

Juris[®] Die Monatszeitschrift

JM 2 | FEBRUAR
2018

Topthema:

Fragen des Rechts bei Menschen mit Demenz im Krankenhaus

Dir. d. AG Bernd Klasen und
Chefärztin Christine Klasen

Interview:

Geldwäsche, anwaltliche Sorgfaltspflichten und nezeitliche Pranger

RA Otmar Kury

In dieser Ausgabe:

Dual-Use expanded – Verbrauchervertrag bei Personenmehrheit

Dr. Siegfried Friesen und Wiss. Mit.
Ann-Catherine Frensing-Deutschmann

Probleme der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit von Cashback-Aktionen gegenüber Mitbewerbern

Dipl.-Jur. Marie Herberger, LL.M. Eur.

Soft Law vor Gericht

Prof. Dr. Matthias Knauff, LL.M. Eur.

Völkerrechtmäßiges Verhalten und Extraterritorialität der staatlichen Souveränität – zum 90. Jubiläum der Lotus-Entscheidung

Dr. Konstantina Papathanasiou, LL.M.



JETZT NOCH RELEVANTERE ERGEBNISSE MIT JURIS.DE



Intelligenter
suchen



Besser
überblicken



Intuitiver
bedienen

Nur das finden, was Sie wirklich brauchen – das ist einer der Vorteile der neuen juris Recherche. Damit auch größere Treffermengen übersichtlich bleiben, haben wir die Relevanzsortierung nochmals deutlich optimiert. Das Ergebnis: mehr passgenaue Treffer und eine bessere Sortierung aller Inhalte inklusiver hunderter Fachtitel der jurisAllianz. Überzeugen Sie sich selbst!

www.juris.de

juris® Das Rechtsportal

jurisAllianz

Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.

INHALT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Topthema:

Zivil- und Wirtschaftsrecht

Fragen des Rechts bei Menschen mit Demenz im Krankenhaus

Dir. d. AG Bernd Klasen und Chefärztin
Christine Klasen

S. 46

Dual-Use expanded – Verbrauchervertrag bei Personenmehrheit

Dr. Siegfried Friesen und Wiss. Mit.
Ann-Catherine Frensing-Deutschmann

S. 51

Probleme der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit von Cashback-Aktionen gegenüber Mitbewerbern

Dipl.-Jur. Marie Herberger, LL.M. Eur.

S. 57

Taugliches Nacherfüllungsverlangen und Vorschussleistung beim Verbrauchsgüterkauf

BGH, Urt. v. 19.07.2017 - VIII ZR 278/16
Prof. Dr. Michael Jaensch

S. 60

Auswirkungen von Ehescheidungen auf Mietverhältnisse – wo kann man welche Ansprüche gerichtlich geltend machen?

BGH, Urt. v. 12.07.2017 - VIII ZR 214/16 und
Beschl. v. 12.07.2017 - XII ZB 40/17

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

S. 63

Mängelrechte vor Abnahme beim Werkvertrag

BGH, Urt. v. 19.01.2017 - VII ZR 193/15
RiLG Dr. Christoph Kretschmer, z. Zt. Wiss.
Mit. beim BGH

S. 66

Sozialrecht

Honorarhöhe als Abgrenzungsmerkmal bei Statusentscheidungen

BSG, Urt. v. 31.03.2017 - B 12 R 7/15 R
VRiLSG Hinnerk Timme

S. 68

INHALT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Verwaltungsrecht

Soft Law vor Gericht

Prof. Dr. Matthias Knauff, LL.M. Eur.

S. 71

Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde bei unterlassener EuGH-Vorlage

BVerfG, Beschl. v. 19.04.2017 - 1 BvR 1994/13

RiVG Dr. André Niesler

S. 75

Steuerrecht

Umsatzsteuer auf Pokergewinne?

BFH, Urt. v. 30.08.2017 - XI R 37/14

RiBFH Dr. Gerhard Michel

S. 78

Strafrecht

Völkerrechtmäßiges Verhalten und Extra- territorialität der staatlichen Souveränität – zum 90. Jubiläum der Lotus-Entscheidung

Dr. Konstantina Papathanasiou, LL.M.

S. 80

INTERVIEW

Geldwäsche, anwaltliche Sorgfaltspflichten und neuzeitliche Pranger

Interview mit RA Otmar Kury

S. 86

Die Schwächsten unserer Gesellschaft schützen!



Prof. Dr. Thomas Voelzke
Vizepräsident des Bundessozialgerichts

Die Autoren unseres Topthemas Christine und Bernd Klasen machen nach eigenem Bekunden die Aussage von Gustav Heinemann, wonach man „den Wert einer Gesellschaft daran erkennt, wie sie mit ihren schwächsten Gliedern verfährt“, zum Maßstab ihrer Überlegungen. Sie führen in die Problematik der „Fragen des Rechts bei Menschen mit Demenz im Krankenhaus“ in einer Weise ein, die nicht dem bei juristischen Erörterungen üblichen Vorgehen entspricht. Vorangestellt wird ein Aufriss der tatsächlichen Schwierigkeiten, denen aufgrund einer Demenz eingeschränkte Menschen bei einer Aufnahme in ein Krankenhaus ausgesetzt sind. Sodann behandeln die Autoren unterschiedliche Aspekte von Problemfeldern, die allesamt im Grenzbereich von Recht und Medizin angesiedelt sind. Allein die Stichworte richterliche Anhörung, Demenztourismus, Fahrerlaubnis und Gewalt in der Pflege verdeutlichen die Vielschichtigkeit der Problemlagen. Die im Zunehmen begriffene Zahl von aktuell 1,6 Mio. Menschen mit Demenz belegt zudem die Relevanz der Betrachtungen. Diese können, worauf die Autoren völlig zu Recht hinweisen, für viele von uns ein bedenkenswerter Blick in die eigene Zukunft sein.

Ebenfalls mit den Folgewirkungen eines (traurigen) Massenphänomens setzt sich die Entscheidungsanmerkung von Gero Schneider auseinander. Besprochen werden gleich zwei Entscheidungen des BGH vom 12.07.2017, deren gemeinsames Band die Auswirkungen von Ehescheidungen auf Mietverhältnisse ist. Behandelt werden in diesem Zusammenhang die Voraussetzungen des Entschädigungsan-

spruchs des Vermieters nach § 546a BGB einerseits und die Zuständigkeit der Familiengerichte in Wohnungsstreitigkeiten nach § 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG.

Zu den Dauerbrennern des Sozialversicherungsrechts gehört die Abgrenzung von abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit, denn die Beschäftigteneigenschaft ist der entscheidende Anknüpfungspunkt für die kraft Gesetzes eintretende Zugehörigkeit zum versicherten Personenkreis. Für die Abgrenzung stellt das BSG in seiner bisherigen Rechtsprechung entscheidend auf die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers von einem Dritten ab. Hierfür wurde wiederum ein Katalog von unterschiedlichen Kriterien entwickelt, zu denen die wirtschaftliche Abhängigkeit ausdrücklich nicht gerechnet wurde. In der Entscheidung des 12. Senats des BSG vom 31.03.2017 wird nun erstmals die Höhe des Honorars als Abgrenzungsmerkmal bei Statusentscheidungen eingeführt. Hinnerk Timme begrüßt in seiner Anmerkung diese neue Sichtweise und ordnet sie (zurückhaltend) in die bisherige Rechtsprechung ein.

Aus der Abteilung Verwaltungsrecht sei auf die Anmerkung von André Niesler zu einem Beschluss des BVerfG vom 19.04.2017 besonders hingewiesen. Mit dieser Entscheidung wird der Blick darauf gelenkt, dass der Erfolg einer Verfassungsbeschwerde wegen unterlassener EuGH-Vorlage auch von dem Prozessverhalten der jeweiligen Partei abhängt. Die daraus abzuleitende Handlungsempfehlung des Autors an Prozessbevollmächtigte lautet, bereits in einem Rechtsmittelzulassungsverfahren mit Begründungspflicht eine in Betracht kommende Vorlage an den EuGH unter dem Gesichtspunkt der grundsätzlichen Bedeutung zu thematisieren.

Schließlich empfehle ich das JM-Interview, das Christian Winterhoff mit dem Rechtsanwalt und Präsidenten der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer Otmar Kury geführt hat, Ihrer Lektüre. In dem Interview werden die Voraussetzungen, unter denen die anwaltliche Tätigkeit dem Geldwäschegesetz unterliegt und die daraus erwachsenden erheblichen Sorgfaltspflichten diskutiert. Zu Recht kritisch unter dem Gesichtspunkt der Prangerwirkung beurteilt Kury die Pflicht der Kammern, Maßnahmen und Bußgeldentscheidungen der Kammern im Zusammenhang mit dem Geldwäschegesetz unter Nennung des Namens der Betroffenen im Internet zu veröffentlichen.

Bei der Lektüre des Heftes viel Freude und eine Fülle neuer Erkenntnisse wünscht Ihnen

Ihr Thomas Voelzke

Fragen des Rechts bei Menschen mit Demenz im Krankenhaus

Dir. d. AG Bernd Klasen und Chefärztin Christine Klasen

A. Ausgangslage

Mit zunehmend älter werdenden Menschen nimmt die Anzahl der Demenzerkrankungen zu. Derzeit werden in der Bundesrepublik Deutschland fast 1,6 Mio. Menschen mit Demenz gezählt. Bis zum Jahr 2050 werden etwa 3 Mio. Demenzkranke erwartet.¹ Oft ist mit der Diagnose „Demenz“ eine Komorbidität verbunden, die zu regelmäßigen Krankenhausaufenthalten führt. Dies stellt nicht nur Ärzte² und Pfleger, sondern auch den demenzkranken Patienten und seine Angehörigen vor erhebliche Herausforderungen. Einige „besonders spannende“ Aspekte der Krankenhausbehandlung eines dementen Patienten sollen mit diesem Aufsatz aus der medizinischen und juristischen Perspektive der Autoren beleuchtet werden. Dabei geht es den Autoren einerseits um Denkanstöße, andererseits um die vielseitig gewünschte und oft als fehlend beklagte Handlungssicherheit aller Akteure.

Der Maßstab der nachfolgenden Überlegungen kann mit einem Zitat von Gustav Heinemann pointiert dargestellt werden, wonach man „den Wert einer Gesellschaft daran erkennt, wie sie mit ihren schwächsten Gliedern verfährt“.

Unter diesem Gesichtspunkt versuchen die Autoren eine ganzheitliche Betrachtung, bei der insbesondere die rechtliche Dimension nicht zu kurz kommen soll. Bei zahllosen Veröffentlichungen wie auch Projektberichten spielen bei der Betrachtung des Themas Demenz im Krankenhaus die Rechtswissenschaften eine regelmäßig untergeordnete Rolle. Die juristische Perspektive wird immer wieder vernachlässigt, obgleich sie i.d.R. eine entscheidende Rolle spielt.

B. Eigentlich sollte eine Krankenhausaufnahme bei dementen Patienten vermieden werden

Jede räumliche und jede situative Veränderung ist geradezu dazu prädestiniert, dem in seinen kognitiven Fähigkeiten aufgrund einer Demenz eingeschränkten Menschen den letzten Halt der Orientierung zu nehmen. Aus diesem Grunde kann bei dementen Patienten bei Aufnahme in ein Krankenhaus nicht selten ein deliranter Zustand angetroffen werden, der einhergeht mit großer Unruhe, getrieben sein, Orientierungslosigkeit, Stunden bis Tage langem Schreien, großer Verzweiflung, Panikattacken, Wahnvorstellungen

und Ängsten. Auch begegnen uns Menschen – und dies ist nicht weniger besorgniserregend –, die völlig apathisch und in sich zurückgezogen sind. Dass ein solcher Zustand einer durch die Krankenhausaufnahme gewünschten Genesung zuwiderläuft, bedarf keiner näheren Ausführungen.

Spannender erscheint die Frage, wie sich diese „Nebenwirkungen“ einer stationären Krankenhausaufnahme vermeiden lassen. Sicherlich gibt es Krankheitsbilder, die ohne stationäre Behandlung nicht beherrschbar sind. In solchen Fällen gilt es, den Krankenhausaufenthalt für den dementen Patienten so verträglich wie möglich zu gestalten. Kontinuität bei den Bezugspersonen gibt dem dementen Patienten den notwendigen Halt und Orientierung. Es versteht sich von selbst, dass dies bei dem in die Behandlung involvierten Pflegepersonal und den Ärzten nicht durchgehalten werden kann. Ein Ansatz hierfür ist allerdings die Möglichkeit der Bereichspflege, die darauf ausgerichtet ist, dass einzelne Pflegekräfte nur wenige einzelne Patienten (und nicht alle anderen Patienten der Station) betreuen und kennen. Auch wenn im klinischen Alltag damit nicht nur Vorteile verbunden sind, könnte dies ein Ansatz für die Betreuung demenzkranker Menschen sein. Aus Sicht des dementen Patienten unruhestiftend ist auch der ständige Wechsel von Mitpatienten als Zimmernachbarn. Durch die unterschiedliche Entlassungssituation lässt sich dies natürlich nicht durchgängig vermeiden; eine vorausschauende Belegungsplanung mit Blick auf die besondere Situation des demenzkranken Patienten ist aber sicherlich ein erster Ansatz. Kontinuität in der Bezugsperson schaffen auch die Möglichkeit der Mitaufnahme einer Betreuungsperson im Wege des Roaming in oder besonders großzügige Besuchsregelungen. Auch bieten sich – und dies wird vielerorts schon praktiziert – spezielle Demenzstationen an, die den besonderen Bedürfnissen dementer Patienten besonders Rechnung tragen.

Eine besondere Herausforderung für den dementen Patienten sind Untersuchungen im Krankenhaus. Zunächst stellt sich das Problem der hinreichenden und noch möglichen

1 Vgl. Deutsche Alzheimer Gesellschaft e.V., Die Häufigkeit von Demenzerkrankungen, www.deutsche-alzheimer.de/fileadmin/alz/pdf/factsheets/infoblatt1_haeufigkeit_demenzerkrankungen_dalzg.pdf (zuletzt abgerufen am 18.12.2017).

2 Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in diesem Beitrag das generische Maskulinum verwendet.

Aufklärung. Juristisch geklärt ist, dass nicht nur der Betreuer oder Bevollmächtigte des nicht mehr einwilligungsfähigen Patienten aufzuklären ist, sondern auch der Patient selbst.³ Ist dieser allerdings derart kognitiv eingeschränkt, dass er nicht im Ansatz verstehen kann, welche Untersuchung bei ihm vorgenommen werden soll, muss aus der Perspektive dieses Patienten insbesondere die invasive Untersuchung wie eine Form von Gewalt bis hin zur Vergewaltigung (etwa bei gynäkologischen Untersuchungen) erlebt werden. An dieser Stelle sind Zeit, Zuwendung und einfache Sprache gefordert. Alles Dinge, die im normalen Klinikalltag – auch im Hinblick auf die wirtschaftliche Situation der Kliniken – Störfaktoren sind. Der demente Patient passt einfach nicht in dieses Gefüge! Dass es gleichwohl – auch unter pekuniären Aspekten – „lohnend“ sein kann, mag sich erschließen, wenn man die Reaktion des Patienten auf das Unverständene antizipiert. Nicht selten folgt nach einer nicht verstandenen Untersuchung herausforderndes Verhalten, was wiederum im besonderen Maße Zeit und Personal bindet.

Speziell im Fall einer Untersuchung ist es ratsam, den dementen Patienten nicht alleine der Untersuchungssituation auszusetzen. Versteht er nicht, was mit ihm geschehen soll, wird er auch nicht verstehen, warum er sich nun bspw. entkleiden soll. Hierauf mit Unverständnis bis hin zu Unmut und Aggression zu reagieren, ist sicherlich deplatziert, im hektischen klinischen Alltag allerdings nicht immer zu vermeiden. An dieser Stelle hilft ein – ggf. auch ehrenamtlicher – Begleitdienst innerhalb der Klinik, der eine Betreuung des dementen Patienten in der Untersuchungssituation gewährleistet. Dies wirkt einer Überforderung des Patienten, aber auch einer Überforderung der Behandler, insbesondere des Pflegepersonals entgegen.

Bei dementen Patienten spielt die Biografiearbeit eine nicht zu unterschätzende Rolle. Sind das Leben des Menschen, seine Gewohnheiten und Vorlieben bekannt, besteht die Möglichkeit, sich auch im Krankenhaus hierauf einzustellen. Auch dies vermeidet Stress an „allen Fronten“.

Ein zunächst als banal erscheinender, gleichwohl an Bedeutung nicht zu unterschätzender Gesichtspunkt ist das Vorhandensein der erforderlichen Hilfsmittel, wie Sehhilfe oder Hörgerät. Ist abgesehen von den kognitiven Einschränkungen die Wahrnehmbarkeit wegen schlechten Sehens oder schlechten Hörens massiv eingeschränkt, kann das, was mit dem Patienten geschieht, nicht richtig wahrgenommen werden. Dass damit Ängste, Unruhe bis hin zu Panikattacken einhergehen, versteht sich von selbst.

Als Arbeitshilfe empfehlen die Autoren den „Informationsbogen für Patienten mit einer Demenz bei Aufnahme ins Krankenhaus“ der Deutschen Alzheimer Gesellschaft e.V.⁴

Hilfreich erscheint den Autoren auch die Broschüre des Ministeriums für Soziales, Arbeit, Gesundheit und Demografie Rheinland-Pfalz und der Landeszentrale für Gesundheitsförderung in Rheinland-Pfalz e.V. „Menschen mit Demenz im Krankenhaus“.⁵

In diesem Zusammenhang stellt sich regelmäßig die Frage nach dem Machbaren. Mit Blick auf die angespannte Personalsituation in den allermeisten Krankenhäusern und unter dem Aspekt der Finanzierbarkeit geht es sicherlich an der Problematik vorbei, den wünschenswerten Idealzustand zum Maß aller Dinge zu machen. So könnten durch eine flächendeckende Etablierung von Sitzwachen nahezu sämtliche Fixierungsmaßnahmen oder sedierende Medikamente vermieden werden.⁶ Dass dies bei allem guten Willen nicht finanziell darstellbar ist, dürfte wohl weitestgehend außer Streit stehen. Interessant erscheint allerdings die Frage, wie man mit diesem Fakt umgeht. Kritisch sehen die Autoren Entscheidungen, die nach dem Motto „Geld spielt keine Rolle“ und „das Ergebnis ist mir doch egal“ durchaus gut gemeinte und im Hinblick auf die Verfügbarkeit auch sachgerechte Fixierungsmaßnahmen mit dem Argument, es gebe mildere Mittel, die nur finanziert werden müssten, ablehnen.⁷ Insbesondere das Argument, notfalls müsse das Pflegeheim – oder das Krankenhaus – gewechselt werden, um in einer anderen Einrichtung einen günstigeren Pflegestandard zu erhalten, vermag die Autoren nicht zu überzeugen. Fixierungsmaßnahmen um jeden Preis zu vermeiden, erscheint den Autoren vielmehr missionarisch und hat gerade nicht den Menschen als Ganzes im Blick. Gerade bei den dementen Patienten bedeutet jeder Ortswechsel erheblichen Stress.

In vielen Fällen ließe sich aber bei einem überlegten Vorgehen und bei guter Vorbereitung in einem professionellen Setting in der Tat eine Krankenhausaufnahme des dementen Patienten vermeiden. Hilfreich sind an dieser Stelle Patientenverfügungen, die der zwischenzeitlich demont gewordene Patient zu einem Zeitpunkt errichtet hat, als er noch einwilligungsfähig gewesen ist, § 1901a Abs. 1 BGB. Auch dies stellt sicherlich einen Idealfall dar. Liegt keine passgenaue Patientenverfügung vor und ist der demente Patient nicht mehr einwilligungsfähig, kommt es auf seinen mutmaßlichen Willen an, § 1901a Abs. 2 BGB. Dieser ist zu ermitteln. Führt dies zu dem Ergebnis, dass der demente Patient in einer

3 Vgl. hierzu ausführlich Klases/Klases, jM 2017, 2.

4 www.deutsche-alzheimer.de/fileadmin/alz/broschueren/infobogen_krankenhaus.pdf (zuletzt abgerufen am 18.12.2017).

5 www.lzg-rlp.de/files/images/Gesundheit%20im%20Alter/Broschuere_Menschen-Demenz/2016_Bro_Menschen_Demenz_KH_Version_Web.pdf (zuletzt abgerufen am 18.12.2017).

6 Vgl. SG Freiburg (Breisgau), Beschl. v. 15.12.2011 - S 9 SO 5771/11 ER.

7 Vgl. AG Frankfurt, Beschl. v. 29.11.2012 - 49 XVII HOF 3023/11 Rn. 15, 19, 20.

bestimmten Behandlungssituation keine Krankenhausaufnahme wünscht, ist dieser Wille allein maßgeblich und zu respektieren. Dem Autor ist ein Fall⁸ aus seiner forensischen Praxis in schillernder Erinnerung, in dem ein 70-jähriger, mittlerweile dementer Patient, der zudem unter einer exazerbierten COPD⁹ litt, in wöchentlichem Abstand mit dem Rettungsdienst in eine Klinik verbracht wurde, wo dann nach Kontakt zu seinem gesetzlichen Betreuer sehr schnell festgestellt wurde, dass eine Behandlung nicht gewünscht war und der Patient ebenso schnell wieder entlassen wurde. Nur dass er zwischendurch erheblichem Stress und dies im Wochenrhythmus ausgesetzt gewesen ist. Dies lässt sich bei vernünftigem Vorgehen patientenschonend, aber auch ressourcenschonend vermeiden. Hilfreich ist an dieser Stelle neben einer ggf. vorliegenden Patientenverfügung und einer Vorsorgevollmacht ein sog. Notfallplan, der auf knappem Platz klare Handlungsanweisungen für die präklinischen Akteure oder ggf. für das Heimpersonal gibt. Im Netz sind einige dieser Musternotfallpläne vorhanden,¹⁰ wobei sich eine kritische Betrachtung im Hinblick auf die gebotene und gewünschte Komprimierung der Aussagen empfiehlt.

Ebenso wichtig wie klare Handlungsanweisungen zur Herstellung von Handlungssicherheit ist die Bestellung einer durchsetzungsfähigen Person als Betreuer oder Bevollmächtigter. Oft ohne bösen Willen, aber dennoch völlig ahnungslos wird gerade in der Hektik der Präklinik versucht, in paternalistischer Manier „das Beste“ für den Patienten durchzudrücken. So erinnern sich die Autoren an einen Fall, in welchem zwischen allen Beteiligten völlig klar war, dass mit Blick auf den fortgeschrittenen demenziellen Abbauprozess der 94-jährigen Heimbewohnerin keine Krankenhausaufnahme mehr erfolgen soll. Eine insoweit nicht hinreichend informierte Altenpflegerin hat in Unkenntnis der getroffenen Entscheidung in einer vermeintlichen Notfallsituation den Rettungsdienst verständigt. Nach Kontaktaufnahme mit der Vollmachtnehmerin wurde versucht, die getroffene Entscheidung, nämlich eine Krankenhausaufnahme nicht mehr zu wollen, zu kommunizieren. Dies wurde vonseiten des Rettungsdienstpersonals mit harschen Worten unter Hinweis darauf, dass die Vollmachtnehmerin dies gar nicht zu entscheiden habe, dass die Frage der stationären Aufnahme schließlich eine ärztliche Entscheidung sei, versucht abzuwimmeln. Nur der durchsetzungsfähigen Vollmachtnehmerin war es zu verdanken, dass eine stationäre Aufnahme gerade noch verhindert werden konnte.

C. Die Krux der richterlichen Anhörung – menschenwürdige Ausgestaltung

Nicht nur, aber auch im Besonderen bei Krankenhausaufnahme sind für den dementen Patienten richterliche Entscheidungen zu treffen. Liegt keine Vorsorgevollmacht vor,

kann es erforderlich sein, ggf. im Rahmen einer Eilentscheidung einen Betreuer zu bestellen. Dies verlangt gem. § 278 Abs. 1 FamFG nach einer richterlichen Anhörung. Dabei hat sich das Gericht einen persönlichen Eindruck von dem Betroffenen zu verschaffen. Diesen persönlichen Eindruck soll sich das Gericht in dessen üblicher Umgebung verschaffen, wenn es der Betroffene verlangt oder wenn es der Sachaufklärung dient und der Betroffene nicht widerspricht. Eine entsprechende Regelung findet sich in § 319 Abs. 1 FamFG für Unterbringungssachen, wobei bei der stationären Behandlung von Demenzpatienten manchmal freiheitsentziehende Maßnahmen gem. § 1906 Abs. 4 BGB wie Bettgitter, Bauchgurt oder Stecktisch in Betracht kommen. Ggf. kann neben den im Übrigen im Gesetz vorgesehenen umfassenden Anhörungspflichten noch eine Anhörung wegen Genehmigungen nach § 1904 BGB auf der Grundlage von § 298 FamFG in Erwägung gezogen werden.

So sinnvoll und unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten (Art. 103 Abs. 1 GG) geboten die umfassenden richterlichen Anhörungspflichten auch sind, können sie gerade bei dementen Patienten eine immense Belastung darstellen. Der Autor erinnert einen Fall, bei dem er eine demente Patientin zu der an und für sich „harmlosen“ Frage der Verlängerung der Betreuung anhören wollte. Nach Aktenlage war die Betroffene mit der bereits seit Jahren bestellten Berufsbetreuerin außerordentlich zufrieden und die Anhörung versprach, in kürzester Zeit zur allseitigen Zufriedenheit durchgeführt werden zu können. In diesem Fall mitnichten. Die Betroffene hat den Gegenstand der Anhörung, nämlich, ob alles so bleiben soll wie bisher (lediglich eine Verlängerung der bestehenden Betreuung mit der bewährten Berufsbetreuerin) nicht im Ansatz erfasst. Was bei ihr ankam, war, dass ein Richter sie besucht. Ganz wichtig war es ihr in diesem Zusammenhang zu erklären, dass sie noch nie etwas mit dem Gericht zu tun hatte. Sie habe ein unbescholtenes und rechtschaffenes Leben als Filialeiterin einer Bank geführt. Jeder Monatsabschluss sei auf den Cent genau richtig gewesen. Die Betroffene brach in Tränen aus, dass sie jetzt mit 85 noch mit dem Gericht behelligt wird. In keiner richterlichen Pensenberechnung, auch nicht in der von Pebbÿ,¹¹ lässt sich der zeitliche Aufwand abbilden, der

8 Fälle, die von den Autoren als Beispiele geschildert werden, sind immer so verfremdet, dass ein Rückschluss auf die angesprochenen Menschen nicht möglich ist. Die Struktur der Fälle wird allerdings jeweils beibehalten.

9 Chronisch obstruktive Bronchitis.

10 Bspw.: www.bosch-stiftung.de/content/language1/downloads/Anlagenordner_Abschlussbericht_PLK_Initiative.pdf (zuletzt abgerufen am 18.12.2017).

11 Vgl. www.mj.niedersachsen.de/themen/personal_haushalt_organisation_iteinsatz/pebby/pebby-10316.html (zuletzt abgerufen am 18.12.2017).

bei vernünftigem Vorgehen unter Wahrung der Persönlichkeitsrechte aus Art. 2, 1 GG der Betroffenen erforderlich war, um diese wieder halbwegs zu beruhigen und ihr klarzumachen, dass ihr nichts Böses geschehe. Die Autoren erleben nicht selten, dass trotz großem Fingerspitzengefühl und großem Einfühlungsvermögen eine Verunsicherung der Betroffenen bis hin zu einer ansatzweisen Traumatisierung sich nicht vermeiden lässt. Dabei wird nicht verkannt, dass gem. § 34 Abs. 2 FamFG eine richterliche Anhörung unterbleiben kann, wenn hiervon eine erhebliche Gefahr für die Gesundheit des Betroffenen zu befürchten ist oder der Beteiligte offensichtlich nicht in der Lage ist, seinen Willen kundzutun. Dass von dieser Vorschrift äußerst zurückhaltend Gebrauch zu machen ist und das Gericht zumindest sich einen persönlichen Eindruck von dem Betroffenen verschaffen muss, hat der BGH noch einmal klargestellt.¹²

Einer näheren Betrachtung bedarf auch die Frage, in welcher Art und Weise und in welcher Form das Ergebnis der Anhörung zu dokumentieren ist. Aus verfassungsrechtlicher Sicht erscheinen den Autoren Anhörungsvermerke im Sinne von Wortprotokollen problematisch, bei denen wortwörtlich die Antworten der dementen Patienten zu Papier gebracht werden. Ist der Patient noch in der Lage, auch nur halbwegs seine kognitiven Defizite wahrzunehmen, erscheint es den Autoren im höchsten Maße als verletzend, auf die gestellten richterlichen Fragen die sinnentleerten Antworten des dementen Patienten aufzuschreiben. Aus der rechtlichen Betrachtung heraus erscheint dies auch nicht als erforderlich und damit auch nicht als verhältnismäßig.

Gem. § 28 Abs. 4 FamFG hat das Gericht über Termine und persönliche Anhörungen einen Vermerk zu fertigen. In dem Vermerk sind die wesentlichen Vorgänge des Termins und der persönlichen Anhörung aufzunehmen. Im Unterschied zu den strengen Anforderungen des § 160 ZPO, hier insbesondere in § 160 Abs. 4 Nr. 3 ZPO, beschränkt sich der aufzunehmende Vermerk auf die wesentlichen Vorgänge der Anhörung. § 28 FamFG enthält dabei keine zwingenden Vorgaben zum Inhalt des Vermerks. Die Ausgestaltung des Vermerks liegt im Ermessen des Gerichts.¹³ Dabei mag es geboten sein, die persönliche Verfassung des Betroffenen aktenkundig zu machen.¹⁴ Aus Sicht der Autoren kann dies allerdings auch in zusammenfassender Art und Weise ohne Wortprotokoll geschehen. Dies entspricht dem Interesse, Verfahren nach dem FamFG flexibler als solche nach der ZPO zu gestalten.¹⁵ Hierzu passt auch, dass kein Zeitpunkt für die Erstellung des Vermerks vom Gesetz vorgeschrieben wird, der Vermerk durchaus auch nach Beendigung des Anhörungstermins zu Papier gebracht werden kann.¹⁶ Auch dies stellt eine Möglichkeit dar, möglichst schonend mit dem dementen Patienten umzugehen.

D. Herausforderndes Verhalten, „Läufer“ und „Demenztourismus“

Bei manchen Formen der Demenz, z.B. der frontotemporalen Demenz, kann die Erkrankung mit aggressivem oder unangepasstem sexualisiertem Verhalten des Patienten einhergehen. Die Autoren erinnern einen Fall, in welchem ein 80-jähriger dementer Patient mit ausgeprägtem Bewegungsdrang unaufhörlich die Station „unsicher“ machte, indem er stundenlang über die Gänge der Station lief, fremde Zimmer aufsuchte und sich ungeniert und ohne Unrechtsbewusstsein in fremde, vorzugsweise mit Patientinnen belegte Betten legte. Spätestens als er mit einer weiteren Patientin der Station gemeinsam duschen wollte, war eine Intervention vonseiten der Pflege und der Ärzte geboten. Natürlich stehen in einer solchen Situation nicht nur der demente Patient selbst im Mittelpunkt aller Überlegungen, sondern auch die weiteren Patienten, die geschützt werden müssen. Sicherlich ist es viel zu kurz gegriffen, das Problem derart zu lösen, dass der demente Patient – ggf. unabhängig von seinem Genesungszustand – schnellstmöglich aus der Klinik entlassen wird. Kann eine Entlassung in die häusliche Umgebung erfolgen, ist dies bestimmt ein guter und auch gebotener Weg. Wenig zielführend ist indessen die Verlegung in eine andere, ggf. eine psychiatrische Akutklinik. Damit einher geht für den dementen Patient wiederum ein Ortswechsel, der für ihn erheblichen Stress bedeutet, ohne dass wirklich an seiner Situation nachhaltig etwas Positives verändert werden könnte. Wie aber kann derart herausforderndem Verhalten wirksam begegnet werden? Das Mittel der Wahl ist eine intensive persönliche Betreuung des Patienten. Dass dies insbesondere unter wirtschaftlicher Betrachtung im Klinikalltag kaum zu bewerkstelligen ist, bedarf keiner näheren Darlegung. Ein erster Ansatz hierfür ist die Begleitung durch Angehörige oder durch ehrenamtliche Mitarbeiter. Allerdings bedürfen diese der Schulung und Begleitung. Eine nachhaltige Betreuung erscheint nur dann möglich, wenn die involvierten Begleitpersonen nicht allein gelassen werden. Auch empfiehlt sich in diesem Zusammenhang ein regelmäßiger fachlicher wie persönlicher Austausch, um Belastungsspitzen abzufedern. Dies gilt auch für die Mitarbeiter in der Pflege und die Ärzte. Ein interdisziplinärer Austausch unter Einbeziehung aller betroffenen Fachrichtungen ist geboten.¹⁷ Körpernahe Fixierungsmaßnahmen sind jedenfalls

12 BGH, Beschl. v. 28.09.2016 - XII ZB 269/16.

13 Vgl. BGH, Beschl. v. 22.03.2017 - XVII ZB 358/16.

14 Vgl. Rüntz in: Bahrenfuß, FamFG, 3. Aufl. 2017, § 28 Rn. 36.

15 Vgl. Jacoby in: Bork/Jacoby/Schwab, FamFG, § 28 Rn. 10.2.

16 Vgl. Jacoby in: Bork/Jacoby/Schwab, FamFG, § 28 Rn. 44.

17 Bühler/Stolz, BtPrax 2014, 197 ff.

abgesehen von extremen notfallmäßigen Eskalationen keine Lösung! Auch der oft als solches empfundene „Retungsanker“ der Psychopharmaka erscheint wenig zielführend.¹⁸ Gerade bei den betagten Menschen liegt oft eine Polypharmazie vor, die erschreckend viele unerwünschte Nebenwirkungen zeigt.

