

Topthema:

Das Ende der Vertrauensarbeitszeit? Das EuGH-Urteil zur Arbeitszeiterfassung

RA Dr. Ulrich Sittard und
Wiss. Mit. Ilka Esser

Interview:

BVerfG und Grundgesetz – Ferdinand Kirchhof im Gespräch

In dieser Ausgabe:

Kinderschutz, Elternrechte und staatliche Aufgaben im Spannungsverhältnis

RA'in und FA'in für Familienrecht
Monika Clausius

Der Elektronische Rechtsverkehr im Echtbetrieb – Neues von Risiken und Nebenwirkungen in der gerichtlichen Wirklichkeit

VPräsLG Holger Radke

Polizeikosten bei Fußballspielen

Prof. Dr. Anna Leisner-Egensperger





+++ NEU: über 20 Fachtitel aus dem RWS Verlag, z. B. zu EulnsVO, InsVV, Privatinsolvenz u. v. m. +++

juris PartnerModul

Insolvenzrecht

Jetzt noch mehr Inhalt!

partnered by C.F. Müller | De Gruyter | Erich Schmidt Verlag | Kohlhammer | RWS Verlag | Verlag Dr. Otto Schmidt | ZAP Verlag

In diesem Online-Modul finden Sie die wichtigste Fachliteratur zum Insolvenzrecht – umfassend verknüpft mit Rechtsprechung, Gesetzen und Verordnungen von juris – für 100 % effizientes und rechtssicheres Arbeiten.

Alle Werke sind für die digitale Nutzung in der bewährten juris Qualität aufbereitet: Mit wenigen Mausklicks durchsuchen Sie allein vier Traditions-Kommentare zur Insolvenzordnung, außerdem Kommentierungen der InsVV und der EulnsVO. Neben der DZWIR sind vier weitere hochkarätige Zeitschriften integriert.

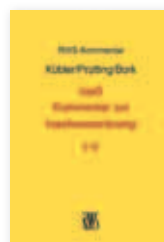
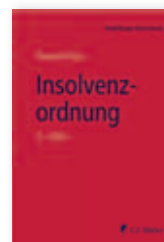
Sie recherchieren in über 40 Handbüchern zu allen relevanten Themen, z. B. Insolvenzverfahren, Insolvenzanfechtung, Konzerninsolvenzrecht, Privatinsolvenz, Sanierungsrecht und Zwangsvollstreckung. Bezüge zu angrenzenden Rechtsgebieten wie Arbeitsrecht, Baurecht, Immobilienrecht, Steuerrecht, Strafrecht und Zivilrecht sind umfassend berücksichtigt.

Inhalt:

- Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht, DZWIR
- Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht, EWIR
- EulnsVO, Vallender (Hrsg.)
- InsO, Graf-Schlicker
- Insolvenzanfechtung, Kummer/Schäfer/Wagner
- Insolvenzdelikte, Weyand/Diversy
- Insolvenzordnung, Kayser/Thole (Hrsg.)
- InsVV, Zimmer
- Jaeger Insolvenzordnung, Henckel/Gerhardt
- Kommentar zur Insolvenzordnung, Kübler/Prütting/Bork
- Krisen-, Sanierungs- und Insolvenzberatung, KSI
- Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht, ZVI
- Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, ZIP
- und viele weitere Titel

+ Rechtsprechung, Gesetze und Literaturnachweise von juris

Mehr Informationen unter: www.juris.de/pm-insolvenzrecht



ab 99,00 €/Monat

zzgl. MwSt.

jurisAllianz

Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Zivil- und Wirtschaftsrecht

Kinderschutz, Elternrechte und staatliche Aufgaben im Spannungsverhältnis

RA'in und FA'in für Familienrecht

Monika Clausius

S. 266

Der Elektronische Rechtsverkehr im Echtbetrieb – Neues von Risiken und Nebenwirkungen in der gerichtlichen Wirklichkeit

VPräsLG Holger Radke

S. 272

Nutzungsausfallentschädigung für ein ausschließlich gewerblich genutztes Fahrzeug

BGH, Urt. v. 06.12.2018 - VII ZR 285/17

Prof. Dr. Markus Würdinger

S. 276

Sanierungspflichten in einem „total renovierten“ Altbau treffen alle Wohnungseigentümer – uneingeschränkt!?

