

Juris[®] Die Monatszeitschrift

JM 6 | Juni 2019

Topthema:

Die Abschiebung terroristischer Gefährder

RiBVerwG a.D. Prof. Dr. Harald Dörig

Interview:

Die Gewaltenteilung funktioniert

Präs'inOVG Dr. Ricarda Brandts

In dieser Ausgabe:

Update Patientenverfügung – Durchsetzung des autonomen Patientenwillens aus medizinisch-juristischer Sicht

Dir. d. AG Bernd Klasen und Chefärztin Christine Klasen

Vorläufiger Rechtsschutz im finanzgerichtlichen Verfahren bei ernstlichen Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit von Steuergesetzen

RiBFH Dr. Bert Füssenich

Gefängnis und Gefangenschaft aus literarischer Sicht: ein Streifzug

RA Prof. Dr. Guido Britz





juris PartnerModul

Straßenverkehrsrecht

Jetzt noch mehr
Fachliteratur enthalten!

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

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

Dank des juris PartnerModules 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. Mit unverzichtbaren Arbeitshilfen wie den Schmerzensgeldbeträgen und den AnwaltFormularen sparen Sie wertvolle Zeit. 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/Zwickel
- 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



ab **59,00 €**/Monat

zzgl. MwSt.

juris Allianz

Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Zivil- und Wirtschaftsrecht

Update Patientenverfügung – Durchsetzung des autonomen Patientenwillens aus medizinisch-juristischer Sicht

Dir. d. AG Bernd Klasen und
Chefärztin Christine Klasen

S. 222

Mangelhafte Mietwohnung trotz Einhaltung der bei Errichtung des Gebäudes geltenden Normen wegen Schimmelgefahr?

BGH, Urt. v. 05.12.2018 - VIII ZR 271/17

Dr. Jutta Hartmann

S. 227

Anrechnung von fiktivem Vermögen bei der Verfahrenskostenhilfe

BGH, Beschl. v. 20.06.2018 - XII ZB 636/17

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

S. 230

Unwirksamkeit einer Laufzeit von sechs Jahren beim Fernüberwachungsvertrag

BGH, Urt. v. 15.03.2018 - III ZR 126/17

RiLG Dr. Christoph Kretschmer,

z. Zt. Wiss. Mit. beim BGH

S. 233

Sozialrecht

Sozialrechtliche Beratungspflichten und Amtshaftung

BGH, Urt. v. 02.08.2018 - III ZR 466/16

VPräsBSG Prof. Dr. Thomas Voelzke

S. 236

Topthema:

Verwaltungsrecht

Die Abschiebung terroristischer Gefährder

RiBVerwG a.D. Prof. Dr. Harald Dörig

S. 238

Keine Befristung der Akkreditierung von Konformitätsbewertungsstellen

BVerwG, Urt. v. 19.09.2018 - 8 C 6/17

Ri'inBVerwG Dr. Susanne Rublack

S. 244

INHALT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Steuerrecht

Vorläufiger Rechtsschutz im finanzgerichtlichen Verfahren bei ernstlichen Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit von Steuergesetzen

RiBFH Dr. Bert Füssenich

S. 247

Der doppelte Präsident

BFH, Urt. v. 14.03.2019 - V B 34/17

RiBFH Dr. Nils Trossen

S. 251

Strafrecht

Gefängnis und Gefangenschaft aus literarischer Sicht: ein Streifzug

RA Prof. Dr. Guido Britz

S. 254

INTERVIEW

Die Gewaltenteilung funktioniert

Interview mit:

Präs'inOVG Dr. Ricarda Brandts

S. 261

Terroristische Gefährder – eine Gefahr auch für den Rechtsstaat?



Prof. Dr. Thomas Voelzke
Vizepräsident des Bundessozialgerichts

Mit dem Topthema dieses Hefts widmet sich die jM einer Problematik, die seit „Nine-Eleven“ in Wellen immer wieder die öffentliche Diskussion beherrscht. Für ein Wiedererstarken der Diskussionen um Handlungsoptionen des Staates sorgte jüngst die furchtbare Anschlagserie mit über 250 Opfern in Sri Lanka. Der Umgang mit mutmaßlichen Terroristen wird durch das Spannungsverhältnis von Rechtsstaatlichkeit und berechtigten Sicherheitsinteressen geprägt. Von der mit dem § 58a Aufenthaltsgesetz bereits im Jahr 2005 installierten Handlungsmöglichkeit, die eine Abschiebungsanordnung von nicht-deutschen Gefährdern bereits im Vorfeld einer konkretisierten Anschlagplanung eröffnet, wird von den Behörden erst seit 2017 tatsächlich Gebrauch gemacht. Dies wirft die naheliegende Frage auf, ob etwa der entsetzliche Weihnachtsmarkt-Anschlag des Berliner Attentäters Anis Amri durch eine konsequente Anwendung der Regelung hätte verhindert werden können.

Die theoretischen Grundlagen und ersten praktischen Erfahrungen mit dem Verfahren nach § 58a Aufenthaltsgesetz bei der Abschiebung terroristischer Gefährder werden von Prof. Dr. Harald Dörig sachkundig erläutert und bewertet. Die von ihm exemplarisch geschilderten Gefährderprofile machen deutlich, dass unter Berücksichtigung der Überprüfungsmöglichkeit der Abschiebungsanordnung durch das Bundesverwaltungsgericht ein rechtsstaatlich unbe-

denkliches Verfahren vorgehalten wird, das auch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügt. Gleichwohl handelt es sich zweifellos nicht um ein Allheilmittel, sondern lediglich um einen kleinen, aber wirkungsvollen Baustein bei der Abwehr terroristischer Gefahren.

Thematisch hiermit verwandt sind Fragestellungen, die sich in der Nachschau zur juristischen und politischen Auseinandersetzung um die Abschiebung bzw. Rückholung von Sami A. ergeben haben. Ich habe diese Themen im Interview mit Dr. Ricarda Brandts, Präsidentin des Verfassungsgerichtshofs und des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen, erörtert. Ricarda Brandts war bekanntlich im Fall des rechtswidrig abgeschobenen Sami A. mit wohlabgewogenen Aussagen zum Umgang der Behörden mit den Gerichten an die Öffentlichkeit getreten und hatte sich mit bewundernswerter Klarheit vor ihre Richter gestellt. Über diese Fragestellung hinaus werden in dem Interview eine Reihe weiterer Themen – etwa die Möglichkeiten der Gewinnung qualifizierten juristischen Nachwuchses für die Justiz oder der Umgang der Justiz mit einem „Shitstorm“ in den sozialen Medien – angesprochen.

Aus dem Angebot an den in diesem Heft der jM enthaltenen Entscheidungsanmerkungen möchte ich Sie besonders auf die Ausführungen von Dr. Nils Trossen zum „doppelten Präsidenten“ des Oberverwaltungsgerichts und des Finanzgerichts Mecklenburg-Vorpommern hinweisen. Die zugrundeliegende Entscheidung des V. Senats des BFH zu möglichen Verfahrensfehlern im Zusammenhang mit der Personalunion im Präsidentenamt sind nicht nur für die Justizverwaltungen kleinerer Bundesländer von Interesse. Denn aus der Entscheidung sind über die konkrete Fallgestaltung hinausgehende Erkenntnisse für die Anforderung an Geschäftsverteilungspläne abzuleiten.

Abschließend noch ein Hinweis auf den Beitrag von Prof. Dr. Guido Britz, der die Öffnung der jM für Themen veranschaulicht, die über juristische Erörterungen im engeren Sinne hinausgehen. Aus seinem kurzweiligen Streifzug durch „Gefängnis und Gefangenschaft aus literarischer Sicht“ ergeben sich zahlreiche Hinweise, die einerseits Lust auf die Lektüre der vorgestellten Werke machen und andererseits Anregungen für rechtstheoretische und rechtsphilosophische Überlegungen bieten.

Im Namen aller Herausgeber und Experten wünsche ich Ihnen eine anregende Lektüre,

Thomas Voelzke

Update Patientenverfügung – Durchsetzung des autonomen Patientenwillens aus medizinisch-juristischer Sicht

Dir. d. AG Bernd Klasen und Chefärztin Christine Klasen

A. Ausgangslage

Unter dem Titel „Selbstbestimmung durch Patientenverfügung? Oder: ... und sie wissen nicht was sie tun“ haben die Autoren aus ihrer medizinischen und juristischen Perspektive erstmals im Jahr 2016 „Fluch und Segen“ einer Patientenverfügung in der jM beleuchtet.¹ Seitdem hat sich sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Medizin einiges getan, was die Autoren im Hinblick auf die Dynamik des Themas und die weitreichenden Folgen für die betroffenen Menschen zu einer weitergehenden Betrachtung bis hin zur Neubetrachtung veranlasst.

B. Neuere Rechtsprechung des BGH

Mit Beschluss vom 06.07.2016² hat der 12. Zivilsenat Veranlassung zu erheblicher Diskussion hinsichtlich der Frage einer wirksamen Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung gegeben. Im Kontext der Berechtigung einer Kontrollbetreuung hat sich der BGH eingehend mit dem Schriftformerfordernis des § 126 BGB als Wirksamkeitsvoraussetzung einer Einwilligung nach § 1904 BGB tragenden Vorsorgevollmacht auseinandergesetzt. Demnach muss der Text der Vollmacht hinreichend klar umschreiben, dass sich die Entscheidungskompetenz des Bevollmächtigten auf die in dem Gesetz genannten ärztlichen Maßnahmen sowie darauf bezieht, diese zu unterlassen oder am Betroffenen vornehmen zu lassen. Hierzu muss aus der Vollmacht auch deutlich werden, dass die jeweilige Entscheidung mit der begründeten Gefahr des Todes oder eines schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schadens verbunden sein kann. Zur Begründung wird auf die Warnfunktion des Schriftformerfordernisses aber auch auf Gesichtspunkte der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit abgestellt.

Bezüglich der Wirksamkeit einer Patientenverfügung hat der BGH ausgeführt, dass eine unmittelbare Bindungswirkung einer Patientenverfügung nur dann eintritt, wenn ihr konkrete Entscheidungen des Betroffenen über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in bestimmte, noch nicht unmittelbar bevorstehende ärztliche Maßnahmen entnommen werden können. Allgemeine Anweisungen, wie die Aufforderung, „ein würdevolles Sterben“ zu ermöglichen

oder zuzulassen, wenn ein Therapieerfolg nicht mehr zu erwarten ist, reichen nicht aus. Auch genüge eine Formulierung, der Patient wünsche „keine lebenserhaltenden Maßnahmen“, jedenfalls für sich genommen nicht dem Bestimmtheitserfordernis. Vielmehr müsse die Konkretisierung durch die Benennung bestimmter ärztlicher Maßnahmen oder die Bezugnahme auf ausreichend spezifizierte Krankheiten oder Behandlungssituationen erfolgen.

Diese Rechtsprechung wird fortgeführt und konkretisiert in dem Beschluss des BGH vom 08.02.2017³ (XII ZB 604/15). Danach genügt eine Patientenverfügung dem Bestimmtheitsgrundsatz, wenn sie einerseits konkret die Behandlungssituation beschreibt, in der die Verfügung gelten soll, und andererseits die ärztlichen Maßnahmen genau bezeichnet, in die der Ersteller einwilligt oder die er untersagt, etwa durch Angaben zur Schmerz- und Symptombehandlung, künstlichen Ernährung und Flüssigkeitszufuhr, Wiederbelebung, künstlichen Beatmung, Antibiotikagabe oder Dialyse.

Diese Rechtsprechung wird wiederum fortgeschrieben in dem Beschluss des BGH vom 14.11.2018,⁴ welcher den zu der Entscheidung vom 08.02.2017 identischen Fall betrifft. Danach genügt auch keine allgemeine Anweisung, wie die Aufforderung, „ein würdevolles Sterben zu ermöglichen oder zuzulassen“. Hier wie auch bereits in der Entscheidung aus dem Jahr 2016 hat der BGH ausgeführt, dass bei alldem keine überzogenen Anforderungen zu stellen sind, insbesondere der Betroffene nicht beim Abfassen der Patientenverfügung seine eigene Biografie voraussehen und die zukünftigen Fortschritte in der Medizin vorwegnehmend berücksichtigen muss.

Die mit Blick auf die Wertigkeit des Rechtsguts Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) in der Sache zu Recht angelegten – hohen – Maßstäbe des BGH machen den ohnehin schon anspruchsvollen Umgang der Mediziner mit einer Vorsorgevollmacht, insbesondere aber mit einer Patientenverfügung nicht gerade einfacher.

1 Klasen/Klasen, jM 2016, 227 ff.

2 BGH, Beschl. v. 06.07.2016 - XII ZB 61/16; siehe hierzu auch Breidenstein, jM 2017, 102 ff.

3 BGH, Beschl. v. 08.02.2017 - XII ZB 604/15.

4 BGH, Beschl. v. 14.11.2018 - XII ZB 107/18.

C. Bedeutung der Patientenverfügung im ärztlichen Alltag

Wie aber sieht bei dieser Rechtslage der ärztliche Alltag aus? Aufschlussreich erscheint insoweit eine im Jahr 2017 veröffentlichte Studie des Universitätsklinikums Hamburg-Eppendorf.⁵ In einer monozentrischen Querschnittsstudie sind 1.004 Intensivpatienten befragt worden, wobei 51,3 % der Patienten angaben, mindestens eine Vorsorgevollmacht oder Patientenverfügung verfasst zu haben. Von diesen gaben wiederum 39,6 % an, diese Dokumente im Krankenhaus auch abgegeben zu haben, wobei nur 23 % hiervon auch tatsächlich zur Krankenakte gelangt sind. Hiervon waren wiederum 39,8 % der abgegebenen Vorsorgevollmachten und 44,1 % der abgegebenen Patientenverfügungen schwer interpretierbar, weil die Vordrucke fehlerhaft ausgefüllt worden waren.

Da als Entscheidungsgrundlage regelmäßig nur die auch tatsächlich vorliegenden Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen in Betracht kommen, erscheint dieses Ergebnis sehr ernüchternd. Bei Lichte betrachtet läuft dies nämlich darauf hinaus, dass nur für unter 10 % der Patienten eine selbstbestimmte Vorsorge zum Tragen kommen kann.

Auch wenn der Erfassungszeitraum der vorgenannten Studie im Zeitraum 01.11.2013 bis 31.07.2014 lag, hat sich nach der Wahrnehmung der Autoren insoweit zwischenzeitlich nichts zum Guten gewendet. Selbst wenn möglicherweise die Anzahl von Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen absolut betrachtet zugenommen haben mag, führt doch die vorstehend genannte Rechtsprechung des BGH nach der Überzeugung der Autoren dazu, dass im Hinblick auf die Formerfordernisse unter besonderer Berücksichtigung des Bestimmtheitsgrundsatzes eine Vielzahl der vorgelegten Dokumente für die zu treffenden Entscheidungen nicht tragfähig sind.

Erschwert wird das Ganze auch dadurch, dass im Bemühen um eine Konkretisierung so viele „Wenns“ und „Abers“ in die Formulierungen eingebaut werden, dass nur noch in den seltensten Fällen eine passgenaue Patientenverfügung vorliegt. Noch viel weniger werden die Patientenverfügungen von dem tatsächlich freien Willen des Patienten getragen. Die Autoren hören von vielen Menschen, dass sie „alles geregelt haben“. Erfolgt hierzu eine Nachfrage, ist manchmal nicht einmal klar, ob eine Vorsorgevollmacht oder Patientenverfügung oder beides „geregelt worden“ ist. Noch viel weniger ist den allermeisten Menschen bewusst, mit welchem Inhalt sie entsprechende Dokumente errichtet haben.

D. Notfallplan

Dem Rechnung tragend hat die Autorin in der von ihr geleiteten Geriatrischen Reha-Klinik in einem Projekt gute Er-

fahrungen mit der Erstellung eines Notfallplans zum Zeitpunkt der Aufnahme in die Klinik gemacht. Standardmäßig werden zeitnah zu der Aufnahme in die Klinik durch die Chefärztin oder Oberärztin Gespräche mit den Patienten (Altersdurchschnitt 84 Jahre) geführt, die darauf hinauslaufen, zu erfahren, ob und wenn ja mit welcher Intensität intensivmedizinische Maßnahmen im Fall eines Herz-Kreislauf-Stillstands während des Klinikaufenthaltes gewünscht werden. In jedem Fall werden diese Gespräche mit dem Patienten selbst, bei fehlender Einwilligungsfähigkeit aber auch mit seinem rechtlichen Vertreter geführt. Dabei ergeben sich erstaunliche Ergebnisse: 35 % aller Patienten wünschen, dass eine Reanimation durchgeführt wird (inklusive Beatmung und Aufenthalt auf einer Intensivstation), 46 % lehnen wiederbelebende Maßnahmen trotz Aufklärung, dass sie ohne diese versterben werden, ab. Von diesen wiederum lehnt die Hälfte jegliche intensivmedizinischen Maßnahmen ab. Die andere Hälfte wäre mit einer Verlegung auf eine Intensivstation noch einverstanden, teils auch mit Beatmung. Bei den verbleibenden 19 % war eine klare Aussage nicht möglich, teils weil bei fehlender Einwilligungsfähigkeit die rechtlichen Vertreter zur Befragung nicht zur Verfügung standen, teils aber auch, weil schlicht und ergreifend eine Beschäftigung mit solchen Themen nicht gewünscht wurde (4 % aller Patienten).

Ein solcher Notfallplan bietet ggf. in Ergänzung zu einer vorliegenden Patientenverfügung erhebliche Vorteile: Zusammengefasst auf einer Seite lässt sich ohne viele „Wenns“ und „Abers“ für die konkrete Lebens- und Behandlungssituation quasi auf den ersten Blick der aktuelle Patientenwille erfassen. Dies ist auch in einer hektischen Notfallsituation noch möglich. Wird in einem solchen Notfallplan festgehalten, dass keine oder bestimmte intensivmedizinische Maßnahmen mehr gewünscht werden, vermeidet dies eine nicht gewollte Verlegung auf eine Intensivstation. Das Risiko eines solchen Notfallplans liegt dabei auf der Hand. In der komprimierten und damit möglicherweise verkürzten Darstellung des Patientenwillens könnte die Gefahr gesehen werden, dass der wahre Patientenwille verkannt wird. Aus diesem Grunde ist an die Führung des Patientengesprächs und an die Dokumentation mit äußerster Sorgfalt heranzugehen, weshalb in der Klinik der Autorin diese Gespräche auf Chef- bzw. Oberarztbene angesiedelt sind.

In rechtlicher Hinsicht mag man sich fragen, ob es überhaupt eine Legitimation für solch einen Notfallplan gibt. Anders als bei der Patientenverfügung findet sich hierzu nämlich keine gesetzliche Regelung. Allerdings hat der rechtliche Vertreter

5 De Heer/Saugel/Sensen/Rübsteck/Pinnschmidt/Kluge, Deutsches Ärzteblatt 2017, 363 ff.

in dem Bemühen, dem autonomen Willen des Vertretenen Geltung zu verschaffen, zu erforschen, ob die etwa in der Patientenverfügung einmal getroffene Entscheidung noch dem Willen des Betroffenen entspricht und ob diese Entscheidung auf die konkrete Lebens- und Behandlungssituation zutrifft.⁶ An dieser Stelle kann der Dialog mit dem Patienten in der konkreten Behandlungssituation (im Fall der Autorin bei Aufnahme in eine geriatrische RehaMaßnahme) für diese erforderlichen Feststellungen äußerst dienlich sein.⁷ So dient die aktuelle Auseinandersetzung des Patienten bzw. seines rechtlichen Vertreters mit der Behandlungssituation und dem aktuellen Willen bereits der Klärung; die schriftliche Fixierung des gefundenen Ergebnisses dient der Handlungssicherheit und damit der Rechtssicherheit. Dies gilt umso mehr, als die medizinische Praxis regelmäßig belegt, dass es einen Unterschied machen kann, ob Menschen in gesunden Tagen und ohne die Erfahrung einer ernsthaften Erkrankung Vorstellungen über die Behandlung in bestimmten Situationen äußern oder ob sie in der existenziellen Betroffenheit durch eine schwere unheilbare Krankheit gefordert sind, über eine Behandlung zu entscheiden.⁸ Bewährt hat sich in diesem Zusammenhang die konkrete Frage, was an medizinischer Maßnahme gewünscht wird, wenn „heute Nacht“ ein Herz-Kreislaufstillstand eintreten sollte. So gesehen stellt ein Notfallplan eine sinnvolle Ergänzung zu einer Patientenverfügung dar.

E. Antizipierte Einwilligungserklärungen bei freiheitsentziehenden Maßnahmen

Freiheitsentziehende Maßnahmen wie Bettgitter, Stecktisch, Bauchgurt oder die Fixierung einzelner oder mehrerer Körperteile bis hin zur 5- oder 7-Punkt-Fixierung bedürfen gem. § 1906 Abs. 1, 4 BGB der betreuungsgerichtlichen Genehmigung. Im Grundsatz ist der Patient vor dieser Genehmigung richterlich anzuhören. Dabei nimmt sich der Autor in sehr vielen Fällen als erheblicher Störfaktor im klinischen Alltag sowohl für den betroffenen Menschen selbst als auch für Ärzte und Pflegepersonal wahr. Während Letzteres mit Blick auf die richterliche Kontrollfunktion im Bereich der Freiheitsentziehung sicherlich hinnehmbar wäre, so darf doch das Recht, das eigentlich für die Menschen da sein soll, diese nicht noch in ihrer ohnehin schon krankheitsbedingt belasteten Situation noch darüber hinaus beschweren. Bei dieser Ausgangslage stellt sich regelmäßig die Frage, ob der bei Aufnahme in die Klinik noch einwilligungsfähige Patient, etwa bei Aufnahme zur Durchführung einer elektiven Operation, für den Fall seiner postoperativen Einwilligungsunfähigkeit bereits bei Aufnahme in die Klinik in im Verlauf dann eventuell erforderlich werdende freiheitsentziehende Maßnahmen im bestimmten Umfang einwilligen kann.

Dass eine solche Einwilligung nicht wirksam in Form einer Vorsorgevollmacht erklärt werden kann, hat das BVerfG bereits im Jahr 2015 entschieden.⁹ Begründet hat es diese Entscheidung mit Hinweis auf staatliche Schutzpflichten, die es erforderlich machten, Zulässigkeit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Einwilligung etwa des Bevollmächtigten in derartige Freiheitsbeschränkungen unter ein gerichtliches Genehmigungsfordernis zu stellen.

In der vorstehend dargestellten Situation stellt sich indessen die Lage völlig anders dar. Wäre der etwa sturzgefährdete Patient postoperativ noch einwilligungsfähig, stünde es völlig außer Frage, dass es keiner betreuungsgerichtlichen Genehmigung für bspw. das Hochstellen der Bettgitter bedarf.¹⁰ Es vermag daher auch unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit nicht wirklich einzuleuchten, dass der Patient in Kenntnis seiner aktuellen Lebens- und Behandlungssituation für die in Kürze und möglicherweise konkret anstehenden freiheitsentziehenden Maßnahmen nicht ohne richterliche Kontrolle entscheiden können soll. Einen gravierenden Unterschied zur Vorsorgevollmacht sehen die Autoren auch darin, dass in der vorstehend skizzierten Behandlungssituation der Patient selbst und unmittelbar entscheidet, während im Anwendungsfall der Vorsorgevollmacht ein anderer, nämlich der Vertreter, zur Entscheidung berufen ist. In diesem Fall vermag man die gerichtliche Kontrolle durchaus nachzuvollziehen.

F. Freiheitsentziehende Maßnahmen im Lichte der Entscheidung des BVerfG vom 24.07.2018

Das BVerfG hat in dem vorgenannten Urteil¹¹ für den Bereich der öffentlich-rechtlichen Unterbringung entschieden, dass die damalige bayerische gesetzliche Regelung zur öffentlichen Unterbringung keine hinreichende gesetzliche Grundlage für freiheitsentziehende Maßnahmen ist. Zugleich hat das BVerfG festgestellt, dass das Urteil des OLG München, mit welchem die Abweisung der Schadensersatzklage des Betroffenen wegen aus seiner Sicht rechtswidriger Fixierung bestätigt worden ist, den Betroffenen in seinen Grundrechten verletzt. Im Ergebnis hat das BVerfG darüber hinaus auch die baden-württembergische Rege-

6 Vgl. BGH, Beschl. v. 06.07.2016 - XII ZB 61/16.

7 Vgl. BT-Drs. 16/8442, S. 14 f.

8 Bundesärztekammer/Zentrale Ethikkommission bei der Bundesärztekammer, Hinweise und Empfehlungen zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügungen im ärztlichen Alltag (Stand 25.10.2018), Deutsches Ärzteblatt 2018, 1988, 1990.

9 BVerfG, Beschl. v. 10.06.2015 - 2 BvR 1967/12.

10 Vgl. statt vieler Schwab in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2017, § 1906 Rn. 18.

11 BVerfG, Urt. v. 24.07.2018 - 2 BvR 309/15, 2 BvR 502/16.

lung zu freiheitsentziehenden Maßnahmen im Bereich der öffentlich-rechtlichen Unterbringung beanstandet.

Damit hat es allerdings nicht sein Bewenden. Sowohl in Rechtsprechung als auch Literatur wird seit der Entscheidung des BVerfG intensiv diskutiert.¹² Soweit die Autoren es überblicken, geht die ganz h.M. davon aus, dass die Entscheidung des BVerfG nicht nur für den Bereich der öffentlich-rechtlichen Unterbringung, sondern auch für privatrechtliche unterbringungsähnliche Maßnahmen i.S.v. § 1906 Abs. 1, 4 BGB Geltung beansprucht. Darüber hinaus wird ganz überwiegend vertreten, dass die Entscheidung sich auch auf Fixierungsmaßnahmen im Strafvollzug auswirkt.¹³

So hat nämlich das BVerfG Grundsätze aufgestellt, die für freiheitsentziehende Maßnahmen gelten sollen, wobei es mit Blick auf die Begründung des BVerfG unerheblich sein dürfte, ob diese unterbringungsähnlichen Maßnahmen im Kontext der öffentlich-rechtlichen, der privatrechtlichen Unterbringung oder des Freiheitsentzugs im Strafvollzug erfolgen.

Demnach ist jedenfalls der gravierende Eingriff in das Freiheitsrecht des Betroffenen durch eine sog. 5-Punkt-Fixierung oder eine 7-Punkt-Fixierung nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur als Ultima Ratio und nur unter den nachfolgenden Bedingungen zulässig: Zunächst bedarf es jedenfalls dann, wenn es sich nicht nur um eine ganz kurzfristige freiheitsentziehende Maßnahme, die das BVerfG mit der Dauer von weniger als einer halben Stunde festlegt, einer richterlichen Entscheidung. Der Richtervorbehalt wird an dieser Stelle also sehr deutlich gestärkt. Auch bedarf es grds. einer vorherigen richterlichen Anhörung, wobei in jedem Fall ein Verfahrenspfleger zu bestellen ist und die freiheitsentziehende Maßnahme nur auf ärztliche Anordnung und in ärztlicher Verantwortung erfolgen darf. Darüber hinaus ist nach der Beendigung der Maßnahme eine Belehrung über die Möglichkeit nachfolgenden Rechtsschutzes erforderlich. Schließlich verlangt das BVerfG in diesen Fällen eine 1 zu 1-Betreuung des Betroffenen.

Gerade die zuletzt genannte Anforderung an die Rechtmäßigkeit einer 5-Punkt- bzw. 7-Punkt-Fixierung bereitet in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten. In den allermeisten Fällen ist bei einer 1 zu 1-Betreuung des Betroffenen, i.d.R. durch eine Sitzwache am Krankenbett, eine Fixierung nicht mehr erforderlich. So kann sicherlich im Wege einer Sitzwache auf einer Intensivstation verhindert werden, dass der Patient unbeaufsichtigt und selbstgefährdend das Bett verlässt oder sich die lebenswichtigen Zugänge zieht. Bei dieser Betrachtungsweise bleibt für die 5-Punkt- bzw. 7-Punkt-Fixierung nur dort Raum, wo eine durch eine Sitzwache nicht zu bewältigende Aggression des Patienten vorliegt. Während es im Strafvollzug nach der Erfahrung des Autors nie ein Thema

war, dass der fixierte Gefangene 1 zu 1 betreut werden muss, begegnet den Autoren bei dieser Anforderung in der medizinischen Praxis nur ratloses Kopfschütteln. In Zeiten extremer Knappheit an Pflegekräften ist es selbst auf Intensivstationen von Krankenhäusern der Maximalversorgung eine Utopie, von einer 1 zu 1-Betreuung auszugehen. So musste der Autor kürzlich die Erfahrung machen, dass in einem solchen Krankenhaus der Maximalversorgung schon erhebliche Anstrengungen erforderlich sind, um die selbst auferlegte 2 zu 1-Betreuung zu gewährleisten. Versagen die Betreuungsgremien mit Blick auf das Erfordernis der 1 zu 1-Betreuung des BVerfG in diesen Fällen die betreuungsgerichtliche Genehmigung der Fixierungsmaßnahmen, geben sie sowohl dem Patienten als auch den Ärzten und Pflegekräften „Steine statt Brot“. Geht man einmal von einem deliranten und aggressiven Intensivpatienten aus, so dürfte in diesem Fall mangels einer 1 zu 1-Betreuung eine Genehmigung der Fixierungsmaßnahmen nicht erfolgen. Folglich dürfte diese von den Ärzten und Pflegekräften auch nicht angewendet werden. Sicherlich steht es außer Streit, dass sich die mit der Pflege befassten Menschen zu ihrem eigenen Schutz nicht von den Patienten schlagen lassen müssen. Kommt es zu einer derartigen Eskalation mangels der eigentlich in der Sache erforderlichen Fixierung, führt dies sicherlich in den strafrechtlichen Bereich der Notwehr oder Nothilfe (§ 32 Abs. 1, 2 StGB). Es bedarf wenig an Fantasie, um sich auszumalen, dass diese Lösung für keinen der Beteiligten eine sachgerechte und gute Lösung sein kann. Erst recht genügt eine solche Lösung nicht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der Ausgangspunkt aller Überlegungen des BVerfG gewesen ist. Dass das BVerfG von dem Erfordernis der 1 zu 1-Betreuung abweicht, halten die Autoren mit Blick darauf, dass es in der Entscheidung ausdrücklich die Personalknappheit der Krankenhäuser angesprochen hat, für eher unwahrscheinlich.

Bei dieser Sach- und Rechtslage ist es aus Sicht der Autoren im besonderen Maße gerechtfertigt, über Alternativen zu dem richterlichen Genehmigungserfordernis nachzudenken. Eine könnte sein, bei der elektiven Aufnahme in ein Krankenhaus im Rahmen der Aufnahmeuntersuchung zu erfragen, ob in möglicherweise absehbaren und bevorstehenden Situationen in ganz konkrete Fixierungsmaßnahmen antizipiert eingewilligt wird.

G. Organspende

Bisweilen stellt sich am Ende des Lebens die Frage nach einer Organspende. Da es in dieser Situation anders als bei der Lebendspende um die Entnahme von Organen nach

¹² Vgl. Brilla/Lust, jM 2019, 27 ff.

¹³ Vgl. Moll-Vogel, FamRB 2018, 403, 404.

Eintritt des Hirntodes geht, ist der rechtliche Betreuer bei zutreffender Betrachtung zu dieser Entscheidung nicht (mehr) berufen. Die rechtliche Betreuung endet mit dem Tode des Betreuten.¹⁴ Anders sieht es bei der Vorsorgevollmacht aus. Diese kann auch über den Tod hinaus und damit auch für die Entscheidung über eine Organspende erteilt werden.¹⁵ Demnach gilt grds. § 3 Transplantationsgesetz (TPG). Danach ist nach derzeit noch geltender Rechtslage die Organentnahme grds. nur bei Einwilligung des Organ- oder Gewebespenders zulässig. Typischerweise ist hiervon bei einer entsprechenden Erklärung in einem Organspendeausweis, oder aber einer Regelung in einer Vorsorgevollmacht oder Patientenverfügung auszugehen (§ 4 Abs. 3 TPG). Hilfsweise kann auch unter den in § 4 TPG näher bezeichneten Voraussetzungen die Zustimmung des nächsten Angehörigen erforderlich und ausreichend sein.

In medizinischer Hinsicht kollidiert bisweilen die grundsätzliche Zustimmung zur Organspende mit einer Regelung in einer Patientenverfügung, in welcher konkret und bestimmt lebenserhaltende Maßnahmen abgelehnt werden. Eine Organentnahme mit dem Ziel einer Organspende ist nämlich nur dann möglich, wenn die Herz-Kreislauf-Funktion des Organspenders bis zur Entnahme des Organs noch durch (einwilligungsbedürftige) intensivmedizinische Maßnahmen aufrechterhalten bleibt. Eine Kollision entsprechender Anordnungen lässt sich in der Praxis leicht dadurch vermeiden, dass eine Priorisierung der Anordnungen getroffen wird. So kann bspw. angeordnet werden, dass zum Zwecke der Organentnahme intensivmedizinische Maßnahmen zulässig sein sollen, die im Übrigen abgelehnt werden.¹⁶

Diese derzeit in der Praxis taugliche und bewährte Lösung muss überdacht werden, wenn das Recht der Organspende neu geregelt wird. Derzeit ist (mal wieder) in der Diskussion, ob nicht die (doppelte) Widerspruchslösung mit Blick auf die stets fehlenden Spenderorgane, die bessere Lösung ist.¹⁷ Nach diesem Modell ist jeder ein potenzieller Organspender, der nicht ausdrücklich widersprochen hat. Auch sollten die Angehörigen noch im Sinne des Verstorbenen widersprechen können. Tritt eine solche gesetzliche Regelung in Kraft, liegt es nahe, dass Regelungen in einer Patientenverfügung, wonach unter bestimmten Voraussetzungen intensivmedizinische Maßnahmen nicht mehr gewünscht werden, mit der gesetzlichen Anordnung, mangels Widerspruch Organspender zu sein, kollidieren können. Möglicherweise wäre an dieser Stelle bei Einführung der Widerspruchslösung eine entsprechende Regelung des Gesetzgebers erforderlich und sinnvoll.

