

Herausgeber:

Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel Holger Radke Prof

# **juris**<sup>®</sup> Die Monatszeitschrift

# STAUDINGER BGB

STAUDINGER Online  
exklusiv bei juris!

+++ NEU: §§ 655a-661a Darlehensvermittlung, Ehevermittlung, Auslobung • §§ 765-778 Bürgschaft +++

## Zu Recht auf unserer Seite

Nur bei juris recherchieren Sie im STAUDINGER Online. Durch die umfassende Verlinkung mit der kompletten juris Datenbank und monatliche Aktualisierungen arbeiten Sie stets rechtssicher.

**Neben der Gesamtausgabe sind auch folgende Pakete im Teilabonnement erhältlich:**

- STAUDINGER Online Bankrecht
- STAUDINGER Online Immobilienrecht
- STAUDINGER Online Kreditsicherheiten
- STAUDINGER Online Miet- und WEG-Recht

**Jetzt gratis testen!**

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

ab **21,00 €**/Monat \*

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

\* Preis für STAUDINGER Online Bankrecht pro Monat für den 1. Nutzer zzgl. MwSt., 12-Monats-Abo

INHALT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Zivil- und Wirtschaftsrecht

**Hand wahre Hand auch bei der Probefahrt:  
Interessent ist kein Besitzdiener  
Zugleich eine Anmerkung zu BGH, Urt. v.  
18.09.2020 - V ZR 8/19**

W.a.RiAG PD Dr. Gunter Deppenkemper, LL.M,  
LL.M

S. 134

**Kein Wegerecht als Gewohnheitsrecht?  
Zur Klärung verbreiteter Missverständ-  
nisse über eine gewohnheitsrechtliche  
Entstehung nachbarrechtlicher Wegerech-  
te durch BGH, Urt. v. 24.01.2020 - V ZR  
155/18**

RA und Prof. (em.) Dr. Dr. Dr. h.c. mult.  
Michael Martinek

S. 139

**beA 2021: Vom Anschluss- ohne aktiven  
Benutzungszwang**

BGH, Beschl. v. 17.12.2020 - III ZB 31/20  
VPräsLG Holger Radke

S. 144

**Schadensersatz bei vereiteltem Ferien-  
umgang**

KG, Beschl. v. 18.05.2020 - 13 UF 88/18  
W.a. RiAG a.D. Dr. Wolfram Viefhues

S. 145

Topthema:

Arbeitsrecht

**Lehren aus der Pandemie: Warum wir mehr  
tun müssen zur Vereinbarkeit von Familie  
und Beruf – aber nicht jeder Vorschlag hilft**

Prof. Dr. Gregor Thüsing und Lena Bleckmann S. 148

**Unwirksamkeit einer an die Zustimmung  
von Arbeitnehmern geknüpften Betriebs-  
vereinbarung?**

BAG, Beschl. v. 28.07.2020 - 1 ABR 4/19  
RA'in und FA'in für Arbeitsrecht Lisa-Marie  
Niklas

S. 155

# INHALT

## AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

### Sozialrecht

#### **Revisionsrechtliche Überprüfbarkeit von Beweiswürdigungen bei Arbeitsunfällen**

BSG, Urt. v. 06.10.2020 - B 2 U 9/19 R

Ri'inSG Grit Julga

S. 157

### Verwaltungsrecht

#### **Das Recht auf Aufnahme in eine bestimmte Schule als Ausprägung des Rechts auf Bildung**

Ri'inVG Dr. Karoline Bülow, z. Zt. Wissen Mit'in.

VerfGH Berlin, Maître en Droit (Paris II)

S. 160

### Steuerrecht

#### **Volle Besteuerung betrieblicher Veräußerungsgewinne trotz ganz oder teilweise nicht abzugsfähiger oder im wirtschaftlichen Ergebnis neutralisierter AfA**

BFH, Urt. v. 16.06.2020 - VIII R 9/18 und VIII R 15/17

RiBFH Dr. Christian Levedag, LL.M. Tax (London)

S. 165

### Strafrecht

#### **Für die Rechtsgeschichte oder für die Zukunft? Zugang zu Rohmessdaten im Bußgeldverfahren**

Zugleich eine Anmerkung zu: BVerfG, Beschl. v. 12.11.2020 - 2 BvR 1616/18

RiLG Dr. Christoph Brück

S. 169

## INTERVIEW

#### **Eine deutsche Juristin auf irischem Chefsessel**

Interview mit der Chairperson des irischen Asylberufungsgerichts Hilka Becker

S. 173

## Die Pandemie als Treiber für eine bessere Vereinbarkeit von Beruf und Familie?



**Prof. Dr. Thomas Voelzke**  
Vizepräsident des Bundessozialgerichts

Die Corona-Pandemie stellt sich einerseits als eine bislang in dieser Form noch nicht gekannte Herausforderung für die Familien dar. Insbesondere der Alltag von Kindern und Jugendlichen hat sich im letzten Jahr drastisch verändert. Nahezu elf Millionen Kinder mussten monatelang zuhause bleiben. Vielfältige Einschränkungen stellen auch das Verhältnis von Eltern und ihren Kindern auf eine harte Belastungsprobe. Der Staat versucht – etwa mit dem Kinderbonus – jedenfalls die durch die Pandemie erwachsenden finanziellen Belastungen teilweise zu kompensieren. Mit den psychischen Belastungen werden die Familien hingegen zwangsläufig allein gelassen. Die psychischen Folgeschäden bei der „Generation Corona“ werden nach Auffassung vieler Fachleute die deutsche Gesellschaft noch lange beschäftigen.

Auf der anderen Seite wird auch die Wirtschaft durch die Folgen des Lockdowns zum Teil hart getroffen. In der Spitze befanden sich sechs Millionen Menschen in Kurzarbeit. Die Arbeitslosigkeit erhöhte sich. Von der Kurzarbeit betroffen sind nicht nur das verarbeitende Gewerbe, sondern auch weitere Branchen, zum Beispiel die Dienstleistungen des öffentlichen Lebens. Die Wirtschaft benötigt in nahezu sämtlichen Zweigen weniger Arbeitskräfte. Die geringfügig Beschäftigten und die Arbeitnehmer im Niedriglohnbereich sind zuerst von Entlassungen betroffen. Die staatlichen Überbrückungshilfen für Unternehmen und Freiberufler kommen viel zu spät bei den Betroffenen an.

Wieso sollte nun ausgerechnet die Pandemie, die Familie und Wirtschaft gleichermaßen derart hart betroffen hat und weiterhin betrifft, der Auslöser für die Entwicklung von Lösungsmodellen einer besseren Vereinbarkeit von Beruf und Familie werden? Immerhin könnte die Analyse der Wirkungen der Krise die Grundlage für eine krisenfeste und ausgewogene Gestaltung des Verhältnisses von Beruf und Familie bilden.

Auch ohne Regulierungen haben wir alle hautnah erfahren, dass die Krise sich bei der Digitalisierung als Innovationstreiber erwiesen hat. Wohl jeder von uns hat schon eine Reihe von virtuellen Besprechungen mit Zoom, Skype, Webex Meet, GoToMeeting oder einem anderen der zahlreichen Videokonferenz-Programme absolviert. Eine aus der neuen Form der Meetings verbreitete gewonnene Erkenntnis lautet nach der Überwindung anfänglicher Schwierigkeiten, dass die Teilnehmer bei dieser Art der Kommunikation konzentrierter vorgehen und (von den meisten) nur das gesagt wird, was zur Sache gehört.

In dem Aufsatz zu unserem Topthema „Lehren aus der Pandemie: Warum wir mehr tun müssen zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf - aber nicht jeder Vorschlag hilft“ gehen Gregor Thüsing und Lena Bleckmann auf aktuelle Vorschläge der politischen Parteien zur besseren Vereinbarkeit von Beruf und Familie ein, die allesamt vor dem Hintergrund der aktuellen Krise vorgelegt worden sind und Lehren hieraus ziehen sollen. Die Forderung, zum aktuellen Zeitpunkt bereits einen nachhaltigen Entwurf zum künftigen Verhältnis von Beruf und Familie vorzulegen, wäre überhöht. Andererseits greift es sicher zu kurz, im Sinne einer Reaktion auf die kurzfristigen Notwendigkeiten eine finanzielle Ausweitung der bisher bereits vorhandenen Instrumente anzustreben. Ich lade Sie dazu ein, sich über die Rahmenbedingungen des aktuell geltenden Rechts zu informieren und sich ein Bild über zukunftsorientierte Perspektiven für Familien im Berufsleben zu machen.

Abschließend möchte ich Ihnen die Lektüre des Interviews empfehlen, das diesmal mit Hilka Becker geführt worden ist. Frau Becker ist als deutsche Juristin „Chairperson“ des International Protection Appeals Tribunal in Irland geworden. Sie erläutert, über welche Stationen sie diesen ungewöhnlichen Karriereweg beschritten hat. Zugleich gibt sie interessante Einblicke in das irische Rechtssystem.

Viel Spaß und Gewinn beim Lesen,

Thomas Voelzke

## Hand wahre Hand auch bei der Probefahrt: Interessent ist kein Besitzdiener

Zugleich eine Anmerkung zu BGH, Urt. v. 18.09.2020 - V ZR 8/19

W.a.RiAG PD Dr. Gunter Deppenkemper, LL.M, LL.M

### A. Problemstellung

Ein Autohaus überlässt einem Interessenten ein Fahrzeug für eine einstündige Probefahrt. Dieser gibt es nicht zurück. Vielmehr wird es an einen Dritten veräußert, der – zulasten des Autohauses – das Eigentum erwirbt. Diese Entscheidung des BGH ging durch die Medien. Dabei dürfte die Wahrnehmung gefördert haben, dass dem juristischen Laien, der die Vorschriften zum gutgläubigen Erwerb nicht studiert hat, ein Störgefühl bleibt: Ist das gerecht, dass der Alteigentümer quasi enteignet ist, und zwar wirtschaftlich gesehen<sup>1</sup> ersatzlos?<sup>2</sup> Der Jurist, der die §§ 892, 932 BGB als typischen Klausurstoff in allen Facetten studierte, hat die Wertentscheidung des Gesetzgebers verinnerlicht; sein Blick richtet sich auf § 935 Abs. 1 Satz 1 BGB, wonach ein gutgläubiger Erwerb bei Abhandenkommen der Sache ausscheidet. Liegt aber ein solches vor? Die Entscheidung des BGH bringt hier eine Klärung, die insgesamt für das Verständnis der Rechtsfigur des Besitzdieners (§ 855 BGB) weiterführend ist.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Die Klägerin betreibt ein Autohaus. Es erschien der X, der sich für einen Vorführgewagen im Wert von 52.900 € interessierte und eine Probefahrt wollte. Er legte einen italienischen Personalausweis, eine Meldebestätigung einer deutschen Stadt und einen italienischen Führerschein vor. Es waren hochwertige Fälschungen. Die Klägerin vereinbarte mit ihm in einen „Fahrzeug-Benutzungsvertrag“ für eine einstündige Probefahrt. In das Formular wurde die vorgebliche Mobilfunknummer des X eingefügt. Dann erhielt er einen Fahrzeugschlüssel für das mit einem roten Kennzeichen versehene Fahrzeug sowie eine Kopie der Zulassungsbescheinigung Teil I. Man sah ihn nicht wieder. Die Beklagte wurde in einem Internetverkaufsportal auf das dort von einem Privaten angebotene Fahrzeug aufmerksam. Bei dem vereinbarten Treffen am Hauptbahnhof zeigte der Inserent die Zulassungsbescheinigungen vor, die auf seine angeblichen Personalien ausgestellt waren, die Fahrzeugidenti-

fikationsnummer des Fahrzeuges enthielten und auf gestohlenen Originalvordrucken angefertigt waren. Die Beklagte, die die Fälschungen nicht erkannte, kaufte und erhielt das Fahrzeug nebst Zulassungspapieren und einem Schlüssel. Die Klägerin verlangte es von ihr heraus (§ 985 BGB).

II. Das Landgericht wies die Klage auf Herausgabe des Fahrzeugs ab. Das Oberlandesgericht änderte die Entscheidung ab und gab der Klage statt. Die Revision hatte Erfolg. Die Beklagte sei Eigentümerin.

1. Es fehle nicht am guten Glauben (§ 932 Abs. 1 Satz 1 BGB) der Beklagten. Ihr sei nicht infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben (vgl. § 932 Abs. 2 BGB), dass die Sache nicht dem Inserenten gehörte. Grob fahrlässig sei ein Handeln, bei dem die erforderliche Sorgfalt den gesamten Umständen nach in ungewöhnlich großem Maße verletzt worden ist und bei dem dasjenige unbeachtet geblieben ist, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen. Insoweit habe zwar der Besitz des Fahrzeugs allein nicht den für den Gutgläubenserwerb nach § 932 BGB erforderlichen Rechtsschein begründet, doch habe sich die Beklagte die Zulassungsbescheinigung Teil II (§ 12 Abs. 6 FZV) vorlegen lassen und nicht erkennen könne, dass diese gefälscht war. Dass es sich um einen Straßenverkauf gehandelt habe, erfordere besondere Vorsicht, führe aber als solcher noch nicht zu weitergehenden Nachforschungspflichten, wenn er sich für den Erwerber als nicht weiter auffällig darstellt.

2. Auch scheitere ein gutgläubiger Erwerb nicht daran, dass das Fahrzeug abhandengekommen sei (vgl. § 935 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die Klägerin habe ihren unmittelbaren Besitz nicht unfreiwillig verloren, weil der vermeintliche Kaufinteressent über seine wahren Absichten getäuscht habe. Eine freiwillige Besitzaufgabe liege darin, dass die Klägerin die tatsächliche Gewalt über das Fahr-

1 Bei unentgeltlichem Erwerb gilt jedoch § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB. Zu den Ansprüchen gegen den nichtberechtigten Veräußerer vgl. Klinkin: BeckOGK, BGB, § 932 Rn. 72, Stand 01.10.2020.

2 Zur Frage beispielhaft Zweigert, RabelsZ 23 (1958), 1, 2.

zeug zum Zwecke der unbegleiteten und auch nicht anderweitig überwachten Probefahrt für eine gewisse Dauer auf den (vermeintlichen) Kaufinteressenten übertragen habe. Da es sich bereits bei der Übergabe des Fahrzeugs an den Interessenten nicht nur um eine Besitzlockerung oder eine Besitzdienerschaft des Interessenten, sondern um (vollständige) Besitzaufgabe gehandelt habe, könne das spätere eigenmächtige Handeln des Interessenten kein unfreiwilliger Besitzverlust i.S.d. § 935 Abs. 1 BGB mehr sein.

### C. Kontext der Entscheidung

Das Urteil ist das Ergebnis gleich mehrerer grundlegender, nicht zwingender Wertungen des historischen Gesetzgebers, die im Ergebnis dazu führen, dass ein gutgläubiger Eigentumserwerb möglich ist, wenn vom Veräußerer ein hinreichender, dem Eigentümer zuzurechnender Rechtschein ausgeht.

I. Ein gutgläubiger Erwerb zulasten des Eigentümers ist keine Selbstverständlichkeit. Logisch scheidet ein abgeleiteter Erwerb aus, wenn der Veräußerer keine Verfügungsmacht hat.<sup>3</sup> Vom spätclassischen römischen Juristen Ulpian ist die Aussage zur Erbfall überliefert, dass niemand mehr an Rechten übertragen könne, als er selbst gehabt habe (Ulp. D. 50, 17, 43): *Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*. Entsprechend kannte das römische Recht keinen gutgläubigen Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten. Noch das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch von 1865 folgte diesem Vindikationsmodell (§ 295 sächs. BGB). Das stärkt das Eigentum (vgl. § 985 BGB), lässt aber (insbesondere beim entgeltlichen Erwerb) das Interesse des Erwerbers und damit das Verkehrsinteresse unberücksichtigt. Das durchaus verkehrsfreundliche klassische römische Recht (vgl. Gai, 2, 44) half durch kurze Ersitzungsfristen. Das BGB geht weiter.<sup>4</sup> Es ermöglicht, wie auch schon § 367 ABGB, einen – oft kritisierten<sup>5</sup> – sofortigen materiell-rechtlichen Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten.<sup>6</sup> Vorbildhaft war Art. 306 ADHGB von 1861, der einen gutgläubigen Eigentumserwerb des redlichen Erwerbers vorsah, wobei „das früher begründete Eigentum erlischt“ (Art. 306 Abs. 1 Satz 2 ADHGB). Damit setzte sich im Ergebnis die deutschrechtliche Hand-wahre-Hand-Maxime<sup>7</sup> durch „und folgt das Eigenthum dem Besitze.“<sup>8</sup>

II. Tragender Grund, das Vertrauen des Erwerbers zu schützen, ist die Fähigkeit des Veräußerers zur Besitzverschaffung,<sup>9</sup> mithin zur „Kundbarmachung des zeitigen Rechtszustandes“,<sup>10</sup> da das BGB beim Eigentumserwerb – nach streitiger Diskussion<sup>11</sup> – nicht dem Konsensprinzip (vgl. Art. 1138 Code civil), sondern dem aus dem römischen

Recht bekannten Traditionsprinzip folgt.<sup>12</sup> Dabei zeigen die ebenfalls dem römischen Recht bekannten Regelungen, die keine Übertragung des unmittelbaren Besitzes fordern (§ 929 Satz 2, §§ 930, 931 BGB), dass es genauer um den Wechsel des – mittelbaren oder unmittelbaren – Eigenbesitzes geht.<sup>13</sup> Das Gesetz vermutet, dass der gegenwärtige Eigenbesitzer<sup>14</sup> mit dem Erwerb des Eigenbesitzes auch Eigentümer geworden ist (§ 1006 Abs. 1 Satz 1 BGB),<sup>15</sup> wobei zusätzlich (tatsächlich) vermutet wird, dass der Besitzer bei Besitzerwerb Eigenbesitz begründete.<sup>16</sup> Das gilt auch für den ursprünglichen Besitzdiener (§ 855 BGB),<sup>17</sup> der ja selbst kein Besitzer ist, nicht aber für den Fremdbesitzer, der dann Eigenbesitzer geworden ist, da die Eigentumsvermutung nicht greift, wenn schlicht Fremd- in Eigenbesitz umgewandelt

- 3 Die h.M. nimmt einen derivativen Erwerb nach § 932 ff. BGB an, was sie mit einem dem Eigentümer zuzurechnenden Risiko der Aufspaltung von Eigentum und Besitz begründet (Bayer in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 932 BGB Rn. 25; Oechsler in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2020, § 932 BGB Rn. 73). Ist aber das Vertrauen des Erwerbers ausschlaggebend, spräche das eher für einen originären Erwerb, vgl. Wiegand in: Staudinger, BGB, 2017, Vorbemerkung zu §§ 932 – 936 Rn. 40. Das schließt es nicht aus, den Erwerber wertend als Rechtsnachfolger (vgl. § 936 BGB) anzusehen.
- 4 Huwiler, Vindikationsprinzip versus Hand wahre Hand: Dogmenrechtliches zur Rechtfertigung des gutgläubigen Eigentumserwerbs, Kolloquium Karl S. Bader, Sigmaringen 1986, S. 75 f.
- 5 Beispielhaft Binding, Die Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbs vom Nichteigentümer nach BGB § 932 und § 935 und ihre Reduktion auf das kleinstmögliche Maß, 1908; weitere Nachweise bei Wilburg in: Festschrift für Baltl, Innsbruck 1978, S. 557 f.
- 6 Hinz, ZEuP 1995, 398.
- 7 Dazu von Lübtow in: Festschrift für Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin, 1955, S. 119; HRG II<sup>2</sup> (2012)/Orgis, „Gewere“, Sp. 699; Klinck in: BeckOGK, BGB, § 932 Rn. 2, Stand 01.10.2020; Oechsler in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2020, § 932 Rn. 1 f.
- 8 Mugdan, Die gesammelten Materialien zum BGB, Bd. III, S. 196 (= Mot. S. 341).
- 9 Vgl. Klinck in: BeckOGK, BGB, § 932 Rn. 7, Stand 01.10.2020; Wiegand in: Staudinger, BGB, 2017, Vorbemerkung §§ 932 – 936 Rn. 12.
- 10 Mugdan, Die gesammelten Materialien zum BGB, Bd. III, S. 185 (= Mot., S. 333).
- 11 Schubert, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumserwerb, 1966, S. 144 f., 155, 161.
- 12 Oechsler in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2020, § 929 BGB Rn. 2; Wiegand in: Staudinger, BGB, 2017, Vorbemerkung §§ 929 – 931 Rn. 8.
- 13 Klinck in: BeckOGK, BGB, § 929 Rn. 8, Stand 01.10.2020.
- 14 BGH, Urt. v. 21.12.1960 - VIII ZR 145/59 Rn. 14.
- 15 Thole in: Staudinger, BGB, 2019, § 1006 Rn. 23.
- 16 Raff in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2020, § 1006 BGB Rn. 37 f., 44; Thole in: Staudinger, BGB, 2019, § 1006 Rn. 10, 12.
- 17 BGH, Urt. v. 16.10.2003 - IX ZR 55/02 Rn. 26; Thole in: Staudinger, BGB, 2019, § 1006 Rn. 18, 25.



wird.<sup>18</sup> § 1006 Abs. 1 BGB hilft damit dem Beklagten, der sich eines auf Eigentum gestützten Herausgabeanspruchs (§ 985 BGB) ausgesetzt sieht, da der besitzlose Kläger i.d.R. seine Aktivlegitimation, mithin den Fortbestand seines Eigentums über den Besitzerwerb des Beklagten hinaus, darlegen und beweisen muss.<sup>19</sup>

III. Der Grundsatz, dass man das Vertrauen bei demjenigen suchen muss, in den man es gesetzt hat, macht aber auch deutlich, dass es beim gutgläubigen Erwerb um eine wertende Zuweisung des Verlusts- und Erwerbsrisikos geht, die nicht nur auf die Perspektive des Erwerbers abstellt. Zwar war der Inserent, der das Fahrzeug nunmehr für sich besitzen will, bei der Veräußerung unmittelbarer (Eigen-)Besitzer des Fahrzeugs.<sup>20</sup> Für ihn scheint der Rechtschein des Besitzes zu sprechen. „Hand wahre Hand“ trägt einen gutgläubigen Erwerb zulasten des Eigentümers aber nicht, wenn der Eigentümer seine Sache gerade nicht in die Hand eines anderen gab, also wenn ihm die Sache abhandengekommen ist (§ 935 Abs. 1 Satz 1 BGB).<sup>21</sup> Dann gilt auch die Eigentumsvermutung nicht gegenüber einem früheren Besitzer (§ 1006 Abs. 1 Satz 2 BGB).<sup>22</sup> Das bloße Vertrauen darauf, dass der Gewahrsamsinhaber den unmittelbaren Besitz vom Vorbesitzer freiwillig übertragen bekommen habe, ist nicht geschützt. § 367 Abs. 1 Satz 1 Alt. 3 ABGB verlangt, dass der vorherige Eigentümer die Sache dem Veräußerer anvertraut hatte (ähnlich Art. 933 ZGB). Und Art. 306 Abs. 4 ADHGB schloss einen gutgläubigen Erwerb aus, „wenn die Gegenstände gestohlen oder verloren waren“, nicht aber, wenn der Veräußerer Besitzmittler, mithin unmittelbarer Besitzer war, weil in diesem Fall der Eigentümer freiwillig seinen unmittelbaren Besitz aufgegeben hatte. Die Erste und Zweite Kommission folgten dem Gedanken, dass es dabei „nicht aus den Willen des Vertreters, sondern aus den Willen des Eigentümers“ abkomme und „das Moment eines unfreiwilligen Abhandenkommens beizubehalten“ sei.<sup>23</sup> Entsprechend meint „abhandenkommen“ nach den Vorbild des ADHGB bei § 1006 BGB<sup>24</sup> wie bei § 935 BGB<sup>25</sup> den unfreiwilligen Verlust des unmittelbaren Besitzes (Rn. 9). Abhandenkommen liegt daher nach h.M. vor, wenn der Besitzdiener die Sache gegen den Willen des Besitzherrn weggegeben hat,<sup>26</sup> nicht aber bei einer Entziehung des mittelbaren Besitzes durch den Besitzmittler (§ 935 Abs. 1 Satz 2 BGB).<sup>27</sup>

#### D. Bewertung der Entscheidung und Folgerungen

Damit sind wir beim Problem des Falls. Hat die Klägerin ihren unmittelbaren Besitz freiwillig an den Interessenten dadurch übertragen, dass sie ihm das Fahrzeug zur Probe-

fahrt überließ? Oder hat sie ihn zunächst behalten? Dann wäre der Interessent nur Besitzdiener (§ 855 BGB) und die spätere Weggabe des Fahrzeugs durch ihn ein Abhandenkommen für die Klägerin.

I. Beide Ansichten werden für den Fall einer unbegleiteten Probefahrt vertreten. Entscheidend ist, wie die Voraussetzung der Besitzdienerschaft, wonach der, der die tatsächliche Gewalt ausübt, „in einem ähnlichen Verhältnis“ stehen muss, wie bei den genannten Beispielen („in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft“), und „vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat“, interpretiert werden. Verlangt man dafür eine soziale Abhängigkeit, muss man eine Besitzdienerschaft bei einer Probefahrt ablehnen,<sup>28</sup> und zwar auch bei einer von kürzerer Dauer, wenn sich der Eigentümer seiner Einflussmöglichkeiten

18 BGH, Urt. v. 16.10.2003 - IX ZR 55/02 Rn. 28; Raff in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2020, § 1006 Rn. 44 – 47; Thole in: Staudinger, BGB, 2019, § 1006 Rn. 16.

19 Vgl. BGH, Urt. v. 16.10.2003 - IX ZR 55/02 Rn. 31; einschränkend Raff in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2020, § 1006 Rn. 7 ff.

20 Vgl. BGH, Urt. v. 16.04.1969 - VIII ZR 64/67 Rn. 14; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.11.1996 - 3 W 454/96 Rn. 9; auch RG, Urt. v. 07.02.1908 - VII 466/07.

21 Mugdan, Die gesammelten Materialien zum BGB, Bd. III, S. 197 (= Mot. S. 342). Plastisch RG, Urt. v. 18.05.1909 - VII 88/09: „Die Gefahr eines derartigen dem Erwerbe anhaftenden Fehlers trägt der Erwerber trotz seines guten Glaubens“. Siehe auch Klinck in: BeckOGK, BGB, § 932 Rn. 4, Stand 01.10.2020; Oechsler in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2020, § 932 Rn. 2, 7; Wiegand in: Staudinger, BGB, 2017, Vorbemerkung §§ 932 – 936 Rn. 19 ff. In der Schweiz hat der gutgläubige Erwerber ein Zurückbehaltungsrecht in Hinblick auf den an den Nichtberechtigten gezahlten Preis (Art. 934 Abs. 2 ZGB).

22 Spohnheimer in: BeckOGK, BGB, § 1006 Rn. 43, Stand 01.11.2020; Thole in: Staudinger, BGB, 2019, § 1006 Rn. 42.

23 Mugdan, Die gesammelten Materialien zum BGB, Bd. III, S. 636 (= Prot. S. 3713); siehe auch Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1900, 2. Band, § 198 IV 2 (S. 121).

24 Spohnheimer in: BeckOGK, BGB, § 1006 Rn. 43.1, Stand 01.11.2020; Thole in: Staudinger, BGB, 2019, § 1006 Rn. 43.

25 Kindl in: BeckOK, BGB, § 935 Rn. 4, Stand 01.08.2020; Wiegand in: Staudinger, BGB, 2017, § 935 Rn. 4 ff.

26 RG, Urt. v. 18.05.1909 - VII 88/09; BGH, Urt. v. 13.12.2013 - V ZR 58/13 Rn. 9; Klinck in: BeckOGK, BGB, § 935 Rn. 18, Stand 01.10.2020; Kindl in: BeckOK, BGB, § 935 Rn. 6, Stand 01.08.2020; differenzierend Schäfer in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2020, § 855 Rn. 23 f.; Wiegand in: Staudinger, BGB, 2017, § 935 Rn. 14.

27 BGH, Urt. v. 16.04.1969 - VIII ZR 64/67 Rn. 16.

28 OLG Düsseldorf, Urt. v. 31.03.1992 - 4 U 127/91; Oechsler in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2020, § 935 Rn. 11 (der aber trotzdem eine bloße Besitzlockerung annimmt). Zur Probefahrt eines Bestellers einer Fahrzeugreparatur siehe BGH, Urt. v. 17.03.2017 - V ZR 70/16 Rn. 14; Fritzsche in: BeckOK, BGB, § 855 Rn. 9, Stand 01.08.2020.



begibt.<sup>29</sup> Stellt man nicht auf soziale Abhängigkeit, sondern gemäß dem Wortlaut des § 855 BGB auf Weisungsunterworfenheit z.B. dahingehend ab, die Fahrt jeder Zeit abrechnen und das Auto herausgeben zu müssen, ließe sich darunter die Situation bei einer Probefahrt subsumieren<sup>30</sup> oder zumindest eine analoge Anwendung<sup>31</sup> diskutieren.

II. Die Rechtsprechung des RG<sup>32</sup> und dann des BGH (Rn. 22)<sup>33</sup> verlangt für das „ähnliche Verhältnis“ in § 855 BGB ein nach außen erkennbares soziales Abhängigkeitsverhältnis. Das zeige der Wortlaut und der historische Wille des Gesetzgebers. Mit dieser Begründung lehnt es der BGH auch im vorliegenden Fall ab, den Interessenten als Besitzdiener anzusehen. Auch eine analoge Anwendung scheidet aus, da sie nur bei einem Gefälligkeitsverhältnis in Betracht komme, hier aber zwischen der Klägerin und dem Kaufinteressenten ein gesetzliches Schuldverhältnis entstanden sei, aus dem sich nach § 241 Abs. 2 BGB zwischen den Beteiligten Rechte und Pflichten, aber kein Direktionsrecht der Klägerin gegenüber dem Kaufinteressenten ergebe. Dass Letzterer in Bezug auf das Fahrzeug Weisungen bzw. Vorgaben zum Umgang mit der Sache unterworfen ist, ändere nichts. Die Weisungsunterworfenheit entspringe allein einem auf die Sache bezogenen Rechtsverhältnis, mithin nicht, wie beim Besitzdiener, einem über den rechtlichen Bezug zur Sache hinausgehenden Verhältnis zum Besitzherrn.

III. Dabei geht der Verweis auf den Wortlaut des § 855 BGB (in Rn. 22) fehl. Von einem Abhängigkeitsverhältnis ist dort keine Rede. Im Gegenteil: Die in der Beratung zwischenzeitlich abgestimmte Gesetzesfassung mit der Formulierung „in einem sonstigen Abhängigkeitsverhältnisse“ (statt „ähnlichen Verhältnisse“)<sup>34</sup> wurde wieder dahin gehend abgeändert, dass es, wie es dann Gesetz geworden ist, schlicht heißt: „oder in einem ähnlichen Verhältnisse“.<sup>35</sup> Auch im vom Gesetzgeber als entscheidend erachteten Kriterium, „daß demjenigen, der den Besitz für den Anderen ausübe, ein civilrechtlicher Anspruch aus Behalten des Besitzes, insbes. auch ein Retentionsrecht, dem Besitzherrn gegenüber nicht zustehe“,<sup>36</sup> klingt eine „soziale Abhängigkeit“ nicht an.

IV. Gleichwohl ist die Entscheidung richtig. Der Gesetzgeber verlangte, dass „es [...] immer eines besonderen rechtlichen Umstandes, kraft dessen dieser tatsächliche Besitz des Einen auf einen Anderen bezogen werde“, bedürfe.<sup>37</sup> Später wurde das Verhältnis als ein solches beschrieben, „das ihn verpflichtet, den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Anderen Folge zu leisten. In Fällen dieser Art würde es den Lebensverhältnissen nicht entsprechen, demjenigen den Besitzschutz

zu gewähren, welcher die tatsächliche Gewalt über die Sache für den Anderen ausübt.“<sup>38</sup> Das erhellt, worum es bei der Beratung der §§ 854 ff. BGB und insbesondere des heutigen § 855 BGB hauptsächlich ging, nämlich wem der Besitzschutz der §§ 859 ff. BGB zugutekommen soll. Diese Vorschriften spielen heute selten eine Rolle. Die possessorische Klage auf römisch-rechtlicher Grundlage<sup>39</sup> hatte vormals aber einen sehr viel weiteren Anwendungsbereich,<sup>40</sup> da sie dem Kläger den oft schwierigen Nachweis seines Eigentums ersparte, zumal er sich aufgrund der Spolieneinrede bzw. Spolienklage dann,

29 BGH, Urt. v. 13.12.2013 - V ZR 58/13 Rn. 15; a.A. (zur zwanzigminütigen Fahrt mit rotem Nummernschild) KG, Beschl. v. 04.10.2018 - 26 U 159/17; Götz in: BeckOGK, BGB, § 854 Rn. 138.4, Stand 01.07.2020; Elzer in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 855 Rn. 3 und 5; Gutzeit in: Staudinger, BGB, 2018, § 854 Rn. 44; von der Tendenz her auch BGH, Urt. v. 17.03.2017 - V ZR 70/16 Rn. 20. Der Leitsatz 1 der hier zu besprechenden Entscheidung („Ein Kaufinteressent, der eine Probefahrt mit einem Kraftfahrzeug unternimmt, ist nicht Besitzdiener des Verkäufers“) könnte unbewusst ohne zeitliche Einschränkung formuliert sein, wie Rn. 13 der Entscheidung andeutet.

30 Vgl. im Ergebnis OLG Köln, Beschl. v. 18.04.2005 - 19 U 10/05 Rn. 3; Gies in: jurisPK BGB, 9. Aufl., § 855 BGB Rn. 14, Stand 01.07.2020; Herrler in: Palandt, BGB, 79. Aufl. 2020, § 855 Rn. 7.

31 Vgl. Gutzeit in Staudinger, BGB, 2018, § 855 Rn. 30.

32 RG, Urt. v. 18.05.1909 - VII. 88/09: „Maßgebend für das Bestehen eines solchen Verhältnisses ist nicht die ununterbrochene Möglichkeit der unmittelbaren tatsächlichen Einwirkung auf die Sache von seiten des Besitzherrn, sondern das in § 855 BGB bezeichnete soziale Abhängigkeitsverhältnis, kraft dessen der Besitzherr die tatsächliche Gewalt über die Sache durch den Besitzdiener als sein Werkzeug ausübt. [...] Hierdurch unterscheidet sich der durch einen Besitzgehilfen geübte Besitz nach § 855 BGB von dem mittelbaren Besitze im Sinne des § 868“; ferner RG, Urt. v. 24.06.1911 - VI 525/10: Die erforderliche Erkennbarkeit des Besitzes des Besitzers werde bei Einschaltung eines Besitzdieners „in der Hauptsache vermittelt durch die Erkennbarkeit des sozialen Abhängigkeitsverhältnisses, in dem sich der Besitzdiener zu dem Besitzherren befindet“.

