschädigung nicht vereinbar.<sup>41</sup>

Es fragt sich mithin, ob vorliegend nicht ein Behandlungsanspruch des Kindes nach § 26 Abs. 1, § 27 Abs. 1 Nr. 6, § 33 Abs. 1 SGB VII i.V.m. § 12 SGB VII (doppelt) analog bestehen könnte, also unabhängig von einem Behandlungsanspruch der (verstorbenen) Mutter und ggf. zusätzlich unabhängig von einem bereits realisierten Schaden des Kindes. Nach überzeugender herrschender Auffassung folgt aus dem Gesetzesvorbehalt nach § 31 SGB I kein Analogieverbot im Sozialrecht.<sup>42</sup> Eine Analogie setzt voraus, dass (1.) ein ungeregelter Sachverhalt mit einer geregelten Fall-

gestaltung vergleichbar ist und (2.) der Grundgedanke und Zweck der analog anzuwendenden Norm dieselbe rechtliche Bewertung im ungeregelten Fall erfordert sowie (3.) ferner die unbewusst unterbliebene Regelung des Falls.<sup>43</sup> Eine wesentliche Voraussetzung für eine Analogie ist mithin, dass der Normzweck der analog anzuwendenden Vorschrift der Analogie nicht entgegensteht. Die analog anzuwendende Bestimmung darf mit anderen Worten nicht exklusiv den ausdrücklich geregelten Fall erfassen wollen.<sup>44</sup> Sofern diese Ausschließlichkeit aber nicht im Gesetz angelegt ist, begründet sich die Analogie aus dem Prinzip der Gerechtigkeit und des Gleichbehandlungsgebotes. Denn wenn zwei Sachverhalte so ähnlich sind, dass sie wertungsmäßig gleich erscheinen, ist die Gleichbehandlung des wesentlich Gleichen ein Gebot der Gerechtigkeit.<sup>45</sup> Insofern folgt die juristische Methode der Analogie den Vorgaben des Art. 3 GG.<sup>46</sup> Dabei ist eine Analogie jedoch keine streng formal-logische Denkkonstruktion, sondern ein „auf Normzwecke gegründetes Werturteil“.<sup>47</sup> Nach der Rechtsprechung endet die Vergleichbarkeit von zwei Sachverhalten dabei erst dort, wo durch die analoge Anwendung „die Regelungsabsicht des Gesetzgebers vereitelt würde“.<sup>48</sup> Dies kann man bereits bei ernststen Zweifeln über die Größe des Unterschieds der beiden Sachverhalte annehmen, sodass durch eine Gleichstellung die gesetzliche Wertung in-

39 Keller in: Hauck/Noftz, SGB, § 12 SGB VII Rn. 3a, Stand 03/19.

40 Wiefeld in: BeckOK, SozR, 55. Edition, SGB VII § 12 Rn. 2, Stand 01.12.2019.

41 Vgl. zu diesem Grundsatz: Palsherm in: Eichenhofer/v. Koppenfels-Spies/Wenner, SGB VII, 2. Aufl. 2019, § 26 Rn. 18.

42 BSG, Ur. v. 14.03.2006 - B 4 RA 8/05 R Rn. 27; Kasskomm/Spellbrink, 107. EL Dezember 2019, SGB I § 31 Rn. 5; a.A. SG Speyer, v. 27.10.2017 - S 16 KR 440/17 Rn. 73 ff.; SG Speyer, Ur. v. 08.09.2017 - S 16 AS 729/16 Rn. 56 ff.

43 Vgl. BSG, Ur. v. 19.11.2019 - B 1 KR 13/19 R Rn. 13; BSG, Ur. v. 12.03.2019 - B 13 R 19/17 R Rn. 25; BSG, Ur. v. 26.06.2013 - B 7 AY 6/12 R Rn. 13; BSG, Ur. v. 09.02.2011 - B 6 KA 12/10 R Rn. 18; BSG, Ur. v. 20.03.2007 - B 2 U 19/06 R - Rn. 17; Palsherm, SGB 2014, 277, 278. Zu den Analogie-voraussetzungen auch grundlegend: BVerfG, Ur. v. 31.05.2006 - 2 BvR 1673/04, 2 BvR 2402/04 Rn. 47 ff. sowie zu den Grenzen der Analogie auch BVerfG, Beschl. v. 25.01.2011 - 1 BvR 918/10 Rn. 50 ff.

44 Palsherm, SGB 2014, 277, 278.

45 Vgl. Butzer/Epping, Arbeitstechnik im öffentlichen Recht, 1994, S. 27; Palsherm, SGB 2014, 277, 278; Rütters/Fischer, Rechtstheorie, 5. Aufl. 2010, Rn. 889; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl. 1979, S. 366.

46 Vgl. Palsherm, SGB 2014, 277, 278; Treder, Methoden und Technik der Rechtsanwendung, 1998, S. 89.

47 Palsherm, SGB 2014, 277, 278; Rütters/Fischer, Rechtstheorie, 5. Aufl. 2010, Rn. 893. So auch Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl. 1979, S. 367 und ähnlich Engisch, Einführung in das juristische Denken, 9. Aufl. 1997, S. 192.

48 BSG, Ur. v. 26.06.2013 - B 7 AY 6/12 R Rn. 17; Palsherm, SGB 2014, 277, 278.

frage gestellt sein könnte.<sup>49</sup> Umso wichtiger ist es daher, dass sich die Analogie auf das vom Gesetzgeber geschaffene innere System der gesetzlichen Regeln – also das gesetzgeberisch erstrebte widerspruchsfreie Wertgefüge – und nicht etwa auf losgelöste eigene Werturteile des Rechtsanwenders gründet.<sup>50</sup>

Geregelt sind die Fälle einer Behandlung der schwangeren Versicherten und des Babys in ihrem Bauch sowie einer Behandlung des geborenen Kindes<sup>51</sup> und unregelt ist der Fall der (Weiter-)Behandlung des ungeborenen Kindes bei einem erloschenen Behandlungsanspruch der hirntoten Mutter (siehe oben). Die Regelung ist auch unbewusst unterblieben. Dafür spricht Folgendes: Die Vorgängerregelung zu § 12 SGB VII, der § 555a RVO, wurde in der Folge eines Beschlusses des BVerfG eingeführt, welcher es als mit Art. 3 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip unvereinbar angesehen hat, wenn ein vor der Geburt durch eine Berufskrankheit seiner unfallversicherten Mutter geschädigtes Kind von Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung ausgeschlossen bleibt.<sup>52</sup> Der Gesetzgeber hat sich in seiner Gesetzesbegründung ausdrücklich auf diese Entscheidung bezogen und ausgeführt, dass Personen in den Versicherungsschutz einbezogen werden sollen, die durch einen während der Schwangerschaft eingetretenen Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit der Mutter geschädigt worden sind, und dann auch wie Versicherte entschädigt werden sollen.<sup>53</sup> Im Hinblick auf den Versicherungsschutz sollen Kind und Mutter also gleich behandelt werden. Damit ist kein Grund ersichtlich, warum der unregelte Fall einer schwangeren Hirntoten bewusst nicht geregelt werden sollte. Auch die zum Zeitpunkt der Einführung des § 555a RVO im Jahre 1980 – mit Rückwirkung zum 01.11.1977 – noch nicht so weit entwickelte Medizin spricht dafür, dass der Gesetzgeber den Fall der hirntoten Schwangeren mit lebensfähigem Kind nicht im Blick hatte.

Des Weiteren sind die Fallgestaltungen des geregelten und des unregelten Falls vergleichbar und Grundgedanke sowie Zweck der geregelten Konstellation erfordern dieselbe rechtliche Bewertung im unregelten Fall. Im Einzelnen: Zunächst ist eine Vergleichbarkeit deshalb gegeben, weil es immer um die Behandlung des vom Arbeitsunfall oder der Berufskrankheit der Mutter betroffenen Kindes geht. Der „Unterschied“ besteht allein in der Tatsache, dass die Mutter in einer Konstellation aufgrund eines vom Schutzzweck der Unfallversicherung umfassten Ereignisses hirntot und das Kind noch ungeboren ist. Im Hinblick auf die Behandlung des Kindes ändert dies jedoch nichts an einer Vergleichbarkeit der Fallgestaltung: Es geht um die Behandlung des (ungeborenen) Kindes.

Es fragt sich jedoch, ob Grundgedanke und Zweck des § 12 SGB VII auch die Behandlung des ungeborenen Babys der

hirntoten Mutter erfordern. Der Sinn der Erstreckung des Versicherungsfalls der Mutter auf das (geborene) Kind ist, einen Gleichheitsverstoß zu vermeiden. Ohne eine solche Regelung würde man nämlich wesentlich Gleiches – die durch einen Versicherungsfall geschädigte Mutter und das durch das gleiche Ereignis geschädigte seinerzeit noch ungeborene Kind – ohne einen ersichtlichen sachlichen Grund anders behandeln. Für die Analogie müsste nun aber die „rechtliche Einheit“ von Mutter und Kind insofern durchbrochen werden, als dem Kind ein von der Mutter losgelöster Behandlungsanspruch zu einem Zeitpunkt zusteht, in dem es allenfalls beschränkt durch gesetzliche Spezialregelungen rechtsfähig sein kann. Für eine solche Durchbrechung spricht, dass zumindest im Hinblick auf den Schutz der Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG und die Schutzverpflichtung des Staates für das (ungeborene) Leben mittlerweile eine Grundrechtsfähigkeit des Nasciturus ganz überwiegend anerkannt wird.<sup>54</sup> Mithin wird durch die Rechtsordnung eine eigene Rechtsfähigkeit des Ungeborenen zumindest im Hinblick auf die existenzielle Frage der Fortführung des Lebens anerkannt. Dies spiegelt sich auch in strafrechtlichen Bewertungen wider: Im Schrifttum wird aus dem Verbot des Behandlungsabbruchs die Verpflichtung zur Aufrechterhaltung des Kreislaufs und der Vitalfunktionen einer Hirntoten bei einer „intakten fortgeschrittenen Schwangerschaft“ geschlossen, um das Leben des Nasciturus bis zur angestrebten Entbindung fortzuführen.<sup>55</sup> Folglich dient eine Analogie hier auch der Vermeidung eines Wertungswiderspruchs in Relation zur strafrechtlichen Bewertung der gleichen Konstellation.

Jedoch ist bei der Weiterbehandlung der hirntoten Schwangeren ebenfalls zu beachten, dass diese selbst Grundrechts-

49 Vgl. BSG, Urt. v. 26.06.2013 - B 7 AY 6/12 R Rn. 17; Palsherm, SGB 2014, 277, 278.

50 Vgl. Palsherm, SGB 2014, 277, 278; Rüthers/Fischer, Rechtstheorie, 5. Aufl. 2010, Rn. 895 mit der überzeugenden Kontrollfrage: „Wie würde der Gesetzgeber nach seinem in Einzelnorm, Gesetz und Rechtsordnung erkennbaren Wertungsplan den unregelmäßig Sachverhalt bewerten?“.

51 Bspw. wenn das geborene Kind weiter behandelt wird, auch wenn die Mutter infolge des Wegeunfalls verstorben ist, weil das bereits lebensfähige Kind im Zuge der Notfallbehandlung entbunden worden ist.

52 BVerfG, Urt. v. 22.06.1977 - 1 BvL 2/74 Rn. 36 ff.

53 BT-Drs. 8/4022, S. 93 zu § 4 Nr. 6 a, c und d (§ 555a, § 575 Abs. 4, § 636 Abs. 3 RVO).

54 BVerfG, Beschl. v. 10.03.1998 - 1 BvR 178/97 Rn. 72, Schutzpflicht aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 GG; BVerfG, Urt. v. 28.05.1993 - 1 BvF 2/90, 4/92, 5/92 - „Schwangerschaftsabbruch“ Rn. 157 ff.; Spickhoff in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2018, § 1 BGB Rn. 27 m.w.N. Vgl. ausführlich zum Menschenwürdeschutz Ungeborener: Hufen, Staatsrecht II, 8. Aufl. 2020, § 10 Die Garantie der Menschenwürde Rn. 20 ff.

55 Kern in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 59 Der Behandlungsabbruch Rn. 5. Ausführlich zur Problematik einer

trägerin der Menschenwürde ist.<sup>56</sup> Mithin ist bei der verfassungsrechtlich gestützten Argumentation im Rahmen der Analogieprüfung in Bezug auf die Vergleichbarkeit der Interessenlagen immer auch eine Güterabwägung zwischen dem postmortalen Persönlichkeitsschutz der hirntoten Schwangeren und den Interessen des Nasciturus anzustellen. Nach einer überzeugenden Meinung wiegt dabei im Zweifel die Lebenserhaltungspflicht schwerer als das „Sterberecht“ der Mutter.<sup>57</sup> Andererseits ist die Grenze zu einem unzulässigen Verstoß gegen die Menschenwürde der hirntoten Schwangeren dort überschritten, wo es keine hinreichenden medizinischen Anhaltspunkte dafür gibt, dass die fortgesetzte Behandlung (z.B. durch Aufrechterhaltung des Kreislaufs und Beatmung) wahrscheinlich zum Überleben des Ungeborenen führt, mit anderen Worten wenn es sich um ein „bloßes medizinisches Experiment“ handelt.<sup>58</sup>

### C. Fazit

Für eine Hirntote ist ausnahmsweise eine Betreuung nach §§ 1896 ff. BGB zu veranlassen und aufrechtzuerhalten, wenn sie schwanger ist. Bedingung ist, dass nach medizinischer Prognose eine Fortführung der Schwangerschaft realistisch erscheint, bis das lebende Kind reif genug ist, um geboren zu werden.

Das ungeborene Kind hat in einem solchen Fall ausnahmsweise gem. § 26 Abs. 1, § 27 Abs. 1 Nr. 6, § 33 Abs. 1 i.V.m. § 12 SGB VII analog selbst einen Anspruch auf die Weiterbehandlung der „körperlichen Einheit“ aus seiner hirntoten Mutter – z.B. Aufrechterhaltung von Kreislauf und Vitalfunktionen – und sich selbst gegen die Träger der gesetzlichen Unfallversicherung. Dies gilt selbst dann, wenn es entgegen der in § 12 SGB VII genannten Bedingung des „Gesundheitsschadens der Leibefrucht“ selbst noch nicht geschädigt ist, sondern nur die Mutter.

Strafbarkeit wegen Schwangerschaftsabbruch durch Unterlassen bei intakter Gravidität, d.h. noch lebender Frucht, einer hirntoten Schwangeren: Kiesecker, Die Schwangerschaft einer Toten. Strafrecht an der Grenze von Leben und Tod – Der Erlanger und der Stuttgarter Baby-Fall, 1996; Merkel in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, § 218 StGB Rn. 118 – 123; dazu auch Eser/Weißer in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, § 218 StGB Rn. 25 – 27 und Gropp in: MünchKomm, StGB, 3. Aufl. 2017, § 218 StGB Rn. 7.

56 Vgl. zur Anerkennung der Menschenwürde Verstorbener: BVerfG, Beschl. v. 24.02.1971 - 1 BvR 435/68 - „Mephisto“ Rn. 66; Hufen, Staatsrecht II, 8. Aufl. 2020, § 10 Die Garantie der Menschenwürde Rn. 26.

57 AG Hersbruck, Beschl. v. 16.10.1992 - XVII 1556/92 Rn. 3; Kern in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 59 Der Behandlungsabbruch Rn. 5.