Zwar dürfte mit Blick auf den gesicherten Hirntod vor der Organentnahme davon auszugehen sein, dass der Organspender bei der Organentnahme keine Schmerzen erleidet.

Allerdings ermöglichen es die peripheren Sensoren im Rückenmark, dass noch ein Puls- und Blutdruckanstieg ebenso wie eine unkoordinierte Bewegung von Gliedmaßen möglich sind. Um dies zu vermeiden, kann erwogen werden, in einer Patientenverfügung anzuordnen, dass eine Organentnahme nur unter Vollnarkose erfolgen darf.¹⁸

H. Palliative Sedierung und höchstpersönliche Einwilligung?

Manche Patienten verlangen geradezu lebensmüde nach der „erlösenden Spritze“. In Fällen unerträglichen Leidens an den Grenzen palliativmedizinischer Möglichkeiten erscheint es den Autoren hilfreich und tröstend zugleich, dem Patienten über eine narkoseartige Sedierung eine „Auszeit“ in Form eines tiefen Schlafens zu geben. Oft wird zuvor festgelegt, wie lange der Schlaf erfolgen soll. Nach einer Auszeit von bspw. 24 oder 48 Stunden gibt es manchmal wieder neue Hoffnung und den Wunsch weiterzuleben. Diese medizinische Maßnahme ist natürlich nicht ohne Risiken, sie kann bis hin zum Tode führen, der in diesen Fällen ohnehin unmittelbar bevorsteht. In rechtlicher Hinsicht bedarf es deshalb einer hinreichenden Aufklärung und einer wirksamen Einwilligung (§§ 630d, e BGB).

Nun wird (vereinzelt) die Auffassung vertreten, dass nur der Patient selbst und nicht seine rechtlichen Vertreter in eine palliative Sedierung einwilligen könnten. Auch sei eine palliative Sedierung einer Regelung in einer Patientenverfügung nicht zugänglich. Zur Begründung wird ausgeführt, dass im Gegensatz zu sedierenden Maßnahmen am Lebensende es unmöglich und ethisch nicht zulässig sei, das für die palliative Sedierung erforderliche Kriterium des unerträglichen Leids einem nicht einwilligungsfähigen Patienten von „außen zuzuschreiben“.¹⁹

Das sehen die Autoren anders. Die Frage der wirksamen Einwilligung und damit der Rechtmäßigkeit der medizinischen Maßnahme ist explizit im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelt. Parallelregelungen außerhalb der Rechtsordnung mit Schlagworten wie „Unmöglichkeit“ und „ethisch unzulässig“ werden nicht gebraucht und sind, wenn es einmal etwa im Rahmen eines Arzthaftungsprozesses „Spitz auf

14 Roth in: Ermann, BGB, 15. Aufl. 2017, § 1896 Rn. 17.

15 Bienwald in: Staudinger, BGB, 2017, § 1904 Rn. 68.

16 Vgl. Bundesärztekammer, Arbeitspapier zum Verhältnis von Patientenverfügung und Organspendeerklärung, Deutsches Ärzteblatt 2013, 110.

17 www.bundesgesundheitsministeriums.de/presse/reden/organspenden-debatte.html (zuletzt abgerufen am 29.04.2019).

18 Vgl. www.transplantationszentrum-freiburg.de/files/Organentnahme.pdf (zuletzt abgerufen am 29.04.2019).

19 Prönneke, Klinikarzt 2018, 366, 368.

Knopf“ kommen sollte, nicht tragfähig. Würde man dem einwilligungsunfähigen Patienten die Möglichkeit der palliativen Sedierung mit der vorstehend dargestellten Meinung versagen, würde man den Anwendungsbereich der palliativen Sedierung zu Unrecht stark eingrenzen. Die Autoren sind demnach der Meinung, dass die Frage einer palliativen Sedierung nicht nur einer Patientenverfügung zugänglich ist, sondern dort auch geregelt werden sollte.

I. Antizipierte Erklärungen zu Datenschutz und technischer Assistenz

Digitalisierung (hier auch Digitalisierung der Pflege) und demografischer Wandel sind Schlagwörter unserer Zeit. In Zeiten, in denen Pflegekräfte rar gesät sind und in denen die Technik auch mit Bezug zur Pflege rasant voranschreitet, stellt sich die Frage, wie und in welchem rechtlichen Rahmen diese Technik segensreich für den Menschen eingesetzt werden kann. Neben der Frage der Verlässlichkeit der eingesetzten Technik spielen Fragen des Datenschutzes eine überragende Rolle. Während noch in jüngster Vergangenheit weglaufgefährdete Bewohner eines Seniorenheims auf der Grundlage von § 1906 Abs. 1 BGB zu ihrem eigenen Schutz geschlossen untergebracht worden sind, lässt sich heute unter Einsatz eines sog. GPS-Trackers solch eine massiv in das Freiheitsgrundrecht eingreifende Maßnahme manchmal vermeiden. Kehrt der Bewohner nicht zum vereinbarten Zeitpunkt in die Einrichtung zurück, kann er mithilfe eines Smartphones geortet und bei Bedarf zur Vermeidung einer Gefährdung zurückgebracht werden. Auch gibt es mittlerweile seniorengerechte Wohnmodelle mit Alarmtechnik bis hin zu Inaktivitäts-Trackern, die es dem älteren Menschen ermöglichen, viel länger als bisher selbstbestimmt im häuslichen Umfeld zu leben.²⁰ Dass mit dieser Technik Daten erfasst und gespeichert werden, liegt auf der Hand, sie sind zum Teil finanzieller Anreiz für die Zurverfügungstellung der Technik. Da mit einiger Wahrscheinlichkeit davon auszugehen ist, dass solche Daten nicht nur auf nationalen oder europäischen Servern, sondern darüber hinaus international gespeichert werden, helfen an dieser Stelle weder die Europäische Datenschutzgrundverordnung noch das nationale Datenschutzrecht entscheidend weiter. Zielführend ist allein die bewusste Entscheidung des betroffenen Menschen zwischen bestmöglicher technischer Assistenz zulasten des Datenschutzes oder aber Datenschutz um jeden Preis. Es lohnt sich also, die Frage zu stellen: „Will ich unter Inkaufnahme der Preisgabe meiner Daten möglichst lange selbstbestimmt bspw. in meinen eigenen Wänden leben oder bedeutet der Schutz meiner Daten mir mehr, sodass ich auf diese technische Assistenz verzichten will?“ Solange der betroffene Mensch geschäftsfähig ist, kann er selbst diese Entschei-

dung treffen. Fehlt es hieran, kann es hilfreich sein, bereits vorab diese Entscheidung getroffen und bspw. in einer Vorsorgevollmacht schriftlich niedergelegt zu haben. Dann besteht für den rechtlichen Vertreter die Möglichkeit, diesem autonomen Willen des betroffenen Menschen Geltung zu verschaffen.

J. Fazit

Nach Überzeugung der Autoren gibt es in dem hier betrachteten Bereich der Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechtes, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Vorsorgevollmacht und der Patientenverfügung eine beachtliche Dynamik. Daher lohnt es sich, von Zeit zu Zeit die Dinge neu zu betrachten und zu reflektieren, um dem verfassungsrechtlich verbrieften Selbstbestimmungsrecht auch tatsächlich zur Geltung zu verhelfen.

²⁰ Vgl. hierzu ausführlich Klases/Klases, BTPrax 2018, 179 ff.

Mangelhafte Mietwohnung trotz Einhaltung der bei Errichtung des Gebäudes geltenden Normen wegen Schimmelgefahr?

BGH, Urt. v. 05.12.2018 - VIII ZR 271/17

Dr. Jutta Hartmann*

A. Problemstellung

Die Voraussetzungen des Vorhandenseins eines Mangels i.S.d. § 536 Abs. 1 BGB ist durch die Rechtsprechung eindeutig definiert. Ein Mangel der Mietsache liegt mit dem nach überwiegender Ansicht vertretenen „subjektiven Fehlerbegriff“ dann vor, wenn der nach dem Vertrag vorausgesetzte Gebrauch beeinträchtigt ist. Dabei sind es allein die Vertragsparteien, die durch vertragliche Vereinbarung den jeweils geschuldeten Gebrauch bestimmen.¹ Ein Mangel der Mietsache ist also dann anzunehmen, wenn die „Ist-Beschaffenheit“ nachteilig von der „Soll-Beschaffenheit“ abweicht, d.h. der tatsächliche vom vertraglich vereinbarten Zustand negativ abweicht.² Trotz dieser grds. eindeuti-

* Die Autorin ist Justiziarin in der Bundesgeschäftsstelle des Deutschen Mieterbundes in Berlin.

¹ Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl., § 536 Rn. 19.

² Ständige Rechtsprechung siehe nur BGH, Urt. v. 24.03.2004 - VIII ZR 295/03; Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl., § 536 Rn. 19.

gen Definition des mietrechtlichen Mangelbegriffs, ergeben sich in der Praxis immer wieder Probleme bei der Bewertung der Frage, ob ein Mangel der Mietsache vorliegt oder nicht. Auch im vorliegenden Urteil musste sich der BGH mit den Voraussetzungen des Mangelbegriffs beschäftigen und entscheiden, ob allein die Gefahr der Schimmelbildung bereits einen Mangel darstellt, der den Mieter zur Mietminderung berechtigt.³

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Kläger mietet seit 1986 eine Dreizimmerwohnung der Beklagten. Das Gebäude, in dem sich auch seine Mietwohnung befindet, wurde im Jahr 1971 errichtet. Der Mieter macht Gewährleistungsansprüche sowohl aufgrund bereits eingetretener Schimmelschäden als auch aufgrund einer bestehenden „Schimmelgefahr“ gegen seinen Vermieter geltend. Er bemängelt, dass insbesondere an den Außenwänden seiner Wohnung in den Monaten Oktober bis März die Gefahr der Schimmelpilzbildung bestehe. Grund für diese Schimmelgefahr seien baubedingte Wärmebrücken in den Außenwänden. Im Fensterbereich des Kinderzimmers und in weiteren Zimmern liege bereits ein Feuchtigkeitsschaden vor. Der Mieter macht aufgrund des Schimmelschadens und der „Schimmelgefahr“ eine näher bezifferte Mietminderung geltend und verlangt einen Kostenvorschuss i.H.v. 12.000 € nebst Zinsen für die Mängelbeseitigung durch Anbringung einer Innendämmung.

Das Landgericht verurteilte den beklagten Vermieter zur Zahlung des beantragten Kostenvorschusses und sah eine Mietminderung i.H.v. 20 % als gerechtfertigt an. Zum einem sei der vom Sachverständigen in mehreren Zimmern festgestellte Schimmelpilz als Sachmangel anzusehen. Das Gleiche gelte für die mit den geometrischen Wärmebrücken verbundene Gefahr einer Schimmelpilzbildung, bei der es sich unabhängig davon, ob tatsächlich schon Schimmelpilz aufgetreten sei, um einen Mangel handle. Die Wohnungen hätten zwar zur Zeit ihrer Errichtung den geltenden Bauvorschriften und DIN-Vorgaben sowie den damaligen Regeln der Baukunst entsprochen. Nach der Verkehrsanschauung dürfe aber auch ein Mieter einer Altbauwohnung verlangen, dass diese schimmelfrei sei und im Hinblick auf eine mögliche Schimmelpilzbildung über einen Mindeststandard zeitgemäßen Wohnens verfüge; dies gelte jedenfalls dann, wenn – wie hier – eine abweichende vertragliche Vereinbarung nicht getroffen worden sei. Zu diesem Mindeststandard gehöre, dass die Wohnung mit üblichem Lüftungs- und Heizverhalten des Mieters schimmelpilzfrei gehalten werden könne. Im vorliegenden Fall hatte der Sachverständige täglich zweimaliges Stoßlüften von jeweils 13 bis 17 Minuten oder dreimal je zehn Minuten für erforderlich aber auch ausreichend erach-

tet, um eine Schimmelpilzbildung zu vermeiden; beim dreimaligen Querlüften ließe sich die Lüftungszeit auf jeweils drei Minuten reduzieren. Nach Auffassung des Berufungsgerichts sei dies dem Mieter insbesondere im Winter aber nicht zuzumuten. Es komme also nicht darauf an, ob tatsächlich bereits Schimmel bestehe. Für einen Mangel reiche es aus, wenn die Wohnung aufgrund einer bestimmten Beschaffenheit jederzeit beeinträchtigt werden könnte (sog. Mangelgefahr). Das Vorhandensein von Wärmebrücken sei daher aufgrund der damit vorhandenen Gefahr der Schimmelpilzbildung bereits als Sachmangel zu qualifizieren.

Der BGH sieht dies anders. Dem Mieter stünden keine Gewährleistungsansprüche aufgrund der Wärmebrücken und der damit verbundenen Schimmelgefahr zu, da diese keinen Mangel der Wohnung darstellten. Folglich könne er auch den Kostenvorschuss für eine Mängelbeseitigung nicht verlangen. Der Senat definiert zunächst den Mangelbegriff. Ein Mangel setze eine für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustands der Mietsache vom vertraglich vorausgesetzten Zustand voraus. Wenn Parteiabreden zur Beschaffenheit der Mietsache fehlten, könne der Mieter einer Wohnung nach der allgemeinen Verkehrsanschauung erwarten, dass die von ihm angemieteten Räume einen Wohnstandard aufweisen, der bei vergleichbaren Wohnungen üblich ist. Gebe es zu bestimmten Anforderungen technische Normen, sei deren Einhaltung geschuldet. Dabei sei jedoch grds. der bei Errichtung des Gebäudes geltende Maßstab anzulegen. Da 1971 noch keine Verpflichtung zur Wärmedämmung bestanden habe, sei das Vorhandensein geometrischer Wärmebrücken allgemein üblicher Bauzustand gewesen. Die vorhandenen Wärmebrücken stünden daher im Einklang mit den im Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes maßgeblichen Normen; das Gebäude sei nach den damaligen Regeln der Baukunst errichtet worden. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts stelle das Vorhandensein von Wärmebrücken und die damit verbundene Gefahr der Schimmelpilzbildung daher keinen Sachmangel i.S.d. § 536 Abs. 1 BGB dar. Die bloße Gefahr der Gesundheitsbeeinträchtigung durch einen Schimmelpilz in der Mietwohnung rechtfertige außerdem keine Mietminderung, wenn der Mieter durch zumutbares Lüftungsverhalten diese Gefahr vermeiden könne. Wie häufig einem Mieter Lüften zur Schimmelvermeidung zugemutet werden könne, hänge aber von den Umständen des Einzelfalls ab. Dafür, dass das vom Sachverständigen festgestellte notwendige Lüftungsverhalten generell unzumutbar sei, sieht der Senat keine Anhaltspunkte.

³ Siehe auch BGH, Urt. v. 05.12.2018 - VIII ZR 67/18 zur gleichen Problematik.

Zwar habe auch der Senat bereits entschieden, dass in den Fällen, in denen ein grundlegender Wandel innerhalb der Gesellschaft an die Ansprüche zeitgemäßen Wohnens stattgefunden habe, nicht statisch an den bei Errichtung des Gebäudes geltenden (Bau-)Vorschriften festgehalten werden dürfe. So dürfe der Mieter einer nicht modernisierten Altbauwohnung mangels abweichender Vereinbarungen verlangen, dass ein zeitgleicher Einsatz mehrerer elektrischer Geräte möglich ist und die Elektroinstallation seiner Wohnung diesen Mindestanforderungen genüge.⁴ Diese Rechtsprechung bezüglich der berechtigten Erwartungen hinsichtlich der Nutzbarkeit elektrischer Geräte könne aber nicht, wie es das Berufungsgericht getan habe, auf die Erwartungen an eine Wärmedämmung übertragen werden. Hier habe weder eine vergleichbare Veränderung der Lebensverhältnisse stattgefunden noch sei eine hierauf beruhende Erwartung des Mieters einer Altbauwohnung vorhanden.

Letztlich laufe die Argumentation des Berufungsgerichts darauf hinaus, einen anderen als den im geltenden Recht vorgesehenen Mangelbegriff zu schaffen und auf diesem Wege auch für eine nicht sanierte oder eine nicht grundlegend modernisierte Altbauwohnung unabhängig von entsprechenden konkreten Vereinbarungen der Mietvertragsparteien einen Neubaustandard zugrunde zu legen. Dies sei ersichtlich rechtsfehlerhaft und stehe im Widerspruch zur ständigen Rechtsprechung des BGH zum maßgeblichen Zeitpunkt der Beurteilung des Vorliegens möglicher Mängel der Mietsache.

C. Kontext der Entscheidung

Streitigkeiten um Mängelgewährleistungsrechte sind häufig. Nicht in wenigen Fällen geht es dabei bereits um das Vorliegen eines Mangels. Der subjektive Mangelbegriff zeichnet sich dadurch aus, dass allein die Vertragsparteien bestimmen, welchen Zustand die Mietsache bei Überlassung und während der Vertragsdauer haben soll („Soll-Beschaffenheit“).⁵ Zunächst muss also geprüft werden, was die Parteien vereinbart haben. Vereinbaren sie bspw., dass der schlechte Bauzustand der Wohnung vertragsgemäß sein soll, ist die Mietsache allein aufgrund dieser Mängel nicht mangelhaft und eine Minderung daher ausgeschlossen.

Haben die Parteien einen bestimmten Zustand jedoch nicht ausdrücklich vereinbart, muss durch Auslegung des Vertragsinhalts ermittelt werden, welchen Standard der Mieter vom Vermieter verlangen kann, also welchen Zustand der Vermieter schuldet.⁶

Dabei spielt der maßgebliche Zeitpunkt für die Ermittlung des vertragsgemäßen Zustandes eine wichtige Rolle. Grds. ist der Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes ausschlagge-

bend. So darf der Mieter einer Altbauwohnung keinen Neubaustandard erwarten.⁷ Sind die zum Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes geltenden Vorschriften und Regeln der Baukunst eingehalten, ist das Vorliegen eines Mangels bspw. wegen nach heutigen Vorschriften ungenügenden Schallschutzes oder unzureichender Elektroinstallation nach höchstrichterlicher Rechtsprechung grds. erst einmal zu verneinen.⁸

Allerdings darf der Mieter – vorbehaltlich abweichender vertraglicher Vereinbarungen – auch bei Altbauten einen Mindeststandard erwarten, der den heutigen Anforderungen an zeitgemäßes Wohnen entspricht.⁹ Voraussetzung dafür ist, dass sich die Lebensverhältnisse seit Beginn des Vertrages grundlegend gewandelt haben und diese geänderten Lebensumstände nun für breite Bevölkerungsschichten eine Selbstverständlichkeit darstellen, sodass der Mieter daher berechnete Erwartungen in eine bestimmte Beschaffenheit der Mietwohnung haben darf. Weiterhin muss der in der Mietwohnung vorhandene Standard nicht unerheblich hinter diesen veränderten Umständen zurückbleiben.¹⁰ Liegen diese Voraussetzungen vor, kann auch trotz Einhaltung der bei Errichtung geltenden Vorschriften ein Mangel vorliegen, wenn der Zustand der Wohnung ein zeitgemäßes Wohnen nicht ermöglicht.¹¹

Wann ein Mangel aufgrund der veränderten Mindestanforderungen trotz Einhaltung der zum Zeitpunkt der Errichtung geltenden Vorschriften vorliegt, kann nicht einheitlich beantwortet werden. Allerdings wird zumindest bei bestimmten Gesundheitsgefahren durch schädliche Bausubstanzen zur Beurteilung der Mangelhaftigkeit der Mietsache auf die aktuellen Richtwerte und Maßstäbe abgestellt, und zwar unabhängig davon, ob die bei Errichtung des Gebäudes geltenden Maßstäbe eingehalten worden sind. So wird beim Schutz des Mieters vor schädlichen Baustoffen, wie Asbest oder Holzschutzmittel auf neue Richtwerte,¹² bei

4 BGH, Urt. 26.07.2004 - VIII ZR 281/03.

5 Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl., § 536 Rn. 19.

6 BGH, Urt. v. 26.07.2004 - VIII ZR 281/03; Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl., § 536 Rn. 20.

7 BGH, Urt. v. 26.07.2004 - VIII ZR 281/03 hinsichtlich Elektroinstallation.

8 BGH, Urt. v. 05.06.2013 - VIII ZR 287/12 m.w.N.; Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl., § 536 Rn. 33.

9 BGH, Urt. v. 26.07.2004 - VIII ZR 281/03 hinsichtlich Elektroinstallation.

10 BGH, Urt. v. 26.07.2004 - VIII ZR 281/03; Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl., § 536 Rn. 36; kritisch Börstinghaus, NZM 2005, 561, 564.

11 BGH, Urt. v. 26.07.2004 - VIII ZR 281/03; Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl., § 536 Rn. 36; Stempel, Mietrecht aktuell, 2008, Rn. VII 69.

12 BVerfG, Beschl. v. 04.08.1998 - 1 BvR 1711/94; BayOLG, Rechtsentscheid v. 04.08.1999 - RE-Miet 6/98, 1Z RE-Miet 6/98.

der Qualität von Trinkwasser auch in Altbauten auf die geltende Trinkwasserverordnung abgestellt.¹³

D. Auswirkungen für die Praxis

Mieter können nicht allein aufgrund der Gefahr eines Feuchtigkeitsschadens wegen unzureichend gedämmter Außenwände die Miete mindern oder andere Mängelrechte geltend machen, wenn die Errichtung des Gebäudes den damals geltenden Vorschriften und Standards entspricht. Hat der Mieter eine ihm zumutbare Möglichkeit, den Schimmel zu verhindern, muss er diese wahrnehmen. Um die Wohnung schimmelfrei zu halten, kann ein tägliches zweimaliges Stoßlüften von jeweils 13 bis 17 Minuten bzw. ein tägliches dreimaliges Stoßlüften von je zehn Minuten oder ein tägliches dreimaliges Querlüften von jeweils drei Minuten grds. vom Mieter verlangt werden.

E. Bewertung

Das Urteil ist nicht in dem Sinne zu verstehen, dass die Gefahr eines Schimmels niemals eine Mietminderung rechtfertigen kann.

Der Senat beurteilt das Vorliegen eines Mangels zunächst ausschließlich danach, ob die unstreitig vorhandene Wärmebrücke zum Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes dem damaligen Baustandard entsprach. Da zum Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes im Jahr 1971 eine Wärmedämmung nicht vorgesehen war, liegt in der Wärmebrücke kein Mangel.

In einem zweiten Schritt beschäftigt sich der Senat dann mit der Frage, ob bereits die Gefahr der Schimmelpilzbildung durch die Wärmebrücke einen Mangel darstellen könne. Er verneint diese Frage in zweifacher Hinsicht.

Zum einen stellt er fest, dass eine andere Beurteilung des subjektiven Mangelbegriffs mangels grundlegend gewandelter Erwartungen an die Wärmedämmung einer Wohnung nicht zu rechtfertigen sei. Auch wenn man diese Aussage infrage stellen kann, ist jedenfalls damit nicht gesagt, dass eine Anpassung des Mangelbegriffs an zeitgemäßes Wohnen bei der Wärmedämmung nicht ebenso denkbar werden kann, wie es heute schon bei der Elektroinstallation der Fall ist.¹⁴ Die steigenden Anforderungen an den Klimaschutz und die sich ändernden Erwartungen der Menschen hinsichtlich des energetischen Standards ihrer Häuser und Wohnungen spielen dabei eine entscheidende Rolle. Zudem wird auch der Mieter einer Altbauwohnung berechtigterweise davon ausgehen dürfen, dass der Zustand der Wohnung ihn zumindest nicht in seiner Gesundheit beeinträchtigt, was für eine andere Bewertung der Mangelfrei-

heit der Wohnung streiten könnte, als es der Senat vorliegend getan hat.

Zum anderen sei die Wohnung auch deswegen mangelfrei, da die Gefahr der Schimmelpilzbildung vorliegend durch ein dem Mieter zuzumutendes Lüftungsverhalten abwendbar sei. Dies lässt den Rückschluss darauf zu, dass man zumindest in den Fällen, in denen das für eine Schimmelfreiheit benötigte Lüftungsverhalten die Schwelle der Zumutbarkeit überschreitet, darüber nachdenken kann, ob die Beschaffenheit der Mietsache den Anforderungen an zeitgemäßes Wohnen noch entspricht, oder ob dann nicht doch von einer Mangelhaftigkeit der Mietsache bereits bei drohendem Schimmel auszugehen ist.

¹³ LG Hamburg, Urt. v. 05.02.1991 - 16 S 22/88.

¹⁴ BGH, Urt. v. 26.07.2004 - VIII ZR 281/03.

Anrechnung von fiktivem Vermögen bei der Verfahrenskostenhilfe

BGH, Beschl. v. 20.06.2018 - XII ZB 636/17

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

A. Problemstellung

Prozesskostenhilfe und Verfahrenskostenhilfe werden nur bei entsprechender Bedürftigkeit des jeweiligen Antragstellers bewilligt. Hierbei kommt es auf die aktuellen Einkommensverhältnisse an, wobei die jeweils aktuellen Freibeträge in Abzug zu bringen sind. Bei der Bedürftigkeitsprüfung spielt aber auch verwertbares Vermögen eine Rolle. Ist das Vermögen aktuell nicht verwertbar, besteht u.U. die Verpflichtung zur Aufnahme eines Überbrückungskredites.

In der gerichtlichen Praxis ist es allerdings häufiger zu beobachten, dass der Antragsteller früher vorhandenes Vermögen für andere Zwecke verwendet hat und sich jetzt darauf beruft, kein für die Finanzierung des gerichtlichen Verfahrens einsatzfähiges Vermögen zu besitzen. Diese Situation tritt in familienrechtlichen Verfahren besonders dann auf, wenn Nachzahlungen von Unterhalt oder Zahlungen von Zugewinnausgleich bezogen worden sind.

Der BGH macht in seiner Entscheidung deutlich, dass auch dieses Vermögen nicht generell dem Zugriff des Justizfiskus entzogen ist, sondern nach den allgemeinen Grundsätzen für die Deckung der Verfahrenskosten einzusetzen ist.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Antragstellerin beantragte Verfahrenskostenhilfe für die zweite Instanz und erklärte zu ihren wirtschaftlichen Verhältnissen, dass sie während des erstinstanzlichen Verfahrens neben einer arbeitsrechtlichen Abfindung i.H.v. rund 2.000 € rückständigen Unterhalt i.H.v. rund 25.000 € erhalten habe. Diesen habe sie bereits ausgegeben, und zwar für die Rückzahlung eines privaten Darlehens (11.000 €), für den Kauf einer Küche und anderer Möbel (rund 5.000 €), für den Kauf von Elektrogeräten (rund 2.000 €) und für die Wohnungsrenovierung (rund 1.000 €). Zudem habe sie damit ihren Lebensunterhalt für Juni 2016 bis Januar 2017 bestritten.

Ihren Verfahrenskostenhilfeantrag lehnte das KG ab mit der Begründung, sie habe die Beträge für die Verfahrensführung zurücklegen müssen.

Die dagegen gerichtete Rechtsbeschwerde hatte keinen Erfolg.

Abgelehnt hat der BGH bereits die Zulässigkeit der verspätet begründeten Rechtsbeschwerde, da die Antragstellerin nicht ohne Verschulden gehindert war, die versäumte Frist zur Einlegung der Begründung einzuhalten. Denn sie bzw. ihr anwaltlicher Vertreter konnte erkennen, dass die wirtschaftlichen Voraussetzungen für die Gewährung von Prozesskostenhilfe nicht gegeben sind.¹

Zwar kann ein Rechtsmittelführer vor allem dann darauf vertrauen, die wirtschaftlichen Voraussetzungen für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe dargetan zu haben, wenn ihm bereits in der Vorinstanz – aufgrund eines ordnungsgemäß und vollständig ausgefüllten Vordrucks – Verfahrenskostenhilfe gewährt worden war und sich die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beteiligten zwischenzeitlich nicht in einer für die Gewährung von Verfahrenskostenhilfe erheblichen Weise geändert haben.²

Allerdings hatten sich ihre wirtschaftlichen Verhältnisse zwischenzeitlich dadurch in erheblicher Weise geändert, dass sie während des erstinstanzlichen Verfahrens rückständigen Unterhalt i.H.v. rund 25.000 € erhalten hat. Sie war gehalten, dieses Geld – soweit es ihr Schonvermögen von 5.000 € übersteigt – als erworbenes Vermögen grds. zur Bestreitung der Kosten des Beschwerdeverfahrens, mit dem sie rechnen musste, zurückzulegen.

Zwar ist das Geld nicht mehr vorhanden. Dennoch muss sie sich das Geld als fiktives Vermögen zurechnen lassen. Denn sie hat ihre Leistungsunfähigkeit durch nicht unbedingt notwendige Anschaffungen böswillig herbeigeführt. Soweit Rechtsverfolgungskosten vorhersehbar sind, darf vorhandenes Vermögen nicht mehr für nicht unbedingt notwendige Zwecke ausgegeben werden.

Das gilt jedenfalls – so der BGH – für die Aufwendungen, die sie für die Renovierung und Neueinrichtung ihrer Wohnung im Umfang von mindestens 7.000 € getätigt hat. Sie hatte nämlich nicht dargelegt, warum diese Aufwendungen noch vor Abschluss des Gerichtsverfahrens unabwendbar notwendig waren und nicht etwa – im Hinblick auf die vorherzusehende Möglichkeit anfallender Verfahrenskosten für ein Beschwerdeverfahren – unter Weiterbenutzung der vorhandenen Möbel und Elektrogeräte hätten aufgeschoben werden können.

Der BGH stellt auch klar, dass sie im Hinblick auf die in Aussicht stehenden Verfahrenskosten nicht in den Monaten Juni 2016 bis Januar 2017 ihren Lebensunterhalt in geltend gemachter Höhe von monatlich weiteren 535,22 € unter Aufzehrung ihres Vermögens aufbessern durfte. Denn für diesen Zeitraum standen ihr bereits monatlich 1.284 € an Unterhaltszahlungen bedarfsgemäß zur Verfügung.

Da die Kosten der Verfahrensführung Vorrang genießen, hätte sie aus der Unterhaltsnachzahlung mindestens diese 7.000 € an Anschaffungskosten und weitere (8 × 535,22 € =) 4.281,76 €, insgesamt also 11.281,76 € als von ihr geforderte Eigenbemühung zurückbehalten müssen. Abzüglich des Schonvermögens von 5.000 € hätte sie somit ein fiktives Vermögen von 6.281,76 € für die Verfahrensführung einsetzen können.

C. Kontext der Entscheidung

Sobald ein gerichtliches Verfahren abzusehen ist – so jedenfalls ein Scheidungsverfahren vom Zeitpunkt der endgültigen Trennung an –, müssen die Eheleute mit ihren vorhandenen Finanzmitteln besonders zurückhaltend umgehen. Sie trifft die Obliegenheit, sich auf die nachfolgende Durchführung eines kostenträchtigen Scheidungsverfahrens – ggf. auch durch Bildung von finanziellen Rücklagen – einzurichten.³

So hat z.B. auch das OLG Bremen einen Antragsteller als fiktiv leistungsfähig behandelt, der trotz Kenntnis von dem bevorstehenden Verfahren entbehrliche Ausgaben gemacht und so Vermögen verbraucht hatte.⁴ Dies entspricht der h.M.⁵

1 BGH, Beschl. v. 25.03.2015 - XII ZB 96/14 Rn. 5.

2 Vgl. BGH, Beschl. v. 03.07.2013 - XII ZB 106/10 Rn. 13 m.w.N.

3 OLG Brandenburg, Beschl. v. 18.02.2015 - 9 WF 37/15; OLG Brandenburg, Beschl. v. 30.01.2012 - 9 UF 227/11; Groß, Beratungshilfe, Prozesskostenhilfe, Verfahrenskostenhilfe, 2017, § 115 Rn. 82.

4 OLG Bremen, Beschl. v. 13.12.2016 - 4 WF 108/16.

5 Vgl. Götsche in: Horndasch/Vieffhues, FamFG, 3. Aufl., Anhang § 76 Rn. 16 ff. m.w.N.

D. Auswirkungen für die Praxis

Für die Praxis ist immer zu beachten, dass auch das im gleichen Verfahren erstrittene Geld nicht anrechnungsfrei bleibt, wie die als Soll-Vorschrift – nicht mehr als Ermessensvorschrift – ausgestaltete Regelung des § 120a Abs. 3 ZPO deutlich macht.⁶ Danach soll das Gericht die Entscheidung über die zu leistenden Zahlungen ändern, wenn sich die für die Prozesskostenhilfe maßgebenden persönlichen oder wirtschaftlichen Verhältnisse wesentlich verändert haben. Es kann eine höhere monatliche Rate oder auch eine einmalige Zahlung festgesetzt werden.⁷ Für die Überprüfungsentscheidung des § 120a Abs. 1 ZPO ist der Rechtspfleger zuständig (§ 20 RPfLG).

Nur dann ist eine solche Änderung der Verfahrenskostenhilfe-Bewilligung ausgeschlossen, soweit die Partei bei rechtzeitiger Leistung des durch die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung Erlangten ratenfreie Prozesskostenhilfe erhalten hätte. Kommen dagegen Ratenzahlungen zur Anwendung, erfolgt eine Anrechnung.

Für die praktische Behandlung sind zudem die Mitteilungspflichten zu beachten, die jedem Beteiligten nach der Bewilligung der Verfahrenskostenhilfe für die Dauer von vier Jahren – gerechnet ab der rechtskräftigen Entscheidung oder der sonstigen Beendigung des Verfahrens – auferlegt werden und deren Verletzung unter den Voraussetzungen des § 124 Nr. 4 ZPO zur Aufhebung der Bewilligung führt. Unaufgefordert mitzuteilen sind dabei nicht nur Verbesserungen der finanziellen Situation durch erhöhte Einkünfte oder den Wegfall vorhandener Belastungen, sondern auch der Erwerb von Vermögen (§ 120a Abs. 2 und 3 ZPO).⁸

Werden entsprechende Mitteilungen unterlassen, so besteht ein hohes Risiko, das dies dem Gericht auffällt. Denn das Gericht ist berechtigt, jederzeit, also auch ohne besonderen Anlass, den Beteiligten zu einer aktuellen Erklärung über seine persönlichen oder wirtschaftlichen Verhältnisse aufzufordern (§ 120b Abs. 1 Satz 3 ZPO). Auch im Überprüfungsverfahren muss das für die Ersterklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse vorgeschriebene Formular für die Erklärung der Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse benutzt werden (§ 120a Abs. 4 ZPO), wenn das Gericht dies anfordert (§ 120a Abs. 1 Satz 3 ZPO).