Aus Sicht der Behandler stellt sich regelmäßig große Sorge um die eigene Haftung ein, wenn der demente Patient eine nicht zu kontrollierende Hin- oder Weglauftendenz zeigt. Auch wenn das Haftungsrisiko regelmäßig überschätzt wird,¹⁹ ist gleichwohl an dieser Stelle Vorsicht geboten. So hat das OLG Hamm in seiner Entscheidung vom 17.01.2017 eine Haftung eines Krankenträgers bejaht, in dessen Krankenhaus ein dementer Patient zu Schaden gekommen ist, als er zwar durch ein querstehendes Bett vor seiner Zimmertür am Verlassen des Krankenzimmers gehindert worden ist, dann aber versucht hat, sein Krankenzimmer durch das Fenster zu verlassen.²⁰ Hierbei ist er mehrere Meter in die Tiefe gestürzt und hat sich schwer verletzt. Die zur Haftung führende Pflichtverletzung auf der Grundlage des Behandlungsvertrages und der Verstoß gegen die Verkehrssicherungspflicht hat das OLG Hamm darin begründet gesehen, dass ein Verriegeln des Fensters in Kippstellung nicht vorgesehen war, sondern vielmehr das Hinaufsteigen durch einen vor dem Fenster stehenden Tisch und Stuhl noch erleichtert worden ist. In gleiche Richtung weist eine Entscheidung des OLG Düsseldorf.²¹ Auch kann es mit Blick auf die Demenz geboten sein, für den Patienten besondere Schutzvorkehrungen zu treffen.²²

E. Dementer Patient und gültige Fahrerlaubnis

Regelmäßig stellt sich im Krankenhaus die Frage, wie mit dementen Patienten umzugehen ist, die noch eine gültige Fahrerlaubnis haben und auch erklären, weiterhin Auto fahren zu wollen. Da die demenziellen Entwicklung oft ein schleicher Prozess ist, ist es schwierig, trennscharf abzugrenzen, wann eine aktive Teilnahme am motorisierten Straßenverkehr nicht mehr vertretbar ist. Für den betagten Menschen gehen damit oft Mobilitätsverluste einher, die auch seiner sozialen Integration entgegenwirken.²³ Dieser Verlust kann nur schwer akzeptiert werden. Die Reaktion hierauf reicht von „so schlimm ist es noch nicht“ bis zu der Äußerung einer Ehefrau gegenüber der Autorin, sie sage ihrem Mann als Beifahrerin schon, wann er bremsen müsse. Die damit verbundene Gefahrensituation mag sich ein jeder vor Augen führen. Wie aber können die Ärzte mit dieser Situation handlungssicher und juristisch abgesichert umgehen?²⁴ Die Lösung ist einerseits in der Regelung von § 34 StGB und andererseits in den Berufsordnungen der einzelnen Ärztekammern²⁵ zu suchen. Nach § 34 StGB ist eine Verletzung der an und für sich bestehenden ärztlichen Schweigepflicht nicht rechtswidrig, wenn in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren

Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut die Schweigepflicht gebrochen wird, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Das gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden. Dies wird bei einer konkreten Gefährdung des Straßenverkehrs von der Rechtsprechung i.d.R. bejaht.²⁶ Allerdings wird aus der Formulierung „nicht anders abwendbar“ des § 34 StGB der Schluss gezogen, dass auch mit Blick auf das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient vor einer Benachrichtigung der Straßenverkehrsbehörde der Patient in einem persönlichen Gespräch auf seine fehlende Fahrtüchtigkeit hinzuweisen ist.²⁷ Auch der Umfang der konkret weiterzugebenden Informationen mag mit Vorsicht bedacht werden. So meint das OLG Düsseldorf,²⁸ dass es in dem dort zur Entscheidung stehenden Fall ausgereicht hätte, die Diagnose und die Zweifel an der Kraftfahrtauglichkeit der Straßenverkehrsbehörde mitzuteilen, um diese in die Lage zu versetzen, die Fahrtüchtigkeit des Betroffenen zu überprüfen. Die Überlassung eines Entlassungsberichtes sei in diesem Fall weder angemessen noch erforderlich gewesen, weshalb dies nicht von der Regelung des § 34 StGB umfasst gewesen sei. Die berufsrechtliche Schweigepflicht – etwa entsprechend § 9 MBO-Ä – ist akzessorisch zu ihrer strafrechtlichen Ausgestaltung. Sie kann strafrechtliche Pflichten konkretisieren, aber nicht begrenzen oder verändern. Die strafrechtlichen Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht bestimmen damit auch das Berufsrecht.²⁹

18 Vgl. hierzu ausführlich Meißner, BtPrax 2010, 66 ff.; Osterloh, DÄBl. 2017, 355, 356.

19 Vgl. Klasen, BtPrax 2015, 214 ff.

20 OLG Hamm, Ur. v. 17.01.2017 - I-26 U 30/16.

21 OLG Düsseldorf, Ur. v. 16.06.2005 - I-8 U 124/03.

22 Vgl. OLG Thüringen, Ur. v. 23.03.2011 - 2 U 567/10.

23 Vgl. Leve et al., Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie (Suppl 2) 2017, 55, 58.

24 Vgl. zu dem im Rahmen eines Forschungsprojekts des Instituts für Allgemeinmedizin, Medizinische Fakultät, Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf, geäußerten Bedarfs an Handlungssicherheit seitens der Fokusgruppe Hausärzte: Leve et al., Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie (Suppl 2) 2017, 55, 58.

25 So etwa in § 9 Abs. 2 der Berufsordnung der Ärztekammer des Saarlandes vom 12.12.2012 – www.aerztekammer-saarland.de/files/155EDD1BF6D/AeK-0003_%20Berufsordnung%20fuer%20die%20Aerztinnen%20und%20Aerzte%20des%20Saarlandes.pdf (zuletzt abgerufen am 18.12.2017).

26 Vgl. OVG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 09.02.2016 - 3 M 14/16; VGH München, Beschl. v. 24.08.2010 - 11 CS 10.1139; hierzu ausführlich mit weiterführenden Nachweisen Ambrosy, jurisPR-StrafR 3/2016 Anm. 3.

27 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 02.04.2015 - III 2 Ws 101/15.

28 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 02.04.2015 - III 2 Ws 101/15.

29 Vgl. Hirthammer-Schmidt-Bleibtreu/Wiese, MedR 2017, 199, 200.

F. Gewalt in der Pflege – Offenbarungsrechte?

Treten bei Krankenhausaufnahme Pflegedefizite bis hin zu Anzeichen für Gewaltanwendungen zutage, entsteht regelmäßig bei Pflegepersonal und Ärzten die Frage, ob und wenn ja inwieweit sie ihre Erkenntnisse jeweils den zuständigen Stellen wie bspw. Polizei und Staatsanwaltschaft, aber auch Heimaufsicht oder Betreuungsgericht mitteilen dürfen. Nicht immer sind diese Anzeichen ein Hinweis darauf, dass böswillig mit dem dementen Patienten verfahren worden ist. Manchmal ist es auch Ausdruck einer Überforderung des Pflegepersonals. Der Autor erinnert einen Fall, bei dem bei einer Patientin – 70 Jahre alt, Zustand nach mehreren Schlaganfällen – desolaten pflegerische Verhältnisse bei Krankenhausaufnahme festgestellt wurden. Neben zahlreichen Dekubiti und Pilzkrankungen wurde bei Aufnahme auch eine Aspirationspneumonie festgestellt, die darauf zurückzuführen war, dass Sondennahrung über eine PEG-Sonde verabreicht wurde, ohne die Patientin mit dem Oberkörper nach oben zu lagern. Damit lief die Sondennahrung in die Lunge der Betroffenen, was dort zu einer fulminanten Lungenentzündung führte. Hinzu kam eine ausgeprägte Blasenentzündung, die sich damit erklärte, dass der Bevollmächtigte und ambulante Pfleger, ohne pflegerische Ausbildung, selbst den Blasenkatheter unter nicht sterilen Bedingungen wechselte. In dieser Situation ist es für Pflege und Ärzteschaft nicht nur erlaubt, sondern aus Gründen der Garantenpflicht geboten (§ 13 StGB), das zuständige Betreuungsgericht mit der Frage der Bestellung eines Kontrollbetreuers zu befassen.³⁰ Notfalls hilft auch hier § 34 StGB weiter. In dem vorstehend geschilderten Fall wurde dies so veranlasst, sodass schlussendlich ein Kontrollbetreuer mit dem Auftrag, die ambulante Pflege der Be-

troffenen zu überprüfen und zu kontrollieren und ggf. Mitteilung an das Gericht zu machen, bestellt wurde. Da die desolaten Pflege auf die Überforderung des Vollmachtnehmers zurückzuführen war, war dies im geschilderten Fall die probate Lösung.

Liegt aber der konkrete Verdacht einer körperlichen Misshandlung oder Gesundheitsschädigung (§ 223 StGB) infolge unzureichender Pflege oder Gewaltanwendung vor, sind Polizei wie Staatsanwaltschaft, bei Heimbewohnern auch die Heimaufsicht die richtigen Ansprechpartner. Beste Erfahrungen hat der Autor auch mit einer Opferambulanz³¹ gemacht.

G. Fazit

Der demente Patient im Krankenhaus stellt aus medizinischer wie rechtlicher Sicht erhebliche Anforderungen an Pflegepersonal und Ärzte. Ein guter Umgang setzt medizinische wie juristische Handlungssicherheit aller Akteure voraus, Überforderungssituationen ist frühzeitig zu begegnen, Fingerspitzengefühl und Einfühlungsvermögen sind gefordert! Eine Investition in diese Fähigkeiten erscheint den Autoren als äußerst lohnend. Die heutige Betrachtung des dementen Patienten im Krankenhaus kann für viele für uns „ein Blick in die Zukunft“ bedeuten, ohne dass dies im jeweiligen Einzelfall vorhersehbar wäre.

³⁰ Vgl. ausführlich zu dieser Problematik mit Bezug auf eine HIV-Infektion OLG Frankfurt, Beschl. v. 08.07.1999 - 8 U 67/99 sowie Hirthammer-Schmidt-Bleibtreu/Wiese, MedR 2017, 199 ff.

³¹ www.klinikum-saarbruecken.de/de/ueberuns/Partner/Kooperationspartner/Seiten/REMAKS-RechtsmedizinamKlinikumSaarbr%C3%BCckenGmbH.aspx (zuletzt abgerufen am 18.12.2017).

Dual-Use expanded – Verbrauchervertrag bei Personenmehrheit*

Dr. Siegfried Friesen und Wiss. Mit. Ann-Catherine Frensing-Deutschmann

A. Problemstellung

Der BGH beleuchtet in der vorliegenden Entscheidung den Verbraucherbegriff in zweierlei Hinsicht. Zunächst nimmt er Stellung zu einer sog. Dual-Use-Situation, in der eine Person den Vertrag zu privaten wie auch beruf- bzw. gewerblichen Zwecken abschließt. Weiterhin erörtert er im Kontext des Internationalen Zivilverfahrensrechts, ob ein Verbrauchervertrag vorliegt, wenn auf einer Seite der Übereinkunft mehrere Erwerber stehen, einer von ihnen das Rechtsgeschäft ausschließlich mit privaten Absichten eingeht, der andere hingegen einen doppelten Zweck verfolgt und in

concreto nicht mehr als Verbraucher agiert. Eben diese zweiseitige Motivlage geht wiederum erst aus einer weiteren Abrede hervor, welche Letztgenannter mit dem Veräußerer separat trifft.

Hervorzuheben bleibt vorweg der Kontext der Entscheidung. Der IX. Zivilsenat beurteilt die aufgezeigte Konstellation dahin gehend, ob eine in Finnland ergangene Entscheidung in Deutschland, dem Wohnsitzstaat des beklagten

* Zugleich eine Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 13.10.2016 - IX ZB 9/16.

Erwerbers (sowie seiner vertraglich mitverpflichteten jedoch nicht -verklagten Ehefrau), vollstreckt werden darf.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der BGH befasst sich im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckung mit dem Titel eines mitgliedstaatlichen Forums. Dem Anlassstreit liegen zwei Verträge zugrunde, wobei nur der zuerst geschlossene streitgegenständlich ist. Zum einen verpflichtete sich das klagende finnische Unternehmen gegenüber dem Beklagten und dessen Ehefrau, einen Blockhaus-Bausatz nach Deutschland zu liefern. Zum anderen schloss es einen Agenturvertrag mit dem Beklagten, wonach dieser als Verkaufsvertreter fungieren sollte. Diesbezüglich beabsichtigte er, die Immobilie als Musterhaus zu nutzen und in einem der Räume seiner Vertretertätigkeit nachzugehen. Nach mehreren Instanzen erstritt das finnische Unternehmen im Jahr 2007 – gestützt auf den Vertrag über den Blockhaus-Bausatz – ein Urteil. Auf Antrag des Gläubigers versah das LG Limburg¹ die finnische Entscheidung unter Zugrundelegung der notwendigen Urkunden kraft Art. 41 Brüssel I-VO² i.V.m. § 7 Abs. 1, § 8 Abs. 1 AVAG mit der Vollstreckungsklausel. Nachfolgend legte der Beklagte vor dem OLG Frankfurt Beschwerde (Art. 43 Brüssel I-VO i.V.m. § 11 AVAG) ein und stütze sich u.a. auf einen ordre public-Verstoß.³ Das Oberlandesgericht verwies jedoch auf das Verbot der *révision au fond* und erachtete keinen der Tatbestände des Art. 34 f. Brüssel I-VO für einschlägig.⁴

Anschließend hob der BGH⁵ den Beschluss des OLG Frankfurt auf und stellte dem Beschwerdegericht anheim, eine Anerkennungsversagung nach Art. 35 Abs. 1 Brüssel I-VO gestützt auf die Missachtung des Schutzgerichtsstandes aus Art. 16 Abs. 2 Brüssel I-VO zu überprüfen.

Das OLG Frankfurt orientierte sich daraufhin an den Feststellungen des obersten Gerichtshofs Finnlands und lehnte im Ergebnis die Verbrauchereigenschaft des Beklagten unter Heranziehung der Gruber-Doktrin⁶ ab. Es sah keine Einwendungen als gegeben an, die einer Vollstreckung entgegenstünden.⁷

Der im Nachgang erneut mit der Sache befasste BGH⁸ setzt sich – in der vorliegend zu besprechenden Entscheidung – mit dem Verbraucherbegriff auseinander und verwirft letztlich die Rechtsbeschwerde des Vollstreckungsschuldners. Der erkennende Zivilsenat bekräftigt, dass die Tatsachenfeststellung des finnischen Gerichts nach Art. 35 Abs. 2 Brüssel I-VO bindend ist. Demnach komme der gewerblichen Motivation des Beklagten, der die Immobilie als Musterhaus und einen der Räume für seine Vertretertätigkeit nutzen wollte, mehr als nur ein untergeordneter Zweck zu, sodass im Lichte der Gruber-Rechtsprechung des EuGH der Schutz des Verbrauchergerichtsstandes ausscheide.

Dem stehe auch nicht entgegen, dass am Vertrag ebenso die Ehefrau des Beklagten beteiligt gewesen sei. Es entscheide lediglich die Zweckbestimmung des Beklagten. Im Hinblick auf die unstreitig als Verbraucherin agierende Ehefrau, die in gleichem Umfang aus dem Vertrag hinsichtlich des Blockhauses berechtigt und verpflichtet wurde, erläutert der BGH, dass ihre Beteiligung am streitgegenständlichen Rechtsgeschäft aus prozessualer Warte nicht zur Schutzbedürftigkeit des gewerblich Handelnden führe. Auch könne eine Zurechnung der Verbrauchereigenschaft einer am Prozess unbeteiligten Person nicht erfolgen, da dies nicht mit der Vorhersehbarkeit der Zuständigkeitsvorschriften im Einklang stehe.

Abschließend verneint der IX. Zivilsenat eine Vorlagepflicht (Art. 267 Abs. 3 AEUV) an den EuGH, da es einer Auslegung des Unionsrechts aufgrund der Eindeutigkeit der Rechtslage (*acte clair*) nicht bedürfe.

C. Internationaler Kontext der Entscheidung

Der BGH erwähnt, dass bei Klageerhebung vor den finnischen Gerichten noch die Vorschriften des EuGVÜ⁹ maßgeblich waren.¹⁰

I. Internationale Zuständigkeit nach dem EuGVÜ

In dem konkreten Fall begründete das EuGVÜ mangels eines dinglichen Rechts an einer unbeweglichen Sache nach Art. 16 keine Zuständigkeit in Finnland. Vorausgesetzt, es hat keine rügelose Einlassung nach Art. 18 EuGVÜ oder eine wirksame Gerichtsstandsvereinbarung i.S.d. Art. 17

1 LG Limburg, Beschl. v. 23.04.2010 - 2 O 190/08.

2 Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. EG 2001 Nr. L 12, S. 1.

3 OLG Frankfurt, Beschl. v. 21.09.2010 - 26 W 24/10 Rn. 4. Der Beklagte war der Ansicht, dass das befasste Gericht seine internationale Zuständigkeit fälschlicherweise bejahe, der Kläger durch unrichtige Angaben die Prozesskosten in die Höhe getrieben habe und der Grundsatz des fairen Verfahrens verletzt worden sei.

4 Nach Auffassung des OLG Frankfurt habe weder ein untragbarer Verstoß gegen die deutsche Rechtsordnung in materieller wie formeller Hinsicht vorgelegen (Rn. 19 ff.) noch sei die Verletzung des rechtlichen Gehöres festzustellen gewesen (Rn. 22).

5 BGH, Beschl. v. 12.01.2012 - IX ZB 211/10.

6 Siehe dazu noch unter C.

7 OLG Frankfurt, Beschl. v. 12.01.2016 - 26 W 24/10 Rn. 4.

8 BGH, Beschl. v. 12.10.2016 - IX ZB 9/16.

9 Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. EG 1972 Nr. L 299, S. 32.

10 BGH, Beschl. v. 12.10.2016 - IX ZB 9/16 Rn. 1.

EuGVÜ vorgelegen, ist davon auszugehen, dass das finnische Forum seine internationale Zuständigkeit auf Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ gestützt hat, sofern nach den Grundsätzen der Tessili- und de Bloos-Doktrin¹¹ ein Erfüllungsort in Finnland nach dem materiellen Recht der *lex causae* ermittelt werden konnte. Aus den Ausführungen der unterschiedlichen Instanzen wird indessen nicht deutlich, nach welcher kollisionsrechtlichen Vorschrift die Richter das Vertragsstatut ermittelt haben und welches materielle Recht zur Anwendung berufen worden ist. Für den im Februar 2000 geschlossenen Vertrag mussten die Vorschriften des EVÜ¹² herangezogen werden, da die Rom I-VO¹³ laut ihren Art. 28, 29 erst Wirkung für Rechtsgeschäfte entfaltet, die ab dem 17.12.2009 zustande gekommen sind.

II. Maßgeblichkeit der Brüssel I-VO auf der Anerkennungsebene

Trotz der ursprünglichen Maßgeblichkeit des EuGVÜ ziehen die angerufenen deutschen Gerichte auf der Anerkennungsebene die Normen des Nachfolgerechtsaktes, der Brüssel I-VO heran. Diese Verordnung beansprucht laut ihren Art. 66 Abs. 1, Art. 76 Geltung für Verfahren ab dem 01.03.2002. Die Anerkennung und Vollstreckung richtet sich jedoch ausweislich Art. 66 Abs. 2 Brüssel I-VO nach diesem Sekundärrechtsakt, wenn zwar die Klage vor diesem Stichtag erhoben wurde, die Entscheidung jedoch erst danach ergangen ist. Abzustellen ist insoweit auf das finnische Urteil aus dem Jahr 2007, sodass zweifelsohne für dessen Anerkennung und Vollstreckung die Brüssel I-VO heranzuziehen war.

III. Verbrauchervertrag im Internationalen Zivilverfahrensrecht

1. Verständnis des EuGH

Der BGH stützt seine Entscheidung auf die Rechtsprechung des EuGH zum Verbrauchergerichtsstand nach dem EuGVÜ in der Rechtssache Gruber.¹⁴ In dem dortigen Vorlageverfahren erwarb ein in Österreich wohnhafter Landwirt sowohl zu privat- als auch gewerblichen Zwecken Dachziegel für seinen Hof und prozessierte anschließend vor seinem Heimatforum in Österreich aufgrund von Mangelhaftigkeit gegen den in Deutschland sitzenden Unternehmer. Auf Vorlage des Österreichischen OGH führte der Gerichtshof aus, dass die persönlichen Voraussetzungen des Schutzgerichtsstandes nur dann vorliegen, wenn die gewerbliche Motivation in der Gesamtschau eine „ganz untergeordnete Rolle“ einnimmt.¹⁵

Der Sachverhalt, der dem Beschluss des BGH zugrunde liegt, geht jedoch über eine solch' „einfach“ gelagerte Dual-

Use-Situation wie in der Rechtssache Gruber hinaus. Die gegenständliche Fallgestaltung „erweitert“ bzw. „modifiziert“ jene dadurch, dass der Unternehmer zwei Personen mit partiell abweichender Zwecksetzung als Vertragspartner hat.

Dass der IX. Zivilsenat im Rahmen des Internationalen Zivilverfahrensrechts lediglich auf die beklagte Prozesspartei abstellt und eine Zurechnung der Verbrauchereigenschaft der ebenfalls berechtig- und verpflichteten Ehefrau ablehnt, überzeugt. Erfolgte eine Zurechnung der nicht am Verfahren beteiligten Person, bestünde schließlich eine gewisse Manipulationsgefahr, dass in den Vertrag aus prozesstaktischen Erwägungen ein Verbraucher miteinbezogen würde. Zwar ist neben dem Beklagten auch dessen Ehefrau Vertragspartei des streitgegenständlichen Rechtsgeschäfts, allerdings gibt dieser Umstand keine Veranlassung dazu, zwangsweise beide Personen in das Verfahren einzubeziehen bzw. alle Vertragsparteien zu berücksichtigen. Denn im Regelfall¹⁶ muss schließlich nicht mit sämtlichen Schuldnern ein Prozessrechtsverhältnis begründet werden.

Im Ergebnis genießt eine Person, welcher die Verbrauchereigenschaft nach der Brüssel I-VO bzw. Brüssel Ia-VO abgesprochen wird, keine Privilegien, selbst wenn an dem streitgegenständlichen Vertrag ein Verbraucher zu gleichen Teilen beteiligt ist, dieser jedoch nicht in das gerichtliche Verfahren involviert ist.

2. Berücksichtigung weiterer Verträge

Eine weitere Besonderheit der vorliegenden Entscheidung ist, dass die gewerbliche Zweckbestimmung des Beklagten hinsichtlich des Erwerbsgeschäfts erst durch die Berücksichtigung des Agenturvertrags festgestellt werden konnte.¹⁷ Allein aus dem streitgegenständlichen Rechtsgeschäft ging die

11 EuGH, Urt. v. 06.10.1976 - 12/76 - „Tessili“; hierzu Geimer, NJW 1977, 492 f.; EuGH, Urt. v. 06.10.1976 - 14/76 - „de Bloos“.

12 Übereinkommen 80/934/EWG über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19.06.1980, ABl. EG 1980 Nr. L 266, S. 1. In Deutschland war das EVÜ nicht direkt anwendbar, sondern in die Art. 27 ff. EGBGB inkorporiert. Diese Bestimmungen finden jedoch nach wie vor auf Altverträge Anwendung; vgl. etwa OLG Brandenburg, Urt. v. 18.02.2016 - 12 U 118/15.

13 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.06.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl. EU 2008 Nr. L 177, S. 6; berichtigt in ABl. EU 2009 Nr. L 309, S. 87.

14 EuGH, Urt. v. 20.01.2005 - C-464/01.

15 EuGH, Urt. v. 20.01.2005 - C-464/01 Rn. 54.

16 Etwa im Fall einer notwendigen Streitgenossenschaft ist eine Einbeziehung sämtlicher Parteien in den Prozess erforderlich.

17 BGH, Beschl. v. 12.10.2016 - IX ZB 9/16 Rn. 9.

(fehlende) Verbrauchereigenschaft schließlich nicht hervor. Diese Methode lässt ein Stück weit Parallelen zur Hobohm-Entscheidung des EuGH erkennen.¹⁸ Dort legte der Gerichtshof Art. 15 Abs. 1 Buchst. c) Brüssel I-VO¹⁹ dahin gehend aus, dass die Vorschrift auch auf einen Vertrag Anwendung findet, der isoliert nicht dem Bereich der ausgeübten Tätigkeit unterliegt, allerdings eine enge Beziehung zu einem zuvor zwischen denselben Parteien in diesem Tätigkeitsbereich geschlossenen Rechtsgeschäft aufweist.

In der hier zu besprechenden Entscheidung liegt der Unterschied darin, dass die Hobohm-Entscheidung die situative Voraussetzung des Schutzgerichtsstandes zum Gegenstand hat, während der BGH nun die Bedeutung und Funktion des einen Rechtsgeschäfts für ein anderes dahin gehend bemüht, um die tatsächliche Motivation und damit die Verbraucherrespektive Unternehmereigenschaft zu ermitteln. Die Berücksichtigung einer anderen Abrede erfolgt somit auf der Ebene des persönlichen Anwendungsbereichs und nicht wie beim EuGH auf der Stufe der räumlich-situativen Kriterien.

In dem zugrunde liegenden Sachverhalt wurde der Vertrag, den das finnische Gericht zusätzlich heranzog, am selben Tag geschlossen. Ferner bestand zwischen den beiden Rechtsgeschäften ein gewisser sachlicher Zusammenhang. Denn der Agenturvertrag legte die Motivation des Beklagten offen, dass er das Haus nicht nur rein privat nutzen wollte. Aufgrund dieser engen gegenständ- und zeitlichen Verknüpfung überzeugt es, den Agenturvertrag bei der Motivationslage des Beklagten zu berücksichtigen. Die Zuhilfenahme dieses Rechtsgeschäfts steht auch mit den Ausführungen des EuGH in der Rechtssache Gruber im Einklang. Der Gerichtshof gab den befassten nationalen Richtern auf, bei der Feststellung, ob der gewerbliche Zweck nur marginal sei, sämtliche Umstände einfließen zu lassen, die sich objektiv aus den Akten entnehmen lassen.²⁰

3. Fazit

Es lässt sich abschließend festhalten, dass der BGH einzig auf den konkreten Beklagten abstellt und weiterhin zur Entscheidung über die Verbrauchereigenschaft auch ein weiteres Rechtsgeschäft heranzieht, welches eine zeit- sowie sachliche Verbindung zum Streitgegenständlichen aufweist.

D. Auswirkung für die Praxis

I. Personenmehrheit im Internationalen Zivilverfahrensrecht

Dem Praktiker zeigt die vorliegende Entscheidung zunächst auf, dass er in grenzüberschreitenden Sachverhalten²¹ de lege lata²² bei Personenmehrheit auf einer Vertragsseite im Rahmen des Internationalen Zivilprozessrechts stets die

Motivlage jedes Einzelnen zunächst isoliert begutachten muss. Liegt danach eine „erweiterte“ bzw. „modifizierte“ Dual-Use-Situation wie diejenige der gegenständlichen Entscheidung des BGH vor, muss der Rechtsanwender in einem weiteren Schritt ermitteln, ob unter den gegebenen Umständen mehrere Gerichtsstände eröffnet sind oder ob etwa lediglich ein einziger, abschließender nach Art. 18 Abs. 2 Brüssel Ia-VO²³ besteht.

Aus dem Beschluss des IX. Zivilsenats vermag die Praxis weiterhin auch taktische Gesichtspunkte abzuleiten. Denn an einen unabdingbaren Verbraucherschutzgerichtsstand ist ein Unternehmer auf Klägerseite nur gebunden, sofern auch ein Konsument (mit)verklagt wird, da insofern – in der Terminologie des BGH – eine Zurechnung der Verbrauchereigenschaft erfolgen kann.²⁴ Vice versa kann sich der gewerblich Handelnde etwa (auch) auf den Vertragsgerichtsstand berufen, wenn er nicht gegen einen Verbraucher prozessiert. Es bleibt damit abzuwägen, ob ein gerichtliches Verfahren am Wohnsitz des Verbrauchers eingeleitet wird, mithin der Kläger seinerseits vor ein für ihn ausländisches Forum ziehen soll, um dann ein Urteil gegen sämtliche Schuldner zu erstreiten. Alternativ kann ein Verfahren vor den heimischen Gerichten angestrengt werden, wobei dann im Ergebnis ein

18 EuGH, Urt. v. 23.12.2015 - C-297/14 - „Hobohm“; hierzu Mankowski, NJW 2016, 699 f.; Heinze/Steinrötter, IPRax 2016, 545 ff.; Kodek, RIW 2016, 223 f. und Wagner, EuZW 2016, 269 f.

19 Entspricht Art. 17 Abs. 1 Buchst. c) Brüssel Ia-VO.

20 EuGH, Urt. v. 20.01.2005 - C-464/01 Rn. 54.

21 Beachte, dass eine grenzüberschreitende Konstellation auch nachträglich eintreten kann sowie nicht zwingend durch einen divergierenden Wohnsitz begründet wird, daher auch eine Leistungserbringung im Ausland eine Anwendung der Brüssel Ia-VO begründet; vgl. LG Bielefeld, Urt. v. 20.07.2016 - 3 O 206/15 (dazu Friesen, jurisPR-IWR 1/2017 Anm. 1).

22 Zuständigkeitsrechtlich entscheidet seit dem 10.01.2015 grds. die Brüssel Ia-VO (Verordnung [EU] Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. EU 2012 Nr. L 351, S. 1. Zuletzt geändert durch Art. 1 der delegierten Verordnung [EU] Nr. 2015/281, ABl. EU 2015 Nr. L 54, S. 1, berichtigt in ABl. EU 2016 Nr. L 264, S. 43. Im Überblick zur Brüssel Ia-VO etwa von Hein, RIW 2013, 97 ff.; Mankowski, RIW 2014, 625 ff. sowie Staudinger/Steinrötter, JuS 2015, 1 ff.), sodass sich die nachfolgenden Ausführungen auf diesen Rechtsakt beziehen. Es bleibt indes darauf hinzuweisen, dass etwa die Einleitung eines Mahnverfahrens vor diesem Stichtag dazu führt, dass ein sich daran anschließendes Streitiges Verfahren weiterhin nach dem vorherigen Regime der Brüssel I-VO richtet; zum maßgeblichen Zeitpunkt und Umstand für die Anwendbarkeit der Brüssel I(a)-VO siehe aus der jüngeren Rechtsprechung etwa OLG Hamm, Urt. v. 11.01.2017 - 30 U 107/16; zu den genannten Aspekten auch Friesen, jurisPR-IWR 3/2017 Anm. 1 (Abschnitt C.).

23 Beachte, dass Art. 18 Abs. 2 Brüssel Ia-VO – anders als Abs. 1 – lediglich die internationale Zuständigkeit aufzeigt.

24 Siehe dazu bereits die Ausführungen unter C.

vollstreckungsfähiger Titel lediglich gegen einen Schuldner existiert, der überdies auch anerkannt werden muss. Gestützt werden könnte letztgenannte Alternative auf eine (ausdrückliche bzw. konkludente) Gerichtsstandsvereinbarung (Art. 25, Art. 26 Abs. 1 Brüssel Ia-VO) sowie den Vertragsgerichtsstand (Art. 7 Nr. 1 Brüssel Ia-VO). Genau genommen verliert der Gläubiger (mindestens) einen Schuldner, wenn er sich für ein solches „prozessuales Heimspiel“²⁵ entscheidet. Aller Wahrscheinlichkeit nach dürfte im Wesentlichen die Liquidität der Vertragspartner bzw. das Risiko eines Forderungsausfalls die Entscheidung zugunsten der einen oder anderen Alternative leiten.

Aus der Perspektive eines am Vertrag mitbeteiligten Verbrauchers kann der gerichtlichen Inanspruchnahme des weiteren Gesamtschuldners im Ausland lediglich mit einer negativen Feststellungsklage vor dem eigenen Heimatforum (Art. 18 Abs. 1 Alt. 2 Brüssel Ia-VO) entgegengewirkt werden. Insoweit spricht nichts dagegen, wenn sich dieser der gewerblich Tätige anschließt.

II. Verbrauchervertrag nach der Rom I-VO

1. Allgemeines

Losgelöst von diesen prozessualen Aspekten, sind gerade mit Blick auf den Verbraucherbegriff überdies materiell-rechtliche Gesichtspunkte für die Praxis von erheblicher Bedeutung, wobei die dem Sachrecht vorgeschaltete Ebene – das Kollisionsrecht – nicht unberücksichtigt bleiben darf. Für Streitigkeiten vertraglicher Natur gibt aus deutschem Blickwinkel – nach h.M.²⁶ auch bei Sachverhalten mit Berührungspunkten zu Dänemark – ausschließlich die Rom I-VO Maß.

Obschon neben den Regeln zum Internationalen Zivilprozess- sowie Privatrecht auch die Bestimmungen zum Verbraucherschutz nach dem BGB, daher auch der Verbraucherbegriff in § 13 BGB, allesamt sekundärrechtlicher Provenienz bzw. zumindest durch supranationales Recht geprägt sind, besteht dennoch kein Einklang hinsichtlich der positiven wie negativen Voraussetzungen dieses persönlichen Merkmals. Relativ ungeklärt dürfte in der Gesamtschau der Verbraucherbegriff im Rahmen des Art. 6 Rom I-VO sein. Denn zum Zuständigkeitsrecht bezog der EuGH bereits in der Rechtssache Gruber – wie vom BGH in der vorliegenden Entscheidung auch aufgegriffen²⁷ – Stellung, was im Lichte von Erwägungsgrund Nr. 34 Satz 2 Brüssel Ia-VO unverändert für Art. 17 ff. Brüssel Ia-VO Bestand hat.²⁸ Auf materieller Ebene formte hingegen der europäische Gesetzgeber mittels diverser Richtlinien²⁹ den Verbraucherbegriff. Nach diesen entscheidet, welcher Zweck überwiegend im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im Fokus stand.³⁰ Es handelt sich folglich – abweichend zur Gruber-Doktrin – selbst dann noch um einen Verbraucher-

vertrag, wenn jemand berufliche Zwecke nicht lediglich in geringem Ausmaß mitverfolgt. Es sind daher Konstellationen möglich, in welchen ein Verbraucherschutzgerichtsstand nach Art. 17 ff. Brüssel Ia-VO ausscheidet, da eine Person nicht als prozessual schutzbedürftig eingestuft wird, materiell-rechtliche Schutzvorschriften dennoch Platz greifen, da auf sachrechtlicher Ebene – nach Auffassung des Sekundärrechtsgebers – eine Privilegierung angezeigt ist.

Gerade zwischen dieser prozessualen und sachrechtlichen Ebene besteht im Rahmen des Art. 6 Rom I-VO nach wie vor Uneinigkeit. Während nämlich große Teile des Schrifttums den Verbraucherbegriff „des EuGH“ auch auf kollisionsrechtlicher Stufe heranziehen,³¹ halten andere – entsprechend dem Verständnis „des Sekundärrechtsgebers“ – im Rahmen von Art. 6 Rom I-VO eine Schwerpunkt Betrachtung für angezeigt.³² Einerseits spricht für den ersten Ansatz u.a. die Harmonie zwischen Internationalem Zivilverfahrens- und Privatrecht, welche unverkennbar auch seitens des europäischen Gesetzgebers vorgesehen ist.³³ Andererseits lässt sich auch dem zweiten Lager beipflichten, da das Kollisionsrecht eben darüber entscheidet, welches Sachrecht zur Anwendung gelangt bzw. welche konkreten Regeln sich

25 Begrifflichkeit nach Mankowski, NZM 2007, 671, 674.

26 Statt aller: Ferrari/Staudinger, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2017, Art. 6 Rom I-VO Rn. 8 m.w.N.

