

Juris[®] Die Monatszeitschrift

JM 7 | Juli
2017

Topthema:

Vermeidung zivilrechtlicher Streitigkeiten durch vorausschauende höchstrichterliche Rechtsprechung

RiAG Dr. Johannes Wittschier

In dieser Ausgabe:

Das neue Recht bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und dem Anfechtungsgesetz – Bestandsaufnahme, Analyse und Kritik

Prof. Dr. Markus Würdinger

Betäubungsmittelzugang zur Selbsttötung

RiBVerwG Till Oliver Rothfuß

Interview:

Einblicke in das Gerichtswesen Polens

Prof. Dr. Marek Zirk-Sadowski





Jetzt NEU: juris DAV Zusatzmodul

Profitieren Sie jetzt noch mehr von der exklusiven Kooperation von DAV und juris. Speziell für Sie als Mitglied des Deutschen Anwaltvereins haben wir ein neues rechtsgebietsübergreifendes Kommentar- und Zeitschriftenmodul entwickelt.

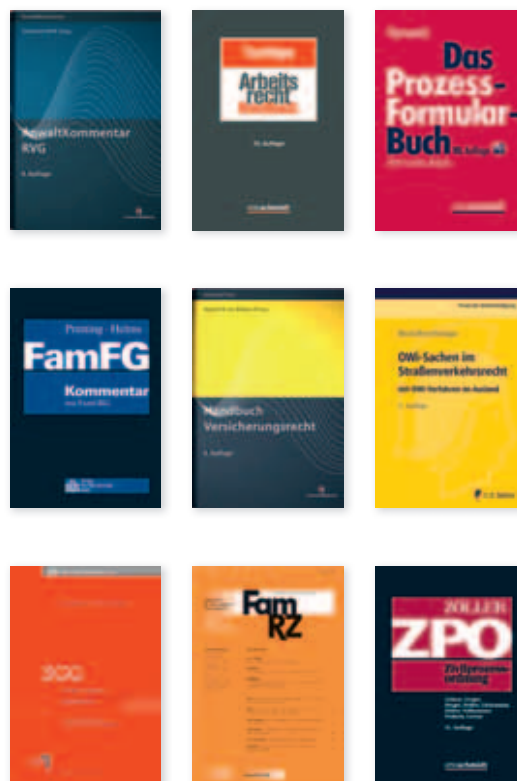
Mit dem neuen juris DAV Zusatzmodul recherchieren Sie in über 30 Top-Titeln führender Fachverlage der jurisAllianz – von A wie Anwaltkommentar bis Z wie Zöller. Sie arbeiten wie gewohnt auf Augenhöhe mit allen deutschen Richterinnen und Richtern und gewinnen Zeit und Rechtssicherheit. Zahlreiche Formulare mit zusätzlichen Checklisten, Vorlagen und Textbausteinen unterstützen Sie optimal bei Ihrer Fallbearbeitung.

Exklusiv für DAV-Mitglieder enthält das Modul u. a.:

- Anwaltkommentar RVG, Schneider/Wolf
- Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht, Tschöpe
- Das Prozessformularbuch, Vorwerk
- FamFG, Prütting/Helms
- Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, Krasney/Udsching/Groth
- Handbuch Versicherungsrecht, van Bühren
- Kanzleimarketing, Hoeflmayr
- OWi-Sachen im Straßenverkehrsrecht, Beck/Berr (Begr.)/Schäpe
- SGG Sozialgerichtsgesetz, Breitkreuz/Fichte
- Wohnungswirtschaft und Mietrecht, WuM
- Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, FamRZ
- ZPO Zivilprozessordnung, Zöller
- und viele weitere Titel

+ Bundesrecht und zitierte Rechtsprechung

Jetzt kostenfrei und unverbindlich testen:
www.juris.de/davzusatz



juris

 **DeutscherAnwaltVerein**

INHALT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Topthema:

Zivil- und Wirtschaftsrecht

Vermeidung zivilrechtlicher Streitigkeiten durch vorausschauende höchstrichterliche Rechtsprechung

RiAG Dr. Johannes Wittschier

S. 266

Das neue Recht bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und dem Anfechtungsgesetz – Bestandsaufnahme, Analyse und Kritik

Prof. Dr. Markus Würdinger

S. 272

Eigenbedarfskündigung durch GbR auch bei Verletzung der Anbietspflicht einer vergleichbaren Wohnung wirksam?

BGH, Urt. v. 14.12.2016 - VIII ZR 232/15

RA Dr. Gero Schneider, M.C.L.

S. 278

Reichweite der Minderung bei Reise-mängeln de lege lata und ferenda

BGH, Urt. v. 06.12.2016 - X ZR 117/15

Prof. Dr. Ansgar Staudinger und

Jelisaweta Verbizkaja

S. 280

Regress einer Verbandsstrafe beim Pyrotechnik zündenden Stadionbesucher

BGH, Urt. v. 22.09.2016 - VII ZR 14/16

RA Dr. Axel von Walter und

RA Dr. Sebastian Kober

S. 283

PayPal schützt den Käufer

LG Saarbrücken, Urt. v. 31.08.2016 - 5 S 6/16

RA'in Silke Dobilik

S. 285

Sozialrecht

Inklusion ist Klassenziel

BSG, Urt. v. 09.12.2016 - B 8 SO 8/15 R

RiSG Tammo Lange, z. Zt.

Wiss. Mit. beim BSG

S. 288

INHALT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Verwaltungsrecht

Betäubungsmittelzugang zur Selbsttötung

RiBVerwG Till Oliver Rothfuß

S. 290

Übertragung des Arbeitsschutzes auf den Dekan einer Fakultät

BVerwG, Urt. v. 23.06.2016 - 2 C 18/15

RiBVerwG Dr. Klaus von der Weiden

S. 296

Steuerrecht

Einkünfteerzielungsabsicht bei langjährigem Leerstand einer Wohnung – vergebliche und nicht durchsetzbare Bemühungen zur Herstellung der Betriebsbereitschaft

BFH, Urt. v. 31.01.2017 - IX R 17/16

RiBFH Dr. Ulrich Schallmoser

S. 299

Vermieter können neue Einbauküche nicht mehr sofort absetzen – BFH ändert seine Rechtsprechung

BFH, Urt. v. 03.08.2016 - IX R 14/15

VRI'inBFH Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel

S. 301

INTERVIEW

Einblicke in das Gerichtswesen Polens

Interview mit

Prof. Dr. Marek Zirk-Sadowski

S. 303

NACHRICHTEN

Mehr Kompetenzen für das BKartA beim Verbraucherschutz

S. 305

BÜCHERSCHAU

juris PraxisKommentar BGB, Band 4 – Familienrecht

RiKG Dr. Martin Menne

S. 306

Kronke/Melis/Kuhn, Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht

Univ.-Prof. Dr. Dr. Dr. mult. Michael Martinek, M.C.J. (New-York Univ.),

Hon.-Prof. (Johannesburg)

S. 307

Entlastung der Instanzgerichte durch vorausschauende Rechtsprechung des BGH



Prof. Dr. Stephan Weth

Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Prozess- und Arbeitsrecht sowie Bürgerliches Recht an der Universität des Saarlandes

§ 121 GVG ist eine der zahlreichen Normen, die der Einheitlichkeit der Rechtsprechung dienen. Sinn der dort in Absatz 2 geregelten Vorlagepflicht, so hatte Kissel formuliert, ist es, „die durch den allgemeinen Gleichheitssatz gebotene Rechtsanwendungsgleichheit als eine Grundforderung des Rechtsstaats...anzustreben.... Zwar ist der Richter grundsätzlich nicht an Entscheidungen anderer Gerichte, auch nicht der ihm im Instanzenzug übergeordneten gebunden..., aber es ist legitim, im Interesse der einheitlichen Rechtsanwendung Divergenzen in der Revisionsrechtsprechung...zu vermeiden; solche Divergenzen sind der Rechtssicherheit, der Voraussehbarkeit der Rechtsanwendung und damit der Rechtsberatung ebenso abträglich, wie dem Ansehen der Justiz insgesamt und mit dem Gedanken der Gerechtigkeit schwer vereinbar“ (Kissel, GVG, 2. Aufl. 1994, § 121 Rn. 13).

Um die hier angesprochenen Themen geht es letztlich auch im Topthema dieses Heftes. Unser Autor Wittschier denkt dort über die Vermeidung zivilrechtlicher Streitigkeiten durch vorausschauende höchstrichterliche Rechtsprechung nach. Er ist der Überzeugung, dass tausende von erst- und zweitinstanzlichen Zivilverfahren durch vorausschauende höchstrichterliche Rechtsprechung hätten vermieden werden können. Wittschier nennt Beispiele, von denen ich hier zwei kurz aufgreifen will.

Verbraucher, die fehlerhafter über ihr Widerrufsrecht belehrt wurden, können noch Jahre nach Vertragsschluss den Wider-

ruf erklären und damit die Rückabwicklung des geschlossenen Darlehensvertrages erreichen. Den Banken bleibt in aller Regel als letzte Verteidigung nur der Rückgriff auf die Einwendungen der Verwirkung bzw. des Rechtsmissbrauchs. Nun hat der BGH zwar klargestellt, dass das Widerrufsrecht verwirkt werden kann. Zur Frage, welche Umstände zu einer Verwirkung führen können, sagt der BGH nichts.

Bezüglich der Erstattungsfähigkeit von Sachverständigenkosten nach Verkehrsunfällen ist höchst streitig, nach welcher Methode diese zu berechnen sind. Der BGH hat insoweit judiziert, es sei nicht Aufgabe des Revisionsgerichts, dem Tatrichter eine bestimmte Berechnungsmethode bezüglich der Schätzung von Sachverständigenkosten vorzuschreiben.

Was wäre, wenn sich der BGH insoweit auf eine Berechnungsmethode festgelegt und bezüglich der Verwirkung des Widerrufsrechts Leitplanken eingezogen und klargestellt hätte, welche Umstände zu einer Verwirkung führen können? Hätten dann wirklich – wie Wittschier meint – eine Vielzahl zivilrechtlicher Streitigkeiten vor den Instanzgerichten vermieden werden können?

Natürlich wären, wie Kissel zu Recht ausführt, die Instanzgerichte an die Festlegungen des BGH nicht gebunden. Bei einer gut begründeten Festlegung ist aber damit zu rechnen, dass die Instanzgerichte dem BGH folgen werden. Ist aber die Wahrscheinlichkeit hoch, dass die Gerichte (weitgehend) einheitlich auf der Linie des BGH urteilen, wird sich die Rechts- und Beratungspraxis darauf einstellen. Es werden z.B. Sachverständigenkosten auf Grundlage der vom BGH anerkannten Methode berechnet. Anders als beim derzeitigen Zustand, bei dem die Instanzgerichte gänzlich unterschiedliche Berechnungsmethoden anwenden und es sich daher für den Sachverständigen lohnt, nach der für ihn günstigsten Methode seine Rechnung zu erstellen und diese ggf. gerichtlich durchzusetzen, wird der Anreiz dazu bei einer (einzig) anerkannten Berechnungsmethode wegfallen. Bezüglich dieses Punktes werden zahlreiche Prozesse vermieden.

Ich verstehe die Ausführungen von Wittschier als engagierte Bitte an den BGH, ein Auge darauf zu haben, wie er durch vorausschauende Rechtsprechung zur Entlastung der Instanzgerichte beitragen kann. Um es mit den Worten unserer Karikatur zu sagen: Sie „könnten schon was dagegen tun“. Und wenn dann in einiger Zukunft ergänzt werden könnte, sie „haben was dagegen getan“, wäre das sicherlich ein Gewinn für die Rechtseinheitlichkeit, Rechtssicherheit, Gerechtigkeit und das Ansehen der Justiz.

Bei der Lektüre des Juliheftes der JM wünscht Ihnen viel Spaß,

Ihr Stephan Weth

Vermeidung zivilrechtlicher Streitigkeiten durch vorausschauende höchstrichterliche Rechtsprechung

RiAG Dr. Johannes Wittschier

A. Einleitung

Nach den Angaben des Statistischen Bundesamtes in Wiesbaden vom 25.10.2016¹ sind im Jahr 2015 im gesamten Bundesgebiet von den Amtsgerichten 1.119.504 Zivilsachen und von den Zivilkammern der Landgerichte 299.122 erstinstanzliche Zivilsachen erledigt worden. Im selben Zeitraum wurden in der Berufungsinstanz von den Zivilkammern der Landgerichte 52.799 und von den Zivilsenaten der Oberlandesgerichte 4.346 Zivilprozesssachen erledigt.² Darüber hinaus ergibt sich aus der Jahresstatistik über den Geschäftsgang bei den Zivilsenaten des BGH,³ dass dort im Jahr 2015 277 der von den Landgerichten als Berufungsgerichten zugelassenen Revisionen, 437 der von den Oberlandesgerichten – einschließlich Kammergericht – als Berufungsgerichten zugelassenen Revisionen und 3.517 Nichtzulassungsbeschwerden erledigt worden sind.

In Zeiten leerer Staatskassen, hoher Personalkosten und beabsichtigter Stellenstreichungen im öffentlichen Dienst müsste allen Landesregierungen aufgrund der in Art. 109 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich eingeführten Schuldenbremse daran gelegen sein, in Zukunft überflüssige Zivilprozesse zu vermeiden. Im Folgenden soll daher anhand von ausgewählten Beispielen aus der täglichen zivilprozessualen Praxis aufgezeigt werden, wie in der Vergangenheit eine Vielzahl zivilrechtlicher Streitigkeiten durch vorausschauende höchstrichterliche Rechtsprechung der 12 Zivilsenate des BGH hätte vermieden werden können.

B. Beispiele aus der täglichen zivilprozessualen Praxis

I. Verwirkung des Widerrufsrechtes bei Verbraucherkreditverträgen

In der Vergangenheit hat sich der BGH in zahlreichen Fällen⁴ mit der fehlerhaften Widerrufsbelehrung bei Verbraucherkreditverträgen auseinandergesetzt. Er kommt dabei zu dem Ergebnis, dass Verbraucher, die fehlerhaft über ihr Widerrufsrecht belehrt wurden, gemäß der gesetzgeberischen Konzeption noch Jahre nach Vertragsschluss den Widerruf erklären und damit die Rückabwicklung des ge-

schlossenen Darlehensvertrages erreichen können.⁵ Den meisten Banken verbleibt daher als letzte Verteidigung nur der Rückgriff auf die Einwendungen der Verwirkung bzw. des Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB).

Obwohl dem BGH bereits seit dem Jahr 2005⁶ die Problematik der Verwirkung des Widerrufsrechtes bei Verbraucherkreditverträgen – soweit es sich um Haustürwiderrufsgeschäfte gehandelt hat – bekannt war, hat er sich bisher leider zu dieser Problematik nicht geäußert. Protzen⁷ ist daher zuzustimmen, dass die instanzgerichtliche Judikatur⁸ in den Widerrufsfällen den Verwirkungseinwand geradezu inflationär angewendet hat. So ergaben die juris- und beckonline-Abfragen vom 29.05.2017 zu den Stichworten „fehlerhafte Widerrufsbelehrungen und Darlehen“ 1.728 bzw. >1.000 Treffer und zu den Stichworten „Verwirkung des Widerrufsrechtes bei Verbraucherkreditverträgen“ 267 bzw. 96 Treffer. Viele dieser Entscheidungen hätten durch vorausschauende höchstrichterliche Rechtsprechung verhindert werden können.

In seinem Urteil vom 12.07.2016⁹ hat sich der 11. Zivilsenat des BGH dann erstmals mit der Frage der rechtsmissbräuchlichen Ausübung und der Verwirkung des Widerrufsrechtes bei laufenden Verbraucherdarlehensverträgen auseinandergesetzt. Hier hat der BGH zwar ausdrücklich klargestellt, dass das Widerrufsrecht des Verbrauchers grds. auch verwirkt werden kann. Die Entscheidung gibt dem Rechtsanwender

1 Fachserie 10 (Rechtspflege) Reihe 2.1 (Zivilgerichte) S. 38, 60.

2 Fachserie 10 (Rechtspflege) Reihe 2.1 (Zivilgerichte) S. 80, 97.

3 Übersicht über den Geschäftsgang bei den Zivilsenaten des BGH im Jahr 2015 – Jahresstatistik, www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/statistikzivil/jahresstatistikzivilsenate2015.pdf, S. 26, 27, 28.

4 Z.B. BGH, Urt. v. 13.01.2009 - XI ZR 508/07; BGH, Urt. v. 22.05.2012 - II ZR 88/11; BGH, Beschl. v. 10.02.2015 - II ZR 163/14.

5 Siehe insoweit Protzen, NJW 2016, 3479 ff.

6 BGH, Urt. v. 12.12.2005 - II ZR 327/04.

7 Protzen, NJW 2016, 3479, 3483.

8 Zuletzt: OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.01.2016 - I-6 U 296/14; OLG Bremen, Urt. v. 26.02.2016 - 2 U 92/15; a.A. OLG Hamm, Urt. v. 25.08.2014 - 31 U 74/14.

9 BGH, Urt. v. 12.07.2016 - XI ZR 564/15.

und vor allem dem Tatrichter aber Steine statt Brot.¹⁰ Ob eine Verwirkung tatsächlich vorliegt, richtet sich nämlich letztlich nach den vom Tatrichter festzustellenden und zu würdigenden gesamten Umständen des Einzelfalles. Welche Umstände dies im Einzelnen sind bzw. sein können, sagt der BGH jedoch nicht. Er führt lediglich aus, welche beiden Umstände allein nicht zur Ausfüllung des Umstandsmoments gereichen können: Allein aufgrund eines laufend vertragstreuen Verhaltens des Verbrauchers kann der Unternehmer ein schutzwürdiges Vertrauen darauf, der Verbraucher werde seine auf Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrages gerichtete Willenserklärung nicht widerrufen, nicht bilden.¹¹ Außerdem kommt es für das Umstandsmoment auch nicht darauf an, wie gewichtig der Fehler ist, der zur Wirkungslosigkeit der Widerrufsbelehrung führt.¹²

Das Urteil vom 12.07.2016 hat mit vorausschauender höchstrichterlicher Rechtsprechung nichts zu tun. Mit Protzen¹³ ist vielmehr davon auszugehen, dass sich die Praxis angesichts der erheblich divergierenden Entscheidungen der Instanzgerichte, welche tatsächlichen Verhaltensweisen des Darlehensnehmers zur Begründung der Verwirkung genügen, vom lange herbeigesehnten höchstrichterlichen Machtwort Griffigeres gewünscht hätte.

II. Erstattung der Winterbereifungskosten eines Mietfahrzeugs

In seinem Urteil vom 05.03.2013,¹⁴ dem Verkehrsunfälle zwischen Dezember 2007 und Mai 2009 zugrunde lagen, hat sich der 6. Zivilsenat des BGH mit der Frage auseinandergesetzt, ob ein Aufschlag für die Ausstattung des Mietwagens mit Winterreifen berechtigt ist. Da die Fahrzeuge der Geschädigten unstreitig über Winterreifen verfügt hätten, entschied er, dass es unter diesen Umständen revisionsrechtlich nicht zu beanstanden sei, dass ein Zusatzentgelt für Winterreifen zugebilligt werde. Zur Begründung führte er aus, dass dieses Ergebnis mit dem überwiegenden Teil der obergerichtlichen Rechtsprechung im Einklang stehe und dass nach § 2 Abs. 3a Satz 1 und 2 StVO in der bis zum 03.12.2010 geltenden Fassung (= Altfälle) die konkreten Wetterverhältnisse für die Erforderlichkeit von Winterreifen maßgeblich gewesen seien.

Bedauerlicherweise fehlt aber ein obiter dictum, ob diese Rechtsauffassung auch für § 2 Abs. 3a Satz 1 StVO in der ab 04.12.2010 geltenden Fassung (= Neufälle) gilt. Um die zahlreichen und weitgehend „nervigen“ Mietwagenprozesse¹⁵ – die juris-Abfrage vom 29.05.2017 zum Stichwort „Mietwagenkosten“ ergab allein 6.022 Treffer (Mietwagenkosten + BGH = 489 Treffer) – in Zukunft zu minimieren, hätte der BGH das Verfahren – aus Sicht der erst- und zweitinstanzlichen Zivilgerichte – aber unbedingt zum Anlass nehmen müssen, eindeutig auch zu diesem Problemfeld Position zu

beziehen.¹⁶ Der BGH wurde nämlich bereits im Januar 2012¹⁷ in der Literatur darauf hingewiesen, dass aus Sicht der erst- und zweitinstanzlichen Zivilgerichte in dem Verfahren VI ZR 245/11 auch Handlungsbedarf zur Beantwortung der Frage besteht, ob ein Aufschlag für die Ausstattung des Mietwagens mit Winterreifen auch für Anmietungen ab dem 04.12.2010 gerechtfertigt ist, da seit diesem Zeitpunkt in Deutschland keine Winterreifenpflicht mehr besteht. Vielmehr dürfen nach § 2 Abs. 3a Satz 1 StVO n.F. bei Glatteis, Schneeglätte, Schneematsch, Eis- oder Reifglätte nur Kraftfahrzeuge mit M + S Reifen (also Ganzjahresreifen) gefahren werden. Allein in meinem amtsrichterlichen Dezernat¹⁸ und von der Berufungszivilkammer des LG Trier¹⁹ wurde bereits jeweils dreimal entschieden, dass bei den Neufällen ein Aufschlag für die Ausstattung des Mietwagens mit Winterreifen nicht gerechtfertigt ist. Außerdem ergab die beck-online-Abfrage vom 29.05.2017 zu den Stichworten „Mietwagenkosten, AG, LG, OLG, 2011 – 2016“ allein 520 Treffer.

III. Rückerstattung der Bearbeitungsgebühren bei KfW-Darlehen

In seinen beiden Urteilen vom 13.05.2014²⁰ hat der 11. Zivilsenat des BGH unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung²¹ entschieden und im Einzelnen begründet, dass und warum die Vereinbarung von Bearbeitungsentgelten für Verbraucherkreditverträge in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gem. § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam ist. Diese Rechtsprechung hat der 11. Zivilsenat des BGH in seinen beiden Urteilen vom 28.10.2014²² bestätigt und dahin gehend ergänzt, dass die kurze Verjährungsfrist für Rückzahlungsansprüche des Kunden erst im Jahr 2011 zu laufen begann, weil bis dahin eine unklare Rechtslage bestand und den einzelnen Darlehensnehmern die Erhebung einer Rückforderungsklage daher nicht zumutbar war. Erst im Jahr 2011

10 Siehe insoweit Protzen, NJW 2016, 3479, 3481.

11 BGH, Ur. v. 12.07.2016 - XI ZR 564/15 Rn. 39.

12 BGH, Ur. v. 12.07.2016 - XI ZR 564/15 Rn. 40.

13 Protzen, NJW 2016, 3479, 3481.

14 BGH, Ur. v. 05.03.2013 - VI ZR 245/11 mit Anmerkung Wittschier, NJW 2013, 1873.

15 So: Heß/Burmann, NJW-Spezial 2011, 649.

16 Wittschier, NJW 2013, 1873.

17 Wittschier, NJW 2012, 13, 15.

18 AG Trier, Ur. v. 23.09.2011 - 32 C 217/11; AG Trier, Ur. v. 23.09.2011 - 32 C 347/11; AG Trier, Ur. v. 29.06.2012 - 32 C 70/12.

19 LG Trier, Beschl. v. 30.04.2013 - 1 S 21/12; LG Trier, Beschl. v. 30.04.2013 - 1 S 51/12; LG Trier, Beschl. v. 30.04.2013 - 1 S 153/12.

20 BGH, Ur. v. 13.05.2014 - XI ZR 405/12; BGH, Ur. v. 13.05.2014 - XI ZR 170/13.

21 BGH, Ur. v. 14.09.2004 - XI ZR 10/04; BGH, Ur. v. 14.09.2004 - XI ZR 11/04.

22 BGH, Ur. v. 28.10.2014 - XI ZR 348/13; BGH, Ur. v. 28.10.2014 - XI ZR 17/14.

hatte sich nämlich eine gefestigte oberlandesgerichtliche Rechtsprechung²³ herausgebildet, die Bearbeitungsentgelte in Allgemeinen Geschäftsbedingungen beim Abschluss von Verbraucherdarlehensverträgen auf breiter Front missbilligte.

Obwohl dem BGH im jeweiligen Entscheidungszeitpunkt bereits seit mehr als 20 Jahren die Besonderheit von KfW-Darlehen (= Auszahlungsabschlag bzw. Disagio ist nicht erstattungsfähiges laufzeitunabhängiges Entgelt)²⁴ bekannt war, hat er sich in allen vier Entscheidungen – auch nicht im Rahmen eines obiter dictum – zu der Frage geäußert, ob seine neue Rechtsprechung auch auf den Auszahlungsabschlag bei Förderkrediten bzw. KfW-Darlehen Anwendung findet. Das wäre aber im Rahmen einer vorausschauenden höchstrichterlichen Rechtsprechung äußerst sinnvoll und wünschenswert gewesen, um die Flut der bis zum 31.12.2014 bzw. Anfang 2015 – insbesondere bei den Amtsgerichten – eingehenden Klagen gegen Kreditinstitute auf Rückzahlung der Bearbeitungsentgelte erheblich einzudämmen. In meinem Dezernat gingen von den 20 Klagen allein vier Klagen auf Rückzahlung des Bearbeitungsentgeltes bei KfW-Darlehen ein. Eine Klage wurde wegen örtlicher Unzuständigkeit verwiesen. Drei Klagen wurden abgewiesen, wobei in einem nicht rechtsmittel-fähigen Fall die Berufung zugelassen wurde.²⁵ In allen drei Fällen wurde Berufung zum LG Trier eingelegt. Eine Berufung wurde zurückgenommen. Eine Berufung wurde zurückgewiesen²⁶ und die Revision zum BGH zugelassen, die jedoch am 08.06.2016 zurückgenommen wurde.²⁷ Die letzte Berufung wurde ebenfalls zurückgewiesen,²⁸ nachdem das Verfahren zunächst im Hinblick auf das beim BGH unter dem Aktenzeichen XI ZR 454/14 anhängige Revisionsverfahren gegen das Urteil des LG Bückeburg vom 11.09.2014²⁹ ausgesetzt worden war.

Erst in seinen vier Urteilen vom 16.02.2016,³⁰ die durch Urteil vom 05.07.2016³¹ bestätigt wurden, hat der 11. Zivilsenat des BGH dann entschieden, dass in Förderdarlehensverträgen formularmäßig vereinbarte Auszahlungsabschläge wirksam sind und daher vom Darlehensnehmer nicht zurückgefordert werden können.

Aus den fünf BGH-Entscheidungen vom 16.02.2016 und vom 05.07.2016 ergibt sich, dass nach dem 13.05.2014 bei drei Amtsgerichten und zwölf Landgerichten entsprechende KfW-Darlehensfälle entschieden worden sind. Diese hätten durch vorausschauende höchstrichterliche Rechtsprechung vermieden werden können. Allein die Tatsache, dass – soweit ersichtlich – bezüglich der Problematik der Rückerstattung von Bearbeitungsgebühren bei KfW-Darlehen von den Landgerichten als Berufungsgerichten allein sechsmal die Revision zum BGH zugelassen wurde, zeigt, dass viele erst-, zweit- und drittinstanzliche Zivilverfahren hätten verhindert werden können. Da insbesondere die Urteile des Amts- und Landgerichts Trier weder vom BGH erwähnt

werden noch bei beck-online abrufbar sind, lässt sich aufgrund der Tatsache, dass nach dem Handbuch der Justiz 2016/2017 am 01.02.2016 im gesamten Bundesgebiet 640 Amtsgerichte und 115 Landgerichte existierten, schließen, dass sich noch weitaus mehr Amts- und Landgerichte mit der Problematik der Rückerstattung von Bearbeitungsgebühren bei KfW-Darlehen befasst haben. Denkbar ist insbesondere, dass im Hinblick auf das beim BGH unter dem Aktenzeichen XI ZR 454/14 anhängige Revisionsverfahren gegen das Urteil des LG Bückeburg vom 11.09.2014 viele erst- und/oder zweitinstanzliche Zivilverfahren einfach nach § 148 ZPO ausgesetzt worden sind.

IV. Erstattungsfähigkeit von Sachverständigenkosten nach Verkehrsunfällen

Die Vermeidung zivilrechtlicher Streitigkeiten durch vorausschauende höchstrichterliche Rechtsprechung lässt sich am besten anhand der Problematik der Erstattungsfähigkeit von Sachverständigenkosten nach Verkehrsunfällen darstellen.

In seinem Urteil vom 11.02.2014³² hat der 6. Zivilsenat des BGH entschieden, dass die gegnerische Haftpflichtversicherung die dem Geschädigten vom Gutachter in Rechnung gestellten Kosten grds. nicht allein auf der Grundlage einer Honorarumfrage eines Sachverständigenverbandes kürzen darf. Außerdem rechtfertigt allein der Umstand, dass die vom Gutachter abgerechneten Kosten – hinsichtlich des Grundhonorars als auch in Bezug auf die Nebenkosten – die aus der BVSK³³-Honorarbefragung ersichtlichen Höchstsätze überschreiten, nicht die Annahme eines Verstoßes des Geschädigten gegen seine Schadensminderungspflicht.

In seinem Urteil vom 22.07.2014³⁴ hat der 6. Zivilsenat des BGH entschieden, dass die losgelöst von den Umständen

23 Rechtsprechungsnachweise von 1/3 aller Oberlandesgerichte bei BGH, UrT. v. 28.10.2014 - XI ZR 348/13 Rn. 58 f.

24 BGH, UrT. v. 12.05.1992 - XI ZR 258/91; BGH, UrT. v. 19.10.1093 - XI ZR 49/93.

25 AG Trier, UrT. v. 13.03.2015 - 32 C 6/15; AG Trier, UrT. v. 25.03.2015 - 32 C 536/14; AG Trier, UrT. v. 10.04.2015 - 32 C 32/15.

26 LG Trier, UrT. v. 15.12.2015 - 1 S 53/15.

27 BGH, UrT. v. 08.06.2016 - XI ZR 9/16.

28 LG Trier, UrT. v. 28.10.2016 - 1 S 60/15.

29 LG Bückeburg, UrT. v. 11.09.2014 - 1 S 60/13.

30 BGH, UrT. v. 16.02.2016 - XI ZR 454/14; BGH, UrT. v. 16.02.2016 - XI ZR 63/15; BGH, UrT. v. 16.02.2016 - XI ZR 73/15; BGH, UrT. v. 16.02.2016 - XI ZR 96/15.

31 BGH, UrT. v. 05.07.2016 - XI ZR 101/16.

32 BGH, UrT. v. 11.02.2014 - VI ZR 225/13 Rn. 5 und 11.

33 BVSK = Bundesverband der freiberuflichen und unabhängigen Sachverständigen für das Kraftfahrzeugwesen e.V.

34 BGH, UrT. v. 22.07.2014 - VI ZR 357/13.

des Einzelfalls erfolgte Beurteilung des Tatrichters, die von einem Sachverständigen zusätzlich zu einem Grundhonorar berechneten Nebenkosten seien in Routinefällen grds. i.H.v. 100 € erforderlich, während sie, soweit sie diesen Betrag überstiegen, erkennbar überhöht und deshalb nicht ersatzfähig seien, einer hinreichend tragfähigen Grundlage entbehrt.

In seinem Urteil vom 26.04.2016³⁵ hat der 6. Zivilsenat des BGH die BVSK-Abrechnung nicht infrage gestellt, sondern lediglich entschieden, dass revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist, wenn der Tatrichter im Rahmen der Schätzung der bei der Begutachtung anfallenden und erforderlichen Nebenkosten gem. § 287 ZPO die Bestimmungen des Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetzes (JVEG) als Orientierungshilfe heranzieht.

In seinem Urteil vom 19.07.2016³⁶ hat der 6. Zivilsenat des BGH schließlich entschieden, dass der Geschädigte seiner Darlegungslast zur Höhe der Sachverständigenkosten regelmäßig durch Vorlage einer von ihm beglichenen Rechnung des von ihm zur Schadensbegutachtung in Anspruch genommenen Sachverständigen genügt. Nicht die Höhe der vom Sachverständigen erstellten Rechnung als solche, sondern allein der vom Geschädigten in Übereinstimmung mit der Rechnung und der ihr zugrunde liegenden Preisvereinbarung tatsächlich erbrachte Aufwand bildet einen Anhalt zur Bestimmung des zur Herstellung erforderlichen Betrages i.S.v. § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB.

In den letzten fünf Jahren habe ich allein in meinem amtsrichterlichen Zivildezernat in 227 Fällen durch streitiges Urteil über die Angemessenheit von Sachverständigenkosten entschieden. Nicht berücksichtigt sind dabei die Fälle, in denen die Versicherungen – ohne Anerkennung einer Rechtspflicht – die restlichen Sachverständigenkosten beglichen haben und die Verfahren dann durch Klagerücknahme oder übereinstimmende Erledigungserklärung endeten. Diese Verfahren machen etwa 10 % meines Zivildezernats aus. Deshalb verwundert es auch nicht, dass die juris- und beck-online-Abfragen vom 29.05.2017 zu dem Stichwort „Sachverständigenkosten“ 6.629 bzw. >10.000 Treffer ergaben.

Obwohl jeder Sachverständige und Jurist weiß, dass insbesondere die von den Sachverständigen in Rechnung gestellten Nebenkosten unangemessen hoch sind (z.B. Porto- und Telefonkosten pauschal 15 € nach BVSK-Befragung 2015), hat sich der BGH bisher nicht dazu durchringen können, sich auf eine bestimmte Berechnungsmethode festzulegen. Das Gegenteil ist vielmehr der Fall. In seinem neuesten Urteil zu dieser Problematik vom 19.07.2016³⁷ hat der 6. Zivilsenat des BGH vielmehr seine bisherige Rechtsprechung³⁸ bestätigt, wonach es nicht Aufgabe des Revisionsgerichts ist, dem

Tatrichter eine bestimmte Berechnungsmethode bezüglich der Schätzung von Sachverständigenkosten vorzuschreiben. Die Festlegung auf eine bestimmte Berechnungsmethode wird aber von den Instanzgerichten sehnsüchtig erwartet, zumal nach den Angaben des Statistischen Bundesamtes in Wiesbaden vom 25.10.2016 im gesamten Bundesgebiet von den Amtsgerichten 133.903 und von den Landgerichten 1. Instanz 22.978 Verkehrsunfallsachen erledigt wurden.³⁹ In der Berufungsinstanz wurden von den Landgerichten im selben Zeitraum 9.063 und von den Oberlandesgerichten 3.403 Verkehrsunfallsachen erledigt.⁴⁰

Die Zahl der erst- und zweitinstanzlichen Zivilsachen könnte um mehrere 1.000 Verfahren reduziert werden, wenn sich der BGH hinsichtlich der Schätzung von Sachverständigenkosten auf eine bestimmte Berechnungsmethode (z.B. Schätzung nach BSVK-Befragung, analog JVEG oder sogar analog RVG) festlegen würde. So lange bleibt es bei der bisherigen Rechtsprechung und einer Vielzahl „nerviger“ Klagen auf Zahlung restlichen Sachverständigenhonorars.