Praktische Bedeutung hat auch die Rechtsprechung des BGH,⁹ nach der die Vollmacht des im ursprünglichen Verfahren bestellten Verfahrensbevollmächtigten auch im Überprüfungsverfahren fortwirkt.¹⁰ Von der Bestellung für das Bewilligungsverfahren ist auszugehen, wenn der (ursprüngliche) Antrag auf Verfahrenskostenhilfe nicht vom Antragsteller selbst, sondern von seinem Verfahrensbevollmächtigten gestellt wurde.¹¹ Demnach besteht die Anwaltsvollmacht im Normalfall fort.

Beschlüsse in diesem Verfahren über Widerruf oder Abänderung der Prozess- bzw. Verfahrenskostenhilfe sind daher auch im Überprüfungsverfahren dem bisherigen Verfahrensbevollmächtigten und nicht dem Beteiligten selbst förmlich¹² zuzustellen. Gleiches muss dann aber auch für die zur Beschlussvorbereitung erforderlichen Verfahrenshandlungen des Gerichts wie Anhörungen und Fristsetzungen gelten, denn der Anwalt kann nur dann die Interessen des Mandanten im Überprüfungsverfahren sachgerecht vertreten, wenn er bereits in diese vorbereitenden Schritte eingebunden wird.

Konsequenz dieser Entscheidung ist, dass der Anwalt auch noch bis zum Ablauf der Vierjahresfrist des § 120a Abs. 1 Satz 4 ZPO allein zulässiger Ansprechpartner für das Gericht ist.¹³ Für die anwaltliche Praxis führt diese Rechtsprechung zu erheblichen Mehrbelastungen während der gesamten Zeit der „VKH-Nachsorge“ von vier Jahren nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens.

Zu der ebenfalls praxisrelevanten Frage der Wiedereinsetzung ist Folgendes klarzustellen:

Wird der Antrag auf Bewilligung der Verfahrenskostenhilfe innerhalb einer verfahrensrechtlichen Frist gestellt, so kann die positive Entscheidung abgewartet werden, um dann einen Wiedereinsetzungsantrag zu stellen und die Verfahrenshandlung nachzuholen. Voraussetzung ist aber, dass der Antragsteller nach den gegebenen Umständen vernünft-

6 KG, Beschl. v. 08.09.2016 - 13 WF 139/16;92; OLG Hamm, Beschl. v. 16.01.2012 - II-8 WF 304/11; Götsche, jurisPR-FamR 9/2012 Anm. 6.

7 Poller in: Kroiß/Siede, FamFG, 2. Aufl. 2018, § 120a ZPO Rn. 9; ausführlich Viefhues, FuR 2018, 582, 586.

8 Zur Anrechnung von Vermögen bei der Prozesskostenhilfe/Verfahrenskostenhilfe ausführlich Viefhues, FuR 2018, 526 m.w.N.

9 BGH, Beschl. v. 08.09.2011 - XII ZB 63/10 (LS); BGH, Beschl. v. 08.12.2010 - XII ZB 151/10; vgl. auch OLG Karlsruhe, Beschl. v. 02.06.2017 - 18 WF 302/14; OLG Frankfurt, Beschl. v. 02.10.2017 - 8 WF 37/17; OLG Stuttgart, Beschl. v. 28.02.2011 - 8 WF 17/11.

10 Vgl. auch BAG, Beschl. v. 19.07.2006 - 3 AZB 18/06; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 02.06.2017 - 18 WF 302/14; OLG Frankfurt, Beschl. v. 02.10.2017 - 8 WF 37/17; OLG Stuttgart, Beschl. v. 28.02.2011 - 8 WF 17/11; OLG Stuttgart, Beschl. v. 19.05.2011 - 8 WF 66/11; OLG Hamm, Beschl. v. 16.03.2011 - 8 WF 70/11; OLG Zweibrücken, Beschl. v. 03.12.2013 - 2 WF 122/13.

11 OLG Brandenburg, Beschl. v. 19.03.2012 - 9 WF 58/12; OLG Brandenburg, Beschl. v. 24.07.2007 - 10 WF 187/07; OLG Brandenburg, Beschl. v. 15.11.2013 - 9 WF 209/13; Geimer in: Zöller, ZPO, 2014, § 121 Rn. 29 unter Hinweis auf § 88 Abs. 2 ZPO.

12 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 23.04.2018 - 16 WF 68/18 - FuR 2018, 666; OLG Stuttgart, Beschl. v. 14.03.2018 - 8 WF 28/18 - FuR 2018, 435; OLG Brandenburg, Beschl. v. 08.04.2013 - 13 WF 64/13 - FuR 2014, 362.

13 OLG Brandenburg, Beschl. v. 23.08.2016 - 13 WF 205/16; siehe auch BAG, Beschl. v. 18.08.2016 - 8 AZB 16/16.

tigerweise nicht mit der Ablehnung seines Antrags rechnen musste, weil er sich für bedürftig i.S.d. §§ 114 ff. ZPO halten durfte und aus seiner Sicht alles Erforderliche getan hatte, damit aufgrund der von ihm eingereichten Unterlagen ohne Verzögerung über sein Verfahrenskostenhilfesuch entschieden werden konnte.¹⁴

Dagegen gilt dies – wie der BGH klarstellt – nicht, wenn der Beteiligte oder sein anwaltlicher Vertreter erkennen konnte, dass die wirtschaftlichen Voraussetzungen für die Gewährung von Prozesskostenhilfe nicht gegeben sind. Das Risiko für eine falsche Einschätzung trägt der Antragsteller. Wer sich also die Durchführung des Rechtsmittels notfalls auch ohne bewilligte Verfahrenskostenhilfe offenhalten will, sollte daher die verfahrensrechtlich vorgegebenen Fristen des Rechtsmittels peinlich genau einhalten.

14 BGH, Beschl. v. 25.10.2017 - XII ZB 251/17 Rn. 9 m.w.N.

Unwirksamkeit einer Laufzeit von sechs Jahren beim Fernüberwachungsvertrag BGH, Urt. v. 15.03.2018 - III ZR 126/17

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

A. Problemstellung

Die Installation einer Alarmanlage ist ein Massengeschäft und gerade auch für Inhaber von kleineren Geschäften interessant. In den veröffentlichten Entscheidungen zu solchen Anlagen mit Fernüberwachung geht es u.a. um Apotheken,¹ Fahrradläden,² Waffengeschäfte,³ Zahnlabore⁴ oder Arztpraxen.⁵ Hier tummeln sich mehrere Anbieter von Komplettlösungen, bei denen gegen eine monatliche Pauschale nicht nur die notwendigen Geräte installiert werden, sondern auch eine ständig besetzte Zentrale bei Auslösung des Alarms den Inhaber oder die Polizei informiert. Nicht unüblich sind dabei Laufzeiten der Verträge von mehreren Jahren, bei denen sich die Frage stellt, ob diese langen Laufzeiten einer AGB-Kontrolle standhalten. Die Höchstfrist von zwei Jahren nach § 309 Nr. 9a BGB für die Laufzeit von Dauerschuldverhältnissen findet im – wie hier – unternehmerischen Verkehr gerade keine unmittelbare Anwendung, § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB. Der BGH hatte nunmehr über einen Fernüberwachungsvertrag mit einer vereinbarten Vertragslaufzeit von sechs Jahren zu entscheiden und dabei

Gelegenheit, an die Grundsätze des AGB-Rechts im unternehmerischen Verkehr zu erinnern.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Die Klägerin ist ein Unternehmen der Sicherheitsbranche und verlangt von dem Beklagten, der ein Handelsgeschäft für Quads betreibt, die Zahlung von bereits angefallenen sowie künftig fällig werdenden Entgelten aus zwei Fernüberwachungsverträgen i.H.v. insgesamt 21.420 €. Die Parteien schlossen am 08.07.2015 für die beiden Geschäftsstandorte des Beklagten jeweils einen „Mietvertrag mit Fernüberwachung“. Unter der Rubrik „Mietdauer“ wurde jeweils die Variante „72 Monate“ angekreuzt; daneben sah jeder Vertrag zur Auswahl vier weitere Laufzeiten von 24, 36, 48 und 60 Monaten vor. Vertragsinhalt war u.a. die Lieferung, Installation und Instandsetzung der Fernüberwachungsgeräte vor Ort, die Bereithaltung einer permanent besetzten Notruf- und Serviceleitstelle, auf welche die installierten Überwachungsgeräte aufgeschaltet sind sowie die Alarmüberwachung. Einen Tag nach Vertragsschluss erklärte der Beklagte unter Hinweis auf finanzielle Gründe und Standortprobleme die Kündigung der Verträge und verweigerte die Installation der Geräte.

Das LG Waldshut-Tiengen hat die Klage lediglich in Höhe der Vergütung bis Ende Juli 2015 über 76,77 € für begründet erachtet und sie im Übrigen abgewiesen. Das OLG Karlsruhe hat die hiergegen eingelegte Berufung der Klägerin zurückgewiesen.⁶ Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision hatte beim BGH keinen Erfolg.

II. Der BGH hat die Entscheidung des Berufungsgerichts bestätigt und entschieden, dass der Beklagte die beiden Fernüberwachungsverträge wirksam zum Schluss des Monats Juli 2015 gekündigt hat. Die Klägerin konnte daher nur die bis dahin angefallene vertragliche Vergütung verlangen und sich nicht mit Erfolg auf die vereinbarte Vertragslaufzeit von 72 Monaten berufen. Dies führte zur Anwendung der gesetzlichen Kündigungsregelungen des Dienstvertragsrechts, wonach gem. § 620 Abs. 2, § 621 Nr. 3 BGB die Kündigung eines Dienstverhältnisses spätestens am 15. eines Monats für den Schluss des Monats zulässig ist, wenn die Vergütung – wie hier – nach Monaten bemessen ist.

1. Es begegnet zunächst keinen rechtlichen Bedenken, dass das Berufungsgericht die Fernüberwachungsverträge als Dienstverträge i.S.v. § 611 BGB eingeordnet hat.

1 OLG München, Urt. v. 11.02.2015 - 7 U 3170/14.

2 LG Freiburg, Urt. v. 10.06.2016 - 1 O 396/15.

3 LG Mannheim, Urt. v. 18.10.2016 - 1 O 31/16.

4 OLG Koblenz, Beschl. v. 14.09.2016 - 2 U 223/16.

5 LG Mannheim, Urt. v. 03.11.2016 - 9 O 23/16.

6 OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.03.2017 - 4 U 88/16.

Ein gemischter Vertrag bildet ein einheitliches Ganzes und kann deshalb bei der rechtlichen Beurteilung nicht in dem Sinn in seine verschiedenen Bestandteile zerlegt werden, dass etwa auf den Mietvertragsanteil Mietrecht und auf den Dienstvertragsanteil Dienstvertragsrecht anzuwenden wäre. Der Eigenart des Vertrags wird vielmehr grds. nur die Unterstellung unter ein einziges Vertragsrecht gerecht, nämlich dasjenige, in dessen Bereich der Schwerpunkt des Vertrags liegt.⁷ Hierbei kommt es für die rechtliche Einordnung nicht auf die von den Vertragspartnern gewählte Benennung (hier: „Mietvertrag“), sondern auf die inhaltliche Ausgestaltung des Vertrags bzw. den tatsächlichen Inhalt der wechselseitigen Rechte und Pflichten an.

Zwar enthalten die streitigen Fernüberwachungsverträge mit der Lieferung, Installation und Instandsetzung der Überwachungsgeräte in den Geschäftsstandorten des Beklagten auch Elemente der entgeltlichen Gebrauchsüberlassung. Dieser mietvertragliche Aspekt tritt jedoch hinter das dienstvertragliche Element der eigentlichen Überwachung der Geschäftsräume des Kunden zurück; die Überwachungstätigkeit bildet nach dem Zweck des Vertrags und dem Inbegriff des darin festgelegten Leistungsbilds den Schwerpunkt der Verträge mit der Folge, dass diese nicht dem Mietvertragsrecht, sondern insgesamt dem Dienstvertragsrecht zu unterstellen sind. Die typische und für den Kunden maßgebliche Hauptleistung, welche die Klägerin nach den beiden Fernüberwachungsverträgen schuldet, besteht in der Überwachung der Räumlichkeiten des Kunden mithilfe der bei ihm installierten und auf die Notruf- und Servicestelle der Klägerin aufgeschalteten Geräte und mithin in einer Dienstleistung. Der Verbleib der Überwachungsgeräte in den Räumen des Kunden hat für diesen keine selbstständige funktionale Bedeutung und ist für ihn ohne die Überwachung durch die Notruf- und Servicestelle der Klägerin wert- und zwecklos. Es handelt sich hierbei um bloße Hilfsmittel der zugesagten Überwachungstätigkeit.

2. Der BGH hat darüber hinaus angenommen, dass das Berufungsgericht zutreffend von der Unwirksamkeit der vereinbarten Vertragslaufzeit von 72 Monaten ausgegangen ist.

Bei den in den Verträgen vorgesehenen Varianten einer Vertragslaufzeit von 24, 36, 48, 60 und 72 Monaten handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen (§ 305 Abs. 1 BGB), welche die Klägerin dem Beklagten bei Abschluss der beiden Fernüberwachungsverträge gestellt hat. Solche liegen auch dann vor, wenn der Kunde nur die Wahl zwischen bestimmten, vom Verwender vorgegebenen Varianten hat, denn bereits hierin liegt die einseitige Ausnutzung der Vertragsgestaltungsfreiheit durch eine Vertragspartei.⁸

Die Laufzeitregelung von 72 Monaten benachteiligt den Beklagten als Vertragspartner der Klägerin unangemessen i.S.v. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Eine unangemessene Benachteiligung des Beklagten kann allerdings nicht schon daraus hergeleitet werden, dass eine formularmäßige Laufzeitvereinbarung von 72 Monaten bei Verträgen mit einem Verbraucher gem. § 309 Nr. 9a BGB unwirksam wäre. Dieses Klauselverbot findet zugunsten des Beklagten als Unternehmer keine direkte Anwendung (§ 310 Abs. 1 Satz 1 BGB). Wegen seiner spezifisch verbraucherorientierten Ausrichtung enthält es auch kein Indiz für die Unangemessenheit einer entsprechenden Laufzeitregelung im unternehmerischen Geschäftsverkehr nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Vielmehr kann eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen bestimmte, zwei Jahre erheblich überschreitende Laufzeit in Verträgen mit Unternehmern unbedenklich sein, weil von einem Unternehmer grds. erwartet werden kann, dass er seinen betrieblichen Bedarf längerfristig abzuschätzen imstande ist und weiß, worauf er sich einlässt, wenn er unter mehreren Varianten die längste Laufzeit wählt. Dies hindert freilich nicht, dass eine – hier gegebene – Überschreitung der in § 309 Nr. 9a BGB beschriebenen Höchstdauer (zwei Jahre) um das Dreifache bei der im Rahmen der Klauselkontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB anzustellenden Gesamtabwägung berücksichtigt werden kann.

Das Berufungsgericht hat die Maßgaben der nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB erforderlichen umfassenden Abwägung der schützenswerten Interessen beider Parteien im Einzelfall beachtet; seine Würdigung ist nicht zu beanstanden. Es hat aufseiten der Beklagten berücksichtigt, dass die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit des Vertragskunden durch eine Laufzeit von sechs Jahren erheblich eingeschränkt wird und dies insbesondere im Fall einer erforderlich werdenden kurzfristigen Geschäftsaufgabe mit schwerwiegenden Nachteilen für ihn verbunden ist. Es hat ferner darauf hingewiesen, dass die beiden Fernüberwachungsverträge keine Regelungen enthalten, die einen angemessenen Ausgleich für die lange vertragliche Bindung darstellen könnten, wie etwa günstigere (Preis-) Konditionen oder besondere außerordentliche Kündigungsmöglichkeiten.

Auch soweit das Berufungsgericht angenommen hat, dass die Klägerin die Erforderlichkeit der langen Vertragslaufzeit von 72 Monaten nicht dargelegt habe, um

⁷ Vgl. auch BGH, Urt. v. 12.01.2017 - III ZR 4/16 Rn. 10; BGH, Urt. v. 08.10.2009 - III ZR 93/09 Rn. 16.

⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 15.02.2017 - IV ZR 91/16 Rn. 9; BGH, Urt. v. 01.12.2005 - I ZR 103/04 Rn. 26.

als Anbieter von Fernüberwachung der in Rede stehenden Art wirtschaftlich arbeiten zu können, lässt dies jedenfalls im Ergebnis keinen Rechtsfehler erkennen. Zwar trägt im Individualrechtsstreit der Vertragspartner des Verwenders, hier also der Beklagte, die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Da dem Vertragspartner jedoch regelmäßig der Einblick in die Kalkulationsgrundlagen des Verwenders fehlt und ihm deshalb der Vergleich mit den maßgeblichen typischen Verhältnissen am Markt erschwert ist, ist es Angelegenheit des Verwenders, die sein Angebot bestimmenden Daten offenzulegen und ihre Marktkonformität darzustellen. Dieser sekundären Darlegungslast hat die Klägerin nicht genügt. Dass die Klägerin zur Darlegung und Berechnung ihrer Kosten Sachverständigenbeweis angeboten hat, hilft ihr nicht über das Fehlen einer ausreichenden Darlegung hinweg. Es ist der Klägerin ohne Weiteres möglich und zumutbar, ihre Kalkulation offenzulegen, zumal der Beklagte seinerseits nicht in der Sicherheitsbranche tätig ist und mit der Klägerin in keinem Wettbewerbsverhältnis steht.

C. Kontext der Entscheidung

Der BGH hat mit dem Urteil eine Fallgestaltung entschieden, die bei den Instanzgerichten gerade in jüngster Zeit umstritten war. Während mehrere Instanzentscheidungen ebenfalls von der Anwendung des Dienstvertragsrechts und einer Unwirksamkeit langer Vertragslaufzeiten ausgegangen sind,⁹ haben andere Gerichte im Grundsatz Mietrecht angewendet und keine unangemessene Benachteiligung in der Vereinbarung von Mindestlaufzeiten über teilweise sechs Jahre gesehen.¹⁰

Die Erwägungen des BGH sind dabei überzeugend und berücksichtigen auch die Besonderheiten für Inhaber kleinerer Geschäfte, die einerseits aufgrund ihrer unternehmerischen Tätigkeit wissen sollten, worauf sie sich einlassen und anders als ein Verbraucher eher mit längeren Vertragslaufzeiten kalkulieren können und müssen. Andererseits besteht aber auch ein erhebliches finanzielles Risiko, wenn eine kurzfristige Geschäftsaufgabe notwendig sein sollte. Die monatlichen Zahlungen für die Alarmanlage mit Fernüberwachung scheinen dabei zunächst überschaubar, summieren sich angesichts der langen Laufzeit aber schnell auf hohe Beträge, wie hier auf mehr als 20.000 €.

Die Entscheidung des BGH zeigt, dass auch im unternehmerischen Verkehr lange Mindestlaufzeiten in Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Dauerschuldverhältnissen trotz der nicht einschlägigen Höchstfrist von zwei Jahren

nach § 309 Nr. 9a BGB problematisch sind. Hat der Anbieter hier die Interessen des Kunden an i.d.R. einer möglichst kurzen Laufzeit zu sehr aus dem Blick genommen, kann dies zur Unwirksamkeit der gesamten Klausel zur Mindestlaufzeit und zu einer Kündigungsmöglichkeit des Kunden innerhalb von weniger als einem Monat führen. Ob auch bei anderen Dauerschuldverhältnissen ein ähnlich strenger Maßstab gilt, lässt sich nicht pauschal beantworten, sondern bedarf letztlich einer Abwägung im Einzelfall.

D. Auswirkungen für die Praxis

Auch wenn die jeweiligen Verträge in ihrer Ausgestaltung und konkreten Laufzeit in der Praxis und den bislang ergangenen Entscheidungen unterschiedlich sind und im Einzelfall eine andere Bewertung geboten sein kann, wird bei entsprechenden Fernüberwachungsverträgen eine Mindestlaufzeit von jedenfalls mehr als vier Jahren i.d.R. unwirksam sein.¹¹ Entscheidend ist insbesondere, ob die lange Laufzeit für den Anbieter erforderlich ist, damit sich sein Aufwand für die Installation der Anlage und die Anschaffung der Geräte amortisiert. Hierbei kann auch zu berücksichtigen sein, ob der Anbieter die Geräte nach einer Kündigung des Vertrags für andere Kunden weiterverwendet oder ob der Kunde die Geräte nach Ende der Laufzeit behält und diese – mit einem anderen Anbieter – weiterhin sinnvoll einsetzen kann. Selbst bei einem „unentgeltlichen“ Erwerb der Geräte durch den Kunden ist allerdings das OLG München davon ausgegangen, dass bereits eine Laufzeit von 54 Monaten bei einem Fernüberwachungsvertrag zu lang ist.¹² Je geringer die Laufzeit, desto eher können die Nachteile der langen Laufzeit durch andere Vorteile für den Kunden kompensiert werden, etwa wenn der Kunde eine echte Wahl zwischen verschiedenen Laufzeiten hat und längere Laufzeiten zu einem verhältnismäßig günstigeren Preis führen oder wenn dem Kunden zusätzliche Kündigungsrechte insbesondere im Fall einer Geschäftsaufgabe eingeräumt werden.

⁹ Vgl. z.B. OLG Stuttgart, Urte. v. 07.12.2017 - 3 U 105/16; OLG München, Urte. v. 11.02.2015 - 7 U 3170/14; LG Mannheim, Urte. v. 18.10.2016 - 1 O 31/16; LG Freiburg, Urte. v. 10.06.2016 - 1 O 396/15.

¹⁰ So z.B. OLG Koblenz, Beschl. v. 14.09.2016 - 2 U 223/16; LG Mannheim, Urte. v. 03.11.2016 - 9 O 23/16; LG Karlsruhe, Urte. v. 06.08.2015 - 20 S 59/13.

¹¹ Vgl. zur Unwirksamkeit einer Laufzeit von 48 Monaten LG Bochum, Urte. v. 04.12.2001 - 9 S 196/01.

¹² OLG München, Urte. v. 11.02.2015 - 7 U 3170/14.

Sozialrechtliche Beratungspflichten und Amtshaftung

BGH, Urt. v. 02.08.2018 - III ZR 466/16

VPräsBSG Prof. Dr. Thomas Voelzke

A. Problemstellung

Angesichts der Komplexität des Rechts der sozialen Sicherung haben die Beratungspflichten der Sozialleistungsträger als Nebenpflichten des Sozialrechtsverhältnisses einen herausragenden Stellenwert. § 14 SGB I gewährt deshalb jedem Bürger einen subjektiven Anspruch auf Beratung über die Inanspruchnahme sozialer Rechte und die damit zusammenhängenden Pflichten.¹

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der 1984 geborene schwerbehinderte Kläger besuchte von August 1991 bis August 2002 eine Förderschule für geistig behinderte Menschen. Danach nahm er bis September 2004 an einer berufsbildenden Maßnahme in einer Werkstatt für behinderte Menschen teil. Da er in der Folgezeit seinen Lebensbedarf nicht durch Erwerbseinkommen decken konnte, beantragte seine zur Betreuerin bestellte Mutter bei dem Landratsamt laufende Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung. Die im Antragsformular gestellte Frage nach einem Rentenanspruch wurde verneint. Der Kläger bezog die existenzsichernden Leistungen von November 2004 bis Juli 2011.

Nachdem die Mutter des Klägers im Jahr 2011 durch eine andere Sachbearbeiterin des Landratsamts auf die bei rechtzeitiger Antragstellung zustehende Erwerbsunfähigkeitsrente hingewiesen worden war, stellte sie einen entsprechenden Antrag. Die Deutsche Rentenversicherung Bund bewilligte mit Wirkung von August 2011 eine Erwerbsunfähigkeitsrente i.H.v. zunächst 802,36 €. Der Rentenversicherungsträger teilte ergänzend mit, dass sich bei einer Antragstellung bis Ende Februar 2005 der frühestmögliche Rentenbeginn zum 01.12.2004 ergeben hätte.

Während das Landgericht der auf Schadensersatz i.H.v. 50.322,61 € (Differenz zwischen Grundsicherung und Rente) gerichteten Klage stattgegeben hat, hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen.

Die Revision des Klägers führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung an die Vorinstanz. Der BGH hat eine Amtspflichtverletzung i.S.d. § 839 Abs. 1

Satz 1 BGB mit Rücksicht auf den unterlassenen Hinweis darauf, dass auch ein Anspruch des Klägers auf Gewährung einer Erwerbsunfähigkeitsrente in Betracht kam, bejaht. Der BGH hebt in seinen Ausführungen zu den für Sozialleistungsträger bestehenden besonderen Beratungs- und Betreuungspflichten (§ 2 Abs. 2 Halbsatz 2, §§ 14, 15 und § 17 Abs. 1 SGB I) hervor, dass eine umfassende Beratung Grundlage für das Funktionieren des immer komplizierter werdenden sozialen Leistungssystems sei. Der Leistungsträger könne sich nicht auf die Beantwortung konkreter Fragen oder abgegrenzter Bitten beschränken, sondern müsse sich bemühen, das konkrete Anliegen des Ratsuchenden zu ermitteln und unter dem Gesichtspunkt einer verständnisvollen Förderung prüfen, ob über die konkrete Fragestellung hinaus Anlass bestehe, auf Gestaltungsmöglichkeiten und deren Vor- oder Nachteile hinzuweisen.

Anknüpfend an die Rechtsprechung des BSG² zu § 14 SGB I geht auch der BGH davon aus, dass Beratungspflichten nicht nur des Leistungsträgers bestehen, gegenüber dem Rechte geltend zu machen oder Pflichten zu erfüllen sind, sondern Beratungspflichten auch eine „andere Behörde“ betreffen können. Sei anlässlich eines Kontakts mit einem anderen Sozialleistungsträger ein zwingender rentenversicherungsrechtlicher Beratungsbedarf ersichtlich, so bestehe für den angegangenen Sozialleistungsträger auch ohne entsprechendes Beratungsbegehren zumindest die Pflicht, dem Bürger nahezu legen, sich auch von dem Rentenversicherungsträger beraten zu lassen. Ferner verweist der BGH auf die in § 11 SGB XII geregelten speziellen Beratungspflichten der Sozialhilfeträger, die die Leistungsberechtigten u.a. auch für den Erhalt von anderen Sozialleistungen befähigen sollen (§ 11 Abs. 2 Satz 3 SGB XII).³

Ferner steht der Beratungspflicht nach der Entscheidung des BGH nicht entgegen, dass die Mutter des Klägers als ehrenamtliche Betreuerin beim Ausfüllen des Antragsformulars für den Erstantrag die Frage nach einem Rentenanspruch ausdrücklich verneint hatte. Ein Mitverschulden der Mutter wird abgelehnt. Denn es habe auf der Hand gelegen, dass sie über die einschlägigen Regelungen und ihre Auswirkungen nicht informiert gewesen sei. Es habe im Rahmen des Antrags ein konkreter Anlass bestanden, auf die zutage liegenden rentenrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten hinzuweisen.

Schließlich beschäftigt sich der BGH unter dem Aspekt des Verschuldens des Mitarbeiters des Beklagten mit der sog.

¹ Öndül in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB I, 3. Aufl. 2018, § 14 Rn. 13.

² BSG, Urt. v. 30.09.2009 - B 9 VG 3/08 R Rn. 44.

³ Luthe in: Hauck/Noftz, SGB XII, § 11 Rn. 22, Stand 4/2017; Müller-Grüne in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB XII, 2. Aufl. 2014, § 11 Rn. 21.

Kollegialgerichtsrichtlinie. Diese besagt, dass einen Amtsträger i.d.R. kein Verschulden trifft, wenn ein mit mehreren Rechtskundigen besetztes Kollegialgericht die Amtstätigkeit als objektiv rechtmäßig angesehen hat.⁴ Der BGH geht von einer Nichtanwendbarkeit der Kollegialgerichtsrichtlinie aus, weil das Oberlandesgericht jedenfalls für die Beurteilung des Falls wesentliche Gesichtspunkte unberücksichtigt gelassen habe und sich bereits in seinem rechtlichen Ausgangspunkt nicht von einer rechtlich verfehlten Betrachtungsweise habe freimachen können. Das Berufungsgericht habe bei der Prüfung der im Sozialrecht bestehenden Belehrungs- und Beratungspflichten eine im Ausgangspunkt verengte Sichtweise zugrunde gelegt.

C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung weist vielschichtige Querverbindungen zum sozialrechtlichen Herstellungsanspruch auf, die die Entscheidung auch für den Sozialrechtler hochinteressant machen. Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch ist von der Rechtsprechung der Sozialgerichte als verschuldensunabhängige Korrekturmöglichkeit bei fehlerhaftem Verwaltungshandeln entwickelt worden. Er setzt grds. voraus, dass ein Sozialleistungsträger eine ihm gegenüber einem Berechtigten obliegende Nebenpflicht aus dem Sozialrechtsverhältnis verletzt, dem Berechtigten ein unmittelbarer (sozialrechtlicher) Nachteil entsteht und zwischen der Pflichtverletzung und dem Nachteil ein Ursachenzusammenhang vorliegt. Der Herstellungsanspruch ist grds. auf die Vornahme der Amtshandlung gerichtet, die den möglichen und rechtlich zulässigen Zustand erreicht, der ohne die Pflichtverletzung eingetreten wäre.⁵

Der BGH beschäftigt sich ausdrücklich mit der Frage, ob der Herstellungsanspruch als Rechtsmittel i.S.d. § 839 Abs. 3 BGB anzusehen ist. Hiernach tritt die Ersatzpflicht nicht ein, wenn der Verletzte es vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Der BGH konnte insoweit auf seine Rechtsprechung verweisen, wonach der sozialrechtliche Herstellungsanspruch und der Folgenbeseitigungsanspruch keine Rechtsmittel im Sinne der Vorschrift sind.⁶ In einer Hilfsbegründung geht der BGH – allerdings mit insoweit nicht wirklich überzeugender Begründung – davon aus, dass die Voraussetzungen des Herstellungsanspruchs hier auch nicht vorgelegen hätten.

Im Übrigen folgt der BGH unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die vorliegende Rechtsprechung denjenigen Leitlinien, die das BSG bereits zum Herstellungsanspruch herausgearbeitet hatte. Dies gilt zunächst für die vom BGH bejahte Verpflichtung zur sog. Spontanberatung, d.h. zur Durchführung einer Beratung auch ohne ein ausdrücklich darauf ge-

richtetes Begehren des Leistungsberechtigten.⁷ Die Verletzung einer derartigen Verpflichtung ohne Auskunfts- oder Beratungsbegehren wird vom BSG anerkannt, wenn sich im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens ein konkreter Anlass ergibt, den Leistungsberechtigten spontan auf klar zutage liegende Gestaltungsmöglichkeiten hinzuweisen, die sich offensichtlich als zweckmäßig aufdrängen und die jeder verständige Leistungsberechtigte als naheliegende Gestaltungsmöglichkeit mutmaßlich nutzen würde.⁸

Der BGH konnte auch auf vergleichbare Erwägungen des BSG zum Herstellungsanspruch stützen, soweit auf eine „trägerübergreifende“ Beratungspflicht abzustellen war. Hierfür sind verschiedene Fallgruppen gebildet worden.⁹ Einschlägig ist hier diejenige Konstellation, wonach eine zurechenbare Beratungspflicht dann angenommen wird, wenn die Zuständigkeitsbereiche beider Stellen eng miteinander verknüpft sind, die andere Behörde im fraglichen Zeitpunkt der aktuelle „Ansprechpartner“ des Leistungsberechtigten ist und die Behörde aufgrund der ihr bekannten Umstände erkennen kann, dass bei dem Berechtigten im Hinblick auf das andere sozialrechtliche Gebiet ein dringender Beratungsbedarf in einer gewichtigen Frage besteht.¹⁰

D. Bewertung

Der BGH hat zu Recht auf die durch das materielle Recht bewirkte enge Verknüpfung der Zuständigkeitsbereiche von Rentenversicherungsträgern einerseits und Trägern der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung andererseits hingewiesen. Denn die Leistungsgewährung setzt in beiden Leistungssystemen übereinstimmend voraus, dass der Leistungsberechtigte voll erwerbsgemindert ist. Eine volle Erwerbsminderung liegt nach § 43 Abs. 2 Satz 2 SGB VI vor, wenn der Leistungsberechtigte wegen Krankheit oder Behinderung auf nicht absehbare Zeit außerstande ist, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarkts mindestens drei Stunden täglich erwerbstätig zu sein. Die Zuweisung in das Leistungssystem der gesetzlichen Rentenversicherung bzw. in die Grundsicherung

4 BGH, Urt. v. 06.02.1986 - III ZR 109/84 Rn. 33; BGH, Urt. v. 07.09.2017 - III ZR 618/16 Rn. 25.

5 Vgl. BSG, Urt. v. 17.02.2009 - B 2 U 34/07 R Rn. 27; BSG, Urt. v. 19.12.2013 - B 2 U 14/12 R Rn. 23; zum Herstellungsanspruch: Öndül in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB I, 3. Aufl. 2018, § 14 Rn. 52 ff.

6 BGH, Urt. v. 04.07.2013 - III ZR 221/86.

7 Hierzu Knecht in: Hauck/Noftz, SGB I, § 14 Rn. 15, Stand VI/2010; Öndül in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB I, 3. Aufl. 2018, § 14 Rn. 34 ff.