33 BGH, Urt. v. 24.04.1952 - IV ZR 107/51; BGH, Urt. v. 04.02.1955 - I ZR 57/53; BGH, Urt. v. 30.05.1958 - V ZR 295/56; BGH, Urt. v. 13.12.2013 - V ZR 58/13 Rn. 10; BGH, Urt. v. 17.03.2017 - V ZR 70/16 Rn. 13.

34 Mugdan, Die gesammelten Materialien zum BGB, Bd. III, S. 504 (= Prot. 3340).

35 Mugdan, Die gesammelten Materialien zum BGB, Bd. III, S. 505 (= Prot. 8527). Dort auch zum Folgenden.

36 Mugdan, Die gesammelten Materialien zum BGB, Bd. III, S. 504 (= Prot. 3341).

37 Mugdan, Die gesammelten Materialien zum BGB, Bd. III, S. 505 (= Prot. 3343).

38 Denkschrift, S. 106 in: Mugdan, Die gesammelten Materialien zum BGB, S. 962.

39 Vgl. Enneccerus/Kipp/Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II, 1, 3. Aufl. 1919, § 4 II 2 (S. 12); Kaser, Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht, 2. Aufl. 1956, S. 249.

40 Beispielhaft zu den Besitzinterdikten OAG Celle Seufferts Archiv 12 (1859), Nr. 33 (S. 40 f.); OAG Darmstadt Seufferts Archiv 26 (1872), Nr. 11 (S. 17).

wenn ihm der Besitz eigenmächtig entzogen worden war, auf Rechtsmittel und Ansprüche des Besitzentziehers nicht einlassen musste.<sup>41</sup> Dem Dogmatiker des 19. Jahrhunderts stellten sich aber die damals höchst streitigen und heftig diskutierten Fragen, wie überhaupt die Störung des schlichten Besitzes als bloßes Faktum,<sup>42</sup> als bloße äußere Erscheinung, eine Rechtsverletzung<sup>43</sup> sein könne, und wer dann für Abwehransprüche aktivlegitimiert wäre.<sup>44</sup> Savigny brachte den Gedanken, dass die Besitzstörung stets auch eine Verletzung der Person des Besitzers<sup>45</sup> und damit eine Rechtsverletzung<sup>46</sup> sei. Besitzschutz ist Besitzerschutz und Rechtsfriedensschutz.<sup>47</sup> Das – und nicht vordringlich die Frage, welche Funktion der Besitz bei der Übereignung (§§ 929 ff. BGB) spielt – ist der Hintergrund für die Formulierung des Gesetzgebers, „daß der Besitzschutz an das äußere Herrschaftsverhältnis der Person zur Sache zu knüpfen sei“.<sup>48</sup> Der Gesetzgeber wollte mit § 855 BGB die Fälle herausfiltern, „in denen Jemand die thatsächliche Gewalt über eine Sache nicht für sich, sondern für einen Anderen ausübe derart, daß nur dieser Andere als Besitzer behandelt werden könne“.<sup>49</sup> Hier kann mangels Herrschaft über die Sache die nicht nur wirtschaftlich abhängige,<sup>50</sup> sondern weisungsunterworfenen Person durch die Besitzstörung selbst nicht verletzt sein. Zeitbedingte Beispielfälle waren der Kutscher, der die Pferde des Besitzherrn lenkte, und der Diensthote, den der Herr bei Einkäufen „als Werkzeug benutze, derart, daß der Andere den Anweisungen des Besitzherrn unbedingt Folge zu leisten habe“. Diese Gewalthaber sind nach außen erkennbar aufgrund ihrer Statusbeziehungen<sup>51</sup> in einer Weise dem Besitzherrn zugeordnet,<sup>52</sup> dass zu erwarten ist, dass sie nicht ihren eigenen Willen zur Geltung bringen, sondern sich dem des Besitzherrn unterordnen werden. Daher entspräche es aus Sicht des damaligen Gesetzgebers, wie bereits zitiert, nicht den Lebensverhältnissen, sie bei einer Besitzstörung als in ihrer Person verletzt anzusehen. Entsprechend ist bei der Räumungsvollstreckung nach §§ 885 ff. ZPO kein Titel gegen sie nötig.<sup>53</sup>

41 RG, Urt. v. 12.10.1881 - I 581/81; RG, Urt. v. 08.04.1885 - I 5/85; Loyal, ZfPW 2019, 356, 364 f.

42 Savigny, Das Recht des Besitzes, 7. Aufl. 1865, S. 51: Es „giebt der bloße Besitz gar kein Recht“; siehe auch Thibaut, Ueber Besitz und Verjährung, 1802, S. 3.

43 Vgl. Savigny, Das Recht des Besitzes, 7. Aufl. 1865, S. 43 f.: „Was das erste betrifft, so ist es klar, dass der Besitz an sich, seinem ursprünglichen Begriffe nach, ein blosses Factum ist: eben so gewiss ist es, dass rechtliche Folgen damit verbunden worden sind. Demnach ist er Factum und Recht zugleich, nämlich seinem Wesen nach Factum, in seinen Folgen einem Rechte gleich“. Siehe auch Kant, Metaphysik der Sitten, § 5: „Das äußere Meine ist dasjenige, in

dessen Gebrauch mich zu stören Läsion sein würde, ob ich gleich nicht im Besitz desselben (nicht Inhaber des Gegenstandes) bin. In irgend einem Besitz des äußeren Gegenstandes muß ich sein, wenn der Gegenstand mein heißen soll; denn sonst würde der, welcher diesen Gegenstand wider meinen Willen affizierte, mich nicht zugleich affizieren, mithin auch nicht lädieren. Also muß [...] ein intelligibler Besitz (possessio noumenon) als möglich vorausgesetzt werden, wenn es ein äußeres Mein oder Dein geben soll; der empirische Besitz (Inhabung) ist alsdann nur Besitz in der Erscheinung (possessio phaenomenon), obgleich der Gegenstand, den ich besitze, hier nicht so, wie es in der transzendentalen Analytik geschieht, selbst als Erscheinung, sondern als Sache an sich selbst betrachtet wird“.

44 Zum Ganzen Gutzeit in: Staudinger, BGB, 2018 Vorbemerkung zu §§ 854 – 872 Rn. 16.

45 Savigny, Das Recht des Besitzes, 7. Aufl. 1865, S. 55 f.: „Der Besitz erscheint uns zunächst als die bloß factische Herrschaft über eine Sache, und daher als ein Nichtrecht (verschieden von Unrecht), als ein rechtlich Indifferentes. Dennoch wird er gegen gewisse Verletzungen geschützt, und um dieses Schutzes willen werden Regeln aufgestellt über Erwerb und Verlust des Besitzes, gerade als ob er ein Recht wäre. [...] Der Grund jenes Schutzes und dieser, einem Rechte ähnlichen, Behandlung [...] liegt in der Verbindung jenes factischen Zustandes mit der besitzenden Person, durch deren Unverletzlichkeit er gegen diejenigen Arten der Verletzung mit gedeckt wird, durch welche stets zugleich die Person berührt werden würde. Die Person nämlich soll schlechthin sicher sein gegen jede Gewalt; geschieht ihr Gewalt, so ist dieses immer ein Unrecht“. Siehe auch Wieling, Sachenrecht, 2. Aufl. 2006, Bd. 1, § 3 III (S. 135 f.).

46 Savigny, Das Recht des Besitzes, 7. Aufl. 1865, S. 30 f.: „Da der Besitz an sich kein Rechtsverhältnis ist, so ist auch die Störung desselben keine Rechtsverletzung, und sie kann es nur dadurch werden, dass sie ein anderes Recht zugleich mitverletzt. Wenn nun die Störung des Besitzes gewaltsam geschieht, so liegt in dieser Störung eine Rechtsverletzung, weil jede Gewaltthätigkeit unrechtlich ist, und indesees Unrecht ist es, was durch ein Interdict aufgehoben werden soll“.

47 Thibaut, System des Pandekten-Rechts, 9. Ausgabe 1846, Bd. 1, § 212, S. 166: Es werde „jener, an sich bloß factische Zustand juristisch äußerst bedeutend, indem er zu der Regel führt, daß Jeder, welcher sich factisch in der Ausübung eines Rechts befindet, provisorisch, bis dahin, daß ein Anderer ein besseres Recht darauf beibringt, in diesem factischen Zustande gelassen werden muß.“ Es müsse „jeder Besitzer [...] in seinem factischen Zustande gelassen werden, solange kein Anderer rechtlich überwiegende Gründe beibringt“ (Thibaut, System des Pandekten-Rechts, 9. Ausgabe 1846, Bd. 1, § 230, S. 181).

48 Mugdan, Die gesammelten Materialien zum BGB, Bd. III, S. 502 (= Prot. S. 3333).

49 Mugdan, Die gesammelten Materialien zum BGB, Bd. III, S. 504 (= Prot. 3340).

50 Vgl. BGH, Urt. v. 24.04.1952 - IV ZR 107/51: zur Zuweisung eines Anhängers durch einen Fahrbereitschaftsleiter an einen Fuhrunternehmer.

51 Vgl. zum statusrechtlichen Denken und zum „movement from Status to Contract“ Maine, Ancient Law, 1861 (Zitat auf S. 170).

52 Vgl. Krüger, Erwerbszurechnung kraft Status, 1979, S. 128 ff.

53 Vgl. BGH, Beschl. v. 19.03.2008 - I ZB 56/07 Rn. 20; KG, Beschl. v. 26.10.1993 - I W 6068/93 Rn. 4; Seibel in: Zöllner, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 885 ZPO Rn. 11.

Eine solche äußerliche Zurechnung liegt beim Kaufinteressenten nach der heute maßgeblichen Verkehrsschauung (Rn. 11) aber fern. Er schuldet als unmittelbarer Besitzer Herausgabe und Obhut der ihm wegen seines Kaufinteresses probeweise überlassenen Sache, steht aber in keinem Verhältnis, aus dem sich eine Weisungsunterworfenheit über die Pflichten hinaus ergeben, die sich schlicht aus dem Umstand, dass er die Sache zeitweise erhalten hat, ergeben.<sup>54</sup> Auch ein gesetzliches Schuldverhältnis mit Schutzpflichten (§ 241

Abs. 2 BGB) begründet eine Weisungsabhängigkeit nicht, da es – wie beim Mieter oder Finder<sup>55</sup> – über den bloßen rechtlichen Bezug zur Sache nicht hinausgeht (Rn. 26).

54 Hoeren in: NK-BGB, 4. Aufl. 2016, § 855 Rn. 6 mit 13.

55 Zum Finder vgl. § 966 BGB und Ur. v. 27.11.1952 - IV ZR 178/52; BVerwG, Ur. v. 26.04.2018 - 3 C 5/16 Rn. 13; Schermaier in: BeckOGK, BGB, § 965 Rn. 3, 60, Stand 01.09.2020; Schäfer in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2020, § 868 Rn. 49.

## Kein Wegerecht als Gewohnheitsrecht? Zur Klärung verbreiteter Missverständnisse über eine gewohnheitsrechtliche Entstehung nachbarrechtlicher Wegerechte durch BGH, Ur. v. 24.01.2020 - V ZR 155/18

RA und Prof. (em.) Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Martinek

### A. Verblüffte Stimmen der Medien

Wenn ein zivilrechtliches BGH-Urteil bis in die Tages- und Wochenpresse sowie die TV-Nachrichtensendungen hinein Aufmerksamkeit findet, ja sogar Aufsehen erregt, dann kann dies verschiedene Gründe haben. Einer der möglichen Gründe ist, dass die Entscheidung mit einem ganz unerwarteten Ergebnis und Inhalt aufwartet und eine weite Teile der gesellschaftlichen Verkehrskreise – jedenfalls auf den ersten Blick – verblüffende und verwundernde Aussage enthält, die auf eine offenbar allgemeine Fehlvorstellung prallt und ein bisher verborgenes Missverständnis zutage fördert, um diese zu klären und zu beseitigen. Eine solche Entscheidung bildet zwar nicht das Recht fort, bietet im Grunde auch nichts rechtlich Neues, kann aber für die Rechtsordnung eine notwendige klarstellende Funktion beanspruchen und Irrwege der Rechtsanwendung versperren. Bis zur BGH-Entscheidung des 5. Zivilsenats vom 24.01.2020<sup>1</sup> war in der Tat die Fehlvorstellung verbreitet, ein nachbarrechtliches Wegerecht könne auch als sog. Gewohnheitsrecht begründet werden, wenn es nur für eine genügend lange Zeit unter den beteiligten Grundstücksnachbarn in der Überzeugung seiner rechtlichen Gebotenheit ausgeübt werde. Im vorliegenden Fall waren sogar die beiden Vorinstanzen, das LG Aachen<sup>2</sup> und das OLG Köln,<sup>3</sup> einem solchen Missverständnis unterlegen. Die Pressereaktionen auf die BGH-Ent-

scheidung zeigen, wie wichtig es war, damit aufzuräumen.<sup>4</sup> Schlagzeilen wie „Kein Wegerecht aus Gewohnheit“ (Tagesschau; FAZ; Bild),<sup>5</sup> „Wegerecht allein aus Gewohnheit ist nicht zulässig“ (DIE ZEIT)<sup>6</sup> oder „Bundesgerichtshof erteilt Wegerecht aus Gewohnheit eine Absage“ (Der Spiegel),<sup>7</sup> „Kein Gewohnheitsrecht zwischen Nachbarn“ (Haus und Grund)<sup>8</sup> oder auch „Kein Wegerecht trotz jahrzehntelanger Übung“ (Legal Tribune Online)<sup>9</sup> zeugen zwar

1 BGH, Ur. v. 24.01.2020 - V ZR 155/18.

2 LG Aachen, Ur. v. 11.10.2017 - 11 O 157/17.

3 OLG Köln, Ur. v. 01.06.2018 - 16 U 149/17.

4 Die folgenden URL-Nachweise waren alle am 05.02.2021 abrufbar.

5 [www.tagesschau.de/inland/bgh-wegerecht-nachbarn-101.html](http://www.tagesschau.de/inland/bgh-wegerecht-nachbarn-101.html); ebenso [www.faz.net/aktuell/gesellschaft/menschen/bgh-ueber-nachbarschaftsstreit-kein-wegerecht-aus-gewohnheit-16598607.html](http://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/menschen/bgh-ueber-nachbarschaftsstreit-kein-wegerecht-aus-gewohnheit-16598607.html); ebenso [www.bild.de/ratgeber/leben-und-wissen-verbraucherportal/verbraucherportal/bgh-urteil-kein-wegerecht-aus-gewohnheit-67525866.bild.html](http://www.bild.de/ratgeber/leben-und-wissen-verbraucherportal/verbraucherportal/bgh-urteil-kein-wegerecht-aus-gewohnheit-67525866.bild.html).

6 [www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2020-01/bundesgerichtshof-grundstuecke-wegerecht-eigentum-nachbarn](http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2020-01/bundesgerichtshof-grundstuecke-wegerecht-eigentum-nachbarn).

7 [www.spiegel.de/wirtschaft/service/bundesgerichtshof-erteilt-wegerecht-aus-gewohnheit-eine-absage-a-37d0387b-b917-469c-b268-a4276d1eae9d](http://www.spiegel.de/wirtschaft/service/bundesgerichtshof-erteilt-wegerecht-aus-gewohnheit-eine-absage-a-37d0387b-b917-469c-b268-a4276d1eae9d).

8 [www.haus-und-grund-bonn.de/index.php/aktuelles/rechtssprechung/nachbarrecht/1088-bgh-urteil-vom-24-1-2020-az-v-zr-155-18](http://www.haus-und-grund-bonn.de/index.php/aktuelles/rechtssprechung/nachbarrecht/1088-bgh-urteil-vom-24-1-2020-az-v-zr-155-18).

9 [www.lto.de/recht/nachrichten/n/bgh-vzr155-18-nachbar-zugang-grundstueck-wegerecht-gewohnheitsrecht/](http://www.lto.de/recht/nachrichten/n/bgh-vzr155-18-nachbar-zugang-grundstueck-wegerecht-gewohnheitsrecht/); hier wird allerdings fälschlich von einem „Beschluss“ statt von einem Urteil des BGH gesprochen.

davon, dass sich die Verkehrskreise und sogar manche Fachleute zunächst aufgeschreckt die Augen reiben mögen, doch sollte sich die Aufregung bei einem näheren Studium der Entscheidungsgründe legen und einem beifälligen Verständnis weichen. Für eine nähere Betrachtungsweise und rechtliche Würdigung fehlen in den gehetzten Nachrichtenmedien natürlich Zeit und Raum; anders als hier in der jM.

## B. Der Sachverhalt des Garagenzugangs-Falls

Schnell ist der Fall, beiwerkbereinigt, rapportiert – im Grunde kein ganz ungewöhnlicher Fall; die Repetitoren könnten ihn künftig als „Garagenzugangs-Fall“ titulieren. Die Kläger sind Eigentümer dreier nebeneinander an einer öffentlichen Straße liegender Grundstücke, die vorne über die öffentliche Straße erschlossen und mit drei aneinandergrenzenden Häusern bebaut sind. Auf dem hinteren, der Straße abgewandten Teil dieser Grundstücke stehen seit den vierziger Jahren des vorigen Jahrhunderts mehrere Garagen, die baurechtlich nicht genehmigt sind. Die Beklagte ist Eigentümerin von benachbarten Grundstücken, die sich an den mit den Garagen bebauten Teil der Grundstücke der Kläger anschließen. Über diese Grundstücke der Beklagten führt ein Weg, über den die Kläger die Garagen und die rückwärtigen Bereiche ihrer Grundstücke erreichen, auf denen sie auch vor den Garagen Fahrzeuge abstellen und andere Gegenstände im Rahmen eines kleinen Werkstattbetriebs lagern. Anderweitig sind die hinteren Grundstücksteile der Kläger mit Fahrzeugen nicht erreichbar. Seit beinahe fünf Jahrzehnten wurde die entsprechende Nutzung des Weges durch frühere Eigentümer und nach dem Eigentumsübergang auf die Beklagte auch durch diese selbst geduldet. Zum Jahresende 2016 erklärte die Beklagte gegenüber den Klägern die „Kündigung des Leihvertrages über das zu Ihren Gunsten vor über 30 Jahren bestellte, schuldrechtliche Wegerecht“. Hiermit verband sie die Ankündigung, den Weg mit Wirkung zum 01.01.2017 zu sperren, und begann im Dezember 2016 mit dem Bau einer Toranlage zum Versperren des Zuwegs. Die Kläger verlangen von der Beklagten, die Sperrung des Weges zu unterlassen, und berufen sich auf ein zu ihren Gunsten bestehendes Wegerecht, hilfsweise auf ein Notwegerecht. Im einstweiligen Verfügungsverfahren erklärt sich die Beklagte bereit, mit dem Bau der Toranlage bis zur Entscheidung im Hauptsacheverfahren abzuwarten.

## C. Der Verfahrensgang

In erster Instanz hat das LG Aachen der Klage stattgegeben.<sup>10</sup> Den Klägern stehe „aus Gewohnheitsrecht ein

Recht zur Benutzung dieser Flächen“ (des Zufahrtsweges über die Grundstücke der Beklagten zu der rückwärtigen Seite der Grundstücke der Kläger) zu. Es sei nämlich „sowohl im privaten als auch im öffentlichen Wegerecht anerkannt, dass Überwegungsrechte auch historisch, mithin durch Gewohnheitsrecht, begründet sein können“. Dabei sei ein „Gewohnheitsrecht  $\frac{1}{4}$  dann anzunehmen, wenn innerhalb eines autonomen Verbandes, nämlich innerhalb eines engeren Kreises von Betroffenen eine langdauernde, gleichmäßige, tatsächliche Übung besteht, die von der Überzeugung getragen wird, zu dem Verhalten rechtlich verpflichtet zu sein“. Werde ein bestimmter Weg über ein Privatgrundstück mithin seit langer Zeit als Zuwegung zwischen einer öffentlichen Straße und einem Hinterliegergrundstück benutzt, könne dies zur Bildung eines örtlich geltenden Gewohnheitsrechts führen, das objektives Recht darstelle und an das die Anwohner gebunden seien. „Diese Voraussetzungen sind auch vorliegend erfüllt.“<sup>11</sup>

Dem hat sich OLG Köln als Berufungsinstanz angeschlossen und die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.<sup>12</sup> Die Kläger hätten gegen die Beklagte jeweils einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch gegen die angedrohte Beeinträchtigung aus einer entsprechenden Anwendung der § 1027, § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB „unter dem Gesichtspunkt eines zumindest zu ihren Gunsten bestehenden Gewohnheitsrechts an der Nutzung des in Streit stehenden Zuwegs zum rückwärtigen Bereich (ihrer) Grundstücke  $\frac{1}{4}$  zum Zwecke des Erreichens der dort gelegenen Garagen, zum Transport von Mülltonnen sowie zu Zwecken der Ausübung eines Gewerbebetriebs“. Denn durch das von der Beklagten angekündigte Verschließen des Weges würde das an ihre jeweilige Eigentümerstellung gekoppelte Wegerecht verhindert und gestört werden. Unter Berufung auf das BVerfG, weitere höchstrichterliche Rechtsprechung und Literaturquellen<sup>13</sup> rekapituliert der 16. Zivilsenat Senat des OLG Köln die Voraussetzungen für das Entstehen und Be-

<sup>10</sup> LG Aachen, Urt. v. 11.10.2017 - 11 O 157/17.

<sup>11</sup> LG Aachen, Urt. v. 11.10.2017 - 11 O 157/17 Rn. 17.

<sup>12</sup> OLG Köln, Urt. v. 01.06.2018 - 16 U 149/17; das Berufungsurteil wiederholt dabei fast vollständig den ansonsten unveröffentlichten Beschluss in derselben Sache OLG Köln, Beschl. v. 16.04.2018 - 16 U 149/17.

<sup>13</sup> BVerfG, Beschl. v. 15.01.2009 - 2 BvR 2044/07 Rn. 62; BGH, Urt. v. 21.11.2008 - V ZR 35/08 Rn. 12; BGH, Urt. v. 16.02.2001 - V ZR 422/99 Rn. 13; OLG Stuttgart, Urt. v. 30.09.2014 - 12 U 81/14 Rn. 50; OLG Schleswig, Urt. v. 24.10.2006 - 3 U 41/06 Rn. 25; Grüneberg in: Palandt, BGB-Komm., 77. Aufl. 2018, Einl. Rn. 22; Fritzsche in: BeckOK, BGB, § 917 Rn. 45, Stand 01.11.2017; Brückner in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2017, § 917 Rn. 59.



stehen von „unabhängig von geschriebenen Rechtsnormen oder einem schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft entstehendem Gewohnheitsrecht“, nämlich „eine lang andauernde tatsächliche Übung sowie die Überzeugung der beteiligten Verkehrskreise, durch die Einhaltung dieser Übung bestehendes Recht zu befolgen“.<sup>14</sup> Unter diesen Voraussetzungen sei Gewohnheitsrecht auch im privaten und öffentlichen Wegerecht zur Begründung von historisch entstandenen Überwegungsrechten anerkannt. Auf ein Leihvertragsverhältnis zwischen den Parteien komme es nicht an. „Rechtsgrund für das in Rede stehende Wegenutzungsrecht ist im konkreten Fall ein Gewohnheitsrecht.“

Dem setzt der BGH in seiner Revisionsentscheidung den ersten Leitsatz entgegen: „Gewohnheitsrecht kann als dem Gesetz gleichwertige Rechtsquelle allgemeiner Art nur zwischen einer Vielzahl von Rechtsindividuen und in Bezug auf eine Vielzahl von Rechtsverhältnissen entstehen, nicht aber beschränkt auf ein konkretes Rechtsverhältnis zwischen einzelnen Grundstücksnachbarn.“ Vielleicht hätte sich als Leitsatz auch eine Formulierung angeboten, die sich später in den Entscheidungsgründen findet: „In einem konkreten Rechtsverhältnis zwischen einzelnen Grundstücksnachbarn kann ein Wegerecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch außerhalb des Grundbuchs nur aufgrund schuldrechtlicher Vereinbarung oder als Notwegerecht unter den Voraussetzungen des § 917 BGB entstehen, nicht aber durch eine – sei es auch jahrzehntelange – Übung unter Grundstücksnachbarn, die in der Annahme erfolgt, hierzu schuldrechtlich oder nach § 917 BGB berechtigt bzw. verpflichtet zu sein.“<sup>15</sup>

#### D. Der enge und der weite Begriff des Gewohnheitsrechts

Den Kern der BGH-Entscheidung bildet die Festlegung auf ein „enges“ Verständnis des Gewohnheitsrechts, das der ganz überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur entspricht,<sup>16</sup> und die Zurückweisung eines vom LG Aachen stillschweigend und vom OLG Köln ausdrücklich zugrunde gelegten „weiten“ Begriffs des Gewohnheitsrechts, für den sich kaum andere Befürworter finden lassen.<sup>17</sup> Der BGH spricht eine klare Sprache: „Das Berufungsgericht verkennt den Begriff des Gewohnheitsrechts und die Voraussetzungen für dessen Entstehen.“<sup>18</sup> Während nach dem weiten Verständnis ein gewohnheitsrechtliches Wegerecht schon allein zwischen den Betroffenen, d.h. zwischen einzelnen Grundstücksnachbarn, durch eine langdauernde, gleichmäßige, tatsächliche Übung in der Überzeugung ihrer rechtlichen Gebotenheit entstehen und bestehen kann, betont der

Senat, dass das Gewohnheitsrecht als ungeschriebenes Recht und „als dem Gesetz gleichwertige Rechtsquelle allgemeiner Art“ eine „generell-abstrakte Regelung“ enthalten und „über den Einzelfall hinausweisen“ muss. An diesem Erfordernis einer abstrakt-generellen Regelung fehlt es in casu.

Nun hatte auch die Vorinstanz des OLG Köln keineswegs übersehen, dass beachtliche Teile der Rechtsprechung „das Gewohnheitsrecht nur als Rechtsquelle allgemeiner Art“ verstanden wissen wollen und deshalb als Rechtsgrund einer Verpflichtung zwischen Privatpersonen nicht anerkannt hatten;<sup>19</sup> ohne nähere Auseinandersetzung mit dem engen oder weiten Begriff des Gewohnheitsrechts aber „folgt der Senat dem nicht“.<sup>20</sup> Demgegenüber lässt sich den Ausführungen des BGH durchaus eine Begründung für den bevorzugten engen Begriff des Gewohnheitsrechts entnehmen: Es ist der dem Gesetz gleichwertige Rechtsquellencharakter allgemeiner Art, der das Erfordernis eines generell-abstrakten Regelungsinhalts des Gewohnheitsrechts bedingt. Mit dieser Festlegung auf einen engen Begriff des Gewohnheitsrechts ist der Streit und der Fall eigentlich bereits auf abstrakt-begrifflicher oder rechtsquellentheoretischer Ebene entschieden. Dabei konnte sich der BGH

14 OLG Köln, Ur. v. 01.06.2018 - 16 U 149/17 Rn. 30.

15 BGH, Ur. v. 24.01.2020 - V ZR 155/18 Rn. 10.

16 Vgl. insbesondere BVerfG, Beschl. v. 28.06.1967 - 2 BvR 143/61 Rn. 25 ff.; BVerfG, Beschl. v. 18.02.1970 - 1 BvR 226/69 Rn. 35 ff.; BVerfG, Beschl. v. 14.02.1973 - 2 BvR 667/72 Rn. 20 ff.; BVerfG, Beschl. v. 15.01.2009 - 2 BvR 2044/07 Rn. 62 ff.; BGH, Ur. v. 16.02.2001 - V ZR 422/99 Rn. 13 ff.; BGH, Ur. v. 21.11.2008 - V ZR 35/09 Rn. 11 ff.; BGH, Ur. v. 18.11.2016 - V ZR 266/14 Rn. 23 ff.; BGH, Ur. v. 19.03.2013 - VI ZR 56/12 Rn. 29; BGH, Beschl. v. 04.04.2017 - II ZB 10/16 Rn. 24; aus der Literatur vgl. statt vieler Krebs/Becker, JuS 2013, 97 ff. m.w.N.

17 Thüsing erwähnt in seiner Besprechung des vorliegenden BGH-Urteils ([www.juraexamen.info/bgh-kein-wegerecht-aus-gewohnheitsrecht/](http://www.juraexamen.info/bgh-kein-wegerecht-aus-gewohnheitsrecht/)) die offenbar unveröffentlicht gebliebene Entscheidung des LG Rottweil, Ur. v. 26.03.2014 - 3 O 259/13 als Beispiel für ein weites Verständnis des Gewohnheitsrechts; diese Entscheidung wurde zwar von OLG Stuttgart, Ur. v. 30.09.2014 - 12 U 81/14 aufgehoben, doch meint auch das OLG Stuttgart (Rn. 50 ff.), dass die lang andauernde Nutzung eines über ein Privatgrundstück führenden Weges als Zuweg zwischen der öffentlichen Straße und einem Hinterliegergrundstück zur Bildung eines örtlich geltenden Gewohnheitsrechts führen könne, das objektives Recht darstelle und an das die Anwohner gebunden seien; in diesem Fall hat sich das weite Verständnis des Gewohnheitsrechts allerdings wegen des Bestehens eines Notwegerechts nach § 917 BGB im Ergebnis nicht ausgewirkt; vgl. dazu auch BGH, Beschl. v. 18.06.2015 - V ZR 234/14.

18 BGH, Ur. v. 24.01.2020 - V ZR 155/18 Rn. 5.

19 Hinweise insoweit auf OLG Hamm, Ur. v. 09.10.1986 - 5 U 88/86; LG Koblenz, Ur. v. 28.05.2013 - 6 S 277/12; AG Neuruppin, Ur. v. 29.04.2005 - 42 C 37/04.

20 OLG Köln, Ur. v. 01.06.2018 - 16 U 149/17 Rn. 31.

rechtstheoretische oder gar rechtsphilosophische Überlegungen zum Gewohnheitsrecht sparen, das von Engisch als „die ursprüngliche Art und Weise des Rechts, das Leben zu lenken“<sup>21</sup> bezeichnet worden war und bei dem höchst umstritten und unklar ist, wie aus dem „tatsächlichen Sein“ (Übung in Rechtsüberzeugung) ein „verbindliches Sollen“ hervorgehen kann, ohne dass man sich auf das rechtliche Glatteis der Anerkennung einer „normativen Kraft des Faktischen“ (Jellinek<sup>22</sup>) begibt oder gar – wie Esser befürchtet hat<sup>23</sup> – in die grausige Nähe des Satzes gerät „Recht ist, was das Volk als Recht anerkennt“.

### E. Nachbarrechtliches Wegerecht und Grundbucheintragung

Der BGH unterfüttert indes seinen Standpunkt mit weiteren, unmittelbar auf das nachbarrechtliche Wegerecht bezogenen Überlegungen. Abgesehen von einer rein schuldrechtlichen Vereinbarung eines Wegerechts ohne Grundbucheintragung und mit der Begründung von nur relativen Rechten und Pflichten zwischen den Parteien, ist das nachbarrechtliche Wegerecht im Sachenrecht als beschränktes dingliches Teilrecht in Form einer subjektiv-dinglichen Grunddienstbarkeit (mit herrschendem und dienendem Grundstück), § 1018 BGB, oder als beschränkte persönliche Dienstbarkeit (zugunsten einer Person, die nicht Grundstückseigentümer sein muss), § 1090 BGB, ausgestaltbar; immer bedarf es hierfür einer Grundbucheintragung, § 873 BGB, während eine Ersitzung bei nicht eingetragenen Rechten nach § 900 Abs. 2 Satz 1 BGB ausgeschlossen ist.

Es ist leicht erkennbar, dass auf der Grundlage eines weiten Verständnisses des Gewohnheitsrechts ein „nachbarrechtliches Wegerecht“ auch ohne Grundbucheintragung zustande kommen könnte. Das OLG Köln war sich hierüber im Klaren und wollte dies bewusst in Kauf nehmen:<sup>24</sup> Dem Entstehen von räumlich sowie für einen abgeschlossenen Personenkreis geltendem Gewohnheitsrecht stehe nicht entgegen, „dass es für die Entstehung eines dinglich gesicherten Rechtes an einem Grundstück gemäß § 873 BGB der Eintragung in das Grundbuch bedarf. Denn der Inhalt eines aus Gewohnheitsrecht in bestehenden Wegerechts kann von den von § 873 BGB erfassten Rechten an einem Grundstück abweichen. Insbesondere muss sich ein aus Gewohnheitsrecht bestehendes Wegerecht nicht auf ein bestimmtes Grundstück oder einen bestimmten Grundstücksteil beziehen.“ Dem hält der BGH entgegen: „Das sieht das Bürgerliche Gesetzbuch nicht vor“.<sup>25</sup> Der Senat führt hierzu aus; „Der Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches hat

sich [¼] mit § 873 Abs. 1 BGB bewusst für eine Anwendung des Eintragungsprinzips auf die Grunddienstbarkeit entschieden [¼] Hiermit wollte er gerade den Erwerb von Grunddienstbarkeiten im Wege der Ersitzung ausschließen und der damit verbundenen Gefahr vorbeugen, dass ‚durch fortgesetzten Mißbrauch einer Gefälligkeit ein Recht erschlichen werde‘ (Motive III, S. 165), und dass ‚verwickelte und kostspielige Rechtsstreitigkeiten [entstehen] zwischen demjenigen, welcher eine Dienstbarkeit in Anspruch nimmt, und dem Erwerber des Grundstücks, der von derselben keine Kenntnis erhalten hat, bzw. zwischen dem Erwerber und dem Veräußerer‘ (Motive III, S. 165 f.). Die Eintragung des Rechts stelle die Beziehungen der Beteiligten zueinander der Regel nach vollständig klar (Motive III, S. 166). Diesem ausdrücklich erklärten Willen des Gesetzgebers widerspräche es, wenn Grunddienstbarkeiten zwischen Grundstücksnachbarn ohne Eintragung in das Grundbuch allein durch eine langjährige Übung entstehen könnten.“<sup>26</sup>

Ebenso ungewöhnlich wie erfreulich ist es, dass der BGH die Rechtslage nach unserem BGB im Rückgriff auf rechtsvergleichende und rechtsgeschichtliche Überlegungen erläutert, in dem er auf die (bis heute) abweichende Rechtslage in Österreich nach dem ABGB von 1812 und auf die auch in Deutschland früher unterschiedlichen Regelungen nach dem alten Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794 hinweist, wonach jeweils durchaus Grunddienstbarkeiten auch außerhalb des Grundbuchs, namentlich im Wege der Ersitzung, erworben werden können bzw. konnten. Diese Überlegungen sind zwar nicht entscheidungserheblich, nehmen sich aber als ein erbaulicher und verständnisvoller Exkurs aus.

### F. Das ostfriesische „Inwiekenrecht“ als gewohnheitsrechtliches Wegerecht

Und doch darf die neue BGH-Entscheidung – entgegen manchen eingangs zitierten, neue Missverständnisse fördernden Pressestimmen – keineswegs dahin gehend verstanden werden, dass es (neben dem schuldrechtlich

21 Engisch, Einführung in das juristische Denken, 7. Aufl. 1977, S. 44.

22 Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914, S. 337 (Neudruck 2019).