58 Hufen, Staatsrecht II, 8. Aufl. 2020, § 10 Die Garantie der Menschenwürde Rn. 26.

## Verwaltungsrecht

### Dieselfahrer erneut ausgebremst? BVerwG, Urt. v. 27.02.2020 - 7 C 3/19

RiBVerwG a.D., RA Dr. Stephan Gatz

#### A. Problemstellung

Die Richtlinie 2008/50/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.05.2008 über Luftqualität und saubere Luft in Europa<sup>1</sup> verpflichtet die Mitgliedstaaten, bei Überschreitung festgelegter Schadstoffgrenzwerte in bestimmten Gebieten oder Ballungsräumen Luftqualitätspläne erstellen zu lassen, um die Werte einzuhalten. Für Stickstoffdioxid (NO<sub>2</sub>) beträgt der über ein Kalenderjahr gemittelte Immissionsgrenzwert 40 µg/m<sup>3</sup>.<sup>2</sup> Diesen Wert hat § 3 Abs. 2 der 39. BImSchV in nationales Recht übernommen.

Stickoxide entstehen bei Verbrennungsprozessen. Die Hauptquellen von Stickstoffoxiden in der Außenluft sind Verbrennungsmotoren und Feuerungsanlagen (für Kohle, Öl, Gas, Holz, Abfälle). In Ballungsgebieten ist der Straßenverkehr die bedeutendste Stickstoffoxidquelle, wobei der größte Anteil aus Dieselmotoren von Personalkraftwagen, leichten und schweren Nutzfahrzeugen sowie Bussen mit Dieselantrieb stammt. Gehören Dieselfahrzeuge zu einer Schadstoffklasse unterhalb der Abgasnorm Euro 6, sind sie mit einem auf bestimmte Straßen oder Straßenabschnitten beschränkten Verkehrsverbot zu belegen, wenn sich das Verbot als einzig geeignete Maßnahme zur schnellstmöglichen Einhaltung des Grenzwertes erweist.<sup>3</sup> Vorzusehen ist ein Verkehrsverbot in einem Luftreinhalteplan, der nach § 47 Abs. 1 Satz 1 BImSchG aufzustellen ist und die erforderlichen Maßnahmen zur dauerhaften Verminderung von Luftverunreinigungen festlegen muss, wenn der Grenzwert überschritten wird. Ordnet der Luftreinhalteplan ein Verkehrsverbot an, beschränkt oder verbietet die zuständige Straßenverkehrsbehörde auf seiner Grundlage den Kraftfahrzeugverkehr nach Maßgabe der straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften (§ 40 Abs. 1 Satz 1 BImSchG).

Die Anordnung eines Verkehrsverbots in einem Luftreinhalteplan muss unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erfolgen.<sup>4</sup> Das BVerwG hatte zu entscheiden,

1 ABl. L 152 vom 11.06.2008, S. 1.

2 Anhang XI Richtlinie 2008/50/EG.

3 BVerwG, Urt. v. 27.02.2018 - 7 C 30/17 Rn. 35.

4 BVerwG, Urt. v. 27.02.2018 - 7 C 26/16 Rn. 35.

ob die Anordnung eines Verkehrsverbots unverhältnismäßig ist, wenn abzusehen ist, dass der Grenzwert für NO<sub>2</sub> als bald eingehalten werden wird.

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Kläger ist eine deutschlandweit tätige und nach § 3 UmwRG anerkannte Umweltschutzvereinigung. Er nimmt das beklagte Land auf weitere Fortschreibung des zuletzt 2018 überarbeiteten Luftreinhalteplans für die beigeladene Stadt R. in Anspruch. Die Vorinstanz hat den Beklagten im März 2019 verurteilt, den Luftreinhalteplan so fortzuschreiben, dass er die erforderlichen Maßnahmen zur schnellstmöglichen Einhaltung des über ein Kalenderjahr gemittelten Grenzwerts für NO<sub>2</sub> im Stadtgebiet der Beigeladenen einhält. Sie hat beanstandet, dass der Luftreinhalteplan trotz Grenzwertüberschreitung – für das Kalenderjahr 2019 war ein Wert von 48 µg/m<sup>3</sup> prognostiziert worden – Fahrverbote für Dieselfahrzeuge nicht vorsah, obwohl der Grenzwert durch die Anordnung von Verkehrsverboten bereits im Jahr 2019 hätte flächendeckend eingehalten werden können. Es genüge nicht, dass der Grenzwert später eingehalten werde.

Das BVerwG hat den Revisionen des Beklagten und der Beigeladenen stattgegeben. Es hat dem Verwaltungsgerichtshof attestiert, dass dessen Annahme, zur Vermeidung von Überschreitungen hätte auf die Anordnung von Verkehrsverboten für Dieselfahrzeuge nicht verzichtet werden dürfen, dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht hinreichend Rechnung trage.

Die Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs, die Verhältnismäßigkeitsprüfung sei auf eine Ausgestaltung der Verkehrsverbote beschränkt, da das BVerwG<sup>5</sup> Verhältnismäßigkeitsabwägungen nur zu einer Abstufung für zonale Verkehrsverbote für Euro-5-Diesel und für niedrigere Euro-Klassen angestellt habe, verletze Bundesrecht. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beanspruche Geltung nicht nur hinsichtlich der Frage, wie ein Verkehrsverbot auszugestalten sei, sondern auch bei der vorgelagerten Frage, ob ein Verkehrsverbot anzuordnen sei. Auch wenn ein ganzjähriges Verkehrsverbot die einzig geeignete Maßnahme zur schnellstmöglichen Einhaltung der NO<sub>2</sub>-Werte sei, erübrige sich damit nicht die Verhältnismäßigkeitsprüfung, ob ein solches Verbot zu verhängen sei.

Etwas anderes ergebe sich nicht daraus, dass der übergeordnete Zweck der Einhaltung von Grenzwerten für NO<sub>2</sub>-Immissionen der Schutz der menschlichen Gesundheit sei. Zwar sei der Gesundheitsschutz ein überragend wichtiges Gemeinwohlziel mit Verfassungsrang und es bestehe eine Verpflichtung des Staates, sich schützend und fördernd vor das Leben, die körperliche Unversehrtheit und Gesundheit

des Einzelnen zu stellen; diese Pflicht sei allerdings nicht absolut, sondern Relativierungen zugänglich. Bei einer vom Verwaltungsgerichtshof zugrunde gelegten Überschreitung des Grenzwertes um nur noch 1 µg/m<sup>3</sup> im Folgejahr nach Inkrafttreten des Luftreinhalteplanes und gleichzeitig prognostizierter deutlicher Unterschreitung im übernächsten Jahr sei die Anordnung von Verkehrsverboten nicht geboten. Die Belastungen, die mit Verkehrsverboten für die Eigentümer, Halter und Fahrer von Dieselfahrzeugen verbunden seien, stünden in einem solchen Fall in keinem angemessenen Verhältnis zu den Gesundheitsgefahren, die mit derart geringfügigen und zeitlich beschränkten Grenzwertüberschreitungen verbunden seien.

## C. Kontext der Entscheidung

Dass die Rechtmäßigkeit der Anordnung eines Verkehrsverbots von der Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit abhängt, kann den Rechtskundigen nicht überraschen. Denn der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beherrscht jegliches staatliche Handeln und hat verfassungsrechtlichen Rang. Er ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) und aus dem Wesen der Grundrechte selbst, die als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruchs des Bürgers gegenüber dem Staat von der öffentlichen Gewalt jeweils nur so weit beschränkt werden dürfen, als es zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich ist.<sup>6</sup> Hinsichtlich von Maßnahmen der Luftreinhalteplanung sieht zudem das einfache Recht in § 47 Abs. 4 Satz 1 BImSchG vor, dass Maßnahmen entsprechend dem Verursacherprinzip und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit festzulegen sind. Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit darf eine staatliche Maßnahme auch dann, wenn sie zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet und erforderlich ist, nicht außer Verhältnis zum Zweck bzw. zum Ziel der Maßnahme stehen. Das Gebot der Verhältnismäßigkeit erfordert eine Abwägung zwischen dem Nutzen der Maßnahme und den durch diese herbeigeführten Belastungen und setzt den Belastungen hierdurch eine Grenze.

Die allgemeinen Rechtsgrundsätze, zu denen auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gehört, sind ebenfalls Bestandteil der Rechtsordnung der EU.<sup>7</sup> Zugleich nimmt die Richtlinie 2008/50/EG auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Satz 2 des 25. Erwägungsgrundes selbst Bezug.

5 BVerwG, Urt. v. 27.02.2018 - 7 C 30/17.

6 BVerfG, Beschl. v. 15.12.1965 - 1 BvR 513/65, BVerfG, Beschl. v. 12.05.1987 - 2 BvR 1226/83 u.a. und BVerfG, Beschl. v. 17.06.2004 - 2 BvR 383/03.

7 Vgl. nur EuGH, Urt. v. 09.10.2014 - C-492/13 Rn. 27.

Auch nach der Rechtsprechung des EuGH können Luftreinhaltepläne nur auf der Grundlage eines Ausgleichs zwischen dem Ziel der Verringerung der Gefahr der Verschmutzung und den verschiedenen betroffenen öffentlichen und privaten Interessen erstellt werden.<sup>8</sup>

Beim Studium des BImSchG stellt sich dem unbefangenen Leser allerdings die Frage, warum es des Rückgriffs auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit überhaupt bedurfte. § 47 Abs. 4a Satz 1 BImSchG besagt nämlich, dass Verbote des Kraftfahrzeugverkehrs für Dieselfahrzeuge wegen der Überschreitung des Immissionsgrenzwertes für NO<sub>2</sub> i.d.R. nur in Gebieten in Betracht kommen, in denen der Wert von 50 µg/m<sup>3</sup> Luft im Jahresmittel überschritten worden ist, und über diesen Wert ging die NO<sub>2</sub>-Belastung im Stadtgebiet der Beigeladenen schon 2019 nicht hinaus. Verwundert fragt sich der Leser allerdings, wie die Regelung des § 47 Abs. 4a Satz 1 Eingang ins BImSchG finden konnte, schreibt doch das Unionsrecht den einzuhaltenden Wert auf 40 µg/m<sup>3</sup> fest.

In der Tat hält die ganz h.M. im rechtswissenschaftlichen Schrifttum eine wörtliche Auslegung des § 47 Abs. 4a Satz 1 BImSchG, die einem echten Regel-Ausnahme-Verhältnis das Wort redet (Anordnung eines Verkehrsverbots nur in atypischen Ausnahmefällen), mit unterschiedlichen Akzentuierungen für unionsrechtswidrig.<sup>9</sup> Die Rechtsprechung löst das Problem mit einer unionsrechtskonformen Auslegung des § 47 Abs. 4a Satz 1 BImSchG.<sup>10</sup> Sie versteht die Vorschrift als Ausdruck einer tatsächlichen Vermutung, wonach bei Immissionswerten unter 50 µg/m<sup>3</sup> eine Unterschreitung des Grenzwertes von 40 µg/m<sup>3</sup> aufgrund ergriffener Maßnahmen auch ohne Verkehrsverbote zeitnah zu erwarten ist. Soweit das entgegen dieser Annahme nicht der Fall sein sollte und sich Verkehrsverbote als einziges Mittel darstellen, um die Überschreitung des Grenzwertes so kurz wie möglich zu halten, kann demgegenüber von einem Regelfall i.S.d. § 47 Abs. 4a BImSchG nicht ausgegangen werden, sodass die Vorschrift auch unterhalb von Werten von 50 µg/m<sup>3</sup> Verkehrsverboten im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht entgegengehalten werden kann.

#### D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung des BVerwG beweist Augenmaß und hat für den konkreten Sachverhalt eine sachgerechte Lösung gefunden. Es bedarf allerdings keiner hellseherischen Fähigkeiten, um vorauszusagen, dass es in Zukunft Fallgestaltungen geben wird, in denen höhere Grenzwertüberschreitungen die Frage nach der Verhältnismäßigkeit von Verkehrsverboten aufwerfen. Das Urteil des BVerwG gibt mit auf den Weg (Rn. 39): Ob sich ein Verkehrsverbot auch bei

höheren Grenzwertüberschreitungen als unverhältnismäßig darstellt, hängt von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere davon ab, wie lang die prognostizierte Dauer der Überschreitung ist und mit welchem Maß an Sicherheit die Einhaltung der Grenzwerte erwartet werden kann. Je kürzer einerseits die Überschreitung andauert und je sicherer die baldige Einhaltung der Grenzwerte zu erwarten ist und je größer andererseits die Auswirkungen eines Verkehrsverbots für die betroffenen Verkehrsteilnehmer und Anwohner von Ausweichstrecken ist, umso eher sind auch höhere Überschreitungen hinnehmbar. So kann etwa dann, wenn durch die bevorstehende Fertigstellung einer Umgehungsstraße oder eines Straßentunnels eine erhebliche Verkehrsreduzierung und damit auch eine Reduzierung der Schadstoffe in naher Zukunft zu erwarten ist, eine Umleitung des Verkehrs aber zu erheblichen Beeinträchtigungen an anderer Stelle führen würde, auch eine deutliche Grenzwertüberschreitung unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit vorübergehend tolerierbar sein.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hat also, wie auch sonst bei belastenden Maßnahmen, das letzte Wort.

<sup>8</sup> EuGH, Urt. v. 22.02.2018 - C-336/16 Rn. 93 m.w.N.

<sup>9</sup> Vgl. Weiß/Feder, EWS 2019, 14, 17 f.; Will, NZV 2019, 17, 24 f.; Quarch, SVR 2019, 18, 23; Scheidler, NVwZ 2019, 751, 754 f.; Laskowski, ZRP 2019, 44, 46 f.; Klinger, ZUR 2019, 131, 133 f.; Berkemann, ZUR 2019, 412, 419 f.

<sup>10</sup> BVerwG, Urt. v. 27.02.2020 - 7 C 3/19 Rn. 60; OVG Münster, Urt. v. 31.07.2019 - 8 A 2851/18 Rn. 279; OVG Hamburg, Beschl. v. 31.05.2019 - 1 Bs 90/19 Rn. 33; VG Berlin, Urt. v. 09.10.2018 - 10 K 207/16 Rn. 74; VG Köln, Urt. v. 08.11.2018 - 13 K 6684/15 Rn. 34; BVerwG, Urt. v. 27.02.2020 - 7 C 3/19 Rn. 60; OVG Münster, Urt. v. 31.07.2019 - 8 A 2851/18 Rn. 279; OVG Hamburg, Beschl. v. 31.05.2019 - 1 Bs 90/19 Rn. 33; VG Berlin, Urt. v. 09.10.2018 - 10 K 207/16 Rn. 74; VG Köln, Urt. v. 08.11.2018 - 13 K 6684/15 Rn. 34.