8 BSG, Urt. v. 09.02.1997 - 8 RKn 1/97 Rn. 17; BSG, Urt. v. 18.01.2011 - B 4 AS 29/10 R.

9 Vgl. dazu BSG, Urt. v. 30.09.2009 - B 9 VG 3/08 R Rn. 45.

10 BSG, Urt. v. 22.10.1996 - 13 RJ 69/95 Rn. 32; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 20.06.2011 - 3 C 36/10 Rn. 32.

im Alter oder bei Erwerbsminderung hängt also bei Vorliegen einer vollen Erwerbsminderung nur von den weiteren Voraussetzungen der jeweiligen Leistung ab. Die weiteren Voraussetzungen für eine Erwerbsminderungsrente nach dem SGB VI sind erfüllt, wenn der Versicherte in den letzten drei Jahren vor Eintritt der Erwerbsminderung drei Jahre Pflichtbeiträge für eine versicherte Beschäftigung oder Tätigkeit hat und er vor Eintritt der Erwerbsminderung die allgemeine Wartezeit erfüllt hat.

Die beiden hier im Raum stehenden Leistungen bilden also eine für das Sozialrecht geradezu typische Schnittstelle zwischen zwei Leistungssystemen: Lediglich das Vorliegen der versicherungsrechtlichen Voraussetzungen entscheidet darüber, ob der Leistungsberechtigte dem Versicherungs- oder dem Fürsorgesystem zuzuweisen ist. Die somit auf der Hand liegende Weichenstellung macht einen Hinweis auf mögliche Gestaltungsmöglichkeiten des Leistungsberechtigten unumgänglich. Darüber hinaus musste sich die

Spontanberatungspflicht für den Bediensteten des Sozialhilfeträgers schon mit Rücksicht darauf aufdrängen, dass sie wegen des Nachrangs der Fürsorgeleistung im ureigenen Interesse seiner Behörde lag. Eine Beratungspflicht, die sich allein auf den eigenen Zuständigkeitsbereich eines Sozialleistungsträgers beschränkt, würde ihrem Sinn und Zweck widersprechen.¹¹

Die Übertragung der vom BSG zum Herstellungsanspruch entwickelten Maßgaben auf den Amtshaftungsanspruch nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG ist aus der Sicht der Leistungsberechtigten geeignet, Lücken im Rechtsschutz bei nicht durch rechtmäßige Amtshandlungen zu beseitigende Nachteile zu schließen.¹²

11 Nelissen, jurisPR-SozR 21/2018 Anm. 1.

12 Ebenso Felix, JZ 2018, 1166.

Verwaltungsrecht

Die Abschiebung terroristischer Gefährder

RiBVerwG a.D. Prof. Dr. Harald Dörig

A. Einleitung

Die Gefahr terroristischer Anschläge ist weiterhin hoch, auch wenn Deutschland von ausgeführten Taten bisher nicht in gleicher Weise betroffen war wie Frankreich oder Belgien. Anfang 2019 waren in Deutschland etwas mehr als 750 Personen als extremistische oder terroristische „Gefährder“ eingestuft und weitere 470 als „Relevante Personen“.¹ Als „Gefährder“ im Sinne der polizeifachlichen Terminologie werden Personen eingestuft, bei denen bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie politische Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen werden.² „Relevante Personen“ sind solche, die innerhalb des extremistischen Spektrums eine Rolle als Führungsperson, Unterstützer, Logistiker, Akteur oder Kontaktperson eines Gefährders einnehmen. Die meisten Gefährder und Relevanten Personen gehören zu dem etwa 25.000 Personen umfassenden Kreis radikaler Islamisten und bilden innerhalb dieses Kreises die gefährlichste Gruppe. Etwa die Hälfte von ihnen sind Deutsche, die anderen Ausländer. Einige von ihnen haben zwei Staatsangehörigkeiten. Nach einem Gesetzesvorhaben der Bundesregierung soll den Doppelstaatern unter bestimmten Voraussetzungen zukünftig die deutsche Staatsangehörigkeit entzogen werden können.³

Etwa 40 % des betreffenden Personenkreises stellt ein „hohes Risiko“ dar, weitere 10 % ein „auffälliges Risiko“ und 50 % ein „moderates Risiko“. Die Einstufung erfolgt auf der Grundlage eines speziell für Personen des islamistischen Spektrums entwickelten Instruments zur regelgeleiteten Risikobewertung mit dem Namen RADAR-iTE.⁴ Das Instrument erlaubt den Sicherheitsorganen eine Priorisierung innerhalb der beobachteten Zielgruppe und begünstigt damit einen effizienten Einsatz polizeilicher Ressourcen. Die Einstufung in „hohes“, „auffälliges“ und „moderates“ Risiko indiziert die jeweilige Wahrscheinlichkeit für die Begehung einer schweren Gewalttat in Deutschland und den damit verbundenen Interventions- und Abklärungsbedarf.

1 Die Zahlen in diesem Kapitel ergeben sich aus den Antworten der Bundesregierung vom 13.03.2019, BT-Drs. 19/8304, S. 2 und vom 09.11.2018, BT-Drs. 19/5648.

2 Antwort der Bundesregierung vom 27.04.2018, BT-Drs. 19/1558, S. 2.

3 Gesetzentwurf der Bundesregierung: Drittes Gesetz zur Änderung des StAG vom April 2019, BR-Drs. 154/19.

4 Antwort der Bundesregierung vom 27.04.2018, BT-Drs. 19/1558, S. 9. Die Abkürzung RADAR-iTE bedeutet: „Regelbasierte Analyse potenziell destruktiver Täter zur Einschätzung des akuten Risikos – islamistischer Terrorismus“.

Während die deutschen Gefährder lediglich überwacht werden können,⁵ ermöglicht das Instrumentarium des Ausländerrechts die Ausweisung und Abschiebung der Nicht-Deutschen in den Staat ihrer Staatsangehörigkeit – vorausgesetzt die rechtlichen Voraussetzungen sind erfüllt. Ein besonders scharfes Schwert stellt das Institut der Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG dar, das im Folgenden näher dargestellt wird. Von diesem für Top-Gefährder geschaffenen Instrument machen die Bundesländer erst seit 2017 Gebrauch. Mittlerweile liegen mehrere gerichtliche Entscheidungen zur Auslegung und Anwendung dieser Vorschrift vor. Sie stammen alle vom BVerwG, das als Fachgericht insoweit erst- und letztinstanzlich zuständig ist – kontrolliert nur vom BVerfG und EGMR, die die Rechtsprechungslinie des BVerwG bestätigt haben.

B. Die Bedeutung der Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG

Die auf terroristische Top-Gefährder zugeschnittene Vorschrift des § 58a AufenthG führt zu einer Beschleunigung des Verfahrens der Aufenthaltsbeendigung und zu einer Konzentration der Zuständigkeit auf hochrangige behördliche und gerichtliche Entscheidungsträger. Die Behörden haben von diesem gesetzlichen Instrument bisher nur in zwölf Fällen Gebrauch gemacht.⁶ Keine der Verfügungen wurde gerichtlich aufgehoben. Im Fall des Berliner Attentäters Anis Amri wurde vom Erlass einer solchen Anordnung in Verkennung des von Amri ausgehenden Gefährdungspotenzials abgesehen.

Der Beschleunigungseffekt einer Anordnung nach § 58a AufenthG wird durch einen Vergleich mit dem Regelverfahren der Aufenthaltsbeendigung deutlich: I.d.R. wird der Aufenthalt eines sich legal in Deutschland aufhaltenden Ausländers in einem dreistufigen Verfahren beendet. Zunächst wird eine Ausweisungsverfügung erlassen, dieser folgt eine Abschiebungsandrohung, schließlich wird der Ausländer bei nicht freiwilliger Ausreise im Wege der Abschiebung außer Landes gebracht. Gegen alle drei Akte ist gerichtlicher Rechtsschutz möglich, die Anfechtung einer Ausweisungsverfügung hat zudem grds. aufschiebende Wirkung.

Die Dreistufigkeit der Aufenthaltsbeendigung entfällt bei der Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG, der Rechtsschutz wird verkürzt auf die Kontrolle durch ein Gericht – das BVerwG. Es muss keine Ausweisungsverfügung mehr erlassen werden, genauso wenig eine Androhung der Abschiebung. Damit erübrigt sich auch die Bestimmung einer Frist zur freiwilligen Ausreise. Die Abschiebungsanordnung ist sofort vollziehbar. Sie wird nicht von den örtlichen Ausländerbehörden erlassen, sondern von den Landesinnenministerien oder vom Bundesinnenminister. Ein

Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz muss innerhalb von sieben Tagen nach Bekanntgabe der Abschiebungsanordnung gestellt werden. Ist dies der Fall, darf die Verfügung bis zur gerichtlichen Entscheidung über den Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO nicht vollzogen werden, wohl aber danach. Gewährt das BVerwG nämlich keinen vorläufigen Rechtsschutz, kann der Ausländer schon vor der gerichtlichen Entscheidung in der Hauptsache abgeschoben werden. Das wurde auch in den meisten der seit 2017 beim BVerwG anhängigen Verfahren so praktiziert.

C. Die Voraussetzungen für den Erlass einer Anordnung nach § 58a AufenthG

Der Erlass einer Anordnung nach § 58a AufenthG setzt voraus, dass sie der Abwehr einer vom Ausländer ausgehenden „besonderen Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland“ oder einer „terroristischen Gefahr“ dient. Die Gefahreinschätzung muss auf einer „auf Tatsachen gestützten Prognose“ beruhen. Damit stellt sich die Frage, von welchem Gefahrbegriff das Gesetz – auch im Verhältnis zum allgemeinen Ausweisungsrecht – ausgeht.

I. Der Gefahrbegriff

Das allgemeine Ausweisungsrecht setzt für eine spezialpräventiv begründete Ausweisung voraus, dass vom Aufenthalt des Ausländers eine konkrete Gefahr für geschützte Rechtsgüter ausgeht. Auch das neue, seit 2016 in §§ 53 ff. AufenthG normierte Ausweisungsrecht bestimmt den Gefahrbegriff nach den im allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht entwickelten Grundsätzen.⁷ Danach ist für den Erlass einer Ausweisungsverfügung die Prognose erforderlich, dass mit hinreichender Wahrscheinlichkeit durch die weitere Anwesenheit des Ausländers in Deutschland ein Schaden an einem der in §§ 53 ff. AufenthG aufgeführten Schutzgüter eintreten wird.⁸ Zur Abwehr einer terroristischen Gefahr wäre etwa die Konkretisierung einer entsprechenden Anschlagplanung erforderlich.

1. Die Konkretisierung der Gefahr

Für eine Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG muss die Bedrohung vom Ausländer selbst ausgehen, sie muss hingegen nicht bereits die Schwelle einer konkreten Gefahr im Sinne des polizeilichen Gefahrenabwehrrechts

5 Zum Gefährderbegriff im neueren Polizeirecht vgl. Wartenphul, JM 2017, 423 und Berlit, ZAR 2018, 89, 92.

6 Antwort der Bundesregierung vom 09.11.2018, BT-Drs. 19/5648, S. 8.

7 Gesetzesbegründung der Bundesregierung vom 25.02.2015, BT-Drs. 18/4097, S. 49.

8 BVerwG, Urt. v. 22.02.2017 - 1 C 3/16 Rn. 23.

überschreiten.⁹ Dies ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut der Vorschrift, die zur Abwehr einer besonderen Gefahr lediglich eine auf Tatsachen gestützte Prognose verlangt. Auch Sinn und Zweck der Regelung sprechen angesichts des hohen Schutzguts und der vom Terrorismus ausgehenden neuartigen Bedrohungen für einen abgesenkten Gefahrenmaßstab. Allerdings reicht ein bloßer Gefahrverdacht nicht aus, wie das die Bundestagsfraktion der CDU/CSU im Gesetzgebungsverfahren gefordert hatte.¹⁰ Ein Gefahrverdacht reicht typischerweise nur aus, um Aufklärungs- oder Vorsorgemaßnahmen zu ergreifen, etwa zur Vorsorge bei Infektionsgefahren oder schädlichen Emissionen.¹¹

Die Gefahrenkonkretisierung liegt bei § 58a AufenthG zwischen einem bloßen Gefahrverdacht und einer konkreten Gefahr im Sinne des Polizeirechts. Erforderlich ist ein „beachtliches Risiko“, dass sich eine terroristische Gefahr und/oder eine dem gleichzustellende Gefahr für die innere Sicherheit der Bundesrepublik in der Person des Ausländers jederzeit aktualisieren kann, sofern nicht eingeschritten wird. Hierfür müssen „konkrete tatsächliche Anhaltspunkte“ vorliegen.¹² In Bezug auf terroristische Straftaten, die oft von bisher nicht straffällig gewordenen Einzelnen an nicht vorhersehbaren Orten und in ganz verschiedener Weise verübt werden, kann dies schon dann der Fall sein, wenn zwar noch nicht ein seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen erkennbar ist, jedoch das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie solche Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird.

Hiervon kann auch in Fällen ausgegangen werden, in denen sich eine Person in hohem Maße mit einer militanten, gewaltbereiten Auslegung des Islam identifiziert, den Einsatz von Gewalt zur Durchsetzung dieser radikal-islamischen Auffassung für gerechtfertigt und die Teilnahme am sog. Jihad als verpflichtend ansieht.¹³ Gefahrerhöhende Umstände können sich auch aus einem freiwilligen Aufenthalt im Ausland im unmittelbaren Umfeld jihadistischer oder sonstiger terroristischer Vereinigungen ergeben.

2. Die terroristische Gefahr

§ 58a AufenthG dient der Abwehr einer „terroristischen Gefahr“ oder einer „besonderen Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland“. Praktisch relevant geworden ist in der Praxis die Abwehr von terroristischen Gefahren.

Der Begriff der „terroristischen Gefahr“ knüpft an die neuartigen Bedrohungen an, die sich nach dem 11.09.2001 herausgebildet haben. Diese sind in ihrem Aktionsradius nicht territorial begrenzt und gefährden die Sicherheitsinteressen auch anderer Staaten. Wesentliche Kriterien für die Konkretisierung des Begriffs der „terroristischen Gefahr“ können aus der Defi-

nition terroristischer Straftaten in Art. 2 Abs. 1 Buchst. b des Internationalen Übereinkommens zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus vom 09.12.1999,¹⁴ aus der Definition terroristischer Straftaten auf der Ebene der Europäischen Gemeinschaft im Beschluss des Rates Nr. 2002/475/JI vom 13.06.2002¹⁵ sowie dem Gemeinsamen Standpunkt des Rates Nr. 2001/931/GASP über die Anwendung besonderer Maßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus vom 27.12.2001¹⁶ und Art. 3 der Richtlinie (EU) 2017/541 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.03.2017 zur Terrorismusbekämpfung¹⁷ gewonnen werden. Nach der Rechtsprechung des BVerwG liegt eine völkerrechtlich geächtete Verfolgung politischer Ziele mit terroristischen Mitteln jedenfalls dann vor, wenn politische Ziele unter Einsatz gemeingefährlicher Waffen oder durch Angriffe auf das Leben Unbeteiligter verfolgt werden.¹⁸

Eine terroristische Gefahr kann nicht nur von Organisationen, sondern auch von Einzelpersonen ausgehen, die nicht als Mitglieder oder Unterstützer in eine terroristische Organisation eingebunden sind oder in einer entsprechenden Beziehung zu einer solchen stehen. Erfasst sind grds. auch Zwischenstufen lose verkoppelter Netzwerke, (virtueller oder realer) Kommunikationszusammenhänge oder „Szeneeinbindungen“, die auf die Realitätswahrnehmung einwirken und geeignet sind, die Bereitschaft zur Begehung einer terroristischen Tat zu wecken oder zu fördern.¹⁹

Nicht erforderlich ist, dass sich die terroristische Gefahr im Inland realisiert. § 58a AufenthG erfasst daher auch Fallgestaltungen, in denen ein in Deutschland lebender Ausländer in einen anderen Staat (z.B. Irak, Syrien) reisen will, um dort terroristische Anschläge zu begehen. Denn terroristische Bedrohungen gefährden die Sicherheitsinteressen der Staatengemeinschaft und nicht allein desjenigen Staates, in

9 BVerwG, Urt. v. 22.08.2017 - 1 A 3/17 Rn. 25.

10 Bericht des Innenausschusses des Deutschen Bundestages zum Entwurf eines Zuwanderungsgesetzes vom 07.05.2003, BT-Drs. 15/955, S. 49.

11 Vgl. BVerwG, Urt. v. 22.03.2012 - 3 C 16/11 Rn. 25; BVerwG, Urt. v. 23.07.2015 - 7 C 10/13 Rn. 28.

12 BVerwG, Urt. v. 22.08.2017 - 1 A 3/17 Rn. 25; BVerwG, Urt. v. 06.02.2019 - 1 A 3/18 Rn. 33.

13 BVerwG, Urt. v. 06.02.2019 - 1 A 3/18 Rn. 34.

14 BGBl. II 2003, 1923.

15 EU ABI. L 164, S. 3.

16 EU ABI. L 344, S. 93.

17 EU ABI. L 88, S. 6.

18 Dazu etwa BVerwG, Urt. v. 15.03.2005 - 1 C 26/03; BVerwG, Urt. v. 25.10.2011 - 1 C 13/10 Rn. 19; BVerwG, Urt. v. 06.02.2019 - 1 A 3/18 Rn. 31; zustimmend BVerfG, Beschl. v. 24.07.2017 - 2 BvR 1487/17 Rn. 37.

19 BVerwG, Urt. v. 21.08.2018 - 1 A 16/17 Rn. 27; BVerwG, Urt. v. 06.02.2019 - 1 A 3/18 Rn. 31.

dessen Gebiet sie nach dem Willen der terroristischen Kämpfer Platz greifen sollen.²⁰

II. Die Gefahrenprognose

1. Wahrscheinlichkeitsmaßstab

Die Prognose, dass von dem betreffenden Ausländer eine Gefahr i.S.d. § 58a AufenthG ausgeht, erfolgt unter Anwendung eines Wahrscheinlichkeitsmaßstabs, der von dem im Gefahrenabwehrrecht sonst geltenden Prognosemaßstab abweicht. Für ein Einschreiten nach § 58a AufenthG muss eine bestimmte Entwicklung nämlich nicht wahrscheinlicher sein als eine andere.²¹ Vielmehr genügt, dass sich aus den festgestellten Tatsachen ein beachtliches Risiko dafür ergibt, dass die von einem Ausländer ausgehende Bedrohungssituation sich jederzeit aktualisieren und in eine konkrete terroristische Gefahr und/oder eine dem gleichzustellende Gefahr für die innere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland umschlagen kann.

Dieses beachtliche Eintrittsrisiko kann sich auch aus Umständen ergeben, denen (noch) keine strafrechtliche Relevanz zukommt, etwa wenn ein Ausländer fest entschlossen ist, in Deutschland einen mit niedrigem Vorbereitungsaufwand möglichen schweren Anschlag zu verüben, auch wenn er noch nicht mit konkreten Vorbereitungs- oder Ausführungshandlungen begonnen hat und die näheren Tatumstände nach Ort, Zeitpunkt, Tatmittel und Angriffsziel noch nicht feststehen. Eine hinreichende Bedrohungssituation kann sich aber auch aus anderen Umständen ergeben. Als ein derartiger Umstand ist die vollendete oder versuchte Ausreise einer salafistisch radikalisierten Person anzusehen, die mit dem Ziel erfolgt, an dem militärischen oder terroristischen „Kampf zur Verteidigung des Islams“ teilzunehmen und/oder sich für terroristische Zwecke ausbilden zu lassen, um sodann als „Märtyrer“ ins Paradies einzuziehen. Ist eine solche Reise für diese oder andere terroristische Zwecke bestimmt, so ist es für die Annahme jedenfalls einer terroristischen Gefahr grds. unerheblich, dass diese Person noch keine konkreten Vorstellungen von dem Ort der Begehung terroristischer Straftaten entwickelt hat.²²

In jedem Fall bedarf es einer umfassenden Würdigung der Persönlichkeit des Ausländers, seines bisherigen Verhaltens, seiner nach außen erkennbaren oder geäußerten inneren Einstellung, seiner Verbindungen zu anderen Personen und Gruppierungen, von denen eine terroristische Gefahr und/oder eine Gefahr für die innere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland ausgeht sowie sonstiger Umstände, die geeignet sind, den Ausländer in seinem gefahrträchtigen Denken oder Handeln zu belassen oder zu bekräftigen. Ein

beachtliches Risiko, das ohne ein Einschreiten jederzeit in eine konkrete Gefahr umschlagen kann, kann sich – abhängig von den Umständen des Einzelfalls – in der Gesamtschau schon daraus ergeben, dass ein im Grundsatz gewaltbereiter und auf Identitätssuche befindlicher Ausländer sich in besonderem Maße mit dem radikal-extremistischen Islamismus in seinen verschiedenen Ausprägungen bis hin zum ausschließlich auf Gewalt setzenden jihadistischen Islamismus identifiziert, über enge Kontakte zu gleichgesinnten, möglicherweise bereits anschlagsbereiten Personen verfügt und sich mit diesen in „religiösen“ Fragen regelmäßig austauscht.²³

2. Wichtige Faktoren für die Prognose

Unter Auswertung der in den letzten zwei Jahren ergangenen Entscheidungen des BVerwG zu § 58a AufenthG sind insbesondere die nachstehenden Faktoren von Bedeutung für die Gefahrenprognose:

- a. Einbindung in die extremistische/islamistische Szene, Stellung innerhalb der Szene;
- b. Ausstieg aus dem „bürgerlichen Leben“ (Studium, Beruf, Sportverein, Familie);
- c. Besitz extremistischen/islamistischen Propagandamaterials;
- d. Ausreise in „IS“-Kampfgebiete oder Versuch dazu;
- e. Gewaltbereitschaft/Verfügbarkeit von Waffen/Anleitung zum Bombenbau;
- f. Aussprache von konkreten Drohungen, Ankündigung von Gewaltakten;
- g. Labile Persönlichkeitsstruktur/leichte Beeinflussbarkeit/Selbstmordgedanken;
- h. Fehlende oder vorhandene Stabilisierung durch Familie/Partnerin/Verantwortung für Kinder;
- i. Keine Deradikalisierung nach der Tat.

3. Exemplarische Gefährderprofile

Von den zwölf in den Jahren 2017 und 2018 erlassenen behördlichen Abschiebungsanordnungen²⁴ wurden mit einer Ausnahme alle gerichtlich angefochten. Aus den vom BVerwG entschiedenen elf Fällen werden im Folgenden exemplarisch fünf Gefährderprofile dargestellt:

- a. Ein Schwarzafrikaner aus Niedersachsen (23 Jahre). Angehöriger der dortigen salafistischen Szene, „IS“-Sym-

20 BVerwG, Urt. v. 06.02.2019 - 1 A 3/18 Rn. 31.

21 BVerwG, Urt. v. 22.08.2017 - 1 A 3/17 Rn. 27; BVerwG, Urt. v. 21.08.2018 - 1 A 16/17 Rn. 32.

22 BVerwG, Urt. v. 06.02.2019 - 1 A 3/18 Rn. 36.

23 BVerwG, Urt. v. 22.08.2017 - 1 A 3/17 Rn. 28.

24 Die Zahl ergibt sich aus der Antwort der Bundesregierung vom 09.11.2018, BT-Drs. 19/5648, S. 8.

pathisant. Ausreisewunsch zum Zweck der Beteiligung an Kampfeinsätzen in Syrien oder Nachbarstaaten. Planung eines Anschlags in Deutschland in Abstimmung mit einem Gesprächspartner. In Betracht zog er „Abstechen von zwei Polizisten“, Bau einer Autobombe, Anschlag auf Uniparty oder Schwulenparade, Steinwurf von einer Autobahnbrücke, Einsatz eines Pkw oder Lkw. Er war entschlossen, sein Leben für den „IS“ zu geben. In seiner Wohnung wurden Videos mit brutalen Enthauptungsszenen gefunden.

- b. Nordafrikaner aus Bremen (37 Jahre). Verkehrte regelmäßig im Islamischen Kulturzentrum und gehörte einer besonders radikalen Strömung des Salafismus an. Die Gruppe hat sich von anderen Moschee-Besuchern abgekapselt und hält das Attentat auf den Berliner Weihnachtsmarkt für gerechtfertigt. Sein Bruder hat sich im Irak als Selbstmordattentäter in die Luft gesprengt. Er hat mit dem Selbstmordattentat seines Bruders gegenüber Dritten geprahlt. Hat Bekanntem Video von „IS“-Exekutionen gezeigt und betont, stolz auf Taten des „IS“ zu sein. Handy enthält Propagandavideo des „IS“ und „IS“-Kampfgesänge (Nasheeds). Er ist gewaltbereit, hat in Deutschland, Frankreich, Spanien und Schweiz Straftaten begangen, die sich auch gegen körperliche Unversehrtheit, persönliche Freiheit und gegen die Staatsgewalt gerichtet haben. Er wurde durch das Strafgericht Paris 2015 wegen öffentlicher Verherrlichung einer terroristischen Handlung zu einer Freiheitsstrafe und einem lebenslangen Einreiseverbot verurteilt. Einer im Gesundheitswesen tätigen Person hat er wegen ihres jüdischen Aussehens mit dem Tode gedroht.
- c. Osteuropäer aus Bremen (18 Jahre). Im Alter von drei Jahren nach Deutschland gekommen. Im Alter von 15 islamistisch radikalisiert. Plante 2014 die Ausreise nach Syrien, um sich dem „IS“ anzuschließen. Auf seinem Smartphone wurden u.a. Videos mit Syrien- und „IS“-Bezug (u.a. Kriegsszenen, Bombenattentate, „IS“-Flagge) sowie Nasheeds gefunden. Betätigt sich in salafistischer Szene in Bremen. Sein ganzes Denken kreist um den Islam und was die Religion ihm gebietet. Im Januar 2017 erklärte er sich gegenüber einem Chat-Partner bereit, an einem Anschlag auf ein Einkaufszentrum in Oberhausen mitzuwirken, bei dem ein Sprengstoffgürtel oder eine Schusswaffe eingesetzt werden sollten. Auf seinem Smartphone wurde ein Video gefunden, das eine konkrete Schritt-für-Schritt-Anleitung zur Herstellung einer Splitterbombe enthielt. Eine weitere Videosequenz zeigte einen Kurzfilm, in dem eine verummte Person erklärt, wie ein Mensch mit einem einfachen Messer zu töten ist. Hegte auch Selbstmordgedanken. Ist naiv, leicht beeinflussbar. Es bedarf nur eines geringen Anstoßes durch Freunde, um ihn zu einem Anschlag zu bewegen.
- d. Nordafrikaner aus Hessen (38 Jahre). Er wurde 2017 im Rahmen einer Antiterrorrazzia u.a. wegen des Verdachts der Unterstützung einer terroristischen Vereinigung im Ausland in Untersuchungshaft genommen. Hat an Propaganda-Video des „IS“ mitgewirkt mit dem Titel „Öffentliche Videovorführung der Verbrennung eines jordanischen Piloten durch den Islamischen Staat in der Provinz Ninawa“. Darin spricht er den Text: „Er hätte primär Juden und Christen bombardieren müssen, die die Ehre der Muslime verletzt haben.“ Im Video ist ein Schild zu sehen, auf dem die Logos diverser „IS“-Propagandastellen abgebildet sind. Auf seinem Mobiltelefon waren zahlreiche Bilddateien mit der Ermordung von „IS“-Gefangenen. Er hat in den Reihen des „IS“ gekämpft, Anschläge sowohl in Nordafrika als auch in Deutschland geplant und war als Rekrutierer und Organisator für den „IS“ tätig.
- e. Türke aus Hessen (21 Jahre). Er wurde in Deutschland geboren. Gehörte hier seit Längerem der radikal-salafistischen Szene an. Bei ihm wurden zahlreiche Mediendateien aufgefunden, in denen u.a. die Pflicht, in den Jihad zu ziehen, unterstrichen und jihadistische Märtyrer glorifiziert werden. In einem Telefonat mit einem Bekannten sang er einen religiösen Sprechgesang, der u.a. die Verse enthält: „Ich soll für den Weg Gottes sterben, Mutter!“, „Mein Blut soll fließen [...], Mutter.“ und „Es werden auf jeden Fall die Köpfe der Ungläubigen abgeschlagen.“ Aus abgehörten Telefonaten und der Durchsichtung der von ihm genutzten Räumlichkeiten wurde bekannt, dass er eine Softair-Pistole besaß. In seinem Zimmer wurde ein Foto aufgefunden, das ihn mit einer Langwaffe zeigt, die er auf ein unbestimmbares Ziel richtet. Er wollte im Dezember 2017 über die Türkei nach Syrien reisen, um dort in den (militärischen) Jihad zu ziehen. Von dem strafrechtlichen Vorwurf der Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat wurde er in erster Instanz allerdings freigesprochen.

4. Relevanz der Einstufung nach RADAR-iTE

Das BVerwG überprüft die behördliche Prognoseentscheidung, ohne hierbei auf das vom Bundeskriminalamt entwickelte Risikobewertungsinstrument RADAR-iTE²⁵ oder vergleichbare Instrumente zur Risiko- bzw. Gefährlichkeitseinschätzung²⁶ zurückzugreifen.²⁷

Das Gericht hat Anträge von Klägern auf Beiziehung solcher vom BKA oder einer anderen Behörde durchgeführten Gefahrenprognose abgelehnt. Denn es handelt sich um Instrumente einer spezifisch polizeilichen Risikoeinschätzung,

25 Vgl. oben Fn. 4; dazu auch Hanschmann, KJ 2017, 434, 436.

26 Etwa Rettenberger, Kriminalistik 2016, 532.

27 BVerwG, Urt. v. 27.03.2018 - 1 A 5/17 Rn. 51.

die insbesondere der Frage dienen, ob und mit welcher Priorität gegen potenziell gefährliche Personen vorgegangen werden soll. Maßgeblich für die Prognoseentscheidung nach § 58a AufenthG ist hingegen die Gesamtwürdigung von Faktoren, wie sie etwa oben unter „2.“ genannt worden sind. Wie wenig aussagekräftig die polizeiliche Risikoeinschätzung sein kann, hat zum einen der Fall des Berliner Attentäters Anis Amri verdeutlicht, zum anderen aber auch die stark differierenden Bewertungen von zwei Gefährdern, bei denen das BVerwG im Ergebnis die Voraussetzungen des § 58a AufenthG bejahte, von denen der eine zwar schon in der polizeilichen Bewertung die Punktzahl 16 (= hochgradiger Gefährder) erhielt, der andere hingegen von der Polizei mit nur fünf Punkten zunächst als lediglich „mittelgradig gefährlich“ eingestuft wurde.

5. Relevanz strafgerichtlicher Entscheidungen

Das BVerwG ist bei seiner Gefahrenprognose auch nicht an die Einschätzung der Gefährlichkeit eines Ausländers in Strafurteilen gebunden. So hat es die Voraussetzungen des § 58a AufenthG nach durchgeführter eigener Beweisaufnahme in einem Fall bejaht, in dem der Kläger im strafgerichtlichen Verfahren vom Vorwurf der Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat aus tatsächlichen Gründen freigesprochen worden ist.²⁸ Zwar sind die Entscheidungen der Strafgerichte auch im Zusammenhang mit dem Erlass und der Überprüfung von Abschiebungsanordnungen nach § 58a AufenthG von erheblichem tatsächlichem Gewicht. Eine Bindungswirkung geht von ihnen für das ausländerrechtliche Verfahren jedoch nicht aus. Die aufenthaltsrechtliche Prognose, ob von dem Ausländer eine besondere Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder eine terroristische Gefahr ausgeht, bestimmt sich nämlich nicht nach strafrechtlichen Gesichtspunkten, auch nicht nach dem Gedanken der Resozialisierung, sondern ausschließlich nach dem Gesichtspunkt der Abwehr zukünftiger Gefahren. Das beachtliche Eintrittsrisiko kann sich zudem aus Umständen ergeben, denen (noch) keine strafrechtliche Relevanz zukommt.

6. Maßgeblicher Zeitpunkt

Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Abschiebungsanordnung ist der Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung, bei bereits erfolgter Abschiebung hingegen der Abschiebungszeitpunkt maßgeblich.²⁹

Das Abstellen auf den Zeitpunkt der Abschiebung in Fällen, in denen diese schon erfolgt ist, steht im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR. Danach ist bei einer vollzogenen Abschiebung zu prüfen, ob im Zeitpunkt der Abschiebung ein beachtliches Risiko einer gegen Art. 3 EMRK ver-

stoßenden Behandlung bestand. Dies ist in erster Linie auf der Grundlage der Tatsachen zu beurteilen, die dem abschiebenden Staat im Zeitpunkt der Abschiebung bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen, auch wenn sich der EGMR die Berücksichtigung nachträglich bekannt werdender Informationen zur Bestätigung oder Widerlegung dieser Einschätzung vorbehält.³⁰ Nachträgliche Änderungen mit Bedeutung für die Gefahrenprognose sind bei der Bemessung der Dauer des Einreiseverbots nach § 11 AufenthG zu berücksichtigen.

D. Das Verhältnis der Anordnung nach § 58a AufenthG zu Ausweisungsverfügungen

Der Erlass einer Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG und einer Ausweisung nach § 53 AufenthG schließen sich nicht aus. Beide Maßnahmen sind nebeneinander zulässig. Terroristische Gefährder werden häufig auch die Ausweisungstatbestände des § 54 Abs. 1 Nr. 2 und 5 AufenthG erfüllen.³¹ § 54 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG erfasst Tatbestände der Terrorunterstützung und der Mitgliedschaft in terroristischen Organisationen. § 54 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG sieht es als ein besonders schwerwiegendes Ausweisungsinteresse an, wenn der Ausländer zu Hass gegen Teile der Bevölkerung aufruft, etwa gegen die Nicht-Muslime.

E. Die Bedeutung von Abschiebungsverboten

Eine Abschiebungsanordnung darf nach § 58a Abs. 3 AufenthG nicht vollzogen werden, wenn für das Zielland ein Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 2 bis 8 AufenthG besteht. Dabei steht das Verbot der Folter oder der unmenschlichen Behandlung oder Bestrafung im Mittelpunkt (Art. 3 EMRK). Droht dem Ausländer im Zielstaat der beabsichtigten Abschiebung eine solche Gefahr, darf diese nicht vollzogen werden.