23 Esser, Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und des Staates, 1949, S. 118.

24 OLG Köln, Urt. v. 01.06.2018 - 16 U 149/17 Rn. 31.

25 BGH, Urt. v. 24.01.2020 - V ZR 155/18 Rn. 11.

26 BGH, Urt. v. 24.01.2020 - V ZR 155/18 Rn. 15; ähnlich schon AG Neuruppin, Urt. v. 29.04.2005 - 42 C 37/04.

vereinbarten Wegerecht) immer nur im Grundbuch eingetragene Wegerecht geben könne und dürfe. In Wirklichkeit erkennt der BGH nach wie vor auch ein Wegerecht kraft Gewohnheitsrechts an, wenn die Voraussetzungen des engen Begriffs des Gewohnheitsrechts vorliegen. Dies zeigt der Fall des im Jahre 2008 gleichfalls vom 5. Senat des BGH entschiedenen Falls des sog. „Inwiekenrechts“ von Ostfriesland:<sup>27</sup> Im Mittelpunkt stand damals ein Gemeindegebiet in der Fehnlandschaft Ostfrieslands (Fehn = Moor), die von Wasserkanälen mit Hauptkanälen (Wieken) und Nebenkanälen (Inwieken) durchzogen ist. Entlang dieser Inwieken verlaufen auf den Seitenstreifen Wege, die mindestens seit Mitte des 19. Jahrhunderts von den Nachbarn als Zugangsweg zu ihren Grundstücken benutzt werden dürfen, auch wenn sie über fremden Privatgrund führen. Zugezogene Neubürger wollten dies nicht länger dulden, scheiterten aber auf dem „Rechtsweg“, weil die Wegebenutzung in dieser Gegend als örtlich begrenztes Gewohnheitsrecht (sog. Observanz) angesehen wird.<sup>28</sup> Diese Inwieken-Entscheidung ruft der BGH in der neuen Garagenzufahrtsentscheidung in Erinnerung und betont, „dass unter bestimmten Voraussetzungen auch Wegerechte gewohnheitsrechtlich entstehen können“, aber eben nur „zwischen einer Vielzahl von Rechtsindividuen und in Bezug auf eine Vielzahl von Rechtsverhältnissen“.<sup>29</sup> Ohne Weiteres kommt einem solchen örtlich begrenzten Gewohnheitsrecht mithin ein normativer Charakter zu. In diesem Licht erweisen sich die Reaktionen auf das neue Urteil als ungenau, ja sogar als falsch, wenn sie mit Schlagzeilen wie „Kein Wegeerecht aus Gewohnheit“ aufmachen. Es gibt vielmehr nach wie vor ein gewohnheitsrechtliches Wegerecht außerhalb des Grundbuchs.

### G. Wegerecht und Notwegerecht

Eine letzte Bemerkung betrifft die Frage eines Notwegerechts<sup>30</sup> der Kläger. Diese Frage vermochte der BGH in casu mangels Entscheidungsreife nicht zu klären und musste die Sache das OLG Köln zu weiteren Feststellungen zurückverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO), das nunmehr nach § 917 Abs. 1 Satz 1 BGB zu prüfen hat, ob die ordnungsmäßige Benutzung des (womöglich gewerblichen) Grundstücks der Kläger es den Umständen nach erfordert, dass auf dem verbindungslosen Grundstücksteil Kraftfahrzeuge be- und entladen sowie ggf. auch abgestellt werden und damit eine Zufahrt notwendig ist. Hierfür verlangt der BGH „in der Regel“, dass das Grundstück nach seinen konkreten Verhältnissen „eine gewerbliche Nutzung größeren Umfangs erlaubt“, denn ansonsten könnten die Gegenstände durch die Gebäude zum hinteren Grundstücksteil transportiert werden. Vor

allem aber: ein solches Notwegerecht ist nach § 917 Abs. 2 BGB durch eine Geldrente entschädigungspflichtig. Die Regelung ist für nicht durch dingliche Rechte oder schuldrechtliche Verträge begründete Wegerechte als abschließende Regelung anzusehen und kann auch nicht durch die Rechtsfigur des nachbarschaftlichen Gemeinschaftsverhältnisses umgangen oder erweitert werden.<sup>31</sup> Bei einer nur Wohnzwecken dienenden Nutzung der Grundstücke wäre den Klägern indes für die Benutzung der Garagen ein Notwegerecht versperrt, weil diese Garagen baurechtlich nicht genehmigt und mangels Erschließung auch nicht genehmigungsfähig sind und schon deshalb keine „ordnungsmäßige Benutzung“ in Betracht kommt; zudem können Kraftfahrzeuge vorne an der Straße abgestellt werden.

### H. Die Quintessenz des Urteils

Die Entscheidung konkretisiert den zu Recht herrschenden engen Begriff des Gewohnheitsrechts und weist mit klaren Worten das Missverständnis eines „weiten“ Begriffs zurück. Sie macht insbesondere deutlich, dass die verbreitete Kennzeichnung des Gewohnheitsrechts durch die objektive Voraussetzung einer lang anhaltenden, dauerhaften Übung (*longo consuetudo*) und durch die subjektive Voraussetzung einer Überzeugung der Beteiligten von ihrer rechtlichen Gebotenheit (*opinio iuris sive necessitatis*, (Rechtsgeltungswille oder Rechtsüberzeugung) im Grunde unvollständig ist. Erforderlich ist immer ein über den Einzelfall hinausweisender normativer Charakter des Gewohnheitsrechts (eine Regelhaftigkeit als Rechtssatz). Es bedarf mithin immer auch eines formalen Elements, wonach Gegenstand des Gewohnheitsrechts „stets eine Regel (ist), die als Rechtssatz formuliert wer-

27 BGH, Urt. v. 21.11.2008 - V ZR 35/08.

28 Das Inwiekenrecht ist als eine durch die spezifische Bewirtschaftungs- und Siedlungsstruktur des Fehngebiets bedingte allgemeine Zugangsregelung auf Gegenseitigkeit zu verstehen. Die Erschließung einer Vielzahl zusammenhängender Grundstücke hing dabei vor allem von Wasserläufen ab, sodass jeder Eigentümer den anderen Anliegern ein Wegerecht einräumen musste, andererseits aber die übrigen Grundstücke entlang der Inwieke entsprechend benutzen konnte. Im Gegensatz zu der Situation bei Bestehen eines Notwegerechts haben daher fast alle Grundstücke in Bezug auf das Wegerecht zugleich dienenden und herrschenden Charakter; eine Entschädigungspflicht, wie sie dem Notwegerecht des § 917 BGB eigen ist, kommt freilich nicht in Betracht.

29 BGH, Urt. v. 24.01.2020 - V ZR 155/18 Rn. 6 und 9.

30 Der BGH spricht beharrlich vom „Notwegerecht“.

31 Dazu BGH, Urt. v. 15.11.2013 - V ZR 24/13 Rn. 26; BGH, Urt. v. 22.01.2016 - V ZR 116/15 Rn. 14.



den kann“.<sup>32</sup> Nach dem Urteil folgt aus dem engen und richtigen Begriff des Gewohnheitsrechts, dass in einem konkreten Rechtsverhältnis zwischen einzelnen Grundstücksnachbarn ein Wegerecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch außerhalb des Grundbuchs nur aufgrund schuldrechtlicher Vereinbarung oder als Notwegerecht unter den Voraussetzungen des § 917 BGB entstehen kann.

32 So Krebs/Becker, JuS 2013, 97, 98 (allerdings mit strafrechtlichem Schwerpunkt); vgl. auch Bydliński, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 214; Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 2008, S. 556.

## beA 2021: Vom Anschluss- ohne aktiven Benutzungszwang

BGH, Beschl. v. 17.12.2020 - III ZB 31/20

VPPräsLG Holger Radke

### A. Problemstellung

Jede Rechtsanwältin und jeder Rechtsanwalt in Deutschland ist Inhaber(in) eines besonderen elektronischen Anwaltspostfachs (beA) und zugleich verpflichtet, die für dessen Nutzung erforderlichen technischen Einrichtungen vorzuhalten. Und nicht nur das: Es besteht auch die Pflicht zur sog. „passiven Nutzung“, d.h. Zustellungen und Mitteilungen, die über das Postfach zugehen, müssen zur Kenntnis genommen werden (§ 31a Abs. 6 BRAO). Dagegen gibt es bislang noch keine „aktive Nutzungsverpflichtung“, also keine gesetzliche Vorgabe, bestimmte Schriftsätze ausschließlich in elektronischer Form zu übermitteln; die dafür vorgesehenen Vorschriften (z.B. § 130d ZPO oder § 32d StPO) treten erst zum 01.01.2022 in Kraft.<sup>1</sup>

Muss man aber nicht – ausnahmsweise – doch schon heute eine Nutzungspflicht annehmen, wenn der gewählte „traditionelle“ Kommunikationsweg (z.B. die Übermittlung per Telefax) scheitert und keine Zeit mehr bleibt, den fristgebundenen Schriftsatz auf anderem Wege rechtzeitig einzureichen? Immerhin verlangt der BGH doch in langjährig gefestigter Rechtsprechung, dass auch bei einer technischen Störung alle noch möglichen und zumutbaren Maßnahmen zu ergreifen sind, um den fristgerechten Zugang sicherzu-

stellen.<sup>2</sup> Wäre es dann nicht folgerichtig, jedenfalls in solchen Fällen eine Pflicht zum Rückgriff auf das ohnehin vorhandene beA, das eine schnelle und rechtswirksame Übertragung zum Gericht gewährleistet, zu statuieren? Im Regelfall nein – sagt der BGH.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Anwalt des Klägers hatte am letzten Tag der (bereits verlängerten) Berufungsbegründungsfrist zwischen 17:00 und 19:45 Uhr mehrfach versucht, einen Schriftsatz per Telefax an das Berufungsgericht zu übersenden. Diese Versuche schlugen fehl, weil das Telefaxgerät des Gerichts zu diesem Zeitpunkt defekt war. Der Anwalt hat daraufhin den Schriftsatz mit seiner Unterschrift eingescannt und per einfacher E-Mail an das Verwaltungspostfach des Gerichts übermittelt, wo er allerdings erst am Folgetag (und damit nach Fristablauf) ausgedruckt wurde. Innerhalb der gesetzlichen Frist hat der Anwalt sodann einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gestellt, den das Berufungsgericht jedoch mit dem Hinweis, die Fristversäumnis sei nicht unverschuldet gewesen (§ 233 ZPO), zurückgewiesen und die Berufung als unzulässig (§ 522 Abs. 1 ZPO) verworfen hat. Der Anwalt – so der Vorwurf – habe es unterlassen, den ihm möglichen und zumutbaren Übermittlungsweg „beA“ einzuschlagen und demzufolge nicht alle gebotenen Maßnahmen zur Fristwahrung getroffen.

Der BGH hat die gegen diese Entscheidung eingelegte Rechtsbeschwerde zunächst dazu genutzt, seine umstrittene Rechtsprechung zur Wirksamkeit der Einlegung eines Rechtsmittels durch Übermittlung eines im Original unterschriebenen und dann eingescannten Schriftsatzes zu bekräftigen.<sup>3</sup> Allerdings vermochte dies der Berufungsbegründung vorliegend nicht zur Fristwahrung zu verhelfen, da der Ausdruck des Schriftsatzes im Gericht – auf den es für den wirksamen Eingang in diesen Fällen ankommt – erst einen Tag nach dem Eingang der Mail im Verwaltungspostfach des Gerichts und damit nach Ablauf der Frist erfolgt war.

1 Ausnahmen bilden die Arbeitsgerichtsbarkeit in Schleswig-Holstein seit dem 01.01.2020 sowie die Arbeits-, Finanz- und Sozialgerichtsbarkeit des Landes Bremen (mit Ausnahme des LSG Celle-Bremen) seit dem 01.01.2021. Beide Bundesländer haben von der Option Gebrauch gemacht haben, das Inkrafttreten für die genannten Gerichtszweige vorzuziehen (Art. 24 Abs. 2 i.V.m. Art. 26 Abs. 7 ERVGerFöG).

2 Beispielhaft BGH, Beschl. v. 06.03.1995 - II ZB 1/95 Rn. 4.

3 Ausführlich zuletzt BGH, Beschl. v. 08.05.2019 - XII ZB 8/19; kritisch zu diesem „ERV-light“ etwa Windau, NZFam 2019, 571, 573 unter Hinweis auf die abweichende Rechtsauffassung etwa des BSG (BSG, Ur. v. 12.10.2016 - B 4AS 1/16 R).

Folglich hat der BGH zwar die Fristversäumung bestätigt, ist aber der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts zur Beurteilung des Verschuldens im Rahmen der Wiedereinsetzung entgegengetreten. Zentrales Kriterium – so der BGH – sei die Frage, ob der Rückgriff auf eine freigegebene Übermittlungsart (hier also die Nutzung von beA) im konkreten Fall „zumutbar“ gewesen sei. Man könne von einem Einreicher zwar erwarten, bei fehlgeschlagener Übermittlung nach alternativen Lösungen zu suchen, indes nur nach solchen, die sich ihm „aufdrängen“ mussten. Dies könne auch der Fall sein, wenn ein anderer Kommunikationsweg, der die fristgerechte Übermittlung erlaubt (also z.B. „beA“ statt Telefax), tatsächlich zur Verfügung stehe. Abweichend von der Vorinstanz sieht der BGH die Zumutbarkeit dieser Alternative aber nur als gegeben an, wenn der Einreicher beA in der Vergangenheit – also vor der gescheiterten Übermittlung per Fax – tatsächlich bereits aktiv zum Versand von Schriftsätzen genutzt hatte. Dies war aber vorliegend nicht der Fall, vielmehr hatte dieser aus Sicht des Senats glaubhaft seine mangelnde Vertrautheit und Erfahrung mit einer aktiven Nutzung des beA nachgewiesen. Daher habe er mit der Einreichung des eingescannten Schriftsatzes alles ihm zumutbare getan, um die Frist zu wahren, und könne daher in den Genuss der beantragten Wiedereinsetzung kommen, ohne sich den mangelnden Rückgriff auf beA vorwerfen lassen zu müssen.

### C. Kontext der Entscheidung

Der BGH hat in einer Frage für Klarheit gesorgt, die bislang in der Rechtsprechung der Instanzgerichte umstritten war. Nicht nur (im vorliegenden Fall) das OLG Rostock, sondern auch das LG Krefeld<sup>4</sup> oder das OLG Dresden<sup>5</sup> sahen im Scheitern der Telefaxübermittlung bisher eine Konstellation, die einen Prozessbevollmächtigten (ausnahmsweise) zur aktiven Nutzung des beA zwingt. Demgegenüber hatte das LG Mannheim<sup>6</sup> sich auf den Standpunkt gestellt, es könne von einem Anwalt nicht erwartet werden, dass er sich kurzfristig und im Vorfeld der gesetzlich statuierten Verpflichtung mit den Anforderungen an die wirksame Versendung von Dokumenten über beA vertraut mache. Dies gelte auch trotz der bereits derzeit bestehenden passiven Nutzungspflicht, da der rechtskonforme Versand von Dokumenten grundlegend andere Anforderungen mit sich bringe.

Auf dem Weg des LG Mannheim ist der BGH nunmehr gewandelt. Ich halte diese Auffassung auch für überzeugend. Der Gesetzgeber hat eine Grundsatzentscheidung getroffen, wonach professionelle Einreicher wie etwa Rechtsanwälte bis Ende 2021 Zeit haben, sich auf die

Pflicht zur aktiven Nutzung des beA vorzubereiten. Dem Anwalt eine Sorgfaltspflichtverletzung vorzuwerfen, wenn er in einer Not- und Stresssituation wie dem Scheitern der Faxübermittlung kurz vor Fristablauf nicht damit beginnt, sich in die Funktionsweise der Nachrichtenübermittlung bei beA einzuarbeiten, überspannt den Bogen und würde die Entscheidung des Gesetzgebers „durch die Hintertür“<sup>7</sup> relativieren.

### D. Auswirkungen für die Praxis

Für Prozessbevollmächtigte bleibt es damit dabei, dass sie noch bis Ende des Jahres Zeit haben, sich mit der aktiven Funktionsweise von beA vertraut zu machen. Für jeden, der diese Einarbeitung bereits geleistet hat, ist indes Vorsicht geboten: Nur tatsächliche Unwissenheit schützt vor fehlendem Verschulden! Wer beA in der Praxis schon genutzt hat, also weiß, wie das Programm funktioniert, der muss (wenn er, aus welchen Gründen auch immer, in einem konkreten Fall wieder auf das Telefax zurückgreift) bei einem Fehlschlagen der Faxkommunikation den Weg über beA einschlagen.

4 LG Krefeld, Beschl. v. 10.09.2019 - 2 S 14/19.

5 OLG Dresden, Beschl. v. 29.07.2019 - 4 U 879/19 und Beschl. v. 18.11.2019 - 4 U 2188/19.

6 LG Mannheim, Beschl. v. 17.01.2020 - 1 S 71/19.

7 Vgl. auch Siegmund, NJW 2020, 940, 941.

## Schadensersatz bei vereiteltem Ferienumgang KG, Beschl. v. 18.05.2020 - 13 UF 88/18

W.a. RiAG a.D. Dr. Wolfram Viefhues

### A. Problemstellung

Bei getrennt lebenden oder geschiedenen Eltern verlaufen die Umgangskontakte mit den Kindern nicht immer störungsfrei. Dies zeigt sich an einer Vielzahl von Entscheidungen der Familiengerichte zu umgangsrechtlichen Fragen.

Besonders kritisch wird es bei Umgangsverweigerungen, die im Zusammenhang mit Urlaubsreisen erfolgen. Das Kammergericht befasst sich in seiner sehr umfangreich begründeten Entscheidung mit einem solchen Fall unter dem Blickwinkel eines Schadensersatzanspruches wegen der angefallenen Kosten.

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der komplexe Sachverhalt lässt sich vereinfacht wie folgt darstellen.

Der Kindesvater hatte mit Einverständnis der Kindesmutter für die gemeinsamen Kinder und sich zusammen mit seiner neuen Ehefrau und deren Kind eine Urlaubsreise nach Thailand gebucht. Zwischen den Eltern gab es zuvor bereits gerichtliche Auseinandersetzungen zum Umgangsrecht.

Wegen eines in Thailand kurz zuvor erfolgten Bombenanschlags widerrief die Kindesmutter ihre Zustimmung.

Sie beantragte bei der Rechtsantragsstelle des Familiengerichts den Erlass einer einstweiligen Anordnung ohne mündliche Verhandlung, mit der dem Vater die Ausreise mit den Kindern untersagt werden sollte. Sie wurde noch am gleichen Tag von der zuständigen Familienrichterin angehört, die eine Entscheidung ohne rechtliches Gehör des Kindesvaters ablehnte. Daraufhin nahm sie ihren Antrag zurück.

Sie erreichte durch teilweise unwahre, aber zumindest unvollständige Angaben gegenüber der Bundespolizei, dass diese am nächsten Tag den Kindesvater mit den Kindern am Flughafen aus der Warteschlange herausführte und die Ausreise der Kinder untersagte. Daraufhin traten auch die neue Ehefrau und deren Kind den Flug nicht an.

Aufgrund einer vom Kindesvater kurzfristig erlangten gerichtlichen Eilentscheidung konnte die Urlaubsreise verspätet angetreten werden. Hierdurch sind erhebliche Unkosten angefallen, die der Kindesvater erstattet verlangt.

Auszugehen ist davon, dass es grds. allein Sache des umgangsberechtigten Elternteils ist, über den Ort des Ferienumgangs mit den gemeinsamen Kindern und die Art der Ferien zu entscheiden. Auch bei einer Fernreise handelt es sich nicht um eine Entscheidung von besonderer Bedeutung, für die der umgangsberechtigte Elternteil nach § 1687 Abs. 1 Satz 1 BGB die Zustimmung des anderen Elternteils benötigen würde.

Etwas anderes gilt aber dann, wenn der beabsichtigten (Urlaubs-)Reise das Kindeswohl elementar – i.S.v. § 1666 BGB – entgegensteht, weil die Urlaubsreise in politische Krisengebiete führen soll; im Zielgebiet Krieg, Bürgerkrieg oder kriegerische Unruhe herrschen; eine Reise warnung des Auswärtigen Amtes vorliegt oder dem Kind im Zielgebiet nicht beherrschbare, außergewöhnliche gesundheitliche Risiken drohen.

Das KG gesteht dem Kindesvater einen Anspruch auf Schadensersatz aus den § 1684, § 280 Abs. 1 BGB bzw. aus der von der Antragsgegnerin erteilten Zustimmung sowie aus § 823 Abs. 1, § 826 BGB zu.

Es handele sich um eine zum Schadensersatz verpflichtende, vorsätzliche sittenwidrige Schädigung, wenn der Obhutselternteil, der seine ursprünglich erteilte Zustimmung zu einer Ferienreise des gemeinsamen Kindes mit den umgangsberechtigten Elternteil widerrufen hat und der von der zuständigen Familienrichterin über die Unrichtigkeit der eigenen Rechtsauffassung und darüber belehrt wurde, dass die unmittelbar bevorstehende Abreise des Kindes in den Urlaub familiengerichtlich nicht untersagt werden könne, sich gleichwohl, ohne die erlangte richterliche Belehrung zu erwähnen, an die Bundespolizei am Flughafen wendet und es unter Beharrung auf die eigene, unzutreffende Rechtsauffassung erreicht, dass die Polizei den Abflug des Kindes in die Ferien unterbindet.

In seiner Entscheidung macht das Kammergericht deutlich, dass selbst in Eilfällen eine eigenmächtige Beurteilung des Kindeswohls durch den Obhutselternteil nicht geeignet ist, eine einseitige Abkehr von der familiengerichtlichen Umgangsregelung zu rechtfertigen. Vielmehr ist dann der Obhutselternteil gehalten, ggf. eine familiengerichtliche Eilentscheidung herbeizuführen, wenn er der Meinung sein sollte, aufgrund von neu eingetretenen Entwicklungen sei die getroffene Umgangsregelung abzuändern.

Die Entscheidung geht dann mit umfangreicher Begründung auf schadensersatzrechtliche Fragen ein.

Deutlich klargestellt wird, dass grds. nicht nur die für den Kindesvater und das gemeinsame Kind angefallenen Kosten zu erstatten sind, sondern auch die Kosten, die für die neue Ehefrau des Kindesvaters und deren Kind erforderlich geworden sind. Denn die Kindesmutter wusste, dass der umgangsberechtigte Elternteil die Ferienreise als „Familienurlaub“ mit dem gemeinsamen Kind und seiner Ehefrau und deren Kind geplant hat. Es war auch nicht abzusehen, dass der Kindesvater durch die zeitnahe einstweilige Anordnung des Familiengerichts noch „grünes Licht“ zum Reiseantritt bekommen würde. Daher konnte nicht als Verletzung der Schadensminderungspflicht eingewandt werden, dass die Ehefrau und deren Kind nicht alleine vorausgeflogen sind. Auch der Einwand der Mutter, nicht sie, sondern die Bundespolizei habe den Flug der Kinder untersagt, geht an den Regeln der Kausalität vorbei, denn ohne ihr Verhalten wäre der Flug nicht unterbunden worden.

Die Auswirkungen des nicht angetretenen Hinfluges sind je nach den Buchungsbedingungen der Fluglinie unterschiedlich. Wenn – wie im Fall des Kammergerichts – nach diesen Bedingungen für die ursprünglich gebuchten Tickets der Nichtantritt des Hinfluges zur Stornierung des Rückfluges führt, besteht der Schaden in den Kosten für die zeitnah neu gebuchten (Ersatz-)Hin- und Rückflüge. Die neuen Flüge wurden erst nach dem schädigenden Ereignis, d.h. dem verhinderten Abflug gebucht. Sie sind dadurch Schäden, die als kausale Folge des Schadensereignisses entstanden sind. Bei der Buchung des Ersatzfluges handelt es sich – so stellt das Kammergericht klar – nicht um nur mit Einschränkungen zu ersetzende „frustrierte“ oder fehlgeschlagene Aufwendungen.<sup>1</sup>

Da der Schadensersatz nicht zu einer Bereicherung des Geschädigten führen darf, ist die Gutschrift der stornierten Flüge mit dem Schadensersatzanspruch zu verrechnen. Keine Absetzungen erfolgt für nicht in Anspruch genommene Flugnebenkosten wie Steuern und Service Fee der verfallenen Tickets für die ursprünglich gebuchten Flüge, wenn diese bereits vorab von der Fluggesellschaft mit der Gutschrift verrechnet wurden.

Zugesprochen wurden auch Erstattungsansprüche wegen der Kosten, die durch die Stornierung für das ursprünglich für einige Tage gebuchte Hotel sowie für die Kosten der aufgrund der veränderten Rückflugzeit erforderlich gewordenen zusätzlichen Hotelübernachtung im Urlaubsland. Ebenfalls erstattungspflichtig sind die Fahrtkosten für die zusätzliche Rückfahrt vom Flughafen zum Wohnort und die erneute Hinfahrt zum Flughafen sowie die Fahrtkosten vom Wohnort zum Reisebüro, um die Ersatzflüge buchen zu können.

Ersatz für nutzlos aufgewandte Urlaubszeit wurde nicht zugesprochen, da nur die Spezialregelungen in § 253 Abs. 1, § 651n Abs. 2 BGB entsprechenden Schadensersatz gewähren. Auch einen Anspruch auf Schmerzensgeld aus § 253 Abs. 2 BGB verneint das Gericht. Eine schwerwiegende Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sei nicht schon dann gegeben, wenn der Betroffene von der Polizei angehalten und kontrolliert und ihm mündlich eine Polizeiverfügung eröffnet wird.

Zudem hatte der selbstständig tätige Kindesvater wegen der verspäteten Urlaubsrückkehr Verdienstausfall gem. § 252 Satz 1 BGB geltend gemacht. Hierzu muss jedoch die durch die Schädigung eingetretene Gewinnminderung konkret festgestellt werden, wobei auch eventuell ersparte Betriebsausgaben zu berücksichtigen sind. Im

Fall fehlte jedoch ausreichend substantiierter Sachvortrag des darlegungspflichtigen Geschädigten.

Hinsichtlich des Ersatzes der Anwaltskosten ist zu differenzieren.

Grds. zu ersetzen ist der Teil der Rechtsverfolgungskosten, der angefallen ist, um die einstweilige Anordnung des Familiengerichts zu erwirken, die den Antragsteller im Ergebnis in die Lage versetzt hat, die Ersatzflüge zu buchen und die geplante Ferienreise – dann verspätet – antreten zu können.

Dieser materiell-rechtliche Kostenerstattungsanspruch steht neben dem verfahrensrechtlichen Kostenerstattungsanspruch nach § 81 FamFG. Daher steht die im einstweiligen Anordnungsverfahren getroffene Kostenentscheidung, dass die außergerichtlichen Kosten von jedem Elternteil selbst zu tragen sind, dem Anspruch, diese Kosten im Wege des Schadensersatzes erstattet zu verlangen, nicht entgegen. Ersatzfähig ist allerdings nur die gesetzliche Rechtsanwaltsvergütung, nicht ein eventuell vereinbartes anwaltliches Zeithonorar.<sup>2</sup>

Dagegen können vorgerichtlich angefallene Anwaltskosten nur unter Verzugsgesichtspunkten (§ 286, § 280 Abs. 2 BGB) gefordert werden. Die Kindesmutter hätte dazu aber von Beauftragung des Anwalts in Verzug gesetzt werden müssen.

### C. Kontext der Entscheidung

Das Umgangsrecht begründet ein gesetzliches Rechtsverhältnis familienrechtlicher Art, das die Pflicht beinhaltet, bei der Gewährung des Umgangs auf die Vermögensbelange des Umgangsberechtigten Rücksicht zu nehmen und diesem die Wahrnehmung seines Umgangsrechts nicht durch die Auferlegung unnötiger Vermögensopfer zu erschweren bzw. für die Zukunft zu verleiden.<sup>3</sup> Ein schuldhafter Verstoß des betreuenden Elternteils hiergegen löst einen Schadensersatzanspruch aus.<sup>4</sup>

In besonderen Fallgestaltungen kann sich dieser Anspruch auch gegen die Bundespolizei richten, so z.B. wenn diese die Flugreise des Vaters mit dem Kind in den Urlaub aufgrund eines entsprechenden Antrags der Kindesmutter, aber ohne den angekündigten richterlichen Beschluss unterbunden hat.<sup>5</sup>

1 Dazu KG, Beschl. v. 16.03.2017 - 19 UF 87/16 - FamRZ 2018, 270 mit Anmerkung Heiderhoff (272).

2 vgl. Grüneberg in: Palandt, BGB, 79. Aufl. 2020, § 249 Rn. 57.

3 OLG Bremen, Beschl. v. 24.11.2017 - 4 U 61/17.

4 OLG Köln, Beschl. v. 04.07.2014 - II-4 UF 22/13.

5 OLG Frankfurt, Urt. v. 17.05.2018 - 1 U 202/17.

#### D. Auswirkungen für die Praxis

Wer als betreuender Elternteil unberechtigt den Umgangskontakt verweigert, muss mit Zwangsmaßnahmen des Familiengerichts nach § 89 FamFG rechnen. Dies hat gerade auch in Corona-Zeiten erhebliche praktische Bedeutung.<sup>6</sup>

Führt diese Umgangsverweigerung dazu, dass eine gebuchte Urlaubsreise platzt und eine neue Buchung erforderlich wird, können auch – wie die Entscheidung des Kammergerichts sehr deutlich macht – erhebliche Schadensersatzansprüche auf den verursachenden Elternteil zukommen.<sup>7</sup>

#### E. Bewertung

Die Entscheidung enthält wertvolle Hinweise für die Behandlung derartiger, in der familienrechtlichen Praxis zum Glück seltener Fälle und erörtert sehr sorgfältig die Schadensersatzrechtlichen Fragen, die ebenfalls nicht zum Standardwissen eines familienrechtlichen Dezernates gehören.

6 OLG Schleswig, Beschl. v. 25.05.2020 - 10 WF 77/20, OLG Braunschweig, Beschl. v. 20.05.2020 - 1 UF 51/20, OLG Frankfurt, Beschl. v. 08.07.2020 - 1 WF 102/20.

7 Dazu ausführlich Viefhues, FuR 2021, 12.

### Arbeitsrecht

## Lehren aus der Pandemie: Warum wir mehr tun müssen zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf – aber nicht jeder Vorschlag hilft

Prof. Dr. Gregor Thüsing und Lena Bleckmann

Die Corona-Pandemie hat zahlreiche rechtliche Fragen aufgeworfen und tut es noch. Einzelne Personengruppen sind von den Folgen der Pandemie mehr betroffen als andere. Einschneidende Konsequenzen hatten die Geschehnisse des vergangenen Jahres insbesondere für berufstätige Eltern. Als Arbeitnehmer möglicherweise ohnehin betroffen von Betriebsschließungen und Kurzarbeit traten Schulschließungen, Quarantäne von Schulklassen und mögliche Erkrankungen der eigenen Kinder hinzu. Es gilt, die Kinderbetreuung auch unter diesen besonderen Umständen sicherzustellen, was in Zeiten der Pandemie eine ganz besondere Herausforderung sein kann.

Die Debatte um die bessere Vereinbarkeit von Familie und Beruf ist keineswegs neu. Nicht nur auf deutscher, auch auf europäischer Ebene diskutiert man hier seit Langem. Die Pandemie allerdings hat neuen Schwung in die Auseinandersetzung gebracht. So liegen dem Deutschen Bundestag derzeit drei Reformvorschläge von Oppositionsparteien<sup>1</sup> vor, die sich mit dem Ausbleiben der Arbeitsleistung bei Erkrankung der eigenen Kinder sowie deren Folgen befassen. Der folgende Beitrag nimmt dies zum Anlass, die Problematik neu zu beleuchten, die bereits geltenden Rechtsgrund-

lagen zu erörtern und sich auf dieser Basis mit den aktuellen Vorschlägen auseinanderzusetzen. Abschließend werden eigene, in der Stoßrichtung gänzlich andere Lösungsvorschläge zur besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf vorgestellt.

#### A. Die Vereinbarkeit von Familie und Beruf bleibt eine zentrale Herausforderung und Auftrag des Grundgesetzes

Wir wollen Familie – und was können wir dafür tun, dass mehr Menschen den Mut zur Familiengründung fassen? Oftmals ist es das Entweder-oder, zu dem sich Eltern – zu-

1 Siehe Vorschlag der FDP-Fraktion, Familienpolitik krisensicher und verlässlich gestalten, BT-Drs. 19/21589; Vorschlag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Eltern mit kranken Kindern besser unterstützen – Lohnfortzahlungsanspruch und Kinderkrankengeld lebensnah reformieren, BT-Drs. 19/22501; Vorschlag der Fraktion DIE LINKE, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf durch klare Regelung des Freistellungs- und Entgeltfortzahlungsanspruches bei Erkrankung der Kinder, BT-Drs. 19/22496.



meist Frauen – gezwungen sehen: entweder Familie oder Karriere. Viel wäre gewonnen, hier die Wahlfreiheit zu erhöhen und Zwischenwege zu eröffnen. Die Forderung nach einer besseren Work-Life-Balance ist heute gesellschaftliches Allgemeingut. Dennoch ist bislang zu wenig passiert.

Es kann nicht oft genug wiederholt<sup>2</sup> werden: Es ist Zeit, dass die Vereinbarkeit von Familie und Beruf stärker im Fokus der Politik steht als ehemals. Dabei ist der Grundkonflikt<sup>3</sup> offensichtlich: Arbeitnehmer sind am Arbeitsplatz ihrem Arbeitgeber arbeitsvertraglich verpflichtet. Daneben aber sind sie auch Ehegatten, Lebenspartner, Familienväter und -mütter und auch selbst Kinder ihrer Eltern. Damit sind sie anderen Menschen persönlich verpflichtet. Die Verpflichtungen sind nur vereinzelt verrechtlicht, so z.B. in § 1626 Abs. 1 (Elterliche Sorge) oder in § 1353 Abs. 1 BGB (Eheliche Lebensgemeinschaft). Überwiegend sind sie dagegen emotionaler und ethischer Natur. Pflichtenkollisionen sind vorprogrammiert, aber die Familie als Gemeinschaft mit eigenen Interessen und Voraussetzungen ist dennoch kein genuiner Topos des Arbeitsrechts, dient es doch in erster Linie dem Ausgleich des Verhandlungsungleichgewichts zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Die Familie ist hier nicht unmittelbar verortet. Arbeitsrechtliche Vorschriften, die die Familie als Schutzsubjekt einbeziehen, fehlen immer noch zu oft. Und dies obwohl Art. 6 Abs. 1 GG Ehe und Familie dem besonderen Schutz durch die staatliche Ordnung unterstellt. Familienbezogene Interessen werden nur insoweit geschützt, als es sich um Interessen auch des Arbeitnehmers selbst handelt.