V. Erstattung von unfallbedingten Mietwagenkosten

Ebenso wie bei der Problematik der Erstattungsfähigkeit von Sachverständigenkosten nach Verkehrsunfällen lässt sich die Vermeidung zivilrechtlicher Streitigkeiten durch vorausschauende höchstrichterliche Rechtsprechung auch anhand der Problematik der Erstattungsfähigkeit von unfallbedingten Mietwagenkosten darstellen.

Aus den obigen Ausführungen zur Erstattungsfähigkeit von Sachverständigenkosten nach Verkehrsunfällen ergibt sich, dass es sich auch bei Rechtsstreitigkeiten um die Erstattung von unfallbedingten Mietwagenkosten um einen Dauerbrenner handelt, da die Amts- und Landgerichte 1. Instanz im Jahr 2015 allein 156.881⁴¹ Verkehrsunfallsachen erledigt haben. Ich habe in den letzten Jahren in meinem amtsrichterlichen Zivildezernat bereits in 62 Fällen durch streitiges Urteil über die Erstattungsfähigkeit von unfallbedingten Mietwagenkosten auf Basis der Schwacke-Liste als Schätzungsgrundlage für die Erstattung von Mietwagenkosten zum Normaltarif entscheiden.⁴² Außerdem ergaben die ju-

35 BGH, Ur. v. 26.04.2016 - VI ZR 50/15 mit Anmerkung Heßeler, NJW 2016, 3097.

36 BGH, Ur. v. 19.07.2016 - VI ZR 491/15 mit Anmerkung Wittschier, NJW 2016, 3365.

37 BGH, Ur. v. 19.07.2016 - VI ZR 491/15 mit Anmerkung Wittschier, NJW 2016, 3365.

38 BGH, Ur. v. 23.11.2014 - VI ZR 357/03.

39 Fachserie 10 (Rechtspflege) Reihe 2.1 (Zivilgerichte) S. 14, 48.

40 Fachserie 10 (Rechtspflege) Reihe 2.1 (Zivilgerichte) S. 68, 94.

41 Fachserie 10 (Rechtspflege) Reihe 2.1 (Zivilgerichte) S. 14, 48.

42 Siehe insoweit Wittschier, NJW 2012, 13 ff.

ris- und beck-online-Abfragen vom 29.05.2017 zu dem Stichwort „Mietwagenkosten“ allein 6.022 bzw. >10.000 Treffer.

Nach der Rechtsprechung des BGH⁴³ kann nach einem Verkehrsunfall grds. ein in Relation zur Schadenshöhe berechnetes Sachverständigenhonorar als erforderlicher Herstellungsaufwand i.S.v. § 249 Abs. 2 BGB erstattet verlangt werden. Der BGH hat allerdings – entgegen den Grundsätzen vorausschauender höchstrichterlicher Rechtsprechung – ausdrücklich offengelassen, was unter einer angemessenen Pauschalierung zu verstehen ist. Da in geeigneten Fällen Listen oder Tabellen bei der Schadensschätzung Verwendung finden können, hat der BGH⁴⁴ wiederholt ausgesprochen, dass der Tatrichter bei der Beurteilung der Erforderlichkeit von Mietwagenkosten in Ausübung seines Ermessens nach § 287 ZPO den „Normaltarif“ grds. auf der Grundlage des „Schwacke-Mietpreisspiegels“ im maßgebenden Postleitzahlengebiet, des Fraunhofer-Mietpreisspiegels oder des arithmetischen Mittels beider Markterhebungen ermitteln kann. Folge dieser obergerichtlichen Rechtsprechung ist, dass die Instanzgerichte nach sorgfältiger Abwägung der Vor- und Nachteile der beiden Listen teilweise eine Schätzung der erforderlichen Mietwagenkosten allein auf der Basis der Schwacke-Liste,⁴⁵ allein auf der Basis des Fraunhofer-Mietpreisspiegels⁴⁶ oder eine Schätzung nach dem Mittelwert zwischen beiden Erhebungen⁴⁷ befürworten. Dies hat – für einen Geschädigten unverständlichlicherweise – zur Folge, dass er seine unfallbedingten Mietwagenkosten – je nach Rechtsauffassung des für seinen Rechtsstreit zuständigen Gerichts – entweder ganz, mit geringfügigem oder sogar nur mit erheblichem Eigenanteil ersetzt bekommt.⁴⁸

Die Zahl der erst- und zweitinstanzlichen Zivilsachen könnte um mehrere 1.000 Verfahren reduziert werden, wenn sich der BGH hinsichtlich der Schätzung der Höhe der Mietwagenkosten auf eine bestimmte Berechnungsmethode (z.B. Schwacke-Liste, Fraunhofer-Mietpreisspiegel oder Mittelwert zwischen beiden Erhebungen) festlegen würde. Dasselbe Ergebnis könnte der BGH erreichen, wenn er sich der Rechtsprechung des LG Trier⁴⁹ anschließen würde. Dieses hält nämlich die Bedenken gegen die Schwacke-Liste für ebenso nachvollziehbar wie die gegen die Liste des Fraunhofer-Instituts, möchte sich aber am diesbezüglich schwelenden „Glaubenskrieg“ nicht weiter beteiligen. Der Versuch, auf dem Mietwagenmarkt Geld zu verdienen, und das Interesse der Versicherungen, Mietwagenkosten zu vernünftigen Preisen abzurechnen, dürfe nicht dazu führen, die Grundsätze des Schadensersatzrechts auf den Kopf zu stellen und dem Geschädigten im Rahmen seiner Schadensminderungspflicht mehr Pflichten als dem Schädiger aufzuerlegen. Dieser müsse daher einen Verstoß des Geschädigten gegen seine Schadensminderungspflicht kon-

kret vortragen, vor allem dahin gehend, bei welcher Autovermietung im konkreten Zeitraum ein entsprechendes Fahrzeug für den vom Schädiger für angemessen bezeichneten Betrag hätte angemietet werden können. Ansonsten müsse der gegnerische Haftpflichtversicherer grds. den vollständigen Betrag der Mietwagenrechnung begleichen, vorausgesetzt, dass die Inanspruchnahme des Mietwagens notwendig war und der Mietwagenunternehmer dem Geschädigten den Normaltarif in Rechnung gestellt hat.

VI. Rückerstattung der Bearbeitungsgebühren bei Bausparverträgen

In seinem Urteil vom 08.11.2016⁵⁰ hat der 11. Zivilsenat des BGH entschieden, dass eine vorformulierte Bestimmung über eine Darlehensgebühr i.H.v. 2 % der Darlehenssumme in Bausparverträgen zwischen Verbrauchern und Unternehmern unwirksam ist, da in einem solchen Fall entgegen dem Leitbild der gesetzlichen Regelung ein nicht laufzeitabhängig ausgestaltetes Entgelt erhoben und unzulässigerweise der eigene Aufwand der Bausparkasse auf den Kunden abgewälzt werde.

Aus den obigen Ausführungen zur Rückerstattung der Bearbeitungsgebühren bei KfW-Darlehen ergibt sich, dass dem BGH, der sich bereits im Jahr 2010 mit der Rechtmäßigkeit von Abschlussgebühren bei Bausparverträgen beschäftigt hat,⁵¹ auch im Jahr 2014 bekannt sein musste, dass nicht nur Banken und Sparkassen, sondern auch Bausparkassen Darlehensgebühren erheben bzw. in der Vergangenheit erhoben haben. Dennoch hat er sich in seinen vier Entscheidungen vom 13.05.2014 und vom 28.10.2014 – auch nicht im Rahmen eines obiter dictum – zu der Frage geäußert, ob seine neue Rechtsprechung auch auf die Darlehensgebühren i.H.v. 2 % der Darlehenssumme in Bausparverträgen Anwendung findet. Es wäre aber ein Leichtes gewesen, in diesen Urteilen darauf hinzuweisen, dass die Vereinbarung von Bearbeitungsentgelten für Verbraucher-

43 BGH, Urt. v. 23.01.2007 - VI ZR 67/06.

44 BGH, Urt. v. 12.10.2004 - VI ZR 151/03; BGH, Urt. v. 14.10.2008 - VI ZR 210/07; BGH, Urt. v. 02.02.2010 - VI ZR 139/08; BGH, Urt. v. 12.04.2011 - VI ZR 300/09.

45 OLG Köln, Urt. v. 29.06.2010 - 25 U 2/10; OLG Stuttgart, Urt. v. 18.08.2011 - 7 U 109/11.

46 OLG Hamburg, Urt. v. 15.05.2009 - 14 U 175/08; OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 24.06.2010 - 16 U 14/10.

47 OLG Saarbrücken, Urt. v. 22.12.2009 - 4 U 294/09; OLG Köln, Urt. v. 30.07.2013 - 15 U 212/12; OLG Celle, Urt. v. 13.04.2016 - 14 U 127/15.

48 Siehe insoweit Wittschier, NJW 2012, 13, 14.

49 Hinweis in dem Verfahren 1 S 80/10; ebenso: AG Trier, Urt. v. 18.12.2015 - 32 C 473/15; AG Trier, Urt. v. 10.06.2016 - 32 C 71/16.

50 BGH, Urt. v. 08.11.2016 - XI ZR 552/15.

51 BGH, Urt. v. 07.12.2010 - XI ZR 3/10.

kreditverträge in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowohl von Banken wie auch von Bausparkassen unwirksam ist. Aufgrund eines solchen Hinweises hätten im Rahmen einer vorausschauenden höchstrichterlichen Rechtsprechung zumindest die Vorverfahren des LG Heilbronn⁵² und des OLG Stuttgart⁵³ sowie das Revisionsverfahren beim BGH vermieden werden können.

VII. Schadensersatzansprüche von Abbruchjägern bei eBay

In seinem Urteil vom 24.08.2016⁵⁴ hatte sich der 8. Zivilsenat des BGH mit der Frage des Rechtsmissbrauchs durch Abbruchjäger bei eBay auseinanderzusetzen. Bei den sog. Abbruchjägern⁵⁵ handelt es sich um Bieter auf der Internetauktionsplattform eBay, denen nicht an der erfolgreichen Auktion, dem Abschluss eines Kaufvertrags mit einem realistischen Höchstgebot, gelegen ist. Bestimmender Antrieb zum Einstellen eines regelmäßig niedrigen Gebots bei hochpreisigen Waren ist vielmehr die Hoffnung bzw. Erwartung, dass der Verkäufer die Auktion vorzeitig ohne berechtigenden Grund im Sinne der eBay-AGB⁵⁶ abbricht (Die Angebotsrücknahme ist z.B. berechtigt, wenn eine bereits bei Angebotseinstellung vorhandene Beschädigung ohne Verschulden erst nach Angebotseinstellung festgestellt wird.)⁵⁷ In der Folge wird dann der Verkäufer, der sich regelmäßig weigern wird, den Kaufvertrag zum Gebotspreis des Abbruchzeitpunkts zu erfüllen, auf die Differenz zwischen Kaufpreis und Wert des Kaufgegenstandes im Wege des Schadensersatzes verklagt.

Der BGH hat zwar entschieden, dass ein Schadensersatzverlangen eines sog. Abbruchjägers auf eBay rechtsmissbräuchlich sein kann, und zwar mit folgender Begründung: „Für die Entscheidung des Rechtsstreits kommt es auf die Ausführungen des Berufungsgerichts zum auf Grund einer Häufung aussagekräftiger Indizien ohne erkennbaren Rechtsfehler bejahten Rechtsmissbrauch (§ 242 BGB) nicht an“.⁵⁸ Da er die Klage aber bereits aus formalen Gründen (= fehlende Prozessführungsbefugnis) für unzulässig gehalten hat, hat er es leider im Sinne einer vorausschauenden höchstrichterlichen Rechtsprechung auch unterlassen, klare Stellung zu der Frage zu beziehen, welche zusätzlichen Anhaltspunkte neben der bloßen Abbruchjägereigenschaft in der Praxis für die Annahme des Rechtsmissbrauchs bzw. der Sittenwidrigkeit verlangt werden.⁵⁹ Diese Stellungnahme wäre aber – aus Sicht der erst- und zweitinstanzlichen Zivilgerichte – erforderlich gewesen, um in Zukunft überflüssige Zivilprozesse von Abbruchjägern zu verhindern. Dass hier Handlungsbedarf besteht, ergeben bereits die juris- und beck-online-Abfragen vom 29.05.2017 zu den Stichworten „eBay Abbruchjäger“ mit 42 bzw. 44 Treffern und zu den Stichworten „Zurücknahme von An-

geboten bei eBay“ mit 469 bzw. 379 Treffern. Auch in der Zivilabteilung des AG Trier wurden bereits zwei Verfahren zu der Angebotsrücknahme bei eBay-Verkäufen entschieden.⁶⁰ Da der BGH es unterlassen hat, auch bezüglich der eBay-Abbruchjäger die erforderliche Rechtssicherheit zu schaffen, bleibt auch weiterhin unklar, wo die Grenze zwischen Schnäppchen- und Abbruchjägern verläuft.

C. Resümee

Der kurze Exkurs in die tägliche zivilprozessuale Praxis hat mit nicht zu überbietender Deutlichkeit gezeigt, dass – insbesondere in Verkehrsunfallsachen – tausende von erst- und zweitinstanzlichen Zivilverfahren durch vorausschauende höchstrichterliche Rechtsprechung hätten vermieden werden können. Für die erst- und zweitinstanzlichen Zivilrichter drängt sich daher der Verdacht auf, dass der BGH bisher überhaupt nicht erkannt bzw. wahrgenommen hat, dass sich die Belastung der Instanzgerichte und die Rechtssicherheit für die rechtsuchenden Bürger in erster Linie nur durch brauchbare höchstrichterliche Rechtsprechung realisieren lässt.

Sollte der BGH insbesondere die Mietwagen- und Sachverständigenkosten-Problematik nicht in den Griff bekommen, ist möglicherweise der Gesetzgeber gefragt. Zur Einsparung von Richterstellen könnte § 249 Abs. 2 BGB dahin gehend ergänzt werden, dass Mietwagenkosten überhaupt nicht oder wie im benachbarten Ausland (z.B. Bosnien, Bulgarien, Dänemark, Frankreich, Italien, Jugoslawien, Kroatien, Norwegen, Polen und Portugal) nur unter ganz besonderen Voraussetzungen erstattungsfähig sind.⁶¹ Erwägenswert wäre auch, anstelle von Mietwagenkosten nur noch Nutzungsausfall z.B. entsprechend der Schwacke-Liste zuzusprechen bzw. Sachverständigenhonorar nur noch analog JVEG oder entsprechend RVG zu vergüten.

52 LG Heilbronn, Ur. v. 21.05.2015 - Bi 6 O 50/15.

53 OLG Stuttgart, Ur. v. 19.11.2015 - 2 U 75/15.

54 BGH, Ur. v. 24.08.2016 - VIII ZR 182/15.

55 Siehe insoweit Wagner/Zenger, MMR 2016, 738 f.

56 Siehe insoweit BGH, Ur. v. 08.06.2011 - VIII ZR 305/10; BGH, Ur. v. 08.01.2014 - VIII ZR 63/13; BGH, Ur. v. 10.12.2014 - VIII ZR 90/14; BGH, Ur. v. 23.09.2015 - VIII ZR 284/14.

57 LG Bonn, Ur. v. 05.06.2012 - 18 O 314/11; LG Koblenz, Ur. v. 25.06.2013 - 10 O 6/13.

58 BGH, Ur. v. 24.08.2016 - VIII ZR 182/15 Rn. 13.

59 So auch Wagner/Zenger, MMR 2016, 738, 739.

60 AG Trier, Ur. v. 02.08.2013 - 6 C 31/13; AG Trier, Ur. v. 13.11.2015 - 32 C 375/15.

61 So bereits Wittschier, NJW 2012, 13, 16.

Das neue Recht bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und dem Anfechtungsgesetz – Bestandsaufnahme, Analyse und Kritik

Prof. Dr. Markus Würdinger

A. Reformanliegen und Gesetzeshistorie

Wenn es im Deutschen Bundestag schnell gehen soll, dann werden keine Reden mehr gehalten. Anstelle einer Aussprache werden die „schriftlichen Redetexte zu Protokoll“ genommen.¹ So ist es auch am 16.02.2017 geschehen, als der Deutsche Bundestag in zweiter und dritter Lesung „das Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz“ beschlossen hat. Mit den Stimmen von CDU/CSU, SPD und Bündnis 90/Die Grünen (bei Enthaltung der Linksfraktion) wurde der Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 16.12.2015² i.d.F. der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) vom 15.02.2017³ angenommen. Das Gesetz ist am 05.04.2017 in Kraft getreten.⁴

Vorausgegangen war eine heftige Kontroverse und Debatte um die Reichweite des Insolvenzanfechtungsrechts mit einer Flut von Stellungnahmen und Aufsätzen.⁵ Von Anfang an war kein grundlegender Systemwechsel geplant, jedoch eine Neujustierung an einzelnen Stellen, die zum Teil besonders sensibel sind und deutlich machen, dass es sich bei diesem Reformprojekt durchaus um eine „Operation am Nervenewebe“⁶ handelte. Schließlich ist das Insolvenzanfechtungsrecht als die „Königsdisziplin des Insolvenzrechts“⁷ das Massemehrungsinstrument schlechthin; es führt zu einer oft bedeutenden Anreicherung der Insolvenzmasse. Nach der Grundsatznorm des § 129 Abs. 1 InsO sind Rechtshandlungen, die vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen wurden und die Insolvenzgläubiger benachteiligen, unter den weiteren Voraussetzungen der §§ 130 ff. InsO anfechtbar. § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO enthält eine Anspruchsgrundlage, nach der bei einem bestehenden Anfechtungsgrund (§§ 130 ff. InsO) mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens veräußerte, weggegebene oder aufgegebenen Vermögensgegenstände zur Insolvenzmasse zurückzugewähren sind. Damit wird die Sprengkraft dieser Regelungen evident: Weniger Insolvenzanfechtung heißt weniger Insolvenzmasse und damit weniger eröffnete Verfahren.

Das Gesetzesvorhaben stand unter der Flagge der Rechtssicherheit. Der Regierungsentwurf gab als Leitlinie das Ziel vor, „... den Wirtschaftsverkehr sowie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von Rechtsunsicherheiten zu entlasten, die von der derzeitigen Praxis des Insolvenzanfechtungsrechts ausgehen. Zudem sollen die unter dem geltenden Recht ge-

währten Möglichkeiten der Insolvenzanfechtung punktuell neu justiert und das Gläubigerantragsrecht gestärkt werden, um übermäßige Belastungen des Geschäftsverkehrs und von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zu vermeiden“.⁸ Hierzu sollte ursprünglich die Inkongruenzanfechtung bei sog. Zwangsdeckungen verändert werden (B.). Am Ende kam es dann nach einer wuchtigen Kritik im juristischen Schrifttum doch nicht zu einem indirekten Fiskusprivileg. Modifiziert wurde aber die in ihrer Reichweite viel diskutierte und oft gescholtene Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO (C.) Das Bargeschäft nach § 142 InsO (D.) wurde vor allem an die Rechtsprechung des BAG angeglichen. Neu geregelt wurden die Zinsansprüche bei § 143 InsO (E.). Das Anfechtungsgesetz wurde entsprechend angepasst (F.). Jenseits des Anfechtungsrechts wurde § 14 InsO bei einem Gläubigerantrag bzw. dessen Rücknahme nach Erhalt von Zahlungen modifiziert (G.).

B. Keine Veränderung des § 131 InsO für sog. Zwangsdeckungen

Am heftigsten gestritten wurde im Vorfeld über die intendierte Änderung des § 131 InsO. Der Regierungsentwurf sah vor, in § 131 Abs. 1 InsO folgenden Satz 2 einzufügen: „Eine Rechtshandlung wird nicht allein dadurch zu einer solchen nach Satz 1, dass die Sicherung oder Befriedigung durch Zwangsvollstreckung erwirkt oder zu deren Abwen-

1 Siehe dazu § 78 Abs. 6 GO BT (angefochten mit Wirkung vom 02.07.2009 durch Bekanntmachung vom 06.07.2009, BGBl. I, 2128); der Redetext von Hirte ist abgedruckt in ZInsO 2017, 427.

2 BT-Drs. 18/7054.

3 BT-Drs. 18/11199.

4 Gesetz vom 29.03.2017, BGBl. I, 655. Die neuen Vorschriften gelten grds. bei einer Verfahrenseröffnung ab dem 05.04.2017 (Art. 103j Abs. 1 EGIInsO). Die Neuerungen zu den Zinsansprüchen kommen hingegen auch für bereits laufende Insolvenzverfahren ab dem 05.04.2017 zur Anwendung (Art. 103j Abs. 2 EGIInsO).

5 Siehe etwa Blank/Blank, ZInsO 2015, 1705; Brinkmann, NZG 2015, 697, 702; Brinkmann/Jacoby/Thole, ZIP 2015, 2001; Huber, ZInsO 2015, 713 und ZInsO 2015, 2297; Berner, ZInsO 2015, 2457; Seichter/Columbus/Mehring, jM 2015, 266; Würdinger, KTS 2015, 315; Klinck, DB 2016, 634.

6 So Heiko Maas in seiner Rede beim 12. Deutschen Insolvenzrechtstag am 19.03.2015 in Berlin, abrufbar unter www.bmjv.de/SharedDocs/Reden/DE/2015/03192015_Insolvenzrechtstag.html (abgerufen am 11.04.2017).

7 Ganter in: Festschrift für Görg, 2010, S. 169, 183.

8 BT-Drs. 18/7054, S. 1; siehe bereits RefE, S. 1 (KTS 2015, 225).

dung bewirkt worden ist.“⁹ Dies hätte einen Einordnungs- und Richtungswechsel für sog. Zwangsdeckungen gebracht, die nach der Rechtsprechung als inkongruente Deckungen unter den erleichterten Voraussetzungen des § 131 InsO anfechtbar sind. Dies liegt in der vermuteten besonderen Verdächtigkeit einer derartigen Deckung in der wirtschaftlichen Krise begründet.¹⁰ Zwangsdeckungen sind nach der Judikatur inkongruent, da sie „nicht in der Art“ erfolgen.¹¹ Damit sollen solche Rechtshandlungen erleichtert anfechtbar sein, die den Verdacht begründen, dass der Schuldner ungerechtfertigte Prioritäten setzen will.¹² Leistet der Schuldner nicht freiwillig, muss ihn vielmehr der Gläubiger zur Leistung zwingen, so liegt der Verdacht nahe, dass der Schuldner nicht zahlen kann.¹³ Diese Inkongruenzrechtsprechung wollte der Regierungsentwurf verändern.¹⁴ Die Reaktionen im juristischen Schrifttum waren massiv kritisch.¹⁵ Befürchtet wurde eine „Insolvenz der Insolvenz“¹⁶ und eine Erosion der Gläubigergleichbehandlung. Schließlich kann der Fiskus als sog. Selbsttitulierer in der wirtschaftlichen Krise besonders rasch vollstrecken: Er kann sich per Verwaltungsakt selbst einen Titel schaffen und würde von dieser geplanten Veränderung am meisten profitieren.

Zu Recht ist der Gesetzgeber von den ursprünglichen Reformplänen abgerückt und hat von einem derartigen Fiskusprivileg Abstand genommen. In der Beschlussempfehlung heißt es zur Begründung, dass „diese Regelung aufgrund der Möglichkeit der Selbsttitulierung eine ungerechtfertigte Privilegierung hoheitlicher Rechtsträger gegenüber privaten Gläubigern bewirke“.¹⁷ Auch hätte man einen konzeptionellen Webfehler reklamieren müssen: Entgegen der Grundintention der Reform wäre es zu keiner Verbesserung der Rechtssicherheit gekommen. Im Gegenteil: Viele Rechtsstreitigkeiten hätten sich um die Frage gerankt, ob die subjektiven Voraussetzungen des § 130 InsO einschlägig sind. Bei Zwangsdeckungen hätte sich die Streitanzahl erhöht. Die Rechtssicherheit wäre gerade beeinträchtigt worden.

C. Die Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO)

I. Reformanlass

Anfechtbar ist nach § 133 Abs. 1 InsO eine Rechtshandlung, die der Schuldner in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte. Die Reichweite dieser Vorsatzanfechtung wurde in der Vergangenheit sehr kontrovers diskutiert. Der Mittelstand betonte immer wieder, dass er unter der Last der Vorsatzanfechtung ächze.¹⁸ Auf ein belastbares rechtstatsächliches Datenmaterial wurde die Kritik nie

wirklich gestützt.¹⁹ Als besonders unzumutbar wurde zum einen die lange Anfechtungsfrist von zehn Jahren angesehen. Zum anderen wurde der rasche Zugriff aufgrund der bestehenden Vermutungen und Beweiszeichen²⁰ – gerade auch bei Ratenzahlungsvereinbarungen – als misslich empfunden. Gewiss sind die Ursachen für manche defizitäre Rechtspraxis auch darin zu sehen, dass der Parteivortrag nicht selten lückenhaft ist und Gerichte mitunter die mühevollere Gesamtabwägung nicht ernst genug nehmen.²¹ Eine gründliche und gewissenhafte Prüfung des Doppeltatbestands auf subjektiver Seite würde bereits ein Restriktionspotenzial bringen,²² sodass sich in diesem Lichte die Reformdiskussion doch als ein Sturm im Wasserglas erweist. Am Ende kam es mit dem Reformgesetz zu punktuellen Nejustierungen, die aber in ihren Auswirkungen überschaubar sind.²³

II. Kein Korrektiv der Unangemessenheit

Im Referentenentwurf war noch als neues Tatbestandsmerkmal und Korrektiv die Prüfung einer Unangemessenheit vor-

9 BT-Drs. 18/7054, S. 7. Siehe dazu ausführlicher Würdinger, Für jeden das Gleiche oder jedem das Seine: Neue Fragen der Insolvenzanfechtung in: Heinrich, Symposium Insolvenz- und Arbeitsrecht, 2017, im Erscheinen (mit einem Votum gegen ein Fiskusprivileg).

10 BT-Drs. 12/2443, S. 158 f. Zur Verdächtigkeit in der höchstrichterlichen Judikatur: BGH, Urt. v. 18.04.2002 - IX ZR 219/01 Rn. 14 ff.

11 Siehe etwa BGH, Urt. v. 09.09.1997 - IX ZR 14/97 Rn. 6 ff.; Raebel, KTS 2015, 285, 311.

12 Jaeger/Henckel, InsO, 1. Aufl. 2007, § 131 Rn. 52.

13 Jaeger/Henckel, InsO, 1. Aufl. 2007, § 131 Rn. 53. Dagegen etwa Marotzke, ZInsO 2006, 7; Hergenröder, DGVZ 2016, 91, 102; Klinck, Die Grundlagen der besonderen Insolvenzanfechtung, 2011, S. 366 ff.

14 Ebenso bereits der Entwurf eines Gesetzes „zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge und zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung“ aus dem Jahr 2006. Siehe hierzu und der Erkenntnis, dass sich Geschichte und eben auch Rechtsgeschichte immer wiederholen kann: Würdinger, KTS 2015, 315, 317 m.w.N.

15 Zum Referentenentwurf, der noch eine Differenzierung nach der Art des Titels enthielt: Huber, ZInsO 2015, 2297, 2298; Brinkmann/Jacoby/Thole, ZIP 2015, 2001; Brinkmann, NZG 2015, 697, 702; Blank/Blank, ZInsO 2015, 1705, 1708 ff. (insbesondere auch zum Widerspruch zu § 88 InsO); Würdinger, KTS 2015, 315, 317 ff.: gegen eine Differenzierung nach der Art der Titel und damit für eine Gleichwertigkeit aller Titel (Einheitslösung). Anders etwa Roth, DZWIR 2016, 116.

16 Kayser/Heidenfelder, ZIP 2016, 447.

17 BT-Drs. 18/11199, S. 11; siehe dazu auch Huber, ZInsO 2017, 517.

18 Zu den Initiativen aus der Wirtschaft: Paschen, ZInsO 2014, 2485. Siehe demgegenüber Bork, ZIP 2014, 797, 809.

19 Ganter, WM 2015, 905, 906; Bork, ZIP 2014, 1905, 1908.

20 Zu deren Entkräftung Kayser, WM 2013, 293.

21 Frind, ZInsO 2014, 1985, 1989.

22 Siehe auch Thole, ZIP 2013, 2081; Würdinger, NZI 2015, 176, 177.

23 Ausführlicher zum Regierungsentwurf, der im Wesentlichen Gesetz wurde: Würdinger, Für jeden das Gleiche oder jedem das Seine: Neue Fragen der Insolvenzanfechtung in: Heinrich, Symposium Insolvenz- und Arbeitsrecht, 2017, im Erscheinen.

gesehen. Der Vorsatz des Schuldners sollte dahin gehend bestehen, seine Gläubiger „unangemessen“ zu benachteiligen; der andere Teil muss diesen Vorsatz „unangemessener“ Gläubigerbenachteiligung kennen. Eine Legaldefinition für den unbestimmten Rechtsbegriff der Unangemessenheit war nicht vorgesehen. Lediglich wurde im Weg der Verneinung (via negationis) eine Begrenzung mit zwei nicht abschließenden Tatbeständen geschaffen, der Bargeschäftsähnlichkeit und dem ernsthaften Sanierungsversuch, die im Rahmen des Vorsatzes zu prüfen sind. In diesen Fällen sollte sich der Rechtsverkehr – in Anlehnung an die bisherige Judikatur – darauf verlassen können, dass keine Vorsatzanfechtung droht. Zu Recht verzichtet der neu gefasste § 133 Abs. 1 InsO auf diesen unbestimmten Rechtsbegriff der Unangemessenheit.²⁴ Dieser blieb im Letzten konturenlos und ließ die Frage offen, welche substantielle Veränderung damit erreicht werden sollte.

III. Sonderregeln für die Deckungsanfechtung

Sonderregeln bestehen nun für die Deckungsanfechtung in § 133 Abs. 2 und 3 InsO.

1. Absenkung des Anfechtungszeitraums auf vier Jahre für alle Deckungen

Hat die Rechtshandlung dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht, beträgt nunmehr gem. § 133 Abs. 2 InsO der Zeitraum nach Abs. 1 Satz 1 vier Jahre. Die Absenkung des Zeitraums von zehn auf vier Jahre gilt nicht nur für inkongruente, sondern auch für kongruente Deckungen. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Norm und wird durch einen Umkehrschluss zu § 133 Abs. 3 Satz 1 InsO bestätigt; hier gilt eine Sonderregel gerade nur für kongruente Deckungen.

2. Erhöhte Anforderungen bei kongruenten Deckungen

Hat die Rechtshandlung dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht, welche dieser in der Art und zu der Zeit beanspruchen konnte, tritt an die Stelle der drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nach Abs. 1 Satz 2 die eingetretene. Bei kongruenten Deckungen genügt damit die beiderseitige Kenntnis der bloß drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht mehr. Vielmehr ist hier für die Vermutung die Kenntnis des anderen Teils von der tatsächlich eingetretenen Zahlungsunfähigkeit entscheidend.

IV. Vermutung bei Zahlungsvereinbarungen und sonstigen Zahlungserleichterungen

Für Zahlungsvereinbarungen und sonstige Zahlungserleichterungen zwischen dem anderen Teil und dem Schuldner

stellt das Gesetz nunmehr eine Vermutung auf. Nach § 133 Abs. 3 Satz 2 InsO wird vermutet, dass der andere Teil zur Zeit der Handlung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht kannte. „Damit wird der Erosion bewährter und effizienter Verkehrsübungen begegnet, auf deren Grundlage Unternehmen vorübergehende Liquiditätsgpässe überbrücken können und die funktional der Gewährung von Überbrückungsfinanzierungen entsprechen können.“²⁵ Die Vermutungsregelung ist eine Reaktion auf den dringenden Handlungsbedarf, den der Mittelstand anmahnte; dieser sah vor allem die praktische Wirksamkeit von Zahlungsvereinbarungen außerhalb der Zwangsvollstreckung in Gefahr. Nicht weit genug ging diesen Kritikern der Referentenentwurf, der sich näher an der bisherigen Rechtsprechung des BGH orientierte und jedenfalls keine wesentliche Veränderung erwarten ließ.²⁶

V. Kritische Stellungnahme

Begrüßenswert ist eine Absenkung der Anfechtungsfrist auf vier Jahre bei kongruenten Deckungen. Die praktischen Anwendungsfälle sind jedoch selten,²⁷ sodass darin kein grundlegender Wandel zu sehen ist. Nicht gerechtfertigt ist meines Erachtens jedoch die reduzierte Frist für inkongruente Deckungen; eine Privilegierung ist hier gerade nicht verdient und berechtigt.²⁸ Die Entschärfung der Anfechtung bei kongruenten Deckungen ist hingegen wiederum beifallswert.²⁹

Für eine Zahlungsvereinbarung in der Zwangsvollstreckung (§ 802b Abs. 2 Satz 1 ZPO) besteht in der Tat ein besonders markantes und nahezu unlösbares Dilemma.³⁰ Einerseits ist die gütliche Erledigung als Ausfluss der Parteiherrschaft ein vorrangiges Ziel der Einzelzwangsvollstreckung. Andererseits besteht wegen § 133 Abs. 1 InsO gerade keine Insolvenzfestigkeit derartiger Ratenzahlungsvereinbarungen, sodass sich die sofortige und kompromisslose Zwangsvollstreckung als der bessere Weg erweisen kann.³¹ Hier möchte der neue § 133 Abs. 3 Satz 2 InsO eine Abhilfe schaffen und formuliert hierzu

24 Huber, ZInsO 2015, 2297, 2298; Ahrens, ZRP 2016, 5, 6 m.w.N.

25 BT-Drs. 18/7054, S. 13.

26 Hancke, NZI 2015, 345, 348; noch kritischer: Willemsen/Kühn, BB 2015, 1474, 1484.

27 Hacker, NZI 2017, 148, 149.

28 Kritisch auch Thole, ZIP 2017, 401, 403; Hacker, NZI 2017, 148, 149; Ahrens, ZRP 2016, 5, 7; Huber, ZInsO 2015, 713, 717.

29 Ausführlicher Blank/Blank, ZInsO 2015, 1705, 1710; Huber, ZInsO 2015, 713, 718 und ZInsO 2015, 2297, 2299; kritisch Seichter/Columbus/Mehring, jM 2015, 266, 268.