Das BVerwG hat in allen ihm vorgelegten Anordnungen nach § 58a AufenthG das Vorliegen derartiger Abschiebungsverbote geprüft. Dabei spielten neben der Gefahr einer unmenschlichen Behandlung durch verbotene Vernehmungsmethoden durch Sicherheitsbehörden des Ziellandes³² die menschenunwürdige Überfüllung von Haftanstalten³³ und die Gefahr der Verhängung der Todesstrafe

28 BVerwG, Urt. v. 06.02.2019 - 1 A 3/18 Rn. 79.

29 BVerwG, Urt. v. 22.08.2017 - 1 A 3/17 Rn. 14.

30 EGMR, Urt. v. 14.03.2017 - Nr. 47287/15 - „Ilias u. Ahmed/Ungarn“ Rn. 105.

31 Vgl. etwa VG München, Urt. v. 24.05.2017 - M 25 K 16/5916 Rn. 111 ff.

32 BVerwG, Beschl. v. 21.03.2017 - 1 VR 1/17; BVerwG, Beschl. v. 31.05.2017 - 1 VR 4/17.

33 BVerwG, Beschl. v. 22.05.2018 - 1 VR 3/18.

oder einer nicht verkürzbaren lebenslangen Freiheitsstrafe³⁴ eine Rolle. Im Ergebnis wurde keine der Abschiebungen untersagt. In einzelnen Fällen wurde sie allerdings nur mit der Maßgabe gestattet, dass zuvor eine Zusicherung der Behörden des Zielstaats eingeholt wird, dass der Abzuschiebende dort im Einklang mit Art. 3 EMRK behandelt wird.³⁵ Das BVerfG³⁶ und der EGMR³⁷ haben die Entscheidungen des BVerwG bestätigt, soweit sie dort zur Überprüfung standen.

F. Fazit

Die Behörden machen erst seit 2017 von der bereits 2005 eingeführten Regelung zur Abschiebungsanordnung Gebrauch. Dieses zur Terrorbekämpfung geschaffene Instrument setzt keine bereits konkretisierte Anschlagplanung voraus, vielmehr reicht ein „beachtliches Risiko“ dafür aus, dass sich die von einem Ausländer ausgehende Bedrohung jederzeit aktualisieren und in eine konkrete terroristische Gefahr umschlagen kann. Ein solches Risiko kann sich nach der neueren Rechtsprechung des BVerwG aus der Identifikation des Ausländers mit der Ideologie des „IS“ ergeben, verbunden mit der Bereitschaft, selbst zur Verwirklichung ihrer Ziele aktiv zu werden. Abschiebungsanordnungen nach § 58a AufenthG werden ausschließlich durch das BVerwG überprüft. Das Gericht hat bisher noch keine der Verfügungen aufgehoben. Das BVerfG und der EGMR haben bisher die fachgerichtlichen Entscheidungen bestätigt.

Gesetzgeberische Nachbesserungen sind für 2019 in Randbereichen geplant. So soll zukünftig auch im Bereich des § 58a AufenthG das zu verhängende Einreiseverbot durch die oberste Landesbehörde erlassen werden. Die getroffenen Entscheidungen zum Einreiseverbot sollen – abweichend von der gegenwärtigen Rechtslage – gleichlaufend mit der Abschiebungsanordnung selbst ausschließlich der Kontrolle durch das BVerwG obliegen.³⁸ Die Abschiebungsanordnung ist nur ein Baustein, aber ein wichtiger zur Abwehr terroristischer Gefahren.

34 BVerwG, Beschl. v. 19.09.2017 - 1 VR 8/17.

35 BVerwG, Beschl. v. 21.03.2017 - 1 VR 1/17; BVerwG, Beschl. v. 22.05.2018 - 1 VR 3/18; zur Problematik der Zusicherungen vgl. Berlitz, ZAR 2018, 89, 97 f.

36 BVerfG, Beschl. v. 24.07.2017 - 2 BvR 1487/17; BVerfG, Beschl. v. 26.07.2017 - 2 BvR 1606/17.

37 EGMR, Entscheidung v. 07.11.2017 - 54.646/17 - „I./Deutschland“; EGMR, Entscheidung v. 27.09.2018 - 17675/18 - „Saidani/Deutschland“.

38 Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 17.04.2019 für ein „Geordnete-Rückkehr-Gesetz“.

Keine Befristung der Akkreditierung von Konformitätsbewertungsstellen

BVerwG, Urt. v. 19.09.2018 - 8 C 6/17

Ri'in BVerwG Dr. Susanne Rublack

A. Problemstellung

Verbraucher stehen einem oft unüberschaubaren Angebot von Produkten und Dienstleistungen gegenüber, deren Qualität und Sicherheit sie selbst nicht einschätzen können. Dafür müssen sie sich auf Bewertungen fachkundiger Dritter anhand konsentrierter Qualitätsstandards stützen. Auch wer Produkte oder Dienstleistungen anbieten will, braucht Gewissheit darüber, dass sie alle technischen und sonstigen Anforderungen des jeweiligen Marktes einhalten. Diese Bewertungen erstellen u.a. sog. Konformitätsbewertungsstellen nach standardisierten Verfahren. Das können private Stellen wie etwa die Technischen Überwachungsvereine oder die DEKRA, aber auch staatliche Stellen wie die Physikalisch-Technische Bundesanstalt, Landeslabore oder die Bundesanstalt für Materialforschung und -prüfung sein. Sie prüfen, ob ein Produkt, eine Dienstleistung, ein Prozess oder ein System Anforderungen einhält, die durch Gesetz, durch Vertrag oder durch anderweitige Richtlinien insbesondere privater Normungsorganisationen festgelegt sind, und ob deshalb ein entsprechendes Gütesiegel oder Zertifikat verwenden darf (z.B. CE-Kennzeichnung, GS-Zeichen).

Die fachliche Kompetenz von Konformitätsbewertungsstellen wird durch eine Akkreditierung festgestellt und bescheinigt. Seit Inkrafttreten des Akkreditierungsstellengesetzes (AkkStelleG, BGBl. I 2009, 2625) am 01.01.2010 ist die Deutsche Akkreditierungsstelle GmbH (DAKKS) in Deutschland als Beliehene mit der Aufgabe als zentrale Akkreditierungsstelle für die Überprüfung der Kompetenz von Konformitätsbewertungsstellen betraut. Davor war das Akkreditierungswesen in Deutschland in verschiedene Zuständigkeiten öffentlicher, privater beliehener und nicht beliehener Akkreditierungsinstitutionen zersplittert.¹ Die Verordnung (EG) Nr. 765/2008 über die Vorschriften für die Akkreditierung und Marktüberwachung im Zusammenhang mit der Vermarktung von Produkten vom 09.07.2008 (EU-Akkreditierungsverordnung) führte dann zur Konzentration auf eine einzige nationale Akkreditierungsstelle.

1 Vgl. Tiede/Ryczewski/Yang, NVwZ 2012, 1212.

Der Akkreditierungsprozess gliedert sich in eine Antrags-, eine Begutachtungs-, eine Akkreditierungs- und eine Überwachungsphase mit mehreren Überprüfungen in festgelegten Intervallen.² Vor Inkrafttreten des Akkreditierungsstellengesetzes wurden Akkreditierungen offenbar generell befristet erteilt. Die Deutsche Akkreditierungsstelle erhielt diese Praxis auch danach aufrecht und erließ tausende auf fünf Jahre befristete Akkreditierungen. Das hatte zur Folge, dass die jeweilige Konformitätsbewertungsstelle auch bei unveränderter Einhaltung der Akkreditierungsvoraussetzungen vor Fristablauf eine Anschlussakkreditierung beantragen und den Akkreditierungsprozess erneut durchlaufen musste, um ihre Tätigkeit fortsetzen zu können. Das BVerwG hatte nun zu klären, ob eine derartige Befristung mit Unionsrecht und nationalem Recht vereinbar ist.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Geklagt hatte ein langjährig akkreditiertes Landeslabor. Die von ihm beantragten weiteren Akkreditierungen für ein medizinisches Laboratorium und für ein Prüflabor erteilte die Deutsche Akkreditierungsstelle DAkkS 2012 jeweils befristet auf fünf Jahre. Sie berief sich dafür auf eine DIN-Norm, auf die vom Akkreditierungsbeirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie erlassenen Allgemeinen Regeln zur Akkreditierung von Konformitätsbewertungsstellen sowie ergänzend auf nach ihrer Auffassung vorhandene Anhaltspunkte u.a. aus der EU-Akkreditierungsverordnung und aus einer Mitteilung der EU-Kommission von 2013. Das Landeslabor wandte sich mit einer isolierten Anfechtungsklage gegen die Befristungen der ihr erteilten Akkreditierungen. Diese Klage hatte in allen drei Instanzen Erfolg.

I. In Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des BVerwG war die isolierte Anfechtung der Befristung als Nebenbestimmung zulässig. Obwohl im Verlauf des Gerichtsverfahrens die fünf Jahre der Befristung der Akkreditierung verstrichen waren, hatte der Kläger weiterhin ein Rechtsschutzbedürfnis an der Klage. Denn diese entfaltete aufschiebende Wirkung gegenüber der Befristung, sodass der Kläger seine Tätigkeit auf Grundlage der Akkreditierung fortsetzen konnte.

II. Art. 5 der EU-Akkreditierungsverordnung verleiht Konformitätsbewertungsstellen einen gesetzlichen Anspruch auf Akkreditierung, wenn sie über die für ihre Tätigkeit erforderliche Kompetenz verfügen. Eine Befristung schränkt diesen Anspruch ein und bedarf deshalb einer gesetzlichen Grundlage. Eine Ermächtigungsgrundlage für Befristungen findet sich jedoch weder in der einschlägigen EU-Verordnung noch in nationalem Recht:

1. Von einer Befugnis zur zeitlichen Begrenzung der Akkreditierung ist in der EU-Akkreditierungsverordnung keine Rede. Sie sieht vielmehr eine Trias von Maßnahmen der zuständigen Akkreditierungsstelle vor: Besitzt die Konformitätsbewertungsstelle die erforderliche fachliche Kompetenz, so ist ihr zwingend eine Akkreditierungsurkunde auszustellen. Darin ist der Umfang der Akkreditierung zu vermerken, nicht jedoch ein Gültigkeitszeitraum. Anschließend muss die akkreditierte Stelle überwacht werden. Erst wenn Kompetenzmängel oder Pflichtverletzungen eintreten, hat die Akkreditierungsstelle die erforderlichen Korrekturmaßnahmen zu ergreifen, mit denen die Akkreditierungsurkunde eingeschränkt, ausgesetzt oder zurückgezogen wird. Maßnahmen der präventiven Begrenzung der Akkreditierung für den Fall künftiger Kompetenzdefizite erwähnt die EU-Verordnung ebenso wenig wie eine Reakkreditierung der Konformitätsbewertungsstelle oder eine Verlängerung der einmal für sie ausgestellten Akkreditierung. Die Befristung und die anschließende erneute Überprüfung der Kompetenz lassen sich auch nicht den Maßnahmen der Überwachung nach Art. 5 Abs. 3 der Verordnung zuordnen, da diese während der Dauer einer wirksamen Akkreditierung erfolgen und nach dem klassischen ordnungsrechtlichen Verständnis eine nachgehende Kontrolle im Vollzug ordnungsrechtlicher Pflichten darstellen. Lediglich die Übergangsnorm des Art. 39 EU-Akkreditierungsverordnung erwähnt eine Geltungsdauer von Akkreditierungsurkunden. Da sie sich auf nach vormals rein nationalem Recht erteilte Akkreditierungen bezieht, welche möglicherweise befristet wurden, und diese Altakkreditierungen im Übrigen in das harmonisierte Rechtsregime der EU-Verordnung ohne Befristungen überführt, lässt sich auch aus ihr kein Argument zugunsten einer Befristung nach neuem Recht ableiten.

Die von der beklagten Akkreditierungsstelle angeführte Mitteilung der EU-Kommission vom 28.04.2013 (CERTIF 2013-04-REV2) enthält allenfalls einen rechtspolitischen Vorschlag zur künftigen Befristung aber keine Auslegung geltenden Unionsrechts. Außerdem ist sie nicht an die Mitgliedstaaten gerichtet und kann daher für sie nicht verbindlich sein.

2. Das zur Umsetzung der EU-Akkreditierungsverordnung geschaffene Akkreditierungsstellengesetz sieht ebenfalls keine Befristung von Akkreditierungen vor. Die Vorschrift des § 3 AkkStelleG über Befugnisse der Akkreditierungsstelle ermächtigt nicht zu einer Einschränkung der zeitlichen Geltungsdauer der Akkreditierung.

² Vgl. eingehend unter www.dakks.de.

Von dieser Befugnisnorm ist schon systematisch die reine Aufgabennorm des § 2 AkkStelleG zu unterscheiden. Sie verpflichtet die Akkreditierungsstelle zwar dazu, die von dem nach § 5 des Gesetzes geschaffenen Akkreditierungsbeirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie ermittelten und anschließend im Bundesanzeiger bekannt gemachten Regeln anzuwenden. Dazu gehören auch die Allgemeinen Regeln zur Akkreditierung von Konformitätsbewertungsstellen (BAnz. AT vom 14.05.2013 B1), deren Ziff. 3.3.2 eine Befristung von Akkreditierungen auf i.d.R. fünf Jahre vorsieht. Diese Regeln sind aber lediglich Verwaltungsvorschriften, denen keine Außenwirkung zukommt und die den Anspruch der Konformitätsbewertungsstelle auf Akkreditierung deshalb nicht einschränken können.

Die Befristung einer gebundenen Entscheidung – wie es die Akkreditierung ist – setzt nach § 36 Abs. 1 Alt. 1 VwVfG voraus, dass sie „durch Rechtsvorschrift“ zugelassen ist. Das BVerwG hat herausgearbeitet, dass als Rechtsvorschrift nur ein Gesetz oder eine andere Rechtsnorm mit Außenwirkung in Betracht kommt. Eine reine Verwaltungsvorschrift reicht nicht aus, um eine Befristung zuzulassen. Sonst könnte sich die Behörde leicht selbst die Rechtsgrundlage schaffen, die nach § 36 VwVfG ihre Eingriffsbefugnisse doch beschränken soll. Somit lassen sich die genannten Allgemeinen Regeln nicht als Ermächtigungsgrundlage für die Befristung von Akkreditierungen heranziehen.

3. Zwar können nach anderen Gesetzen wie dem Mess- und Eichgesetz und dem Produktsicherheitsgesetz Entscheidungen über die Anerkennung bzw. Notifizierung von Produkten ausdrücklich befristet werden. Daraus folgt aber nicht – wie die Beklagte argumentiert hatte –, dass der Gesetzgeber auch für Akkreditierungen nach dem Akkreditierungsstellengesetz unausgesprochen von einer Befristungsmöglichkeit ausgegangen wäre, ganz abgesehen davon, dass § 36 Abs. 1 Alt. 1 VwVfG gerade die ausdrückliche Zulassung dieser Nebenbestimmung in einer Rechtsvorschrift fordert. Regelt der Gesetzgeber Anforderungen an behördliche Entscheidungen in verschiedenen Gesetzen unterschiedlich, so muss unterstellt werden, dass er dies bewusst getan hat und dafür Gründe gesehen hat; eine Übertragung einer bereichsspezifischen ausdrücklichen Befristungsermächtigung in einen anderen Regelungsbereich ist jedenfalls nicht zulässig.

C. Kontext der Entscheidung

Die konkret zur Entscheidung gestellte Rechtsfrage der Befristung von Akkreditierungen war in der Rechtsprechung noch nicht erörtert worden. Insoweit handelt es sich um

eine eher singuläre Entscheidung, die aber allgemeinere verwaltungsrechtliche Fragen aufgreift:

An die Annahme einer Verbindlichkeit von Regelungen, die allein im Bereich der Exekutive für den Verwaltungsvollzug geschaffen werden und die keine Verordnung auf Grundlage einer hinreichenden gesetzlichen Ermächtigung darstellen, sind hohe Anforderungen zu stellen. Die pluralistische Besetzung eines Gremiums mit sachverständigen Personen allein (hier des Akkreditierungsbeirats) reicht nicht aus, um einer Verwaltungsvorschrift die Qualität einer für Dritte verbindlichen Rechtsvorschrift beizumessen. Vielmehr muss der Gesetzgeber der Exekutive erkennbar einen Auftrag zur Normenkonkretisierung erteilt haben.³

Schließlich hat der Senat an der Rechtsprechung des BVerwG festgehalten, dass Nebenbestimmungen gem. § 36 Abs. 1 Alt. 2. VwVfG zur Sicherstellung der Erteilungsvoraussetzungen eines Verwaltungsakts nur dann erteilt werden dürfen, wenn sie im Zeitpunkt vor dessen Erlass fehlende Tatbestandsvoraussetzungen überbrücken und somit zugunsten des vom Verwaltungsakt Begünstigten wirken.⁴

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Deutsche Akkreditierungsstelle DAkkS hat nach dem Urteil des BVerwG erklärt, sie werde künftig Akkreditierungen ohne Befristung erteilen, soweit nicht für spezielle (nicht näher benannte) Bereiche eine Befristung der Akkreditierung gesetzlich geregelt sei. Für bestandskräftig erteilte Akkreditierungen und deren Änderung bleibe die Befristung des Akkreditierungsbescheides bis zu einer möglichen Reakkreditierung jedoch bestehen⁵. Damit hat das Urteil jedenfalls für die zugrundeliegenden Fallkonstellationen einer noch nicht bestandskräftig gewordenen Akkreditierung Rechtssicherheit geschaffen und erleichtert es den Konformitätsstellen zumindest insoweit für die Zukunft, ihre Tätigkeit nach einer Akkreditierung ohne Risiko einer zeitlichen Unterbrechung wegen eines laufenden Reakkreditierungsverfahrens fortzuführen. Außerdem hat es – über den entschiedenen Bereich hinaus – die rechtlichen Anforderungen an die Befristung begünstigender Verwaltungsakte zusammengefasst und verdeutlicht, dass lediglich außenverbindliche Vorschriften als Rechtsgrundlage nach der ersten Regelungsalternative des § 36 Abs. 1 VwVfG infrage kommen.

³ Vgl. etwa BVerwG, Urt. v. 28.10.1998 - 8 C 16/96; BVerwG, Urt. v. 20.12.1999 - 7 C 15/98 und BVerwG, Urt. v. 29.08.2007 - 4 C 2/07 Rn. 12.

⁴ Vgl. BVerwG, Urt. v. 09.12.2015 - 6 C 37/14 Rn. 18 f.

⁵ Pressemitteilung vom 19.09.2018 – www.dakks.de.

Vorläufiger Rechtsschutz im finanzgerichtlichen Verfahren bei ernstlichen Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit von Steuergesetzen

RiBFH Dr. Bert Füssenich

A. Einleitung

Die Verwerfungskompetenz für nachkonstitutionelle Gesetze steht nach Art. 100 Abs. 1 GG allein dem BVerfG zu. Damit soll einerseits gewährleistet werden, dass einfach-gesetzliche Normen einer verfassungsmäßigen Kontrolle unterzogen werden können und der Vorrang der Verfassung durchgesetzt wird; andererseits soll durch die Monopolisierung der Verwerfungskompetenz beim BVerfG die Rechtseinheit gewahrt und die Autorität des unmittelbar demokratisch legitimierten Gesetzgebers geschützt werden, der davor bewahrt werden soll, dass sich jedes einzelne Gericht über seinen Willen hinwegsetzen kann.¹ Hält ein einzelnes Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so ist es nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG gehalten, das Verfahren auszusetzen und die Entscheidung des BVerfG einzuholen. Folgerungen aus der von ihm angenommenen Verfassungswidrigkeit darf es daher grds. erst nach der Entscheidung durch das BVerfG ziehen.

Die Gerichte sind von Verfassungs wegen aber nicht gehindert, schon vor der im Hauptsacheverfahren einzuholenden Entscheidung des BVerfG auf der Grundlage ihrer Rechtsauffassung vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren, wenn dies im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) geboten erscheint und die Hauptsacheentscheidung dadurch nicht vorweggenommen wird.² Denn Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet nicht nur einen Rechtsweg überhaupt, sondern darüber hinaus, dass der Rechtsschutz auch effektiv ist. Effektivität des Rechtsschutzes bedeutet insbesondere, dass vollendete Tatsachen, die durch die sofortige Vollziehung einer hoheitlichen Maßnahme eintreten und bei Rechtswidrigkeit der Maßnahme nicht mehr rückgängig gemacht werden können, so weit wie möglich ausgeschlossen werden. Sie beinhaltet andererseits nicht, dass die aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen ausnahmslos gewährleistet ist. Daher können entgegenstehende öffentliche Belange es im Einzelfall rechtfertigen, den Rechtsschutzanspruch des Einzelnen im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zurückzustellen.³

B. Einstweiliger Rechtsschutz im finanzgerichtlichen Verfahren

I. Ernstliche Zweifel nach § 69 Abs. 2 und 3 FGO

Das verfassungsrechtliche Gebot effektiven Rechtsschutzes wird im finanzgerichtlichen Verfahren u.a. durch die Möglich-

keit, auf Antrag die Vollziehung eines angefochtenen Verwaltungsakts gem. § 69 FGO auszusetzen, konkretisiert.⁴ Nach § 69 Abs. 2 Satz 2 FGO i.V.m. Abs. 3 Satz 1 FGO soll auf Antrag die Vollziehung des angefochtenen Steuerverwaltungsakts ausgesetzt werden, wenn ernstliche Zweifel an dessen Rechtmäßigkeit bestehen. Dies trifft zu, wenn eine summarische Prüfung ergibt, dass neben den für die Rechtmäßigkeit sprechenden Umständen gewichtige gegen die Rechtmäßigkeit sprechende Gründe zutage treten, die Unentschiedenheit oder Unsicherheit in der Beurteilung der Rechtsfragen oder Unklarheit in der Beurteilung der Tatfragen auslösen. Maßgeblich sind insoweit also die Erfolgsaussichten in der Hauptsache. Der Erfolg braucht dabei aber nicht wahrscheinlicher zu sein als der Misserfolg. Es genügt, dass der Erfolg des Rechtsbehelfs in dem summarischen Verfahren ebenso wenig auszuschließen ist wie sein Misserfolg. Derartige ernstliche Zweifel können sich auch (und gerade) an der verfassungsrechtlichen Gültigkeit einer dem angefochtenen Verwaltungsakt zugrunde liegenden Norm ergeben. An die Zweifel hinsichtlich der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungsakts sind, wenn die Verfassungswidrigkeit von Normen geltend gemacht wird, keine strengeren Anforderungen zu stellen als im Fall der Geltendmachung fehlerhafter Rechtsanwendung.⁵

II. Erfordernis des „berechtigten Interesses“ am vorläufigen Rechtsschutz

Bei ernstlichen Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit der dem angefochtenen Steuerverwaltungsakt zugrunde liegenden Norm ist nach langjähriger Rechtsprechung des BFH⁶ wegen des Geltungsanspruchs jedes formell verfassungsmäßig zustande gekommenen Gesetzes zusätzlich zu den ernst-

1 BVerfG, Urt. v. 20.03.1952 - 1 BvL 12/51, 1 BvL 15/51, 1 BvL 16/51, 1 BvL 24/51, 1 BvL 28/51.

2 BVerfG, Beschl. v. 24.06.1992 - 1 BvR 1028/91; BFH, Beschl. v. 03.03.1998 - IV B 49/97.

3 BVerfG, Beschl. v. 22.06.1960 - 2 BvR 37/60; BVerfG, Beschl. v. 18.07.1973 - 1 BvR 23/73, 1 BvR 155/73.

4 Vorläufiger Rechtsschutz durch einstweilige Anordnung (§ 114 FGO) kommt in Fällen, in denen die Verfassungswidrigkeit der zugrunde liegenden Norm geltend gemacht wird, regelmäßig nicht in Betracht, vgl. Schallmoser, DStR 2010, 297, 298 m.w.N.

5 BVerfG, Beschl. v. 11.10.2010 - 2 BvR 1710/10; vgl. auch BFH, Beschl. v. 26.08.2010 - I B 49/10.

6 Vgl. bereits BFH, Beschl. v. 06.02.1967 - VII B 46/66.

lichen Zweifeln an der Gültigkeit der Regelung ein besonderes berechtigtes Interesse des Antragstellers an der Gewährung der Aussetzung der Vollziehung als erforderlich angesehen worden. Das Erfordernis eines besonderen berechtigten Interesses ist im Schrifttum teilweise auf Kritik gestoßen,⁷ wurde vom BVerfG aber ausdrücklich gebilligt⁸ und ist auch in der Rechtsprechung des BFH – trotz vereinzelter zwischenzeitlicher Zweifel⁹ – bislang beibehalten worden.¹⁰

Ob ein berechtigtes Aussetzungsinteresse vorliegt, ist nach der Rechtsprechung des BFH aufgrund einer Abwägung mit den gegen die Gewährung der Aussetzung der Vollziehung sprechenden öffentlichen Belangen festzustellen.¹¹ Dabei kommt es maßgeblich einerseits auf die Bedeutung und die Schwere des durch die Vollziehung des angefochtenen Steuerbescheids eintretenden Eingriffs beim Steuerpflichtigen und andererseits auf die Auswirkungen einer Vollziehungsaussetzung auf den Gesetzesvollzug und die öffentlichen Interessen an einer geordneten Haushaltsführung an. Das Gewicht der ernstlichen Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der betroffenen Vorschrift ist bei dieser Abwägung nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Jedenfalls solange der Grundsatz nicht aufgegeben wird, dass der wirksame einstweilige Rechtsschutz die Regel und der sofortige Vollzug die Ausnahme bleibt, verstößt diese Interessenabwägung nicht gegen die Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG.¹²

1. Fallgruppen mit Vorrang des Aussetzungsinteresses¹³

Das für die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes bei verfassungsrechtlichen Zweifeln erforderliche besondere Aussetzungsinteresse hat der BFH in verschiedenen Fallgruppen regelmäßig als erfüllt angesehen, etwa dann, wenn

- dem Steuerpflichtigen durch den sofortigen Vollzug des Verwaltungsakts irreparable Nachteile drohen,¹⁴
- das zu versteuernde Einkommen abzüglich der darauf zu entrichtenden Einkommensteuer unter dem sozialhilferechtlich garantierten Existenzminimum liegt,¹⁵
- das BVerfG eine ähnliche Vorschrift für nichtig erklärt hatte,¹⁶
- ein aus verfassungsrechtlichen Gründen schutzwürdiges Vertrauen des Steuerpflichtigen in die Fortgeltung der bisherigen Rechtslage in Rede steht,¹⁷
- die Gefahren für die öffentliche Haushaltsführung als vergleichsweise gering einzustufen sind,¹⁸
- ein beim BFH anhängiges Verfahren, das für die Beantwortung von Rechtsfragen vorgreiflich ist, im Hinblick auf mehrere beim BVerfG anhängige Verfahren der konkreten Normenkontrolle ruht¹⁹ oder

- der BFH die vom Steuerpflichtigen als verfassungswidrig angesehene Vorschrift bereits dem BVerfG gem. Art. 100 Abs. 1 GG zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit vorgelegt hatte.²⁰ Ruft allerdings ein Finanzgericht das BVerfG an, entfaltet diese Vorlage im Hinblick auf das Vorliegen ernstlicher Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheids und eines berechtigten Interesses an der Gewährung der Aussetzung der Vollziehung für den BFH keine Bindungswirkung.²¹

2. Fallgruppen mit Vorrang des öffentlichen Vollzugsinteresses

Dem bis zu einer gegenteiligen Entscheidung des BVerfG bestehenden Geltungsanspruch jedes formell verfassungsgemäß zustande gekommenen Gesetzes ist in der Rechtsprechung des BFH regelmäßig Vorrang gegenüber dem Aussetzungsinteresse des Steuerpflichtigen eingeräumt worden, wenn die Gewährung der Aussetzung der Vollziehung im Ergebnis zur vorläufigen Nichtanwendung eines ganzen Gesetzes führen würde.²² Eine solche Folge kann sich faktisch wegen des Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Steuerpflichtigen ergeben, auch wenn die Entscheidung über die Gewährung der Aussetzung der Vollziehung unmittelbar nur zwischen den Verfahrensbeteiligten wirkt. Von einer solchen einstweiligen Außervollzugsetzung eines ganzen Gesetzes im Wege vorläufigen Rechtsschutzes ist nach der Rechtsprechung des BVerfG aufgrund des damit verbundenen Eingriffs in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers nur äußerst zurückhaltend Gebrauch zu machen. Sie setzt im Fall der vorläufig weiteren Wirksamkeit

7 Vgl. z.B. Seer in: Tipke/Kruse, Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, § 69 Rn. 96 m.w.N.

8 BVerfG, Beschl. v. 03.04.1992 - 2 BvR 283/92; BVerfG, Beschl. v. 06.04.1988 - 1 BvR 146/88.

9 BFH, Beschl. v. 13.03.2012 - I B 111/11; BFH, Beschl. v. 09.05.2012 - I B 18/12.

10 Vgl. zuletzt BFH, Beschl. v. 25.04.2018 - IX B 21/18; BFH, Beschl. v. 03.09.2018 - VIII B 15/18.

11 BFH, Beschl. v. 21.11.2013 - II B 46/13.

12 Vgl. dazu: BVerfG, Beschl. v. 03.04.1992 - 2 BvR 283/92; BVerfG, Beschl. v. 06.04.1988 - 1 BvR 146/88.

13 Siehe auch die Auflistung bei Birkenfeld in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, Abgabenordnung/Finanzgerichtsordnung, § 69 FGO Rn. 331 ff.

14 BFH, Beschl. v. 19.08.1994 - X B 319/93; BFH, Beschl. v. 09.11.1992 - X B 137/92.

15 BFH, Beschl. v. 29.10.1991 - III B 83/91.

16 BFH, Beschl. v. 15.12.2000 - IX B 128/99.

17 BFH, Beschl. v. 05.03.2001 - IX B 90/00.

18 BFH, Beschl. v. 18.12.2013 - I B 85/13.

19 BFH, Beschl. v. 21.05.2010 - IV B 88/09.

20 BFH, Beschl. v. 30.11.2004 - IX B 120/04.

21 BFH, Beschl. v. 25.11.2014 - VII B 65/14; BFH, Beschl. v. 15.06.2016 - II B 91/15.

22 BFH, Beschl. v. 01.04.2010 - II B 168/09; BFH, Beschl. v. 25.11.2014 - VII B 65/14; vgl. zuletzt: BFH, Beschl. v. 17.12.2018 - VIII B 91/18.

des Gesetzes den Eintritt erheblicher Nachteile für den Steuerpflichtigen voraus.²³ Das Vorliegen solcher die Aussetzung der Vollziehung rechtfertigender Nachteile hat der BFH im Einzelfall bejaht, z.B. wenn der Steuerpflichtige im Erbfall mangels Erwerbs liquider Mittel (Bargeld, Bankguthaben, mit dem Ableben des Erblassers fällige Versicherungsforderungen) zur Entrichtung der festgesetzten Erbschaftsteuer eigenes Vermögen einsetzen oder die erworbenen Vermögensgegenstände veräußern oder belasten müsste.²⁴

Auch die mit einer Außerkraftsetzung eines Gesetzes verbundenen erheblichen Steuerausfälle können unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses an einer geordneten Haushaltsführung dazu führen, dass das Aussetzungsinteresse nachrangig ist und vorläufiger Rechtsschutz nicht gewährt werden kann.²⁵ Allerdings hat der BFH seine diesbezügliche Rechtsprechung in neuerer Zeit dahin gehend modifiziert, dass die öffentlichen Haushaltsinteressen in der Abwägung weniger stark berücksichtigt werden.²⁶ So hat der BFH bspw. in den Entscheidungen wegen verfassungsrechtlicher Zweifel an der Abschaffung der Pendlerpauschale²⁷ und wegen ernstlicher Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des Abzugsverbots von Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer²⁸ das Interesse an einer geordneten Haushaltsführung nicht als vorrangig gegenüber dem Aussetzungsinteresse angesehen. Nach Auffassung des BFH hätte ein pauschaler Haushaltsvorbehalt zur Folge, dass jeder (legislative) Verfassungsverstoß mit genügender finanzieller Breitenwirkung hingenommen werden müsste. Der durch Art. 19 Abs. 4 GG verfassungsrechtlich verbürgte Anspruch auf effektiven Rechtsschutz würde umso mehr zurückgedrängt, je größer die Breitenwirkung der Verfassungsverletzung wäre. Deshalb dürfte in den Fällen verfassungsrechtlicher Zweifel an der zugrunde liegenden Norm die Gewährung der Aussetzung der Vollziehung allein aufgrund entgegenstehender fiskalischer Interessen nur in Ausnahmefällen zu versagen sein, etwa wenn – wie bei der Umsatzsteuer – durch ihren vorübergehenden Ausfall der Staatshaushalt wirklich gefährdet würde²⁹ oder wenn dem Gesetzgeber – wie bei der Durchführung einer neuen Hauptfeststellung der Einheitswerte – eine angemessene Frist für die Herstellung einer verfassungsgemäßen Rechtslage einzuräumen ist.³⁰

Unabhängig vom staatlichen Haushaltsinteresse ist das Aussetzungsinteresse des Steuerpflichtigen auch dann von der Rechtsprechung als nachrangig eingestuft worden, wenn die Bedeutung und die Schwere des durch die Vollziehung des angefochtenen Bescheids im Einzelfall eintretenden Eingriffs beim Steuerpflichtigen als eher gering einzustufen sind und der Eingriff keine dauerhaft nachteiligen Wirkungen hat oder keine irreparablen Folgen auslöst.³¹ Das ist insbesondere

dann der Fall, wenn die steuerliche Belastung durch den angefochtenen Bescheid vergleichsweise gering ist und eine hiermit verbundene geringfügige Belastung ohne Weiteres im Hauptsacheverfahren beseitigt werden kann.³²

C. Rechtsfolgenaussprüche des BVerfG und ihre Auswirkungen auf den vorläufigen Rechtsschutz

I. Nichtigkeit versus Unvereinbarkeit

Der Verstoß einer Norm gegen das Grundgesetz hat grds. deren Nichtigkeit zur Folge (vgl. § 78, § 82 Abs. 1 BVerfGG). Er kann aber auch dazu führen, dass das BVerfG lediglich die Unvereinbarkeit der Norm mit dem Grundgesetz feststellt (vgl. § 31 Abs. 2, § 79 Abs. 1 BVerfGG).