## B. Was wir haben

Deshalb ist es gut und richtig, dass diese Frage bewusst adressiert wird. Bevor man sich nun aber Vorschlägen von Anpassungen und Erweiterungen des Rechts widmen kann, muss man eben diese vorhandenen Normen in den Blick nehmen. Die Anträge der Fraktionen DIE LINKE und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN bezwecken vor allem eine finanzielle Entlastung von betreuenden Eltern. Wer das fordert, muss genau schauen, was wir haben. Wo ermöglicht das Arbeits- und Sozialrecht bereits die Berücksichtigung familiärer Verpflichtungen? Was ist hier zielführend, wo bestehen Schutzlücken? Nur wer das geltende Recht eingehend untersucht, kann es fortentwickeln und verbessern.

Nun gibt es zahlreiche Vorschriften des Arbeitsrechts, die Auswirkungen auf das Privat- und Familienleben des Arbeitnehmers haben.<sup>4</sup> Arbeitszeit- und Urlaubsregelungen sorgen für mehr Zeit für die Familie. Der Mutterschutz gewährleis-

tet die Absicherung der Frau während der Schwangerschaft und nach der Geburt. Die Vorgaben der Sozialauswahl im Kündigungsschutz ermöglichen, ja gebieten die Berücksichtigung von Unterhaltspflichten und damit eben auch familiärer Verpflichtungen. Um all diese Vorschriften soll es nun aber nicht gehen. Im Zentrum der aktuellen Debatte steht die Frage nach dem Umgang des Arbeits- und Sozialrechts mit erkrankten Kindern, die die Betreuung ihrer Eltern benötigen.

## I. Krankengeld bei Betreuungsbedürftigkeit erkrankter Kinder, § 45 SGB V

Auch diese hat bereits eine ausdrückliche Regelung erfahren: § 45 Abs. 1 SGB V gibt Versicherten der gesetzlichen Krankenversicherung einen Anspruch auf Krankengeld, wenn sie zur Betreuung eines erkrankten, unter zwölfjährigen oder behinderten Kindes der Arbeit fernbleiben müssen. Der Anspruch ist auf zehn Arbeitstage – bzw. 20 Arbeitstage für Alleinerziehende – pro Jahr beschränkt, siehe § 45 Abs. 2 SGB V. Weiterhin besteht nach § 45 Abs. 4 SGB V die Möglichkeit des Bezugs von Krankengeld bei palliativmedizinischer Behandlung des Kindes. Über den finanziellen Anspruch hinaus enthält die Norm in ihren Abs. 3, 5 arbeitsrechtliche Freistellungsansprüche.<sup>5</sup>

Hier wurde schon Hand angelegt. In der Pandemie wurde § 45 SGB V um die Abs. 2a und 2b erweitert. Eltern haben für das Jahr 2021 einen Krankengeldanspruch von längstens 45 Arbeitstagen, Alleinerziehende von längstens 90 Arbeitstagen. Dies gilt auch, wenn das Kind nicht selbst erkrankt ist, aber von infektionsschutzrechtlichen Maßnahmen wie Schulschließungen oder Absonderungsanordnungen betroffen ist, siehe § 45 Abs. 2a Satz 3 SGB V. Das klingt viel, aber muss es noch mehr werden?

## II. Lohnfortzahlung nach § 616 BGB

Der Gesetzgeber hat die Problematik der Pflichtenkollision für berufstätige Eltern mit erkrankten Kindern also durchaus erkannt. Der Krankengeldanspruch ruht allerdings nach

<sup>2</sup> Siehe bereits Thüsing, jM 2017, 242.

<sup>3</sup> Dieser Grundkonflikt und mögliche Handlungsoptionen wurden bereits – zum Teil wörtlich übereinstimmend mit dem vorliegenden Text – im 8. Familienbericht der Bundesregierung formuliert (BT-Drs. 17/9000). Der Verfasser Thüsing war Vorsitzender der Kommission und Verfasser des entsprechenden Berichtsteils.

<sup>4</sup> Einen Überblick über die wesentlichen Regelungen des Familienarbeitsrechts bietet Voßkuhler, RdA 2019, 121, 122.

<sup>5</sup> BSG, Urt. v. 22.10.1980 - 3 RK 56/79; Schifferdecker in: KassKomm, SGB V, 111. EL, § 45 SGB V Rn. 43, Stand: September 2020; Greiner, NZA 2007, 490.

§ 49 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, soweit und solange Versicherte beitragspflichtiges Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen erhalten. Vorrangig vor der Inanspruchnahme der Krankenversicherung ist also zu prüfen, ob ein Lohnfortzahlungsanspruch gegen den Arbeitgeber besteht. Ein solcher ist für den Fall der Erkrankung des Kindes bislang ausdrücklich nicht geregelt. D.h. jedoch nicht, dass berufstätige Eltern ihre arbeitsvertraglichen Pflichten verletzen müssen und ihren Lohnanspruch stets verlieren, wenn sie zur Betreuung ihrer Kinder der Arbeit fernbleiben. Vielmehr handelt es sich hier um einen klassischen Anwendungsfall der Arbeitsverhinderung aus persönlichen Gründen, die Niederschlag in § 616 BGB gefunden hat.<sup>6</sup> Führt ein in der Person des Arbeitnehmers liegender Grund ohne sein Verschulden für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit zu einem Ausbleiben der Arbeitsleistung, besteht der Lohnanspruch fort. In dem Fall geht er auch dem Anspruch auf Krankengeld vor, der Arbeitgeber ist primär in der Pflicht.<sup>7</sup>

Die Norm bringt Ungewissheiten mit sich, die wir schon lange kennen: Welche Zeitspanne ist noch verhältnismäßig nicht erheblich? Wie lange darf der Arbeitnehmer also sein krankes Kind versorgen, ohne finanzielle Einbußen befürchten zu müssen? Hierüber wird seit Langem intensiv gestritten. Zum Teil will man das Verhältnis der Verhinderungsdauer zur Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses berücksichtigen.<sup>8</sup> Einzelne schlagen hier schon konkretere Maßstäbe vor.<sup>9</sup> Andere wiederum betrachten als maßgebliches Kriterium nicht die Dauer des Arbeitsverhältnisses, sondern den Grund für die Arbeitsverhinderung.<sup>10</sup> Hier will man sich überwiegend nicht auf eine feste Zahl von Tagen festlegen,<sup>11</sup> in Teilen aber auch an verwandten Regelungen wie etwa § 2 PflegeZG oder eben § 45 SGB V orientieren.<sup>12</sup>

Eindeutig ist eigentlich nur eines: Man ist sich nicht einig.<sup>13</sup> Richtigerweise wird man das Telos der Norm berücksichtigen müssen, die es eben nur bezweckt, geringfügige Störungen im Dienstverhältnis unberücksichtigt zu lassen.<sup>14</sup> Verhinderungen von mehr als zehn Tagen dürften hiervon jedenfalls nicht mehr erfasst sein, überwiegend zieht man die Grenze bei fünf Tagen.<sup>15</sup> Was man auch sagt: Eine starre Grenze ist praktikabel, hat aber immer etwas Dezisionistisches an sich.

### III. Ist das zu wenig?

Nun wird es Stimmen geben, die sagen, das sei zu wenig. Kinder können für mehr als ein paar Tage erkranken und bedürfen dann der Betreuung. Doch man darf an dieser Stelle den Blick nicht verschließen für das Ineinandergreifen verschiedener Sicherungssysteme. Fällt der Elternteil

nur kurzfristig bei der Arbeit aus, greift § 616 BGB. Hier wird vorgebracht, die Norm sei abdingbar und deshalb nicht zur finanziellen Absicherung geeignet.<sup>16</sup> Insoweit muss man sich aber zunächst fragen, ob das denn tatsächlich passiert – viele Tarifverträge weisen eher in eine andere Richtung.<sup>17</sup> Weiterhin geht eine Abbedingung im Fall der Erkrankung eines Kindes nicht zulasten des Arbeitnehmers, sondern zulasten der Krankenversicherung<sup>18</sup> – der Anspruch nach § 45 SGB V ruht nämlich nur, wenn tatsächlich beitragspflichtiges Arbeitsentgelt ausbezahlt wird.<sup>19</sup> Greift § 616 BGB aufgrund individual- oder tarifvertraglicher Regelung nicht ein, gilt unmittelbar der Krankengeldanspruch nach § 45 SGB V.

6 Hier geht es allerdings nur um den Lohnfortzahlungsanspruch, das Entfallen der Arbeitspflicht richtet sich nach § 275 Abs. 3 BGB, vgl. Greiner, NZA 2007, 490, 492; Treichel, NZA 2016, 459, 460; a.A. wohl Richardi, NZA 2002, 1004, 1007.

7 Brose, NZA 2011, 719, 722; auch im Hinblick auf den Freistellungsanspruch nach § 45 Abs. 3 SGB V, Treichel, NZA 2016, 459, 460.

8 Etwa BGH, Urt. v. 30.11.1978 - III ZR 43/77; BAG, Urt. v. 13.11.1969 - 4 AZR 35/69; Riesenhuber in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 616 BGB Rn. 50; Löwisch, DB 1979, 209, 210; Schaub, AuA 1996, 82, 83; Stöß/ Putzer, NJW 2020, 1465, 1468.

9 Siehe die zeitliche Staffelung je nach Bestand des Arbeitsverhältnisses bei Schaub, AuA 1996, 82, 83; zustimmend Riesenhuber in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 616 BGB Rn. 51.

10 Krause in: HWK, 9. Aufl. 2020, § 616 BGB Rn. 41; Tillmanns in: MHdbArbR, 4. Aufl. 2018, § 77 Rn. 27; Henssler in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2020, § 616 Rn. 68; Linck in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019, § 97 Rn. 18; Oetker in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, § 616 BGB Rn. 101.

11 Jousen in: BeckOK, ArbR, 56. Edition, § 616 BGB Rn. 48, Stand: 01.06.2020; Preis in: ErfK, BGB, 20. Aufl. 2020, § 616 BGB Rn. 10a; Henssler in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2020, § 616 Rn. 68; Tillmanns in: MHdbArbR, 4. Aufl. 2018, § 77 Rn. 27.

12 In diese Richtung Gallner in: ErfK, 20. Aufl. 2020, § 2 PflegeZG Rn. 4; Linck in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019, § 97 Rn. 18; Sievers, jM 2020, 189, 191.

13 Kritisch auch Greiner, NZA 2007, 490, 492.

14 Jousen in: BeckOK, ArbR, 57. Edition, § 616 BGB Rn. 3, Stand: 01.09.2020; Henssler in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2020, § 616 Rn. 2; Oetker in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, § 616 BGB Rn. 15.

15 Zu dieser zeitlichen Grenze und ihrer Herleitung Brose, NZA 2011, 719, 720 f. m.w.N.

16 Vgl. etwa. BT-Drs. 19/22496, S. 8.

17 Siehe BMFSFJ, Familienfreundliche Regelungen in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen, Beispiele guter Praxis, abrufbar unter [www.bmfsfj.de/blob/76376/34cf5d066c64a0f498ed612b45a6b1a7/familienfreundliche-regelungen-data.pdf](http://www.bmfsfj.de/blob/76376/34cf5d066c64a0f498ed612b45a6b1a7/familienfreundliche-regelungen-data.pdf) (zuletzt abgerufen am: 22.02.2021).

18 Brose, NZA 2011, 719, 721; Greiner, NZA 2007, 490, 492.

19 Vgl. Schifferdecker in: KassKomm, SGB V, 111. EL, § 49 SGB V Rn. 15, Stand: September 2020; Rieke in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 108. EL, § 49 SGB V Rn. 9, Stand: September 2020.



Auch zeigt ein Blick über die eigenen Grenzen: Was das deutsche Recht bietet, ist schon viel. In Großbritannien wird Arbeitnehmern zwar eine verhältnismäßige Zeitspanne der Arbeitsfreistellung gewährt, um familiären Notfällen wie auch der Erkrankung eines Kindes zu begegnen, eine Lohnfortzahlungspflicht besteht allerdings nicht.<sup>20</sup> Besonderheiten aufgrund von Schulschließungen während der Pandemie wird durch die Anwendung von Regeln zur Kurzarbeit begegnet.<sup>21</sup> Das französische Recht kennt eine Befreiung von der Arbeitspflicht bei Erkrankung des Kindes, die allerdings unbezahlt und grds. auf drei Tage pro Jahr beschränkt ist.<sup>22</sup> Die Allocation journalière de présence parentale, eine Art Krankentagegeld für die Eltern, die infolge der Betreuung erkrankter Kinder ihrer Arbeit nicht nachgehen können und die auch in der Begründung des Gesetzesentwurfs der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN in Bezug genommen wird, ist auf Fälle besonderer Schwere, darüber hinaus auch in der Höhe auf ca. 50 € pro Tag beschränkt.<sup>23</sup> Für die Zeit der Pandemie wurden in Frankreich Sonderregelungen geschaffen, erst eine Erweiterung des Krankengeldes, später erfolgte ein verstärkter Einsatz von Kurzarbeit.<sup>24</sup> In Irland ist die Zeitspanne der Arbeitsfreistellung bei Erkrankung eines Kindes grds. auf drei Tage in einem Zwölf-Monats-Zeitraum beschränkt.<sup>25</sup> Und auch in Italien bestand vor Eintritt der Pandemie lediglich für fünf Arbeitstage pro Jahr das Recht, der Arbeit – unbezahlt! – fernzubleiben, wenn ein Kind zwischen drei und acht Jahren erkrankt war.<sup>26</sup>

Es gibt auch Staaten, die weiter gehen. In Schweden etwa können Eltern bis zu 120 Tage im Jahr eine Kompensation für ausgefallene Arbeitszeit infolge der Erkrankung des eigenen Kindes erhalten.<sup>27</sup> Richtig ist, dass die § 616 BGB und § 45 SGB V einen derart langwierigen Arbeitsausfall nicht kompensieren können. Dafür sind beide Normen auch weder geschaffen noch geeignet – es geht, mit Ausnahme des § 45 Abs. 4 SGB V, um die finanzielle Absicherung bei kurzfristiger Arbeitsverhinderung. Lohnfortzahlung und Kinderkrankengeld versetzen Eltern in die Lage, kurzfristig auf Betreuungsbedarf zu reagieren. Damit dürfte ein Großteil der Fälle bereits erfasst sein, denn i.d.R. dauert die Erkrankung eines im Übrigen gesunden Kindes wohl nicht länger als wenige Tage. Bei länger andauernder Erkrankung geben die bestehenden Regelungen den Eltern die Möglichkeit, die anderweitige Versorgung des Kindes zu organisieren. Und gerade das ist in der aktuellen Debatte ein wichtiger Punkt. Dass die langfristige Betreuung des erkrankten Kindes durch den Arbeitnehmer selbst im Arbeits- und Sozialrecht – mit Ausnahme des § 45 Abs. 4 SGB V – nicht vorgesehen ist, ist zutreffend. Für sich genommen ist das aber noch nicht

problematisch, denn die höchstpersönliche Betreuung ist nicht die einzige Möglichkeit, den elterlichen Pflichten nachzukommen.<sup>28</sup> Schwierig wird es erst da, wo zumutbare Betreuungsalternativen nicht gegeben sind, weil der andere Elternteil ebenfalls berufstätig ist, Verwandte – wie heute immer häufiger<sup>29</sup> – ebenso nicht zur Verfügung stehen und auch Dritte als Betreuungspersonen ausscheiden.

Hier sollte man aber nicht außer Acht lassen, dass das Recht des Arbeitnehmers, seine Kinder im Krankheitsfall zu betreuen, auch über die Grenzen der § 616 BGB und § 45 SGB V hinausgeht – soweit eine Unzumutbarkeit nach § 275 Abs. 3 BGB besteht, kann der Arbeitnehmer sich durch Erheben der Einrede von seiner Arbeitspflicht befreien.<sup>30</sup> Er muss dann nicht mit arbeitsrechtlichen Repressalien rechnen – erhält bei Überschreiten der Grenzen des § 616 BGB bzw. § 45 SGB V gleichwohl auch keinen Lohn. Das wird im Einzelfall, bei nur um einige Tage längerem Arbeitsausfall, für viele Arbeitnehmer verkraftbar sein.<sup>31</sup>

Bei sehr viel längerem oder sogar dauerhaftem Betreuungsbedarf gilt es hingegen, andere, flexiblere Lösungen zu finden (siehe hierzu C.). Eine Erweiterung der bisherigen Tatbestände, die mit dem Abfedern kurzfristiger Arbeitsverhinderungen eine andere Zielrichtung verfolgen, ist kein geeigneter Ausweg.

20 Siehe [www.gov.uk/time-off-for-dependants](http://www.gov.uk/time-off-for-dependants) (zuletzt abgerufen am 22.02.2021).

21 Siehe [www.gov.uk/guidance/coronavirus-covid-19-what-to-do-if-youre-employed-and-cannot-work-if-you-have-caring-responsibilities-because-of-coronavirus](http://www.gov.uk/guidance/coronavirus-covid-19-what-to-do-if-youre-employed-and-cannot-work-if-you-have-caring-responsibilities-because-of-coronavirus) (letzter Abruf: 08.02.2021). Aufgrund des Corona Virus Job Retention Scheme kann der Arbeitgeber im Fall der Kurzarbeit staatliche Gelder beantragen und so unterhalb einer Höchstgrenze von 2.500 £ mindestens 80 % des Gehalts auszahlen.

22 Art. L. 1225-61 Code du travail.

23 Art. L544-1 Code de la sécurité sociale; [www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F15132](http://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F15132) (letzter Abruf: 09.02.2021).

24 Siehe Art. 1 1° Décret n°2020-227 vom 09.03.2020; Art. 20 I al. 4 Loi n°2020-473 vom 25.04.2020; siehe auch Marié, *Droit Social* 2020, 683, 684.

25 Parental Leave Act 1998, Sect. 13.

26 D.Lgs. 26/03/2001, n. 151 Artt. 47.

27 Siehe [www.forsakringskassan.se/english/parents/care-of-a-sick-child-vab](http://www.forsakringskassan.se/english/parents/care-of-a-sick-child-vab) (zuletzt abgerufen am: 22.02.2021).

28 Treichel, *NZA* 2016, 459, 461 betont in Bezug auf die Unzumutbarkeit nach § 275 Abs. 3 BGB aber das Recht, die elterliche Sorge persönlich auszuüben, anstatt sie zu delegieren.

29 Vgl. Brose, *NZA* 2011, 719, 724; Treichel, *NZA* 2016, 459.

30 Für die vorrangige Bedeutung dieser Norm Treichel, *NZA* 2016, 459; zur fehlenden Deckungsgleichheit des § 275 Abs. 3 BGB mit § 616 BGB Brose, *NZA* 2011, 719, 721; siehe auch Greiner, *NZA* 2007, 490 ff.

31 So auch Treichel, *NZA* 2016, 459.

### C. Warum die Vorschläge nicht alle zielführend sind

Insbesondere die jetzt vorliegenden Vorschläge gehen im Einzelnen zu weit. Das von der Fraktion DIE LINKE vorgeschlagene Modell führt zu unkalkulierbaren Kosten für Arbeitgeber und Versicherungsgemeinschaft. Der Anspruch gegen den Arbeitgeber mag nach dem vorgeschlagenen § 3b Abs. 2 EFZG-E zeitlich begrenzt sein, nicht so jedoch der angeratene Freistellungsanspruch.<sup>32</sup> Da dieser auch nicht auf Fälle begrenzt ist, in denen eine anderweitige Betreuung des Kindes nicht möglich ist,<sup>33</sup> könnten sich Arbeitnehmer veranlasst sehen, die Betreuung in jedem Fall selbst zu übernehmen und den Arbeitsausfall hinzunehmen – ein Umstand, der die Personalplanung maßgeblich erschweren und aufgrund der dann erforderlichen Reaktionsmöglichkeiten wohl auch erheblich kostenintensiver machen würde. Falsche Anreize führen zu falschen Verhalten. Auch die drohende Belastung für die Versicherungsgemeinschaft liegt auf der Hand – der Krankengeldanspruch soll nach dem Gesetzesentwurf zeitlich unbefristet gewährt werden; bislang fehlt eine Rechnung, wie viel das kosten würde.<sup>34</sup> Das BMG rechnet derzeit mit Kosten in Höhe von rund einer halben Milliarde Euro bereits für die bestehenden Erweiterungen, je nach Inanspruchnahme, die durch einen Steuerzuschuss aufgefangen wird.<sup>35</sup> Hier ist eine dauerhafte Regelung angestrebt, die sehr viel weiter geht. Auch soll dies nicht auf Fälle tatsächlicher Notwendigkeit der Betreuung beschränkt, sondern nur im Fall der Betreuung durch eine andere im Haushalt lebende volljährige Person ausgeschlossen sein. Die gesetzlichen Krankenversicherungen müssten hierbei zwangsläufig mit höheren Beiträgen reagieren, um das im Vergleich zur jetzigen Rechtslage deutlich erhöhte Risiko eines Versicherungsfalles abdecken zu können. Ist das gewollt? Sinnvoller ist insoweit der Vorschlag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, der zwar eine Erhöhung der Tagesgrenze für das Kinderkrankengeld fordert, an der zeitlichen Begrenzung aber gleichwohl festhält.<sup>36</sup>

Dieser zweite Vorschlag differenziert auch zwischen den in Zeiten der Pandemie notwendigen Anpassungen und denen des im Übrigen geltenden Rechts. Das ist richtig und sinnvoll. Die Besonderheiten der Pandemie, hervorgerufen durch Schulschließungen und ein erhöhtes Krankheitsrisiko, müssen adressiert werden. Rechtliche Anpassungen sind hier temporär richtig, dürfen aber gleichwohl nicht perpetuiert werden. Die Sachlage, nach der gesunde, aber betreuungsbedürftige Kinder wochenlang zu Hause sind, entspricht nicht dem Normalzustand – sie sollte einer dauerhaften Reform daher auch nicht zugrunde gelegt werden.

Der Ausnahmesituation selbst ist bereits begegnet worden – § 56 Abs. 1a IfSG gibt Eltern einen gegenüber anderweitigen Ansprüchen subsidiären<sup>37</sup> Anspruch auf staatliche Entschädigung, wenn sie infolge der Schließung von Schulen und Betreuungseinrichtungen keine anderweitige Betreuungsmöglichkeit haben und so der Arbeit fernbleiben müssen. Wenn die FDP also Lohnentschädigungsregelungen für Krisenauswirkungen auf Familien fordert,<sup>38</sup> muss man sagen – die gibt es derzeit schon. Eine Überlegung wert ist es allerdings – und so kann man auch den Vorschlag der FDP-Fraktion verstehen – hier anstatt einer Übergangslösung ein dauerhaftes Regelungsinstrument mit Blick auf künftige Krisenzeiten zu schaffen.<sup>39</sup>

### D. Was stattdessen möglich ist

Aber es gibt auch Vorschläge, die sinnvoll sind, ohne dass es unberechenbare Kostensteigerungen für Arbeitgeber, Steuerzahler und Versichertengemeinschaft bedeuten würde. Aufmerksamkeit sollte man aber vorrangig der letzten Anregung der FDP-Fraktion schenken, in der sie die Bundesregierung auffordert, „Rahmenbedingungen zu schaffen, die Eltern echte Wahlfreiheit geben, Erwerbs- und Sorgearbeit nach individuellen Wünschen und Bedürfnissen untereinander aufzuteilen, z.B. flexible Arbeitsmodelle für eine bessere Vereinbarkeit von Familie und Beruf für Mütter und Väter“.<sup>40</sup> Dies weist in Richtung dessen, was wirklich eine langfristige und zukunftsorientierte Perspektive für Familien im Berufsleben schaffen kann. Denn während sich die Vorschläge der Fraktionen DIE LINKE sowie BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN auf Fragen der Arbeitsfreistellung unter Lohnfortzahlung fokussieren, wird hier darüber hinausgedacht. Und das ist richtig. Wenn man unter dem Begriff Vereinbarkeit von Familie und Beruf diskutiert, dann sollte es doch gerade darum

32 Siehe BT-Drs. 19/22496, S. 6.

33 So aber gerade auch die Unzumutbarkeitseinrede nach § 275 Abs. 3 BGB, siehe Greiner, NZA 2007, 490.

34 BT-Drs. 19/22496, S. 6, 10.

35 Ärzteblatt vom 08.01.2021, Umsetzung für zusätzliches Kinderkrankengeld unklar, abrufbar [www.aerzteblatt.de/nachrichten/119987/Umsetzung-fuer-zusaetzliches-Kinderkrankengeld-unklar](http://www.aerzteblatt.de/nachrichten/119987/Umsetzung-fuer-zusaetzliches-Kinderkrankengeld-unklar).

36 Siehe BT-Drs. 19/22501, S. 2.

37 Die Subsidiarität des Entschädigungsanspruchs ist umstritten, ergibt sich aber aus dem Erfordernis des Verdienstaustauschs sowie aus der Gesetzesbegründung zum BSeuchG, siehe BT-Drs. 3/1888, S. 27. Ausführlich zur Diskussion und m.w.N. Preis/Mazurek/Schmid, NZA 2020, 1137, 1138.

38 Siehe BT-Drs. 19/21589, S. 2.

39 Vgl. BT-Drs. 19/21589, S. 1.

40 BT-Drs. 19/21589, S. 2.

gehen, ein Nebeneinander zu ermöglichen. Unbegrenzte Perioden ohne Arbeitsleistung erreichen das nicht – das zu gewähren bestärkt eher die Vorstellung, Berufstätigkeit und Familienleben seien gleichzeitig nur schwer zu verwirklichen. Insbesondere aber zur Minderung der Konflikte zwischen Arbeitszeit und Zeit für Familienverantwortung können gesetzgeberische Maßnahmen erwogen werden, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern eine größere Arbeitszeitsouveränität zu geben. Die Bandbreite gesetzgeberischer Regelungsmöglichkeiten ist hier groß.

### I. Diskriminierungsverbot für Fürsorgeleistende

Anhaltspunkte liefern zunächst das Völker- und Europarecht. Die Europäische Sozialcharta in ihrer revidierten Fassung, erst kürzlich vom Deutschen Bundestag ratifiziert,<sup>41</sup> macht die Vereinbarkeit von Berufs- und Familienpflichten sowie ein Verbot der Diskriminierung zulasten solcher, die bei bestehenden Familienpflichten erwerbstätig sind oder werden wollen, zur Leitlinie der Politik.<sup>42</sup> Ihr Art. 27 verpflichtet die Mitgliedsstaaten, Maßnahmen zu ergreifen, um eben diese Vereinbarkeit zu gewährleisten, insbesondere auch, um den Bedürfnissen von Fürsorgeleistenden bei den Beschäftigungsbedingungen Rechnung zu tragen. Im Recht der EU macht die in Deutschland noch umzusetzende Work-Life-Balance-Richtlinie 2019/1158 Vorgaben zur besseren Vereinbarkeit von Beruf und Familie. In ihrem Art. 11 sieht die Richtlinie 2019/1158 ein Diskriminierungsverbot für all jene vor, die Rechte in Anspruch nehmen, welche gerade diese Vereinbarkeit gewährleisten sollen.

Man sollte dies zum Anlass nehmen, über ein allgemeines Verbot der Diskriminierung von Fürsorgeleistenden, also Personen, die erzieherische oder pflegerische Verpflichtungen im familiären Bunde erfüllen, nachzudenken.<sup>43</sup> Diese Verpflichtungen treffen sie nicht nur auf moralischer Ebene. Das jetzige System der Pflege für Alte und Kranke führt oftmals dazu, dass entsprechende Leistungen mangels Alternative von den Arbeitnehmern selbst erbracht werden. Das SGB XI kann nicht ersetzen, was Millionen von Familienmitgliedern ohne und außerhalb rechtlicher Rahmenbedingungen leisten.<sup>44</sup> Was im familiären Kontext persönlich empfundener Verantwortung und Verbundenheit entspricht, überträgt die Pflegeversicherung auf das Verhältnis der Generationen zueinander. Ebenso wird das System der Rentenversicherung getragen von einer Garantiefunktion der Kindererziehung: Ohne die nachrückende Generation kann es nicht funktionieren<sup>45</sup> – das System braucht Kinder, und Kinder brauchen Eltern, die sie erziehen.

Die gezielte Benachteiligung von Personen mit familiären Verpflichtungen (sog. Caregiver Discrimination) kann derzeit allein über die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts nach § 3 Abs. 2, § 7 Abs. 1 AGG erfasst werden. Das reicht nicht. Denn es führt nicht nur zu Schutzlücken,<sup>46</sup> es perpetuiert auch geschlechtsspezifische Stereotypen, denen es entgegenzutreten gilt.<sup>47</sup> Die faktisch bestehende Ungleichheit zwischen den Geschlechtern, die gesellschaftlich anerkannte Norm, es sei die Aufgabe der Frau, Pflegeleistungen zugunsten von Kindern und Alten zu übernehmen, wird durch die alleinige Einordnung der Caregiver Discrimination als Diskriminierung wegen des Geschlechts bestärkt. Sie trifft die Aussage, die Arbeitnehmerin werde benachteiligt, weil sie Fürsorgeleistende ist, und Fürsorgeleistende sei sie, weil sie eine Frau ist. Fürsorgeleistende sollen aber nicht als Frauen, Männer, Zugehörige sonstigen oder keines Geschlechts geschützt werden, sondern als Personen, die Verantwortung für die Ihren übernehmen, wie es zum Teil rechtlich, jedenfalls aber gesellschaftlich gefordert und in tatsächlicher Hinsicht auch schlichtweg erforderlich ist.

Ein solches Diskriminierungsverbot kann auch vor mehr schützen als vor gezielten, benachteiligenden Maßnahmen des Arbeitgebers. Erkennt man eine Pflicht zur reasonable accommodation als Bestandteil des Diskriminierungsrechts an, also die Pflicht, angemessene Vorkehrungen zu treffen, um Merkmalsträgern eine gleichberechtigte Teilhabe am Berufsleben zu ermöglichen, könnte das insbesondere eine Berücksichtigung familiärer Bedürfnisse bei der Festlegung und Flexibilisierung der Arbeitszeiten zur Folge haben. Wie wichtig die Lage der Arbeitszeit für die Organisation des familiären Lebens neben dem Beruf ist, zeigt europäische wie deutsche Rechtsprechung und die einschlägige Literatur.<sup>48</sup>

41 Art. 1 EUsozChrRevG.

42 Siehe Teil I Ziffer 27 RESC.

43 So auch schon Dahm, EuZA 2011, 30, 43.

44 Pflegenden Angehörige leisten einen wesentlichen Beitrag zur Pflegesituation in Deutschland: Ca. 2/3 der zu Pflegenden werden im häuslichen Umfeld betreut, siehe [www.aok-bv.de/lexikon/h/index\\_06441.html](http://www.aok-bv.de/lexikon/h/index_06441.html) (letzter Abruf: 09.02.2021).

45 BAG, Urt. v. 20.04.2010 - 3 AZR 370/08.

46 Wer etwa alle Eltern gleich schlecht behandelt, seien es Mütter oder Väter, der diskriminiert nicht wegen des Geschlechts. Und auch eine Benachteiligung von Fürsorgeleistenden, die im Einzelfall eine mittelbare Benachteiligung von Frauen darstellt, kann einem gleichwohl betroffenen Mann im Einzelfall nicht helfen, siehe hierzu Thüsing in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2018, § 15 AGG Rn. 6.

47 Siehe auch Voßkuhler, RdA 2019, 121.

48 Siehe EuGH, Urt. v. 18.09.2019 - C-366/18; hierzu die Anmerkung von Wenckebach, ZESAR 2020, 234; BAG, Urt. v. 23.09.2004 - 6 AZR 567/03, 359, 361; Kocher u.a., Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie, 2013, S. 147 ff., 263 ff.; Greiner, NZA 2007, 490.

Instruktiv ist auch die Rechtssache Johnstone aus Kanada.<sup>49</sup> Hat der Vater oder die Mutter das Recht, die Lage der Arbeitszeit mit zu beeinflussen, dann kann die Harmonisierung der familiären mit den beruflichen Pflichten gelingen, ohne dass Abstriche gemacht werden müssen. Dies kann auch und gerade bei langfristiger Erkrankung der eigenen Kinder Abhilfe schaffen.

Ob das Diskriminierungsrecht eine entsprechende Rücksichtnahmepflicht des Arbeitgebers beinhaltet, ist indes noch nicht eindeutig geklärt.<sup>50</sup> Ausdrücklich vorgesehen ist sie im europäischen Recht nur in Bezug auf das Merkmal der Behinderung in Art. 5 Richtlinie 2000/78/EG, der keine unmittelbare Umsetzung ins deutsche Recht erfahren hat.<sup>51</sup> Andere Staaten sind da schon weiter.<sup>52</sup> Will man hier Sicherheit schaffen, sollte man eine ausdrückliche Normierung erwägen.

## II. Anspruch auf Mitgestaltung der Arbeitszeit

Diese muss nicht zwingend im Diskriminierungsrecht verankert sein. Möglich erscheint auch eine Neuausrichtung des Rechts auf Teilzeit, sei es befristet oder unbefristet nach den §§ 8, 9a TzBfG oder aber als Elternteilzeit nach § 15 Abs. 7 BEEG. Der Arbeitnehmer bekommt hier ein einseitiges Recht zur Vertragsänderung, das insbesondere auch der besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf dient.<sup>53</sup> An die Seite dieses Anspruchs könnte eine andere gesetzgeberische Neuerung gestellt werden, die für die Vereinbarkeit von Familie und Beruf ebenso, vielleicht sogar noch besser, geeignet ist: Der gesetzliche Anspruch auf Teilzeit besteht zurzeit unabhängig vom Motiv, für das er in Anspruch genommen wird. Hier könnte die Politik ansetzen und den Anspruch reduzieren auf Arbeitnehmer, die familiäre Pflichten wahrnehmen wollen. Im Ausgleich dafür könnte der Anspruch erweitert werden, nicht nur auf einen Anspruch auf eine Reduzierung der Arbeitszeit, sondern auf einen Anspruch auf Mitsprache bei der Lage der Arbeitszeit.