## Fehlertoleranzschwellen im kommunalen Gebührenrecht

BVerwG, Urt. v. 27.11.2019 - 9 CN 1/18

RiBVerwG Dr. Peter Martini

### A. Problemstellung

Zentrale Frage des Urteils ist die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Fehlertoleranzschwellen im kommunalen Gebührenrecht. Die Entscheidung betrifft ein Normenkontrollurteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs zu einer Abfallgebührensatzung und der dem Gebührensatz zugrunde liegenden Gebührenkalkulation. Diese hat sich

nach bayerischem Landesrecht am Kostendeckungsgebot zu orientieren (Art. 8 Abs. 2 Satz 1 KAG). Ist der Gebührenschuldner wie im vorliegenden Fall aufgrund eines Benutzungszwangs zur Nutzung der Einrichtung verpflichtet, gilt außerdem ein Kostenüberdeckungsverbot (Art. 8 Abs. 2 Satz 2 KAG). Kostendeckungsgebot und Kostenüberdeckungsverbot stellen Veranschlagungsmaximen dar, die Anforderungen an die Zielsetzung der Gebührenerhebung stellen.<sup>1</sup> Die Gebühren sind anhand einer Kostenprognose zu bemessen.<sup>2</sup> Das Kostendeckungsprinzip ist verletzt, wenn Kostenschätzung und Tarifgestaltung nicht auf das Ziel der Beschränkung der Gebühren auf die Höhe des Verwaltungsaufwands gerichtet sind.<sup>3</sup> Nicht vollständig durch Rechtsnormen determinierte Prognosen sind mangels rechtlicher Maßstäbe tatrichterlich nur eingeschränkt überprüfbar. Das Kostendeckungsprinzip ist der gerichtlichen Kontrolle insoweit zugänglich, als von sachfremden Erwägungen beeinflusste Gebührenkalkulationen zu beanstanden und sich daraus ergebende Gebührentarife als ungültig anzusehen sind. Soweit nicht ohnehin voll nachprüfbar Elemente infrage stehen, muss die Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung einzelner Faktoren gemessen am Kostendeckungsprinzip vertretbar sein.<sup>4</sup> Würde jeder Kalkulationsirrtum zur Ungültigkeit des Gebührensatzes führen, läge darin ein unverhältnismäßiger Eingriff in die kommunale Selbstverwaltungsgarantie (Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG), weil der Erlass einer Gebührensatzung zu einem unkalkulierbaren Wagnis würde. Zu prüfen ist deshalb auch, ob sich ein Fehler auf die Gebührenhöhe ausgewirkt hat und der Inhalt der Gebührenregelung dem höherrangigen Recht zuwiderläuft.<sup>5</sup> Bei der Ausgestaltung des Kostendeckungsprinzips muss das Landesrecht Prognosespielräume des kommunalen Satzungsgebers respektieren und eine Toleranzgrenze anerkennen, wobei Kostenüberschreitungen von 1,2 % an deren unterstem Rand liegen.<sup>6</sup> Der Verwaltungsgerichtshof hielt allerdings auch Kostenüberdeckungen von bis zu 12 % für unschädlich.<sup>7</sup> Dies würde dazu führen, dass Kalkulationsfehler in erheblichem Umfang unbeachtlich sind, und wirft die Frage auf, ob eine so hohe Toleranzschwelle mit der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG vereinbar ist.

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der von der Normenkontrolle betroffenen Abfallgebührensatzung lag eine Gebührenkalkulation für die Jahre 2015 bis 2018 zugrunde. Der Antragsteller, der Miteigentümer eines im Geltungsbereich der Satzung gelegenen Hausgrundstücks ist, machte insbesondere geltend, der Antragsgegner habe systematisch gegen seine Pflicht verstoßen, Kostenüberdeckungen, die sich am Ende eines Bemessungszeitraums ergaben, innerhalb des folgenden Bemessungszeitraums auszugleichen (Art. 8 Abs. 6 Satz 2 KAG).

Angesichts der Beanstandung durch den Bayerischen Kommunalen Prüfungsverband liege darin eine bewusste Rechtsverletzung.

Mit Urteil vom 16.08.2017 (4 N 15/1685) verneinte der Verwaltungsgerichtshof einen auf die Gültigkeit der Satzung durchschlagenden Verstoß gegen höherrangiges Recht.<sup>8</sup> Aus dem als Sollvorschrift formulierten Kostenüberdeckungsverbot des Art. 8 Abs. 2 Satz 2 KAG ergebe sich ein Spielraum für den Satzungsgeber. Geringfügige Überschreitungen als unbeabsichtigte Folge prognostischer Unsicherheiten verletzten das Kostenüberdeckungsverbot daher nicht. Kostenüberdeckungen von bis zu 12 % seien grds. unschädlich. Dies gelte allerdings nicht für bewusst und gewollt herbeigeführte Kostenüberdeckungen. Eine bewusste Überdeckung liege vor, wenn sich der Vorsatz des Satzungsgebers zumindest auch auf die Erzielung eines Überschusses zulasten des Gebührenzahlers beziehe. In diesem Fall werde die Gebührenkalkulation von sachfremden Erwägungen beeinflusst, die auch bei einer geringfügigen Überdeckung zur Ungültigkeit der Gebührensätze führten.<sup>9</sup> Eine bewusste und gewollte Überdeckung verneinte der Verwaltungsgerichtshof<sup>10</sup> und wandte daher die Toleranzschwelle von 12 % an.<sup>11</sup> Da die aufgrund des gerügten Verstoßes gegen die Ausgleichspflicht mögliche Kostenüberdeckung lediglich 6,67 % betrug,<sup>12</sup> war die Toleranzgrenze nicht überschritten. Der Verwaltungsgerichtshof ließ daher offen, ob der geltend gemachte Kalkulationsmangel tatsächlich vorlag.<sup>13</sup>

Mit Revisionsurteil vom 27.11.2019 (9 CN 1/18) hob das BVerwG die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs auf und verwies die Sache an die Vorinstanz zurück. Eine Fehlertoleranzschwelle, bei der unbeabsichtigte Kostenüberschreitungen von bis zu 12 % nicht gegen das Kostenüberdeckungsverbot verstoßen, greift nach Ansicht des BVerwG

1 BVerwG, Urt. v. 08.12.1961 - 7 C 2/61; VGH München, Urt. v. 17.08.2017 - 4 N 15/1685 Rn. 23.

2 VGH München, Urt. v. 17.08.2017 - 4 N 15/1685 Rn. 23.

3 BVerwG, Urt. v. 08.12.1961 - 7 C 2/61; VGH München, Urt. v. 17.08.2017 - 4 N 15/1685 Rn. 23.

4 BVerwG, Urt. v. 08.12.1961 - 7 C 2/61.

5 BVerwG, Urt. v. 17.04.2002 - 9 CN 1/01 Rn. 31, 34 und 35.

6 BVerwG, Urt. v. 17.04.2002 - 9 CN 1/01 Rn. 38.

7 VGH München, Urt. v. 17.08.2017 - 4 N 15/1685 Rn. 24 m.w.N.

8 VGH München, Urt. v. 17.08.2017 - 4 N 15/1685 Rn. 21 ff.

9 VGH München, Urt. v. 17.08.2017 - 4 N 15/1685 Rn. 24 f.

10 VGH München, Urt. v. 17.08.2017 - 4 N 15/1685 Rn. 26 ff.

11 VGH München, Urt. v. 17.08.2017 - 4 N 15/1685 Rn. 35 ff.

12 VGH München, Urt. v. 17.08.2017 - 4 N 15/1685 Rn. 39.

13 VGH München, Urt. v. 17.08.2017 - 4 N 15/1685 Rn. 32.

in die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG ein,<sup>14</sup> die auch einen wirksamen Rechtsschutz gegen Satzungen gewährleistet.<sup>15</sup> Denn eine solche Toleranzgrenze habe den völligen Ausfall des Rechtsschutzes gegen Gebührensatzungen zur Folge, solange die Kostenüberdeckung weniger als 12 % betrage.<sup>16</sup>

Diesen Eingriff hält das BVerwG für verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt. Eine spezielle gesetzliche Regelung über die Unbeachtlichkeit von Kalkulationsfehlern gebe es in Bayern nicht. Zwar mache das Fehlen einer solchen Regelung die durch Auslegung gewonnene Toleranzschwelle nicht von vornherein unzulässig.<sup>17</sup> Vielmehr müsse das Landesrecht Prognosespielräume des kommunalen Satzungsgebers respektieren und eine Toleranzgrenze anerkennen, wobei eine Überschreitung von 1,2 % am untersten Rand dieser Grenze liege.<sup>18</sup> Dies zielt auf einen verhältnismäßigen Ausgleich zwischen der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG und dem durch Art. 28 Abs. 2 GG geschützten kommunalen Satzungsermessen, bei dem auch der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit berücksichtigt werden müsse. Im Hinblick darauf müsse eine allzu rigide Kontrollpraxis verhindert werden, die für den Satzungsgeber mit unkalkulierbaren Risiken verbunden sei, ohne dem Schutz des Gebührenschuldners vor überhöhten Gebühren zu dienen.<sup>19</sup>

Daran gemessen ist die Toleranzschwelle von 12 % aus Sicht des BVerwG nicht gerechtfertigt, soweit es wie im vorliegenden Fall um echte Kalkulationsfehler geht. Eine solche Fehlertoleranzschwelle sei insoweit zu hoch. Angesichts dessen fehle es an einer nachvollziehbaren Rechtfertigung für die Beschränkung der Rechtsschutzgarantie.<sup>20</sup> Von geringfügigen Überschreitungen könne zwar bei Fehlertoleranzen in einer Größenordnung von 5 %, nicht aber bei Kostenüberdeckungen von 12 % gesprochen werden. Dies gelte umso mehr, als die Toleranzschwelle von 12 % sich nicht nach den zulässigerweise ansatzfähigen, sondern den ursprünglich und unter Umständen überhöht ermittelten Gesamtkosten bemesse.<sup>21</sup> Die grundrechtsbeschränkende Wirkung der Toleranzregelung werde auch nicht dadurch wirksam abgemildert, dass sie im Fall einer bewussten und gewollten Überdeckung nicht gelte.<sup>22</sup>

Das BVerwG hat das Urteil des Verwaltungsgerichtshofs schließlich nicht deswegen aufrechterhalten, weil die Kostenüberdeckung mit 6,67 % deutlich weniger als 12 % betrug. Vielmehr hat es die notwendige veränderte Auslegung des Landesrechts dem Verwaltungsgerichtshof überlassen.<sup>23</sup>

### C. Kontext der Entscheidung

Das BVerwG knüpft bestätigend<sup>24</sup> an sein Urteil vom 17.04.2002 (9 CN 1/01) an, nach dem das Landesrecht im

Rahmen der Ausgestaltung des Kostendeckungsprinzips Prognosespielräume des kommunalen Satzungsgebers respektieren und eine Toleranzgrenze anerkennen muss, um unverhältnismäßige Eingriffe in das kommunale Selbstverwaltungsrecht zu vermeiden. Auch wenn bundesrechtlich kein bestimmter Prozentsatz vorgegeben ist, bewegt sich dabei eine Überschreitung von 1,2 % am untersten Rand einer solchen Toleranzgrenze,<sup>25</sup> sodass das Landesrecht auch höhere Toleranzschwellen vorsehen kann.

Andererseits dürfen solche Toleranzschwellen das Recht der Gebührenschuldner auf effektiven Rechtsschutz nicht verletzen. Dieses schließt zwar Einschränkungen nicht aus, wenn im Einzelfall widerstreitende grundrechtlich oder grundgesetzlich fundierte Interessen zum Ausgleich zu bringen sind. Dabei müssen aber nicht nur die betroffenen Belange angemessen gewichtet werden. Vielmehr ist in Bezug auf die Auswirkungen der beschränkenden Regelung auf das Grundrecht nach Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten.<sup>26</sup> Diesen Anforderungen müssen die landesrechtlichen Toleranzschwellen genügen.

Die in den verschiedenen Bundesländern in der Rechtsprechung entwickelten oder gesetzlich festgelegten Toleranzschwellen<sup>27</sup> bewegen sich zwischen 3 und 5 %.<sup>28</sup> Die vom VGH München angenommene Toleranzschwelle von 12 % verlässt diesen Rahmen. Während eine Fehlertoleranz in einer Größenordnung von 5 % nach Ansicht des BVerwG nicht ins Gewicht fallen mag, wird die bayerische Toleranzschwelle ausdrücklich als „Ausreißer“ bezeichnet und als für echte Kalkulationsfehler zu hoch angesehen.<sup>29</sup> Der Sache nach wird sie damit als unverhältnismäßig eingestuft.

Für den Fall, dass die Toleranzschwelle von 12 % nicht nur für Kalkulationsfehler, sondern auch für Abweichungen der pro-

14 BVerwG, Urt. v. 27.11.2019 - 9 CN 1/18 Rn. 10 und 13.

15 BVerfG, Beschl. v. 17.01.2006 - 1, BvR 541/02, 1 BvR 542/02 Rn. 41.

16 BVerwG, Urt. v. 27.11.2019 - 9 CN 1/18 Rn. 25 f.

17 BVerwG, Urt. v. 27.11.2019 - 9 CN 1/18 Rn. 29 f.

18 BVerwG, Urt. v. 27.11.2019 - 9 CN 1/18 Rn. 32.

19 BVerwG, Urt. v. 27.11.2019 - 9 CN 1/18 Rn. 33.

20 BVerwG, Urt. v. 27.11.2019 - 9 CN 1/18 Rn. 36.

21 BVerwG, Urt. v. 27.11.2019 - 9 CN 1/18 Rn. 16.

22 BVerwG, Urt. v. 27.11.2019 - 9 CN 1/18 Rn. 18 und 37.

23 BVerwG, Urt. v. 27.11.2019 - 9 CN 1/18 Rn. 38.

24 BVerwG, Urt. v. 27.11.2019 - 9 CN 1/18 Rn. 33.

25 BVerwG, Urt. v. 17.04.2002 - 9 CN 1/01 Rn. 35 und 38.

26 BVerfG, Beschl. v. 23.05.2006 - 1 BvR 2530/04 Rn. 48.

27 § 2 Abs. 1 Satz 3 Niedersächsisches KAG sieht eine Toleranzschwelle von 5 % vor.

28 BVerwG, Urt. v. 27.11.2019 - 9 CN 1/18 Rn. 36; Vetter in: Christ/Oebbecke, Handbuch Kommunalabgabenrecht, 2016, S. 168 ff. D Rn. 53 ff.

29 BVerwG, Urt. v. 27.11.2019 - 9 CN 1/18 Rn. 36.

gnostizierten von den später eingetretenen Verhältnissen gelten sollte, die auf Prognoseunsicherheiten beruhen und die Gebührenkalkulation nicht rechtswidrig machen, wäre sie nach Ansicht des BVerwG außerdem ein unverhältnismäßiger Eingriff in das gemeindliche Satzungsermessens.<sup>30</sup>

#### D. Auswirkungen für die Praxis

Das BVerwG hält daran fest, dass Toleranzgrenzen zulässig und geboten sind. Auch künftig führt daher nicht jeder Fehler der Gebührenkalkulation zur Satzungsничtigkeit. Die bayerischen Kommunen müssen allerdings in Zukunft mit strengerer gerichtlicher Kontrolle ihrer Gebührensatzungen als bisher rechnen. Da das BVerwG davon abgesehen hat, die Toleranzgrenze selbst zu bestimmen, bleibt deren Höhe offen, bis sich in der Rechtsprechung der bayerischen Verwaltungsgerichte eine neue Fehlertoleranzschwelle herausgebildet oder der Gesetzgeber eine Regelung getroffen hat.

30 BVerwG, Urt. v. 27.11.2019 - 9 CN 1/18 Rn. 35.

### Steuerrecht

## Keine Gemeinnützigkeit bei überhöhten Geschäftsführervergütungen

BFH, Urt. v. 12.03.2020 - V R 5/17

RiBFH Dr. Gerhard Michel

#### A. Problemstellung

Gemeinnützige Körperschaften erhalten Steuervergünstigungen und an sie geleistete Spenden können steuermindernd geltend gemacht werden. Dies setzt voraus, dass die jeweilige Körperschaft einen steuerbegünstigten Zweck (§ 52 Abs. 2 Nr. 1 – 25 AO) nicht nur unmittelbar und ausschließlich, sondern auch selbstlos fördert. Die selbstlose Förderung geschieht dadurch, dass nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke verfolgt und die steuerrechtlichen Vorgaben für die Verwendung der finanziellen Mittel erfüllt werden (§ 55 Abs. 1 AO). Diese Vorgaben sollen bewirken, dass ein möglichst hoher Anteil der Mittel unmittelbar den steuerbegünstigten Satzungszwecken zugutekommt. Verstößt die Körperschaft dagegen, indem sie ihrem Geschäftsführer ein unangemessen hohes Geschäftsführergehalt zahlt, kann dies zum Verlust der Gemeinnützigkeit führen.

#### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

##### I. Sachverhalt

Im Besprechungsurteil ging es um eine gemeinnützige GmbH (gGmbH), die in den Streitjahren 2005 – 2010 vor allem Leistungen im Bereich der Gesundheits- und Sozialbranche erbrachte. Sie war wegen der Förderung der öffentlichen Gesundheitspflege und des Wohlfahrtswesens sowie der Förderung mildtätiger Zwecke als gemeinnützig anerkannt. Als Geschäftsführer beschäftigte sie einen ausgebildeten Sozialarbeiter, der für die Leitung und Ausgestaltung neuer Projekte, die Verhandlung mit Kostenträgern sowie die psychiatrisch-sozialtherapeutische Arbeit zuständig war. Er erhielt zunächst (2001) ein Grundgehalt von 168.000 DM, eine leistungsabhängige Pauschale von 12.000 DM sowie ein Firmenfahrzeug auch zur privaten Nutzung. Weiterhin schloss die Gesellschaft für ihn eine betriebliche Rentenversicherung ab. Im Streitjahr 2008 wurde das Grundgehalt auf 140.000 € und die Leistungsvergütung auf 34.000 € erhöht. Außerdem wurde vereinbart, dass die Kosten für die private Unfallversicherung von der gGmbH übernommen werden, die von ihr getragene Lebensversicherung Bestandteil der betrieblichen Altersversorgung bleibt und die gGmbH ihrem Geschäftsführer zusätzlich – ab 01.08.2008 – eine Unterstützungskassenzusage gewährt. Diese beinhaltet die Zahlung einer Altersrente nach Vollendung des 65. Lebensjahrs (mtl. 5.150 € sowie Witwen- und Waisenrente). Hierfür zahlte die gGmbH monatliche Beiträge an die Unterstützungskasse (UK) i.H.v. jährlich 49.801 € (2008), 74.017 € (2009) und 87.928 € (2010). Ab 2010 wurde das Grundgehalt auf 162.000 € erhöht und eine Leistungsvergütung von 18.000 € vereinbart sowie die betriebliche Rentenversicherung wurde auf 75 % der Ansprüche des letzten Grundgehalts erhöht. Die Betriebsprüfung berechnete die sog. Gesamtausstattung (Summe der dem Geschäftsführer gewährten Gehälter und geldwerten Vorteile) mit 136.211 € (2005), 132.705 € (2006), 137.348 € (2007), 243.564 € in 2008 (193.763 € zuzüglich UK-Zusage von 49.801 €), 266.899 € in 2009 (192.882 € zuzüglich UK-Zusage von 74.017 €) und 283.235 € in 2010 (195.307 € zuzüglich 87.928 € UK-Zusage) und war der Auffassung, dass die Gesamtausstattung unangemessen hoch sei. Hierauf versagte das Finanzamt der gGmbH für alle Streitjahre die Gemeinnützigkeit. Die dagegen erhobene Klage wies das Finanzgericht mit seinem in EFG 2017, 1137 veröffentlichten Urteil ab.

##### II. Entscheidungsgründe

Der BFH bestätigte das abweisende FG-Urteil für die Streitjahre 2005 sowie 2008 – 2010, während die Klägerin in den Streitjahren 2006 und 2007 erfolgreich war.

## 1. Selbstlose Verwendung finanzieller Mittel

Die Steuerfreiheit wegen Förderung gemeinnütziger Zwecke erfordert selbstloses Handeln. Selbstlos ist die Förderung, wenn dadurch nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke (gewerbliche Zwecke oder sonstige Erwerbszwecke) verfolgt werden und darüber hinaus die in § 55 Nr. 1 – 5 AO geregelten Ge- und Verbote zur Verwendung finanzieller Mittel beachtet werden: § 55 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 AO gebietet, Mittel der Körperschaft nur für die gemeinnützigen satzungsmäßigen Zwecke zu verwenden, während § 55 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 AO verbietet, dass die Mitglieder oder Gesellschafter Gewinnanteile oder sonstige Zuwendungen aus Mitteln der Körperschaft erhalten (Verbot der Mitgliederbegünstigung). Erweiternd bestimmt § 55 Abs. 1 Nr. 3, Alt. 2 AO, dass die Körperschaft auch keine Person durch unverhältnismäßig hohe Vergütungen begünstigen darf (sog. Drittbegünstigungsverbot). Einen derartigen Verstoß gegen das Drittbegünstigungsverbot prüfte und bejahte der BFH für die Streitjahre 2005 sowie 2008 – 2010.

## 2. Fremdvergleich mit Wirtschaftsunternehmen

### a. Entsprechende Anwendung der vGA-Grundsätze

Zur Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs „unverhältnismäßig hohe Vergütungen“ in § 55 Abs. 1 Nr. 3 AO wendet der BFH die Grundsätze der verdeckten Gewinnausschüttung (vGA) nach § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG sinngemäß an. Danach erfolgt die Feststellung der Unverhältnismäßigkeit anhand eines (internen oder externen) Fremdvergleichs unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls im Wege der Schätzung<sup>1</sup> sowie vom 06.04.2005.<sup>2</sup>

### b. Gehaltsstrukturuntersuchungen für Wirtschaftsunternehmen

Fraglich war insbesondere der Vergleichsmaßstab für die Geschäftsführervergütungen gemeinnütziger Körperschaften: Hat sich diese an den Gehältern zu orientieren, die damals im sog. Dritten Sektor tatsächlich gezahlt wurden, oder darf sie ihrem Geschäftsführer so viel zahlen, wie dieser als Geschäftsführer bei – nach Umsatz, Gewinn und Beschäftigten – vergleichbaren Wirtschaftsunternehmen derselben Branche erhalten würde? Der BFH entschied zugunsten der gGmbH und damit gegen eine Sonderbehandlung von gemeinnützigen Körperschaften. Denn diese konkurrieren auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt mit gewerblichen Unternehmen um geeignete Mitarbeiter. Geschäftsführer müssen ihre Entgeltansprüche nicht deshalb mindern, weil sie gegenüber Gemeinnützigen tätig sind. Darüber hinaus würde die von der Finanzverwaltung vertretene Gegenansicht (Orientierung an tendenziell geringe-

ren Vergütungen im Dritten Sektor) zu untragbaren Ergebnissen führen. Da das Drittbegünstigungsverbot nicht nur für Geschäftsführer, sondern für alle Beschäftigten und zudem für sämtliche Geschäftsbeziehungen zu nicht gemeinnützigen Dritten gilt („keine Person ... unverhältnismäßig hohe Vergütungen“), dürften gemeinnützige Organisationen auch ihren leitenden Angestellten, Abteilungsleitern, ja sogar ihren Pflege- und Reinigungskräften, keine marktüblichen Vergütungen zahlen, sondern müssten hierauf einen „Abschlag“ vornehmen. Berücksichtigt man die Weiterungen für ihre Lieferanten, Vermieter und Verpächter sowie Darlehensgeber, hätte dies existenzgefährdende bis existenzvernichtende Folgen für zahlreiche gemeinnützige Organisationen.

### c. Zu- und Abschläge

Ausgangspunkt für die Feststellung der Unangemessenheit des Geschäftsführergehalts können demnach grds. allgemeine Gehaltsstrukturuntersuchungen für Wirtschaftsunternehmen sein, wie im Streitfall die von BBE media für Dienstleister der Branche „Gesundheitswesen“ ausgewiesenen Vergütungsbeträge. Da Gehaltsstrukturuntersuchungen aber nur einen einigermaßen repräsentativen und verlässlichen Überblick über die im jeweiligen Untersuchungszeitraum gezahlten Geschäftsführergehälter darstellen, bedürfen sie in jedem Einzelfall der Anpassung durch Ab- und Zuschläge: Ist der Geschäftsführer (vorliegend 2005 – 2007) auch als Geschäftsführer anderer Firmen tätig, bedarf es grds. eines Abschlags wegen sog. Mehrfach-Geschäftsführung. Diesen schätzte das Finanzgericht ohne Rechtsfehler auf 10 % der Vergütung. Da nicht nur ein bestimmtes Gehalt als angemessen angesehen werden kann, sondern sich der Bereich des Angemessenen auf eine Bandbreite erstreckt, sind nur diejenigen Bezüge als „unangemessen“ zu bewerten, die den oberen Rand dieser Bandbreite um mehr als 20 % übersteigen, sog. Sicherheitszuschlag. Unter Berücksichtigung dieser Korrekturen zahlte die gGmbH in allen Streitjahre außer 2007 unangemessen hohe Vergütungen zwischen ca. 3.000 € und ca. 35.000 €.

## 3. Verhältnismäßigkeitsprinzip

Die Mittelfehlverwendungen in Höhe der unangemessenen Vergütungen führen allerdings nicht stets zur Versagung der Gemeinnützigkeit. Die Versagung der Anerkennung stellt für die gemeinnützige Körperschaft einen

1 Vgl. BFH, Urt. v. 27.02.2003 - I R 46/01 - BStBl. II 2004, 132, 134 unter II. 3.b.

2 BFH, Urt. v. 06.04.2005 - I R 22/04 - BStBl. II 2007, 658 unter II. 3.).

besonders einschneidenden Eingriff darf, der dem rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechen muss. Daran kann es bei kleineren und einmaligen Verstößen gegen Gemeinnützigkeitsvorschriften fehlen, wie vorliegend beim Verstoß gegen das Drittbegünstigungsverbot des § 55 Abs. 1 Nr. 3 AO (sog. Bagatellvorbehalt). Der BFH erachtete die Überschreitung des noch angemessenen Gehalts im Streitjahr 2006 um ca. 3.000 € sowohl hinsichtlich des absoluten Betrags als auch im Verhältnis zum Gesamtbudget der gGmbH (ca. 8 Mio. €) noch als geringfügig.

### C. Auswirkungen auf die Praxis

Das Besprechungsurteil führt zu Rechtssicherheit bei zentralen Fragen der gemeinnützigkeitsschädlichen Mittelverwendung durch unverhältnismäßige hohe Vergütungen. Es ist zu erwarten, dass die Finanzverwaltung

die Entscheidung im BStBl. II veröffentlichen und in Zukunft intensiver als bisher entgeltliche Rechtsbeziehungen gemeinnütziger Körperschaften überprüfen wird. Für diese Körperschaft ist das Urteil einerseits von Vorteil, da sie marktgerechte Vergütungen zahlen dürfen und ein Entzug der Gemeinnützigkeit am Verhältnismäßigkeitsprinzip zu messen ist. Andererseits macht die Entscheidung deutlich, dass die Prüfung nicht nur für Geschäftsführer (und leitende Angestellte) gilt, sondern schädliche Mittelverwendungen bei sämtlichen Leistungsbeziehungen (z.B. Miet- und Darlehensverträgen) in Betracht kommen können. Gemeinnützige Körperschaften sind daher gut beraten, wenn sie ihre Geschäftsbeziehungen, insbesondere zu verbundenen Mutter-, Tochter- oder Schwestergesellschaften, einer am Fremdvergleich orientierten Entgeltkontrolle unterziehen, sofern nicht einer der Ausnahmetatbestände des § 58 Nr. 2, 4 oder 5 AO vorliegt.

Strafrecht

## Überlegungen zu § 13 VStGB: Entstehungshintergrund und anwendungspraktische Perspektive

RA PD Dr. Peter Rackow

Im Folgenden soll ein problem- und praxisbezogener Überblick über die durch Gesetz vom 22.12.2016<sup>1</sup> neu in das VStGB eingefügte Norm über das „Verbrechen der Aggression“ vorgelegt werden, der insbesondere auch die kriminalpolitische Dimension einzubeziehen hat. Seine normativen Wurzeln hat § 13 VStGB im Römischen Statut (IStGH-Statut) und gleichzeitig in Art. 26 Abs. 1 GG. Zweitgenannte Vorschrift verpflichtet den deutschen Gesetzgeber von Verfassungen wegen, solche Handlungen bei Strafe zu verbieten (Abs. 1 Satz 2), „die geeignet sind und in der Absicht vorgenommen werden, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören, insbesondere die Führung eines Angriffskrieges vorzubereiten“ (Abs. 1 Satz 1). Umsetzen sollte dieses Gebot – bis zur Schaffung des § 13 VStGB – die Norm des § 80 a.F. („Vorbereitung eines Angriffskrieges“).<sup>2</sup> Was nun das Römische Statut anbelangt, so konnten sich die Staaten bei seiner Verabschiedung im Jahre 1998 noch nicht auf eine Definition

der „aggression“ einigen.<sup>3</sup> Erst 2009 ergab sich der diesbezügliche „Kampala-Kompromiss“ und Art. 8<sup>bis</sup> über das „Crime of aggression“<sup>4</sup> wurde im folgenden Jahr in das Statut eingefügt.<sup>5</sup>

1 BGBl. I 2016, 3150 f.

2 Vgl. etwa Fischer, StGB, 64. Aufl. 2017, § 80 Rn. 1.

3 Geregelt wurde damals indes bereits, dass der IStGH seine Gerichtsbarkeit über das Verbrechen der Aggression ausübt, sobald sich die Vertragsstaaten auf eine Definition der Aggression und auf Bedingungen zur Ausübung der Gerichtsbarkeit einigen können (vgl. Ambos, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 7 Rn. 263).

4 Aktuelle Fassung des Römischen Statuts verfügbar unter [www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf](http://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf) (zuletzt abgerufen am 02.10.2020).

5 Vgl. Ambos, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 7 Rn. 262, 263 ff.; Ambos, Treatise on International Criminal Law, Vol. II, 2014, S. 186 ff.

## A. Tatbestand und Reichweite von § 13 VStGB

Betrachtet man die Norm des § 13 VStGB im Vergleich mit seiner Vorgängernorm, so lässt sich zunächst festhalten, dass nunmehr zumindest insoweit eine (jedenfalls) scheinbare Ungereimtheit behoben worden ist als § 80 StGB a.F. nur die Vorbereitung, nicht aber die Auslösung oder Durchführung eines Angriffskriegs (explizit) unter Strafe gestellt hatte.<sup>6</sup> Weiterhin lässt § 13 VStGB ein Bemühen um eine gegenüber seiner Vorgängernorm größere Bestimmtheit erkennen, welches zu freilich ambivalenten Resultaten geführt hat. Die gebotene Trennschärfe will der Gesetzgeber der Vorschrift dadurch verleihen, dass zum einen durch die bewusste „Nennung des ‚Angriffskriegs‘ als Ausprägung der Angriffshandlung [...] die bisherige Rechtsprechung zu § 80 StGB a.F. auf“-gegriffen werden soll und zum anderen durch die (wörtliche) Übernahme der „Schwellenklausel“ des Art. 8<sup>bis</sup> IStGH-Statut.<sup>7</sup>

### I. Schwellenklausel

Abgesehen jedoch davon, dass der für § 80 StGB a.F. zentrale Begriff des Angriffskrieges bekanntlich alles andere als abschließend geklärt<sup>8</sup> bzw. als völkerrechtsakzessorisch mit den vom Völkerrecht herrührenden Unsicherheiten belastet (gewesen) ist,<sup>9</sup> muss man zudem sehen, dass sich § 13 VStGB durch die Übernahme der dezidiert objektiv ausgerichteten<sup>10</sup> Schwellenklausel des Römischen Statuts („manifest violation“) auch als eine Abkehr von früherer Rechtsprechung bzw. Rechtspraxis lesen lässt, soweit diese das Wesen des Angriffskriegs z.T. gerade in der ihm zugrunde liegenden Absicht gesehen hat.<sup>11</sup> Die wesentliche (nicht-personale<sup>12</sup>) Strafbarkeitshürde des § 13 VStGB<sup>13</sup> stellt damit in Entsprechung des Art. 8<sup>bis</sup> Abs. 1 IStGH-Statut die anhand von „Art, [...] Schwere und [...] Umfang“ („character, gravity and scale“) im „Rahmen einer Gesamtabwägung“<sup>14</sup> festzustellende Offenkundigkeit einer UN-Charta-Verletzung („manifest violation“) dar, sodass es sich bspw. bei der Invasion des Irak (2003) mangels Offenkundigkeit der Völkerrechtswidrigkeit um kein Aggressionsverbrechen gehandelt haben dürfte; zumal eine nicht unerhebliche Meinungsgruppe in der Völker(straf)rechtswissenschaft seinerzeit davon ausging, dass mit der UN-Resolution 678 eine hinreichend tragfähige Rechtsgrundlage für den Einmarsch bestand.<sup>15</sup> Es ist also zu differenzieren zwischen der Frage des Vorliegens

einer (völkerrechtswidrigen) Angriffshandlung<sup>16</sup> und der Folgefrage nach deren Strafbarkeit. Insoweit auf die Offenkundigkeit der gewissermaßen vorstrafrechtlichen Rechtswidrigkeit abzustellen, stellt dabei kein Novum für das

erscheine, Hartig, KriPoZ 2018, 362, 363; kritisch insoweit auch schon Kreß in: Festschrift für Paeffgen, 2015, S. 815, 827: „Unklarheiten bzw. Unstimmigkeiten des § 80 StGB“.