Die bloße Unvereinbarkeitserklärung kommt zum einen dann infrage, wenn der Gesetzgeber verschiedene Möglichkeiten hat, den Verfassungsverstoß zu beseitigen, wie dies z.B. bei einer Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG regelmäßig der Fall ist. Die Nichtigkeitserklärung scheidet in diesen Fällen daran, dass das BVerfG aus Rücksichtnahme auf den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers nicht einen bestimmten anderen Rechtszustand, wie ihn die bloße Nichtigkeitserklärung zur Folge hätte, herbeiführen will.³³

Zum anderen ist die Erklärung der Unvereinbarkeit der angegriffenen Norm mit dem Grundgesetz in solchen Fällen geboten, in denen der Rechtszustand ohne die für nichtig erklärte Norm noch weniger mit der Verfassung vereinbar wäre als die bisherige Lage.³⁴ Die hierfür maßgeblichen Gründe können sowohl in Grundrechten³⁵ als auch im Rechtsstaatsprinzip in seiner Ausprägung des Grundsatzes der Rechtssicherheit liegen, wenn etwa mit der Nichtigkeitserklärung der angegriffenen Norm ein rechtliches Vakuum aufträte und sowohl bei den Behörden als auch bei den Steuerpflichtigen Unsicherheit über die bestehen-

23 BVerfG, Beschl. v. 27.06.2013 - 1 BvR 1501/13.

24 BFH, Beschl. v. 21.11.2013 - II B 46/13.

25 BFH, Beschl. v. 25.11.2014 - VII B 65/14: Kernbrennstoffsteuer.

26 Birkenfeld in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, Abgabenordnung/Finanzgerichtsordnung, § 69 Rn. 333 m.w.N.

27 BFH, Beschl. v. 23.08.2007 - VI B 42/07.

28 BFH, Beschl. v. 25.08.2009 - VI B 60/09.

29 BFH, Beschl. v. 22.07.1969 - V B 11/69.

30 BFH, Beschl. v. 11.06.1986 - II B 49/83.

31 BFH, Beschl. v. 19.08.1994 - X B 319/93; BFH, Beschl. v. 09.11.1992 - X B 137/92.

32 BFH, Beschl. v. 17.12.2018 - VIII B 91/18; BFH, Beschl. v. 01.04.2010 - II B 168/09.

33 BVerfG, Beschl. v. 22.06.1995 - 2 BvL 37/91.

34 BVerfG, Ur. v. 17.12.2014 - 1 BvL 21/12.

35 BVerfG, Beschl. v. 17.11.2009 - 1 BvR 2192/05.

de Rechtslage entstünde.³⁶ Auch bei haushaltswirtschaftlich bedeutsamen Normen hat das BVerfG im Interesse verlässlicher Finanz- und Haushaltsplanung von einer Nichtigkeitserklärung abgesehen und die weitere Anwendung verfassungswidriger Normen für gerechtfertigt erklärt.³⁷ Denn bei einer bloßen Unvereinbarkeitserklärung nebst Weitergeltungsanordnung verbleiben dem Fiskus grds. die aufgrund der verfassungswidrigen Norm zugeflossenen Steuereinnahmen, die bei einer Nichtigklärung in den Grenzen des § 79 Abs. 2 BVerfGG fortfallen können.

II. Anordnung der Fortgeltung verfassungswidriger Normen

Erklärt das BVerfG eine Norm für mit dem Grundgesetz unvereinbar, gilt die betreffende Norm anders als bei einer Nichtigkeitserklärung grds. vorübergehend weiter. Allerdings darf die verfassungswidrige Norm grds. nicht mehr für Eingriffe in Rechte Betroffener genutzt werden. Gerichte und Verwaltungsbehörden dürfen die Norm im Umfang der festgestellten Unvereinbarkeit nicht mehr anwenden; Verfahren, in denen die für unvereinbar erklärte Norm entscheidungserheblich ist, sind so lange auszusetzen, bis der Gesetzgeber eine verfassungskonforme Neuregelung getroffen hat. Die Weitergeltung der Norm eröffnet dem BVerfG aber die Möglichkeit, auf der Grundlage des § 35 BVerfGG Anordnungen zu treffen, die Ausnahmen von der Anwendungssperre vorsehen. So kann das BVerfG vorsehen, dass der weiteren Anwendung der verfassungswidrigen Norm lediglich vorläufige Wirkung zukommt und der Gesetzgeber später die Norm mit Wirkung für die Vergangenheit, d.h. rückwirkend auf den Zeitpunkt ihres Inkrafttretens, durch eine verfassungsgemäße Neuregelung ersetzen muss.³⁸ Im Bereich des Steuerrechts hat das BVerfG in diesen Fällen angeordnet, dass die gebotene weitere Anwendung der Norm nur im Wege vorläufiger Steuerfestsetzung gem. § 165 AO erfolgen dürfe, damit den Steuerpflichtigen später nicht die Rechtskraft von behördlichen oder gerichtlichen Entscheidungen entgegengehalten werden könne.³⁹

Von der vorläufigen Weitergeltung des für verfassungswidrig erklärten Rechts nebst Verpflichtung des Gesetzgebers, später rückwirkend einen verfassungsgemäßen Zustand herzustellen, ist der Fall zu unterscheiden, dass das BVerfG zwar die Unvereinbarkeit einer Norm mit dem Grundgesetz feststellt, ihre Heranziehung als Rechtsgrundlage staatlichen Handelns für die Vergangenheit jedoch akzeptiert und auch ihre befristete Fortgeltung anordnet.⁴⁰ Insbesondere in Fällen mit erheblichen fiskalischen Auswirkungen stehen nach der Rechtsprechung des BVerfG regelmäßig Gesichtspunkte einer ver-

lässlichen Finanz- und Haushaltsplanung einer rückwirkenden Neuregelung entgegen. Daneben hat das BVerfG die gesetzgeberische Pflicht zur Korrektur des verfassungswidrigen Zustandes mit Wirkung (nur) für die Zukunft mit dem Gesichtspunkt eines gleichmäßigen Verwaltungsvollzugs für Zeiträume einer weitgehend schon abgeschlossenen Veranlagung begründet.⁴¹ Gleiches gilt, wenn die Verfassungsrechtslage bisher nicht hinreichend geklärt gewesen und dem Gesetzgeber aus diesem Grund eine angemessene Frist zur Schaffung einer Neuregelung zu gewähren ist.⁴² Andererseits kann der Umstand, dass die Verfassungsmäßigkeit einer Regelung stets umstritten gewesen ist und die Finanzverwaltung bereits auf Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit in Form von vorläufigen Regelungen reagiert hat, auch gegen eine Ausnahme vom Grundsatz der rückwirkenden Heilung von Verfassungsverstößen sprechen.⁴³

III. Folgerungen für das Erfordernis des berechtigten Interesses an einer Aussetzung der Vollziehung

Nach der früheren Rechtsprechung des BFH war eine Aussetzung der Vollziehung aufgrund von Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit der zugrunde liegenden Norm nicht zu gewähren, wenn zu erwarten war, dass das BVerfG lediglich die Unvereinbarkeit des Gesetzes mit dem Grundgesetz aussprechen und dem Gesetzgeber eine Pflicht zur Neuregelung mit Wirkung (nur) für die Zukunft aufgeben würde.⁴⁴ Denn – so der BFH – es sei davon auszugehen, dass das BVerfG die verfassungswidrige Norm als Rechtsgrundlage staatlichen Handelns auch für die Vergangenheit akzeptiere und deren weitere Anwendung hinnehme, könne ein berechtigtes Interesse an einer Gewährung der Aussetzung der Vollziehung nicht angenommen werden. Im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes könne keine weitergehende Entscheidung getroffen werden, als vom BVerfG zu erwarten sei.⁴⁵

36 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007 - 2 BvR 2433/04, 2 BvR 2434/04.

37 BVerfG, Urt. v. 06.03.2002 - 2 BvL 17/99; BVerfG, Beschl. v. 07.11.2006 - 1 BvL 10/02; BVerfG, Beschl. v. 08.12.2009 - 2 BvR 758/07.

38 BVerfG, Beschl. v. 22.06.1995 - 2 BvL 37/91; vgl. auch BVerfG, Urt. v. 09.12.2008 - 2 BvL 1/07, 2 BvL 2/07, 2 BvL 1/08, 2 BvL 2/08.

39 BVerfG, Urt. v. 03.11.1982 - 1 BvR 620/78, 1 BvR 1335/78, 1 BvR 1104/79, 1 BvR 363/80.

40 BVerfG, Beschl. v. 25.09.1992 - 2 BvL 5/91, 2 BvL 8/91, 2 BvL 14/91; BVerfG, Beschl. v. 11.11.1998 - 2 BvL 10/95; BVerfG, Urt. v. 17.12.2014 - 1 BvL 21/12.

41 BVerfG, Beschl. v. 22.06.1995 - 2 BvL 37/91.

42 BVerfG, Urt. v. 09.02.2010 - 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09.

43 BVerfG, Urt. v. 09.12.2008 - 2 BvL 1/07, 2 BvL 2/07, 2 BvL 1/08, 2 BvL 2/08.

44 BFH, Beschl. v. 06.11.1987 - III B 101/86; BFH, Beschl. v. 02.08.1988 - III B 12/88; BFH, Beschl. v. 04.05.2011 - II B 151/10.

45 BFH, Beschl. v. 11.09.1996 - II B 32/96; BFH, Beschl. v. 05.04.2011 - II B 153/10.

Diese Rechtsprechung sah sich im Schrifttum Kritik ausgesetzt, weil danach bereits eine Prognose über die Entscheidung des BVerfG Vorwirkungen entfalten und die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes im Einzelfall ausschließen konnte.⁴⁶ In neueren Entscheidungen halten es einzelne Senate des BFH nunmehr nicht mehr für gerechtfertigt, aufgrund einer potenziellen Unvereinbarkeitserklärung nebst Fortgeltungsanordnung durch das BVerfG vorläufigen Rechtsschutz generell auszuschließen.⁴⁷ Sei ein qualifiziertes Interesse an der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes vorhanden, müsse dieses Interesse im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG auch effektiv durchsetzbar sein und dürfe nicht deshalb leerlaufen, weil das BVerfG möglicherweise eine Weitergeltung verfassungswidriger Normen anordne.

Es bleibt abzuwarten, ob sich künftig weitere Senate des BFH dieser Rechtsprechungsänderung anschließen werden. Sollte sich die Rechtsprechung weiter verfestigen, dürfte dies nicht ohne Auswirkungen auf die Handhabung der Fortgeltungsanordnung durch das BVerfG bleiben. Denn zwingt eine massenhafte Aussetzung der Vollziehung von Steuerbescheiden wegen verfassungsrechtlicher Zweifel den Fiskus zur budgetären Vorsorge, kann das Argument der Rücksichtnahme auf die Haushaltsplanung des Fiskus bei der Entscheidung über eine etwaige Fortgeltung einer verfassungswidrigen Norm nicht mehr ohne Weiteres berücksichtigt werden.⁴⁸

D. Fazit

Das Kriterium des berechtigten Interesses an einer Aussetzung der Vollziehung bei Geltendmachung verfassungsrechtlicher Zweifel an der Gültigkeit der zugrunde liegenden Norm trägt dem bis zu einer gegenteiligen Entscheidung des BVerfG bestehenden Geltungsanspruch jedes formell verfassungsmäßig zustande gekommenen Gesetzes Rechnung. Ob ein berechtigtes Aussetzungsinteresse vorliegt, ist stets aufgrund einer Abwägung mit den gegen die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes sprechenden öffentlichen Belangen zu entscheiden. Solange der Grundsatz nicht aufgegeben wird, dass ein effektiver vorläufiger Rechtsschutz die Regel und der sofortige Vollzug die Ausnahme bleibt, verstößt diese Abwägung nicht gegen die Rechtsschutzgewährleistung des Art. 19 Abs. 4 GG.

46 Vgl. z.B. Drüen, FR 1999, 289, 290.

47 BFH, Beschl. v. 21.11.2013 - II B 46/13; BFH, Beschl. v. 18.12.2013 - I B 85/13.

48 Werth in: Festschrift 100 Jahre Steuerrechtsprechung, S. 535, 547.

Der doppelte Präsident

BFH, Urt. v. 14.03.2019 - V B 34/17

RiBFH Dr. Nils Trossen

A. Problemstellung

In Mecklenburg-Vorpommern übt der Präsident des Oberverwaltungsgerichts seit Januar 2014 zugleich das Amt des Präsidenten des Finanzgerichts aus. Beide Positionen werden vom Präsidenten im Hauptamt bekleidet (aber nach § 5 BBesG i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 1 LBesG M-VG nur einmal nach dem höheren Amt besoldet).¹ Bei beiden Gerichten – sowohl dem Oberverwaltungsgericht (vgl. § 2 VwGO) als auch dem Finanzgericht (§ 2 FGO) – handelt es sich um obere Landesgerichte. Diese nach bisherigem Kenntnisstand bundesweit einmalige Bündelung der Gerichtsspitze in einer Person hatte bereits in der Vergangenheit zu im Schrifttum diskutierten und auf Fachtagungen² angesprochenen Streitfragen geführt. Diese waren im Wesentlichen um die verfassungsrechtliche Einordnung dieser justizorganisatorischen Frage geführt worden.³ Aufgeworfen war die Vereinbarkeit dieser Bündelung mit der richterlichen Unabhängigkeit nach Art. 97 Abs. 2 GG sowie mit dem Gebot des gesetzlichen Richters in Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. Verneint man dies, ist der Spruchkörper, dem der „Doppelpräsident“ angehört, nicht ordnungsgemäß besetzt. Dies führt zu einem absoluten Revisionsgrund bzw. einem mit einer Nichtzulassungsbeschwerde angreifbaren Verfahrensfehler.⁴ Nicht Gegenstand der Auseinandersetzung war die Frage, ob im konkreten Fall die Personalunion der Gerichtsspitze im Hinblick auf die Personalsituation bei beiden Gerichten, die räumliche Trennung der Gerichte⁵ oder auch die unterschiedlichen Aufgabenstellungen sinnvoll war.⁶ Nicht Gegenstand der Diskussion war zudem die – nunmehr durch den BFH in der Besprechungsentcheidung als entscheidungserheblich erachtete – Frage, dass der Gerichtspräsident beim Finanzgericht Vorsitzender eines Senats und beim Oberverwaltungsgericht gleichzeitig Vorsitzender von vier (!) Senaten war.

Es dauerte einige Zeit, bis das erste Verfahren, in dem diese Frage entscheidungserheblich wurde, ein Bundesgericht – hier den BFH – erreichte. Der u.a. für Umsatzsteuer zustän-

1 Böhmann, DStR 2014, 2547, 2548.

2 So durch den Präsidenten des BFH Prof. Dr. Mellinshoff auf dem 11. Deutschen Finanzgerichtstag in Köln.

3 Trossen, DStR 2014, 1810; Böhmann, DStR 2014, 2547; Kohl, DStR 2014, 2548; Roller/Stadler, NVwZ 2015, 401.

4 § 119 Nr. 1 FGO; vgl. auch Trossen, DStR 2014, 1810, 1812.

5 Beide Gerichte befinden sich in Greifswald, sind aber ca. 4 km voneinander entfernt.

6 Vgl. Kohl, DStR 2014, 2548, 2549.

dige V. Senat des BFH erhielt nun erstmals dazu die Gelegenheit. Das Verfahren stand dabei unter der Beobachtung zahlreicher Justizverwaltungen der Länder. Hätte der zuständige Senat die Einrichtung von „Doppelpräsidenten“ ohne Einschränkungen bejaht, wäre gerade für Bundesländer mit kleineren Obergerichten die Möglichkeit eröffnet, Gerichte „an der Spitze“ zusammenzulegen. Dies brachte die Befürchtung mit sich, dass damit ein erster Schritt hin zu gemeinsamen „Oberfachgerichten“ und damit einer Zusammenlegung der Fachgerichte gemacht werde.

Der V. Senat des BFH hat in dem Verfahren die justizorganisatorische Frage der Zulässigkeit einer „Doppelpräsidentenschaft“ (mangels Entscheidungserheblichkeit) nicht entscheiden müssen. Gleichzeitig bereichert er aber mit der Frage der zutreffenden Abbildung der „Doppelpräsidentenschaft“ in den Geschäftsverteilungsplänen der jeweiligen Gerichte die Diskussion um einen neuen (bisher nicht diskutierten) Gesichtspunkt. Diesen Punkt führt er prägnant und zielgerichtet formuliert einer Lösung zu.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Im Ausgangsverfahren ging es zunächst um die materiellrechtliche Frage eines Billigkeitserlasses zurückgeforderter Vorsteuer in der Folge einer Vorsteuerberichtigung. Zugrunde lag eine Nichtzulassungsbeschwerde gegen ein Urteil des FG Greifswald. Hintergrund des Ausgangsverfahrens war der Wegfall der Zulässigkeit des sog. Vorschaltmodells.⁷ Bei diesem Modell wird ein Krankenhausgebäude (im Streitfall eine Kurklinik) unter Inanspruchnahme des Vorsteuerabzugs errichtet. Um an einen steuerfreien Umsätze (§ 4 Nr. 14 Buchst. b UStG) bewirkenden Krankenhausbetreiber vermieten zu können, ohne den Vorsteuerabzug zu gefährden, wird eine Zwischengesellschaft, meist eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (GbR) vorgeschaltet. Dabei werden möglichst geringe Mietentgelte vereinbart, die zu einer dementsprechend geringen Umsatzsteuerbelastung bei der Klinikbetreiberin als Mieterin führen, die aufgrund der von ihr verwirklichten steuerfreien Umsätze nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt ist. Die Untergrenze des umsatzsteuerrechtlich zwischen nahestehenden Personen zulässigen Mietzinses ergab sich nach der für das Streitjahr maßgeblichen Rechtslage aus der Vorschrift des § 10 Abs. 5 UStG, die bei Leistungen zwischen nahestehenden Personen eine Entgeltbemessung auf Kostengrundlage zuließ. Der Gesetzgeber hat durch die Neuregelung in § 9 Abs. 2 UStG in der Folge von Art. 20 Nr. 9 des Missbrauchsbekämpfungsgesetzes (StMBG) vom 21.12.1993⁸ das Vorschaltmodell allerdings missbilligt. Damit schied nach Ansicht des BFH das Recht auf Vorsteuerabzug und damit auch auf einen Billigkeitserlass der

aufgrund einer Vorsteuerberichtigung (§ 15a UStG) geschuldeten Steuer aus.⁹

Im Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde erhob das in der ersten Instanz unterlegene Finanzamt eine Besetzungsrüge. Es machte geltend, dass das Urteil des Finanzgerichts unter Mitwirkung eines Richters ergangen sei, der nicht gesetzlicher Richter i.S.d. § 119 Nr. 1 FGO gewesen sei. Damit bekam der BFH erstmals die Gelegenheit, sich zur Frage der Zulässigkeit der „Doppelpräsidentenschaft“ zu äußern. Ist der Präsident eines Gerichts zugleich Gerichtspräsident in einer anderen Gerichtsbarkeit, muss der Geschäftsverteilungsplan erkennen lassen, mit welchem Bruchteil seiner Arbeitszeit der Präsident seinem jeweiligen Spruchkörper zugewiesen ist.¹⁰ Es ist zugleich nach Ansicht des BFH davon auszugehen, dass die Zuweisung eines Präsidenten zur gerichtlichen Arbeit im Finanzgericht mit weniger als 50 % seiner gesamten Arbeitskraft im Hinblick auf eine von ihm zugleich bekleidete Präsidentschaft bei einem anderen Gericht in einer anderen Gerichtsbarkeit mit dem Leitbild eines Präsidenten des Finanzgerichts nicht vereinbar ist.¹¹ Da der „Doppelpräsident“ hier gleichzeitig mit der Leitung von zwei Obergerichten und fünf Senaten befasst und in den Geschäftsverteilungsplänen eine bruchteilsmäßige Zuordnung seiner Arbeitskraft nicht erfolgt war, lag daher ein Verbot gegen den gesetzlichen Richter vor.¹²

C. Kontext der Entscheidung

Die Rechtsprechung und damit die Akzeptanz ihrer Entscheidungen leben vom Vertrauen der rechtssuchenden Bürger in die Qualität und Sachlichkeit der Entscheidungsfindung sowie der Rechtmäßigkeit der Gerichtsorganisation und damit auch der Wahrnehmung der Aufgaben der Gerichtsverwaltung.¹³ Da einem Gerichtspräsidenten neben der rechtsprechenden Tätigkeit zugleich die Aufgaben der Dienstaufsicht und der Gerichtsverwaltung (§ 31 FGO) obliegen und er sich nicht auf die bloße Rolle einer um Effizienz bemühten Führungskraft beschränken darf, muss er wie andere Spruchkörpervorsitzende einen richtungsweisenden Einfluss auf die Rechtsprechung seines Spruchkörpers ausüben können. Dies gilt gerade für Vorsitzende in der Fachgerichtsbarkeit wie bei Verwaltungs-, Sozial- und Finanzgerichten, bei denen eine besondere Fachkenntnis erwartet und vorausgesetzt wird.¹⁴

7 Vgl. BFH, Urt. v. 14.03.2019 - V B 34/17 Rn. 30.

8 BGBl. I 1993, 2310.

9 Vgl. BFH, Urt. v. 14.03.2019 - V B 34/17 Rn. 33.

10 BFH, Urt. v. 14.03.2019 - V B 34/17 Rn. 10.

11 BFH, Urt. v. 14.03.2019 - V B 34/17 Rn. 23.

12 Vgl. BFH, Urt. v. 14.03.2019 - V B 34/17 Rn. 27.

13 Vgl. dazu auch BFH, Urt. v. 14.03.2019 - V B 34/17 Rn. 16.

14 BFH, Urt. v. 14.03.2019 - V B 34/17 Rn. 21.

Eine Doppelpräsidentschaft, die dazu führt, dass ein Präsident seinen richterlichen Aufgaben nur noch eingeschränkt nachkommen kann, beeinträchtigt das Vertrauen sowohl in die Sachlichkeit der Entscheidungsfindung als auch in die Rechtmäßigkeit der Wahrnehmung der Aufgaben der Gerichtsverwaltung.¹⁵ Denn bei einer dauerhaften und nicht nur vertretungsweise gleichzeitigen Wahrnehmung von zwei Ämtern als Gerichtspräsident ändern sich zwangsläufig das Tätigkeitsbild und das Verhältnis zwischen richterlicher Tätigkeit und Verwaltungstätigkeit.¹⁶ Der Doppelpräsident wird aufgrund seiner beschränkten Zeitressourcen entweder seine Verwaltungstätigkeit oder seine rechtsprechende Tätigkeit einschränken müssen. Im ersten Fall beschränkt er seine Tätigkeit in der Gerichtsverwaltung und muss in größerem Umfang auf die Delegation von Aufgaben (z.B. auf die Geschäftsleitung des Gerichts oder mit Verwaltungsaufgaben betraute richterliche Dezernenten) zurückgreifen. Die Bedeutung des Geschäftsleiters und der (in Verwaltungsangelegenheiten weisungsunterworfenen) richterlichen Dezernenten wächst dann über das gesetzlich vorgesehene Maß hinaus.¹⁷ Beschränkt der Doppelpräsident seine spruchrichterliche Tätigkeit, um mehr Zeit für Verwaltungsaufgaben zur Verfügung zu haben, kann er keinen richtungsweisenden Einfluss auf die Rechtsprechung des Spruchkörpers ausüben und beeinträchtigt damit das Vertrauen in diese.

Diesem Verlust des Vertrauens in die Qualität und Sachlichkeit der Entscheidungsfindung kann nach der Entscheidung des BFH nur dadurch entgegengewirkt werden, indem der Geschäftsverteilungsplan erkennen lässt, mit welchem Bruchteil seiner Arbeitskraft der Doppelpräsident welchem Spruchkörper zugeordnet ist. Nur so kann überprüft werden, ob er seinen spruchrichterlichen Tätigkeiten in erforderliche Umfang nachkommt.¹⁸ Dabei ist davon auszugehen, dass die Zuweisung eines Präsidenten zur richterlichen Tätigkeit mit weniger als 50 % seiner gesamten Arbeitskraft im Hinblick auf eine von ihm angenommene Präsidentschaft bei einem Gericht einer anderen Gerichtsbarkeit mit dem Leitbild eines Gerichtspräsidenten nicht vereinbar ist.¹⁹ Aufgrund dieser vom BFH herausgearbeiteten Gesichtspunkte scheidet eine Tätigkeit als „Doppelpräsident“ bei unterschiedlichen Fachgerichten aus.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung zeigt die besonderen Anforderungen an die Formulierung des Geschäftsverteilungsplans durch das Präsidium. Denn bei der Prüfung eines Besetzungsmangels ist die Rechtmäßigkeit eines Geschäftsverteilungsplans auf jeden Rechtsverstoß hin zu untersuchen. Gerichtspräsidenten trifft daher eine große Verantwortung, da Fehler sofort zu einem Besetzungsmangel und damit zur Aufhebbarkeit der auf seiner Grundlage ergangenen Entscheidungen führen.

Lässt ein Geschäftsverteilungsplan nicht erkennen, mit welchem Bruchteil seiner Arbeitskraft der Richter dem jeweiligen Spruchkörper zugewiesen ist, führt dies zu einem Besetzungsmangel.²⁰ Die Entscheidung des V. Senats des BFH betraf dabei den Fall der Doppelpräsidentschaft in zwei unterschiedlichen Gerichtsbarkeiten (Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit). Sie lässt sich übertragen auf die Berücksichtigung von Hochschullehrern, die an Obergerichten oder Finanzgerichten im Nebenamt tätig sind. Hier muss durch den Geschäftsverteilungsplan berücksichtigt werden, dass und inwieweit diese durch ihre Lehr- und Forschungstätigkeit anderweitig gebunden sind.²¹ Betroffen sind z.B. auch Richter, die neben ihrer Zuweisung zu einem Senat am Finanzgericht auch einer Kammer für Steuerberaterhaftungssachen bei einem Landgericht angehören. Auch bei Richtern, die in mehreren Spruchkörpern desselben Gerichts eingesetzt sind, sollte der Geschäftsverteilungsplan erkennen lassen, in welchem Umfang ihrer Arbeitskraft sie im jeweiligen Spruchkörper tätig sind.²²

E. Bewertung

Die Entscheidung des BFH klärt die Frage der Zulässigkeit einer Doppelpräsidentschaft über den Weg der Anforderungen an einen Geschäftsverteilungsplan. Die Entscheidung beschränkt sich in klarer und folgerichtiger Argumentation auf die entscheidungserheblichen Fragen. Im Hinblick auf die Zurückverweisung an das Finanzgericht (§ 119 Abs. 6 FGO) gibt der V. Senat zudem alle erforderlichen (materiellrechtlichen) Hinweise, um nachfolgend das Verfahren (in zutreffender Besetzung) abschließen zu können.²³ Die justizorganisatorische Frage, ob die Übertragung des Amtes des Präsidenten bei zwei Gerichten unterschiedlicher Gerichtszweige zulässig ist, bleibt dabei mangels Entscheidungserheblichkeit ungeklärt.

Die BFH-Entscheidung ist aus Sicht des Verfassers daher uneingeschränkt zu begrüßen. Mit Spannung zu erwarten bleibt die Reaktion der betroffenen Justizverwaltung auf die BFH-Entscheidung. Im Hinblick auf die von BFH formulierten Anforderungen und die weiterhin im Schrifttum geäußerten (allerdings nicht unbestrittenen) Zweifel an der Zulässigkeit der Doppelbesetzung dürfte es bald zu einer Rückkehr zur Besetzung mit zwei Personen kommen.

15 Vgl. BFH, Ur. v. 14.03.2019 - V B 34/17 Rn. 22.

16 Vgl. Roller/Stadler, NVwZ 2015, 401, 403.

17 Vgl. Roller/Stadler, NVwZ 2015, 401, 403.

18 Vgl. BFH, Ur. v. 14.03.2019 - V B 34/17 Rn. 23.

19 Vgl. BFH, Ur. v. 14.03.2019 - V B 34/17 Rn. 23.

20 Vgl. BFH, Ur. v. 14.03.2019 - V B 34/17 Rn. 14.

21 Vgl. BFH, Ur. v. 14.03.2019 - V B 34/17 Rn. 14.

22 Vgl. BFH, Ur. v. 14.03.2019 - V B 34/17 Rn. 14.

23 Vgl. BFH, Ur. v. 14.03.2019 - V B 34/17 Rn. 30 ff.

Gefängnis und Gefangenschaft aus literarischer Sicht: ein Streifzug

RA Prof. Dr. Guido Britz

A. Einleitung

Gefängnisse sind seltsame Orte. Scheint doch allgemein die Auffassung vorzuherrschen, dass verurteilte Straftäter zur Verbüßung von Freiheitsstrafen grds. von der Gesellschaft zu separieren und deshalb an abgeschirmten Orten mit einer Sicherheits- und Überwachungsarchitektur zu deponieren sind. Alternativen hierzu – mit durchaus auch literarischer Qualität¹ – haben seit jeher vor allem Akzeptanzprobleme. Freilich entstehen aus der Melange von Gesetz und historischer Tradition, welche Freiheitsstrafe und Gefängnis zusammengebracht haben,² gewissermaßen zwei Welten: eben die vor und die hinter den Mauern. Das weckt wiederum Interesse in verschiedener Hinsicht; und gerade auch in literarischer. Gefangenschaft und Gefängnis bringen nämlich Autoren und Literatur hervor.³ Zudem sind beide – Gefangenschaft oder Gefängnis – Projektionsfläche und Befassungsobjekte von Literatur.⁴ In dem weiten Feld von „Literatur und Recht“ reklamieren „Gefängnis und Gefangenschaft“ daher zu Recht ihren Platz.⁵ Was gibt es also Neues zu dem Thema?

B. „Das angehaltene Leben“ von Maurizio Torchio

Die zuweilen mit deutlichen Gebrauchsspuren verwendete Metapher, dass das Gefängnis eigentlich ein Loch – mit allen dazugehörigen Attributen – ist oder zumindest sein müsse, greift Torchio⁶ in seinem eindrucksvollen Roman mit großem erzählerisch-kompositorischem Geschick auf und variiert das Thema subtil. Denn den monologisierenden Ich-Erzähler hat eine Entführung süditalienischer Machart, bei welcher das Opfer zur Lösegelderpressung mitunter länger unter Aufsicht zumindest eines Bandenmitglieds verborgen gehalten wird, ins Loch, also in Gefängnis, gebracht: „Ich bin hier wegen Menschenraub.“; und zwar für dreißig Jahre. Das Entführungsoffer war indessen ebenfalls in einem Loch untergebracht worden; nämlich in einem feuchten Erdloch, „ein in den Hang gegrabenes und mit Plastik ausgekleideten Loch“. Zudem war es angekettet, wobei die Kette nicht bis zum Eingang der Höhle reichte. Es sollte vermieden werden, dass das Versteck nachträglich bei polizeilichen Ermittlungen aufgrund von Beschreibungen des Entführungsoffers würde gefunden werden können.

Die Entführung, das Martyrium der Entführten sowie die kriminelle Technik des Entführens einschließlich der Rolle der Entführer im Verhältnis zur Tat und zum Opfer werden

ohne nennenswerte Gefühlsregung dargestellt; freilich eine Fundgrube für Kriminologen wie Kriminalisten. Allerdings ist das im ersten Teil des Romans im Schwerpunkt angesiedelte Verbrechen bereits durchsetzt mit Parallelen und Bezügen zum späteren Strafvollzug. Da dessen Schilderung wiederum Rückbezüge zur zeitlich früheren Straftat enthält, verschränken sich beide Komplexe ineinander trotz eines linearen Fadens der Erzählung. Exemplifizieren lässt sich dies mit der Angst des Verlassenseins und des Vergessenwerdens. Als sich der (auch) zum Aufpasser über das Entführungsoffer auserkorene Ich-Erzähler beim Pizzakauf verspätet, ist die Entführte verzweifelt:

Sie hatte gekotzt vor Angst. Ich hatte Angst, alleine in diesem Loch zu sterben, sagte sie, zu verhungern, zu verdursten. Sie schluchzte. Konnte nicht aufhören. Sie sagte: Sie haben ihn umgebracht, habe ich gedacht, und ich werde hier sterben, alleine, an der Kette. Sie sagte, dass es ihr lieber wäre, wenn ich oder ein anderer von der Bande sie umbringen würde, als hier alleine zu sterben, angebunden und vergessen.

Dem korrespondiert die Hoffnungslosigkeit des Inhaftierten im Gefängnis angesichts auch eines geplanten Neubaus:

Vielleicht haben sie dieses alte, nicht zu erlösende Gefängnis verkauft und vergessen, uns wegzubringen. Bei

1 Vgl. zur Herkunft des elektronischen Hausarrests aus einem Spiderman Comic: Wittstamm, Elektronischer Hausarrest? Zur Anwendbarkeit eines amerikanischen Sanktionsmodells in Deutschland, 1999, S. 13.

2 Zum Zusammenhang von Freiheitsstrafe und Gefängnis: Britz in: Festschrift für Müller-Dietz, 2001, S. 73 ff., 76 ff.

3 Bspw.: Jäger, Die Festung: Der im Jahr 1962 erschienene Roman entstand im Gefängnis, da der Anstaltsgeistliche dem Gefangenen Schreibutensilien zur Verfügung stellte. Gewissermaßen resozialisiert durch das Romandebüt durfte der (Neu-)Schriftsteller die Strafanstalt früher verlassen.