BGH, Urt. v. 04.05.2018 - V ZR 203/17

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

S. 278

Lauterkeitsrechtliche Zulässigkeit eines Werbeflockers mit entgeltlicher Whitelisting-Funktion

BGH, Urt. v. 19.04.2018 - I ZR 154/16

Prof. Dr. Frank Weiler

S. 280

Topthema:

Arbeitsrecht

Das Ende der Vertrauensarbeitszeit? Das EuGH-Urteil zur Arbeitszeiterfassung

RA Dr. Ulrich Sittard und Wiss. Mit. Ilka Esser

S. 284

INHALT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Verwaltungsrecht

Polizeikosten bei Fußballspielen

Prof. Dr. Anna Leisner-Egensperger

S. 290

Religionsunterricht durch islamische Dachverbände

BVerwG, Beschl. v. 20.12.2018 - 6 B 94/18

Prof. Dr. Dr. h.c. Mathias Rohe

S. 297

Unzulässiger Verzicht auf Reisekosten für Klassenfahrten

BVerwG, Urt. v. 23.10.2018 - 5 C 9/17

RiBVerwG Hans-Jörg Holtbrügge

S. 299

Steuerrecht

Aufwendungen für ein Sky-Bundesliga-Abo als Werbungskosten

BFH, Urt. v. 16.01.2019 - VI R 24/16

RiBFH Dr. Roland Krüger

S. 301

Strafrecht

Mord oder Totschlag anhand des

„objektiven Bild[es] des Geschehens“?

BGH, Beschl. v. 16.08.2018 - 1 StR 370/18

RA Prof. Dr. Guido Britz

S. 303

INTERVIEW

BVerfG und Grundgesetz –

Ferdinand Kirchhof im Gespräch

S. 306

Interview mit:

VPräsBVerfG a.D. Prof. Dr. Ferdinand Kirchhof

Zeit ist Geld



Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Winterhoff,
Hamburg

Auf diese Formel brachte Benjamin Franklin das Verhältnis zwischen dem Einsatz der Arbeitskraft und dem daraus resultierenden Ertrag schon 1748 in seinem Buch „Ratschläge für junge Kaufleute“. Und damit sind wir bereits direkt bei unserem Top-Thema, dem Urteil des EuGH vom 14.05.2019 zur Arbeitszeiterfassung. Der Gerichtshof hat entschieden, dass die Mitgliedstaaten Arbeitgeber verpflichten müssen, ein „objektives, verlässliches und zugängliches“ System einzurichten, mit dem die tägliche Arbeitszeit von Arbeitnehmern gemessen werden kann. Dies sei erforderlich, weil ohne ein entsprechendes System weder die Zahl der vom Arbeitnehmer tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden noch die über die gewöhnliche Arbeitszeit hinausgehende Arbeitszeit objektiv und verlässlich ermittelt werden könne. In Deutschland sind Arbeitgeber nach bisheriger Rechtslage freilich nur gehalten, die über die zulässige tägliche Höchstarbeitszeit hinausgehenden Arbeitszeiten zu erfassen. Welche Konsequenzen hat die Rechtsprechung des EuGH für Deutschland? Markiert die Entscheidung das Ende der Vertrauensarbeitszeit und bedingt sie ein „Zurück zur Stechuhr“? Oder sind nur geringfügige Änderungen des geltenden Arbeitszeitgesetzes erforderlich, und ist insbesondere weiterhin eine Delegation der Pflicht zur Zeiterfassung auf den Arbeitnehmer möglich? Und wie steht es um die Beweislastverteilung bei der Geltendmachung eines Anspruchs auf Überstundenvergütung? Diese und

andere aus der Entscheidung resultierende Fragen beantwortet unser Top-Beitrag von Dr. Ulrich Sittard und Ilka Esser.

Dass Zeit Geld ist, gilt auch im Kontext der Erhebung von Gebühren für staatliche Amtshandlungen. In vielen der einschlägigen Gebührengesetze ist vorgesehen, dass Gebühren in Abhängigkeit vom tatsächlichen Zeitaufwand der eingesetzten Beamten bemessen werden. Darf der Staat aber auch dann Gebühren erheben, wenn er seiner Kernaufgabe nachkommt, die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu gewährleisten? Konkreter: Dürfen für den Einsatz zusätzlicher Polizeikräfte aus Anlass sog. Hochrisikospiele in der Fußballbundesliga Gebühren von der Deutschen Fußball Liga GmbH erhoben werden? Das BVerwG hat dies mit Urteil vom 29.03.2019 bejaht und damit der Freien Hansestadt Bremen Recht gegeben, die eine entsprechende Gebühr als erstes Bundesland eingeführt hatte. Eine eingehende Analyse der diesbezüglichen Rechtslage nimmt Prof. Dr. Anna Leisner-Egensperger in ihrem Aufsatz zu der erwähnten Entscheidung des BVerwG vor.