8 Vgl. etwa Fischer, StGB, 64. Aufl. 2017, § 80 Rn. 3 ff. m.w.N.; insbesondere Paeffgen in: NK-StGB, 5. Aufl. 2017, § 80 Rn. 13: „nicht hinreichend bestimmt ... iSd Art. 103 Abs. 2 GG“.

9 Ambos in: Festschrift für Eser, 2005, S. 671, 676 f.: „... Crux eines jeden Straftatbestands zum Angriffskrieg [ist] die fehlende völkerstrafrechtliche Definition des Begriffs selbst ...“.

10 Vgl. Ambos, ZIS 2010, 649, 655 f. m.w.N.

11 Vgl. – sämtlich zum Kosovo-Krieg – AG Tiergarten, Urt. v. 17.11.1999 - 277 Ds 743/99: „Ziel des Krieges war weder sinnlose Zerstörung noch Eroberung“; KG Berlin, Urt. v. 29.06.2001 - (3) 1 Ss 388/00 (115/00): Angriffskriege seien (nach h.M.) „nur solche bewaffneten Aggressionen, die nach den Regeln des Völkerrechts, eindeutig“ als völkerrechtswidrige Aggressionsakte zu verstehen sind, das heißt in imperialer Absicht darauf angelegt sind, das friedliche Zusammenleben der Völker mit militärischen Mitteln zu stören“. Schließlich die Pressemitteilung der Generalbundesanwaltschaft Nr. 10/1999 v. 21.04.1999 (in Auszügen wiedergegeben bei Clemens, Der Begriff des Angriffskrieges und die Funktion seiner Strafbarkeit, 2004, S. 86 ff.), wonach § 80 StGB

a.F. mit Blick auf den Wortlaut des § 26 GG dahin gehend auszulegen sei, dass der Norm nur solche Handlungen unterfallen, „die geeignet sind und in der Absicht begangen werden, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören“.

12 Zum Beteiligtenkreis unten A. IV.

13 Vgl. BT-Drs. 18/8621, S. 16: „Die Schwellenklausel erfüllt eine Filterfunktion und begrenzt die Reichweite des Tatbestands anhand objektiver Merkmale (Art, Schwere, Umfang)“.

14 BT-Drs. 18/8621, S. 16. Dort auch dazu, dass bereits das Vorliegen von zwei der genannten Kriterien ausreichen soll, um eine offenkundige Verletzung zu konstituieren. Ob dies durch den Wortlaut („... die ihrer Art, ihrer Schwere und ihrem Umfang nach eine offenkundige Verletzung der Charta der Vereinten Nationen darstellt ...“) hinreichend zum Ausdruck kommt, mag sich bezweifeln lassen. Zu den völkerstrafrechtlichen Hintergründen dieser Dunkelheit vgl. Ambos, Treatise on International Criminal Law, Vol. II, 2014, S. 200 mit umfangreichen Nachweisen in Fn. 199.

15 Vgl. Ambos, ZIS 2010, 649, 656 m.w.N. sowie Ambos, Treatise on International Criminal Law, Vol. II, 2014, S. 201 auch dazu, dass sich dasselbe Ergebnis in Ermangelung einer auf die längerfristige Besetzung des Irak gerichteten Absicht auch dann ergeben würde, wenn man entgegen Art. 8<sup>bis</sup> einen „animus aggressionis“ verlangte, wohingegen ein solches Erfordernis (ersichtlich) zu einer eindeutigeren Einordnung humanitärer Interventionen führen würde. Ebenso zum Fall Irak Kreß, ZStW 115 (2003), 294, 313 ff. und passim). Grundsätzliche Bestimmtheitsbedenken bzgl. des Offenkundigkeitsmaßstabs bei Jeßberger, ZIS 2015, 514, 519.

16 In Übernahme von Art. 8<sup>bis</sup> Abs. 2 Satz 1 IStGH-Statut in § 13 Abs. 3 VStGB legal definiert. Insoweit kann diesseits der Fälle, in denen der Aggressor dem anderen Staat sogar förmlich den Krieg erklärt, anhand der Fallgruppen des § 8<sup>bis</sup> IStGH-Statut konkretisiert werden (vgl. BT-Drs. 18/8621, S. 18 f.).

6 Insoweit ließ sich indes a maiore ad minus argumentieren (vgl. etwa BT-Drs. V/2860, S. 2).

7 BT-Drs. 18/8621, S. 16. Kritisch zum Festhalten am Begriff des Angriffskrieges, da dies als eine „Abweichung zur völkerrechtlichen Tendenz, einen derart mit Assoziationen aufgeladenen Begriff zu vermeiden“,

deutsche Strafrecht dar. Insbesondere findet sich eine ähnliche Regelungstechnik bereits in § 3 VStGB<sup>17</sup> und es besteht zudem eine Strukturverwandtschaft mit der Rechtsprechung des BGH zur Untreue-Strafbarkeitsgrenze bei Risikogeschäften, die in Anlehnung an die Business-Judgment-Rule des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG danach fragt, ob die (vorstrafrechtliche) Pflichtverletzung gravierend ist, weil der Rechtsverstoß sich als „evident“ darstellt.<sup>18</sup>

## II. Tathandlungen

Die Vorschrift des § 13 VStGB teilt die Tathandlungen des Art. 8<sup>bis</sup> Abs. 1 IStGH-Statut in einer nach den Rechtsfolgen differenzierenden Weise auf seine ersten beiden Absätze auf.<sup>19</sup> Vergleichsweise geringes Problempotenzial dürften zunächst die Tathandlungen nach § 13 Abs. 1 VStGB bergen.<sup>20</sup> Problematischer erscheinen demgegenüber die Vorfelddelikte des § 13 Abs. 2 VStGB, bei denen die Strafbarkeit indes vom Gegebensein objektiver Bedingungen der Strafbarkeit abhängt. So ist in den Fällen des § 13 Abs. 2 Nr. 1 VStGB erforderlich, dass der vorbereitete etc. Angriffskrieg tatsächlich geführt wird bzw. eine Angriffshandlung tatsächlich erfolgt. Der „rein deutschrechtliche Absatz 2 Nr. 2“<sup>21</sup> setzt für Deutschland betreffende Fälle (niedrigschwelliger) voraus, dass die (konkrete<sup>22</sup>) Gefahr eines Angriffskrieges bzw. einer Aggression für Deutschland verursacht wird. Eine ausdrückliche Klarstellung dazu, ob insoweit sowohl gegen Deutschland gerichtete als auch von Deutschland ausgehende Unternehmungen gemeint sein sollen, liefert die Gesetzesbegründung nicht, doch spricht der Wortlaut des § 13 Abs. 2 Nr. 2 VStGB („Gefahr ... für die Bundesrepublik Deutschland“) in der Zusammenschau mit der normativen Anbindung an Art. 26 Abs. 1 Satz 1 GG dafür, dass beide Konstellation erfasst sind.<sup>23</sup> Nach der Gesetzesbegründung soll dabei die Planung eines Angriffskriegs/einer Aggressionshandlung solches Tun meinen, das über ein „schlichtes inneres ‚Nachdenken‘“ hinausgeht, „etwa die Erarbeitung eines noch unspezifischen Einsatz- oder Kriegsplanes“.<sup>24</sup> Die hiermit verbundene (erhebliche) Vorverlagerung der Strafbarkeit in die Phase der Planung soll – insbesondere auch unter dem Aspekt des Schuldgrundsatzes – dadurch zu rechtfertigen sein, dass „bereits durch die Planung das Rechtsgut des Weltfriedens abstrakt gefährdet ist, wenn sie von Personen ausgeht, die das politische und militärische Handeln eines Staates kontrollieren“;<sup>25</sup> die charakteristische Gefährlichkeit der Planung bestehe in der Auslösung „gruppen-dynamische[r] Prozesse [...], die die wegen ihrer Unberechenbarkeit das Risiko einer Rechtsgutsverletzung deutlich erhöhen“. Einzeltäterschaftliche Planung i.S.v. § 13 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 VStGB sei daher „nur ausnahmsweise denkbar“.<sup>26</sup> Der Planung folgen dann die Phasen

der Vorbereitung und der Einleitung des Angriffskrieges bzw. der Aggressionshandlung nach. Ersterer soll „eine Konkretisierung des bislang geplanten Angriffsvorhabens im Sinne einer Vorstufe zur operativen Umsetzung des Planes“<sup>27</sup> bezeichnen und die Einleitung sei als „unmittelbares Ansetzen“ zu verstehen,<sup>28</sup> sodass sich in einem entsprechenden Fall die Frage des Verhältnisses zur versuchten Tat nach § 13 Abs. 1 VStGB stellen würde.<sup>29/30</sup>

17 BT-Drs. 18/8621, S. 16.

18 Vgl. etwa Wittig, BeckOK StGB, 44. Edition, § 266 Rn. 22 f. Stand 01.11.2019 mit umfangreichen Nachweisen. Dass sich eine Parallele zur Untreue-Rechtsprechung aufzeigen lässt, kann dabei auch nicht verwundern, geht es doch hier wie dort um folgenreiche Entscheidungen, deren Konformität mit den jeweils bereichsspezifisch einschlägigen vorstrafrechtlichen Normen fallweise außergewöhnlich schwer zu beurteilen sein kann.

19 Effinowicz, JuS 2017, 24, 25.

20 Führen des Angriffskrieges bzw. Begehen der Angriffshandlung.

21 Effinowicz, JuS 2017, 24, 26.

22 BT-Drs. 18/8621, S. 18.

23 Vgl. Kreß, Stellungnahme vor dem Rechtsausschuss, S. 11; sämtliche Rechtsausschussstellungen finden sich unter <https://kripoz.de/Kategorie/stellungnahmen/aenderung-des-vstgb-verbot-des-angriffskriegs/> (zuletzt abgerufen am 02.10.2020).

24 BT-Drs. 18/8621, S. 17.

25 BT-Drs. 18/8621, S. 17; zur Führungsdelikteigenschaft sogleich näher unten A. IV.

26 BT-Drs. 18/8621, S. 17. Insoweit mag sich aber evtl. an journalistisches Verhalten denken lassen. So musste das LG Köln Anfang der 1980er Jahre im Fall eines Journalisten entscheiden, der in einem Wirtschaftsblatt begrenzter Auflage einen Krieg zur Sicherung der Ölfelder des Nahen Ostens immerhin umrisshaft beschrieben und befürwortet hatte. Das LG Köln hatte seinerzeit in Bezug auf § 80a a.F. StGB argumentiert, dass es an einem Aufstacheln gefehlt habe, da u.a. die Auflage des Blattes recht begrenzt war (NSTZ 1981, 261): „So kann z.B. ein Text in einem Boulevardblatt mit Massenwirkung anders zu beurteilen sein, als in einer wissenschaftlichen Zeitschrift“. Denkt man sich vor diesem Hintergrund den Kölner Fall in einem boulevardesken Rahmen, so mag sich über eine abstrakte Gefährlichkeit diskutieren lassen, doch dürfte es gleichwohl an den Voraussetzungen des § 13 Abs. 4 VStGB fehlen. Vgl. zu dem Kölner Fall auch Clemens, Der Begriff des Angriffskrieges und die Funktion seiner Strafbarkeit, 2004, S. 92 f.

27 BT-Drs. 18/8621, S. 18: „In Betracht kommen etwa konkrete Rüstungsmaßnahmen oder die Mobilisierung der Streitkräfte“.

28 BT-Drs. 18/8621, S. 18.

29 Auf die Unwucht, dass die Mindeststrafe für eine versuchte Tat nach Absatz 1 im Fall der Strafmilderung gem. § 23 Abs. 2, § 49 Abs. 1 StGB bei drei Jahren und für das inhaltlich identische Einleiten nach Absatz 2, diesseits des Vorliegens eines diesbezüglichen minder schweren Falles (Absatz 5) bei zehn Jahren liegt, war bereits im Gesetzgebungsverfahren hingewiesen worden (vgl. Jeßberger, Stellungnahme vor dem Rechtsausschuss, S. 6).