27 Siehe dazu bereits unter C.

28 Staudinger in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 4. Aufl. 2015, Art. 17 Brüssel Ia-VO Rn. 3.

29 Siehe etwa (Art. 2 Nr. 1 sowie Erwägungsgrund 17) Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/77/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. 2011 Nr. L 304, S. 64 sowie (Art. 4 Abs. 1 Buchst. a) sowie Erwägungsgrund 18) Richtlinie 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.05.2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG, ABl. 2013 Nr. L 165, S. 63.

30 Vgl. Erwägungsgrund 17 Richtlinie 2011/83/EU (siehe Fn. 29).

31 Heiderhoff in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 4. Aufl. 2015, Art. 6 Rom I-VO Rn. 24; Rühl, GPR 2013, 122, 125; Ferrari/Staudinger, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2017, Art. 6 Rom I-VO Rn. 21; Thorn in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, Art. 6 Rom I-VO Rn. 5.

32 Dörmer in: Bruck/Möller, VVG, 9. Aufl. 2013, Art. 6 Rom I-VO Rn. 13; Leible in: NK, BGB, 2. Aufl. 2015, Art. 6 Rom I-VO Rn. 24; Magnus in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2016, Art. 6 Rom I-VO Rn. 47; von einem Wahlrecht ausgehend: Limbach in: jurisPK, BGB, 7. Aufl. 2015, Art. 6 Rom I-VO Rn. 18; offenlassend hingegen: Martiny in: Münch-Komm, BGB, 6. Aufl. 2015, Art. 6 Rom I-VO Rn. 9.

33 Erwägungsgrund 7 und 17 Rom I-VO; dazu auch EuGH, Urt. v. 15.06.2017 - C-249/16 Rn. 32.

ungeachtet einer Rechtswahl³⁴ nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 Rom I-VO durchsetzen. Das Prozessrecht der Brüssel Ia-VO verfügt hingegen über keinen vergleichbaren Bezug zu materiell-rechtlichen verbraucherspezifischen Privilegien.³⁵

2. Personenmehrheit im Internationalen Privatrecht

Unabhängig von dieser grundsätzlichen Fragestellung dürfte sich in einer „erweiterten“ bzw. „modifizierten“ Dual-Use-Situation die kollisionsrechtliche Beurteilung und damit, ob der Anwendungsbereich von Art. 6 Rom I-VO in persönlicher Hinsicht eröffnet ist, von derjenigen im Rahmen des Internationalen Prozessrechts abweichend darstellen. Dabei muss zunächst berücksichtigt werden, dass das Vertragsstatut bereits bei Abschluss des Rechtsgeschäfts feststehen muss (vgl. Art. 19 Abs. 3 Rom I-VO),³⁶ selbst wenn auf einer Seite der Abrede mehrere Personen agieren. Isoliert auf die verklagte Partei abzustellen, überzeugt vor diesem Hintergrund daher nicht. Es bedarf der Ermittlung eines einheitlichen Vertragsstatuts unabhängig davon, ob es sich bei dem Klagegegner um einen Unternehmer oder Verbraucher handelt. Dies verdeutlicht etwa eine Konstellation ohne Rechtswahl. Das Vertragsstatut richtet sich in einer solchen Situation gem. Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO ausschließlich nach dem Recht des Staates, in welchem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, wohingegen nach der allgemeinen Anknüpfung (Art. 4 Rom I-VO) das Heimatrecht des Unternehmers Platz greift.

Konsequent erscheint es daher, die Motivation jedes einzelnen, der in rechtlicher Hinsicht zu gleichen Teilen berechtigt und verpflichtet ist, im Rahmen einer Gesamtwertung heranzuziehen.³⁷ Übertragen auf den vom BGH beurteilten Sachverhalt hätte dieser Ansatz zur Folge, dass den Beklagten zwar der Verbraucherschutzgerichtsstand nicht schützte, Art. 6 Rom I-VO ihn jedoch im Rahmen des Internationalen Privatrechts privilegierte, da dessen Ehefrau als Verbraucherin agierte. Der unternehmerischen Zwecksetzung käme in der Gesamtbetrachtung für den Vertrag schließlich eine unbedeutende Position zu. Die Entscheidung des BGH steht einer solchen Gesamtbetrachtung nicht entgegen, da er seine Ausführungen lediglich auf die gerichtliche Inanspruchnahme beschränkt.³⁸

Diese Konstellation verdeutlicht, dass auch³⁹ der persönliche Verbraucherschutz auf prozessualer und kollisionsrechtlicher Ebene nicht zwangsläufig gleich läuft. Um in Verbrauchersachen ein weiteres Stück⁴⁰ für Rechtsklarheit zu sorgen, erscheint eine Entscheidung des europäischen Spruchkörpers im Vorabentscheidungsverfahren angezeigt.

III. Absicherung zivilprozessualen Verbraucherschutzes

Die Dual-Use-Problematik ist vorliegend auf der Anerkennungsebene eingebettet. Während es unter dem Regime der

Brüssel I-VO ausweislich seiner Art. 38 ff. noch der Exequatur bedurfte, sind im Anwendungsbereich der Brüssel Ia-VO Entscheidungen mitgliedstaatlicher Gerichte in Deutschland grds. ipso iure nach Art. 36 Abs. 1 Brüssel Ia-VO anzuerkennen und kraft Art. 39 Brüssel Ia-VO zu vollstrecken. Will sich der Schuldner dem erwehren, muss er einen Antrag laut Art. 46 Brüssel Ia-VO i.V.m. Art. 45 Brüssel Ia-VO auf Versagung stellen.⁴¹

Der Europäische Gesetzgeber hat die Versagensgründe des Art. 34 Brüssel I-VO im Rahmen der Novellierung des Internationalen Zivilverfahrensrechts in den Art. 45 Brüssel Ia-VO überführt und lediglich in dessen Abs. 1 Buchst. e) Ziff. i) eine Erweiterung auf die Zuständigkeiten in Arbeitssachen sowie eine Klarstellung, dass lediglich der schwachen Partei in der Beklagtenrolle die zuständigkeitsrechtlichen Privilegien nicht entzogen werden dürfen,⁴² vorgenommen. In der Gesamtschau erfolgt ein umgekehrtes Verfahren.⁴³

34 Zur Rechtswahl bei Verbraucherverträgen aus der jüngeren Rechtsprechung: EuGH, Urt. v. 28.07.2016 - C-191/15; hierzu Mankowski, NJW 2016, 2705; Breckenheimer, RIW 2016, 681 ff.; Junker, jurisPR-ITR 21/2016 Anm. 3; Kaufhold, IWRZ 2016, 217 f.; Rott, EuZW 2016, 733 ff. und Staudinger, RRa 2016 Heft 5 Editorial.

35 Anders verhält es sich wiederum bei § 29c ZPO, welcher durchaus auch in grenzüberschreitenden Sachverhalten zur Anwendung gelangen kann; BGH, Urt. v. 30.10.2014 - III ZR 474/13; hierzu Vossler, NJW 2015, 171. Denn für den Gerichtsstand des Verbrauchers ist nach § 29c Abs. 1 ZPO allein das materielle Verständnis des BGB maßgeblich; vgl. Friesen, jM 2016, 398 ff.

36 Vgl. Staudinger, jM 2014, 229, 232.

37 So auch Ferrari/Staudinger, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2017, Art. 6 Rom I-VO Rn. 22.

38 Vgl. BGH, Beschl. v. 12.10.2016 - IX ZB 9/16 Rn. 12.

39 In den meisten Fällen ist der prozessuale Schutz aufgrund des im Vergleich zu Art. 6 Abs. 4 Rom I-VO schmalere angelegten Ausschlusskataloges des Art. 15 Abs. 3 Brüssel I-VO bzw. Art. 17 Abs. 3 Brüssel Ia-VO breiter ausgestaltet. Siehe dazu Staudinger/Fresing-Deuschmann, JuS 2015, 1092, 1098. Grds. zu den konzeptionellen Divergenzen zwischen der Rom I-VO und Brüssel I-VO Würdinger, RabelsZ 75 (2011), 102, 108 ff.

40 Möglich erscheint durchaus, dass der EuGH in einem aktuellen Verfahren zumindest obiter dictum eine unterschiedliche Bewertung des Verbraucherbegriffs im Internationalen Zuständigkeits- und Privatrecht nahelegt. Denn in einem anhängigen Verfahren vor dem EuGH (C-498/16) dürfte schließlich nicht unbeachtet bleiben, dass u.a. der Zeitpunkt der Beurteilung, ob jemand als Verbraucher zu qualifizieren ist, im Kontext der Rom I-VO sich nach dem Vertragsabschluss richtet, während im Prozessrecht die Klageerhebung im Vordergrund steht.

41 Nach den Vorschriften der Brüssel I-VO erfolgt(e) die Vollstreckbarkeitsklärung auf Antrag (vgl. Art. 38 Abs. 1 Brüssel I-VO). Es wurde nach Art. 42 Brüssel I-VO lediglich eine förmliche Prüfung vorgenommen, ohne die Versagensgründe zu beurteilen. Auch nach der alten Rechtslage musste der Vollstreckungsgegner aktiv einen Rechtsbehelf gem. Art. 43 ff. Brüssel I-VO einlegen.

42 Zuvor hatte sich das Schrifttum mit einer teleologischen Reduktion des Wortlauts beholfen: Leible in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 3. Aufl. 2011, Art. 35 Brüssel I-VO Rn. 7; Oberhammer in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2011, Art. 35 EuGVVO Rn. 9.

43 Von Hein, RIW 2013, 97, 109.

Hervorzuheben bleibt, dass ein mitgliedstaatliches Urteil ausweislich Art. 36 Brüssel I-VO bzw. Art. 52 Brüssel Ia-VO in der Sache selbst nicht überprüft werden darf, sog. Verbot der *révision au fond*. Die Versagensgründe des Art. 45 Brüssel Ia-VO sind abschließend.⁴⁴ Soll die Versagung auf die mangelnde Kompetenz des Ursprungsgerichts gestützt werden, kann nur die Außerachtlassung eines Schutzgerichtsstandes (Art. 45 Abs. 1 Buchst. e) Ziff. i) Brüssel Ia-VO) oder einer ausschließlichen Zuständigkeit (Art. 45 Abs. 1 Buchst. e) Ziff. ii) Brüssel Ia-VO) moniert werden. In allen anderen Konstellationen verbietet sich nach Art. 45 Abs. 3 Satz 1 Brüssel Ia-VO die Überprüfung der Maßgeblichkeit des Ursprungsgerichts. Die Missachtung weiterer Zuständigkeiten kann gem. Art. 45 Abs. 3 Satz 2 Brüssel Ia-VO

auch nicht im Rahmen eines *ordre public*-Verstoßes geprüft werden. Aufgrund dieser ausdrücklichen Regelung ist es grds. möglich, dass die Entscheidung eines unzuständigen mitgliedstaatlichen Forums innerhalb des Binnenmarktes vollstreckt werden kann.

Sollte daher innerhalb der EU ein Urteil gegen einen Verbraucher unter Missachtung des Art. 18 Abs. 2 Brüssel Ia-VO ergehen und der Gläubiger dieses in dessen Heimatstaat vollstrecken wollen, erscheint es ratsam, einen Antrag auf Versagung der Vollstreckung nach Art. 46, 45 Abs. 1 Buchst. e) Ziff. i) Brüssel Ia-VO zu stellen.

44 Dörner in: Hk, ZPO, 7. Aufl. 2017, Art. 45 Brüssel Ia-VO Rn. 1.

Probleme der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit von Cashback-Aktionen gegenüber Mitbewerbern

Dipl.-Jur. Marie Herberger, LL.M. Eur.

A. Einleitung

Betrachtet man die aktuelle Werbelandschaft, so fällt auf, dass Geld-zurück-Aktionen branchenunabhängig sehr beliebt sind. Die Aktionen reichen von Waschmitteln über Lebensmittel, wie Nudeln, Gewürzgurken oder Käse, bis hin zu Kosmetikprodukten. In den Entscheidungen Geld-zurück-Garantie I, II, III hat sich der BGH mit „bedingten“ Geld-zurück-Garantien auseinandergesetzt und einzelne Voraussetzungen für deren Zulässigkeit herausgearbeitet.¹ Die heutigen Geld-zurück-Aktionen knüpfen jedoch häufig nicht mehr an eine Bedingung an, wie bspw. die Unzufriedenheit des Kunden, sondern versprechen die Rückerstattung des Kaufpreises bedingungslos. Diese neuen Geld-zurück-Aktionen werfen zahlreiche wettbewerbsrechtliche Fragen auf.

In diesem ersten Teil soll zunächst die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von Cashback-Aktionen gegenüber Mitbewerbern betrachtet werden, bevor in einem zweiten Teil² der Blick auf die Perspektive der Verbraucher gerichtet wird.

B. Rechtliche Analyse

Geld-zurück-Aktionen sind gegenüber Mitbewerbern an der kleinen Generalklausel des § 4 Nr. 4 UWG i.V.m. § 3 Abs. 1 UWG zu messen. Danach ist eine gezielte Behinderung von Mitbewerbern unzulässig. Ob eine geschäftliche Handlung Mitbewerber gezielt behindert, ist anhand einer umfassenden Interessenabwägung zu beurteilen.³ Nach

§ 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG ist Mitbewerber jeder Unternehmer, der mit anderen Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager von Waren in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht. Mitbewerber befinden sich in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis, wenn beide Unternehmer gleichartige Waren für denselben Endverbraucherkreis anbieten, sodass das konkret beanstandete Verhalten den anderen beeinträchtigt, also im Absatz stören kann.⁴

Ob eine Geld-zurück-Aktion Mitbewerber gezielt behindert, hängt davon ab, ob die Aktion zu einer Marktverstopfung bzw. -sättigung führt. Entscheidend ist, ob die Rückerstattung des Kaufpreises von dem Erprobungszweck des Produkts gedeckt ist. Die Einräumung einer kostenlosen Erprobungsmöglichkeit an sich kann nicht beanstandet werden, denn sie stellt eine geeignete Methode dar, die Verbraucher von dem Produkt zu überzeugen.⁵ Außerdem fördert eine solche Maßnahme den Leistungsvergleich und steht damit mit dem Leistungswettbewerb im Einklang.⁶ Wenn Kunden Produkte kostenlos zur Verfügung gestellt werden, besteht aus der Sicht der Mitbewerber jedoch zugleich immer die

1 BGH, Urt. v. 28.09.2000 - I ZR 201/98; BGH, Urt. v. 11.03.2009 - I ZR 194/06; BGH, Urt. v. 19.03.2014 - I ZR 185/12.

2 Der Beitrag wird in einer der nächsten Ausgaben der JM veröffentlicht.
3 Beater, WRP 2011, 7.

4 BGH, Urt. v. 03.05.2007 - I ZR 19/05.

5 BGH, Urt. v. 22.01.1969 - I ZR 49/67.

6 Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 2017, § 4 UWG Rn. 5.18.

Gefahr, dass sich die Kunden an das Produkt gewöhnen und es künftig weiternutzen, ohne Konkurrenzprodukte ernsthaft zu prüfen.⁷ Dass auch bei Produkten, die der Kunde kauft, die „Gefahr“ einer Gewöhnung besteht, steht dem nicht entgegen.⁸ Die Gewöhnung beschreibt eine psychologische Wirkung des Produkts auf den Kunden. Bei geschenkten Produkten ist die emotionale Einstellung des Kunden gegenüber dem Produkt deutlich positiver als bei gekauften Produkten. Dadurch, dass für das Produkt keine Aufwendungen getätigt werden mussten, ist der Kunde in Bezug auf Kritik großzügiger („Einem geschenkten Gaul schaut man nicht ins Maul“).

Einen Sonderfall stellen Presseerzeugnisse dar. In Bezug auf eingeführte Tageszeitungen geht die Rechtsprechung davon aus, dass zweiwöchige Probeabonnements dem Erprobungszweck noch gerecht werden.⁹ Bei eingeführten Wochenzeitschriften sollen so wie bei eingeführten Monatszeitschriften drei Gratisexemplare zur Erprobung ausreichen.¹⁰ Das Pressewesen ist indessen als Sonderfall einzustufen, weil hier der grundrechtliche Schutz der Presse als Institution (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 GG) mitberücksichtigt werden muss.¹¹

Im Grundsatz gilt: Wird der Erprobungszweck überschritten, führt die Werbemethode „Geld-zurück-Aktion“ zu einer Behinderung der Mitwettbewerber. Dies gefährdet den Bestand des Leistungswettbewerbs.¹²

I. Verbrauchbare Produkte

Bei den Geld-zurück-Aktionen, die eine Kaufpreiserstattung unabhängig von der Zufriedenheit der Kunden versprechen, darf der Kunde das Produkt nach Abschluss der Erprobung behalten. Er muss es – anders als häufig im Fall von Geld-zurück-bei-Nichtzufriedenheit-Garantien – nicht zurückgeben. Das liegt in tatsächlicher Hinsicht vor allem daran, dass Gegenstand der Geld-zurück-Aktionen in erster Linie verbrauchbare Produkte sind. In rechtlicher Hinsicht wäre der Erprobungszweck aber auf jeden Fall überschritten, wenn Verbrauchern nicht verbrauchbare Produkte auf Dauer zur Verfügung gestellt würden.¹³

Damit keine Bedarfsdeckung eintritt und der Leistungswettbewerb erhalten bleibt, kommen Geld-zurück-Aktionen in Bezug auf nicht verbrauchbare Produkte also nur in Betracht, wenn der Verbraucher das Produkt nach einer gewissen Zeit zurücksenden muss.

II. Mengenmäßiges Ausmaß

Ob sich die zur Verfügung gestellte Warenmenge in den für die Erprobung erforderlichen Grenzen hält, richtet sich zunächst nach der Menge bzw. der Stückzahl. Dabei ist zu berücksichtigen, inwiefern eine Bedarfsdeckung eintritt.

Eine geringfügige Bedarfsdeckung ist unschädlich.¹⁴ Der Gewöhnungseffekt ist umso näherliegend, je größer die zur Verfügung gestellte Menge bzw. Stückzahl ist.¹⁵ Wenn der Testumfang es erlaubt, sich bei einer Aktion mit einem gesamten Jahresvorrat für das Produkt zu versorgen, sind die Grenzen des wettbewerbsrechtlich Zulässigen überschritten.

1. Verpackungseinheit

Wenn spezielle kleinere Probeeinheiten für eine Aktion erstellt werden, können diese so dimensioniert werden, dass die zur Verfügung gestellte Menge dem Erprobungszweck gerecht wird.¹⁶ Bei den aktuellen Geld-zurück-Aktionen produzieren die Hersteller jedoch keine speziellen kleineren Packungseinheiten, sondern lassen die Kunden die normale Verkaufsmenge testen. Zwar ist nach der Rechtsprechung bei der Menge darauf zu achten, dass mehrere Haushaltsmitglieder die Gelegenheit haben sollen, das Produkt auszuprobieren.¹⁷ Das kann aber nicht für die Geld-zurück-Aktionen gelten, die nach den Teilnahmebedingungen nicht auf eine Teilnahme pro Haushalt beschränkt sind, sondern eine Teilnahme pro Person zulassen. Zur Erprobung eines Shampoos ist sicherlich die Abgabe einer 250 ml Flasche nicht erforderlich. Der Hinweis auf mangelnde Wirtschaftlichkeit bei der Herstellung spezieller Probeeinheiten verfängt deswegen nicht, weil es gerade bei Shampoos häufig Reisegrößen gibt, die für die Geld-zurück-Aktion genutzt werden können.

7 BGH, Urt. v. 26.02.1965 - I b ZR 51/63; Omsels in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 4 Nr. 4 UWG Rn. 265.

8 So allerdings Omsels in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 4 Nr. 4 UWG Rn. 265.

9 BGH, Urt. v. 16.04.1957 - I ZR 115/56.

10 Zu Wochenzeitschriften: OLG München, Urt. v. 21.09.1995 - 29 U 1793/95; zu Monatszeitschriften: OLG Hamburg, Urt. v. 27.09.1984 - 3 U 80/84. Siehe zu Umsonstlieferung von Presseerzeugnissen auch Ensthaler, Gewerblicher Rechtsschutz, 2009, S. 290 f.

11 Omsels in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 4 Nr. 4 UWG Rn. 270.

12 BGH, Urt. v. 14.06.1974 - I ZR 104/73.

13 Eisenmann/Jautz, Gewerblicher Rechtsschutz, 2015, Rn. 398.

14 BGH, Urt. v. 14.06.1974 - I ZR 104/73; die Prüfung des BGH als zu „beckmesserisch und streng“ beurteilend, Omsels in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 4 Nr. 4 UWG Rn. 268.

15 BGH, Urt. v. 26.02.1965 - I b ZR 51/63; kritisch zum Gewöhnungseffekt, dagegen Knöpfe, Unlauterkeit, 1983, S. 79 ff.; Ohly in: Ohly/Sosnizza, UWG, 2016, § 4 UWG Rn. 4/101.

16 So generell für Probeeinheiten, BGH, Urt. v. 22.01.1969 - I ZR 49/67; von einer Vermutung sprechend, BGH, Urt. v. 26.02.1965 - I b ZR 51/63. In der Colgate-Entscheidung erklärte der BGH eine Probetube Zahncreme mit einem Inhalt von 22,5 ccm als für eine sachgerechte Erprobung nicht erforderlich, BGH, Urt. v. 14.06.1974 - I ZR 104/73.

17 BGH, Urt. v. 14.06.1974 - I ZR 104/73.

2. Einführung neuer Produkte

In der Kleenex-Entscheidung hat der BGH betont, dass die zur Erprobung notwendige Menge gleichfalls davon abhängt, ob es sich um einen bekannten oder unbekanntem Verbrauchsartikel handelt. In den 60er Jahren waren „Allzwecktücher aus Zellstoff“ noch weitgehend unbekannt. Bei unbekanntem Verbrauchsartikeln droht keine Kollision mit dem Leistungsgrundsatz. Vielmehr besteht die Chance, einen neuen Markt zu erschließen, was auch den Mitbewerbern zugutekommen kann.¹⁸ Somit ist es in einem solchen Fall lauterkeitsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn dem Kunden der Kaufpreis für eine Originalgröße erstattet wird. Fraglich ist bei dieser Differenzierung, ob es sich um nach Art und Verwendungszweck völlig neuartige Produkte handeln muss, oder ob genügt, dass es hinsichtlich an sich bekannter Produkten zu Neuerungen gekommen ist.¹⁹

3. Produktgattung

Bei der Abgrenzung zwischen Erprobung und Bedarfsdeckung muss hinsichtlich der Produktgattung unterschieden werden. Ob ein Waschpulver hinsichtlich der Wirkung überzeugt, kann bereits nach einer Waschlavage entschieden werden. Ob ein Anti-Schuppen-Shampoo tatsächlich in der Lage ist, Schuppen effektiv zu bekämpfen, setzt dagegen eine regelmäßige Anwendung voraus.

4. Teilnahmeberechtigung

Die Teilnahmebedingungen der Geld-zurück-Aktionen schränken den Kreis der teilnahmeberechtigten Verbraucher ein. An keiner Aktion kann eine Person beliebig oft teilnehmen. Trotzdem gibt es hinsichtlich einer potenziellen Mehrfachteilnahme Unterschiede. Teilweise ist nur eine Teilnahme pro Haushalt möglich, während andere Anbieter nur eine Teilnahme pro Person für zulässig erklären. Gerade bei letzterer Variante zeigen Beobachtungen in einschlägigen Internet-Foren,²⁰ dass dies trotzdem zu einer nahezu unbegrenzten Teilnahmemöglichkeit führt, und zwar auf folgende Weise: Nach den Teilnahmebedingungen ist eine Teilnahme pro Konto möglich. Der Inhaber des Kontos ist immer dieselbe Person. Dadurch, dass die Banken bei Überweisungen allerdings nur die IBAN prüfen (§ 675r Abs. 1 BGB), kann bei der Abwicklung der Geld-zurück-Aktion jeweils eine beliebige Person als Kontoinhaber angegeben werden. Im Ergebnis führt die mangelnde Kontrolle der Unternehmen auf real existierende Teilnehmer dazu, dass einige Verbraucher bei Anwendung dieser Methode in der Lage sind, die Produkte zu „hamstern“. Außerdem können die Namen und Konten von Angehörigen eingesetzt werden, die an dem Produkt kein Interesse haben und daher ihren Namen und ihr Konto für eine eigene Teilnahme an der Aktion nicht benötigen. So

droht die Gefahr, dass der Markt hinsichtlich dieses Teilnehmerkreises in wettbewerbswidriger Weise gesättigt wird.

III. Räumliches Ausmaß

Anders als bei Aktionen, bei denen mit regional verteilten Gutscheinen gearbeitet wurde, finden Geld-zurück-Aktionen heute im gesamten Bundesgebiet statt. Respektiert die Geld-zurück-Aktion den Rahmen, der von dem Probezweck gedeckt wird, ist nichts gegen eine bundesweit stattfindende Aktion einzuwenden.²¹

IV. Zeitliches Ausmaß

Hinsichtlich des zeitlichen Ausmaßes sind bei den Geld-zurück-Aktionen Unterschiede festzustellen.²² Es gibt Teilnahmezeiträume von etwa einem Monat bis hin zu elf Monaten. Je länger der Teilnahmezeitraum ist, desto mehr Verbraucher können erreicht werden. Bei einem längeren Teilnahmezeitraum besteht die Gefahr eines „Hamster-Effektes“ in besonderer Weise. Ist der Verbraucher von dem Produkt überzeugt und sieht eine Möglichkeit, es wiederum kostenlos zu erhalten, so kann er diese Chance nutzen, um seinen Bedarf vorausschauend ausreichend zu decken, was wiederum die Gefahr der Marktsättigung mit sich bringt.

V. Psychologischer Kaufzwang

Ein psychologischer Kaufzwang entsteht dann, wenn sich Verbraucher moralisch verpflichtet fühlen, künftig nur noch das Produkt des Unternehmens zu kaufen, das einst so großzügig die Geld-zurück-Aktion angeboten hat.²³ Dieses Argument lässt der BGH in der Kleenex-Entscheidung deshalb nicht gelten, weil es sich um eine ganz unbekannte Ware gehandelt habe und weil der Wert mit 1,45 DM dafür zu gering gewesen sei.²⁴ Stehe der Probezweck auf diese Weise tatsächlich im Vordergrund, rücke die Werbewirkung in den Hintergrund, weil der Verbraucher das Risiko der Erprobung auf sich nehme.²⁵

18 BGH, Urt. v. 26.02.1965 - I ZR 51/63.

19 Lehmpfuhl, GRUR 1965, 493.

20 Z.B. www.mydealz.de; mit solchen „Hamsterkäufen“ musste sich der BGH bereits in der Entscheidung „Goldener Oktober“ beschäftigen, BGH, Urt. v. 22.01.1969 - I ZR 49/67.

21 In diesem Sinne BGH, Urt. v. 14.06.1974 - I ZR 104/73; davon ausgehend, dass solche Aktionen i.d.R. nur regional stattfinden, Omsels in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 4 Nr. 4 UWG Rn. 271.

22 Die Dauer der unentgeltlichen Abgabe als Indiz für eine Gefährdung des Wettbewerbs: Boesche, Wettbewerbsrecht, 2016, S. 343.

23 Für eine Berücksichtigung des Wertes der unentgeltlichen Leistung, Boesche, Wettbewerbsrecht, 2016, S. 343.

24 BGH, Urt. v. 26.02.1965 - I ZR 51/63.

25 Gleißner, Psychischer Kaufzwang, 2008, S. 158.

Die heutigen Geld-zurück-Aktionen weisen Unterschiede zu und Gemeinsamkeiten mit dem Kleenex-Fall auf. Ein Unterschied besteht darin, dass es sich – zumindest der Produktgattung nach – um bekannte Produkte handelt. Zudem wird dem Kunden häufig nicht ein bestimmtes Produkt zum Testen zur Verfügung gestellt, sondern er kann zwischen verschiedenen, teilweise schon lange auf dem Markt befindlichen Produkten wählen. Eine Gemeinsamkeit kann darin gesehen werden, dass der Wert häufig nach wie vor gering ist. Erst wenn der Wert nicht ausreichend gering ist, besteht die Gefahr, dass Kunden – die erforderliche Kaufkraft und Zufriedenheit mit dem Produkt vorausgesetzt – das Produkt künftig ebenfalls außerhalb der Geld-zurück-Aktion käuflich erwerben und Produkte der Konkurrenz nicht mehr prüfen.²⁶ Um nicht dem Verdikt der lauterkeitsrechtlichen Unzulässigkeit zu unterfallen, sollte darauf geachtet werden, dass solche höherklassigen Produkte nicht in zu großen Mengen „verschenkt“ werden. Das lässt sich auch mit dem Erfordernis der Erprobung in Einklang bringen.

VI. Nachahmungseffekt

Für die Frage der Marktverstopfung ist ein potenzieller Nachahmungseffekt relevant.²⁷ Eine Bedarfsdeckung kann nämlich dadurch eintreten, dass mehrere Wettbewerber bei substituierbaren Produkten in gleicher Weise wie ein Mitbewerber eine Geld-zurück-Aktion veranstalten. In diesem Fall können Verbraucher ihren Bedarf an einer bestimmten Produktgattung langfristig decken. Damit ist der Leistungswettbewerb und somit ein zentraler Grundsatz des Lauterkeitsrechts tangiert. Entgehen kann man dieser wettbewerbsrechtlichen Problematik nur dadurch, dass ausreichend kleine Verpackungseinheiten gewählt werden.

VII. Überschreitung des Erprobungszwecks

Wird der Erprobungszweck überschritten, ist die Geld-zurück-Aktion nach der Rechtsprechung unzulässig, wenn sie zu einer nicht unerheblichen Behinderung der Mitbewerber und zur Gefährdung des Leistungswettbewerbs führt.²⁸ Gegen diesen Maßstab wird kritisch eingewandt, dass die Wirkungsweise des Wettbewerbs auf diese Weise nicht angemessen berücksichtigt werde. So könne die unentgeltliche Verteilung von Originalware sogar wettbewerbspolitisch vorteilhaft sein, wenn dadurch einem Newcomer der Marktzutritt ermöglicht würde, was den Wettbewerb intensiviere.²⁹ Diese Überlegung lässt sich auf Geld-zurück-Aktionen jedoch nicht übertragen, da sie i.d.R. nicht dazu genutzt werden, um einen Marktzutritt zu erreichen. Dafür spricht besonders, dass bei vielen Geld-zurück-Aktionen nicht ein bestimmtes Produkt getestet werden soll, sondern aus allen zur Verfügung ste-

henden Produkten eines Herstellers das Wunschprodukt ausgesucht werden kann.

C. Fazit

Diese Analyse hat gezeigt, dass Geld-zurück-Aktionen unter dem Gesichtspunkt des Mitbewerberschutzes wettbewerbsrechtlich nicht unbedenklich sind. Dies ist auch den Unternehmen bewusst, wie die ständige Anpassung der Teilnahmebedingungen anhand der oben genannten Kriterien zeigt. So nimmt ein bekannter Kosmetikerhersteller mittlerweile nicht-verbrauchbare Produkte ausdrücklich von der Geld-zurück-Aktion aus. Um die Anzahl und die räumliche Verteilung der teilnehmenden Verbraucher besser zu überblicken, erlauben Unternehmen heute häufig nur noch die Teilnahme mit Aktionsprodukten, die bspw. mit einem Teilnahmecode versehen sind. Auf diese Weise wird versucht, die wettbewerbsrechtlichen Grenzen einzuhalten.

26 Sosnitza in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 4 UWG Rn. 4/101 sieht diese Gefahr aufgrund des modernen Verbraucherleitbilds als unbegründet an.

27 BGH, Urt. v. 14.06.1974 - I ZR 104/73; BGH, Urt. v. 26.02.1965 - Ib ZR 51/63; dagegen Knöpfe, Unlauterkeit, 1983, S. 58 und S. 79.

28 Zu Werbeaktionen generell, BGH, Urt. v. 14.06.1974 - I ZR 104/73.

29 Zu unentgeltlichen Warenabgaben, Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 2017, § 4 UWG Rn. 5.19; für eine Werbeaktion in Bezug auf 100 Flugfreitickets, Boesche, Wettbewerbsrecht, 2016, S. 343.

Taugliches Nacherfüllungsverlangen und Vorschussleistung beim Verbrauchsgüterkauf BGH, Urt. v. 19.07.2017 – VIII ZR 278/16

Prof. Dr. Michael Jaensch

A. Problemstellung

Will der Käufer wegen der Lieferung einer mangelhaften Sache Schadensersatz statt der Leistung nach § 437 Nr. 3, § 280 Abs. 1 und 3, § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB verlangen, muss er dem Verkäufer eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmen. Um diese Frist in Gang zu setzen, bedarf es eines tauglichen Nacherfüllungsverlangens. Dies umfasst die Bereitschaft des Käufers, die Kaufsache zur Untersuchung der behaupteten Mängel am Erfüllungsort der Nacherfüllung dem Verkäufer zur Verfügung zu stellen.¹ In Ermangelung vertraglicher Abreden und sonstiger Erkenntnisse aus der Natur des Vertrages ist der Erfül-

1 BGH, Urt. v. 19.12.2012 - VIII ZR 96/12 Rn. 24.

lungsort gem. § 269 Abs. 1 und 2 BGB am Wohn- oder Geschäftssitz des Verkäufers anzusiedeln.² Die Transportkosten trägt aufgrund § 439 Abs. 2 BGB der Verkäufer. Unter bestimmten Umständen kommt ein Vorschussanspruch des Käufers in Betracht, den der BGH in richtlinienkonformer Auslegung aus der Kostenverteilungsregel des § 439 Abs. 2 BGB herleitet³ und der sich seit dem 01.01.2018 für Verbraucher aus § 475 Abs. 6 BGB ergibt.

Ungeklärt ist, unter welchen Umständen ein solcher Vorschussanspruch besteht und ob bereits die vergebliche Aufforderung an den Verkäufer, einen Vorschuss zu leisten, für ein taugliches Nacherfüllungsverlangen genügt, um die Frist in Gang zu setzen. Der BGH nimmt zu beiden Fragen Stellung, legt sich aber zu den Umständen, die einen Vorschussanspruch begründen, nicht abschließend fest.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die in Schleswig-Holstein ansässige Klägerin erwarb von der Beklagten, die einen Gebrauchtwagenhandel in Berlin betreibt, einen Pkw. Laut Kaufvertrag liegt ein Händlergeschäft unter Ausschluss der Gewährleistung vor. Nach einem Monat zeigte die Klägerin der Beklagten einen Motordefekt an und bat sie, unter Fristsetzung sich mit ihr zur Schadensbehebung in Verbindung zu setzen. Die Beklagte bot Mangelbeseitigung an, weigerte sich aber, einen Vorschuss für die Überführung des laut Klägerin nicht fahrbereiten Kraftfahrzeugs zu zahlen oder den Wagen bei der Klägerin abzuholen. Nach erneuter erfolgloser Fristsetzung veranlasste die Klägerin die Reparatur des Fahrzeugs und beansprucht Schadensersatz.