Auch ein Zuwenig an eingesetzter Zeit kann finanzielle Konsequenzen haben. Dies gilt etwa im Zusammenhang mit dem elektronischen Rechtsverkehr, wenn fristwahrende Schriftsätze aufgrund unzureichender vorheriger Prüfung formunwirksam eingereicht und deswegen Regressansprüche ausgelöst werden. Dass entsprechende Fallstricke im Echtbetrieb von beA, E-Mail und elektronischer Signatur durchaus bestehen, illustriert der Beitrag von Holger Radke.

Weitere Themen der vorliegenden Ausgabe sind u.a. das angesichts aufsehenerregender Missbrauchsfälle höchst aktuelle Spannungsverhältnis zwischen dem staatlichen Wächteramt im Hinblick auf das Kindeswohl und den Elternrechten, das Monika Clausius in den Blick nimmt, sowie das nicht minder spannungsreiche Problemfeld des durch islamische Dachverbände erteilten Religionsunterrichts, dem sich Prof. Dr. Mathias Rohe widmet. Hervorzuheben ist schließlich unser Interview mit dem ehemaligen Vizepräsidenten des BVerfG Prof. Dr. Ferdinand Kirchhof, der uns Einblicke in die Tätigkeit des BVerfG gewährt und darüber hinaus zu einigen aktuellen verfassungsrechtlichen Fragen Stellung nimmt.

Eine angenehme Lektüre der vorliegenden Ausgabe der JM wünscht Ihnen – auch im Namen der anderen Herausgeber und Experten – Ihr

Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Winterhoff

Kindesschutz, Elternrechte und staatliche Aufgaben im Spannungsverhältnis

RA'in und FA'in für Familienrecht Monika Clausius

A. Einleitung

In den vergangenen Jahren wurde die Öffentlichkeit wiederholt mit Berichten zu Missbrauchsfällen minderjähriger Kinder konfrontiert. Sie waren häufig dadurch bestimmt, dass der Missbrauch im unmittelbaren familiären Umfeld erfolgte und oft nicht nur mit Wissen eines Elternteils, sondern durch deren aktive Mitwirkung überhaupt erst möglich wurde. Der sog. Staufener Missbrauchsfall ist dabei nur ein, wenn auch ein besonders tragisches Beispiel. Die jeweiligen Berichte haben regelmäßig aber auch die – zum Teil berechnete – Frage aufgeworfen, ob die den Kindern zugefügten irreversiblen körperlichen und psychischen Schäden hätten vermieden werden können durch eine sorgfältigere Sachverhaltsbearbeitung sowie einen besseren Informationsaustausch der mit dem Schutz von Kindern betrauten Institutionen. Der aus Art. 2 Abs. 1 GG folgende Anspruch des Kindes auf staatlichen Schutz¹ ist aber, auf den jeweiligen Einzelfall bezogen, nicht nur mit dem aus Art. 6 Abs. 1 und 2 GG folgenden Elternrecht auf Pflege und Erziehung des Kindes in Einklang zu bringen, sondern auch vor dem Hintergrund zu bewerten, in welchem Umfang staatliche Einrichtungen sowohl gegenüber den Eltern, vor allem jedoch gegenüber den Kindern berechtigt und verpflichtet sind.

B. Die Entscheidung des BGH vom 06.02.2019 - XII ZB 408/18

In einem aktuellen Beschluss hat der BGH die besondere rechtliche Problematik von Sachverhalten, die nach § 1666 BGB familiengerichtlich zu entscheiden sind, erneut umfassend dargelegt und darüber hinausgehend auch die bislang kontrovers diskutierte Frage zum Wahrscheinlichkeitsgrad einer Gefährdung beantwortet.

I. Entscheidungssachverhalt

In dem der Entscheidung des BGH vom 06.02.2019 zugrunde liegenden Sachverhalt wandte sich die Mutter gegen den in der Beschwerdeinstanz erfolgten Entzug u.a. des Aufenthaltsbestimmungsrechts. Sie hatte im Februar 2016 eine Beziehung zu ihrem Lebensgefährten aufgenommen, mit dem sie seit Mai 2016 – gemeinsam mit ihrer 2007 ge-

borenen Tochter – in dessen Haus lebte. Der Lebensgefährte war wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern im Oktober 2015 zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt worden, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt war. Im Rahmen einer beim Jugendamt getroffenen Schutzvereinbarung erklärte sich der Lebensgefährte bereit, aus der gemeinsamen Wohnung auszuziehen. Gleichwohl wurde die Tochter einen Tag später durch das Jugendamt in Obhut genommen und in einer stationären Jugendhilfeeinrichtung untergebracht. Erstinstanzlich wurde – nach Einholung zweier Gutachten sowie Anhörung der Beteiligten – von der Ergreifung sorgerechter Maßnahmen Abstand genommen. Auf die durch das Jugendamt eingelegte Beschwerde hat das OLG Karlsruhe² der Mutter das Recht zur Aufenthaltsbestimmung sowie das Recht zur Antragstellung nach SGB VIII entzogen. Auf die Rechtsbeschwerde der Mutter hat der BGH den Beschluss aufgehoben und die Sache an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