30 Was schließlich die Möglichkeit anbelangt, in den Konstellationen des Planens, Vorbereitens und des Einleitens bei minder schweren Fällen nach § 13 Abs. 5 VStGB zu verfahren, mag man den „milder schweren Fall des Aggressionsverbrechens ... als rechtliches

Hinzu tritt hinsichtlich der Vorfeldtatbestände des § 13 Abs. 2 VStGB, dass nach den allgemeinen Regelungen der Versuch strafbar ist, sodass sogar ein Versuch der Planung konstruktiv denkbar ist; dass nun aber bereits ein unmittelbares Ansetzen zur Planung einen schuldstrafrechtlich erfassbaren Rechtsgutsangriff darstellt, lässt sich mit einem Fragezeichen versehen.<sup>31</sup>

### III. (Grundsätzlicher) Verzicht auf das Erfordernis einer Kriegsgefahr für Deutschland

Nicht unwesentlich unterscheidet sich die Strafvorschrift des § 13 VStGB nach alldem von seiner Vorgängernorm darin, dass – diesseits der erwähnten Fälle des Abs. 2 Nr. 2 – die Herbeiführung einer gerade auch Deutschland betreffenden Kriegsgefahr nicht erforderlich ist, was prinzipiell eine konsequente Anpassung des deutschen Rechts an das IStGH-Statut bzw. die Ergebnisse der Kampala-Konferenz darstellt.<sup>32</sup> Während der GBA im Jahre 2003 ein Verfahren gegen den damaligen Bundeskanzler unter Verweis u.a. darauf einstellen konnte, dass Schröder durch die Gewährung von Überflugrechten und dergleichen im Zusammenhang mit der Invasion des Irak zumindest nicht „die Gefahr eines Krieges für die Bundesrepublik Deutschland“ verursacht habe,<sup>33</sup> dürfte sich der Fokus in entsprechenden Fällen einer möglichen inländischen Beteiligung an einer Aggression angesichts der Aufgabe eines tatbestandlichen Kriegsgefahrerfordernisses nunmehr auf die Schwellenklausel verlagern.<sup>34</sup>

### IV. Führungsdelikteigenschaft

Im Gegensatz zu der Vorgängervorschrift des § 80 StGB a.F. erfordert § 13 Abs. 4 VStGB im Einklang mit dem IStGH-Statut, dass der „Beteiligte“ eines Aggressionsverbrechens „tatsächlich in der Lage ist, das politische oder militärische Handeln eines Staates zu kontrollieren oder zu lenken“. Ohne Weiteres plausibel ist insoweit der Gedanke, „dem einfachen Soldaten die mitunter schwierige Bewertung der Rechtmäßigkeit des Einsatzes von Waffengewalt zu ersparen und ihn nicht in den Personenkreis möglicher Straftäter einzubeziehen“.<sup>35</sup> Doch fragt sich, ob ein Erfordernis der effektiven Kontrolle staatlichen Handelns nicht in einem sachwidrigen Ausmaß private Akteure tatbestandlich ausschließt. Nun betont die Gesetzesbegründung zwar insoweit, dass Täter des § 13 VStGB nicht zwingend staatliche Funktionsträger sein müssen; und in der Tat sperrt sich der Wortlaut des § 13 Abs. 4 StGB nicht gegen die Einbeziehung von bspw. „Wirtschaftsführer[n]“ oder Angehörigen „ideologische[r] oder religiöse[r] Elite[n]“.<sup>36</sup> Derartige (Privat-) Personen müssten indes – wie dargelegt – einen demjenigen der staatlichen Funktionsträger faktisch entspre-

chenden Einfluss auf Staatshandeln haben.<sup>37</sup> Ebenso wie in Bezug auf die zugrunde liegende Norm des Art. 8<sup>bis</sup> IStGH-Statut<sup>38</sup> fragt sich, ob hier nicht ein zu anachronistisches Führungsmodell zugrunde gelegt wird,<sup>39</sup> durch das „moderne post-bürokratische Führungsstrukturen nicht staatlicher Akteure“<sup>40</sup> von vornherein unangemessen weitgreifend abgeschichtet werden.<sup>41</sup> Wie dem auch sei: Festzuhalten ist, dass die Erfordernisse des § 13 Abs. 4 VStGB für Täter und Teilnehmer gelten („Beteiligter einer Tat“), sodass § 13 VStGB sich als absolutes Sonderdelikt bezeichnen lässt.<sup>42</sup> Dies hat zur Folge, dass § 28 Abs. 1 StGB nicht zum Zuge kommt, wenn es beim Teilnehmer an der „Führungseigenschaft“ fehlt; stattdessen tritt Straffreiheit ein.<sup>43</sup>

### V. Strafanwendungsrecht (§ 1 Satz 2 VStGB)

Insoweit als die Norm des § 13 VStGB – abgesehen von den Fällen des Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 – keinen Inlandsbezug erfordert und mit Blick darauf, dass es infolge der Füh-

Oxymoron“ betrachten (Hartig, KriPoZ 2018, 362, 365), muss aber auch sehen, dass im Fall der Gerichtsbarkeit des IStGH eine Mindeststrafe von einem Jahr droht (vgl. Jeßberger, Stellungnahme vor dem Rechtsausschuss, S. 1).

31 Jeßberger, Stellungnahme vor dem Rechtsausschuss, S. 6.

32 BT-Drs. 18/8621, S. 19; vgl. auch Ambos, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 6 Rn. 40.

33 GBA, Entscheidung v. 21.03.2003, JZ 2003, 908, 911; hierzu Ambos in: Festschrift für Eser, 2005, S. 671, 689.

34 Überzeugend Hartig, KriPoZ 2018, 362, 365.

35 BT-Drs. 18/8621, S. 19.

36 BT-Drs. 18/8621, S. 20.

37 Efficowicz, JuS 2017, 24, 25 f.

38 „... person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State...“.

39 Vgl. zum Festhalten des IStGH-Statuts an „einem weberianischen, preußischen Organisationsmodell mit klarer Hierarchie und Befehlskette“ (Ambos, ZIS 2010, 649, 660 m.w.N.).

40 Ambos, ZIS 2010, 649, 660 m.w.N.

41 Bspw. müssten Verantwortliche eines Geldhauses, die aus Profitinteresse einen evident völkerrechtswidrigen Angriffskrieg eines Drittworldlandes gegen ein anderes durch Finanzierung möglich machen, nur dann Strafe nach § 13 VStGB befürchten, wenn – was bei einer sozusagen klassischen Beihilfebehandlung prinzipiell zweifelhaft sein dürfte – sich nach Lage der Dinge davon sprechen lässt, dass sie faktisch in der Lage sind, dass Staatshandeln des Angreifers zu lenken/kontrollieren. Vgl. in diesem Zusammenhang auch die hypothetischen Fallstudien bei Pfeiffer, The Crime of Aggression and the participation model of the Rome Statute of the International Criminal Court, 2017, S. 267 ff. u.a. zum „Media Actor“, der zwar größten Einfluss auf eine Bevölkerung haben mag, aber kaum in der Lage sein dürfte, politische Entscheidungen zu beeinflussen.

42 BT-Drs. 18/8621, S. 19.

43 BT-Drs. 18/8621, S. 20; vgl. hier auch Hartig, KriPoZ 2018, 362, 365.

rungsdeliktseigenschaft der Norm in der Praxis meistens um staatliches Spitzenpersonal gehen dürfte, steht ersichtlich eine potenziell gesteigerte außenpolitische Dimension des § 13 VStGB im Raum, da sich tatbestandlich – wiederum abgesehen von den Fällen des Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 – sämtliche Konstellationen weltweit erfassen lassen. Der Gesetzgeber hat es angesichts dessen für geboten gehalten, einen strafanwendungsrechtlichen Ausgleich dadurch vorzusehen, dass ein neu geschaffener § 1 Satz 2 VStGB die Anwendbarkeit des § 13 VStGB bei Auslandstaten auf Fälle beschränkt, in denen der Täter Deutscher ist, also das aktive Personalitätsprinzip greift, oder „die Tat sich gegen die Bundesrepublik Deutschland richtet“. Soweit diese strafanwendungsrechtliche Herangehensweise damit begründet wird, dass „[d]iese außenpolitische Komponente [...] ein internationales Strafgericht für Fälle ohne Deutschlandbezug zum geeigneten Strafverfolgungsorgan [macht]“,<sup>44</sup> gehört nun zwar sicher ins Bild, dass die IStGH-Gerichtsbarkeit für das Verbrechen der Aggression an besondere Bedingungen geknüpft ist.<sup>45</sup> So kann der IStGH seine Gerichtsbarkeit gem. Art. 15<sup>ter</sup> Abs. 5 IStGH-Statut auf solche Fälle nicht ausüben, in denen Führungspersonal eines Nichtvertragsstaates ausschließlich auf dessen eigenem Territorium handelt und es nicht zu einer Überweisung durch den UN-Sicherheitsrat kommt. Des Weiteren ermöglicht Art. 15<sup>ter</sup> Abs. 4 IStGH-Statut eine besondere opt-out-Möglichkeit hinsichtlich der Aggressions-Gerichtsbarkeit.<sup>46</sup> Angesichts dessen kann man gewiss die Frage aufwerfen, ob eine rein prozessuale Lösung<sup>47</sup> bzw. die Schaffung eines Ermächtigungserfordernisses vorzuziehen gewesen wäre.<sup>48</sup> Jedoch lässt sich vor dem Hintergrund des Komplementaritätsgrundsatzes<sup>49</sup> und des Kampala-Kompromisses bei einer am Machbaren ausgerichteten Perspektive auch erklären, dass § 1 Satz 2, § 13 VStGB durchaus den Stand der Dinge im Völkerstrafrecht reflektieren.

## B. Fazit und Ausblick

Im Gesamtbild stellt sich die Strafvorschrift des § 13 VStGB als eine konsequente Anpassung des deutschen Strafrechts an den Stand der Dinge nach Kampala dar. Soweit ersichtlich, existiert zu § 13 VStGB noch keine gerichtliche bzw. behördliche Anwendungspraxis.<sup>50</sup> Angesichts der nicht unproblematischen tatbestandlichen Ausgestaltung als Führungsdelikt und der jedenfalls plausiblen strafanwendungsrechtlichen Exkludierung von Ta-

ten ohne aktiv-personalen oder sonstigen Deutschlandbezug i.S.v. § 1 Satz 2 VStGB erscheint absehbar, dass die Anwendungspraxis des § 13 VStGB vorrangig Fälle betreffen wird, die auf Anzeigen gegen Angehörige der Bundesregierung zurückgehen, welche sich bspw. durch die Erteilung von Überflugrechten und Ähnliches an eventuellen Aggressionshandlungen verbündeter Staaten beteiligt haben könnten.<sup>51</sup> Für diese Fallgruppe dürfte die Festlegung auf eine objektive Strafbarkeitsschwelle im Ergebnis keine wesentlichen Veränderungen mit sich bringen.<sup>52</sup> Wenig überzeugend erscheint es dabei nicht zuletzt angesichts des Umstands, dass erwartbar scheint, dass in Zukunft nicht staatliche Akteure im gegebenen Kontext eher eine größere als eine geringere Rolle spielen werden, die Anwendbarkeit des § 13 VStGB zu sehr auf staatliche Eliten zu beschränken. Dies ist freilich, wie dargelegt, bereits im Kampala-Kompromiss angelegt.

44 BT-Drs. 18/8621, S. 13.

45 Vgl. schon oben Fn. 3.

46 Vgl. insoweit Hartig, KriPoZ 2018, 362, 366 mit sehr kritisch Bewertung.

47 § 153 f. Abs. 1 StPO ist infolge entsprechender Ergänzung in § 13 VStGB-Fällen anwendbar (BT-Drs. 18/8621, S. 21).

48 Vgl. insoweit Hartig, KriPoZ 2018, 362, 366, die im Übrigen meint, dass ein Erfordernis der Ermächtigung des GBA durch die Bundesregierung gegenüber § 1 Satz 2 VStGB vorzugswürdig gewesen sein könnte. Die Bundesregierung prüfen zu lassen, ob eine Angriffshandlung vorliegt, dürfte aber eine außerordentlich problematische Verquickung politischer Verantwortlichkeit mit komplexen rechtlichen Bewertungen (vgl. oben Haupttext zu Fn. 10 ff.) bedeuten. Die Problematik derartiger Erfordernisse hat die Böhmermann-Affäre vor Augen geführt (vgl. etwa Heinze, BRJ 2016, 81, 89 f.). Man stelle sich im Übrigen vor, dass im Fall einer Anzeige gegen Mitglieder der Bundesregierung im Zusammenhang mit der Gewährung von Überflugrechten oder dergleichen (vgl. oben Haupttext zu Fn. 33), die Bundesregierung zu prüfen hätte, ob sich ihre Unterstützung auf eine Aggressionshandlung bezog.

49 Vgl. Ambos, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 8 Rn. 10 ff.

50 Vgl. die Bestandsaufnahme zur BGH-Rechtsprechung zum VStGB bei Tiemann, ZIS 2019, 553; ferner Safferling in: MünchKomm, StGB 3. Aufl. 2018, § 13 VStGB Rn. 2 mit der Bewertung, dass es vor dem Hintergrund der „zur Zeit noch geringen praktischen Relevanz“ vertretbar sei, eine Vollkommentierung erst in der 4. Auflage vorzulegen.

51 Überzeugend insoweit Hartig, KriPoZ 2018, 362, 367.

52 Vgl. oben Fn. 15.

## „Das Recht ist für alle gleich, der Richter aber nicht“

Dieses – dem italienischen Journalisten Nando Martellini zugeschriebene – Bonmot bringt die Bedeutung der Richterpersönlichkeit(en) für die Entscheidung eines Prozesses auf den Punkt. Am LG Karlsruhe ist Ende August 2020 nach 37jähriger Tätigkeit mit Leonhard Schmidt eine solche Richterpersönlichkeit in den Ruhestand getreten. Den weit überwiegenden Teil seiner Dienstzeit, etwa 33 Jahre, hat er im Strafrecht gewirkt, die letzten zehn Jahre davon als Vorsitzender des Schwurgerichts. Über seine Erfahrungen in dieser Zeit hat die jM mit ihm gesprochen.

**Radke: Lieber Herr Schmidt, Sie haben im Laufe der Jahrzehnte – teils als Beisitzer, teils als Vorsitzender – an zahlreichen nicht selten spektakulären, konfliktträchtigen und bisweilen emotionalen Strafverfahren mitgewirkt. Hat sich der Strafprozess, die Art, wie er geführt wird, in dieser Zeit verändert?**

Schmidt: Die Grundstruktur des Strafprozesses hat sich in den über drei Jahrzehnten meiner Strafrichtertätigkeit nicht geändert. Es sind einzelne Umstände, die die Strafrichtertätigkeit gegenüber früheren Zeiten erschwert haben. Zwei Aspekte will ich nennen. Das eine betrifft – ganz profan – die bei der Vorbereitung der Hauptverhandlung nötige Terminabstimmung mit den häufig zahlreichen Verfahrensbeteiligten. Sie selbst wissen als Vorsitzender einer Großen Strafkammer, wie schwierig und ungeheuer zeitaufwändig es ist, mit drei, vier, fünf Verteidigern und ebenso vielen Nebenklägervertretern sowie sehr oft auch mit mehreren Sachverständigen Hauptverhandlungstermine zu finden, an denen alle zur Verfügung stehen. Gibt man als Vorsitzender für zehn geplante Hauptverhandlungstage 50 mögliche Termine vor, bekommt man nicht selten als Rückmeldung eine Übereinstimmung von einem Tag, den tatsächlich alle Verfahrensbeteiligten wahrnehmen können. Das war früher nicht so schlimm. Die starke terminliche Auslastung von Rechtsanwälten, aber auch von Sachverständigen hat auch den Nachteil, dass Hauptverhandlungen, die ja idealerweise kompakt und zügig durchgeführt werden sollten, oft über viele Monate „auseinandergerissen“ werden. Das ist für eine strafgerichtliche Hauptverhandlung nicht gut.

Ein weiterer Aspekt, der sich im Laufe der Zeit verändert hat, was die Durchführung von Hauptverhandlungen betrifft, ist die – überspitzt formuliert – Sachverständigen-„Hörigkeit“. Als ich in den 90er Jahren als Beisitzer in der Schwurgerichtskammer tätig war, haben wir gar nicht so selten auch in Tötungssachen Hauptverhandlungen etwa ohne Zuziehung eines psychiatrischen Sachverständigen durchgeführt. Das getrauen Sie sich heute kaum noch. Selbst wenn keine Anzeichen für eine Beeinträchtigung des

Angeklagten zur Tatzeit durch Alkohol- oder Drogenkonsum oder irgendwelche psychischen Defekte vorliegen, wird heute eigentlich fast immer ein psychiatrischer Sachverständiger in die Schwurgerichtshauptverhandlung geladen, um sozusagen für die Revision „auf Nummer sicher zu gehen“. Für Sachverständige aus anderen Bereichen gilt dies gleichermaßen. Diese Sachverständigen-„Hörigkeit“ bedingt m.E. die Gefahr, eigenes Nachdenken ein wenig zurückzufahren, weil man ja auf der Sachverständigenbank den Fachmann/die Fachfrau für die entsprechende Frage sitzen hat.