Die Klage ist in den Vorinstanzen gescheitert. Der BGH gibt der Revision statt und verweist die Sache an das Berufungsgericht zurück. Da in der Vorinstanz das Bestehen eines Mangels dahingestellt geblieben war, unterstellt er für seine weiteren Ausführungen, dass ein Mangel in der nach § 477 BGB⁴ zu vermutenden Weise vorliegt. Er stellt fest, dass die Klägerin Verbraucherin sei und die Vereinbarung, es liege ein Händlergeschäft mit Gewährleistungsausschluss vor, eine nach § 476 Abs. 1 BGB⁵ unzulässige Umgehung der halbzwingenden Gewährleistungshaftung darstelle.

Nach Auffassung des BGH habe die Klägerin wirksam – wenn auch erfolglos – gem. § 437 Nr. 3, § 280 Abs. 1 und Abs. 3, § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB eine Frist zur Nacherfüllung bestimmt, indem sie einen Transportkostenvorschuss angefordert hat.

Ein taugliches Nacherfüllungsverlangen setze voraus, dass die Kaufsache am Erfüllungsort der Nacherfüllung zur Verfügung gestellt wird. Nach bestätigter Rechtsprechung be-

finde sich aufgrund § 269 Abs. 1, 2 BGB in Ermangelung vertraglicher Vereinbarung der Erfüllungsort der Nacherfüllung am Ort des Verkäufers, hier somit der Beklagten. Die Auffassung des Senats sei entgegen kritischer Stimmen der Literatur im Einklang mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, gemäß der die Nacherfüllung nicht mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden sein dürfe. Diese Vorgabe sei durch § 440 Satz 1 Alt. 3 BGB umgesetzt, der dem Käufer im Fall der Unzumutbarkeit der Nacherfüllung das Recht gibt, ohne Frist zu den Sekundärrechten überzugehen.

Der Senat bestätigt seine Auffassung, wonach der Käufer nach § 439 Abs. 2 BGB vom Verkäufer einen Vorschuss der Transportkosten verlangen könne. Hierdurch sei die von der Richtlinie geforderte Unentgeltlichkeit der Nacherfüllung gewährleistet. Der Vorschussanspruch stehe im Einklang mit den EuGH-Urteilen Quelle⁶ sowie Weber und Putz,⁷ gemäß denen dem Käufer entstehende Unannehmlichkeiten durch eine entsprechende Kostenübernahme ausgeglichen werden könnten. Zwar sei es Sache des nationalen Richters, den in der Richtlinie enthaltenen Begriff der erheblichen Unannehmlichkeit zu konkretisieren. Es sei aber nicht ersichtlich, dass über die Vorschusspflicht hinaus hierzu weitere Kriterien erforderlich seien.

Die Klägerin habe ein taugliches Nacherfüllungsverlangen gestellt. Zwar obliege es dem Käufer, die Sache am Erfüllungsort der Nacherfüllung zur Untersuchung zur Verfügung zu stellen. Dies umfasse den Transport zum Sitz des Verkäufers aber nur, wenn der nach § 439 Abs. 2 BGB angeforderte Transportkostenvorschuss beim Käufer eingegangen sei. Denn das von der Richtlinie vorgegebene Gebot der Unentgeltlichkeit solle den Verbraucher vor drohenden finanziellen Belastungen bewahren, die ihn davon abhalten könnten, seine Ansprüche geltend zu machen. Damit weist der BGH die vorinstanzliche Argumentation zurück, die Gefahr, die aufgewandten Transportkosten nicht erstattet zu bekommen, entspreche dem gewöhnlichen Vertragsrisiko. Die Vorinstanz war davon ausgegangen, dass der Käufer gehalten sei, den Vorschussanspruch durchzusetzen, um die Sache dem Verkäufer an dessen Sitz tatsächlich zur Untersuchung zu überlassen.⁸ Nach Auffassung des Senats weise § 439 Abs. 2 BGB dem Verkäufer auch bei unklaren Mängelursachen das Kostenrisiko zu. Es bedürfe kei-

2 BGH, Urt. v. 13.04.2011 - VIII ZR 220/10 Rn. 29; hiergegen z.B. Pammeler in: jurisPK, BGB, 8. Aufl. 2016, § 439 Rn. 44 ff.

3 BGH, Urt. v. 13.04.2011 - VIII ZR 220/10 Rn. 37.

4 Mit Wirkung zum 01.01.2018 wurde § 476 BGB zu § 477 BGB.

5 Mit Wirkung zum 01.01.2018 wurde § 475 BGB zu § 476 BGB.

6 EuGH, Urt. v. 17.04.2008 - C-404/06 - „Quelle“.

7 EuGH, Urt. v. 16.06.2011 - C-65 und 87/09 - „Weber u. Putz“.

8 LG Berlin, Urt. v. 08.11.2016 - 88 S 14/16.

ner Durchsetzung des Vorschussanspruchs durch den Käufer. Dies würde ansonsten mit dem Gebot der Nacherfüllung innerhalb einer angemessenen Frist kollidieren, die mit dem tauglichen Nacherfüllungsverlangen beginne. Da die Klägerin in tauglicher Art Nacherfüllung verlangt habe, könne sie nach erfolglosem Fristablauf den Mangel selbst beheben und die dadurch entstandenen Kosten als Schadensersatz statt der Leistung geltend machen.

Der BGH legt sich jedoch zu den Umständen, die einen Vorschussanspruch entstehen lassen, nicht abschließend fest. Er lässt ausdrücklich offen, ob die Vorschusspflicht auch dann bestünde, wenn es sich bei der Kaufsache um einen fahrtüchtigen Pkw handelte oder der Transportweg moderat wäre.

C. Bewertung

Das vorliegende Urteil ist nach Verschiebung der Wirkung der Beweislastumkehr- und Vermutungsregelung des § 477 BGB⁹ binnen kürzerer Zeit das zweite verbraucherfreundliche Urteil. In einer vorangegangenen Entscheidung, die insbesondere dem Urteil der Vorinstanz zugrunde lag, hatte der BGH Zurückhaltung in der Frage geübt, was dem Verbraucher zugemutet werden könne, ohne dass es für ihn zu erheblichen Unannehmlichkeiten kommt.¹⁰ Nun weist der Senat Grenzen auf, wann diese Schwelle überschritten ist.

Die grundsätzliche Entscheidung, wonach die vergebliche Forderung eines Transportkostenvorschusses für ein taugliches Nacherfüllungsverlangen ausreicht, ist konsequent. Die Vorinstanz war davon ausgegangen, die Frist beginne erst mit der tatsächlichen Überlassung der Kaufsache zum Zwecke der Nacherfüllung,¹¹ und hatte damit die Rechtsprechung des BGH überdehnt, der nur die Bereitschaft des Käufers, die Sache zur Verfügung zu stellen, gefordert hatte.¹² Allerdings unterliegt der BGH einem Zirkelschluss, indem er die von der Vorinstanz vertretene Forderung zurückweist, der Käufer müsse den Vorschussanspruch durchsetzen, bevor er die Frist mit einem tauglichen Nacherfüllungsverlangen in Gang setzen könne. Seiner Ansicht nach kollidiere die Pflicht zur Durchsetzung des Vorschussanspruchs mit dem Gebot der Nacherfüllung innerhalb einer angemessenen Frist. Hingegen ist es gerade die zu entscheidende Frage, unter welchen Voraussetzungen die Frist in Gang gesetzt wird. Wäre die Durchsetzung des Vorschussanspruchs mit tatsächlicher Zurverfügungstellung der Sache für ein taugliches Nacherfüllungsverlangen erforderlich, würde die Frist erst ab diesem Zeitpunkt beginnen, sodass die vom BGH befürchtete Kollision nicht einträte.

Im Ergebnis nähert sich der erkennende Senat der zum Werkvertrag ergangenen gegensätzlichen Rechtsprechung an. Unter Berufung auf die Kostenverteilungsregel des § 635

Abs. 2 BGB verortet der BGH im Werkvertrag den Erfüllungsort der Nacherfüllung dort, wo sich das Werk vertragsgemäß befindet.¹³ Dieser auch im Kaufrecht vertretenen entsprechenden Auffassung¹⁴ hat der erkennende Senat wiederholt eine Absage erteilt. Da allerdings die erfolglose Aufforderung, einen Vorschuss der Transportkosten zu zahlen, für ein taugliches Nacherfüllungsverlangen genügen kann, obliegt es dem Käufer nun lediglich, den Transport zu organisieren, sofern er die hierzu anfallenden Kosten vom Verkäufer vorab erhalten hat. Es ist nur noch ein kleiner Schritt zur Festlegung des Erfüllungsorts der Nacherfüllung am vertragsgemäßen Belegenheitsort der Kaufsache.

Der BGH führt aus, der Käufer habe an dem Kostenrisiko zur Klärung eines Mangels keinen Anteil. Die zur Mangelklärung anfallenden Aufwendungen seien gem. § 439 Abs. 2 BGB dem Verkäufer zugewiesen. Dies trifft allerdings nur bedingt zu. Denn ein unberechtigtes Nacherfüllungsverlangen des Käufers kann einen Schadensersatzanspruch des Verkäufers nach § 280 Abs. 1 BGB für die bei der vergeblichen Mangelermittlung entstandenen Kosten auslösen, sofern der Käufer erkannt oder fahrlässig nicht erkannt hat, dass kein Mangel vorliegt.¹⁵ Fordert der Käufer den Verkäufer zur Nacherfüllung auf, ist dies folglich – insbesondere wenn es leichtfertig erfolgt – für den Käufer nicht ohne Risiko.

D. Auswirkungen für die Praxis

Das Urteil zur Forderung des Vorschussanspruchs ergeht in richtlinienkonformer Auslegung von § 439 Abs. 2 BGB und ist daher nicht auf sonstige Kaufverträge übertragbar. Dies entspricht nunmehr § 475 Abs. 6 BGB.

Leider trägt die vorliegende Entscheidung nicht unbedingt zur Rechtssicherheit des Käufers bei. Bereits die Verortung des Erfüllungsorts der Nacherfüllung ist mit Unsicherheiten verbunden, da er nur im Zweifel nach § 269 Abs. 1 und 2 BGB beim Verkäufer liegt und in Einzelfällen, z.B. wenn die Sache zum Einbau bestimmt ist, sich sehr wohl am vertragsgemäßen Belegenheitsort der Kaufsache befinden kann.¹⁶ Nunmehr ist auch das Bestehen der Vorschusspflicht und damit des tauglichen Nacherfüllungsverlangens eine Frage des Einzelfalls, denn der BGH bezieht sein Urteil ausdrücklich darauf, dass der Pkw nicht fahrtüchtig ist und

9 BGH, Ur. v. 12.10.2016 - VIII ZR 103/15.

10 Siehe BGH, Ur. v. 13.04.2011 - VIII ZR 220/10 Rn. 38 ff.

11 LG Berlin, Ur. v. 08.11.2016 - 88 S 14/16.

12 BGH, Ur. v. 10.03.2010 - VIII ZR 310/08 Rn. 12; BGH, Ur. v. 19.12.2012 - VIII ZR 96/12 Rn. 24.

13 BGH, Ur. v. 08.01.2008 - X ZR 97/05 Rn. 13.

14 Z.B. Pammler in: jurisPK, BGB, 8. Aufl. 2016, § 439 Rn. 44 ff.

15 BGH, Ur. v. 23.01.2008 - VIII ZR 246/06 Rn. 12.

16 Vgl. BGH, Ur. v. 13.04.2011 - VIII ZR 220/10 Rn. 34.

sich in weiter Entfernung vom Sitz des Verkäufers befindet. Ob § 475 Abs. 6 BGB mehr Rechtssicherheit bringen wird, bleibt abzuwarten. Der Käufer wird in Zukunft sorgsam abzuwägen haben, inwiefern ihm der Transport der Kaufsache zum Verkäufer ohne Vorschuss der Transportkosten zuzumuten ist. Anderenfalls läuft er Gefahr, in untauglicher Art und Weise die Nacherfüllung zu verlangen und somit die Frist nach § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht in Gang zu setzen. Veranlasst er in diesem Fall die Mangelbeseitigung eigenständig, erhält er die hierbei entstehenden Kosten aufgrund der unberechtigten Selbstvornahme nicht ersetzt.

Auswirkungen von Ehescheidungen auf Mietverhältnisse – wo kann man welche Ansprüche gerichtlich geltend machen? BGH, Urt. v. 12.07.2017 – VIII ZR 214/16 und Beschl. v. 12.07.2017 – XII ZB 40/17

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

A. Problemstellung

Am 12.07.2017 erließen der VIII. und der XII. Senat des BGH zwei voneinander unabhängige Entscheidungen, deren gemeinsame Besprechung sich dennoch anbietet, da es in beiden Entscheidungen um lebensnahe Sachverhalte ging, die zum einen das Miet-, zum anderen das Familienrecht betreffen.

I. Der VIII. Senat des BGH hatte sich in der hier besprochenen Entscheidung mit der Frage zu befassen, ob ein Vermieter einen Anspruch auf Nutzungsentschädigung nach § 546a BGB hat, auch wenn dieser keinen Rückerlangungswillen bezüglich der Wohnung hat. Es ging dabei um die Frage, ob der Anspruch lediglich vom Verhalten des Mieters abhängt oder auch das Verhalten des Vermieters eine Rolle spielt.

II. In der zweiten hier besprochenen Entscheidung hatte sich der XII. Senat des BGH mit der Frage zu befassen, ob das Tatbestandsmerkmal „im Zusammenhang mit Trennung oder Scheidung“ des § 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG weit auszulegen ist und Streitigkeiten über Mietverträge über Wohnraum zwischen Schwiegereltern und ihrem Schwiegenderkind anlässlich einer Trennung ihres Kindes als sonstige Familiensache i.S.d. § 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG zu qualifizieren sind.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidungen

I. Der Beklagte des Verfahrens vor dem VIII. Senat mietete gemeinsam mit seiner damaligen Ehefrau im Jahr 2000 eine Dreizimmerwohnung von der Rechtsvorgängerin der

Klägerin. Im Jahr 2010 zog der Beklagte aus der Wohnung aus und überließ diese nebst sämtlichen Schlüsseln seiner damaligen Ehefrau, von welcher er in der Folgezeit geschieden wurde. Bis Juni 2014 zahlte der Beklagte die monatliche Miete der Wohnung i.H.v. 999,03 € an die Klägerin. Mit Schreiben vom 25.05.2014 kündigte der Beklagte den Mietvertrag ordentlich zum 31.08.2014. Die Klägerin teilte ihm daraufhin mit, seine „alleinige Kündigung“ sei nicht wirksam. Daraufhin forderten die Klägerin und ihr Prozessbevollmächtigter den Beklagten mehrfach schriftlich auf, die rückständige Miete für die Monate Juli, August und September 2014 zu zahlen. Mit einem Schreiben vom 15.09.2014 erwiderte der Beklagte, dass er nicht einsehe, allein die Gesamtmiete tragen zu müssen, er habe aber „Fairness halber“ die anteilige Miete für Juli, August und September 2014 einschließlich Mahnkosten in einer Gesamthöhe von 1.508,09 € überwiesen. Über diesen Betrag hinaus zahlte der Beklagte für die Monate Oktober, November und Dezember 2014 jeweils 500 € an die Klägerin, danach stellte er jegliche Zahlungen ein.

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

Der BGH stellt zunächst klar, dass ein Anspruch aus § 546a BGB in dem vorliegenden Fall ausscheide, da die Voraussetzungen nicht vorlägen. Insbesondere wurde seitens des Berufungsgerichts, unter Verkennung der bisherigen Rechtsprechung des BGH angenommen, dass der Beklagte die streitgegenständliche Wohnung der Klägerin gem. § 546a BGB vorenthalten habe.

Das Berufungsgericht sei zunächst richtigerweise von der Wirksamkeit der am 25.05.2014 ausgesprochenen ordentlichen Kündigung zum 31.08.2014 (§ 542 Abs. 1, § 549 Abs. 1, § 573c Abs. 1 Satz 1 BGB) ausgegangen und von einer nicht vorgenommenen Verlängerung gem. § 545 BGB. Rechtsfehlerhaft habe das Berufungsgericht allerdings das Vorliegen eines Anspruchs auf Nutzungsentschädigung aus § 546a Abs. 1 BGB ab dem 01.09.2014 angenommen. Dabei gehe das Berufungsgericht davon aus, dass der Beklagte die Wohnung der Klägerin i.S.d. § 546a Abs. 1 BGB vorenthalten habe. Der Beklagte habe die Wohnung nach Beendigung des Mietverhältnisses nicht zurückgegeben, allerdings widersprach dies nicht dem Willen der Klägerin. Diese hatte nicht den nach § 546a BGB erforderlichen Rücknahmewillen, der grds. zur Erfüllung des Tatbestandes der Vorenthaltung ausreiche. Daran fehlte es allerdings im vorliegenden Fall, da die Vermieterin vom Fortbestehen des Mietverhältnisses ausging. Solange der Vermieter den Mietvertrag nicht als beendet ansehe, wolle er keine Räumung verlangen und damit die Mietsache nicht zurückneh-

men. Der Grund dafür, warum der Vermieter den Mietvertrag nicht als beendet ansieht – namentlich eine vom Mieter ausgesprochene Kündigung für unwirksam erachtet – sei für einen Rückschluss auf einen fehlenden Rücknahmewillen ohne Bedeutung. Das habe zur Folge, dass der Beklagte als Mieter die Wohnung der Vermieterin nicht vorenthalten habe.

Eine Vorenthaltung liege auch aufgrund der subjektiven Unmöglichkeit seitens des Beklagten nicht vor. Die Vorenthaltung sei nicht lediglich auf die Nichtrückgabe der Wohnung durch den Mieter zu stützen, sondern es müsse vielmehr der Rücknahmewille des Vermieters vorliegen.

Eine Nutzungsentschädigung nach den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung sei nur dann zu leisten, wenn die Wohnung auch genutzt wurde und auf diese Weise der Mieter um den gezogenen Nutzungswert bereichert ist.

II. Die Kläger des Verfahrens vor dem 12. Senat des BGH vermieteten die streitgegenständliche Wohnung an ihren Schwiegersohn, den Beklagten, und ihre gemeinsame Tochter. Die Kläger verlangen von dem Beklagten rückständige Miete, nachdem der Beklagte und seine Ehefrau sich im Mai 2011 trennten und der Beklagte aus der gemeinsamen Ehwohnung auszog. Es war dabei vom BGH die Frage zu klären, ob die Zuständigkeit des Familiengerichts wegen der Sachnähe zum Verfahrensgegenstand des familienrechtlich geregelten Rechtsverhältnisses gegeben ist, oder ob das Amtsgericht wegen seiner ausschließlichen Zuständigkeit für Wohnraummietverhältnisse gem. § 23 Nr. 2 Buchst. a) GVG zuständig ist. Im Ergebnis hielt der BGH fest, dass das Tatbestandsmerkmal „im Zusammenhang mit Trennung oder Scheidung“ weit auszulegen sei.

Streitigkeiten aus Mietverträgen über Wohnraum zwischen Schwiegereltern und ihrem Schwiegerkind anlässlich der Trennung ihres Kindes von dem Schwiegerkind können als sonstige Familiensachen i.S.d. § 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG zu qualifizieren sein. In § 266 FamFG habe der Gesetzgeber den Zuständigkeitsbereich der Familiengerichte deutlich erweitert. Als Ordnungskriterium solle dabei lediglich die Sachnähe des Familiengerichts zum Verfahrensgegenstand entscheidend sein. Es solle dem Familiengericht ermöglicht werden, alle durch den sozialen Verbund von Ehe und Familie sachlich verbundenen Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden. In den Fällen des § 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG müsse ein Zusammenhang mit Trennung, Scheidung oder Aufhebung der Ehe bestehen. Dieser inhaltliche Zusammenhang könne rechtlicher oder wirtschaftlicher Art sein und ist weit zu fassen. Trennung, Scheidung oder Aufhebung der Ehe müssten jedenfalls in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht für die geltend gemachte Rechtsfolge ursächlich sein.

Streitigkeiten über die Verhältnisse an der Ehwohnung und die Frage, wer die Wohnkosten zu tragen hat, sowie ob und wie diese unterhaltsrechtlich zu berücksichtigen sind, stellten sich als naheliegende und häufig vorkommende Folgen oder Begleiterscheinungen bei einer Trennung der Ehegatten dar. Nichts anderes gelte, wenn die Schwiegereltern Vermieter sind. Diese hätten im Zweifel, bezogen auf den Streit der Eheleute, keine neutrale Stellung inne, sondern stünden im Lager ihres eigenen Kindes. Durch den trennungsbedingten Auszug des Beklagten aus der Ehwohnung komme es erst zu den mietrechtlichen Streitigkeiten zwischen den Parteien und erst dieser Auszug sei die Ursache für die in diesem Verfahren geltend gemachten Mietforderungen. Es werde die Frage aufgeworfen, ob weiterhin vertragliche Zahlungsansprüche bestehen oder etwa ein Leistungsverweigerungsrecht in Betracht kommt.

Durch die Konzentration der Streitigkeiten vor dem Familiengericht bestehe zudem die Möglichkeit, die Rechtsverhältnisse an der Ehwohnung abschließend, auch im Außenverhältnis zu den Schwiegereltern, zu regeln. Dabei könne in diesem Zusammenhang ebenfalls eine Regelung über die Wohnkosten herbeigeführt werden, die im Rahmen des Trennungsunterhaltsverfahrens für die Bemessung des Unterhalts maßgeblich sind.

Dazu komme in dem vorliegenden Verfahren, dass ein Verfahren den Trennungsunterhalt betreffend bei dem zuständigen Familiengericht bereits anhängig war. Die dabei aus dem Mietverhältnis der Ehefrau fortbestehende Mietzahlungspflicht habe für die Regelung des Trennungsunterhalts eine Rolle gespielt.

C. Kontext der Entscheidungen

I. Die Nutzungsentschädigung nach § 546a BGB stellt einen verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruch des Vermieters gegen den Mieter dar. Sie verbessert die Rechtsposition des Vermieters, indem sie ihm einen Mindestbetrag als Nutzungsentschädigung sichert. In der vorliegenden Entscheidung stellt der BGH erneut klar, dass das Tatbestandsmerkmal des Vorenthaltens nicht lediglich auf das Verhalten des Mieters zu beziehen ist, sondern dass der Wille des Vermieters auf Rückerlangung ebenfalls vorliegen muss. Zweck der Vorschrift ist es, dem Vermieter für die Dauer einer Vorenthaltung die vereinbarte Miete als Mindestmiete zukommen zu lassen. Dies ist jedoch unbillig, soweit der Vermieter gar keinen Willen zur Rückerlangung hat und von einem weiterhin bestehenden Mietverhältnis ausgeht.

Dabei soll jedoch nicht jegliche Kompensation der weiteren Nutzung der Wohnung ausgeschlossen sein. Vielmehr kann dem Vermieter ein bereicherungsrechtlicher Anspruch zustehen, soweit der Mieter durch die weitere Nutzung der

Wohnung tatsächlich etwas erlangt hat; es kommt maßgeblich auf die tatsächlich gezogenen Nutzungen an. Dabei wird ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auch von einem bestehenden Anspruch aus § 546a BGB nicht ausgeschlossen oder von möglichen Ansprüchen aus §§ 987 ff. BGB verdrängt.

II. Mietrechtliche Streitigkeiten in familienrechtlichen Angelegenheiten sind nicht selten Streitgegenstand in Trennungsverfahren. Es wird durch die Entscheidung des XII. Senats des BGH klargestellt, dass auch Schwiegereltern im Rahmen einer Trennung eine familienrechtlich relevante Position einnehmen können, da sie nicht neutral in dieser Angelegenheit sind. Es wird für den Ehepartner, der einen Mietvertrag mit seinen Schwiegereltern abschließt im Fall einer Trennung, Scheidung oder Aufhebung der Ehe, erleichtert, alle Angelegenheiten, die gerade im Verfahren über den Trennungsunterhalt eine Rolle spielen, zu einem Abschluss zu führen.

D. Auswirkungen für die Praxis

I. Der BGH hat erneut betont, dass ein Entschädigungsanspruch eines Vermieters nur dann besteht, wenn dieser tatsächlich einen Rückerlangungswillen nachweisen kann. Es ist nicht ausreichend, dass der Mieter über die Mietdauer hinaus die Wohnung nutzt. Damit werden die Mieterrechte im Speziellen in unübersichtlichen Verfahren gestärkt. Vermietern wird die Möglichkeit genommen, ein in ihren Augen noch nicht beendetes Mietverhältnis weiter finanziell über den Entschädigungsanspruch des § 546a BGB auszugleichen.

Es ist gerade für verheiratete Mieter, die eine ehedgemeinsame Wohnung haben, aus der einer der beiden Ehegatten auszieht, eine wichtige Entscheidung, dass eine durch ihn selbst verursachte subjektive Unmöglichkeit der Rückgabe, nichts an dem Erfordernis des Vorliegens des Rückerlangungswillens des Vermieters ändert. Gerade in solchen Fallkonstellationen wie der Vorliegenden ist es für die nicht mehr in der Ehwohnung lebenden Ehegatten in den meisten Fällen subjektiv unmöglich, die Wohnung an den Vermieter zurückzugeben.

§ 546a BGB stellt ein Druckmittel aufseiten des Vermieters dar, um die Mietsache nach Beendigung des Vertrages schneller zurückzuerlangen. Es soll für den Vermieter ein Ausgleich geschaffen werden, dass ein Mieter trotz Beendigung des Mietverhältnisses die Mietsache weiter nutzt. Diese Kompensationsmöglichkeit soll nicht bestehen, wenn der Vermieter keinen Willen hinsichtlich der Rückerlangung der Wohnung hat.

II. Durch die weite Fassung der Zuständigkeit der Familiengerichte auch in mietrechtlichen Angelegenheiten zwischen

Schwiegereltern und dem Schwiegerkind findet eine wichtige Konzentration der gesamten familienrechtlichen Ansprüche bei einem Gericht statt.

Für die Amtsgerichte stellt dies eine Entlastung dar. Es ist nicht notwendig, den gesamten Sachverhalt erneut zu erfassen. Das Familiengericht, welches für alle anderen Streitigkeiten, die im Zusammenhang mit der Ehe stehen, ohnehin den gesamten Sachverhalt erfasst hat, ist es kein wesentlicher Mehraufwand.

Auch für die am Rechtsstreit beteiligten Parteien ist die Konzentration aller Angelegenheiten, die im Zusammenhang mit der Ehe stehen, eine Erleichterung. Es muss nicht erneut vorgetragen werden und es kommt zu einer das gesamte Rechtsverhältnis abschließenden Entscheidung.

E. Bewertung

I. Die Bestätigung der Rechtsprechung zu den Voraussetzungen des Entschädigungsanspruchs nach § 546a BGB ist ein Signal an alle Vermieter, dass dieser Entschädigungsanspruch nicht jederzeit bei einer wie auch immer gestalteten Nutzung der Mietsache über die vereinbarte Mietzeit hinaus geltend gemacht werden kann. Es kommt vielmehr ausdrücklich auf den Rückerlangungswillen des Vermieters an. Wenn der Vermieter aus welchen Gründen auch immer nicht von einer Beendigung des Mietverhältnisses ausgeht, so ist das Tatbestandsmerkmal des Vorenthaltens nicht erfüllt. Ebenso wichtig erscheint die erneute Betonung, dass es für einen bereicherungsrechtlichen Nutzungersatzanspruch maßgeblich auf die tatsächlich gezogenen Nutzungen ankommt. Dabei muss der Bereicherte eine echte Vermögensmehrung erfahren. Auch dies stellt eine praktische Erleichterung für familienrechtliche Konstellationen im Mietrecht dar, wenn der „ausgezogene“ Ehepartner keinerlei Entschädigungsforderungen zu erwarten hat, nur weil der andere Ehepartner die ehemalige Ehwohnung über die Mietzeit hinaus nutzt.

II. Die weite Auslegung des Tatbestandsmerkmals „im Zusammenhang mit Trennung oder Scheidung oder Aufhebung der Ehe“ in § 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG führt zu einer Konzentration bei den Familiengerichten. Gerade die nicht neutrale Stellung von Schwiegereltern im Fall der Auflösung der Ehe, wie auch immer diese gestaltet ist, wird durch diesen Beschluss berücksichtigt. Es war bei der Neufassung des FamFG vom Gesetzgeber gewollt, dass nicht mehrere unterschiedliche Gerichte sich mit demselben Sachverhalt befassen müssen. Es kommt ausschlaggebend auf das Merkmal des Zusammenhanges an. Es muss berücksichtigt bleiben, dass die ausschließliche Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht verdrängt wird. Vielmehr findet eine Konzentration auf der anderen Seite statt, die nicht nur den

Parteien von Nutzen ist, sondern auch eine Arbeitsentlastung der Amtsgerichte im Fall von Wohnungsstreitigkeiten bedeutet. Es führt dazu, dass gerade wie hier, ein Verfahren wegen Trennungunterhalt schneller vollzogen werden kann, da das Familiengericht auch in solchen Mietangelegenheiten abschließend entscheiden kann und die nachehelichen Verhältnisse damit geregelt sind.

Mängelrechte vor Abnahme beim Werkvertrag

BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 193/15

RiLG Dr. Christoph Kretschmer, z. Zt.
Wiss. Mit. beim BGH

A. Problemstellung

Die Frage, ob der Besteller im Werkvertragsrecht bereits vor der Abnahme des Werks Mängelrechte geltend machen kann, ist seit Langem umstritten.¹ Dies betrifft neben Schadensersatz und Rücktritt insbesondere auch das Recht zum Kostenvorschuss für die Beseitigung von Mängeln nach § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 3 BGB und die Minderung der Vergütung gem. § 634 Nr. 3, § 638 BGB. Vor der Schuldrechtsmodernisierung setzten die Ansprüche des Bestellers aus §§ 633 ff. BGB a.F. nach der Rechtsprechung des BGH eine Abnahme nicht voraus, vielmehr standen diese Ansprüche und Ansprüche nach dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht nebeneinander.²

Ob dies auch nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes³ weiterhin gelten sollte, hatte der BGH bislang ausdrücklich offengelassen.⁴ Aus dem Gesetzeswortlaut des § 634 BGB und auch aus den Gesetzesmaterialien⁵ ist eine eindeutige Aussage nicht zu entnehmen. Nunmehr hatte der VII. Zivilsenat gleich in drei Entscheidungen⁶ Gelegenheit, zu dieser Problematik Stellung zu nehmen. Eine dieser Entscheidungen soll nachfolgend dargestellt werden.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Die Parteien schlossen im Jahr 2008 einen Bauvertrag über Terrassen- und Maurerarbeiten. Die zu verwendenden Platten für die Terrassenanlage sollten mit einer Spezialimprägnierung („Clean Top“) versehen sein, zudem sollten sog. Lichtpunkte in die Pflasterung eingebaut werden. Trotz dreier Nachbesserungsversuche gelang es der klagenden Werkunternehmerin nicht, die Arbeiten vertragsgerecht herzustellen. Zu einer Abnahme kam es nicht. Vielmehr lehnten die beklagten Eheleute weitere Nachbesserungs-

versuche ab und verweigerten unter Hinweis auf erhebliche Mängel die Zahlung restlichen Werklohns.

Gegenüber dem von der Klägerin geltend gemachten restlichen Werklohn begehrte der Beklagte zu 2 aus eigenem und abgetretenem Recht seiner Ehefrau widerklagend einen Kostenvorschuss i.H.v. 20.000 € und für den Fall der Klageabweisung weitere 5.000 €. Das Landgericht hat die Klage gegen beide Beklagte abgewiesen und der Widerklage und Eventualwiderklage des Beklagten zu 2 in vollem Umfang stattgegeben. Die dagegen gerichtete Berufung der Klägerin hat das OLG Schleswig zurückgewiesen.⁷ Der BGH hat das Berufungsurteil auf die Revision der Klägerin aufgehoben, soweit die Berufung der Klägerin gegen ihre im Wege der Widerklage erfolgte Verurteilung zur Zahlung von 25.000 € nebst Zinsen an den Beklagten zu 2 zurückgewiesen wurde, und die Sache in diesem Umfang an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

II. Der BGH führt aus, der Anspruch des Beklagten zu 2 auf Zahlung eines Kostenvorschusses für die Mängelbeseitigung von insgesamt 25.000 € könne mit der Begründung und den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht bejaht werden.

1. Das Berufungsgericht habe zwar rechtsfehlerfrei angenommen, dass die durch die Klägerin erstellte Terrassenanlage ganz erhebliche Mängel aufweise und deshalb nicht abnahmefähig sei. Die Beklagten hätten der Klägerin auch keine weitere Nacherfüllungsfrist setzen müssen. Beanstandet wird jedoch die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte zu 2 habe bereits vor Abnahme des Werks einen Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses von 25.000 € aus § 634 Nr. 2 BGB, § 637 Abs. 3 BGB für die Mängelbeseitigungskosten.

2. Der Besteller könne Mängelrechte nach § 634 BGB grds. erst nach Abnahme des Werks mit Erfolg geltend machen. Der BGH begründet dies insbesondere damit, dass grds. erst im Zeitpunkt der Abnahme beurteilt werden könne, ob ein Werk mangelfrei ist. Bis zur Abnahme könne der Unternehmer i.d.R. frei wählen, wie er den An-

1 Zum Streitstand Jordan, Der zeitliche Anwendungsbereich des allgemeinen Leistungsstörungenrechts und der besonderen Gewährleistungsrechte beim Kauf-, Werk- und Mietvertrag, 2015, S. 129 ff.

2 BGH, Urt. v. 16.11.1993 - X ZR 7/92 Rn. 21; BGH, Urt. v. 25.06.2002 - X ZR 78/00 Rn. 7.

3 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 (BGBl. I 2001, 3138).

4 Vgl. zuletzt BGH, Urt. v. 25.02.2016 - VII ZR 49/15 Rn. 41.

5 Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 261 ff.

6 BGH, Urt. v. 19.01.2017 - VII ZR 193/15; BGH, Urt. v. 19.01.2017 - VII ZR 301/13; BGH, Urt. v. 19.01.2017 - VII ZR 235/15.