II. Entscheidungsgründe

Die Annahme einer grundsätzlichen Kindeswohlgefährdung hat der BGH im Ergebnis bestätigt. Der drohende Schaden liege in einem sexuellen Missbrauch und den sich hieraus ergebenden Folgen für das Kind. Zu Recht seien daher die Anforderungen zur Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts nicht besonders hoch anzusetzen. Auch wenn es im bisherigen Zusammenleben tatsächlich nicht zu einem Vorfall gekommen sei, beruhe gleichwohl die hinreichende Wahrscheinlichkeit einer Gefährdung auf konkreten Verdachtsmomenten, d.h. der Tatsache, dass der Lebensgefährte in der Zeit von 2009 bis 2013 mittels Internet mehrere Mädchen im Alter der Tochter seiner Lebensgefährtin sexuell missbraucht habe.

Im Ergebnis nicht zu beanstanden sei auch die Einschätzung, dass die Mutter zur Abwendung der Gefahr nicht in der Lage sei. Nach den eingeholten Gutachten sei ihr zwar zuzutrauen, dass sie bei dem Verdacht eines Übergriffs handeln und sich für ihr Kind entscheiden werde. Aus den Gut-

1 BVerfG, Beschl. v. 23.04.2018 - 1 BvR 383/18.

2 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 03.08.2018 - 18 UF 91/18.

achten lasse sich aber nicht entnehmen, dass sie auch in der Lage sei, einen Missbrauch zu verhindern. Durch ihren Einzug bei ihrem Lebensgefährten trage sie entscheidenden Anteil daran, dass es überhaupt zu einer Kindeswohlgefährdung gekommen sei.

Allerdings sei der angeordnete Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts unverhältnismäßig. Die gutachterlich ermittelte und durch das Beschwerdegericht übernommene Rückfallwahrscheinlichkeit des Lebensgefährten von 10 % bis 15 % beruhe auf statistischen Werten, die eine individuelle Untersuchung und Beurteilung nicht entbehrlich machten, zumal sich das Beschwerdegericht auch nicht mit der Frage auseinandergesetzt habe, in welcher Begehungsform ein möglicher Rückfall erfolgen könne. Orientiert an den gutachterlichen Ergebnissen habe das Beschwerdegericht unter den vorgefundenen günstigen familiären Rahmenbedingungen selbst einen Missbrauch des Kindes als eher unwahrscheinlich angesehen. Auch habe es sich nicht hinreichend mit den negativen Folgen der Fremdunterbringung für das Kind selbst auseinandergesetzt, da es nach den Wertungen der Sachverständigen und des Verfahrensbeistands unter der Herausnahme aus der Familie leide.

Die Zurückverweisung gebe dem Beschwerdegericht Gelegenheit zur Prüfung anderer Maßnahmen, durch die – statt der nach derzeitiger Sachlage unzulässigen Fremdunterbringung – der bestehenden Kindeswohlgefährdung begegnet werden könne, wie etwa der Bestellung eines sozialpädagogischen Fachhelfers i.S.v. § 31 SGB VIII oder der Beordnung eines Erziehungsbeistands nach § 30 SGB VIII.

C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung des BGH vom 06.02.2019 folgt einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung. Danach ist das aus Art. 6 Abs. 1 und 2 GG folgende Elternrecht auf Pflege und Erziehung der Kinder ein natürliches Recht der Eltern, d.h. es wurde ihnen nicht durch den Staat verliehen,³ sodass sie grds. frei von staatlichen Einflüssen und Eingriffen nach eigenen Vorstellungen darüber entscheiden, wie sie die Pflege und Erziehung ihrer Kinder gestalten.⁴ Oberste Richtschnur ist jedoch allein das Kindeswohl.