30 Würdinger, KTS 2015, 315, 334.

31 Huber, ZInsO 2015, 2297, 2302; Huber in: Gedächtnisschrift für Wolf, 2011, S. 443.

eine Vermutung, die mit der Lebenswirklichkeit nicht im Einklang steht und letztlich eine Fiktion darstellt.³² Näher an der Lebenswirklichkeit³³ ist der BGH mit seiner Rechtsprechung:³⁴ Die Bitte des Schuldners auf Abschluss einer Ratenzahlungsvereinbarung „als solche“ ist danach kein Indiz für eine Zahlungseinstellung oder -unfähigkeit des Schuldners, wenn sie sich im Rahmen der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs hält.³⁵ Unter welchen Voraussetzungen die Vermutung widerlegt werden kann, bleibt abzuwarten. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs kann der Insolvenzverwalter Umstände darlegen und beweisen, „die darauf schließen lassen, dass dem Anfechtungsgegner die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zum Zeitpunkt der angefochtenen Handlung doch bekannt war“.³⁶ Ob und inwieweit sich die Rechtsprechung grundlegend verändern wird, darf bezweifelt werden.

D. Das Bargeschäft (§ 142 InsO) und die Kodifizierung der BAG-Rechtsprechung

I. Reformanlass und Neuerungen

1. „Insolvenzrechtliche Lösung“ für das Problem der Insolvenzanfechtung bei Lohnzahlungen

Das Reformgesetz zur Insolvenzanfechtung zieht einen (vorläufigen)³⁷ Schlussstrich unter ein besonders pikantes Thema, das im Schnittbereich zwischen dem Insolvenz- und Arbeitsrecht liegt. Es geht um die Reichweite der Insolvenzanfechtung bei Lohnzahlungen in der Insolvenz des Arbeitgebers. In der Vergangenheit hatten sich die Fälle gemehrt, in denen Insolvenzverwalter auch gegenüber Arbeitnehmern Anfechtungsansprüche geltend machten.³⁸ Eine Rückgewährpflicht erscheint sozial hart und prima facie unangemessen, hat doch der Arbeitnehmer für diesen Lohn gearbeitet. Es handelt sich um kongruente Deckungen (§ 130 InsO), die bei einer zeitnahen Entlohnung das Bargeschäftsprivileg (§ 142 InsO) auslösen, sodass grds. auch kein Rückgewähranspruch des Insolvenzverwalters besteht. Nur bei einer rückständigen Entlohnung sowie unter den Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO) ergaben sich Schutzlücken, die zu sozialen Härten führen konnten.

Der Gesetzgeber kodifiziert nunmehr in § 142 Abs. 2 Satz 2 InsO die „insolvenzrechtliche Lösung“ des BAG, das ein Bargeschäft dann annimmt, wenn der Arbeitgeber in der Krise Arbeitsentgelt für Arbeitsleistungen zahlt, die der Arbeitnehmer in den vorhergehenden drei Monaten erbracht hat.³⁹ Diese Judikatur des VI. Senats des BAG entfernte sich von der BGH-Dogmatik zum Bargeschäft.⁴⁰ Die Kritik des IX. Zivilsenats blieb nicht aus: Die Rhetorik war an Schärfe kaum zu überbieten⁴¹ und gipfelte in dem Vorwurf einer verfassungswidrig unzulässigen Rechtsfortbildung.⁴² Dieser Streit der Senate hat sich nunmehr erledigt.

Dem Gesetzgeber geht es mit seiner „Streitentscheidung“ um Rechtssicherheit und eine gesetzliche Klarstellung. Nach § 142 Abs. 2 Satz 2 InsO ist der Leistungsaustausch im Rahmen von Arbeitsverträgen unmittelbar, „wenn der Zeitraum zwischen Arbeitsleistung und Gewährung des Arbeitsentgelts drei Monate nicht übersteigt“.⁴³ Dabei wird bei der Berechnung des Bargeschäftszeitraums bewusst nicht auf die Fälligkeit des Entgelts (siehe dazu § 614 BGB), sondern auf den Beginn der Arbeitsleistung abgestellt.⁴⁴

2. Weitere Änderungen

a. Unlauterkeit in § 142 Abs. 1 InsO

Die Legaldefinition des § 142 Abs. 1 InsO wurde zugunsten einer weitergehenden Insolvenzfestigkeit von Bargeschäften bei der Vorsatzanfechtung mit dem Tatbestandsmerkmal der „Unlauterkeit“ erweitert: Eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, ist nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 – 3 InsO gegeben sind und der andere Teil erkannt hat, dass der Schuldner unlauter handelte. Damit will der Gesetzgeber über die Grundsätze hinausgehen, die die Recht-

32 Kritisch etwa auch Huber, ZInsO 2017, 517, 521; Thole, ZIP 2017, 401, 402 f. und 410 („missraten“); Hacker, NZI 2017, 148, 149 („Fehlkonstruktion“); Berner, ZInsO 2015, 2457, 2468; Brinkmann/Jacoby/Thole, ZIP 2015, 2001; Maier, ZInsO 2015, 2262, 2265; Ahrens, ZRP 2016, 5, 6.

33 Für die Neuregelung Tischler, NJW 2015, 1960; K. Schmidt, ZIP 2015, 2104, 2105 schlägt etwa als Regelung vor: „Dass der andere Teil die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners kannte, wird nicht bereits dann (deshalb) vermutet, wenn (weil) er mit dem Schuldner eine Zahlungserleichterung vereinbart hat.“ Zu einem Alternativvorschlag siehe auch Huber, ZInsO 2015, 2297, 2303.

34 BGH, Beschl. v. 16.04.2015 - IX ZR 6/14 m.w.N.

35 BGH, Beschl. v. 16.04.2015 - IX ZR 6/14 Rn. 3 f.; zur praktischen Gestaltung: Iliou, ZInsO 2015, 640; Hancke, NZI 2015, 345.

36 BT-Drs. 18/7054, S. 18.

37 Zur Frage der Freistellung des Existenzminimums bei der Insolvenzanfechtung von Arbeitsentgeltzahlungen: Blank, NZA 2016, 1123.

38 Siehe dazu Brinkmann, ZRP 125 (2012), 197, 198.

39 BAG, Urt. v. 06.10.2011 - 6 AZR 262/10 Rn. 17 ff.; BAG, Urt. v. 29.01.2014 - 6 AZR 345/12 Rn. 49 ff.

40 BGH, Urt. v. 10.07.2014 - IX ZR 192/13 Rn. 24 (Bargeschäftsperiode von 30 Tagen nach der Fälligkeit des Lohns).

41 Würdinger in: Festschrift für Herberger, 2016, S. 1061, 1066 („ein Stück Justizgeschichte: BGH versus BAG“).

42 BGH, Urt. v. 10.07.2014 - IX ZR 192/13 Rn. 24; dazu Marotzke, JZ 2014, 1118; ausführlicher Blank, Insolvenzanfechtung gegenüber Arbeitnehmern, 2016, S. 3 ff.; Doeber, Die Insolvenzanfechtung von Lohnzahlungen, 2016, S. 157 ff. Gegen den Vorwurf der verfassungswidrigen Sozialromantik und Rechtsbeugung sowie zu einer Rechtfertigung der Arbeitnehmerschutzgesichtspunkte: Fischermeier, ZInsO 2015, 1237.

43 So bereits RefE, S. 12 (KTS 2015, 225, 236).

44 Anders de lege lata BGH, Urt. v. 10.07.2014 - IX ZR 192/13 Rn. 31 mit Rekurs auf die Fälligkeit des Lohnanspruchs.

sprechung für die Fallgruppe des fortführungsnotwendigen Bargeschäfts entwickelt hat.⁴⁵ Ein unlauteres Handeln liegt bei einer gezielten Benachteiligung von Gläubigern vor, wie sie etwa gegeben ist, wenn es dem Schuldner in erster Linie darauf ankommt, durch die Befriedigung des Leistungsempfängers andere Gläubiger zu schädigen.⁴⁶ „Unlauter handelt ein Schuldner bei Kenntnis der eigenen Zahlungsunfähigkeit auch, wenn er Vermögen für Leistungen verschleudert, die den Gläubigern unter keinem erdenklichen Gesichtspunkt nutzen können, wie dies etwa bei Ausgaben für flüchtige Luxusgüter der Fall ist. Auch das Abstoßen von Betriebsvermögen, das zur Aufrechterhaltung des Betriebs unverzichtbar ist, kann unlauter sein, wenn der Schuldner den vereinnahmten Gegenwert seinen Gläubigern entziehen will. Solange der Schuldner allerdings Geschäfte führt, die allgemein zur Fortführung des Geschäftsbetriebs erforderlich sind, fehlt es demgegenüber auch dann an der Unlauterkeit, wenn der Schuldner erkennt, dass die Betriebsfortführung verlustträchtig ist.“⁴⁷ Wegen dieser hohen Anforderungen dürfte bei Bargeschäften eine Anfechtung in den meisten Fällen ausgeschlossen sein.⁴⁸ Gegen eine derartige Regelung spricht, dass der unbestimmte Rechtsbegriff der Unlauterkeit keinesfalls zu mehr Rechtssicherheit beiträgt.⁴⁹

b. Definition der Unmittelbarkeit in § 142 Abs. 2 Satz 1 InsO

In § 142 Abs. 2 Satz 1 InsO wurde eine Legaldefinition eingefügt, die meines Erachtens nichts Neues und nur Klarstellendes bringt:⁵⁰ Der Austausch von Leistung und Gegenleistung ist unmittelbar, wenn er nach Art der ausgetauschten Leistungen und unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs in einem engen zeitlichen Zusammenhang erfolgt.

c. Drittzahlungen

Aufgenommen wurde am Ende in der Phase letzter Reformaktivitäten auf Anregung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz noch ein Anfechtungsschutz bei Drittzahlungen, wie sie im Arbeitsrecht gerade bei der Beschäftigung in konzernverbundenen Unternehmen immer wieder vorkommen.⁵¹ Nach § 142 Abs. 2 Satz 3 BGB steht der Gewährung des Arbeitsentgelts durch den Schuldner die Gewährung dieses Arbeitsentgelts durch einen Dritten nach § 267 BGB gleich, wenn für den Arbeitnehmer nicht erkennbar war, dass ein Dritter die Leistung bewirkt hat.

II. Bilanz und Kritik an der „insolvenzrechtlichen Lösung“

Die Praxis wird mit diesen Neuerungen leben können. Rechtsdogmatisch ist die „insolvenzrechtliche Lösung“ bei der Anfechtung von Lohnzahlungen aber nicht unproblema-

tisch, weil sie mit dem Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz kollidiert⁵² und Folgeprobleme bei der Abgrenzung und einer möglichen Erweiterung auf ebenso schützenswerte Personengruppen schafft.⁵³ Vorzugswürdig ist de lege ferenda eine „sozialrechtliche Lösung“, etwa durch die Schaffung eines neuen sozialrechtlichen Instruments eines „Insolvenzanfechtungsausfallgeldes“.⁵⁴ Ein echter Zugewinn an Rechtssicherheit wäre erreicht, wenn die Rechtswegspaltung,⁵⁵ die für Insolvenzanfechtungsklagen seit der Judikatur des Gemeinsamen Senats⁵⁶ besteht, überwunden würde. Eine Konzentration der Anfechtungsklagen bei den Zivilgerichten käme dann auch einer prozessualen Absicherung der Gläubigergleichbehandlung entgegen.⁵⁷

E. Verzinsung im Insolvenzanfechtungsrecht

I. Neuerung und abschließende Regelung für Zinsansprüche in § 143 Abs. 1 Satz 3 InsO

Nach dem neuen § 143 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 1 InsO ist eine Geldschuld nur zu verzinsen, wenn die Voraussetzungen des Schuldnerverzugs oder des § 291 BGB (Rechtshängigkeit) vorliegen. Halbsatz 2 hebt die abschließende Regelung, die bereits durch das Wort „nur“ signalisiert wird, expressis verbis wie folgt hervor: Ein darüber hinausgehen-

45 BT-Drs. 18/7054, S. 19.

46 BT-Drs. 18/7054, S. 19.

47 BT-Drs. 18/7054, S. 19.

48 Ahrens, ZRP 2016, 5, 9, mit Rekurs auf Verschiebungen des Normzwecks; Brinkmann/Jacoby/Thole, ZIP 2015, 2001; Dahl/Schmitz/Taras, ZInsO 2016, 20, 25; Berner, ZInsO 2015, 2457, 2469.

49 Siehe zudem Huber, ZInsO 2017, 517, 521: „systematisch verfehlt“.

50 Anders und kritisch Huber, ZInsO 2015, 2297, 2301; Hacker, NZI 2017, 148, 150 („Herausforderung für die Beratungspraxis“).

51 BT-Drs. 18/11199, S. 11; siehe dazu nach altem Recht einerseits noch BAG, Urt. v. 21.11.2013 - 6 AZR 159/12 und andererseits BAG, Urt. v. 22.10.2015 - 6 AZR 538/14.

52 Siehe de lege lata: Becker, DZWIR 2016, 1, mit der treffenden zweideutigen Frage „Arbeitnehmergehalt in der Krise?“, BGH, Urt. v. 10.07.2014 - IX ZR 192/13 Rn. 25: „Infolge der Beseitigung jeglicher Vorrechte einzelner Gläubiger durch die Insolvenzzordnung sind Arbeitnehmer und sonstige Gläubiger uneingeschränkt gleich zu behandeln ...“.

53 Ausführlicher zur Gefahr eines arbeitsrechtlichen Sonderinsolvenzanfechtungsrechts, zu einem „Hydra-Effekt“ und zum Analogieproblem: Würdinger, KTS 2015, 315, 327; kritisch auch Thole, ZIP 2017, 401, 409.

54 Dazu grundlegend Blank, Insolvenzanfechtung gegenüber Arbeitnehmern, 2016, S. 225 ff.; Blank, NZA 2016, 1123, 1127; Doebert, Die Insolvenzanfechtung von Lohnzahlungen, 2016, S. 332 ff.

55 Siehe etwa Kreft, ZIP 2013, 241, 242 („Verfassungswidrigkeit“).

56 GmS-OGB, Beschl. v. 27.09.2010 - GmS-OGB 1/09 Rn. 10 ff.

57 Kreft, ZIP 2013, 241, 242; Blank, Insolvenzanfechtung gegenüber Arbeitnehmern, 2016, S. 75; so ist es bereits de lege lata in Österreich: König, Die Anfechtung nach der IO, 5. Aufl. 2014, Rn. 18/2. Siehe dazu auch Ganter, NZI 2016, 153.

der Anspruch auf Herausgabe von Nutzungen eines erlangten Geldbetrags ist nunmehr ausgeschlossen.

Durch die Neuregelung soll der Anfechtungsgegner „besser vor einer übermäßigen Zinsbelastung geschützt werden“.⁵⁸ Zugleich sollen „die Fehlanreize zu einer verzögerten Geltendmachung von begründeten Anfechtungsansprüchen beseitigt werden“.⁵⁹

Nach alter Rechtslage haftete der Insolvenzschuldner durch die maßgebende Rechtsfolgenverweisung des § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO wie ein bösgläubiger Bereicherungsschuldner (§ 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4 BGB). Ein Anspruch auf Prozesszinsen bestand (mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens)⁶⁰ unabhängig davon, ob der Anfechtungsschuldner im Schuldnerverzug war (grds. fünf Prozentpunkte über dem Basiszinsatz, § 291, § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB). Durch das bloße Zuwarten konnten so Zinsvorteile generiert werden. Zinsansprüche kamen zudem unter dem Aspekt der Herausgabe von Nutzungen (§ 100 BGB) nach den Voraussetzungen des § 987 BGB in Betracht.

II. Kritische Analyse

Die Neuregelung ist im Ausgangspunkt begrüßenswert. Die Fehlsteuerungen im alten Recht wurden zu Recht vielfach kritisiert.⁶¹ Dabei wird aber übersehen, dass der punktuelle Eingriff des Gesetzgebers für die Zinsen durchaus einen dogmatischen Bruch hinterlässt.⁶² Schließlich sind Zinsen auch Nutzungen i.S.d. § 100 BGB. Die Sonderregelung für Zinsen bedarf einer besonderen Rechtfertigung. Insbesondere fehlt eine Begründung, weshalb ausschließlich Nutzungen bei Geldschulden in Form von Zinsen anders zu behandeln sind.⁶³ Erwägenswert ist es daher, ob die Nutzungsherausgabe im Insolvenzanfechtungsrecht generell neu zu regeln ist. Die Herausgabe von tatsächlich gezogenen Nutzungen und damit auch von erzielten Zinseinnahmen erscheint sachgerecht,⁶⁴ auch wenn die praktischen beweisrechtlichen Fragen bleiben. Zu überlegen ist ferner, ob man die schuldhaft nicht gezogenen Nutzungen bei § 143 Abs. 1 InsO nicht gänzlich ausklammern will. Im Übrigen ist eine Anknüpfung an die Voraussetzungen des Schuldnerverzugs sowie der Rechtshängigkeit (§ 291 BGB) für die Zinsansprüche im Insolvenzanfechtungsrecht beifallswert.

F. Anfechtungsgesetz

Für die Anfechtungstatbestände der §§ 130 – 132 InsO existieren außerhalb der Insolvenz keine Parallelvorschriften. Deshalb zählt man sie zu Recht zum besonderen Anfechtungsrecht, während die insolvenzunabhängigen Anfechtungsgründe (§§ 133 ff. InsO einerseits und §§ 3 ff. AnfG andererseits) demgegenüber das allgemeine Insolvenzanfechtungsrecht bilden.⁶⁵ Eine Veränderung des § 133

InsO musste daher parallel und synchron bei § 3 AnfG eine entsprechende Änderung erfahren. Auf der Rechtsfolgenreise wurden die Zinsansprüche entsprechend § 143 Abs. 1 InsO bei § 11 Abs. 1 AnfG geregelt.

G. Stärkung des Gläubigerantragsrechts (§ 14 Abs. 1 Satz 2 InsO)

Im Anfechtungsrecht brachte die Reform – wie gesehen – einen deutlichen Zuwachs des Gesetzestextes. Anders verhält es sich bei der Neufassung des § 14 InsO. Hier kam es zu einer Streichung und Reduzierung des Normtextes. Nach der alten Rechtslage wurde der Antrag eines Gläubigers auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nicht allein dadurch unzulässig, dass die Forderung erfüllt wird, wenn in einem Zeitraum von zwei Jahren vor der Antragstellung bereits ein Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners gestellt worden war (§ 14 Abs. 1 Satz 2 InsO a.F.). In diesem Fall hatte der Gläubiger auch die vorherige Antragstellung glaubhaft zu machen (§ 14 Abs. 1 Satz 3 InsO a.F.).

Das Erfordernis eines Erst- oder Vorantrags ist nun entfallen, sodass Satz 3 gestrichen und Satz 2 wie folgt vereinfacht wurde: „Der Antrag wird nicht allein dadurch unzulässig, dass die Forderung erfüllt wird.“ Möglichst frühzeitig soll somit die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners abgeklärt werden, „damit insolvente Unternehmen nicht zum Schaden späterer Anfechtungsgegner weiter wirtschaften können“.⁶⁶ Dies verbessert insbesondere die Möglichkeit der Sozialversicherungsträger, auf eine frühzeitige Sachaufklärung hinzuwirken.⁶⁷

H. Bilanz und Ausblick

Das Insolvenzrecht ist und bleibt eine Reparaturwerkstatt der besonderen Art. Es befindet sich in einem rasanten und

58 BT-Drs. 18/7054, S. 14.

59 BT-Drs. 18/7054, S. 14.

60 Gottwald/Huber, Insolvenzrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2015, § 52 Rn. 15.

61 Kayser, ZIP 2014, 1966, 1967; Gravenbrucher Kreis, ZInsO 2014, 1704, 1706.

62 Siehe zu diesen Überlegungen bereits Würdinger, KTS 2015, 315, 335 f.

63 Ebenso gegen eine Spaltung des Nutzungsbegriffs: Blank/Blank, ZInsO 2015, 1705, 1715.

64 Siehe auch Dahl/Linnenbrink/Schmitz, NZI 2015, 441, 446, die auf eine Unvereinbarkeit „mit dem verfahrenseigenen Hauptzweck einer optimalen gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung“ eingehen.

65 Zur Systematisierung ausführlicher Würdinger, Insolvenzanfechtung im bargeldlosen Zahlungsverkehr, 2012, S. 30 ff.

66 BT-Drs. 18/7054, S. 14.

67 BT-Drs. 18/7054, S. 14. Zu den strengen Voraussetzungen an ein rechtliches Interesse bei Erfüllung der Forderung nach Antragstellung: BGH, Beschl. v. 18.12.2014 - IX ZB 34/14 Rn. 13; kritisch etwa Thole, ZIP 2017, 401, 402.

interessanten Entwicklungs- und Veränderungsprozess. Dies manifestieren die jüngsten Reformen, wie das „Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen“ (ESUG) aus dem Jahr 2012,⁶⁸ das „Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte“ aus dem Jahr 2014⁶⁹ und das „Gesetz zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen“ aus dem Jahr 2017,⁷⁰ sowie die Veränderungen der Europäischen Insolvenzverordnung (EuInsVO)⁷¹ und die Diskussion um den Richtlinienvorschlag der EU-Kommission vom 22.11.2016 zur Einführung eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens und zur Vereinheitlichung der Regelungen zur Entschuldung von Unternehmern.⁷²

Zu den wichtigen Vorhaben und Initiativen der laufenden Legislaturperiode gehörte auch die Reform des Insolvenzanfechtungsrechts. Am Ende kam es zu keinem Paradigmenwechsel bei den Zwangsdeckungen. Ein Fiskusprivileg wurde nicht eingeführt. Grundlegend neu und anders ist durch die Reform eigentlich nur die Justierung der Zinsansprüche im Insolvenzanfechtungsrecht geworden. Im Übrigen sind die Veränderungen überschaubar.⁷³ Bei der Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO) führen sie zu einem maßvollen, aber doch nicht zu einem fundamentalen Zurückschneiden des Anwendungsbereichs. Insbesondere bei den Zahlungsvereinbarungen und sonstigen Zahlungserleichterungen bringt die dogmatisch verfehltete Vermutungsregelung allenfalls eine Signalwirkung für die Instanzgerichte, aber in der Sache doch keinen Paradigmenwechsel. Beim Bargeschäft wurde vor allem für die Insolvenzanfechtung von Lohnzahlungen die Rechtsprechung des BAG kodifiziert und durch einen Federstrich des Gesetzgebers der bemerkenswerte Kampf und Streit zwischen dem BGH und dem BAG beendet. Ein soziales Problem wurde insolvenzrechtlich gelöst. Überzeugender wäre meines Erachtens eine „sozialrechtliche Lösung“ gewesen. Am Ende bleibt ein wenig Ernüchterung und das Resümee: Keine grundlegende Reform und kein großer Wurf!⁷⁴

68 Gesetz vom 07.12.2011 (BGBl. I 2011, 2582, 2800).

69 Gesetz vom 15.07.2013 (BGBl. I, 2379).

70 Gesetz vom 13.04.2017 (BGBl. I, 866).

71 Verordnung (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.05.2015 über Insolvenzverfahren, L 141/19.

72 COM(2016) 723.

73 BT-Drs. 18/7054, S. 1 („punktuell neu justiert“).

74 Vorausschauend lässt sich konstatieren: Nach der Reform ist vor der Reform! In diesem Sinne fragend: Huber, ZInsO 2017, 517, 521.

Eigenbedarfskündigung durch GbR auch bei Verletzung der Anbietspflicht einer vergleichbaren Wohnung wirksam?

BGH, Urt. v. 14.12.2016 - VIII ZR 232/15

RA Dr. Gero Schneider, M.C.L.

A. Problemstellung

Der BGH hatte sich in der hier besprochenen Entscheidung zum einen mit der Frage zu beschäftigen, ob sich eine GbR, in entsprechender Anwendung des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB auf den Eigenbedarf eines ihrer Gesellschafter oder dessen Angehörigen berufen kann. Zum anderen ging es um die weitergehende Problematik, ob die Verletzung der Anbietspflicht einer Alternativwohnung zur Folge hat, dass die ggf. berechtigt ausgesprochene Eigenbedarfskündigung nachträglich rechtsmissbräuchlich und damit unwirksam wird.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Beklagten mieteten mit Vertrag vom 24.02.1985 von der Rechtsvorgängerin der Klägerin eine 166 qm große Fünfstückerwohnung in einem Mehrfamilienhaus in München. Die Miete beläuft sich zwischenzeitlich auf 1.374,12 € monatlich. Die Klägerin, derzeitige Vermieterin der Wohnung, ist eine im Jahr 1991 gegründete, aus vier Mitgliedern bestehende GbR, die das Anwesen noch im selben Jahr erworben hat.

Zweck der Gesellschaft sind nach § 2 des Gesellschaftsvertrags einerseits die Instandsetzung, die Modernisierung und der Ausbau des Anwesens und zum anderen seine Vermietung sowie nach Möglichkeit die Aufteilung in Wohnungseigentum. Ab dem Jahr 1994 begann die Klägerin mit der Sanierung des Anwesens. Dieses wurde in Wohnungseigentum aufgeteilt. Ein Teil der Wohnungen wurde verkauft, der Rest verblieb im Eigentum der Klägerin. Die Wohnung der Beklagten ist als einzige noch nicht saniert.

Mit Schreiben vom 30.09.2013 kündigte die Klägerin das Mietverhältnis mit den Beklagten zum 03.06.2014 mit der Begründung, die Tochter eines ihrer (Gründungs-)Gesellschafter benötige die Wohnung für sich und ihre Familie. Die Beklagten haben der Kündigung widersprochen.

Das Amtsgericht hat die auf Räumung und Herausgabe der Fünfstückerwohnung gerichtete Klage mit der Begründung abgewiesen, die ausgesprochene Eigenbedarfs-

kündigung sei im Hinblick darauf rechtsmissbräuchlich, dass es die Klägerin unterlassen habe, den Beklagten die Anmietung einer im Erdgeschoss desselben Anwesens gelegenen, seit April 2014 leer stehenden Zweizimmerwohnung mit einer Fläche von 76 qm anzubieten. Die Berufung der Klägerin ist vor dem Landgericht ohne Erfolg geblieben. Das Landgericht hat die Auffassung vertreten, der Eigenbedarf eines Gesellschafters berechtere eine GbR nicht zu einer Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses.

Auf die Revision der Klägerin hob der BGH die Entscheidung des Landgerichts auf und verwies die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück.

In Fortsetzung seiner bisherigen Rechtsprechung führte der BGH zunächst aus, dass eine teilrechtsfähige (Außen-)GbR sich in entsprechender Anwendung des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB auf den Eigenbedarf eines ihrer Gesellschafter oder dessen Angehörigen berufen könne. Der wegen Eigenbedarfs kündigende Vermieter habe ferner im Rahmen seiner vertraglichen Rücksichtnahmepflicht dem Mieter eine andere, ihm während der Kündigungsfrist zur Verfügung stehende vergleichbare Wohnung zur Anmietung anzubieten, sofern sich diese im selben Haus oder in derselben Wohnanlage befindet. Unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung hält der BGH jedoch fest, dass die Verletzung dieser Anbieterpflicht nicht zur Folge habe, dass die berechtigt ausgesprochene Eigenbedarfskündigung nachträglich rechtsmissbräuchlich und damit unwirksam wird. Sie ziehe lediglich einen Anspruch auf Schadensersatz in Geld nach sich.

C. Kontext der Entscheidung

Die Eigenbedarfskündigung des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB stellt ein zentrales Recht des Vermieters auf Rückerlangung des Besitzes in seinem Eigentum stehenden Wohnraums dar. Mit seiner Entscheidung stellt der BGH erneut klar, dass es für die Begründung von Eigenbedarf ausreichend ist, wenn ein Gesellschafter einer GbR bzw. ein Angehöriger eines Gesellschafters die Wohnung für eigene Zwecke nutzen möchte. Der VIII. Zivilsenat bestätigt damit seine bisherige Rechtsprechung. Mit der zweiten maßgeblichen Aussage der Entscheidung geht der BGH aber noch einen Schritt weiter und stellt klar, dass die Verletzung der Anbieterpflicht alternativen Wohnraums, die ebenfalls höchstrichterlich anerkannt ist, nicht die Unwirksamkeit der Kündigung zur Folge hat, sondern lediglich Schadensersatzansprüche nach sich ziehen kann. Insoweit gibt der BGH seine bisherige Rechtsprechung auf und verändert die Rechtsfolgen der

vorgenannten Pflichtverletzung signifikant zulasten von Mietern.

D. Auswirkungen für die Praxis

Insbesondere in Ballungsgebieten ist Wohnraum knapp. Der Gesetzgeber hat daher in dieser Legislaturperiode einige Maßnahmen ergriffen, die Wohnraum erhalten und bezahlbar machen sollen und das Ziel hatten, Mieterrechte zu stärken. Beispielhaft sei hier die sog. Mietpreisbremse genannt. Der BGH stärkt nunmehr im Gegensatz dazu Vermieterrechte, indem er insbesondere an die Verletzung der Anbieterpflicht alternativen Wohnraums nicht mehr die Rechtsfolge der Unwirksamkeit einer Eigenbedarfskündigung knüpft. Diese Anknüpfung hat jedoch nur dann zu erfolgen, wenn die Rechtsmissbräuchlichkeit nicht dem Anspruch der Eigenbedarfskündigung, sondern ausschließlich der unterlassenen Anbieterpflicht anhaftet. Daher werden Vermieter auch weiterhin nicht schutzwürdig im Hinblick auf die Durchsetzung einer ausgesprochenen Eigenbedarfskündigung sein, wenn der von dem Vermieter geltend gemachte Wohnbedarf weit überhöht ist, die Wohnung seine Nutzungswünsche überhaupt nicht erfüllen kann oder sein Wohnbedarf in einer anderen, ihm gehörenden und frei gewordenen Wohnung ohne wesentliche Abstriche befriedigt werden kann. Für Vermieter von Wohnraum (einschließlich GbRs als Vermieter) bleiben auch zukünftig die Hürden für den Nachweis von Eigenbedarf in bisherigem Umfang bestehen. Lediglich bei einer Verletzung der Anbieterpflicht alternativen Wohnraums treten auf der Rechtsfolgenseite in der Weise Erleichterungen für Vermieter ein, dass der Wohnraum frei wird und lediglich ein Schadensersatzrisiko verbleibt.

E. Bewertung

Die Bestätigung der Rechtsprechung zu den Möglichkeiten der Eigenbedarfskündigung durch eine GbR gem. § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB ist konsequent, nachvollziehbar und zutreffend. Ferner verschiebt die Entscheidung des BGH die Grenzen der Möglichkeiten der Rückerlangung von im Eigentum des Vermieters stehenden Wohnraums, indem der Mieter bei einer Verletzung der Anbieterpflicht alternativen Wohnraums auf Schadensersatzansprüche verwiesen ist; dies zumindest dann, wenn nicht die Eigenbedarfskündigung an sich rechtsmissbräuchlich ist. Durch die Klarstellung, es handle sich bei der Anbieterpflicht um eine aus der (berechtigten) Eigenbedarfskündigung entstehende Nebenpflicht, verweist der BGH den Mieter dogmatisch zutreffend bei einer Verletzung dieser Nebenpflicht allenfalls noch auf Sekundäransprüche.

Reichweite der Minderung bei Reismängeln *de lege lata und ferenda*

BGH, Urt. v. 06.12.2016 - X ZR 117/15

Prof. Dr. Ansgar Staudinger und Jelisaweta Verbizkaja*

A. Problemstellung

Im Revisionsverfahren befasste sich der erkennende X. Zivilsenat mit der Frage, ob ein im Rahmen einer Pauschalreise durchgeführter Bustransfer, welcher zur Verletzung von Kunden durch einen Verkehrsunfall führte, laut § 651c Abs. 1 BGB mangelbehaftet ist und kraft § 651d Abs. 1 Satz 1 BGB eine Minderung auslöst, welche nach Maßgabe von § 638 Abs. 4 BGB die Erstattung des vollständigen Reisepreises rechtfertigen kann. Die Besonderheit des Ausgangssachverhalts bestand darin, dass den Reiseveranstalter an dem Unfall kein Eigen- und ebenso wenig ein zurechenbares Fremdverschulden traf, da ihn ein „Geisterfahrer“ verursacht hatte. Im Nachgang werden die Begründung sowie das Ergebnis des BGH einer kritischen Würdigung unterzogen. Dies gilt insbesondere in Bezug auf die Argumentation der Revisionsinstanz, die Kunden hätten sich beim Transfer im Bus in der „Obhut“ des Veranstalters befunden, überdies bestehe selbst bei einem Verkehrsunfall mit einem „Geisterfahrer“ und den daraus resultierenden Gesundheitsschäden ein „innerer Zusammenhang“ mit der Transportpflicht. Abschließend erfolgt ein Blick in die Gesetzgebungswerkstatt auf europäischer und nationaler Ebene. So soll ausgelotet werden, ob und inwieweit sich die Aussagen des erkennenden Zivilsenats auf die ab dem Sommer 2018 geltenden Umsetzungsvorschriften¹ zur neuen Pauschalreiseleitlinie² übertragen lassen.

B. Inhalt des Revisionsurteils

I. Sachverhalt und Verfahrensgang

Die Klägerin (K) buchte bei dem Reiseunternehmen für sich und ihren Ehemann eine Pauschalreise in die Türkei. Inbegriffen war der Transfer vom Flughafen zum Hotel. Dabei ereignete sich ein Verkehrsunfall, welcher durch ein entgegenkommendes Fahrzeug verursacht wurde. Die Klägerin und ihr Ehemann erlitten Verletzungen, aufgrund derer der Ehemann intensivmedizinisch behandelt werden musste. K stand ihm dort täglich bei, obschon sie selbst 24 Stunden nach dem Ereignis das Krankenhaus verlassen und im Hotel Leistungen bis zum Rücktransport ihres Ehemannes in Anspruch nehmen konnte. Sodann erhob K Klage gegen den Veranstalter und forderte Rückzahlung des gesamten Reisepreises gem. § 651d Abs. 1 Satz 1 und 2, § 638 Abs. 4

BGB. Das AG Neuss³ befand, dass ein Reismangel vorlag und sprach K die Rückerstattung zu.

Das LG Düsseldorf⁴ gab demgegenüber der Berufung des Reiseunternehmens statt und wies die Klage insgesamt ab. Zwar schulde der Veranstalter bestimmte Leistungen und habe gleichermaßen für ihr Gelingen einzustehen. Er dürfe jedoch nicht einer uferlosen Erfolgshaftung unterworfen werden, sodass es unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks einer Begrenzung der Gewährleistung bedürfe. Das Gericht nahm insofern die Verwirklichung eines allgemeinen Lebensrisikos bei der Kollision mit einem „Geisterfahrer“ an. Es liege gerade keine reisespezifische Gefährdung vor. Die Tatsache, dass die Kunden sich in der „physischen Obhut“ des Veranstalters befunden hätten, sei vorliegend nicht von Bedeutung, es fehle am inneren Schutzzweckzusammenhang. Die Berufungsinstanz gelangte damit zu dem Schluss, dass der Veranstalter die Reiseleistungen mangelfrei erbracht habe. Daraufhin legte K Revision ein.