Ein solcher besteht derzeit nur, sofern die Arbeitszeit auch verringert wird. Eine Verringerung der Arbeitszeit geht allerdings stets mit finanziellen Einbußen einher.<sup>54</sup> Dies kann für Familien eine erhebliche Belastung bedeuten und ist vermeidbar, wenn die Kinderbetreuung auch durch die alleinige Veränderung der Lage der Arbeitszeit sichergestellt werden könnte.<sup>55</sup> Zwar berücksichtigt die Rechtsprechung familiäre Bedürfnisse der Arbeitsplanung und -einteilung teilweise auch außerhalb des Anspruchs auf Teilzeit: So geht das BAG davon aus, bei vertraglich nicht festgelegter Arbeitszeit entspreche die Bestimmung der Lage der Arbeitszeit durch den Arbeitgeber nur dann billigem Ermessen, wenn er die familiären Belange der Arbeit-

nehmer hinreichend berücksichtigt.<sup>56</sup> Dass das aber in der Praxis nicht immer ausreicht, zeigen Fälle, in denen Arbeitnehmer ihre Arbeitszeit gezielt nur um wenige Stunden im Monat reduzieren, um dann in Anknüpfung an die Regelungen zur Teilzeit dem Arbeitgeber vorgeben zu können, wann die verbleibende Arbeit geleistet werden soll – bis zur Grenze des Rechtsmissbrauchs hat das BAG auch dies für zulässig erachtet.<sup>57</sup>

Eine gesetzliche Neuerung sollte den direkten Weg erlauben. Würde der Anwendungsbereich des allgemeinen Teilzeitanpruchs auf familienbedingte Arbeitszeitwünsche – die der Gesetzgeber bereits als insoweit wichtigsten Beweggrund anerkannt hat<sup>58</sup> – reduziert, so könnte er zugleich erweitert werden auf ein Recht des Arbeitnehmers zur Mitbestimmung bei der Lage der Arbeitszeit. Auch hier kann man einschränkend ein Ablehnungsrecht des Arbeitgebers aus betrieblichen Gründen vorsehen. Wo aber keine betrieblichen Gründe bestehen, würde eine entspre-

49 Dem Arbeitgeber wurde hier aufgegeben, die auf familiären Verpflichtungen beruhenden Bedürfnisse einer Arbeitnehmerin in der Form zu berücksichtigen, dass ihr das Arbeiten in festen Schichten ermöglicht werde, siehe Canada (Attorney General) vom Johnstone, [2015] 2 RCF 595, 2014 CAF 110 (CanLII).

50 Siehe die Erwägungen bei Bribosia/Rorive, Reasonable Accommodation beyond Disability in Europe?, abrufbar unter <https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/d7715f13-cd38-428e-873b-e21b8c6ecb71/language-en> (zuletzt abgerufen am: 22.02.2021); Vickers, Religion and Belief Discrimination in Employment – the EU law, S. 19 ff., abrufbar unter [http%3A%2F%2Fec.europa.eu%2Fsocial%2FblobServlet%3FdocId%3D1689%26langId%3Den&usq=AOvVaw0mkouSflZbnKx7jF1s4Ib](http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewj24ZiWrrzuAhUIO8AKHf7_AAIQFjABegQIARAC&url=http%3A%2F%2Fec.europa.eu%2Fsocial%2FblobServlet%3FdocId%3D1689%26langId%3Den&usq=AOvVaw0mkouSflZbnKx7jF1s4Ib) (zuletzt abgerufen am: 22.02.2021); Stein, NZA 2014, 1053.

51 Vielmehr ist die Norm nach Ansicht des BAG bei der Auslegung der § 8 Abs. 1 AGG, § 241 Abs. 2 BGB zu berücksichtigen, siehe BAG, Ur. v. 22.05.2014 - 8 AZR 662/13; BAG, Ur. v. 19.12.2013 - 6 AZR 190/12.

52 Insbesondere in den USA gilt die Pflicht, angemessene Vorkehrungen zu treffen, auch im Hinblick auf die Religion, siehe Civil Rights Act 1964, Title VII Sec. 701 (j); siehe auch EEOC, Religious Discrimination, Religious Discrimination & Reasonable Accommodation, abrufbar unter [www.eeoc.gov/religious-discrimination](http://www.eeoc.gov/religious-discrimination) (zuletzt abgerufen am: 22.02.2021); in Kanada ist sie für sämtliche Diskriminierungsmerkmale anerkannt, siehe S. Canadian Human Rights Act, Purpose of Act.

53 Siehe BT-Drs. 14/4374, S. 11. Vorrangig ist allerdings stets eine Einigung der Arbeitsvertragsparteien anzustreben, siehe § 8 Abs. 3, § 9a Abs. 3 TzBfG, § 15 Abs. 5 BEEG.

54 Es gilt der pro-rata-temporis-Grundsatz, siehe Herms in: Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, 5. Aufl. 2015, § 4 Rn. 42.

55 Zur Möglichkeit, durch Veränderung der Lage der Arbeitszeit Konflikte zu vermeiden auch Greiner, NZA 2007, 490.

56 BAG, Ur. v. 23.09.2004 - 6 AZR 567/03, 359, 361.

57 BAG, Ur. v. 11.06.2013 - 9 AZR 786/11; BAG, Ur. v. 18.08.2009 - 9 AZR 517/08.

58 Siehe BT-Drs. 14/4374, S. 11.



chende Regelung zu einer besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf führen. Dies erfolgte nicht durch eine Erweiterung des Arbeitsrechts und von Arbeitnehmerrechten, sondern eine familienbewusste Neuausrichtung und Fokussierung.

### E. Was bleibt?

Es ist an der Zeit, dass die Familie im Arbeitsrecht einen ihr angemessenen Schutz erfährt. Jede politische und juristische Initiative, die hier zu einem ehrlichen Diskurs führt, ist zu begrüßen. Solange Berufsleben und Fürsorgeverantwortung zwei miteinander nur schwer in Einklang zu bringende Positionen bleiben, fehlt es unserer Gesellschaft und Arbeitswelt an Modernität, an Zukunftsperspektive und an Gleichberechtigung. Die hierzu vorliegenden Vorschläge der Oppositionsfraktionen setzen aber überwiegend am falschen Punkt an. Zentrales Problem sind nicht die Phasen, in denen die Arbeitsleistung zugunsten familiärer Verpflichtungen ausbleibt. Es sind diejenigen, in denen der Arbeitnehmer den Anforderungen des Berufs- und Privatlebens gleichermaßen gerecht werden muss. Hier muss man etwas verändern, um die Vereinbarkeit von Beruf und Familie wirklich zu fördern. Möglichkeiten gibt es viele – hier wurden zwei besonders wirksame vorgestellt. Ein Diskriminierungsschutz zugunsten von Fürsorgeleistenden sowie die Möglichkeit, die Lage der Arbeitszeit mitzubestimmen, würde so manche Pflichtenkollision bereits beseitigen.

## Unwirksamkeit einer an die Zustimmung von Arbeitnehmern geknüpften Betriebsvereinbarung?

BAG, Beschl. v. 28.07.2020 - 1 ABR 4/19

RA'in und FA'in für Arbeitsrecht Lisa-Marie Niklas

### A. Problemstellung

Betriebsvereinbarungen sind privatrechtliche, der Schriftform unterliegende Verträge zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat. Sie dienen der Festsetzung von Rechtsnormen über den Inhalt, die Begründung oder die Beendigung von

Arbeitsverhältnissen oder über betriebliche oder betriebsverfassungsrechtliche Fragen. Im Ergebnis sind sie häufig ein Kompromiss zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat zur Regelung einer konkreten Angelegenheit. Betriebsvereinbarungen entfalten gem. § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG unmittelbare und zwingende Wirkung. Mit ihnen wird also objektives betriebliches Recht geschaffen, das automatisch auf jedes in ihrem Geltungsbereich bestehende Arbeitsverhältnis einwirkt.

Gleichwohl unterliegt die Betriebsvereinbarung als privatrechtlicher Vertrag den Regeln des allgemeinen Teils des BGB. Damit ist der Abschluss einer Betriebsvereinbarung grds. auch unter einer Bedingung möglich. Dies ergibt sich unmittelbar aus der Vertragsautonomie der Betriebsparteien. Es gelten insoweit die allgemeinen Voraussetzungen und Grenzen des § 158 BGB. Die Vereinbarung einer Bedingung kann nach den hierzu entwickelten Grundsätzen etwa dann verwehrt sein, wenn eine gesetzliche Regelung dies verbietet oder eine Bedingung mit dem Sinn und Zweck des Rechtsgeschäfts nicht in Einklang zu bringen ist. Im Übrigen gelten die allgemeinen Grenzen rechtsgeschäftlicher Gestaltungsfreiheit, insbesondere die Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB. Auch in der Rechtsprechung wird die Vereinbarung einer Bedingung in Betriebsvereinbarungen grds. für zulässig gehalten. Dies jedenfalls dann, wenn der Eintritt der vereinbarten Bedingung für alle Beteiligten, mithin auch für die Arbeitnehmer als Normunterworfenen, ohne Weiteres feststellbar ist. Dies hat das BAG in seiner Entscheidung vom 28.07.2020 noch einmal ausdrücklich bestätigt.<sup>1</sup>

Anders soll dies nach Ansicht des Ersten Senats aber dann sein, wenn die Betriebsparteien das Inkrafttreten einer Betriebsvereinbarung unter die aufschiebende Bedingung stellen, dass ein bestimmter Prozentsatz der Arbeitnehmer der Vereinbarung zustimmt. Die Vereinbarung einer derartigen Bedingung ist nach Auffassung des Ersten Senats unwirksam, und in der Folge die gesamte Betriebsvereinbarung.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

In dem dem BAG zugrunde liegenden Fall schlossen die Betriebsparteien im Jahr 2007 eine Betriebsvereinbarung zum Thema variable Vergütung für die Mitarbeiter im Lager ab. In den Schlussbestimmungen vereinbarten sie, dass die Betriebsvereinbarung nur unter einer Bedingung in Kraft treten soll. Nämlich dann, wenn mindestens 80 % der Arbeit-

<sup>1</sup> BAG, Beschl. v. 28.07.2020 - 1 ABR 4/19.

nehmer innerhalb einer bestimmten Frist einzelvertraglich schriftlich zustimmen. Im Fall einer darunterliegenden Zustimmungquote sollte die Betriebsvereinbarung nur unter weiteren, im Einzelnen geregelten Voraussetzungen Anwendung finden.

Nachdem das Quorum durch die Zustimmung von 87 % der Mitarbeiter im Lager erreicht worden war, trat die Betriebsvereinbarung wie vereinbart in Kraft.

Im Jahr 2017 leitete der Betriebsrat ein Beschlussverfahren ein, um die Nichtigkeit, hilfsweise die Unwirksamkeit der Betriebsvereinbarung feststellen zu lassen. Die Vorinstanzen wiesen die Anträge zurück. Die hiergegen eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde und die anschließende Rechtsbeschwerde des Betriebsrats beim BAG hatten indes Erfolg. Danach ist die von den Betriebsparteien vereinbarte (Suspendiv-)Bedingung für das Inkrafttreten der Betriebsvereinbarung und damit die gesamte Betriebsvereinbarung – so der Erste Senat – unwirksam.

In seiner Begründung weist der Erste Senat noch einmal ausdrücklich darauf hin, dass Betriebsvereinbarungen zwar nicht per se bedingungsfeindlich seien. Das von den Betriebsparteien vorliegend vereinbarte Zustimmungsquorum verstoße aber gegen die normative Geltungsanordnung für Betriebsvereinbarungen. Soweit dem Betriebsrat Mitbestimmungs-, Mitwirkungs-, Beteiligungs- und Unterrichtsrechte zukämen, sei er bei der Ausübung dieser Rechte in der Wahl seiner Mittel frei. Die Rechtswirkungen der gewählten Mittel hingegen stünden nicht zu seiner Disposition. Entsprechend sei es den Betriebsparteien verwehrt, den Normwirkungsbefehl des § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG außer Kraft zu setzen. Denkbar sei allein, dass die Betriebsparteien die zwingende Geltung einer Betriebsvereinbarung – ähnlich wie Tarifvertragsparteien – für konkrete arbeitsvertragliche Abweichungen öffneten.

Weiter widerspreche das Zustimmungsquorum dem betriebsverfassungsrechtlichen Strukturprinzip der Repräsentation der Belegschaft durch den Betriebsrat. Danach sei der gewählte Betriebsrat Repräsentant der Belegschaft. Er werde als Organ der Betriebsverfassung im eigenen Namen kraft Amtes tätig und sei weder an Weisungen der Arbeitnehmer gebunden noch bedürfe sein Handeln deren Zustimmung. Eine von ihm abgeschlossene Betriebsvereinbarung gelte kraft Gesetzes unmittelbar und zwingend. Damit gestalte sie unabhängig vom Willen oder der Kenntnis der Parteien eines Arbeitsvertrags das Arbeitsverhältnis und erfasse auch später eintretende Arbeitnehmer. Das schließe eine unmittelbare Bindung der Normwirkung einer Betriebsvereinbarung an die Interessen der Belegschaft aus. Plebiszitäre Elemente bei der

Normsetzung durch die Betriebsparteien seien der Betriebsverfassung fremd.

### C. Kontext der Entscheidung

Im Kontext der bisherigen Entscheidungen zur Frage der Zulässigkeit von Bedingungen in Betriebsvereinbarungen und unter Berücksichtigung der einschlägigen Literatur überrascht die Entscheidung des Ersten Senats.

So hat der Erste Senat noch mit seiner Entscheidung vom 15.07.2002 für zulässig befunden, das Inkrafttreten einer Betriebsvereinbarung davon abhängig zu machen, dass zwischen den Tarifvertragsparteien ein Firmentarifvertrag abgeschlossen wird.<sup>2</sup> Denn das Inkrafttreten des Firmentarifvertrags sei für alle Beteiligten, mithin auch für die Arbeitnehmer als Normunterworfenen, ohne Weiteres feststellbar. Der Dritte Senat hat im Bereich der betrieblichen Altersversorgung ebenfalls keine durchgreifenden Bedenken gesehen, die Geltung einer Betriebsvereinbarung von einer im Beschlussverfahren herbeizuführenden gerichtlichen Entscheidung über die Wirksamkeit der Ablösung einer Versorgungsordnung abhängig zu machen.<sup>3</sup>

Insoweit ist es wenig überraschend, wenn auch die Vorinstanzen die vorliegend getroffene Vereinbarung des Zustimmungsquorums offenbar für völlig unproblematisch hielten. So heißt es in der Entscheidung des LArbG München hierzu lediglich, dass das erforderliche Quorum auf der Grundlage der abgegebenen Zustimmungserklärungen der Arbeitnehmer unstreitig erreicht worden sei.<sup>4</sup> Auch stehe diese Vereinbarung der unmittelbaren und zwingenden Geltung der Betriebsvereinbarung nicht entgegen. Denn mit Erreichen des Quorums sei die Betriebsvereinbarung für alle Mitarbeiter mit Wirkung ab dem 01.07.2007 in Kraft getreten. Im Übrigen hätten die Betriebspartner bei Nichterreichen des Quorums geregelt, dass und wie die Betriebsvereinbarung in diesem Fall gelten solle.

### D. Bewertung

Die Überlegungen des Ersten Senats zu der normativen Geltungsanordnung für Betriebsvereinbarungen und zur Repräsentation der Belegschaft durch den Betriebsrat sind dem Grunde nach korrekt. Sie fügen sich ein in die Rechtsprechung des Ersten Senats aus dem Jahr 2005, nach der der Betriebsrat seine Mitbestimmungsrechte nicht dergestalt zur Disposition stellen kann, dass er die

<sup>2</sup> BAG, Beschl. v. 15.01.2002 - 1 AZR 165/01.

<sup>3</sup> BAG, Beschl. v. 17.06.2003 - 3 ABR 43/02.

<sup>4</sup> LArbG München, Beschl. v. 15.06.2018 - 3 TaBV 6/18.

maßgeblichen Gestaltungsmöglichkeiten über den mitbestimmungspflichtigen Tatbestand auf den Arbeitgeber überträgt.<sup>5</sup>

Die durch den Ersten Senat vorgenommene Subsumtion des vorliegenden Falls unter diese Grundsätze vermag im Ergebnis aber nicht zu überzeugen. Insoweit erschließt sich schon nicht, inwieweit die von den Betriebsparteien vorliegend vereinbarte Bedingung der Zustimmung der Belegschaft von der Bedingung des Inkrafttretens eines Firmentarifvertrags, die der Erste Senat noch im Jahr 2002 ausdrücklich für zulässig erachtete, abweicht. Ebenso wie das Inkrafttreten eines Firmentarifvertrags ist auch das Erreichen eines vereinbarten Zustimmungsquorums für alle Beteiligten, somit auch für die Arbeitnehmer als Normunterworfenen, ohne Weiteres feststellbar – nämlich dann, wenn der Arbeitgeber das Erreichen oder Nichterreichen des Quorums verkündet.

Auch das Argument des Verstoßes gegen die normative Geltungsanordnung für Betriebsvereinbarungen vermag im vorliegenden Fall nicht zu überzeugen. Denn mit Eintritt der Bedingung – Erreichen des Zustimmungsquorums – trat die Betriebsvereinbarung in Kraft. Sie galt damit unabhängig vom Willen oder der Kenntnis der Parteien des Arbeitsvertrags für alle von ihrem Geltungsbereich erfassten Arbeitnehmer, mithin auch für die 13 %, die nicht zugestimmt haben. Würde man insoweit der Argumentation des Ersten Senats folgen, müsste man in der Konsequenz jede Form der aufschiebenden Wirkung für unzulässig erachten. Denn jede aufschiebende Wirkung betrifft jedenfalls mittelbar auch die Rechtswirkung der Betriebsvereinbarung. Damit wäre die Betriebsvereinbarung generell als bedingungsfeindlich anzusehen. Dies widerspricht aber der einhelligen (gegenteiligen) Auffassung,<sup>6</sup> die der Erste Senat im Grundsatz noch einmal ausdrücklich bestätigt hat.

Schließlich verkennt der Erste Senat, dass sich die von den Betriebsparteien vereinbarte aufschiebende Bedingung allein auf den zeitlichen Geltungsbereich bezieht. Denn der Betriebsrat hat – anders als in dem dem Ersten Senat im Jahr 2005 vorliegenden Fall<sup>7</sup> – nicht darauf verzichtet, seine gesetzlichen Pflichten selbst zu erfüllen. Vielmehr hat er seine eigene Entscheidung lediglich im Rahmen seiner Autonomie näher ausgestaltet. Dies gilt umso mehr, als die Betriebsparteien auch den Fall des Inkrafttretens bei Nichterreichen des Quorums geregelt haben.

Nach alledem bleibt abzuwarten, ob der Erste Senat künftig an seiner Rechtsprechung zur aufschiebenden Bedingung festhält oder etwa künftig auch den Abschluss eines Tarifvertrags nicht mehr als mögliche Bedingung in einer Betriebsvereinbarung ansieht.

## E. Auswirkungen für die Praxis

Auch wenn die Entscheidung im Ergebnis nicht zu überzeugen vermag, wird sie in der Praxis bei der Gestaltung von Betriebsvereinbarungen zukünftig zu beachten sein. Wenn Betriebsräte Zweifel daran haben, dass der von ihnen mit dem Arbeitgeber vereinbarte Kompromiss für eine bestimmte Angelegenheit dem Willen der davon betroffenen Arbeitnehmer entspricht, tun sie gut daran, die Zustimmung der Arbeitnehmer bereits im Vorfeld eines entsprechenden Beschlusses und dem darauf basierenden Abschluss der Betriebsvereinbarung einzuholen. Arbeitgeber sollten sich selbst dann nicht auf den Wunsch eines Betriebsrats auf Durchführung einer (nachträglichen) Abstimmung als Wirksamkeitsvoraussetzung für das Inkrafttreten einer Betriebsvereinbarung einlassen, wenn dies dem ausdrücklichen Wunsch des Betriebsrats entspricht. Anderenfalls droht – wie im vorliegenden Fall – die Unwirksamkeit der gesamten Betriebsvereinbarung.

5 BAG, Urt. v. 26.04.2005 - 1 AZR 76/04.

6 Vgl. Gaul in: HWK, 9. Aufl., § 77 BetrVG Rn. 30; Kania in: ErfK, 20. Aufl., § 77 BetrVG Rn. 90.

7 BAG, Urt. v. 26.04.2005 - 1 AZR 76/04.

## Sozialrecht

### Revisionsrechtliche Überprüfbarkeit von Beweiswürdigungen bei Arbeitsunfällen BSG, Urt. v. 06.10.2020 - B 2 U 9/19 R

Ri'inSG Grit Julga

#### A. Problemstellung

„Bei Arbeitsunfällen geht es immer darum, eine Geschichte zu erzählen.“<sup>1</sup> Die Frage ist nur: Wer hat das letzte Wort, wenn mehrere Versionen einer Geschichte möglich erscheinen? Diese Problematik war Gegenstand einer Entscheidung des BSG im Unfallversicherungsrecht,

1 Prof. Dr. Spellbrink, Vorsitzender Richter des 2. Senats am BSG.



die sowohl rechtlich als auch praktisch von besonderer Bedeutung ist. Die Entscheidung berührt grundlegende Fragestellungen der Überprüfbarkeit von Beweiswürdigungen der Tatsachengerichte durch das Revisionsgericht. Das BSG hatte zu entscheiden, ob die Instanzen zwingend bestimmte Beweiserleichterungen bei Beweisschwierigkeiten im Rahmen ihrer Beweiswürdigung zu beachten haben. Von praktischer Bedeutung ist dies insbesondere bei Unfällen, die nach den objektiven Gegebenheiten nicht eindeutig als Arbeitsunfälle angesehen werden können. In diesen Konstellationen ist die zum Unfall führende Verrichtung mehrdeutig. Streitentscheidend für die Annahme eines Arbeitsunfalls ist mithin, ob die Verrichtung aus betrieblichen oder privaten Zwecken vorgenommen wurde. Da es sich hierbei um die Erforschung der Intention des Verunfallten handelt, treten immer dann Beweisschwierigkeiten auf, wenn die einzige Person, die hierüber Auskunft erteilen könnte, beim Unfall verstorben ist.

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Ehemann der Klägerin (im Folgenden: Ehemann) verließ ohne ermittelbaren Grund während seiner Schicht bei laufender Maschine vorzeitig seinen Arbeitsplatz. Er setzte sich in seinen PKW und fuhr sodann auf der Strecke seines direkten Heimwegs. Während der Fahrt erlitt der Ehemann einen tödlichen Unfall. Die beklagte Berufsgenossenschaft lehnt mit entsprechenden Bescheiden einen Anspruch der Klägerin auf Hinterbliebenenleistungen ab, da der tödliche Unfall ihres Ehemannes kein Arbeitsunfall in Form eines Wegeunfalls gewesen sei. Es könnte nicht festgestellt werden, ob der Ehemann sich bei dem Unfall auf dem versicherten Heimweg befunden habe. Die Klägerin hatte beim Landessozialgericht keinen Erfolg.

Im Ergebnis hat das BSG die Klageabweisung aus zwei Gründen bestätigt. Zu einem war die Klage bereits unzulässig, zum anderen bestand auch kein Anspruch auf Hinterbliebenenleistungen nach §§ 63 ff. SGB VII, da der Ehemann keinen Wegeunfall erlitten hatte.

Die Klägerin hatte eine Anfechtungsklage gegen die Ablehnungsbescheide erhoben und diese mit einer Klage auf Feststellung des Vorliegens eines Arbeitsunfalls verbunden.

Eine solche kombinierte Anfechtungs- und Feststellungsklage ist aber bei Ansprüchen auf Hinterbliebenenleistungen mangels Feststellungsinteresses (§ 55 Abs. 1 SGG) unzulässig.<sup>2</sup> Zulässig ist allein eine kombinierte

Anfechtungs- und Leistungsklage. Nach Auffassung des BSG hat die Klägerin kein berechtigtes Interesse an der isolierten Feststellung, dass das Unfallereignis des Ehemanns einen Arbeitsunfall darstellte. Insbesondere kann die Absicht der Klägerin als Hinterbliebene, ggf. künftig auf Grundlage eines festzustellenden Arbeitsunfalls Hinterbliebenenleistungen geltend machen zu wollen, kein schutzwürdiges Interesse begründen. Hinterbliebenenleistungen sind eigenständige Ansprüche, die sich zwar vom Recht des Verunfallten ableiten, aber hinsichtlich aller Voraussetzungen selbstständig zu prüfen sind. Das Vorliegen eines Arbeitsunfalls stellt nur eine Tatbestandsvoraussetzung für die Ansprüche auf Hinterbliebenenleistungen dar. Auch unterscheidet sich die rechtliche Situation des Hinterbliebenen signifikant von der des verunfallten Versicherten. Bei dem Versicherten bejaht das BSG ein berechtigtes Interesse an der isolierten Feststellung eines Ereignisses als Arbeitsunfall,<sup>3</sup> da bei ihm in der Zukunft weitere unfallversicherungsrechtliche Ansprüche entstehen können, deren Grundlage der festgestellte Arbeitsunfall bildet. Hingegen entstehen die Ansprüche auf Hinterbliebenenleistungen dem Grunde nach bereits mit Tode des Versicherten infolge eines Arbeitsunfalls. Diese Ansprüche kann der Hinterbliebene aber direkt mit der rechtsschutzintensiveren Leistungsklage gelten machen.

Der Senat verneint aber auch in der Sache einen Anspruch der Klägerin auf Hinterbliebenenleistungen, da ihr Ehemann keinen Arbeitsunfall in Form eines Wegeunfalls (§ 8 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 SGB VII) erlitten hat. Es ist nicht mehr aufklärbar, ob der Ehemann die Strecke zu dem Zweck zurückgelegt hat, nach vorzeitiger Beendigung seiner Tätigkeit die eigene Wohnung zu erreichen (Heimweg). Für die Annahme eines Wegeunfalls reicht nicht allein, dass der Ehemann den Unfall auf der Strecke zwischen Wohnung und Arbeitsstätte erlitten hat. Der Ehemann musste diese Strecke erkennbar mit der Intention zurückgelegt haben, von der Arbeitsstätte nach Hause zu gelangen („objektivierte Handlungstendenz“). Bei der Handlungstendenz handelt es sich um eine innere Tatsache, die von den Tatsachengerichten bindend (§ 163 SGG) festgestellt wird.

Mit welcher Handlungstendenz sich der Ehemann im Zeitpunkt des Unfalls auf der Route seines Heimweges fortbewegte, hat das Landessozialgericht nach seiner

<sup>2</sup> So bereits BSG, Urt. v. 12.01.2010 - B 2 U 21/08 R Rn. 18.

<sup>3</sup> Ständige Rechtsprechung z.B. BSG, Urt. v. 02.12.2008 - B 2 U 26/06 R Rn. 12.

freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung (§ 128 Abs. 1 Satz 1 SGG) im Vollbeweis festgestellt. An das Ergebnis dieser Beweiswürdigung ist der Senat gebunden, da das Landessozialgericht nicht die Grenzen der freien Beweiswürdigung überschritten hat. Der Senat betont, dass ihm im Hinblick auf die Beweiswürdigung des Landessozialgerichts nur ein eingeschränktes Überprüfungsrecht zusteht. Dieses beschränkt sich auf den Abwägungsvorgang und das Auffinden entscheidungserheblicher Abwägungsfehler, d.h. darauf, ob eine Abwägung gänzlich unterblieben ist (Abwägungsausfall), abwägungsrelevante Indizien fehlen (Abwägungsdefizit) oder Indizien bei der Gesamtabwägung unzutreffend berücksichtigt worden sind (Abwägungsfehlschätzung).

In Anwendung dieses Maßstabes hat der Senat die auf freier Beweiswürdigung beruhende Feststellung des Landessozialgerichts, dass die Handlungstendenz des Ehemannes nicht mehr eindeutig geklärt werden kann, revisionsrechtlich nicht beanstandet. Insbesondere war das Landessozialgericht nicht gehalten, aufgrund der sich aus dem Tod des Ehemannes ergebenden Beweisschwierigkeit eine auf die Zurücklegung des Heimwegs gerichtete Handlungstendenz des Versicherten zu unterstellen. Zwar sind Beweisschwierigkeiten, die sich aus den Besonderheiten des Einzelfalls ergeben, im Rahmen der freien Beweiswürdigung zu berücksichtigen. Allgemeingültige Grundsätze zur Beweiserleichterung in solchen Fällen existieren hingegen nicht, da solche verbindlichen Vorgaben nicht mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung vereinbar wären.

Die Unaufklärbarkeit der Handlungstendenz des Ehemannes geht nach den allgemeinen Grundsätzen der materiellen Beweislast zulasten der Klägerin. Der Senat hat zwar bei Unfällen, die sich in der Arbeitsstätte ereignen und bei denen die genauen Umstände des jeweiligen Unfalls ungeklärt waren, dem Unfallversicherungsträger die Beweislast dafür auferlegt, dass die zuvor ausgeübte versicherte Tätigkeit im Unfallzeitpunkt für eine private Verrichtung unterbrochen worden war, doch ist dies hier abzulehnen. Es steht hier gerade nicht fest, dass der Verstorbene den versicherten Heimweg angetreten und damit überhaupt eine versicherte Tätigkeit aufgenommen hatte.

### C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung bestätigt auf prozessualer Ebene die bisherige Rechtsprechung des BSG zur Eigenständigkeit der Ansprüche auf Hinterbliebenenleistung<sup>4</sup> mit der Folge, dass

die zulässige Klageart für die Geltendmachung von Hinterbliebenenleistungen nur die kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage ist.

In materieller Hinsicht greift die Entscheidung noch einmal die Grundsätze zur begrenzten Überprüfbarkeit der Feststellungen zur Handlungstendenz im Rahmen der Beweiswürdigung auf und bekräftigt diese. Bereits zuvor hatte der Senat die diesbezügliche revisionsrechtliche Prüfung auf den Abwägungsvorgang und das Auffinden entscheidungserheblicher Abwägungsfehler beschränkt.<sup>5</sup> Darüber hinausgehende Bedeutung erlangt das Urteil dadurch, dass der Senat die Etablierung eines weiteren Ausnahmefalls,<sup>6</sup> bei dem aufgrund von Beweisschwierigkeiten an den Beweis (zwingende) verminderte Anforderungen zu stellen sind, ablehnt. Vielmehr überlässt der Senat es den Tatsachengerichten, typische Beweisschwierigkeiten, die sich aus den Besonderheiten des Einzelfalls ergeben, im Rahmen der freien Beweiswürdigung entsprechend zu berücksichtigen. Schließlich grenzt das Urteil diesen Fall von der Rechtsprechung des Senats zu tödlichen Unfällen am Arbeitsplatz ab, bei denen die Vornahme einer versicherten Tätigkeit zum Unfallzeitpunkt ungeklärt ist. Im Rahmen dieser Rechtsprechung hat der Senat den Grundsatz aufgestellt: Verunglückt ein Versicherter unter ungeklärten Umständen an seinem Arbeitsplatz, wo er zuletzt betriebliche Arbeit verrichtet hatte, so entfällt der Versicherungsschutz nur dann, wenn bewiesen wird, dass er die versicherte Tätigkeit im Unfallzeitpunkt für private Verrichtungen unterbrochen hatte.<sup>7</sup> Eine Anwendung dieser Grundsätze hat das BSG hier verneint, da es an dem maßgeblichen Anknüpfungspunkt einer nachgewiesenen Ausübung einer versicherten Tätigkeit kurz vor dem Unfallereignis am Unfallort fehlt.

### D. Auswirkungen für die Praxis

Zur Vermeidung einer Klagabweisung wegen Unzulässigkeit wird der Kläger bei Erhebung der Klage genau nach dem Ziel der Klage differenzieren müssen. Werden

4 Vgl. BSG, Urt. v. 12.01.2010 - B 2 U 21/08 R. Rn. 18; BSG, Urt. v. 12.01.2010 - B 2 U 5/08 R. Rn. 26.

5 Vgl. BSG, Urt. v. 27.11.2018 - B 2 U 8/17 R. Rn. 14.

6 Vgl. zu den anerkannten Ausnahmefällen: unfallbedingte Erinnerungslücke BSG, Urt. v. 12.06.1990 - 2 RU 58/89 Rn. 25; Tod eines Seemanns aus unklarer Ursache auf See, BSG, Urt. v. 29.03.1963 - 2 RU 75/61 Rn. 24.

7 BSG, Urt. v. 26.10.2004 - B 2 U 24/03 R. Rn. 20; BSG, Urt. v. 04.09.2007 - B 2 U 28/06 Rn. 22.

im Ergebnis Leistungen für den verunglückten Versicherten begehrt, kann im Wege der kombinierten Anfechtungs- und Feststellungsklage<sup>8</sup> die isolierte Feststellung, dass es sich bei dem Unfallereignis um einen Arbeitsunfall gehandelt hat, angestrebt werden. Bei Leistungen für Hinterbliebene nach §§ 63 ff. SGB VII ist hingegen zulässige Klage nur die kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage auf Gewährung von Hinterbliebenenleistungen.

Die Stärkung der den Tatsacheninstanzen zugewiesenen Befugnis zur Feststellung von Tatsachen im Wege der freien Beweiswürdigung belegt noch einmal die Bedeutung der Pflicht der Tatsachengerichte zur eingehenden Erforschung des Sachverhalts (§ 103 SGG) und sorgfältigen Würdigung der erhobenen Beweise (§ 128 Abs. 1 Satz 1 SGG). Angesichts der sehr eingeschränkten Befugnis des BSG zur Überprüfung von Beweiswürdigungen sind die Tatsachengerichte im Hinblick auf die Feststellungen der Tatsachen regelmäßig Endinstanz. Die Instanzen sind daher gehalten, entscheidungserhebliche Tatsachen bis zur Grenze der Erkenntnismöglichkeiten auszuermitteln,

wozu alle verfügbaren Beweismittel heranzuziehen und auszuschöpfen sind.<sup>9</sup> Dies gelingt aber nur, wenn auch die Beteiligten ihren prozessualen Mitwirkungspflichten nachkommen und Anregungen zur weiteren Aufklärung des Sachverhalts formulieren.

## E. Bewertung

Die Entscheidung ist insgesamt zu begrüßen. Das BSG stärkt die den Instanzgerichten zugewiesene Aufgabe der Ermittlung und Feststellung des entscheidungserheblichen Sachverhalts. Indem das BSG seine Prüfungsbefugnisse auf den Abwägungsvorgang und das Auffinden entscheidungserheblicher Abwägungsfehler beschränkt, erkennt es die Instanzgerichte grds. als Endinstanz für den zugrundzulegenden Sachverhalt an und verfestigt damit seine Funktion als Rechtsüberprüfungsinstanz.

<sup>8</sup> Alternativ ist auch eine kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage zulässig.

<sup>9</sup> Hübschmann in: BeckOGK, SGG, § 128 Rn. 17, Stand 01.09.2019.

## Verwaltungsrecht

# Das Recht auf Aufnahme in eine bestimmte Schule als Ausprägung des Rechts auf Bildung

Ri'inVG Dr. Karoline Bülow, z. Zt. Wissen Mit'in. VerFGH Berlin, Maître en Droit (Paris II)

## A. Einleitung

Für viele Eltern ist die Frage, welche Schule ihr Kind besuchen wird, von herausragender Bedeutung. Dies gilt umso mehr, als das Schulangebot zunehmend vielfältiger wird und es insbesondere in den Großstädten eine große Auswahl an Schulen mit einem besonderen sprachlichen, musischen, naturwissenschaftlichen oder sportlichen Schwerpunkt oder einem grundständigen bilingualen Angebot gibt. Durch die Wahl der richtigen Schule mit einem bestimmten Profil sollen schon früh Weichen für den Lebens-

und Berufsweg gestellt werden.<sup>1</sup> Aus diesem Grund akzeptieren viele Eltern eine Ablehnungsentscheidung ihrer

<sup>1</sup> Vgl. hierzu eine Studie der Stiftung Mercator aus dem Jahr 2013 „Segregation an deutschen Schulen: Ausmaß, Folgen und Handlungsempfehlungen für bessere Bildungschancen“, S. 16, sowie insbesondere zur Grundschulwahl eine Studie der Bertelsmann-Stiftung aus dem Jahr 2016 „Gleich und gleich gesellt sich gerne: Zu den sozialen Folgen freier Grundschulwahl“ (Pressemitteilung: [www.bertelsmann-stiftung.de/de/themen/aktuelle-meldungen/2016/januar/freie-grundschulwahl-verschaerft-die-soziale-trennung-von-schuelern/](http://www.bertelsmann-stiftung.de/de/themen/aktuelle-meldungen/2016/januar/freie-grundschulwahl-verschaerft-die-soziale-trennung-von-schuelern/), zuletzt abgerufen am 22.02.2021).