7 OLG Schleswig, Urt. v. 16.07.2015 - 7 U 124/14.

spruch des Bestellers auf mangelfreie Herstellung aus § 631 Abs. 1 BGB erfülle. Die Erfüllung des Herstellungsanspruchs trete bei einer Werkleistung regelmäßig gem. § 640 Abs. 1 BGB mit der Abnahme ein, sodass erst nach Abnahme von „Nacherfüllung“ gesprochen werden könne. Dafür, dass die Abnahme die Zäsur zwischen Erfüllungsstadium und der Phase darstelle, in der anstelle des Herstellungsanspruchs Mängelrechte nach § 634 BGB geltend gemacht werden können, spreche zum einen die Regelung in § 634a Abs. 2 BGB i.V.m. Abs. 1 Nr. 1 und 2 BGB, wonach die Verjährung von Mängelrechten in den meisten Fällen mit der Abnahme beginne. Zum anderen stelle die Abnahme auch im Übrigen eine Zäsur dar, da mit ihr die Fälligkeit des Werklohns eintrete (§ 641 Abs. 1 BGB), die Leistungsgefahr auf den Besteller übergehe (§ 644 Abs. 1 Satz 1 BGB) und die Beweislast für das Vorliegen von Mängeln sich umkehre, soweit kein Vorbehalt nach § 640 Abs. 2 BGB erklärt wird.

3. Von diesen Grundsätzen lässt der BGH jedoch gewichtige und praxisrelevante Ausnahmen zu: Der Besteller könne in bestimmten Fällen berechtigt sein, Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 bis 4 BGB ohne Abnahme geltend zu machen. Das sei zu bejahen, wenn der Besteller nicht mehr die Erfüllung des Vertrags verlangen könne und das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen sei. Mache der Besteller gegenüber dem Unternehmer nur noch Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes geltend oder erkläre er die Minderung des Werklohns, so finde eine Abrechnung der beiderseitigen Ansprüche statt.

4. Dies gelte jedenfalls für den Fall, dass der Unternehmer das Werk als fertiggestellt zur Abnahme anbietet. Verlange der Besteller Schadensersatz statt der Leistung nach § 281 Abs. 1, § 280 Abs. 1 BGB, sei der Anspruch auf die Leistung nach § 281 Abs. 4 BGB ausgeschlossen. Nicht anders sei zu entscheiden, wenn der Besteller im Wege der Minderung nur noch eine Herabsetzung des Werklohns erreichen will. Auch in diesem Fall gehe es ihm nicht mehr um den Anspruch auf die Leistung und damit um die Erfüllung des Vertrags.

5. Verlange der Besteller hingegen – wie hier – nach § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 1 und 3 BGB einen Kostenvorschuss für die zur Mängelbeseitigung erforderlichen Aufwendungen, erlösche sein Erfüllungsanspruch (§ 631 BGB) grds. nicht, auch der Nacherfüllungsanspruch (§ 634 Nr. 1 BGB) bleibe unberührt. Ausnahmsweise könne ein solches Verlangen aber zu einem Abrechnungs- und Abwicklungsverhältnis führen, wenn der Besteller den (Nach-)Erfüllungsanspruch aus anderen Gründen nicht mehr mit Erfolg geltend machen könne. Das sei

etwa der Fall, wenn der Besteller ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck bringe, unter keinen Umständen mehr mit dem Unternehmer, der ihm das Werk als fertiggestellt zur Abnahme angeboten hat, zusammenarbeiten zu wollen, also endgültig und ernsthaft eine (Nach-)Erfüllung durch ihn ablehne, selbst für den Fall, dass die Selbstvornahme nicht zu einer mangelfreien Herstellung des Werks führt. In dieser Konstellation könne der Besteller nicht mehr zum (Nach-)Erfüllungsanspruch gegen den Unternehmer zurückkehren.

6. Im konkreten Fall sah der BGH diese Voraussetzungen für die Entstehung eines Abrechnungs- und Abwicklungsverhältnisses allerdings nicht als gegeben an. Das Berufungsgericht habe – von der Revision nicht angegriffen – festgestellt, dass kein Abrechnungsverhältnis vorliege. Den Feststellungen des Berufungsgerichts könne zudem nicht entnommen werden, ob das Verhalten des Beklagten zu 2 so ausgelegt werden könne, dass er nicht nur die klägerseits konkret angebotenen Arbeiten, sondern endgültig weitere (Nach-)Erfüllungsarbeiten der Klägerin nicht mehr dulden werde. Der Senat könne in der Sache daher nicht selbst entscheiden, die Parteien müssten Gelegenheit haben, auf die Rechtsauffassung des BGH zu reagieren.

C. Kontext der Entscheidung

Der BGH hat sich nunmehr ausdrücklich zu der Geltendmachung von Mängelrechten vor der Abnahme der Werkleistung geäußert und seine vor der Schuldrechtsmodernisierung gefasste Rechtsprechung an das neue Schuldrecht angepasst.

I. Der Zeitpunkt der Abnahme stellt demnach die wesentliche Zäsur im Werkvertragsrecht dar und führt dazu, dass vorher i.d.R. keine Mängelrechte nach § 634 BGB geltend gemacht werden können. Wie der BGH in seinem Urteil selbst ausführt, sind die Interessen des Bestellers auch ohne die grundsätzliche Gewährung von Mängelrechten nach § 634 Nr. 2 und 3 BGB vor der Abnahme bereits durch die ihm aufgrund des allgemeinen Leistungsstörungenrechts zustehenden Rechte angemessen gewahrt: Er kann etwa Schadensersatz neben der Leistung (§ 280 Abs. 1 BGB), statt der Leistung (§§ 281, 280 BGB) und wegen Verzögerung der Leistung (§ 280 Abs. 2, § 286 BGB) geltend machen sowie nach § 323 BGB vom Vertrag zurücktreten oder entsprechend § 314 BGB aus wichtigem Grund kündigen.

Der ihm zustehende Schadensersatzanspruch nach dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht kann für den Besteller ohnehin oft günstiger sein als der Anspruch auf Kostenvor-

schuss zur Mängelbeseitigung, da der Schadensersatzanspruch nicht zweckgebunden ist und nicht zur Abrechnung über die tatsächlichen Kosten der Mängelbeseitigung verpflichtet.⁸ Der Schadensersatzanspruch statt der Leistung ist zwar – anders als die Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 und 3 BGB – verschuldensabhängig. Dies bedeutet aber letztlich keinen wesentlichen Unterschied, da eine den Schadensersatzanspruch begründende Pflichtverletzung bereits vorliegt, wenn der Unternehmer die Frist aus § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB verstreichen lässt.⁹

II. In einem parallel entschiedenen weiteren Fall¹⁰ ging es u.a. um eine vom Besteller erklärte Minderung der Vergütung. Der BGH sah hier die Voraussetzungen als gegeben an, nach denen der Besteller Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 bis 4 BGB auch ohne Abnahme beanspruchen kann: Da der Besteller geltend gemacht hatte, der Werklohnanspruch sei wegen der erklärten Minderung entfallen und er zudem Schadensersatz statt der Leistung wegen Mängeln gefordert hatte, sei das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen. Es komme daher nicht darauf an, ob die Leistung des Werkunternehmers abgenommen worden sei. Die wirksam erklärte Minderung stehe der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes auch nicht entgegen.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung des BGH bringt Klarheit zu einer lange umstrittenen Rechtsfrage und führt für die Beteiligten eines Bauvorhabens zu mehr Rechtssicherheit über die möglichen Optionen im Fall von Mängeln.

Der Besteller hat bereits vor der Abnahme nach dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht vielfältige Möglichkeiten, um auf Mängel des Werks zu reagieren. Er wird auch nicht faktisch gezwungen, die Abnahme für ein objektiv nicht abnahmefähiges Werk zu erklären. Der Besteller muss sich nur ggf. entscheiden und dies auch klar kommunizieren, ob weiterhin eine (Nach-)Erfüllung in Betracht kommen soll – dann kann er keinen Kostenvorschuss für die Mängelbeseitigung geltend machen – oder ob er endgültig und ernsthaft jede weitere Tätigkeit des Werkunternehmers ablehnt. In diesem Fall kann von einem Abrechnungs- und Abwicklungsverhältnis ausgegangen werden, welches die Abnahme entbehrlich macht.

8 Vgl. Kniffka in: Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 6. Teil, Rn. 182, 217.

9 Vgl. zum Kaufrecht BGH, Urt. v. 29.04.2015 - VIII ZR 104/14 Rn. 12; BGH, Urt. v. 17.10.2012 - VIII ZR 226/11 Rn. 11 ff.

10 BGH, Urt. v. 19.01.2017 - VII ZR 235/15.

Sozialrecht

Honorarhöhe als Abgrenzungsmerkmal bei Statusentscheidungen

BSG, Urt. v. 31.03.2017 – B 12 R 7/15 R

VRiLSG Hinnerk Timme

A. Problemstellung

Zahlreiche sozialgerichtliche Streitigkeiten befassen sich mit der Abgrenzung von Beschäftigung zur selbstständigen Tätigkeit (sog. Statusverfahren). Wird eine Beschäftigung festgestellt, eröffnet dies – von einigen Ausnahmen abgesehen – den Zugang zu den gesetzlichen Sozialversicherungen (überwiegend verpflichtend) und damit Leistungsansprüchen vielfältiger Art. Mit dem Zugang zu den Sozialversicherungen entstehen allerdings regelmäßig auch Zahlungsverpflichtungen in Form von Beiträgen. Die Feststellung der Beitragspflicht aufgrund von Beschäftigung kann insbesondere für Arbeitgeber von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung sein, da sie anteilmäßig an der Beitragstragung beteiligt sind. Für zurückliegende Zeiträume ist darüber hinaus nach § 28g Satz 3 SGB IV der Rückgriff des Arbeitgebers auf den Arbeitnehmer hinsichtlich dessen Anteils regelmäßig mit der Folge ausgeschlossen, dass er allein für die Beiträge aufzukommen hat. Das kann, insbesondere bei Statusentscheidungen im Anschluss an Betriebsprüfungen nach § 28p SGB IV, bei nachträglicher Feststellung von Beschäftigungen hohe Zahlungsverpflichtungen zur Folge haben.

Umso mehr verwundert, dass der Gesetzgeber nur ansatzweise dieser Bedeutung durch gesetzliche Regelungen gerecht geworden ist. So wurde zwar § 7 SGB IV als zentrale Vorschrift für die Definition der Beschäftigung zahlreich geändert, bestimmt aber lediglich in ihrem Absatz 1: „¹Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. ²Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.“ Eine erweiterte Definition wurde zwar in Form eines Vier- bzw. Fünf-Kriterien-Katalogs 1999 vom Gesetzgeber in die Vorschrift eingeführt, fand aber bereits 2002 sein frühzeitiges Ende. Das BVerfG¹ hat gleichwohl, auch vor dem Hintergrund seiner weitreichenden Folgen, § 7 Abs. 1 SGB IV als ausreichend bestimmt angesehen.

So war und ist es weiterhin im Wesentlichen Aufgabe der Rechtsprechung, diese Lücke durch Abgrenzungskriterien zu schließen. Das dies, bedingt auch durch die Vielseitigkeit

1 BVerfG, Beschl. v. 20.05.1996 - 1 BvR 21/96.

möglicher Tätigkeiten, bisher nur unvollständig geschehen ist, zeigen die zahlreichen Entscheidungen auch des BSG mit in den letzten Jahren zunehmender Tendenz.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Beigeladene zu 1, um dessen Status es in der Entscheidung ging, ist Heilpädagoge und im Hauptberuf in Vollzeit bei einem freien Träger beschäftigt. Daneben war er für den klagenden Landkreis als Träger der Jugendhilfe als Erziehungsbeistand vier bis sieben Stunden/Woche tätig. Grundlage der Tätigkeit waren Bewilligungsbescheide gegenüber den jeweiligen Familien sowie jeweils Honorarverträge und „Vereinbarungen zur Sicherstellung des Schutzauftrages nach § 8a SGB VIII“. Es wurde ein Hilfeplan gemeinschaftlich von der jeweiligen Familie, dem Beigeladenen und einem Mitarbeiter des Klägers erstellt. Diese Tätigkeit wertete die beklagte Rentenversicherung als Beschäftigung. Sozialgericht und Landessozialgericht sahen die Klage als begründet an, weil der Beigeladene weitestgehend weisungsfrei und nicht in die Arbeitsorganisation des Klägers eingebunden sei.

Das BSG hat eine Beschäftigung des Beigeladenen bei dem Kläger ebenfalls verneint, weil es an einer Eingliederung in dessen Betrieb gefehlt und er auch einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung umfassenden Weisungsrecht nicht unterlegen habe. Maßgebend dafür sei, welche Umstände das Gesamtbild prägten. Diese Umstände orientierten sich an den tatsächlichen Verhältnissen und den diesen zugrunde liegenden Verträgen. Die Leistungserbringung der Kinder- und Jugendhilfe müsse nicht zwingend in einer Beschäftigung zum Träger ausgeübt werden. Das Fehlen eines Unternehmerrisikos, grds. ein wesentliches Abgrenzungskriterium, sei bei reinen Dienstleistungen wie hier kein ins Gewicht fallendes Indiz, da regelmäßig nicht mit größeren Investitionen verbunden. Gleiches gelte für das Fehlen einer eigenen Betriebsstätte und der Verpflichtung zur höchstpersönlichen Leistungserbringung. Liege das vereinbarte Honorar wie hier deutlich über dem Arbeitsentgelt eines vergleichbar eingesetzten sozialversicherungspflichtig Beschäftigten und lasse dadurch Eigenvorsorge zu, sei dies ein gewichtiges Indiz für eine selbstständige Tätigkeit. Allerdings handele es sich auch bei der Honorarhöhe nur um eines von unter Umständen vielen in der Gesamtwürdigung zu berücksichtigen Indizien, weshalb weder an die Vergleichbarkeit der betrachteten Tätigkeiten noch an den Vergleich der hieraus jeweils erzielten Entgelte bzw. Honorare überspannte Anforderungen gestellt werden dürften.

C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung darüber, ob jemand beschäftigt und damit grds. beitragspflichtig ist, bestimmt sich in der sozialrechtlichen Rechtsprechung an den inneren und äußeren

Umständen, nach denen diese Person für ein Unternehmen tätig ist. Dabei setzt die Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Das ist regelmäßig der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann – vornehmlich bei Diensten höherer Art, bei denen der Beschäftigte häufig über weitaus mehr Kenntnisse über die jeweilige Verrichtung der Tätigkeit hat – eingeschränkt und zur „funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess“ verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich danach, welche Umstände das Gesamtbild prägen. Um zu dieser Entscheidung zu kommen, reicht es nicht aus, allein die Kriterien, die für und gegen Beschäftigung/Selbstständigkeit stehen, abzuzählen, sondern es hat auch eine qualitative Überprüfung der Kriterien zu erfolgen (sog. Gewichtung). So hat der 12. Senat in seiner Entscheidung vom 31.03.2017 etwa dem Fehlen eines Unternehmerrisikos und der eigenen Betriebsstätte bei dem Beigeladenen kein bedeutendes Gewicht beigemessen, weil bei reinen Dienstleistungen wie die des Beigeladenen unternehmerisches Tätigwerden nicht mit größeren Investitionen verbunden und seine Tätigkeit inhaltlich ausschließlich vor Ort in den Familien zu erbringen sei. Damit hat der Senat einmal mehr auf die unterschiedliche Bedeutung der einzelnen Abgrenzungsmerkmale hingewiesen, die im Rahmen der abschließenden Gesamtwürdigung zu berücksichtigen ist.

Mit seiner Entscheidung hat der Beitragsrat des BSG darüber hinaus eine weitere Konkretisierung seiner Rechtsprechung zur Statusbestimmung vorgenommen, indem er mit der Höhe des vereinbarten Entgelts ein weiteres Abgrenzungskriterium zwischen Beschäftigung und Selbstständigkeit herangezogen hat. Er setzt damit eine über mehrere Jahre andauernde Entwicklung fort, bei der Bestimmung des Status vorrangig auf die Grundlage der Vertragsvereinbarung abzustellen und sich von der Bedeutung faktischer, nicht rechtlich gebundener Umstände als Abgrenzungskriterien zu trennen. Hier fand insbesondere die Rechtsprechung zur „Schönwetter-Selbstständigkeit“² besondere Beachtung, mit der der Senat für die Abgrenzung betont auf die rechtlich mögliche Einflussnahme auf das Unternehmen abstellte. Besondere Umstände, insbesonde-

2 BSG, Urt. v. 29.08.2012 - B 12 R 14/10 R.

re im Verhältnis der Personen in dem Unternehmen untereinander wie familiäre Bindung oder besondere Kenntnisse hätten demgegenüber als Abgrenzungskriterium zurückzutreten. Diese Rechtsprechung setzte der Senat in der Aufgabe der „Kopf und Seele“-Rechtsprechung³ fort. Danach sollte für einen Fremdgeschäftsführer einer Familiengesellschaft und ausnahmsweise auch für einen Angestellten unterhalb der Geschäftsführerebene, der mit den Gesellschaftern familiär verbunden war, eine Ausnahme von der Beschäftigtenstellung in Betracht kommen, wenn er faktisch wie ein Alleininhaber die Geschäfte der Gesellschaft nach eigenem Gutdünken führen konnte und geführt hatte, ohne dass ihn der oder die Gesellschafter daran hinderten.⁴ Mit der Aufgabe dieser Rechtsprechung „löste“ sich der Beitragssenat zunächst vorsichtig,⁵ dann aber deutlich⁶ von der Rechtsprechung der Leistungssenate des BSG zum Arbeitslosen- und Unfallversicherungsrecht. Als Begründung führte er an, eine solche Abhängigkeit der Statuszuordnung vom rein faktischen, nicht rechtlich gebundenen und daher jederzeit änderbaren Verhalten der Beteiligten sei mit dem Erfordernis der Vorhersehbarkeit sozialversicherungs- und beitragsrechtlicher Tatbestände nicht in Einklang zu bringen. Eine Selbstständigkeit, die sich ausschließlich daraus ableite, dass dem Betroffenen in harmonischen Zeiten freie Hand gelassen werde, während im Fall eines Zerwürfnisses dessen rechtliche Weisungsunterworfenheit zum Tragen käme, sei nicht anzuerkennen. Zugleich verringere das Anknüpfen an die den Beteiligten von Gesetzes oder Vertrags wegen zukommende Rechtsmacht Manipulationsmöglichkeiten bezüglich der Generierung oder Negierung von Sozialversicherungspflicht. Andernfalls stünde es nämlich gerade bei kleinen (Familien-) Unternehmen im freien Belieben der Beteiligten, durch zweckgerichtete Angaben zur tatsächlichen Stellung des Betroffenen im Unternehmen Sozialversicherungspflicht zu begründen oder auszuschließen.

Mit der Höhe des Honorars hat der Senat nun ein weiteres objektives Abgrenzungsmerkmal zur Bestimmung des Status von Personen, die für andere tätig werden, aufgenommen. Liegt, so der Senat bereits im Leitsatz der Entscheidung, das vereinbarte Honorar deutlich über dem Arbeitsentgelt eines vergleichbar eingesetzten sozialversicherungspflichtigen Beschäftigten und lässt es dadurch Eigenvorsorge zu, ist dies ein gewichtiges Indiz für eine selbstständige Tätigkeit. Im zu entscheidenden Fall ist der Senat bei einem Honorar von 40 € und 41,50 € je vereinbarter und geleisteter Betreuungsstunde von einem deutlich über dem Arbeitsentgelt eines vergleichbar eingesetzten sozialversicherten Beschäftigten ausgegangen und hat es damit als gewichtiges Indiz für eine selbstständige Tätigkeit angesehen. Einschränkend ist in der Entscheidung aber auch darauf hingewiesen worden,

dass es sich auch hierbei nur um eines von unter Umständen vielen in der Gesamtwürdigung zu berücksichtigen Indizien handele.

D. Auswirkungen für die Praxis

Entscheidungen darüber, ob Tätigkeiten in einer sozialversicherungs- und damit regelmäßig beitragspflichtigen Beschäftigung ausgeführt werden, sind von großer Bedeutung sowohl für die tätige Person (soziale Absicherung und Beitragspflicht) aber auch für ihren Auftraggeber (Beitragspflicht). Häufig sind diese Entscheidungen nicht leicht zu treffen, wenn sich Elemente der Selbstständigkeit und der Beschäftigung in der Tätigkeit finden. Nicht selten stehen Renten- und Krankenversicherungsträger sowie die Gerichte vor dem Problem, dass die Beteiligten bei der Ermittlung des Sachverhalts nur ungenügend mitarbeiten oder diesen sogar zu verschleiern versuchen, um so der Beitragspflicht zu entgehen bzw. eine Beitragserstattung zu erhalten. Die Aufnahme eines weiteren Indizes in den Katalog der Abgrenzungskriterien von selbstständiger Tätigkeit zur Beschäftigung führt zu einer Erleichterung dieser Abgrenzung und zuverlässigeren und damit rechtssicheren Ergebnissen. Dabei wird davon auszugehen sein, dass nicht nur ein hohes Entgelt für eine selbstständige Tätigkeit spricht, sondern umgekehrt ein Entgelt, das dem eines vergleichbar eingesetzten sozialversicherungspflichtigen Beschäftigten entspricht und damit Eigenvorsorge nicht zulässt, Indiz für Letzteres ist.

Reaktionen auf dieses Urteil gab es bereits, in der Literatur in diversen Anmerkungen, aber auch in der sozialrechtlichen Rechtsprechung. So hat das LSG Schleswig in drei Entscheidungen vom 11.05.2017 den Status von Altenpflegern in der gleichen Einrichtung u.a. auch anhand der jeweils gezahlten, in der Höhe sehr unterschiedlichen Stundenlöhne entschieden und kam dabei zu unterschiedlichen Ergebnissen. So wurde die Tätigkeit eines Altenpflegers mit der höchsten Vergütung als selbstständige bewertet⁷, die einer weiteren Altenpflegerin mit niedriger Entlohnung als Beschäftigung⁸ und die der dritten sowohl als Beschäftigung als auch selbstständige Tätigkeit⁹. Hintergrund der letzteren Entscheidung war u.a. die deutliche Verringerung der Vergütung.

3 BSG, Urt. v. 29.07.2015 - B 12 KR 23/13 R.

4 Nachweise in BSG, Urt. v. 29.08.2012 - B 12 KR 25/10 R.

5 Siehe BSG, Urt. v. 29.08.2012 - B 12 R 14/10 R.

6 Siehe BSG, Urt. v. 29.07.2015 - B 12 KR 23/13 R.

7 LSG Schleswig, Urt. v. 11.05.2017 - L 5 KR 90/15.

8 LSG Schleswig, Urt. v. 11.05.2017 - L 5 KR 74/15.

9 LSG Schleswig, Urt. v. 11.05.2017 - L 5 KR 73/15.

Mit seiner aktuellen Entscheidung zu der „Kopf und Seele“-Rechtsprechung¹⁰ hat sich der 12. Senat von der bisherigen Rechtsprechung insbesondere der Leistungssenate des BSG gelöst. Ob diese ihm folgen werden, werden zukünftige Entscheidungen zeigen. Gleiches gilt zum neuen Abgrenzungsmerkmal der Entgelthöhe. In diesem Zusammenhang ist allerdings für das Recht der Arbeitslosenversicherung § 336 SGB III mit seiner leistungsrechtlichen Bindung an Entscheidungen nach § 7a Abs. 1 SGB IV zu beachten.

E. Bewertung

Die Abgrenzung von selbstständiger Tätigkeit zur Beschäftigung hat in der Sozialversicherung wegen seiner Auswir-

kungen auf Beitragspflicht und Leistungsansprüche eine hohe, ja für die Betroffenen weichenstellende Bedeutung. Die Höhe des gezahlten Honorars als objektiver Bestandteil des Vertragsverhältnisses und seine Aufnahme in den Abgrenzungskatalog zur Feststellung des Status ist in der Lage, die hierüber zu treffende Entscheidung zu erleichtern, vorhersehbarer zu machen und damit die Rechtssicherheit zu erhöhen. Diese Rechtsprechung ist zu begrüßen. Allerdings handelt es sich auch bei diesem Merkmal nicht um ein allein entscheidendes. Vielmehr kommt ihm, ebenso wie den anderen, lediglich indizielle Bedeutung zu. Eine endgültige Bewertung hat daher wie bisher in einer Gesamtwürdigung aller Abgrenzungsmerkmale zu erfolgen.

¹⁰ BSG, Urt. v. 29.07.2015 - B 12 KR 23/13 R.

Verwaltungsrecht

Soft Law vor Gericht

Prof. Dr. Matthias Knauff, LL.M. Eur.

A. Einführung

Leitlinien, Bekanntmachungen, Mitteilungen und ähnliche informale Regelungsinstrumente entfalten heute in weiten Bereichen des öffentlichen Wirtschafts- aber auch des sonstigen Verwaltungsrechts eine prägende Wirkung. Teils erscheint bereits eine „Rechtsberatung ... nicht mehr ohne ihre Einbeziehung möglich“.¹ Derartiges Soft Law, verstanden als verhaltensbezogene Regelungen, die durch Hoheitsträger bzw. mit der Ausübung von Hoheitsgewalt befassten Stellen geschaffen werden, die über keine oder nur eine auf die Innensphäre des Regelungsgebers bezogene Rechtsverbindlichkeit verfügen und die ihre Steuerungswirkungen auf außerrechtlichem Wege erzielen,² zielt darauf ab, das Verhalten von Akteuren durch generelle Vorgaben zu steuern.³ Der Verzicht auf die Rechtsverbindlichkeit kann dabei politische Entscheidung sein; häufig ist er jedoch Ausdruck fehlender Rechtsetzungskompetenzen der regel formulierenden Exekutivorgane.⁴ Unterscheidungen lassen sich nach seiner Entstehungsweise (vereinbartes und gesetztes Soft Law), nach seiner Funktionalität in Bezug auf Recht (rechtsvorbereitendes, rechtsbegleitendes und recht ersetzendes Soft Law)⁵ oder nach seinem Gegenstand (rechtsprechungsbezogenes, interpretatives und rechtskonkretisierendes Soft Law)⁶ vornehmen.

Trotz seiner immensen praktischen Bedeutung ist Soft Law bislang nur unzureichend juristisch erfasst und eingehgt.⁷

Einige in neuerer Zeit ergangene gerichtliche Entscheidungen verdeutlichen jedoch die Bedeutung des Themas wie auch die Unsicherheit des Umgangs damit (B.). Sie geben zugleich Anlass, die überkommenen Herangehensweisen zu hinterfragen (C.).

- 1 Trips, Das Verfahren der exekutiven Rechtsetzung – Möglichkeiten und Erfordernisse der Aufnahme eines allgemeinen Verfahrens für Verordnungen, Satzungen und Verwaltungsvorschriften in das Verwaltungsverfahrensgesetz, 2006, S. 84, bezogen auf Verwaltungsvorschriften.
- 2 Knauff, Der Regelungsverbund – Recht und Soft Law im Mehrebenensystem, 2010, S. 228.
- 3 Vgl. Eekhoff, Die Verbundaufsicht – Gemeinschaftsrechtliche Aufsichtsverfahren und -mechanismen außerhalb des Vertragsverletzungsverfahrens, 2006, S. 171; Schweda, WuW 2004, 1133, 1139.
- 4 Gleichwohl positiv zur Herausbildung eines informalen Verwaltungsverbundes auf der Grundlage von Soft Law in der EU und ihren Mitgliedstaaten Mögele, EuR 2016, 490, 500 f.
- 5 Knauff, Der Regelungsverbund – Recht und Soft Law im Mehrebenensystem, 2010, S. 372 ff.
- 6 Senden, Soft Law in European Community Law, 2004, S. 118 f.; Peters in: Festschrift für Bieber, 2007, S. 405, 420.
- 7 Aus der neueren Literatur siehe aber die ausführlichen Auseinandersetzungen bei Braun Binder, Rechtsangleichung in der EU im Bereich der direkten Steuern – Analyse der Handlungsformen unter besonderer Berücksichtigung des Soft Law, 2017, insbesondere S. 114 ff.; Goldmann, Internationale öffentliche Gewalt – Handlungsformen internationaler Institutionen im Zeitalter der Globalisierung, 2015, insbesondere S. 19 ff.; Schramm, Einseitiges informelles Verwaltungshandeln im Regulierungsrecht, 2016.

B. Überblick über aktuelle Rechtsprechung

Soft Law ist in der Rechtsprechung deutscher und europäischer Gerichte regelmäßig präsent. Es kann sowohl unmittelbar Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen sein als auch sich die Frage nach seiner Relevanz als Bestandteil des Prüfungsmaßstabs stellen kann. Nimmt man exemplarisch einige neuere Entscheidungen in den Blick, erweist sich, dass eine divergente Entwicklung eingesetzt hat.

I. Deutsche Gerichte

Ebenso wie die deutsche Rechtswissenschaft⁸ sind deutsche Gerichte im Allgemeinen⁹ sehr zurückhaltend hinsichtlich der Anerkennung von Soft Law als legitimem Regelungsinstrument.¹⁰ Exemplarisch hierfür steht eine im Januar 2017 ergangene, in ihrer Deutlichkeit¹¹ jedoch ungewöhnliche Entscheidung des OLG Düsseldorf, die sich auf eine Entscheidung der Bundesnetzagentur in Bezug auf energiewirtschaftsrechtlich vorgesehene Netzentgelte bezieht. Das Gericht führt aus:

„Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur folgt die Rechtmäßigkeit der Berechnung nicht schon daraus, dass die Beteiligte ihre Berechnung unstreitig an den Vorgaben des Leitfadens 2009 orientiert hat. Die Rechtmäßigkeit der von der Bundesnetzagentur bestätigten Ablehnung eines Angebots über ein individuelles Netzentgelt hängt nicht davon ab, ob die Vorgaben des Leitfadens zutreffend umgesetzt und rechnerisch wie inhaltlich richtig angewandt wurden. Maßgeblich ist vielmehr, wie die Anspruchsvoraussetzungen des § 19 Abs. 2 StromNEV auf der Basis der geltenden Rechtslage zu verstehen sind und ob die Berechnung der Beteiligten den verordnungsrechtlichen Vorgaben entspricht.

Die Rechtslage wird durch die Leitfäden der Bundesnetzagentur zur Bildung individueller Netzentgelte weder determiniert noch konkretisiert. Leitfäden unterscheiden sich in ihrer Bindungswirkung und Funktion maßgeblich von Festlegungen im Sinne des § 29 Abs. 1 EnWG. Während mit der Ermächtigung nach § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 30 Abs. 2 Nr. 7 StromNEV ein Gestaltungsauftrag im Hinblick auf die Konkretisierung und Ausfüllung der gesetzlichen Vorgaben zur Ermittlung sachgerechter individueller Netzentgelte verbunden ist, ... kommt den Äußerungen der Regulierungsbehörde in Leitfäden eine rechtlich verbindliche Konkretisierungswirkung nicht zu. [...]

Bei den Leitfäden 2009 und 2010 handelt es sich um eine schriftlich geäußerte Rechtsansicht der Behörde, welche Berechnungsmethode der verordnungsrechtlichen Anforderung, wonach das Netzentgelt den Entlastungsbeitrag widerzuspiegeln habe, gerecht wird. [...] Der Leitfaden stellt somit zum einen eine Auslegungshilfe dar, zum anderen dient er als Bearbeitungshilfe, anhand derer die Beteiligten

erkennen sollen, welche Angaben und Unterlagen die Bundesnetzagentur konkret benötigt, um eine entsprechende Prüfung der nach § 19 Abs. 2 StromNEV gestellten Anträge vornehmen zu können.

Im Rahmen des Missbrauchsverfahrens durfte die Bundesnetzagentur sich nicht darauf beschränken, die Berechnung der Beteiligten daraufhin zu überprüfen, ob die Vorgaben des Leitfadens 2009 korrekt umgesetzt worden sind, sondern sie hätte überprüfen müssen, ob auf der Basis des geltenden Rechts, d.h. bei materiell rechtsfehlerfreiem Verständnis der verordnungsrechtlichen Vorgaben ein individuelles Netzentgelt tatsächlich höher ausgefallen wäre als das reguläre. Die Annahme der Bundesnetzagentur, daran sei sie angesichts der Bindungswirkung des Leitfadens gehindert gewesen, denn sie sei den Vorgaben des Leitfadens nach den Grundsätzen der Selbstbindung der Verwaltung unterworfen, geht fehl.“¹²

Im Ergebnis weist das OLG Düsseldorf damit jede juristische Bedeutung von Soft Law zurück (und bleibt damit sogar noch hinter der Anerkennung der Bindungswirkung von normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit¹³ zurück, die allerdings ihrerseits weniger dogmatisch begründet¹⁴ als letztlich Ausdruck juristischer Ratlosigkeit ist). Ebenso wie dies mit der überkommenen deutschen Rechtsdogmatik in Übereinstimmung steht (und insoweit juristisch „richtig“ ist), missachtet es jedoch gänzlich die praktische Funktion von Soft Law in der Rechtsanwendung durch die Verwaltung. Kann diese – auch im Interesse eines rechtsstaatlichen und gleichheitskonformen Verwaltungsvollzugs – kaum auf die Verwendung derartiger rechtlich unverbindlicher Instrumente verzichten, ist ihr zugleich nicht gestattet, diese formal als Handlungsmaßstab zu verwenden. Infolgedessen ist sie auf eine deutlich weniger

8 Vgl. exemplarisch Weiß, EWS 2010, 257 ff.

9 Siehe aber die unkritische, jedoch letztlich auf den EuGH verweisende Heranziehung in zollrechtlichen Fragen durch die Finanzgerichtsbarkeit, vgl. BFH, Urt. v. 30.07.2003 - VII R 40/01 Rn. 12; darauf Bezug nehmend zuletzt FG Hamburg, Urt. v. 28.11.2016 - 4 K 31/15 Rn. 20.

10 Nach BVerfG, Urt. v. 31.05.2006 - 2 BvR 1673, 2402/04 Rn. 42, liegt es in Bezug auf Verwaltungsvorschriften „in der Rechtsnatur dieser Bestimmungen, dass sie dem für Grundrechtseingriffe geltenden Vorbehalt des Gesetzes nicht genügen“.

11 Vgl. die positiveren Formulierungen in BGH, Beschl. v. 12.11.2002 - KVR 5/02 Rn. 31.

12 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.01.2017 - VI-3 Kart 148/15 (V) Rn. 67 ff.

13 Siehe nur BVerwG, Urt. v. 19.12.1985 - 7 C 65.82 Rn. 38; BVerwG, Urt. v. 29.08.2007 - 4 C 2.07 Rn. 12.

14 Im Übrigen bezeichnet das BVerwG Verwaltungsvorschriften explizit als „keine Rechtsnormen“, vgl. BVerwG, Beschl. v. 04.08.2006 - 2 B 12/06 Rn. 12; speziell zu Subventionsrichtlinien BVerwG, Urt. v. 23.04.2003 - 3 C 25/02 Rn. 14.

transparente mittelbare und „berechenbare“ Heranziehung verwiesen. Auf den Rechtsschutz wirkt sich dies tendenziell negativ aus. Obwohl das BVerfG in Bezug auf Verwaltungsvorschriften mit materiell-rechtlichem Inhalt ausgeführt hat, dass diese „grundsätzlich Gegenstand, nicht jedoch Maßstab richterlicher Kontrolle“¹⁵ seien, handelt es sich dabei insbesondere grds. nicht um eine „Rechtsvorschrift“ i.S.v. § 47 VwGO¹⁶ oder ein sonst isoliert angreifbares Instrument des Verwaltungshandelns.