**Der Strafprozess ist ein Ringen der Verfahrensbeteiligten um Sachaufklärung und die angemessene Sanktionierung eines festgestellten Geschehens. Der Weg dorthin ist bisweilen steinig. So spielt im Verhältnis zwischen Gericht und Verteidigung häufig die Frage des Umgangs mit sog. Konfliktverteidigern eine Rolle. Haben aus Ihrer Sicht die Fälle zugenommen, in denen Verteidiger ihre Strategie vornehmlich darauf ausrichten, das Gericht herauszufordern, dadurch Fehler zu provozieren und das Verfahren in die Länge zu ziehen?**

Der Strafprozess als ein Ringen der Verfahrensbeteiligten um bestmögliche Sachaufklärung – ja das ist sicher das Idealbild. Allerdings lehrt jahrzehntelange Erfahrung als Strafrichter, dass gerade bei sog. Konfliktverteidigern der „ringerische“ Aspekt der Verhinderung der Sachaufklärung an erster Stelle steht. Dabei glaube ich mit einiger Berechtigung sagen zu können, dass wir am LG Karlsruhe im Vergleich zu anderen großstädtischen Landgerichten (Hamburg, Frankfurt, Mann-

### VRiLG a.D. Leonhard Schmidt



Vorsitzender Richter am Landgericht a.D.

Nach Jurastudium, Referendariat sowie einer Tätigkeit als Wiss. Mit. am Lehrstuhl von Prof. Leipold – jeweils in Freiburg – trat Herr Schmidt 1983 in den Justizdienst des Landes Baden-Württemberg ein, zunächst als Zivilrichter in Bühl und Baden-Baden, seit Ende 1987 dann als Strafrichter am LG Baden-Baden. 1988 wechselte er zum LG Karlsruhe, dem er – unterbrochen von der Abordnung zum OLG Karlsruhe und einer Tätigkeit am Bezirks- (später Land-)gericht Dresden – bis zu seiner Pensionierung treu geblieben ist. Im Laufe der Jahre hat er den Vorsitz in Großen und Kleinen Strafkammern, Jugend- und Strafvollstreckungskammern sowie zuletzt im Schwurgericht geführt.

heim und viele andere) noch relativ ruhige Verhältnisse haben, was den „Kampf und Krampf“ in der Hauptverhandlung mit „Konfliktverteidigern“ angeht. Aber auch im beschaulichen Karlsruhe haben Prozesse zugenommen, in denen Verteidiger und manchmal auch Rechtsanwälte als Nebenklägervertreter insbesondere dann, wenn sich der Prozess nicht in die von ihnen gewünschte Ergebnisrichtung bewegt, versuchen, das Gericht durch eine Flut von Anträgen zu Fehlern zu provozieren. Wir hatten vor einigen Jahren einen Fall zu verhandeln, bei dem einem gutsituierten älteren Herrn ein im Grunde völlig simples Geschehen als versuchtes Tötungsdelikt zur Last gelegt worden war. Ich hatte die Hauptverhandlung angesichts des überschaubaren Akteninhalts auf drei Tage innerhalb eines 14-tägigen Zeitraums angesetzt. Am Ende benötigten wir bis zum Urteil bei 13-monatiger Hauptverhandlungsdauer 39 Hauptverhandlungstage, an denen uns die drei vom Angeklagten engagierten Wahlverteidiger mit 88 – meiner Meinung nach zum Teil schlicht absurden – Beweisanträgen, acht Befangenheitsanträgen sowie zahllosen Anträgen zur angeblichen Verhandlungsunfähigkeit des Angeklagten „bombardiert“ haben. Das ist zugegebenermaßen ein recht extremes Beispiel. Gleichwohl: Eine gewisse Tendenz, durch – gerne auch „häppchenweise“ gestellte – zahllose Anträge Hauptverhandlungen über Monate, manchmal Jahre hinweg in die Länge zu ziehen, in der Hoffnung, irgendwann werde dem Gericht ein Verfahrensfehler unterlaufen, aufgrund dessen sich das Urteil in der Revisionsinstanz zu Fall bringen lässt, ist bei manchen Typen von Verteidigern in den vergangenen Jahren zunehmend zu beobachten.

### **Wie geht man als Vorsitzender mit Provokationen und Antragsfluten am besten um?**

Dafür habe ich kein Patentrezept. Man muss versuchen, auch bei provozierenden, ja manchmal sogar beleidigenden Anträgen ruhig zu bleiben und sachlich zu entscheiden, auch wenn das Prozessagieren mancher Verfahrensbeteiligter an den Nerven zerrt. Manchmal hilft dabei, sich ins Gedächtnis zu rufen, dass man als Richter nicht über das Schicksal der Verteidiger, sondern über das der Angeklagten entscheidet, denen das prozessuale Verhalten ihrer Verteidiger nicht selten selbst suspekt zu sein scheint.

**Vor möglichen Fehlern ist auch die Justiz nicht gefeit. Ein Verfahren, das Justizgeschichte geschrieben und sogar die Vorlage für einen Fernsehfilm geliefert hat, dreht sich um Harry Wörz, einen Mann, der zunächst wegen versuchten Totschlags rechtskräftig verurteilt, dann – nach Wiederaufnahme des Verfahrens – letztlich rechtskräftig freigesprochen worden ist. Sie waren am ersten Prozess, der mit einer durch den BGH bestätigten Verurteilung geendet hat, als Beisitzer beteiligt. Sehen Sie das damalige Urteil rückblickend als fehlerhaft an? Und daran anknüpfend die allge-**

**meine Frage: Haben Sie unter der Verantwortung Ihres Amtes – dem das Risiko innewohnt, dass eine Entscheidung auch falsch sein könnte – bisweilen gelitten?**

Dass auch Sie mich mit dem Fall „Harry Wörz“ konfrontieren würden, habe ich schon geahnt. Offenbar ist das unvermeidlich. Aber zu Ihrer Frage: Nein auch rückblickend sehe ich das erste Urteil, das ich als Berichterstatter abgefasst habe, nicht als fehlerhaft an. Die Kammer hat damals „nach bestem Wissen und Gewissen“ so geurteilt, weil sie von der Schuld des Angeklagten überzeugt war, und zwar zweifelsfrei, wie es so schön heißt. Andernfalls hätten wir den Angeklagten natürlich freigesprochen. Und immerhin hat der BGH die Revision des Angeklagten gegen die Verurteilung als unbegründet verworfen und hat Jahre später das erste nach der Wiederaufnahme ergangene freisprechende Urteil des LG Mannheim mit recht barschen Worten aufgehoben. Aber auch wenn ich die Verurteilung nicht als fehlerhaft bewerte, kann ich natürlich nicht ausschließen, dass sie es war. Das wäre in der Tat ein schrecklicher Fehler gewesen, weil der Verurteilte dann zu Unrecht aufgrund unseres Urteils im Gefängnis gesessen hätte.

Zu Ihrer allgemeinen Frage: Der Möglichkeit, dass trotz Geltung des Zweifelsgrundsatzes eine Verurteilung auch falsch sein kann, muss man sich als Strafrichter bewusst sein, Wer diese Möglichkeit quasi als etwas Unmögliches bestreitet, ist m.E. kein guter Strafrichter, weil es ihm an selbstkritischer Hinterfragung der eigenen Rolle fehlt. Andererseits: Wer unter der Erkenntnis einer nie völlig auszuschließenden Irrtumsmöglichkeit so sehr – wie Sie sagen – „leidet“, dass er wie gelähmt nicht auf Verurteilung erkennen kann, kann auch kein Strafrichter sein.

**Zwischen 1992 und 1995 haben Sie gute drei Jahre lang am Bezirks- (später Land-)gericht Dresden als Teil eines so genannten Rehabilitierungssenates am Auf- bzw. Umbau der Justiz in den Neuen Bundesländern mitgewirkt. Welche Erinnerungen aus dieser Zeit sind für Sie prägend?**

Diese Frage kann ich in wenigen Worten kaum beantworten. Einige Richterkollegen des LG Karlsruhe (darunter ich) hatten sich damals freiwillig mit einem Teil ihrer Arbeitskraft an das Bezirks- (später Land-)gericht Dresden abordnen lassen, um dort strafrechtliche Rehabilitierungsverfahren zu bearbeiten – eine auch für uns völlig neue Tätigkeit, die aus nachvollziehbaren Gründen nur von „unbelasteten Westrichtern“ ausgeübt werden durfte. Es ging – knapp zusammengefasst – darum, Anträge von Menschen zu überprüfen, die behaupteten, in der DDR und der früheren sowjetischen Besatzungszone im Bezirk Dresden aus politischen Gründen zu Unrecht verurteilt worden zu

sein. Es waren also die strafrechtlichen Akten und Verurteilungen daraufhin durchzuforschen, ob sich aus ihnen eine Verfolgung der Antragsteller aus politischen Gründen ergab. Hört sich zunächst nicht so schwierig an, war es aber doch. Denn die Antragsteller – oft betagte Menschen, was uns natürlich unter einen gewissen Zeitdruck für die Verfahrenserledigung setzte – hatten sehr oft kein einziges Dokument. Urteilsabschriften waren ihnen nicht überlassen worden, Anklageschriften hatten sie häufig nur lesen dürfen. Manchmal wussten sie nicht einmal mehr, in welchem konkreten Jahr sie wegen welchen Tatvorwurfs zu wie vielen Jahren Gefängnis verurteilt worden waren, nur dass es eben eine Verurteilung wegen ihrer staatskritischen Einstellung gewesen sei. Immerhin konnten sie meist noch sagen, wann und wie lange ungefähr sie in welchem Gefängnis- oder Zuchthausloch eingesperrt hatten und sie konnten oft noch einen Entlassungsschein oder einen Eintrag in einen Sozialversicherungsausweis zum Beleg ihrer Inhaftierung vorlegen. Mit diesen sehr dürftigen Informationen haben wir uns dann auf die Suche nach Akten, Urteilen, Anklagen, manchmal auch nur Vernehmungprotokollen etc. gemacht. Das war Detektivarbeit, weil sich Akten und Unterlagen sozusagen überall befinden konnten oder auch nicht: bei einer Staatsanwaltschaft, bei einem ehemaligen Kreisgericht, in Archiven diverser Behörden, bei der Gauckbehörde oder deren Vorläufern usw.

Meist ist es uns nach vielen Monaten, manchmal erst nach Jahren gelungen, schließlich irgendwelche Unterlagen zu beschaffen, mithilfe derer wir überprüfen konnten, ob die Antragsteller tatsächlich aus politischen Gründen verfolgt worden waren, was bei den meisten Antragstellern zutraf. So lernten wir Westrichter viele Straftatbestände kennen, die uns bisher unbekannt waren: „Boykotthetze gegen demokratische Einrichtungen und Organisationen und Erfindung und Verbreitung friedensgefährdender Gerüchte“, „staatsgefährdende Hetze“, „Verbreitung staatsgefährdender faschistischer Propaganda“, „Rowdytum“ und ähnliche Paragraphen. In tausenden Fällen haben wir solche Verurteilungen – oft zu unfassbar drakonischen Freiheitsstrafen – im Beschlusswege als Unrechtsurteile aufgehoben und den Strafmarkel beseitigt. Diese Beschlüsse haben für die Antragsteller meist finanzielle Folgeansprüche begründet, über die wir dann nicht mehr zu entscheiden hatten. Abgesehen von dem finanziellen Aspekt war es für die Betroffenen sicher eine große ideelle Genugtuung, von „Westrichtern“ bestätigt zu bekommen, dass sie aus politischen Gründen verfolgt worden waren, obwohl sie kein Unrecht begangen hatten. Oft durften wir im persönlichen Gespräch oder durch Briefe erfahren, wie dankbar die rehabilitierten Betroffenen uns für unsere Richtertätigkeit waren. Das hat mich dann berührt, zumal man sonst so etwas als Strafrichter praktisch nie er-

lebt. Darüber hinaus verbleibt als positive Erinnerung an diese „Pionierzeit“ das befriedigende Gefühl, dass ich damals an einer einmaligen Rechtsprechungsaufgabe mitwirken durfte, die wirklich in vielen tausend Fällen Gutes für die Betroffenen bewirkt hat. Und schließlich hat mir die Befassung mit den Stasi-Unterlagen, mit den Staatsanwalts- und Gerichtsakten, selbst mit den Gefangenenakten Einblicke in die Strukturen und Wirkungsmechanismen des DDR-Unrechtsstaats erlaubt, die mich manchmal fassungslos gemacht haben. Aber dies näher auszuführen, würde den Rahmen dieses Interviews ganz sicher sprengen.

**Auch im Strafverfahren wird in den kommenden Jahren die elektronische Aktenführung und in die strafrechtliche Hauptverhandlung deren audiovisuelle Aufzeichnung Einzug halten. Begrüßen Sie diese Entwicklungen oder sind Sie eher beruhigt, dieser Reformen nicht mehr aktiv miterleben zu müssen?**

Ehrlich gesagt letzteres. Die elektronische Aktenführung wird sicher unaufhaltsam kommen und für die meisten Kollegen hoffentlich auch hilfreich sein. Ich bin, was die elektronische Aktenverwaltung anbelangt, eher ein etwas altmodischer Dilettant und ganz froh, dass dieser Kelch an mir vorübergeht. So bleibt es mir erspart, in einer schwurgerichtlichen Hauptverhandlung als Vorsitzender, der hilflos auf dem Laptop auf der Suche nach irgendwelchen Fundstellen herumtippt, für die Erheiterung bei den Verfahrensbeteiligten zu sorgen.

Was die – wahrscheinlich irgendwann ebenfalls unvermeidlich kommende – audiovisuelle Aufzeichnung der Hauptverhandlung betrifft, bin ich sehr skeptisch. Diese ja insbesondere von Verteidigerseite präferierte Aufzeichnung des gesamten komplexen Hauptverhandlungsgeschehens wird m.E. im Ergebnis irgendwann zu einer Veränderung des Wesens des Revisionsverfahrens führen, weil das revisionsrechtliche Dogma des Verbots der Rekonstruktion der Hauptverhandlung nach und nach aufgeweicht werden wird. Am Ende werden die Richter am BGH – überpointiert formuliert – stundenlang vor audiovisuellen Aufzeichnungen stattgefundenen Hauptverhandlungen sitzen, um die Begründetheit von Revisionsrügen zu prüfen, die auf angebliche Verfahrensfehler in diesen Hauptverhandlungen oder auf angebliche Falschbewertungen von Zeugenaussagen oder von Sachverständigengutachten gestützt werden. Dieses würde das bewährte System der Revision als Rechtsüberprüfungsverfahren in der jetzigen Form abschaffen; jedenfalls sehe ich die Gefahr einer solchen Entwicklung, die ich ablehne.

**Lieber Herr Schmidt, ich danke Ihnen sehr für dieses Interview!**

Das Interview wurde geführt von VPräsLG Holger Radke.

### Marie Herberger, LL.M.



Diplom-Juristin

Studium der Rechtswissenschaft an der Universität des Saarlandes mit Schwerpunkt Deutsches und europäisches Arbeits- und Sozialrecht und studentische Hilfskraft am Lehrstuhl Prof. Dr. Weth; anschließend Masterstudium am Europa-Institut der Universität des Saarlandes; danach wissenschaftliche Hilfskraft und zur Zeit

Promotion am Lehrstuhl Prof. Dr. Würdinger. Die Autorin bloggt unter [www.klartext-jura.de](http://www.klartext-jura.de) zu studienrelevanten Themen.

### Dr. Beate Flatow



Vizepräsidentin des Amtsgerichts

Nach dem Studium der Rechtswissenschaften in Kiel und der Referendarzeit in Lübeck und Paris war Frau Flatow von 1986 bis 1991 Richterin in Ahrensburg und Lübeck. Der anschließenden Tätigkeit als Pressesprecherin und persönliche Referentin des Justizministers des Landes Schleswig-Holstein folgte 1993 die Tätigkeit als Richterin am Amtsgericht Kiel. Seit 2008 ist Frau Flatow Vizepräsidentin des Amtsgericht Kiel. Ihre Promotion erfolgte zum Thema „Die ortsübliche Miete“.

