

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

JM 4 | April  
2019

## Topthema:

**Eine rätselhafte Neuregelung: Der Kabinettsentwurf zum Schwangerschaftsabbruch**

RA'in Prof. em. Dr. Monika Frommel

## In dieser Ausgabe:

**„Bitte anschnallen“: Rechtswahlklauseln von Airlines nehmen Kurs auf den EuGH**

Prof. Dr. Ansgar Staudinger

**Die Vollstreckung gegen den Staat – Grundsätze und „toxische“ Fälle**

PräsOVG Dr. Lars Brocker

## Interview:

**Verwaltungsgerichte pflegen Rechtsfindung im Diskurs**

PräsBVerwG Prof. Dr. Dr. h.c. Klaus Rennert

**Nahtlosigkeitsregelung und Anspruch auf Arbeitslosengeld**

VPräsBSG Prof. Dr. Thomas Voelzke und RiSG Dr. Franz Guttenberger





## Jetzt noch besser zu Recht kommen!

Als Mitglied des Deutschen Anwaltvereins nutzen Sie exklusiv ein neues rechtsgebiets- und verlagsübergreifendes Literaturpaket für Ihre Online-Recherche: das juris DAV Zusatzmodul.

Sie durchsuchen mit wenigen Klicks mehr als 30 Top-Titel führender Fachverlage der jurisAllianz – intelligent verlinkt und laufend aktualisiert – von A wie Anwaltkommentar bis Z wie Zöller. Zahlreiche Formulare mit Checklisten, Vorlagen und Mustertexten unterstützen Sie optimal bei Ihrer Fallbearbeitung. Mit juris arbeiten Sie stets rechtssicher und sparen nicht nur Zeit, sondern auch bares Geld.

**Speziell für DAV-Mitglieder enthält das Online-Modul u. a.:**

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

**+ Gesetze, zitierte Rechtsprechung und Literaturnachweise**

**Jetzt kostenfrei und unverbindlich testen unter:**  
[www.juris.de/davzusatz](http://www.juris.de/davzusatz)



ab **51,75 €**/Monat

zzgl. MwSt.

**juris**

 DeutscherAnwaltVerein

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Zivil- und Wirtschaftsrecht

**„Bitte anschnallen“: Rechtswahlklauseln von Airlines nehmen Kurs auf den EuGH – zugleich eine Anmerkung zu AG Nürnberg, Beschl. v. 31.10.2018 - 19 C 1084/18**

Prof. Dr. Ansgar Staudinger S. 134

**Haftung für Urheberrechtsverletzungen beim Familienanschluss**

EuGH, Urt. v. 18.10.2018 - C-149/17

Stv. Dir. d. AG Peter Hilgert S. 138

**Verjährungsbeginn der Schadensersatzansprüche gegen den Rechtsanwalt oder Steuerberater**

BGH, Urt. v. 25.10.2018 - IX ZR 168/17

W.a. RiAG PD Dr. Gunter Deppenkemper, LL.M, LL.M S. 140

**Eintragungsfähigkeit der Ehefrau der ein Kind gebärenden Frau als Mit-Elternteil**

BGH, Beschl. v. 10.10.2018 - XII ZB 231/18

RiAG Daniel Terp S. 143

Arbeitsrecht

**Betriebsrentenanpassung der besonderen Art – zum Vorrang des Tarifvertrags**

BAG, Urt. v. 25.09.2018 - 3 AZR 402/17

Prof. Dr. Christian Rolfs S. 145

Sozialrecht

**Nahtlosigkeitsregelung und Anspruch auf Arbeitslosengeld**

VPräsBSG Prof. Dr. Thomas Voelzke und

RiSG Dr. Franz Guttenberger S. 148

Verwaltungsrecht

**Die Vollstreckung gegen den Staat – Grundsätze und „toxische“ Fälle**

PräsOVG Dr. Lars Brocker

S. 155

**Mitwirkungspflicht des Betreibers eines Internetknotenpunkts an strategischer Fernmeldeüberwachung**

BVerwG, Urt. v. 30.05.2018 - 6 A 3/16

VRI'inVG Dr. Nina Koch, LL.M. (Nottingham) S. 159

# INHALT

## AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

### Steuerrecht

#### **Gemeinnütziger Schießsport**

BFH, Urt. v. 27.09.2018 - V R 48/16

RiBFH Dr. Gerhard Michel

S. 162

### Topthema:

### Strafrecht

#### **Eine rätselhafte Neuregelung: Der Kabinettsentwurf zum Schwangerschaftsabbruch**

RA'in Prof. em. Dr. Monika Frommel

S. 165

#### **Nicht jeder, der lügt, betrügt!**

#### **Oder: Täuschung ohne Schaden?**

BGH, Urt. v. 15.03.2018 - 4 StR 425/17

RA Prof. Dr. Guido Britz

S. 171

## INTERVIEW

#### **Verwaltungsgerichte pflegen Rechtsfindung im Diskurs**

Interview mit:

PräsBVerwG Prof. Dr. Dr. h.c. Klaus Rennert

S. 174

## Wenn Recht elementare Fragen von Religion und Ethik beantworten muss...



**Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel,**  
Vorsitzende Richterin am Bundesfinanzhof

steht in der Demokratie der Zwang zum Kompromiss im Raum. Jedoch sind das Recht auf Leben (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) und die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) nicht verhandelbar. Ist es aber der Schutz des noch nicht geborenen menschlichen Lebens?

§ 218 StGB trifft insoweit eine klare Aussage zugunsten des ungeborenen Lebens: „Wer eine Schwangerschaft abbricht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren (bei Tatbegehung durch die Schwangere bis zu einem Jahr) oder mit Geldstrafe bestraft.“ Dies beinhaltet eine weit geringere Schutzintensität als bei Tötung eines geborenen Kindes. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist das ungeborene Leben dem Geborenen gleichartig und insoweit gleichwertig, es untersteht wie dieses dem Schutz von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 und Art. 1 Abs. 1 GG. Den Staat trifft aber keine verfassungsrechtliche Pflicht, die gleichen strafrechtlichen Maßnahmen zum Schutz des geborenen und des ungeborenen Lebens zu treffen. Gleichwohl lassen das Strafgesetzbuch wie auch die Praxis der mehr als 100.000 Abtreibungen im Jahr in Deutschland eine Gleichwertigkeit der beiden Lebensformen nicht erkennen. Will sich der Gesetzgeber nicht klar gegen die Wertung des Bundesverfas-

sungsgerichts stellen, gleichwohl aber den Status quo als „gerechte Abwägung“ darstellen, bleibt nur eine gewisse „Unklarheit“ der normativen Lösung. Diese Unklarheit lässt Raum für politische Detaildiskussion im demokratischen Diskurs und zwingt nicht dazu, das strafrechtliche Schutzgut in seiner grundgesetzlichen Verankerung präzise zu benennen.

Genau diese Unklarheit kritisiert der Beitrag zum Topthema dieser jM-Ausgabe (S. 165) am Kabinettsentwurf zur Einschränkung des Verbots des Anbietens eines ärztlichen Schwangerschaftsabbruchs (§ 219a Abs. 1 Alt. 1 StGB), wengleich mit klarer Fokussierung auf das Entscheidungsrecht der Schwangeren. § 218a Abs. 1 StGB enthält ein Fristenmodell, wonach der Tatbestand des § 218 EStG „nicht verwirklicht“ ist, wenn der Arzt eine Abtreibung während der ersten zwölf Schwangerschaftswochen bewirkt und die Schwangere dem Arzt durch eine Bescheinigung nach § 219 Abs. 2 Satz 2 StGB nachgewiesen hat, dass sie sich mindestens drei Tage vor dem Eingriff hat beraten lassen. Der Gesetzgeber arbeitet hier mit der Figur eines tatbestandslosen, aber rechtswidrigen Handelns. Ein Nothilferecht zugunsten des Ungeborenen wird damit ausgeschlossen, wenn man dem öffentlichen Interesse an einem wirksamen Beratungsschutzkonzept eine sozialetische Schranke entnimmt. Ein allgemeines Modell sozialpädagogischer Bemühung ersetzt dabei die klare Abgrenzung von Recht und Unrecht. In diesem Kontext ist auch § 219a StGB zu sehen. Gem. § 219a Abs. 1 Nr. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer öffentlich eines Vermögensvorteils wegen Dienste zur Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs anbietet. Auf ein Urteil des AG Gießen aus dem Jahr 2017 hin kam es zu einer kontroversen öffentlichen Diskussion über die Berechtigung dieses Tatbestandes. Die Linke und Bündnis 90/Die Grünen wollten seine ersatzlose Streichung. Die gemeinsame Lösung der aktuellen Koalition steht nun zur demokratischen Debatte.

Gott sei Dank muss Recht aber nicht immer derart elementare Fragen klären. Einen bunten Strauß juristisch spannender Themen legt auch dieses Heft der jM vor, abgerundet durch ein Interview des Präsidenten des Bundesverwaltungsgerichts über verwaltungsgerichtliche Rechtsfindung im Diskurs.

Im Namen der Herausgeber wünsche ich eine angenehme Lektüre,

Monika Jachmann-Michel

## „Bitte anschnallen“: Rechtswahlklauseln von Airlines nehmen Kurs auf den EuGH – zugleich eine Anmerkung zu AG Nürnberg, Beschl. v. 31.10.2018 - 19 C 1084/18

Prof. Dr. Ansgar Staudinger

### A. Einleitung

Das AG Nürnberg hat mit Vorlagebeschluss vom 31.10.2018<sup>1</sup> den EuGH nach Art. 267 AEUV um Vorabentscheidung zur Missbräuchlichkeit der Rechtswahlklausel von Ryanair nach Maßgabe von Art. 3 Abs. 1 der Klauselrichtlinie<sup>2</sup> im Zusammenspiel mit Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 Rom I-VO<sup>3</sup> ersucht. Die streitgegenständliche Formularabrede unter der Ziffer 2.4 ist laut Rn. 4 des Beschlusses wie folgt formuliert:

„Sofern das Übereinkommen oder einschlägige Gesetze nichts anderes vorsehen, unterliegt Ihr Beförderungsvertrag mit uns, diesen Beförderungsbestimmungen und unserer Regelungen dem irischen Recht.“<sup>4</sup>

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

#### I. Vorgaben aus der Vorlageentscheidung des EuGH in der Rechtssache C-191/15<sup>5</sup>

Der EuGH hat am 28.07.2016 in der Rechtssache C-191/15 festgehalten, dass eine Rechtswahlklausel nicht gegen die Mindestvorgaben nach Art. 3 Abs. 1 der Klauselrichtlinie verstoßen darf. Sie muss dementsprechend laut Rn. 65 „in Anbetracht der jeweiligen Umstände des Einzelfalles den Anforderungen an Treu und Glauben, Ausgewogenheit und Transparenz“ genügen. Das Verbot der missbräuchlichen Klauselgestaltung nach Art. 3 Abs. 1 des Sekundärrechtsaktes ist nach Auffassung des Gerichtshofs insbesondere im Lichte der Formulierung der betreffenden Formularabrede zu prüfen.<sup>6</sup> Dieses sog. Transparenzgebot aus Art. 5 der Klauselrichtlinie verlangt von Unternehmern, Verbrauchern gegenüber Formularabreden klar und verständlich abzufassen. Dieses Erfordernis muss laut EuGH „unter Berücksichtigung u.a. des geringen Informationsstandes, den der Verbraucher gegenüber dem Gewerbetreibenden besitzt, weit ausgelegt werden“.<sup>7</sup> Nach der Rn. 69 gilt: „Darüber hinaus erscheint es geboten, dass der Klauselsteller den Verbraucher über solche bindenden Rechtsvorschriften unterrichtet, welche die Wirkungen einer Rechtswahlklausel bestimmen“. Dies treffe bspw. auf Art. 6 Abs. 2 Rom II-VO zu. Der EuGH zitiert insofern ganz allgemein Art. 6 Abs. 2 und nicht allein das aus Art. 6 Abs. 2 Satz 2 Rom I-VO resultierende Günstigkeitsprin-

zip. So ist der Verbraucher im Lichte der Vorlageentscheidung darüber zu informieren, dass zwar ein ausländisches Recht gewählt wurde, allerdings ein bestimmter Schutz dem Verbraucher dessen ungeachtet durch das zwingende Aufenthaltsrecht nicht entzogen werden darf. In der Rn. 71 verweist der EuGH noch einmal explizit darauf, dass eine Rechtswahlklausel nach Art. 3 Abs. 1 der Klauselrichtlinie als missbräuchlich erscheine, „sofern sie den Verbraucher in die Irre führt“. Dies sei wiederum dann der Fall, wenn die Formularabrede den Eindruck vermittele, „auf den Vertrag sei nur das Recht dieses Mitgliedstaates anwendbar“.

Die Nachfolgeentscheidung in der Rechtssache Amazon ist vom OGH am 14.12.2017<sup>8</sup> gefällt worden. Zutreffend führt der OGH aus, dass die Wirksamkeit der Rechtswahlklausel laut Art. 3 Abs. 5 Rom I-VO i.V.m. Art. 10 Abs. 1 Rom I-VO grds. nach dem gewählten Recht zu beurteilen ist. Die Frage, ob sich aus Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO oder aus anderen Gründen die Maßgeblichkeit des österreichischen Rechts für die Prüfung der Missbräuchlichkeit der Rechtswahlklausel ergibt, kann laut OGH dahinstehen.

#### II. Übertragung der Amazon-Doktrin auf den vorliegenden Anlassstreit

Vorauszuschicken bleibt, dass die Klauselrichtlinie von ihrem Schutzadressaten allein Verbraucher erfasst, auch

1 AG Nürnberg, Beschl. v. 31.10.2018 - 19 C 1084/18. Das Verfahren wird vor dem EuGH unter dem Az. C-701/18 geführt.

2 Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 05.04.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. Nr. L 95 vom 21.04.2001, S. 29.

3 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.06.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. Nr. L 177 vom 04.07.2008, S. 6.

4 Die Ausführungen gehen zurück auf eine gutachterliche Anfrage aus der Industrie. Zur Gerichtsstandsklausel von Ryanair siehe Staudinger, RdTW 2/2017, 59 ff.

5 EuGH, Urt. v. 28.07.2016 - C-191/15 - „Verein für Konsumenteninformation/Amazon EU Sàrl“.

6 EuGH, Urt. v. 28.07.2016 - C-191/15 - „Verein für Konsumenteninformation/Amazon EU Sàrl“ Rn. 68.

7 EuGH, Urt. v. 28.07.2016 - C-191/15 - „Verein für Konsumenteninformation/Amazon EU Sàrl“ Rn. 68.

8 OGH Wien, Urt. v. 14.12.2017 - 2 Ob 155/16g.

wenn die hier zu untersuchende Rechtswahlbede zugleich für Geschäftsreisende gilt. Der Mindeststandard der Klauselrichtlinie gilt dabei innerhalb des Binnenmarktes für sämtliche Mitgliedstaaten. Den Kontrollmaßstab bilden zwischen Privatrechtssubjekten die Umsetzungsvorschriften etwa im irischen oder deutschen Recht. Für den vorliegenden Fall ist damit laut Art. 3 Abs. 5 im Zusammenspiel mit Art. 10 Abs. 1 Rom I-VO also das irische Recht maßgeblich. Da Irland zur EU gehört und ebenso dort die Mindestvorgaben der Klauselrichtlinie gelten und umgesetzt wurden, ist mithin das gewählte irische Recht richtlinienkonform im Lichte der Amazon-Entscheidung auszulegen. Allenfalls über Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO lässt sich etwa für das Thema des Zustandekommens das Umweltrecht des Kunden als Schutz vor überraschenden Klauseln aktivieren.

### C. Kontext der Entscheidung

#### I. Hinweis auf die „Ermächtigungsgrundlage“ der Rechtswahl

Im vorliegenden Kontext basiert die Rechtswahl auf Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 Buchst. b) bzw. c) Rom I-VO i.V.m. Art. 19 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Rom I-VO. Damit ergibt sich nicht nur ein abweichender kollisionsrechtlicher Aufhänger, sondern auch ein zur Amazon-Rechtssache unterschiedliches kollisionsrechtliches Schutzsystem. Während Art. 6 Abs. 2 Satz 1 Rom I-VO i.V.m. Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO dem Unternehmer grds. Rechtswahlfreiheit unter Beachtung der Schranken in Art. 3 Abs. 3 und 4 Rom I-VO gewährt und lediglich über Art. 6 Abs. 2 Satz 2 Rom I-VO einen Günstigkeitsvergleich vorschreibt, legt der Europäische Gesetzgeber in Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 Rom I-VO von vornherein bei Personenbeförderungsverträgen durch einen abschließenden Katalog fest, welche Sachrechtsordnungen überhaupt wählbar sind. Nun mag man formalistisch aus der Rechtssache Amazon ableiten, dass in der Rechtswahlklausel ebenso auf Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 Buchst. b) bzw. c) Rom I-VO hingewiesen werden müsse. Diesen Ansatz vertritt etwa das LG Frankfurt in der Rechtssache 2-24 O 8/17.<sup>9</sup> Hierauf wie auf die gegenteilige Position etwa vom KG in seinem Urteil vom 21.06.2018 in der Rechtssache 23 U 107/13<sup>10</sup> verweist das AG Nürnberg in Rn. 15 und 16 seines Vorlagebeschlusses, um zu begründen, dass die Vorlagefrage offen und entscheidungserheblich ist.

Das Unterlassen des Hinweises auf die „Ermächtigungsgrundlage“ für die zulässige Rechtswahl bewirkt allerdings keine Irreführung des Verbrauchers und lässt damit ebenso wenig die Klausel bei ihrer rechtlichen Qualifikation als missbräuchlich erscheinen. So ergibt sich durch Aufnahme von Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 Buchst. b) bzw. c) Rom I-VO keine Korrektur bzw. Relativierung des Aussagegehalts der Rechtswahlklausel. Denn auch unter Nennung der Kollisionsnorm von Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 Buchst. b) bzw. c) Rom I-VO ist gerade anders als bei Art. 6 Abs. 2 Satz 2 Rom I-VO allein das gewählte irische Recht maßgeblich. Angesichts dessen lässt sich die Rechtssache C-191/15 wohl nicht für die Bewertung instrumentalisieren, allein die Unterlassung, Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 Buchst. b) bzw. c) Rom I-VO nicht in die Rechtswahlklausel aufzunehmen, bewirke schon für sich einen Transparenzverstoß und mithin eine Missbräuchlichkeit i.S.v. Art. 3 Abs. 1 sowie Art. 5 der Klauselrichtlinie.<sup>11</sup>

II. Intransparenz des Hinweises auf „einschlägige“ Gesetze als Rechtswahlbeschränkung

Der EuGH hat in der Rechtssache Amazon ausgeführt, es sei Sache des nationalen Gerichtes zu ermitteln, ob eine Klausel „in Anbetracht der jeweiligen Umstände des Einzelfalles den Anforderungen an Treu und Glauben, Ausgewogenheit und Transparenz genügt“. <sup>12</sup> Insofern ist eine Einzelfallbetrachtung entscheidend, welche die konkrete Klausel betreffen muss. Damit bildet der Vorbehalt unter Verweis auf das Montrealer Übereinkommen <sup>13</sup> sowie „einschlägige Gesetze“ den konkreten Aufhänger für eine Transparenzkontrolle und drohende Irreführung.

Ryanair definiert nämlich innerhalb des Klauselwerks <sup>14</sup> bei Art. 1 unter „Begriffsbestimmung“ den Ausdruck „Übereinkommen“ dahin, dass hiermit das Übereinkommen von Montreal aus dem Jahr 1999 gemeint sei. Hinsichtlich der weiteren Rechtswahlbeschränkung wird indes der Begriff „einschlägige Gesetze“ nicht unter Art. 1 und auch an keiner anderen Stelle im Klauselwerk erläutert. Damit ergibt sich zunächst die Schwierigkeit für den Verbraucher, dass er aus der Perspektive eines juristischen Laien zu prüfen hat, was mit dem Begriff Gesetz gemeint ist und welche Gesetze hier überhaupt einschlägig sein könnten.

Sicherlich erweist sich damit bereits die Formulierung „einschlägige Gesetze“ als nicht hinreichend klar und verständlich, sondern intransparent. Dies gilt weniger mit Blick dar-

<sup>9</sup> LG Frankfurt/M., Urte. v. 14.12.2017 - 2-24 O 8/17 Rn. 36; abweichend OLG Frankfurt, Urte. v. 13.12.2018 - 16 U 15/18. Das Verfahren ist nunmehr unter dem Az. X ZR 3/19 beim BGH anhängig.

<sup>10</sup> KG, Urte. v. 21.06.2018 - 23 U 107/13.

<sup>11</sup> So schon Ferrari/Staudinger, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 5 Rom I-VO Rn. 48b m.w.N.; Staudinger/Staudinger, Reisevertragsrecht, 2016, Vorbemerkung zu §§ 651a – 651m Rn. 145 f.

<sup>12</sup> EuGH, Urte. v. 28.07.2016 - C-191/15 - „Verein für Konsumenteninformation/Amazon EU Sàrl“ Rn. 65.

<sup>13</sup> Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr (Montrealer Übereinkommen) vom 28.05.1999, ABl. Nr. L 194 vom 18.07.2001, S. 39.

<sup>14</sup> Stand des Klauselwerks ist der 28.11.2018, abrufbar unter: [www.ryanair.com/de/de/nutzliche-infos/service-center/allgemeine-geschaftsbedingungen](http://www.ryanair.com/de/de/nutzliche-infos/service-center/allgemeine-geschaftsbedingungen) (zuletzt abgerufen am 21.02.2019).

auf, dass es sich um einen dynamischen Begriff handelt und der Kunde gezwungen bleibt, den jeweils aktuell geltenden Stand von Rechtsvorschriften auf ihre Einschlägigkeit hin kontrollieren zu müssen. Vielmehr bleibt vollkommen im Dunkeln, ob es sich hierbei um Gesetze von Irland, Deutschland, eines anderen Mitgliedstaates oder Drittstaates handeln könnte. So mag ein durchschnittlicher Leser mit Lebensmittelpunkt in Deutschland das Klauselwerk in hiesiger Sprache dahin verstehen, dass es sich um Rechtsvorschriften aus der Feder des deutschen Gesetzgebers handeln müsse. Die Wahl des irischen Rechts könnte hingegen darauf hindeuten, die Formularabrede beziehe sich auf einschlägige Normen von Irland. Vor allem ist für einen juristischen Laien nicht erkennbar, woraus sich ergeben soll, ob bestimmte Gesetze eines Landes einschlägig sind oder nicht.

### III. Irreführung durch Verschweigen gerade der Fluggastrechte-VO<sup>15</sup> als weitere gewichtige Rechtswahlschranke

Eine Irreführung und damit Missbräuchlichkeit i.S.v. Art. 3 Abs. 1 sowie Art. 5 der Klauselrichtlinie ergibt sich ferner vor allem dadurch, dass der Klauselsteller den Eindruck suggeriert, allein das „Übereinkommen“ sowie „einschlägige Gesetze“ limitierten bzw. modifizierten die Rechtswahl. Genau in dieser nur scheinbaren Abgeschlossenheit von Rechtswahlschranken liegt zweifelsohne ein Transparenzverstoß, jedenfalls mit Blick auf die Fluggastrechte-VO als zentralem Ausschnitt des europäisierten und vereinheitlichten Luftrechts. So lässt sich unter dem Begriff „Übereinkommen“ im Lichte von Art. 1 und der dortigen Begriffsbestimmung allein das Montrealer Übereinkommen verstehen, nicht indes die Fluggastrechte-Verordnung. Ebenso wenig erscheint denkbar, sie unter den Begriff der einschlägigen Gesetze zu fassen. Dies ergibt sich aus einer Gesamtschau der einzelnen Artikel des Klauselwerkes. So unterscheidet Ryanair selbst zwischen dem Begriff des Gesetzes und etwa demjenigen der Verordnung. So werden Verordnungen bspw. unter Ziffer 5 Nr. 2 angeführt, neben der Verordnung (EG) Nr. 1107/2006<sup>16</sup> insbesondere auch die Verordnung (EG) Nr. 261/2004 und damit die Fluggastrechte-Verordnung. Von Gesetzen bzw. Gesetzgebung wiederum spricht der Klauselsteller etwa in Ziffer 8.4.6. Demgegenüber wird die Fluggastrechte-Verordnung erneut unter Ziffer 9.2.1 erwähnt. Ein weiterer Hinweis auf diesen Sekundärrechtsakt findet sich in der Klausel 10.2. Demgegenüber ist in der Klausel 13.1.1 von Gesetzen sowie in 13.1.2 von anwendbaren Gesetzen die Rede. Hingegen verweist der Klauselsteller in Ziffer 14.1 auf Sekundärrechtsakte, etwa die Verordnung Nr. 2027/97 (in der geänderten Fassung der Verordnung Nr. 889/2002).<sup>17</sup> In der Formularabrede 15.2.1 nimmt Ryanair wieder Bezug auf die Fluggastrechte-Verordnung. Dies gilt gleichermaßen im Rahmen der Klausel 15.5. Gerade beim letzten Satz dieser Formularabre-

de wird augenfällig, dass Ryanair selbst semantisch zwischen Verordnungen und dort auch der Fluggastrechte-Verordnung auf der einen sowie dem Begriff des Gesetzes auf der anderen Seite unterscheidet. So wird aus der Formulierung der dortigen Abrede deutlich, dass mit dem Begriff Gesetz eher eine nationalstaatliche Gesetzgebung im Sinne von Sachnormen gemeint ist, während die Fluggastrechte-Verordnung zum supranationalen Recht in Form einer unmittelbar anwendbaren Verordnung zählt.

Diese sprachliche Differenzierung lässt sich ebenso der Rubrik „Regelungen von Ryanair zu bestimmten Themen“ entnehmen. So findet sich unter der Überschrift „Anspruchsfristen für die Verspätung, Verlust oder Beschädigung von Gepäck“ der Hinweis auf das Montrealer Übereinkommen von 1999. Dies gilt gleichermaßen für den Abschnitt „Grundlagen dieser Information“. Dort wird nicht nur das Montrealer Übereinkommen genannt, sondern erläutert, dass dieses durch bestimmte Verordnungen zur Anwendung gelangt, nämlich kraft der Verordnung (EG) Nr. 2027/97 und Nr. 889/2002. Bezugnahmen auf derartige Sekundärrechtsakte finden sich dann noch unter „Beförderung von Personen mit Behinderungen oder eingeschränkter Mobilität“ sowie unter „Passagiere, die auf die Hilfe eines Begleiters angewiesen sind“.

Damit bleibt festzuhalten: Weder der Begriff „Übereinkommen“ noch der Ausdruck „einschlägige Gesetze“ lässt sich aus der Perspektive eines Verbrauchers dahin verstehen, dass hierunter ebenso die Fluggastrechte-Verordnung fällt. Nun ist allerdings gerade die Fluggastrechte-Verordnung zweifelsohne ebenso Einheitsrecht, welches neben das Montrealer Übereinkommen tritt und gleichermaßen das gewählte irische Recht verdrängt bzw. überlagert. Vor allem bildet die Fluggastrechte-VO den zentralen Baustein des Europäischen Gesetzgebers im Bereich des Kundenschutzes, welcher das Montrealer Übereinkommen flankiert. Die Rechtswahlklausel von Ryanair erweist sich demzufolge als irreführend, intransparent und insofern als missbräuchlich i.S.v. Art. 3 Abs. 1 und Art. 5 der Klauselrichtlinie, weil sie

15 Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.02.2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/91, ABl. Nr. L 46 vom 17.02.2004, S. 1.

16 Verordnung (EG) Nr. 1107/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 05.07.2006 über die Rechte von behinderten Flugreisenden und Flugreisenden mit eingeschränkter Mobilität, ABl. Nr. L 204 vom 26.07.2006, S. 1.

17 Verordnung (EG) Nr. 889/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.05.2002 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2027/97 des Rates über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen, ABl. Nr. L 140 vom 30.05.2002, S. 2.



nur einen begrenzten Ausschnitt von etwaigen Rechtswahl-schranken nennt, und mit der Fluggastrechte-VO einen zentralen Rechtsakt ausblendet.

So geht es nicht um die Frage, ob das Transparenzgebot und Irreführungsverbot es überhaupt erfordern, Rechtsquellen des Einheitsrechts neben dem gewählten Recht anzuführen. Hier geht es vielmehr darum, dass der Klauselsteller selbst einen Vorbehalt formuliert und die eigene Rechtswahl relativiert, und zwar zunächst mithilfe eines nicht klaren und verständlichen Begriffs, nämlich desjenigen der „einschlägigen Gesetze“. Der zweite Vorwurf zielt dahin, es versäumt zu haben, neben dem Montrealer Übereinkommen auf die Fluggastrechte-VO als zentrale Rechtsquelle hinzuweisen.

Der hier vertretenen Ansicht steht auch nicht entgegen, dass Art. 14 der Fluggastrechte-VO eine Informationspflicht für den ausführenden Luftfahrtunternehmer schafft. Hier geht es vielmehr um die Gefahr, dass ein Verbraucher durch das Benennen von Schranken wie den „einschlägigen Gesetzen“ sowie dem lediglich partiellen Verweis auf Einheitsrecht in Gestalt des Montrealer Übereinkommens dem Fehlschluss unterliegt, dieser Vorbehalt erweise sich als abschließend und das gewählte irische Recht überspiele die Fluggastrechte-VO.

Die vorliegend befürwortete Einschätzung steht nicht im Widerspruch zu den Ausführungen im Schrifttum, insbesondere denen aus der Feder von Mankowski.<sup>18</sup> So wirft er in seinem Beitrag in der NJW 2016 auf der Seite 2707 die Frage auf, ob es im Lichte der Rechtssache Amazon nicht konsequenterweise auch Hinweise geben müsste auf Rechtswahl-schranken wie etwa europäisches Einheitsrecht in Form der Passagierrechte-Verordnung. Nach Ansicht von Mankowski drohen allerdings die Hinweis- und Informationspflichten hypertroph zu werden. Eine Rechtswahlklausel würde dann mehr Verwirrung als Nutzen stiften. So stünden Transparenz- und Vollständigkeitsstreben miteinander im Konflikt. Selbst wenn man dem im Ausgangspunkt zustimmen mag, ist sicherlich dem Transparenzgebot bei der konkreten Rechtswahlklausel insoweit nicht Genüge getan, als eine Vollständigkeit von Rechtswahl-schranken suggeriert wird und offensichtlich eine der bedeutsamsten Rechtsakte, nämlich die Fluggastrechte-Verordnung unerwähnt bleibt. Hierdurch wird zum Nachteil des Verbrauchers die wahre Rechtslage verschleiert und er als Klauselgegner in die Irre geführt.

Der Vollständigkeit halber ist folgender Zusatz veranlasst. Ein weiterer Kritikpunkt besteht darin, dass die Rechtswahlklausel auch deshalb irreführend und damit missbräuchlich erscheint, weil suggeriert wird, dass bspw. für die Lückenschließung in Bezug auf die Fluggastrechte-Verordnung stets und immer irisches Recht als gewähltes Statut eingreift. Wie be-

reits der Verfasser in der jM 2016 auf den Seite 448 ff. ausgeführt hat, gilt aber bspw. für die Zession von Ansprüchen aus der Fluggastrechte-VO Folgendes: Nach Art. 14 Abs. 2 Rom I-VO ist insofern das hypothetische Forderungsstatut zwischen dem faktischen Luftbeförderer und dem betroffenen Kunden anhand objektiver Anknüpfung nach Art. 5 Abs. 2 UAbs. 1 Satz 1 und subsidiär Satz 2 Rom I-VO zu bestimmen. Sofern sich laut Art. 5 Abs. 2 UAbs. 1 Satz 2 Rom I-VO der gewöhnliche Aufenthalt (nach Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 Rom I-VO bzw. anhand allgemeiner Grundsätze des IPR) des Kunden mit dem Abgangs- oder Bestimmungsort deckt, wird insofern das Recht des Landes, in dem jener seinen Lebensmittelpunkt hat, nach Art. 20 Rom I-VO zur Anwendung berufen. Für in Deutschland ansässige Kunden ergibt sich im Lichte von Art. 5 Abs. 3 Rom I-VO aus einer Gesamtschau unter Einbeziehung der Rechtswahl wohl keine Korrektur. Diese Form des befürworteten Lückenschlusses kraft objektiver Anknüpfung ist zwar noch nicht zur vorherrschenden Ansicht avanciert, aber bereits von der Judikatur aufgegriffen worden, etwa vom AG Bremen in seiner Entscheidung vom 01.06.2017<sup>19</sup> in der Rn. 20. Daher ergibt sich der Befund, dass die Wahl des irischen Rechts insofern unzutreffend und mithin irreführend dargestellt wird, als nicht nur die Fluggastrechte-Verordnung, sondern auch für den anschließenden Lückenschluss ebenso wenig uneingeschränkt das gewählte irische Recht eingreift.

#### IV. Unwirksamkeit der Rechtswahlklausel wegen Verstoßes gegen Art. 14 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a) Rom II-VO

Ein weiterer Kritikpunkt betrifft die mögliche Einbeziehung von außervertraglichen Schuldverhältnissen und den damit einhergehenden Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a) Rom II-VO.<sup>20</sup> Denn die Wahl irischen Rechtes in der Ziffer 2.4 könnte sich ggf. ebenso auf Ansprüche außervertraglicher Natur beziehen. Insoweit gestattet Art. 14 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a) Rom II-VO gegenüber einem Verbraucher jedoch allein eine Rechtswahl durch Vereinbarung nach Eintritt des schadenbegründenden Ereignisses. Zu klären bleibt anfangs, ob sich die Rechtswahlklausel tatsächlich auf den Bereich der außervertraglichen Schuldverhältnisse i.S.v. Art. 1 Abs. 1 Satz 1 Rom II-VO erstreckt. Nun ist zwar Ryanair zugutezuhal-

18 Das AG Nürnberg geht in seinem Vorlagebeschluss in der Rn. 16 auf einen Beitrag von Mankowski in der RRA 2014, 118 und demnach im Vorfeld zur Amazon-Entscheidung des EuGH ein.

19 AG Bremen, Urt. v. 01.06.2017 - 9 C 63/17. Beachte überdies AG Bremen, Urt. v. 10.08.2018 - 7 C 308/17.

20 Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.07.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II), ABl. Nr. L 199/40 vom 31.07.2007, S. 40.

ten, dass die Klausel mit der Ziffer 2.4 nicht dahin formuliert ist, die Rechtswahl erfasse „sämtliche“ bzw. „alle Rechtsbeziehungen“. Indes ist die Klausel mit der Ziffer 2.4 dahin abgefasst, dass sich die Wahl des irischen Rechtes nicht allein auf den Beförderungsvertrag beschränkt, sondern gleichermaßen die Beförderungsbestimmungen sowie weitere Regelungen einschließt. Der Begriff „Beförderungsbestimmungen“ wird dabei zwar nicht unter Art. 1 definiert, wohl aber der Ausdruck „Regelungen“. Danach bezeichnet dieser Begriff „Regelungen von Ryanair zu bestimmten Themen, die von Zeit zu Zeit gültig sind“. Hinzu kommt, dass etwa in der Formularabrede 2.3 anstelle von Beförderungsbestimmungen von „Beförderungsbedingungen“ die Rede ist.