II. Entscheidungsgründe

Der BGH schloss sich dieser Einschätzung nicht an. Seiner Auffassung nach trägt der Reiseveranstalter vielmehr mit Blick auf § 651c Abs. 1 BGB im Grundsatz die Gefahr für das Gelingen der Reise und hat verschuldensunabhängig für den Erfolg sowie die Fehlerfreiheit sämtlicher Komponenten einzustehen.⁵ Nach Ansicht des X. Zivilsenats musste demzufolge die Beförderung vom Flughafen zum Hotel als Teilreiseleistung ebenfalls die nach der Verkehrsanschauung zu erwartende gewöhnliche Beschaffenheit aufweisen. Diese erschöpfte sich – so die Revisionsinstanz – jedoch nicht darin, ein verkehrssicheres Transportmittel einzusetzen sowie den Transport durch ausgebildete und geeignete Personen durchführen zu lassen. Der Kunde dürfe im Rahmen der Beschaffenheit vielmehr ebenso erwarten, die Hotelanlage körperlich unversehrt zu erreichen. Dies war offensichtlich nicht der Fall.

Eine Begrenzung durch das allgemeine Lebensrisiko,⁶ wie es das LG Düsseldorf annahm, lehnte der BGH in der kon-

* Der Autor Staudinger ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privat-, Verfahrens- und Wirtschaftsrecht an der Universität Bielefeld. Die Autorin Verbizkaja ist studentische Hilfskraft an dem Lehrstuhl.

1 BR-Drs. 652/16.

2 Richtlinie (EU) 2015/2302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2015 Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen, zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 90/314/EWG des Rates, ABl. (EU) vom 11.12.2015 Nr. L 326, S. 1.

3 AG Neuss, Urt. v. 17.02.2015 - 75 C 3139/14.

4 LG Düsseldorf, Urt. v. 09.10.2015 - 22 S 89/15.

5 BGH, Urt. v. 23.09.1982 - VII ZR 301/81.

6 Staudinger/Staudinger, Reisevertragsrecht, Neubearbeitung 2016, § 651c Rn. 56 f., § 651d Rn. 1.

kreten Fallgestaltung ab. Eine abweichende Beurteilung könne dann geboten sein, wenn Umstände ausschließlich in der Sphäre des Kunden angesiedelt seien oder sich Risiken verwirklichten, welche der Kunde gleichermaßen im Alltag zu tragen habe. Zur Untermauerung seiner Argumentation zieht der X. Zivilsenat die im Schadensersatzrecht anerkannte Lehre vom Schutzzweck der Norm samt der ihr eigenen wertenden Betrachtung des Einzelfalls als Vergleichsmaßstab heran, um die reisevertragliche Gewährleistung in ähnlicher Weise zu begrenzen. Sofern kein Zurechnungszusammenhang zu einem Pflichtverstoß des Veranstalters oder ansonsten zu einem haftungsbegründenden Vorfall bestehe, müsse der Kunde das allgemeine Lebensrisiko tragen. Dies sei bspw. dann der Fall, wenn er außerhalb der Inanspruchnahme von Reiseleistungen vor Ort verunfalle, erkrankte oder dort Opfer einer Straftat werde bzw. aus Gründen, die in seiner eigenen Person wurzeln, weitere solcher Komponenten nicht nutzen könne.

Nach Auffassung der Revisionsinstanz befanden sich die Reisenden im Anlassstreit jedoch in der „Obhut“ des Veranstalters, sodass deren Körper- und Gesundheitsschäden letztlich auch im „inneren Zusammenhang“ mit der Transportpflicht des Veranstalters standen. Zwar sei nicht von der Hand zu weisen, dass die Gefahr, durch Kollision mit einem Geisterfahrer zu verunfallen, zum allgemeinen Lebensrisiko eines jeden Teilnehmers am Straßenverkehr zähle. Durch das Versprechen des Veranstalters, ebenso den Transport zur Hotelanlage als Reiseleistung mangelfrei zu erbringen, treffe ihn allerdings im Lichte des allgemeinen Prinzips aus dem Leistungsstörungenrecht in § 326 BGB wie auch sonst die Preisgefahr. Der BGH verweist im Fortgang darauf, dass § 651d Abs. 1 BGB bei einem besonders schweren Mangel wie im Fall gravierender Verletzungen nicht nur zu einer Minderung führe, welche auf den anteiligen Reisepreis für die Dauer des Unfalltags beschränkt werden dürfe. So sei der Nutzen der Pauschalreise für den Ehemann vollkommen verfehlt, da er im Krankenhaus intensivmedizinisch behandelt und unmittelbar danach ins Heimatland transportiert wurde, ohne irgendwelche Reiseleistungen in Anspruch nehmen zu können. Angesichts der Tatsache, dass K täglich ihrem Ehemann im Krankenhaus Beistand leistete, habe sich der mit der Reise verbundene Erholungserfolg allerdings auch bei ihr nicht eingestellt. Vielmehr sei ebenso für K selbst⁷ der Zweck der Pauschalreise vereitelt worden. Daher treffe den Veranstalter der K gegenüber aus § 651d Abs. 1 Satz 2, § 638 Abs. 4 BGB die Pflicht, den Reisepreis vollständig zurückzuzahlen.

C. Bewertung

Die Entscheidung des X. Zivilsenats mag für den konkreten Ausgangssachverhalt im Ergebnis zu überzeugen, das Argumentationsmuster dürfte aber in anderen Fallkonstellationen

Zweifelsfragen und Abgrenzungsschwierigkeiten hervorgerufen. Sicherlich zählte die Transportpflicht im Anlassstreit zum „Rundum-Sorglos-Paket“ und schuldete der Veranstalter nach § 651c Abs. 1 BGB die Mangelfreiheit, welche bei Körper- und Gesundheitsschäden von Kunden offenkundig verfehlt wird, sofern jene im Zuge der Inanspruchnahme der Transportleistung entstehen. Zur Klarstellung: Den Veranstalter traf mit Blick auf das Transportmittel und den Leistungsträger bzw. Erfüllungsgehilfen kein eigenes oder zuzurechnendes Verschulden. So bot der Bus die nötige Verkehrssicherheit und der Busfahrer beging keinen Sorgfaltsverstoß. Dieses hätte unweigerlich dazu geführt, dass der Veranstalter sogar den Ersatz materieller und immaterieller (Mangelfolge-)Schäden (Behandlungskosten, Schmerzensgeld, entgangene Urlaubsfreude) geschuldet hätte. Da allein der „Geisterfahrer“ den Unfall verursachte, konnte sich der Veranstalter hinsichtlich des von § 651f Abs. 1 BGB vermuteten Verschuldens exkulpieren. Es ging mithin allein um die verschuldensunabhängige Minderung nach § 651d Abs. 1 Satz 1 BGB. Dabei darf nicht aus dem Blick geraten, dass sicherlich die vollständige Rückzahlung nach § 651d Abs. 1 Satz 1, 2 BGB i.V.m. § 638 Abs. 4 BGB überzeugt, da nicht nur bei dem Ehemann, sondern auch der K der Zweck der Pauschalreise vollkommen verfehlt wurde. Verneint man nun eine derartige Rückforderung gegenüber dem Veranstalter nach deutschem Recht, der auch vor der hiesigen Justiz durchgesetzt werden kann, wäre den Geschädigten nur noch der dornige Weg eines Prozesses gegen den „Geisterfahrer“ respektive die gegnerische Haftpflichtversicherung verblieben, sofern der Täter zu ermitteln gewesen wäre und überhaupt eine derartige Haftpflichtversicherung hätte unmittelbar in Anspruch genommen werden können. Selbst dann aber hätte ein Gerichtsverfahren in der Türkei nach dem dortigen Delikts- und Versicherungsrecht gedroht. Dies sind sicherlich keine leitenden Gesichtspunkte und auch der BGH geht in seiner Begründung hierauf nicht ein. Indes darf man auch die Augen vor diesen wirtschaftlichen Konsequenzen nicht verschließen. Vielmehr muss methodisch anhand von Sinnbestimmungsmitteln wie dem Wortlaut bis hin zur Teleologie die Reichweite der Minderung in § 651d Abs. 1 BGB ausgelotet werden. Insofern vermag der Ansatz, die Lehre vom Schutzzweck der Norm als Vergleichsmaßstab heranzuziehen, zu überzeugen, auch wenn § 651f und § 651d BGB grundverschieden sind. Auch der Grundgedanke von § 326 BGB lässt sich zur Abrundung ins Feld führen. Letztlich geht es um die simple Frage, ob das, was eigentlich zum allgemeinen Lebensrisiko zählt, anders zu bewerten ist, weil sich der Kunde in der „Obhut“ eines Veranstalters befindet, den eine

⁷ Zum Anspruch des geschädigten Ehemannes siehe das Parallelverfahren vor dem BGH, Urt. v. 06.12.2017 - X ZR 118/15.

Einstandspflicht trifft, den Transport mangelfrei durchzuführen. Dies ist über den Anlassstreit hinaus sicherlich auch dann zu bejahen, wenn sich der tragische Unfall mit dem Geisterfahrer beim Bustransfer vom Hotel aus auf dem Weg zum Flughafen ereignet, mithin am Ende des Urlaubs.

Eingehender Prüfung bedarf dann jedoch, inwieweit die Minderung reicht. Der erkennende Zivilsenat zitiert in der aktuellen Entscheidung sein Urteil zum „Beinaheabsturz“ vom 15.7.2008 (X ZR 93/07) und hält hieran offensichtlich fest. In dem damaligen Revisionsverfahren vertrat der BGH die zutreffende Ansicht, das Nahtoderlebnis könne einen derart schwerwiegenden Mangel der Transportleistung begründen, dass bei einer Erholungsreise der Erholungszweck gänzlich entfallen oder überlagert worden sei. Dies mag zu einer Minderung nach Maßgabe des § 651d BGB führen, welche auch dann nicht auf den anteiligen Reisepreis für die Dauer des Ereignisses beschränkt bleibt. Allerdings muss der Grad der Verletzung der Insassen in die Betrachtung einfließen, so dass eine Differenzierung bei den unfallgeschädigten Kunden angezeigt ist. Abzuwarten bleibt, ob die vorliegende Entscheidung zu einer Verschärfung der Einstandspflicht führt, sofern man das Begründungsmuster auf andere Fallgestaltungen überträgt. Steht der Kunde etwa am Buffet in der Clubanlage an und infiziert sich mit einem Virus durch einen Mitreisenden, ist jener sicherlich in der „Obhut“ und nimmt auch eine Reiseleistung, nämlich die Verpflegung, in Anspruch. Überdies ergibt sich der Befund, dass ein „Geisterfahrer“ in keinerlei Beziehung zum Veranstalter steht, jedoch Abweichendes im Verhältnis zwischen Veranstalter und schädigendem Mitreisenden gilt. Allerdings dürfte es am „inneren Zusammenhang“ fehlen, da sich keine spezifische Gefahr verwirklicht, die etwa von verunreinigten oder infizierten Speisen ausgeht. Zweifelsfälle dürften sich im Lichte dieser Entscheidung aber bei Verunreinigungen des Meeres⁸ ergeben, welche durch Dritte ausgelöst werden und beim Kunden zu Gesundheitsbeeinträchtigungen führen.

Wann befindet sich der Reisende noch in der „Obhut“ des Veranstalters und wie weit reicht der Gedanke des inneren Zusammenhangs bei der Inanspruchnahme einer Leistung? Bewirbt der Veranstalter seine Clubanlage gerade mit einem eingezäunten hoteleigenen Strandabschnitt und beaufsichtigtem Areal zum Schwimmen im offenen Meer, mag sich im Einzelfall eine Erkrankung als Mangel i.S.d. § 651c Abs. 1 BGB erweisen, mit der Folge, dass die Minderung laut § 651d Abs. 1 BGB als Sanktion eingreift.

Dass letztlich eine Einzelfallbetrachtung unerlässlich bleibt, zeigt der Fall eines organisierten Landgangs bzw. Ausfluges im Zuge einer Kreuzfahrt als Pauschalreise. Befinden sich Kunden noch in der „Obhut“, wenn sie die Ausflugsleistung des Veranstalters in Anspruch nehmen und bei einer Ausfahrt mit einem Geländewagen, in einer Kutsche, bei einer geleite-

ten Fahrradtour oder als Fußgänger von einem „Geisterfahrer“ geschädigt werden? Offen ist gleichermaßen eine weitere Ausstrahlungswirkung der BGH-Entscheidung: So dürfte es streng genommen keinen Unterschied machen, ob der Kunde im Bus geschädigt wird, der Transport nur einen Ausschnitt des Gesamtpaktes der Pauschalreise bildet und § 651c sowie § 651d Abs. 1 BGB eingreifen oder die Busbeförderung die einzige Hauptleistung eines Werkvertrages darstellt und diese maßgeblich nach § 633 und § 638 BGB zu beurteilen ist.

D. Ausblick

Schließlich stellt sich die Frage nach der Halbwertszeit des Urteils aus Karlsruhe. In Abkehr von der früheren Ausgangslage ist die 2. Pauschalreiserichtlinie vollharmonisierend⁹ ausgestaltet und schreibt binnenmarktweit das Modell der verschuldensunabhängigen Minderung bei einem Reisemangel fest. Vom Stichtag des 01.07.2018 an müssen die Mitgliedstaaten ihre Umsetzungsvorschriften heranziehen. Nach dem derzeitigen Stand des Regierungsentwurfs ergibt sich dann aus § 651i BGB-E, ob ein Reisemangel vorliegt und wenn ja, ob und inwieweit dies nach § 651m BGB-E eine Minderung rechtfertigt. Zu beachten bleibt allerdings der zukünftig geltende europarechtliche Referenzrahmen, der zugleich den Mindest- wie Maximalstandard der Gewährleistung vorgibt. So nennt der Unionsgesetzgeber in Art. 3 Nr. 13 der Nachfolgerichtlinie die Kategorie der „Vertragswidrigkeit“. Hierunter fallen sowohl die Nichterbringung als auch das mangelhafte Erbringen einer Reiseleistung. Art. 14 Abs. 1 der neuen Pauschalreiserichtlinie wiederum legt fest, dass bei einem Reisemangel eine Minderung in Betracht kommt, es sei denn, der Veranstalter weist nach, dass die Vertragswidrigkeit und mithin Umstände bzw. Beeinträchtigungen ihren Grund (ausschließlich) in der Person des Reisenden haben.

Der Regierungsentwurf bildet diese Einschränkung nicht im Haupttext von § 651m BGB-E ab. In der Begründung findet sich allerdings ein Hinweis auf Art. 14 Abs. 1 des Sekundärrechtsakts sowie den Ausschluss solcher Vorkommnisse aus dem Mangelbegriff. In der neuen Pauschalreiserichtlinie fehlt jedoch das allgemeine Lebensrisiko als Abgrenzungskriterium. Sofern demnach ein Pauschalreisevertrag nach dem 01.07.2018 zustande kommt und sich erneut ein Unfall mit einem „Geisterfahrer“ im Zug des Transfers ereignet oder Fäkalien im Meer zu Gesundheitsschäden von Kunden führen, ist nach Art. 267 AEUV jedem Gericht die Vorlage an den Ge-

8 Dazu auch schon der „Kläranlagen-Fall“: LG Köln, Urt. v. 24.08.2015 - 2 O 56/15 mit Anmerkung Staudinger, RRa 2016, 2.

9 Vgl. Art. 4 der Richtlinie.

richtshof bei einer offenen und entscheidungserheblichen Frage zur 2. Pauschalreiserichtlinie eröffnet. Eine in concreto letzte Instanz trifft insoweit sogar eine Vorlagepflicht. Unter solchen Voraussetzungen wäre der BGH zukünftig womöglich gezwungen, den Gerichtshof um Vorabentscheidung zur Reichweite des europäischen Begriffs der Vertragswidrigkeit und der Minderung für den Fall zu bitten, dass der Mangel weder dem Kunden noch dem Veranstalter zuzurechnen ist. Allein vom Wortlaut des Art. 14 Abs. 1, von der Systematik her, wonach Ausnahmen eng auszulegen sind, im Lichte des Zusammenspiels von Art. 14 Abs. 1, 2 und 3 sowie in Anbetracht von Sinn und Zweck des Kundenschutzes spricht vieles dafür, dass die Entscheidung des X. Zivilsenats im Einklang mit der neuen Pauschalreiserichtlinie sowie den zukünftigen Transformationsvorschriften stehen dürfte.

Regress einer Verbandsstrafe beim Pyrotechnik zündenden Stadionbesucher BGH, Urt. v. 22.09.2016 - VII ZR 14/16

RA Dr. Axel von Walter und RA Dr. Sebastian Kober

A. Problemstellung

Gewalttätiges Fanverhalten, Sicherheitsstörungen und insbesondere das unkontrollierte Zünden pyrotechnischer Gegenstände inmitten voll besetzter Zuschauerränge gehören bedauerlicherweise seit Jahren zum Stadionalltag in den höchsten deutschen Fußballligen.¹ Clubs, Verbände, Politik und Polizei versuchen auf unterschiedliche Weise, diese Situation in den Griff zu bekommen.²

Eine beachtliche Maßnahme ergibt sich dabei aus dem 9-Punkte-Papier zur Verfolgung und Ahndung von Zuschauerfehlverhalten des Deutschen Fußball-Bundes e.V. (DFB): Danach werden die Clubs angehalten, eine gegen sie aufgrund von Zuschauerfehlverhalten verhängte Geldstrafe an die identifizierten Täter weiterzugeben. Ausgangspunkt bildet insoweit die in § 9a der Rechts- und Verfahrensordnung des DFB (DFB-RUVO) normierte verschuldensunabhängige Haftung, wonach die Clubs für das Verhalten auch ihrer Anhänger und Zuschauer verantwortlich sind und für sich im Stadionbereich ereignende Zwischenfälle jeglicher Art haften. Ist also der Berichterstattung in den Medien einmal wieder zu entnehmen, dass ein Fußballclub aufgrund gewalttätiger Ausschreitungen seiner Anhänger bzw. Vorfällen rund um die Zündung von Pyrotechnik vom Sportgericht des DFB zur Zahlung einer empfindlichen – nicht selten fünf- oder auch sechsstelligen – Geldstrafe verurteilt wurde, so fußt diese Verbandssanktion auf besagter verbandsrechtlicher Vor-

schrift. Wie sich aus dem 9-Punkte-Papier des DFB ergibt, soll ein Club einen identifizierten Täter hinsichtlich einer solchen, dem Club auferlegten Geldstrafe in Regress nehmen, um zumindest mittelfristig eine abschreckende generalpräventive Wirkung zu erreichen.

Ist dies möglich? Kann ein Club einen Stadionbesucher auf Schadensersatz in Anspruch nehmen, sofern der Club wegen des Verhaltens des Stadionbesuchers zu einer Verbandsstrafe verurteilt wird? Diese Frage hatte nun der BGH zu entscheiden.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Klägerin ist Betreiberin des Profifußballbereichs des 1. FC Köln. Sie verlangt vom Beklagten Schadensersatz. Dieser zündete während eines Heimspiels des 1. FC Köln in der 2. Bundesliga einen pyrotechnischen Gegenstand und verletzte dabei sieben Zuschauer. Wegen dieses Vorfalles und weiterer vier vorangegangener Vorfälle im Fanbereich des 1. FC Köln verhängte das DFB-Sportgericht eine Verbandsstrafe gegen die Klägerin. Diese bestand u.a. aus einer Geldstrafe i.H.v. 50.000 € sowie der Auflage, weitere 30.000 € in Gewaltpräventionsmaßnahmen zu investieren. Auf diese Auflage wurde ein Betrag von rund 20.000 € angerechnet, den die Klägerin bereits zuvor für die Anschaffung eines Kamerasystems aufgewendet hatte. Das Sportgericht bildete die ausgerichtete Gesamtstrafe in analoger Anwendung des § 54 StGB. Für den vom Beklagten verursachten Vorfall wurde eine Einzelgeldstrafe von 40.000 € festgesetzt, die als Einsatzstrafe unvermindert in die ausgerichtete Gesamtstrafe einfließt. Die Klägerin bezahlte die Geldstrafe und verlangt vom Beklagten Ersatz i.H.v. 30.000 €.

Das OLG Köln³ hat den erforderlichen Zurechnungszusammenhang zwischen dem Schaden und der Pflichtverletzung des Beklagten verneint und die Klage abgewiesen. Nach Auffassung des OLG Köln unterfalle die Verhängung einer Verbandsstrafe nicht mehr dem Schutzzweck der vom Beklagten verletzten Verhaltenspflichten. Das Verbot des Ab Brennens pyrotechnischer Gegenstände im Stadion diene dem Schutz der menschlichen Gesundheit. Hier habe sich jedoch das Risiko verwirklicht, das die Klägerin durch die Unterwerfung unter die Regeln des DFB geschaffen habe, namentlich im Fall des Fehlverhaltens ihrer Anhänger mit einer Verbandsstrafe belegt werden zu können. Überdies

1 Vgl. hierzu die Jahresberichte der zentralen Informationsstelle Sport-einsätze, abrufbar unter www.polizei.nrw.de/artikel__68.html.

2 Siehe u.a. hierzu Kober, Pyrotechnik in deutschen Fußballstadien: Eine zivil-, straf- und verwaltungsrechtliche Würdigung, S. 207 ff.

3 OLG Köln, Urt. v. 17.12.2015 - 7 U 54/14.

ergebe sich auch aus deliktischen Anspruchsgrundlagen keine Haftung des Beklagten.

Zunächst pflichtete der BGH dem Berufungsgericht bei, dass der Beklagte seine ihm aus dem Zuschauervertrag gegenüber der Klägerin erwachsende Verhaltenspflicht verletzt habe, indem er einen Knallkörper zündete und diesen auf den Unterrang der Nordtribüne warf. Überdies habe das OLG Köln rechtsfehlerfrei eine adäquate Kausalität des Zündens des Knallkörpers durch den Beklagten für die Verhängung einer Verbandsstrafe durch das Sportgericht des DFB bejaht, da es weder völlig unwahrscheinlich noch ungewöhnlich sei, dass Fußballclubs im Anschluss an Pyrotechnikvorfälle im Stadion Verbandsstrafen auferlegt werden.

Anders als das OLG Köln bejahte der BGH jedoch den erforderlichen Zurechnungszusammenhang zwischen dem geltend gemachten Schaden und der Pflichtverletzung des Beklagten. Hierzu verwies der BGH auf seine ständige Rechtsprechung, wonach die Schadensersatzpflicht durch den Schutzzweck der verletzten Norm begrenzt wird. Eine Haftung bestehe daher für diejenigen äquivalenten und adäquaten Schadensfolgen, die aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen oder die verletzte Vertragspflicht übernommen wurde. Der geltend gemachte Schaden müsse – so der BGH weiter – in einem inneren Zusammenhang mit der durch den Schädiger geschaffenen Gefahrenlage stehen. Ein äußerlicher, gleichsam zufälliger Zusammenhang genüge nicht. Diese Voraussetzungen seien vorliegend erfüllt. Denn die der Klägerin auferlegte Verbandsstrafe stamme aus dem Bereich der Gefahren, zu deren Abwendung die verletzte Vertragspflicht bestehe. Die Teilnahme am Profifußball in Deutschland sei nur nach Unterwerfung unter die Statuten des DFB möglich, welche wie auch die Pflichten des Zuschauervertrages der Verhinderung von Spielstörungen diene. Deshalb sei die Verbandsstrafe eine für die Klägerin nicht zu vermeidende Folge gravierender Störungen des Ablaufs eines Fußballspiels. Die gegenständliche Verbandsstrafe sei kein zufällig durch das Verhalten verursachter, hiermit nicht mehr in einem inneren Zusammenhang stehender Schaden. Vielmehr werde die Verbandsstrafe gerade wegen der Störung durch den Zuschauer verhängt. Ferner könne der Zurechnungszusammenhang auch nicht mit der Erwägung verneint werden, dass die Klägerin die Geldstrafe nicht hätte zahlen müssen, da § 9a DFB-RUVO unwirksam sei. Hierauf komme es im vorliegenden Fall nämlich nicht an, da die klägerische Entscheidung zur Zahlung der Geldstrafe durch das vertragswidrige Verhalten des Beklagten herausgefordert worden sei und keine ungewöhnliche oder unsachgemäße Reaktion hierauf darstelle. Auch sei die Zulässigkeit von § 9a DFB-RUVO und vergleichbarer Normen, nach welchen ein Club für ein

schuldhaftes Verhalten der Zuschauer einzustehen hat, sowohl in der deutschen als auch in der internationalen Verbandsschiedsgerichtsbarkeit anerkannt worden. Daher könne es der Klägerin nicht zum Mitverschulden gereichen, dass sie die Geldstrafe bezahlt hat, ohne Rechtsmittel gegen diese Verurteilung einzulegen.

Der BGH konnte in der Sache nicht selbst entscheiden. Er hat diese zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das OLG Köln zurückverwiesen, damit dieses die weiteren Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs prüft. Für das weitere Verfahren wies der BGH darauf hin, dass ein anspruchsminderndes Mitverschulden der Klägerin gem. § 254 Abs. 1, 2 Satz 2, § 278 Satz 1 BGB weder auf eine behauptete ungenügende Einlasskontrolle noch darauf gestützt werden könne, ein Stadionordner hätte den Beklagten bereits in der ersten Halbzeit aufgrund seines Verhaltens des Stadions verweisen müssen. Im Hinblick auf einen etwaigen Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB, welchen das OLG Köln mangels Vorsatz des Beklagten in Bezug auf den konkreten Schaden abgelehnt hatte, betonte der BGH, dass er es für möglich hält, dass der Beklagte die Verurteilung der Klägerin zur Zahlung einer Verbandsstrafe zumindest billigend in Kauf genommen hat.

C. Bewertung und Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung des BGH überzeugt. Durch sie steht fest: Zündet ein Zuschauer eines Fußballspiels Pyrotechnik, kann er auf Schadensersatz für eine dem Club nach den Statuten des DFB auferlegte Geldstrafe haften. Anspruchsgrundlage bildet insoweit § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB.

Im Rahmen der Zurückweisung wird sich das OLG Köln nun noch mit der Höhe des erstattungsfähigen Schadens zu befassen haben. Das LG Köln sprach der Klägerin einen Schadensersatzanspruch i.H.v. 30.000 € zu. Die Einzelstrafe für den Fall des Beklagten sei als Einsatzstrafe mit einem Anteil von 40.000 € in die Gesamtstrafe von 80.000 € eingeflossen. Nach Abzug der für das Kamerasystem getätigten Investition i.H.v. rund 20.000 € sei der Klägerin ein Restschaden von 60.000 € entstanden. Da die Einzelstrafe für den Vorfall des Beklagten 50 % des Gesamtschadens ausgemacht habe, sei der Beklagte für einen Schaden i.H.v. 30.000 € verantwortlich. Man darf mit Spannung erwarten, ob diese Schadenshöhe samt Berechnung vor dem OLG Köln halten oder von diesem gekippt werden wird.

Von erheblicher Bedeutung für die Praxis ist die Bekräftigung des BGH, dass sich die Verpflichtung eines Stadionbesuchers, den Spielablauf nicht zu stören, unabhängig von den in einer Stadionordnung festgelegten Verhaltensregeln auch aus der Rücksichtnahmepflicht des § 241 Abs. 2 BGB

ergibt. Dies führt zu einer erheblichen Erleichterung für die Clubs, da es für diese im vorliegenden Kontext künftig dahinstehen kann, ob eine an den Stadioneingängen aushängende Stadionordnung oder auch die Ticket-AGB wirksam in den Zuschauervertrag einbezogen wurden. Verstößt der Zuschauer gegen eine entsprechende, in der Stadionordnung bzw. den Ticket-AGB enthaltene Verhaltensregel, liegt auch stets eine Nebenpflichtverletzung i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB vor.

Neben der vertraglichen Haftung aus dem Zuschauervertrag kommen auch deliktische Schadensersatzansprüche in Betracht. Da das unkontrollierte Abbrennen von Pyrotechnik während eines Fußballspiels keinen betriebsbezogenen Eingriff darstellen wird, mithilfe dessen der Club seinen durch die Verbandsstrafe erlittenen primären Vermögensschaden über § 823 Abs. 1 BGB liquidieren könnte und dieser Vermögensschaden auch nicht in den sachlichen Schutzbereich des grds. ein Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB darstellenden § 27 Abs. 1, § 40 Abs. 1 Nr. 3 SprengG fällt, bildet für den Club insofern – wie vom BGH betont – § 826 BGB eine taugliche Anspruchsgrundlage.

Wer Pyrotechnik inmitten einer Zuschauermenge zündet oder sogar unkontrolliert wegwirft, handelt sittenwidrig i.S.d. § 826 BGB. Denn ein derartiges Verhalten widerspricht aufgrund des damit einhergehenden erheblichen Verletzungspotenzials und der sich bereits zugetragenen Schadensfälle dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Auch wird der Pyrotechnik abbrennende Stadionbesucher spätestens im Zeitpunkt seines Handelns Art und Richtung des Schadens sowie dessen Folgen voraussehen und diesen zumindest billigend in Kauf nehmen. Denn nicht zuletzt aufgrund der wiederkehrenden Berichterstattung in den Medien im Anschluss an Pyrotechnikvorfälle in den Stadien sind die hieraus resultierenden Gefahren und Schadensereignisse hinlänglich bekannt. Wer trotz dieser Gegebenheiten Pyrotechnik im Stadion abbrennt, wird den sittenwidrigen Charakter seiner Handlung kennen und eine erfolgreiche Bestrafung „seines“ Clubs durch die DFB-Sportgerichtsbarkeit zumindest billigend in Kauf nehmen.

Diese rechtliche Würdigung in Bezug auf § 826 BGB ist insbesondere für die Fälle relevant, in welchen kein direktes Vertragsverhältnis zwischen dem klagenden Club und dem störenden Zuschauer besteht. Denkbar ist hier bspw. die Situation, dass ein Gastclub aufgrund Fehlverhaltens seiner Anhänger durch das DFB-Sportgericht mit einer Verbandsstrafe belegt wird, eine vertragliche Beziehung jedoch lediglich zwischen dem Heimclub und dem in Regress genommenen identifizierten Täter besteht. Würde man nun dem bestraften Gastclub ein Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB in Verbindung mit den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritten – zu Unrecht, da die An-

spruchsvoraussetzungen vorliegen –⁴ verwehren und diesen daher im Schadensfall nicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung in die vertraglichen Neben- und Schutzpflichten des zwischen Heimclub und störendem Stadionbesucher geschlossenen Zuschauervertrages einbeziehen, bliebe diesem § 826 BGB als möglicher Rettungsanker.

Durch die Entscheidung des BGH erweitert sich das Handlungsspektrum der Clubs gegen störende Zuschauer: Denn ein zündelnder Stadionbesucher muss künftig nicht mehr nur fürchten, strafrechtlich verfolgt oder mit einem (bundesweiten) Stadionverbot belegt zu werden. Neben der Inanspruchnahme auf Zahlung einer in den Ticket-AGB normierten Vertragsstrafe ist durch die Entscheidung des BGH nunmehr grds. auch der Weg frei, erlittene Verbandsstrafen beim störenden Zuschauer zu regressieren. Dies dürfte eine äußerst wirkungsvolle Präventionsmaßnahme gegen sicherheitsbeeinträchtigendes Verhalten darstellen und damit zu einem Sicherheitszuwachs in den Fußballstadien führen. Es ist davon auszugehen, dass die Clubs künftig vermehrt Regressansprüche gegen identifizierte Täter gerichtlich geltend machen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber den Clubs, welche bereits seit geraumer Zeit viel Geld in hochauflösende Kamerasysteme investieren, das Leben mit der Erweiterung der Videoüberwachungsmöglichkeiten in § 6b Abs. 1 Satz 2 BDSG⁵ leichter gemacht hat, einen störenden Zuschauer in der Menschenmenge ausfindig zu machen.

4 Bagger/Kober, SpuRt 2015, 155, 156 ff.; Lambert, CaS 2015, 268 ff.; a.A. LG Hannover, Urt. v. 26.05.2015 - 2 O 289/14.

5 Videoüberwachungsverbesserungsgesetz vom 09.03.2017.

PayPal schützt den Käufer

LG Saarbrücken, Urt. v. 31.08.2016 - 5 S 6/16

RA'in Silke Dobolik

A. Problemstellung

Wir leben heute in einer Zeit, in der man fast alles über das Internet bekommen kann. Viele Geschäfte werden bereits mithilfe des Internets abgewickelt. Zahlreiche Onlineshops sprießen täglich hervor. Eine zuverlässige Art der Bezahlung ist daher unerlässlich. Mit zu den bekanntesten Bezahlmethoden im Rahmen eines Kaufs mittels Internet gehört der Online-Zahlungsdienst PayPal. Das LG Saarbrücken hat in einer aktuellen Entscheidung den Käuferschutz bei Bezahlung über PayPal gestärkt.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Beklagte kaufte bei der Klägerin über den von ihr – unter ihrer Homepage – betriebenen Internetshop eine Metallbandsäge. Der Beklagte zahlte über den auf der Homepage zugelassenen Online-Zahlungsdienst PayPal. Nach der Gutschrift des Kaufpreises auf dem Konto der Käuferin wurde der Artikel an den Beklagten geliefert. Dieser stellte fest, dass die gelieferte Metallbandsäge nicht den eingestellten Bildern entsprach. Er reklamierte dies und erhielt von der Streitverkündeten Ersatzteile. Die Streitverkündete gab zudem gegenüber dem Geschäftsführer der Klägerin eine Erklärung ab, nach welcher es sich bei der gelieferten Maschine um eine Original-...-Maschine handle. Der Beklagte beantragte wegen erheblicher Abweichungen der gelieferten Maschine zu einer der Artikelbeschreibung entsprechenden Maschine Käuferschutz bei PayPal. PayPal forderte den Beklagten auf, innerhalb von zehn Tagen durch einen Händler, Sachverständigen, Gutachter oder eine andere anerkannte Organisation schriftlich das Ausmaß des Schadens bestätigen zu lassen und an PayPal weiterzuleiten. Der Beklagte beauftragte einen Sachverständigen für Fahrzeugtechnik und Schadensanalysen mit der Erstellung eines schriftlichen Gutachtens. In dem Gutachten führte der Sachverständige aus, dass die gelieferte Maschine nur auf den ersten Blick mit einer (Original)-...-Maschine zu vergleichen sei. Ferner stellte er fest, dass die Maschine von mangelhafter Qualität sei, sie nicht dem vereinbarten Zustand entspreche und es sich bei dem billigen Import aus Fernost um eine Kopie der (Original)-...-Maschine handle.