II. EU-Gerichtsbarkeit

Die Rechtsprechung der EU-Gerichtsbarkeit ist Soft Law gegenüber deutlich aufgeschlossener. So wurde Soft Law nicht nur als zulässiger Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens¹⁷ sowie (grds.) der Nichtigkeitsklage¹⁸ qualifiziert, sondern diente zugleich vielfach als Prüfungsmaßstab. So hatte der EuGH in seiner Rechtsprechung zu Empfehlungen i.S.v. Art. 288 Abs. 5 AEUV zwar deren rechtliche Unverbindlichkeit bestätigt, ihnen jedoch explizit eine rechtliche Relevanz zugesprochen:

„Die innerstaatlichen Gerichte sind [...] verpflichtet, diese Empfehlungen bei der Entscheidung der bei ihnen anhängigen Rechtsstreitigkeiten zu berücksichtigen, insbesondere dann, wenn die Empfehlungen geeignet sind, Aufschluß über die Auslegung anderer innerstaatlicher oder gemeinschaftlicher Bestimmungen zu geben.“¹⁹

Damit korrespondiert eine nicht seltene (ergänzende) Heranziehung nicht rechtsverbindlicher Regelungsformen wie Kommissionsleitlinien u.a. in der beihilferechtsbezogenen Rechtsprechung der EU-Gerichtsbarkeit.²⁰ Dies gilt auch für die im Juli 2016 ergangene „Kotnik“-Entscheidung des EuGH,²¹ deren Gegenstand die Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften für staatliche Beihilfen ab dem 01.08.2013 auf Maßnahmen zur Stützung von Banken im Kontext der Finanzkrise (Bankenmitteilung)²² bildete. Darin stellte der EuGH zudem sein Verständnis der Wirkungen von Soft Law der Kommission klar:²³

„Bei der Ausübung dieses Ermessens [hinsichtlich der Beurteilung der Vereinbarkeit von Beihilfemaßnahmen mit dem Binnenmarkt gemäß Art. 107 Abs. 3 AEUV] kann die Kommission Leitlinien erlassen, um die Kriterien festzulegen, auf deren Grundlage sie die Vereinbarkeit der von den Mitgliedstaaten geplanten Beihilfemaßnahmen mit dem Binnenmarkt zu beurteilen beabsichtigt. Nach ständiger Rechtsprechung beschränkt die Kommission dadurch, dass sie Verhaltensnormen erlässt und durch ihre Veröffentlichung ankündigt, dass sie diese von nun an auf die von ihnen erfassten Fälle anwenden werde, selbst die Ausübung ihres Ermessens und kann grundsätzlich nicht von diesen Normen abweichen, ohne dass dies gegebenenfalls wegen

eines Verstoßes gegen allgemeine Rechtsgrundsätze wie die der Gleichbehandlung oder des Vertrauensschutzes gehandelt würde [...] Der Erlass einer Mitteilung wie der Bankenmitteilung entbindet die Kommission also nicht von ihrer Pflicht, die spezifischen außergewöhnlichen Umstände zu prüfen, auf die sich ein Mitgliedstaat in einem bestimmten Fall bei dem Ersuchen um unmittelbare Anwendung von Art. 107 Abs. 3 Buchst. b AEUV beruft, und ihre Ablehnung eines solchen Antrags zu begründen [...] Aus dem Vorstehenden ergibt sich zum einen, dass die Wirkung des Erlasses der in dieser Mitteilung enthaltenen Verhaltensnormen nur in einer Selbstbeschränkung der Kommission bei der Ausübung ihres Ermessens in dem Sinne besteht, dass die Kommission, wenn ein Mitgliedstaat bei ihr eine geplante staatliche Beihilfe anmeldet, die diesen Normen entspricht, dieses Vorhaben grundsätzlich genehmigen muss. Zum anderen behalten die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, bei der Kommission geplante staatliche Beihilfen anzumelden, die nicht den in dieser Mitteilung vorgesehenen Kriterien entsprechen, und kann die Kommission solche Vorhaben in Ausnahmefällen genehmigen. Hieraus folgt, dass die Bankenmitteilung keine selbständigen Verpflichtungen zulasten der Mitgliedstaaten begründen kann, sondern sich darauf beschränkt, Voraussetzungen aufzustellen, die gewährleisten sollen, dass staatliche Beihilfen, die Banken im Zusammenhang mit der Finanzkrise gewährt

15 BVerfG, Beschl. v. 31.05.1988 - 1 BvR 520/83 Rn. 37.

16 Siehe nur Giesberts in: Posser/Wolff, BeckOK, VwGO, § 47 Rn. 26 f., 29, Stand 10/2017.

17 EuGH, Urt. v. 13.12.1989 - C-322/88 Rn. 8 - „Grimaldi“; EuGH, Urt. v. 21.01.1993 - C-188/91 Rn. 18 - „Deutsche Shell“.

18 EuGH, Urt. v. 31.03.1971 - 22/70 Rn. 34 ff. - „AETR“; EuG, Urt. v. 20.05.2010 - T-258/06 Rn. 24 ff. - „Deutschland/Kommission“; zu den Grenzen siehe EuG, Urt. v. 23.11.2015 - T-670/14 Rn. 14 ff. - „Milchindustrie-Verband und Deutscher Raiffeisenverband/Kommission“; zur Einordnung Gundel, EuZW 2016, 606, 607 ff.

19 EuGH, Urt. v. 13.12.1989 - C-322/88 Rn. 19 - „Grimaldi“; ähnlich u.a. EuGH, Urt. v. 24.04.2008 - C-55/06 Rn. 94 - „Arcor“. Ausführlich zum EU-Soft Law in der EuGH-Rechtsprechung Ştefan, European Law Journal 14 (2008), 753, 758 ff.

20 Siehe etwa EuGH, Urt. v. 06.09.2006 - C-88/03 Rn. 100 ff. - „Portugal/Kommission“; EuG, Urt. v. 06.04.2006 - T-17/03 Rn. 42 ff. - „Schmitz-Gotha Fahrzeugwerke“; EuG, Urt. v. 12.09.2007 - T-239/04 und T-323/04 Rn. 99 ff. - „Italien/Kommission“; EuG, Urt. v. 10.07.2012 - T-304/08 Rn. 84 ff. - „Smurfit“; EuG, Urt. v. 16.09.2013 - T-380/10 Rn. 186 - „Wabco“. Von einem „Rechtmäßigkeitsmaßstab“ spricht Frenz, Handbuch Europarecht III: Beihilfe- und Vergaberecht, 2007, Rn. 751; siehe auch v. Graevenitz, EuZW 2013, 169 ff.; zur Kontrollpraxis in Bezug auf kartellrechtliche Bußgeldfestsetzungen der Kommission auf Grundlage ihrer Bußgeldleitlinien siehe de Bronett, EWS 2017, 181, 184 ff.

21 EuGH, Urt. v. 19.07.2016 - C-526/14.

22 ABl. 2013 C 216/1.

23 Als „[w]enig überraschend“ bezeichnet die Entscheidung insoweit Binder, WuB 2016, 721.

werden, mit dem Binnenmarkt vereinbar sind, und die von der Kommission bei der Ausübung des weiten Ermessens, über das sie nach Art. 107 Abs. 3 Buchst. b AEUV verfügt, zu berücksichtigen sind. Nach alledem ist auf die erste Frage zu antworten, dass die Bankenmitteilung dahin auszulegen ist, dass sie keine Bindungswirkung gegenüber den Mitgliedstaaten hat.“²⁴

Der EuGH weist Leitlinien (und mittelbar vergleichbaren Soft Law-Akten wie Mitteilungen) also in Übereinstimmung mit der vorherigen Rechtsprechung eine positive Wirkung im Hinblick auf eine (als legitim angesehene) Selbstbindung der Kommission²⁵ in Bezug auf die Beurteilung der europarechtlichen Zulässigkeit einer in derartigen Texten als rechtmäßig qualifizierten Handlung zu. Zugleich lehnt er aber eine Wirkung zulasten von Dritten und damit eine Sperrwirkung ab.²⁶ Insoweit unterscheidet sich die Entscheidung von der vorherigen Rechtsprechung insbesondere des EuG, die sich teils durch eine sehr schematische Heranziehung von Soft Law der Kommission auszeichnete²⁷ und welche der Kommission letztlich eine erhebliche Gestaltungsmacht zuwies.²⁸

Überdies ist der Rechtsprechung des EuG zu entnehmen, dass Soft Law der Kommission „nicht von Normen des Vertrages abweichen“ darf.²⁹ Mithin zieht die EU-Gerichtbarkeit das Europarecht explizit als Kontrollmaßstab für Soft Law heran. Dies hat im Kollisionsfall zwingend die Unerheblichkeit von rechtswidrigem Soft Law zur Folge.

III. Conseil d'État

Einen gerade im Vergleich zum Umgang mit Soft Law durch die deutschen Gerichte revolutionären Ansatz verfolgt die neuere französische Rechtsprechung. In zwei Entscheidungen vom März 2016 hat der Conseil d'État in ausdrücklicher Abkehr von seiner früheren Entscheidungspraxis Anfechtungsklagen (recours en annulation) gegen zwei rechtlich unverbindliche Texte zur Entscheidung angenommen und einer Rechtmäßigkeitsprüfung unterzogen.³⁰ Die Verfahren bezogen sich auf eine Pressemitteilung der Finanzmarktaufsichtsbehörde (Autorité des marchés financiers), die Investoren zu Wachsamkeit aufrief, und eine Stellungnahme der Kartellbehörde (Autorité de la Concurrence), in der die Irrelevanz einer von ihr aufgestellten Bedingung von 2012 erklärt wurde.

In den Entscheidungen qualifizierte der Conseil d'État zunächst die beiden Akte als Soft Law (droit souple): Weder die Pressemitteilung der Finanzmarktaufsichtsbehörde noch die Stellungnahme der Kartellbehörde erzeugten unmittelbare Rechtswirkungen. Es handelte sich um kommunikative Akte und Stellungnahmen, die durch ihre Publizität und die Eigenschaft der Urheber starken Einfluss tatsächli-

cher Art auf die Marktakteure hätten, ohne dass sie eine rechtliche Verbindlichkeit in dem Sinne entfalteteten, dass der Position dieser Behörden Folge zu leisten wäre. Der Conseil d'État urteilte, dass solche Akte in zwei Situationen anfechtbar seien:

„Ansichten, Empfehlungen, Warnungen und Stellungnahmen, die durch die Behörden bei Ausübung der ihnen übertragenen Befugnisse ausgegeben werden, können hinsichtlich Kompetenzüberschreitungen den Gerichten vorgelegt werden, sofern sie den Charakter von allgemeinen und imperativen Verfügungen annehmen oder wenn sie sich als Einzelverfügungen darstellen, derer Missachtung diese Behörden im Nachhinein sanktionieren können. Diese Akte können ebenso Gegenstand eines solchen Verfahrens sein, das durch einen Antragsteller mit unmittelbarem und direktem Interesse an ihrer Aufhebung eingeleitet wird, wenn die Akte ihrer Natur nach beachtliche (notable) Auswirkungen erzeugen können, insbesondere wirtschaftlicher Natur, oder wenn die Akte zum Ziel haben, das Verhalten der Personen maßgeblich (significatif) zu beeinflussen, an die sie gerichtet sind. Im letzten Fall obliegt es dem Richter, die entsprechenden Mittel zu er-

24 EuGH, Urt. v. 19.07.2016 - C-526/14 Rn. 39 ff. - „Kotnik“.

25 Siehe dazu auch Thomas, EuR 2009, 423 ff.

26 Zu den Grenzen der Bindungswirkung siehe bereits bezogen auf die kartellrechtsbezogene De-minimis-Bekanntmachung EuGH, Urt. v. 13.12.2012 - C-226/11 Rn. 23 ff. - „Expedia“.

27 Vgl. exemplarisch EuG, Urt. v. 16.09.2013 - T-380/10 Rn. 186 - „Wabco“: „Das Gericht hält es, obwohl die Leitlinien der Beurteilung der Geldbuße durch den Unionsrichter nicht vorgreifen, wenn er kraft seiner Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung entscheidet ..., im vorliegenden Fall für angebracht, bei der Neuberechnung der Geldbuße von diesen Leitlinien auszugehen, und zwar insbesondere, weil sie es ermöglichen, alle maßgeblichen Gesichtspunkte des Falles zu berücksichtigen und verhältnismäßige Geldbußen gegen alle an der festgestellten Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmen zu verhängen.“ Siehe aber andererseits die Ablehnung einer strikten Bindung durch EuG, Urt. v. 10.07.2012 - T-304/08 Rn. 91 ff. - „Smurfit“; kritisch dazu Soltész, EuZW 2012, 671, 672.

28 Vgl. mit Bezug zum Energierecht Knauff in: Gundel/Lange, Energieversorgung zwischen Energiewende und Energieunion – Neue Impulse, neue Konflikte?, 2016, S. 55, 65, 70 ff.

29 EuG, Urt. v. 30.04.1998 - T-214/95 Rn. 79 - „Vlaamse Gewest/Kommission“; EuG, Urt. v. 06.04.2006 - T-17/03 Rn. 42 - „Schmitz-Gotha Fahrzeugwerke“.

30 Conseil d'État, Décision N° 390023 v. 21.03.2016 – Société NC Numericable (www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/CE-21-mars-2016-Societe-NC-Numericable); Conseil d'État, Décision N° 368082 v. 21.03.2016 – Société Fairvesta International GmbH et autres (www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/CE-21-mars-2016-Societe-Fairvesta-International-GMBH-et-autres).

greifen, um die Mängel zu untersuchen, die geeignet sind, die Rechtmäßigkeit solcher Akte zu beeinträchtigen unter Berücksichtigung ihrer Natur und ihrer Charakteristiken, nebst dem Einschätzungsspielraum, über den die Kartellbehörde verfügt.“³¹

Zwar blieben beide Anfechtungen letztlich erfolglos, da der Conseil d'État sowohl die Pressemitteilung als auch die Stellungnahme für rechtmäßig erachtete. Mit seinen Entscheidungen anerkennt er jedoch sowohl die tatsächliche Funktion von Soft Law als auch seine rechtliche Relevanz. Die daran anknüpfende Kontrolle seiner Rechtmäßigkeit ist damit rechtsstaatlich notwendig verbunden.

C. Folgerungen

Anders als die deutsche Rechtsprechung legt diejenige der EU-Gerichtbarkeit und neuerdings auch die französische eine grundlegende Aufgeschlossenheit für Soft Law an den Tag, ohne dessen Besonderheiten sowie den Vorrang des Rechts infrage zu stellen. In Anbetracht der zunehmenden praktischen Bedeutung von Soft Law auch in Deutschland erscheint eine fortgesetzte Ignoranz des Phänomens durch die Rechtsdogmatik und damit die Rechtsprechung jedoch kaum zielführend. Dies gilt umso mehr, als auch die deutsche Rechtsordnung Anknüpfungspunkte für eine Anbindung von Soft Law als auch geeignete Maßstäbe zur Bestimmung seiner Relevanz im Einzelfall bereitstellt³² und der Gesetzgeber sogar einzelne Erscheinungsformen von Soft Law als Regelungsinstrument anerkannt sowie punktuell ausgestaltet und damit seine Legitimität grds. anerkannt hat.³³ Im Hinblick darauf sowie auf die Entwicklungen außerhalb des Geltungsbereichs der deutschen Rechtsordnung sollte die deutsche Rechtsprechung auch unter Nutzung der Rechtsvergleichung als Auslegungsmethode³⁴ an die Entwicklungen auf europäischer Ebene sowie in Frankreich anknüpfen und auf Grundlage der deutschen Rechtsdogmatik einen eigenen Ansatz zum Umgang mit Soft Law entwickeln. Dies erscheint nicht nur insoweit wünschenswert, als sich die deutsche Rechtsordnung anderenfalls von einer bedeutsamen Rechtsentwicklung abzukoppeln droht. Vielmehr wäre ein bewusster und positiver Umgang von Gerichten mit Soft Law sowohl der Rechtssicherheit dienlich³⁵ als auch geeignet, zu einer besseren Realisierung des verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgebots beizutragen. Wie die Entscheidungen sowohl der EU-Gerichte³⁶ als auch des Conseil d'État verdeutlichen, macht die Anerkennung rechtlich relevanter Wirkungen von Soft Law dieses zugleich notwendig einer gerichtlichen Kontrolle zugänglich. Dem im Hinblick auf die Verwendung von Soft Law in der Praxis festzustellenden

Wildwuchs kann auf diesem Wege weitaus wirkungsvoller als durch seine juristische Missachtung begegnet werden.

- 31 Im Original (im Urteil Société NC Numericable unter 5.; im Urteil Société Fairvesta International GMBH et autres unter 4.): „Considérant que les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance; que ces actes peuvent également faire l'objet d'un tel recours, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent; que, dans ce dernier cas, il appartient au juge, saisi de moyens en ce sens, d'examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité de ces actes en tenant compte de leur nature et de leurs caractéristiques, ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation“.
- 32 Näher Knauff (Fn. 2), S. 388 ff.; siehe auch Schmidt-Abmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik. Eine Zwischenbilanz zu Entwicklung, Reform und künftigen Aufgaben, 2013, S. 54 ff.; für die internationale Ebene (unter Annahme eines Rechtscharakters) Goldmann (Fn. 7), S. 399 ff.
- 33 Knauff, Der Regelungsverband – Recht und Soft Law im Mehrebenen-system, 2010, S. 348 ff.
- 34 Grundlegend Häberle, JZ 1989, 913 ff.
- 35 Parallel bezogen auf die Verwaltungspraxis Birnstiel/Eckel, WRP 2016, 1189, 1195; v. Bonin/Olthoff, EuZW 2016, 778, 781.
- 36 Vgl. kürzlich zur Kronzeugenmitteilung EuGH, Urt. v. 26.01.2017 - C-619/13 P Rn. 50 ff. - „Mamoli Robinetteria“.

Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde bei unterlassener EuGH-Vorlage

BVerfG, Beschl. v. 19.04.2017 – 1 BvR 1994/13

RiVG Dr. André Niesler

A. Problemstellung

Auf dem Weg zur erfolgreichen Verfassungsbeschwerde liegen viele Stolpersteine. Einen davon hat das BVerfG mit der vorliegenden Entscheidung zum Subsidiaritätsgrundsatz im Fall einer pflichtwidrig unterlassenen Vorlage an den EuGH markiert.

Nach Art. 19 Abs. 3 Buchst. b) EUV i.V.m. Art. 267 Abs. 1 AEUV entscheidet der EuGH im Wege der Vorabentscheidung über die Auslegung der Verträge sowie über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union. Wird eine derartige Frage einem Gericht eines Mitgliedstaats entscheidungserheblich gestellt, ist es nach Art. 267 Abs. 3 AEUV verpflichtet, diese Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen, wenn es letztinstanzlich entscheidet. Die Vorlagepflicht müssen Gerichte nicht nur im eigentlichen Rechtsmittelverfahren beachten.

Auch Entscheidungen über die Zulassung eines Rechtsmittels ergehen letztinstanzlich i.S.d. Art. 267 Abs. 3 AEUV, wenn dieses nicht zugelassen wird.¹

Ein Verstoß gegen die Vorlagepflicht kann als Entziehung des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) mit der Verfassungsbeschwerde zum BVerfG gerügt werden (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG).² Die Zulässigkeit dieser Rüge setzt u.a. voraus, dass der Beschwerdeführer dem Gebot der Rechtswegerschöpfung gem. § 90 Abs. 2 BVerfGG und dem Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde Genüge getan hat. Die sich daraus ergebenden Anforderungen sind für ihn besonders heikel, weil sie sich auf die Art und Weise seiner bisherigen Prozessführung beziehen. Er muss sie regelmäßig schon vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde während des fachgerichtlichen Verfahrens beachtet haben. Die erfolgreiche Prozessführung bis vor das BVerfG setzt deshalb voraus, dass der Beschwerdeführer schon im fachgerichtlichen Verfahren die sich aus dem Rechtswegerschöpfungsgebot und dem Subsidiaritätsgrundsatz ergebenden Anforderungen vorausschauend in den Blick nimmt und sein Prozessverhalten sorgfältig daran ausrichtet.

Was er konkret unternommen haben muss, um im Fall einer pflichtwidrig unterlassenen Vorlage an den EuGH die Verletzung des Prozessgrundrechts aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG rügen zu dürfen, hat das BVerfG mit der vorliegenden Kammerentscheidung präzisiert.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Beschwerdeführerin war Enteignungsbetroffene eines wasserrechtlichen Planfeststellungsbeschlusses, deren Grundstücke für den Bau einer Hochwasserschutzmauer in Anspruch genommen wurden. Eine Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) wurde nach einer negativen Vorprüfung des Einzelfalls gem. § 3c UVPG a.F. nicht durchgeführt. Die von der Beschwerdeführerin gegen diesen Planfeststellungsbeschluss erhobene Klage wies das Verwaltungsgericht u.a. mit der Begründung ab, sie habe im Planfeststellungsverfahren die Rechtswidrigkeit des Unterlassens einer UVP sowie andere Mängel nicht rechtzeitig gerügt und sei deshalb im gerichtlichen Verfahren mit diesem Einwand gem. § 73 Abs. 4 Satz 3 VwVfG materiell präkludiert. Den dagegen eingelegten Antrag auf Zulassung der Berufung lehnte das Oberverwaltungsgericht ab. Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) lägen nicht vor. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin seien die Vorschriften zur Einwendungspräklusion auch mit Blick auf das Urteil des EuGH vom 15.10.2009³ und das nach Ablauf der Begründungsfrist vorgelegte Mahnschreiben der EU-Kommission vom 27.09.2012⁴ mit dem Unionsrecht vereinbar. Eine grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache (§ 124 Abs. 2

Nr. 3 VwGO) habe die Beschwerdeführerin nicht aufgezeigt. Sie habe sich nicht mit der ober- und höchstrichterlichen Rechtsprechung auseinandergesetzt, wonach die Einwendungspräklusion auch in Ansehung des genannten Urteils des EuGH unionsrechtskonform sei.

Mit ihrer dagegen erhobenen Verfassungsbeschwerde rügte die Beschwerdeführerin eine Verletzung ihres grundrechtsgleichen Rechts auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, weil das Oberverwaltungsgericht seine Pflicht zur Einholung einer Vorabentscheidung des EuGH zur Vereinbarkeit der Präklusionsvorschriften mit Unionsrecht verletzt habe. Die Vorlage an den EuGH habe sich ihm aufdrängen müssen. Die 2. Kammer des Ersten Senats nahm die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an, weil sie wegen eines Verstoßes gegen den Subsidiaritätsgrundsatz unzulässig sei.

Nach dem Subsidiaritätsgrundsatz „muss ein Beschwerdeführer über eine nur formelle Erschöpfung des Rechtswegs hinaus vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde grundsätzlich alle nach Lage der Dinge zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten ergreifen, um die geltend gemachte Grundrechtsverletzung in dem unmittelbar mit ihr zusammenhängenden sachnächsten Verfahren zu verhindern oder zu beseitigen“.⁵ U.a. muss er alle nicht offensichtlich aussichtslosen Rechtsbehelfe einlegen⁶ und dafür Sorge tragen, dass diese nicht bereits wegen eines prozessualen Versäumnisses seinerseits erfolglos bleiben.⁷ Rechtsausführungen sind vorbehaltlich anderslautender Regelungen des jeweiligen Prozessrechts grds. nicht erforderlich.⁸ Ist ein Rechtsbehelf zulassungsbedürftig, muss der Beschwerdeführer mit den von der Prozessordnung dafür vorgesehenen Mitteln auf dessen Zulassung hinwirken.⁹ Dabei muss er alle nach Lage der Dinge in Betracht kommenden Zulassungsgründe geltend machen¹⁰ und dies den in der jeweiligen Prozessordnung geregelten Darlegungsanforderungen entsprechend begründen.¹¹ Welche Anforderungen der Beschwerdeführer im Fall einer pflichtwidrigen Nichtvorlage an den EuGH erfüllt haben muss, hängt von der konkreten prozessualen Situation des fachgerichtlichen Verfahrens ab.

1 BVerfG, Beschl. v. 24.10.2011 - 2 BvR 1969/09; BVerwG, Urt. v. 22.10.2009 - 1 C 26/08.

2 BVerfG, Beschl. v. 15.12.2016 - 2 BvR 221/11.

3 EuGH, Urt. v. 15.10.2009 - C-263/08 - „Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsörening“.

4 Vgl. dazu BT-Drs. 17/12304, S. 140.

5 BVerfG, Beschl. v. 29.06.2016 - 1 BvR 1015/15.

6 BVerfG, Beschl. v. 18.02.2010 - 1 BvR 2477/08.

7 BVerfG, Beschl. v. 20.03.2001 - 1 BvR 491/96.

8 BVerfG, Beschl. v. 19.07.2011 - 1 BvR 1916/09.

9 BVerfG, Beschl. v. 08.12.2009 - 2 BvR 758/07.

10 BVerfG, Beschl. v. 27.11.2007 - 1 BvR 2785/07.

11 BVerfG, Beschl. v. 08.12.2009 - 2 BvR 758/07.

Grds. muss er die Vorlage an den EuGH nicht beantragen.¹² Es genügt, mit den Worten des Ersten Senats, „wenn das Vorbringen bei rechtlicher Prüfung durch das Fachgericht eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof als naheliegend erscheinen lässt“.¹³ Die 2. Kammer des Ersten Senats formulierte es zuvor ähnlich und erachtete „eine entsprechende Anregung oder das ausdrückliche Thematisieren der vom Fall aufgeworfenen, bislang ungeklärten unionsrechtlichen Fragen“ als hinreichend.¹⁴

Das BVerfG hat nunmehr betont, dass dies aber nur dann gilt, wenn das Fachgericht von Amts wegen gehalten war, ungeklärte und entscheidungserhebliche Fragen des Unionsrechts dem EuGH vorzulegen. Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren auf Zulassung der Berufung ist dies jedoch gerade nicht der Fall. Dort ist das Oberverwaltungsgericht bzw. der Verwaltungsgerichtshof gem. § 124a Abs. 4 Satz 4 und Abs. 5 Satz 2 VwGO auf die Prüfung beschränkt, ob der Rechtsmittelführer einen der Berufungszulassungsgründe des § 124 Abs. 2 VwGO form- und fristgerecht dargelegt hat und der Zulassungsgrund tatsächlich vorliegt.¹⁵ Deshalb darf der Beschwerdeführer im Berufungszulassungsverfahren nicht den Fehler begangen haben, darauf zu vertrauen, dass eine Vorlage nach seinem Vorbringen naheliegt und das Obergericht schon deshalb die Berufung zulassen und im Berufungsverfahren den EuGH um Vorabentscheidung ersuchen wird. Vielmehr muss er bezogen auf eine Frage des Unionsrechts und die sich daraus seiner Auffassung nach ergebende Pflicht zur Einholung einer Vorabentscheidung das Vorliegen eines Berufungszulassungsgrundes herausarbeiten.

Konkret verweist das BVerfG den Beschwerdeführer auf die ordnungsgemäße Geltendmachung der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache gem. § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO. Dieser Berufungszulassungsgrund liegt vor, wenn eine entscheidungserhebliche und klärungsbedürftige Frage des Unionsrechts in Rede steht „und sich für das letztinstanzliche Gericht deswegen voraussichtlich die Notwendigkeit ergeben würde, eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs einzuholen“.¹⁶ Die sich solchermaßen ergebende grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache muss der Beschwerdeführer geltend machen, den Anforderungen des § 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO genügend begründen und dabei „hinreichend substantiiert jedenfalls die Möglichkeit einer Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV“ aufzeigen.¹⁷ Diese Darlegungspflicht verstößt weder gegen Art. 19 Abs. 4 GG noch gegen das unionsrechtliche Äquivalenz- und Effektivitätsgebot.¹⁸

C. Kontext der Entscheidung

Mit der vorliegenden Entscheidung hat das BVerfG seine bisherige Rechtsprechung zum Subsidiaritätsgrundsatz bei einer pflichtwidrig unterlassenen Vorlage an den EuGH fortgeschrieben und mit Blick auf die prozessualen Beson-

derheiten des verwaltungsgerichtlichen Berufungszulassungsverfahrens ausdifferenziert.

D. Auswirkungen für die Praxis und Bewertung

Der Kammerbeschluss vom 19.04.2017 schärft den Blick für die im Fall einer sich abzeichnenden Vorlagepflicht im verwaltungsgerichtlichen Verfahren auf Zulassung der Berufung bestehenden prozessualen Sorgfaltsanforderungen. Der ein Zulassungsverfahren betreibende Prozessbevollmächtigte, der sich die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde offenhalten möchte, sollte diesen Beschluss als Arbeitsanleitung verstehen und sich vergegenwärtigen, dass er im Berufungszulassungsverfahren eine in Betracht kommende Vorlage an den EuGH gezielt unter dem Aspekt der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache gem. § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO anbringen und diesen Zulassungsgrund ordnungsgemäß darlegen muss.

Dies gilt über das verwaltungsgerichtliche Verfahren auf Zulassung der Berufung hinaus für sämtliche Rechtsmittelzulassungsverfahren mit ähnlichen Darlegungsanforderungen, wie z.B. für die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision auf dem Zivilrechtsweg (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, § 544 Abs. 2 Satz 3 ZPO), dem Finanzrechtsweg (§ 115 Abs. 2 Nr. 1, § 116 Abs. 3 Satz 3 FGO), dem Verwaltungsrechtsweg (§ 132 Abs. 2 Nr. 1, § 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO), dem Sozialrechtsweg (§ 160 Abs. 2 Nr. 1, § 160a Abs. 2 Satz 3 SGG) und dem Arbeitsrechtsweg (§ 72 Abs. 2 Nr. 1, § 72a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 ArbGG).

Anlass zu kritischer Anmerkung gibt die Entscheidung allerdings insoweit, als das BVerfG auch hier, seiner Spruchpraxis folgend, ohne Not (und ohne praktischen Unterschied) unmittelbar auf den seiner Auffassung nach vom Rechtswegerschöpfungsgebot zu unterscheidenden¹⁹ und jedenfalls nicht ausdrücklich geregelten Subsidiaritätsgrundsatz²⁰ abstellt, obwohl es sich ohne Weiteres auf das Rechtswegerschöpfungsgebot gem. Art. 94 Abs. 2 Satz 2 GG, § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG und damit auf das gesetzlich ausdrücklich geregelte Verfassungsprozessrecht hätte stützen können.²¹

12 BVerfG, Beschl. v. 19.07.2011 - 1 BvR 1916/09; BVerfG, Beschl. v. 17.02.2011 - 1 BvR 3050/10.

13 BVerfG, Beschl. v. 19.07.2011 - 1 BvR 1916/09.

14 BVerfG, Beschl. v. 17.02.2011 - 1 BvR 3050/10.

15 Happ in: Eyermann, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 124a Rn. 83; Seibert in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl. 2014, § 124a Rn. 247.

16 BVerfG, Beschl. v. 24.10.2011 - 2 BvR 1969/09; vgl. auch Seibert in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl. 2014, § 124 Rn. 136.

17 BVerfG, Beschl. v. 19.04.2017 - 1 BvR 1994/13.

18 BVerwG, Urt. v. 22.10.2009 - 1 C 26.08; Seibert in: Sodan/Ziekow, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 124 Rn. 136.

19 BVerfG, Beschl. v. 16.07.2013 - 1 BvR 3057/11.

20 Das BVerfG meint, der Subsidiaritätsgrundsatz komme „in § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG zum Ausdruck“ (Beschl. v. 19.04.2017 - 1 BvR 1994/13).

21 Zur Kritik an dieser Praxis vgl. Henke in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, 2015, § 90 Rn. 146; Niesler in: Walter/Grünwald, BeckOK, BVerfGG, Stand: 01.06.2017, § 90 Abs. 2 Rn. 59 ff.

Umsatzsteuer auf Pokergewinne?

BFH, Urt. v. 30.08.2017 – XI R 37/14

RiBFH Dr. Gerhard Michel

A. Problemstellung

Wer sich über einen Spiel-, Wett- oder Lotteriegewinn freut, wird spätestens bei der Erstellung der Steuererklärung vor die Frage gestellt, ob er diesen in voller Höhe behalten darf oder einen Teil davon an den Fiskus als „stillen Teilhaber“ abführen muss.

Gewinne aus reinen Glücksspielen (Lotterien) unterliegen nicht als sonstige Leistungen (§ 22 Nr. 3 EStG) der Einkommensteuer, da es an der Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung fehlt. Denn weder die Spieltätigkeit noch der Spieleinsatz stellen Leistungen dar, die durch den Spielgewinn vergütet werden.¹

Die von professionellen Kartenspielern erzielten Gewinne können jedoch als Einkünfte aus Gewerbebetrieb (§ 15 EStG) einkommensteuerpflichtig sein. So übt ein Berufsspieler, der Geschicklichkeitsspiele (Skat, Rommé und Backgammon) betreibt und hierbei Spielgewinne erzielt, eine gewerbliche Tätigkeit aus;² dasselbe gilt nach dem BFH-Urteil vom 16.09.2015 für Gewinne aus der Teilnahme an Pokerspielen.³ Der BFH stufte das Turnierpokerspiel in den Varianten „Texas Hold'em“ und „Omaha“ nicht als reines (und damit nicht steuerbares) Glücksspiel ein, sondern als eine Mischung aus Glücks- und Geschicklichkeitsspiel und kam daher zur Steuerbarkeit der Spielgewinne.

Das Besprechungsurteil betrifft nicht die Einkommensteuer, sondern beantwortet die Frage, ob auf die Umsätze eines Pokerspielers (auch) noch Umsatzsteuer abzuführen ist.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Sachverhalt

Streitig war, ob die vom Kläger in den Streitjahren (2006 und 2007) bei Pokerturnieren sowie bei sog. Cash-Games und bei Internet-Pokerveranstaltungen erzielten Gewinne als Entgelte für umsatzsteuerpflichtige Leistungen anzusehen sind. Der Kläger nahm an Pokerturnieren, an sog. Cash-Games und an Internet-Pokerveranstaltungen teil. Umsatzsteuer-Erklärungen reichte er nicht ein. Nach einer Außenprüfung ging das Finanzamt davon aus, dass der Kläger als Berufspokerspieler unternehmerisch tätig war und

erließ entsprechende Umsatzsteuer-Jahresbescheide. Das FG Münster wies die dagegen erhobene Klage ab.⁴

II. Entscheidungsgründe

Der BFH gab dagegen der Revision des Klägers statt und hob das Urteil des Finanzgerichts auf. Der Kläger habe keine steuerbaren Umsätze als Unternehmer ausgeführt, weil zwischen seiner Teilnahme an Pokerturnieren, „Cash-Games“ und Internet-Pokerveranstaltungen und den erhaltenen Zahlungen (Preisgeldern und Spielgewinnen) kein unmittelbarer Zusammenhang bestand. In seiner Entscheidung konkretisiert der BFH zunächst das entscheidungserhebliche Tatbestandsmerkmal „Leistung gegen Entgelt“ (unter 1.), stellt dann die Rechtsausführungen des EuGH im Urteil „Bastova“ dar (unter 2.) und überträgt schließlich die maßgeblichen Rechtsgrundsätze auf den Streitfall (unter 3.).