Einfachrechtliche Ausgestaltung des nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG dem Staat obliegenden Wächteramt ist § 1666 BGB,⁵ der zugleich die durch Art. 8 EMRK geforderte staatliche Achtung des Familienlebens konkretisiert.⁶ Etwaige nach § 1666 BGB einzuleitende familiengerichtliche Maßnahmen setzen dabei tatbestandlich voraus:

- Eine Kindeswohlgefährdung, d.h.
 - eine gegenwärtige, in einem solchen Maß vorhandene Gefahr, dass bei weiterer Entwicklung der Dinge

- eine erhebliche Schädigung des geistigen oder leiblichen Wohls des Kindes
- entweder bereits eingetreten⁷ oder mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist,⁸ wobei an die einzelfallbezogen tatrichterlich zu bewertende Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts – die abstrakt generell nicht festlegbar ist – umso geringere Anforderungen zu stellen sind, je schwerer der drohende Schaden wiegt.
- Die Annahme der hinreichenden Wahrscheinlichkeit der Schädigung muss auf konkreten Verdachtsmomenten beruhen, d.h. allein abstrakte Gefahren genügen nicht.
- Der drohende Schaden muss für das Kind erheblich sein.

Sind die vorgenannten Voraussetzungen im jeweiligen Einzelfall zu bejahen, so trifft das Familiengericht die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen, die dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen müssen. Dies bedeutet,

- die Maßnahmen müssen
 - geeignet sein zur Gefahrenabwehr,⁹
 - erforderlich sein, d.h. es kommen im Einzelfall keine niederschwelligeren Maßnahmen in Betracht¹⁰ und
 - verhältnismäßig im engeren Sinn sein, d.h. der gerichtliche Eingriff muss unter Berücksichtigung aller Einzelfallumstände zumutbar sein. In die Abwägung einzubeziehen sind neben der Schwere des Eingriffs und seiner Folgen – etwa auch die Wirkungen einer Trennung von Eltern und Kind für das Kind selbst – der Grad des drohenden Schadens sowie der Grad der Gefahr.

Die familiengerichtlichen Maßnahmen, die zur Gefahrenabwehr angeordnet werden können, sind lediglich beispielhaft in § 1666 Abs. 3 BGB aufgelistet. Die Anordnung sonstiger Maßnahmen ist nicht ausgeschlossen. Greifen sie jedoch in Grundrechte der Eltern ein, so bedürfen sie einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage.¹¹ Ein – auch nur teilweiser – Entzug der elterlichen Sorge kommt als ultima ratio lediglich bei einer nachhaltigen Gefährdung des Kindes und einer höheren Sicherheit des Schadenseintritts in Betracht.

3 BGH, Beschl. v. 23.11.2016 - XII ZB 149/16.

4 BVerfG, Beschl. v. 28.02.2012 - 1 BvR 3116/11.

5 BVerfG, Beschl. v. 29.01.2010 - 1 BvR 374/09.

6 EGMR, Ur. v. 08.04.2004 - 11057/02.

7 OLG Stuttgart, Beschl. v. 06.12.2001 - 17 UF 377/01.

8 BGH, Beschl. v. 23.11.2016 - XII ZB 149/16.

9 BVerfG, Beschl. v. 27.08.2014 - 1 BvR 1822/14.

10 BGH, Beschl. v. 23.11.2016 - XII ZB 149/16.

11 BGH, Beschl. v. 23.11.2016 - XII ZB 149/16.

Unter Verweis auf die in bisherigen Entscheidungen verwandten Begriffe der hinreichenden Wahrscheinlichkeit sowie der ziemlichen Sicherheit¹² hat der BGH in seiner aktuellen Entscheidung nun ausdrücklich klargestellt, dass eine Differenzierung des Wahrscheinlichkeitsgrades zum Gefahreneintritt jeweils auf Tatbestandsebene und Rechtsfolgen-seite geboten ist. Durch diese Differenzierung wird ein niederschwelligeres Eingreifen bei Gefahren ermöglicht und es eröffnen sich bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme Korrekturmöglichkeiten, durch die ein übermäßiges staatliches Verhalten vermieden werden kann.

D. Informationsgewinn und -verwertung in Fällen der Kindeswohlgefährdung

Einer, erst am Schluss der Entwicklung stehenden, notwendig werdenden familiengerichtlichen Entscheidung nach § 1666 BGB geht i.d.R. ein außergerichtliches Hilfsangebot zur Gefahrenabwendung voraus. Zielsetzung ist dabei, zu einem möglichst frühen Zeitpunkt Informationen zu Gefährdungen eines Kindes zu erfassen und diese einer weiteren Prüfung zuzuführen als Grundlage eines konkreten Hilfsangebots. Insoweit obliegt den Jugendämtern ein in § 8a SGB VIII verankerter Schutzauftrag, der im äußersten Fall, d.h. nur in einer akuten Gefährdungssituation und einer nicht rechtzeitig zu erlangenden familiengerichtlichen Entscheidung,¹³ auch gegen den Willen der Eltern zu einer Inobhutnahme des Kindes oder Jugendlichen nach § 42 SGB VIII berechtigen kann. Ebenso wie unter der Anwendung des § 1666 BGB im familiengerichtlichen Verfahren selbst, ist daher auch auf dieser Ebene dem besondere Spannungsverhältnis zwischen den aus Art. 6 Abs. 2 GG folgenden Elternrechten und dem staatlichen Schutz des Kindes aus Art. 2 Abs. 1 GG Rechnung zu tragen.