4 Neuerdings: Middelhoff, A 115. Der Sturz, 2. Aufl. 2017, S. 83 ff., 237 ff.; Schroeder, Was alles in einem Menschen sein kann. Begegnung mit einem Mörder, 2017, S. 5 ff., 17: „Die meisten Menschen haben in ihrem Leben nie mit einem Gefängnis zu tun. Dem einen oder anderen fallen vielleicht die hohen Mauern oder Wachtürme auf, wenn er dran vorbeifährt. Manch einer denkt vielleicht: „Da sitzt keiner ohne Grund drin!“, andere gruselt es ein wenig, aber dann hat man es schnell wieder vergessen.“

5 Müller-Dietz, Grenzüberschreitungen. Beiträge zur Beziehung zwischen Literatur und Recht, 1990, S. 227 ff.

6 Torchio, Das angehaltene Leben, 2017. Die Titel auf italienischer und französischer Sprache lauten: Cattivi bzw. Sur L'île, une prison. Sie greifen damit andere Aspekte des Romans auf und erweitern das Verständnis.

einem Umzug wird immer etwas vergessen. Die Organisation vergisst man nicht so leicht, oder die Wärter ...

Und ferner in diesem Zusammenhang:

Ich weiß, was die Prinzessin an dem Abend empfand, als ich verspätet zurückkehrte. Die Angst, angekettet zu sterben: nicht getötet, nein, zum Sterben vergessen zu werden.

Grundiert ist dies mit dem pessimistischen Befund, dass das Gefängnis nicht dazu diene, der Welt etwas zurückzugeben. Vielmehr sei es gebaut, um wegzusperren, zu bedecken, vernarben zu lassen.

Das Gefängnis und der Strafvollzug in einem ebenso spezifischen wie speziellen Inselgefängnis werden im Roman in den unterschiedlichen Facetten beleuchtet, allerdings durchweg in eher düsteren Farben ohne geringste Empathie gemalt. Worum geht es in diesem Kaleidoskop der Schrecknisse? Folgende Themen lassen sich ohne Anspruch auf Vollständigkeit finden: Gefängnisarchitektur, das Mit- und Gegeneinander der Gefangenen sowie der Wärter einschließlich der Gewalt unter den Gefangenen sowie seitens der Wärter gegenüber den Gefangenen und umgekehrt, Ausgang und Besuch, Gefängniskost, Telefonieren, Homosexualität, Drogen, Ausbruch, Strafe und Hoffnung. Auch eine Liebesgeschichte fehlt nicht.

Die Verbrechen, deren Ahndung sowie das Gefängnis werden aus der Perspektive eines Ich-Erzählers als einem Täter, einem Verurteilten und einem Strafgefangenen ähnlich eines Erinnerungsberichts in kurzen prägnanten Sätzen erzählt; gewissermaßen teilnehmende Beobachtung. Wer ist er?:

Ich hatte eine normale Kindheit. Meine Eltern unterschrieben regelmäßig das Merkheft für die Schule, kontrollierten die Hausaufgaben. Packten mir das Pausenbrot in den Schulranzen.

Und an anderer Stelle:

Ich war siebenundzwanzig Jahre alt. Vierundzwanzig davon in der Welt. Dann sieben Monate im Berghang mit der Kaffeeprinzessin. Drei Monate lang wieder draußen, Sachen transportieren, dann zwei Jahre und zwei Monate allein.

Abgesehen von der durchweg kurzen und daher sehr eindringlichen Sprache des Romans sind es vor allem die spielerisch miteinander verwobenen diversen Motive, welche das Gefängnis als totale Institution vor dem Auge des Lesers erstehen lassen. Neben der Beschreibung des Gefängnisses an sich stechen die Zeichnung der Figur des Kommandanten einschließlich seiner unglücklichen Liebesgeschichte sowie die weitere Straftat des Ich-Erzählers im Gefängnis hervor.

Letzteres erscheint als Kuriosum: Ist das Gefängnis nicht dazu da, Straftaten zu verhindern? Ist mit der Sicherheit der

Institution nicht die Erwartung verbunden, dass innerhalb der Mauern keine Straftaten geschehen? Mit dieser Mär wird radikal aufgeräumt. Denn der Ich-Erzähler begeht ein grausames Verbrechen. Das Ende einer über zweijährigen Isolationshaft – dem Preis für sein beharrliches Schweigen zu den Beteiligten und den Hintermännern der Entführung, die ihn überhaupt erst ins Gefängnis brachte – gerät zum Inferno. Denn er tötet „wie ein ausbrechender Geysir“ den ihn abholenden Wärter vor den Augen der aus ihren Zellenfenstern brüllenden Gefangenen mit fünfunddreißig Messerstichen. Die Tat geschieht aus verletzter Ehre.⁷ Denn die Entlassung aus der Isolationshaft als vermeintlicher Sieg des schweigenden Täters über das Justizsystem droht zur Niederlage zu werden. Die Verlegung soll nämlich nicht zu den „Normalen“, sondern zu den „Schützlingen“ erfolgen:

Solche Spielchen machten sie damals. Wenn du nicht redest, streuen sie das Gerücht, dass du geredet hast. Oder sie verlegen dich gleich zu den Schützlingen, was auf dasselbe hinausläuft.

Die Konsequenz ist die Rückkehr in das Gefängnis des Gefängnisses, den Isolationstrakt. Freilich werden die Haftbedingungen unmenschlich verschärft. Denn die ohnehin kleine Zelle wird durch eine Mauer verkleinert:

Um mich zu bestrafen, bauten sie eine Mauer. Die Zelle im Isolationstrakt waren ungefähr so groß wie diese hier, drei mal zwei Meter. Meine halbierten sie ... Lichtschacht und Abort blieben auf der anderen Seite der Tür, unerreichbar. Auf meiner Seite gab es nichts mehr. Weder Licht noch Luft von draußen. Nicht mal die Pritsche aus Zement. Absolut nichts.

In schwärzester Dunkelheit und nackt muss die Haft nunmehr erduldet werden. Es folgen weitere Schikanen und Qualen. Denn die Strafe ist nunmehr „Lebenslänglich ohne Bewährung“, mithin „99/99/9999“:

Ich würde für immer eingeschlossen bleiben. Für immer alleine. Für immer in ihrer Gewalt.

In dieser Situation erwächst der Ich-Erzähler aus der Hoffnungslosigkeit seiner Existenz heraus gewissermaßen mit dem Gefängnis. Überhaupt das Gefängnis: Ursprünglich eine von Minderjährigen erbaute Besserungsanstalt besteht es aus einer Außenmauer, danach einem Zwinger mit Hunden, sodann dem eigentlichen Gefängnis mit einem Hof, in welchem die sog. Wanne für die Freistunde gelegen ist, von welcher wiederum ein kleiner Hof für die Isolationshaft abgetrennt ist. Die Außenmauer ist mit Wachleuten besetzt. Zudem ist auch ein Kontrollraum mit Bildschirmen so-

7 Torchio, Das angehaltene Leben, 2017, S. 162: „Auch ich habe damals für meinen Ruf getötet.“

wie ein Besucherraum vorhanden. Das Gefängnis an sich ist mehrstöckig mit einem Stockwerk für Dienstwohnungen und einem (Personal-)Trakt für die Wärter als den „Angestellten des Bösen“. Es gab vormals auch einen kleinen Garten sowie eine Tischlerei und ein Theater. Nachts ist das Gefängnis beleuchtet, sodass der Himmel kilometerweit orange gefärbt ist. Die Insassen werden mit depressiver Hoffnungslosigkeit als „Tonnen nutzloser Männer, aufgehäuft, um zu verfaulen“ beschrieben. In der Diktion des Gefängnisdirektors, dem Commandante, ist das Gefängnis der Ort, an dem die „Bösesten der Bösen“ sitzen.

Der Commandante leitet freilich als ein „verschuldeter Mann“ das Gefängnis. Denn er, der „demütig wie ein Vorhängeschloss“ seine Aufgabe⁸ hart und gerecht sowie „gleichgültig gegenüber Drohungen wie gegenüber Schmeicheleien“ wahrnehmen wollte, hatte vor sich und der Justiz versagt. Er verschuldete nämlich infolge einer Liebelei einen Ausbruch. Dies hatte nicht – wie von ihm selbst sofort beantragt – seinen Rücktritt zur Konsequenz. Trotz oder gerade wegen der Kenntnis der Verwaltung von seinem Verschulden beließ man ihn als Direktor: „Sie wollten den Zombie erben.“. Die Liebesbeziehung, die zu einem Karriereende hätte führen können, entwickelte sich aus der Zensur der Post. Denn hierüber war der Commandante auf die „Lehrerin“ aufmerksam geworden; eine gebildete Frau, die sich in den Gefangenen Martini – eine durch und durch unehrliche Person, ein Geldwucherer und Räuber – verliebt hatte. Als Martini die Schwäche des Commandante erkannte,⁹ begann er dies unbarmherzig auszunutzen. Er überredete die Lehrerin, auf die (Gefängnis-)Insel zu übersiedeln und mit dem Commandante eine Abmachung zu treffen, der zufolge sie ein Jahr bei ihm wohnt und Martini eine begehrte Außenbeschäftigung erhält; letzteres ist die Basis für den misslingenden Ausbruch. Während der angeschlagene Commandante in seiner Position als Gefängnisdirektor durch die bewusste Nichtahndung seines Fehlers nahezu zementiert wird, gelingt es Martini, mithilfe seiner Lehrerin schließlich als Sechzigjähriger freizukommen. Dem Commandante bleibt es, nachts durch das Gefängnis zu streifen, um u.a. mit dem Erzähler in seinem düsteren Verlies ein paar Worte zu wechseln.

Der Roman stellt ein Stück beeindruckender Literatur dar. Mit Liebe und mit Kenntnis für das Detail wird nahezu klinisch kalt eine erschreckende Gefängnis- und Gefangenenwirklichkeit entworfen. Der Titel des Buches ist an unterschiedlichen Stellen als Grundierung erläutert. Denn mit der Verhaftung wird das Leben des Straftäters für die Dauer des Strafvollzugs angehalten, damit es – so die Vorstellung der Gefangenen – als unverbrauchtes, aufgespartes Leben am Ende der Haft steht. Dass mit dem Vollzug von Freiheitsstrafen Lebenszeit unwiederbringlich verloren geht, bildet

hingegen den dramatischen Kontrast. Der Roman ist für Juristen eine Fundgrube.

C. „Krebs Nebel“ von Éric Chevillard

Das bereits aus 1998 datierende Buch von Chevillard¹⁰ liegt leider erst seit 2013 in deutscher Erstübersetzung vor. Ob die Übersetzung des Originals, dessen Titel „La Nébuleuse du crabe“ lautet, gelungen ist, kann durchaus bezweifelt werden. Jedenfalls ist der gewählte deutsche Titel unbestreitbar geeignet, aufkommende Neugier schon im Keim zu ersticken. Denn es handelt sich um surrealistische Literatur in Hochform mit einem Protagonisten, der nicht greifbar nur in Vexierbildern existiert. Dass das Büchlein trotzdem im Literaturmeer versunken ist, ist mehr als betrüblich.

Freilich ist Krebs – so der Name des nicht zu fassenden „Helden“ – interessanterweise in einem Gefängnis geboren; „einem dreckigen Kellerloch“, womit erneut die erwähnte Metapher strapaziert wird. Seine Mutter hatte nämlich aus nicht bekannten Gründen eine schwere Strafe erhalten. Während die Mutter aber nach deren Verbüßung entlassen wird, muss Krebs bleiben. Sein Protest wird gewissermaßen kriminalstatistisch erstickt:

Aber der Gefängnisdirektor entgegnete ihm, dass just seit seiner Geburt und also seit er im Gefängnis verfaulte, die Zahl der Missetaten und Morde beträchtlich gesunken sei in der Gegend, und zwar in derartigem Maße, dass es sich dabei nicht um einen Zufall handeln könne.

Der Hinweis, zur Zeit der Verbrechen noch nicht existent gewesen zu sein, wird beiseite gewischt mit dem Rat, besser die Verteidigungsstrategie zu überdenken. Dies geschieht denn auch umgehend. Krebs bekennt sich nämlich schuldig, sodass Recht gesprochen werden kann. Er wird unter Applaus sowie zur Befriedigung aller zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt. Die Bevölkerung ist zudem erleichtert. Denn:

Individuen wie dieser Krebs gehören ins Gefängnis.

Aufs Korn genommen ist damit der scheinbar unerschütterliche Glaube der Strafjuristen an die Generalprävention als Strafzweck.¹¹ Denn weder die allgemeine Abschreckung

8 Torchio, Das angehaltene Leben, 2017, S. 145: „Man braucht Orte, um das Böse darin zu fassen. Schlüssel, diese Orte abzuschließen. Männer, die das Glühen dieser Schlüssel ertragen.“.

9 Torchio, Das angehaltene Leben, 2017, S. 138: „In dem Moment dämmerte es Martini, dass aus diesem Zeitvertreib vielleicht etwas anderes werden könnte.“.

10 Chevillard, Krebs Nebel, 2013.

11 Zu den Strafzwecken: Hoerster, Was ist Recht, 2. Aufl. 2012, S. 106 ff.; Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 12a m.w.N.

noch die Stärkung des Rechtsbewusstseins setzen voraus, dass ein schuldhaftes und daher zu ahndendes Verhalten einer Einzelperson gegeben ist. Vielmehr würde es genügen, dass nur das Vorliegen einer Strafbarkeit suggeriert wird, um sodann über die Strafe und deren Verhängung die generalpräventiven Zwecke zu stimulieren. Damit wird freilich an den Grundfesten des Strafrechts gerüttelt. Setzt doch Strafe unabdingbar Schuld voraus. Die Verurteilung ohne Schuld – ja sogar bei evident fehlender Schuld – erscheint rechtsstaatlich besehen geradezu absurd. Trotz der schreienden Ungerechtigkeit funktioniert gleichwohl die Generalprävention. Für ein Urteil spielen aus dieser Perspektive Schuld und Gerechtigkeit keine Rolle mehr. Entscheidend ist nunmehr die Reaktion des Publikums. Die Entkoppelung von Schuld und Strafe bei gleichzeitiger gesellschaftlicher Akzeptanz wirkt deshalb zumal in hysterischen Zeiten mehr als decouvrierend.

D. „In meinem fremden Land“ von Hans Fallada

Der Juristensohn¹² Hans Fallada – mit bürgerlichem Namen: Rudolf Ditzen – konnte sich zeit seines Lebens über ein mangelndes Interesse seitens der Strafjustiz an seiner Person gewiss nicht beschweren. Ironisch und sicherlich nicht ohne Bitternis war er daher drei Jahre vor seinem Tod in der Lage zu resümieren:¹³

... in meinem vielbewegten Leben hatte ich dann und wann schon einmal eine Zelle bevölkert.

Das Zitat stammt aus dem bislang unveröffentlichten Gefängnistagebuch aus dem Herbst 1944, welches nunmehr durch Jenny Williams und Sabine Lang – beide mit Autor und Werk fachlich engstens vertraut – mit einem editorischen Anhang versehen unter dem Titel „In meinem fremden Land“ herausgegeben wurde. Entstanden ist dieses Gefängnistagebuch, neben anderen Werken,¹⁴ in der Abteilung III der Strafanstalt Neustrelitz-Strelitz, in welcher sich Fallada im Herbst 1944 befand. Denn im Zusammenhang mit der Scheidung von seiner ersten Frau Anna Ditzen (geb. Issel), genannt Suse, kam es zwischen den bereits geschiedenen Eheleuten zu einer folgenschweren Konfrontation. Aus der Pistole des angetrunkenen Fallada löste sich nämlich bei dem Streit ein wohl beabsichtigter Schuss.¹⁵ Wegen eines aufmerksamen Staatsanwalts wurde ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts des versuchten Totschlags bzw. wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung eingeleitet. Verurteilt durch das AG Strelitz zu drei Monaten und zwei Wochen Gefängnis befand sich Fallada vom 31.08. bis zum 13.12.1944 in der Anstalt.

Den unfreiwilligen Aufenthalt in der Strafanstalt nutzte Fallada schriftstellerisch,¹⁶ gleichzeitig aber auch zu einer Art kleinen Lebensbeichte in Form des (Gefängnis-)Tage-

buchs.¹⁷ Je nach Lesart lässt es sich als persönliche Abrechnung mit dem NS-System¹⁸ oder eben als Dokumentation des Versagens und der wachenden Verzweiflung eines Unpolitischen¹⁹ qualifizieren. Beginnend mit dem Reichstagsbrand werden nämlich in Splittern Erlebnisse, Lebensabschnitte und Ereignisse einschließlich beteiligter Personen und involvierter Institutionen resümiert, und zwar zentriert auf die Entwicklungen sowie Veränderungen im NS-Deutschland einschließlich der Auswirkungen auf das persönliche Schicksal. Denn Fallada war wegen der „Bäume und Bienen“ in Deutschland geblieben und nicht wie viele andere ins Exil gegangen. Es bestand daher am sich abzeichnenden Ende der nationalsozialistischen Diktatur ein gewisser Rechtfertigungsdruck, der nach dem Ende des Krieges noch größer werden sollte.²⁰

Das Gefängnistagebuch wurde erfindungsreich und geschickt in bzw. zwischen anderen literarischen Arbeiten versteckt.²¹ Denn von der insofern großzügigen Verwaltung der Anstalt waren Fallada sowohl das Schreiben erlaubt²² als auch 92 DIN-A4 Seiten überlassen worden. Diese wurden in kleiner Handschrift²³ eng und vor allem zwischen den Zeilen beschrieben, sodass ein „kompliziertes, kaum

12 Unter dem Titel „Juristensöhne als Dichter“ hierzu ausführlich: Weber, Juristensöhne als Dichter – Hans Fallada, Johannes R. Becher und Georg Heym, 2009, S. 1 ff., 56 ff., 93 ff.

13 Fallada, In meinem fremden Land, 2017, S. 51.

14 Entstanden sind u.a.: die Kindergeschichte „Fridolin, der freche Dachs“, der Roman „Der Trinker“ sowie die vorliegenden Erinnerungen.

15 Zum Geschehen: Walther, Hans Fallada. Die Biographie, 2. Aufl. 2017, S. 347 f.

16 Fallada, In meinem fremden Land, 2017, S. 149: „Ich habe erst einige Kurzgeschichten und dann einen kleinen Roman geschrieben.“

17 Das Tagebuch beginnt am 23.09.1944 und endet mit dem 06.10.1994. Fallada selbst spricht von „Aufzeichnungen“; vgl. Fallada, In meinem fremden Land, 2017, S. 149: „Und dann kam es über mich, daß ich hier, ausgerechnet in diesem Haus, bewacht und belauert, mit diesen Aufzeichnungen beginnen mußte. So lange trug ich sie mit mir herum. Ich muß einfach.“

18 Walther, Hans Fallada. Die Biographie, 2. Aufl. 2017, S. 350.

19 Williams/Lange, Sendbrief aus dem Totenhaus – Nachwort, in: Fallada, In meinem fremden Land, S. 279. Vgl. aber auch Fallada, In meinem fremden Land, 2017, S. 77: „Ich bin wirklich von einer schon dummen Ahnungslosigkeit gewesen!“

20 Vgl. hierzu: Williams/Lange, Sendbrief aus dem Totenhaus – Nachwort, in: Fallada, In meinem fremden Land, S. 276 ff.

21 Zu den Einzelheiten mit entsprechenden Abbildungen: Williams/Lange, Zu dieser Ausgabe, in: Fallada, In meinem fremden Land, 2017, S. 287 ff.

22 Fallada, In meinem fremden Land, 2017, S. 149: „Ich habe die Erlaubnis erhalten, mich selbst zu beschäftigen, zu schreiben.“

23 Fallada, In meinem fremden Land, 2017, S. 149: „Sie bewundern meine sehr kleine Schrift, der einzige Schutz, den ich gegen neugierige Nachschnüffler habe.“

entzifferbares Manuskript²⁴ entstand. Denn es galt, die persönlichen Erinnerungen und Reflexionen über die Zeit des Nationalsozialismus in den sonstigen Texten zu verstecken.²⁵ Das Manuskript als solches lässt sich wiederum in die Erinnerungen einerseits sowie die sog. Sonderblätter andererseits unterteilen; letztere befassen sich mit dem entstehenden Manuskript sowie mit der aktuellen Haftsituation.

Von (straf-)rechtlichem Interesse können die im „MS. aus dem Totenhaus“²⁶ enthaltene Episode der Schutzhaft, aber auch die vereinzelt Erinnerungen an den Vater sein. Zur Schutzhaft kam es infolge einer gezielten Denunziation durch die ebenso heuchlerisch-verschlagenen wie verschuldeten Vermieter. Nach einer unergiebigem Durchsuchung der Wohnung der Familie durch die SA wurde Fallada am „Sonntag vor dem schönen Osterfest“ festgenommen. Denn der gleichfalls anwesende Gendarm verweigerte mangels Verdachts weitere Maßnahmen, sodass mit diesem „die Legalität aus dem Hause“ ging. Seine SA-Bewacher beschreibt Fallada – vom martialisch dargestellten Äußeren unmittelbar auf das Innere schließend – geradezu bösartig:

Es waren die rohen Schlägergesichter von Männern, die in hundert Saalschlachten den Worten ihres Führers mit Schlagring und Stuhlbein Nachdruck verliehen hatten, es waren die gemeinen Gesichter bedenkenloser Männer, die auf ein Wort hier jeden Schädel zerschlagen hätten.

Mit Blick auf die „Visage des Gauleiters Streicher“ folgt sodann gewissermaßen ein Rundumschlag:

Sondern diese kleinen Augen, die niedrige Stirn, das überentwickelte Kinn, und vor allem dieser Nacken mit den sechs, sieben Speckfalten – das charakterisierte so das Böse, den Ungeist, daß ich diesen Mann bei mir den „Henker“ getauft hatte. Solche Visagen hatten auch meine beiden Bewacher, Leute, denen man es ohne Weiteres zutrauen konnte, daß sie ein Kind bei den Beinen faßten und mit dem Kopf gegen den Kühler ihres Autos schlugen, bis es tot war. (Das haben mir später Augenzeugen von des Führers Leibgarde, der S.S. erzählt, von dieser Elite-Formation, die auf solche Weise die Judenfrage löste!)

Der Festnahme folgt ein durch die SA eskortierter Transport nach Fürstenwalde. Anlässlich einer sog. Pinkelpause seiner Bewacher, bei der auch Fallada das Fahrzeug verlassen soll, befürchtet er seine Erschießung im Sinne „auf der Flucht erschossen“. Er weigert sich daher, den Wagen zu verlassen. In der langsam eskalierten Situation fährt zufällig der Dorfdoktor in seinem Wagen vorbei, sodass deshalb das etwaige Vorhaben schließlich abgebrochen werden muss. In

der Polizeiwache in Fürstenwalde angekommen, soll Fallada in Schutzhaft genommen werden, was durch die Stadtpolizei gegenüber der SA mangels Papiere zunächst abgelehnt wird. Freilich kommt es sodann wegen der Hartnäckigkeit der sog. Braunhemden trotzdem zur Haft. In Anbetracht dieser Ereignisse steigen in Fallada langsam sich erst später bestätigende Zweifel auf:

Schließlich lebten wir doch in einem Rechtsstaat, und eine solche Gemeinheit würde ihnen teuer zu stehen kommen. Ich Kind ahnte damals noch nicht, dass Deutschland seit diesem Januar 1933 aufgehört hatte, ein Rechtsstaat zu sein, daß es ein reiner Willkürstaat war, in dem nur recht war, was die Herren taten.

Mit der Trostlosigkeit der Situation korrespondiert die Unterbringung. Denn die Zelle in der Polizeiwache wird als „Saustall“ und – mit der bekannten Metapher – als Loch beschrieben:

Die Zelle, in die ich gebracht wurde, war das allgermeinste, allerschweinischste Loch, in dem ich in meinen Leben je gewesen bin.

Vergeblich lehnt Fallada sich auf:

„Ich verlange erstens eine anständige Zelle und nicht solch ein Scheißloch!“ schrie ich wütend. „Zweitens verlange ich ein Mittagessen! Ich bin Schutzhaftgefangener und habe ein Recht, das zu verlangen!“

Denn der Uniformierte bleibt höhnisch gelassen:

„Na, dann seien Sie man froh, daß Sie so'n Recht haben!“ antwortete er, schmiß die Tür wieder zu und schob die Riegel vor.

Nachdem durch ein Schreiben des zuständigen Landrats die Schutzhaft wegen des Verdachts einer Beteiligung an einer „Verschwörung gegen die Person des Führers“ verhängt wurde, wogegen Fallada vergeblich aufbegehrt hatte, wurde er in eine saubere Zelle des Gerichtsgefängnisses des AG Fürstenwalde gesperrt. Dort schrieb er nach dem sog. Bet-

24 Williams/Lange, Zu dieser Ausgabe, in: Fallada, In meinem fremden Land, 2017, S. 287.

25 Fallada, In meinem fremden Land, 2017, S. 149: „Ich gefährde nicht nur mein Leben, ich gefährde, wie ich immer mehr beim Weiterschreiben merke, das Leben vieler Menschen, von denen ich berichte. Ich besitze kein abschließbares Fach. Alles liegt jedem Zugriff offen. Ich schreibe in einer mir zugewiesenen Zelle, durch die ständig andere Gefangene laufen, Wachmeister stehen alle Augenblicke bei mir, rauchen eine Zigarette und stellen dumme Fragen nach der Tätigkeit eines Schriftstellers.“

26 Fallada, In meinem fremden Land, 2017, S. 228. Die Rede vom „Totenhaus“ als Synonym für das Gefängnis ist häufiger; vgl. auch Fallada, In meinem fremden Land, 2017, S. 149.

tenbau an Anwalt und Frau. Der Bettenbau ist es auch, der dem Wachtmeister die Erfahrungen Falladas mit Gefängnissen offenbart:²⁷

Er nahm meine Brille in Empfang, warf einen Blick auf mich, dann in die Zelle ... der Blick blieb auf meinem Bett haften, das vorschriftsmäßig gemacht jetzt an der Wand hochgeklappt war. „Zum ersten Mal sind Sie aber auch nicht im Kittchen“, stellte er fest. „So baut nur ein Alter den Kahn.“

Das schließlich in die Schutzhaft einmündende Geschehen lässt in Fallada zunehmend Zweifel an der Rechtsstaatlichkeit des Regimes und dessen Gesetzestreue aufkommen. Dem kontrastiert die Darstellung des Vaters, der eine Karriere als Richter bis zum RG vorweisen konnte.²⁸ Trotz einer latent fortbestehenden Angst²⁹ gegenüber dem übermächtigen, Rechenschaft einfordernden Vater³⁰ sind dessen Rechtsüberzeugungen in Fallada konserviert:

Ich hatte manchmal in meinem Jungensdünkel darüber gespottet, wenn er fast mit Wortklauberei sich an den Wortlaut des einzelnen Gesetzestextes klammerte. Dann hatte er, mich mit seinen milden, klugen Augen lange ansehend, wohl gesagt: „Lerne, mein Sohn Hans, daß das Recht ein heiliges Gut ist. Der Richter muß darauf achten, daß auch nicht ein Splitterchen von ihm verletzt wird, mit der kleinsten Lücke fällt der ganze Damm.“

Dieser zutiefst rechtsstaatlichen und geradezu buchstabengetreuen Gesetzestreue setzten die Nazis Fallada zufolge das „Volksempfinden“ als dubiosen richterlichen Entscheidungsmaßstab entgegen. Hierdurch wird der „wirkliche Rechtssinn und jeder Glaube an das Recht“ zum Erlöschen gebracht.

E. „Das Floß der Medusa“ von Franzobel

Eine völlig andere Form der Gefangenschaft als in einem Gefängnis stellt der Zwangsaufenthalt auf einem Floß nach einer Schiffshavarie dar. Freilich werden auch hier Personen nach dem Zufallsprinzip als Schicksalsgemeinschaft zusammengewürfelt. Möglichkeiten zu entkommen, sind gleichfalls nicht vorhanden. Konflikte sind damit in einer Situation der Unentrinnbarkeit zu lösen oder aber sie eskalieren.

Franzobel³¹ fiktionalisiert den historisch tradierten Stoff um das Stranden der Fregatte „Medusa“ auf der Arguin-Sandbank im Ozean westlich von Afrika im Sommer des Jahres 1816. Aufgrund der Unfähigkeit des nur durch seine adelige Herkunft zum Schiffsführer prädestinierten Kapitäns de Chaumarey und der großmäuligen Arroganz des Hochstaplers Richeford,³² deren beider Unkenntnis und Ignoranz ins-

besondere die nautisch erfahrenen Schiffsoffiziere nichts entgegenzusetzen vermögen,³³ havariert das Schiff:

Etwas ist eigenartig, die großen Katastrophen geschehen oft im Verborgenen. Wie bei den Konzentrationslagern, Völkermorden, Foltergefängnissen oder Tragödien um die Flüchtlingsschiffe im Mittelmeer bekam die Öffentlichkeit auch vom Unglück der Fregatte Medusa zunächst nichts mit.

Da die Rettungsboote zur Aufnahme der Passagiere nicht ausreichen, muss ein Großteil des bunten Völkchens – „diese Vergessenen, diese Nichtaufgerufenen“ – mit einem ebenso eilig wie amateurhaft zusammengebauten Floß vorliebnehmen. Während das träge, von Wasser überspülte Gefährt zunächst von den Rettungsbooten in Schlepptau genommen wird, werden die Leinen wegen der Unmöglichkeit des Unterfangens schließlich gekappt. Das dramatische Schicksal der Passagiere des Floßes nimmt damit seinen Lauf. Zunächst eskaliert im Streit um Wein die Gewalt:

Ein Tumult entstand. Aus Schubsern wurden Schläge. Schreie platzten in die Atmosphäre, enorme Muskeln spannten sich. Bald prügelte jeder jeden, um an das Weinfass zu kommen ...

27 Fallada, In meinem fremden Land, 2017, S. 51. Auch an anderer Stelle in den Erinnerungen ist die „Knasterfahung“ von Bedeutung. Denn bei der Durchsichtung wurde eine Zeichnung mit dem Wort „Maschinengewehr“ gefunden. Dass es sich lediglich um Material aus dem Gefängnisalltag in Form einer besonderen Art des Verprügels handelte, konnte ein SA-Mann – offensichtlich ebenfalls mit einschlägiger Erfahrung – zum Leidwesen seines Vorgesetzten zugunsten von Fallada bestätigen (vgl. Fallada, In meinem fremden Land, 2017, S. 37 f.).

28 Ausführlich: Weber, Juristensöhne als Dichter – Hans Fallada, Johannes R. Becher und Georg Heym, 2009, S. 3 ff.

29 Eine Ursache für die Furcht vor dem Vater sowie die Distanz zwischen Vater und Sohn – der wiederum als schwieriges Kind beschrieben wird – könnte ein „Prügelabend“ in der Jugend Falladas gewesen sein; vgl. hierzu: Walther, Hans Fallada. Die Biographie, 2. Aufl. 2017, S. 30 f.; Weber, Juristensöhne als Dichter – Hans Fallada, Johannes R. Becher und Georg Heym, 2009, S. 57.

30 Fallada, In meinem fremden Land, 2017, S. 154 f.

31 Franzobel, Das Floss der Medusa, 2017. Für den Roman hat der österreichische Autor im November 2017 den Bayerischen Buchpreis erhalten. Zudem war der Roman für den Deutschen Buchpreis 2017 nominiert und befand sich auf Short- und Longlist.

32 Franzobel, Das Floss der Medusa, 2017: „Richeford aber war sich seiner Sache sicher. Er stellte sich an die kleine Brüstung und verkündete: – Wir besegeln sicheres Gewässer. Es besteht nicht der geringste Anlass zu Besorgnis. Verlassen Sie sich nur auf mich. Ich bin der geborene Navigator. So stand er da wie Napoleon persönlich, als er seine Soldaten auf den Sieg bei Waterloo einschwor.“

33 Franzobel, Das Floss der Medusa, 2017, S. 238: „Nun erst eilte er an Deck und sah sofort die mürrischen Gesichter seiner Offiziere. Der Schönling, der Ehrgeizige und der Undurchschaubare. In ihren Augen lag Verachtung.“ Zu deren Beschreibung: S. 45.

Und weiter an anderer Stelle:³⁴

Aber selbst im Traum war der Kampf noch nicht zu Ende. Mit Hämmern, Messern, Meißeln, Säbeln und Äxten ging man aufeinander los ... Niemand wusste, wer auf welcher Seite stand. Jeder schlug und Hieb auf jeden ein, so als ob sie allesamt beweisen wollten, dass der Mensch ein wildes Tier, sein Kern ein Ungeheuer ist. Chaotisch, grausam, brutal – ein Niemandsland ohne Anstand und Moral.

Der endgültige Verlust zivilisatorischer Kultur gipfelt im schleichenden Kannibalismus. Der aufkommende Hunger – „Stärker als jede Zivilisation!“ – zwingt dazu; trotz religiöser, medizinischer und moralischer Bedenken:

Wenn wir es tun, werden wir nicht mehr dieselben sein. Wir sind keine Wilden, wir haben die Vernunft, die Aufklärung, Rousseau, Voltaire, Holbach. Wir sind zivilisierte Wesen, wir ... Savigny fühlte sich wie ein Fastender in einem Restaurant, ein Veganer bei einer Grillparty.