1. Der Umsatzsteuer unterliegen nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 UStG Lieferungen oder sonstige Leistungen, die ein Unternehmer im Inland gegen Entgelt im Rahmen seines Unternehmens ausführt. Dieser Grundtatbestand ist unionsrechtskonform weit auszulegen. Ein Leistungsaustausch („Umsatz gegen Entgelt“) setzt allerdings das Bestehen eines unmittelbaren Zusammenhangs zwischen der Leistung und einer tatsächlich vom Steuerpflichtigen empfangenen Gegenleistung voraus. Dazu muss zwischen dem Leistenden und dem Leistungsempfänger ein Rechtsverhältnis bestehen, in dessen Rahmen gegenseitige Leistungen ausgetauscht werden, wobei die vom Leistenden empfangene Vergütung den tatsächlichen Gegenwert für die dem Leistungsempfänger erbrachte Dienstleistung bildet.

2. Von entscheidender Bedeutung für den Streitfall war das EuGH-Urteil vom 10.11.2016.⁵ Danach ist die Teilnahme an einem Pferderennen keine gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung, wenn für die Teilnahme weder ein Antrittsgeld noch eine andere unmittelbare Vergütung gezahlt wird und nur die Eigentümer der Pferde mit einer erfolgreichen Platzierung ein im Voraus festgelegtes Preisgeld erhalten. Die Ungewissheit einer Zahlung hebt nach Auffassung des EuGH den unmittelbaren Zusammenhang zwischen der dem Leistungsempfänger erbrachten Dienstleistung und der ggf. erhaltenen Zahlung auf. Wenn für die Teilnahme an einem Wettbewerb weder ein Antrittsgeld noch eine andere unmittelbare Vergütung gezahlt werde und nur Teilnehmer mit einer erfolgreichen Platzierung ein Preisgeld erhalten,

1 Vgl. BFH, Urt. v. 16.09.2015 - X R 43/12 Rn. 19.

2 BFH, Urt. v. 11.11.1993 - XI R 48/19.

3 BFH, Urt. v. 16.09.2015 - X R 43/12.

4 FG Münster, Urt. v. 15.07.2014 - 15 K 798/11.

5 EuGH, Urt. v. 10.11.2016 - C-432/15 - „Bastova“.

könne nicht davon ausgegangen werden, dass für die (blo-
ße) Teilnahme eine tatsächliche Gegenleistung erbracht
werde.⁶ Das Preisgeld werde in einem solchen Fall für die
Erzielung eines bestimmten Wettbewerbsergebnisses ge-
zahlt. Auch wenn sich der Veranstalter zur Zahlung eines
Preisgeldes verpflichtet haben sollte, dessen Höhe im Vo-
raus festgesetzt und bekannt sei, hänge der Erhalt dieses
Preisgeldes also von der Erzielung einer besonderen Lei-
stung ab und unterliege gewissen Unwägbarkeiten. Diese
schlossen einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen
der Teilnahme am Wettbewerb (dort: Pferderennen) und
dem Erhalt des Preisgeldes aus.⁷

3. Der BFH wendet diese Rechtsprechungsgrundsätze auf
den Fall des Pokerspielers an. Dieser erbringt keine Lei-
stung im Rahmen eines Leistungsaustausches „gegen Ent-
gelt“ i.S.v. § 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 UStG, wenn er an Spielen
fremder Veranstalter teilnimmt und ausschließlich im Fall
der erfolgreichen Teilnahme Preisgelder oder Spielgewin-
ne erhält. Zwischen der bloßen Teilnahme am Kartenspiel
und dem im Erfolgsfall erhaltenen Preisgeld oder Gewinn
fehlt dann der für einen Leistungsaustausch erforderliche
unmittelbare Zusammenhang. Auf den Streitfall bezogen
hat der Kläger somit keine Leistungen gegen Entgelt er-
bracht, da das mögliche Entgelt (Preisgeld oder Spielge-
winn) von seinem Erfolg bei den Pokerturnieren, „Cash-
Games“ und anderen Veranstaltungen abhing und sein
Erfolg ungewiss war. Daran ändere auch die vom Finanz-
amt gesehenen „überdurchschnittlichen“ Gewinnchan-
cen des Klägers nichts.

Die beiden Ausnahmefälle, die zu steuerbaren Umsätzen
führen können, waren vorliegend nicht gegeben:

a. Keine platzierungsunabhängige Vergütung

Die Teilnahme an einem Wettbewerb ist eine im Rahmen
eines Leistungsaustausches gegen Entgelt erbrachte
Dienstleistung, wenn der Veranstalter für sie eine von der
Platzierung unabhängige Vergütung (z.B. Antrittsgeld)
zahlt.⁸ In einem solchen Fall ist die vom Veranstalter geleis-
tete Zahlung die tatsächliche Gegenleistung für die von
diesem erbrachte Dienstleistung, bei dem Wettbewerb an-
zutreten. Solche platzierungsunabhängigen Zahlungen für
seine Teilnahme an den Spielen hat der Kläger nach seinen
unbestritten gebliebenen Angaben im finanzgerichtlichen
Verfahren jedoch nicht erhalten.

b. Kein Veranstalter von Pokerspielen

Der Kläger war auch nicht ein Veranstalter, der bereits nach
bisheriger BFH-Rechtsprechung, an der festzuhalten ist, an
den Teilnehmer eine entgeltliche Dienstleistung (Teilnah-
merecht gegen Startgeld) erbringt.⁹

C. Kontext der Entscheidung

Das Besprechungsurteil überrascht auf den ersten Blick.
Denn im Urteil vom 26.08.1993 hatte der BFH die Umsatz-
steuerbarkeit von Gewinnen eines professionellen Karten-
spielers, der jahrelang und täglich in einem Spielsalon mit
einem festen Spielerstamm tätig war, noch bejaht.¹⁰ Der Be-
rufskartenspieler sei unternehmerisch tätig und die von ihm
gegen Entgelt erbrachte sonstige Leistung bestehe in der
Bereitschaft, nach den jeweiligen Spielregeln unter Über-
nahme eines Wagnisses mit anderen gegen Geld zu spielen.
Aufgrund dieser Entscheidung wurde allgemein davon aus-
gegangen, dass die von einem professionellen Kartenspieler
erzielten Umsätze der Umsatzsteuer unterliegen.¹¹

Im Besprechungsurteil hat der BFH jedoch klargestellt, dass
es sich um einen Sonderfall handelte, weil die Tätigkeit des
Klägers über die eines bloßen Spielers hinausging, da sie
durch das Anbieten von Spielmöglichkeiten geprägt war.
Der dortige Kläger konnte einem Veranstalter von Spielen
gleichgestellt werden, zumal er – als Spieler bekannt – an
einem bestimmten Ort zu festen Zeiten anderen Personen
die Spielmöglichkeit eröffnete.¹²

D. Auswirkungen auf die Praxis

I. Das Urteil wird zunächst dazu führen, dass die Finanzver-
waltung bei Berufsspielern genau zu prüfen hat, worauf de-
ren Umsätze beruhen. Echte Preisgelder (Spielgewinne)
sind nicht umsatzsteuerbar. Wurde dem Spieler dagegen
ein Antrittsgeld gezahlt oder übernimmt er (auch) die Ver-
anstalterfunktion, unterliegen diese Entgelte der Umsatz-
steuer. Außerdem wird an der bisherigen BFH-Rechtspre-
chung zur Umsatzsteuerbarkeit von platzierungsabhängigen
Rennpreisen bei Pferderennen nicht mehr festgehalten
werden können.¹³

II. Die Bedeutung des Besprechungsurteils (in Verbindung
mit der EuGH-Entscheidung „Bastova“) könnte jedoch
weit über den Streitfall hinausgehen. Denn bei der Teil-
nahme an Wettbewerben stellt sich nunmehr generell die
Frage, ob der für den Leistungsaustausch erforderliche un-
mittelbare Zusammenhang dadurch gelöst wird, dass der
Erhalt des Preisgeldes von der Erzielung einer besonderen

6 Vgl. EuGH, Urt. v. 10.11.2016 - C-432/15 - „Bastova“ Rn. 36.

7 Vgl. EuGH, Urt. v. 10.11.2016 - C-432/15 - „Bastova“ Rn. 37.

8 Vgl. EuGH, Urt. v. 10.11.2016 - C-432/15 - „Bastova“ Rn. 39 und 40.

9 Vgl. BFH, Urt. v. 26.08.1993 - V R 20/19 sowie EuGH, Urt. v. 10.11.2016
- C-432/15 - „Bastova“ Rn. 32, 34.

10 BFH, Urt. v. 26.08.1993 - V R 20/91.

11 Vgl. Robisch in: Bunjes, UStG, § 1 Rn. 58 „Berufskartenspiel“.

12 Vgl. BFH, Urt. v. 26.08.1993 - V R 20/91 Rn. 10.

13 BFH, Urt. v. 09.03.1972 - V R 32/69.

Leistung („Sieg“) abhängt und „gewissen Unwägbarkeiten“ unterliegt. Das könnte nicht nur für platzierungsabhängige Preisgelder von selbstständigen Tennis- und Golfspielern¹⁴ und für die nach derzeitiger Rechtsprechung¹⁵ steuerbaren Preise an Bewerberinnen bzw. Bewerbern von Schönheitskonkurrenzen gelten,¹⁶ sondern auch für

die erfolgsabhängigen Preise bei Rad- und Motorsportrennen.

14 Vgl. Müller, DB Steuerrecht Kompakt 2016, 2812.

15 Vgl. FG Neustadt a.d. Weinstraße, Urt. v. 19.07.1995 - 1 K 1728/94.

16 So Tehler, UVR 2017, 90.

Strafrecht

Völkerrechtmäßiges Verhalten und Extraterritorialität der staatlichen Souveränität – zum 90. Jubiläum der Lotus-Entscheidung

Dr. Konstantina Papathanasiou, LL.M.

A. Einleitung

Am 07.09.1927 ist durch den Ständigen Internationalen Gerichtshof (StIGH) mit atemberaubenden 6:6 Stimmen der berühmte „Lotus-Fall“ entschieden worden, der trotz unterschiedlicher Wahrnehmung im Schrifttum die völkerrechtliche und international-strafrechtliche Diskussion besonders geprägt hat: Nach dem sog. Lotus-Prinzip werden die Handlungsmöglichkeiten der Staaten unter dem Völkerrecht nur durch positive Verbote eingeschränkt. Somit wurden die Völkerrechtmäßigkeit staatlichen Verhaltens und zugleich die extraterritoriale Erstreckung staatlicher Souveränität neu thematisiert. Zum 90. Jubiläum der wegweisenden Lotus-Entscheidung, welche der strengen Territorialität staatlicher Jurisdiktionsgewalt eine Absage erteilt hat, gebührt ihr ein Beitrag, um ihre Relevanz und ihren besonderen international-strafrechtlichen Wert zu unterstreichen. Deswegen soll eine umfassende Bewertung stattfinden (unter D.), und zwar auf Grundlage der wichtigen Aussagen des Gerichts (unter C.). Diesen rechtlichen Ausführungen geht die Darstellung des Ausgangsfalls voraus (sogleich unter B.).

Vorab sei bereits an dieser Stelle angemerkt, dass der vorliegende Beitrag grds. direkt auf die Primärquelle, d.h. den Text der Lotus-Entscheidung Bezug nimmt. Die Entscheidung ist unter den Angaben Publications de la Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI), Recueil des Arrêts, Série A – No. 10, Arrêt No. 9: Affaire du „Lotus“ oder Publications of the Permanent Court of International Justice (PCIJ), Collection of Judgments, Series A. – No. 10, Judgment No. 9: The Case of the S.S. „Lotus“ zu finden (im Folgenden: Lotus-Urteil). Das Urteil des Haager Gerichtshofes zum „Lotus-Fall“ wurde in französischer Sprache formuliert und mit einer englischen Übersetzung publiziert.¹

B. Der Ausgangsfall

Der Sachverhalt hat sich aus dem schriftlichen und mündlichen Parteivorbringen ergeben.² Demnach erfolgte am 02.08.1926 kurz vor Mitternacht im Ägäischen Meer, etwa fünf bis sechs Meilen von Mytilini entfernt, ein Zusammenstoß zwischen dem französischen Dampfschiff³ „Lotus“ und dem türkischen Kohlschiff „Boz-Kourt“. Die „Boz-Kourt“ wurde zerschnitten und sank, wobei acht Türken ums Leben kamen. Trotz aller Sorgfalt konnten von der Besatzung der „Lotus“ nur zehn Türken, darunter auch der Kapitän Hassan Bey, gerettet werden. „Lotus“ setzte seine Reise unbeschädigt fort und kam am 03.08.⁴ in Konstantinopel an. Direkt nach dem Eintreffen kam die Polizei an Bord, um die Besatzung des Postschiffes und vor allem den zur Zeit des Unfalles verantwortlichen französischen Wachoffizier, Leutnant Demons, zu verhören. Zugleich wurde die gerettete Besatzung der „Boz-Kourt“ ins Verhör genommen.

Die „Lotus“ hätte am 05.08. mittags seine Fahrt fortsetzen müssen, Leutnant Demons und drei Matrosen wurden allerdings gezwungen, an Land zu gehen, um sich aufs Neue dem Verhör zu unterziehen. Nach der Untersuchung erfolgte die Verhaftung u.a. des Leutnants Demons und des Kapitäns Hassan Bey. Die Untersuchungshaft („arrestation préventive“) bezweckte die Sicherung des ordnungsgemäßen Verlaufs des

1 Lotus-Urteil, S. 32: „Le présent arrêt ayant été dirigé en français, conformément aux dispositions de l'article 39, premier alinéa, deuxième phrase, du Statut de la Cour, une traduction en anglais y est jointe.“

2 Siehe ausführlich Lotus-Urteil, S. 10-12.

3 Es steht „paquebot“ im französischen Text und „mail streamer“ im englischen Text.

4 Datumsangaben ohne Nennung des Jahres beziehen sich auf das Jahr 1926.

Strafverfahrens („assurer le cours normal des poursuites pénales intentées“), welches durch die Staatsanwaltschaft in Konstantinopel gegen die beiden Schiffsoffiziere unter der Beschuldigung der fahrlässigen Tötung („inculpation d’homicide par imprudence“) eingeleitet worden war. Als dann die von dem Unglück betroffenen Familien einen Prozess anstrebten, nahm das türkische Gericht die Strafverfolgung gegen Demons und Hassan Bey auf. Trotz der Schritte, welche die französische Regierung im Fall des Leutnants Demons unternahm, wurde das Verfahren nicht eingestellt. Ein Antrag auf Freilassung gegen Bürgschaft i.H.v. 6.000 Türkischen Lira war gleichwohl erfolgreich: Seine Haft endete am 13.09. und hatte insgesamt 39 Tage gedauert.

Am 15.09. verkündete der türkische Strafgerichtshof sein Urteil. Er erklärte darin seine Zuständigkeit und verurteilte den Leutnant Demons zu 80 Tagen Gefängnis und einer Buße⁵ von 22 Lira, den Kapitän der „Boz-Kourt“ zu vier Monaten Gefängnis und einer Geldstrafe von 33 Lira. Da der türkische Staatsanwalt gegen diese Entscheidung ein Rechtsmittel einlegte, wurde die Vollstreckung des Urteils zurückgestellt und Demons, der sich aufgrund der geleisteten Bürgschaft noch in Freiheit befand, konnte Konstantinopel verlassen und nach Frankreich zurückkehren. Bis zum Lotus-Urteil im September 1927 gab es allerdings keine Entscheidung über die eingelegte Berufung.⁶

C. Der Weg zur Lotus-Entscheidung und ihr Inhalt

Die Verurteilung Demons hat zahlreiche Reaktionen seitens der französischen Regierung und ihrer diplomatischen Vertreter in der Türkei hervorgerufen, die sich über dessen Verhaftung und ihre Dauer beschwerten und verlangten, dass die türkischen Gerichte zugunsten der französischen Gerichtsbarkeit zurücktreten müssten („[...] soit à obtenir le dessaisissement des tribunaux turcs en faveur de la juridiction française“). Die französischen Behörden vertraten insbesondere den Standpunkt, dass der Zusammenstoß von „Lotus“ und „Boz-Kourt“ sich auf hoher See, mithin außerhalb der Küstengewässer und der türkischen Gerichtsbarkeit ereignet habe und somit die türkischen Gerichte nicht zuständig seien für ein Strafverfahren gegen die Besatzung eines französischen Schiffes, die wegen ihres Verhaltens auf hoher See ausschließlich von französischen Gerichten abgeurteilt werden könne.

Aufgrund ihrer nationalen Strafrechtsregelungen hielt dagegen die türkische Regierung die Zuständigkeit ihrer Gerichtsbarkeit für unbestreitbar⁷ und hat am 02.09. der französischen Seite mitgeteilt, dass sie sich allerdings nicht weigern würde, den Rechtsstreit dem Gerichtshof in den Haag zu unterbreiten („ne se refuserait point à ce que le conflit de juridiction soit porté devant la Cour de La Haye“).⁸ Am 06.09. hat die französische Regierung diesem

Vorschlag zugestimmt. In Genf wurde der Schiedsvertrag abgeschlossen und am 12.10. unterschrieben. Der Austausch der Ratifikationsurkunden erfolgte am 27.12.⁹ Art. I des Schiedsvertrags („Compromis d’Arbitrage“) vom 12.10. umfasste insbesondere zwei Fragen, welche dem Haager Gerichtshof zur Entscheidung gestellt wurden:

„1. Hat die Türkei entgegen Art. 15 der Lausanner Übereinkunft vom 24.07.1923 über die Niederlassung und die gerichtliche Zuständigkeit gegen die Grundsätze des Völkerrechts verstoßen – und wenn ja, gegen welche –, als sie im Anschluss an den Zusammenstoß zwischen dem französischen Dampfer ‚Lotus‘ und dem türkischen Dampfer ‚Boz-Kourt‘ auf hoher See am 02.08. und nach der Ankunft des französischen Schiffes in Konstantinopel gegen Demons, den Wachoffizier an Bord des ‚Lotus‘ zum Zeitpunkt des Zusammenstoßes, wegen des Unterganges des ‚Boz-Kourt‘, der den Tod von acht türkischen Seeleuten und Fahrgästen zur Folge hatte, nach türkischem Recht ein Strafverfahren zur gleichen Zeit und im Zusammenhang mit einem Strafverfahren gegen den Kapitän des türkischen Schiffes einleitete?“

2. Welche Geldentschädigung wird bei Bejahung der ersten Frage an Demons zu zahlen sein, wenn nach den Grundsätzen des Völkerrechts in derartigen Fällen hierzu eine Verpflichtung besteht?“¹⁰

Streitgegenstand war allein die Einleitung des Strafverfahrens gegen Demons ohne Rücksicht auf ihre strafrechtliche Begründung.¹¹ Der StIGH sollte mithin nicht prüfen, ob die von den türkischen Behörden angewandten Gesetzesbestimmungen tatsächlich auf den konkreten Fall anwendbar waren oder ob in der Art der Prozessführung eine Rechtsverweigerung lag.¹² Der StIGH ignorierte ohnehin, auf welcher gesetzlichen Grundlage das Strafverfahren beruhte; es gab keinen Widerspruch seitens der Türkei gegenüber der französischen Behauptung, die Zuständigkeit von dem türkischen Gericht sei mit Art. 6 türkStGB begründet worden.¹³ Zu prü-

5 Es steht „amende“ im französischen Text und „fine“ im englischen Text.

6 Siehe Lotus-Urteil, S. 11.

7 Siehe Publications de la Cour Permanente de Justice Internationale. Série C. Actes et documents relatifs aux arrêts et aux avis consultatifs de la Cour. No. 13 – II. Douzième Session. Documents relatifs à l’arrêt No. 9: Affaire du „Lotus“, S. 216-220.

8 Lotus-Urteil, S. 11 in fine.

9 Lotus-Urteil, S. 12.

10 Siehe Publications de la Cour Permanente de Justice Internationale. Série C. Actes et documents relatifs aux arrêts et aux avis consultatifs de la Cour. No. 13 – II. Douzième Session. Documents relatifs à l’arrêt No. 9: Affaire du „Lotus“, S. 25.

11 Hierzu Lotus-Urteil, S. 15.

12 Lotus-Urteil, S. 13.

13 Lotus-Urteil, S. 14.

fen war auch nicht, ob die Regelung des Art. 6 türkStGB mit den Grundsätzen des Völkerrechts vereinbar war.

Auf der Suche nach der richtigen Antwort waren insgesamt zwölf Juristen: Huber (Präsident), Loder (ehemaliger Präsident), Weiss (Vizepräsident), Lord Finlay, Nyholm, Moore, de Bustamante, Altamira, Oda, Anzilotti und Pessôa als Richter sowie Feizi-Daïm Bey als nationaler Richter der Türkei. Unter den Richtern herrschte allerdings Stimmgleichheit¹⁴ und der Vorsitzende musste durch seine Stimme den Ausschlag für die Entscheidung geben.¹⁵ Um es gleich vorwegzunehmen, lautete das Verdikt im Ergebnis wie folgt:

„1. Durch das Strafverfahren, das die Türkei im Anschluss an den Zusammenstoß zwischen dem französischen Dampfer Lotus und dem türkischen Dampfer Boz-Kourt auf hoher See [...] eingeleitet hat, hat die Türkei nicht gegen Art. 15 der Lausanner Übereinkunft [...] verstoßen;

2. Es ist daher nicht erforderlich, auf die Frage der geldlichen Entschädigung einzugehen, die vielleicht dem Leutnant Demons in dem Falle geschuldet worden wäre, dass die Türkei durch das oben genannte Strafverfahren gegen diesen Offizier gegen die Grundsätze des Völkerrechts verstoßen hätte.“¹⁶

Die Begründung des Urteils war angesichts der Bedeutung der Sache angemessen ausführlich. Allem voran wurde festgestellt, dass aufgrund des Schiffzusammenstoßes auf hoher See die Gerichtsbarkeit eines anderen Staates als Frankreich und der Türkei auszuschließen sei.¹⁷ Zur zentralen Frage der Gerichtsbarkeit und somit der staatlichen Souveränität führte die Lotus-Entscheidung dann grundlegend aus,¹⁸ dass das Völkerrecht die Beziehungen unabhängiger Staaten regelt und auf deren eigenem Willen beruhe. Es bestehe insbesondere keine Vermutung für eine Einschränkung der Unabhängigkeit der Staaten („Les limitations de l'indépendance des États ne se présument donc pas“). In völkerrechtlicher Hinsicht begrenze einen Staat der grundsätzliche Ausschluss jeder Machtausübung auf dem Gebiet eines anderen Staates, es sei denn, es gebe eine konträre Erlaubnisnorm. In diesem Sinne sei die Gerichtsbarkeit sicherlich territorial gebunden („[d]ans ce sens, la juridiction est certainement territoriale“) und könne außerhalb des Territoriums nicht ausgeübt werden, es sei denn, eine einschlägige Erlaubnisnorm resultiere aus dem Völkergewohnheitsrecht oder einem zwischenstaatlichen Vertrag. Dies hindere aber die Staaten nicht daran, Menschen, Güter und Handlungen durch ihre Gesetze außerhalb ihres Staatsgebietes zu erfassen und der auf ihrem eigenen Staatsgebiet ausgeübten Gerichtsbarkeit zu unterwerfen. Die Freiheit der Staaten werde nur durch konkrete Verbotsnormen begrenzt. Ansonsten sei jeder Staat frei, die Regelungen zu treffen, die er für die besten und korrektesten halte („pour les autres cas, chaque État est libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables“). Diese Freiheit erkläre die Viel-

fältigkeit der Regelungen, die ohne Widerspruch seitens der anderen Staaten verabschiedet wurden. Die Staaten dürften mithin jene Grenzen nicht überschreiten, die das Völkerrecht ziehe; jenseits dieser Grenzen finde sich die Rechtsgrundlage der von einem Staat ausgeübten Gerichtsbarkeit in seiner Souveränität („tout ce qu'on peut demander à un État, c'est de ne pas dépasser les limites que le droit international trace à sa compétence; en deçà de ces limites, le titre à la juridiction qu'il exerce se trouve dans sa souveraineté“).

Und somit sind wir beim zentralen Thema der Lotus-Entscheidung: der Reichweite des Territorialitätsprinzips.¹⁹ Nach den Ausführungen des Gerichts liegt das Territorialitätsprinzip zwar dem Strafrecht aller Gesetzgebungen zugrunde, aber auch alle oder fast alle diese Gesetzgebungen würden ihren Geltungsbereich auf außerhalb des Staatsgebietes begangene Straftaten ausdehnen. Die Territorialität des Strafrechts sei somit kein absolutes Prinzip des Völkerrechts („La territorialité du droit pénal n'est donc pas un principe absolu du droit international“) und solle nicht mit der staatlichen Souveränität verwechselt werden. Diese Tatsache könne je nach Perspektive der Beteiligten unterschiedlich interpretiert werden: Entweder finde das Prinzip der Freiheit der Staaten (so die Argumentation der Türkei) gleichermaßen auf das Gebiet des Strafrechts Anwendung. Oder die ausschließliche Gebietshoheit stelle (so die Argumentation Frankreichs) ein Prinzip dar, das ipso facto und bis auf ausdrückliche Ausnahmen die Ausdehnung der Strafgerichtsbarkeit über die Staatsgrenzen hinaus verbiete, wobei derartige Ausnahmen völkerrechtlicher Erlaubnisnormen („règles permissives spéciales“) bedürfen.

Gemeinsamer Nenner beider Perspektiven sei, ob das Völkerrecht einen Grundsatz kenne, kraft dessen es der Türkei untersagt sei, im Lotus-Fall ein Strafverfahren gegen den Leutnant Demons einzuleiten. Das Gericht sollte infolgedessen der Frage nachgehen, ob – ja oder nein – es eine völkerrechtliche Regelung gebe, welche die Freiheit der Staaten in der Ausdehnung ihrer Strafgerichtsbarkeit auf den konkreten Fall einschränke. Seine Prüfung hat der StIGH den französischen Ausführungen entsprechend in drei Schritten begründet:²⁰

14 Hierzu Lotus-Urteil, S. 32: „[...] les voix étant également partagées“.

15 Darauf macht aufmerksam Schmidt, Der „Lotus-Fall“ vor dem Ständigen Internationalen Gerichtshof im Haag, 1931, S. 16. Die sechs Richter, welche sogar eine schriftliche Begründung ihrer abweichenden Stellungnahme eingereicht haben, sind: Loder, Weiß, Lord Finlay, Nyholm, Moore und Altamira; siehe ausführlich Lotus-Urteil, Sondervoten („opinions dissidentes“), jeweils auf S. 34-39, 40-49, 50-58, 59-64, 65-94 und 95-107.

16 Lotus-Urteil, S. 32.

17 Hierzu Lotus-Urteil, S. 12: „[L]a juridiction territoriale d'un État quelconque, autre que la France et la Turquie, n'entre donc pas en jeu.“.

18 Zum Folgenden siehe Lotus-Urteil, S. 18 f.

19 Zum Folgenden siehe Lotus-Urteil, S. 20 f.

20 Siehe ausführlich Lotus-Urteil, S. 22-31.

I. Erstens treffe es nicht zu, dass das Völkerrecht einem Staat nicht erlaube, die von Ausländern im Ausland begangenen Straftaten einzig wegen der Staatsangehörigkeit des Opfers zu verfolgen, was angeblich hier der Fall sei, weil die Straftat als auf einem französischen Schiff begangen betrachtet werden müsse. Korrekt hat dazu das Gericht angemerkt, es sei nicht nötig, diese These überhaupt zu prüfen, zumal die Nationalität des Opfers nicht der einzige Faktor sei, auf dem die türkische Strafgerichtsbarkeit beruhe. Beim Lotus-Fall sei der Erfolg des Delikts ohnehin auf dem türkischen Schiff eingetreten und sogar Staaten mit streng territorialen Strafgesetzen („*même de pays qui donnent à leur législation pénale un caractère strictement territorial*“) würden den Begehungsort auch nach dem Erfolgsort bestimmen. Keine Norm des Völkerrechts diktiere eine abweichende Interpretation für eine fahrlässige Tötung.²¹

II. Zweitens besitze der Flaggenstaat keine ausschließliche Zuständigkeit für alles, was an Bord eines seiner Schiffe auf hoher See vorgehe. Denn jeder Staat besitze auf seinen Schiffen auf hoher See die gleiche Macht wie auf seinem Staatsgebiet und das Völkerrecht verbiete dem Flaggenstaat nicht, sein Schiff allein deshalb als Begehungsort zu betrachten, weil dort der Erfolg eingetreten sei. Somit verstoße die türkische Zuständigkeit nicht gegen den Grundsatz der Meeresfreiheit.²²

III. Drittens gehe es auch nicht um eine Sonderregel bei Schiffszusammenstößen. Es gebe nämlich keine völkerrechtliche Regelung, die für solche Fälle das Strafverfahren der ausschließlichen Zuständigkeit des Flaggenstaates vorbehalte. Zwischen der auf der „Lotus“ durchgeführten Handlung und dem auf der „Boz-Kourt“ eingetretenen Erfolg bestehe dahin gehend eine absolute rechtliche Unteilbarkeit („*une indivisibilité juridique absolue*“), dass es bei einer Trennung dieser Merkmale keine Straftat mehr gebe. Weder die ausschließliche noch die (auf die Ereignisse auf dem eigenen Schiff) begrenzte Zuständigkeit des einen oder anderen Staates scheine naturnotwendig den Bedürfnissen des Rechts und dem wirksamen Schutz der eigenen Interessen zu genügen. Es sei mithin nur natürlich, dass jeder Staat in konkurrierender Zuständigkeit mit dem anderen Staat seine Gerichtsbarkeit über die ganze Tat erstrecken könne („*il n'est que naturel que chacun puisse exercer sa jurisdiction et que cette jurisdiction s'étende au fait tout entier*“).²³

D. Bewertung der Lotus-Entscheidung

Das völkerrechtliche Interventionsverbot bzw. Prinzip der Nichteinmischung ist als allgemeine Regel des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts und genießt Vorrang vor dem einfachen Gesetzesrecht.²⁴ Das wissen wir heute. In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts herrschte die Theorie der „Kompetenz-Kompetenz“, die vom souveränen Nationalstaat

ausging und diesem völkerrechtlich unbeschränkte Autonomie in der Ausdehnung seines eigenen Strafrechts zuerkannte. So schrieb Binding 1885, dass „Normen verschiedener Staaten in ihren Adressen zusammenfallen [können. ...]. Das Verhältnis der Strafrechte, die aus der Verletzung mehrerer inhaltlich gleicher Normen verschiedenen Staaten gegen dieselbe Person zustehen, zu einander regelt jeder Staat allein für sich“.²⁵

Dass die Lotus-Entscheidung seinerzeit nur eine begrenzte Resonanz fand,²⁶ ändert nichts an der Tatsache, dass sie heute noch ihre Wirkung ausstrahlt: Diese Entscheidung war nicht nur ein Novum für die völkerrechtliche Szene, weil ein Schiffszusammenstoß mit Todesfolge auf Hoher See durch eine zwischenstaatliche Stelle – und zwar durch einen mit unabhängigen Richtern besetzten Gerichtshof – behandelt wurde.²⁷ Mit seiner Entscheidung vom 07.09.1927 hat der StIGH vielmehr dem Völkerrecht die Tür geöffnet und mithin den Weg zu seinem heutigen Stand ebnen, indem er zentrale Grundsätze des Strafrechts und des Völkerrechts behandelt und sich hinsichtlich der Frage positioniert hat, in welchem rechtlichen Verhältnis staatliches und zwischenstaatliches Recht zueinanderstehen.

In der berühmten Formulierung der vom Präsidenten getragenen Mehrheit hieß es insbesondere, wie oben dargelegt, dass keine Vermutung für eine Einschränkung der Unabhängigkeit der Staaten besteht, wobei die Einschränkung der staatlichen Freiheit des konkreten Nachweises bedarf. Nach diesem sog. Lotus-Prinzip (auch Lotus-Doktrin genannt) werden nämlich die Handlungsmöglichkeiten der Staaten unter dem Völkerrecht nur durch positive Verbote eingeschränkt.²⁸ Somit wurde die Völkerrechtmäßigkeit staatlichen Verhaltens und zugleich die extraterritoriale Erstreckung staatlicher Souveränität neu thematisiert. Das bedeutet ferner, dass der StIGH implizit die Möglichkeit der Entstehung einer non-liquet-Situation im Völkerrecht verneint.²⁹

Im Lichte des heutigen Verständnisses des völkerrechtlichen Interventionsverbots, welches nun umgekehrt von dem positiven Nachweis einer Erlaubnisnorm ausgeht,³⁰

21 Lotus-Urteil, S. 22-24.

22 Lotus-Urteil, S. 24-27.

23 Lotus-Urteil, S. 27-31.

24 BVerfG, Beschl. v. 14.05.1968 - 2 BvR 544/63; BGH, Urt. v. 20.10.1976 - 3 StR 298/76.

25 Binding, Handbuch des Strafrechts, 1885, S. 375.

26 Vgl. Jeßberger, Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Strafrechts, 2011, S. 206 ff. m.w.N.

27 Schmidt, Der „Lotus-Fall“ vor dem Ständigen Internationalen Gerichtshof im Haag, 1931, S. 5-6.

28 Vgl. Böse in: NK, StGB, 5. Aufl. 2017, vor §§ 3 ff. Rn. 3.

29 Vgl. Becker in: Menzel/Hoffmann/Pierlings (Hrsg.), Völkerrechtsprechung, S. 296.

30 Jeßberger, Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Strafrechts, 2011, S. 212 f. m.w.N.

sollte das Lotus-Prinzip mit Vorsicht und ohne Überbewertungen behandelt werden.³¹ Jedenfalls sollte nicht übersehen werden, dass das Lotus-Urteil sich auf die Rechtslage auf Hoher See und nicht auf das Territorium eines Staates bezog. Die seerechtlichen Aussagen sind im Übrigen ebenfalls überholt. Das Gericht hätte heute angesichts der vorhandenen Regelungen anders entscheiden müssen.³² Das Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen (SRÜ) sieht nämlich in Art. 92 Abs. 1 vor, dass Schiffe auf Hoher See der alleinigen Hoheitsgewalt des Flaggenstaates unterstehen.³³

Der besondere Wert der Lotus-Entscheidung liegt darüber hinaus darin, dass die Mehrheit des StIGH am 07.09.1927 klar hervorgehoben hat, dass die Staaten, obwohl die Gerichtsbarkeit grds. territorial gebunden ist („[d]ans ce sens, la juridiction est certainement territoriale“), nicht daran gehindert werden, Menschen, Güter und Handlungen durch ihre Gesetze außerhalb ihres Staatsgebietes zu erfassen und der auf ihrem eigenen Staatsgebiet ausgeübten Gerichtsbarkeit zu unterwerfen.³⁴ Somit wurde die Differenzierung herauskristallisiert, dass der Geltungsanspruch des Strafrechts (jurisdiction to prescribe) weiter als die auf das eigene Territorium beschränkte Ausübung der Strafgerichtsbarkeit (jurisdiction to enforce) ist.