Wunschschule nicht und beschreiten den Rechtsweg.<sup>2</sup> Da das Schulwesen den Ländern obliegt, ist die Frage der Aufnahme auf eine bestimmte Schule in den Bundesländern unterschiedlich geregelt. Teilweise werden die Voraussetzungen der Aufnahme direkt im jeweiligen Schulgesetz geregelt, teilweise auf Verordnungsebene. Gibt es weder eine Regelung auf Gesetzes- und Verordnungsebene, entscheidet der Schulleiter nach pflichtgemäßem Ermessen.

Die Entscheidung über die Aufnahme auf eine bestimmte Schule wirft verschiedene grundlegende rechtliche Fragen auf: Welche Grundrechte des Kindes und seiner Eltern sind betroffen? Hiervon ausgehend: Handelt es sich bei der Frage der Aufnahme auf eine bestimmte Schule um eine für die Grundrechtsausübung des Kindes und seiner Erziehungsberechtigten so wesentliche Frage, dass die Aufnahmeveraussetzungen nach dem Grundsatz des Gesetzesvorbehaltes zwingend per Gesetz zu regeln sind? Und schließlich: Falls man die Wesentlichkeit für die Grundrechtsausübung verneint: Welche durch eine Verordnung oder den Schulleiter festgelegten Aufnahmekriterien sind rechtlich zulässig?

Die nachfolgenden Erläuterungen sollen Antworten auf diese Fragen geben und beschäftigen sich zunächst mit den durch die Schulwahl betroffenen Grundrechten und mit dem insbesondere seit den Corona-Schulschließungen viel verwendeten Begriff des Rechts auf Bildung (B.). Weiterhin wird die Frage der Geltung des Gesetzesvorbehaltes für die Regelung der Aufnahmekriterien und damit die Problematik der Grundrechtsintensivität diskutiert (C.). Im Anschluss folgt eine Besprechung obergerichtliche Grundsatzentscheidungen zur Zulässigkeit einzelner Aufnahmekriterien sowie zur Notwendigkeit der Transparenz des Auswahlverfahrens (D.).

## B. Grundrechtsbezug des Rechts auf Aufnahme in eine Schule und (grund)gesetzliche Verankerung des sog. Rechts auf Bildung

Spricht man von dem Recht auf Aufnahme in eine Schule, wird dies allgemein mit dem in den Medien und der Öffentlichkeit häufig verwendeten Begriff des sog. Rechts auf Bildung<sup>3</sup> in Verbindung gebracht. Ein spezifisches Recht auf Bildung sieht das Grundgesetz jedoch nicht vor. Anders ist dies in den meisten Landesverfassungen;<sup>4</sup> in Berlin bspw. statuiert Art. 20 Abs. 1 Satz 1 der Verfassung von Berlin,<sup>5</sup> dass jeder Mensch das Recht auf Bildung hat. Die Frage, ob es auch auf Bundesebene ein einheitliches Recht auf Bildung gibt, ist im vergangenen Jahr anlässlich der Schul- und Kitaschließungen infolge der Corona-Pandemie in der Öffentlichkeit und

Rechtsprechung kontrovers diskutiert worden. Das BVerfG spricht in diesem Zusammenhang davon, dass die (teilweise) Schließung der Schulen mit erheblichen Belastungen des Familien- und Berufslebens und mit nicht hinlänglich zu kompensierenden Nachteilen für die persönlichen und sozialen Entwicklungsmöglichkeiten und Bildungschancen der Schüler einhergehe.<sup>6</sup> Ausdrücklich bezieht sich das BVerfG aber allein auf das (Auffang-)Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG.<sup>7</sup> Auch der VGH München sieht es als umstritten an, ob aus Art. 2 Abs. 1 GG ein spezifisches Recht auf Bildung der Kinder abzuleiten sei.<sup>8</sup> Darüber hinaus sei nicht klar, ob und inwieweit eine derartige Konstruktion zu einem über die Gewährleistungen des Art. 2 Abs. 1 GG hinausgehenden Grundrechtsschutzes

2 Vgl. unter vielen einen Artikel vom 29.01.2019 in Der Spiegel ([www.spiegel.de/lebenundlernen/schule/schulwahl-wie-eltern-um-die-beste-schule-fuer-ihre-kind-kaempfen-a-1250086.html](http://www.spiegel.de/lebenundlernen/schule/schulwahl-wie-eltern-um-die-beste-schule-fuer-ihre-kind-kaempfen-a-1250086.html), zuletzt abgerufen am 22.02.2021).

3 Vgl. unter vielen einen Artikel auf zeit.de vom 04.05.2020 ([www.zeit.de/gesellschaft/2020-05/bildung-coronavirus-krise-schuloeffnungen-menschenrecht?utm\\_referrer=http%3A%2F%2Fwww.bing.com%2Fsearch%3Fq%3DRecht%2BAuf%2BBildung%2BDie%2BZeit%26src%3DIE-TopResult%26FORM%3DIE-TR02%26conversationid%3D](http://www.zeit.de/gesellschaft/2020-05/bildung-coronavirus-krise-schuloeffnungen-menschenrecht?utm_referrer=http%3A%2F%2Fwww.bing.com%2Fsearch%3Fq%3DRecht%2BAuf%2BBildung%2BDie%2BZeit%26src%3DIE-TopResult%26FORM%3DIE-TR02%26conversationid%3D), zuletzt abgerufen am 22.02.2021) und einen Artikel auf sueddeutsche.de vom 17.02.2020 ([www.sueddeutsche.de/muenchen/bildung-jeder-hat-das-recht-auf-bildung-1.4802024](http://www.sueddeutsche.de/muenchen/bildung-jeder-hat-das-recht-auf-bildung-1.4802024), zuletzt abgerufen am 22.02.2021).

4 Ein ausdrückliches Recht auf Bildung kennt auch die bayerische Verfassung (Art. 128 Abs. 1), die thüringische Verfassung (Art. 20 Abs. 1 Satz 1), die Verfassung von Sachsen-Anhalt (Art. 25 Abs. 1), die sächsische Verfassung (Art. 102 Abs. 1 Satz 1), die saarländische Verfassung (Art. 24a Abs. 1), die Verfassung von Nordrhein-Westfalen (Art. 8 Abs. 1 Satz 1), die Verfassung von Niedersachsen (Art. 4 Abs. 1), die Verfassung von Bremen (Art. 27 Abs. 1), die Verfassung von Brandenburg (Art. 29 Abs. 1), die Verfassung von Schleswig-Holstein (Art. 10 Abs. 3 Satz 2) und die Verfassung von Baden-Württemberg (Art. 11 Abs. 1). Ableiten lassen könnte sich ein Recht auf Bildung aus der Verfassung von Mecklenburg-Vorpommern (Nach Art. 8 Satz 1 hat jeder nach seiner Begabung das Recht auf freien Zugang zu allen öffentlichen Bildungseinrichtungen) und der Verfassung von Rheinland-Pfalz (Nach Art. 24 Satz 1 hat jedes Kind ein Recht auf Entwicklung und Entfaltung, nach Art. 31 Satz 1 soll jedem jungen Menschen zu einer seiner Begabung entsprechenden Ausbildung verholfen werden). Keine ausdrückliche Erwähnung findet das Recht auf Bildung in den Landesverfassungen von Hamburg und Hessen.

5 Vgl. hierzu in Berlin auch einfachgesetzlich § 2 des Berliner Schulgesetzes, wonach jeder junge Mensch ein Recht auf zukunftsfähige, diskriminierungsfreie schulische Bildung und Erziehung hat.

6 BVerfG, Beschl. v. 15.07.2020 - 1 BvR 1630/20 Rn. 22.

7 BVerfG, Beschl. v. 09.06.2020 - 1 BvR 1230/20 Rn. 17.

8 VGH München, Beschl. v. 03.07.2020 - 20 NE 20.1443 Rn. 29.

führen könnte. Grds. bestehe nur ein Anspruch auf Teilhabe an den vorhandenen öffentlichen Bildungseinrichtungen und -angeboten bzw. auf Zugang zu diesen unter zumutbaren Bedingungen und unter dem Vorbehalt des Möglichen. Ein Verschaffungsanspruch könne nur dann geltend gemacht werden, wenn es selbst an dem zur Erhaltung des Teilhaberechts auf Bildung notwendigen Minimum fehlt.<sup>9</sup> Anders sieht dies bspw. das OVG Magdeburg, das ein Recht auf Bildung anerkennt und dies durch die Schließung der Schulen während des Corona-Lockdowns als nachhaltig beschnitten ansieht.<sup>10</sup>

Auch wenn das Grundgesetz das Recht auf Bildung nicht ausdrücklich erwähnt und das BVerfG bislang nur auf die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG Bezug genommen hat, ist zu erwägen, ob das Recht auf Bildung darüber hinaus auch als Teil des in Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verankerten allgemeinen Persönlichkeitsrechts geschützt sein könnte. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst „im Sinne des obersten Konstitutionsprinzips der Würde des Menschen die engere persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen“<sup>11</sup> und gewährleistet „jedem einzelnen einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann“.<sup>12</sup> Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist damit ein umfassendes Recht auf Achtung und Entfaltung der Persönlichkeit. Es gewährleistet Elemente der Persönlichkeit, die nicht Gegenstand der besonderen Freiheitsgarantien des Grundgesetzes sind, diesen aber in ihrer konstituierenden Bedeutung für die Persönlichkeit nicht nachstehen.<sup>13</sup> Für Kinder und Jugendliche gilt darüber hinaus, dass diese eines besonderen Schutzes ihres Persönlichkeitsrechts bedürfen, weil sie sich zu eigenverantwortlichen Personen erst entwickeln müssen.<sup>14</sup> Aus diesem Grund geht der Persönlichkeitsrechtsschutz von Kindern weiter als der von Erwachsenen.

Es dürfte unstrittig sein, dass die Aufnahme auf eine bestimmte Schule, insbesondere eine solche mit einem besonderen Profil, sich auf die Persönlichkeitsentwicklung und -entfaltung des betroffenen Kindes bzw. Jugendlichen auswirken<sup>15</sup> und Einfluss auf seine Bildungsbiografie haben kann. Dies gilt auch dann, wenn die Beschulung an einer anderen als der gewählten Schule sichergestellt ist, da der Wunsch eines bestimmten Schulkonzepts mit einem besonderen Schwerpunkt oder eine grundständige bilinguale Ausbildung aus Eltern- (und Kind)perspektive den Berufsweg erheblich beeinflussen kann und daher durch die Wahl der Schule schon früh Weichen für die Persönlichkeitsentwicklung ge-

stellt werden können. Die Schulwahl betrifft damit einen Bereich, in dem ein Kind oder Jugendlicher seine Individualität entwickeln kann. Das Recht auf Bildung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu begreifen, würde schließlich auch eine Stärkung der Kinderrechte bedeuten. Eine ausdrückliche Verankerung spezifischer Kinderrechte wird seit Jahren gefordert<sup>16</sup> und soll nach dem Willen der großen Koalition durch eine Änderung des Art. 6 Abs. 2 GG nunmehr umgesetzt werden.<sup>17</sup>

Auf Landesebene ist anerkannt, dass das Recht auf Bildung in Verbindung mit dem Gleichheitssatz das Recht auf gleichen Zugang zu den vorhandenen öffentlichen Bildungseinrichtungen vermittelt.<sup>18</sup> In Betracht kommt weiterhin eine Beeinträchtigung der Berufsfreiheit nach Art. 12 GG, da sich die Schulwahl auf den späteren Berufsweg auswirken kann.<sup>19</sup> Auf Elternseite ist das Grundrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG betroffen, wonach Pflege und Erziehung von Kindern das natürliche Recht der Eltern und die ihnen zuvörderst obliegende Pflicht sind. Das Erziehungsgrundrecht der Eltern umfasst grds. die freie Wahl zwischen den verschiedenen vom Staat in der Schule zur Verfügung gestellten Bildungswegen.<sup>20</sup>

9 VGH München, Beschl. v. 03.07.2020 - 20 NE 20.1443 Rn. 29 mit Verweis u.a. auf BVerfG, Beschl. v. 27.11.2017 - 1 BvR 1555/14 Rn. 25; noch restriktiver: VG Hamburg, Beschl. v. 21.04.2020 - 6 E 1689/20 - EA S. 3 (verfügbar unter <https://justiz.hamburg.de/vg-aktuelles/>, zuletzt abgerufen am 22.02.2021), wonach selbst gegen eine dauerhafte Schließung der Schule Rechtsschutz grds. nur dann zu erlangen ist, wenn und soweit die schulische Ausbildung des betroffenen Schülers in dem bisher eingeschlagenen Bildungsgang nicht mehr gesichert ist.

10 OVG Magdeburg, Beschl. v. 15.06.2020 - 3 R 111/20 Rn. 61 f.

11 BVerfG, Beschl. v. 03.06.1980 - 1 BvR 185/77 Rn. 13.

12 BVerfG, Urt. v. 31.01.1989 - 1 BvL 17/87 Rn. 44.

13 Lang in: BeckOK, GG, Art. 2 Rn. 34 m.w.N., Stand 15.11.2020.

14 BVerfG, Beschl. v. 27.11.1990 - 1 BvR 402/87 Rn. 34.

15 So auch VerfGH Berlin, Beschl. v. 10.04.2019 - VerfGH 5/19 Rn. 20.

16 Lambrecht, DRiZ 2020, 98. Jahrgang, 14.

17 Vgl. einen Beitrag auf mdr.de vom 12.01.2021 „Kinderrechte: Koalition einigt sich auf Grundgesetzänderung“ ([www.mdr.de/nachrichten/politik/inland/kinderrechte-grundgesetzänderung-100.html](http://www.mdr.de/nachrichten/politik/inland/kinderrechte-grundgesetzänderung-100.html), zuletzt abgerufen am 22.02.2021), wonach Art. 6 Abs. 2 GG wie folgt lauten soll: Die verfassungsmäßigen Rechte der Kinder einschließlich ihres Rechts auf Entwicklung zu eigenverantwortlichen Persönlichkeiten sind zu achten und zu schützen. Das Wohl des Kindes ist angemessen zu berücksichtigen. Der verfassungsrechtliche Anspruch von Kindern auf rechtliches Gehör ist zu wahren. Die Erstverantwortung der Eltern bleibt unberührt.

18 VerfGH Berlin, Beschl. v. 10.04.2019 - VerfGH 5/19 Rn. 20.

19 OVG Bautzen, Beschl. v. 19.08.2020 - 2 B 270/20 Rn. 5.

20 BVerfG, Urt. v. 06.12.1972 - 1 BvR 230/70 Rn. 80 ff.



### C. Geltung des Gesetzesvorbehaltes bei Aufnahme in eine bestimmte Schule durch Bestimmung der Wesentlichkeit für die Grundrechtsverwirklichung

Ausgehend von der Prüfung, welche Grundrechte im Fall der Aufnahme in eine bestimmte Schule betroffen sind, stellt sich die Frage, ob es sich bei der Auswahl einer bestimmten Schule um eine wesentliche Frage für die Grundrechtsausübung des Kindes und seiner Eltern handelt, die der Gesetzgeber nach dem Grundsatz des Gesetzesvorbehalts selbst zu regeln hat.

Der Grundsatz des Gesetzesvorbehalts verlangt, dass staatliches Handeln in bestimmten grundlegenden Bereichen durch förmliches Gesetz legitimiert wird. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen, und darf sie nicht anderen Normgebern überlassen.<sup>21</sup> Insbesondere im Schulwesen verpflichten Rechtsstaatsgebot und Demokratieprinzip des Grundgesetzes den Gesetzgeber, die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen und nicht der Schulverwaltung zu überlassen.<sup>22</sup> „Wesentlich“ bedeutet im grundrechtsrelevanten Bereich i.d.R. „wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte“.<sup>23</sup> Ob und inwieweit eine Maßnahme eine Regelung durch den parlamentarischen Gesetzgeber erforderlich macht, richtet sich allgemein nach der Intensität, mit der die Grundrechte des Regelungsadressaten durch die jeweilige Maßnahme betroffen sind.<sup>24</sup>

Für die Wahl der Schulform durch die in einigen Bundesländern vorgeschriebene verbindliche Schulwahlempfehlung<sup>25</sup> wird die Wesentlichkeit für die Verwirklichung der betroffenen Grundrechte bejaht.<sup>26</sup> Wegen ihrer Grundrechtsintensität soll die Wahl des Bildungsgangs daher dem Gesetzesvorbehalt unterliegen.<sup>27</sup>

Für die Aufnahme auf eine Schule besonderer pädagogischer Prägung hat der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin entschieden, dass die Kriterien für die Schulaufnahme zwar grundrechtsrelevant sind, die Berührung jedoch nicht sehr intensiv ist. Die Aufnahmekriterien beeinträchtigen die Lebens- und Berufschancen der Schulanfänger nach der Auffassung der Berliner Verfassungsrichter nicht maßgeblich, da diese sich erst am Anfang ihres Bildungsweges befänden. Zudem stellten die Aufnahmekriterien lediglich eine relative und keine absolute Zulassungsbeschränkung dar, denn die Beschulung der Kinder sei in der für sie zuständigen Grundschule sichergestellt. Darüber hinaus sei der Besuch einer bestimmten Schule mit einem besonderen Profil freiwillig. Somit beträfen die Aufnahmekriterien keine verfassungsrechtlichen Freiheitsgarantien und damit keinen besonders grundrechtssensiblen Bereich.<sup>28</sup> Auch das sächsische Oberverwaltungsgericht

geht in einer aktuellen Entscheidung davon aus, dass der Besuch einer bestimmten Schule für die Verwirklichung des elterlichen Erziehungsrechts und des Rechts des Kindes aus Schulbildung von deutlich geringerem Gewicht ist als die Wahl des Bildungsgangs selbst. Aus diesem Grund kann der Gesetz- und Verordnungsgeber die Kriterien für die Aufnahmeentscheidung an Gymnasien in das Ermessen der Schulleiterin/des Schulleiters stellen. Diesem obliegt die Entscheidung über die Auswahl und Aufnahme der Bewerber im Einzelfall nach ihrem bzw. seinen pflichtgemäßen Ermessen.<sup>29</sup>

Die Annahme, dass nur die Wahl des Bildungsgangs, nicht aber die Aufnahme auf eine bestimmte Schule für die Grundrechtsausübung wesentlich ist, erweist sich als problematisch, wenn man das Recht als Bildung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts begreift. Denn Letzteres unterliegt wegen des Menschenwürdegehalts nur verfassungsimmanenten Schranken, die der Gesetzgeber bestimmen und konkretisieren muss.<sup>30</sup> Zu bedenken ist weiterhin, dass auch Schulen desselben Bildungsgangs ein erheblich voneinander abweichendes Schulprogramm haben können, sodass der Verweis auf eine andere Schule von dem Schulwunsch des Betroffenen und seinen Bildungsvorstellungen unter Umständen deutlich abweicht. Dies gilt gerade für Schulen mit einem besonderen Schwerpunkt musischer, sprachlicher, naturwissenschaftlich-mathematischer, sportlicher oder bilingualer Natur.<sup>31</sup>

### D. Die Zulässigkeit einzelner Aufnahmekriterien

Die Regelungen zur Aufnahme in eine Schule weichen je nach Bundesland erheblich voneinander ab. In Berlin

21 BVerfG, Urt. v. 14.07.1998 - 1 BvR 1640/97 Rn. 133.

22 BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 Rn. 68 f.; BVerfG, Urt. v. 14.07.1998 - 1 BvR 1640/97 Rn. 133.

23 BVerfG, Urt. v. 21.12.1977 - 1 BvR 147/75 Rn. 92.

24 BVerfG, Urt. v. 14.07.1998 - 1 BvR 1640/97 Rn. 133.

25 Eine solche verbindliche Schulwahlempfehlung ist derzeit nur noch in Brandenburg, Sachsen, Thüringen und Bayern vorgesehen (<https://deutsches-schulportal.de/bildungswesen/verbindliche-grundschulempfehlung-oder-elternwille/>, zuletzt abgerufen am 22.02.2021); vgl. auch Beaucamp, NVwZ 2009, 280.

26 OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 10.09.2018 - OVG 3 S 45.18 Rn. 6, wonach in verfassungsrechtlicher Hinsicht entscheidend sei, dass ein Platz an der gewünschten Schulform bzw. dem gewünschten Bildungsgang zur Verfügung stehe.

27 OVG Bautzen, Beschl. v. 16.10.2016 - 2 B 204/16 Rn. 13; Beaucamp, NVwZ 2009, 281.

28 VerfGH Berlin, Beschl. v. 10.04.2019 - VerfGH 5/19 Rn. 20.

29 OVG Bautzen, Beschl. v. 28.08.2020 - 2 B 281/20 - n.v.

30 Vgl. BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 Rn. 67.

31 Birnbaum, NWVBl. Heft 3/2020, 103.

finden sich die Aufnahmekriterien für die Grundschule und die weiterführende Schule im Schulgesetz, wobei jeweils unterschiedliche Voraussetzungen festgelegt sind. Für die weiterführenden Schulen bestimmt § 56 Abs. 1 Satz 5 des Berliner Schulgesetzes ausdrücklich, dass es keinen Anspruch auf Aufnahme in eine bestimmte Schule gibt. Abweichende Aufnahmekriterien sind in Berlin für Schulen besonderer pädagogischer Prägung, d.h. mit fremdsprachlicher und internationaler, mit mathematisch-naturwissenschaftlicher, mit sportlicher, mit musikalischer oder mit anderer besonderer pädagogischer Prägung, durch eine eigene Verordnung vorgesehen.

Sind die Aufnahmekriterien anders als in Berlin weder gesetzlich noch durch eine Verordnung geregelt, entscheidet der Schulleiter bei Kapazitätsengpässen nach in seinem Ermessen stehenden, den Anforderungen des Gleichheitssatz genügenden sachgerechten Kriterien.<sup>32</sup>

Welche der normierten oder vom Schulleiter angewandten Kriterien sachgerecht sind, wird allerdings kontrovers beurteilt.

So wird bspw. die Frage, ob das Auswahlkriterium eines ausgeglichenen Geschlechterverhältnisses für die Aufnahme auf eine Schule zulässig ist, in der Rechtsprechung unterschiedlich gesehen. Das OVG Berlin-Brandenburg verneint die Zulässigkeit eines solchen Aufnahmekriteriums.<sup>33</sup> Eine solche Regelung verstoße gegen den Gleichheitssatz und das Verbot, Menschen wegen ihres Geschlechts zu bevorzugen. Es sei nicht ersichtlich, aus welchen Gründen das pädagogische oder organisatorische Konzept der Schule (in diesem Fall ein grundständiges bilinguales Gymnasium) eine solche Quote erfordern könnte. Anders sieht dies das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen.<sup>34</sup> Hiernach trage das Aufnahmekriterium „ausgewogenes Verhältnis von Jungen und Mädchen“ dem pädagogischen Prinzip der Koedukation Rechnung. Ziehe der Schulleiter dieses Aufnahmekriterium bei der Aufnahmeentscheidung heran, habe er das Geschlechterverhältnis der Aufnahmen so weit auszugleichen, wie es ihm das Geschlechterverhältnis der Anmeldungen ermögliche. Der Verfassungsgerichtshof des Freistaats Sachsen befasste sich mit dieser Thematik aktuell mit Beschlüssen aus August und November 2020, mit denen der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung im Rahmen einer Folgenabwägung abgewiesen und die Verfassungsbeschwerde als unzulässig verworfen wurde.<sup>35</sup> Beschwerdeführer des Verfahrens waren Eltern und ihre Tochter, deren Aufnahme in die 5. Klasse einer bestimmten Schule zum Schuljahr 2020/2021 abgelehnt wurde.

Im Rahmen des Auswahlverfahrens fand für die restlichen freien Plätze ein Losverfahren statt, bei dem, um ein zahlenmäßiges Gleichgewicht zwischen den Geschlechtern zu erreichen, getrennte Lostöpfe für Mädchen und Jungen gebildet wurden. Die Beschwerdeführerin ging im Losverfahren leer aus und ersuchte um einstweiligen Rechtsschutz vor dem VG Dresden, das dem Antrag stattgab. Das Sächsische Oberverwaltungsgericht hob diese Entscheidung auf und erklärte, dass das Kriterium des zahlenmäßigen Gleichgewichts von Jungen und Mädchen bei der Klassenbildung nicht gegen die Maßgabe verstoße, Männer und Frauen bzw. Jungen und Mädchen nicht aufgrund ihres Geschlechts nachteilig zu behandeln.<sup>36</sup>

Zu der Frage, welche Rolle das Kriterium des Geschwisterkindes spielt, hat der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin im Jahr 2019 eine grundlegende Entscheidung getroffen.<sup>37</sup> Eine Schulanfängerin und ihre Eltern wandten sich gegen die Nichtzulassung zu einer bilingualen Schule, die von den Brüdern des Mädchens besucht wurde. Der Verfassungsgerichtshof erklärte, dass aus Art. 12 Abs. 1 der Berliner Verfassung, wonach der Staat die Familie zu schützen und zu fördern hat, keine Pflicht des Ordnungsgebers folge, für die Platzvergabe an Schulen besonderer pädagogischer Prägung das Kriterium des Geschwistervorrangs zu berücksichtigen. Der Besuch der gleichen Schule durch Geschwister sei für deren Persönlichkeitsentwicklung und -entfaltung nicht von entsprechend großer Bedeutung.

Eine Entscheidung des BVerfG aus Mai 2020 verdeutlicht schließlich, dass der Transparenz des Auswahlverfahrens mit Blick auf den Anspruch auf effektiven Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG hervorgehobene Bedeutung beizumessen ist.<sup>38</sup> Gegenstand der Verfassungsbeschwerde waren verwaltungsgerichtliche Entscheidungen im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes über die Aufnahme in die 5. Klasse an einer weiterführenden Schule. Die Beschwerdeführerin war über die Ablehnung ihres Aufnahmeantrags entgegen der bis dato herrschenden

32 Grünberg, LKV 2014, 433, 434 mit Verweis auf OVG Bautzen, Beschl. v. 15.12.2009 - 2 B 498/09 - Leitsatz.

33 OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 13.10.2017 - OVG 3 S 74.17 Rn. 8 ff.

34 OVG Münster, Urt. v. 23.01.2019 - 19 A 2303/17 Rn. 67 ff.

35 VerfGH Leipzig, Beschl. v. 31.08.2020 - Vf. 134-IV-20 (e.A.), und VerfGH Leipzig, Beschl. v. 05.11.2020 - Vf. 133-IV-20 (HS), veröffentlicht auf der offiziellen Internetseite ([www.justiz.sachsen.de/esaver/index.php](http://www.justiz.sachsen.de/esaver/index.php), zuletzt abgerufen am 22.02.2021).

36 OVG Bautzen, Beschl. v. 28.08.2020 - 2 B 281/20 - n.v.

37 VerfGH Berlin, Beschl. v. 10.04.2019 - VerfGH 5/19 Rn. 20.

38 BVerfG, Beschl. v. 06.05.2020 - 1 BvR 2757/19 Rn. 22 ff.

Praxis nicht informiert worden und wehrte sich hiergegen im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes. Der hessische Verwaltungsgerichtshof erklärte, dass zwar ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Auswahlentscheidung als Ausdruck des Teilhaberechts auf gleichberechtigten Zugang zu den von einem Hoheitsträger zur Verfügung gestellten Bildungsangeboten anzuerkennen sei. Dieses Teilhaberecht bestehe aber nur im Rahmen der Aufnahmekapazität und gehe unter, wenn die Kapazität nach erfolgter Vergabe erschöpft sei und kein Fall vorliege, in dem eine überkapazitierte Aufnahme zu gewähren sei. Dies gelte unabhängig davon, ob die Auswahlentscheidung fehlerhaft sei. Da der Verwaltungsgerichtshof nach Ablauf des Schuljahres, in dem die Beschwerdeführerin die 5. Klasse auf einer anderen Schule besucht hatte, von einer Erledigung des auf die Aufnahme in die (fortgesetzte) 5. Klasse gerichteten Antrags ausging, hatte die Beschwerdeführerin keine Möglichkeit, ihren Teilhabeanspruch im Wege vorläufigen Rechtsschutzes zu sichern. Hierin sah das BVerfG eine Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG.

## E. Fazit

Die Ausführungen zeigen, dass das Recht auf Aufnahme in die Wunschschule als besondere Ausprägung des sog. Rechts auf Bildung zu verstehen ist. Die genaue Ausgestaltung des Rechts auf Bildung und dessen Schutzwirkung bleiben jedoch mangels einer ausdrücklichen Verankerung im Grundgesetz unklar. In der Rechtsprechung wird das Recht auf Bildung dem Auffanggrundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit zugeordnet. Wegen der langfristigen Auswirkungen der Schulwahl auf die Bildungsbiografie und der Bedeutung für die Persönlichkeitsentwicklung und -entfaltung ist darüber hinaus ein Schutz über das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu erwägen. Dies gilt insbesondere für Schulen mit einem besonderen sprachlichen, naturwissenschaftlichen, musischen oder sportlichen Profil oder mit einem bilingualen Angebot, da diese Schulen sich in ihrem Schulprogramm deutlich von anderen Schulen desselben Bildungsgangs unterscheiden. Obwohl zunehmend der Wunsch der Eltern und Kinder nach Schulen mit einem besonderen Profil zu beobachten ist, sieht die Rechtsprechung die Schulwahl im Gegensatz zur Wahl des Bildungsgangs nicht als besonders grundrechtsintensiv an. Der Gesetzgeber muss die Aufnahmekriterien daher nicht zwingend selbst regeln. Fehlt eine Regelung, obliegt die Auswahl der Schulleitung, die eine Ermessensentscheidung nach sachgerechten – zum Teil kontrovers beurteilten – Kriterien zu treffen hat.

## Steuerrecht

### Volle Besteuerung betrieblicher Veräußerungsgewinne trotz ganz oder teilweise nicht abzugsfähiger oder im wirtschaftlichen Ergebnis neutralisierter AfA

BFH, Urt. v. 16.06.2020 - VIII R 9/18 und VIII R 15/17

RiBFH Dr. Christian Levedag, LL.M. Tax (London)

#### A. Problemstellung

Der VIII. Senat des BFH hat in zwei Entscheidungen vom 16.06.2020 - VIII R 15/17 und VIII R 9/18 zu der Frage Stellung genommen, wie der Veräußerungsgewinn für ein zum Betriebsvermögen gehörendes Wirtschaftsgut zu berechnen ist, wenn sich die AfA während der Nutzungsdauer – entweder wegen eines Betriebsausgabenabzugsverbots gem. § 4 Abs. 5 EStG oder durch eine neutralisierende Einnahme – (wirtschaftlich) nicht ausgewirkt hat.

#### B. Inhalt der Entscheidungen

Der VIII. Senat gelangt für beide Fallkonstellationen zu dem Ergebnis, dass der Veräußerungsgewinn in Höhe des vollen Differenzbetrags zwischen dem Veräußerungsentgelt und dem um die AfA-Beträge geminderten Buchwert des Wirtschaftsguts zu besteuern ist.

#### I. BFH, Urt. v. 16.06.2020 - VIII R 9/18

##### 1. Sachverhalt

Im Streitfall VIII R 9/18 war der Steuerpflichtige nebenberuflich als freiberuflicher Schriftsteller und Gutachter tätig. Er hatte im Mai 2008 einen Personalkraftwagen angeschafft, den er bis einschließlich des Streitjahres 2013 zu 25 % für seine freiberufliche Tätigkeit und zu 75 % für private Zwecke nutzte. In den Steuererklärungen der Jahre 2008 bis 2013 wies er das Fahrzeug in den Anlageverzeichnissen der Einnahmen-Überschuss-Rechnung jeweils mit den fortgeführten Anschaffungskosten aus. Innerhalb dieses Zeitraums machte er AfA-Beträge in voller Höhe der Anschaffungskosten geltend. Das Finanzamt berücksichtigte antragsgemäß AfA für den Personalkraftwagen unter Zugrundelegung einer fünfjährigen Nutzungsdauer, sodass der Personalkraftwagen bis zum Abgang aus dem Betriebsvermögen im Streitjahr vollständig abgeschrieben war. Des Weiteren berück-

sichtigte es in den Einkommensteuerfestsetzungen der Jahre 2008 bis 2013 erklärungsgemäß jeweils Betriebseinnahmen aus einer Nutzungsentnahme für die private Nutzung des Fahrzeugs i.H.v. 75 % der entstandenen Aufwendungen einschließlich der AfA. Im Streitjahr schaffte der Kläger einen neuen Personalkraftwagen an. Dabei gab er den bis dahin genutzten betrieblichen Personalkraftwagen für 28.000 € in Zahlung. In der Einkommensteuererklärung des Streitjahrs setzte er nur ein Viertel des erzielten Anrechnungspreises, d.h. 7.000 €, als Betriebseinnahme an. Das Finanzamt folgte dem nicht und setzte die Einkommensteuer für das Streitjahr unter Berücksichtigung des gesamten Anrechnungs Betrags fest. Der Einspruch blieb erfolglos. Das Finanzgericht wies die Klage ab. Die aus der Hingabe des Personalkraftwagens als Leistung an Erfüllung statt bewirkte Tilgung der Kaufpreisforderung für den neu angeschafften Personalkraftwagen unterliege wie ein Veräußerungserlös in vollem Umfang der Besteuerung. Der hingegebene Personalkraftwagen habe zu 100 % zum gewillkürten Betriebsvermögen gehört und sei daher vollständig steuerverstrickt gewesen. Deshalb stelle der Erlös aus der Veräußerung des Fahrzeugs insgesamt eine Betriebseinnahme dar. Unbeachtlich sei, dass der Personalkraftwagen zu 75 % privat genutzt und der Abzug von 75 % aller Aufwendungen einschließlich der AfA im Rahmen der Besteuerung der Nutzungsentnahme bei wirtschaftlicher Betrachtung rückgängig gemacht worden sei. Die Revision des Klägers blieb ebenfalls erfolglos.