Bei einer Gesamtschau ergibt sich, dass jedenfalls unter Art. 1 der Begriff des Schadens dahin verstanden wird, dass er ganz allgemein „Tod, Verletzung oder andere körperliche Schädigung eines Fluggastes, Verlust, Teilverlust, Diebstahl oder andere Schäden am Gepäck“ bezeichnet, „die durch oder im Zusammenhang mit der Beförderung durch andere, damit verbundene Leistungen, die wir ausgeführt haben, entstanden sind“. Mithin ist nicht ausgeschlossen, dass die Wahl des irischen Rechtes, welches nicht nur auf den Beförderungsvertrag, sondern zugleich Beförderungsbestimmungen sowie Regelungen bezogen ist, Schäden aus außervertraglicher Haftung einbezieht. Hierfür spricht ebenso der Art. 14 über die „Haftung im Schadensfall“, welcher allgemein gefasst ist.

Ein deutlicher Hinweis lässt sich ferner der Klausel mit der Ziffer 15.4 über die Abtretung entnehmen. So stellt Ryanair einerseits Schranken für die Zession auf, führt dann aber aus, dass das Abtretungsverbot nicht bei „außervertraglichen Schadensersatzansprüchen gegen uns“ gilt. Damit nimmt Ryanair diese allein auf der Sachrechtsebene des irischen Rechtes in Bezug etwa auf deliktische Ansprüche zurück, nicht jedoch die Wahl des irischen Rechtes selbst. Wenn aber irisches Recht auch für die Beförderungsbestimmungen und damit die Abtretung in toto gewählt wird, so ist im Zweifel zum Nachteil des Klauselstellers davon auszugehen, dass er ebenfalls im weitesten Sinne Ansprüche außervertraglicher Natur dem irischen Recht unterstellt. Für die Abtretung gilt insoweit Art. 14 Rom II-VO. Dabei ist zwischen dem Forderungs- und Deliktsstatut zu unterscheiden. Letzteres ergibt sich aus der Rom II-VO unter Einschluss von Art. 14 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a) Rom II-VO. Anhand dieser Vorgabe erweist sich die Wahl irischen Rechtes jedenfalls Verbrauchern gegenüber als unzulässig.

#### **D. Ergebnis**

Die Amazon-Doktrin lässt sich mit Bedacht übertragen und erhöht die Anforderungen an die Transparenz einer Rechts-

wahlklausel auch in Luftbeförderungsverträgen. Die vom AG Nürnberg dem EuGH unterbreitete Formularabrede von Ryanair erweist sich schon wegen des unvollständigen Vorbehalts, der lediglich das Montrealer Übereinkommen sowie den intransparenten Ausdruck der „einschlägigen Gesetze“ in Bezug nimmt, nicht aber die Fluggastrechte-VO als zentralen weiteren Sekundärrechtsakt, als missbräuchlich i.S.v. Art. 3 Abs. 1 und 5 der Klauselrichtlinie bzw. der irischen Umsetzung. Denn dadurch wird die wahre Rechtslage verschleiert und der Verbraucher in die Irre geführt. Hinzu kommt ein weiterer Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a) Rom II-VO.

### **Haftung für Urheberrechtsverletzungen beim Familienanschluss**

EuGH, Urt. v. 18.10.2018 - C-149/17

Stv. Dir. d. AG Peter Hilgert

#### **A. Einführung**

Wegen der einfachen Ermittelbarkeit des Anschlussinhabers steht das illegale Filesharing seit Jahren im Zentrum der juristischen Diskussion. Hierbei wird nicht nur illegal das begehrte, urheberrechtlich geschützte Werk heruntergeladen, sondern auch, quasi als Kollateralschaden, für Dritte zum Download angeboten. Die IP-Adresse des Routers und hierüber die Kontaktdaten des Anschlussinhabers sind so problemlos ermittelbar. Da üblicherweise auch Dritte, bspw. Familienmitglieder, über den Router einen Internetzugang haben, ist eine exakte Täterbestimmung nicht möglich.

#### **B. Inhalt und Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits**

Dies war auch die Ausgangslage im vorliegenden Verfahren, in welchem über den Internetanschluss des Beklagten ein Hörbuch Dritten zum illegalen Download angeboten wurde. Die Klägerin, der Bastei Lübbe Verlag, der Inhaber der Urheberrechte und verwandter Schutzrechte des Tonträgerherstellers ist, beantragt deshalb die Zahlung von Schadensersatz. Der Beklagte bestreitet die Tat und verweist u.a. auf die Zugriffsmöglichkeit seiner Eltern auf den Internetanschluss. Erinstanzlich wies das AG München die Schadensersatzklage mit dem Hinweis auf die mögliche Täterschaft der Eltern ab. Mangels substantiierten Vortrags zu deren Internetnutzung neigte das LG München I im Berufungsverfahren dazu, der Klage stattzugeben. Hieran sah

es sich durch die „Afterlife“-Rechtsprechung des BGH<sup>1</sup> gehindert, deren Vereinbarkeit mit europäischem Recht das Landgericht bezweifelt und deshalb die Sache dem EuGH zur Vorabentscheidung vorlegte. In enger Auslegung dieser Anfrage setzt sich der EuGH nicht mit der Rechtsprechung des BGH auseinander. Er befasst sich ausschließlich damit, ob die Vereinbarkeit mit Unionsrecht gegeben wäre, wenn die Klage allein wegen der Zugriffsmöglichkeit eines (weiteren) Familienmitglieds ohne Angaben zu Zeitpunkt und Art der Nutzung durch dieses und ohne die Möglichkeit der Erhebung weiterer Beweismittel abgewiesen würde.

Ausgangspunkt der Entscheidungsbegründung ist der 9. Erwägungsgrund der RL 2001/29, deren Hauptziel die Erreichung eines hohen Schutzniveaus für das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte sei. Hieraus folge, dass jeder Mitgliedstaat bei Verstößen gegen die Rechte und Pflichten aus dieser Richtlinie gem. Art. 8 der RL 2001/29 in Verbindung mit dem 58. Erwägungsgrund angemessene Sanktionen und Rechtsbehelfe vorsehen müsse. Diese müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein und der Rechteinhaber müsse bei Verstößen u.a. die Möglichkeit zur Klage auf Schadensersatz haben. Der Mitgliedstaat müsse deshalb gem. Art. 6 Abs. 1 RL 2004/48 dem Geschädigten ermöglichen, vom Inhaber des Internetanschlusses, der Ausgangspunkt der Urheberrechtsverletzung war, die in seiner Verfügungsgewalt befindlichen und zur Begründung seiner Ansprüche notwendigen Beweismittel zu erlangen.

Andererseits sei der Schutz vertraulicher Informationen zu gewährleisten. Die Mitglieder einer Familie stünden gem. Art. 7 GRCh unter einem besonderen Schutz und könnten nicht verpflichtet werden, sich gegenseitig zu belasten, wenn eines von ihnen einer rechtswidrigen Tat verdächtigt würde. Dieses Anliegen finde auch in Art. 8 Abs. 3d der RL 2004/48 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 und 2 seinen Niederschlag.

Allerdings dürfe dies nicht zu einem quasi absoluten Schutz der Familienmitglieder des Anschlussinhabers führen. Denn auch das geistige Eigentum unterliege gem. Art. 17 Abs. 2 GRCh grundrechtlichem Schutz, sodass das Gleichgewicht zwischen verschiedenen, durch Unionsrecht geschützten Grundrechten unter Achtung deren Wesensgehalts (Art. 52 Abs. 1 GRCh) sicherzustellen sei.

Dieses Gleichgewicht der Grundrechte sowie das Grundrecht auf einen wirksamen Rechtsbehelf würden verletzt, wenn das nationale Gericht in Auslegung der nationalen Regelung daran gehindert würde, auf klägerischen Antrag hin die Vorlage und Erlangung von Beweismitteln zu verlangen, die Familienmitglieder der gegnerischen Partei betreffen, sodass die Feststellung der behaupteten Urheberrechtsverletzung und die Identifizierung des Täters unmöglich gemacht würden. In diesem Fall sei das gerichtliche Verfahren nicht geeignet, die in Art. 3 Abs. 1 RL 2004/48 verlangte Durchsetzung

der Rechte des geistigen Eigentums zu gewährleisten. Entgegen den Anforderungen des Art. 8 Abs. 1 RL 2001/29 gebe es dann auch keine wirksamen und abschreckenden Sanktionen, um gegen Zuwiderhandlungen vorgehen zu können.

Anders verhielte es sich, wenn dem Rechteinhaber ein anderer wirksamer Rechtsbehelf zur Verfügung stünde, um die zivilrechtliche Haftung des Anschlussinhabers zu ermöglichen. Zudem sei es Sache des nationalen Gerichtes, zu prüfen, ob das nationale Recht andere Mittel, Verfahren oder Rechtsbehelfe enthalte, um die Erteilung der erforderlichen Auskünfte anzuordnen, mit denen sich die Urheberrechtsverletzung und die Täterschaft feststellen lasse.

### C. Kontext der Entscheidung

Mit seiner Entscheidung befindet sich der EuGH auf einer Linie mit dem BGH, der seine Rechtsprechung zur Haftung des Anschlussinhabers in den letzten Jahren in diversen Entscheidungen erläutert und fortentwickelt hat. So reicht allein der Hinweis auf die Zugriffsmöglichkeit von Familienangehörigen auch nach der BGH-Rechtsprechung nicht aus. Der Anschlussinhaber ist vielmehr zu Angaben über die eigene Internetnutzung und die Installation von Filesharing-Software verpflichtet.<sup>2</sup> Nutzen Familienangehörige den gleichen Internetanschluss, so wägt auch der BGH die Grundrechte auf Eigentum gem. Art. 14 GG, Art. 17 GRCh und den Schutz von Ehe und Familie gem. Art. 6 GG, Art. 7 GRCh gegeneinander ab. Der Inhaber eines Internetanschlusses hat danach nachvollziehbar vorzutragen, welche Personen mit Rücksicht auf Nutzerverhalten, Kenntnisse und Fähigkeiten sowie in zeitlicher Hinsicht Gelegenheit hatten, die fragliche Verletzungshandlung ohne Wissen und Zutun des Anschlussinhabers zu begehen. Zur Ermittlung dieser Daten kann er auch zu zumutbaren Nachforschungen, bspw. durch Befragen der Familienangehörigen verpflichtet sein.<sup>3</sup> Die Weigerung der nicht beweispflichtigen Partei, einen nur ihr bekannten Zeugen ohne triftigen Grund namhaft zu machen, kann zudem im Rahmen der Beweiswürdigung als Beweisvereitelung zu deren Lasten berücksichtigt werden.<sup>4</sup> Auf ein Auskunfts- bzw. Zeugnisverweigerungsrecht gem. §§ 383, 384 ZPO kann sich die Partei eines Zivilprozesses, anders als ein Zeuge, nicht berufen, sie unterliegt allein der Wahrheitspflicht gem. § 138 ZPO.<sup>5</sup>

Demgegenüber besteht weder eine Dokumentationspflicht über die Internetnutzung der Familienangehörigen noch die

1 BGH, Urt. v. 06.10.2016 - I ZR 154/15.

2 BGH, Urt. v. 06.10.2016 - I ZR 154/15 - „Afterlife“ Rn. 27.

3 BGH, Urt. v. 30.03.2017 - I ZR 19/16 - „Loud“ Rn. 15.

4 LG Frankfurt, Beschl. v. 27.10.2017 - 2-03 S 12/17 Rn. 11.

5 BGH, Urt. v. 30.03.2017 - I ZR 19/16 - „Loud“ Rn. 27.

Verpflichtung, deren Computer auf Filesharing-Software zu untersuchen.<sup>6</sup> Die Ermittlung des Täters ist nicht Teil der sekundären Darlegungslast,<sup>7</sup> sodass auch keine Verpflichtung besteht, die Log-Files des Routers auszulesen und dauerhaft zu speichern, aus denen sich ergibt, welches Endgerät wann eingeloggt war. Eine solche Maßnahme wäre mangels Rechtfertigung gem. Art. 6 DSGVO unzulässig.<sup>8</sup>

#### D. Auswirkungen für die Praxis

Aufgrund der technischen Entwicklung dürfte das Dauerstreitthema „Filesharing“ auch durch die aktuelle EuGH/BGH-Rechtsprechung nicht beendet sein. So erübrigt sich fast schon die Frage nach spezieller Filesharing-Software, da inzwischen ein Add-on zum Browser oder eine App auf dem Smartphone/Tablet hierfür ausreichend sind. Nur computeraffinen Nutzern ist hierbei die Möglichkeit des Filesharing bewusst, da sich diese Apps, wie bspw. Popcorn Time,<sup>9</sup> als reine Videoplayer gerieren.<sup>10</sup>

Bei der heute üblichen Internetnutzung via Smartphone erübrigt sich auch die Frage nach Nutzungszeiten, diese sind üblicherweise ganztägig mit dem Internet verbunden. Der Anschlussinhaber hat nunmehr dazu vorzutragen, welche Familienmitglieder zur Tatzeit zuhause und damit in Reichweite des lokalen WLANs gewesen sind. Dies wird nur zeitnah möglich sein, bei längerem Zeitablauf zwischen Rechtsverletzung und Abmahnung dürfte im Zweifel keine konkrete Erinnerung an derartigen Alltäglichkeiten bestehen.<sup>11</sup>

Verfügt der Anschlussinhaber über keine eigenen Erkenntnisse hierüber, so muss er die Familienangehörigen hierzu ebenso befragen wie auch zu deren Internetaktivitäten. Eine Verpflichtung zur Beantwortung dieser Fragen besteht nicht, sodass er bei Weigerung mit seinen Nachforschungen an seine Grenzen kommt. Der Anschlussinhaber ist im Rahmen der sekundären Darlegungslast nicht verpflichtet, dem Anspruchsteller die von ihm benötigten Informationen zu liefern.<sup>12</sup>

Dies ergibt sich auch aus dem den Familienangehörigen zustehenden Zeugnis- (§ 383 ZPO/§ 52 StPO) bzw. Auskunftsverweigerungsrecht (§ 384 ZPO/§ 55 StPO). Macht ein Familienangehöriger Angaben, so muss er sich bewusst sein, dass hiermit nicht nur zivilrechtliche Risiken verbunden sind. Im Hinblick auf die Strafbarkeit von Urheberrechtsverletzungen gem. § 106 UrhG besteht im Fall eines Strafantrages auch die Gefahr der Einleitung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens. Da die Entscheidung über die Ausübung der Schutzrechte allein dem Zeugen obliegt, dürfen im Rahmen der Beweiswürdigung hieraus keine Schlussfolgerungen zum Nachteil einer Partei gezogen werden.<sup>13</sup>

Dass dieses im Ergebnis dazu führen kann, dass weder der Anschlussinhaber noch ein von ihm benanntes Familienmitglied in Haftung genommen werden kann, ist nach der Rechtsauffassung des EuGH, der ausdrücklich auf die Beachtung der prozessualen Grundsätze verweist, hinzunehmen. Durch einen effektiven Kopierschutz kann der Rechtsinhaber die systemimmanente Gefahr von Raubkopien beim Vertrieb digitaler Inhalte zumindest erheblich minimieren.<sup>14</sup>

6 BGH, Urt. v. 06.10.2016 - I ZR 154/15 - „Afterlife“ Rn. 26.

7 BGH, Urt. v. 27.07.2017 - I ZR 68/16 - „Ego-Shooter“ Rn. 18.

8 Hilgert/Greth, Urheberrechtsverletzungen im Internet, 1. Aufl. 2014, Rn. 999 betreffend § 4 BDSG a.F.

9 [https://en.wikipedia.org/wiki/Popcorn\\_Time](https://en.wikipedia.org/wiki/Popcorn_Time) (zuletzt abgerufen am 12.02.2019).

10 [www.urheberrecht.de/popcorn-time](http://www.urheberrecht.de/popcorn-time) (zuletzt abgerufen am 12.02.2019).

11 BGH, Urt. v. 27.07.2017 - I ZR 68/16 - „Ego-Shooter“ Rn. 18.

12 LG Bielefeld, Urt. v. 18.09.2018 - 20 S 18/17.

13 BGH, Urt. v. 27.07.2017 - I ZR 68/16 - „Ego-Shooter“ Rn. 28; LG Bielefeld, Urt. v. 18.09.2018 - 20 S 18/17.

14 Hilgert/Greth, Urheberrechtsverletzungen im Internet, 1. Aufl. 2014, Rn. 537 ff.

### Verjährungsbeginn der Schadensersatzansprüche gegen den Rechtsanwalt oder Steuerberater

BGH, Urt. v. 25.10.2018 - IX ZR 168/17

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

#### A. Problemstellung

Der Gedanke, dass ein Anspruch nach Zeitablauf nicht mehr durchgesetzt werden kann, ja sogar verloren geht, ist uralte. Nach den Zwölftafeln (XII, 6, 3; ca. 450 v. Chr.) betrug die Gewährleistungshaftung für den Gebrauch eines Grundstücks zwei, bei anderen Sachen ein Jahr. Die Römer folgerten daraus eine sogar rechtserwerbende Ersitzung, die wir heute – mit deutlich längeren Fristen – bei Grundstücken in §§ 900, 927 BGB<sup>1</sup> und bei beweglichen Sachen in § 937 BGB kennen.<sup>2</sup> Allgemeiner bestimmt eine Kaiserkonstitution von 424 n. Chr. eine (bloß erlöschend wirkende) Klageverjährung nach dreißigjährigem Schweigen (CTh. 4, 14 bzw. C. 7, 39, 3, 1).<sup>3</sup> Daraus entwickelte insbesondere Savigny das ins BGB übernommene zweispurige Modell einer

1 Gursky in: Staudinger, BGB, 2013, § 900 Rn. 23.

2 Wiegand in: Staudinger, BGB, 2017, § 937 Rn. 16.

3 Vgl. Hermann in: HHK, BGB, 2003, Band I, §§ 194 – 225 Rn. 7.

Ersitzung im Sachenrecht einerseits und der – allgemeiner verstandenen und daher im 1. Buch geregelten – Verjährung des (subjektiven) Anspruchs (§ 194 Abs. 1 BGB).<sup>4</sup>

Verjährung bedeutet, dass zwar weiterhin der anspruchsbegründende Tatbestand erfüllt ist und der entstandene Anspruch grds. nicht untergeht (vgl. § 214 Abs. 2 BGB als Ausnahme von § 813 BGB). Selbst seine Durchsetzbarkeit bleibt durch den Eintritt der Verjährung für sich unberührt. Allerdings kann der Schuldner Verjährung als Einrede im materiellen Sinne geltend machen und damit dauerhaft die Leistung verweigern, d.h. dem Anspruch die Durchsetzbarkeit nehmen.<sup>5</sup> Wie im Wesentlichen schon durch Savigny<sup>6</sup> wird diese Wirkung der Verjährung auch heute durch die mit Zeitablauf – vom Gläubiger verhinderbar – eintretende Beeinträchtigung der Verteidigungsmöglichkeiten des Schuldners, mit dem Interesse an Rechtsfrieden und der Rechtssicherheit<sup>7</sup> und auch mit einer Entlastung der Gerichte legitimiert.<sup>8</sup> Für den Schuldner wird es mit Zeitablauf zunehmend schwerer, Nachweise für streitige anspruchshemmende oder -vernichtende Tatsachen beizubringen und ggf. seinerseits Regress bei Dritten zu nehmen,<sup>9</sup> während der Gläubiger derartigen Beweisnöten durch rechtzeitige Geltendmachung des Anspruchs oder entsprechende Beweissicherung vorbeugen kann.

Prämisse ist – außerhalb weit gefasster zeitlicher Höchstfristen (§ 199 Abs. 2 – 4 BGB) – freilich, dass der Gläubiger „eine reelle, faire Chance haben muss, sein Recht zu realisieren“.<sup>10</sup> Daher knüpft § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB den Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist (vgl. § 195 BGB) daran, dass „der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste“. In der Praxis ist deshalb von größter Bedeutung, ab wann eine den Fristlauf auslösende Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis i.S.v. § 199 Abs. 1 BGB vorliegt. Darlegungs- und beweispflichtig für die tatsächlichen Voraussetzungen der Verjährungseinrede ist der, der sich auf den Eintritt der Verjährung beruft (Rn. 16).

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

### I. Sachverhalt

Der Kläger verklagte seinen Steuerberater wegen unrichtiger Beratung. Gegenstand der Beratung war auch die Möglichkeit einer Verlustverrechnung im Jahr 2002. Das Finanzamt sah letztlich eine solche nicht als gegeben an. Der Beklagte, der verlautbarte, die Ansicht des Finanzamts sei irrig, drängte den Kläger zum Einspruch. Der Kläger kam dem Rat nach. Mit Schreiben im Jahr 2009 teilte das Finanzamt dem Kläger mit, dass es dem Einspruch nicht entsprechen könne. 2013 ließ der nun anderweitig vertretene Kläger den Einspruch zurücknehmen.

Die am 29.12.2014 bei Gericht eingegangene und am 09.01.2015 zugestellte Klage gegen den Steuerberater blieb zunächst erfolglos. Der Anspruch sei verjährt, da die Verjährungsfrist mit Ablauf des Jahres 2009 begonnen habe. Der Kläger, der sich im Einspruchsverfahren anwaltlicher Hilfe und Beratung bedient habe, habe aufgrund der Steuerbescheide und des Schreibens des Finanzamts gewusst, dass nach dessen Auffassung eine Verrechnung nicht möglich sei. Die Revision führte zur Aufhebung und zur Zurückverweisung.

### II. Entscheidungsgründe

1. Lag eine eigene Kenntnis des Klägers i.S.d. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB vor? Der BGH lehnt das ab: Ein Mandant muss, geht es um die Haftung eines Rechtsberaters, dazu nicht nur die wesentlichen tatsächlichen Umstände kennen, sondern auch Kenntnis von solchen Tatsachen erlangen, aus denen sich für ihn – gerade wenn er juristischer Laie ist – ergibt, dass der Rechtsberater von dem üblichen rechtlichen Vorgehen abgewichen oder Maßnahmen nicht eingeleitet hat, die aus rechtlicher Sicht zur Vermeidung eines Schadens erforderlich waren (Rn. 9).<sup>11</sup> Von einem fehlerhaften Verhalten muss er regelmäßig nicht ausgehen, wenn der in Betracht kommende Fehler im Rechtsstreit kontrovers beurteilt wird und der Anwalt die Ansicht vertritt, ein Fehlverhalten liege nicht vor. Er darf sich selbst bei abweichenden Hinweisen des Gerichts<sup>12</sup> darauf verlassen, dass der beauftragte Anwalt die Rechtsfragen fehlerfrei beantwortet. Auch besteht keine Überwachungsobliegenheit. Das gilt entsprechend für die Beratung durch einen Steuerberater (Rn. 10). Wie seinem Anwalt darf der Mandant auch seinem Steuerberater vertrauen.

2. Auch muss sich der Mandant nicht auf die Kenntnis seines Beraters im Jahr 2009 verweisen lassen. Zwar wird einem Gläubiger entsprechend § 166 Abs. 1 BGB und mit Rücksicht auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) die Kenntnis seines Wissensvertreters zugerechnet. Dabei ist Wissensvertreter jeder, der nach der Arbeitsorganisation des Geschäftsherrn dazu be-

4 Peters/Jacoby in: Staudinger, BGB, 2014, Vorbemerkungen zu §§ 194 – 225 Rn. 3.

5 Deppenkemper in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 14. Aufl. 2019, § 194 Rn. 1.

6 Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Band V, 1841, Neudruck 1981, S. 267 ff.

7 BGH, Urt. v. 22.02.2018 - VII ZR 253/16 Rn. 25; BGH, Urt. v. 25.07.2017 - VI ZR 222/16 Rn. 9; BGH, Urt. v. 23.11.1994 - XII ZR 150/93 Rn. 35; BGH, Urt. v. 08.12.1992 - X ZR 123/90 Rn. 26.

8 Zusammenfassend Peters/Jacoby in: Staudinger, BGB, 2014, Vorbemerkungen zu §§ 194 – 225 Rn. 5 ff.

9 BGH, Urt. v. 27.04.2012 - V ZR 177/11 Rn. 10.

10 So plastisch Peters/Jacoby in: Staudinger, BGB, 2014, Vorbemerkungen zu §§ 194 – 225 Rn. 9.

11 Vgl. Lakkis in: jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 199 Rn. 141.

12 BGH, Urt. v. 06.02.2014 - IX ZR 245/12 Rn. 17.

rufen ist, im Rechtsverkehr als dessen Repräsentant bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen und die dabei anfallenden Informationen zur Kenntnis zu nehmen sowie ggf. weiter zu leiten (Rn. 13). Die Zurechnung umfasst auch leichtfertige oder grob fahrlässige Unkenntnis. Sie scheidet aber aus, wenn sich – wie hier – der betreffende Anspruch gerade gegen diejenige Person richtet, deren Wissen zugerechnet werden soll. Dann kann nicht erwartet werden, dass der Schuldner dafür sorgt, dass Ansprüche gegen ihn selbst geltend gemacht werden. Die Zurechnung setzt daher die Beauftragung des neuen Rechtsanwalts voraus (Rn. 14). Frühestens ab dann können Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des neuen Beraters zugerechnet werden. Feststellungen dazu, wann der Kläger seinen vorinstanzlichen Prozessbevollmächtigten beauftragt hat, lagen aber nicht vor (Rn. 15).

### C. Kontext der Entscheidung

I. Die Entscheidung führt die Rechtsprechung zur Frage, ab wann in Fällen der Rechtsberaterhaftung zumindest grob fahrlässige Unkenntnis des Gläubigers i.S.v. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB vorliegt, weiter: Die für den Fristlauf erforderliche Kenntnis bezieht sich zwar nur auf die den Anspruch begründenden Umstände,<sup>13</sup> d.h. derjenigen Tatsachen, die zusammen den Tatbestand eines gesetzlichen Anspruchstatbestandes ausfüllen. Es genügt in den Grenzen der Zumutbarkeit,<sup>14</sup> dass auf Grundlage der Tatsachenkenntnis eine hinreichend aussichtsreiche (Feststellungs-)Klage erhoben werden kann.<sup>15</sup> Einer zutreffenden rechtlichen Würdigung bedarf es nicht.<sup>16</sup> Jedoch reicht bei einem Anspruch wegen falscher Rechtsanwendung nicht schon die Kenntnis dieser Rechtsanwendung als solche, sondern muss der Geschädigte wenigstens grob fahrlässige Unkenntnis von der Fehlerhaftigkeit, von der Pflichtwidrigkeit und vom Schaden haben,<sup>17</sup> mithin erkannt haben, dass der Berater von dem üblichen rechtlichen Vorgehen abgewichen oder Maßnahmen nicht eingeleitet hat, die zur Vermeidung eines Schadens erforderlich waren (Rn. 9).<sup>18</sup> Daran ändern selbst abweichende Hinweise des Gegners und sogar des Gerichts nichts, wenn der Berater seinen Rechtsstandpunkt ausdrücklich weiter vertritt. Der Berater kann seinem Mandanten – so die Quintessenz – nicht über Verjährung den Zeitablauf entgegengehalten, der daraus resultierte, dass er dem Berater (nachvollziehbar) vertraute. Die Entscheidung reiht den Beginn der Verjährung bei der Haftung des Steuerberaters mit seinem umfangreichen Beratungspflichten<sup>19</sup> in diesen Kontext ein.

II. Gerade bei schwierigen Sachverhalten werden von Gläubigern häufig professionelle Geschäftsbesorger eingeschaltet. Hier entspricht es der bisherigen Rechtsprechung, dass solche Geschäftsbesorger wie insbesondere ein Rechtsanwalt als „Wissensvertreter“ des Anspruchsinhabers zu behandeln ist.<sup>20</sup> Aber eine die Kenntnis begründende Wissenszurech-

nung musste in der vorliegenden Konstellation ausscheiden. Zur (bis 2004) für Schadensersatzansprüche des Mandanten gegen seinen Rechtsanwalt nach § 51b BRAO a.F. geltenden Verjährungsfrist von drei Jahren hat der BGH einen weiteren (sekundären) Schadensersatzanspruch gegen den Anwalt konstruiert, der (schulhaft) seine (sekundäre) Pflicht, den Auftraggeber auf die Möglichkeit einer eigenen Regresshaftung und deren drohende Verjährung hinzuweisen, verletzt hatte.<sup>21</sup> Der gleiche Hintergrund, dass in der Praxis der Schuldner eher selten geneigt ist, den Gläubiger auf einem diesen noch gar nicht bekannten Schadensersatzanspruch gegen ihn hinzuweisen, schließt auch eine Zurechnung des Wissens des Beraters mit der Konsequenz, dass die Verjährungsfrist bei Ansprüchen gegen den Berater selbst anläuft aus.<sup>22</sup>

### D. Auswirkung auf die Praxis

Die Entscheidung schränkt die Verjährung der gegen Anwälte und Steuerberater gerichteten Schadensersatzansprüche wegen Beratungsfehlern ein und präzisiert sie:

(1) Zunächst besteht seitens des Geschädigten generell keine Ermittlungs- oder Überprüfungsobliegenheit, wenn er nicht konkrete Indizien für eine Pflichtverletzung desjenigen hat, dem er sich gerade wegen dessen Sachkunde anvertraute. So muss der Patient nicht die Krankenhausunterlagen nach einem Fehler seines Arztes durchsuchen.<sup>23</sup> Ein Anleger muss nicht einen Anlageprospekt durchsehen und auswerten<sup>24</sup> oder von sich aus z.B. über Rückvergütungen nachfragen,<sup>25</sup> ein Mandant nicht seinen Rechtsanwalt<sup>26</sup> oder Notar<sup>27</sup> kontrollieren.

13 BGH, Urt. v. 14.01.2010 - VII ZR 213/07 Rn. 13.

14 Beispielhaft BGH, Urt. 21.02.2018 - IV ZR 304/16 Rn. 15; BGH, Urt. v. 04.07.2017 - XI ZR 233/16 Rn. 103.

15 BGH, Urt. v. 26.07.2018 - I ZR 274/16 Rn. 26.

16 BGH, Urt. v. 13.01.2015 - XI ZR 303/12 Rn. 19 f.; BGH, Urt. 28.10.2014 - XI ZR 348/13 Rn. 35, 49.

17 BGH, Urt. v. 24.04.2014 - III ZR 156/13 Rn. 26; BGH, Urt. v. 06.02.2014 - IX ZR 245/12 Rn. 15.

18 BGH, Urt. v. 06.02.2014 - IX ZR 245/12 Rn. 17; BGH, Urt. v. 15.12.2016 - IX ZR 58/16 Rn. 11.

19 Vgl. BGH, Urt. v. 06.12.2018 - IX ZR 176/16 Rn. 17, 20.

20 BGH, Urt. v. 23.01.2007 - XI ZR 44/06 Rn. 35; zum WEG-Verwalter BGH, Urt. v. 04.07.2014 - V ZR 183/13 Rn. 13; zum Rechtsanwalt BGH, Urt. v. 08.11.2016 - VI ZR 594/15 Rn. 14; BGH, Urt. v. 10.01.2013 - IX ZR 13/12 Rn. 26.

21 BGH, Urt. v. 16.07.2015 - IX ZR 197/14 Rn. 85.

22 BGH, Urt. v. 23.01.2014 - III ZR 436/12 Rn. 20; BGH, Urt. v. 15.03.2011 - II ZR 301/09 Rn. 10; zum Insolvenzverwalter BGH, Urt. v. 17.07.2014 - IX ZR 301/12 Rn. 11.

23 BGH, Urt. v. 16.05.1989 - VI ZR 251/88 Rn. 12, 15; siehe auch BGH, Urt. v. 10.04.1990 - VI ZR 175/89 Rn. 14 f.

24 BGH, Urt. v. 22.09.2011 - III ZR 186/10 Rn. 10 f.

25 BGH, Urt. v. 15.03.2016 - XI ZR 122/14 Rn. 36.

26 BGH, Urt. v. 06.02.2014 - IX ZR 245/12 Rn. 17; BGH, Urt. v. 06.02.2014 - IX ZR 217/12 Rn. 9.

27 BGH, Urt. v. 11.09.2014 - III ZR 217/13 Rn. 20.

(2) Ferner wird im Rahmen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB zwar grds. auf die Tatsachenkenntnis abgestellt. Doch reicht dazu bei der Haftung des Rechts- oder Steuerberaters nicht schon, dass der nicht fachkundige Mandanten erfährt, dass zu seinen Lasten ein Rechtsverlust eingetreten ist.<sup>28</sup> Parallel zur Arzthaftung<sup>29</sup> verlangt „Kenntnis“ nicht nur Kenntnis vom Schaden, sondern auch von der Pflichtwidrigkeit des Handelns des Beraters.<sup>30</sup> Dem Mandanten muss aus seiner Laiensicht der Stellenwert des Vorgehens des Beraters für das Ergebnis bewusst geworden sein.<sup>31</sup>

(3) Schließlich erfährt der Grundsatz der Wissenszurechnung eine Einschränkung, wenn sich der betreffende Anspruch gerade gegen diejenige Person richtet, deren Wissen zugerechnet werden soll. Diese in der besprochenen Entscheidung klar umschriebenen Grundsätze gelten auch bei der Mandatierung eines Steuerberaters.

## E. Bewertung

Nach dem Grundsatz der Schadenseinheit ist der aus einem bestimmten Verhalten erwachsende Schaden i.d.R. als ein Ganzes aufzufassen; es gilt eine einheitliche Verjährungsfrist, wenn schon beim Auftreten des ersten Schadens bei verständiger Würdigung mit weiteren wirtschaftlichen Nachteilen gerechnet werden kann.<sup>32</sup> Daraus kann sich ein sehr früher (kenntnisabhängiger) Fristbeginn für Schadenersatzansprüche des Mandanten gegen seinen Berater ergeben. Durch die beschriebenen Modifikationen (siehe oben D.) werden die berechtigten Interessen des (dem Schuldner vertrauenden) Gläubigers und seinem Berater angemessen zum Ausgleich gebracht.

28 BGH, Urt. v. 06.02.2014 - IX ZR 245/12 Rn. 9; zur Arzthaftung vgl. BGH v. 28.02.2012 - VI ZR 9/11 Rn. 19 – 21; BGH, Urt. v. 10.11.2009 - VI ZR 247/08 Rn. 6.

29 Vgl. die Parallele in BGH, Urt. v. 06.02.2014 - IX ZR 245/12 Rn. 10.

30 BGH, Urt. v. 08.11.2016 - VI ZR 594/15 Rn. 13 mit Deppenkemper, LMK 2017, 387137.

31 Zur Arzthaftung BGH, Urt. v. 06.02.2014 - IX ZR 245/12 Rn. 10.

32 Beispielhaft BGH, Urt. v. 06.12.2018 - IX ZR 176/16 Rn. 33; BGH, Beschl. v. 15.11.2018 - IX ZR 60/18 Rn. 7; BGH, Urt. v. 02.02.2017 - IX ZR 91/15 Rn. 11.

## Eintragungsfähigkeit der Ehefrau der ein Kind gebärenden Frau als Mit-Elternteil BGH, Beschl. v. 10.10.2018 - XII ZB 231/18

RiAG Daniel Terp

### A. Problemstellung

Mutter eines Kindes ist gem. § 1591 BGB die Frau, die es geboren hat.

Weitere Möglichkeiten der Begründung einer Mutterschaft sieht das geltende Abstammungsrecht gem. §§ 1591 ff. BGB nicht vor. Insbesondere existieren keine abstammungsrechtlichen Regelungen zur Mit-Mutterschaft bzw. Co-Mutterschaft.<sup>1</sup>

Gleichgeschlechtlichen Ehepaaren ist es daher nach geltender Rechtslage nur über den Weg der Adoption bzw. Stiefkindadoption möglich, eine gemeinsame Elternschaft zu begründen.