### Prof. Dr. Ingo Palsherm



Professor an der Technischen Hochschule Nürnberg

Herr Palsherm hat eine Professur mit Schwerpunkten im Sozial- und Gesundheitsrecht sowie Verwaltungsverfahrenrecht an der sozialwissenschaftlichen Fakultät der Technischen Hochschule Nürnberg - Georg Simon Ohm. Seine Forschungsschwerpunkte befassen sich

mit den Themenkomplexen Arbeitslosigkeit und Behinderung. Er veröffentlicht regelmäßig zu sozialrechtlichen und verfahrensrechtlichen Fragestellungen, u.a. ist er Bandherausgeber des von Prof. Dr. Schlegel und Prof. Dr. Voelzke gesamtverantwortlich herausgegebenen *juris* Praxis-Kommentars SGB X.

### Dr. Peter Rackow



Rechtsanwalt und Privatdozent

Nach Studium und Staatsexamina promovierte Herr Rackow im Jahre 2001 an der Georg-August-Universität in Göttingen zur DNA-Analyse im Strafverfahren. 2007 folgte die Verleihung der Lehrbefugnis für „Strafrecht, Europäisches Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsvergleichung“. Von 2010 bis

2013 war Dr. Rackow ordentlicher Professor und Leiter des Fachgebiets für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminalpolitik an der Deutschen Hochschule der Polizei in Münster-Hiltrup und ist seitdem als Rechtsanwalt in Hannover zugelassen.

### IMPRESSUM

**Herausgeber:** Vizepräsident des BSG Prof. Dr. Thomas Voelzke, Kassel  
Vors. Richterin am BFH Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel, München  
Vizepräsident des LG Holger Radke, Karlsruhe  
Prof. Dr. Stephan Weth, Universität des Saarlandes, Saarbrücken  
Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Winterhoff, Hamburg

**Expertengremium:** Vors. Richter am BGH a.D. Wolfgang Ball, Lemberg  
Rechtsanwalt Prof. Dr. Guido Britz, St. Ingbert  
Vizepräsident des LArbG a.D. Prof. Dr. Heinz-Jürgen Kalb, Köln  
Richter am BVerwG a.D. Prof. Dr. Harald Dörig, Erfurt  
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Martinek, Universität des Saarlandes, Saarbrücken  
Weiterer aufsichtsführender Richter am AG a. D. Dr. Wolfram Viefhues, Oberhausen

**Redaktion:** Ass. iur. Daniel Schumacher

**Medieninhaber und Verlag:** juris GmbH, Juristisches Informationssystem für die Bundesrepublik Deutschland, Am Römerkastell 11, 66121 Saarbrücken, Tel.: 0681 5866-0, Fax: 0681 5866-239, E-Mail: [jM@juris.de](mailto:jM@juris.de)  
Geschäftsführer: Samuel van Oostrom, Johannes Weichert, Aufsichtsratsvorsitzende: Ministerialdirigentin Eva-Lotta Gutjahr

**Manuskripte:** Der Verlag haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingesendet werden. Mit Annahme der Veröffentlichung erwirbt der Verlag das ausschließliche Verlagsrecht, insbesondere auch das Recht zur Herstellung elektronischer Versionen sowie das Recht zu deren Vervielfältigung online oder offline ohne zusätzliche Vergütung.

**Urheber- und Verlagsrechte:** Alle veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die Leitsätze der Gerichtsentscheidungen, soweit sie vom Autor bearbeitet wurden. Der Rechtsschutz gilt gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Eine Reproduktion oder Übertragung in maschinenlesbare Sprache ist – außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes – nur mit schriftlicher Genehmigung des Verlags gestattet.

**Erscheinungsweise:** 11 Ausgaben jährlich, davon ein Doppelheft (August/September), sowie als Beilage zum Anwaltsblatt

**Bezugspreis:** Im Jahresabonnement 180,- € zuzüglich Versandkosten incl. Online-Zugang unter [juris.de](http://juris.de)  
Das Jahresabonnement verlängert sich um ein Jahr, wenn es nicht sechs Wochen vor Jahresende gekündigt wird.

**Bestellungen:** Über jede Buchhandlung und beim Verlag

**Satz:** Datagroup Int., Timisoara

**Druck:** L.N. Schaffrath GmbH & Co.KG Druck Medien, Marktweg 42-50, 47608 Geldern

**ISSN:** 2197-5345

7. Jahrgang

## juris PartnerModul Kanzleimanagement

partnered by Deutscher Anwaltverlag | dfv Medien-  
gruppe | Erich Schmidt Verlag | IWW Institut | Verlag  
Dr. Otto Schmidt | ZAP Verlag

Als Rechtsanwalt mit eigener Kanzlei müssen Sie sich parallel zu Ihrem Kerngeschäft, der Rechtsberatung, auch mit unternehmerischen und organisatorischen Themen beschäftigen. Mit dem juris PartnerModul Kanzleimanagement klären Sie Ihre Fragen rund um den Kanzleibetrieb mit nur einem Klick und sekundenschnell. So können Sie Ihre wertvolle Zeit schnellstmöglich wieder Ihren Mandanten widmen.

Sie erhalten schnell umsetzbare Handlungsempfehlungen:

- von der Gebührenabrechnung und Forderungsvollstreckung über
- die immer wichtiger werdenden Themen Datenschutz und Legal Tech
- bis zu Prozessoptimierung und Kostensenkung

Die intuitiv bedienbare Online-Bibliothek beinhaltet umfassende Literatur und Standardwerke zum Rechtsanwaltsvergütungs- und Gerichtskostenrecht sowie zur Streitwertermittlung. Die aktuellen Rechtsprechungs- und Gesetzgebungsdokumente sind in der gewohnten juris Qualität digital verfügbar und intelligent verlinkt.

Sowohl die jüngsten Anpassungen des RVG als auch zukünftige Entwicklungen, beispielsweise im Rahmen der Corona-Pandemie oder der Maßnahmen zur Verbesserungen des Verbraucherschutzes, werden ausführlich kommentiert; die prozessrechtlichen Besonderheiten (Arbeitsrecht, Sozialrecht, Familienrecht etc.) sind jeweils berücksichtigt.

Das komplexe Gebiet der Forderungsvollstreckung ist ebenfalls umfassend abgedeckt – von den Basics bis zu sämtlichen Spezialfällen. Praxistipps, Rechenbeispiele und direkt verwendbare Schriftsatzmuster helfen bei der Veranschaulichung und reibungslosen Umsetzung.

[www.juris.de/kanzleimanagement](http://www.juris.de/kanzleimanagement)

## juris PartnerModul Internationales Steuerrecht

partnered by Bundesanzeiger Verlag | IWW Institut |  
Stollfuß Medien | Verlag Dr. Otto Schmidt

Fälle mit grenzüberschreitenden Sachverhalten gehören sowohl für den steuerlichen als auch für den juristischen Berater inzwischen zum Tagesgeschäft. Mit dieser Online-Bibliothek durchsuchen Sie die führenden Titel der jurisAllianz zum europäischen und internationalen Steuerrecht sowie die einschlägigen Entscheidungen und Vorschriften sekundenschnell.

Das Online-Modul bündelt

- permanent aktualisierte Kommentare zu maßgeblichen Themengebieten wie Außensteuerrecht, Zollrecht und Doppelbesteuerungsabkommen
- renommierte Zeitschriften inklusive Archiven sowie
- knapp 30 praxisorientierte Handbücher zu den wichtigsten Sachverhalten, von Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) über Investment bis zu Verrechnungspreisen

Alle Werke sind innerhalb von juris – Das Rechtsportal und auf Basis der ausgezeichneten juris Technologie intelligent verlinkt mit den relevanten Gesetzen und Vorschriften, Entscheidungen und Verwaltungsanweisungen.

[www.juris.de/isr](http://www.juris.de/isr)

## Gesetzessammlung juris Lex Corona

Mit juris Lex Corona haben Sie die wichtigsten Vorschriften zum Thema COVID-19 immer auf dem aktuellen Stand zur Verfügung. Wir bieten Ihnen in dieser Sammlung rechtsgebietsübergreifend gratis die in der Corona-Krise einschlägigen Rechtsnormen. Durch ständige Aktualisierung und Ergänzung gewährleistet diese Gesetzessammlung jederzeit einen optimalen Überblick über die Rechtsentwicklung in der Corona-Krise. juris Lex besteht aus 17 Bänden, eine Ausgabe je Bundesland und eine Ausgabe Bundes- und Europarecht.

[www.juris.de/lex](http://www.juris.de/lex)

### Recherche-Webinare – wann, wenn nicht jetzt?

Im virtuellen Seminarraum verfolgen Sie die Präsentation unserer Recherche-Profis in Echtzeit direkt in der Datenbank. Sie können über Voice-

over-IP oder im Chat Fragen stellen und auch mit den anderen Teilnehmern kommunizieren. Mithilfe der juris Webinare erfahren Sie immer wieder neue Tricks und Kniffe im Umgang mit der juris Rechercheoberfläche. Jeweils angepasst auf Ihren Kenntnisstand und Bedarf bieten wir folgende Themenbereiche an:

- Einführungswebinare
- Fortgeschrittenenwebinare
- Studierendenwebinare
- juris PreLex

Nutzen Sie unser kostenfreies Webinar-Angebot auch im Homeoffice und melden Sie sich gleich an:

[www.juris.de/webinare](http://www.juris.de/webinare)

### Titel nicht in Ihrem Abo?

Sie würden gerne in einem Titel recherchieren, der in Ihrem Abonnement nicht enthalten ist?

Mit der juris Plus-Option ist das kein Problem! Erweitern Sie Ihr juris Abonnement um alle Dokumente aus der juris Datenbank. Ihre gebuchten Dokumente werden dann mit dem kompletten

juris Informationsangebot verlinkt.

Das zusätzliche Wissen steht Ihnen immer unkompliziert zur Verfügung, wenn Sie es brauchen, und das verlagsübergreifende Angebot wächst täglich. So entgeht Ihnen zukünftig wirklich nichts mehr. Kosten fallen erst dann an, wenn Sie tatsächlich Dokumente abrufen, die in Ihrem Abonnement nicht enthalten sind. Die Einzelpreise werden vor jedem Aufruf deutlich angezeigt.

[www.juris.de/plusoption](http://www.juris.de/plusoption)

### Neue Werke für Ihre Recherche freigeschaltet

Damit Sie bei juris immer die besten Rechtsinformationen finden, wird die juris Online-Recherche fortlaufend mit neuer Fachliteratur der jurisAllianz Partnerverlage ergänzt. Die Allianz der Partnerverlage Dr. Otto Schmidt, De Gruyter, Erich Schmidt, C.F. Müller, Hüthig Jehle Rehm, Stollfuß Medien, Reguvis, dfv Mediengruppe, Deutscher Anwaltverlag, Deutscher Notarverlag und IWW Institut gestaltet gemeinsam mit juris die Zukunft der Online-Rechtsinformationswelt. Das Netzwerk nutzt die Stärken aller und schafft für die Kunden ein interessantes und vielfältiges Angebot. Es bündelt alle relevanten Rechtsinformationen der Verlage – insbesondere Zeitschriften, Kommentare und Handbücher – und verknüpft sie untereinander sowie mit der juris Rechtsprechung, den Gesetzen und Verwaltungsvorschriften. Eine aktuelle Übersicht finden Sie auf unserer Startseite:

[www.juris.de/neuewerke](http://www.juris.de/neuewerke)

### IN EIGENER SACHE

Liebe Leserinnen und Leser der jM,

für Ihre Treue und Ihr Vertrauen, die Sie uns im Jahr 2020 entgegengebracht haben, bedanken wir uns sehr herzlich.

Wir freuen uns auf eine erfolgreiche Fortsetzung im nächsten Jahr!

Ihren Angehörigen und Ihnen wünschen wir im Namen der Geschäftsführung und Mitarbeiter von juris fröhliche Weihnachten und einen guten Start in ein glückliches und gesundes Jahr 2021!

Ihre juris GmbH

# juris PartnerModul Kanzleimanagement

partnered by Deutscher Anwaltverlag | dfv Mediengruppe | Erich Schmidt Verlag | IWW Institut | Verlag Dr. Otto Schmidt | ZAP Verlag

Als Rechtsanwalt mit eigener Kanzlei müssen Sie sich auch mit unternehmerischen und organisatorischen Themen beschäftigen. Mit dem juris PartnerModul Kanzleimanagement klären Sie Fragen rund um den Kanzleibetrieb sekundenschnell und können Ihre wertvolle Zeit wieder Ihren Mandanten widmen.

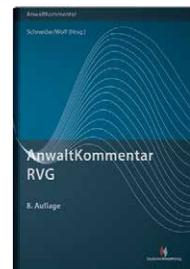
Direkt umsetzbare Handlungsempfehlungen helfen Ihnen, Ihre Kanzlei noch effizienter zu führen. Die intuitiv bedienbare Online-Bibliothek beinhaltet umfassende Literatur und Standardwerke zum Rechtsanwaltsvergütungs- und Gerichtskostenrecht. Die aktuellen Rechtsprechungs- und Gesetzgebungsdokumente sind in der gewohnten juris Qualität digital verfügbar und intelligent verlinkt.

Mit nur einem Mausklick recherchieren Sie beispielsweise die Änderungen durch das neue Kostenrecht (2. KostRMoG) oder das FGG-Reformgesetz sowie Details und Hintergründe zu Beratungshilfe, Forderungsvollstreckung, Rechtsschutzversicherung und Streitwert.

## Inhalt:

- Anwalt und Kanzlei, AK
  - Anwaltkommentar RVG, Schneider/Wolf
  - Anwaltsgebühren Spezial, AGS
  - Die Praxis der Forderungsvollstreckung, Mock
  - Forderungsmanagement professionell, FMP
  - Grundlagen des Kostenrechts - RVG, Scherer
  - IP-/IT-Mediation, Groß
  - Recht 2030, Schulz/Schunder-Hartung
  - RVG professionell
  - RVGreport
  - Streitwert-Kommentar, Schneider/Hergert
  - und viele weitere Titel
- ➕ zitierte Rechtsprechung, Gesetze und Literaturnachweise von juris

NEU – Jetzt gratis testen!



ab 59,00 €/Monat

zzgl. MwSt.

Mehr Informationen und Gratistest unter:  
[www.juris.de/pm-kanzleimanagement](http://www.juris.de/pm-kanzleimanagement)

**jurisAllianz**  
Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.



NEU!

# JURIS PRELEX DIE DIGITALE GESETZGEBUNGSBIBLIOTHEK

## Ihre Vorteile mit juris PreLex

- Frühzeitige Information über Rechtsänderungen
- Persönlicher Benachrichtigungsservice
- Automatische Prüfung kommunaler Satzungen

## juris PreLex

Mit juris PreLex verfolgen Sie den gesamten Entstehungsprozess von Gesetzen und Verordnungen aktuell und intuitiv. Sie finden die relevanten Werdegangs-Dokumente sowie das Gesetz selbst ganz einfach per Mausclick. Dank intelligenter Filtermöglichkeiten und individuellen Benachrichtigungsdiensten behalten Sie stets den vollen Überblick.

Persönlichen Gratistest direkt freischalten: [www.juris.de/prelex](http://www.juris.de/prelex)

ab **39,00 €**/Monat

zzgl. MwSt.

**juris**<sup>®</sup> Das Rechtsportal