I. Die Grundlagen des § 8a SGB VIII

§ 8a SGB VIII beruht in seinem Grundsatz auf dem Kinder- und Jugendhilfweiterentwicklungsgesetz (KICK), das im Jahr 2005 eingeführt¹⁴ und durch das zum 01.01.2012 in Kraft getretene Bundeskinderschutzgesetz¹⁵ umfassend reformiert wurde.

Nach der Gesetzesbegründung gehört es zu den zentralen staatlichen Aufgaben, Kinder und Jugendliche vor Gefahren für ihr Wohl zu schützen. Unter Berücksichtigung des Erziehungsprimats der Eltern soll der Staat daher frühzeitig beratend und unterstützend tätig werden, um schon in diesem Stadium einer Gefährdung oder gar Schädigung des Kindeswohls vorzubeugen und damit gerichtliche Maßnahmen – verbunden auch mit Eingriffen in das Elternrecht – entbehrlich zu machen.¹⁶ Die Neufassung des § 8a SGB VIII

anlässlich der Einführung des Bundeskinderschutzgesetzes richtete sich ergänzend gegen Säumnisse bei der Vernetzung der Jugendämter mit anderen Diensten und Systemen sowie unzureichenden gesetzlichen Grundlagen in dem Verfahren der Gefährdungseinschätzung, d.h. den Befugnissen von Jugendamtsmitarbeitern zu Hausbesuchen oder Erkundigungen zur Klärung etwaiger Gefährdungen.¹⁷

II. Inhalt und Grenzen des § 8a SGB VIII

1. Einschätzung des Gefährdungsrisikos nach § 8a Abs. 1 SGB VIII

Werden dem Jugendamt gewichtige Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung bekannt, so eröffnet § 8a Abs. 1 SGB VIII eine Handlungspflicht des Jugendamts.

Ob Anhaltspunkte gewichtig sind, beurteilt sich nach sozialwissenschaftlichen Kriterien und erfasst konkrete Hinweise oder ernst zu nehmende Vermutungen für eine Gefährdung, d.h. bloße Risikofaktoren allein genügen nicht.¹⁸ Von konkreten Hinweisen im Sinn dieser Norm ist auszugehen bei nicht plausibel erkläraren Verletzungen eines Kindes, Gewalttätigkeiten in einer Familie, bei Kenntnis einer finanziellen oder materiellen Notlage der Familie.¹⁹ Anlass für eine Handlungspflicht können aber auch anonyme Hinweise sein.²⁰

Unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sowie unter Berücksichtigung des Erziehungsprimats der Eltern, konzentriert sich die Aufgabe des Jugendamts in dieser ersten Phase der Informationserlangung zunächst auf eine Gefährdungseinschätzung, die im Zusammenwirken mehrerer Fachkräfte des Jugendamts erfolgen soll, wobei der Begriff der Fachkraft der Definition des § 72 SGB VIII folgt. Bereits in der Begründung des Entwurfes zum sog. Tagesbetreuungsausbaugesetz aus dem Jahr 2004 wurde ausdrücklich festgestellt, dass für die Jugendämter durch die geplante Neufassung des § 8a SGB VIII eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage geschaffen werden sollte, um weitere Informationen zur Klärung bei einer drohenden Kindeswohlgefährdung zu erlangen. Diese Informationen sollen Basis sein für die vorzunehmende Risikoabwägung,

12 BGH, Beschl. v. 23.11.2016 - XII ZB 149/16.

13 Köhler, ZKJ 2019, 12.

14 BGBl. I 2005, 2729.

15 BGBl. I 2011, 2975.

16 BT-Drs. 17/6256, S. 15.

17 BT-Drs. 17/6256, S. 20.

18 Meysen in: Frankfurter Kommentar, SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 8a VIII Rn. 15.

19 Kößler in: jurisPK-SGB VIII, 2. Aufl. 2018, § 8a SGB VIII Rn. 21.

20 Salgo, ZKJ 2007, 12.

d.h. ob Maßnahmen nach §§ 27 ff. SGB VIII ergriffen, andere Institutionen wie etwa Polizei oder Psychiatrie informiert werden oder umgehend das Familiengericht anzurufen ist.²¹ Der Gesetzgeber hat daher bereits mit der Einführung des § 8a SGB VIII nicht nur ein Recht des Jugendamts auf Informationsbeschaffung, sondern auch eine korrespondierende Mitwirkungspflicht der Eltern sowie die Beteiligung dritter Institutionen bei der Risikoabwägung statuiert.