## 2. Entscheidung des BFH

Der veräußerte Personalkraftwagen habe in sämtlichen Veranlagungszeiträumen seit 2008 bis zur Veräußerung im Streitjahr 2013 zum gewillkürten Betriebsvermögen des Klägers gehört. Die Inzahlunggabe des Fahrzeugs sei als steuerbare Veräußerung zu beurteilen, da die Hingabe eines Wirtschaftsguts an Erfüllung statt wie ein Tausch zu behandeln sei. Bei Steuerpflichtigen wie dem Kläger, die ihren Gewinn nach § 4 Abs. 3 EStG durch eine Einnahmen-Überschuss-Rechnung ermittelten, sei als Veräußerungsentgelt der gemeine Wert des hingegebenen Wirtschaftsguts (Fahrzeugs) anzusetzen. Der Restbuchwert des ausgeschiedenen Wirtschaftsguts sei als Betriebsausgabe abzuziehen. Da der vereinbarte Anrechnungsbetrag i.H.v. 28.000 € dem gemeinen Wert des vom Kläger im Zahlung gegebenen Personalkraftwagen entsprochen und der vorhandene Restbuchwert des Fahrzeugs wegen der vorherigen vollständigen Abschreibung null € betragen

habe, habe der Kläger im Streitjahr einen Veräußerungsgewinn i.H.v. 28.000 € erzielt.

Der VIII. Senat des BFH folgte den vom Kläger hiergegen vorgebrachten Argumenten nicht. Zwar sei im wirtschaftlichen Ergebnis die vom Kläger als Betriebsausgabe abgezogene AfA für den Personalkraftwagen jeweils durch die Besteuerung einer Nutzungsentnahme für die Privatfahrten i.H.v. 75 % „neutralisiert“ worden, da die AfA in die Bemessungsgrundlage der Nutzungsentnahme zu Selbstkosten einzubeziehen sei. Für die Bemessung des Gewinns aus der Veräußerung des Fahrzeugs sei dies jedoch irrelevant. Weder der Veräußerungserlös noch der Unterschiedsbetrag zwischen dem Buchwert des Fahrzeugs und dem Veräußerungserlös seien um die „neutralisierten AfA-Beträge“ zu kürzen. Die Besteuerung der Privatnutzung des Fahrzeugs in Form der Nutzungsentnahme einerseits und dessen spätere Veräußerung andererseits betreffe unterschiedliche Vorgänge, die getrennt zu betrachten seien. Die Besteuerung der Veräußerung unter Aufdeckung der stillen Reserven sei ausschließliche Folge der vollumfänglichen Zugehörigkeit des Wirtschaftsguts zum Betriebsvermögen und der Aufdeckung der stillen Reserven im Veräußerungszeitpunkt. Die Besteuerung der Nutzungsentnahme berühre den Buchwertansatz nicht und führe auch nicht Aufdeckung stiller Reserven vor der Veräußerung.

Da auch ein Wirtschaftsgut des gewillkürten Betriebsvermögens vollständig zum Betriebsvermögen gehöre, entfalle der Veräußerungsgewinn nicht auf im Privatvermögen gebildete stille Reserven, die dem Betriebsvermögen erst im Zeitpunkt der Veräußerung zugeführt würden und mangels betrieblicher Veranlassung aus dem Veräußerungsgewinn zu kürzen seien.

Die analoge Anwendung von § 23 Abs. 3 Satz 4 EStG lehnte der VIII. Senat ebenfalls ab. Nach dieser Regelung mindern sich die Anschaffungs- oder Herstellungskosten um AfA, erhöhte Absetzungen und Sonderabschreibungen, soweit sie bei der Ermittlung der Einkünfte gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 – 7 EStG abgezogen worden sind. Es fehle an einer planwidrigen Regelungslücke im Bereich der Gewinnermittlungsvorschriften, die durch eine entsprechende Anwendung von § 23 Abs. 3 Satz 4 EStG zu schließen sei.

Schließlich verneinte der BFH einen Verstoß gegen das aus Art. 3 Abs. 1 des GG abgeleitete Gebot der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und das objektive Nettoprinzip. Die einfachgesetzliche Wertung, dass die Besteuerung der Nutzungsentnahme für die Privatfahrten einerseits und die Besteuerung des Ver-



äußerungsgewinns andererseits unterschiedliche Vorgänge seien, sei auch für die verfassungsrechtliche Prüfung maßgeblich. Mit der Besteuerung der Nutzungsentnahme werde erreicht, dass der Betriebsinhaber nicht bessergestellt werde als ein Steuerpflichtiger, der sein Kraftfahrzeug im Privatvermögen halte. Die AfA sei lediglich ein Faktor zu Bemessung der Einnahme aus der Nutzungsentnahme. Weil durch die Besteuerung der Nutzungsentnahme die stillen Reserven des Wirtschaftsguts nicht aufgedeckt und vor der Veräußerung „vorab“ versteuert würden, sei es folgerichtig und verfassungsrechtlich unbedenklich, den Veräußerungsgewinn am Ende der Betriebszugehörigkeit des Wirtschaftsguts in Höhe der aufgedeckten stillen Reserven als Differenz zwischen dem Veräußerungsentgelt und dem um die AfA geminderten Buchwert vollständig zu versteuern.

## II. BFH, Urt. v. 16.06.2020 - VIII R 15/17

### 1. Sachverhalt

Der Kläger gab zum 31.12.2001 seine freiberufliche Tätigkeit auf. Zu seinem Betriebsvermögen gehörte bis zu diesem Zeitpunkt ein häusliches Arbeitszimmer, dessen Aufwendungen (einschließlich der Gebäude-AfA) gem. § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b Satz 3 Halbsatz 1 EStG i.d.F. des Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetzes vom 20.12.2001<sup>1</sup> jährlich lediglich i.H.v. 2.400 DM zum Betriebsausgabenabzug zugelassen waren. Durch die Betriebsaufgabe kam es auch zur Entnahme des häuslichen Arbeitszimmers in das Privatvermögen. Bei der Ermittlung des Aufgabegewinns stellte das Finanzamt dem unstreitigen gemeinen Wert des Arbeitszimmers den Buchwert des Grund und Bodens und den Buchwert des Gebäudes (nach Abzug der gesamten AfA) gegenüber. Statt des vom Kläger ermittelten Aufgabeverlusts, in dem auch ein Verlust aus der Entnahme des Arbeitszimmers enthalten war, ergab sich ein Aufgabegewinn. Das Einspruchsverfahren blieb erfolglos. Auch die nachfolgende Klage wurde abgewiesen. Das Finanzgericht war der Auffassung, das Finanzamt habe den Aufgabegewinn zutreffend ermittelt. Bei der Berechnung des Gewinns sei der Buchwert für das häusliche Arbeitszimmer nicht um die zuvor nicht abzugsfähige AfA zu erhöhen gewesen. Der VIII. Senat des BFH folgte dem. Er wies die Revision des Klägers als unbegründet zurück.

### 2. Entscheidung des BFH

Zunächst stellte der VIII. Senat in seiner Begründung dar, an welcher Stelle der Ermittlung des Aufgabegewinns über die Höhe des Entnahmegewinns zu streiten sei.

Steuerpflichtige, die wie der Kläger ihren Gewinn gem. § 4 Abs. 3 EStG ermitteln, müssen zur Ermittlung des Werts des Betriebsvermögens im Aufgabzeitpunkt gem. § 16 Abs. 2 Satz 2 EStG zum Betriebsvermögensvergleich gem. § 4 Abs. 1 EStG übergehen. In die danach aufzustellende Schlussbilanz ist das zum notwendigen Betriebsvermögen gehörende häusliche Arbeitszimmer als selbstständiges Wirtschaftsgut des Anlagevermögens gem. § 6 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG mit den Anschaffungskosten, vermindert um die Gebäude-AfA, aufzunehmen. Bei der Ermittlung des Aufgabegewinns gem. § 18 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 16 Abs. 3 Satz 1 EStG ist dem Aufgabe-Endvermögen, in das der gemeine Wert des im Zeitpunkt der Aufgabe entnommenen Wirtschaftsgüter einzubeziehen ist (§ 18 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 16 Abs. 2 Satz 7 EStG), das sich aus der Schlussbilanz ergebende Betriebsvermögen gegenüberzustellen. Maßgeblicher Anknüpfungspunkt für den Ansatz des zutreffenden Buchwerts für das häusliche Arbeitszimmer sei damit die Schlussbilanz des Klägers zum 31.12.2001.

In der Schlussbilanz habe das Finanzgericht das Arbeitszimmer des Klägers zutreffend mit dem sich unter Berücksichtigung der vollen AfA für den Gebäudeanteil ergebenden Buchwert angesetzt. Dem stehe nicht entgegen, dass während der Zugehörigkeit des häuslichen Arbeitszimmers zum Betriebsvermögen die AfA nur jährlich i.H.v. 2.400 DM abziehbar gewesen sei.

Wie bereits der X. Senat des BFH im Urteil vom 25.03.2015 - X R 14/12 entschieden habe, sei der Berechnung des Gewinns aus der Veräußerung oder Entnahme eines vom Abzugsverbot gem. § 4 Abs. 5 Satz 1 EStG betroffenen Wirtschaftsguts derjenige Buchwert zugrunde zu legen, der sich unter Berücksichtigung der nicht abziehbaren AfA ergebe. § 4 Abs. 5 Satz 1 EStG begrenze zwar die abziehbaren Betriebsausgaben, setze aber nicht die übrigen Regeln der Bewertung und Abschreibung für die betroffenen Wirtschaftsgüter außer Kraft. Folge sei, dass bei einer Gewinnermittlung gem. § 4 Abs. 3 EStG die AfA zunächst in voller Höhe als Betriebsausgabe erfasst werde und sich der Buchwert des Arbeitszimmers um den AfA-Betrag mindere und bei der Ermittlung des Jahresergebnisses die nicht abzugsfähigen Betriebsausgaben (mit anteiliger AfA) dem Gewinn wieder hinzugerechnet würden.

Auch scheidet eine teleologische Reduktion der allgemeinen Gewinnermittlungstatbestände aus, um die infolge

<sup>1</sup> BGBl. I 2001, 3858.



der Abzugsbeschränkung teilweise nicht abziehbare AfA bei der Ermittlung des Aufgabegewinns zu berücksichtigen. Es fehle an einer planwidrigen Regelungslücke im Bereich der Gewinnermittlungsvorschriften. Würde bei der Ermittlung des Aufgabegewinns der Buchwert des häuslichen Arbeitszimmers um die zuvor nicht abzugsfähige AfA erhöht, würde dies – so der BFH – das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 EStG vielmehr konterkarieren. Die Aufwendungen würden letztendlich den Gewinn im Entnahmezeitpunkt mindern und das gesetzliche Abzugsverbot wieder rückgängig gemacht. Der Steuerpflichtige werde durch die volle Berücksichtigung des Entnahmegewinns auch nicht „doppelt bestraft“. Das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Satz 1 EStG werde lediglich einmal, nämlich bei der Ermittlung des laufenden Gewinns angewandt. Im Rahmen der Ermittlung des Aufgabegewinns greife es nicht erneut, sondern es werde lediglich nicht rückgängig gemacht.

Ferner könne § 23 Abs. 3 Satz 4 EStG nicht analog angewendet werden. Im Bereich der Gewinnermittlungsvorschriften existiere keine planwidrige Regelungslücke, die eine entsprechende Anwendung der Vorschrift gebiete. Der Rechtsgedanke des § 23 Abs. 3 Satz 4 EStG sei nicht auf die Gewinnermittlungsvorschriften übertragbar.

Auch ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG liege nicht vor. Das Abzugsverbot für Aufwendungen im Zusammenhang mit einem betrieblichen häuslichen Arbeitszimmer sei von der Rechtsprechung wiederholt als verfassungsgemäß beurteilt worden. Der Umstand, dass das Abzugsverbot bei der Ermittlung eines Aufgabegewinns nicht im wirtschaftlichen Ergebnis rückgängig gemacht werde, begründe keinen Verstoß gegen das objektive Nettoprinzip. Denn es sei folgerichtig, dass ein während der Nutzungsdauer des Wirtschaftsguts existierendes (verfassungsgemäßes) Abzugsverbot auch am Ende des Zeitraums der betrieblichen Nutzung im wirtschaftlichen Ergebnis Bestand habe.

Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG ergebe sich auch nicht im Vergleich zu Steuerpflichtigen, die ein häusliches Arbeitszimmer zu Erzielung von Überschusseinkünften nutzen. Zwar entspreche es der Verwaltungsauffassung,<sup>2</sup> bei der Ermittlung eines Veräußerungsgewinns gem. § 23 EStG die ursprünglichen Anschaffungs- und Herstellungskosten nicht um AfA-Beträge für das häusliche Arbeitszimmer zu kürzen, wenn der Abzug der Aufwendungen zuvor gem. § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6 Buchst. b) Satz 1 EStG ganz oder teilweise ausgeschlossen gewesen sei. Selbst bei einer unterschiedlichen Behandlung des Veräußerungsvorgangs im Privat- und im Betriebsvermögen ergebe sich hieraus jedoch kein Gleichheits-

verstoß. Dies folge aus der unterschiedlichen einkommensteuerrechtlichen Erfassung von Wertsteigerungen im Betriebs- und Privatvermögen, die nach der Rechtsprechung des BVerfG mit dem Gleichheitssatz vereinbar sei.

Auch eine Verletzung von Art. 14 Abs. 1 GG sei nicht zu erkennen, zumal der gesamte Aufgabegewinn und damit auch der darin berücksichtigte Gewinn aus der Entnahme des Arbeitszimmers aufgrund des vom Kläger hilfsweise beantragten und vom Finanzamt berücksichtigten Freibetrags gem. § 16 Abs. 4 EStG im Ergebnis vollständig steuerfrei geblieben sei.

### C. Kontext der Entscheidungen

Beide Besprechungsurteile stützen sich auf die allgemein anerkannte Grundlage, dass gemischt genutzte Wirtschaftsgüter ertragsteuerrechtlich sowohl gegenständlich als auch hinsichtlich ihrer Wertveränderungen in vollem Umfang steuerverstrickt sind, wenn sie zum notwendigen oder gewillkürten Betriebsvermögen des Steuerpflichtigen gehören.<sup>3</sup> Diese Grundentscheidung ist im System der verschiedenen Gewinnermittlungsvorschriften sowohl für die Einkünfteermittlung während der Nutzungsdauer als auch im Veräußerungs-/Entnahmezeitpunkt folgerichtig durchzuhalten. Sie bietet keinen Spielraum für eine analoge Anwendung von § 23 Abs. 3 Satz 4 EStG im Rahmen der Gewinnermittlungsvorschriften. Ferner ist sie der zentrale Anknüpfungspunkt und Rechtfertigungsgrund für die verfassungsrechtliche Prüfung im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG.

### D. Auswirkungen auf die Praxis

Durch die Besprechungsurteile und die Entscheidung des X. Senats<sup>4</sup> ist in der BFH-Rechtsprechung geklärt, dass sich die in früheren BFH-Entscheidungen<sup>5</sup> angedeuteten Überlegungen zu einer teleologischen Reduzierung der Gewinnermittlungsvorschriften bei zuvor nicht abzugsfähigen AfA-Beträgen nicht durchgesetzt haben. Der Besteuerung unterliegt der volle Differenzbetrag zwischen dem Veräußerungsentgelt und dem um die AfA-Beträge geminderten Buchwert.

<sup>2</sup> BMF-Schreiben vom 05.10.2000, BStBl. I 2000, 1383 Rn. 39

<sup>3</sup> Siehe zu einer konzeptionell abweichenden veranlassungsbezogenen Aufteilung und Zuordnung von Wirtschaftsgütern Kanzler, FR 2020, 1145, 1146

<sup>4</sup> BFH, Urt. v. 25.03.2015 - X R 14/12.

<sup>5</sup> BFH, Urt. v. 28.08.2003 - IV R 38/01 unter II.4., und BFH, Urt. v. 06.07.2005 - XI R 87/03 - BStBl. II 2006, 18, unter II.2.c

## Für die Rechtsgeschichte oder für die Zukunft? Zugang zu Rohmessdaten im Bußgeldverfahren

### Zugleich eine Anmerkung zu: BVerfG, Beschl. v. 12.11.2020 - 2 BvR 1616/18<sup>1</sup>

RiLG Dr. Christoph Brück

#### A. Einleitung

Im Bußgeldverfahren geht es zwar nicht um die Ahndung kriminellen Unrechts, sondern nur um eine verwaltungsrechtliche Pflichtenmahnung.<sup>2</sup> Der zeitweilige Verlust der individuellen Mobilität im Straßenverkehr wird dennoch häufig als besonders schmerzlich und einschneidend empfunden. Geschwindigkeitsmessungen im Straßenverkehr führen regelmäßig für eine nicht geringe Zahl von Fahrzeugführern zu dieser nachhaltigen Folge. Im Durchschnitt der Jahre 2016 bis 2019 wurden nämlich pro Jahr rund 457.000 Fahrverbote verhängt.<sup>3</sup> Besonders in engen Konstellationen, bei denen bereits ein um wenige oder gar nur einen km/h reduzierter Geschwindigkeitsverstoß den Unterschied zu einem Monat Fahrverbot ausmacht, versuchen Betroffene im Rahmen ihrer Verteidigungsbefugnisse regelmäßig, (auch) die Richtigkeit der Messung in Zweifel zu ziehen. Bei dem vom BVerfG nunmehr entschiedenen Fall ging es konkret um die Frage, ob der Betroffene einen Anspruch darauf hat, die bei einer Messung gespeicherten Rohmessdaten nachträglich überprüfen lassen zu können mit dem Ziel, die Richtigkeit der Messung kritisieren zu können.

#### B. Verfahrensgang

Ausgangspunkt der Entscheidung des BVerfG war eine im Straßenverkehr regelmäßig vorkommende Konstellation: Einem Kraftfahrzeugfahrer war von der Bußgeldstelle der Vorwurf gemacht worden, außerorts die zulässige Höchstgeschwindigkeit um 30 km/h (nach Toleranzabzug) überschritten zu haben. Dem lag eine Messung mit dem Gerät PoliScan Speed M1 der Firma Vitronic zugrunde. Das Messgerät kann mobil wie (teil-)stationär zum Einsatz kommen (Enforcement Trailer). Das Gerät ermittelt über die Laufzeit von Laserpulsen, die in dichter Folge ausgestrahlt und von an Objekten im Erfassungsbe- reich getroffenen Punkten zurückgeworfen werden, eine Liste von Positionswerten für diese rückreflektierenden Punkte, zusammen mit den zugehörigen Zeitstempeln. Die Glieder dieser Liste sind die „Rohmessdaten“ oder „Rohmesswerte“.<sup>4</sup>

Der Beschwerdeführer beantragte bereits im Anhörungsverfahren vor der Bußgeldstelle u.a. Akteneinsicht in die Rohmessdaten. Die Bußgeldstelle gewährte Einsicht in die Bußgeldakte, teilte aber bezüglich dieser und weiterer angefragter Informationen mit, dass diese nicht Bestandteil der Ermittlungsakte seien und nur auf gerichtliche Anordnung vorgelegt würden.

Der Einspruch des Betroffenen gegen den Bußgeldbescheid, mit dem ein Bußgeld von 120 € und ein Fahrverbot von einem Monat verhängt wurden, blieb sowohl beim Amtsgericht als auch beim Oberlandesgericht erfolglos. Im Verfahren vor dem Amtsgericht hatte der Beschwerdeführer sein Einsichtsgesuch wiederholt, und in der Folgezeit zudem einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung gem. § 62 OWiG gestellt. Das Amtsgericht verwarf den Antrag als unzulässig mangels fortbestehender Beschwer mit der Begründung, im gerichtlichen Bußgeldverfahren erfolge eine umfassende Prüfung. Einen weiteren gegenüber dem Amtsgericht gestellten Antrag auf Einsicht in die Rohmessdaten, die Lebensakte sowie den Schulungsnachweis des Messbeamten beschied das Gericht nicht. Im Hauptverhandlungstermin beantragte der Beschwerdeführer sodann die Aussetzung der Hauptverhandlung, und begründete dies schriftsätzlich mit zahlreichen Entscheidungen verschiedener Oberlandesgerichte und des BGH, aus denen sich ein umfassender Anspruch auf Einsichtnahme entnehmen lasse. Nachdem das Amtsgericht diesen Antrag zurückgewiesen hatte, stellte der Verteidiger einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung gem. § 46 Abs. 1 OWiG i.V.m. § 238 Abs. 2 StPO und übergab zur Begründung einen weiteren

1 BVerfG, stattgebender Kammerbeschl. vom 12.11.2020 - 2 BvR 1616/18.

2 BVerfG, Beschl. v. 16.07.1969 - 2 BvL 2/69 Rn. 42; BVerfG, Beschl. v. 21.06.1977 - 2 BvR 70/75 Rn. 35 m.w.N.; BGH, Beschl. v. 03.04.2001 - 4 StR 507/00 Rn. 26.

3 [www.kba.de/DE/Statistik/Kraftfahrer/Verkehrsauffaelligkeiten/verkehrsauffaelligkeiten\\_node.html](http://www.kba.de/DE/Statistik/Kraftfahrer/Verkehrsauffaelligkeiten/verkehrsauffaelligkeiten_node.html).

4 PTB, Antworten auf häufige Fragen zum Laserscanner-Geschwindigkeitsüberwachungsgerät PoliScanspeed der Firma VITRONIC; <https://oar.ptb.de/files/download/587752df4c9184a288720d24> (zuletzt abgerufen am 22.02.2021).

Schriftsatz, wonach die Verteidigung durch die Zurückweisung des Antrags auf Aussetzung der Hauptverhandlung unzulässig beschränkt werde. Das Amtsgericht hielt die Entscheidung über die Ablehnung der Aussetzung der Hauptverhandlung aufrecht, führte die Beweisaufnahme durch, und verurteilte den Beschwerdeführer gemäß dem Bußgeldbescheid.

Im Rahmen der Rechtsbeschwerde machte der Beschwerdeführer geltend, dass sich aus dem Recht auf ein faires Verfahren ein über das Recht auf Akteneinsicht hinausgehender Anspruch auf Einsichtnahme insbesondere in die vorhandenen Messunterlagen und Messdaten ergebe, auch wenn diese nicht Bestandteil der Bußgeldakte seien. Bei einer Messung in einem standardisierten Messverfahren müsse die Überprüfung der Messung ermöglicht werden, auch wenn dies nur durch Unterlagen und Daten möglich sei, die sich nicht bei der eigentlichen Akte befänden. Das Oberlandesgericht begründete seinen die Rechtsbeschwerde des Beschwerdeführers verwerfenden Beschluss u.a. damit, dass es sich bei dem Begehren auf Beiziehung von nicht bei den Akten befindlichen Unterlagen um einen Beweismittlungsantrag handele, dessen Ablehnung lediglich unter Aufklärungsgesichtspunkten gerügt werden könne. Die Pflicht des Gerichtes zur Amtsaufklärung sei nicht verletzt. Auch die Problematik einer Wissensparität ergebe sich nicht, da auch dem Gericht die Unterlagen, deren Beiziehung begehrt werde, nicht zur Verfügung stünden. Deswegen sei auch das Prinzip der Waffengleichheit nicht verletzt.

Nach Zurückweisung seiner Anhörungsrüge durch das Oberlandesgericht erhob der Beschwerdeführer Verfassungsbeschwerde. Das BVerfG gab der Beschwerde gegen das Urteil des Amtsgerichts und gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts statt.

### C. Die Entscheidung des BVerfG

Das BVerfG hat zunächst klargestellt, dass es sich bei dem Bußgeld von 120 € und dem einmonatigen Fahrverbot zwar um eine nur geringe Belastung des Beschwerdeführers handele. Dennoch sei die Verfassungsbeschwerde unter dem Gesichtspunkt der generellen Vernachlässigung von Grundrechten gem. § 93b i.V.m. 93a Abs. 2b BVerfGG zulässig. Es liege eine ständige Rechtsprechungspraxis vor, von der eine Abweichung in Zukunft nicht zu erwarten sei.

Die Verfassungsbeschwerde selbst hat das BVerfG als offensichtlich begründet angesehen. Der Beschwerdeführer sei durch die angegriffenen Entscheidungen in seinem aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG folgenden

Recht auf ein faires Verfahren verletzt. Unter Berufung auf frühere Entscheidungen<sup>5</sup> werden sodann die Grundsätze eines rechtsstaatlichen Verfahrens dargelegt. Dazu gehöre als ein unverzichtbares Element der Rechtsstaatlichkeit des Strafverfahrens das Verlangen nach verfahrensrechtlicher Waffengleichheit von Ankläger und Beschuldigtem. Das Verfassungsgericht billigt in der Folge grds. die Rechtsprechung zum standardisierten Messverfahren und die daraus reduzierte Sachverhaltsaufklärungs- und Darlegungspflicht der Gerichte. Der Anspruch des Betroffenen, nur aufgrund ordnungsgemäß gewonnener Messdaten verurteilt zu werden,<sup>6</sup> bleibe gewahrt, wenn dem Betroffenen im Bußgeldverfahren die Möglichkeit eröffnet ist, das Tatgericht im Rahmen seiner Einlassung auf Zweifel aufmerksam zu machen und einen entsprechenden Beweisantrag zu stellen. Verfassungswidrig sei allerdings der Umgang des Amtsgerichts mit dem Begehren des Beschwerdeführers auf Zugang zu bestimmten Informationen, die in der dem Amtsgericht vorgelegten und der Verteidigung zur Akteneinsicht überlassenen Bußgeldakte nicht enthalten, an anderer Stelle aber vorhanden waren. Der Beschuldigte eines Strafverfahrens habe neben der Möglichkeit, prozessual im Wege von Beweisanträgen oder Beweismittlungsanträgen auf den Gang der Hauptverhandlung Einfluss zu nehmen, grds. auch das Recht, Kenntnis von solchen Inhalten zu erlangen, die zum Zweck der Ermittlung entstanden sind, aber nicht zur Akte genommen wurden.<sup>7</sup> Zwar bestünden zwischen dem Recht der Ordnungswidrigkeiten und dem allgemeinen Strafrecht wesentliche Unterschiede im Sanktionscharakter, weshalb die Strenge des anzuwendenden Maßstabs im Ordnungswidrigkeitenrecht vermindert sein könne.<sup>8</sup> Im Hinblick auf den Zugang zu Informationen, die nicht Bestandteil der Bußgeldakten geworden sind, seien Gründe, das ordnungswidrigkeitenrechtliche Verfahren anders zu behandeln als das Strafverfahren, allerdings nicht ersichtlich. Anderes ergebe sich auch nicht aus dem Gesichtspunkt der Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege. Solange sich aus der Überprüfung der Informationen keine hinreichend konkreten Anhaltspunkte für die Fehlerhaftigkeit des Messergebnisses ergeben würden, ergebe sich daraus keine Mehrbelastung der Rechtspflege. Der Betroffene müsse den Zugang zu weiteren Informationen zudem rechtzeitig im Bußgeldverfahren begehren, um eine Zurückweisung vor Gericht

5 BVerfG, Beschl. v. 03.06.1969 - 1 BvL 7/68; BVerfG, Beschl. v. 08.10.1974 - 2 BvR 747/73.

6 BGH, Beschl. v. 19.08.1993 - 4 StR 627/92, 300; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.07.2014 - IV-1 RBs 50/14 Rn. 10.

7 BVerfG, Beschl. v. 12.01.1983 - 2 BvR 864/81.

8 BVerfG, Beschl. v. 02.07.2003 - 2 BvR 273/03 Rn. 10.

wegen Verspätung nach § 77 Abs. 2 Nr. 2 OWiG zu vermeiden.

#### D. Die grundsätzliche Bedeutung der Entscheidung des BVerfG

Seit der grundlegenden Entscheidung des BGH vom 19.08.1993<sup>9</sup> steht der Rechtsbegriff vom standardisierten Messverfahren im Zentrum des Bußgeldverfahrens. Unter einem standardisierten Messverfahren ist ein durch Normen vereinheitlichtes (technisches) Verfahren zu verstehen, bei dem die Bedingungen seiner Anwendbarkeit und sein Ablauf so festgelegt sind, dass unter gleichen Voraussetzungen gleiche Ergebnisse zu erwarten sind. Ist bei einer Geschwindigkeitsmessung im Straßenverkehr ein als standardisiertes Messverfahren anerkanntes Messgerät zum Einsatz gekommen, darf der Tatrichter nach allgemeiner Meinung grds. von der Zuverlässigkeit der angewandten Messmethode ausgehen.<sup>10</sup> Die Urteilsgründe können sich hinsichtlich der festgestellten Geschwindigkeit im Wesentlichen auf Angaben zum eingesetzten Messverfahren, die gemessene Geschwindigkeit, den Toleranzabzug und die sich daraus ergebende Geschwindigkeit beschränken.<sup>11</sup>

Voraussetzung für eine Anerkennung als standardisiertes Messverfahren war nach dem bis zum 31.12.2014 geltenden Eichgesetz und der darauf beruhenden Eichordnung die Bauartzulassung des jeweiligen Gerätetyps durch die Physikalisch-Technische-Bundesanstalt (PTB) sowie die Eichung des konkret eingesetzten Gerätes. Seit der Neuregelung des gesetzlichen Messwesens zum 01.01.2015<sup>12</sup> ist die Bauartzulassung durch die Baumusterprüfbescheinigung abgelöst worden. Praktisch alle im Straßenverkehr eingesetzten Geschwindigkeitsmessgeräte besitzen eine Bauartzulassung bzw. Baumusterprüfbescheinigung seitens der PTB,<sup>13</sup> müssen nach dieser betrieben werden, und sind geeicht.<sup>14</sup>

Bei einer Messung unter Einsatz eines standardisierten Messverfahrens ist es Aufgabe des Betroffenen, konkrete Zweifel an der Richtigkeit der Messung selbst vorzutragen. Das erfolgreiche Zulassungsverfahren seitens der PTB wird als antizipiertes Sachverständigengutachten verstanden,<sup>15</sup> sodass auf bloße Zweifel gestützte Beweisanträge regelmäßig nach § 77 Abs. 2 Nr. 1 OWiG als nicht zur Erforschung der Wahrheit erforderlich zurückgewiesen werden können. Ein pauschales Bestreiten der Richtigkeit der Messung ist nicht geeignet, die Amtsaufklärungspflicht auszulösen.<sup>16</sup>

Der Betroffene muss in dieser Situation eine konkrete Fehlfunktion des Messgerätes darlegen. Bei der Beschaffung von Informationen über denkbare Messfehler wurden Betroffenen in der Vergangenheit erhebliche Hürden in den

Weg gestellt, die zu einer weitverzweigten Rechtsprechung geführt haben. Es gab in der Vergangenheit bereits mannigfaltige Entscheidungen über die Bedeutung und Beachtung der Bedienungsanleitung, deren rechtzeitiger Beiziehung und Verwertung und über Art und Ort der Einsichtnahme,<sup>17</sup> sowie über die prinzipielle Frage, ob zum Aktenbegriff auch solche Erkenntnismittel gehören, die erst beigeschafft werden müssen.<sup>18</sup> Zwischenzeitlich verlagerte sich die Diskussion weiter zum Ringen um die Einsicht in die Rohmessdaten,<sup>19</sup> deren Authentizität, insbesondere bei der Auswertung der Daten durch eine Privatfirma,<sup>20</sup> der Fälschungssicherheit der übermittelten Daten sowie zur Frage der Interpretation der Messdaten.<sup>21</sup> Einen Klassiker bildet die Streitfrage, ob es sich bei der konkreten Verwendung des Gerätes in Ansehung der Zulassungsbedingungen seitens der PTB noch um ein standardisiertes Messverfahren handelt.<sup>22</sup> Spezielle Heerausforderungen finden sich auch im Verfahrensrecht, insbesondere dort, wo erstinstanzliche Verfahrenshandlungen und sachgerecht begründete Anträge erforderlich sind, um eine Rechtsbeschwerde oder Gehörsrüge begründen<sup>23</sup> oder den Weg zu den Verfassungsgerichten eröffnen zu können.<sup>24</sup>

9 BGH, Beschl. v. 19.08.1993 - 4 StR 627/92; fortgeführt mit BGH, Beschl. v. 30.10.1997, BGH, Beschl. v. 30.10.1997 - 4 StR 24/97.

10 Grube in: Freymann/Wellner, jurisPK Straßenverkehrsrecht, OWiG – Bezüge zum Straßenverkehrsrecht Rn. 151.

11 OLG Hamburg, Beschl. v. 20.02.2019 - 2 RB 10/18; Fromm, Verteidigung in Straßenverkehrs-OWi-Verfahren, Kapitel 9 Gerichtliches Bußgeldverfahren, K II.

12 MessEG vom 25.07.2013, BGBl. I, 2722; MessEV vom 11.12.2014, BGBl. I, 2010.

13 Liste aller Geräte nebst Hersteller: [www.ptb.de/cms/ptb/fachabteilungen/abt1/fb-13/ag-131/geschwindigkeitueberwachungsgeraete.html](http://www.ptb.de/cms/ptb/fachabteilungen/abt1/fb-13/ag-131/geschwindigkeitueberwachungsgeraete.html) (zuletzt abgerufen am 07.01.2021).

14 § 1 Abs. 1 Nr. 12 MessEV.

15 Grube in: Freymann/Wellner, jurisPK Straßenverkehrsrecht, OWiG – Bezüge zum Straßenverkehrsrecht Rn. 152.4.

16 Grube in: Freymann/Wellner, jurisPK Straßenverkehrsrecht, OWiG – Bezüge zum Straßenverkehrsrecht Rn. 141.

17 Vgl. Hansmann, DAR 2012, 609; König, DAR 2014, 363, 375.

18 Cierniak/Niehaus, DAR 2014, 2.

19 OLG Hamm, Beschl. v. 19.06.2018 - 4 RBs 163/18 - FD-StrafR 2018, 407969 mit Anmerkung Krug; OVG Lüneburg, Beschl. v. 19.08.2020 - 12 ME 114/20; Röß, NZV 2018, 507; Halder/Ittner, NJOZ 2020, 865.

20 Kärger in: Beck/Berr/Schäpe, OWi-Sachen im Straßenverkehrsrecht, 7. Aufl. 2017, k) Geschwindigkeitsmessung durch Private Rn. 497.

21 Der Erkenntniswert von Statistikdatei, gesamter Messreihe und Annulationsrate in der amtlichen Geschwindigkeitsüberwachung, Stellungnahme der PTB, <https://oar.ptb.de/files/download/5e82fa594c93904d740037dc> (zuletzt abgerufen am 22.02.2021).

22 Siehe zuletzt zum „Enforcement-Trailer“ OLG Bamberg, Beschl. v. 12.03.2019 - 2 Ss OWi 67/19; OLG Frankfurt, Beschl. v. 22.11.2018 - 2 Ss-OWi 845/18.