Dem Beklagten wurde der Abschluss des Falles und die Entscheidung zu seinen Gunsten von PayPal mitgeteilt. Der Kaufpreis habe von der Klägerin zurückerlangt werden können und dem Beklagten werde dieser Betrag gutgeschrieben. Das Konto der Klägerin wurde von PayPal in Höhe des Kaufpreises belastet, der gleiche Betrag wurde dem PayPal-Konto des Beklagten gutgeschrieben. Nach der Aufforderung von PayPal an den Beklagten, einen Nachweis über die Entsorgung oder Vernichtung des entsprechenden Artikels zu erbringen, bestätigte dieser die Vernichtung und Entsorgung des Artikels. Die Klägerin begehrte in ihrer Klage Zahlung des Kaufpreises; der Beklagte begehrte widerklagend die Zahlung der Gutachterkosten.

Das erstinstanzliche Gericht¹ wies Klage und Widerklage ab. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass die Kaufpreisforderung durch Erfüllung erloschen sei, weil der Zahlungsdienstleister PayPal dem Konto der Klägerin einen entsprechenden Betrag gutgeschrieben habe, wodurch die Möglichkeit der Umbuchung für diese entstanden sei. Durch die spätere Rückbuchung entstehe allenfalls ein Anspruch der Klägerin gegenüber PayPal, ändere aber an der Erfüllung nichts. Dem Beklag-

ten stehe kein mit einer Widerklage geltend gemachter Schadensersatzanspruch zu. Das Gutachten habe lediglich zur Untermauerung des Käuferschutzes bei PayPal gedient; hingegen nicht zur Verfolgung eventueller Gewährleistungsansprüchen gegenüber der Klägerin. Die Einholung des Gutachtens sei nicht erforderlich, eine schriftliche Stellungnahme eines Dritten vielmehr ausreichend gewesen und der Klägerin sei keine Gelegenheit zur Prüfung und keine Frist zur Nacherfüllung gesetzt worden.

Die Klägerin bestritt die Mängel und legte gegen das Urteil Berufung ein, der Beklagte Anschlussberufung. Die Klägerin war der Auffassung, durch die Rückbuchung sei die Erfüllungswirkung rückwirkend weggefallen und das Gutachten nicht erforderlich gewesen. Dem Beklagten stehe aufgrund der Vernichtung der Maschine kein Schadensersatzanspruch zu, er habe der Klägerin keine Gelegenheit zur Nacherfüllung gegeben. Der Beklagte war indessen der Ansicht, der Klägerin stünden allenfalls Ansprüche gegen PayPal zu und die Sachverständigenkosten seien ohne Nacherfüllungsaufforderung zu ersetzen.

Das LG Saarbrücken hat die Berufung und Anschlussberufung als unbegründet zurückgewiesen. Es führte aus, dass das Amtsgericht zutreffend davon ausgegangen sei, dass die streitgegenständliche Kaufpreisforderung der Klägerin durch Erfüllung erloschen ist (§ 362 Abs. 1 BGB). Der Beklagte machte von der durch die Klägerin eingeräumten Möglichkeit Gebrauch, den Kaufpreis mittels des Zahlungsdienstleisters PayPal zu begleichen, was zur Gutschrift des Kaufpreises auf dem PayPal-Konto der Klägerin führte. Die Erfüllung ist durch die vorbehaltlose Gutschrift erfolgt. Nach Ansicht des Landgerichts steht die nach Auffassung der Klägerin geltende Rechtsprechung des BGH zum SEPA-Lastschriftverfahren nicht entgegen.² Dieser zufolge wird der Leistungserfolg bei einer Geldschuld nur erzielt, wenn der Gläubiger über den beanspruchbaren Geldbetrag frei verfügen kann. Die Erfüllung soll nach § 159 BGB rückwirkend entfallen, wenn es zu einer Rückbelastung aufgrund eines Erstattungsverlangens des Schuldners kommt.

Das Landgericht sah diese Rechtsprechung auf den Besonderheiten des SEPA-Basis-Lastschriftverfahrens beruhend. Die Besonderheit der Rückrufmöglichkeit, innerhalb von acht Wochen nach Belastungsbuchung ohne Angaben von Gründen die Erstattung zu verlangen, steht bei dem Streit-

1 AG Merzig, Urt. v. 17.12.2015 - 24 C 1358/11.

2 BGH, Urt. v. 20.07.2010 - XI ZR 236/07.

gegenständlichen PayPal-Verfahren nicht zur Verfügung. Der Käufer ist hier grds. an die Kaufpreiszahlung gebunden. Nach den Nutzungsbedingungen von PayPal erteilt der Käufer PayPal einen Zahlungsauftrag, welcher durch Gutschrift auf das PayPal-Konto ausgeführt wird.³ Die Gutschrift wird abbuchen auf das Bankkonto eingelöst.⁴ Eine einseitige Rückrufmöglichkeit durch Widerruf im SEPA-Lastschriftverfahren ist nicht möglich. Das Käuferschutzverfahren von PayPal ist mit der Erstattungsmöglichkeit im SEPA-Lastschriftverfahren nicht vergleichbar. Das Käuferschutzverfahren ist eine gesondert angebotene Dienstleistung von PayPal. Nach den Käuferschutzrichtlinien erstattet PayPal bei erfolgreichem Antrag den Kaufpreis samt Versandkosten; dies ist unabhängig von einer Rückforderungsmöglichkeit des Erstattungsbetrags von dem Zahlungsempfänger (Verkäufer) durch PayPal.⁵ Anhand der Ausgestaltung ist nach Ansicht des LG Saarbrücken erkennbar, dass PayPal eine von der Rechtsbeziehung mit dem Verkäufer unabhängige Dienstleistung darstellt, welche von der gewählten Zahlungsart mit PayPal abhängt.

Das LG Saarbrücken hat sich mit den Käuferschutzrichtlinien auseinandergesetzt und kommt zu dem Schluss, dass das Institut des Käuferschutzes nur die Rechtsbeziehung des Käufers zu PayPal berührt. Bei erfolgreichem Antrag tritt der Käufer mit Empfang der Auszahlung des Käuferschutzes alle gegenüber dem Verkäufer bestehende Ansprüche aus dem Kaufvertrag in Höhe des Auszahlungsbetrages an PayPal ab. Die von PayPal veranlasste Rückbuchung auf dem Verkäuferkonto ist von PayPal veranlasst. Bei Stattgabe des Antrages und Erstattung des Kaufpreises – unabhängig von der Rückforderungsmöglichkeit bei dem Verkäufer von PayPal – hat PayPal die Möglichkeit, einen Betrag in Höhe des Kaufpreises und der ursprünglichen Versandkosten durch Einzug von dem etwaigen Guthaben des Empfängers auf seinem PayPal-Konto auszugleichen.⁶ Das Gericht führte aus, dass die Belastung des Empfängerkontos eine Folge der Rechtsbeziehung des Zahlungsempfängers zu PayPal ist und nicht aus dem Kaufvertragsverhältnis zwischen Käufer und Verkäufer resultiert.

Offenlässt das LG Saarbrücken vorliegend allerdings die Frage, ob die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von PayPal, wonach PayPal auch zum Einzug bei Nichtzurückhaltung der Ware beim Verkäufer berechtigt wird, wirksam sind, da dies ausschließlich die Rechtsbeziehung zwischen Verkäufer (hier Klägerin) und PayPal betrifft. Das Gericht bestätigte daher die Abweisung des erstinstanzlichen Gerichts,⁷ da die Kaufpreisforderung durch Erfüllung erloschen war. Nicht beanstandet wurde zudem die Entscheidung der Vorinstanz bezüglich der Erstattung der Gutachterkosten. Dem Käufer kann ein Anspruch auf Erstattung von Gutachterkosten als Schadensersatz nach § 437 Nr. 3, § 440, § 280 Abs. 1, § 251 Abs. 1

BGB oder als verschuldensunabhängiger Erstattungsanspruch der notwendigen Aufwendungen, wozu auch Kosten für ein die Schadensursache untersuchendes und der Vorbereitung des Nacherfüllungsverlangens dienendes Gutachten zählen,⁸ nach § 439 Abs. 2 BGB zustehen. Aufwendungen des Käufers sind – unter Berücksichtigung der Wertung europarechtlicher Richtlinien⁹ – von dem Verkäufer nur zu ersetzen, wenn diese zur Vorbereitung oder zum Nachweis von kaufrechtlichen Gewährleistungsrechten eingegangen sind. Beide Ansprüche lägen vorliegend jedoch nicht vor, da der Beklagte vorliegend das Sachverständigengutachten zum Nachweis seiner Rechte gegenüber PayPal im Käuferschutzverfahren und nicht zum Zwecke der Durchsetzung von Gewährleistungsrechten einholte; aus diesen Gründen hatte die Widerklage keinen Erfolg.

C. Auswirkungen für die Praxis und Bewertung

Das Urteil gewährt dem Käufer bei Zahlung über den Online-Zahlungsdienstleister PayPal (zusätzlichen) Schutz. Denn er hat neben seinen gesetzlichen Rechten auch den Schutz über die Käuferschutzrichtlinien. Die gesetzlichen Rechte des Käufers werden durch die Käuferschutzrichtlinie nicht beeinträchtigt, was ausdrücklich in Ziffer 6.5. geregelt ist. Es bleibt freilich abzuwarten, ob die offene Frage der Wirksamkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von PayPal, wonach PayPal auch dann zum Einzug berechtigt ist, wenn der Verkäufer die Ware nicht zurückerhält, weil diese auf Veranlassung von PayPal vernichtet wurde,¹⁰ beantwortet wird. Da diese Frage in einem Rechtsstreit zwischen PayPal und Verkäufer (Zahlungsempfänger) zu klären wäre, ist von einer Stellungnahme im Rahmen des Revisionsverfahrens grds. nicht auszugehen. Gegen das Urteil ist nämlich die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen worden. Zurzeit befindet sich die Sache noch beim BGH unter dem Az.: VIII ZR 213/16. Der Ausgang des Verfahrens bleibt mit Spannung abzuwarten.

3 Ziffer 3.1. der Nutzungsbedingungen.

4 Ziffer 6.1 der Nutzungsbedingungen.

5 Ziffer 2 Satz 3 der Käuferschutzrichtlinie.

6 Ziffer 10.1 Buchst. b) und c) der Nutzungsbedingungen.

7 AG Merzig, Urt. v. 17.12.2015 - 24 C 1358/11.

8 BGH, Urt. v. 30.04.2014 - VIII ZR 275/13.

9 Art. 3 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.05.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter.

10 Ziffer 10.1 Buchst. b) und c) der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von PayPal.

Inklusion ist Klassenziel

BSG, Urt. v. 09.12.2016 - B 8 SO 8/15 R

RiSG Tammo Lange, z. Zt. Wiss. Mit. beim BSG

A. Problemstellung

Die Schulgesetze der Länder sehen nach und nach vor, dass Schülerinnen und Schüler mit und ohne Behinderung gemeinsam – d.h. inklusiv – beschult werden.¹ Geht mit dem sonderpädagogischen Förderbedarf behinderter Schülerinnen und Schüler aber auch ein Bedarf nach besonderer Betreuung durch einen Schulbegleiter einher, stellt sich vielfach die Frage, ob für die Kosten eines solchen ggf. der Sozialhilfeträger aufzukommen hat.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Klägerin ist mit einem Down-Syndrom geboren, infolgedessen bei ihr u.a. ein Grad der Behinderung von 100 festgestellt ist. Die zuständige Schulaufsichtsbehörde stellte bei ihr sonderpädagogischen Förderbedarf im Sinne der Schule für geistig Behinderte fest, verfügte aber zugleich, dass die Förderung von einer Regelgrundschule gemeinsam mit einem Sonderpädagogischen Bildungs- und Beratungszentrum (SBBZ) übernommen werden könne. In der Folge besuchte die Klägerin die Regelschule und wurde dort zieldifferent nach dem Bildungsgang für geistig Behinderte unterrichtet. In der Schule wurde sie durch eine Kooperationslehrerein des SBBZ sowie einen Schulbegleiter betreut. Letzterer unterstützte die Klägerin 1:1 während des Unterrichts, indem er ihre Aufmerksamkeit zurück auf die zu erledigenden Aufgaben lenkte, wenn diese dem Unterrichtsgeschehen nicht folgen konnte, und unterstützte sie dabei, die benötigten Arbeitsunterlagen bereitzulegen und entsprechend den Lernzielen zu benutzen. Die Klägerin verlangte nunmehr die Übernahme der Kosten für den Schulbegleiter vom beklagten Sozialhilfeträger. Das BSG hat die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen, weil es im Ergebnis an hinreichenden Feststellungen fehlte.

Dem Grunde nach hat die Klägerin nach Auffassung des BSG aber einen Anspruch gegen den Beklagten auf Beitritt zu ihrer zivilrechtlichen Schuld gegenüber dem Schulbegleiter.² Die Klägerin sei wesentlich behindert i.S.d. § 53 Abs. 1 Satz 1 SGB XII und habe deshalb grds. Anspruch auf Eingliederungshilfe. Hierzu zählten nach § 54 Abs. 1 Satz 1 SGB XII auch Hilfen zu einer angemessenen Schulbildung. Diese wiederum umfassten nach § 12 Nr. 2 EinglHV Maßnahmen der Schulbildung zugunsten körper-

lich und – wie im Fall der Klägerin – geistig behinderter Kinder und Jugendlicher, wenn die Maßnahmen erforderlich und geeignet seien, dem behinderten Menschen eine im Rahmen der allgemeinen Schulpflicht üblicherweise erreichbare Bildung zu ermöglichen. Dass es im Fall der Klägerin um derartige Hilfen zu einer angemessenen Schulbildung i.S.d. § 12 Nr. 2 EinglHV gehe, folge schon daraus, dass die zuständige Schulaufsichtsbehörde bestandskräftig entschieden hatte, dass bei der Klägerin zwar sonderpädagogischer Förderbedarf im Sinne der Schule für geistig Behinderte bestehe, die Förderung aber von der Regelgrundschule gemeinsam mit dem SBBZ übernommen werden könne; an diese Einschätzung der Schulaufsichtsbehörde sei die Beklagte gebunden. Weiter seien Leistungen der Eingliederungshilfe auch nicht deshalb ausnahmsweise ausgeschlossen, weil die Tätigkeit des Schulhelfers keine bloße Hilfe zu einer angemessenen Schulbildung sei, sondern den Kernbereich der pädagogischen Arbeit betreffe. Schließlich werde der Hilfebedarf der Klägerin auch nicht durch Dritte gedeckt (§ 2 Abs. 1 SGB XII), weshalb der Beklagte dem Grunde nach zur Leistung verpflichtet sei. Zurückzuverweisen sei die Sache aber deshalb, weil ausreichende Feststellungen sowohl dazu, in welchem quantitativen Umfang die Tätigkeit des Schulbegleiters erforderlich sei, wie auch zur Höhe von dessen Vergütung, insbesondere zum Inhalt einer entsprechenden Vergütungsvereinbarung, fehlten.

C. Kontext der Entscheidung

Das Recht der Eingliederungshilfe wirft wegen der Verwendung etlicher unbestimmter Rechtsbegriffe mindestens ebenso viele Rechtsfragen auf. Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass diese sich an der Schnittstelle von Schul- und Sozialhilferecht und damit der Gesetzgebungskompetenzen von Bund und Ländern bewegen. Dies betrifft namentlich zwei Punkte: Zum einen die Auslegung des Begriffs der „angemessenen Schulbildung“ i.S.d. § 12 Nr. 2 EinglHV, zum anderen die Frage, inwieweit ein Anspruch auf Leistungen der Eingliederungshilfe auch im Aufgabenbereich der Schulträger bestehen kann. Mit der vorliegenden Entscheidung hat das BSG zu beiden Punkten seine bisherige Rechtsprechung fortgeführt und bekräftigt.

1 Vgl. für das Land Baden-Württemberg nunmehr die – im Streitzeitraum noch nicht in Kraft getretene – Regelung des § 3 Abs. 3 Satz 2 SchG n.F.; dazu LT-Drs. 15/6963, S. 34.

2 Zur verfahrensrechtlichen Einkleidung des Falls später.

I. Welche Schulbildung angemessen i.S.d. § 12 Nr. 2 EinglHV ist, definieren weder das SGB XII noch das SGB IX und ebenso wenig § 12 Nr. 2 EinglHV. Auch Art. 24 Abs. 2 der UN-Behindertenrechtskonvention beantwortet diese Frage nicht. Maßgeblich ist nach der Rechtsprechung des BSG insoweit die Entscheidung der zuständigen Schulaufsichtsbehörde. An deren Entscheidung, in welcher Schulform ein behindertes Kind seine Schulpflicht zu erfüllen habe, sei der Sozialhilfeträger gebunden. Zwar handle es sich bei dem Rechtsbegriff der angemessenen Schulbildung um einen des Bundesrechts, die Antwort, was hierunter falle, müsse aber letztlich das jeweils einschlägige Landesschulrecht geben, aufgrund dessen die Schulaufsicht entscheide. Dies ergebe sich aus § 54 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Halbsatz 2 SGB XII, wonach der bundesrechtliche Anspruch auf Hilfen zu einer angemessenen Schulbildung die Bestimmungen über die Ermöglichung der Schulbildung im Rahmen der allgemeinen Schulpflicht unberührt lasse. Damit ist den Sozialhilfeträgern insbesondere der Einwand abgeschnitten, dem Grunde nach leistungsberechtigte Schülerinnen und Schüler müssten wegen des Nachrangs der Sozialhilfe (§ 2 SGB XII) ihrer Schulpflicht ggf. durch Besuch einer Sonderschule nachkommen, an der kein Bedarf nach Hilfen zu einer angemessenen Schulbildung auftrete.³

II. Zur Abgrenzung der Aufgabenbereiche von Sozialhilfe und Schulträgern geht das BSG davon aus, dass § 54 Abs. 1 Satz 1 SGB XII i.V.m. § 12 Nr. 1 EinglHV ein individualisiertes Förderverständnis zugrunde liege; dies verdeutliche bereits § 53 Abs. 1 Satz 1 SGB XII, wonach Leistungen der Eingliederungshilfe „nach der Besonderheit des Einzelfalls“ gewährt würden. Eine Unterscheidung der als Hilfen zu einer angemessenen Schulbildung infrage kommenden Maßnahmen nach ihrer Art, etwa nach pädagogischen oder nichtpädagogischen bzw. begleitenden, sei rechtlich nicht geboten. Grds. kämen vielmehr alle Maßnahmen in Betracht, die im Zusammenhang mit der Ermöglichung einer angemessenen Schulbildung geeignet und erforderlich seien, die Behinderungsfolgen zu beseitigen oder zu mildern. Ausgehend von diesen Maßstäben könne die Leistungspflicht des Sozialhilfeträgers auch Maßnahmen umfassen, die zum Aufgabenbereich der Schulverwaltung gehörten. Hiervon macht das BSG lediglich eine Ausnahme: Leistungen der Eingliederungshilfe sollen ausscheiden, soweit die entsprechenden Maßnahmen dem Kernbereich der pädagogischen Arbeit der Schule zuzuordnen sind. Dies folge einmal daraus, dass § 54 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB XII nach seinem Wortlaut nur „Hilfen“ erfasse, d.h. die Schulbildung begleitende Maßnahmen. Darüber hinaus blieben nach § 54 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Halbsatz 2 SGB XII die Bestimmungen über die Ermöglichung der Schulbildung im Rahmen der allgemeinen Schulpflicht ausdrücklich unberührt. Schul-

und sozialhilferechtliche Verpflichtungen stünden mithin grds. nebeneinander.⁴

An der Bestimmung des Inhalts dieser Ausnahme setzte die Kritik der Beklagten an.⁵ Der Kernbereich der pädagogischen Arbeit ist danach anhand des jeweiligen Landesschulrechts zu bestimmen.⁶ Dies gebiete bereits die bundesstaatliche Kompetenzverteilung, nach der das Schulrecht Sache der Länder sei (Art. 30, 70 GG). Auch ließen sich nur so Bedarfsunterdeckungen vermeiden, die andernfalls auftreten könnten, wenn das Sozialhilferecht den Kernbereich weit, das Landesschulrecht ihn aber eng fasse. Das BSG geht demgegenüber davon aus, dass für die Bestimmung des Kernbereichs allein die Maßstäbe des Sozialhilferechts entscheidend sind und das jeweilige Landesschulrecht ohne Belang. Das Argument, dass die Gesetzgebungskompetenz für das Schulrecht bei den Ländern liege, verfange nicht, weil es eben nicht um die Auslegung des Landesschulrechts, sondern um die des bundesgesetzlich geregelten Sozialhilferechts gehe; der Kernbereich der pädagogischen Arbeit sei kein schul-, sondern ein sozialhilferechtlicher Rechtsbegriff. Damit sei auch keine Bedarfslücke denkbar und zwar auch dann nicht, sollte das Landesschulrecht den Kernbereich enger ziehen als das Sozialhilferecht. Dies folge normativ bereits daraus, dass der Kernbereich im Sinne des Sozialhilferechts unabhängig von landesschulrechtlichen Bestimmungen sei. Faktisch sei es auch kaum vorstellbar, dass die Landesgesetzgeber den sozialhilferechtlich auf die eigentliche Unterrichtsgestaltung begrenzten Kernbereich schulrechtlich noch enger fassten. Täten sie dies dennoch und statteten etwa die Schulen nur unzureichend mit Lehrkräften aus, läge darin ein Verstoß gegen den elementaren Auftrag der Schule.⁷

III. Abschließend noch ein Wort zum verfahrensrechtlichen Kontext: Der Fall spielt sich im sog. sozialhilferechtlichen Dreiecksverhältnis ab. Die Schenkel dieses Dreiecksverhält-

3 Zum Ganzen auch schon BSG, Urte. v. 23.08.2013 - B 8 SO 10/12 R; vgl. auch BVerwG, Urte. v. 28.04.2005 - 5 C 20/04.

4 Zum Ganzen auch schon BSG, Urte. v. 22.03.2012 - B 8 SO 30/10 R; BSG, Urte. v. 15.11.2012 - B 8 SO 10/11 R; BSG, Urte. v. 25.06.2008 - B 11b 19/07 R.

5 OVG Münster, Urte. v. 22.08.2014 - 12 A 3019/11, lehnt die Rechtsfigur des Kernbereichs der pädagogischen Arbeit, in dem keine Eingliederungshilfeleistungen – im dortigen Fall nach dem SGB VIII – zu erbringen seien, gänzlich ab; anders aber wohl BVerwG, Urte. v. 18.10.2012 - 5 C 21/11.

6 So auch LSG Schleswig, Beschl. v. 15.04.2014 - L 9 SO 36/14 B ER; sowie LSG München, Beschl. v. 18.09.2015 - L 8 SO 181/15 B ER.

7 BSG, Urte. v. 15.11.2012 - B 8 SO 10/11 R, betont im Zusammenhang mit der Bestimmung des Kernbereichs den (außerhalb des Sozialhilferechts liegenden) Unterrichts- und Bildungsauftrag des Staates, der sich aus Art. 7 Abs. 1 GG ergebe.

nisses bilden auf der einen Seite das zivilrechtliche Schuldverhältnis zwischen der Klägerin und dem Schulbegleiter, auf der anderen Seite das öffentlich-rechtliche Sozialhilfeverhältnis zwischen der Klägerin und dem Sozialhilfeträger. Liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen des Eingliederungshilfeanspruchs vor, kann die Klägerin aus dem Sozialhilfeverhältnis verlangen, dass der Sozialhilfeträger ihrer zivilrechtlichen Schuld gegenüber dem Schulbegleiter beiträgt.⁸

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung des BSG bewegt sich in den Bahnen seiner bisherigen Rechtsprechung zu Voraussetzungen und Grenzen des Anspruchs auf Hilfen zu einer angemessenen Schulbildung. Von Bedeutung für die Praxis dürfte indes sein, dass das BSG erneut betont hat, dass der Kernbereich der pädagogischen Arbeit eng begrenzt und nur da betroffen sei, wo es um die Unterrichtsgestaltung selbst gehe. Die bloße Absicherung und Begleitung des Unterrichts fällt da-

nach nicht in den Kernbereich. Gegen wen sich ein in den Kernbereich der pädagogischen Arbeit fallender Leistungsanspruch ggf. richtet, hat das BSG ausdrücklich offenlassen können. Insoweit sei daher auch hier nur darauf hingewiesen, dass das Schulrecht der Länder regelmäßig zwischen inneren und äußeren Schulangelegenheiten unterscheidet und hierfür jeweils unterschiedliche Träger⁹ vorsieht. Erneut angesprochen hat das BSG aber, dass der Sozialhilfeträger einen außerhalb des Kernbereichs bestehenden Anspruch gegen einen Schulträger unter den Voraussetzungen des § 93 SGB XII auf sich überleiten könne.¹⁰

8 Grundlegend BSG, Urt. v. 28.10.2008 - B 8 SO 22/07 R (zur stationären Heimpflege); siehe auch BGH, Urt. v. 07.05.2015 - III ZR 304/14; BGH, Urt. v. 31.03.2016 - III ZR 267/15.

9 Für die inneren Schulangelegenheiten das jeweilige Land selbst, für die äußeren die Gemeinden.

10 Dazu BSG, Urt. v. 22.03.2012 - B 8 SO 30/10 R.

Verwaltungsrecht

Betäubungsmittelzugang zur Selbsttötung

RiBVerwG Till Oliver Rothfuß

A. Einführung

Mit seinem Urteil vom 02.03.2017¹ hat das BVerwG entschieden, dass eine Sterbewillige in einer extremen Notlage Anspruch auf eine Erlaubnis zum Erwerb eines tödlichen Betäubungsmittels haben kann. Das hat allgemein überrascht und die nach Verabschiedung des Gesetzes zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung (§ 217 StGB) abgeflaute Debatte über den assistierten Suizid neu belebt. Mit Spannung wird erwartet, wie sich die Entscheidung auswirken wird und inwieweit sich das BVerwG im Zuge der Verfassungsbeschwerdeverfahren gegen das Gesetz auch hierzu positionieren wird.

B. Der Unfall

Das tragische Schicksal von Frau K. nahm mit einem Unfall im Frühjahr 2002 seinen Lauf. Infolge eines Sturzes vor ihrem Haus war sie vom Hals abwärts gelähmt und musste künstlich beatmet werden. Krampfanfälle verursachten starke Schmerzen. Sie war ohne Aussicht einer Besserung

auf ständige medizinische Betreuung angewiesen. Zweieinhalb Jahre nach dem Unfall beantragte sie beim Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM), ihr zum Zweck der Durchführung eines begleiteten Suizids den Erwerb des Betäubungsmittels Pentobarbital zu erlauben. Wegen der von ihr als unerträglich und entwürdigend empfundenen Leidenssituation hatte sie sich entschlossen, ihr Leben zu beenden. Ihren Sterbewunsch hatte sie mit ihren nächsten Angehörigen, den behandelnden Ärzten und dem Pflegepersonal, einem Psychologen und einem Geistlichen besprochen. Diese respektierten ihre Entscheidung.

C. Vorgeschichte

Das BfArM lehnte den Antrag ab. Es könne den Erwerb des Betäubungsmittels zur Selbsttötung nicht erlauben, weil dies mit dem Zweck des Gesetzes nicht vereinbar sei. Das

1 BVerwG, Urt. v. 02.03.2017 - 3 C 19/15.

BtMG wolle die medizinische Versorgung der Bevölkerung sicherstellen, wozu aber nur Verwendungen gehörten, die bezweckten, das Leben zu erhalten oder zu fördern. Der Widerspruch der Eheleute blieb erfolglos. Wenige Tage vor Erlass des Widerspruchsbescheids im März 2005 war Herr K. mit seiner Frau in die Schweiz gefahren, wo sie sich mit Unterstützung eines Sterbehilfevereins das Leben nahm.

Damit, so meinten die von Herrn K. angerufenen deutschen Gerichte, habe das Verfahren sein Bewenden. Das Verwaltungsgericht wies seine Feststellungsklage als unzulässig ab, weil er eine eigene Rechtsverletzung nicht geltend machen könne.² Sein Antrag auf Zulassung der Berufung blieb ebenso erfolglos³ wie seine Verfassungsbeschwerde: Das BVerfG nahm sie nicht zur Entscheidung an.⁴

Der EGMR brachte eine Kehrtwende. Er bekräftigte, dass die Rechte aus Art. 8 EMRK nicht übertragbar sind,⁵ erkannte aber, dass Herr K. durch die Weigerung der nationalen Gerichte, die Begründetheit seiner Klage zu prüfen, verfahrensrechtlich in seinem eigenen Recht auf Achtung des Privatlebens verletzt worden sei.⁶ Auf diese verfahrensrechtliche Aussage beschränkte sich der EGMR. Er prüfte nicht, ob die Versagung der Erlaubnis mit Art. 8 EMRK zu vereinbaren sei und merkte dazu an: Angesichts des Umstands, dass die Konventionsstaaten weit von einem Konsens in der Beurteilung des assistierten Suizids entfernt seien, sei ihnen ein erheblicher Ermessensspielraum einzuräumen.⁷

D. Entscheidung

Vor dem Hintergrund dieses Urteils des EGMR mussten sich die nationalen Gerichte nunmehr den materiell-rechtlichen Fragen des Falles stellen.

I. Vorinstanzen

Das Verwaltungsgericht gab dem Wiederaufnahmeantrag von Herrn K. statt⁸ und wies seine Klage nunmehr als unbegründet ab.⁹ Der Erwerb einer letalen Dosis des Betäubungsmittels zur Selbsttötung sei mit dem Zweck des BtMG nicht vereinbar. Er diene nicht der medizinischen Versorgung und sei von der palliativen Verwendung von Betäubungsmitteln, die lebensverkürzend wirken könne, zu unterscheiden. Selbst dann, wenn ein selbstbestimmter Entschluss zur Beendigung eines leidvollen Lebens vorliege, könne der Erwerb auch ausnahmsweise nicht erlaubt werden. Das Oberverwaltungsgericht folgte dem Urteil. Auch wenn eine eindeutige Aussage im Gesetz fehle, spreche die Gesetzgebungsgeschichte dagegen, dass der Gesetzgeber die Abgabe von Betäubungsmitteln zum Zwecke der Selbsttötung habe ermöglichen wollen. Das Grundgesetz sowie die Rechte und Freiheiten der EMRK verlangten keine abweichende Auslegung. Der Schutz des

Lebens vulnerabler Menschen rechtfertige ein ausnahmsloses Verbot. Es verletze Menschen, die sich in der Lage von Frau K. befinden, nicht in ihrer Würde, weil ihnen Handlungsalternativen blieben.

II. Revision

Mit seiner Revision hat Herr K. seine Feststellungsklage weiterverfolgt und geltend gemacht: Das Recht, selbstbestimmt über den Zeitpunkt und die Umstände des eigenen Todes zu entscheiden, laufe leer, wenn dem Betroffenen verwehrt werde, auf eine möglichst risikolose und schmerzfreie Weise aus dem Leben zu scheiden. Durch das Verbot, Pentobarbital zu erwerben, sei seine Frau vor die Alternative gestellt gewesen, weiter zu leiden, eine andere, risikoreichere, leidvolle Möglichkeit des Suizids zu wählen oder die beschwerliche Reise in die Schweiz zu unternehmen. Das sei mit dem Schutz der Menschenwürde nicht vereinbar.

III. Das Urteil des BVerwG

Das BVerwG hat der Revision teilweise stattgegeben. Herr K. habe Anspruch auf die Feststellung, dass die Entscheidung des BfArM rechtswidrig gewesen ist, weil die Annahme, die Erteilung der begehrten Erlaubnis sei von vornherein ausgeschlossen, fehlerhaft sei.

1. Notwendigkeit einer Erlaubnis

Betäubungsmittelrechtlicher Ausgangspunkt ist die Zuordnung von Pentobarbital zu den verkehrs- und verschreibungsfähigen Betäubungsmitteln nach Anlage III zu § 1 Abs. 1 BtMG. Der Stoff wurde früher als Beruhigungs- und als Schlafmittel eingesetzt, findet aber wegen seiner Gefährlichkeit in der Humanmedizin heute kaum noch Anwendung. In der Veterinärmedizin wird er zum Einschläfern von Tieren verwandt. Die Klassifizierung des Stoffes hat zur Konsequenz, dass für den Erwerb von Pentobarbital grds. eine Erlaubnis des BfArM erforderlich ist (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMG). Seine Verschreibungsfähigkeit führt jedoch zu der Ausnahme, dass der Erwerb auch aufgrund ärztlicher Verschreibung möglich ist (§ 4 Abs. 1 Nr. 3 BtMG). Mit dieser (abstrakten) Möglichkeit musste sich der Senat gleichwohl nicht vertieft auseinandersetzen. Das Oberverwaltungsgericht hatte fest-

2 VG Köln, Urte. v. 21.02.2006 - 7 K 2040/05.

3 OVG Münster, Beschl. v. 22.06.2007 - 13 A 1504/06.

4 BVerfG, Beschl. v. 04.11.2008 - 1 BvR 1832/07.

5 EGMR, Urte. v. 19.07.2012 - Nr. 497/09 Rn. 78 ff. - „Koch/Deutschland“.

6 EGMR, Urte. v. 19.07.2012 - Nr. 497/09 Rn. 45 ff., 65 ff. - „Koch/Deutschland“.

7 EGMR, Urte. v. 19.07.2012 - Nr. 497/09 Rn. 69 ff. - „Koch/Deutschland“.

8 § 153 Abs. 1 VwGO i.V.m. § 580 Nr. 8 ZPO.

9 VG Köln, Urte. v. 13.05.2014 - 7 K 254/13.

gestellt, Frau K. habe tatsächlich nicht die Möglichkeit gehabt, Pentobarbital im Wege der Verschreibung zu erhalten.

2. Grundsätzlich keine Erlaubnis möglich

Der Senat wendet sich damit der Frage zu, unter welchen Voraussetzungen eine Erlaubnis zum Erwerb von Pentobarbital in Betracht kommt und verneint dies für Zwecke der Selbsttötung grds., wenngleich nicht ausnahmslos.

Dazu setzt er sich mit dem Versagungsgrund des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG auseinander: Die Erlaubnis ist zu versagen, wenn die Art und der Zweck des beantragten Verkehrs nicht mit dem Zweck des Gesetzes vereinbar ist. Zweck des Gesetzes ist es, einerseits die notwendige medizinische Versorgung der Bevölkerung sicherzustellen, andererseits den Missbrauch von Betäubungsmitteln und das Entstehen einer Betäubungsmittelabhängigkeit so weit wie möglich auszuschließen. Dem betäubungsmittelspezifischen Aspekt des Missbrauchs zum Genuss und den Gefahren einer Abhängigkeit kam hier angesichts des Verwendungszwecks von vornherein keine weitere Bedeutung zu. Entscheidend musste sich der Senat mit der Grenze auseinandersetzen, die mit der Sicherstellung der notwendigen medizinischen Versorgung gezogen ist.