Wird es nach vorzunehmender fachlicher Einschätzung für erforderlich gehalten und wird hierdurch der wirksame Schutz des Kindes nicht infrage gestellt, so sind sowohl das Kind als auch der Erziehungsberechtigte in die Gefährdungseinschätzung einzubeziehen. Wirken Erziehungsberechtigte nicht mit oder wäre ihre Einbeziehung als dem Kinderschutz abträglich zu bewerten – etwa im Fall eines vermuteten oder tatsächlichen Kindesmissbrauchs – kann das Jugendamt gem. § 62 Abs. 3 Nr. 2d SGB VIII auch bei externen Dritten – etwa externen Fachkräften – Daten einholen. Ebenso kann sich das Jugendamt aber auch, wenn es nach fachlicher Einschätzung erforderlich ist, einen unmittelbaren Eindruck des Kindes persönlich und seiner Umgebung verschaffen. Der Gesetzgeber hat diese Möglichkeit vor dem Hintergrund negativer früherer Erfahrungen zur Informationsverschaffung hinsichtlich des körperlichen oder geistigen Entwicklungsstands eines Kindes eingeführt, um gerade in kritischen Konstellationen auf diesem Weg auch Aussagen von Eltern durch persönliche Inaugenscheinnahme überprüfen zu können.²² Wird aber der Zutritt zur Wohnung durch die Eltern oder einen Elternteil abgelehnt, so ist dies zunächst für das Jugendamt bindend. Erst bei einer konkreten Gefahr für Leib oder Leben des Kindes kann das Jugendamt polizeiliche Hilfe einholen und somit Zutritt zur Wohnung erlangen.²³

Gelangt das Jugendamt auf der Grundlage der gesammelten Informationen zu der Einschätzung, dass zwar ein fachlicher Hilfebedarf besteht, aber die Schwelle der Kindeswohlgefährdung noch nicht erreicht ist, so sind in Umsetzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nach § 8a Abs. 1 Satz 3 SGB VIII den Erziehungsberechtigten vorrangig Hilfen zur Erziehung gem. §§ 27 ff SGB VIII anzubieten.

2. Maßnahmen bei dringender Gefahr

Losgelöst von der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit der Bitte eines Kindes oder Jugendlichen um Inobhutnahme bzw. den Fällen einer unbegleiteten Einreise eines ausländischen Kindes oder Jugendlichen sieht § 42 Abs. 1 Nr. 2 SGB VIII die Inobhutnahme eines Minderjährigen vor, wenn eine dringende Gefahr für das Wohl des Kindes oder Jugendlichen besteht und entweder die Personensorgeberechtigten der Inobhutnahme nicht widersprechen oder eine familien-

gerichtliche Entscheidung durch die der Gefahr zu begegnen ist, nicht rechtzeitig eingeholt werden kann.

Steht eine Inobhutnahme in Rede, so ist zu berücksichtigen, dass sie nach gesetzgeberischer Intention eine Krisenintervention in Fällen kurzfristiger pädagogischer Ausnahmesituationen darstellt.²⁴ Die Inobhutnahme ist daher gegenüber der familiengerichtlichen Entscheidung stets nachrangig. Widersprechen die Personensorgeberechtigten der Inobhutnahme, so kommt sie nur in akuten Gefährdungssituationen in Betracht, die das Abwarten einer familiengerichtlichen Entscheidung nicht erlauben.²⁵ Eine akute Gefährdungssituation in diesem Sinn liegt vor, wenn selbst die Kontaktaufnahme mit dem Gericht und die Klärung, in welchem Zeitrahmen mit einer gerichtlichen Entscheidung zu rechnen ist, zu lange dauert, um eine rechtzeitige Gefahrenabwendung zu vermeiden.²⁶ Die praktische Relevanz der Inobhutnahme dürfte daher auch bei Fällen einer möglichen Gefährdungslage wohl eher auf besonders herausragende Ausnahmefällen begrenzt sein, in denen mutmaßlich auch jedes außegerichtliche Angebot von Hilfen durch das Jugendamt nicht zu einem effektiven Schutz des Kindes oder Jugendlichen führen würde.