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

### I. Sachverhalt

Die gleichgeschlechtlichen Ehepartnerinnen schlossen im Oktober 2017 miteinander die Ehe, nachdem sie zuvor bereits seit Mai 2014 in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft miteinander lebten. Am 03.11.2017 wurde eine der Ehepartnerinnen Mutter eines Kindes, das aufgrund eines gemeinsamen Entschlusses beider Ehepartnerinnen durch künstliche Befruchtung mit Spendersamen einer Samenbank gezeugt wurde.

Die Kindesmutter wurde im Geburtenregister als Mutter eingetragen, eine Eintragung eines weiteren Elternteils erfolgte nicht.

Die Ehefrau der Kindesmutter (im Folgenden: Antragstellerin) beantragte sodann vor dem zuständigen Standesamt die Eintragung als weitere Mutter mit der Begründung, das Kind sei in einer bestehenden Ehe geboren.

Das Standesamt hat es abgelehnt, diese Eintragung vorzunehmen. Auf Antrag der Antragstellerin wies das Amtsgericht das Standesamt an, die Antragstellerin als „weiteren Elternteil bzw. als weitere Mutter“ einzutragen.

Auf die hiergegen von dem Standesamt und der Standesamtsaufsicht eingelegten Beschwerden hob das Oberlandesgericht den amtsgerichtlichen Beschluss auf und den wies den Antrag auf Anweisung zur Berichtigung zurück.

Die Rechtsbeschwerde gegen diesen Beschluss des Oberlandesgerichts blieb ohne Erfolg.

### II. Entscheidungsgründe

Der BGH hat die Entscheidung des Oberlandesgerichts bestätigt und die Rechtsbeschwerde zurückgewiesen.

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts halte rechtlicher Nachprüfung stand.

1 Zur Co-Mutterschaft nach ausländischem Recht vgl. BGH, Beschl. v. 20.04.2016 - XII ZB 15/15.

Mutter eines Kindes sei gem. § 1591 BGB die Frau, die das Kind geboren hat, mithin die Kindesmutter. Das deutsche bürgerliche Recht kenne nur die Zuordnung einer einzigen Mutter kraft Gesetzes. Damit habe der Gesetzgeber andere Formen der abstammungsrechtlichen Mutter-Kind-Zuordnung ausdrücklich ausgeschlossen. Weitere Formen der Entstehung einer beiderseits weiblichen Elternschaft kraft Abstammung, etwa die Mit- oder Co-Mutterschaft bei konsentierter heterologer Insemination, seien im deutschen Recht ebenfalls nicht vorgesehen.<sup>2</sup>

Eine Elternschaft gem. § 1592 BGB scheide im Ergebnis ebenfalls aus. Eine direkte Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB komme bereits deshalb nicht in Betracht, weil die Norm nach ihrem klaren Wortlaut allein die Vaterschaft regle und diese einem Mann zuweise.

§ 1592 BGB gehöre zu den Abstammungsregelungen der §§ 1591 ff. BGB, die eine Eltern-Kind-Zuordnung zu einer Mutter und einem Vater zum Gegenstand haben. Die Bestimmung regle nach ihrem Sinn und Zweck nicht die gleichgeschlechtliche Elternschaft.

§ 1592 Nr. 1 BGB sei darüber hinaus auch nicht entsprechend anwendbar.

Zwar habe der Gesetzgeber mit dem am 01.10.2017 in Kraft getretenen Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20.07.2017<sup>3</sup> zivilrechtlich die gleichgeschlechtliche Ehe eingeführt.

Eine analoge Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB komme aber bereits deshalb nicht in Betracht, weil es an einer planwidrigen Regelungslücke fehle. Der Gesetzgeber habe bei der Neuregelung insbesondere eine „konkrete und symbolische Diskriminierung“ im Blick gehabt, die er darin erkannte, dass gleichgeschlechtlichen Paaren die Ehe verwehrt war. Haltbare Gründe dafür, homo- und heterosexuelle Paare unterschiedlich zu behandeln und am Ehehindernis der Gleichgeschlechtlichkeit festzuhalten, vermochte er nicht mehr zu erkennen. Darüber hinaus sah er eine zu beseitigende Benachteiligung insbesondere im Adoptionsrecht.<sup>4</sup> Bereits daraus ergebe sich, dass die Neuregelung nicht jedwede unterschiedliche rechtliche Behandlung von homo- und heterosexuellen Paaren beenden sollte, sondern der Gesetzgeber ganz bestimmte – und dann auch mit der Gesetzesänderung berücksichtigte – Bereiche erfassen wollte. Die Abstammung, die nach der gesetzlichen Systematik nicht als Wirkung der Ehe, sondern als selbstständiger Tatbestand im Verwandtschaftsrecht konzipiert ist,<sup>5</sup> gehöre nicht zu diesen.

Dass die Antragstellerin trotz bei Geburt des Kindes bestehender Ehe mit der Kindesmutter nicht kraft Gesetzes Mit-Elternteil des Kindes ist, treffe nicht auf verfassungs- oder konventionsrechtliche Bedenken.

Das Familiengrundrecht des Art. 6 Abs. 1 GG werde hierdurch nicht verletzt, weil bereits sein Schutzbereich nicht berührt sei. Diese Verfassungsnorm schütze die Familie als tatsächliche Lebens- und Erziehungsgemeinschaft von Eltern und Kindern unabhängig davon, ob die Kinder von den Eltern abstammen oder ob sie ehelich oder nichtehelich geboren wurden, und gewährt ein Recht auf familiäres Zusammenleben und auf Umgang.<sup>6</sup> Die (Nicht-)Eintragung der Antragstellerin in das Geburtenregister als Mit-Elternteil des Kindes ihrer Ehefrau betreffe aber nicht das Familienverhältnis der Ehepartner mit dem Kind. Das Zusammenleben eines Kindes mit seinen Eltern im Rahmen der Familie wird dadurch hingegen nicht berührt.

Auch die gesetzliche Regelung des § 1592 BGB, der die Abstammung des Kindes an die Vermutung knüpfe, dass Vater eines Kindes der Mann sei, der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist oder die Vaterschaft anerkannt hat, greife selbst nicht in das Recht der Familie ein.<sup>7</sup>

Ebenso wenig sei das Elterngrundrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG verletzt. Grundrechtsträger seien insoweit nur die leiblichen oder rechtlichen Eltern eines Kindes.<sup>8</sup> Die Antragstellerin sei gerade nicht Elternteil des Kindes in diesem Sinne, sondern wolle diesen Status erst erlangen, sodass sie vom Schutz dieses Grundrechts nicht erfasst sei. Die Kindesmutter wiederum sei dadurch, dass ihre Ehefrau keine rechtliche Elternstellung zu dem Kind hat, nicht in ihrem Elterngrundrecht betroffen.

Aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Kindes folge nicht die verfassungsrechtliche Notwendigkeit, ihm durch das Abstammungsrecht eine leiblich nicht verwandte Person als rechtlichen Elternteil zuzuordnen, selbst wenn diese bereit und in der Lage sei, Elternverantwortung zu übernehmen. Vielmehr habe das Kind einen verfassungsrechtlich verbürgten Anspruch auf die rechtliche Möglichkeit, Kenntnis von seiner Herkunft zu erlangen.<sup>9</sup> Darauf aufbauend könne es grds. die entsprechenden abstammungsrechtlichen Zuordnungen erreichen. Davon unabhängig eröffne das geltende Recht die Möglichkeit der Sukzessivadoption durch die Ehefrau der Kindesmutter nach § 1741 Abs. 2 Satz 3 BGB.<sup>10</sup>

2 BGH, Beschl. v. 29.11.2017 - XII ZB 459/16.

3 BGBl. I, 2787.

4 Vgl. BT-Drs. 18/6665, S. 1; vgl. auch BR-Drs. 274/1.

5 BGH, Beschl. v. 20.04.2016 - XII ZB 15/15.

6 BVerfG, Beschl. v. 09.04.2003 - 1 BvR 1493/96.

7 BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 02.07.2010 - 1 BvR 666/10.

8 BVerfG, Beschl. v. 09.04.2003 - 1 BvR 1493/96.

9 BGH, Urt. v. 28.01.2015 - XII ZR 201/13.

10 OLG Köln, Beschl. v. 27.08.2014 - I-2 Wx 222/14.



Dass die Ehefrau der Kindesmutter anders als ein Ehemann nicht allein aufgrund der bei Geburt bestehenden Ehe von Gesetzes wegen rechtlicher Elternteil des Kindes sei, stelle schließlich auch keine Ungleichbehandlung i.S.v. Art. 3 Abs. 1 GG dar. Vielmehr sei die Situation – wie bereits dargestellt – insoweit verschieden, als die Ehefrau nicht leiblicher Elternteil des Kindes sein kann, während der Gesetzgeber dies für den Ehemann als Regelfall vermute und darauf die Vorschrift des § 1592 Nr. 1 BGB gründe. Dieser Unterschied rechtfertige die im Rahmen des Abstammungsrechts nach wie vor bestehende abweichende Behandlung gleich- und verschiedengeschlechtlicher Ehepaare und deren Kinder.<sup>11</sup>

Schließlich liege aus den vorgenannten Gründen auch kein Verstoß gegen Art. 8 EMRK, der das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens schütze, für sich genommen oder in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK vor.

### C. Kontext der Entscheidung

Nunmehr liegt die erste höchstrichterliche Entscheidung über familienrechtliche Konsequenzen des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20.07.2017 vor. Anknüpfungspunkt der Streitfrage waren allerdings nicht die Ehwirkungen im Allgemeinen gem. § 1353 BGB, sondern das Abstammungsrecht und die dort in § 1592 Nr. 1 BGB gesetzlich geregelte Vaterschaftsvermutung des Ehemannes.

### D. Auswirkungen für die Praxis

Die nunmehr vorliegende Entscheidung des BGH bestätigt die bisherige Rechtslage in der abstammungsrechtlichen Eltern-Kind-Beziehung. Das Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20.07.2017 hat insoweit keine Veränderung der bisher geltenden Rechtslage herbeigeführt. Gleichgeschlechtliche Paare können eine gemeinsame Elternschaft für ein Kind daher (bislang) weiterhin allein über den Weg der Adoption erreichen.

### E. Bewertung

Der Entscheidung des BGH ist zuzustimmen. Sie ist ausführlich und sorgfältig begründet und gelangt in systematischer Prüfung zunächst zu dem Ergebnis, dass einer direkten Anwendung der abschließend geregelten Abstammungstatbestände bereits der jeweils eindeutige Wortlaut entgegensteht.

Überzeugend verneint der BGH sodann auch eine analoge Anwendbarkeit des § 1592 Nr. 1 BGB. Er stellt dabei darauf ab, dass der Anknüpfungspunkt für die Vaterschaftsvermutung nicht die Ehe, sondern die im Tatsächlichen regelmäßig

begründete Vermutung ist, der Ehemann sei auch der biologische Vater. Anknüpfungskriterium ist daher die biologische Abstammung. Diese aber ist im Fall der Antragstellerin ausgeschlossen. Die gleichgeschlechtliche Ehe kann daher die Vermutung des § 1592 Nr. 1 BGB nicht begründen.

Im Übrigen aber fehlt es bereits deshalb an einer planwidrigen Regelungslücke, weil der Gesetzgeber durch den nunmehr vorliegenden Gesetzesentwurf zur Anpassung der abstammungsrechtlichen Regelungen an das Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts<sup>12</sup> zum Ausdruck gebracht hat, dass durch das Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts eine Anpassung der geltenden Abstammungsregeln noch nicht erfolgt ist, dass eine solche aber notwendig erscheint.

Da sich durch eine Anpassung der Abstammungsregeln aber eine Vielzahl von zwingenden Folgefragen stellt, z.B. solche der Anfechtbarkeit der Co-Mutterschaft, kann nicht davon ausgegangen werden, eine Änderung (auch) des Abstammungsrechts sei schlicht versäumt worden.

Der BGH hatte sich mit der direkten oder analogen Anwendung des § 1592 Nr. 2 BGB schon deshalb nicht zu beschäftigen, weil es an einer Anerkennungserklärung der Antragstellerin fehlte. Da aber die Interessenlagen insoweit weit eher vergleichbar sind, wäre es interessant gewesen, hätte der BGH sich insoweit eingehender mit der Frage beschäftigen müssen.<sup>13</sup>

11 BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 02.07.2010 - 1 BvR 666/10.

12 BT-Drs. 19/2665.

13 Coester-Waltjen, FamRZ 2018, 1919, 1923.

## Arbeitsrecht

### Betriebsrentenanpassung der besonderen Art – zum Vorrang des Tarifvertrags BAG, Urt. v. 25.09.2018 - 3 AZR 402/17

Prof. Dr. Christian Rolfs

#### A. Problemstellung

Das Urteil des BAG betrifft im Gewande der betrieblichen Altersversorgung einige Grundfragen des Tarifvertragsrechts, der betrieblichen Mitbestimmung nach § 87 BetrVG und dem Verhältnis der beiden kollektiven Regelungsebenen zueinander. Die beklagte Arbeitgeberin war tarifvertraglich verpflichtet, abweichend von § 16 BetrAVG die Be-

etriebsrenten ihrer ehemaligen Beschäftigten grds. in gleichem Umfang anzuheben wie die gesetzliche Rentenversicherung. Allerdings wurde der Vorstand für den Fall, dass er die Anpassung der Renten in diesem Umfang „nicht für vertretbar“ hält, ermächtigt, nach Anhörung der Betriebsräte/des Gesamtbetriebsrates dem Aufsichtsrat zur gemeinsamen Beschlussfassung vorzuschlagen, „was nach seiner Auffassung geschehen soll“. Dieser gemeinsame Beschluss sollte sodann verbindlich sein. Zum 01.07.2015 und 01.07.2016 wurde die Rentenanpassung in der gesetzlichen Rentenversicherung nicht in vollem Umfang nachvollzogen. An die Stelle einer Anhebung um 2,097 % bzw. 4,245 % trat eine solche von jeweils nur 0,5 %. Der Kläger rügte die Unwirksamkeit der tarifvertraglichen Abweckungsklausel, das Nichtvorliegen ihrer tatbestandlichen Voraussetzungen, die nicht ordnungsgemäße Beteiligung der betrieblichen Interessenvertretungen und schließlich die nicht ordnungsgemäße Beschlussfassung.

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Das BAG hat das der Klage stattgebende Berufungsurteil aufgehoben und den Rechtsstreit an das LArbG Hamburg zurückverwiesen.

### I. Wirksamkeit des tarifvertraglichen Leistungsbestimmungsrechts

§ 16 BetrAVG, der die Anpassungsprüfungspflicht für Betriebsrenten gesetzlich normiert, ist tarifdispositiv (§ 19 Abs. 1 BetrAVG; bis 31.12.2017 wortgleich § 17 Abs. 3 Satz 1 BetrAVG a.F.). Die Tarifvertragsparteien dürfen also auch zu Ungunsten der Betriebsrentner von einer Rentenanpassung an die Lebenshaltungskosten alle drei Jahre abweichen. Voraussetzung ist (natürlich) ein wirksamer Tarifvertrag. Hier hatte der Kläger in Zweifel gezogen, dass die Überantwortung einer abweichenden Entscheidung an Vorstand und Aufsichtsrat unter der Voraussetzung, dass die Übernahme der gesetzlichen Rentenerhöhung „nicht vertretbar“ ist, dem aus dem Rechtsstaatsgebot des Art. 20 Abs. 3 GG resultierenden Gebot der Normenklarheit genüge. Dem ist das BAG mit einer restriktiven Auslegung der Tarifnorm entgegengetreten: Die mangelnde Vertretbarkeit sei nicht allein subjektiv zu bestimmen und damit letztlich in das Belieben der entscheidungsbefugten Gesellschaftsorgane gelegt, sondern objektiv. Die Tarifbestimmung gestatte eine Abweichung, wenn das Unternehmen zwar eine angemessene Eigenkapitalverzinsung erziele, die Steigerung seiner Verbindlichkeiten durch eine Erhöhung der Renten jedoch aus anderen wirtschaftlichen Gründen nicht geboten sei.

Die Tarifnorm sei auch nicht deshalb unwirksam, weil sie das zwingende Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87

Abs. 1 Nr. 10 BetrVG verletze. Dafür muss das BAG aber zum zweiten Mal zu einer restriktiven Auslegung der Tarifklausel greifen: Diese gestatte, wie ihre systematische Interpretation mit dem Ziel einer möglichst gesetzeskonformen Interpretation ergebe, nur eine einheitliche Entscheidung bezüglich aller Rentner. Durch eine solche gleichmäßige prozentuale Rentenanpassung werde das Mitbestimmungsrecht gar nicht ausgelöst, weil die Verteilungsgrundsätze unverändert blieben. Eine ungleichmäßige Anhebung – bspw. mit einem höheren Prozentsatz für die Bezieher kleinerer Renten aus sozialen Gründen – gestatte der Tarifvertrag demgegenüber nicht, sie war auch von der Beklagten nicht vorgenommen worden.

### II. Tatbestandliche Voraussetzungen der „Unvertretbarkeit“

Nicht abschließend entscheiden konnte der Senat, ob es in den Jahren 2015 und 2016 objektiv unvertretbar gewesen wäre, die Betriebsrenten ebenso zu erhöhen wie die gesetzlichen Renten jeweils zum 01.07. Das Berufungsgericht hatte hierzu keine ausreichenden Feststellungen getroffen. Das beklagte Versicherungsunternehmen hatte sich auf ein „schwieriges ökonomisches Marktumfeld“ infolge der lang anhaltenden Niedrigzinsphase und anderer Ursachen berufen. Zudem seien durch Solvency II<sup>1</sup> die Kapitalisierungsanforderungen und aufgrund des Lebensversicherungsreformgesetzes<sup>2</sup> der finanzielle Aufwand für Lebensversicherungsprodukte erhöht worden. Dies habe den Konzern zu einer neuen Strategie veranlasst, aufgrund derer die aktiven Mitarbeiter einen erheblichen Beitrag zur Stärkung des Konzerns hätten leisten müssten. Wenngleich hier noch neuer Sachvortrag zu erwarten ist, legen die Ausführungen des BAG nahe, dass es die Rechtsauffassung der Beklagten zur „Unvertretbarkeit“ wohl teilt. Die Formulierung „nicht vertretbar“ sei weit gefasst und gestatte bereits dann eine abweichende Beschlussfassung durch die Unternehmensorgane, wenn die „wirtschaftliche Lage“ i.S.v. § 16 Abs. 1 BetrAVG<sup>3</sup> eine Anpassung an sich noch zuließe.

Ist die volle Rentenanpassung nach diesen Maßstäben „nicht vertretbar“ gewesen, eröffnet der Tarifvertrag der Beklagten ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht. Des-

1 Richtlinie 2009/138/EG betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II) vom 25.11.2009, ABl. EG L 335/1, umgesetzt durch das Gesetz zur Modernisierung der Finanzaufsicht über Versicherungen vom 01.04.2015, BGBl. I, 434.

2 Gesetz zur Absicherung stabiler und fairer Leistungen für Lebensversicherte (Lebensversicherungsreformgesetz – LVRG) vom 01.08.2014, BGBl. I, 1330.

3 Hierzu etwa BAG, Urt. v. 10.02.2009 - 3 AZR 727/07; BAG, Urt. v. 15.04.2014 - 3 AZR 51/12; BAG, Urt. v. 11.11.2014 - 3 AZR 116/13.

sen Ausübung unterliegt nach Maßgabe des § 315 BGB der gerichtlichen Kontrolle, also daraufhin, ob „billiges Ermessen“ gewahrt worden ist. Insoweit beschränkt das BAG sich auf den Hinweis, dass die Anpassung in den Jahren 2015 und 2016 nicht völlig ausgesetzt wurde, sondern die Renten immerhin um jeweils 0,5 % erhöht wurden.

### III. Ordnungsgemäße Beteiligung des (Gesamt-)Betriebsrats

Die Anpassungsentscheidung scheidet nicht an einer Verletzung des Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG (betriebliche Lohngestaltung). Dabei kommt es in tatsächlicher Hinsicht nicht darauf an, ob die Beklagte tarifgebunden (§ 3 Abs. 1 TVG) ist oder nicht. In rechtlicher Hinsicht konnte (erneut) offenbleiben, ob der Betriebsrat überhaupt für die Betriebsrentner zuständig ist.<sup>4</sup> Denn jedenfalls verletzte die Anpassungsentscheidung das Mitbestimmungsrecht nicht. Die gleichmäßige Anhebung aller Betriebsrenten um einen einheitlichen Prozentsatz ließ die Verteilungsgrundsätze unverändert. Bildlich gesprochen wurde der Kuchen jeweils um 0,5 % vergrößert, das jeweilige Winkelstück aus der Torte, das der Einzelne beanspruchen kann, aber nicht verändert. In einem derartigen Fall braucht der Betriebsrat kraft Gesetzes gar nicht beteiligt zu werden.<sup>5</sup> Die tariflich vorgeschriebene Anhörung war erfolgt.

### IV. Ordnungsgemäße Beschlussfassung von Vorstand und Aufsichtsrat

Vorstand und Aufsichtsrat hatten jeweils in getrennten Beschlüssen die Rentenanpassung um 0,5 % verabschiedet. Wenn der Tarifvertrag von einem „gemeinsamen Beschluss“ spricht, fordert er jedoch nicht, dass es eine – im Gesellschaftsrecht nicht vorgesehene – gemeinsame Sitzung und Abstimmung von Vorstand und Aufsichtsrat gibt. „Gemeinsam“ meint nur „gleichlautend“. Schließlich war es nicht zu beanstanden, dass die entsprechenden Beschlüsse nicht jeweils vor dem 01.07. gefasst worden waren. Da die gesetzliche Rentenanpassung typischerweise erst wenige Tage vorher amtlich verkündet wird, müsse dem Unternehmen Zeit eingeräumt werden, deren „Vertretbarkeit“ für die Anpassung der Betriebsrenten zu überprüfen und ggf. nach Anhörung der betrieblichen Interessenvertretungen einen abweichenden Beschluss zu fassen.

### C. Kontext der Entscheidung

Die Anpassung der Betriebsrenten gehört zu den größten Konfliktfeldern des Betriebsrentenrechts. Das hängt nicht nur mit der Komplexität des § 16 BetrAVG und der von ihm verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe (insbesondere

der „wirtschaftlichen Lage“ des Arbeitgebers) zusammen. Auch die tatsächliche Situation ist eine völlig andere als im bestehenden Arbeitsverhältnis: Aus Sicht des Unternehmens hat der Betriebsrentner die von ihm zu erwartende Leistung bereits vollständig erbracht, die Auszahlung der Renten erfolgt „nur“ noch in Ansehung einer (längst) vergangenen Arbeitsleistung. Die unternehmerische Motivation, gerade diese Verpflichtungen uneingeschränkt zu erfüllen und zukunftssträchtigere Investitionen (oder Personalausgaben für Aktive) dafür hintanzustellen, ist begrenzt. Der Betriebsrentner seinerseits kann auf ausbleibende Rentenerhöhungen oder gar Rentenkürzungen nicht mehr reagieren, der Arbeitskampf als typisches Druckmittel der Arbeitnehmerschaft steht ihm nicht mehr zur Verfügung. Je länger das Berufsleben zurückliegt, desto mehr lässt typischerweise auch die Identifikation mit dem Unternehmen und damit das Verständnis für dessen wirtschaftliche Belange nach. Tarifvertragliche Anpassungsregeln – wie hier – sind vergleichsweise selten; i.d.R. richtet sich die Anpassungsprüfungspflicht des Arbeitgebers allein nach § 16 BetrAVG.

### D. Auswirkungen für die Praxis

Für die Praxis bedeutsam ist daher besonders die klar erkennbare Tendenz des Dritten Senats, die Tarifbestimmung vor dem Verdikt der Nichtigkeit zu bewahren. Sowohl die objektive Auslegung des Begriffs „nicht vertretbar“, der erst hierdurch mit den aus Art. 20 Abs. 3 GG resultierenden Geboten der Bestimmtheit und Normenklarheit vereinbar wird, als auch die Annahme, der Tarifvertrag gestatte lediglich eine gleichmäßige prozentuale Anpassung für alle Betriebsrentner, sodass die (bloße) Anhörung des (Gesamt-)Betriebsrats nicht dessen Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 BetrVG verletzt, „retten“ die Tarifnorm vor ihrer Unwirksamkeit. Das ist objektiv zu begrüßen, weil es den in Art. 9 Abs. 3 GG angelegten Gestaltungsspielraum der Tarifvertragsparteien achtet und ihren Vereinbarungen so weit als möglich Wirksamkeit beimeisst. Nicht immer hat das BAG diesen Aspekt als entscheidungserheblich so in den Vordergrund gestellt.

### E. Bewertung

Die dogmatisch klar strukturierte Entscheidung überzeugt. Sie trägt dem Kompromisscharakter des Tarifvertrages

4 Verneinend früher BAG, Urt. v. 25.10.1988 - 3 AZR 483/86; BAG, Urt. v. 13.05.1997 - 1 AZR 75/97; offenlassend aber zuletzt BAG, Urt. v. 28.06.2011 - 3 AZR 282/09; BAG, Urt. v. 11.07.2017 - 3 AZR 513/16.

5 Vgl. BAG, Urt. v. 30.05.2006 - 1 AZR 111/05; BAG, Urt. v. 10.03.2009 - 1 AZR 55/08.

Rechnung und bewahrt dessen Ausgewogenheit. Einerseits verbleibt es bei den jährlichen – und nicht nur alle drei Jahre vorzunehmenden – Rentenanpassungen, andererseits bei dem Recht des Arbeitgebers, diese geringer als in der gesetzlichen Rentenversicherung ausfallen zu lassen, wenn eine derart hohe Anpassung für das Unternehmen nicht vertretbar wäre. Eine doppelte gerichtliche Kontrolle, nämlich sowohl der tatbestandlichen Voraussetzungen der Unvertretbarkeit als auch der Ausübung des sodann eröffneten billigen Ermessens durch das Unternehmen, bleibt den

Rentnern erhalten. Damit ist ihre mangelnde Fähigkeit, ihre Interessen im Wege der Tarifaueinandersetzung und notfalls des Arbeitskampfes durchsetzen zu können, vollumfänglich kompensiert. Der beklagten Arbeitgeberin ist aufgegeben, in der wiedereröffneten Tatsacheninstanz ihre wirtschaftliche Situation und die von der aktiven Belegschaft erbrachten Sanierungsbeiträge substantiiert darzulegen und im Streitfall unter Beweis zu stellen. Damit ist sie vor eine durchaus anspruchsvolle, aber bei ausreichender Sorgfalt nicht unlösbare Aufgabe gestellt.

## Sozialrecht

# Nahtlosigkeitsregelung und Anspruch auf Arbeitslosengeld

VPPräsBSG Prof. Dr. Thomas Voelzke und RiSG Dr. Franz Guttenberger

Das richtige „Einfädeln“ in das für ihn einschlägige System der sozialen Sicherheit ist eine für den Leistungsberechtigten bisweilen schwer zu meisternde Hürde. Eine verkehrte Weichenstellung birgt die Gefahr, durch das soziale Netz zu fallen. Dies gilt etwa im Verhältnis von Arbeitslosen- und Rentenversicherung. Die hierzu in § 145 SGB III getroffene Regelung findet Verwendung im Kontext des Topos „Nahtlosigkeit“. Leistungen der Arbeitslosenversicherung und solche der gesetzlichen Rentenversicherung (GRV) sollen in Fällen eines geminderten Leistungsvermögens des Versicherten nahtlos, d.h. ohne Leistungslücken ineinander übergehen. Die Nahtlosigkeitsregelung in § 145 Abs. 1 Satz 1 SGB III führt zur Schließung von Sicherungslücken, indem sie verhindert, dass Versicherungsschutz aus beiden Versicherungszweigen deshalb nicht gewährt wird, weil die Bundesagentur für Arbeit (BA) und der Rentenversicherungsträger die Leistungsfähigkeit unterschiedlich beurteilen.

Trotz der herausgehobenen Bedeutung der Vorschrift für die Bewilligung von Arbeitslosengeld (Alg) und gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung bleibt die praktische Anwendung der Nahtlosigkeitsregelung weiterhin mit vielen Unsicherheiten behaftet. Dies gibt Anlass, die Vorschrift des § 145 Abs. 1 SGB III im Einzelnen zu beleuchten mit dem Ziel, Verständnis für deren Grundstruktur zu schaffen und damit eine sichere Grundlage für die Entscheidung von Zweifelsfällen zu gewinnen. Nicht behandelt wird das in § 145 Abs. 2 SGB III geregelte Verfahren, mit dem der vorläufige Zustand der Vorleistungspflicht der BA beendet werden soll.<sup>1</sup>

## A. Der Sinn und Zweck der Nahtlosigkeitsregelung

Die Feststellung von Erwerbsminderung dient als maßgebliches Abgrenzungsmerkmal zwischen den Risikobereichen

der Arbeitslosenversicherung und der GRV. Kommen Arbeitsverwaltung und Rentenversicherungsträger in der Phase der Klärung von Ansprüchen zu unterschiedlichen Ergebnissen bezüglich des gesundheitlichen Leistungsvermögens des Versicherten, besteht die Gefahr, dass der Versicherte mit seinem Begehren nach Sozialleistungen an Zuständigkeitsabgrenzungen innerhalb der gegliederten Sozialverwaltung scheitert. Dem tritt § 145 Abs. 1 Satz 1 SGB III entgegen.<sup>2</sup> Zweck der Nahtlosigkeitsregelung ist es zu verhindern, dass tatsächlich kein Versicherungsschutz gewährt wird, obwohl gegen eine der Versicherungen Anspruch besteht, und widersprüchliche Beurteilungen der Erwerbsfähigkeit durch die BA und den Rentenversicherungsträger auf dem Rücken des Versicherten ausgetragen werden. § 145 Abs. 1 Satz 1 SGB II hebt also in erster Linie darauf ab, negative Kompetenzkonflikte zulasten des Versicherten zu vermeiden.

## B. Die Regelungstechnik der Nahtlosigkeitsregelung

Das mit der Nahtlosigkeitsregelung des § 145 Abs. 1 Satz 1 SGB III verfolgte Ziel versucht das Gesetz rechtstechnisch in doppelter Hinsicht sicherzustellen: Es fingiert zum einen das gesundheitliche Leistungsvermögen des Versicherten bis zur (positiven) Feststellung des Eintritts des in der GRV versicherten Risikos der Erwerbsminderung und überträgt zum anderen die zugrunde liegende Feststellung ausschließlich dem zuständigen Rentenversicherungsträger.

<sup>1</sup> Vgl. Valgolio in: Hauck/Noftz, SGB III, § 145 Rn. 10, Stand 7/2015.

<sup>2</sup> Vgl. BT-Drs. V/2291, S. 79 f.

## I. Materielle Fiktion des gesundheitlichen Leistungsvermögens

§ 145 Abs. 1 Satz 1 SGB III steht im systematischen Kontext mit den Regelvoraussetzungen des Anspruchs auf Alg bei Arbeitslosigkeit.

Nach § 137 Abs. 1 SGB III haben Arbeitnehmer Anspruch auf Alg bei Arbeitslosigkeit, wenn sie arbeitslos sind, sich bei der BA arbeitslos gemeldet und die Anwartschaftszeit erfüllt haben. Nach § 138 Abs. 1 SGB III ist ein Arbeitnehmer arbeitslos, der nicht in einem Beschäftigungsverhältnis steht (Beschäftigungslosigkeit), sich bemüht, die eigene Beschäftigungslosigkeit zu beenden (Eigenbemühungen) und den Vermittlungsbemühungen der Agentur für Arbeit zur Verfügung steht (Verfügbarkeit). Verfügbar ist nach § 138 Abs. 5 SGB III, wer eine versicherungspflichtige, mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassende zumutbare Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des für ihn in Betracht kommenden Arbeitsmarkts ausüben kann und darf (Nr. 1), Vorschlägen der Agentur für Arbeit zur beruflichen Eingliederung zeit- und ortsnah Folge leisten kann (Nr. 2), bereit ist, jede Beschäftigung im Sinne der Nr. 1 anzunehmen und auszuüben (Nr. 3) und bereit ist, an Maßnahmen zur beruflichen Eingliederung in das Erwerbsleben teilzunehmen (Nr. 4). Für die beiden erstgenannten Voraussetzungen sind die erforderlichen tatsächlichen Fähigkeiten und rechtlichen Möglichkeiten des Arbeitslosen entscheidend (objektive Verfügbarkeit); für die beiden letztgenannten Voraussetzungen kommt es auf die entsprechende Bereitschaft des Arbeitslosen an (subjektive Verfügbarkeit).<sup>3</sup>

„Zumutbar“ i.S.v. § 138 Abs. 5 Nr. 1 SGB III sind dem Arbeitslosen gem. § 140 Abs. 1 SGB III alle seiner Arbeitsfähigkeit entsprechenden Beschäftigungen, soweit allgemeine oder personenbezogene Gründe der Zumutbarkeit nicht entgegenstehen. Während mit dem Wort „darf“ die rechtliche Zulässigkeit angesprochen ist, eine Beschäftigung überhaupt oder in dem gewünschten Umfang auszuüben, betrifft das „Können“ u.a. die Frage, ob der Arbeitslose gesundheitlich in der Lage ist, eine ihm objektiv zumutbare Beschäftigung auch tatsächlich auszuüben. Dabei sind Arbeitsunfähigkeit und Verfügbarkeit nicht deckungsgleich: Schließt die Krankheit nur bestimmte Verrichtungen aus, die möglicherweise die letzte Beschäftigung des Arbeitslosen kennzeichnen, kann er aber im Rahmen seines Restleistungsvermögens einer sonstigen zumutbaren Beschäftigung nachgehen, die er auch ausüben darf, so steht er der Arbeitsvermittlung objektiv zur Verfügung.<sup>4</sup>

An dieses in § 138 Abs. 5 Nr. 1 SGB III statuierte Erfordernis der gesundheitlichen Leistungsfähigkeit knüpft die Regelung des § 145 Abs. 1 Satz 1 SGB III an. Danach hat Anspruch auf Alg auch, wer allein deshalb nicht arbeitslos ist, weil er wegen

einer mehr als sechsmonatigen Minderung seiner Leistungsfähigkeit versicherungspflichtige, mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassende Beschäftigungen nicht unter den Bedingungen ausüben kann, die auf dem für ihn in Betracht kommenden Arbeitsmarkt ohne Berücksichtigung der Minderung der Leistungsfähigkeit üblich sind, wenn eine verminderte Erwerbsfähigkeit im Sinne der GRV nicht festgestellt worden ist. Die Wirkung des § 145 Abs. 1 Satz 1 SGB III besteht darin, im Rahmen seiner Voraussetzungen ein aus gesundheitlichen Gründen objektiv nicht bestehendes Leistungsvermögen des Arbeitslosen bis zur Feststellung des Eintritts des in der GRV versicherten Risikos der Erwerbsminderung zu fingieren.<sup>5</sup> Diese systematische Einbettung zeigt, dass die Nahtlosigkeitsregelung keinen eigenständigen Leistungsanspruch auf Alg begründet, sondern allein dazu führt, dass das Stammrecht auf Alg bei Arbeitslosigkeit kraft materieller Fiktion der Leistungsfähigkeit als Element der objektiven Verfügbarkeit zur Entstehung gelangen kann. Die damit angestrebte Nahtlosigkeit des Versicherungsschutzes ist auf die objektive Verfügbarkeit begrenzt, denn die Fiktion ausreichenden gesundheitlichen Leistungsvermögens des Arbeitslosen kann das Fehlen anderer versicherungsrechtlicher Anspruchsvoraussetzungen (z.B. Anwartschaftszeit) nicht ersetzen.