Im Anschluss daran erweist sich die Lotus-Entscheidung hinsichtlich des sog. Strafanwendungsrechts als besonders interessant, da verschiedene „Prinzipien“ thematisiert wurden. Die heutigen (deutschen) §§ 3-7 StGB bestimmen die Anwendung inländischen Rechts auf Taten mit Auslandsberührung. Im Einzelnen setzt § 3 StGB das völkerrechtlich anerkannte Territorialitätsprinzip als Hauptanknüpfungspunkt für die Begründung von Strafgewalt ins deutsche Recht um. Die nachfolgenden Vorschriften setzen ebenfalls völkerrechtlich anerkannte Prinzipien um, deren strafrechtstheoretische Berechtigung jedoch unklar ist. So kodifiziert § 4 StGB das völkerrechtlich anerkannte Flaggenprinzip, § 5 StGB konkretisiert das Staatsschutzprinzip, § 6 StGB normiert das Weltrechtsprinzip, § 7 StGB das aktive und passive Personalitätsprinzip. Besondere Fragen der Teilnahme werden von § 9 Abs. 2 StGB behandelt.

Die Auslegung nationalen türkischen Strafrechts und seine Anwendung auf Demons vom StIGH war nicht nachzuprüfen; das Gericht hatte nur das Völkerrecht anzuwenden. Den Anlass zur Erwähnung strafanwendungsrechtlicher Prinzipien gab bereits das erste französische Argument (oben unter C. I.), dass nämlich das Völkerrecht einem Staat nicht erlaube, die von Ausländern im Ausland begangenen Straftaten einzig wegen der Staatsangehörigkeit des Opfers zu verfolgen, was hier der Fall sei, weil die Straftat als auf einem französischen Schiff begangen betrachtet wer-

den müsse. Durch dieses keinesfalls gelungene Argument wurde insbesondere erstens das Territorialitätsprinzip (d.h. der Begehungsort liegt im Staatsgebiet) und zweitens das passive Persönlichkeitsprinzip (d.h. das Opfer ist Angehöriger des Staates) tangiert.

In Bezug auf das Territorialitätsprinzip hat sich der StIGH zum sog. Ubiquitäts- bzw. Auswirkungsgrundsatz bekannt, der den Erfolgsort ebenso wie den Handlungsort als Begehungsort ansieht und dem § 9 Abs. 1 StGB zugrunde legt. Die türkische „Boz-Kourt“ konnte somit als Begehungsort in Betracht kommen, da der StIGH sich nicht damit beschäftigen sollte, wo genau und wie tatsächlich der Tod der acht Türken eingetreten war. Aus den Tatsachen ging allerdings nicht hervor, unter welchen genauen Umständen die türkische Besatzung untergegangen war. Dem StIGH zufolge gibt keine Zweifel, dass der Tod als direkte Folge des Schiffszusammenstoßes betrachtet werden kann („toutefois, il n'est pas douteux que leur mort puisse être considérée comme suite directe de l'abordage“).³⁵ Es spielt trotzdem eine entscheidende Rolle, ob der Tod unmittelbar durch das Zerschneiden des Schiffes herbeigeführt wurde oder die acht Türken mit dem Schiff in die Tiefe gesunken sind oder ob sie dagegen erst ins Wasser gesprungen und dann ertrunken sind – im letzteren Fall wäre dann der Erfolg der fahrlässigen Tötung nicht auf dem Schiff, sondern im Meer eingetreten! Letztendlich war aller Wahrscheinlichkeit nach wenigstens in einem Fall der Tod dort eingetreten.³⁶

Im Anschluss daran war die Frage zu beantworten, welcher Rechtsordnung die Schiffe unterliegen: Schiffe sind zwar kein Staatsgebiet und durch das Flaggenprinzip wird auch keine Erweiterung der völkerrechtlichen Gebietshoheit eines Staates fingiert.³⁷ Sie gelten aber für den räumlichen Herrschaftsbereich der Strafgesetze als Inland des Flaggenstaates. So konnte nach dem Territorialitätsprinzip die Zuständigkeit der türkischen Gerichtsbarkeit gut begründet werden.

31 So etwa Herdegen, Völkerrecht, 16. Aufl. 2017, S. 207 Rn. 6.

32 Vgl. v. Arnould, Völkerrecht, 3. Aufl. 2016, § 1 Rn. 41.

33 Der einschlägige Wortlaut: „Schiffe fahren unter der Flagge eines einzigen Staates und unterstehen auf Hoher See seiner ausschließlichen Hoheitsgewalt, mit Ausnahme der besonderen Fälle, die ausdrücklich in internationalen Verträgen oder in diesem Übereinkommen vorgesehen sind.“ Bei einem Unfall besteht dann nach Art. 94 Abs. 7 die Verpflichtung der Untersuchung in Kooperation mit anderen betroffenen Staaten.

34 Lotus-Urteil, S. 18, 19.

35 Lotus-Urteil, S. 13 in fine.

36 So Schmidt, Der „Lotus-Fall“ vor dem Ständigen Internationalen Gerichtshof im Haag, 1931, S. 40.

37 Vgl. Eser in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, vor § 3 Rn. 14.

Das passive Persönlichkeitsprinzip wurde quasi per Zufall thematisiert. Wie oben dargelegt, ignorierte der StIGH, auf welcher gesetzlichen Grundlage das Strafverfahren beruhte. Denn es gab keinen Widerspruch seitens der Türkei gegenüber der französischen Behauptung, die Zuständigkeit von dem türkischen Gericht sei mit Art. 6 türkStGB begründet worden.³⁸ Nach dieser Vorschrift wird ein Ausländer nach türkischem Recht bestraft, wenn er im Ausland zum Nachteil (der Türkei oder) eines türkischen Staatsangehörigen eine Straftat begangen hat.³⁹ Dabei gelten ferner einige Einschränkungen, wie etwa das Erfordernis der Androhung einer Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr. Nach der Darstellung des Ausgangsfalls (oben unter B.) wurde Demons zu 80 Tagen Gefängnis verurteilt, was die Voraussetzung der Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr bei Weitem nicht erfüllt.⁴⁰ Trotz tatsächlicher Unanwendbarkeit blieb jedoch Art. 6 türkStGB als Grundlage für die völkerrechtliche Entscheidung erhalten, zumal mangels Widerspruchs seitens der Türkei als unstrittige Tatsache angenommen werden sollte, dass die Voraussetzungen der genannten Vorschrift in jeder Hinsicht erfüllt waren. So konnte nach dem passiven Persönlichkeitsprinzip die Zuständigkeit der türkischen Gerichtsbarkeit ebenfalls gut begründet werden.

Das aktive Persönlichkeitsprinzip (d.h. der Täter ist Angehöriger des Staates) und das Weltrechts- bzw. Universalitätsprinzip kommen in der Lotus-Entscheidung nicht in Betracht. Teilnahme scheidet ebenfalls aus, weil es bei der begangenen Straftat um eine fahrlässige Handlung ging.

Schließlich wird en passant noch der interessante nexus causalis thematisiert:⁴¹ Dabei geht es um das sog. forum connexitatis, welches grds. im staatlichen Recht Geltung hat und auch die deutsche Rechtsordnung mit ihren innerstaatlichen Vorschriften der §§ 2, 3 und 13 StPO schon längst kennt. Durch ihre Thematisierung in der Lotus-Entscheidung wurde diese Konnexität für eine zusätzliche zulässige Begründung der Zuständigkeit gehalten.⁴² So erforderte der strafrechtliche Zusammenhang nach dem französischen Recht Einheit der Zeit und des Ortes („connexité par unité du temps et du lieu“). Da wegen des gleichen Schiffszusammenstoßes dem Leutnant Demons und dem Kapitän Hassan Bey ein Verhalten zugeschrieben wurde, dessen Opfer dieselben Menschen waren, sollte das gesamte Ereignis derselben Gerichtsbarkeit unterliegen („la collision des deux vapeurs constitue un ensemble de faits dont l’appréciation [...] devait être confiée à la même juridiction“).⁴³ Darauf hätte aber der StIGH nicht eingehen dürfen; das wäre nur nötig, wenn das Gericht zum Ergebnis gekommen wäre,

dass ein Völkerrechtssatz der Türkei das Strafverfahren gegen Demons verbietet.⁴⁴

Die Relevanz der Lotus-Entscheidung für den räumlichen Herrschaftsbereich der Strafgesetze lässt sich nicht durch die Tatsache relativieren, dass das Votum mit 6:6 Stimmen letztendlich von einem Glücksfall abhängig war.⁴⁵ Es mag zutreffen, dass die „Zeit für die Türkei gearbeitet“ hatte: Wäre nämlich der Richter Loder zum Zeitpunkt der Entscheidung noch Vorsitzender gewesen, hätte seine Stimme zu einem anderen Ergebnis geführt.⁴⁶ Die Argumentation der Sondervoten wäre ohnehin früher oder später überholt gewesen.⁴⁷

E. Ausblick

Das (knappe) Urteil vom 07.09.1927 zeigt, wie umstritten derartige Rechtsfragen sein können und oft noch immer sind und wie notwendig für die Rechtssicherheit eine klare und überzeugende Rechtsprechung ist. Für die damalige Zeit war die Lotus-Entscheidung trotz aller Kritik im Ergebnis innovativ und wegweisend, strahlt noch heute eine fühlbare Bedeutung aus und hat deshalb nicht umsonst in jedem Lehrbuch für Staats- und Völkerrecht sowie internationales Strafrecht seinen Platz.

Zum 90. Jubiläum der Lotus-Entscheidung können wir uns wünschen, dass die Rechtsprechung des (als Nachfolgestitution vom StIGH 1946 geschaffenen) IGH die Rechtswissenschaft auf internationaler Ebene weiterhin so bereichert!

38 Lotus-Urteil, S. 14.

39 Lotus-Urteil, S. 14, 15.

40 Donnedieu de Vabres, L’affaire du Lotus et le droit pénal international, *Revue de droit international*, 1928, S. 135 ff., 139 Fn. 2.

41 Lotus-Urteil, S. 13.

42 Vgl. Donnedieu de Vabres, L’affaire du Lotus et le droit pénal international, *Revue de droit international*, 1928, S. 135 ff., 152 ff.

43 Lotus-Urteil, S. 14.

44 So Lotus-Urteil, S. 14 am Ende der Urteilsbegründung.

45 Fischer-Williams, L’affaire du Lotus, *Revue générale de droit international public*, 1928, S. 361 ff., 374.

46 Ruzé, L’affaire du Lotus, *Revue de droit international et de législation comparée*, 1928, S. 124 ff., 145 f.

47 Etwa nach der schriftlichen Stellungnahme von Loder hätte man die „Boz-Kourt“ nicht als Tatort betrachten dürfen; siehe ausführlich Lotus-Urteil, S. 34-39. Nach diesem Richter liege auch kein Zusammenhang der Strafverfahren vor, er begründe selbst nach den staatlichen Gesetzen keine Zuständigkeit. Aus der Souveränität folge ferner, dass kein Staatsgesetz über das Staatsgebiet hinaus gelte, wobei die wenigen allgemein anerkannten Abschwächungen des strengen Territorialitätsprinzips nur für das eigentliche Staatsgebiet gelten würden, nicht für Schiffe. Schließlich handele es sich um die Verletzung staatlicher Vorschriften, zu deren Beobachtung Demons nur seinem Staat gegenüber verpflichtet gewesen sei.

Geldwäsche, anwaltliche Sorgfaltspflichten und neuzeitliche Pranger

Otmar Kury ist seit 1983 als Strafverteidiger mit dem Schwerpunkt Wirtschaftsstrafrecht in der Freien und Hansestadt Hamburg tätig. Seit 2007 übt er zugleich das Amt des Präsidenten der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer Hamburg (HRAK) aus. Wir sprachen mit Herrn Kury über das neue Geldwäschegesetz (GWG), dessen Bedeutung für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie über gesetzlich vorgesehene Aufsichts- und Sanktionsmechanismen, die als rechtsstaatlich bedenklich erscheinen könnten.

Winterhoff: Lieber Herr Kury, seit dem 26.06.2017 gilt das novellierte GWG, das zahlreiche neue Pflichten begründet. Ist das Thema Geldwäsche in Deutschland überhaupt von praktischer Relevanz?

Kury: Die effektive Bekämpfung der Einschleusung der durch Straftaten erlangten Vermögenswerte ist für alle Volkswirtschaften – auch für Deutschland – von elementarer Bedeutung. Milliarden sog. Tatbeute erweisen sich als gefährliches Wachstumshindernis, weil mit ihnen jeder Wettbewerb verzerrt wird. Seriöse Unternehmen, die redlich arbeiten und einen Großteil der Arbeitsplätze garantieren, werden von kriminellen Geldschleusern, die jedes Angebot abgeben können, geschädigt und verdrängt. Der Umfang der Geldwäscherei sprengt alle Vorstellungen. Der IWF schätzte für das Jahr 2000, dass Geldwäsche ca. 2 bis 5 % des globalen Weltbruttoinlandsproduktes betreffe. Für die USA werden Beträge von bis zu 1,5 Billionen US-Dollar genannt, während das BKA in Deutschland von ca. 500 Mrd. Euro ausgeht, die jährlich gewaschen werden.

Es ist alarmierend, dass sich Deutschland und viele Wirtschaftsnationen letztlich nie konsequent mit der Geldwäsche befasst haben. Innerhalb der EU können Länder wie Großbritannien mit seinen Überseeinseln, Gibraltar, Liechtenstein und Luxemburg als Drehscheibenstaaten „legal“ für Briefkastenfirmen jede nur erdenkliche Möglichkeit der Verschleierung offerieren. Mangelnde internationale Kooperation erleichtert den Geldwäschern das Handwerk. Man vermutet, dass ca. 8 % des weltweiten Vermögens, rund 5 Billionen Euro (!) in Steueroasen angelegt sind, von denen 75 % als kriminell erlangte Schwarzgelder gelten, die unversteuert bleiben und in den Wirtschaftskreislauf gelangen. Die Panama Papers führen einen erdrückenden Beweis dafür; interessant sind auch die Unterstützungshandlungen mancher Banken.

Wie sehen typische Fälle der Geldwäsche aus, und welches sind Warnzeichen, die hellhörig machen müssen?

Für das sog. Placement (Einspeisung), Layering (Verschleierung) und Integration (Eingliederung) kontaminier-

ter Vermögenswerte werden alle denkbaren Wege und Mittel genutzt. Häufig werden Firmenmängel erworben, über die ein teils legales Geschäft betrieben werden soll. Hier können weitere Gelder eingeschleust und buchhalterisch als ordentliche Gewinne ausgewiesen werden. Auch der Erwerb von Immobilien, teuren Konsumgütern und Wertpapieren zählen zu den klassischen Wäschereiphänomenen. Warnzeichen sind für den Rechtsanwalt solche Auftraggeber, die ihm bislang unbekannt sind und die mit seiner Hilfe großvolumige Geschäfte betreiben wollen. Kleinste Widersprüche, Implausibilitäten etc. sind wichtige Indizien.

Unter welchen Voraussetzungen fallen Rechtsanwälte in den Anwendungsbereich des novellierten GWG?

§ 2 Abs. 1 Nr. 10 GWG beschreibt die Kataloggeschäfte, zu denen der Handel mit Immobilien, Gewerbebetrieben, die Verwaltung von Geld und Vermögenswerten, die Beschaffung der zur Gründung, zum Betrieb oder zur Verwaltung von Gesellschaften erforderlichen Mittel und die Finanzsowie Immobilientransaktionen zählen. Bezieht sich die anwaltliche Tätigkeit auf eines dieser Geschäfte, ist der Anwendungsbereich des GWG eröffnet.

Soweit das GWG anwendbar ist: Welche Pflichten treffen den Rechtsanwalt hinsichtlich der Identifizierung seines Mandanten?

Der Grundsatz „know your customer“ ist in § 10 Abs. 1 GWG festgeschrieben worden. Auftraggeber sind schon vor der Begründung der Mandatsvereinbarung durch Vorlage und Kopie von Pass/Personalausweis eindeutig zu identifizieren. Bei juristischen Personen und Personengesellschaften sind Handelsregisterauszüge beizuziehen. Stets ist der wirtschaftlich Berechtigte, also vor allem die natürliche Person zu erfassen, in deren Eigentum oder unter deren Kontrolle der Vertragspartner letztlich steht.

Welche sonstigen Sorgfaltspflichten muss der in den Anwendungsbereich des GWG fallende Rechtsanwalt bei der Begründung eines Mandatsverhältnisses beachten?

RA Otmar Kury



Präsident der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer

Herr Kury ist seit 1983 als Strafverteidiger mit dem Schwerpunkt Wirtschaftsstrafrecht in Hamburg tätig und seit 2007 Präsident der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer.

Die Identifizierung ist die wesentliche Pflicht. Darüber hinaus darf der Rechtsanwalt bei positiver Kenntnis, dass Gelder zum Zweck der Geldwäsche oder der Terrorismusfinanzierung eingesetzt werden sollen, das Mandat nicht übernehmen. Eine Vielzahl von Pflichten folgt nach der Begründung des Mandatsverhältnisses, z.B. die Risikoanalyse nach § 5 Abs. 1 GWG sowie interne Sicherungsmaßnahmen zur Steuerung und Minderung von Risiken gemäß § 6 Abs. 1 GWG (z.B. Überprüfung der Zuverlässigkeit der Mitarbeiter).

Was ist unter dem im GWG vorgeschriebenen und von Ihnen erwähnten Risikomanagement zu verstehen?

§ 4 GWG weist dem Risikomanagement im Pflichtenkanon des GWG eine besondere Bedeutung zu: Es verlangt eine exakte Risikoanalyse nach § 5 GWG und die Errichtung der daraus für die Kanzlei gebotenen internen Sicherungsmaßnahmen nach § 6 GWG (z.B. Erstellung von Grundsätzen über die Aufzeichnung von Informationen und Aufbewahrung von Dokumenten). Beides ist durch ein Kanzleimitglied der „Leitungsebene“, das explizit ernannt werden muss, zu genehmigen. Dieses Mitglied darf nicht zugleich Geldwäschebeauftragter sein, weil dieser der Leitungsebene zu berichten hat.

Wie ist die Rechtslage, wenn in einer Partnerschaftsgesellschaft einige Rechtsanwälte Tätigkeiten ausüben, die in den Anwendungsbereich des GWG fallen, andere aber nicht – gelten die Sorgfaltspflichten nach dem GWG dann für alle Anwälte?

M.E. spricht das GWG primär den einzelnen Rechtsanwalt mit seinem Mandatsverhältnis an. Im Falle einer gemeinschaftlichen Berufsausübung dürften darüber hinaus alle Rechtsanwälte den Pflichten nach dem GWG unterliegen, die mit dem konkreten Mandatsverhältnis zu tun haben. Im Übrigen gehe ich davon aus, dass im GWG vorgesehene strukturelle Maßnahmen wie z.B. das erwähnte Risikomanagement auch dann notwendig sind, wenn nur ein einziger Rechtsanwalt an Kataloggeschäften nach § 2 Abs. 1 Nr. 10 GWG beteiligt ist. Allerdings ist das GWG insoweit nicht eindeutig. Auch dürften im Hinblick auf das anwaltliche Berufsrecht noch geeignete Harmonisierungen des Gesetzgebers notwendig werden.

Die Rechtsanwaltskammern haben als Aufsichtsbehörden darüber zu wachen, dass die durch das GWG begründeten Pflichten erfüllt werden. Sehen Sie dadurch neue Aufgaben auf die Kammern zukommen und sind die Kammern darauf vorbereitet?

Die Kammern sind als echte und umfassend tätige Selbstverwaltungseinrichtungen der Anwaltschaft durch das GWG mit einer Reihe von zum Teil – bürokratisch entfesselten – Verpflichtungen belastet worden. Dieser Aufgabenflut

werden sich die Kammern stellen. Die HRAK hat viel Vorarbeit geleistet und dürfte u.a. durch die Schaffung von sechs Geldwäscheaufsichtsabteilungen in der Lage sein, ihren Pflichten nachzukommen.

Wie stehen Sie zu der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit anlassunabhängiger Überprüfungen und wie wird dies praktisch gehandhabt?

Da die anlassunabhängige Überprüfung Gesetzespflicht ist, muss sie umgesetzt werden. Es ist selbstverständlich, dass jede Art der Willkür, der Kleinlichkeit oder der Schurigelei unterbleiben wird. Die HRAK wird Fragebögen einsetzen, deren Beantwortung berufsrechtliche Verpflichtung ist. Ergeben sich konkrete Anlässe zur Prüfung, wird aufgeklärt. Im Übrigen werden anlassunabhängige Prüfungen nach dem Zufallsprinzip verfügt werden.

Die Rechtsanwaltskammer kann anordnen, dass eine Kanzlei einen Geldwäschebeauftragten zu bestellen hat, wenn die Kammer dies für angemessen erachtet. Welche Kriterien werden insoweit angewendet?

Die Kammer wird insoweit unter strenger Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes jeweils einzelfallbezogen zu entscheiden haben. Kriterien für die Notwendigkeit einer entsprechenden Anordnung sind m.E. beispielsweise das Vorliegen von Anhaltspunkten dafür, dass Kataloggeschäfte i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 10 GWG nicht nur vereinzelt durchgeführt werden oder dass die von der Kanzlei bereits eigeninitiativ ins Werk gesetzten Maßnahmen nicht ausreichen. In jedem Fall wird die Kammer mit der Kanzlei eine gesetzestreue Lösung suchen.

Schließlich sieht das GWG die Pflicht der Kammern vor, Maßnahmen und Bußgeldentscheidungen unter Nennung des Namens der Betroffenen im Internet bekanntzumachen. Lebt hier der mittelalterliche Pranger wieder auf?

Gewiss – und das ist inakzeptabel. Diese Regelung ist Ausdruck des schlechten Gewissens des Gesetzgebers. Jahrelang hat er den Kampf gegen die Geldwäsche nicht ernst genommen und wurde dafür von der EU kritisiert. Insuffizientes staatliches Handeln wird durch überschießend- bürokratische und unverhältnismäßige Regelungen zu kompensieren versucht. Ich wende mich entschieden gegen diesen Pranger. Die Kammern werden alle rechtlichen Möglichkeiten nutzen, eine Änderung des Gesetzes herbeizuführen. Generalpräventive Wirkungen des Prangers dürften ohnehin gegen Null gehen.

Ich danke Ihnen für das erhellende Gespräch.

Das Gespräch wurde geführt von RA Prof. Dr. Christian Winterhoff.

Bernd Klasen



Direktor des Amtsgerichts

Zunächst als Anwalt mit dem Schwerpunkt Medizinrecht tätig. Anschließend Richter am AG Homburg und am LG Saarbrücken. 2008 abgeordnet an das OLG Saarbrücken, 1. Zivilsenat, auch zuständig für Arzthaftungsrecht. Seit 2009 am AG Ottweiler, unter anderem als Betreuungsrichter tätig. Veröffentlichungen und Referent im Bereich des Betreuungsrechtes, insbesondere mit Bezug zum Medizinrecht.

Prof. Dr. Matthias Knauff, LL.M. Eur.



Professor an der Friedrich-Schiller-Universität Jena

Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere Öffentliches Wirtschaftsrecht, geschäftsführender Direktor des Instituts für Energiewirtschaftsrecht und Leiter der Forschungsstelle für Verkehrsmarktrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena sowie Richter am Thüringer Oberlandesgericht (Vergabesenat).

Christine Klasen



Chefärztin, Fachärztin für Innere Medizin, Geriatrie und Notfallmedizin

Zunächst als Assistenzärztin und anschließend als Fachärztin für Innere Medizin und Notfallmedizin tätig. Ab 2008 war sie dann zunächst als Fachärztin, seit 2013 als Oberärztin und seit 2016 als Chefärztin in der Geriatrischen Reha-Klinik des Kreiskrankenhauses Sankt Ingbert tätig.

Dr. Konstantina Papathanasiou, LL.M.



Habilitandin an der Universität Regensburg

Nach dem Studium der Rechtswissenschaften in Athen promovierte sie als Stipendiatin des DAAD und der Alexander-Onassis-Stiftung 2013 „summa cum laude“ an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Seit April 2017 Habilitationsstipendium durch das Professorinnenprogramm des BMBF an der Universität Regensburg. Mitglied des Autorenteam des juris PraxisReport Strafrecht.

Dr. Siegfried Friesen



Rechtsreferendar am Landgericht Bielefeld

Nach Studium der Rechtswissenschaften wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privat-, Verfahrens- und Wirtschaftsrecht Lehrstuhl Prof. Dr. Staudinger. Seit 2016 juristischer Vorbereitungsdienst in Bielefeld. Promotion zum Internationalen Zivilverfahrens- und Privatrecht in Verbrauchersachen (2017). Mitautor beim juris Praxis-Report Internationales Wirtschaftsrecht.

IMPRESSUM

Herausgeber: Vizepräsident des BSG Prof. Dr. Thomas Voelzke, Kassel
Vors. RichterIn am BFH Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel, München
Vizepräsident des LG Holger Radke, Karlsruhe
Prof. Dr. Stephan Weth, Universität des Saarlandes, Saarbrücken
Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Winterhoff, Hamburg
Expertengremium: Vors. Richter am BGH a.D. Wolfgang Ball, Lemberg
Rechtsanwalt Prof. Dr. Guido Britz, St. Ingbert
Vizepräsident des 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 eingereicht 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
5. Jahrgang

Ann-Catherine Frensing-Deutschmann



Wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin an der Universität Bielefeld

Nach dem erfolgreichen Abschluss der Studiengänge Rechtswissenschaften und Recht und Management an der Universität Bielefeld ist Frau Seit November 2014 ist Frensing-Deutschmann als wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin am Lehrstuhl Prof. Dr. Staudinger tätig.

Marie Herberger, LL.M. Eur.



Diplom-Juristin

Nach dem Studium der Rechtswissenschaft an der Universität des Saarlandes mit Schwerpunkt Deutsches und europäisches Arbeits- und Sozialrecht folgte das Masterstudium am Europa-Institut der Universität des Saarlandes; danach wissenschaftliche Hilfskraft und zur Zeit Promotion am Lehrstuhl Prof. Dr. Würdinger. Die Autorin bloggt unter www.klartext-jura.de zu studienrelevanten Themen.

**juris PraxisKommentar SGB IX
Rehabilitation und Teilhabe behinderter
Menschen, 3. Auflage 2018 online**



Herausgeber: Dr. Jochen Kreitner, Vors. Richter am Landesarbeitsgericht, Köln, und Prof. Dr. Ernst-Wilhelm Luthe, Direktor des Instituts für angewandte Rechts- und Sozialforschung, Ostfalia Hochschule für angewandte Wissenschaften, Braunschweig/Wolfenbüttel; Universität Oldenburg

Der juris PraxisKommentar SGB IX bietet eine umfassende und stets aktuelle Erläuterung der Vorschriften des Rehabilitationsrechts, des neuen Teilhaberechts und des Schwerbehindertenrechts.

Das Bundesteilhabegesetz ist bereits berücksichtigt! Die 3. Auflage kommentiert das SGB IX nach der strukturellen und inhaltlichen Neufassung des SGB IX durch das Bundesteilhabegesetz (BTHG) zum 01.01.2018. Diese Reform stellt die umfassendste Änderung des SGB IX seit dessen Einführung im Jahr 2001 dar.

Inklusion, Gleichbehandlung und Selbständigkeit; der Schutz und der Anspruch von Menschen mit Behinderung oder von Behinderung bedrohter Menschen auf Teilhabe am gemeinschaftlichen und beruflichen Leben: die Begriffe

zeigen die Themenvielfalt des SGB IX auf, das sozialrechtliche und arbeitsrechtliche Themen weit über ein reines Leistungsgesetz hinaus miteinander verbindet.

Im Mittelpunkt der kommentierten Neufassung stehen unter anderem:

- Neuregelungen zur Teilhabe am Arbeitsleben; Einführung einer Teilhabeberatung
- erweiterter Behinderungsbegriff
- Verbesserung der Zusammenarbeit der Reha-Träger
- erweiterter Leistungskatalog und
- Kündigungen schwerbehinderter Menschen und Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung
- Überführung des Rechts der Eingliederungshilfe aus dem SGB XII in das SGB IX zum 01.01.2020

sowie die bekannten Kernthemen:

- Rehabilitation
- Stärkung der Prävention und verbesserte Eingliederung
- Gleichbehandlung und Diskriminierungsschutz
- Auswirkungen der UN-Behindertenrechtskonvention

Kommentierter Gesetzesstand am 15.01.2018:

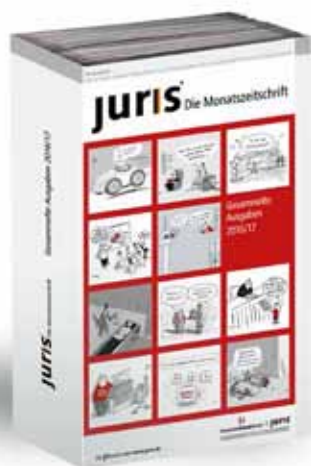
- Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen (BTHG) vom 23.12.2017 (BGBl I 2016, 3234)
- Gesetz zur Änderung des Bundesversorgungsgesetzes und anderer Vorschriften (BVGuaÄndG 2017) vom 17.07.2017 (BGBl I 2017, 2541)

Die Vorauswirkungen zukünftiger Änderungen zum 01.01.2020 durch das Bundesteilhabegesetz werden bereits in die Kommentierungen mit einbezogen.

Durch die bewährte Aktualisierung der Online-Version behalten Sie die Entwicklungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur auch künftig immer im Blick.

Die bewährten Links auf zitierte Urteile, Normen und Literaturnachweise ersparen Zeit bei der Recherche und vermitteln Rechtssicherheit. Mehr unter: www.juris.de/sgbix

jM-Einbanddecke 2016/2017



Über unseren jurisAllianz-Partner Verlagsgruppe Hühlig Jehle Rehm können seit dem 08.01.2018 für die monatlich erscheinende Fachzeitschrift jM Einbanddecken bestellt werden.

Der Preis der Einbanddecke (Ausl.-Nr.: HR201069) für die 22 Hefte der Jahrgänge 2016/2017 inkl. Jahresverzeichnis beträgt 15 € inkl. MwSt. Telefonische Bestellungen via **089 / 2183 7928** oder per E-Mail an: kundenservice@hjr-verlag.de

Staudinger Online partnered by juris GmbH

Neben der Gesamtausgabe ist nun auch der Bezug von Teilpaketen möglich. Die Online-Module bieten Ihnen eine sichere Argumentationshilfe, wenn andere Informationen nicht mehr weiterhelfen. Besonders vorteilhaft sind die regelmäßigen Online-Aktualisierungen der Kommentierung und die umfassende Verlinkung mit der juris Datenbank. So bearbeiten Sie Ihre Mandate effizient, rechtssicher und lösungsorientiert.

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

Mehr unter: www.juris.de/Staudinger

Kostenlose juris Webinare

Umsteiger-Webinar für alle Kunden, die noch unsere bisherige Rechercheoberfläche nutzen

Erleben Sie in diesen Webinaren unser völlig neues Design und freuen Sie sich auf eine hoch intuitive Bedienbarkeit.

Diese Webinare beleuchten die vielfältigen Vorteile der neuen Recherche-Oberfläche und gehen konkret auf die speziellen Änderungen gegenüber der bisherigen Suche ein.

| | |
|-------------|-------------------|
| 01.02.2018, | 10:00 – 11:00 Uhr |
| 08.02.2018, | 14:00 – 15:00 Uhr |
| 15.02.2018, | 10:00 – 11:00 Uhr |
| 22.02.2018, | 14:30 – 15:30 Uhr |

Einführungs-Webinar für Neukunden in die neue Recherche

| | |
|-------------|-------------------|
| 07.02.2018, | 14:00 – 15:00 Uhr |
| 23.02.2018, | 10:00 – 11:00 Uhr |

Fortgeschrittenen-Webinar

| | |
|-------------|-------------------|
| 21.02.2018, | 10:00 – 11:00 Uhr |
|-------------|-------------------|

Informationsforen und Veranstaltungen

Alle aktuellen Termine finden Sie hier:

www.juris.de/veranstaltungen

Landesanwaltstag Bremen

09.02.2018

Informationsveranstaltung Stuttgart

| | |
|-------------|-------------------|
| 21.02.2018, | 09:30 – 12:00 Uhr |
| | 13:30 – 16:00 Uhr |

Informationsveranstaltung Saarbrücken

| | |
|-------------|-------------------|
| 14.03.2018, | 09:30 – 12:00 Uhr |
| | 13:30 – 16:00 Uhr |

Informationsveranstaltung Berlin

| | |
|-------------|-------------------|
| 20.03.2018, | 09:30 – 12:00 Uhr |
| | 13:30 – 16:00 Uhr |

STAUDINGER BGB

STAUDINGER Online
exklusiv bei juris!

Zu Recht auf unserer Seite

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

Neben der Gesamtausgabe sind auch folgende Pakete im Teilabonnement erhältlich:

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

Jetzt gratis testen!

www.juris.de/staudinger

Jetzt neu: §§ 1 – 64 WEG

Schlegel | Voelzke

juris PraxisKommentar

SGB IX

Rehabilitation und Teilhabe
behinderter Menschen

Dr. Jochen Kreitner
Prof. Dr. Ernst-Wilhelm Luthe

Online-Kommentar
inkl. E-Book!

NEU: 3. Auflage 2018

Die Neuauflage kommentiert das SGB IX nach seiner strukturellen und inhaltlichen Neufassung durch das Bundesteilhabegesetz (BTHG) zum 01.01.2018.

Die Vorauswirkungen zukünftiger Änderungen zum 01.01.2020 werden bereits mit einbezogen.

Aktualisierungen werden fortlaufend eingearbeitet.

Mit dem Abonnement erhalten Sie Zugriff auf die zitierte Rechtsprechung, Normen und Literatur in der juris Datenbank.

www.juris.de/sgbix

Topaktuell mit
Bundesteilhabegesetz!

juris[®] Das Rechtsportal