Dem BtMG liegt das Verständnis zugrunde, dass Betäubungsmittel nicht nur schädlich sind, sondern durchaus auch für die menschliche Gesundheit von Nutzen sein können. Entscheidend ist der nicht anders zu erreichende medizinische Nutzen. Damit verbindet sich der Versagungsgrund des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG mit der Voraussetzung einer ärztlichen Verschreibung, für die die Anwendung „begründet“ sein muss (§ 13 Abs. 1 BtMG). Nach der Rechtsprechung des BGH ist dafür maßgeblich, dass nach anerkannten Regeln der ärztlichen Wissenschaft eine Indikation für die Anwendung des Betäubungsmittels besteht, es als Heilmittel für das Leiden des Patienten, mithin zu therapeutischen Zwecken einzusetzen. Parallel hierzu hat der Senat in seiner Rechtsprechung zur Erlaubniserteilung im Fall von Cannabis auf die Heilung oder Linderung von pathologischen Zuständen abgestellt.¹⁰ Hierauf aufbauend und vor dem Hintergrund des allgemeinen Ziels des Gesetzes, die menschliche Gesundheit und das Leben zu schützen, folgert der Senat, dass eine Erlaubnis zum Erwerb von Betäubungsmitteln zum Zweck der Selbsttötung grds. ausgeschlossen ist.

3. Erlaubnis ausnahmsweise möglich

Neuland betritt der Senat mit seiner Entscheidung, dass im Fall einer extremen Notlage die Erteilung einer Erlaubnis zum Erwerb eines Betäubungsmittels zur Selbsttötung möglich ist und geboten sein kann. Entscheidend stellt er darauf ab, dass der Staat wegen des Persönlichkeitsrechts¹¹ und der Menschenwürde (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) die in

einer solchen Situation frei und ernsthaft getroffene Entscheidung, das Leben beenden zu wollen, zu achten habe.

a. Selbstbestimmungsrecht

Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und die Verpflichtung zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde sichern jedem Einzelnen einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann.¹² Dazu gehört, dass der Mensch über sich selbst verfügen und sein Schicksal eigenverantwortlich gestalten kann.¹³ Das gilt auch für den Umgang mit Krankheit und das Recht, eine medizinische Behandlung abzulehnen.¹⁴ Einfachgesetzlich entspricht dem das Recht der Patientenverfügung (§ 1901a ff. BGB), nach dem ohne Einwilligung oder gegen den tatsächlich geäußerten oder mutmaßlichen Willen des einwilligungsunfähigen Patienten lebenserhaltende oder -verlängernde Maßnahmen weder eingeleitet noch fortgesetzt werden dürfen.¹⁵ Aus dieser Rechtsprechung leitet der Senat das Recht eines schwer und unheilbar kranken Menschen ab, zu entscheiden, wie und zu welchem Zeitpunkt sein Leben enden soll, vorausgesetzt, er kann seinen Willen frei bilden und entsprechend handeln.¹⁶ Das gelte auch für schwer kranke Menschen, die ihr Leben vor Erreichen der Sterbephase und losgelöst von einem tödlichen Krankheitsverlauf beenden wollen. Jenseits dieser verfassungsrechtlichen Ableitung eines grundrechtlichen Schutzes des selbstbestimmten Sterbens schwer und unheilbar kranker Menschen stützt sich der Senat auch auf die Rechtsprechung des EGMR, der das Recht des Einzelnen, bei freiem Willen darüber zu bestimmen, wie und zu welchem Zeitpunkt sein Leben beendet werden soll, in den Anwendungsbereich des Rechts auf Achtung des Privatlebens einbezieht (Art. 8 Abs. 1 EMRK).¹⁷

Auf der Grundlage dieser Erkenntnis konstatiert das BVerwG, dass die Ablehnung der Erlaubnis das Recht von Frau K. beschränkt hat, selbstbestimmt zu entscheiden, wann und wie ihr Leben enden soll. Er sieht hierin einen Grundrechtseingriff, weil ihr der Zugang verwehrt wird, stellt der abwehr-

¹⁰ BVerwG, Urt. v. 06.04.2016 - 3 C 10/14 Rn. 13.

¹¹ Verschiedentlich wird in diesem Zusammenhang auch Art. 2 Abs. 2 GG in Bezug genommen. Bedeutsame Unterschiede ergeben sich daraus nicht.

¹² BVerfG, Urt. v. 13.02.2007 - 1 BvR 421/05 Rn. 59 - Vaterschaftsfeststellung.

¹³ BVerfG, Beschl. v. 11.10.1978 - 1 BvR 16/72 Rn. 35 - Geschlechtsumwandlung.

¹⁴ BVerfG, Urt. v. 26.07.2016 - 1 BvL 8/15 Rn. 74.

¹⁵ BGH, Urt. v. 25.06.2010 - 2 StR 454/09 Rn. 14 ff.; BGH, Urt. v. 06.07.2016 - XII ZB 61/16 Rn. 34 ff.

¹⁶ Vgl. Dreier in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Bd. I, Art. 1 Abs. 1 Rn. 154 und Art. 2 Abs. 1 Rn. 29; a.A. etwa Lorenz in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 2 Abs. 1, Stand: April 2008, Rn. 54 und Rn. 303, Art. 2 Abs. 2 Satz 1, Stand: Juni 2012, Rn. 420.

¹⁷ EGMR, Urt. v. 14.05.2012 - Nr. 67810/10 Rn. 58 f. - „Gross/Schweiz“.

rechtlichen Dimension des Grundrechts jedoch zugleich eine Schutzdimension zur Seite, die er aus der Verpflichtung aller staatlicher Gewalt ableitet, die Würde des Menschen zu achten und zu schützen (Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG).

b. Schutz des Lebens

Mit dem Selbstbestimmungsrecht ist die hier gegenläufig bedeutsame Schutzpflicht des Staates für das Leben in Ausgleich zu bringen (Art. 2 Abs. 2 GG). Bei der normativen Umsetzung entsprechender Schutzkonzepte kommt dem Gesetzgeber ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu.¹⁸ Daher kann der Einzelne grds. nicht verlangen, dass der Staat Rahmenbedingungen und Strukturen schafft, die die Selbsttötung ermöglichen oder erleichtern. Dem entspricht, dass der Erwerb eines Betäubungsmittels zur Selbsttötung insbesondere zum Schutz vulnerabler Menschen grds. nicht erlaubnisfähig ist.

c. Vorrang des Selbstbestimmungsrechts in extremen Notlagen

Trotz des Spielraums des Gesetzgebers beim Ausgleich der Schutzpflichten kann sich eine allgemeine Schutzpflicht konkret so verdichten, dass allein ihr zu folgen ist.¹⁹ Das hat der Senat hier unter bestimmten Voraussetzungen angenommen: Das Verbot, Betäubungsmittel zum Zweck der Selbsttötung zu erwerben, lasse sich nicht mehr rechtfertigen, wenn sich der Betroffene wegen einer schweren und unheilbaren Erkrankung in einer extremen Notlage befinde. Das sei der Fall, wenn – erstens – die schwere und unheilbare Erkrankung mit gravierenden körperlichen Leiden, insbesondere starken Schmerzen verbunden ist, die zu einem unerträglichen Leidensdruck führen und nicht ausreichend gelindert werden können – zweitens – der Betroffene entscheidungsfähig ist und sich frei und ernsthaft entschieden hat, sein Leben beenden zu wollen und ihm – drittens – eine andere zumutbare Möglichkeit zur Verwirklichung des Sterbewunsches nicht zur Verfügung steht. Sei der Betroffene in einer solchen Weise seiner Krankheit ausgeliefert, sei der Kern eigenverantwortlicher Selbstbestimmung berührt. In dieser Situation müsse die staatliche Schutzpflicht für das Leben gegenüber dem Selbstbestimmungsrecht zurücktreten, was auch im Zusammenhang mit dem Abbruch einer ärztlichen Behandlung anerkannt sei.²⁰ Eine Pflicht, weiter zu leben, dürfe schwer und unheilbar kranken, zur Selbstbestimmung fähigen Menschen nicht – auch nicht mittelbar – auferlegt werden.²¹ Die staatliche Gemeinschaft dürfe den Betroffenen sich nicht hilflos überlassen, sondern habe seine Entscheidung zu achten.

d. Verfassungskonforme Auslegung

Mit diesem Befund kehrt der Senat zu der Erlaubnispflicht (§ 3 Abs. 1 BtMG) und dem Versagungsgrund des § 5 Abs. 1

Nr. 6 BtMG zurück und legt diese grundrechtskonform aus. Die Erlaubnis zum Erwerb eines Betäubungsmittels für eine Selbsttötung sei mit dem Zweck des Gesetzes ausnahmsweise vereinbar, wenn die beschriebene extreme Notlage gegeben sei. In einer solchen Situation stehe dieser Auslegung weder der Wortlaut des Gesetzes noch der Wille des Gesetzgebers entgegen. Der Begriff der notwendigen medizinischen Versorgung in § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG meine einen Betäubungsmittelsatz zu therapeutischen Zwecken. In einer extremen Notlage der dargelegten Art könne die Anwendung eines Betäubungsmittels zur Selbsttötung ausnahmsweise als therapeutischen Zwecken dienend angesehen werden, weil sie die einzige Möglichkeit sei, eine krankheitsbedingte, für den Betroffenen unerträgliche Leidenssituation zu beenden. Die Definition einer extremen Notlage gewährleiste zugleich, dass eine Erlaubnis nur erteilt werde, wenn dies mangels anderer zumutbarer Möglichkeiten, sich das Leben zu nehmen, notwendig sei. Hinsichtlich des Willens des Gesetzgebers lasse sich aus den Gesetzesmaterialien zum BtMG zwar schließen, dass eine Erwerbserlaubnis zur Selbsttötung grds. nicht in Betracht komme. Es bestehe aber kein Anhaltspunkt, dass dies auch unter den engen Voraussetzungen einer extremen Notlage gelten solle. Auch aus dem Gesetzgebungsverfahren zu der am 10.12.2015 in Kraft getretenen Strafvorschrift des § 217 StGB ergebe sich nichts anderes. Der Gesetzgeber erkenne das Selbstbestimmungsrecht schwer und unheilbar Kranker ausdrücklich an und verneine eine Strafbarkeit, wenn im Einzelfall nach sorgfältiger Untersuchung und unter strikter Orientierung an der freiverantwortlich getroffenen Entscheidung einer zur Selbsttötung entschlossenen Person Suizidhilfe gewährt werde.²² Angesichts der engen Voraussetzungen einer extremen Notlage könne auch keine Rede davon sein, dass mit dem Suizid in einer solchen Lage der Anschein einer Normalität entstehen könne.

e. Feststellung einer extremen Notlage

Die Beklagte machte auch geltend, das BfArM sei nicht in der Lage, zu beurteilen, ob eine extreme Notlage vorliege. Der Senat hat diesen Einwand nicht gelten lassen. Das Fehlen spezieller verfahrensrechtlicher Regelungen stehe der Verpflichtung nicht entgegen, grundrechtskonform zu verfahren. Die gebotene sorgfältige Prüfung sei im Rahmen des allgemeinen Verfahrensrechts sicherzustellen.

18 BVerfG, Beschl. v. 26.07.2016 - 1 BvL 8/15 Rn. 70.

19 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 26.07.2016 - 1 BvL 8/15 Rn. 70 ff.

20 BGH, Beschl. v. 17.09.2014 - XII ZB 202/13 Rn. 22.

21 Ähnlich Nationaler Ethikrat, Selbstbestimmung und Fürsorge am Lebensende, 2006, S. 58 f.

22 BT-Drs. 18/5373, S. 10, 13, 18.

4. Alternativen – Erforderlichkeit der Erlaubnis

Das Oberverwaltungsgericht hat die Tragik des Schicksals von Frau K. gesehen und sich deshalb mit den in einer solchen Lage verbleibenden Handlungsmöglichkeiten befasst. Es hat angenommen, Menschen in vergleichbarer Lage stünden Alternativen der Selbsttötung, ein Behandlungsabbruch und die Palliativmedizin zur Verfügung. Auch das BVerwG hat sich die Frage gestellt, ob Frau K. eine andere Möglichkeit hatte, ihren Sterbewunsch in zumutbarer Weise zu verwirklichen. Dem entsprechen die Bedingung, den Betäubungsmittelerwerb nur zu einer notwendigen medizinischen Versorgung zu erlauben (§ 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG), und die Voraussetzungen einer extremen Notlage.

Die Möglichkeit, Frau K. auf eine ärztliche Suizidbeihilfe zu verweisen, hat es wegen der bestehenden strafrechtlichen und berufsrechtlichen Risiken verneint. Nicht anders gesehen hat es das hinsichtlich der Möglichkeit, die angestrebte Selbsttötung im Ausland vorzunehmen. Art. 1 Abs. 3 GG verpflichtet, den hier gebotenen Grundrechtsschutz innerhalb der eigenen Rechtsordnung zu gewährleisten.

Hingegen ist es davon ausgegangen, dass in der hier gegebenen Fallkonstellation ein palliativmedizinisch begleiteter Behandlungsabbruch als Alternative grds. in Betracht komme. Ob Frau K. im Frühjahr 2005 eine solche ihr zumutbare Möglichkeit tatsächlich hatte, war vor dem EGMR strittig geblieben. Der Senat hielt die Frage – tatsächlich und mit Blick auf rechtliche Unsicherheiten – für offen. Er meinte, das BfArM habe die Erlaubnis nicht ablehnen dürfen, ohne zumutbare Alternativen zu prüfen. Seine Ablehnung sei daher rechtswidrig gewesen. Eine Nachholung der erforderlichen Feststellungen hielt es hingegen nach dem Tod von Frau K. nicht für möglich. Das hatte zur Konsequenz, dass es nicht die Verpflichtung aussprechen konnte, die Erlaubnis hätte erteilt werden müssen, und die Revision insoweit zurückgewiesen hat.

E. Kontext

Die ethische Bewertung der Selbsttötung und damit einhergehend der Beihilfe wird seit jeher kontrovers diskutiert.²³ Das gilt weniger für die weitaus überwiegende Zahl der Selbsttötungen, die aufgrund krankhafter psychischer Störungen oder situative Verzweiflung vorübergehender Natur begangen werden. Was in diesen Fällen zunächst als Beihilfe erscheinen mag, kann täterschaftlich Tötung oder unterlassene Hilfeleistung sein. Schwierig ist dagegen der Umgang mit jenem Todeswunsch, der sich als Ergebnis einer reiflichen Güterabwägung darstellt und der durch Zuwendung und Hilfe nicht umkehrbar ist. So lagen die Dinge hier. Soweit ersichtlich hat niemand der Ernsthaftigkeit der Entscheidung von Frau K. den Respekt versagt. Allein ihrem Fall war mit der Entscheidung Rechnung zu tragen, auch wenn das Feststellungsinteresse

des Klägers zwischenzeitlich mit der Behauptung diskreditiert wird, er habe auch das rechtspolitische Anliegen einer Schweizer Sterbehilfeorganisation im Blick gehabt.

Die rechtliche Beurteilung der Selbsttötung wird vor allem vom Strafrecht geprägt. Seit Inkrafttreten des StGB im Jahr 1871 ist nur die Fremdtötung strafbar und damit die Beihilfe zur Selbsttötung aufgrund ihrer Abhängigkeit von einer strafbaren Haupttat straflos.²⁴ Der BGH bejahte allerdings bereits in seiner frühen Rechtsprechung die Täterschaft eines zu einem Selbstmord hinzukommenden Garanten (Ehegatten)²⁵ und sah kurz darauf im Selbstmord auch einen „Unglücksfall“, woraus sich für jedermann eine Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfeleistung ergeben kann. Tragend hierfür war die Begründung, dass „jeder Selbstmord – von äußersten Ausnahmefällen vielleicht abgesehen – vom Sittengesetz streng missbilligt ist, da niemand selbstherrlich über sein eigenes Leben verfügen und sich den Tod geben darf“.²⁶ In dieser ethischen Bewertung spiegelte sich die christliche Moraltheologie der 50er Jahre. Sie sah und sieht in der Selbsttötung einen Widerspruch zu dem Ja Gottes zum Leben, erkennt heute aber ein Recht auf menschenwürdiges Sterben an, das die Palliativmedizin gewährleisten soll. Sie konzediert, dass die Palliativmedizin dies möglicherweise in seltenen Ausnahmefällen nicht kann.²⁷ Die Rechtsprechung des BGH hat sich von dieser moralischen Bewertung weitgehend gelöst und misst dem frei verantwortlichen Selbsttötungsentschluss zwischenzeitlich maßgebliche Bedeutung bei.²⁸ Insbesondere ist seit dem Urteil des BGH vom 25.06.2010 anerkannt, dass ein mit Einwilligung des Patienten vorgenommener, zum Tode führender Behandlungsabbruch gerechtfertigt ist.²⁹ Zivilrechtlich ist ebenfalls entschieden, dass der Abbruch lebenserhaltender und -verlängernder Maßnahmen selbst dann verlangt werden kann, wenn er darauf zielt, das Leben trotz vorhandener Lebensperspektive zu beenden.³⁰ Mit Blick auf die betäubungsmittelrechtliche Strafbarkeit einer unbegründeten Verschreibung eines Betäubungsmittels (§ 29 Abs. 1 Nr. 6 BtMG i.V.m. § 13 Abs. 1 BtMG) ist eine weitere Entscheidung des BGH von Interesse. Sie deutet

23 Vgl. Nationaler Ethikrat, Selbstbestimmung und Fürsorge am Lebensende, 2006, S. 79 f.; Simson, Die Suizidat – Eine vergleichende Betrachtung, 1976.

24 Von dem neuen Tatbestand des § 217 StGB sei an dieser Stelle abgesehen.

25 BGH, Urt. v. 12.02.1952 - 1 StR 59/50.

26 BGH, Urt. v. 03.03.1954 - GSSt 4/53.

27 Gemeinsame Stellungnahme des Bevollmächtigten des Rates der EKD und des Kommissariats der katholischen Bischöfe zu vier Gesetzesentwürfen betreffend die Hilfe zur Selbsttötung vom 11.09.2015, S. 2, 6.

28 Vgl. BGH, Beschl. v. 08.07.1987 - 2 StR 298/87.

29 BGH, Urt. v. 25.06.2010 - 2 StR 454/09 Rn. 21 ff.

30 BGH, Beschl. v. 17.09.2014 - XII ZB 202/13 Rn. 22.

an, ärztliches Handeln könne gerechtfertigt oder entschuldigt sein.³¹ Der Nationale Ethikrat ist in diesem Sinne mehrheitlich der Auffassung, der Gesetzgeber solle im Betäubungsmittelrecht klarstellen, dass im Ausnahmefall eine Verschreibung von Betäubungsmitteln auch im Rahmen einer Beihilfe zu einem frei verantwortlichen Suizid nicht strafbar sei.³² Das dürfte auf der Ebene ärztlicher Suizidhilfe weitgehend den Wertungen des BVerwG entsprechen. Nichtsdestotrotz ist deutlich, dass das Urteil mit seinem Bekenntnis zur Verortung des hier in Rede stehenden Selbstbestimmungsrechts im Kernbereich von Persönlichkeitsrecht und Menschenwürde sowie dessen Vorrang gegenüber dem Schutz des Lebens³³ über den bisherigen Stand der Rechtsprechung hinausgeht. Es konkretisiert erstmals die staatliche Schutzpflicht für diese Grundrechte in einem möglichen Anspruch auf Zugang zu einem tödlichen Betäubungsmittel.

Das öffentliche Recht hatte zu diesen Fragestellungen gegenüber dem Strafrecht bislang eine eher nachgeordnete Bedeutung. Allerdings ist die Selbsttötung seit Langem auch Thema des Polizeirechts³⁴ und beschäftigte in diesem Zusammenhang ebenso die Verwaltungsgerichte.³⁵ Das VG Karlsruhe bestätigte 1987 in einem vergleichsweise ähnlich gelagerten Fall eine Verfügung, mit der ärztliche Sterbehilfe untersagt wurde.³⁶ Das Gericht konstatierte allerdings, dass seine Ausführungen dem Schicksal der zur Selbsttötung entschlossenen Frau schwerlich gerecht werden könnten. Das fußte auch auf einer vorausgegangenen Verfassungsbeschwerde der Frau. Sie wurde vom BVerfG verworfen, weil die Frau von der Verfügung nicht betroffen sei. Anders wäre das nur, wenn sie einen verfassungsrechtlich verbürgten Anspruch auf Sterbehilfe durch Dritte hätte und eine Überprüfung der Polizeiverfügung zur Klärung dieser Frage geeignet wäre. Letzteres (!) sei nicht der Fall.³⁷

Hinzuweisen ist ferner auf das ärztliche Berufsrecht. Das VG Berlin hatte 2012 über eine Verfügung der Ärztekammer zu entscheiden, mit der einem Arzt untersagt wurde, todbringende Substanzen an Patienten zum Zwecke des Suizids zu überlassen. Die Untersagungsverfügung spiegelte die Musterberufsordnung des Ärztetags 2011, die Ärzten Hilfe zur Selbsttötung verbietet. Das VG Berlin hob die Verfügung auf. In seinem eingehend begründeten Urteil führte es aus, dass die Verfügung wegen des Vorbehalts des Gesetzes nicht auf die Berufsordnung der Ärztekammer Berlin gestützt werden könne.

F. Ausblick

Das Urteil des BVerwG kam für die meisten Beobachter überraschend.

In einer der ersten Äußerungen wurde ihm entgegnet, Frau K. hätte ihr Beatmungsgerät abschalten lassen, sich während des

Sterbens palliativmedizinisch begleiten und so in den Armen ihres Ehemannes in Frieden einschlafen können. So einfach war es wohl nicht. Dass für Frau K. 2005 eine solche Möglichkeit konkret bestand, hatten die Vorinstanzen nicht festgestellt, war aber auch nicht substantiiert vorgetragen und letztlich nicht mehr aufklärbar. Legt man den vom BGH entschiedenen Fall einer künstlich ernährten Patientin im Wachkoma zugrunde,³⁸ der sich 2007 zugetragen hat, und berücksichtigt man den damaligen Stand der Rechtsprechung, so scheint eine solche Möglichkeit durchaus zweifelhaft.

Wer die Möglichkeit, auf diesem Wege aus dem Leben zu scheiden, betont, kann auch nach dem Unterschied fragen, der bei dem gleichsam gestuften Vorgehen vom Behandlungsabbruch zum palliativ begleiteten Sterben gegenüber der Einnahme eines unmittelbar zum Tode führenden Betäubungsmittels besteht. Ein US-Bundesberufungsgericht sah darin im Fall terminal erkrankter Patientin eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung. Das US-Supreme Court hat dies letztlich anders beurteilt und doch bleibt der Grat schmal, der dabei zu begehen ist.³⁹ Das BVerwG hat die in einem palliativ begleiteten Behandlungsabbruch bestehende Alternative gesehen und die Verpflichtung des BfArM danach ausgerichtet: Stehen diesem Weg nicht eventuelle Grenzen der Palliativmedizin oder sonstige Umstände entgegen, so schließt er die Erteilung einer Erlaubnis zum Erwerb eines tödlichen Betäubungsmittels aus. Geht man davon aus, dass jedenfalls heute Menschen in einer Situation wie Frau K. dieser Weg offensteht, so hätte es damit sein Bewenden.

Damit dürfte sich der verschiedentlich geäußerten Sorge begegnen lassen, das Urteil stelle die Erfolge der Palliativmedizin infrage. Der Vorrang der palliativmedizinischen Alternativen und jedes palliativmedizinischen Ansatzes, der das Leid schwer und unheilbar kranker Menschen lindern kann, sollte im Gegenteil eine umfassende und flächendeckend stets verfügbare palliativmedizinische Versorgung unterstützen.

Im Mittelpunkt der Auseinandersetzung steht denn auch mehr die Sorge um eine Entgrenzung, die zugespitzt mit dem Bild eines Dammbrochs beschrieben wird. Mit seiner Defini-

31 BGH, Urt. v. 07.02.2001 - 5 StR 474/00 Rn. 9.

32 Ad-Hoc-Empfehlung zur Regelung der Suizidbeihilfe in einer offenen Gesellschaft vom 18.12.2014.

33 Vgl. Hufen, NJW 2001, 849.

34 Vgl. Fink, Selbstbestimmung und Selbsttötung, 1992, S. 25 ff.

35 Vgl. z.B. VG Hamburg, Beschl. v. 06.02.2009 - 8 E 3301/08.

36 VG Karlsruhe, Urt. v. 11.12.1987 mit kritischer Anmerkung Herzberg, JZ 1988, 182.

37 BVerfG, Beschl. v. 23.07.1987 - 1 BvR 825/87 Rn. 16.

38 BGH, Urt. v. 25.06.2010 - 2 StR 454/09.

39 Vgl. Gavela, Ärztlich assistierte Suizid und organisierte Sterbehilfe, 2013, S. 183 ff.

tion eines extremen Notfalls hat sich der Senat bemüht, der Praxis Kriterien an die Hand zu geben, die eine Abgrenzung erlauben. Dass etwa die Frage einer frei und ernsthaft getroffenen Entscheidung nicht immer leicht zu beantworten ist, zeigt die Praxis der Patientenverfügung. Sie zeigt aber zugleich auch, dass sich das Problem bewältigen lässt. Jenseits der objektivierbaren Elemente bleibt im Übrigen richtig, dass das entsprechende subjektive Erleben des betroffenen Menschen wie überhaupt sein Entschluss hinzukommen muss. Es wäre daher gänzlich falsch anzunehmen, staatliche Instanzen entschieden über das Leben. Das liegt allein in der Hand des Betroffenen. Das BfArM hat nur zu entscheiden, wann der Staat seinen durch den Erlaubnisvorbehalt des BtMG gewährleisteten Schutz im Lichte einer extremen Notlage zurückzunehmen hat. Gleichwohl bleibt verständlich, dass sich die christlichen Kirchen zwar Ausnahmesituationen vorstellen können, diese aber nicht geregelt wissen wollen.⁴⁰ So sehr damit das Prinzip verteidigt wird, so wenig ist damit jedoch dem Einzelnen geholfen. Von ihm vor die Entscheidung gestellt, muss sich der Rechtsstaat bekennen. Gerade zu den Fragen am Anfang und Ende des Lebens ist er dazu besonders aufgerufen.⁴¹

Es ist Aufgabe des BfArM, künftige Fälle zu lösen. Das gilt insbesondere für die von der Beklagten in der Revision problematisierte Frage des Verfahrens der Entscheidungsfindung, etwa einer möglichen Einbindung von Angehörigen und Ärzten, dessen Ausgestaltung für die Ergebnisrichtigkeit entscheidende Bedeutung hat. Konzepte, die sich dafür fruchtbar machen lassen, sind vorhanden.⁴² Schnelle Ergebnisse sind sicher nicht zu erwarten, nicht nur wegen der Entscheidung zu § 217 StGB, die aus Karlsruhe erwartet wird.

40 Vgl. etwa Kardinal Marx, „Gebt uns die Sterbenden“, FAZ.net, 05.09.2014.

41 Vgl. etwa Leisner, Tod im Staatsrecht, S. 24, 55 f.

42 Vgl. etwa Borasio u.a., Selbstbestimmung im Sterben – Fürsorge zum Leben, ein Gesetzesvorschlag zur Regelung des assistierten Suizids.

Übertragung des Arbeitsschutzes auf den Dekan einer Fakultät

BVerwG, Urt. v. 23.06.2016 - 2 C 18/15

RiBVerwG Dr. Klaus von der Weiden

A. Problemstellung

Im vorliegend vom BVerwG entschiedenen Fall hat ein Präsident einer bayerischen Universität allen Dekanen und allen Lehrstuhlinhabern seiner Universität die Aufgaben nach dem

Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) übertragen. Hiergegen wandten sich der Dekan der juristischen Fakultät und einer der Lehrstuhlinhaber dieser Fakultät. Der für das Beamtenrecht zuständige Senat des BVerwG hat die angefochtenen Verfügungen aufgehoben bzw. ihre Rechtswidrigkeit festgestellt.

Dabei stellten sich für das BVerwG Fragen, die teilweise auch über den Bereich des Arbeitsschutzrechts hinaus von Bedeutung sind: Wann sind eine vorbeugende Feststellungsklage und eine vorbeugende Unterlassungsklage statthaft? Was muss der Dienstherr beachten, wenn er Personen damit beauftragen will, ihm selbst durch das ArbSchG obliegende Aufgaben in eigener Verantwortung wahrzunehmen?

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Im April 2009 übertrug der Präsident der Universität A. dem Kläger zu 2. in seiner Eigenschaft als amtierender Dekan der Juristischen Fakultät „die dem Dienstherrn hinsichtlich des Arbeitsschutzes und der Verhütung von Arbeitsunfällen, Berufskrankheiten und arbeitsbedingten Gesundheitsgefahren obliegenden Pflichten“. Angesichts schwerwiegender Arbeitsunfälle an deutschen Universitäten sei es erforderlich, die Zuständigkeiten, die sich aus der Funktion des Leiters eines Bereichs ergäben, dezidiert zu definieren. Die beigefügte Aufstellung der wichtigsten möglichen Gefährdungen im Bereich des Klägers zu 2. sei nicht vollständig und von diesem entsprechend der im Bereich tatsächlich auftretenden zusätzlichen Gefährdungen zu ergänzen und auf dem Laufenden zu halten.

Ein gleichlautendes Schreiben mit gleichem Datum erhielt der Kläger zu 2. in seiner Funktion als Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Zivilverfahrensrecht, Römisches Recht und Europäische Rechtsgeschichte. Hiergegen wandte sich der Kläger zu 2. Die Wahrnehmung der Dienstherrpflichten im Bereich der Arbeitssicherheit gehöre nicht zu den mit dem Amt eines Universitätsprofessors verbundenen Aufgaben. Außerdem wandten sich der Kläger zu 2. in seiner Funktion als Lehrstuhlinhaber sowie ein Nachfolger im Amt des Dekans vorbeugend gegen eine angekündigte entsprechende Verfügung.

Alle Klagen sind in den Vorinstanzen erfolglos geblieben. Im Revisionsverfahren hat sich das beklagte Land mit dem Eintritt des nunmehr amtierenden Dekans der Juristischen Fakultät der Universität A. als Kläger in das Verfahren einverstanden erklärt. Die Revisionen des früheren Dekans, des jetzigen Dekans und des Lehrstuhlinhabers waren beim BVerwG sämtlich erfolgreich.

I. Das BVerwG hat die Zulässigkeit der Klage des gegenwärtigen Dekans als – vorbeugende – Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO bejaht. Der Beklagte hat auch im Revi-

sionsverfahren bekräftigt, dass eine Übertragung der arbeitschutzrechtlichen Dienstherrnpflichten auf den jetzigen Dekan, wie in der Verfügung vom April 2009 an seinen Amtsvorgänger geschehen, beabsichtigt ist und im Fall eines Obsiegens im anhängigen Rechtsstreit unmittelbar bevorsteht. Zwar ist der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz grds. nicht vorbeugend, sondern – um den Grundsatz der Gewaltenteilung und das der Verwaltung zugewiesene Handlungsfeld nicht übermäßig und „anlasslos“ zu beeinträchtigen – nachgelagert. Die Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes erfordert daher regelmäßig den Erlass einer Maßnahme, der nachfolgend Gegenstand gerichtlicher Überprüfung ist. Vorbeugender Rechtsschutz gegen erwartete oder befürchtete Anordnungen der Verwaltung ist – ausnahmsweise – nur dann zulässig, wenn dem Betroffenen ein weiteres Zuwarten, ob und wie die Behörde tätig werden wird, nicht zugemutet werden kann und daher ein schutzwürdiges Interesse an einer alsbaldigen gerichtlichen Klärung besteht. Eine derartige Ausnahmekonstellation liegt insbesondere bei drohenden Sanktionen vor, die – wie hier in § 25 Abs. 1 Nr. 2a und § 26 Nr. 2 ArbSchG – an verwaltungsrechtliche Vorfragen anknüpfen. Denn es ist nicht zumutbar, die Klärung verwaltungsrechtlicher Zweifelsfragen „von der Anklagebank herab“ führen zu müssen. Ein Kläger hat ein schutzwürdiges Interesse daran, den Verwaltungsrechtsweg als sachnähere und „fachspezifischere“ Rechtsschutzform einzuschlagen, wenn ihm wegen verwaltungsrechtlicher Fragen ein Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren droht.¹ Im Übrigen ist angesichts der hier durch den kurzen Rhythmus der Amtszeiten regelmäßig drohenden Erledigung andernfalls Hauptsacherechtsschutz faktisch nicht zu erreichen.

II. Im Revisionsverfahren ist die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung zu den Pflichten der Professoren zugrunde zu legen. Das BVerwG hat die hochschulrechtliche Regelung des bayerischen Landesrechts zu den Pflichten der Professoren in der vom Berufungsgericht vorgenommenen Auslegung zugrunde zu legen. Danach umfasst die Mitwirkung an der Verwaltung der Hochschule nicht nur die akademische Selbstverwaltung, sondern auch die allgemeine Universitätsverwaltung. Zu den hauptberuflichen Aufgaben von Professoren an bayerischen Hochschulen gehört somit auch die Mitwirkung im Bereich des Arbeitsschutzes.

III. Die für eine Beauftragung erforderlichen Voraussetzungen aus § 13 Abs. 2 ArbSchG – wonach der Arbeitgeber zuverlässige und fachkundige Personen schriftlich damit beauftragen kann, ihm nach dem ArbSchG obliegende Aufgaben in eigener Verantwortung wahrzunehmen – liegen jedoch nicht vor.

1. Rechtsfolge und Zweck der arbeitsschutzrechtlichen Verantwortung nach § 13 ArbSchG ist allein die Festlegung der Adressaten für aufsichtsbehördliche Maßnahmen und deren

Absicherung durch Ordnungswidrigkeiten- und Straftatbestände. Möglich ist damit eine unmittelbare Inanspruchnahme der Personen, die den Arbeitsprozess bestimmen und die arbeitsschutzrechtlichen Vorgaben konkret wahrnehmen. Die Vorschrift dient damit „einem effektiven betrieblichen Arbeitsschutz, indem sie es den Behörden ermöglicht, gegenüber diesen Personen Anordnungen zur Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzvorschriften vor Ort treffen zu können“. Bezugspunkt der Verantwortlichkeitsbestimmungen in § 13 ArbSchG ist die Frage, wer für die Aufsichtsbehörden „greifbar“ ist und als Adressat behördlicher Anordnungen in Betracht kommt. Die konstitutive Beauftragung nach § 13 Abs. 2 ArbSchG nimmt regelmäßig den betrieblichen Arbeitsschutzbeauftragten in Bezug. Werden mehrere Personen mit der Wahrnehmung arbeitsschutzrechtlicher Pflichten beauftragt, setzt die „geeignete Organisation“, für die der Arbeitgeber nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG zu sorgen hat, jedenfalls voraus, dass die jeweiligen Zuständigkeitsbereiche klar voneinander abgegrenzt sind.