## II. Feststellungskompetenz des Rentenversicherungsträgers

Die Beantwortung der Rechtsfrage, ob verminderte Erwerbsfähigkeit im Sinne der GRV besteht, ist nach § 145 Abs. 1 Satz 2 SGB III allein dem zuständigen Rentenversicherungsträger übertragen. Die Sperrwirkung der Nahtlosigkeitsregelung hindert die BA daran, den Anspruch auf Alg mit der Begründung zu verneinen, der Arbeitslose sei wegen einer Leistungsminderung auf weniger als 15 Stunden wöchentlich über eine Dauer von mehr als sechs Monaten nach Maßgabe von § 138 Abs. 5 Nr. 1 SGB III objektiv nicht verfügbar und deshalb nicht arbeitslos. § 145 Abs. 1 SGB III versperrt hingegen nicht a priori jede tatsächliche Feststellung der Arbeitsverwaltung bzw. des Tatsachengerichts zur gesundheitlichen Leistungsfähigkeit des Versicherten. Insbesondere hat die BA – im Einzelnen hierzu später – zur Feststellung des Umfangs zumutbarer Arbeiten und zur Beurteilung der subjektiven Verfügbarkeit das tatsächliche Leistungsvermögen des Versicherten eigenständig zu ermitteln und festzustellen. D.h. letztlich sind zwei – auch zeitlich – getrennte „Feststel-

<sup>3</sup> BSG, Urt. v. 17.12.2013 - B 11 AL 20/12 R.

<sup>4</sup> Vgl. BSG, Urt. v. 19.09.1979 - 11 RA 78/78; BSG, Urt. v. 21.09.1995 - 11 RA 35/95; BSG, Urt. v. 09.09.1999 - B 11 AL 77/98 R.

<sup>5</sup> BSG, Urt. v. 12.12.2017 - B 11 AL 27/16 R Rn. 12; BSG, Urt. v. 26.05.1977 - 12 RA 13/77 Rn. 15 f.; BSG, Urt. v. 29.04.1998 - B 7 AL 18/97 R Rn. 20.

lungen“ zu treffen: diejenige nach Satz 1 durch die BA, und die zeitlich spätere nach Satz 2 durch den Rentenversicherungsträger.<sup>6</sup>

### C. Die tatbestandlichen Voraussetzungen der Nahtlosigkeitsregelung

Damit die Nahtlosigkeitsregelung materielle Fiktionswirkung entfalten kann, bedarf es des Vorliegens dreier tatbestandlicher Voraussetzungen: Erforderlich ist zum einen eine über sechsmonatige Minderung der Leistungsfähigkeit auf weniger als 15 Stunden wöchentlich, der Versicherte muss zweitens allein aus gesundheitlichen Gründen die Voraussetzungen des Alg-Anspruchs nicht erfüllen und es darf schließlich verminderte Erwerbsfähigkeit im Sinne der GRV nicht festgestellt sein.

#### I. Minderung der Leistungsfähigkeit

Nicht jede Leistungsminderung löst die Fiktion der Arbeitsfähigkeit nach § 145 Abs. 1 Satz 1 SGB III aus, sondern nur eine Leistungsminderung auf weniger als 15 Stunden wöchentlich über eine Dauer von mehr als sechs Monaten. Die BA hat dabei in eigener Verantwortung Ermittlungen zum Gesundheitszustand des Arbeitslosen anzustellen und eine hierauf bezogene – gerichtlich voll überprüfbare – Prognoseentscheidung zu treffen.

##### 1. Dauer der Minderung der Leistungsfähigkeit

Die Dauer der Minderung der Leistungsfähigkeit muss einen ununterbrochenen Zeitraum von mehr als sechs Monaten umfassen. Diese Zeitgrenze findet ihre Begründung darin, dass ein Anspruch auf Erwerbsminderungsrente nach § 43 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 SGB VI stets das Vorliegen einer Einschränkung des beruflichen Leistungsvermögens „auf nicht absehbare Zeit“, d.h. für länger als sechs Monate, voraussetzt. Dies wiederum folgt aus § 101 Abs. 1 SGB VI, wonach während der ersten sechs Monate einer verminderten Erwerbsfähigkeit keine Rente zusteht.<sup>7</sup> Hingegen stellt sich im Fall einer nicht länger als sechs Monate andauernden Leistungsminderung die Frage der Zuordnung in einen der Versicherungszweige nicht, weil es von vornherein bei der Zuständigkeit der Arbeitslosenversicherung verbleibt.

Entsprechend der Zielsetzung der Nahtlosigkeitsregelung, die Leistungssysteme der Arbeitslosenversicherung und der GRV zu koordinieren, korrespondiert dabei der Begriff der Leistungsfähigkeit mit dem der Erwerbsminderung des SGB VI. Die Leistungsminderung muss körperliche, geistige oder seelische Ursachen haben, wobei es nicht darauf ankommt, ob diese bereits im Zeitpunkt der Arbeitslosenmeldung vorliegt oder erst während des laufenden Alg-Bezuges eintritt.<sup>8</sup> Bezugspunkt für die Beurteilung der Leistungsfähig-

keit sind dabei die gem. § 140 SGB III ohne Berücksichtigung der Leistungseinschränkung zumutbaren Beschäftigungen, deren Vermittlung nach Maßgabe von § 36 Abs. 2 SGB III in Betracht kommt.<sup>9</sup> Anders als im Recht der GRV ist weder auf den allgemeinen Arbeitsmarkt abzustellen noch kommt grds. ein Berufsschutz in Betracht.<sup>10</sup>

##### 2. Umfang der Minderung der Leistungsfähigkeit

Die körperliche, geistige oder seelische Gesundheit muss daneben in einem Maße beeinträchtigt sein, dass der Versicherte eine mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassende, versicherungspflichtige Beschäftigung nicht mehr ausüben kann. § 145 Abs. 1 Satz 1 SGB III nimmt damit Bezug auf die Regelung des § 138 Abs. 5 Nr. 1 SGB III, die wiederum mit der in § 138 Abs. 3 SGB III niedergelegten Kurzzeitigkeitsgrenze korreliert. Diese Bezugnahme ist systematisch folgerichtig, weil es im Fall der Erfüllung der Voraussetzungen des § 138 Abs. 5 Nr. 1 SGB III keiner Fiktion der objektiven Verfügbarkeit für die Bewilligung von Alg bedarf. Im Übrigen ist die Formulierung „mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassende Beschäftigung“ ihrem Wortlaut nach eindeutig: Sie bezieht sich allein auf den Fall einer Leistungsfähigkeit von unter drei Stunden täglich über eine Dauer von mehr als sechs Monaten und nicht auf den Fall einer Leistungsfähigkeit von drei bis sechs Stunden täglich.<sup>11</sup> Erfasst sind damit auch die sog. Nullfälle, also Fälle völliger Leistungsunfähigkeit, in denen der Versicherte selbst kurzzeitigen Beschäftigungen auf dem für ihn in Betracht kommenden Arbeitsmarkt nicht mehr nachgehen kann.<sup>12</sup>

##### 3. Prognoseentscheidung über Dauer und Umfang der Minderung der Leistungsfähigkeit

Ob innerhalb von sechs Monaten die Wiederherstellung der Leistungsfähigkeit zu einer versicherungspflichtigen, min-

6 Vgl. BSG, Urt. v. 14.12.1995 - 11 RAr 19/95 Rn. 13 ff.; BSG, Urt. v. 09.09.1999 - B 11 AL 13/99 R. 18; BSG, Urt. v. 10.05.2007 - B 7a AL 30/06 R. 14; BSG, Beschl. v. 23.08.2010 - B 11 AL 2/10 BH Rn. 6 ff.; BSG, Urt. v. 30.01.2002 - B 5 RJ 6/01 R. 18.

7 BSG, Urt. v. 09.08.1990 - 11 RAr 141/88 Rn. 24; Gürtner in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, § 43 SGB VI Rn. 25, Stand September 2018.

8 Winkler in: Gagel, SGB II/SGB III, § 145 SGB III Rn. 33, Stand 9/2018.

9 Vgl. Aubel in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB III, § 145 Rn. 24, Stand 15.01.2019; Müller in: BeckOK Sozialrecht, § 145 SGB III Rn. 9, Stand 01.12.2018.

10 LSG München, Beschl. v. 25.02.2013 - L 9 AL 8/13 B ER Rn. 24.

11 LSG München, Urt. v. 23.01.2018 - L 10 AL 134/15 Rn. 17.

12 Vgl. BSG, Urt. v. 26.05.1977 - 12 RAr 13/77 Rn. 13 ff.; BSG, Urt. v. 08.08.1990 - 11 RAr 1/89 Rn. 17; BSG, Urt. v. 17.06.1993 - 13 RJ 1/92 Rn. 18; Behrend in: Eicher/Schlegel, SGB III n.F., § 145 Rn. 31, Stand Juli 2013.

destens 15 Stunden wöchentlich umfassenden Beschäftigung auf dem für den Arbeitslosen in Betracht kommenden Arbeitsmarkt zu erwarten ist, hat zunächst die BA nach Prüfung des Einzelfalls und ohne Bindung an ggf. vorhergehende Feststellungen des Rentenversicherungsträgers im Wege einer Prognoseentscheidung zu beantworten.<sup>13</sup>

#### a. Prognoseentscheidung der Arbeitsverwaltung

Die insoweit erforderliche prognostische Betrachtung setzt zunächst voraus, dass die BA unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Amtsermittlung alle für die Beurteilung der künftigen Entwicklung erkennbaren Umstände ermittelt und nicht lediglich fremde Ergebnisse übernimmt.<sup>14</sup> D.h. der Ärztliche Dienst hat in einem Gutachten den tatsächlichen Krankheitszustand und die daraus folgende Leistungsminderung des Versicherten festzustellen sowie eine Einschätzung über dessen zukünftige Leistungsfähigkeit nach Umfang und Dauer abzugeben. Auf dieser Grundlage ist von der Arbeitsverwaltung eine Prognoseentscheidung über die voraussichtliche Dauer und den Umfang der Leistungsminderung zu treffen.

Weiter ist die Prognoseentscheidung unabhängig davon zu treffen, wann das Verwaltungsverfahren abgeschlossen wird. Maßgeblich ist allein, ob im Zeitpunkt des möglichen Anspruchsbeginns,<sup>15</sup> frühestens jedoch im Zeitpunkt des Eintritts der gesundheitlichen Beeinträchtigung, von einer Minderung der Leistungsfähigkeit ausgegangen werden muss, die hinsichtlich Umfang und Dauer die Erfüllung der Voraussetzung der objektiven Verfügbarkeit ausschließt. Dabei gehört es zum Wesen einer Prognose, dass zu einem bestimmten Zeitpunkt aufgrund feststehender Tatsachen Schlussfolgerungen für eine künftige, ungewisse Entwicklung gezogen werden.<sup>16</sup> Hieraus folgt, dass die Prognoseentscheidung grds. für die Dauer der Bewilligungsentscheidung maßgeblich bleibt und nachträglich nicht dadurch infrage gestellt werden kann, weil die BA entgegen ihrer ursprünglichen Einschätzung nunmehr zu der Erkenntnis gelangt, dass die seinerzeit vorliegenden medizinischen Erkenntnisse den anfangs gezogenen Schluss nicht tragen; insbesondere liegt hierin keine Änderung in den tatsächlichen Verhältnissen i.S.v. § 48 SGB X. Anders kann es aber liegen, wenn sich während des laufenden Bewilligungszeitraums die für die ursprüngliche Prognose maßgebliche Sach- und Rechtslage ändert (z.B. unvorhersehbare Besserung des Gesundheitszustandes).<sup>17</sup>

Kommt die BA hiervon ausgehend zu dem Ergebnis, dass nur eine vorübergehende, also eine weniger als sechs Monate dauernde Leistungsminderung mit einem hohen Maß an prognostischer Sicherheit vorliegt, ist sie befugt, über den Umfang der Leistungsfähigkeit als Voraussetzung der Verfügbarkeit ohne Mitwirkung des Rentenversicherungsträgers zu entscheiden.<sup>18</sup> So kann es etwa liegen, wenn zum Zeitpunkt der Arbeitslosigkeit bereits eine negative Feststellung der Er-

werbsminderung durch den Träger der GRV getroffen worden ist und die BA die dortigen Erwägungen weiterhin für maßgeblich hält (etwa weil vom Versicherten keine neuen gesundheitlichen Einschränkungen geltend gemacht werden). Ist hingegen bei prognostischer Betrachtung von einer mehr als sechsmonatigen Minderung der Leistungsfähigkeit auszugehen (etwa nach Aussteuerung aus dem Krankengeldbezug), obliegen die weitere Prüfung und die Feststellung über den Umfang des Restleistungsvermögens allein dem zuständigen Rentenversicherungsträger mit der Folge, dass Alg nach Maßgabe von § 145 SGB III bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen zu bewilligen ist.<sup>19</sup> Bleiben – gleichsam als dritte mögliche Fallgestaltung – trotz Ausschöpfens aller in Betracht kommenden Aufklärungsmöglichkeiten Zweifel an der Dauer der Leistungsminderung, so hat die BA nach zutreffender Rechtsprechung des BSG<sup>20</sup> eine Entscheidung nach Beweislastgrundsätzen zu treffen. Gemeint sind damit Fallgestaltungen, in denen bezüglich der Dauer der Leistungsminderung – über die einer Prognose stets anhaftende Restzweifel hinaus – Ungewissheit besteht („non liquet“), wie dies etwa bei fehlender Mitwirkung des Versicherten der Fall sein kann. Ist aber eine entscheidungserhebliche Tatsachenfrage nicht aufklärbar, ist es allein eine Frage der materiellen Beweislast, zu wessen Lasten dies geht. Wer die Beweislast trägt, bestimmt sich dabei nach materiellem Recht und ist in Auslegung der im Einzelfall einschlägigen Normen zu ermitteln. Danach trifft die Beweislast für eine mehr als sechsmonatige Leistungsminderung den Versicherten; denn diese tatbestandliche Voraussetzung ist nach dem eindeutigen Wortlaut des § 145 Abs. 1 Satz 1 SGB III anspruchsbegründend. Nur wenn sie vorliegt, eröffnet sich dem Arbeitslosen die Möglichkeit der Bewilligung von Alg gem. § 145 SGB III. Soweit hingegen in der obergerichtlichen Rechtsprechung<sup>21</sup> und Literatur<sup>22</sup> die Ansicht vertreten wird,

13 Vgl. BSG, Urt. v. 10.05.2007 - B 7a AL 30/06 R Rn. 15; BSG, Beschl. v. 21.12.2011 - B 11 AL 77/11 B Rn. 8.

14 Vgl. LSG München, Urt. v. 15.12.2011 - L 9 AL 66/09 Rn. 44.

15 Vgl. BSG, Beschl. v. 21.12.2011 - B 11 AL 77/11 B Rn. 8.

16 BSG, Urt. v. 04.10.1994 - 7 KlAr 1/93 Rn. 160; BSG, Urt. v. 10.12.2013 - B 13 R 9/13 R Rn. 29.

17 Vgl. BSG, Urt. v. 27.01.2009 - B 14 AS 42/07 R Rn. 23; LSG München, Urt. v. 21.06.2018 - L 9 AL 27/16 Rn. 74.

18 Mutschler in: Kommentar zum Sozialrecht, 5. Aufl. 2017, § 145 SGB III Rn. 8; Valgolio in: Hauck/Noftz, SGB III, § 145 Rn. 34, Stand 7/2015.

19 Valgolio in: Hauck/Noftz, SGB III, § 145 Rn. 36, Stand 7/2015.

20 BSG, Urt. v. 10.05.2007 - B 7a AL 30/06 R Rn. 19; zustimmend Valgolio in: Hauck/Noftz, SGB III, § 145 Rn. 37, Stand 7/2015; Auel in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB III, § 145 Rn. 25, Stand 15.01.2019.

21 LSG Berlin, Urt. v. 24.08.2006 - L 4 AL 57/04; LSG Stuttgart, Urt. v. 14.03.2008 - L 8 AL 1601/07.

22 Winkler in: Gagel, SGB II/SGB III, § 145 SGB III Rn. 29, Stand 9/2018; Brand in: Brand, SGB III, 8. Aufl. 2018, § 145 Rn. 5; Lauer in: Mutschler/Schmidt-De Caluwe/Coseriu, SGB III, 6. Aufl. 2017, § 145 Rn. 12; Geiger, info also 2018, 62, 65; Klöcker, NZS 2005, 182.

dass bei Zweifeln über die Dauer der Leistungsminderung die Nahtlosgewährung zur Anwendung komme und der Rentenversicherungsträger von der BA einzuschalten sei, weil anderenfalls die Vorschrift des § 145 SGB III häufig ins Leere liefe, fehlt es diesem Ansatz an einer dogmatischen bzw. normativen Grundlage.

### **b. Gerichtliche Überprüfung der Prognoseentscheidung der Arbeitsverwaltung**

Die prognostische Einzelbeurteilung der BA unterliegt in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht in vollem Umfang der Überprüfung durch die Tatsachengerichte, d.h. wegen der Notwendigkeit einer einzelfallbezogenen Betrachtung steht der Arbeitsverwaltung kein nur beschränkt nachprüfbarer Beurteilungsspielraum zu. Insoweit hat das Tatsachengericht eigene Feststellungen zur gesundheitlichen Leistungsfähigkeit des Arbeitslosen zu treffen und es steht ihm hier von ausgehend frei, die fehlerhafte durch eine gerichtliche Prognose zu ersetzen.<sup>23</sup> Muss – wie ausgeführt – die Prognoseentscheidung der BA für den Zeitraum der Dauer des Verwaltungsaktes grds. Bestand haben, ist zu prüfen, ob sich aufgrund der Sach- und Rechtslage zur Zeit des Abschlusses des Verfahrens die Prognose der BA über die Entwicklung des Gesundheitszustandes des Versicherten als richtig erweist. Allerdings kann bei der gerichtlichen Überprüfung dieser gesundheitlichen Prognoseentscheidung der spätere Geschehensablauf nach Erlass des Widerspruchsbescheides ausnahmsweise dann nicht unberücksichtigt bleiben, wenn die Richtigkeit der Prognoseentscheidung eindeutig falsifiziert bzw. nachhaltig erschüttert ist.<sup>24</sup> So kann es etwa liegen, wenn der Rentenversicherungsträger entgegen der Einschätzung der Arbeitsverwaltung den Eintritt vollständiger Erwerbsminderung im sechsmonatigen Prognosezeitraum festgestellt hat. Nicht rechtserheblich ist hingegen, wenn aufgrund zwischenzeitlich bekannt gewordener Fakten bei rückschauender Betrachtung eine andere prognostische Beurteilung – lediglich – gerechtfertigt sein könnte. Fehlt es gänzlich an einer Prognoseentscheidung der BA, so führt dies nicht dazu, dass das Tatsachengericht in eigener Verantwortung zu prüfen hat, ob die Voraussetzungen des § 145 Abs. 1 Satz 1 SGB III vorliegen.<sup>25</sup>

### **II. Vorliegen aller vom gesundheitlichen Leistungsvermögen unabhängigen Tatbestandsvoraussetzungen des § 137 SGB III**

Die Fiktion der objektiven Verfügbarkeit für die Arbeitsvermittlung bezieht sich allein auf diese Voraussetzung des Anspruchs auf Alg, während alle vom gesundheitlichen Leistungsvermögen unabhängigen Tatbestandsvoraussetzungen des § 137 SGB III vorliegen müssen.<sup>26</sup>

### **1. Subjektive Verfügbarkeit**

Dies gilt insbesondere für das in § 138 Abs. 5 Nr. 3 SGB III niedergelegte Erfordernis der subjektiven Verfügbarkeit (Arbeitsbereitschaft) des Arbeitslosen, die keine Frage der Nahtlosigkeitsregelung ist, sondern im eigenen Verantwortungsbereich des Versicherten verbleibt. Danach steht den Vermittlungsbemühungen der BA nur zur Verfügung, wer bereit ist, eine versicherungspflichtige, mindestens 15 Wochenstunden umfassende zumutbare Beschäftigung anzunehmen und auszuüben. Stehen objektive und subjektive Verfügbarkeit demnach nicht beziehungslos nebeneinander, sondern greifen wechselwirksam ineinander, kann subjektive Verfügbarkeit nur bejaht werden, wenn der Arbeitslose bereit ist, alle seiner objektiven Leistungsfähigkeit entsprechenden und nach Art und Umfang zumutbaren Beschäftigungen aufzunehmen.<sup>27</sup> Dies bedeutet zugleich, dass die Bereitschaft zur Aufnahme von Beschäftigungen nicht über das hinausgehen muss, wozu der Arbeitslose objektiv in der Lage ist, er sich aber auch nicht willkürlich auf einen Teil seiner objektiven Möglichkeiten beschränken darf.<sup>28</sup> Im Kontext des § 145 SGB III ist dabei an die im Rahmen der Prognoseentscheidung getroffenen tatsächlichen Feststellungen zum vorhandenen Restleistungsvermögen des Versicherten anzuknüpfen; diese bilden die Grundlage für die Beurteilung, ob auch Arbeitsbereitschaft entsprechend der tatsächlichen Arbeitsfähigkeit des Versicherten besteht.<sup>29</sup> Hiervon ausgehend kann vom Versicherten (nur) eine Erklärung des Inhalts verlangt werden, dass er sich abstrakt im Rahmen des festzustellenden bzw. festgestellten Leistungsvermögens dem Arbeitsmarkt zur Verfügung stellt. Diese Grundsätze finden auch auf die sog. Null-Fälle Anwendung, zumal die zugrunde liegende Annahme völliger Leistungsunfähigkeit das Ergebnis einer mit Unsicherheiten behafteten Prognose ist, die eine andere Beurteilung nicht kategorisch auszuschließen vermag.

23 Vgl. BSG, Urt. v. 09.09.1999 - B 11 AL 13/99 R Rn. 20; BSG, Urt. v. 10.05.2007 - B 7a AL 30/06 R Rn. 14 f. und 19; BSG, Beschl. v. 21.12.2011 - B 11 AL 77/11 B Rn. 8.

24 Vgl. auch BSG, Urt. v. 11.05.2000 - B 7 AL 18/99 R Rn. 19; BSG, Urt. v. 24.09.1974 - 7 RA 113/73 Rn. 17; Heinz, SGB 2016, 25, 27; Keller in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 12. Aufl. 2017, § 54 Rn. 34a a.E.

25 So auch Aubel in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB III, § 145 Rn. 26, Stand 15.01.2019.

26 Vgl. BSG, Urt. v. 21.03.2007 - B 11a AL 31/06 R Rn. 21; BSG, Beschl. v. 25.11.1998 - B 11 AL 21/98 BH Rn. 2; BSG, Urt. v. 17.12.2013 - B 11 AL 20/12 R Rn. 17.

27 BSG, Urt. v. 09.09.1999 - B 11 AL 13/99 R Rn. 19; BSG, Urt. v. 01.08.1978 - 7 RA 49/77.

28 Vgl. BSG, Urt. v. 26.09.1989 - 11 RA 131/88 Rn. 25.

29 BSG, Urt. v. 09.09.1999 - B 11 AL 13/99 R Rn. 19; BSG, Beschl. v. 23.08.2010 - B 11 AL 2/10 BH Rn. 6.



Die Arbeitsbereitschaft als innere Tatsache lässt sich nur aus dem Vorbringen des Arbeitslosen sowie im Wege des Rückschlusses von äußeren Anhaltspunkten auf die innere Einstellung des Betroffenen im jeweiligen Einzelfall feststellen.<sup>30</sup> Kann der Nachweis der subjektiven Verfügbarkeit nicht erbracht werden, geht dies nach allgemeinen beweisrechtlichen Grundsätzen zulasten des Versicherten. Die Bereitschaft, sich in eine Beschäftigung vermitteln zu lassen, bringen Versicherte i.d.R. mit ihrer Arbeitslosmeldung zum Ausdruck. Das Fehlen der Arbeitsbereitschaft kann erst dann angenommen werden, wenn der Arbeitslose durch sein Verhalten – z.B. eine ausdrückliche Erklärung oder durch mehrfache Ablehnungen zumutbarer Arbeiten – konkrete Anhaltspunkte für seine Arbeitsunwilligkeit gegeben hat.<sup>31</sup> Da Arbeitsunfähigkeit und Verfügbarkeit – wie dargetan – nicht deckungsgleich sind, schließt auch eine kommentarlose, keinen subjektiven Erklärungswert hinsichtlich fehlender Arbeitsbereitschaft enthaltende Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung subjektive Verfügbarkeit nicht von vornherein aus.<sup>32</sup> Anderes kann gelten, wenn ein Arbeitsloser sich unter Vorlage ärztlicher Bescheinigungen und Verweis auf ein laufendes Feststellungsverfahren für eine Erwerbsminderungsrente für erwerbsunfähig erklärt, um (vermeintlich)<sup>33</sup> negative Auswirkungen auf den erhofften Rentenanspruch zu vermeiden. In Fallgestaltungen dieser Art bedarf die Feststellung fehlender Arbeitsbereitschaft allerdings einer sorgfältigen Prüfung der Frage, ob der Arbeitslose unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls tatsächlich zum Ausdruck bringen will, nicht arbeiten zu wollen.<sup>34</sup> Im Regelfall wird auch die Anspruchsvoraussetzung der subjektiven Verfügbarkeit als gegeben unterstellt.<sup>35</sup> Zu weitgehend wäre indes die Annahme, die fehlende Arbeitsbereitschaft könnte dem Arbeitslosen, der eine Rente wegen Erwerbsminderung beantragt hat, erst dann entgegengehalten werden, wenn er über die Auswirkungen seines Verhaltens und die Folgen der fehlenden subjektiven Verfügbarkeit ausdrücklich beraten bzw. belehrt worden ist.<sup>36</sup> Jedoch ist ein entsprechendes Fehlverhalten der Arbeitsverwaltung zumindest in die für die Feststellung der Arbeitsbereitschaft erforderliche Gesamtbetrachtung einzustellen.

## 2. Persönliche Arbeitslosmeldung

Bezüglich der persönlichen Arbeitslosmeldung (vgl. § 141 Abs. 1 Satz 1 SGB III) als (weiterer) konstitutiver Voraussetzung des Leistungsanspruchs enthält § 145 Abs. 1 Satz 3 SGB III eine Modifikation zugunsten des Versicherten. Danach kann die Meldung, d.h. die Tatsachenerklärung über den Eintritt der Arbeitslosigkeit, ausnahmsweise durch einen Vertreter erfolgen, sofern und solange dem Arbeitslosen selbst die persönliche Meldung aus gesundheitlichen Gründen objektiv unmöglich ist.<sup>37</sup> Auch wenn dem Wortlaut des § 145 Abs. 1 Satz 3 SGB III eine gewisse inhaltliche Unschärfe innewohnt,

ergibt sich bei einer an Systematik, Sinn und Zweck sowie der Entstehungsgeschichte der Vorschrift ausgerichteten Gesetzesauslegung, dass der Vertreter, der den an der persönlichen Arbeitslosmeldung aus gesundheitlichen Gründen gehinderten Arbeitslosen bei Vornahme dieser Handlung vertritt, sich ebenso wie dieser persönlich bei der BA melden muss; eine andere Form der Meldung genügt nicht.<sup>38</sup>

## III. Keine positive Feststellungsentscheidung des Rentenversicherungsträgers

Schließlich setzt die Fiktion gesundheitlichen Leistungsvermögens voraus, dass verminderte Erwerbsfähigkeit im Sinne der GRV noch nicht festgestellt worden ist. Die Feststellung, ob eine verminderte Erwerbsfähigkeit vorliegt, trifft nach § 141 Abs. 1 Satz 2 SGB III allein der zuständige Rentenversicherungsträger (Feststellungsmonopol).

Ausgehend vom Wortlaut des § 145 Abs. 1 Satz 1 SGB III liegt verminderte Erwerbsfähigkeit im Sinne der GRV in den von § 33 Abs. 1 und 3 SGB VI umfassten Fällen vor, also bei teilweiser und voller Erwerbsminderung (§ 43 Abs. 1 und 2 SGB VI), ebenso bei verminderter Berufsfähigkeit im Bergbau (§ 45 Abs. 2 SGB VI)<sup>39</sup> und Berufsunfähigkeit i.S.v. § 240 Abs. 2 SGB VI. Ob der Versicherte auch die weiteren (versicherungsrechtlichen) Voraussetzungen für den Bezug einer Rente wegen Erwerbsminderung erfüllt, ist hingegen ohne Belang.

Die Feststellungsentscheidung selbst ist weder an eine bestimmte Form noch an die Einhaltung eines bestimmten Verfahrens gebunden.<sup>40</sup> Die Feststellung der Erwerbsminderung kann daher auch außerhalb eines Rentenverfahrens und insbesondere im Rahmen eines Rehabilitationsverfahrens getroffen werden; insofern bedarf es aber auf die Erwerbsfähigkeit des Versicherten bezogener eindeutiger Aussagen. Der

30 Vgl. BSG, Urt. v. 14.05.2014 - B 11 AL 8/13 R Rn. 15; BSG, Urt. v. 21.03.2006 - B 5 RJ 27/05 R Rn. 18; BSG, Urt. v. 31.10.1996 - 11 RA 33/96 Rn. 16.

31 BSG, Urt. v. 26.09.1989 - 11 RA 131/88; Valgolio in: Hauck/Noftz, SGB III, § 138 Rn. 280, Stand 4/2018.

32 Vgl. auch BSG, Beschl. v. 21.12.2011 - B 11 AL 77/11 B Rn. 16.

33 Tatsächlich bleibt die gebotene abstrakte Verfügbarkeitsklärung ohne Auswirkungen auf das Rentenverfahren.

34 Müller in: BeckOK Sozialrecht, § 145 SGB III Rn. 68, Stand 01.12.2018.

35 Behrend in: Eicher/Schlegel, SGB III n.F., § 145 Rn. 38, Stand April 2014.

36 So zutreffend Mutschler in: Kommentar zum Sozialrecht, 5. Aufl. 2017, § 138 SGB III Rn. 65; a.A. LSG Chemnitz, Urt. v. 21.04.2005 - L 3 AL 104/03; LSG München, Urt. v. 21.06.2018 - L 9 AL 27/16 Rn. 83.

37 BSG, Urt. v. 14.12.1995 - 11 RA 75/95 Rn. 17 m.w.N.

38 BSG, Urt. v. 23.10.2014 - B 11 AL 7/14 R mit zahlreichen Nachweisen zum Meinungsstand.

39 Vgl. auch § 434 Abs. 3 SGB III.

40 Vgl. BSG, Urt. v. 29.04.1998 - B 7 AL 18/97 R Rn. 19; vgl. auch BSG, Urt. v. 12.06.1992 - 11 RA 35/91; Valgolio in: Hauck/Noftz, SGB III, § 145 Rn. 52, Stand 7/2015.

Rentenversicherungsträger kann Erwerbsminderung des Arbeitslosen auch ausschließlich auf Ersuchen der BA feststellen. In diesen Fallgestaltungen handelt es sich stets um eine – nicht die Merkmale eines Verwaltungsaktes aufweisende – verwaltungsinterne Vorbereitung einer allein von der BA mit unmittelbarer Rechtswirkung nach außen zu treffenden Entscheidung über den Leistungsanspruch, weshalb die Wirksamkeit der Feststellung auch nicht von der Bekanntmachung an den Versicherten abhängig ist.<sup>41</sup>

Nur wenn und solange keine Entscheidung über das Vorliegen verminderter Erwerbsfähigkeit im vorbezeichneten Sinne vorliegt, greift die Sperrwirkung der Nahtlosigkeitsregelung. Ein ablehnender und damit keine positive Feststellung der verminderten Erwerbsfähigkeit enthaltender Bescheid des Rentenversicherungsträgers schränkt den Anwendungsbereich der Nahtlosigkeitsregelung nicht ein und beendet die eintretende Sperrwirkung nicht.<sup>42</sup> Denn für eine Anwendung der Nahtlosigkeitsregelung bedarf es keiner förmlichen Entscheidung der BA darüber, dass sie Leistungen wegen Arbeitslosigkeit auf der Grundlage des § 145 SGB III gewährt;<sup>43</sup> vielmehr tritt die Sperrwirkung kraft Gesetzes ein und entfällt nicht dadurch, dass der Rentenversicherungsträger im weiteren zeitlichen Verlauf eine Entscheidung trifft, die keinen unmittelbaren tatbestandlichen Bezug zu § 145 SGB III aufweist. Dies hat zur Folge, dass die BA in diesen Fällen bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 145 Abs. 1 Satz 1 SGB III Alg weiter auf dieser Grundlage zu gewähren hat.<sup>44</sup> Hiervon ausgehend hat das BSG zu Recht darauf hingewiesen, dass sich bei Ablehnungsbescheiden des Rentenversicherungsträgers die zuweilen diskutierte Frage, ob die Nahtlosigkeitsregelung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rentenverfahrens anwendbar bleibt, schon tatbestandlich nicht stellt.<sup>45</sup>

#### D. Reichweite der Nahtlosigkeitsregelung

Erst nachdem der Rentenversicherungsträger eine positive Feststellung über das Vorliegen von Erwerbsunfähigkeit getroffen hat, entfällt die Fiktion objektiver Verfügbarkeit und damit auch der Anwendungsbereich der Nahtlosigkeitsregelung.<sup>46</sup> Der Grund für die bereits erbrachten Leistungen wird dagegen nicht beseitigt oder im Sinne der Feststellungen des Rentenversicherungsträgers nachträglich ersetzt, weshalb auch keine Neuberechnung des bewilligten Alg erfolgt.<sup>47</sup> Maßgebend ist grds. der Zeitpunkt des Zugangs der entsprechenden Mitteilung des Rentenversicherungsträgers bei der Arbeitsverwaltung. So liegt es jedenfalls dann, wenn die Feststellung ausschließlich auf Ersuchen der BA erfolgt und es sich damit um eine reine verwaltungsinterne Vorbereitungsmaßnahme handelt.<sup>48</sup> Nach der Rechtsprechung des BSG soll auf den vorbenannten Zeitpunkt auch dann abzustellen sein, wenn dem Arbeitslosen das Vorliegen von Erwerbsminderung bereits förmlich durch Verwaltungsakt im Rahmen eines Ren-

tenantrags- oder Rehabilitationsverfahrens bekannt gegeben worden ist (vgl. § 39 Abs. 1 SGB X).<sup>49</sup> Für Letzteres spricht indes weder der Wortlaut des § 145 Abs. 1 SGB II noch wird ein solches Verständnis durch den Sinn und Zweck der Vorschrift getragen, weil die Gefahr eines negativen Kompetenzkonfliktes zwischen Rentenversicherung und Arbeitslosenversicherung nicht mehr besteht, wenn der Rentenversicherungsträger über das Vorliegen von Erwerbsminderung bereits förmlich entschieden hat. In diesen Fällen muss es demnach grds. auf den Zeitpunkt der Bekanntgabe des Rentenbescheides an den Versicherten ankommen.<sup>50</sup>

Die Sperrwirkung findet ihr zeitliches Ende unabhängig davon, ob eine Rente wegen verminderter Erwerbsfähigkeit nicht zu zahlen ist, weil etwa andere rentenrechtliche Voraussetzungen (Wartezeit, Vorversicherungszeit) nicht erfüllt sind. Schon nach dem Wortlaut der Vorschrift ist die Fiktion allein an die Feststellung der verminderten Erwerbsfähigkeit im Sinne der GRV und nicht an einen nachfolgenden tatsächlichen Rentenbezug geknüpft. Zudem entspricht es nicht dem Sinn und Zweck des § 145 Abs. 1 SGB III, dem objektiv nicht verfügbaren Arbeitslosen nach der Feststellung der Erwerbsminderung durch den Rentenversicherungsträger einen Anspruch auf Alg zu verschaffen, bis tatsächlich eine Rente gewährt wird.<sup>51</sup> Eine andere Beurteilung ist auch nicht deshalb geboten, weil ein solches Verständnis regelmäßig zu Lücken im Versicherungsschutz des Arbeitslosen führen würde, da die Rente wegen verminderter Erwerbsfähigkeit, die grds. nur auf Zeit zu gewähren ist (vgl. § 102 Abs. 2 Satz 1 SGB VI), bislang nicht vor Beginn des siebten Monats nach Eintritt der Minderung der Erwerbsfähigkeit

41 BSG, Urt. v. 12.06.1992 - 11 RAr 35/91.

42 BSG, Urt. v. 09.09.1999 - B 11 AL 13/99 R Rn. 17; BSG, Urt. v. 17.11.2005 - B 11a/11 AL 55/04 R Rn. 18; BSG, Urt. v. 14.12.1995 - 11 RAr 19/95 Rn. 12; a.A. wohl BSG, Urt. v. 29.04.1998 - B 7 AL 18/97 R Rn. 21; BSG, Beschl. v. 24.05.2017 - B 11 AL 15/16 BH Rn. 6; Mutschler in: Kommentar zum Sozialrecht, 5. Aufl. 2017, § 145 SGB III Rn. 14; Valgolio in: Hauck/Noftz, SGB III, § 145 Rn. 60 und 64, Stand 7/2015; Böttiger, jurisPR-SozR 11/2018 Anm. 5.