Denn: „In der ganzen Weltliteratur steht nirgends, wie man so eine Situation wie diese hier überlebt.“ Den Durst mit dem eigenen Urin und den Hunger durch das Verspeisen von Toten gestillt, überleben von ursprünglich rund 150 Passagieren lediglich 15 die zweiwöchige Irrfahrt; freilich nicht ohne weitere Konflikte und brutale Gewalttätigkeiten. Hierzu zählt auch eine „absurde Gerichtsverhandlung“ wegen des Diebstahls von etwas Wein, die mit der Verhängung der Todesstrafe endet. Wiederholt ist es der Schiffsarzt Savigny, der – vergebens – moralische und rechtliche Bedenken äußert, aber in der „Ausnahmesituation“ kapitulieren muss. Gleiches gilt für die unmittelbar anschließende Situation, dass selektiert werden muss. Eine Bestandsaufnahme unter den bis zu diesem Zeitpunkt verbliebenen 24 Überlebenden ergibt nämlich, dass darunter zehn Todgeweihte sind. Mithin erhebt sich die Frage, ob diesen ihre Weinration zu versagen ist, um das Überleben der übrigen zu verlängern. Die Lösung dieses zunächst ganz praktisch empfundenen Dilemmas liegt in einer „Säuberung“. Es findet sich schnell ein Exekutionskommando, welches die Siechenden schlicht tötet. Allerdings bleibt danach ein überdeutliches Unbehagen:

Die nächsten Stunden saßen die verbleibenden fünfzehn Männer wie benommen auf dem Floß. Waren sie die Stärksten, die Klügsten? Die Auserwählten? Warum gerade sie? Hatten sie den meisten Lebenswillen oder einfach eine Aufgabe gefunden, woran sie sich klammern konnten?

Mit dem Kannibalismus, der Todesstrafe und der sog. Rettungsproblematik mit der Kernfrage, ob Leben gegen Le-

ben überhaupt gegeneinander abgewogen werden kann, werden ebenso zentrale wie quasi endlos diskutierte Rechtsfragen im strafrechtlichen Bereich betreffend die schwierigen Kategorien Rechtfertigung und Schuld aufgegriffen. Bspw. wurde und wird die Frage eines strafbaren Kannibalismus anlässlich des bekannten „Mignonette“-Falls thematisiert.³⁵ Über die Möglichkeiten einer Abwägung „Leben gegen Leben“ hatte das BVerfG zuletzt anlässlich der Überprüfung des LuftSiG zu judizieren und in diesem Zusammenhang auf die unveräußerliche Menschenwürde gem. Art. 1 GG hingewiesen.³⁶ Einen wegen ihrer weitgehenden Abschaffung in der zivilisierten Welt eher rechtstheoretischen wie (rechts-)philosophischen Dauerbrenner stellt hingegen die Todesstrafe dar;³⁷ allerdings bleibt sie angesichts der Tatsache, dass sie in Teilen der Welt – auch derjenigen, die man zivilisiert nennt – nach wie vor vollstreckt oder über ihre Wiedereinführung zuweilen ernsthaft diskutiert wird, eine permanente Herausforderung.

Franzobel unterwirft die aufgeworfenen existenziellen rechtlichen und moralischen Fragestellungen einem eindrucksvollen Stresstest. Das Floß der Medusa wird nämlich geradezu zum Labor. Denn die scheinbare Ausnahmesituation auf dem baulich völlig unzulänglichen und mit Menschen überladenen Floss führt zu einem gnadenlosen „struggle of life“,³⁸ bei dem außer dem passiven, aber stets reflektierenden Schiffsarzt nur die „hopeful monsters“³⁹ überleben. Die Perspektive ist deshalb eine äußerst kulturpessimistische; akzentuiert noch dadurch, dass die Humanität personifiziert in der Figur des Arztes nur wegen der Barbarei der anderen überdauern kann, an welcher sie sich wiederum situativ messen lässt. Moral und Recht unterliegen also sichtbar auf der ganzen Linie, wenn auch um den Preis einer unglücklichen Unzufriedenheit. Oder anders gewendet: Auch das Überleben um jeden Preis hat letztlich seinen Preis.

34 Franzobel, Das Floß der Medusa, 2017, S. 429. Der Kommentar des Schiffsarztes, S. 434: „Wie die Tiere, sagte Savigny. Schlimmer. Keine Moral, keine Vernunft.“

35 Zum „Mignonette“-Fall: Ginoufox; ZStW 5 (1885), 367 ff.

36 BVerfG, Ur. v. 15.02.2006 - 1 BvR 357/05; hierzu: Britz in: Festschrift für Wendt, 2015, S. 1107 ff., 1118 ff. Zur Unabwägbarkeit der kollidierenden Rechtsgüter im Bereich des Lebensschutzes: BGH, Ur. v. 15.09.1988 - 4 StR 352/88; Duttge in: HK, Gesamtes Strafrecht, § 34 Rn. 20; Neumann in: NK, StGB, § 34 Rn. 71 ff.; Welzel, ZStW 63 (1951), 47, 51; Dreier, JZ 2007, 261, 263 f. Kritisch: Merkel in: Roxin/Schroth, Handbuch des Medizinstrafrechts, S. 603 ff., 632 ff.

37 Leder, Todesstrafe, 1986, S. 235 ff.; Streng, Jm 2014, 29 ff.; BVerfG, Ur. v. 21.06.1977 - 1 BvL 14/76 m.w.N.

38 In Anlehnung an Darwin; vgl. zur Terminologie: Fischer, Der kleine Darwin. Alles, was man über die Evolution wissen sollte, 2009, S. 32 ff.

39 Zu diesem Begriff: Kutschera, Tatsache Evolution. Was Darwin nicht wissen konnte, 2009, S. 81 ff., 87.

Die Gewaltenteilung funktioniert

Ricarda Brandts ist seit 2013 Präsidentin des Verfassungsgerichtshofs und des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen. Nachdem dem VG Gelsenkirchen im Fall des Sami A. Informationen vorenthalten worden waren, hatte sie sich an die Öffentlichkeit gewandt und davon gesprochen, dass offensichtlich Grenzen des Rechtsstaates ausgetestet worden seien. Wir haben Frau Brandts (auch) zu einer Bewertung der Vorgänge aus heutiger Sicht befragt.

Voelzke: Liebe Frau Brandts, Ihre richterliche Karriere startete in der Sozialgerichtsbarkeit, in der Sie in allen drei Instanzen erfolgreich aktiv waren. Jetzt sind Sie schon seit einigen Jahren Präsidentin des OVG Münster und zugleich Präsidentin des Verfassungsgerichtshofes des Landes Nordrhein-Westfalen. Sie können also aus erster Hand die Frage beantworten, ob innerhalb der angesprochenen Gerichtsbarkeiten unterschiedliche Herangehensweisen oder sogar Kulturen des Umgangs mit den Streitsachen gepflegt werden?

Brandts: Beide Gerichtsbarkeiten gewähren Rechtsschutz vor rechtswidrigem Verwaltungshandeln und ermitteln den Sachverhalt von Amts wegen. Die Herangehensweise und der Umgang mit Streitsachen werden vor allem vom jeweiligen Prozessrecht geprägt. Unterschiedliche Akzente stelle ich etwa in der Art des kollegialen Austausches in den Gerichten erster Instanz fest. Die Zusammensetzung der Kammer mit mehreren Berufsrichtern institutionalisiert in der Verwaltungsgerichtsbarkeit den juristischen Diskurs und die kollegiale Anbindung. Am Sozialgericht ist der Berufsrichter demgegenüber zunächst auf sich gestellt. Die Organisation des fachlichen Austausches und der sozialen Kontakte ist aufwändiger und muss spruchkörperübergreifend stattfinden.

Unterschiede in der Verfahrens- und Verhandlungsführung bestehen nach meinem Eindruck weniger zwischen den Gerichtsbarkeiten; sie beruhen vielmehr hier wie dort eher auf den Besonderheiten der behandelten Materien. In den vor den Sozialgerichten verhandelten Verfahren geht es zumeist um Leistungen in existenziellen Notsituationen wie Krankheit, Alter, Pflegebedürftigkeit oder Arbeitslosigkeit. Hier gilt es, der Klägerseite fürsorglich den Umfang ihrer sozialen Ansprüche verständlich zu machen. Ähnlich existenzielle Fragen werden auch vor den Verwaltungsgerichten, etwa im Asyl- und Ausländerrecht, im Schul- und Prüfungsrecht oder im Kinder- und Jugendhilferecht, mit einer entsprechenden Grundhaltung verhandelt. In beiden Gerichtsbarkeiten gibt es aber, wenn auch in unterschiedlichem Umfang, wirtschaftlich, technisch, medizinisch und naturwissenschaftlich sehr komplexe Sachverhalte, die eine andere Art der Verhandlungsführung mit sich bringen.

Alle Gerichtsbarkeiten haben zur Zeit ja tendenziell Probleme, qualifizierten richterlichen Nachwuchs zu rekrutieren. Haben Sie Strategien, wie qualifizierten Juristen der Beruf des Richters schmackhafter gemacht werden kann?

In Nordrhein-Westfalen haben im Jahr 2018 ca. 1.550 Referendare und damit rund 25% weniger das Zweite Staatsexamen erfolgreich absolviert als zehn Jahre zuvor. Natürlich wächst in dieser Situation die Konkurrenz um die besten Köpfe. Die Justiz muss sich aber mit ihrem Angebot an attraktiven Arbeitsplätzen sicherlich nicht verstecken. Der Richterberuf bietet bei ökonomischer Sicherheit eine verantwortungs- und anspruchsvolle Tätigkeit mit verfassungsrechtlich garantierter Unabhängigkeit und einem hohen Grad an Selbstständigkeit. Trotzdem reicht es nicht aus, darauf zu warten, dass sich die am besten qualifizierten Juristen bei uns bewerben, sondern es gilt, diese Vorzüge offensiv zu vermitteln.

Als zuständige Einstellungsbehörde für die nordrhein-westfälische Verwaltungsgerichtsbarkeit werbe ich etwa mit hochwertiger Teamarbeit im Kammersystem, vielfältigen Einsatz- und Abordnungsmöglichkeiten sowie der individuellen Vereinbarkeit von Familie und Beruf. Wir bieten darüber hinaus persönliche Planungssicherheit auch beim Berufseinstieg, weil Richterinnen und Richter grundsätzlich an ihrem ersten Einsatzort verplant werden. Zeitgemäße Arbeitsplätze, an denen – so unser Vorhaben – bis Ende 2021 ausnahmslos mit der führenden elektronischen Akte gearbeitet wird, sind ebenfalls selbstverständlich. Dies wird – auch wenn die Art der Arbeit weiterhin eine hohe Präsenz am Verwaltungsgericht notwendig macht – die Möglichkeiten des mobilen Arbeitens und damit auch die Effizienz wesentlich erhöhen. Für den Beruf werben wir regelmäßig auf von uns organisierten sog. Karrieretagen, bei Job-Messen, an Universitäten und natürlich im Rahmen von Referendararbeitsgemeinschaften. Trotz des großen Bedarfs an Verwaltungsrichterinnen und -richtern wegen der hohen Zahl von Asylverfahren stellen wir weiterhin nur besonders qualifizierte Bewerber ein. Wir erwarten nach

Dr. Ricarda Brandts



Präsidentin des OVG Münster

Frau Dr. Brandts wurde 2000 zur Vizepräsidentin des LSG NRW ernannt. Nach einer Tätigkeit als Richterin am BSG ab 2008 kehrte sie 2010 als Präsidentin an das LSG NRW zurück. Seit Februar 2013 ist sie Präsidentin des VGH und des OVG für das Land NRW.

wie vor überdurchschnittliche Examina, eine hohe Leistungsbereitschaft und ein ausgeprägtes Berufsethos.

Sie haben sich mit Ihrer klaren Positionierung im Fall des abgeschobenen Sami A. zu Recht dadurch großen Respekt erworben, dass Sie sich öffentlich vor Ihre Richter gestellt haben, nachdem die handelnden Behörden Informationen zur Abschiebung von Sami A. zurückgehalten hatten. Gab es in der Folgezeit klärende Gespräche mit den beteiligten Behörden und/oder Ministerien?

Ich halte es für selbstverständlich, dass sich eine Gerichtspräsidentin in einer solchen Situation vor die entscheidenden Richterinnen und Richter stellt und auch klare Worte an die Politik und die Exekutive richtet. Gerade dann, wenn es um den Schutz von Minderheiten oder um die Wahrung von Rechten derer geht, die ihrerseits den Rechtsstaat nicht respektieren, kann die Justiz unter den Druck der öffentlichen Meinung geraten. Dann ist es besonders wichtig, dass die gerichtlichen Entscheidungen erklärt werden. In einem hochentwickelten funktionierenden Rechtsstaat wie dem unsrigen ist der vertrauensvolle Umgang zwischen den Staatsgewalten ein hohes Gut. Kritische Worte in Richtung der Justiz und umgekehrt von der Justiz sollten bei gegenseitigem Respekt eine produktive Diskussion eröffnen. Ich habe den Eindruck, dass dies im Anschluss an die Entscheidungen in Sachen Sami A. überwiegend der Fall war. Natürlich haben auch klärende Gespräche mit Vertretern der Exekutive stattgefunden.

Normalerweise beschränken sich Richter darauf, durch ihre Urteile und Beschlüsse zu sprechen. Insofern hat ihr Vorgehen, sich in diesem Fall aktiv an die Öffentlichkeit zu wenden, erhebliche Aufmerksamkeit auf sich gezogen. In der Rückschau: War es richtig, mit öffentlichen Äußerungen einen klaren Standpunkt zu beziehen?

Ja, es war auch in der Rückschau richtig. Natürlich sprechen Gerichte vorrangig durch ihre Entscheidungen. Es dürfte aber schon seit längerem anerkannt sein, dass auch die Justiz eine intensive Öffentlichkeitsarbeit betreiben muss. Hier geht es nicht nur darum, vielschichtige Sachverhalte und die mit ihnen zusammenhängenden rechtlichen Probleme möglichst auch für die Allgemeinheit verständlich darzustellen. Verstärkt müssen wir uns der Herausforderung stellen, gerade die umstrittenen Entscheidungen zu erläutern und so die Deutungshoheit zu behalten. Gleichmaßen wichtig ist, die Arbeitsweise der Gerichte und ihre Aufgabe im Rechtsstaat transparent zu machen.

Die rechtswidrige Abschiebung des Sami A. und die Missachtung der Anordnung zur Vermietung der Stadthalle Wetzlar für eine NPD-Veranstaltung haben Zweifel daran aufkommen lassen, dass die Gewaltenteilung

in Deutschland noch reibungslos funktioniert. Sie hatten zum Fall des abgeschobenen Sami A. geäußert, es seien die Grenzen des Rechtsstaats ausgetestet worden. Bekommt der Rechtsstaat noch die Kurve?

Die Gewaltenteilung in unserem Land funktioniert. Wenn es Einzelfälle gibt, die aufhorchen lassen, ist es gut, dass sie klar angesprochen werden. In den maßgeblichen Teilen der Politik und Gesellschaft herrscht Einigkeit, dass Gerichtsentscheidungen befolgt werden müssen.

Im Fall des Sami A. hatten hochrangige Politiker öffentlich Druck aufgebaut, den mutmaßlichen Gefährder endlich abzuschieben. Hat sich nach Ihren Beobachtungen und Erfahrungen das Verhältnis von Politik und Gerichten insgesamt und dauerhaft verschlechtert?

Nein, von einer Verschlechterung dieses Ausmaßes möchte ich nicht sprechen. Aber es gilt durchaus, sich bewusst zu machen, welche Gefahren politische Äußerungen zur Arbeit der Justiz hervorrufen können. Vorweg: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit trifft oft Entscheidungen mit hoher gesellschaftlicher und politischer Bedeutung. Es ist zu akzeptieren, dass diese Entscheidungen von der unterlegenen Seite auch öffentlich reflektiert und kritisch begleitet werden; dieses Recht hat auch die Exekutive. Dass dabei Spannungen nicht immer ausbleiben, liegt auf der Hand. Sie können fruchtbar sein, solange der verfassungsrechtlich fundierte Konsens nicht aufgekündigt wird. Problematisch wird es, wenn die Kritik mit Respektlosigkeit verbunden ist, und inakzeptabel, wenn sie mit einer Verweigerungshaltung einhergeht.

Wenn – wie Sie sagen – Druck aufgebaut wird, Sorge ich mich derzeit nicht so sehr um die richterliche Unabhängigkeit, denn im Richterberuf lernt man, Spannungen und Druck standzuhalten. Sorgen macht mir, wenn Politiker in Teilen der Bevölkerung die Erwartung wecken, dass gerichtliche Entscheidungen in einem bestimmten Sinne ausfallen müssten. Die Enttäuschung dieser Erwartungen schürt Unzufriedenheit und schwächt den Rechtsstaat.

Nach den Entscheidungen zur rechtswidrigen Abschiebung im Fall Sami A. haben das VG Gelsenkirchen und das Oberverwaltungsgericht zahlreiche Zuschriften aus der Bevölkerung erhalten. Welchen Inhalt hatten diese und wie haben Sie reagiert?

Neben zahlreichen an mich persönlich gerichteten Zuschriften aus meinem beruflichen Umfeld sind bei dem Oberverwaltungsgericht innerhalb kurzer Zeit – wie zuvor schon bei dem VG Gelsenkirchen – weit über 400 Zuschriften per Mail oder Briefpost von Bürgerinnen und Bürgern eingegangen. Vier Kategorien möchte ich unterscheiden, wobei ich nur die Zuschriften der ersten und letzten Kategorie beantwortet habe.

Zunächst zu nennen sind die Schreiben, in denen uneingeschränkter Zuspruch – immerhin ca. 15 % – zum Ausdruck gebracht worden ist. Nach langjähriger Tätigkeit als Richterin und Gerichtspräsidentin war es neu für mich, dass sich Menschen mit der Sorge um unseren Rechtsstaat an uns wenden, um zum Ausdruck zu bringen, dass sie an der Seite des Rechtsstaats stehen.

Die nächste Kategorie umfasst die strafrechtlich relevanten Zuschriften in Form von schweren Beleidigungen, Bekundungen von Hass und Bedrohungen von Leib und Leben. Dass dies nicht hinzunehmen ist, sondern die zuständigen staatlichen Stellen einzuschalten sind, dürfte selbstverständlich sein.

Die dritte Kategorie der rüden, zum großen Teil fremdenfeindlichen Anmerkungen ist schwer zu ertragen und spiegelt ein Problem wider, das nicht klein geredet werden darf.

In dem vierten Komplex der Zuschriften wurde Unverständnis über die ergangenen Entscheidungen geäußert, verbunden mit der persönlichen Sorge, dass man selbst zu kurz komme, die Justiz die falschen Schwerpunkte setze und die Falschen schütze. Hier muss nicht nur die Politik, sondern gerade auch die Justiz genau anhören und sich selbstkritisch fragen, ob sie alles getan hat, ihre Entscheidungen zu erläutern und verständlich zu vermitteln.

Natürlich sind die Zuschriften nicht repräsentativ für die Sichtweise der Bevölkerung in unserem Land. Ich meine aber, dass sie einen Einblick geben in die Sorgen und Nöte. Sie enthalten meines Erachtens einen Auftrag nicht nur für die Politik, sondern auch für uns – die Richterinnen und Richter.

Welchen Auftrag meinen Sie?

Zu überlegen ist, wie die Zufriedenheit mit dem Rechtsstaat und das Bewusstsein für seine Notwendigkeit gestärkt werden können. Über die einzelne gerichtliche Entscheidung hinaus besteht offensichtlich Erklärungsbedarf, was der Rechtsstaat ist, wem er nützt und inwiefern er in unserer Verfassung notwendig zur Demokratie gehört. Deutlich zu machen ist insbesondere, dass die Justiz nur die Gesetze anwendet, die zuvor von den gewählten Parlamenten beschlossen worden sind. Dies ist etwa derzeit bei den äußerst kritisch diskutierten Dieselfahrverboten im Zusammenhang mit den Luftreinhalteplänen zu betonen.

Streitfälle mit Beteiligung von Ausländern sind offenbar in bestimmten Konstellationen geeignet, außergewöhnliche und extreme öffentliche Reaktionen hervorzurufen. Wir haben dies beim BSG im Nachgang unserer Rechtsprechung zur Existenzsicherung von EU-Ausländern schmerzlich verspürt. Die emotionalen Reaktionen sind dabei nicht auf die breite Öffentlichkeit beschränkt, sondern sie greifen nach

meiner Beobachtung partiell auch auf die Fachöffentlichkeit einschließlich der Gerichtsbarkeit über. Es verliert so mancher seine professionelle Contenance. Haben Sie eine Erklärung dafür?

Es ist zunächst nicht verwunderlich, dass auch die Fachöffentlichkeit und die Richterschaft die Themen bewegen, die die breite Öffentlichkeit beherrschen. Allerdings erwarte ich von der Kollegenschaft professionelle Zurückhaltung. Dies gilt gerade dann, wenn der zuständige Spruchkörper eine in der Öffentlichkeit umstrittene Entscheidung getroffen hat.

Ein recht neues Phänomen ist es, dass Meinungsbelegungen zu gerichtlichen Entscheidungen unmittelbar in den sozialen Medien verlautbart werden. Auch die Gerichte sind – wie auch im Fall des Sami A. – davon betroffen. Hierbei werden nicht selten Grenzen überschritten. Sollte man überhaupt und ggfs. in welcher Weise darauf reagieren?

Die vorrangige Frage ist, wie verschafft man sich die maßgeblichen Erkenntnisse. Oder: Will man sie sich überhaupt beschaffen? Um einen Eindruck von den Reaktionen auf eine Entscheidung zu gewinnen, genügt zumeist ein kurzer Blick. In meinem Zuständigkeitsbereich stoßen wir allenfalls auf Zufallsfunde und entscheiden im Einzelfall, wie wir damit umgehen. Ich halte es nicht für die Aufgabe der Gerichte, die sozialen Medien nach unzulässigen Bekundungen zu durchforsten. Kennen muss man natürlich die bedrohlichen Äußerungen. Für deren Ermittlung und Verfolgung sind meiner Ansicht nach vor allem Polizei und Staatsanwaltschaften zuständig.

Seit dem 01.01.2019 hat in NRW jeder die Möglichkeit, Verfassungsbeschwerde zum Verfassungsgericht zu erheben, um seine durch die Landesverfassung garantierten Rechte gegenüber dem Land durchzusetzen. Welche Bedeutung messen Sie dieser Änderung bei?

Der Verfassungsgerichtshof für das Land NRW wandelt sich von einem Staatsgerichtshof, der bisher im Wesentlichen staatlichen Organen Rechtsschutz geboten hat, zu einem Bürgergericht. Erst die Individualverfassungsbeschwerde zum Landesverfassungsgericht stellt die volle Symmetrie zwischen der materiellen und der prozessualen Gewährleistung der Landesgrundrechte her. Sie stärkt damit die Bürgerrechte. Gleichzeitig hebt sie die Bedeutung der Landesverfassung hervor und könnte damit einen Beitrag zur Festigung des Rechtsstaatsbewusstseins in der Bevölkerung leisten.

Liebe Frau Brandts, ich bedanke mich ganz herzlich für das offene Gespräch!

Das Interview wurde geführt von VPräsBSG Prof. Dr. Thomas Voelzke.

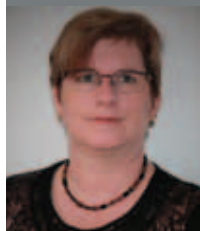
Bernd Klasen



Direktor des Amtsgerichts

Zunächst von 1997-1999 als Anwalt mit dem Schwerpunkt Medizinrecht tätig. Anschließend Richter am AG Homburg und von 2000-2009 Richter am LG Saarbrücken, unter anderem als Präsidialrichter. 2008 abgeordnet an das OLG Saarbrücken, 1. Zivilsenat, auch zuständig für Arzthaftungsrecht. Seit 2009 am AG Ottweiler, unter anderem als Betreuungsrichter tätig. Veröffentlichungen und Referent im Bereich des Betreuungsrechtes, insbesondere mit Bezug zum Medizinrecht.

Christine Klasen



Chefärztin, Fachärztin für Innere Medizin, Geriatrie und Notfallmedizin

Nach dem Studium der Humanmedizin arbeitete die Autorin zunächst als Assistenzärztin und anschließend als Fachärztin für Innere Medizin und Notfallmedizin. Ab 2008 war sie dann zunächst als Fachärztin, seit 2013 als Oberärztin und seit 2016 als Chefärztin in der Geriatrischen Reha-Klinik des Kreiskrankenhauses Sankt Ingbert tätig. Hinzu kommen viele Jahre Erfahrung als Notärztin.

Prof. Dr. Harald Dörig



Richter am Bundesverwaltungsgericht a.D.

Herr Prof. Dörig war von 2000 bis 2018 Richter am BVerwG, davon 16 Jahre in dem für das Ausländer- und Asylrecht zuständigen 1. Revisionssenats. Herr Dörig ist zudem Vizepräsident der Europäischen Asylrichtervereinigung und Honorarprofessor an der Universität Jena. Seine Publikationen im In- und Ausland erstrecken sich u.a. auf das Ausländer- und Asylrecht, Umweltrecht, Hochschulrecht und Verwaltungsverfahrenrecht. Der jM ist er als Mitglied des Expertengremiums verbunden.

Dr. Bert Füssenich



Richter am Bundesfinanzhof

Dr. Bert Füssenich begann seine richterliche Laufbahn im Jahr 2007 in der ordentlichen Gerichtsbarkeit am LG Bonn. Nach zwei Jahren wechselte er in die Finanzgerichtsbarkeit, wo er 2010 zum Richter am FG Düsseldorf ernannt wurde. Während seiner finanzrichterlichen Tätigkeit war er von April 2013 bis Juni 2016 als wissenschaftlicher Mitarbeiter am BVerfG tätig und seit Anfang 2018 an die nordrhein-westfälische Staatskanzlei abgeordnet. Seit dem 01.11.2018 ist Herr Füssenich Richter am BFH und dort dem VIII. Senat zugewiesen.

Prof. Dr. Guido Britz



Rechtsanwalt und Professor an der Universität des Saarlandes

Neben der Tätigkeit als Strafverteidiger ist Herr Britz Direktor des Instituts für Wirtschaftsstrafrecht, Internationales und Europäisches Strafrecht sowie Lehrbeauftragter an der Universität des Saarlandes für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales und Europäisches Strafrecht. Er ist zudem Mitautor in dem renommierten Münchener Anwaltshandbuch „Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen“ sowie in Radtke/Hohmann „StPO – Kommentar zur Strafprozessordnung“. Der jM ist er als Mitglied des Expertengremiums verbunden.

IMPRESSUM

Herausgeber: Vizepräsident des BSG Prof. Dr. Thomas Voelzke, Kassel
Vors. Richter 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. 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

IN EIGENER SACHE: IWW Institut neuer Verlagspartner in der jurisAllianz



Die jurisAllianz hat mit dem IWW Institut ihren elften Verlagspartner für hochkarätige Fachinformationen gewonnen. Das IWW Institut versteht sich als Wissenskurator für die berufliche Praxis: IWW Informationsdienste filtern aus der täglichen Nachrichtenflut die relevanten Informationen für Professionals heraus und bereiten sie für die Berufswelt praxisgerecht auf.

Allein 24 Informationsdienste des IWW Institutes, die künftig auf juris.de genutzt werden können, wenden sich an die rechts- und steuerberatenden Berufe. Auch die entsprechenden juris PartnerModule werden themenbezogen mit den praxisorientierten Aktualisierungen des IWW Instituts angereichert.

IWW Informationsdienste beantworten Fragen, wie „Welche aktuellen Informationen sind neu? Was ist fachlich relevant?“ mit Praxiswissen auf Basis von präzisen Informationen, konkreten Fallbeispielen, Vertragsmustern, Checklisten und praktischen Handlungsempfehlungen.

Sie sollen für den entscheidenden Wissensvorsprung sorgen und den Nutzern dabei helfen, ihre täglichen Aufgaben schneller zu erledigen und bessere Entscheidungen zu treffen.

Dr. Jürgen Böhm, Geschäftsführer der IWW Institut für Wissen in der Wirtschaft GmbH, erklärt: „Wir freuen uns, als neuer Partner der jurisAllianz Teil eines star-

ken Angebots zu sein. Dadurch bietet sich uns die Möglichkeit, Anwender zu erreichen, die uns bisher nicht im Fokus hatten: zum Beispiel der öffentliche Sektor, wie Behörden und Gerichte, aber auch die Berater und Mitarbeiter in Großkanzleien. Diese Nutzer können jetzt das IWW-Markenversprechen „Praxiswissen auf den Punkt gebracht“ erleben, ohne juris.de verlassen zu müssen.“

„Das Portfolio der jurisAllianz wird mit dem aktuellen Neuzugang weiter gestärkt. Mit dem Aktualisierungswissen des IWW Instituts in den Produkten der jurisAllianz lassen sich Nutzergruppen, wie Steuerberater, kleine Kanzleien sowie kleine und mittlere Unternehmen noch effektiver erschließen. Für die Verlagspartner ergibt sich dadurch eine echte Win-win-Situation“, ergänzt Samuel van Oostrom, Geschäftsführer der juris GmbH.

Über die jurisAllianz

Die Allianz der Partnerverlage Dr. Otto Schmidt, De Gruyter, Erich Schmidt, C.F. Müller, Hüthig Jehle Rehm, Stollfuß Medien, Bundesanzeiger Verlag, dfv Mediengruppe, Deutscher Anwaltverlag, Deutscher Notarverlag und IWW Institut gestaltet gemeinsam mit juris die Zukunft der Online-Rechtswelt.

Das Netzwerk nutzt die Stärken aller und schafft für die Kunden ein interessantes und vielfältiges Angebot. Die jurisAllianz bündelt alle relevanten Rechts-, Wirtschafts- und Steuerinformationen der Verlage – insbesondere Zeitschriften, Kommentare und Handbücher – und verknüpft sie untereinander sowie mit der juris Rechtsprechung, den Gesetzen und Verwaltungsvorschriften.



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

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.

Zur Terminübersicht und gratis Anmeldung:

www.juris.de/webinare

Titel nicht in Ihrem Abo?

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

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

Informationsveranstaltungen

Sie interessieren sich für unser Angebot und möchten Genaueres wissen? Oder Sie sind bereits Kunde und haben Fragen zu Produkten?

Wir sind auf den führenden deutschen Fachmessen vertreten und veranstalten regelmäßig Informationsforen. Gerne stellen wir Ihnen dort unsere Angebote und die

neuesten technischen Entwicklungen vor. Wir freuen uns auf Ihren Besuch!

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 Events

Landesanwaltstag Sachsen-Anhalt

30. – 31.08.2019, Magdeburg

Landesanwaltstag Mecklenburg-Vorpommern

13.09.2019, Schwerin

Landesanwaltstag Sachsen

01. – 02.11.2019, Dresden

Anwalt 2019

11.11.2019, München



juris PartnerModul

Familienrecht

Jetzt noch mehr
Fachliteratur enthalten!

partnered by Bundesanzeiger Verlag | C.F. Müller | Deutscher Anwaltverlag | Erich Schmidt Verlag | Giesecking | Verlag Dr. Otto Schmidt

Mit den juris PartnerModulen zum Familienrecht recherchieren Sie online in Sekundenschnelle die aktuellen Informationen für Ihre tägliche Beratungspraxis:

Von FamFG bis Betreuungs- und Vormundschaftsrecht, von Kindschafts- und Unterhaltsrecht bis Ehe- und Scheidungsrecht, inklusive der Querverbindungen zum Erb-, Steuer- und Kostenrecht, national und international. Alle Werke sind in der bewährten juris Qualität aufbereitet. Dank Verlinkung mit der juris Datenbank finden Sie alle „Entscheidungen, die Sie kennen müssen“. Außerdem nutzen Sie die aktuellen Unterhaltstabellen. Erhebliche Arbeitserleichterung bieten Formulare, Checklisten und Rechenprogramme.

juris PartnerModul **Familienrecht** enthält u.a.:

- AnwaltFormulare Familienrecht, Börger/Bosch
- Der Versorgungsausgleich, Wick
- FamFG mit FamGKG, Prütting/Helms (Hrsg.)
- Familien-Rechtsberater, famrb/famrbint
- Forum Familienrecht, FF
- juris Formulare Familienrecht, Hoffmann-Baasen/Turan-Schnieders
- PraxisKommentar Kindschaftsrecht, Heilmann (Hrsg.)
- Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, FamRZ

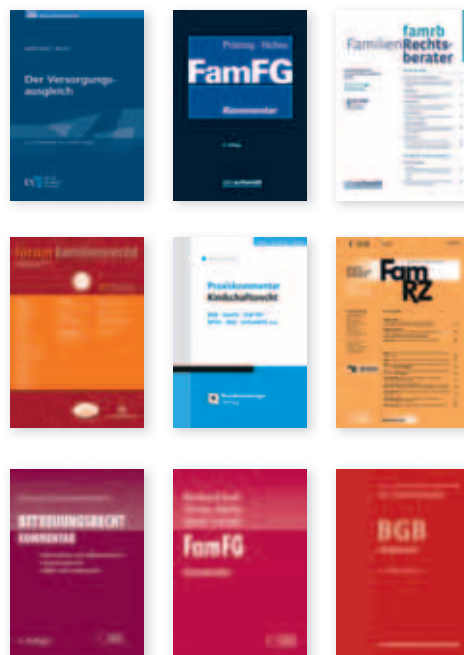
juris PartnerModul **Familienrecht premium** enthält u.a. zusätzlich:

- Betreuungsrecht, Bienwald/Sonnenfeld/Harm/Bienwald (Hrsg.)
- Betreuungsrechtliche Praxis, BtPrax
- FamFG, Bork/Jacoby/Schwab (Hrsg.)
- PraxisKommentar BGB, Band 4, Familienrecht, Viehues/Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger (Hrsg.)
- Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe, ZKJ
- und viele weitere Titel

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

Mehr Informationen unter:

www.juris.de/pm-familienrecht | www.juris.de/pm-familienrechtpremium



ab **74,00 €**/Monat

zzgl. MwSt.

jurisAllianz

Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.



Zusammen unschlagbar juris **DAV**

Das exklusive Angebot für DAV-Mitglieder

Als DAV-Mitglied genießen Sie bei juris einen ganz besonderen Status. Durch die enge Kooperation mit dem Deutschen Anwaltverein erhalten Sie exklusive Inhalte und Sonderkonditionen. Mit der komfortablen und einfach bedienbaren Online-Recherche bearbeiten Sie auch komplexe Mandate schnell, effizient und mit höchster Rechtssicherheit.

Mehr Informationen erhalten Sie unter: www.juris.de/dav



**juris DAV Zusatzmodul
jetzt gratis testen!**

juris


Deutscher Anwaltverein