23 Cierniak/Niehaus, DAR 2018, 181; Cierniak/Niehaus, DAR 2018, 541.

24 Leichthammer, NJW 2018, 3760.



Mit der Gewinnung derartiger Informationen steht und fällt die Erfolgsaussicht für die Geltendmachung von Messfehlern. Nach einer erstinstanzlichen Entscheidung konnte auch im Rahmen der Rechtsbeschwerde regelmäßig keine Korrektur erreicht werden, wenn dem Betroffenen die Einsicht in die Rohmessdaten versagt worden war. Dem Betroffenen wurde dort gem. § 344 Abs. 2 StPO abverlangt, das vorzutragen, was er bei Kenntnis der Rohmessdaten vorgetragen hätte, obwohl ihm die Einsicht in die Rohmessdaten verwehrt geblieben war.<sup>25</sup> Das Saarländische Verfassungsgericht hat 2018 in einer viel diskutierten<sup>26</sup> Entscheidung einen Anspruch des Betroffenen auf Herausgabe vorhandener Messdaten auf der Grundlage seines Grundrechts auf ein faires Verfahren bejaht.<sup>27</sup> Das BVerfG hat nun unter Berufung auf seine frühere Entscheidung zu sog. Spurenakten festgestellt, dass zu einem fairen rechtsstaatlichen Verfahren auch der Zugang zu den bei den Ermittlungsbehörden anlässlich des Verfahrens entstandenen Beweismitteln und Ermittlungsvorgängen gehört, auch wenn diese dem Gericht durch die Verfolgungsbehörde nicht vorgelegt wurden und deren Beiziehung seitens des Fachgerichts unter Aufklärungsgesichtspunkten nicht für erforderlich erachtet wurde.<sup>28</sup>

## E. Ausblick

Der Streit um die Beiziehung und die Einsichtnahme in vorhandene Rohmessdaten erscheint mit der Entscheidung des BVerfG dem Grunde nach geklärt. Auch verfahrensrechtlich ist Klarheit geschaffen worden: Der Betroffene muss die Beiziehung und Einsicht bereits im Verfahren vor der Bußgeldstelle beantragen, um keine Zurückweisung wegen Verspätung nach § 77 Abs. 2 Nr. 2 OWiG zu riskieren. Es bestehen somit klare Leitlinien, an denen sich die Bußgeldstellen, Verteidiger und Gerichte orientieren können.

Offen bleibt der Kampf um die Deutungshoheit über diese Rohmessdaten. Die prinzipielle Funktionsweise der Geräte ist zwar bekannt. Die genaue Funktionsweise der Geräte kann ohne Offenlegung der Quellcodes, bei denen es sich regelmäßig um Geschäftsgeheimnisse der Hersteller handeln, weder durch die Gerichte noch durch Sachverständige im Detail nachvollzogen werden (black-box). Daran schließt sich die prinzipielle Frage an, ob das Rechtsstaatsgebot i.V.m. Art. 6 EMRK zu einer Offenlegung zwingt oder nicht.<sup>29</sup>

Allerdings deutet sich derzeit eine Entwicklung an, welche die Entscheidung des BVerfG bereits als überholt erscheinen lässt. Die PTB ist aktuell nämlich dazu übergegangen, den Herstellern die Speicherung von Hilfsgrößen (= Rohmessdaten) bei den Geräten PoliScanSpeed und ES. 8.0 zu untersagen.<sup>30</sup> Spezialgesetzlich gestützt wird dies auf § 7

Abs. 1 Nr. 3 MessEV i.V.m. Anlage 2 Nr. 7.1, wonach Messgeräte gegen die Verfälschung von Messergebnissen geschützt sein müssen und keine Merkmale aufweisen dürfen, die eine Benutzung in betrügerischer Absicht erleichtern.<sup>31</sup> Mit dieser Reaktion der PTB auf die aktuelle Entwicklung ist der Rechtsprechung des BVerfG zum Anspruch auf Beiziehung vorhandener Rohmessdaten die Grundlage entzogen worden. Entsprechende Beiziehungs- und Einsichtsansprüche werden zukünftig gegenstandslos.

Klärungsbedürftig bleibt damit die Frage, wie mit Messungen umzugehen ist, bei denen die Daten, die zur Messwertbildung gewonnen und verwendet wurden, nicht mehr gespeichert werden, und ob die Rechtsprechung die Anschaffung und Verwendung solcher Geräte seitens der Exekutive akzeptiert. Der Verfassungsgerichtshof des Saarlandes hat dazu in einer weiteren, überwiegend jedoch abgelehnten<sup>32</sup> Entscheidung im Jahr 2019 bereits festgestellt, dass das Recht auf ein faires rechtsstaatliches Verfahren verletzt wird, wenn keine Rohmessdaten gespeichert werden.<sup>33</sup> Seitens der Politik<sup>34</sup> ist keine Abhilfe zu erwarten. Es bleibt damit abzuwarten, ob Messungen im Straßenverkehr unter Löschung der Rohmessdaten dem vom BGH bereits in seiner Entscheidung vom 19.08.1993<sup>35</sup> zum standardisierten Messverfahren formulierten Anspruch genügt, nur aufgrund ordnungsgemäß gewonnener Messdaten verurteilt zu werden.

25 OLG Hamm, Beschl. v. 03.09.2012 - III-3 RBs 235/12; OLG Celle, Beschl. v. 11.09.2012 - 311 SsRs 124/12; OLG Celle, Beschl. v. 21.03.2016 - 2 Ss (OWi) 77/16.

26 OLG Bamberg, Beschl. v. 13.06.2018 - 3 Ss OWi 626/18; Cierniak/Niehaus, DAR 2018, 541; Mysegades, NZV 2019, 421, Krumm, NJW 2019, 2460, und Peuker, NZV 2019, 443, NZV 2020, 119.

27 VerfGH Saarbrücken, Beschl. v. 27.04.2018 - Lv 1/18; ebenso VerfGH Stuttgart, Urte. v. 14.12.2020 - 1 VB 64/17.

28 BVerfG, Beschl. v. 12.01.1983 - 2 BvR 864/81.

29 Mysegades, NZV 2019, 421, Krumm, NJW 2019, 2460, und Peuker NZV 2019, 443; NZV 2020, 119, 123 unter Verweis auf die politische Forderung nach Offenlegung der Quellcodes aller staatlich genutzter Software bei D64 – Zentrum für digitalen Fortschritt, Fünf Gründe für Open-Source-Software, 2019, <https://d-64.org/wp-content/uploads/2019/06/5-Gr%C3%BCnde-f%C3%BCr-Open-Source.pdf> (20.12.2019), S. 8 (zuletzt abgerufen am 22.02.2021).

30 OLG Frankfurt, Beschl. v. 23.03.2020 - 2 Ss-OWi 256/20.

31 Dazu: Thiele, DAR 2020, 614.

32 Rechtsprechungsübersicht bei Burhoff, VA 2021, 011.

33 VerfGH Saarbrücken, Urte. v. 05.07.2019 - Lv 7/17; ablehnend z.B. OLG Bremen, Beschl. v. 06.04.2020 - 1 SsRs 10/20; Merz, SVR 2020, 408; 444.

34 Antwort der Bundesregierung vom 16.09.2020 zur Kleinen Anfrage vom 31.08.2020 zum Umgang mit fehlerhaften Geschwindigkeitsmessungen; <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/225/1922570.pdf>; <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/219/1921971.pdf> (zuletzt abgerufen am 22.02.2021).

35 BGH, Beschl. v. 19.08.1993 - 4 StR 627/92 Rn. 27.



## Eine deutsche Juristin auf irischem Chefsessel

In Irland ist eine deutsche Juristin Chefin des International Protection Appeals Tribunal. Diese Einrichtung ist ein Spezifikum in angelsächsischen Ländern. Es ist zwar formal kein Gericht, entscheidet aber erstinstanzlich über alle Asylklagen im Lande. Wir sprechen mit Hilka Becker über die asylrechtliche Kontrollpraxis in Irland, über die Stellung der Richter im Lande und die Auswirkungen des Brexit.

**Dörig: Frau Becker, Sie sind in Irland die „Chairperson“ der ersten Instanz zur Entscheidung über Asylklagen. Können Sie für deutsche Juristinnen und Juristen erläutern, welche Aufgabe die von Ihnen geleitete Einrichtung hat?**

Becker: Das International Protection Appeals Tribunal ist im Grunde vergleichbar mit einem deutschen Verwaltungsgericht und ist als Gericht im Sinne von Art. 267 AEUV anerkannt. Es entscheidet über Rechtsbehelfe gegen Behördenentscheidungen in Asylverfahren. Es gibt in Irland nur diese zentrale Instanz, nicht mehrere nebeneinander wirkende Verwaltungsgerichte. Eine Klage an das Appeal Tribunal ist ein wirksamer Rechtsbehelf nach Art. 46 der Asylverfahrensrichtlinie (2013/32/EU).

**Und was ist ein „Tribunal“? In Deutschland fällt uns dazu das Nürnberger Kriegsverbrechertribunal ein.**

Tribunale sind in den angelsächsischen Ländern weit verbreitet. Sie entlasten die ordentlichen Gerichte. Es gibt sie in fast allen Zweigen des Verwaltungs- und Sozialrechts, aber auch im Arbeitsrecht. Das von mir geleitete Appeals Tribunal gehört allerdings nach irischem Verfassungsrecht nicht zur Gerichtsbarkeit. Dessen ungeachtet entscheiden wir die asylrechtlichen Klagen zu mehr als 90 Prozent abschließend. Nur wenige Verfahren werden anschließend noch von den ordentlichen Gerichten einer Rechtskontrolle unterzogen, hingegen keiner erneuten Tatsachenkontrolle.

Die Mitglieder des Tribunals sind juristisch qualifiziert, werden aber im Gegensatz zu Richtern und Richterinnen nicht auf Lebenszeit berufen, sondern haben, je nachdem ob sie voll- oder teilzeitbeschäftigt sind, Arbeits- beziehungsweise Werkverträge von dreijähriger Dauer, die einmal verlängert werden können, ohne dass die Stelle neu ausgeschrieben werden muss. Ich selbst, sowie auch meine beiden Stellvertreter, bin auf fünf Jahre berufen und auch unsere Verträge können einmalig ohne Ausschreibung verlängert werden.

**Wie viele Mitglieder gehören Ihrem Tribunal an?**

Mein Tribunal hat 55 Mitglieder, viele davon sind neben der richterlichen Tätigkeit als Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen tätig.

**Wie kommt eine Deutsche mit zwei deutschen juristischen Staatsexamina dazu in Dublin ein Appeals Tribunal zu leiten?**

Tja, geplant war das so nicht! Ich bin 1994, nach meinem ersten juristischen Staatsexamen, in der Wartezeit auf mein Referendariat für ein Jahr nach Dublin gegangen und wollte dann nach Hamburg zurück und dort nach dem zweiten Staatsexamen als Verwaltungsrechtlerin entweder im Bereich Umweltrecht oder im Bereich Asylrecht arbeiten. Dann war ich aber auf vielen Ebenen hier in Dublin zur rechten Zeit am rechten Ort und war eine der ersten Juristinnen und Juristen, die in Irland, wo es zu der Zeit weniger als 500 Asylbewerber und -innen gab, überhaupt in dem Bereich gearbeitet haben. Mein erster Job hier, für den ich auf Grund meiner bereits in Deutschland gewonnenen Erfahrung angeworben wurde, war als Legal Officer beim Irish Refugee Council, was in etwa mit Pro Asyl vergleichbar ist. Ich bin dann nach dem zweiten Staatsexamen, das ich im Juli 1998 bestanden hatte, sehr bald wieder nach Irland zurückgekehrt. Mein alter Job war zwar weg, aber ich habe dann schnell in einer kleinen Kanzlei angefangen und habe dort – zunächst als im EU-Ausland tätige Rechtsanwältin – meine eigenen Mandantinnen und Mandanten gewonnen und erfolgreich vor der damaligen Appeals Authority (einem der Vorgänger meines Tribunals) und den höheren irischen Gerichten vertreten.

Ich war dann 2003 die erste ausländische Anwältin, die hier in Irland unter Anwendung der Richtlinie 98/5/EG

### Hilka Becker



Chairperson des irischen Asylberufungsgerichts

Frau Becker hat in Hamburg ihre beiden juristischen Staatsexamina abgelegt. Danach arbeitete sie seit 1998 als Rechtsanwältin in Dublin/Irland und wurde dort 2003 auch als Solicitor zugelassen. 2013 wurde sie – zunächst zusätzlich zu ihrer Anwaltstätigkeit – in das irische Asylklagetribunal berufen (International Protection Appeals Tribunal), das sie seit 2017 als Chairperson leitet.

als Solicitor zugelassen wurde. Ich habe in der Zwischenzeit – folgend auf eine weitere Anwerbung – auch viele Jahre als Senior Solicitor für das Immigrant Council of Ireland gearbeitet, war Regional Legal Advisor für die Internationale Organisation für Migration (IOM) im West-Balkan und bin dann 2013 als Tribunalsmitglied auf Teilzeitbasis eingestiegen – „and the rest is history“, wie man hier so schön sagt.

### **Können Sie uns einen Ihrer in jüngerer Zeit entschiedenen Fälle schildern?**

Gerne. Unsere Fälle sind zwar anonymisiert, sind aber auf der Webseite des Tribunals in redigierter Form einsehbar<sup>1</sup>. Ein Fall, den ich Anfang des letzten Jahres entschieden habe, betraf einen Mann aus Afghanistan, der internationalen Schutz beantragt hatte. Er befürchtete Verfolgung, weil er unter Zwang für eine kurze Zeit als Arzt für die Taliban gearbeitet hatte. Der Kläger war ursprünglich 2007 mit einem gefälschten pakistanischen Pass und einem gefälschten Studierenden-Visum nach Irland eingereist und hatte erst 2016 internationalen Schutz beantragt. Die wesentlichen Punkte der Klage waren die Nationalität des Klägers, die Frage seiner medizinischen Qualifikationen und auch die Frage eines möglichen Ausschlusses vom internationalen Schutz auf der Basis seiner, wenn auch unfreiwilligen, Mitarbeit bei der Taliban.

Da der Kläger drei Zeugen hatte, die ihn aus Afghanistan kannten und sowohl seine Nationalität als auch seine medizinischen Qualifikationen bestätigen konnten, die auch mit weiteren schriftlichen Beweisen und einem Sprachgutachten belegt wurden, war die zentrale Frage dann die Anwendung der Ausschlussgründe der Genfer Flüchtlingskonvention. Diesbezüglich habe ich entschieden, dass, da der Kläger ausschließlich als Arzt und auch nur für kurze Zeit und unter Zwang für die Taliban gearbeitet und nicht direkt an Kampfhandlungen teilgenommen hatte, seine Beteiligung an den Aktivitäten der Organisation nicht ausreichend war, um ihm den Flüchtlingsstatus zu verweigern.

### **Wer beantragt denn überhaupt Asyl in Irland? Wie kommen die Bewerber auf die Insel?**

Im Jahre 2019 waren die meisten der insgesamt 4.781 Antragsteller und Antragstellerinnen aus Albanien, Georgien, Zimbabwe, Nigeria und Südafrika und damit aus drei gesetzlich für sicher erklärten Herkunftsstaaten. Allerdings muss dabei auch berücksichtigt werden, dass über 40% der Antragsteller und -innen aus vielen verschiedenen anderen Ländern kommen. Im Klageverfahren vor dem International Protection Appeals Tribunal waren die fünf Top-Nationalitäten Pakistan, Zimbabwe,

Albanien, Nigeria und Bangladesch. Haupttrouten nach Irland sind entweder über den Luftweg – direkt aus Drittstaaten oder mit kurzem Transit in EU-Mitgliedstaaten – oder über den Land- oder Seeweg aus Großbritannien oder Nordirland.

### **Welche Rolle spielen die ordentlichen Gerichte in Irland bei der Überprüfung von Asylentscheidungen?**

Das International Protection Appeals Tribunal ist die einzige Klageinstanz und gegen unsere Entscheidungen kann dann „judicial review“ vor dem High Court beantragt werden, wo dann der Entscheidungsprozess des Tribunals gerichtlich überprüft wird. Allerdings ist das Tribunal die einzige Tatsacheninstanz. Im Falle der Aufhebung einer unserer Entscheidungen wird die Sache an das Tribunal zurückverwiesen und die Klage von uns neu verhandelt und entschieden. Die Entscheidungen des High Court können in bestimmten Fällen, die von außergewöhnlicher öffentlicher Bedeutung sind, wiederum vor dem Court of Appeal oder, je nach Verfahren, dem Supreme Court angefochten werden.

### **Wie ist die Stellung von Anwälten und Richtern in Irland? Genießen diese ein höheres Ansehen als in Deutschland, u.a. weil ihre Zahl geringer ist?**

Ich würde sagen, dass es hier in Irland, zumindest in meiner Generation, finanziell schwieriger war, eine Juristenausbildung zu absolvieren und dass von daher die Barrieren für einkommensschwächere Studierende auf jeden Fall schwerer zu überwinden waren. Hinzu kommt, dass die Juristenausbildung nicht wie in Deutschland staatlich ist, sondern man sich nach dem Studium, was übrigens in allen Fachbereichen sein kann, dann auf einen Berufsweg festlegen muss. Dann wird man entweder – nach bestandener Zulassungsprüfung – bei der Law Society als Solicitor oder im Kings Inns als Barrister ausgebildet. Hierbei liegen heutzutage die Ausbildungskosten für den Beruf als Solicitor bei ca. 16.500 Euro und für den Beruf als Barrister mit vorher abgeschlossenem Jurastudium bei ca. 13.000 Euro und ohne vorausgegangenes Jurastudium bei ungefähr 23.000 Euro. Beide Ausbildungswege beinhalten zusätzliche praktische Ausbildungszeiten, entweder als Trainee-Solicitor in einem Anwaltsbüro oder als sogenannter „Devil“ unter Anleitung eines erfahrenen Barristers.

Im europäischen Vergleich hat Irland mit 3,2 Richtern oder Richterinnen pro 100.000 Einwohnern und Einwohnerinnen tatsächlich bei weitem die niedrigste Zahl an Richtern und Richterinnen. Es gibt in Irland keine mit der deutschen ver-

<sup>1</sup> <http://protectionappeals.ie/>

gleichbare Richterausbildung, bei der schon im Rahmen des Referendariats richterliche Fähigkeiten erlernt werden. Hier sind die Voraussetzungen zur Berufung als Richter oder Richterin an den High Court eine mindestens zwölfjährige Tätigkeit als Solicitor oder Barrister und zur Berufung an die Gerichte unterer Instanzen, den District Court und Circuit Court, eine mindestens zehnjährige entsprechende Tätigkeit. All dies sind wahrscheinlich schon Faktoren, die dazu beitragen, dass insbesondere Richter und Richterinnen höher angesehen sind als das in Deutschland der Fall ist, wobei ich das durch meinen inzwischen ja sehr langen Auslandsaufenthalt auch nur schwer beurteilen kann.

**Ende 2020 ist es in letzter Minute gelungen zur Abmilderung des Brexit ein Handelsabkommen der EU mit Großbritannien abzuschließen. Welche Auswirkungen haben der Brexit und das Abkommen auf Irland?**

Das ist eine große Frage! Was meinen Tätigkeitsbereich, das Asylrecht, angeht, erwarten wir, dass die Anzahl der Asylanträge in Irland signifikant ansteigen wird. Denn die Dublin III Verordnung, die sicherstellen soll, dass Asylanträge in Europa nur von einem Staat geprüft werden, wird in Bezug auf Großbritannien und Nordirland nicht länger gelten. So wurde 2019 zum Beispiel für 37 von 100 Antragstellungen ein Übernahmeersuchen an einen anderen für die Bearbeitung des Antrags zuständigen Staat gestellt, wovon die überwiegende Mehrzahl dieser Ersuchen an Großbritannien und Nordirland ging.

Das Handelsabkommen und natürlich der Brexit an sich werden ganz bedeutende Auswirkungen auf Irland haben. Natürlich sorgen sich die Menschen hier, dass dieser ja trotzdem „harte Brexit“ zu erheblichen bürokratischen und praktischen Verzögerungen und damit verbundenen erhöhten Kosten für den Handel zwischen dem Vereinigten Königreich und

der Republik Irland führen wird. Aber das Abkommen birgt natürlich auch neue Möglichkeiten für verstärkte Handelsbeziehungen zwischen Irland und dem Rest der EU.

Was die Grenze zwischen der Republik Irland und dem Vereinigten Königreich angeht, wurde das ja bereits im sogenannten „Nordirland-Protokoll“ zum Austrittsabkommen geregelt, auf das sich die EU-Kommission und die Regierung in London bereits Anfang Dezember 2020 geeinigt hatten. Das Protokoll vermeidet im Prinzip eine „harte Grenze“ zwischen der Republik und dem Norden und verschiebt die Zollgrenze de facto in die Irische See. Allerdings bleibt abzuwarten, wie ein Gleichgewicht zwischen der notwendigerweise offenen Grenze innerhalb der „Common Travel Area“ und dem Schutz der EU-Außengrenze hergestellt und erhalten werden kann.

**Ist es für Sie leichter, mit Ihrem irischen Pass oder mit Ihrem deutschen Pass nach Großbritannien zu reisen?**

Solange ich nicht zu lange bleiben will, macht das eigentlich keinen Unterschied. Allerdings habe ich als irische Staatsangehörige Vorteile, wenn es darum geht, mich in Großbritannien niederzulassen, was ich allerdings nicht vorhabe – einmal auswandern reicht mir.

Um mit deutschen Kollegen und Kolleginnen in Kontakt zu bleiben nutze ich beide Pässe gleich gerne und kann das ja auch, da Irland glücklicherweise weiterhin EU-Mitglied bleibt. Und natürlich freue ich mich auch sehr über Gelegenheiten der Zusammenarbeit zum Beispiel auf Fortbildungsveranstaltungen oder im Rahmen internationaler Netzwerke.

**Liebe Frau Becker, vielen Dank für das informative Gespräch.**

Das Interview wurde geführt von RiBVerwG a.D. Prof. Dr. Harald Dörig.

**Prof. (em.) Dr. Dr. Dr. h.c. mult.  
Michael Martinek, Master of Comparative  
Law (New York), Hon.-Prof. (Johannesburg),  
Hon.-Prof. (Wuhan)**



Rechtsanwalt

Herr Martinek war mehr als 30 Jahre lang Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung sowie Direktor des Instituts für Europäisches Recht an der Universität des Saarlandes. Seit seiner Emeritierung 2019 ist er vor allem als Rechtsanwalt, Schiedsrichter und Gutachter sowie als Gastprofessor an mehreren ausländischen Universitäten tätig. Er ist Mitherausgeber des juris-Praxiskommentars zum BGB und ständiger Mitarbeiter der jM.

**Prof. Dr. Gregor Thüsing**



Direktor des Instituts für Arbeitsrecht  
und Recht der Sozialen Sicherheit der  
Universität Bonn

Herr Thüsing ist Direktor des Instituts für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit der Universität Bonn. In den vergangenen Jahren ist er häufig als Sachverständiger bei Anhörungen verschiedener Ausschüsse des Bundestages (Arbeit und Soziales, Gesundheit, Inneres, Familie, Recht, Europa) tätig gewesen. Er ist Autor zahlreicher Standardwerke des Arbeitsrechts und ein gefragter Redner.

**Lena Bleckmann**



Frau Bleckmann ist Doktorandin und wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit der Universität Bonn.

**Dr. Karoline Bülow, Maître en Droit (Paris II)**



Richterin am Verwaltungsgericht

Nach dem integrierten Deutsch-Französischen Studiengang für Rechtswissenschaften der Ludwig-Maximilians-Universität München und der Université Panthéon-Assas (Paris II) Paris legte Frau Bülow 2008 das Erste Juristische Staatsexamen in München ab. Nach dem Zweiten Juristischen Staatsexamen in Berlin und der Promotion an der FU Berlin (Prof. Dr. Krieger) war Frau Bülow ab 2012 Richterin auf Probe an verschiedenen Berliner Gerichten, bevor sie 2017 zur Richterin am Verwaltungsgericht Berlin ernannt wurde. Derzeit ist sie wissenschaftliche Mitarbeiterin am Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin.

## DIE AUTOREN

**Dr. Christoph Brück**



Richter am Landgericht

Studium der Rechtswissenschaft in Saarbrücken. Von 1992 bis 2000 nebenberuflich Mitarbeiter an verschiedenen strafrechtlichen Lehrstühlen, zunächst am Lehrstuhl Prof. Dr. Müller-Dietz. Ab 1995 Richter am Amtsgericht in St. Wendel, seit 2013 Richter am Landgericht in Saarbrücken. 2016 Promotion über Ordnungswidrigkeiten im Straßenverkehr.

## 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  
Ra und Prof. (em.) 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  
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 auch 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  
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

8. Jahrgang

## juris PartnerModul Unternehmensjuristen

partnered by Bundesanzeiger Verlag | C.F. Müller | De Gruyter | Deutscher Anwaltverlag | dfv Mediengruppe | Erich Schmidt Verlag | IWW Institut | Reguvis Fachmedien | Verlag Dr. Otto Schmidt

Als Legal Counsel tragen Sie die Verantwortung für den Ruf und auch die Wirtschaftlichkeit Ihres Unternehmens. Sie stellen täglich die Einhaltung bestehender Compliance-Regeln sicher und bewahren damit Ihr Unternehmen vor stetig steigenden Haftungsrisiken; Schadensersatzklagen erreichen heute nicht selten Streitwerte in Millionenhöhe.

Mit dem juris PartnerModul Unternehmensjuristen sind Sie immer auf der sicheren Seite: Die intelligente, intuitiv bedienbare juris Recherchelösung informiert Sie automatisch und regelmäßig über die aktuelle Rechtsentwicklung. Das Online-Modul verschafft Ihnen außerdem einen enormen Zeitgewinn bei der Klärung unklarer oder strittiger Sachverhalte und hilft, interne Prozesse, insbesondere bei der Vertragsgestaltung, zu beschleunigen.

In der digitalen Bibliothek recherchieren Sie online zeit- und ortsunabhängig alle für Sie relevanten Themengebiete, national und international:

- **Arbeitsrecht, AGB und Vertragsrecht:** auf dem neuesten Stand hinsichtlich Reise-, Kauf- und Werksvertragsrecht, komplette Klauselmuster diverser Vertragstypen
- **Datenschutz und Datennutzung:** aktuelle Änderungen zum bereichsspezifischen Datenschutz, nationale/EuGH-Rechtsprechung, Verschärfung der behördlichen Sanktionsmöglichkeiten
- **Gesellschaftsrecht und Konzernrecht:** von Akquisition und Bewertung über Um- und Neustrukturierung bis zu Insolvenz und Liquidation
- **Markenrecht und Wettbewerbsrecht:** Auslegungs- und Abgrenzungsfragen, Lauterkeitsrecht,

neue Gesetze zu Geschäftsgeheimnisschutz sowie Stärkung des fairen Wettbewerbs

juris – Das Rechtsportal verknüpft dabei die führende Fachliteratur der **jurisAllianz** mit der aktuellen und zukünftigen Gesetzesentwicklung – von EU-Recht bis Kommunalrecht. Hier gilt es bei Änderungen sicher auf dem Laufenden zu sein, um Auswirkungen für den eigenen Betrieb schnell einschätzen zu können.

## Rechtssicherheits-Garantie: die aktuelle Rechtslage immer im Blick

Mit dem juris PartnerModul verfolgen Sie den gesamten Entstehungsprozess von Gesetzen und Verordnungen systemgestützt: Sobald ein Gesetzesentwurf als Drucksache vorliegt, werden die relevanten Werdegangs-Dokumente bis zur Verkündung von juris dokumentiert.

Dank intelligenter Filtermöglichkeiten und einem E-Mail-Newsdienst überwachen Sie das gesetzekonforme Handeln Ihres Unternehmens mühelos. Von gesetzlichen Vorteilen erfahren Sie früher und können diese somit schneller im Unternehmen umsetzen.

## Deutliche Zeitersparnis: renommierte Hand- und Formularbücher

Das juris PartnerModul umfasst ein umfangreiches Paket an Formularen, Checklisten und Arbeitshilfen zur Erstellung von Verträgen für alle denkbaren Einsatzzwecke und Gesellschaftsformen, in deutscher und englischer Sprache, beispielsweise

- Arbeitsverträge
- Behörden- und Patentanträge
- Handelsregisteranmeldungen
- Verträge mit Geschäftspartnern
- Vereinbarungen mit Lieferanten und Dienstleistern



### **Innovative Arbeitshilfen: juris für Microsoft Word® und Compliance-Monitor**

Mit dem im Modul enthaltenen neuen Office Add-In juris für Microsoft Word® können Sie direkt in Ihrer Textverarbeitung auf juris zugreifen. Mustertexte oder Formularbausteine fügen Sie per Klick passgenau in Ihr bestehendes Word®-Dokument ein. Das System prüft dabei automatisch die Aktualität des Formulars hinsichtlich der zugrundeliegenden Normen und meldet Ihnen, wenn Neuregelungen zu berücksichtigen sind.

Das von juris eigens entwickelte innovative Compliance-Monitoring überprüft für Sie wichtige kommunale Satzungen laufend hinsichtlich der dort zitierten Normen und benachrichtigt Sie, falls sich diese ändern.

Darüber hinaus können Sie sich Ihren themenspezifischen Informationsdienst ganz individuell nach den für Ihr Tätigkeitsfeld relevanten Sach- und Rechtsgebieten zusammenstellen. Neuigkeiten lesen Sie in Ihrem persönlichen Newsfeed, auf Wunsch erhalten Sie diese zusätzlich per E-Mail. Auch Verkündungsblätter werden Ihnen bei Bedarf digital zugestellt.

[www.juris.de/pm-unternehmensjuristen](http://www.juris.de/pm-unternehmensjuristen)

### **juris Recherche-Webinare**

Im virtuellen Seminarraum verfolgen Sie die Präsentation unserer Recherche-Experten in Echtzeit direkt in der juris Datenbank. Sie können über Voice-over-IP oder im Chat anonym Fragen stellen. Mithilfe der juris Webinare erfahren Sie immer wieder neue Tricks und Tipps im Umgang mit der juris Rechercheoberfläche. Jeweils angepasst auf Ihren Kenntnisstand und Bedarf bieten wir verschiedene Themenbereiche an. Nutzen Sie unser kostenfreies Webinar-Angebot auch im Homeoffice. Neue Webinar-Termine werden laufend online eingestellt.

- **juris PreLex**
- **juris Notare Basis**
- **juris PartnerModul Notare**
- **Einführungswebinar**
- **Fortgeschrittenenwebinar**
- **Studierendenwebinar**

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

### **juris PraxisKommentar Elektronischer Rechtsverkehr Gesamtausgabe**

Hrsg. Prof. Dr. Stephan Ory und Prof. Dr. Stephan Weth, Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Prozess- und Arbeitsrecht sowie Bürgerliches Recht, Universität des Saarlandes, Saarbrücken, Institut für Arbeits- und Sozialrecht, Universität des Saarlandes, Saarbrücken

Die Digitalisierung der Kommunikationsmittel innerhalb der Justiz - der Elektronischen Rechtsverkehr - nimmt an Fahrt auf. Für alle Beteiligten – Gerichte und Behörden einerseits sowie Rechtsanwälte, Notare und Bürgern andererseits – stellen sich in der Praxis zahlreiche Fragen und Herausforderungen. Hier hilft der neue, fortlaufend aktualisierte juris PraxisKommentar Elektronischer Rechtsverkehr.

### **Zur Digitalisierung der Justiz immer aktuell informiert**

Eine wissenschaftliche Begleitung des elektronischen Rechtsverkehrs existierte bislang nicht. Der neue juris PraxisKommentar schließt diese Lücke: Die erfahrenen Autorinnen und Autoren kommentieren die verfahrensrechtlichen Vorschriften der verschiedenen Gerichtsbarkeiten in vier Bänden auszugsweise und mit klarem Fokus auf den Elektronischen Rechtsverkehr.

### **Die Gesamtausgabe:**

- **Band 1 Allgemeiner Teil, Ory**
- **Band 2 Zivilverfahren, Weth**
- **Band 3 Öffentlich-rechtliche Verfahren, Müller**
- **Band 4 Strafverfahren, Kesper/Radke**

Als Anwender erhalten eine Mischung aus handbuchartigen Elementen und Normkommentierungen in der bewährten Struktur. Im Rahmen des einzigartigen Aktualisierungskonzepts werden aktuelle und zukünftige Entwicklungen sowie insbesondere die wachsende Zahl an Entscheidungen zeitnah aufgegriffen.

[www.juris.de/jpk-erv](http://www.juris.de/jpk-erv)

# 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/Herget
  - und viele weitere Titel
- + zitierte Rechtsprechung, Gesetze und Literaturnachweise von juris

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.

# juris PartnerModul Unternehmensjuristen

partnered by Bundesanzeiger Verlag | C.F. Müller | De Gruyter | Deutscher Anwaltverlag |  
dfv Mediengruppe | Erich Schmidt Verlag | IWW Institut | Reguvis Fachmedien | Verlag Dr. Otto Schmidt

Als Legal Counsel verantworten Sie ein breites Aufgabenspektrum. Sie gewährleisten die Einhaltung bestehender Compliance-Regeln, um Ihr Unternehmen vor Schadensersatzklagen in Millionenhöhe zu bewahren. Das juris PartnerModul unterstützt Sie mit aktueller Premium-Literatur und intelligenten Arbeitshilfen.

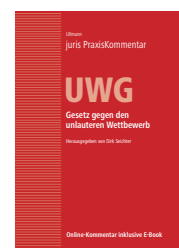
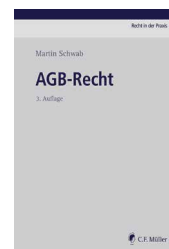
Mit der digitalen Bibliothek klären Sie strittige Sachverhalte von AGB bis Urheberrecht sekundenschnell. Formular-Bausteine und Mustertexte fügen Sie per Klick passgenau in Ihre Textverarbeitung ein. Sie verfolgen den Werdegang neuer Gesetze und Verordnungen systemgestützt und erhalten Aktualisierungen laufend per E-Mail.

## Inhalt:

- AGB-Recht, Schwab
- AnwaltFormulare, Heidel/Pauly/Wimmer-Amend
- Betriebs-Berater, BB
- Datenschutz- und Datennutzungsverträge, Moos (Hrsg.)
- Der Lizenzvertrag, Groß
- Die Betriebsaufspaltung, Kaligin
- DS-GVO/BDSG, Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann
- GmbH-Gesetz, Lutter/Hommelhoff/Bayer/Kleindiek
- Handbuch Compliance-Management, Wieland/Steinmeyer/Grüniger (Hrsg.)
- HGB, Röhrich/Graf von Westphalen/Haas (Hrsg.)
- Handelsregisterrecht, Wieland/Steinmeyer/Grüniger (Hrsg.)
- juris Praxiskommentar UWG, Ullmann (Begr.)/Seichter (Hrsg.)
- Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, Gierschmann/Schlender u.a. (Hrsg.)
- Markenrecht, Heidelberger Kommentar, Ekey/Bender/Fuchs-Wisseemann (Hrsg.)
- ProdhaftG, Kullmann (Begr.)/Katzenmeier/Voigt (Hrsg.)
- und viele weitere Titel

➕ **Digitale Arbeitshilfen, Gesetze und zitierte Rechtsprechung von juris**

NEU – jetzt gratis testen!



ab **79,00 €**/Monat

zzgl. MwSt.

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

**jurisAllianz**  
Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.