43 BSG, Urt. v. 17.11.2005 - B 11a/11 AL 55/04 R Rn. 18.

44 So zutreffend Aubel in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB III, § 145 Rn. 39, Stand 15.01.2019.

45 BSG, Urt. v. 09.09.1999 - B 11 AL 13/99 R Rn. 17.

46 BSG, Urt. v. 23.02.2017 - B 11 AL 3/16 R Rn. 27; BSG, Urt. v. 12.12.2017 - B 11 AL 27/16 R Rn. 13.

47 BSG, Urt. v. 30.01.2002 - B 5 RJ 6/01 R Rn. 19.

48 BSG, Urt. v. 12.06.1992 - 11 RAr 35/91.

49 BSG, Urt. v. 14.12.1995 - 11 RAr 19/95 Rn. 13; BSG, Urt. v. 29.04.1998 - B 7 AL 18/97 R Rn. 22.

50 So im Ergebnis auch BSG, Urt. v. 12.12.2017 - B 11 AL 27/16 R Rn. 2, 10 und 13; anderes kann gelten, wenn der Rentenversicherungsträger vor Bekanntgabe des Rentenbescheides die Feststellung der Erwerbsminderung mitteilt.

51 Vgl. BSG, Urt. v. 12.12.2017 - B 11 AL 27/16 R Rn. 14 ff.; BSG, Urt. v. 14.12.1995 - 11 RAr 19/95 Rn. 14; BSG, Urt. v. 29.04.1998 - B 7 AL 18/97 R Rn. 20.

einsetzte (vgl. § 101 Abs. 1 SGB VI). Die Lösung dieser Problematik ist systemgerecht im Rentenversicherungsrecht zu suchen. Eine diesbezügliche Regelung wurde nunmehr durch Einfügung von § 101 Abs. 1a SGB VI mit Wirkung vom 14.12.2016<sup>52</sup> getroffen. Danach werden befristete Renten wegen voller Erwerbsminderung, auf die Anspruch unabhängig von der jeweiligen Arbeitsmarktlage besteht, vor Beginn des siebten Kalendermonats nach dem Eintritt der Minderung der Erwerbsfähigkeit geleistet, wenn die Feststellung der verminderten Erwerbsfähigkeit durch den Rentenversicherungsträger zur Folge hat, dass ein Anspruch auf Alg entfällt, und der siebte Kalendermonat nach dem Eintritt der Minderung der Erwerbsfähigkeit noch nicht erreicht ist. In diesen Fällen setzt die Erwerbsminderungsrente jetzt unmittelbar nach dem Ende des Alg-Bezugs ein.

Wie das BSG in seinem Grundsatzurteil vom 09.09.1999<sup>53</sup> eingehend dargetan hat, entfaltet die Nahtlosigkeitsregelung über die beschriebene Sperrwirkung hinaus keine weitergehende Bindung der Arbeitsverwaltung. Dies hat zur Folge, dass die Arbeitsverwaltung – und im Streitfall das Tatsachengericht<sup>54</sup> – ohne Bindung an die tatsächlichen oder rechtlichen Feststellungen des Rentenversicherungsträgers nunmehr auch in ihrer Beurteilung der objektiven Verfügbarkeit frei ist.<sup>55</sup> Geht also der Rentenversicherungsträger vom Vorliegen teilweiser Erwerbsminderung aus, besteht für die BA die Möglichkeit, einen Anspruch auf Alg aufgrund eigener Feststellungen unter Verweis auf das Vorliegen der Regelvoraussetzungen gem. §§ 136 ff. SGB III zu bejahen.<sup>56</sup> Die BA ist andererseits nicht gehindert, abweichend von der Feststellung des Rentenversicherungsträgers zu entscheiden, dass (teilweise oder volle) Erwerbsminderung nicht vorliegt und – bei Vorliegen der Voraussetzungen im Übrigen – objektive Verfügbarkeit gegeben ist.<sup>57</sup> Dies mag denkbar sein, wenn die

Feststellung des Rentenversicherungsträgers auf der Fehldiagnose einer schweren Erkrankung beruht oder der Arbeitslose geltend machen kann, sein Gesundheitszustand habe sich gegenüber den der Feststellung des Rentenversicherungsträgers zugrunde liegenden Befunden entscheidend gebessert.

## E. Fazit

Die Nahtlosigkeitsregelung des § 145 Abs. 1 Satz 1 SGB III ist eine wirksame Schutzvorschrift zugunsten von leistungsgeminderten Arbeitslosen in der Phase bestehender Ungewissheit über Dauer und Umfang ihres verbliebenen Restleistungsvermögens. Ist die Vorschrift gekennzeichnet durch ein gewisses Maß an normativer Offenheit, so hat sie ihre dogmatische Durchdringung durch die Grundsatzurteile des BSG vom 09.09.1999 und 10.05.2007 erfahren. Die dortigen Erwägungen tragen unverändert fort und gewährleisten eine einheitliche Rechtsanwendung im Schnittstellenbereich zwischen Arbeitslosen- und Rentenversicherung.

52 Gesetz zur Flexibilisierung des Übergangs vom Erwerbsleben in den Ruhestand und zur Stärkung von Prävention und Rehabilitation im Erwerbsleben vom 08.12.2016, BGBl. I, 2838.

53 BSG, Urt. v. 09.09.1999 - B 11 AL 13/99 R; vgl. auch BSG, Urt. v. 09.08.1990 - 11 RAr 141/88 Rn. 28.

54 BSG, Urt. v. 17.11.2005 - B 11a/11 AL 55/04 R Rn. 17.

55 Zweifelnd BSG, Urt. v. 29.04.1998 - B 7 AL 18/97 R Rn. 21.

56 Vgl. auch BSG, Urt. v. 09.09.1999 - B 11 AL 13/99 R Rn. 15; Müller in: BeckOK Sozialrecht, § 145 SGB III Rn. 18, Stand 01.12.2018 – die Möglichkeit des rechtlichen Nebeneinanders des Bezugs von Alg und teilweiser Erwerbsminderungsrente ergibt sich im Umkehrschluss aus der Regelung in § 156 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB III.

57 BSG, Urt. v. 12.06.1992 - 11 RAr 35/91 Rn. 25; BSG, Urt. v. 12.12.2017 - B 11 AL 27/16 R Rn. 13; zweifelnd BSG, Urt. v. 29.04.1998 - B 7 AL 18/97 R Rn. 21.

## Verwaltungsrecht

# Die Vollstreckung gegen den Staat – Grundsätze und „toxische“ Fälle

PräsOVG Dr. Lars Brocker

## A. Vorbemerkung

Was nützt ein Rechtsanspruch, der nicht durchgesetzt werden kann? Oder noch konkreter: Was nützt ein gerichtlich rechtskräftig festgestellter Rechtsanspruch, der nicht durchgesetzt werden kann? Nichts. Der Anspruch droht in diesen Fällen leerzulaufen. In letzterem Fall wird zudem die Autorität der Gerichte angegriffen und damit eine zentrale Säule des Rechtsstaats beschädigt. Deshalb sind das „Ob“

und das „Wie“ der Vollstreckung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen auch gegenüber dem Staat (wobei hier Behörden aller Art auch im kommunalen Bereich gemeint sind) und ihre gesetzliche Regelung von fundamentaler Bedeutung.

Dies gilt auch dann, wenn man sich – wie in Deutschland – daran gewöhnt hat, dass die Behörden nahezu ausnahmslos verwaltungsgerichtliche Entscheidungen anstandslos

und umfassend befolgen. Die VwGO enthält deshalb in ihrem 17. Abschnitt Bestimmungen über die Vollstreckung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen (§ 167 bis § 172 VwGO). Denn Gesetze sind nicht zuletzt zur Lösung von Konfliktfällen nötig, also sog. toxischer Fälle.

Vor noch nicht allzu langer Zeit hätte man sich im Wesentlichen auf diese Feststellung beschränken können. Im Jahr 2018 gab es jedoch gleich auf drei bedeutsamen Rechtsfeldern durchaus massive und spektakuläre Konflikte zwischen Verwaltungsgerichten und Behörden, die Vollstreckungsfragen aufwerfen. Sie betreffen im Wesentlichen drei Themenkomplexe: Die Überlassung öffentlicher Einrichtungen an politische Parteien (Stichwort: Stadthalle Wetzlar), die Aufstellung und Umsetzung europarechtlich vorgegebener Luftreinhaltepläne (Stichwort: Dieselfahrverbote) und aus dem Migrationsrecht die gerichtlich angeordnete Rückholung eines rechtswidrig abgeschobenen Ausländers („Sami A.“). Diese Fälle zeigen deutlich, dass die Vollstreckung von verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen gegenüber Behörden (auch unter Einsatz von Zwangsmitteln) auch in Deutschland keine rein theoretische Angelegenheit ist. Ich möchte mich daher im Folgenden insbesondere der Frage der gerichtlichen Fest- und Durchsetzung von Zwangsmitteln gegenüber Behörden zuwenden (§ 172 VwGO) und dabei insbesondere die genannten Problemfälle in den Blick nehmen. Zunächst aber zu den Grundsätzen:

## B. Warum „Vollstreckung gegen den Staat“?

Die Frage „warum Vollstreckung gegen den Staat?“ ist mit dem Vorgesagten eigentlich bereits im Wesentlichen beantwortet. Trotzdem lohnt ein kurzer Blick auf die historische Entwicklung:

Noch in den 20er Jahren des letzten Jahrhunderts war die von Otto Meyer getroffene Feststellung allgemein anerkannt, dass das „Recht des Staates auf Achtung und Ehre“ es verbiete, gegen den Staat selbst gerichtliche Zwangsmittel vorzusehen. Im Übrigen sei es widersinnig anzunehmen, dass der Staat als „Hort des Rechtes im Namen des Rechtes mit äußerem Zwang dazu gebracht werden soll, sein Recht zu achten“.<sup>1</sup> Die letztere Argumentationslinie wurde auch noch bis in die 50er und 60er Jahre des letzten Jahrhunderts – also bereits unter der Geltung des Grundgesetzes – von namhaften Vertretern der Verwaltungsrechtswissenschaft in Deutschland verfochten. Es sei nämlich schlicht nicht vorstellbar, dass der Rechtsstaat im Fall seiner Verurteilung seine Verpflichtung nicht erfülle.<sup>2</sup>

Der Gesetzgeber der VwGO hat dies bereits damals zu Recht anders gesehen.<sup>3</sup> Im Regierungsentwurf hieß es:

„Eine wirkungsvolle Vollstreckung des verwaltungsgerichtlichen Urteils ist zwingende Voraussetzung eines konsequenten Rechtsschutzes. Die Möglichkeit, dass ein verwaltungsgerichtliches Urteil, sei es wegen passiven Verhaltens der Behörde oder wegen einer an sich lückenhaften Ausgestaltung der Vollstreckung, nicht vollzogen wird, widerspricht der Forderung des Art. 19 Abs. 4 GG nach umfassendem Rechtsschutz. Soweit die Durchsetzung der Urteile nicht gewährleistet ist, ist der Rechtsschutz nur unvollkommen.“<sup>4</sup>

Dies hat auch das BVerfG wiederholt klargestellt: Zu einem effektiven Rechtsschutz „gehört vor allem, dass der Richter über eine ausreichende Entscheidungsmacht verfügt, um einer erfolgten oder drohenden Rechtsverletzung wirksam abzuhelfen“.<sup>5</sup> Dies gilt auch gegenüber dem Staat.<sup>6</sup> Dem ist nichts hinzuzufügen.

## C. Grundsätze der Vollstreckung

D.h. aber noch nicht, dass der Gesetzgeber eine völlige Gleichsetzung der Vollstreckung gegenüber dem Staat mit der Vollstreckung gegenüber dem Bürger (insbesondere von Bürgern untereinander) vornehmen müsste. Bereits der Gedanke der Gewaltenteilung zwischen Judikative und Exekutive kann es nahelegen, Differenzierungen (insbesondere Einschränkungen) vorzusehen, wie dies auch in § 172 VwGO geschehen ist. Was die Anwendung von Zwangsmitteln gegenüber dem Staat anbelangt, ist gerade keine pauschale Verweisung auf die Regelungen der ZPO vorgesehen, sondern gem. § 167 Abs. 1 Satz 1 VwGO nur, soweit in der VwGO nichts anderes bestimmt ist.

Was bedeutet dies im Einzelnen? Hier sind die folgenden Aspekte besonders bedeutsam:

- Es gibt grds. keine Ausnahme, was den „Rang“ des Vollstreckungsschuldners in der Behördenhierarchie anbelangt. Der damalige Regierungsentwurf hatte noch vorgesehen, oberste Bundes- und Landesbehörde (also z.B. Ministerien) von den Regelungen über die Vollstreckung auszunehmen. Ihnen gegenüber sollte

1 Zitiert nach Pietzner/Möller in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 34. EL Mai 2018, § 167 Rn. 8.

2 Vgl. Ule, DVBl. 1959, 537, 540, wonach die gesetzliche Regelung in der VwGO zur Erzwingung hoheitlichen Handelns durch gerichtliches Zwangsgeld eine „Bankrotterklärung des Rechtsstaatsgedankens“ sei.

3 Der erste Regierungsentwurf zur VwGO stammt aus dem Jahr 1952; in Kraft getreten ist sie schließlich am 01.04.1960.

4 BT-Drs. III/55, S. 48; vgl. auch Pietzner/Möller in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 34. EL Mai 2018, § 172 Rn. 5.

5 BVerfG, Beschl. v. 08.07.1982 - 2 BvR 1187/80.

6 BVerfG, Kammerbeschl. v. 09.08.1999 - 1 BvR 2245/98.

eine Zwangsvollstreckung gerichtlicher Entscheidungen nicht möglich sein. Im Gesetzgebungsverfahren ist diese Einschränkung gestrichen worden.<sup>7</sup> Sie wäre auch schwerlich vereinbar mit der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG.

- Das anwendbare Zwangsmittel ist schon vom Wortlaut des § 172 Satz 1 VwGO her auf Zwangsgeld beschränkt. Damit kommt die Verhängung von Zwangshaft und Ordnungshaft gegenüber Behördenvertretern im Vollstreckungsverfahren grds. nicht in Betracht.<sup>8</sup>
- Das Zwangsgeld ist gegenüber der Behörde festzusetzen, nicht etwa gegenüber dem Behördenleiter oder einem einzelnen Behördenmitarbeiter.<sup>9</sup> Bei dieser Gelegenheit ist nochmals zu betonen: Das Zwangsgeld ist keine Strafe, sondern allein darauf gerichtet, ein künftiges Verhalten durchzusetzen.<sup>10</sup>
- Diese Feststellung schließt es nicht aus, dass ein zuständiger Beamter, der seiner rechtskräftig festgestellten Verpflichtung nicht nachkommt, von seinem Dienstherrn aufgrund des gezahlten Zwangsgeldes wegen schuldhafter Verletzung von Dienstpflichten in Regress genommen und/oder disziplinarrechtlich belangt wird.<sup>11</sup>
- Die Höhe des festzusetzenden Zwangsgeldes ist nach dem Wortlaut des § 172 Satz 1 VwGO auf 10.000 € begrenzt. Diese Höhe kann daher grds. durch die Gerichte nicht überschritten werden.

#### D. „Toxische“ Fälle

So weit zu den Grundsätzen; aber reicht dieses Instrumentarium? Um es nochmals deutlich zu sagen: Dieses gesetzliche Instrumentarium muss in aller Regel nicht angewandt werden. Die Behörden befolgen nahezu ausnahmslos gerichtliche Entscheidungen. Auch in der Vergangenheit gab es zwar ärgerliche Einzelfälle, in denen Behörden (vornehmlich Kommunalbehörden) zur Befolgung gerichtlicher Entscheidungen angehalten werden mussten.<sup>12</sup> Dies bleibt aber die Ausnahme.

Eine ungewöhnliche Häufung von (auch in den Medien aufgegriffenen) problematischen und durchaus spektakulären Fällen allein im Jahr 2018 hat allerdings nicht nur gezeigt, dass das verwaltungsprozessuale Vollstreckungsinstrumentarium in der Praxis von den Verwaltungsgerichten gegenüber den Behörden angewandt werden muss. Es zeigt auch – und dies ist besonders bemerkenswert – dass die Begrenzung der Art und der Höhe des Zwangsmittels in § 172 Satz 1 VwGO dazu führen kann, dass das Instrumentarium im Einzelfall (auch in einer verfassungsrechtlichen Betrachtung!) mitunter nicht ausreichend sein kann. Die politische und wissenschaftliche Diskussion hierzu ist in Deutschland in vollem Gange; auch der Deutsche Juristentag und der Deutsche Anwaltsverein hat sich in prominent besetzten Foren diesen Fragen zugewandt. Bei den dieser

Diskussion zugrunde liegenden „toxischen Fälle“ geht es im Wesentlichen um Folgendes:

#### I. Stadthalle Wetzlar

Der erste Fall betrifft die Überlassung bzw. Nichtüberlassung einer Stadthalle an eine politische Partei (im konkreten Fall eine verfassungsfeindliche, aber nicht verbotene rechtsextreme Partei).<sup>13</sup> Das VG Gießen hatte die Stadt Wetzlar im Eilverfahren antragsgemäß verpflichtet, der Partei die Stadthalle für die Durchführung einer Wahlkampfveranstaltung zu überlassen. Die hiergegen von der Stadt eingelegte Beschwerde wies der Hessische Verwaltungsgerichtshof zurück. Trotz durch das Verwaltungsgericht (wiederholt!) festgesetzten Zwangsgeldes, weigerte sich die Stadt, die Halle zu überlassen. Das daraufhin von der Partei angerufene BVerfG erlies ebenfalls eine einstweilige Anordnung, wonach die Halle zu überlassen sei. Auch dieser Anordnung kam die Stadt nicht nach. Das BVerfG hat daraufhin unmissverständlich die staatliche Aufsichtsbehörde zum Einschreiten aufgefordert und hierüber, neben dem Oberbürgermeister der Stadt, auch den Ministerpräsidenten, den Innen- und den Justizminister des Landes Hessen informiert (insoweit geht es also auch um Fragen der Vollstreckung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, was zu vertiefen lohnen, aber den Rahmen dieser Darstellung sprengen würde).<sup>14</sup>

Der Fall zeigt jedenfalls deutlich auf, dass das Problem derart renitenter und grob rechtswidrig handelnder Behörden trotz der umsichtigen Behandlung der Vollstreckungsproblematik durch das BVerfG nach Möglichkeit nicht erst auf verfassungsgerichtlicher Ebene gelöst werden sollte. Es stellt sich vielmehr erneut und aktuell die Frage, die das BVerfG bereits in einer Entscheidung aus dem Jahr 1999 beantwortet hatte (auch hier ging es um die Weigerung, eine Stadthalle einer politischen Partei zu überlassen!): Wenn die Androhung und Festsetzung eines nach § 172 Satz 1 VwGO auf 10.000 € beschränkten

7 Vgl. Pietzner/Möller in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 34. EL Mai 2018, § 172 Rn. 5.

8 Pietzner/Möller in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 34. EL Mai 2018, § 172 Rn. 11 ff.

9 Pietzner/Möller in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 34. EL Mai 2018, § 172 Rn. 8 f.

10 Pietzner/Möller in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 34. EL Mai 2018, § 172 Rn. 1 f.

11 Pietzner/Möller in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 34. EL Mai 2018, § 172 Rn. 9.

12 Vgl. etwa OVG Berlin, Beschl. v. 04.11.1998 - 3 S 15/98; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 29.12.2009 - 10 L 21/09.

13 BVerfG, Kammerbeschl. v. 24.03.2018 - 1 BvQ 18/18.

14 Vgl. dazu auch Waldhoff, ZRP 2018, 121 f. sowie allgemein Gaier, JuS 2011, 961 ff.

Zwangsgeldes zum Schutz der Rechte des Betroffenen ungeeignet ist, kann eine nach § 167 VwGO mögliche „entsprechende“ Anwendung der zivilprozessualen Vorschriften geboten sein. Dies gilt jedenfalls dann, wenn z.B. aufgrund vorangegangener Erfahrungen, aufgrund eindeutiger Äußerungen oder aufgrund mehrfacher erfolgloser Zwangsgeldandrohungen klar erkennbar ist, dass die Behörde (auch) unter dem Druck des Zwangsgeldes nicht einlenkt. Dann verlangt das verfassungsrechtliche Gebot effektiven Rechtsschutzes, einschneidendere Zwangsmaßnahmen zu ergreifen, um die Behörde zu rechtmäßigem Handeln anzuhalten. Welche Zwangsmaßnahmen dies sind (z.B. Ersetzung der behördlichen Zustimmung zur Saalüberlassung?) und in welcher Reihenfolge und in welcher Form sie bei der Vollstreckung zum Einsatz kommen, obliegt vorrangig der Beurteilung durch das Verwaltungsgericht.<sup>15</sup> Dies kann im Einzelfall eine besondere Herausforderung für die verwaltungsgerichtliche Praxis darstellen. Namentlich die Ersetzung einer behördlichen Zustimmung durch gerichtliche Entscheidung ist unter dem Aspekt der Funktionentrennung hoch problematisch und sollte dringend vermieden werden.

## II. Luftreinhaltepläne/Dieselfahrverbote

Der zweite Komplex betrifft das Umweltrecht, konkret die Aufstellung und Umsetzung europarechtlich vorgegebener Luftreinhaltepläne. Bereits im Jahr 2012 hatte das VG München das Land Bayern verurteilt, Maßnahmen für sauberere Luft in der Stadt München zu ergreifen.<sup>16</sup> Es soll sichergestellt werden, dass schnellstmöglich die Grenzwerte für Feinstaub und Stickstoffdioxid eingehalten werden. Das Land Bayern ist gegen dieses Urteil des Verwaltungsgerichts nicht in die Berufung gegangen, sondern hat es rechtskräftig werden lassen. Es ist seiner Verpflichtung aus dem Urteil gleichwohl (und zwar bis zum heutigen Tag!) nicht nachgekommen. Allein dies ist schon ein ungeheurerlicher Vorgang. Im Jahr 2016 erfolgte die gerichtliche Androhung eines Zwangsgeldes gegenüber der Bayerischen Staatsregierung für den Fall, dass die geforderten Maßnahmen nicht bis Juni 2017 ergriffen werden. Die gegen die Zwangsgeldandrohung gerichtete Beschwerde wies der Bayerische Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom 27.02.2017 zurück. Er entschied insbesondere, dass die Bayerische Staatsregierung Diesel-Fahrverbote vorbereiten und im Luftreinhalteplan zu veröffentlichen hat. Auch dies wurde missachtet. Das Land Bayern wurde daraufhin vom Verwaltungsgericht zu einem Zwangsgeld von 4.000 € verurteilt, weil es (hartnäckig) die Umsetzung des verwaltungsgerichtlichen Urteils missachtet. Die hiergegen eingelegte Beschwerde wurde vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom 14.08.2018 zurück-

gewiesen.<sup>17</sup> Geschehen ist seitens der Bayerischen Staatsregierung trotzdem bislang nichts.

Bewegung kam allerdings in die Sache, nachdem der Verwaltungsgerichtshof im vollstreckungsrechtlichen Beschwerdeverfahren schließlich den Prozessbeteiligten mitgeteilt hatte, dass er erwäge, den EuGH anzurufen und ihm die Frage zur Vorabscheidung vorzulegen, ob zur Durchsetzung einer rechtskräftigen Gerichtsentscheidung zum EU-Luftreinhaltepläne Beugehaft unionsrechtlich angeordnet werden kann oder sogar muss. In Betracht kommen könne – so der Verwaltungsgerichtshof – auch Beugehaft gegenüber dem Ministerpräsidenten oder einzelnen Ministern. Die Verfahrensbeteiligten hatten dem Vernehmen nach eine Frist zur Stellungnahme bis zum 28.09.2018. Es ist schwer verständlich, dass die Bayerische Staatsregierung auch diese Frist hat ungenutzt verstreichen lassen, und die Entscheidung über „Wohl und Wehe“ des verwaltungsgerichtlichen Vollstreckungsrechts (unionsrechtlich) nunmehr beim EuGH liegt. Denn der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat erwartungsgemäß den Vorlagebeschluss am 09.11.2018 gefasst.<sup>18</sup> Wie so oft in diesen Fällen gilt: Wer viel fragt, bekommt viel Antwort; vielleicht mehr, als dem ein oder anderen – auch aus mitgliedstaatlicher Sicht (!) – lieb sein kann.

## III. Der Fall „Sami A.“

Der dritte Fall stammt aus dem Migrationsrecht und ist nicht minder spektakulär.<sup>19</sup> Das VG Gelsenkirchen hatte im Eilverfahren darüber zu entscheiden, ob ein tunesischer Staatsangehöriger in sein Heimatland abgeschoben werden darf. Es untersagte mit Beschluss vom 12.07.2018 die Abschiebung, weil dem Betroffenen in seinem Heimatland als Terrorverdächtiger Folter drohe. Während des laufenden Eilverfahrens hatte die Ausländerbehörde den Betroffenen allerdings bereits abgeschoben, ohne den Ausgang des Eilverfahrens abzuwarten. Man hatte also einseitig „vollendete Tatsachen“ geschaffen. Das Verwaltungsgericht ordnete daraufhin mit Beschluss vom 13.07.2018 an, dass der abgeschobene Ausländer zurückzuholen ist. Mit Beschluss vom 24.07.2018 drohte das Verwaltungsgericht ein Zwangsgeld i.H.v. 10.000 € an für den Fall, dass die Ausländerbehörde dieser Verpflichtung nicht bis zum 31.07.2018 nachkommt. Mit Beschluss vom 03.08.2018 wurde das Zwangsgeld festgesetzt. Auf die Beschwerde der Behörde hat das Oberverwaltungs-

15 BVerfG, Kammerbeschl. v. 09.08.1999 - 1 BvR 2245/98.

16 Vgl. insgesamt VGH München, Beschl. v. 14.08.2018 - 22 C 18.583 u.a.

17 Vgl. insgesamt VGH München, Beschl. v. 14.08.2018 - 22 C 18.583 u.a.

18 VGH München, Beschl. v. 09.11.2018 - 22 C 18.1718.

19 Vgl. insgesamt OVG Münster, Beschl. v. 15.08.2018 - 17 B 1029/18.

gericht die Zwangsgeldfestsetzung schließlich mit Beschluss vom 28.08.2018 aufgehoben, da die Ausländerbehörde (zwischenzeitlich!) alles in ihrer Macht Stehende unternahme, um die Rückholung des Betroffenen zu bewirken. Es hat in seinem Beschluss allerdings auch ausgeführt, dass die Zwangsgeldfestsetzung im erstinstanzlichen Verfahren noch geboten war, um die Behörde zur Befolgung des gerichtlichen Beschlusses anzuhalten.<sup>20</sup> Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass das Verwaltungsgericht schlussendlich mit Beschluss vom 21.11.2018 das Abschiebeverbot in Bezug auf den zunächst rechtswidrig abgeschobenen Betroffenen im Abänderungsverfahren nach § 80 Abs. 7 VwGO aufgehoben hat, nachdem die tunesische Botschaft eine entsprechende diplomatische Zusicherung gegeben hatte.<sup>21</sup>

Die Präsidenten der Oberverwaltungsgerichte und des BVerwG haben vor dem Hintergrund der geschilderten Fälle auf ihrer Jahrestagung im September 2018 u.a. erklärt: „Einige Fälle in jüngerer Vergangenheit geben Anlass zu der Sorge, dass die Funktion der Verwaltungsgerichte, Konflikte auf der Grundlage der Gesetze zu lösen, in Teilen der Bevölkerung, mitunter selbst von staatlichen Funktionsträgern, nicht hinreichend respektiert wird“. Dies ist selbstredend nicht nur als Feststellung gemeint, sondern ein rechts- und staatspolitischer Appell, der nicht ungehört verhallen darf, sondern von den politischen Entscheidungsträgern aufgegriffen und beherzigt werden muss.

## E. Schlussbemerkung

Die geschilderten Einzelfälle zeigen, dass ein Vollstreckungsinstrumentarium auch gegen den Staat nicht nur theoretisch, sondern auch praktisch unverzichtbar ist. Der Anspruch, dass auch der Staat eine Gerichtsentscheidung befolgen muss, selbst wenn er sie für falsch hält, darf nicht infrage gestellt werden. Diese Einzelfälle stellen zwar nicht den Rechtsstaat infrage. Der Präsident des BVerwG hat in seinem Festvortrag auf dem Deutschen Juristentag im September 2018 zutreffend darauf hingewiesen, dass einzelne staatliche Rechtsverstöße die Idee des Rechts selbst nicht diskreditieren können. Denn in einem Rechtsstaat werden Rechtsverstöße (auch des Staates!) ermittelt, benannt und sanktioniert.<sup>22</sup> Letztlich aber muss sich das Recht auch im Einzelfall behaupten und durchsetzen.

Es erscheint trotz der geschilderten Fälle als verfrüht, und wohl sogar überzogen, nach der Devise „wer nicht hören will muss fühlen“, § 172 VwGO ausdrücklich um das Vollstreckungsmittel der Erzwingungshaft gegenüber Amtsträgern zu erweitern.<sup>23</sup> Eine verfassungskonforme Auslegung des § 172 VwGO und damit eine – derart begrenzte – Öffnung des Anwendungsbereichs des § 167 Abs. 1 Satz 1

VwGO liefert nach dem Vorgesagten und flankiert durch die auf Art. 19 Abs. 4 GG abstellende bisherige Rechtsprechung des BVerwG bereits jetzt das nötige Instrumentarium, um „toxische“ Fälle zu lösen.

20 OVG Münster, Beschl. v. 28.08.2018 - 17 E 729/18 Rn. 3.

21 VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 21.11.2018 - 7a L 1947/18.A.

22 Voßkuhle, NJW 2018, 3154, 3156.

23 In diese Richtung Dombert, NJW-aktuell 44/2018, 3 (Editorial).

## Mitwirkungspflicht des Betreibers eines Internetknotenpunkts an strategischer Fernmeldeüberwachung

BVerwG, Urt. v. 30.05.2018 - 6 A 3/16<sup>1</sup>

VRi'inVG Dr. Nina Koch, LL.M. (Nottingham)

### A. Problemstellung

Kontrolle und Schutz von Telekommunikationsdaten sind seit Jahren Gegenstand rechtspolitischer und gesellschaftlicher Diskussionen. Die vorliegende Entscheidung des BVerwG befasst sich mit den Mitwirkungspflichten von Telekommunikationsunternehmen im Rahmen der strategischen Fernmeldeüberwachung durch den Bundesnachrichtendienst (BND) und deren verwaltungsgerichtlicher Überprüfbarkeit.

Die Klägerin betreibt in Frankfurt a.M. einen Internetknotenpunkt, den Deutschen Commercial Internet Exchange (DE-CIX). Internetknotenpunkte wie der DE-CIX ermöglichen einen Datenaustausch zwischen verschiedenen Netzbetreibern. Die Klägerin schaltet am DE-CIX die Netze verschiedener Netzbetreiber mittels fester Verbindungen zusammen und ermöglicht so die Abwicklung der Telekommunikationsverkehre zwischen den Nutzern verschiedener Netze.

Das durch Art. 10 Abs. 1 GG gewährleistete Fernmeldegeheimnis schützt neben den Kommunikationsinhalten auch die Vertraulichkeit der näheren Umstände des Telekommunikationsvorgangs.<sup>2</sup> Das Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Art. 10-Gesetz – G10) ermächtigt u.a. den BND jedoch, unter be-

1 Vgl. hierzu auch BVerwG, Beschl. v. 10.10.2018 - 6 A 3/16 und BVerwG, Beschl. v. 15.10.2018 - 6 A 8/18; BVerwG, Urt. v. 13.12.2017 - 6 A 6/16 Rn. 21.

2 BVerwG, Urt. v. 13.12.2017 - 6 A 6/16 Rn. 21.

stimmten, gesetzlich normierten Voraussetzungen zur Früherkennung bestimmter aus dem Ausland drohender schwerer Gefahren für die Bundesrepublik Deutschland und zur Unterrichtung der Bundesregierung, den Telekommunikationsverkehr zu überwachen, aufzuzeichnen und auszuwerten.<sup>3</sup>

In dem vorliegenden verwaltungsgerichtlichen Verfahren wandte sich die Klägerin gegen Anordnungen des Bundesministeriums des Innern (BMI), mit denen sie zur Mitwirkung an einer gleichzeitig angeordneten Überwachungsmaßnahme des BND verpflichtet worden war. Das BVerwG, das in diesem Verfahren gem. § 50 Abs. 1 Nr. 4 VwGO erstinstanzlich zuständig war, hatte u.a. zu klären, in welchem Umfang die Klägerin eine verwaltungsgerichtliche Überprüfung erreichen kann.

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Klägerin schaltet an dem von ihr betriebenen Internetknotenpunkt DE-CIX die Netzwerke verschiedener Netzbetreiber zusammen. Der DE-CIX besteht aus elf Knotenpunkten (sog. Subknotenpunkte), die unmittelbar oder mittelbar miteinander verbunden sind. Der von der Klägerin durchgeführte Datentransport findet zwischen Anschlusspunkten innerhalb eines Subknotenpunktes oder zwischen den Subknotenpunkten statt.

Nach § 5 Abs. 1 G10 dürfen unter bestimmten Voraussetzungen auf Antrag des BND strategische Beschränkungen nach § 1 G10 für internationale Telekommunikationsbeziehungen angeordnet werden, soweit eine gebündelte Übertragung erfolgt. Unternehmen, die Telekommunikationsdienste anbieten, sind unter bestimmten Voraussetzungen zur Mitwirkung an solchen Überwachungsmaßnahmen verpflichtet. § 2 Abs. 1 Satz 3 G10 bestimmt, dass derjenige, der geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringt oder an der Erbringung solcher Dienste mitwirkt, der berechtigten Stelle auf Anordnung Auskunft über die näheren Umstände der nach Wirksamwerden der Anordnung durchgeführten Telekommunikation zu erteilen, Sendungen, die ihm zur Übermittlung auf dem Telekommunikationsweg anvertraut sind, auszuhändigen sowie die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation zu ermöglichen hat. Die Mitwirkungspflichten des verpflichteten Unternehmens richten sich nach § 110 des Telekommunikationsgesetzes (TKG) und der dazu ergangenen Telekommunikations-Überwachungsverordnung (TKÜV).