Voraussetzung für eine Beauftragung nach § 13 Abs. 2 ArbSchG ist dabei stets, dass es sich beim Übertragungsadressaten um eine zuverlässige und fachkundige Person handelt. Die gewillkürte Pflichtenstellung nach § 13 Abs. 2 ArbSchG folgt einem anderen Modell als die gesetzliche Verpflichtung nach § 13 Abs. 1 ArbSchG. Während die gesetzliche Pflichtenbegründung aus § 13 Abs. 1 ArbSchG – unabhängig vom Vorliegen einer entsprechenden Fachkunde – eine Inpflichtnahme ausschließlich aufgrund der innerbetrieblichen Leitungsfunktion begründet, knüpft § 13 Abs. 2 ArbSchG gerade nicht an eine ohnehin bestehende Leitungs- oder Führungsfunktion, sondern an den konstitutiven Übertragungsakt des Arbeitgebers an. Deshalb ist eine „Fachkunde“ in § 13 Abs. 2 ArbSchG ausdrücklich benannt und vorausgesetzt. Verfügt die beauftragte Person nicht über die erforderliche Kenntnis, um die aus den Arbeitsabläufen resultierenden Gefahren erkennen und bewältigen zu können, wird der gesetzliche Schutzzweck verfehlt und der jeweilige Aufgabenbereich faktisch von einer wirksamen Aufsicht ausgegenommen. Deshalb muss die erforderliche Fachkunde bereits im Zeitpunkt der Beauftragung vorliegen.

Für den Inhaber eines juristischen Lehrstuhls und den Dekan der Juristischen Fakultät sind vornehmlich die klassischen Gefährdungslagen eines Büro- und Bildschirmarbeitsplatzes in den Blick zu nehmen. Die Anforderungen an die hierzu erforderliche Fachkunde dürfen nicht überspannt werden. Insoweit erscheint nicht ausgeschlossen, dass mit den Ausführungen in der Anleitung zur Gefährdungsbeurteilung und einer auf den jeweiligen Bereich be-

1 BVerfG, Beschl. v. 07.04.2003 - 1 BvR 2129/02.

zogenen Unterweisung durch den betrieblichen Arbeitsschutzbeauftragten oder einen externen Sachverständigen ausreichend Fachkunde vermittelt werden kann.

2. So ist vorliegend indes nicht verfahren worden. Die Bezugnahme auf eine von dem Inpflichtgenommenen selbst erstellte Gefährdungsbeurteilung genügt zur Vermittlung ausreichender Fachkunde nicht. Das flächendeckend für alle Lehrstuhlinhaber und Dekane praktizierte Übertragungsverfahren an der Universität A. wird der Voraussetzung hinreichender Fachkunde in § 13 Abs. 2 ArbSchG daher nicht gerecht.

IV. Außerdem sind die Beauftragungen vom April 2009 nicht hinreichend bestimmt. Damit kein Zweifel über die Beauftragung und ihren Inhalt bestehen kann, muss der Umfang der begründeten Pflichten hinreichend präzise niedergelegt werden. Der eigentliche Verfügungstext hier ist völlig offen, weil nicht einmal auf den jeweiligen Zuständigkeitsbereich Bezug genommen wird. Dementsprechend ist die Formulierung bei den Lehrstuhlinhabern und den Dekanen auch identisch. Es bleibt für den Adressaten völlig unklar, welche konkrete Verpflichtung er hat. Unklar ist schließlich, wie der Pflichtenumfang der verschiedenen Beauftragten voneinander abzugrenzen ist.

C. Kontext der Entscheidung

Über die Einrichtung und Ausgestaltung von Dienstposten entscheidet der Dienstherr innerhalb des von Verfassung und Parlament vorgegebenen Rahmens aufgrund der ihm zukommenden Organisationsgewalt nach seinen Bedürfnissen. Wie er seine Stellen zuschneidet und welche Zuständigkeiten er ihnen im Einzelnen zuweist, fällt in sein Organisationsermessen.² Ebenso wie die Umsetzung eines Beamten auf einen anderen Dienstposten grds. auf jeden sachlichen organisations- oder personalwirtschaftlichen Grund gestützt werden kann,³ steht dem Dienstherrn auch die Veränderung des Aufgabenbereichs eines Beamten zu, solange die verbleibende Beschäftigung amtsangemessen ist.⁴ Der Dienstherr kann einem Beamten daher auch weitere Aufgaben aus dem Bereich des Arbeitsschutzes übertragen, soweit hiergegen nicht im Einzelfall besondere sachliche oder persönliche Gründe sprechen.

Die Verantwortlichkeiten nach dem ArbSchG sind kompliziert: Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG ist der Arbeitgeber zu bestimmten Arbeitsschutzmaßnahmen verpflichtet. Arbeitgeber in diesem Sinne sind auch juristische Personen, die Beamte beschäftigen (§ 2 Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 Nr. 4 ArbSchG). Arbeitsschutzrechtlicher Arbeitgeber der an einer Universität tätigen Landesbeamten ist damit unmittelbar das Land als ihr Dienstherr. Nach § 13 Abs. 1 Nr. 2

ArbSchG ist neben dem Arbeitgeber auch das vertretungsberechtigte Organ einer juristischen Person für die Pflichtenerfüllung verantwortlich; Adressat der Pflichtenstellung aus dem ArbSchG für eine Universität ist damit auch deren Präsident. Entsprechendes gilt nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 ArbSchG auch für Personen, die mit der Leitung eines Unternehmens oder eines Betriebs beauftragt sind. Für den Bereich des öffentlichen Dienstes gelten dabei Dienststellen als Betriebe in diesem Sinn (§ 2 Abs. 5 Satz 1 ArbSchG); Dienststellen sind die einzelnen Behörden oder Verwaltungsstellen (§ 2 Abs. 5 Satz 2 ArbSchG). Für Universitäten folgt daraus, dass Lehrstühle und Fakultäten keine Betriebe in diesem Sinne sind. Nach § 13 Abs. 2 ArbSchG kann der Arbeitgeber zuverlässige und fachkundige Personen schriftlich damit beauftragen, ihm nach dem ArbSchG obliegende Aufgaben in eigener Verantwortung wahrzunehmen. Die zuständige Behörde kann gem. § 22 Abs. 3 Satz 1 ArbSchG im Einzelfall anordnen, welche Maßnahmen der Arbeitgeber „und die verantwortlichen Personen“ zu treffen haben. Der Vollzug derartiger Anordnungen ist nach § 25 Abs. 1 Nr. 2a ArbSchG bußgeldbewehrt und im Fall der beharrlichen Wiederholung mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bedroht (§ 26 Nr. 1 ArbSchG).

D. Auswirkungen für die Praxis

Das BVerwG bekräftigt seine Rechtsprechung, wonach eine vorbeugende Feststellungsklage über streitige Fragen des öffentlichen Rechts – und die entsprechende vorbeugende Unterlassungsklage – zulässig ist, wenn eine behördliche Maßnahme angekündigt ist, die für den Adressaten straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtliche Folgen haben kann. Neu und von Bedeutung für den Rechtsanwender nicht nur in den Hochschulen sind die Ausführungen zu den Verantwortlichkeiten nach dem ArbSchG. Hier klärt das BVerwG die Systematik zwischen der gesetzlichen Verantwortungszuordnung nach § 13 Abs. 1 ArbSchG für den Arbeitgeber und seine Vertreter einerseits und der gewillkürten Delegation dieser Verantwortungszuordnung an weitere Personen durch den Arbeitgeber nach § 13 Abs. 2 ArbSchG andererseits. Danach kann der Dienstherr als Arbeitgeber die arbeitsschutzrechtlichen Pflichten nach § 13 Abs. 2 ArbSchG zwar an Beamte und damit auch an Dekane und Professoren übertragen. Allerdings setzt eine solche Übertragung beim Verpflichteten eine auf den jeweiligen Aufgabenbereich bezogene Fachkunde voraus und muss außerdem hinreichend bestimmt sein.

2 BVerwG, Beschl. v. 20.06.2013 - 2 VR 1/13 Rn. 25.

3 BVerwG, Urt. v. 19.11.2015 - 2 A 6/13 Rn. 18.

4 BVerwG, Beschl. v. 26.11.2004 - 2 B 72/04 Rn. 5.

Einkünfteerzielungsabsicht bei langjährigem Leerstand einer Wohnung – vergebliche und nicht durchsetzbare Bemühungen zur Herstellung der Betriebsbereitschaft

BFH, Urt. v. 31.01.2017 - IX R 17/16

RiBFH Dr. Ulrich Schallmoser

A. Problemstellung

Die Rechtsprechung erkennt vorab entstandene Werbungskosten im Zusammenhang mit der beabsichtigten Vermietung einer leer stehenden Wohnimmobilie an, wenn ein ausreichend bestimmter wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den Aufwendungen und der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung (§ 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG) besteht. Danach können Aufwendungen für eine nach Herstellung, Anschaffung oder Selbstnutzung leer stehende Wohnung als vorab entstandene Werbungskosten abziehbar sein, wenn der Steuerpflichtige die Einkünfteerzielungsabsicht hinsichtlich dieses Objekts erkennbar aufgenommen (und sie später nicht aufgegeben) hat (Erste Fallgruppe: Aufnahme der Einkünfteerzielungsabsicht). Demgegenüber sind Aufwendungen für eine Wohnung, die nach vorheriger (auf Dauer angelegter) Vermietung leer steht, auch während der Zeit des Leerstands als Werbungskosten abziehbar, solange der Steuerpflichtige den ursprünglichen Entschluss zur Einkünfteerzielung im Zusammenhang mit dem Leerstand der Wohnung nicht endgültig aufgegeben hat (Zweite Fallgruppe: Aufgabe der Einkünfteerzielungsabsicht). Unbeschadet davon kann auch ein besonders lang andauernder Leerstand nach vorheriger, auf Dauer angelegter Vermietung dazu führen, dass eine vom Steuerpflichtigen aufgenommene Einkünfteerzielungsabsicht ohne sein Zutun oder Verschulden wegfällt; davon kann im Einzelfall aber nur ausgegangen werden, wenn absehbar ist, dass das maßgebliche (dem Grunde nach betriebsbereite) Objekt entweder wegen fehlender – und unter zumutbaren Umständen auch nicht herbeizuführender – Marktgängigkeit oder aufgrund anderweitiger struktureller Vermietungshindernisse in absehbarer Zeit nicht wieder vermietet werden kann (Dritte Fallgruppe: Verlust der Einkünfteerzielungsabsicht). Die Einzelfallumstände, aus denen sich der endgültige Entschluss zu vermieten ergibt, sind in erster Linie ernsthafte und nachhaltige Vermietungsbemühungen des Steuerpflichtigen, für die er auch die Feststellungslast trägt.¹

Diese Maßstäbe hat der BFH in der Besprechungsentscheidung auf solche Fälle übertragen, in denen die Betriebsbe-

reitschaft des Objekts nach vorangegangener Vermietung in der Leerstandszeit wegfällt. Für die Feststellung des Bestehens einer Einkünfteerzielungsabsicht nicht betriebsbereiter Objekte kommt es allerdings zusätzlich darauf an, ob und ggf. in welchem Zeitrahmen der Steuerpflichtige die Betriebsbereitschaft des Objekts wieder herstellen kann.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Kläger erwarb 1993 eine Eigentumswohnung in einer größeren Wohnanlage; das gesamte Gebäude befand sich bereits zu diesem Zeitpunkt aufgrund eines Sanierungsstaus in einem desolaten und maroden Zustand; in dem aus sechs Wohnungen bestehenden Gebäude war im Jahr 2011 nur eine Wohnung bewohnt. Die (ursprünglich vermietete) Wohnung des Klägers stand seit 1999 durchgängig leer.

Im Jahr 1999 hatte die Eigentümergemeinschaft die Durchführung von Instandsetzungsarbeiten beschlossen. Die dazu nötige Sonderumlage wurde aber nicht von allen Eigentümern gezahlt. Zudem kam es bei der beauftragten Hausverwaltung zu einem Untreuefall, in dessen Folge die Mittel der Sonderumlage abhandenkamen. Sanierungsmaßnahmen konnten daher zunächst weder in 2000 noch in 2001 begonnen werden. Eine 2001 einberufene Eigentümersammlung war nicht beschlussfähig. Im Jahr 2005 war die Sanierung zu 50 % durchgeführt. U.a. waren die Elektroheizungen ausgebaut, aber noch nicht durch die geplante Zentralheizung ersetzt worden. Aufgrund von ungeklärten Eigentümerverhältnissen, der fehlenden Bereitschaft einer finanzierenden Bank als auch der übrigen Eigentümer und aufgrund des Untreuefalls konnte die Sanierung nicht weitergeführt werden.

Der Kläger hatte 1999 die Hausverwaltung mit der Vermietung der Wohnung beauftragt. Diese war aufgrund des Zustands der Wohneigentumsanlage aber vor Abschluss der Sanierungsarbeiten nicht vermietbar. Dies teilte die Hausverwaltung dem Kläger im Jahr 2005 mit. Am 01.12.2008 beauftragte der Kläger einen Makler mit der Vermietung der Wohnung, der sie in einem Internetportal bewarb. Im April 2012 teilte der Makler mit, dass alle Bemühungen, die Wohnung zu vermieten, aufgrund des Gesamtzustands der Anlage und der nicht abgeschlossenen Sanierung (u.a. einer fehlenden Heizungsanlage und fehlenden TV-Anschlüssen) gescheitert seien. Im Jahr 2012 stellte sich heraus, dass eine weitere Sanierung zu diesem Zeitpunkt mangels Erreichbarkeit der übrigen Eigentümer

¹ Grundlegend BFH, Urt. v. 11.12.2012 - IX R 14/12 m.w.N.

nicht möglich war. Diese waren überwiegend unbekannt verzogen oder nicht auffindbar. Eine im Juli 2014 durchgeführte Eigentümerversammlung war nicht beschlussfähig. Bei der nachfolgenden Eigentümerversammlung im August 2014 wurde im Protokoll festgestellt, dass das Objekt zurzeit nicht vermietbar sei. Eine weitere Eigentümerversammlung im November 2014 beschloss Sanierungsmaßnahmen, die aber wiederum nicht durchgeführt werden konnten.

Der Kläger erklärte in den Streitjahren 2006 bis 2010 insgesamt negative Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung i.H.v. 36.737 €. Das Finanzamt erkannte die Werbungskostenüberschüsse zunächst für die Veranlagungszeiträume 2006 und 2007 sowie 2009 vorläufig an. Im Einkommensteuerbescheid 2008 vom 27.11.2009 war der Werbungskostenüberschuss nicht enthalten; der Bescheid stand unter Vorbehalt der Nachprüfung. Mit geänderten Einkommensteuerbescheid 2008 vom 28.01.2010 wurde der streitige Werbungskostenüberschuss vom Finanzamt berücksichtigt; der Vorbehalt der Nachprüfung blieb bestehen. Am 13.04.2012 und am 16.04.2012 erließ das Finanzamt geänderte Bescheide für die Streitjahre 2006 bis 2009, in denen die Einkommensteuer ohne die Werbungskostenüberschüsse aus Vermietung und Verpachtung der Wohnung festgesetzt wurden. Am 16.04.2012 erging ein erstmaliger Einkommensteuerbescheid für 2010, in dem der geltend gemachte Werbungskostenüberschuss ebenfalls nicht berücksichtigt wurde.

Die dagegen eingelegten Einsprüche blieben mit Einspruchsentscheidung vom 17.12.2013 ohne Erfolg. Das Finanzgericht wies die Klage ab. Die Revision hatte keinen Erfolg; der BFH ging davon aus, dass das Finanzgericht zutreffend eine Einkünfteerzielungsabsicht des Klägers für die sich nicht mehr in einem vermietbaren Zustand befindliche (in damit „nicht betriebsbereite“) Wohnung verneint habe.

Zwar hatte sich der Kläger nachweislich und durchaus intensiv um eine Sanierung und damit um eine Fertigstellung der Wohnung bemüht; gleichwohl ist er nicht in der Lage gewesen, eine Vermietung des Objekts zu erreichen. Denn zum Erreichen dieses Ziels war er auf die anderen Miteigentümer angewiesen, deren tatsächliche und finanzielle Mitwirkung in den Streitjahren nicht vorlag: Für die Durchführung der Sanierungsmaßnahmen sowohl in der Wohnung des Klägers als auch im Bereich des Gemeinschaftseigentums waren die Zustimmung in den Eigentümerversammlungen und die finanzielle Beteiligung der übrigen Wohnungseigentümer der Anlage notwendig, deren Einholung mehrfach gescheitert, auch zukünftig (mehr als) unsicher und zeitlich nicht absehbar war. Vor diesem Hintergrund hatte der Kläger wegen der fehlenden Mitwirkung der übrigen Mitglieder der Eigentümergemeinschaft nicht die Macht (d.h. die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit), die Betriebsbereitschaft des Objekts herzustellen und damit

eine Vermietung der Immobilie zu erreichen. Mit Blick auf diese fehlende Möglichkeit des Klägers, aufgrund des Zustands der Immobilie und der ausbleibenden Mitwirkung der anderen Wohnungseigentümer, die Vermietbarkeit des Objekts herzustellen, waren die tatsächlichen Vermietungsbemühungen des Klägers (Beauftragung der Hausverwaltung und des Maklers mit der Vermietung der Wohnung) als nicht ernsthaft gemeint einzustufen.

C. Auswirkungen für die Praxis

Die Frage der Berücksichtigung von Aufwand für leer stehende Wohnimmobilien gilt im Verhältnis zwischen Steuerpflichtiger und Finanzverwaltung als „streitanfälliger Bereich“. Denn im Einzelfall muss der Steuerpflichtige nachweisen, dass er sich „ernsthaft und nachhaltig“ um die Vermietung des Objekts bemüht hat.

Bei betriebsbereiten Mietobjekten steht es dem Steuerpflichtigen grds. frei, die im Einzelfall geeignete Art und Weise der Platzierung am Wohnungsmarkt und ihrer Bewerbung selbst zu bestimmen. Daher kann auch die Reaktion auf „Mietgesuche“ – d.h. die Kontaktaufnahme seitens des Steuerpflichtigen mit etwaigen Mietinteressenten – oder die Bewerbung von Mietobjekten in geschlossenen Foren – etwa in Unternehmenspublikationen oder am „Schwarzen Brett“ – als ernsthafte Vermietungsbemühung anzusehen sein; in diesen Fällen sind jedoch an die Nachhaltigkeit solcher Bemühungen erhöhte Anforderungen zu stellen.² Sind die vom Steuerpflichtigen selbst unternommenen Bemühungen erkennbar nicht erfolgreich, ist er gehalten, sein Verhalten anzupassen und sowohl geeignetere Wege der Vermarktung zu suchen als auch seine Vermietungsbemühungen – bspw. durch Einschaltung eines Maklers oder durch Nutzung alternativer Bewerbungsmöglichkeiten – zu intensivieren. Für die Beurteilung der Frage, ob im Einzelfall unternommene Vermietungsbemühungen (ggf. weiterhin) als erfolgversprechend angesehen werden können oder ob diese nach Art und Intensität anzupassen sind, steht dem Steuerpflichtigen ein inhaltlich angemessener, zeitlich jedoch begrenzter Beurteilungsspielraum zu. Ferner kann es dem Steuerpflichtigen im Einzelfall auch zuzumuten sein, durch entsprechende Zugeständnisse bei der Ausgestaltung des Mietverhältnisses (etwa der Vertragslaufzeit oder dem Vertragsgegenstand), bei der Höhe des Mietzinses oder im Hinblick auf die für den Steuerpflichtigen aus persönlichen Gründen als Mieter akzeptablen Personen die Attraktivität des Objekts zu erhöhen.³

Ist das Mietobjekt nicht betriebsbereit (etwa weil Fenster, Heizung, Bad oder Bodenbeläge fehlen) oder die gesamte

² Siehe hierzu auch BFH, Urt. v. 11.12.2012 - IX R 68/10.

³ BFH, Urt. v. 11.12.2012 - IX R 14/12 m.w.N.

Wohnanlage noch nicht fertiggestellt oder wegen Verfalls nicht mehr bewohnbar (etwa weil Treppengeländer, Flurbeleuchtung oder Außenanlagen fehlen), muss erst die Betriebsbereitschaft hergestellt werden. In diesen Fällen geht es dann nicht mehr nur darum, ob der Steuerpflichtige – etwa durch Inserate oder einen Maklerauftrag – sich „ernsthaft und nachhaltig“ um die Vermietung des Objekts bemüht hat, sondern ob er die Betriebsbereitschaft in einem angemessenen Zeitrahmen durch entsprechende Renovierungsbemühungen herstellt.⁴ Dies gilt es, durch objektive Umstände gegenüber dem Finanzamt nachzuweisen (z.B. Beauftragung von Handwerkern, Dokumentation einer Renovierung in Eigenregie, Dokumentation rechtlicher Schritte zur Durchführung von Renovierungsarbeiten durch die Eigentümergemeinschaft); denn aus diesen objektiven Umständen muss dann auf das Vorliegen oder Fehlen der Einkünfteerzielungsabsicht geschlossen werden.

Kann der Steuerpflichtige die Betriebsbereitschaft (aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen) selbst nicht, noch nicht oder nicht mehr herstellen, kommt es auf etwaige (pro forma-)Vermietungsbemühungen nicht an.

⁴ Vgl. zum Zeitrahmen BFH, Urt. v. 13.01.2015 - IX R 46/13; BFH, Urt. v. 11.08.2010 - IX R 3/10.

Vermieter können neue Einbauküche nicht mehr sofort absetzen – BFH ändert seine Rechtsprechung

BFH, Urt. v. 03.08.2016 - IX R 14/15

VRi' in BFH Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel

A. Problemstellung

Vermieter können Investitionen in ein Vermietungsobjekt steuermindernd geltend machen. Ob die Ausgaben sofort abziehbar oder über einen längeren Zeitraum abzuschreiben sind, hängt von der Einordnung der jeweiligen Aufwendungen ab.

Aufwendungen im Zusammenhang mit der Renovierung bzw. Instandsetzung einer zur Erzielung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung genutzten Wohnimmobilie sind grds. als sog. Erhaltungsaufwand zu qualifizieren und mithin als sofort abziehbare Werbungskosten zu berücksichtigen. Erhaltungsaufwand liegt regelmäßig vor, wenn bereits vorhandene Teile eines vermieteten Gebäudes erneuert werden, ohne dass dies zu einer Erweiterung oder einer über den ursprünglichen Zustand des Gebäudes hinausgehenden wesentlichen Verbesserung – und damit zur

Annahme von Herstellungskosten i.S.d. § 255 Abs. 2 HGB führt.¹

Für die Frage, was als „Teil eines Gebäudes“ anzusehen ist, knüpft das Einkommensteuerrecht an das bürgerliche Recht an. Danach werden Wohngebäudeeinrichtungen im Allgemeinen dann als (unselbstständiger) Gebäudebestandteil angesehen, wenn sie nach der allgemeinen Verkehrsanschauung in einem einheitlichen Nutzungs- und Funktionszusammenhang mit dem Gebäude als solchem stehen.

Vor diesem Hintergrund galt es im Besprechungsfall zu entscheiden, ob die Aufwendungen für die komplette Erneuerung einer Einbauküche (Spüle, Herd, Einbaumöbel und Elektrogeräte) in einem vermieteten Immobilienobjekt sofort als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung abziehbar sind oder ob sie im Wege der AfA – und ggf. für welchen Zeitraum – abgeschrieben werden müssen.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Im Streitfall hatte der Kläger Einbauküchen in mehreren ihm gehörenden Mietobjekten entfernt und durch neue ersetzt. Er vertrat die Auffassung, dass die hierfür entstandenen Aufwendungen als sog. Erhaltungsaufwand sofort abziehbar seien. Das Finanzamt ließ lediglich die Kosten für den Einbau von Herd und Spüle sowie für solche Elektrogeräte, deren Gesamtkosten die Betragsgrenze für geringwertige Wirtschaftsgüter (410 €) nicht überstiegen, zum sofortigen Abzug zu; die Aufwendungen für die Einbaumöbel verteilte das Finanzamt auf die voraussichtliche Nutzungsdauer von zehn Jahren. Das Finanzgericht wies die hiergegen gerichtete Klage ab.²

Mit seiner Revision machte der Kläger geltend, dass auch die Kosten für die in der Einbauküche verbauten Küchenmöbel sofort abziehbar seien. Auch deren Kosten lägen, betrachte man die einzelnen Einbauteile, jeweils unter dem Wert von 410 €.

II. Der BFH hat die Revision zurückgewiesen: Aufwendungen für die komplette Erneuerung von Einbauküchen (Spüle, Einbaumöbel und Elektrogeräte einschließlich Herd) in vermieteten Immobilienobjekten sind nicht – als sog. Erhaltungsaufwand – sofort als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung abziehbar. Soweit der Senat in seiner früheren Rechtsprechung zu Aufwendungen für Spüle und Herd eine abweichende Auffassung vertreten hat, hält er hieran nicht länger fest (dazu sub C.I.).

¹ Vgl. BFH, Urt. v. 16.01.2007 - IX R 39/05; BFH, Urt. v. 10.10.2000 - IX R 15/96; Ehmcke in: Blümich, EStG, KStG, GewStG, § 6 EStG Rn. 522; Schubert/Pastor in: Beck Bil-Komm., 10. Aufl., § 255 HGB Rn. 375 - zu den Besonderheiten bei Instandsetzung und Modernisierung nach Erwerb vgl. BFH, Urt. v. 14.06.2016 - IX R 25/14, IX R 15/15 und IX R 22/15 sowie dazu Malzahn, jM 2016, 473 ff.

² FG Kiel, Urt. v. 28.01.2015 - 2 K 101/13.

1. Zum Wohngebäude rechnen solche Bestandteile, die für die Nutzbarkeit des Gebäudes zu Wohnzwecken vorausgesetzt werden und ohne die das Gebäude als Wohngebäude unfertig wäre. Demgegenüber ist ein solcher Zusammenhang nicht gegeben bei Bestandteilen, die dem über die bloße Gebäudenutzbarkeit hinausgehenden Wohnen selbst (einschließlich der Haushaltsführung) dienen.³ Nicht als Gebäudebestandteil anzusehen sind überdies Wirtschaftsgüter, die als sog. Scheinbestandteile (§ 95 Abs. 2 BGB) nur zu einem vorübergehenden Zweck in das Gebäude eingefügt werden.

2. Nach moderner Ausstattungspraxis werden nun Küchenspülen nicht (mehr) als eigenständige Möbeleinheit verbaut. Ein Spülbecken kann einerseits jederzeit ausgetauscht werden; andererseits wird es bei Erneuerung einer gesamten Kucheneinheit regelmäßig mit erneuert. „Die Spüle“ wird nicht (mehr) als Bestandteil der Wohnung wahrgenommen. Gleiches gilt für einen Kochherd, den die bisherige Rechtsprechung nach (regional unterschiedlicher) Verkehrsauffassung zu den Gebäudebestandteilen rechnete.

3. Der Senat geht in Änderung seiner Rechtsprechung weiter davon aus, dass es sich bei den einzelnen Elementen einer Einbauküche – einschließlich Spüle, Herd und aller fest eingebauten elektrischen Geräte – um ein einheitliches Wirtschaftsgut handelt (dazu auch sub C.II.). Da sich die Verwendung bzw. Nutzung der als einheitliches Wirtschaftsgut anzusehenden streitbefangenen Einbauküchen zur Erzielung von Einkünften des Klägers auf einen Zeitraum von mehr als einem Jahr erstreckt, ist jeweils für ein Jahr der Teil der Anschaffungs- oder Herstellungskosten abzusetzen, der bei gleichmäßiger Verteilung dieser Kosten auf die Gesamtdauer der Verwendung oder Nutzung auf ein Jahr entfällt (§ 7 Abs. 1 Satz 1 EStG). Soweit in diesem Zusammenhang in der finanzgerichtlichen Rechtsprechung unter Berücksichtigung der von den Finanzbehörden ausgegebenen AfA-Tabellen von einer regelmäßigen Nutzungsdauer für neu angeschaffte Einbauküchen von zehn Jahren ausgegangen wird, begegnet dies keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken.⁴

C. Kontext der Entscheidung

I. In seiner früheren, mit der Besprechungsentscheidung geänderten Rechtsprechung ging der BFH davon aus, dass die in einer Einbauküche verbaute Spüle als Gebäudebestandteil angesehen werden könne und Aufwendungen hierfür zu den Herstellungskosten des Immobilienobjekts zu rechnen seien. Denn bei einer Spüle handelte es sich nach früherer Verkehrsauffassung um einen Bestandteil, der für die Nutzbarkeit des Gebäudes zu Wohnzwecken vorausgesetzt wurde. Gleiches galt für einen Herd, soweit er nach der – regional durchaus

unterschiedlichen – Verkehrsauffassung für die Ausstattung einer Wohnung als erforderlich angesehen wurde.⁵ Diese Maßstäbe hält der IX. Senat des BFH nicht mehr für zeitgemäß.

II. Gleiches gilt für die Annahme, bei den einzelnen Bestandteilen einer Einbauküche handle es sich um selbstständige Wirtschaftsgüter. Denn für die Annahme eines einheitlichen Wirtschaftsgutes genügt es nicht, dass die verbundenen Gegenstände einem einheitlichen Zweck dienen. Eine moderne Einbauküche zeichnet sich aber insbesondere dadurch aus, dass die einzelnen Einbaumöbel nicht mehr frei stehende, in ihrem Standort veränderbare Einzelteile darstellen, sondern als modulare Unterbauschränke regelmäßig untereinander und zugleich mit einer durchgehenden Arbeitsplatte fest verbunden sind und diese Verbindung regelmäßig auch auf Dauer angelegt ist. Sie treten nach außen als einheitliches Ganzes in Erscheinung.

III. Die Aussage in BFH, Urteil vom 01.12.1970 - VI R 358/69, wonach Einbauküchen in Einzelfällen zu wesentlichen Bestandteilen des Gebäudes werden können, wenn sie durch Einpassen in die für sie bestimmte Stelle mit den sie umschließenden Gebäudeteilen (Seitenwände und Rückwand) vereinigt und damit i.S.d. § 94 Abs. 2 BGB zur „Herstellung eines Gebäudes eingefügt“ werden, stellt der IX. Senat im Streitfall nicht infrage.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die in einem zur Erzielung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung genutzten Immobilienobjekt eingebaute Spüle sowie ein dort installierter Kochherd sind nach aktueller Verkehrsauffassung grds. nicht (mehr) als wesentlicher Bestandteil des Gebäudes, sondern als Scheinbestandteile (§ 95 Abs. 2 BGB) anzusehen, soweit sie im Einzelfall nicht i.S.d. § 94 Abs. 2 BGB zur Herstellung des Gebäudes eingefügt wurden.

Der Senat geht abweichend von seiner früheren Rechtsauffassung weiter davon aus, dass es sich bei den einzelnen Elementen einer Einbauküche – einschließlich Spüle, Herd und aller fest eingebauten elektrischen Geräte – um ein einheitliches Wirtschaftsgut handelt, das grds. auf zehn Jahre abzuschreiben ist.

³ Vgl. BFH, Urt. v. 13.03.1990 - IX R 104/85.

⁴ Vgl. FG Hannover, Urt. v. 21.10.2014 - 12 K 79/13; FG München, Urt. v. 29.12.2003 - 8 K 4428/00.

⁵ Vgl. BFH, Urt. v. 11.12.1973 - VIII R 171/71; BFH, Urt. v. 11.12.1973 - VIII R 174/71; BFH, Urt. v. 02.04.1974 - VIII R 96/69; BFH, Urt. v. 15.05.1990 - IX R 173/88; BFH, Urt. v. 30.07.1991 - IX R 32/89.

Einblicke in das Gerichtswesen Polens

Seit dem Herbst 2015 erreichen uns immer neue Nachrichten aus unserem östlichen Nachbarland über die Umgestaltung des Polnischen Verfassungsgerichts, neue Gesetzesvorhaben der konservativen Regierung zur Richterauswahl und zur Neubesetzung der Ämter der Gerichtspräsidenten. Wir wissen in Deutschland aber eigentlich wenig darüber, wie die Gerichtsbarkeit in Polen strukturiert ist. Unser Interviewpartner, Prof. Dr. Marek Zirk-Sadowski, ist Präsident des Obersten Verwaltungsgerichts Polens. Mit ihm sprachen wir über die von ihm verantwortete öffentlichrechtliche Gerichtsbarkeit, über die Rekrutierung der Richter, aber auch über die Rolle des Ombudsmannes und die Kontakte zu Deutschland.

Dörig: Sehr geehrter Herr Präsident, wir hören in den letzten Monaten einiges über geplante Veränderungen des Justizwesens in Polen. Ich habe während meines Gastrichter Aufenthalts im April dieses Jahres erfahren, dass es in Polen zwei Gerichtszweige gibt: die ordentliche Gerichtsbarkeit und die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Seit wann gibt es in Ihrem Land Verwaltungsgerichte?

Zirk-Sadowski: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde in Polen schon 1922 eingeführt. Der erste Präsident des Obersten Verwaltungsgerichtshofs Jan Sawicki hatte schon Erfahrungen als Senatspräsident beim Österreichischen Verwaltungsgerichtshof in Wien gewonnen. Die damalige Gerichtsbarkeit war nach dem österreichischen Muster grds. einstufig organisiert. Nur für die ehemals preußischen Provinzen wurden als Gerichte erster Instanz Verwaltungsgerichte in Posen, Thorn und Kattowitz errichtet. Die polnischen Gerichte mussten ihre Tätigkeit aber infolge der deutschen Besatzung im Jahr 1939 einstellen. Nach dem Ende des zweiten Weltkrieges wollte das kommunistische Regime keine gerichtliche Kontrolle der Verwaltung. Das Hauptverwaltungsgericht Polens (HVerwG) wurde erst 1980 wieder errichtet. Das war ein Novum im Ostblock und wurde auch von den DDR-Juristen kritisiert.

Was hat sich seit dem Ende des Kommunismus verändert?

Seit dem Ende des Kommunismus hat sich vieles verändert. Nach der Wende wurde die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte deutlich erweitert – es wurde eine der deutschen VwGO entsprechende Generalklausel eingeführt und damit der vorherige Katalog begrenzter Zuständigkeiten abgelöst. Im Jahr 1997 ist unsere neue auf Rechtsstaatlichkeit gestützte Verfassung in Kraft getreten. Aber erst durch die Verfassungsreform von 2004 wurde geregelt, dass die Ver-

waltungsgerichtsbarkeit aus zwei Instanzen bestehen muss. Die Verwaltungsgerichte üben jetzt eine umfassende Kontrolle über das Verwaltungshandeln aus. Die Richter sind unabhängig, nur der Verfassung und den Gesetzen unterworfen und auf Lebenszeit ernannt. Zu Beginn ihrer Tätigkeit sind die Richter zunächst auf Probe ernannt – wie in Deutschland – und nennen sich bei uns Gerichtsassessoren. Die Verwaltungsgerichte führen seit 2004 auch einen Dialog und eine konstruktive Zusammenarbeit mit dem EuGH im Bereich der Auslegung des Unionsrechts aufgrund von Vorabentscheidungsverfahren.