Dem vorliegenden Verfahren lag ein Antrag des BND zugrunde, mit dem dieser beim BMI die Verlängerung von Beschränkungsanordnungen für einzelne Gefahrenberei-

che für einen Zeitraum von drei Monaten im Jahr 2016 beantragt hatte. Nach Zustimmung der G10-Kommission ordnete das BMI die Verlängerung der Beschränkungsanordnungen an. Zugleich ordnete es die Verpflichtung der Klägerin zur Mitwirkung an der Durchführung der Überwachungsmaßnahme an. Der BND übersandte der Klägerin die Verpflichtungsanordnungen für die jeweiligen Gefahrenbereiche.

Dagegen wandte sich die Klägerin im Wege einer Anfechtungsklage und machte u.a. geltend, dass sie als verpflichtetes Unternehmen eine umfassende Prüfung sowohl der Verpflichtungs- als auch der ihnen zugrunde liegenden Beschränkungsanordnungen verlangen könne. Ihre Verpflichtung setze eine den gesetzlichen Anforderungen genügende Beschränkungsanordnung voraus. Sie werde in ihren Rechten aus Art. 10, 12 und 14 GG verletzt. Der Schutzbereich von Art. 10 Abs. 1 GG sei aufgrund ihrer Vermittlungsfunktion eröffnet.

Das BVerwG hat die Klage abgewiesen. Es stellt eingangs heraus, dass die Verpflichtungsanordnungen, mit denen Erbringer von Telekommunikationsdienstleistungen nach § 2 Abs. 1 Satz 3 G10 zur Mitwirkung an einer Maßnahme der strategischen Fernmeldeüberwachung verpflichtet werden, selbstständige Verwaltungsakte i.S.d. § 35 Abs. 1 VwVfG darstellen, die einer vollständigen gerichtlichen Überprüfung unterfallen. Anders als die Beschränkungsanordnung, bei der es sich um eine an den BND gerichtete Ermächtigung mit verpflichtendem Charakter handele, die vorgesehenen Beschränkungen durchzuführen,<sup>4</sup> konkretisiere die darauf aufbauende, an den Erbringer von Telekommunikationsdienstleistungen gerichtete Verpflichtungsanordnung rechtsverbindlich dessen gesetzliche Mitwirkungspflichten aus § 2 Abs. 1 Satz 3 G10. Insoweit hält der Senat die Anfechtungsklage bzw. nach Ablauf des Geltungszeitraums die Fortsetzungsfeststellungsklage für statthaft.

Soweit die Klägerin auch die verwaltungsgerichtliche Überprüfung der zugrunde liegenden Anordnung der Beschränkungsmaßnahme erreichen wollte, erteilt das BVerwG dem eine Absage. Zur Begründung verweist es auf die Frage der subjektiven Rechtsverletzung. Die den Verpflichtungsanordnungen zugrunde liegenden Beschränkungsanordnungen berührten die durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Rechtsstellung der Klägerin mangels berufsregelnder Tendenz nicht.

Auch könne sich die Klägerin in ihrer Eigenschaft als Vermittlerin der Telekommunikation nicht auf den Schutz des

<sup>3</sup> Ausführlich hierzu: BVerfG, Urt. v. 14.07.1999 - 1 BvR 2226/94.

<sup>4</sup> BVerwG, Urt. v. 23.01.2008 - 6 A 1/07 Rn. 27.



Fernmeldegeheimnisses nach Art. 10 Abs. 1 GG berufen. Zwar stelle die durch die Beschränkungsanordnungen gestattete Überwachung der Telekommunikation einen Eingriff in das Fernmeldegeheimnis dar. Die Rechtsstellung der Klägerin in ihrer Funktion als Übermittlerin der Kommunikation werde jedoch hierdurch nicht berührt. Der Grundrechtsschutz des Art. 10 Abs. 1 GG betreffe die Vertraulichkeit der Telekommunikation selbst und erfasse nicht die Übermittlung der Kommunikation, sodass die Klägerin insoweit nicht in den Schutzbereich dieses Grundrechts einbezogen sei. Auch gebiete Art. 10 Abs. 1 GG nicht, dass die Klägerin als Sachwalterin die Grundrechte der Kommunikationsteilnehmer zum Schutz der Vertraulichkeit ihrer Kommunikation wahrnehme. Den verpflichteten Unternehmen komme lediglich die Funktion von Hilfspersonen zu, deren Inpflichtnahme für die Aufgabenerfüllung durch den BND erforderlich sei. Das verpflichtete Telekommunikationsunternehmen trage keine Verantwortung für die Rechtmäßigkeit der Überwachungsmaßnahme.

Die angefochtenen Verpflichtungsanordnungen hält das BVerwG für rechtmäßig. Zwar werde durch die auf § 2 Abs. 1 Satz 3 und 5 G10 beruhende Mitwirkungsverpflichtung, deren Erfüllung die Inanspruchnahme der personellen und sächlichen Ressourcen der Klägerin sowie ihres Sachverstandes erfordere, in die Berufsfreiheit der Klägerin eingegriffen. Allerdings – so führt der Senat unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BVerfG aus – sei dieser Eingriff durch vernünftige Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt und zur Erreichung des Eingriffsziels geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne. Zur Begründung verweist der Senat auf die Zielsetzung der strategischen Fernmeldeüberwachung. Diese diene der Gewinnung von Erkenntnissen über bestimmte, von außen auf die Bundesrepublik Deutschland zukommende Gefahren. Der BND nutze die gewonnenen Erkenntnisse, um die Bundesregierung in die Lage zu versetzen, die Gefahrenlagen rechtzeitig zu erkennen und politisch zu reagieren. Da die internationalen Telekommunikationsbeziehungen seit der Privatisierung des Telekommunikationssektors nicht mehr über staatliche Einrichtungen abgewickelt würden, sei die Beklagte ohne Zugriffsmöglichkeit und ohne Mitwirkung der verpflichteten Unternehmen nicht zur Durchführung der Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikationsverkehre in der Lage. Darüber hinaus führt das BVerwG aus, dass die Mitwirkungspflicht für das verpflichtete Unternehmen typischerweise weder in technischer noch in finanzieller Hinsicht übermäßig belastend wirke.

In eigentumsrechtlich geschützte Rechtspositionen, zu denen die Möglichkeit der mitwirkungsbedingten Minde-

rung von Umsatz- oder Gewinnchancen nicht zähle, greife die Mitwirkungsverpflichtung nicht ein.

### C. Kontext der Entscheidung

In seinen Ausführungen zu Art. 10 Abs. 1 GG legt die Entscheidung das durch das BVerfG geprägte weite Verständnis des Eingriffsbegriffs zugrunde, wonach dieser nicht nur die Vertraulichkeit der Inhalte von Telekommunikation, sondern auch die Vertraulichkeit der näheren Umstände des Kommunikationsvorgangs umfasse.<sup>5</sup> Der Grundrechtsschutz des Art. 10 Abs. 1 GG beziehe sich aber nicht auf die Übermittlung der Daten als solche – und damit auf den Übermittler der Kommunikation –, sondern auf die mittels Telekommunikationstechniken ausgetauschten Kommunikationen, deren Vertraulichkeit gewährleistet werde. Träger dieses Grundrechts seien die Kommunikationsteilnehmer. Soweit das BVerwG eine Ausweitung des Grundrechtsschutzes auf die Kommunikationsvermittler<sup>6</sup> ablehnt, vergleicht es die Rechtsstellung der Erbringer von Telekommunikationsdienste u.a. mit der von sog. Presse-Grossisten. Der Presse-Grossist könne sich nach der Rechtsprechung des BVerfG auf den durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleisteten Schutz der Freiheit des Pressewesens berufen, da er für eine Verletzung des Vertriebsverbots jugendgefährdender Schriften einzustehen und die von ihm vertriebenen Schriften einer Prüfung zu unterziehen habe.<sup>7</sup> An einer solchen Verantwortlichkeit fehle es im Fall der Klägerin gerade, sodass ihre Einbeziehung in den Grundrechtsschutz nicht gerechtfertigt sei.

Ebenfalls nicht durchgreifen lässt das BVerwG das Argument der Klägerin, sie sei selbst Kommunikationsteilnehmerin, da die Überwachung des BND beim DE-CIX auch ihre eigene Telekommunikation erfasse. Insoweit verweist das BVerwG auf seine Rechtsprechung, dass die Klägerin, um dies rügen zu können, in ihrer Funktion als Kommunikationsteilnehmerin Feststellungsklage erheben müsse mit dem Ziel, die Rechtswidrigkeit der Überwachungsmaßnahme feststellen zu lassen.<sup>8</sup> Die Klägerin könne nicht die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer solchen Feststellungsklage dadurch umgehen, dass sie in ihrer Eigenschaft als verpflichtetes Telekommunikationsunternehmen Klage gegen die Verpflichtungsanordnungen erhebe und im Zuge dieses Verfahrens Rechte als Kommunikationsteilnehmerin geltend mache.

5 Vgl. nur BVerfG, Urt. v. 14.07.1999 - 1 BvR 2226/94 u.a.

6 Vgl. hierzu Durner in: Maunz/Dürig, GG, 84. EL 08/2018, Art. 10 Rn. 103 m.w.N.

7 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 13.01.1988 - 1 BvR 1548/82 Rn. 26, 27.

8 BVerwG, Urt. v. 23.01.2008 - 6 A 1/07 Rn. 26.

Im Übrigen steht die Entscheidung in einer Linie mit der Rechtsprechung des BVerwG zur Rechtsnatur der Beschränkungsanordnung.<sup>9</sup>

Die verfassungsrechtlichen Ausführungen zu Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 10 Abs. 1 GG legen nahe: In dem hier entschiedenen Fall wird die abschließende Entscheidung möglicherweise das BVerfG treffen. Die unterlegene Klägerin hat bereits Verfassungsbeschwerde erhoben.

#### D. Auswirkungen für die Praxis

Für nach § 2 Abs. 1 Satz 3 G10 zur Mitwirkung verpflichtete Erbringer von Telekommunikationsdiensten ist nunmehr (vorerst) klargestellt, in welchem Umfang sie eine verwaltungsgerichtliche Überprüfung der ihnen gegenüber ergangenen Verpflichtungsanordnungen erlangen können. Die Verpflichtungsanordnungen, mit denen sie zur Mitwirkung an Überwachungsmaßnahmen des BND verpflichtet werden, stellen selbstständige Verwaltungsakte gegenüber den jeweils betroffenen Unternehmen dar und sind vollständig gerichtlich überprüfbar. Eine gerichtliche Rechtmäßigkeitsprüfung der zugrunde liegenden Beschränkungsanordnungen können sie indes nicht verlangen.

9 BVerwG, Urt. v. 23.01.2008 - 6 A 1/07 Rn. 27.

### Steuerrecht

## Gemeinnütziger Schießsport

BFH, Urt. v. 27.09.2018 - V R 48/16

RiBFH Dr. Gerhard Michel

#### A. Problemstellung

§ 52 Abs. 2 der Abgabenordnung (AO) zählt in 25 Ziffern zahlreiche Zwecke auf, die im Fall einer Förderung der Allgemeinheit zur Gemeinnützigkeit führen können. Dazu gehört die Förderung des Sports (§ 52 Abs. 2 Nr. 21 AO). Gemeinnützig sind daher bspw. Motorsport,<sup>1</sup> Golfen (sofern die Höchstgrenzen von Aufnahmegebühren und Mitgliedsbeiträgen eingehalten werden),<sup>2</sup> Ballonfahren<sup>3</sup> und Segeln,<sup>4</sup> aber auch das wettkampfmäßig betriebene Dart<sup>5</sup> und der Drehstangen-Tischfußball,<sup>6</sup> nicht aber „Grillsport“<sup>7</sup> oder Tipp-Kicken.<sup>8</sup>

Über die Gemeinnützigkeit von Vereinen, deren Zweck das Schießen auf Zielscheiben („Schützenvereine“) ist, hatte der BFH bislang noch nicht explizit zu befinden, aus Entscheidungen zu anderen Rechtsfragen konnte aber geschlossen werden, dass sich hierbei um gemeinnützigen Sport handeln dürfte. So ergibt sich aus einem BFH-Urteil aus dem Jahr 1987, dass das Halten, das Anlegen und das Führen eines Gewehres ebenso besondere körperliche Kraft und Anstrengung erfordert wie beim Bogenschießen das Halten und Führen des Bogens sowie das Spannen der Sehne.<sup>9</sup> Nach einem Beschluss aus dem gleichen Jahr werden in Schützenvereinen Fähigkeiten geübt, die besondere, nur durch langes Training zu erreichende körperliche Fertigkeiten erfordern.<sup>10</sup> Schließlich stellte der BFH in einem Urteil aus dem Jahr 2000 klar, dass „Sport“ auch solche Aktivitäten umfasst, die in geringerem Maße der körperlichen Ertüchtigung dienen als andere, wie etwa Schießsport oder Bogenschießen.<sup>11</sup>

#### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Im Besprechungsurteil geht es darum, ob der klagende Verein nach seiner Satzung gemeinnützige Zwecke verfolgt und das Finanzamt daher verpflichtet ist, die Gemeinnützigkeit gesondert festzustellen. Vereinszweck ist die Förderung des Schießsports, insbesondere IPSC-Schießen (International Practical Shooting Confederation) und sonstiges Sportschießen nach den Regeln des Bundes Deutscher Sportschützen 1975 e.V. (BDS), vor allem die Durchführung von Schießveranstaltungen (Übungsschießen und Vereinsmeisterschaften und Teilnahme an regionalen, nationalen und internationalen Schießwettbewerben) sowie die Mitgliedschaft im (gemeinnützigen) Bund Deutscher Sportschützen (BDS). Das IPSC-Schießen ist eine Schießsportdisziplin, die zu einer Disziplingruppe des BDS gehört. Der BDS ist nach § 15 des Waffengesetzes (WaffG) als Schießsportverband anerkannt, dessen Sportordnung wurde nach § 15a WaffG genehmigt, wobei IPSC-Schießen Bestandteil der vom

1 BFH, Urt. v. 29.10.1997 - I R 13/97.

2 BFH, Urt. v. 23.07.2003 - I R 41/03.

3 Anwendungserlass zur Abgabenordnung (AEAO) zu § 52 Nr. 6.

4 BFH, Urt. v. 20.01.1982 - I R 256/78.

5 OFD Hannover, Verfügung v. 25.07.1994 - S 0170-23-StO 214, S 2729-407-StH 233.

6 FG Kassel, Urt. v. 23.06.2010 - 4 K 501/09.

7 FG Stuttgart, Urt. v. 07.06.2016 - 6 K 2803/15.

8 BFH, Urt. v. 12.11.1986 - I R 204/85.

9 BFH, Urt. v. 12.11.1986 - I R 204/85 Rn. 16.

10 BFH, Beschl. v. 16.12.1987 - I B 68/87.

11 BFH, Urt. v. 17.02.2000 - I R 108, 109/98 Rn. 36.

Bundesverwaltungsamt genehmigten Sportordnung ist. In Abgrenzung zum statischen Schießsport, bei dem der Schütze an einem festen Platz steht, wird das IPSC-Schießen dynamisch ausgeübt; dazu absolviert der jeweilige Schütze in möglichst kurzer Zeit einen festgelegten Parcours mit verschiedenen abstrakten Zielen. Den Antrag des Vereinsvorsitzenden auf gesonderte Feststellung der satzungsmäßigen Gemeinnützigkeit lehnte das Finanzamt unter Hinweis auf Ziffer 6 des Anwendungserlasses zur Abgabenordnung (AEAO) zu § 52 AO ab, weil es sich beim IPSC-Schießen um keine die Allgemeinheit fördernde Sportart handele. Die nach erfolglosem Einspruchsverfahren erhobene Klage vor dem Finanzgericht hatte dagegen Erfolg.<sup>12</sup>

II. Die Revision des Finanzamts wies der BFH als unbegründet zurück. Es handele sich (auch) beim IPSC-Schießen um „Sport“ im Sinne des Gemeinnützigkeitsrechts (unter 1.). IPSC-Schießen fördere die Allgemeinheit und sei nicht als allgemeinwohlschädlich anzusehen (unter 2.); die Anerkennung scheitere auch nicht am Widerspruch zum gemeinnützigen Ziel der Kriminalprävention (unter 3.).

### 1. IPSC-Schießen als Sport

Der gemeinnützigkeitsrechtliche Begriff „Sport“ umfasst solche Betätigungen, die die allgemeine Definition des Sports erfüllen und der körperlichen Ertüchtigung dienen.<sup>13</sup> Vorausgesetzt wird eine körperliche, über das ansonsten übliche Maß hinausgehende Aktivität, die durch äußerlich zu beobachtende Anstrengungen oder durch die einem persönlichen Können zurechenbare Kunstbewegung gekennzeichnet ist.<sup>14</sup> Der BFH kommt zum Ergebnis, dass IPSC-Schießen beide Alternativen der körperlichen Ertüchtigung erfüllt: Es erfordere im Hinblick auf das schnelle Durchlaufen des Parcours äußerlich zu beobachtende körperliche Anstrengungen und in Bezug auf die dem persönlichen Können zurechenbare Kunstbewegung (präzise Schussabgabe) auch Geschick im Umgang mit der Waffe, Konzentrationsfähigkeit und Körperbeherrschung.

### 2. Förderung der Allgemeinheit ohne Verstoß gegen die Rechtsordnung

Der BFH stellt zunächst positiv die Förderung der Allgemeinheit durch IPSC-Schießen fest und prüft anschließend die vom Finanzamt behauptete Schädlichkeit für die Allgemeinheit.

a. Eine Körperschaft verfolgt nach § 52 Abs. 1 Satz 1 AO gemeinnützige Zwecke, wenn ihre Tätigkeit darauf gerichtet ist, die Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet selbstlos zu fördern. Eine „materielle“ För-

derung in diesem Sinne liegt vor, wenn die Lebensumstände der Geförderten verbessert werden, sie kann sich auch auf die körperliche und geistige Gesundheit beziehen.<sup>15</sup> Sport im Allgemeinen und damit auch IPSC-Schießen als sportliche Aktivität dient in erster Linie der Gesundheitsförderung und leistet so einen Beitrag zur Volksgesundheit; Aggressionen können beim Sport in friedlichem Wettkampf abgebaut werden.<sup>16</sup>

b. Den Schwerpunkt des Besprechungsurteils bildet die Prüfung, ob das IPSC-Schießen als schädlich für die Allgemeinheit anzusehen ist. Der BFH verneinte dies, da die Satzung des klagenden Vereins weder einen Verstoß gegen die Grundrechte noch gegen die allgemeine Rechtsordnung enthielt.

aa. Eine Schädigung der Allgemeinheit bejaht der BFH allerdings für eine Tätigkeit, die kampfmäßigen Charakter habe und das Schießen auf Menschen trainiere, da dies gegen die durch den Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und den Schutz des menschlichen Lebens (Art. 2 Abs. 2 GG) geprägte Werteordnung des GG verstoßen würde. Dafür gab es im Streitfall jedoch keine Anhaltspunkte, insbesondere erwies sich die von der Finanzverwaltung vorgenommene Gleichstellung des IPSC-Schießens mit Gotcha/Paintball als unberechtigt. Denn das IPSC-Schießen unterscheidet sich von dem Paintball/Gotcha in mehrfacher und entscheidungserheblicher Art. Der BFH billigt dabei die nachvollziehbare Würdigung des Finanzgerichts, wonach im Rahmen des IPSC-Schießens keine kriegsähnlichen Situationen nachgestellt werden. Anders als beim Paintball würden beim IPSC-Schießen keine Gegenspieler „eliminiert“, es gehe auch nicht um die Eroberung und/oder Verteidigung von Flaggen oder Landschaftsmarken, das sportliche Ziel beim IPSC-Schießen liege vielmehr darin, den Schießparcours mit möglichst hoher Trefferquote in möglichst kurzer Zeit zu durchlaufen. Die Ziele beim IPSC-Schießen seien auch in keiner Weise einer menschlichen Gestalt ähnlich. Ohne Beanstandung durch den BFH blieb auch die Würdigung des Finanzgerichts, wonach das IPSC-Schießen weder Ähnlichkeiten mit einem Häuserkampf aufweise noch mit „kampfmäßigem Schießen“ vergleichbar sei.

bb. Im Streitfall lag auch kein Verstoß gegen die (sonstige) Rechtsordnung vor. Der BFH wies darauf hin, dass

<sup>12</sup> FG Hannover, Urt. v. 04.08.2016 - 6 K 418/15.

<sup>13</sup> BFH, Urt. v. 17.02.2000 - I R 108, 109/98.

<sup>14</sup> BFH, Urt. v. 29.10.1997 - I R 13/97.

<sup>15</sup> Krüger in: Schwarz/Pahlke, AO/FGO, § 52 AO Rn. 17.

<sup>16</sup> Krüger in: Schwarz/Pahlke, AO/FGO, § 52 AO Rn. 40; FG Stuttgart, Urt. v. 07.06.2016 - 6 K 2803/15 Rn. 60.

IPSC-Schießen als Bestandteil der Sportordnung vom Bundesverwaltungsamt ausdrücklich und nach nochmaliger Überprüfung auf der Grundlage von § 15a WaffG (Sportordnungen) genehmigt worden sei. Damit wird, wie sich aus § 15a Abs. 1 Satz 2 WaffG ergibt, ein kampfmäßiges Schießen ausgeschlossen. Dass die Genehmigung (offensichtlich) rechtswidrig wäre, sei weder vorgebracht worden noch für den erkennenden Senat ersichtlich. Der Satzungszweck des Klägers stehe auch mit der sonstigen Rechtsordnung im Einklang. Es würde dem Rechtsgedanken der „Einheit der Rechtsordnung“ widersprechen, wenn eine staatlich genehmigte Tätigkeit zugleich geeignet wäre, die Allgemeinheit zu schädigen.

### 3. Keine Kollision mit Kriminalprävention

Der BFH prüft abschließend die Behauptung des Finanzamts, wonach IPSC-Schießen dem gemeinnützigen Zweck der Kriminalprävention (§ 52 Abs. 2 Satz 1 Nr. 20 AO) widerspreche und im Rahmen einer Abwägung die für das Gemeinwohl negativen Folgen überwiegen. Dabei blieb offen, ob (entgegen der bisherigen Rechtsprechung) überhaupt eine Abwägung zwischen förderndem und förderungsschädlichem Verhalten vorzunehmen sei.<sup>17</sup> Denn selbst dann wäre eine Güterabwägung nur im Fall einer sich aufdrängenden Normkollision erforderlich.<sup>18</sup> Hieran fehlte es jedoch im Verhältnis zu § 52 Abs. 2 Nr. 20 AO („Kriminalprävention“), da weder vorgebracht wurde noch für den Senat ersichtlich war, dass die Versagung der Gemeinnützigkeit für das IPSC-Schießen eine geeignete Maßnahme wäre, um Kriminalität zu verhüten oder zu vermindern. Trotz mehrfacher Überprüfungen durch das Bundesministerium des Innern sei bislang nicht bekannt geworden, dass IPSC-Sportler eine besondere Neigung zur Kriminalität hätten oder eine Sicherheitsgefährdung durch die hierfür verwendeten Waffen aufgetreten wäre. Nach dem Bericht der Bundesregierung (BR-Drs. 577/09, S. 14) lägen keine belastbaren Erkenntnisse vor, dass IPSC-Schützen entgegen dem geltenden Regelwerk unzulässige Schießübungen durchführten.

### C. Kontext der Entscheidung

Das Besprechungsurteil betrifft zwar einen Spezialbereich des Sportschießens, die Entscheidung hat aber darüber hinaus Bedeutung für die Gemeinnützigkeit der in Deutschland weitverbreiteten Schützenvereine.<sup>19</sup> Diese können wegen der Förderung des Schießsports (§ 52 Abs. 2 Nr. 21 AO) oder als historische Schützenvereine wegen Förderung des traditionellen Brauchtums (§ 52 Abs. 2 Nr. 23 AO)

gemeinnützig sein. Einer Anerkennung könnte jedoch entgegenstehen, wenn die Mitgliedschaft nur Männern offensteht („Schützenbrüder“) und Frauen somit ohne sachlich zwingenden Grund von der Mitgliedschaft ausgeschlossen werden.<sup>20</sup>

### D. Auswirkungen auf die Praxis und Ausblick

Das Besprechungsurteil wendet sich gegen die (erst) seit 31.01.2014 geltende Verwaltungsauffassung,<sup>21</sup> wonach Vereine zur Förderung des IPSC-Schießens nicht gemeinnützig sein können. Die Verwaltung wird derartige Vereine daher (wie in der Zeit vor dem 31.01.2014) wieder als gemeinnützig anzuerkennen haben. Das Urteil betrifft zwar nicht (direkt) die Gemeinnützigkeit von Vereinen zur Förderung von Gotcha/Paintball; da hierbei jedoch (mit Farbpatronen) auf Menschen geschossen wird und es sich somit um ein kriegsähnliches Spiel handeln könnte, dürfte deren Anerkennung zweifelhaft erscheinen.

Fragen der Gemeinnützigkeit bleiben auch in Zukunft ein kontrovers diskutiertes Thema und werden die Finanzgerichtsbarkeit weiter beschäftigen. Dies gilt vor allem beim Entzug der für die meisten Vereine existenznotwendigen Gemeinnützigkeit. Betroffen hiervon ist bspw. der Verein ATTAC, dessen Klage gegen den Entzug erstinstanzlich erfolgreich war<sup>22</sup> und nunmehr beim BFH anhängig ist.<sup>23</sup> Offen ist derzeit, ob (wie von politischer Seite gefordert)<sup>24</sup> auch dem Verein Deutsche Umwelthilfe (DUH) die Gemeinnützigkeit entzogen werden wird und ob dies auch traditionellen Rudervereinen droht, die ihre Mitgliedschaft auf Frauen oder Männer beschränken.<sup>25</sup>

17 Bejahend bspw. Musil in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 52 AO Rn. 47; Seer in: Tipke/Kruse, AO/FGO, § 52 AO Rn. 9; Hey in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 22. Aufl., § 20 Rn. 2.

18 Seer in: Tipke/Kruse, AO/FGO, § 52 AO Rn. 9.

19 In 2006 mehr als 14.000 Vereine, vgl. [www.alle-schuetzenvereine.de](http://www.alle-schuetzenvereine.de).

20 BFH, Urt. v. 17.05.2017 - V R 52/15; Michel, HFR 2017, 878; Michel, jM 2017, 429.

21 AEAO 2014 zu § 52 AO vom 31.01.2014.

22 FG Kassel, Urt. v. 10.11.2016 - 4 K 179/16.

23 Aktenzeichen des Revisionsverfahrens: V R 60/17.

24 CDU-Parteitag vom 08.12.2018: „Gemeinnützigkeit der Deutschen Umwelthilfe soll geprüft werden“.

25 Vgl. Hamburger Abendblatt vom 07.01.2019, S. 9: „Finanzamt droht Ruderclubs“.

## Eine rätselhafte Neuregelung: Der Kabinettsentwurf zum Schwangerschaftsabbruch

RA'in Prof. em. Dr. Monika Frommel

### A. Einleitung

Wiederum ist es ein Einzelfall, der den Gesetzgeber zu einer Neujustierung einer Strafnorm veranlasst hat. Es handelt sich um den Fall der Gießener Ärztin Kristina Hänel, die über zwei Instanzen wegen eines Verstoßes gegen § 219a StGB verurteilt wurde. Die Thematik wurde in den Medien akzentuiert aufgegriffen und beschäftigt(e) die Politik. Natürlich hat sich auch die Fachwelt mit dem Werbeverbot für Abbruch der Schwangerschaft befasst; wiewohl der Strafnorm als solcher bislang eher attestiert wurde, dass sie statistisch ohne Relevanz sei.<sup>1</sup>

Auf der Basis eines Gesetzesentwurfs der Regierungskoalition<sup>2</sup> hat der Bundestag am 21.02.2019 Reparaturmaßnahmen an § 219a StGB vorgenommen. Mit den Stimmen von Union und SPD wurde das „Gesetz zur Verbesserung der Information über einen Schwangerschaftsabbruch“ auf den Weg gebracht. Herzstück der Neuregelungen sind ein neu in § 219a StGB eingefügter Absatz 4, die Ergänzung von § 13 SchKG um einen Absatz 3 sowie Schaffung von § 13a SchKG. Unter Berücksichtigung der Begründung des BMJV vom 26.01.2019 zum Kabinettsentwurf ergeben sich Fragen. Zentral ist, ob das (vermeintliche) Problem eines zu weit geratenen Straftatbestandes gelöst wurde oder ob lediglich ein dürftiger Kompromiss gefunden wurde. Fraglich ist auch, ob es gelungen ist, Rechtsunsicherheiten zu beseitigen, welche für Schwangerschaftsabbrüche anbietende Ärzte bestanden bzw. bestehen, und ob die Informationsfreiheit für betroffene Frauen gewährleistet ist. Anlass genug also, sich mit den nachfolgend dargestellten Neuregelungen und den sie tragenden Argumenten zu befassen.

In § 219a StGB soll ein weiterer Absatz 4 eingefügt werden:

„(4) Absatz 1 gilt nicht, wenn Ärzte, Krankenhäuser oder Einrichtungen

1. auf die Tatsache hinweisen, dass sie Schwangerschaftsabbrüche unter den Voraussetzungen des § 218a Absatz 1 bis 3 vornehmen, oder

2. auf Informationen einer insoweit zuständigen Bundes- oder Landesbehörde, einer Beratungsstelle nach dem

Schwangerschaftskonfliktgesetz oder einer Ärztekammer über einen Schwangerschaftsabbruch hinweisen.“

Außerdem soll das Schwangerschaftskonfliktgesetz (SchKG) geändert werden. Eingefügt wird in § 13 SchKG ein Absatz 3:

„(3) Die Bundesärztekammer führt eine Liste der Ärztinnen und Ärzte nach Absatz 4 sowie der Krankenhäuser und Einrichtungen, die ihr mitgeteilt haben, dass sie Schwangerschaftsabbrüche unter den Voraussetzungen des § 218a Absatz 1 bis 3 des Strafgesetzbuches durchführen. Die Liste enthält auch Angaben über die jeweils angewendeten Methoden zur Durchführung eines Schwangerschaftsabbruchs. Die Bundesärztekammer aktualisiert die Liste monatlich, veröffentlicht sie im Internet und stellt sie der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, dem Bundesamt für Familie und zivilgesellschaftliche Aufgaben und den Ländern zur Verfügung.“

Zudem soll ein § 13a in das SchKG eingefügt werden:

„§ 13a Informationen über einen Schwangerschaftsabbruch

(1) Die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung veröffentlicht die von der Bundesärztekammer nach § 13 Absatz 3 geführte Liste und weitere Informationen über einen Schwangerschaftsabbruch, der unter den Voraussetzungen des § 218a Absatz 1 bis 3 des Strafgesetzbuches vorgenommen wird.

(2) Der bundesweite zentrale Notruf nach § 1 Absatz 5 Satz 1 erteilt Auskunft über die in der Liste nach § 13 Absatz 3 enthaltenen Angaben.“

Durch diesen neuen Ausnahmetatbestand sollen die Rechtsunsicherheiten beseitigt werden, welche zurzeit für Schwangerschaftsabbrüche anbietende Ärzte bestehen sowie Informationsfreiheit für betroffene Frauen gewährleistet werden. Es fragt sich, ob das gelungen ist.

1 Vgl. Fischer, StGB, §219a Rn. 1.

2 Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zur Verbesserung der Information über einen Schwangerschaftsabbruch (BT-Drs. 19/7693).

## B. Bewertung des vorgeschlagenen Kompromisses

### I. Widersprüche zwischen § 219a Abs. 1 und Abs. 4 StGB

Die Neuregelung ist rätselhaft. Einerseits folgt sie der seit einhalb Jahren währenden Kampagne<sup>3</sup> der Unterstützerguppen um die verurteilte Gießener Ärztin Hänel. Andererseits will sie Abtreibungsgegnern und Gegnerinnen in der Union entgegenkommen. Es ist also ein Kompromiss zwischen logisch unvereinbaren Positionen, politisch durch Symbolpolitik erzwungen, juristisch nicht nachvollziehbar. Sowohl hermeneutisch als auch politisch ist das folgenreich; denn die aggressiven Abtreibungsgegner, die Frau Hänel angezeigt haben, werden die Unschärfe der vorgeschlagenen Regelung, wird sie denn Gesetz, nutzen. Dann müssen sich Staatsanwaltschaften und Gerichte fragen, was die neu in Abs. 4 Nr. 1 eingefügte Passage praktisch bedeutet, wonach Ärzte zwar darauf hinweisen dürfen, dass durch sie oder in ihrer Einrichtung Schwangerschaftsabbrüche durchgeführt werden, ihre Dienste aber nicht „anbieten“. Denn wäre dies der Sinn der Neuregelung, hätte der Entwurf „anbieten“ in Abs. 1 streichen müssen. Wieso also differenziert der Entwurf nicht, wie dies im ärztlichen Berufsrecht üblich ist, zwischen eigenen bzw. fremden Leistungen? Denn über fremde Leistungen durften nicht weiter involvierte Ärzte (etwa Hausärzte, Gynäkologen) und Verbände (etwa die Landesärztekammern) schon immer informieren, da es ja dabei weder um Werbung noch um Informationen in einem kommerziellen Kontext geht. Dass sie das in der Vergangenheit eher nicht getan und sich auf die sozialen Beratungsstellen verlassen haben, lag ja nicht „am Gesetz“, wie oft behauptet wird.<sup>4</sup>

Der neu eingefügte Abs. 4 Nr. 2 (ferner der Vorschlag im SchKG über das Führen von Listen durch die Bundesärztekammer – BÄK) tut so, als sei das Schweigen der organisierten Ärzteschaft in der Vergangenheit durch eine Rechtsunsicherheit motiviert gewesen, die nun beseitigt werde.<sup>5</sup> Wenn aber künftig die Information über eigene Leistungen straflos sein soll, drängt sich sofort die Frage auf, warum dann das zu weit geratene (und auch historisch zweifelhafte) Verbot des öffentlichen Anbietens eben dieser Dienstleistungen in Abs. 1 noch beibehalten wird. Es hätte genügt in Abs. 1 klarzustellen, dass Ärzte öffentlich mitteilen dürfen, ob sie Schwangerschaftsabbrüche anbieten, dass aber die Modalitäten dem persönlichen Gespräch vorzubehalten sind. Denn die Beschränkung des Rechts auf öffentliche Information über das „Wie“ ist zwar nachvollziehbar,<sup>6</sup> da das „Ob“ erlaubt ist und damit ein persönliches Gespräch ermöglicht. Dass bei einem solchen Gespräch schriftliche Materialien verwendet und auch Studien über die jeweiligen Risiken persönlich per E-Mail-Verkehr zugänglich gemacht

werden dürfen, ist evident; denn der Kontext ist ja ein Beratungsgespräch. Aber da nun einmal mit absurden Strafanzeigen zu rechnen ist, sollte die Begründung zu diesem Entwurf, falls er Gesetz wird, deutlich machen, wo genau die Grenzen sind.

Die Ergänzung markiert also wohl einen Minimalkonsens. Aber so können Strafverfolgungsorgane nicht argumentieren, wenn sie Rechtssicherheit schaffen wollen. Normadressaten wollen wissen, wie Grenzfälle zu behandeln sind. So will etwa das OLG Frankfurt im Revisionsverfahren der Ärztin Hänel wissen, ob auch die mit Blick auf den Entwurf des BMJV zu umfangreiche PDF-Datei zu bewerten ist (ist die Neuregelung ein milderes Gesetz oder regelt sie nur deklaratorisch, was schon immer eine verfassungskonforme Auslegung gefordert hat?). Es ist denkbar, den Wortlaut des neu eingefügten § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB so zu interpretieren, dass jede weitere Information über Modalitäten eines Abbruchs (also der Fall Hänel) strafbar sei. Man kann aber auch behaupten, „anbieten“ betreffe nun nur noch öffentliche Äußerungen, welche mit der Position eines Arztes unvereinbar sind, also verharmlosende und kommerziell motivierte Informationen über seine oder ihre Dienste. Das ist irritierend. Das neue System der Strafnorm ist nun ohne Not völlig inkonsistent. Denn es hätte nahegelegen, offen zu kommunizieren, dass sich die Koalition nicht einig werden kann. Dann hätte man eben nur das SchKG geändert und geklärt, wie künftig die von den jeweiligen Verbänden, der BÄK und den staatlichen Stellen zu führenden Listen aussehen sollen. Spätestens im Rechtsausschuss wird also zu klären sein, was genau gemeint ist.

3 Frommel „Im ideologischen Labyrinth“, Neue Kriminalpolitik 3/2018, S. 300 – 315 (online unter NK Archiv erhältlich).

4 Etwa in der Stellungnahme des Berufsverbandes der Gynäkologen vom 31.01.2019 – nachzulesen unter [www.bvb.de](http://www.bvb.de).

5 So argumentiert der Berufsverband der Gynäkologen in seiner oben erwähnten Stellungnahme. Den Verbänden erscheint der Entwurf ein wichtiger Beitrag zu sein, um die angebliche Rechtsunsicherheit zu beseitigen. Die Ambivalenz des Gesetzestextes fällt ihnen nicht auf. Aber sie würden gerne über Methoden informieren.

6 Diese Zurückhaltung kritisieren zwar einige Verbände, aber bei keiner anderen ärztlichen Behandlung erwarten Patientinnen, dass schwierige Fragen der Eignung bestimmter Behandlungsmethoden (stationär, ambulant, medikamentös mit anschließender Ausschabung) schon auf der Webseite erörtert werden. Eine medikamentöse Einleitung des Abbruchs einer Schwangerschaft erscheint zwar Laien als besonders unproblematisch, birgt aber das höchste Risiko und sollte eigentlich zu einer stationären Überwachung führen, was dann aber unerwünscht ist. Es liegt auf der Hand, dass die medizinischen Risiken, welche auch noch bei jeder Patientin unterschiedlich hoch sind, nicht laienhaft erörtert werden sollten. Außerdem werden auf diese Weise die Grenzen zur unsachlichen Werbung schnell überschritten.

## II. Zwischenergebnis

Das Verhältnis von Abs. 1 und Abs. 4 ist nicht mehr aufeinander abgestimmt. Bei extensiver Auslegung verbietet Abs. 1, was Abs. 4 erlaubt. Bei restriktiver Auslegung des Merkmals „anbieten“ wird demgegenüber die Berufsausübungsfreiheit der Abtreibungsärzte besser beachtet und damit mittelbar auch die Information der betroffenen Frauen.

## III. Auslegungsprobleme

Strafrechtler müssen künftig klären, ob der Zusatz in Abs. 4 Nr. 1 eine Legaldefinition des erlaubten Anbietens meint und damit zu weitgehende Einschränkungen des Verbots in Abs. 1 blockiert, oder ob er lediglich eine Minimallösung darstellt? Offenbleiben muss die Frage, warum in der Begründung nicht darauf hingewiesen wird, dass Ärzte, welche die Zulassung für den Schwangerschaftsabbruch haben und sich an die Regeln der Beratungslösung halten, wesentlicher Bestandteil des Schutzkonzeptes sind und deshalb auch ein Recht haben müssen, über diese angebotene Leistung öffentlich zu informieren? Will das BMJV – aus Rücksicht auf die Koalition – die Rechtsprechung des BVerfG auf eine nicht-agende Formel reduzieren, wonach Landesrecht nicht zuständig ist, über die §§ 218 ff. StGB zu entscheiden? Logisch wäre eine solche Position nicht, auch wenn es auffällt, dass etwa der Kurzkomentar von Thomas Fischer und auch die von ihm zitierten Autoren sich auf Formeln der 1970er Jahre zurückziehen; also eigentlich nicht über das geltende Recht, sondern über vergangene Zeiten schreiben. Schließlich wurde 1998 festgestellt, dass Ärzte bei einer legal durchgeführten Abtreibung im Rahmen ihrer Grundrechte nach Art. 12 GG (Berufsausübungsfreiheit) ein unverzichtbarer Bestandteil des Schutzkonzeptes sind.<sup>7</sup> Genannt werden in der Begründung des BMJV aber nur die Bedürfnisse der Patientinnen. Deren Rechte aber sind allenfalls eine Folge der Rechte der handelnden Ärzte bzw. eine Bedingung für die Wirksamkeit der Beratungslösung. Sie haben kein subjektives Recht, sondern ihre allgemeine Handlungsfreiheit wird nur mittelbar dadurch eingeschränkt, wenn die Rechtsprechung wie im Fall der Gießener Urteile (Amtsgericht und Landgericht) das an Abtreibungsärzte gerichtete Verbot zu weit fassen. Naheliegt die Vermutung, dass dem BMJV diese grundlegende Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 1998 nicht bekannt ist.

Auffällig ist, dass sie in der Kommentarliteratur entschieden zu kurz kommt. Offenbar wird sie so oberflächlich und damit so eng ausgelegt, dass sie nur für Landesgesetze gelten soll. Letzteres ist aber unverständlich. Zwar

ging es in der damals entschiedenen Konstellation um bayerisches Landesrecht, das die bundesgesetzliche Regelung einschränken wollte. Wenn aber dieses Landesgesetz für nichtig erklärt wird, weil es die Grundrechte der betroffenen Ärzte beeinträchtigt, dann gilt auch für Bundesrecht, dass es diese Grundrechte zu beachten hat. § 219a StGB wurde nie unter diesem Gesichtspunkt analysiert, was verwunderlich ist, da – wie oben ausgeführt – die Rechte von Abtreibungsärzten erheblich eingeschränkt werden.

Diese Konzentration auf die mittelbare Wirkung der Situation betroffener Frauen führt zu einer eigentümlichen Verschiebung der Problematik in der juristischen Wahrnehmung. Sie hat die öffentliche Debatte entscheidend geprägt. Frauenpolitik schließt nicht an strafrechts- und verfassungsrechtliche Feinarbeit und rückwärtsgewandte Konservative betreiben eine uninformierte Symbol Politik. Dies gilt sowohl für die Kampagne „Frauen haben ein Recht auf Information“ als auch auf die Replik, es gehe in § 219a StGB um Lebensschutz. Beide Positionen erwecken den Eindruck, dass das geltende Recht unausgewogen sei. Doch dies ist falsch und verkennt die Reformen der 1990er Jahre.

Die Begründung des BMJV erweckt außerdem den Eindruck, man könne Werbung und Information sprachlich so abzugrenzen, dass im Ergebnis sachliche Information erlaubt und nur „Werbung“ verboten sei. Aber die Information über verfügbare Methoden und deren Risiken sind ebenfalls „sachlich“. Über den Begriff der sachlichen Information lässt sich keine Lösung erzielen. Auch wird der Begriff der erlaubten Werbung im ärztlichen Berufsrecht nicht weiter geklärt. Das Berufsrecht stellt nur auf das Merkmal der sachlichen Information über eigene Dienste ab. Dies ist erlaubte Werbung. Verkannt wird das sowohl in der Kampagne „weg mit“ als auch in der öffentlichen Debatte. Schließlich ignorieren dies auch das BMJV und das Kabinett. Eine Debatte über die Grenzen der ärztlichen Berufsausübungsfreiheit von Abtreibungsärzten muss differenzierter sein. Offenbar verhindert dies der Mythos, wonach jeder Schwangerschaftsabbruch nach der Beratungslösung rechtswidrig, aber straflos sei. Doch diese Formel gilt – je nach allgemeiner moralischer Position<sup>8</sup> – allenfalls für die

<sup>7</sup> BVerfG, Urt. V. 27.10.1998 - 1 BvR 2306/96.

<sup>8</sup> Dogmatisch korrekt ist auch aus Perspektive der Frau ihr Verlangen tatbestandslos. Sie hat aber kein subjektives Recht auf die Tötung ihrer Leibesfrucht, sondern das Recht auf eine achtbare und staatlich nicht weiter zu hinterfragende Gewissensentscheidung. Es ist bemerkenswert, dass diese sinnvolle Konstruktion im ideologischen Labyrinth versteckt wird. Sie kann einen Konsens ermöglichen. Aber offenbar wollen Ideologien den unlösbaren Kampf der Weltanschauungen.

betroffenen Frauen, sicher nicht für die rechtmäßig handelnden Abtreibungsärzte.

#### **IV. Ergebnis: „Anbieten“ muss entweder restriktiv ausgelegt werden oder als zu unbestimmt entfallen**

Das zu weit geratene Verbot des öffentlichen „Anbietens“ muss entweder restriktiv ausgelegt oder gesetzlich so entschärft werden, dass es mit der Beratungslösung des Jahres 1995 kompatibel bleibt. Das ist im Entwurf des BMJV nicht gelungen. Die Begründung verkennt, dass das dem Wortlaut nach strikte Verbot des „Anbietens“ aus Zeiten einer längst überholten Verbotspolitik stammt. Dies führt zum nächsten Kapitel – der weitgehend im Dunkeln gebliebenen Geschichte dieses Verbots 1933 und nach 1945.

### **C. Gesetzgebungsgeschichte<sup>9</sup>**

#### **I. NS-Sexualpolitik**

Das strikte Verbot des öffentlichen „Anbietens“ solcher Dienste gehörte zur patriarchalischen Sicht des 19. Jahrhunderts. Die bürgerliche Frauenbewegung sah Abtreibungsverbote ambivalent, die kommunistischen und sozialistischen Frauen lehnten diese Verbotspolitik ab. Sozialdemokraten gingen den steinigen Weg durch die Institutionen und erreichten nach einer ermüdenden Debatte 1926 einen großen Erfolg. Das damals noch unter einer anderen Nummerierung geführte Verbot wurde gestrichen. Dies hatte eine sehr ausführliche und kontroverse Debatte ausgelöst. Im kollektiven Gedächtnis ist nicht bekannt, dass 1933 – sofort nach der Machtergreifung – die Nationalsozialisten dieses Verbot wiedereingeführt haben (nachzulesen im Reichsgesetzblatt 1933 – unter dem unscheinbaren Titel „Abänderung strafrechtlicher Vorschriften“). Der neue Tatbestand hatte nun einen rabiaten Zweck und wurde auch sofort in diesem Sinne sehr intensiv angewandt. Alle Ärzte, die missliebig waren, etwa weil im Verein sozialistischer Ärzte tätig, wurden von der Polizei und den nachfolgenden Instanzen erbarmungslos bekämpft. So wurde z.B. sofort – bei entsprechendem Verdacht – Schutzhaft angeordnet, der Entzug der Approbation durchgeführt und inhaftiert. Nach der Freilassung war das Vermögen eingezogen und die Betroffenen waren zur Emigration gezwungen (mittellos). Das BMJV hat zwar in der letzten Legislaturperiode deutlich gemacht, dass Homosexuelle Opfer des Nationalsozialismus waren. Nicht aber erwähnt es, dass dies auch für Abtreibungsärzte gilt und viele andere, etwa Personen, die sexuelle Dienste angeboten haben. Schon 1933 galten sie als „Volksschädlinge“ und waren somit existenziell bedroht. Eine konsequente NS-Sexual- und Vernichtungspolitik war den rivalisierenden

Machthabern zu Beginn der Etablierung des totalitären Systems so bedeutsam, dass sie sofort Gesetze verschärft haben und – sofort nach dem Röhm-Putsch 1937 – eine Reichszentrale zur Verfolgung der Homosexualität und Abtreibung gebildet wurde.

#### **II. Fortsetzung der Diskriminierung von Abtreibungsärzten nach 1945 bis heute**

Schon die Besatzungsmächte außerhalb der russischen Zone nahmen keinen Anstoß an dieser Vorschrift. Die Polizei behielt ihre Listen. Abtreibungsärzte wurden nun „rechtsstaatlich“ kriminalisiert. Auch die Gesetzgebung sah nach 1949 keinen Grund, die §§ 218 ff. StGB zu reformieren. Nur die Todesstrafe – nach der Verschärfung 1943 – wurde abgeschafft. 1953 wurde die Fassung 1933 als § 220 StGB nummeriert und unverändert beibehalten. Dass es ein Gesetz aus dem Jahr 1933 war, war 1953 bekannt und steht etwa im StGB-Kommentar von Otto Schwarz (16. Auflage 1953). Auch Schönke/Schröder (sogar noch in der 3. Auflage 1947) informiert so, fügt also noch nach 1945 hinzu, dass der NS-Tatbestand uneingeschränkt angewandt werden könne. Reflektiert wurde das Ganze nie. Selbst während der Reformen der §§ 218 ff. StGB in den Jahren 1976 – 1995 wurde der Tatbestand des „Anbietens“ solcher Dienste nur unnummeriert und unter § 219a StGB – Werbung – beibehalten, zwar mit Einschränkungen, aber die Tathandlung des „Anbietens“ wurde nicht einmal diskutiert. Dass sie zu weit ist, weil sie auch ärztliche Angebote nicht ausschließt, wurde bei jeder Reform übersehen. Auch wurde nie diskutiert, dass ein „Anbieten“ durch Ärzte als solches neutral ist. Denn das ärztliche Berufsrecht erlaubt neutrale Informationen für alle ärztlichen Leistungen. Eine neutrale Information ist keine „Werbung“. Dennoch wurde nicht gesehen, dass der Tatbestand viel zu unbestimmt ist und rein sprachlich auch Handlungen umfasst, die nach den Reformen der Jahre 1976 – 1995 rechtmäßig sind, denn Ärzte handeln rechtmäßig und im Rahmen ihres Grundrechtes auf Berufsausübungsfreiheit. Die Formel von der „Rechtswidrigkeit, aber Straflosigkeit“ bezieht sich ausschließlich auf die Frauen. Mit dieser missverständlichen Formel sollte lediglich deutlich gemacht werden, dass sie keinen Anspruch gegen die gesetzlichen Krankenkassen haben, wenn nach der Beratungslösung verfahren wurde. Einen Abbruch bezahlt bei Nicht-Vermögenden dennoch das je-

<sup>9</sup> Auszug aus einem ausführlichen Beitrag, der im Oktober 2018 in der Festschrift für Thomas Fischer erschienen ist – Frommel, Festschrift für Thomas Fischer, S. 1049 ff..



weilige Bundesland. Schon dies zeigt, dass das ärztliche Handeln nur rechtmäßig sein kann, denn sonst dürfte der Staat diese Handlungen nicht finanzieren.

Lange Zeit wirkte die Ausgrenzung von Abtreibungsärzten nach. Die Indikationenlösung des RG aus den 1920er Jahren wurde später (Indikationenmodell 1976) durch Gesetz erheblich erweitert, nicht aber das Verbot des öffentlichen Anbietens abgeschafft.<sup>10</sup> Auch wurde der lange vor der Beratungslösung entstandene und 1933 wieder aktivierte und typisch nationalsozialistisch ausgestattete § 219a Abs. 1 Alt. 1 StGB (1933 in anderer Nummerierung) bis heute nicht als unangemessen erkannt. Zwar gibt es gute Gründe für unterschiedliche Regelungen bei Fragen der Gesundheit und denen der ungewollten Schwangerschaft (einem ethischen Dilemma) – u.a. ist die spezifische Situation der betroffenen Patientinnen. Eine ungewollte Schwangerschaft ist nun einmal keine Krankheit, und eine Abtreibung ist für viele Menschen alles andere als ethisch neutral. Aber in einem Rechtsstaat gilt das Prinzip, dass die Menschen selbst über die von ihnen für richtig gehaltene Moral entscheiden. Die ungewollt schwangere Frau soll deshalb beraten werden. Ihre vom Recht zugelassene Gewissensentscheidung ist frei. Ärzte wirken bei diesem Prozess mit und haben eine spezifische Verantwortung, dürfen aber nicht durch Strafgesetz daran gehindert werden, den Betroffenen ein persönliches Gespräch zu ermöglichen (ohne Umweg über Verbände und staatliche Stellen). Sie dürfen auch nicht direktiv beraten, sondern müssen ergebnisoffen bleiben. Ein zu pauschales Verbot greift also in den Kern der Rechte der Abtreibungsärzte ein und verhindert geradezu eine Situation, in der Frauen sich frei entscheiden können.

#### D. Hat § 219a StGB ein Rechtsgut oder ist er eine reine Moralnorm?

Das Rechtsgut der §§ 218 ff. StGB war früher (1870 – 1995) die Pflicht von Frauen zu gebären. 1975 ergänzte das BVerfG diese tradierte Norm durch den Zusatz „unter normalen Umständen“. Die Betonung des „Rechtes“ oder zumindest des Schutzes des „ungeborenen Lebens“ war immer mit einer impliziten oder expliziten Gebärpflicht verbunden. Dem entsprechend war das strikte Verbot des öffentlichen Anbietens ein kollektives Quasi-Rechtsgut, das nur den Sinn hatte, diese Ideologie und diese Verbotspolitik zu bekräftigen. Erst seit 1995 – nach langen Kämpfen – wurde jede Drittbewertung des Verlangens einer Frau abgeschafft (die typische Konstruktion jedes Indikationenmodells). Damit wird die Entscheidungsfreiheit der Frau maßgeblich.<sup>11</sup> Das „werdende“ oder „ungeborene“ Leben (hinter diesen Sprachen verbergen sich seit Jahrzehnten hartnäckig verteidigte gegensätzliche weltan-

schauiche Positionen) soll seit 1995 (Beratungslösung) nicht gegen, sondern nur mit der Frau geschützt werden. Dazu passen keine Verbote, welche eine freie Entscheidung behindern.

Die Begründung des BMJV-Entwurfs vermeidet es jedoch, diese Fragen auch nur anzuschneiden, geschweige denn zu verstehen, dass das Verbot des „Anbietens“ ein Relikt ist, das durch ein angemessenes Konzept zu ersetzen ist. Die Politik wird dominiert vom Wunsch logisch mit dem geltenden Recht, unvereinbare Positionen zu vereinbaren, also die Haltung rückwärts gewandter Politiker/innen nicht offen zu kritisieren und die eigene Position nicht weiter zu begründen. Deshalb stellt das BMJV – ganz einseitig – nur auf das Informationsrecht der betroffenen Frauen ab. Aber wieso sie gerade diese Forderung aufgreifen, bleibt unklar und kann nur daran liegen, dass diese am lautesten vorgebracht wird. Hätte man sich mit dem Rechtsgut befasst, wäre deutlich geworden, dass 1995 eine veraltete Sicht der §§ 218 ff. StGB aufgehoben, § 219a StGB aber übersehen wurde.

Eine einschränkende Auslegung des Verbots des öffentlichen „Anbietens“ kann nur über eine sinnvolle Differenzierung erreicht werden, welche sowohl die Rechtstellung sowohl der Ärzte und Ärztinnen als auch die der betroffenen Frauen berücksichtigt. Ein pauschales Verbot jeder sachlichen Information über die eigenen Dienste für Abtreibungsärzte ist weder mit der ärztlichen Berufsausübung noch mit dem Rechtsgut der Entscheidungsfreiheit unvereinbar. Es widerspricht sowohl dem geltenden Konzept der §§ 218 ff. StGB als auch dem Grundgesetz, das Ärzten und Ärztinnen die Berufsausübungsfreiheit garantiert. Zwar darf die

10 „Anbieten“ i.S.d. § 219a StGB ist somit ein vergessenes Relikt, das die Liberalisierung der Abtreibung überstanden hat. Es spielt Abtreibungsgegnern in die Hände, weswegen diese (Babycaust) sehr aggressiv Strafanzeigen wegen angeblich verbotenen „Anbietens“ nutzen, um alle Ärzte, die ihre Bereitschaft öffentlich erklärt haben, zu drangsalieren. Auf diese Weise verknüpft sich das Angebot an Ärzten, die sich dieser Zumutung aussetzen; eine Konsequenz, welche Abtreibungsgegnern begrüßen, vgl. hierzu [www.novo-argumente.com/artikel/abtreibungsgegner\\_nutzen\\_nazi\\_paragraph](http://www.novo-argumente.com/artikel/abtreibungsgegner_nutzen_nazi_paragraph) (zuletzt abgerufen am 21.02.2019).

11 Dies verkennt auch der sonst so kritische Thomas Fischer in seinem Kurzkomentar, auf den sich sowohl das AG Gießen als auch das LG Gießen (im Rahmen der Berufung) berufen haben. Auch glaubt eine sog. h.M., welche sich statt auf das BVerfG und das geltende Recht auf veraltete Motive aus der Zeit der Indikationenlösung (1976 – 1992) beruft und die veraltete Rechtsprechung des BVerfG aus den 1970er Jahren wiederholt, das Rechtsgut des § 219a StGB sei ausschließlich der „Schutz“ eines gesellschaftlichen Klimas, in dem Schwangerschaftsabbrüche nicht als normal gelten (vgl. Fischer, StGB, 64. Aufl. 2017, § 219a Rn. 1; nicht wirklich korrigiert in der 66. Aufl. 2019).

Dienstleistung Schwangerschaftsabbruch strenger reguliert werden als Krankenbehandlungen, aber jede Ausnahme muss das grundlegende Recht auf freie ärztliche Berufsausübung beachten (selbstverständlich im Rahmen der Regeln der Beratungslösung). Diese Klarstellung vermeidet jedoch die Begründung des Kabinettsentwurfs. Sie weist aus politischer Rücksicht nicht auf diese doppelten Besonderheiten hin? Wird aber auf dieses verfassungsrechtliche Problem nicht eingegangen, entsteht der Eindruck, dass das BMJV den Wertungswiderspruch zwischen Abs. 4 Nr. 1 und Abs. 1 Alt. 1 – bezogen auf die Auslegung des Merkmals des öffentlichen Anbietens – nicht bedacht hat. Der Entwurf hätte die Tathandlung des öffentlichen Anbietens in Abs. 1 einschränken müssen, um sachliche Information über das „Ob“ explizit zu erlauben und damit Rechtssicherheit zu schaffen. Denn angesichts der Ambivalenzen wird es auch künftig Strafanzeigen geben, da die aggressiven Abtreibungsgegner durch diesen Entwurf nicht abgehalten werden. Die mit einer solchen Strafanzeige befassten Juristen werden sich daher fragen müssen, wie sie das Verhältnis des Verbots in Abs. 1 und der Ausnahme in Abs. 4 behandeln sollen. Sollte dieser unausgereifte Entwurf Gesetz werden, wird dies eine Frage sein, die der Rechtsausschuss behandeln muss, um zu verhindern, dass neue Musterprozesse auf dem Rücken von Abtreibungsärzten ausgetragen werden.

#### E. „Babycaust“

Seit mehr als 20 Jahren betreibt Herr Annen aus Weinheim, zusammen mit einem engmaschigen Netz von lokalen Vereinen, etwa „Nie wieder“, die Webseite „Babycaust“. Die Assoziation zu „Holocaust“ ist beabsichtigt. Die religiös unterfütterte Analogie meint zwar eine radikale Antwort auf die eugenisch motivierte Tötung im Nationalsozialismus zu sein, führt aber den Kampf gegen liberale Abtreibungsärzte fort mit dem Ziel, das Angebot an medizinisch angemessenen Gelegenheiten durch eine möglichst störende Diskriminierung zu verknappen. Offenkundig ist diese extrem geschmacklose und in jeder Hinsicht denunziatorische Webseite unverkennbar den US-amerikanischen Webseiten der „Army of God“ nachempfunden. Sie ist allerdings nicht schlicht eine Kopie, sondern sehr genau auf die deutschsprachigen Befindlichkeiten und das reformierte Abtreibungsrecht in Deutschland und Österreich abgestimmt. Sie setzt also – den kulturellen Traditionen beider Länder entsprechend – nicht auf Gewalt wie dies in den USA teilweise der Fall ist, sondern auf systematische Belästigungen und eine pedantische Strategie der Strafanzeigen wegen angeblich verbotener Werbung nach § 219a Abs. 1 StGB („anbieten“), sobald eine Arztpraxis auf ihrer Webseite auch nur erwähnt, dass Schwangerschaftsabbrüche kon-

cret zugänglich sein könnten. Es ist also eine bürokratische Version der US-amerikanischen Strategien, welche nur deshalb funktioniert, weil viele Staatsanwälte die Ermittlungsverfahren nach § 153a StPO gegen die Auflage, den Hinweis zu löschen, einstellen. Da diese Zermürbungs-Strategie seit etwa 20 Jahren betrieben wird, finden sich mittlerweile so gut wie keine vernünftigen Informationen mehr.

Verstärkt wird dies durch die Tatsache, dass die Landesgesundheitsministerien und der Gynäkologen Verband meinen, auch sie dürften keine Listen führen und an ihre Mitglieder weiterleiten, sodass Hausärzte wüssten, an wen sich Patientinnen wenden können.

Im Allgemeinen stellten Staatsanwaltschaften die Verfahren ein, verlangten aber, dass diese Informationen künftig unterbleiben. Damit haben diese Abtreibungsgegner erreicht, was sie wollten: Ungewollt schwangere Frauen können sich nicht konkret informieren und wissen nicht, welche Erfahrungen andere Patientinnen mit Arztpraxen gemacht haben. Vereinzelt gab und gibt es gezielte Aktionen gegen einzelne Abtreibungsärzte – diffamierende Flugblätter/Plakate – gegen den seit 1995 reformierten § 218 StGB. Bei diesen Aktionen benannte Herr Annen nicht nur einzelne Ärzte mit vollem Namen und Adresse (Prangerwirkung), sondern behinderte auch besonders bekannte Praxen. Das BVerfG stellte zwar fest, dass derartige verbale Angriffe das Persönlichkeitsrecht von Ärzten verletzen und nicht von der Meinungsfreiheit gedeckt seien.<sup>12</sup> Aber der EGMR schraubte zunächst die Anforderungen an die Einschränkung der Meinungsfreiheit sehr hoch und entschied noch 2017 in den zahlreichen Individualbeschwerden, die Annen eingelegt hatte, zu seinen Gunsten. Mittlerweile (seit dem 20.09.2018) hat der EGMR seine Rechtsprechung geändert und die Besonderheiten des deutschen Beratungsmodells beachtet. Betroffene Ärzte müssen daher in Zukunft nicht mehr in jedem Einzelfall ihre Belästigung präzise beweisen und ihr Interesse vor Zivilgerichten so ausführlich geltend machen wie noch in der jüngeren Vergangenheit. Sie können auf die nun gesicherte Rechtsprechung des EGMR verweisen.<sup>13</sup>

#### F. Ergebnis

Spätestens der Rechtsausschuss muss, sollte dieser Entwurf Gesetz werden, deutlich machen, dass die Ergänzung in Abs. 4 Nr. 1 die Information über eigene Dienste, also sach-

<sup>12</sup> BVerfG, Beschl. v. 24.05.2006 - 1 BvR 49/00.

<sup>13</sup> Der EGMR in Straßburg hat am 20.09.2018 einstimmig die Individualbeschwerde des Betreibers von Babycaust - Nr. 9765/10 - „Annen ./. Bundesrepublik Deutschland“ (Unterlassungsklage Stapf) wegen Verletzung des Rechts auf Meinungsäußerung zurückgewiesen. Das Urteil ist rechtskräftig.

liche Werbung, umfasst: Denn sonst gibt es auch in Zukunft Strafanzeigen und Rechtsunsicherheit zulasten der ohnehin diskriminierten Abtreibungsärzte. Sie müssen in der Lage sein, selbst darüber zu informieren, dass ihre Tätigkeit auch Schwangerschaftsabbrüche umfasst. Listen sind meist unvollständig und veraltet. Außerdem ist im digitalen Zeitalter nicht einzusehen, dass Abtreibungsärzte sich in dieser bürokratischen Weise outen müssen. Bei aller Vergesellschaftung des Gesundheitswesens sollte nicht vergessen werden, dass es sich eigentlich um freie Berufe handelt.

## Nicht jeder, der lügt, betrügt! Oder: Täuschung ohne Schaden?

BGH, Urt. v. 15.03.2018 - 4 StR 425/17

RA Prof. Dr. Guido Britz

### A. Problemstellung

Das Vermögen von natürlichen und juristischen Personen – mit einigen Abstrichen auch das des Staates<sup>1</sup> – wird durch das Strafrecht grds. geschützt. Der strafrechtliche Vermögensschutz bezieht sich hierbei auf das im Tatzeitpunkt vorhandene Vermögen, aber auch auf tatbestandspezifisch ausgegliederte Vermögensteile, welche jedoch wiederum als Teil eines Ganzen begriffen werden können. Pönalisiert sind im Rahmen der Tatbestandsmerkmale des Vermögensschadens oder -nachteils ein (Teil-)Verlust,<sup>2</sup> in Grenzen aber auch qua Richterrecht ein sog. Gefährdungsschaden;<sup>3</sup> letzterer ist wiederum von der gesondert kriminalisierten Vermögensgefährdung und damit einer ebenso klassischen wie umstrittenen Vorfeldstrafbarkeit zu unterscheiden.<sup>4</sup> Legislatorisch sind weiterhin die Angriffsrichtungen definiert, welche sich mit Nehmen, Geben und Vorenthalten grob skizzieren lassen.<sup>5</sup> Mit anderen Worten: Dem Tatopfer können Vermögen oder Vermögensbestandteile vom Täter schlicht (weg-)genommen werden. Alternativ kann das Opfer dahin gehend manipuliert werden, Vermögen oder Teile hiervon selbst zu transferieren. Als Manipulationsmöglichkeiten bzw. Varianten der Willensbeeinflussung sind Täuschung, Drohung und Gewalt vorgesehen. Schließlich ist ein Unterlassen in Form des Vorenthaltes strafbar, wenn gesetzlich vorgeschriebene Ansprüche nicht erfüllt oder Vermögensbestandteile nicht übertragen werden; im Kern also eine von der Rechtsordnung vorgesehene Vermögensmehrung auf Opferseite vorwerfbar unterbleibt.

In diesem anspruchsvollen System des strafrechtlichen Vermögensschutzes lassen sich mit Blick auf die Straf-

rechtspraxis drei Fragen- oder Problemkreise herausstellen. Zum einen kann es fallspezifisch darum gehen, das geschützte Vermögen auszumachen. Zum anderen kann klärungsbedürftig sein, ob eine der von Gesetzes wegen vorgegebenen Angriffsmodalitäten erfüllt ist. Schließlich können sich Abgrenzungsfragen in Bezug auf die grds. exklusiven Angriffsmöglichkeiten stellen. Während sich der BGH jüngst zum Vermögensbegriff äußerte,<sup>6</sup> liegt nunmehr mit dem Urteil des 4. Strafsenats eine Entscheidung vor, die sich mit der Angriffsform der Täuschung mit Bezug auf eine (etwaige) Vermögensschädigung näher befasst. Konkret geht es um die Voraussetzungen eines Kreditbetruges unter Berücksichtigung von Möglichkeiten des Selbstschutzes seitens des Vermögensinhabers verbunden mit der Frage nach der tatbestandlichen Relevanz von Fehlinformationen.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Der – wie in Wirtschaftsstrafsachen nicht unüblich – komplexe Sachverhalt, welcher dem Urteil des 4. Strafsenats zugrunde liegt, lässt sich wie folgt zusammenfassen: Der als selbstständiger Steuerberater tätige Angeklagte erwarb von der I. GmbH vier Grundstücke, die mit Mehrfamilienhäusern bebaut waren. Der tatsächliche Gesamtkaufpreis betrug 1,1 Mio. €. Indessen wurde im Zusammenwirken mit dem (faktischen) Geschäftsführer der I. GmbH ein überhöhter (Gesamt-)Kaufpreis i.H.v. 1,5 Mio. € vereinbart und notariell beurkundet; und zwar mit Blick auf einen gleichfalls vereinbarten „Kick-back“ i.H.v. 200.000 €, welcher nach Auszahlung des abzuschließenden Darlehens zu zahlen war und auch gezahlt wurde. Das Darlehen zur Finanzierung des überhöhten Kaufpreises wurde vom Angeklagten bei der I. AG i.H.v. 1,4 Mio. € aufgenommen; wobei dieser zur Erfüllung des Vertrags finanziell nicht imstande war. Im An-

1 Duttge in: HK, GS, § 263 Rn. 52; Perron in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rn. 78a.

2 Perron in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rn. 99 ff. m.w.N.; Fischer, StGB, § 263 Rn. 91, 110 ff., 176a.

3 Fischer, StGB, § 263 Rn. 156 ff. m.w.N.; Duttge in: HK, GS, § 263 Rn. 70 m.w.N.

4 Vgl. §§ 142, 170, 265, 265b, 264, 264a, 284, 287, 288 StGB; neuerdings: §§ 265c, d StGB; hierzu Oehmichen in: Gesamtes Strafrecht aktuell, Kap. 9.

5 Zu nennen wären aber auch Absprachen; vgl. §§ 265c, d StGB als Straftatbestände eigener Art im Vorfeld des Betruges, die in unterschiedlicher Gewichtung Vermögen vor Gefährdungen schützen. Hierzu Oehmichen in: Gesamtes Strafrecht aktuell, Kap. 9, Rn. 17, 31.

6 Zum Fall „Islamischer Staat“: BGH, Urt. v. 11.04.2018 - 5 StR 595/17 Rn. 20: „Die Rechtsordnung kennt im Bereich der Vermögensdelikte kein wegen seiner Herkunft, Entstehung oder Verwendung schlechthin schutzunwürdiges Vermögen ...“.

trag zum Darlehen wurden zudem falsche Angaben gemacht; nämlich: Einkommens- und Vermögenssituation des Angeklagten, Vorhandensein von Eigenkapital sowie Ertragsfähigkeit der zu erwerbenden Immobilie.<sup>7</sup> Auf der Basis des mit Wissen und Billigung des Angeklagten ausgefüllten und von ihm unterschriebenen Darlehensantrags einschließlich der beigelegten Unterlagen, welche wiederum die falschen Angaben zu belegen vermochten, wurde der Kredit gewährt. Die I. AG als finanzierende Bank war hierbei von einem Ertrags- und Marktwert der Immobilien von 1,48 Mio. € ausgegangen. Nach Zahlungsrückständen und einem Insolvenzverfahren über das Vermögen des Angeklagten sind die Immobilien schließlich für insgesamt 450.000 € verkauft worden.