Befassen sich die Verwaltungsgerichte auch mit dem Steuerrecht und dem Sozialrecht?

Die Verwaltungsgerichte in Polen befassen sich auch mit dem Steuerrecht. Wir haben keine gesonderte Finanzgerichtsbarkeit. Wir haben aber im HVerwG drei Kammern: eine für Steuersachen, eine für das öffentliche Wirtschafts- und Zollrecht und eine dritte für die allgemeinen Verwaltungssachen. Wir können damit dem unterschiedlichen Arbeitsanfall in den verschiedenen Bereichen flexibler Rechnung tragen als bei getrennten Gerichtsbarkeiten. Eine eigene Sozialgerichtsbarkeit gibt es in Polen nicht, viele der Streitigkeiten werden entweder durch die Verwaltungsgerichte oder durch die ordentlichen Gerichte entschieden. Die arbeitsrechtlichen Verfahren gehören ausschließlich zur ordentlichen Gerichtsbarkeit.

Um welche Themen drehen sich die meisten Verfahren im Verwaltungsrecht – ist es das Umwelt-, das Wirtschafts- oder das Ausländerrecht?

Die meisten Gerichtsverfahren im Verwaltungsrecht in Polen (in erster Instanz) betreffen: Steuersachen (33%), öffentliches Wirtschaftsrecht (11%), Baurecht (9%), Verkehrsrecht (6%), Sozialhilfe (6%), EU-Beihilfenrecht (4%), Bauplanungsrecht (4%), Umweltrecht (3%), Enteignung (2%), Ausländerrecht (1%).

Prof. Dr. Marek Zirk-Sadowski



Präsident des HVerwG Polens

Herr Zirk-Sadowski ist seit 1994 Richter am Obersten Verwaltungsgericht Polens und seit Februar 2016 dessen Präsident.

Vor dem HVerwG anhängige Verfahren drehen sich um: Steuerrecht (ca. 44%), öffentliches Wirtschaftsrecht (11%), Bausachen (ca. 6%), EU-Beihilfenrecht (ca. 4%), Verkehrsrecht (ca. 4%), Bebauungsplanungsrecht (ca. 3%), Enteignung (2,5%), Sozialhilfe (2%) und Umweltrecht (1%). Die Ausländerrechtssachen machen beim HVerwG weniger als 0,6 % der Verfahren aus; das ist ein erheblicher Unterschied zu Deutschland.

Über wie viele Klagen hat die polnische Verwaltungsgerichtsbarkeit jährlich zu entscheiden? Steigen die Verfahren seit 1990 an oder haben sie sich jetzt in einer bestimmten Größe stabilisiert?

Im Geschäftsjahr 2016 sind insgesamt 76.692 Verfahren in erster Instanz anhängig gemacht worden. Dazu kommen noch 18.847 Kassationsklagen (Revisionen), die beim HVerwG erhoben wurden. Insgesamt ist die Zahl der anhängigen Gerichtsverfahren seit 1990 deutlich gestiegen, die erstinstanzlichen Verfahren seit 2009 um 32 % und die vor dem HVerwG um 80 %. Aber seit zwei Jahren haben sich die Zahlen stabilisiert.

Wie funktioniert der Instanzenzug zwischen den erstinstanzlichen Verwaltungsgerichten und dem HVerwG in Warschau? Kann jeder Kläger in die oberste Instanz gelangen oder gibt es – wie in Deutschland – ein Zulassungsverfahren?

Es gibt kein Zulassungsverfahren für Rechtsmittel an das HVerwG. Jedem Bürger stehen zwei Instanzen offen. Allerdings muss die Revision (sog. Kassationsklage) von einem Anwalt oder Justitiar abgefasst werden. Wegen des fehlenden Zulassungserfordernisses haben wir am HVerwG jährlich etwa 20.000 Verfahren zu entscheiden, das BVerwG hingegen nur ca. 2.000. Wir haben am HVerwG allerdings auch 115 Richter, also etwa doppelt so viele wie das BVerwG.

Wie viele Richter arbeiten an den Verwaltungsgerichten? Wie rekrutieren Sie Ihre Richter? Müssen die vor ihrer Ernennung schon juristische Erfahrung in der Praxis gesammelt haben?

Wir haben etwa 540 Richter an den 16 erstinstanzlichen Woiwodschafts-Verwaltungsgerichten und 115 Richter am HVerwG. Verwaltungsrichter wird man bei uns in der Regel erst mit 35 Jahren (am Gericht erster Instanz) und mit 40 Jahren am HVerwG. Die werden vom Präsidenten der Republik Polen auf Vorschlag des Landesrates für das Gerichtswesen, einem bis heute ausschließlich von Richtern besetzten Organ, berufen. Man muss mehrere Jahre Berufspraxis nachweisen, sei es als Anwalt, Justitiar, Staatsanwalt, Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit oder als Hochschullehrer.

Herr Professor Zirk-Sadowski, Sie selbst sind habilitierter Juraprofessor und waren Dekan der juristischen Fakultät in Lodz. Auch jetzt geben Sie weiterhin Vorlesungen. Wie lassen sich die Tätigkeiten als Gerichtspräsident und Professor vereinbaren?

Ich habe tatsächlich meine juristische Tätigkeit an der Universität Lodz begonnen. Ich habe mich dort 1984 habilitiert. Ich wurde Universitätsprofessor und war sechs Jahre lang Dekan der Fakultät für Recht und Verwaltung. Von 1993 bis 1999 war ich auch stellvertretender Rektor der Universität. Parallel dazu wurde ich zum Richter am HVerwG ernannt. 2004 wurde ich dann einer der Vizepräsidenten, im Februar 2016 Präsident des Gerichts. Trotz meiner vielfältigen Verpflichtungen als Präsident halte ich jede Woche meine Lehrveranstaltungen in Lodz. Das ist eine Menge Arbeit, ich erhalte aber auch viele Anregungen durch die Tätigkeit an der Universität.

Kommen Verfahren von Ihrem Gericht auch an das Polnische Verfassungsgericht? Welche Urteile werden da korrigiert?

Ich möchte zunächst erklären, dass die Zuständigkeit des Polnischen Verfassungsgerichtshofs (VerfGH) etwas anders gestaltet ist als in Deutschland. Der von einem verwaltungsgerichtlichen Urteil betroffene Bürger kann vor dem VerfGH nur die Verfassungsmäßigkeit der vom Verwaltungsgericht in seinem Urteil angewandten Rechtsnorm (Rechtsgrundlage) anfechten. Der VerfGH hat keine Kompetenz, z.B. das Urteil des HVerwG mittelbar zu korrigieren. Das kann der Betroffene erst auf dem Wege der Wiederaufnahme des Verfahrens nach dem Urteil des VerfGH erreichen. Eine andere Form der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit einer vom Verwaltungsgericht anzuwendenden Rechtsnorm ist die Richtervorlage (in Deutschland: Art. 100 Abs. 1 GG). Jedes Gericht kann dem VerfGH eine Rechtsfrage bezüglich der Vereinbarkeit eines Normativaktes mit der Verfassung, den ratifizierten völkerrechtlichen Verträgen oder dem Gesetz vorlegen, wenn von der Beantwortung der Rechtsfrage die Entscheidung einer bei dem Gericht anhängigen Sache abhängt. Im Jahre 2016 haben die Verwaltungsgerichte nur zwei Richtervorlagen eingereicht.

Welche Rolle hat in Ihrem System der Ombudsmann, den wir in Deutschland so nicht kennen?

Der Ombudsmann (bei uns als „Beauftragter für Bürgerrechte“ bezeichnet) ist ein in der Verfassung verankertes Organ der öffentlichen Verwaltung, er nimmt Beschwerden der Bürger entgegen, kann sich aber auch an Gerichtsverfahren beteiligen. Er ist ein Kind der Solidarność-Bewegung. Er erhielt z.B. im Jahr 2015 ca. 58.000 Beschwerden, die Hälfte davon hat er geprüft. 9.000 davon hatten so viel Substanz, dass der Ombudsmann Zweifel an der Rechtmä-

Bigkeit des Verwaltungshandelns anmeldete. Er erhält dann vollen Zugang zu den Dokumenten der Verwaltung, kann auch Haftanstalten, Asylunterkünfte und Altersheime besuchen und prüft, ob Rechte oder Freiheiten des Einzelnen verletzt wurden. Er kann sich an die Verwaltung mit der Aufforderung wenden einzuschreiten. Folgt sie der Aufforderung nicht, muss sie dies begründen. Der Ombudsmann kann dann ein Gerichtsverfahren einleiten oder einem bereits eingeleiteten Verfahren beitreten, wobei er dann eine Verfahrenspartei ist, der die Rechte eines Vertreters des öffentlichen Interesses (in Polen: eines Staatsanwaltes) zustehen.

Pflegt Ihr Gericht eine Form der Zusammenarbeit mit deutschen Gerichten? Welche Erfahrungen haben Sie gemacht?

Mein Gericht hat seit Jahren gute Kontakte zu anderen Obersten Verwaltungsgerichten in Europa und anderen

Ländern der Welt. Besonders am Herzen liegen mir gute Kontakte zu unserem Nachbarland Deutschland. Zwei polnische Verwaltungsrichter haben im Dezember 2016 am BVerwG in Leipzig hospitiert. Sie, Herr Prof. Dörig, haben im April 2017 den Gegenbesuch in Warschau und Krakau erstatet. Im September 2017 werde ich mit einer Richterdelegation das BVerwG besuchen. Unsere Richter und Justizangehörigen nehmen darüber hinaus auch an weiteren Hospitationen an deutschen Verwaltungsgerichten teil. Ich freue mich, dass der Austausch auf unterschiedlichen Ebenen unserer Verwaltungsgerichte stattfindet. Davon können die Juristen aus unseren beiden Ländern nur profitieren.

Ich bedanke mich für das angenehme Gespräch!

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

Mehr Kompetenzen für das BKartA beim Verbraucherschutz

Mit dem am 08.06.2017 verkündeten und ab dem Folgetag geltenden Neunten Gesetz zur Änderung des GWB (BGBl. I, 2017, 1416) hat der Gesetzgeber dem BKartA (Bundeskartellamt) neue Kompetenzen im Bereich des Verbraucherschutzes übertragen. Anlass für die 9. GWB-Novelle ist die EU-Kartellschadensersatzrichtlinie 2014/104/EU vom 26.11.2014.

Das BKartA kann künftig bei begründetem Verdacht Untersuchungen ganzer Branchen einleiten, wenn es Hinweise auf die Benachteiligung von Verbrauchern gibt. Direkte Eingriffsmöglichkeiten, wie etwa das Abschöpfen widerrechtlicher Gewinne, hat das BKartA jedoch weiterhin nicht. Andreas Mundt, Präsident des BKartA, sprach in diesem Zusammenhang von einem „ersten Schritt“ und begrüßte, dass der Gesetzgeber dem BKartA neue Untersuchungsinstrumente, wie z.B. Sektoruntersuchungen, nun auch im Bereich des Verbraucherschutzes übertragen hat. Gerade in der Internetwirtschaft gebe es Fälle, in denen Unternehmen durch eine einzige rechtswidrige Maßnahme Millionen Verbrauchern auf einmal schaden könnten. Hier sei es

sinnvoll, den etablierten, vorwiegend privatrechtlich organisierten Verbraucherschutz in Deutschland zu unterstützen. Durch die Sektoruntersuchungen würden ein ganz konkreter Beitrag zum Verbraucherschutz geleistet sowie etwaige Defizite identifiziert werden. Dabei solle eng mit den Verbraucherschutzorganisationen zusammengearbeitet werden, so Mundt.

Sektoruntersuchungen dürfen aufgrund der 7. GWB-Novelle seit dem Jahr 2005 durch das BKartA durchgeführt werden. Mittels dieser werden die Strukturen und Wettbewerbsbedingungen in bestimmten Wirtschaftszweigen untersucht und analysiert. Diese Marktstudien richten sich dabei nicht gegen einzelne Unternehmen und gehen keinem konkreten Verdacht auf einen Kartellverstoß nach. Vielmehr sollen umfassende Kenntnisse über die untersuchten Märkte gewonnen werden. In der Praxis der vergangenen Jahre hat das BKartA infolge von Sektoruntersuchungen bspw. bei Tankstellen, der Fernwärmeversorgung, dem Milchmarkt oder Ablesediensten wettbewerbsbezogene Beschränkungen ausgemacht.

juris PraxisKommentar BGB, Band 4 – Familienrecht

Herausgegeben von Maximilian Herberger, Michael Martinek, Helmut Rüßmann, Stephan Weth und Markus Würdinger (GesHrsg), Wolfram Viefhues (BandHrsg)
juris, 8. Aufl. 2017, Online-Publikation und E-Book, ab 12 €/Monat

RiKG Dr. Martin Menne

Bei dem hier vorzustellenden Titel handelt es sich um eine rein elektronische Publikation; sie findet sich eingestellt in die verbreitete juris-Datenbank. Mit der 8. Auflage sind einige Neuerungen verbunden. Die erste Änderung ist, dass die zur Online-Ausgabe bislang verfügbare, recht beliebte Printfassung des Werkes künftig ersatzlos wegfällt. Der Kommentar existiert damit nur noch in elektronischer Form als Datei, was sehr zu bedauern ist. Die zweite Änderung betrifft das bisherige Aktualisierungskonzept: Bislang wurde die Datei bei zwei Gelegenheiten regelmäßig aktualisiert – einmal aus konkretem Anlass, indem bspw. auf neuere Entscheidungen verwiesen wurde. Die zweite Form der Aktualisierung stellt die – aus dem Printbereich bekannte – „Neuaufgabe“, also die komplette und systematische Gesamtüberarbeitung dar. Zu diesen beiden Aktualisierungsformen tritt ab der vorliegenden Auflage eine dritte Form hinzu, nämlich die „Zwischenüberarbeitung“ einzelner Passagen bei konkretem Bedarf; etwa, weil sich neue Rechtsprechung angesammelt hat oder aus Anlass einer Gesetzesänderung. Aus Sicht des Nutzers ist das zu begrüßen, weil das Werk dadurch aktuell bleibt: Diese Aktualität ist natürlich eine klare Stärke des elektronischen Publizierens. Ein Blick auf die Update-Liste zeigt, dass von dieser Möglichkeit gut Gebrauch gemacht wird. Andererseits sind damit aber auch Herausforderungen verbunden: Einmal an den Nutzer, der, wenn er das Werk zitieren möchte, genau auf die jeweilige Edition achten muss, um die Wiederholbarkeit/erneute Abrufbarkeit sicherzustellen und zum anderen an Herausgeber und Autoren, die bei der Bearbeitung darauf bedacht sein müssen, die „großen Linien“ und Grundzüge des Familienrechts aufzuzeigen, ohne sich in dem tagtäglichen „Klein-Klein“ zu verlieren.

Ein näherer Blick auf einige Kommentierungen zeigt rasch Stil und Charakter des Kommentars, aber auch dessen Qualität: Die Erläuterung des § 1570 BGB – die auch in der Neuaufgabe von Dieter Hollinger, Richter am AG Saarlouis, besorgt wird – imponiert dabei aufgrund des außergewöhnlich hohen Maßes an Rechtsprechungsnachweisen, die in die Kommentierung integriert wurden. Tatsächlich ist das auch ein besonderer Vorzug des Werkes, weil man mit wenigen Klicks von der Fußnote im Kommentar zum Volltext der be-

treffenden Entscheidung gelangt, wobei im Zitat zumeist auch die jeweils in Bezug genommene Randnummer der Entscheidung in juris vermerkt ist. Auf die Literatur, zumal die Zeitschriftenliteratur, wird dagegen deutlich weniger verwiesen. Wenn, dann spielt der Kommentar allerdings auch hier seine Vorzüge aus – wird die betreffende Fundstelle angeklickt, so öffnet sich ein neues Fenster mit einer Inhaltsangabe zum betreffenden Aufsatz, sodass man die Relevanz des Beitrags häufig rasch verifizieren kann. Nur sehr sparsam werden dagegen andere (Spezial-) Kommentare, Gesamtdarstellungen oder sonstige monographische Werke zitiert – das ist schade, weil auch der Praktiker von einem Erläuterungswerk vom Format des Praxiskommentars bisweilen vielleicht ein klein wenig „Mehr“ erwartet.

Die Kommentierung als solche überzeugt; die einzelnen Tatbestandsmerkmale der Norm in der Auslegung, die sie durch die Rechtsprechung erfahren haben, werden schön, lesbar und gut nachvollziehbar dargestellt. Im Einzelfall wird auch einmal etwas weiter ausgeholt – etwa bei der Frage nach der Bedeutung von Elternvereinbarungen im Rahmen der Kinderbetreuung (§ 1570 Rn. 69ff.), bei der Darstellung der Bezüge zum Sozialrecht (§ 1570 Rn. 79f.), der Wechselwirkung zwischen elterlicher Erwerbsobliegenheit und der Aufnahmefähigkeit bzw. Flexibilität des Arbeitsmarktes (§ 1570 Rn. 81ff.) oder wenn der Versuch unternommen wird, die Rechtsprechung zur Erwerbsobliegenheit des betreuenden Elternteils zu strukturieren (§ 1570 Rn. 103ff.). Etwas misslich ist, dass es keine Querverweise auf die die Kommentierung ergänzenden Hinweise etwa zum Kosten- oder zum Sozialrecht gibt; in der Kommentierung des § 1570 BGB findet sich allein ein Querverweis auf die steuerrechtlichen Hinweise (§ 1570 Rn. 227).

Ähnliches gilt für die zweite, näher untersuchte Kommentierung, nämlich die von Stephan Poncelet, Familienrichter aus Düsseldorf, verfasste Erläuterung von § 1684 BGB: Auch hier beeindruckt die reichhaltige Unterlegung der Darstellung mit Beispielen aus der Rechtsprechung, die auch vor vermeintlichen „Kleinigkeiten“, wie etwa der Frage, inwieweit der betreuende Elternteil das Kind zum Umgangskontakt mit dem anderen Elternteil mit Kleidung auszustatten hat (§ 1684 Rn. 39), nicht Halt macht. Ein anderer Aspekt, nämlich die gerade in der letzten Zeit verstärkt die Rechtsprechung beschäftigende Konstellation, inwieweit der umgangsberechtigte Elternteil im Rahmen seines Umgangs eigenverantwortlich über Urlaubsreisen bestimmen kann, wird dagegen nur etwas knapp behandelt (§ 1684 Rn. 71). Ausführlich wird das Wechselmodell erörtert und hierbei auch die (inzwischen höchstrichterlich bejahte) Frage, ob im Rahmen einer Umgangsregelung ein Wechselmodell angeordnet werden kann sowie weiter, ob es möglich ist, ein Wechselmodell gegen den Willen eines Elternteils zu installieren (§ 1684 Rn. 57ff.): Nachdem der BGH am 01.02.2017 - XII ZB 601/15 zu diesem Fragenkomplex eine

Grundsatzentscheidung erlassen hat, steht zu vermuten, dass die entsprechende Passage in Kürze eine Zwischenüberarbeitung erfahren wird. Auch bei der Kommentierung des § 1684 BGB fällt indessen auf, dass Ausarbeitungen und vertiefende Darstellungen zu Umgangsfragen aus der Literatur – Zeitschriften oder Standardwerke –, auf die in anderen Erläuterungswerken regelmäßig verwiesen wird, nur sehr spärlich berücksichtigt werden. Praktische Hinweise, etwa zum Umgang bei Entführungsfahr, bei Umgangskontakten des Kindes zu im Ausland lebenden Verwandten, bei grenzüberschreitenden Umgangsregelungen, zum Holen und Bringen, zu Schadensersatz bei der Vereitelung des Umgangs finden sich leider nur wenig. Gut gelungen sind die kostenrechtlichen Hinweise zum Umgangsverfahren; in die elektronischen Fassung wurde sogar ein Prozesskosten- und Gebührenrechner integriert (§ 1684 Rn. 48f.): Das sind beeindruckende Möglichkeiten, die ein Printwerk nicht bieten kann.

Alles in allem: Der juris Praxiskommentar Familienrecht ist ein beeindruckendes Werk, das sich vor allem durch die umfangreiche Berücksichtigung der Rechtsprechung auszeichnet und durch die technischen Möglichkeiten besticht, die elektronische Publikationen bieten. Die rein elektronische Darstellungsform wird freilich vielfach eine Anpassung der Arbeitsgewohnheiten erforderlich machen: Es bietet sich an, einen zweiten Monitor zu nutzen, auf dem die Kommentierung geöffnet bleiben kann, um am anderen Bildschirm das eigene Dokument bearbeiten zu können. Ein Praxistest belegt rasch, dass sich die „Zugriffszeiten“ auf die gesuchte Stelle in der Erläuterung deutlich verlängern: „Von Hand“, im gedruckten Werk, kann die gewünschte Stelle weitaus schneller gefunden werden als mittels Durchklicken durch die zahlreichen Ebenen der Datei und das Warten, bis eine Seite aufgebaut ist um dann ggf. festzustellen zu müssen, dass die nächste Ebene anzuwählen ist... Hier hilft nur: Selbst ausprobieren und testen!

Kronke/Melis/Kuhn, Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht

Dr. Otto Schmidt Verlag, 2. Aufl. 2017, 2.521 Seiten, gebunden, 299,00 €, ISBN 978-3-504-40950-0

Michael Martinek

Unsere juristische Fachliteratur lebt im Zeitalter der „Handbücher“; zu allen Rechtsgebieten gibt es inzwischen Handbücher, und jedes tritt schon durch die Bezeichnung als Handbuch unverhohlen mit dem Anspruch eines Standard-

werks auf, den längst nicht alle einzulösen vermögen, den sich aber durchaus viele, wiewohl meist erst über mehrere Auflagen, am Markt erkämpfen können. Praktiker lieben Handbücher. Sie erweisen sich als Schlüsselwerke, Kompendien und Orientierungshilfen zu einem Rechtsgebiet oft als besonders nützlich, wenn nicht unverzichtbar. Als im Jahre 2005 die erste Auflage des Handbuchs Internationales Wirtschaftsrecht erschien, herausgegeben von Herbert Kronke, Werner Melis und Anton Schnyder, wurde sie von der Fachwelt bejubelt (vgl. nur die Rezension von Norbert Horn, IPrax 2007, 537 f.), hat gleichsam „aus dem Stand“ die Position eines Standardwerks mit dem Prädikat „besonders wertvoll“ eingenommen, war aber – sozusagen folgerichtig – in den letzten Jahren „vergriffen“, sodass die Praktiker des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs eine Neuauflage dringend erwartet haben.

Sie liegt nun unter teilweise veränderter Herausgeber- und Autorenschaft vor. Und wieder besteht Anlass zum Jubeln! Das weite Feld des Internationalen Wirtschaftsrechts ist nach einer Einführung über Rechtsquellen, beteiligte Subjekte, Organisationen, Freihandelszonen und Strukturfragen in folgende Teile gegliedert: Warenhandel, Handel mit Dienstleistungen, Telekommunikation, Transport, Handel mit geistigem Eigentum, Distributionsgeschäfte, Finanzierung, Zahlungsverkehr, Investitionsschutz, Kooperations- und Gesellschaftsrecht, Börsen- und Kapitalmarktrecht, Wettbewerbsrecht, Arbeitsrecht sowie Internationales Insolvenzrecht (neu aufgenommen) und Streitbeilegung. Die rund 50 Bearbeiter der einzelnen Kapitel, in die jeder dieser Teile untergliedert ist, sind natürlich ausgewiesene und erfahrene Meister ihres Fachs, nicht nur aus Deutschland, sondern auch aus der Schweiz, Österreich, Liechtenstein und anderen Ländern. Neben der Inhaltsübersicht am Anfang und den sehr feingliedrigen Inhaltsverzeichnissen zu den einzelnen Teilen erschießt ein mehr als fünfzigseitiges Stichwortverzeichnis den Zugang zu diesem Werk, das sich in der ersten Auflage noch vorsichtig als „Handbuch zur ersten Orientierung in Kompaktformat“ (Vorwort) vorgestellt hat, nun aber ohne Weiteres mit dem Anspruch auftreten kann, zu „jedem wirtschaftlichen Tätigkeitsbereich [...] dem Benutzer die international-rechtlichen Aspekte in ihrer ganzen Breite – Völkerrecht, EU-Recht, Internationales Privatrecht, transnationales Handelsrecht – praxistauglich und wissenschaftlich geerdet“ zu erläutern. Der Rezensent hat dies beim ausführlichen Studium des Teils „Distributionsgeschäfte“ (120 Seiten) und bei allen „Stichproben“ eindrucksvoll bestätigt gefunden. Besonders erfreulich sind auch die geradezu enzyklopädischen Hinweise auf Literatur zur Vertiefung von Einzelthemen. Und das Haar in der Suppe? Es gibt auch Suppen ohne ein Haar. Fazit: So wünscht man sich ein Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht!

Dr. Johannes Wittschier



Richter am Amtsgericht, ständiger Vertreter des Direktors

Nach Studium der Rechtswissenschaften in Saarbrücken und Referendarzeit in Trier promovierte Herr Wittschier an der Universität des Saarlandes im Strafprozessrecht. Seit 1990 Richter am Amtsgericht Trier und dort seit Oktober 2016 ständiger Vertreter des Direktors. Seit 1992 Mitglied des Prüfungsausschusses für das erste und zweite juristische Staatsexamen in Rheinland-Pfalz. Mitautor im Musielak/Voit, ZPO-Kommentar und im Lackmann/Wittschier, Die Klausur im Zwangsvollstreckungsrecht. Darüber hinaus Verfasser zahlreicher zivilrechtlicher Beiträge.

Prof. Dr. Markus Würdinger



Professor an der Universität des Saarlandes

Markus Würdinger ist seit 2012 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Europäisches und Internationales Privatrecht sowie Zivilprozessrecht an der Universität des Saarlandes. Sein Schrifttum umfasst über 120 Veröffentlichungen zu rechtsdogmatischen, rechtspraktischen und rechtsdidaktischen Themen des Bürgerlichen Rechts, des deutschen und europäischen Zivilprozess- und Insolvenzrechts, des Internationalen Privatrechts und der Juristischen Methodenlehre.

Till Oliver Rothfuß



Richter am Bundesverwaltungsgericht

Seit 2011 Richter am Bundesverwaltungsgericht und seit 2012 Mitglied des 3.Revisionssenats. Dieser ist u.a. für das Gesundheitsverwaltungsrecht zuständig.

IMPRESSUM

Herausgeber: Vizepräsident des BSG Prof. Dr. Thomas Voelzke, Kassel
Vors. Richter/in am BFH Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel, München
Vizepräsident des LG Holger Radke, Mannheim
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, Homburg
Vizepräsident des LAG a.D. Dr. Heinz-Jürgen Kalb, Köln
Richter am BVerwG Prof. Dr. Harald Dörig, Leipzig
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Martinek, Universität des Saarlandes, Saarbrücken
Weiterer aufsichtsführender Richter am AG a. D. Dr. Wolfram Viefhues, Oberhausen

Redaktion: Ass. iur. Daniel Schumacher

Medieninhaber und Verlag: juris GmbH, Juristisches Informationssystem für die Bundesrepublik Deutschland, Gutenbergstraße 23, 66117 Saarbrücken, Tel.: 0681 5866-0, Fax: 0681 5866-239, E-Mail: jM@juris.de
Geschäftsführer: Samuel van Oostrom, Johannes Weichert, Aufsichtsratsvorsitzender: Ministerialdirigent Dr. Matthias Korte

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

**Der „Schlegel/Voelzke“ zum SGG
juris PraxisKommentar Sozialgerichtsgesetz
ERSTAUFLAGE 2017 online und als E-Book
ab Mitte Juli erhältlich**



Bandherausgeber:

Prof. Dr. Rainer Schlegel, Präsident des Bundessozialgerichts, Kassel, Prof. Dr. Thomas Voelzke,

Vizepräsident des Bundessozialgerichts, Kassel

Der neue juris PraxisKommentar zum Sozialgerichtsgesetz verbindet und vervollständigt den bewährten und vielfach zitierten juris PraxisKommentar SGB mit den Erläuterungen zum Sozialgerichtsprozess.

Die Anzahl der Verfahren und damit die Bedeutung der Sozialgerichtsbarkeit in Deutschland ist erheblich angestiegen. Die Gründe hierfür liegen u. a. in den Neuregelungen der Zuständigkeiten der Sozialgerichte im Bereich des SGB II und des SGB XII.

Richterinnen und Richter aus allen Instanzen geben rechts-sichere und zugleich wissenschaftlich fundierte Antworten auf alle Kernfragen des Sozialgerichtsprozesses:

- Rechtsweg zu den Sozialgerichten / Gerichtsverfas-sung
- Klage- und Beschlussverfahren vor den Sozialgerich-ten
- Rechtsmittel vor den Landessozialgerichten und dem Bundessozialgericht

- ERV mit den Gerichten
- Vertretung vor den Sozialgerichten
- Kosten und Vollstreckung
- Folgen überlanger Verfahrensdauer

Der bewährte Aufbau der Erläuterungen, die klare Darstel-lung und die umfassende Auswertung der Rechtsprechung und Literatur unterstützen die praktische Tätigkeit aller professionell im sozialgerichtlichen Verfahren beteiligten Personen und Institutionen.

Kommentierter Gesetzesstand: 15.07.2017

- EU-KontopfändungsVO-DurchführungsG v. 21.11.2016 - BGBl. I 2016, 2591
- Gesetz zur Änderung des Sachverständigenrechts u.a.G. (SachvRuaÄndG) vom 11.10.2016 - BGBl. I 2016, 2222
- Zukünftige Änderungen durch das Gesetz zur Förde-rung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Ge-richten (ERVGerFöG) v. 10.10.2013 - BGBl. I 2013, 3786 mit Auswirkungen zum 01.01.2018 und 01.01.2022 werden bereits mit berücksichtigt.

Aktualisierungen werden fortlaufend eingearbeitet. Online-Kommentar und E-Book erlauben außerdem den Zugriff auf die zahlreichen weiterführenden Informatio-nen in der juris Datenbank sowie den Abruf zitierter Urteile, Normen und Literaturnachweise im Volltext. So behalten Sie die Entwicklungen in Rechtsprechung, Ge-setzgebung und Literatur stets im Blick. Mehr unter: www.juris.de/ssg

Informationsforen und Veranstaltungen

Weitere Termine: www.juris.de/veranstaltungen

Informationsforum München

05.07.2017

Städte- und Gemeindetag Mecklenburg-Vorpom-ern e.V.

20.07.2017

juris PraxisKommentar BGB, Band 1, Allgemeiner Teil, 8. Auflage online 2017



Bandherausgeber:

Prof. Dr. Klaus Vieweg, Institut für Recht und Technik, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Rechtsinformatik, Technik- und Wirtschaftsrecht, Universität Erlangen-Nürnberg

Band 1 des juris PraxisKommentar BGB beleuchtet in der 8. Auflage in gewohnt praxisorientierter und fundierter Art und Weise den Allgemeinen Teil des BGB. Die Kommentierung der wichtigen „vor die Klammer gezogenen“ Vorschriften stellt die Grundlage für das Verständnis aller anderen Bücher des BGB dar. Sie ist unerlässlich für die Arbeit mit dem BGB.

Das bewährte Autorenteam kommentiert die Vorschriften des Allgemeinen Teils – von der Rechtsfähigkeit einer Person bis zum Zustandekommen von Verträgen, von Fristen und Terminen bis zu Anfechtung und Stellvertretung, von Fragen der Verjährung bis zu möglichen Formen der Sicherheitsleistung – in der bewährten übersichtlichen Gliederung, unterteilt in Grundlagen, Anwendungsvoraussetzungen, Rechtsfolgen und Verfahrenshinweise.

BGB Band 1 Allgemeiner Teil

- Personen (§§ 1 – 89)
- Sachen und Tiere (§§ 90 – 103)
- Rechtsgeschäfte (§§ 104 – 185)
- Fristen und Termine (§§ 186 – 193)
- Verjährung (§§ 194 – 218)
- Ausübung der Rechte, Selbstverteidigung, Selbsthilfe (§§ 226 – 231)
- Sicherheitsleistung (§§ 232 – 240)

Aktualisierungen werden durch die Autoren fortlaufend und zeitnah in die Kommentierung eingefügt. Damit arbeiten Sie immer auf dem neuesten Rechtsstand.

Medienübergreifendes Angebot – ideal für die Praxis: Nutzen Sie Ihren juris PraxisKommentar zusätzlich offline als E-Book! Drei kostenfreie Downloads der E-Book-Ausgabe sind in Ihrem Abonnement inbegriffen. Sowohl Online-Kommentar als auch E-Book erlauben den Zugriff auf die zahlreichen weiterführenden Informationen in der juris Datenbank und den Abruf zitierter Entscheidungen, Normen und Literaturnachweise im Volltext. Mehr unter: www.juris.de/bgb

juris Webinare

Infos zum Ablauf und zur Anmeldung unter: www.juris.de/webinare

Basis I Einführung in die juris Recherche

12.07.2017, 14:00 – 15:00 Uhr

19.07.2017, 11:00 – 12:00 Uhr

02.08.2017, 14:00 – 15:00 Uhr

Basis II Personalisierungsfunktionen

26.07.2017, 14:00 – 15:00 Uhr

Fortgeschrittene

20.07.2017, 10:00 – 11:00 Uhr

Normen

06.07.2017, 10:00 – 11:00 Uhr

03.08.2017, 14:00 – 15:00 Uhr

Europarecht

13.07.2017, 14:00 – 15:00 Uhr

Wirtschaftsinformationen

27.07.2017, 10:00 – 11:00 Uhr

STAUDINGER BGB

STAUDINGER Online
exklusiv bei juris!

Zu Recht auf unserer Seite

Arbeiten Sie stets rechtssicher:

- monatliche Online-Aktualisierung
- Online-Archiv mit überarbeiteten Bänden

www.juris.de/staudinger

NEU: BGB-Formvorschriften
und Notarielles

juris[®] Das Rechtsportal

Herberger | Martinek | Rüßmann | Weth | Würdinger
juris PraxisKommentar

BGB

Gesamtausgabe

8. Auflage 2017

Online-Kommentar
inkl. E-Book!

NEU: Gesamtausgabe – jetzt vollständig!

Der juris PraxisKommentar BGB ist der erste juristische Kommentar, der für die Online-Nutzung konzipiert wurde. Er ist intelligent und umfassend mit der tagesaktuellen juris Datenbank verknüpft. Alle Bände können Sie zusätzlich als E-Book herunterladen, um offline zu arbeiten. Mit unserem neuen, nochmals verbesserten Aktualisierungsprozess sind Sie garantiert immer auf dem neuesten Rechtsstand.

www.juris.de/bgb

Tägliche Aktualisierung

juris[®] Das Rechtsportal