Die I. GmbH als Verkäuferin der Immobilien hatte diese ihrerseits auf Initiative des (faktischen) Geschäftsführers zuvor von der V. AG zum Zwecke des gewinnbringenden Weiterverkaufs zu einem Gesamtkaufpreis i.H.v. 5.251.294 € erworben. Der Kaufpreis wurde wiederum durch ein entsprechendes, indessen kurzfristiges Darlehen der V. AG an die I. GmbH finanziert. Um die Immobilien zügig zu vermarkten sowie zur zeitgerechten Rückführung des Darlehens wurden diese auch Interessenten mit geringer Bonität und Geschäftserfahrung angeboten. Den Interessenten wurden Finanzierungsmodelle ohne Eigenkapital bei einem zu erwartenden Einnahmeüberschuss aus den Mieterträgen präsentiert. Bei konkretem Interesse erstellten Mitarbeiter der I. GmbH im Rahmen der Darlehensanfrage zur geschönten Darstellung von Bonität und Wirtschaftlichkeit der Immobilien manipulierte Unterlagen: Einkommens- und Eigenkapitalnachweise sowie Objektunterlagen.

Der Angeklagte war als Steuerberater sowohl für den (faktischen) Geschäftsführer persönlich als auch für die I. GmbH tätig. Deshalb war ihm bekannt, dass Erstgenannter mit einem größeren Immobilienprojekt gescheitert und in persönliche Insolvenz geraten war. Trotzdem vertraute er ihm in finanziellen Fragen. Vor diesem Hintergrund kam es zu dem Immobiliengeschäft des Angeklagten mit der I. GmbH mit einer Finanzierung bei der I. AG.

II. Ausgehend davon, dass nicht nachgewiesen werden konnte, dass der Angeklagte von der Fälschung und/oder der Vorlage der gefälschten Bonitäts- und Objektunterlagen im Rahmen der Beantragung des Darlehens wusste und dies auch nicht billigend in Kauf nahm, lehnte das Landgericht eine Strafbarkeit wegen Betruges ab. Denn trotz zurechenbarer Täuschungen – Kaufpreishöhe, zweckwidrige Verwendung eines Teils der Darlehensvaluta als sog. Kick-back und Eigenkapital – wurde ein kausaler Vermögensschaden nicht bejaht. Die einzelnen Täuschungen hätten sich nämlich nicht vermögensmindernd ausgewirkt.<sup>8</sup>

Der BGH attestierte dem Landgericht diesbezüglich ein rechtsfehlerhaftes Verständnis vor allem des objektiven Tatbestandes des Betruges.<sup>9</sup> Denn für den als Erfolgs- und Selbstschädigungsdelikt ausgestalteten Straftatbestand sei es im objektiven Tatbestand erforderlich, aber auch ausreichend, dass eine Täuschung über Tatsachen vorliege, die auf Opferseite eine irrtumsbedingte Vermögensverfügung auslöse, die ihrerseits zu einem Vermögensschaden führe; sowie ein Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Irrtum und zwischen Irrtum und Vermögensverfügung bzw. Vermögensschaden.<sup>10</sup> In diesem Zusammenhang erteilte der BGH dezidiert denjenigen Auffassungen eine klare Absage, welche bspw. über die Lehre der objektiven Zurechnung zu einer einschränkenden Auslegung einzelner Merkmale des objektiven Tatbestandes und der diese Merkmale verbindender Kausalbeziehung gelangen.<sup>11</sup> Demzufolge war es aus Sicht des 4. Senats fehlerhaft, die festgestellten Täuschungshandlungen einer Einzelbetrachtung mit Blick auf ihre Schadensrelevanz zu unterziehen.<sup>12</sup> Es handele sich bei diesem Vorgehen um eine vom objektiven Tatbestand des § 263 StGB nicht geforderte unmittelbare, die Tatbestandsmerkmale des Irrtums und der Vermögensverfügung außer Acht lassende Kausalbeziehung zwischen jeder einzelnen Täuschungshandlung und dem Schadenseintritt.<sup>13</sup> Hierdurch sei das Tatbestandsmerkmal der Täuschung rechtsfehlerhaft eingeeengt und mit dem Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens unzulässig vermengt worden.<sup>14</sup>

Vor dem Hintergrund, dass aufgrund eines täuschungsbedingten Irrtums die Darlehensvaluta ausgezahlt worden und deshalb eine Vermögensverfügung gegeben sei, verwies der BGH hinsichtlich des erforderlichen Vermögensschadens auf die Grundsätze zur Schadensberechnung bei Risikogeschäften.<sup>15</sup> Denn bei der Gewährung eines Darlehens handele es sich gerade darum. Zur Bewertung des Risikoungleichgewichts ist danach maßgeblich, ob und in welchem Umfang die das Darlehen gewährende Bank ein höheres Ausfallrisiko trifft, als es bestanden hätte, wenn die risikobestimmenden Faktoren

7 BGH, Urt. v. 15.03.2018 - 4 StR 425/17 Rn. 3, 6.

8 Zur Argumentation der Vorinstanz: BGH, Urt. v. 15.03.2018 - 4 StR 425/17 Rn. 8.

9 BGH, Urt. v. 15.03.2018 - 4 StR 425/17 Rn. 11.

10 BGH, Urt. v. 15.03.2018 - 4 StR 425/17 Rn. 12.

11 BGH, Urt. v. 15.03.2018 - 4 StR 425/17 Rn. 12 mit Blick auf Hefendehl in: MünchKomm, StGB, § 263 Rn. 749.

12 BGH, Urt. v. 15.03.2018 - 4 StR 425/17 Rn. 13, 23.

13 BGH, Urt. v. 15.03.2018 - 4 StR 425/17 Rn. 13.

14 BGH, Urt. v. 15.03.2018 - 4 StR 425/17 Rn. 13.

15 BGH, Urt. v. 15.03.2018 - 4 StR 425/17 Rn. 15 m.w.N.

zutreffend gewesen wären.<sup>16</sup> Die Schadensfeststellung resultiere mithin aus einer bilanziellen Bewertung aller maßgeblichen Umstände.<sup>17</sup>

### C. Auswirkungen für die Praxis

Die platzhirschartige Entscheidung wird – jedenfalls zunächst – für Ruhe auf der juristischen Brunftwiese sorgen. Denn der mitunter schwankenden Praxis werden höchst-richterlich eindeutige Vorgaben gemacht. Die objektiven Tatbestandsmerkmale des Betrugstatbestandes sind demnach über schlichte Kausalität in ihrer Reihenfolge miteinander verbunden. Raum für Ansätze einer einschränkenden Auslegung sowohl bei der Verknüpfung der Tatbestandsmerkmale als auch bei deren spezifischer Interpretation bestehen grds. dem BGH zufolge nicht. Bei einer institutionellen Darlehensvergabe gelten die bereits an anderer Stelle entwickelten Grundsätze der Schadensberechnung; also eine bilanzielle Bewertung aller maßgeblichen Umstände unter Berücksichtigung der vorenthaltenen, jedoch risikorelevanten (Vergabe-)Faktoren.

### D. Bewertung

Indessen bleiben Zweifel. Diese beginnen damit, dass die Manipulationen wohl seitens der Bank hätten erkannt werden können.<sup>18</sup> Mithin geraten vor allem die viktimodogmatischen Ansätze, welche nach wie vor diskutiert werden,<sup>19</sup> unweigerlich in den Blick. Es geht im Kern um die Frage, ob sich trotz Fehlinformationen eine betrugsspezifische Täuschung einschließlich Irrtum negieren lässt, wenn dem „Opfer“ bestimmte intellektuelle (Mindest-)Qualitäten zuerkannt werden; es etwa von Rechts wegen als informierte, aufmerksame und verständige Person angesehen werden muss.<sup>20</sup> Besondere Brisanz muss dem sog. Opfermitverschulden vor allem aber dann zukommen, wenn der Adressat der Täuschung nicht ein Verbraucher,<sup>21</sup> sondern eine spezifisch professionalisierte Person oder Institution ist. In Frageform: Unter welchen Voraussetzungen kann eine Bank bei einer Kreditvergabe getäuscht werden, wenn ihr die relevanten Informationen grds. zugänglich sind oder vorliegen?

Über die viktimodogmatischen Ansätze gelangt man zwangsläufig zu der Frage, inwiefern überhaupt die Lehre von der objektiven Zurechnung und die hiermit verbundene Differenzierung von Verantwortungsbereichen beim Betrugstatbestand Bedeutung hat.<sup>22</sup> Wiewohl das Exerzierfeld von Äquivalenztheorie und limitierender Lehre von der objektiven Zurechnung im Bereich der Körperverletzungs- und Tötungsdelikte liegt, sind diese Zurechnungskategorien des Allgemeinen Teils des Strafrechts grds. ubiquitär. Im spezifischen Kontext der Vermögens-

delikte bedürfen sie lediglich der tatbestandsbezogenen Reformulierung. Die kategorische Ablehnung durch den 4. Strafsenat überzeugt deshalb in verschiedener Hinsicht mangels Sensibilität nicht. Der entschiedene Fall macht dies plastisch: Der vermeintliche Täter war als Steuerberater selbstständig tätig, sodass Einkünfte und Vermögensstatus wohl mit den bekannten grundsätzlichen Unsicherheitsfaktoren belastet waren. Für die finanzierende Bank waren deshalb offenbar die anzuschaffende Immobilie sowie deren Ertrags- und Verkehrswert primär maßgeblich. Die Täuschung des Täters über seine persönliche wirtschaftliche Situation konnte deshalb keinen Vermögensschaden bewirken. Oder anders gewendet: Das vom Täter mit seinen falschen Angaben geschaffene Risiko hat sich – trotz äquivalenter Kausalität – nicht realisiert. Der schließlich eingetretene Vermögensschaden ist nicht das zurechenbare Resultat der Suggestion.

Folgte man hingegen der Auffassung des BGH, dass bereits die kausale Verknüpfung aller perlenkettenartig hintereinander gereihten objektiven Betrugs Voraussetzungen ausreichend sein soll, entfielen jedenfalls in vergleichbaren Konstellationen u.a. die tatbestandlich vorgegebene Abschichtung zum Versuch.<sup>23</sup> Verwischt wird des Weiteren die Grenze zwischen dem Betrug als Vermögensschädigungsdelikt und einem insofern grds. nicht kriminalisierten Schutz der individuellen Dispositionsfreiheit.<sup>24</sup> Oder pointiert formuliert: Nicht jeder, der lügt, betrügt!

16 BGH, Urt. v. 15.03.2018 - 4 StR 425/17 Rn. 15.

17 BGH, Urt. v. 15.03.2018 - 4 StR 425/17 Rn. 15.

18 BGH, Urt. v. 15.03.2018 - 4 StR 425/17 Rn. 3.

19 Instrukтив Duttge in: HK, GS, § 263 Rn. 25 m.w.N.

20 Hierzu BGH, Urt. v. 05.03.2015 - 2 StR 616/12 - „Abo-Falle“; Majer/Buchmann, NJW 2014, 3342 ff.

21 BGH, Urt. v. 22.10.1986 - 3 StR 226/86 - „Haarverdicker-Fall“; aber auch LG Mannheim, Urt. v. 30.04.1992 - (12) 4 Ns 80/91 - „Teufelsaustreibung“; zivilrechtlich LG Kassel, Urt. v. 14.03.1985 - 1 S 491/84 - „Vertrag über den Einsatz magischer Kräfte“.

22 Hierzu Harbot, Die Bedeutung der objektiven Zurechnung beim Betrug, S. 2 ff., 63 ff.; Schwarz, Die Mitverantwortung des Opfers beim Betrug, S. 114 ff.

23 Zu denken wäre bspw. an die Fallgestaltung, dass der Täter in einem multifaktoriellen Vorgang meint, durch die Manipulation einzelner Aspekte den Vermögensvorteil zu generieren, diese Faktoren hingegen nicht maßgeblich sind. Es bleibt bei einer Versuchsstrafbarkeit; unter Umständen in Abgrenzung zum Wahndelikt.

24 Zur nicht geschützten Dispositionsfreiheit: BGH, Urt. v. 23.05.2002 - 1 StR 372/01 Rn. 31; Fischer, StGB, § 263 Rn. 114; Perron in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rn. 81, 121.

## Verwaltungsgerichte pflegen Rechtsfindung im Diskurs

Klaus Rennert ist seit 2014 Präsident des BVerwG. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit hat die Aufgabe, die Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns zu überprüfen. Sie ist seit 2015 durch eine hohe Verfahrensflut im Asylrecht belastet. Wir sprechen mit dem obersten Repräsentanten dieser Gerichtsbarkeit über die aktuellen Herausforderungen. Klaus Rennert kennt die Verwaltungsgerichtsbarkeit aus allen Instanzen. Er ist zudem seit vielen Jahren Honorarprofessor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und Ehrendoktor der Martin-Luther-Universität Halle.

**Dörig: Lieber Herr Rennert, worin sehen Sie derzeit die wichtigsten Aufgaben der Verwaltungsgerichtsbarkeit?**

Rennert: Die Verwaltungsgerichte haben im Wesentlichen drei Aufgaben. Zum einen schützen sie die Rechte – im Kern die Grundrechte – des Bürgers gegenüber staatlichem Handeln. Zum zweiten kontrollieren sie das Verwaltungshandeln des Staates, ob dieses den Gesetzen entspricht. Das geschieht natürlich auch auf Bürgerklage hin, aber auch darüber hinaus, etwa bei Klagen von Umweltverbänden. Zum dritten schließlich sorgen sie für eine einheitliche Gesetzesanwendung und liefern der staatlichen Verwaltung damit wichtige Leitlinien für deren Gesetzesvollzug. Diese dritte Funktion obliegt nicht nur, aber vorrangig dem obersten Verwaltungsgericht, dem BVerwG in Leipzig. Welche dieser drei Aufgaben die wichtigste ist, vermag ich nicht zu sagen; wir müssen alle gleichermaßen wahrnehmen.

**In den letzten Jahren wurden zahlreiche neue Verwaltungsrichterinnen und -richter eingestellt. Besteht weiterer Personalbedarf? Muss der nicht auch das nichtrichterliche Personal umfassen?**

Die Länder als die verantwortlichen Träger der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der unteren und der mittleren Ebene haben das richterliche Personal in den zurückliegenden drei Jahren tatsächlich ganz erheblich aufgestockt. Das geschah wegen der erheblichen Zusatzbelastung in der Folge der Migrationswelle von 2015/2016. Im nichtrichterlichen Bereich müsste man nachziehen; da besteht zum Teil noch erheblicher Nachholbedarf. Ob noch zusätzlicher Personalbedarf an Richtern besteht, ist von Land zu Land unterschiedlich zu beurteilen. Das ist zudem nicht nur eine Frage des aktuellen Bedarfs, sondern auch des absehbaren künftigen Bedarfs und zugleich eine Frage der Personalstruktur. Eine Gerichtsbarkeit sollte nicht überwiegend aus Berufsanfängern bestehen, oder allenfalls vorübergehend.

**Was kennzeichnet einen guten Verwaltungsrichter?**

Das ist sehr schwer in einem oder zwei Sätzen zu beantworten. Ich kann nur ein paar Stichworte nennen, die mir selbst wichtig sind: persönliche Integrität und innere Unabhängigkeit; profunde Allgemeinbildung und waches politisches Interesse; Freude an und Fähigkeit zur Entwicklung von Ideen und Entscheidungen im Kollegium; die Fähigkeit zu Selbstironie und Humor; schließlich Sinn für klare und zugleich schöne Sprache.

**Was halten Sie von einer Begrenzung der Verfahrensflut im Asylrecht durch moderate Erweiterung von Rechtsmitteln, die eine Rechtsvereinheitlichung ermöglichen?**

Ihre Frage geht davon aus, dass sich durch eine Erweiterung von Rechtsmitteln die Verfahrensflut im Asylrecht begrenzen ließe. Das sehen längst nicht alle so. Gerade deswegen aber stimme ich Ihnen nachdrücklich zu; wer meint, dass nur eine weitere Verringerung von Rechtsmitteln zu einer Verkürzung der Prozesse und damit zu einer Begrenzung der Belastung der Gerichte beitragen könne, verkennt die Arbeitsweise der Gerichte und beschädigt nebenbei den Rechtsstaat. Man muss ja bedenken, dass die Rechtsmittel gerade im Asylprozess schon überaus stark verkürzt sind. Wollte man jede Beschwerde und Berufung völlig unterbinden, ließe man die Verwaltungsgerichte der ersten Instanz allein. Man nähme ihnen jede Orientierung an Leitlinien; jeder Verwaltungsrichter müsste in jedem Prozess das Rad neu erfinden, was verunsichert und Zeit kostet, zumal bei der großen Zahl sehr junger und oft noch wenig erfahrener Richter. Es geht auch um den Rechtsstaat; eine gewisse Einheitlichkeit der Rechtsprechung ist ein wichtiges Anliegen, und die lässt sich eben nur durch Rechtsmittel zu einem gemeinsamen Obergericht herstellen.

**Befürworten Sie eine gewisse Tatsachenkompetenz des BVerwG im Asylrecht, etwa für sog. Länderleitentscheidungen?**

### Prof. Dr. Dr. h.c. Klaus Rennert



Präsident des Bundesverwaltungsgerichts

Nach seiner Ernennung zum Richter am BVerwG 2003 gehörte Herr Rennert zunächst dem 3. Revisionsssenat an. Im Mai 2011 übernahm er den Vorsitz des 8. Revisionsssenats. Seit November 2012 war er Vizepräsident des BVerwG und

seit 01.07.2014 bekleidet er das Amt des Präsidenten. Er hat den Vorsitz des 10. Senats inne.

Das zu entscheiden, erfordert eine Abwägung. Einerseits ist es nur schwer erträglich, wenn die Sicherheitslage oder die Verfolgungssituation in einem bestimmten Herkunftsland von Asylsuchenden zwischen mehreren der 15 deutschen Oberverwaltungsgerichte unterschiedlich beurteilt wird, ohne dass insofern eine Vereinheitlichung durch das BVerwG möglich wäre. Andererseits ist das BVerwG bislang aus guten Gründen im Rechtsmittel der Revision auf die Beantwortung von Rechtsfragen beschränkt, besitzt also keine Tatsachenkompetenz. Wollte man hieran etwas ändern, so würde man die Tür zu einer weiteren Berufungsinstanz aufstoßen. Ich befürworte das gleichwohl, aber nur in engen Grenzen: nur beschränkt auf die Beurteilung allgemeiner Umstände in ausländischen Staaten, aber nicht von Einzelschicksalen; nur beschränkt auf schon vorliegende oder allgemein zugängliche Beweismittel, aber ohne zusätzliche eigene Beweisaufnahme; im Gegenzug dann aber mit der Pflicht zu rascher Entscheidung, um den zeitlichen Zusammenhang mit der Vorinstanz zu wahren; und insgesamt nur als eng befristete Ausnahmeregelung, etwa für drei bis fünf Jahre. Klar muss sein, dass das BVerwG so etwas nicht mit Bordmitteln leisten könnte; dafür müsste ein zusätzlicher Senat eingerichtet werden.

**Innerhalb welchen Zeitraums rechnen Sie mit dem Eintritt des „Normalbetriebs“ wie in den Jahren vor 2015, in dem die Verfahren des öffentlichen Baurechts, Umweltrechts, Bildungs-, Beamten- und Abgabenrechts wieder ein vergleichbares Gewicht gewinnen wie die Verfahren des Ausländer- und Asylrechts?**

Die Eingänge bei den Verwaltungsgerichten in Asylsachen haben sich schon seit 2014 alljährlich verdoppelt, von zunächst etwa 45.000 im Jahr 2014 auf annähernd 400.000 im Jahr 2017, während die Eingänge in anderen Sachen – den sog. Verwaltungsrechtssachen – mit etwa 140.000 gleich geblieben sind. Der Zenit bei den Asyleingängen wurde 2017 erreicht; seither gehen diese Eingänge wieder zurück, wenngleich wohl keinesfalls wieder auf das Niveau vor 2014, sondern deutlich höher. Bei den meisten Gerichten werden die aufgelaufenen Rückstände allmählich wieder abgebaut. Wann die Kolleginnen und Kollegen nicht mehr ganz überwiegend Asylrichter sind, lässt sich schwer abschätzen; vielleicht in drei oder vier Jahren.

**Wenden wir uns den Fahrverboten für Diesel-PKW zu. Sind die Verwaltungsgerichte mit ihren Vorgaben an die Kommunen hier zu weit vorgeprescht oder sind die Gerichte die einzigen Garanten für eine Umsetzung der EU-Luftreinhalterichtlinie?**

Die EU-Luftreinhalterichtlinie ist geltendes Recht; die Kommunen müssen sie beachten, und die Verwaltungsgerichte müssen darauf bestehen, dass sie das tun. Im Übrigen führt eine Beachtung der Richtlinie nicht automatisch und zwingend zu einem Diesel-Fahrverbot, geschweige denn zu einer genauen Festlegung der Verbotszone, der Verbotszeiten, der betroffenen Fahrzeugklassen oder gar der Ausnahmen. Es ist Sache

der Länder, Luftreinhaltepläne aufzustellen und hierin die nötigen Maßnahmen festzulegen, und die Verwaltungsgerichte haben lediglich klargestellt, dass hierzu auch Fahrverbote für Dieselmotorkraftfahrzeuge gehören können und gegebenenfalls müssen, aber unter sorgsamer Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.

**Werden Entscheidungen der Verwaltungsgerichte noch durchgängig von der Verwaltung beachtet oder müssen die Gerichte zu Zwangsmitteln oder gar zur Verhängung von Zwangshaft gegen Behördenleiter greifen?<sup>1</sup>**

Angesichts mancher Aufgeregtheiten in jüngerer und jüngster Zeit rate ich hier zu größerer Gelassenheit. Unverändert gilt, dass Gerichtsentscheidungen in Deutschland von der Verwaltung praktisch durchgängig beachtet und befolgt werden. Was mitunter die Schlagzeilen beherrscht, sind Ausnahmefälle, die zwar mit Recht gebrandmarkt werden, die aber keinerlei Anlass bieten, das Ende des Rechtsstaats herbeizureden. Ob ein Gericht im Vollstreckungswege einen Behördenleiter in Zwangshaft nehmen dürfte, ist eine umstrittene und heikle Rechtsfrage; ob es klug wäre, steht auf einem anderen Blatt.

**Herr Rennert, Sie sind derzeit auch Präsident der Vereinigung der obersten Verwaltungsgerichte der EU. Wie sehen Sie die deutschen Verwaltungsgerichte aufgestellt im europäischen Vergleich?**

Ganz ausgezeichnet. Wir dürfen, glaube ich, stolz darauf sein, dass viele unserer europäischen Partnergerichte – nicht zu vergessen die Staatsräte nach dem französischen Modell – den Austausch mit dem BVerwG und den deutschen Verwaltungsgerichten suchen. Dieser intensive Dialog führt jedem Teilnehmer – auch uns selbst – alternative Lösungsmodelle für vergleichbare Fragen und Probleme vor Augen. Was uns auszeichnet, ist unsere ausgesprochen diskursive Art der Rechtsfindung: die gründliche wissenschaftliche Vorbereitung der Fälle, das offene Rechtsgespräch in der mündlichen Verhandlung sowie die ausführliche schriftliche Begründung unserer Entscheidungen und der dadurch eröffnete – durchaus kritische – öffentliche Diskurs. All das ist anstrengend und frisst Ressourcen an Personal und Zeit, aber es führt die Rechtsprechung auf ein hohes Niveau, und das findet europaweit Respekt.

**Was sind Ihre persönlichen Ziele für Ihre Amtszeit in den nächsten Jahren?**

Ich möchte das Haus in zwei Jahren, wenn es so weit ist, in geordnetem Zustand an meine Nachfolgerin oder meinen Nachfolger übergeben: ohne größere offene Baustellen, ohne innere oder äußere Unruhe. Alles Weitere ist Zugabe.

**Lieber Herr Rennert, ich danke Ihnen für das Gespräch und wünsche Ihnen für Ihre Arbeit weiterhin viel Erfolg.**

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

<sup>1</sup> Siehe hierzu auch Brocker, jM 2019, 155 (in diesem Heft).

**Prof. Dr. Ansgar Staudinger**



Professor an der Universität Bielefeld

Seit 2003 Universitäts-Professor für Bürgerliches Recht, internationales Privat-, Verfahrens- und Wirtschaftsrecht an der Universität Bielefeld. Zudem Direktor der Forschungsstelle für Reiserecht sowie Präsident der Deutschen Gesellschaft für Reiserecht e.V. Von 2005 bis 2008 war Herr Staudinger Mitglied des Wissenschaftlichen Beirats des Bundesministeriums für Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft. Von Januar bis Dezember 2008 war er Richter am OLG Hamm.

**Prof. em. Dr. Monika Frommel**



Rechtsanwältin

Nach dem Studium der Rechtswissenschaften in Tübingen und München promovierte sie 1979 und habilitierte sich 1986 in München (Venia für Strafrecht, Rechtsphilosophie, neuere Rechtsgeschichte und Kriminologie). Sie war von 1988 bis 1992 Professorin für Rechtsphilosophie und Strafrecht in Frankfurt und war von 1992 bis 2011 Direktorin des Instituts für Sanktionenrecht und Kriminologie der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

**Prof. Dr. Thomas Voelzke**



Vizepräsident des Bundessozialgerichts

Herr Voelzke leitet den für den Bereich der Arbeitsförderung zuständigen 11. Senat des Bundessozialgerichts. Als Honorarprofessor an der Humboldt Universität zu Berlin hält er regelmäßig Vorlesungen zum Sozialrecht. Den Schwerpunkt seiner Vortrags- und Veröffentlichungstätigkeit bilden das Arbeitsförderungsrecht, die Versicherungs- und Beitragspflicht in der Sozialversicherung und die Grundsicherung für Arbeitsuchende. Herr Voelzke ist Herausgeber der jM sowie mehrerer Kommentare zum Sozialrecht einschließlich der juris PraxisKommentare SGB und SGG.

**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. Prof. Dr. Heinz-Jürgen Kalb, Köln  
Richter am BVerwG a.D. Prof. Dr. Harald Dörig, Erfurt  
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Martinek, Universität des Saarlandes, Saarbrücken  
Weiterer aufsichtsführender Richter am AG a. D. Dr. Wolfram Viefhues, Oberhausen

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

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

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

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

**Erscheinungsweise:** 11 Ausgaben jährlich, davon ein Doppelheft (Juli/August), 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  
6. Jahrgang

**Dr. Franz Guttenberger, LL.M.  
(King's College London)**



Richter am Sozialgericht

Dr. Guttenberger ist seit 2011 Richter in der bayerischen Sozialgerichtsbarkeit; zuvor war er in der Ministerialverwaltung tätig. Von 2016 bis 2018 war Dr. Guttenberger an das Bundessozialgericht abgeordnet und dort als Vorberichterstatler u.a. dem für das Rentenversicherungsrecht zuständigen 5. und dem für das Arbeitsförderungsrecht zuständigen 11. Senat zugewiesen.

**Dr. Lars Brocker**



Präsident des Verfassungsgerichtshofs und des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz

Neben seiner Tätigkeit als Präsident des Verfassungsgerichtshofs und des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz ist Herr Dr. Brocker Lehrbeauftragter der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz und Präsident der Gesellschaft für Rechtspolitik.



## Exklusiv im juris PraxisKommentar BGB: die Saarbrücker Tabelle für Geldentschädi- gung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen



1 – 3 Nutzer ab 50,00 €/Monat\*

\* Mindestlaufzeit 24 Monate, 24 Monate Online-Zugang plus E-Book

### Herausgeber des Gesamtwerkes:

Prof. em. Dr. Maximilian Herberger  
Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. mult. Michael Martinek  
Prof. em. Dr. Dr. h.c. Helmut Rüßmann  
Prof. Dr. Stephan Weth  
Prof. Dr. Markus Würdinger

Während verschiedenste Tabellen Hilfestellung bieten, um beispielsweise Schmerzensgeldbeträge anhand ergangener Rechtsprechung zu ermitteln, gab es eine solche Aufstellung zur Geldentschädigung wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts bisher nicht. Die neue Saarbrücker Tabelle von Hessel/Sorge schließt diese Lücke nun: Sie ist übersichtlich nach Themenbereichen und Beträgen gegliedert und wird regelmäßig aktualisiert. Die Saarbrücker Tabelle enthält eine Auswertung der gesamten Rechtsprechung zum Allgemeinen Persönlichkeitsrecht, die unter [juris.de](http://juris.de) zur Verfügung steht.

Seit Januar 2019 ist die Saarbrücker Tabelle in alle Bände des juris PraxisKommentar BGB integriert und für Ihre Recherche verfügbar.

## Der juris PraxisKommentar BGB – der erste Kommentar mit echtem Online-Konzept

Er ist intelligent und umfassend mit der tagesaktuellen juris Datenbank verknüpft. Aktualisierungen werden durch die Autoren fortlaufend eingearbeitet. Änderungen können innerhalb von 24 Stunden online geschaltet werden: Der Kommentar ist damit buchstäblich tagesaktuell – Sie arbeiten immer auf dem neuesten Stand des Rechts.

Neben diesen ständigen Aktualisierungen und der regelmäßigen Komplettbearbeitung in Form von Neuauflagen gibt es exklusiv in den juris PraxisKommentaren eine dritte Aktualisierungsebene: Bei umfangreichen Gesetzesänderungen oder bei gesteigerter Rechtsprechung in einzelnen Bereichen werden diese Komplexe der Kommentierung einer zusätzlichen Neubearbeitung unterzogen. Für die Arbeit in dynamischen Rechtsgebieten sichert dies neben besserer Lesbarkeit eine unvergleichlich aktuelle Übersicht im Gesamtzusammenhang und gewährleistet höchste Rechtssicherheit. Alle Bände können als E-Book zusätzlich offline genutzt werden.

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

### Titel nicht in Ihrem Abo?

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

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

Das zusätzliche Wissen steht Ihnen immer dann unkompliziert zur Verfügung, wenn Sie es brauchen, und das verlagsübergreifende Angebot wächst täglich. So entgeht Ihnen zukünftig wirklich nichts mehr.

Kosten fallen erst dann an, wenn Sie tatsächlich Dokumente abrufen, die in Ihrem Abonnement nicht enthalten sind. Die Einzelpreise werden vor jedem Aufruf deutlich angezeigt.

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

### Informationsveranstaltungen

juris lädt regelmäßig zu kostenlosen Informationsforen ein, um die verlagsübergreifende juristische Informationsdatenbank live vorzustellen.

**03.04.2019 Potsdam, Hotel Dorint Sanssouci**

09:30 – 12:00 Uhr

**04.04.2019 Berlin, Hotel Maritim**

**Stauffenbergstraße**

09:30 – 12:00 Uhr

13:30 – 16:00 Uhr

**09.04.2019 Kiel, Kieler Yacht Club**

09:30 – 12:00 Uhr

13:30 – 16:00 Uhr

**08.05.2019 Magdeburg, Intercity**

09:30 – 12:00 Uhr

13:30 – 16:00 Uhr

**28.05.2019 Frankfurt, Flemings Main Riverside**

09:30 – 12:00 Uhr

13:30 – 16:00 Uhr

**18.06.2019 Schwerin, Amedia Plaza**

09:30 – 12:00 Uhr

13:30 – 16:00 Uhr

**19.06.2019 Hamburg, Leonardo HH City Nord**

09:30 – 12:00 Uhr

13:30 – 16:00 Uhr

**26.06.2019 Köln, Maritim Hotel**

09:30 – 12:00 Uhr

**03.07.2019 München, Maritim Hotel**

09:30 – 12:00 Uhr

13:30 – 16:00 Uhr

**14.08.2019 Hannover, Crowne Plaza**

09:30 – 12:00 Uhr

**27.11.2019 Düsseldorf, Maritim Hotel**

09:30 – 12:00 Uhr

### Messen und Konferenzen

**Deutscher Anwaltstag 2019, Leipzig**

16. – 17.05.2019

Weitere aktuelle Messetermine finden Sie hier:

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

### juris Webinare

Eine persönliche Einführung erhalten Sie bei unseren kostenlosen Webinaren: In unserem virtuellen Seminarraum sehen Sie den Bildschirm des Referenten und verfolgen seine Präsentation in Echtzeit direkt in der Datenbank. Über verschiedene Wege, z. B. über Voice-over-IP oder via Chat, stehen Sie im direkten Kontakt mit dem Seminarleiter, können Fragen stellen oder auch mit den anderen Teilnehmern kommunizieren.

### Einführungswbinare

10.04.2019 14:00 – 15:00 Uhr

17.04.2019 11:00 – 12:00 Uhr

24.04.2019 14:00 – 15:00 Uhr

08.05.2019 14:00 – 15:00 Uhr

22.05.2019 11:00 – 12:00 Uhr

29.05.2019 14:00 – 15:00 Uhr

Zur Terminübersicht und gratis Anmeldung:

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

### Neue Werke für Ihre Recherche freigeschaltet

Damit Sie bei juris immer die besten Rechtsinformationen finden, wird die juris Online-Recherche fortlaufend mit neuer Fachliteratur der jurisAllianz Partnerverlage ergänzt. Eine aktuelle Übersicht finden Sie online abrufbar auf unserer Startseite.

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

# STAUDINGER BGB

STAUDINGER Online  
exklusiv bei juris!

+++ NEU: §§ 1564-1568 Scheidung der Ehe · Aufenthaltsrecht · „Ehe für alle“ · Trennungsfristen +++

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

ab **21,00 €**/Monat \*

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

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



+++ TOPAKTUELL im Modul: Automatisiertes Fahren – Handy am Steuer – Punktereform +++

# juris PartnerModul

## Straßenverkehrsrecht

partnered by ADAC Verlag | C.F. Müller | De Gruyter | Deutscher Anwaltverlag | Verlag Dr. Otto Schmidt

**Das Straßenverkehrsrecht in seiner gesamten Bandbreite aus einer Hand: Das Onlinemodul unterstützt Sie auf allen Ebenen des verkehrsrechtlichen Mandats, inklusive den Berührungspunkten zu Zivil-, Verwaltungs-, Straf- und Versicherungsrecht.**

Mit dem juris PartnerModul Straßenverkehrsrecht lösen Sie Ihre Fragen sekundenschnell und immer auf dem neuesten Stand des Rechts, sei es zu den jüngsten Änderungen in StVG, StGB und StVO, sei es zum Fahrerlaubnisrecht oder zur zivilrechtlichen Haftung. Unverzichtbare Arbeitshilfen, wie die „SchmerzensgeldBeträge“ und die AnwaltFormulare, helfen Ihnen Zeit zu sparen. Alle Titel sind in der bewährten juris Qualität digital aufbereitet. Dank professioneller Verlinkung mit der juris Datenbank recherchieren Sie effizient und absolut rechtssicher.

### Inhalt

- AnwaltFormulare Verkehrsrecht, Tietgens/Nugel
- Berechnung von Personenschäden, Pardey
- Deutsches Autorecht, DAR
- Drogen und Straßenverkehr, Hettenbach/Kalus/Möller u. a.
- Haftungsrecht des Straßenverkehrs, Greger/Zwicker
- juris PraxisKommentar Straßenverkehrsrecht, Freymann/Wellner (Hrsg.)
- Kraftverkehrs-Haftpflicht-Schäden, Böhme/Biela/Tomson
- OWi-Sachen im Straßenverkehrsrecht, Beck/Berr/Schäpe
- SchmerzensgeldBeträge, Hacks/Wellner/Häcker
- StVO Straßenverkehrs-Ordnung, Bouska/Leue
- Zeitschrift für Schadensrecht, zfs
- und viele weitere Titel

+ **Rechtsprechung, Gesetze und Literaturnachweise von juris**

Mehr Informationen unter: [www.juris.de/pmstrassenverkehrsrecht](http://www.juris.de/pmstrassenverkehrsrecht)



ab 49,00 €/Monat

zzgl. MwSt.

# juris Allianz

Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.