3. Einschaltung sonstiger Leistungsträger und Behörden gem. § 8a Abs. 3 SGB VIII

Noch vor einer letztlich unvermeidbaren Einschaltung des Familiengerichts sieht § 8a Abs. 3 SGB VIII die Möglichkeit vor, dass sonstige Sozialleistungsträger, Einrichtungen der Gesundheitshilfe oder auch die Polizei kontaktiert werden, um einer möglichen Gefährdung entgegenzuwirken. Auch hier steht zunächst ein „Hinwirken“ des Jugendamts auf die Personensorge- oder Erziehungsberechtigten im Vordergrund, gerichtet auf die gezielte Information sowohl zu möglichen Leistungsangeboten, aber auch zu einer etwaigen Inanspruchnahme polizeilicher Hilfe. Eine Anzeigepflicht des Jugendamts selbst gegenüber Strafverfolgungsbehörden besteht jedoch nur bei Kapitalverbrechen.²⁷

Wirken auch auf dieser Ebene die Personensorge- und Erziehungsberechtigten nicht mit und bedarf es eines sofortigen Tätigwerdens bei Gefahr im Verzug, um so einer möglichen oder bereits bestehenden Gefährdung zu begegnen, so ist das Jugendamt verpflichtet, sonstige Leistungsträger oder

21 BT-Drs. 15/3676, S. 30.

22 BT-Drs. 17/6256, S. 21.

23 BT-Drs. 17/6256, S. 21.

24 BT-Drs. 11/5948, S. 74.

25 OVG Mecklenburg-Vorpommern, Beschl. v. 26.04.2018 - 1 LZ 238/17.

26 Köhler, ZKJ 2019, 12 m.w.N.

27 Meysen in: Frankfurter Kommentar, SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 8a VIII Rn. 51 m.w.N.

ggf. auch die Polizei einzuschalten. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang die sog. Polizeidienstvorschrift (PDV) 382, die auf die Bearbeitung von Jugendsachen gerichtet ist und die polizeilichen Aufgaben näher definiert, die bei der Abwehr von Gefahren zu beachten sind, die von Minderjährigen ausgehen aber auch ihnen drohen können.²⁸

4. Einleitung eines familiengerichtlichen Verfahrens gem. § 8a Abs. 2 SGB VIII

Die zwingende Einleitung eines familiengerichtlichen Verfahrens durch das Jugendamt sieht § 8a Abs. 2 Satz 1 SGB VIII vor bei einer möglichen Kindeswohlgefährdung und der hierauf gründenden Einschätzung des Jugendamts, dass zur Abwehr dieser Gefährdung die Anrufung des Familiengerichts erforderlich ist. Ob das Familiengericht involviert wird, unterliegt damit grds. der eigenständigen Beurteilung des Jugendamts. Die Beurteilung selbst kann jedoch einer (verwaltungs)gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden.²⁹

In welchem Umfang das Jugendamt in diesem Kontext zur Weitergabe oder Übermittlung ihm anvertrauter Sozialdaten berechtigt ist, beurteilt sich nach § 65 Abs. 1 Nr. 2 SGB VIII, d.h. wenn angesichts einer Gefährdung des Kindeswohls ohne diese Mitteilung eine für die Gewährung von Leistungen notwendige gerichtliche Entscheidung nicht ermöglicht werden könnte. Die Weitergabe von Daten an ein Gericht der Strafgerichtsbarkeit kommt nach § 73 Abs. 3 SGB X allein auf der Grundlage einer richterlichen Anordnung sowie bei Verbrechen oder Straftaten von erheblicher Bedeutung in Betracht.³⁰

Nach § 8a Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 SGB ist die Einleitung eines familiengerichtlichen Verfahrens insbesondere dann angezeigt, wenn die Erziehungsberechtigten zu einer Mitwirkung bei der Abschätzung des Gefährdungsrisikos nicht bereit oder in der Lage sind. Dies setzt i.d.R. voraus, dass im Vorfeld erfolglos versucht wurde, mit den Erziehungsberechtigten in einen Dialog einzutreten und sie auf der Grundlage einer geschaffenen Vertrauensbasis zu einer Mitwirkung zu bewegen. Ebenso muss in die Bewertung einfließen, inwieweit Eltern tatsächlich auch Vereinbarungen, wie sie etwa in Hilfeplangesprächen erarbeitet wurden, umgesetzt haben. Im Ergebnis soll vermieden werden, dass durch ein verfrühtes gerichtliches Verfahren mögliches Vertrauen verloren geht und sich hieraus Nachteile für das Kindeswohls entwickeln.³¹ Kann eine Mitwirkung der Eltern zur Gefährdungseinschätzung nicht erreicht werden, so enden auch die Kompetenzen des Jugendamts. Weitergehende Ermittlungen, die der Sachverhaltsaufklärung dienen und insbesondere – etwa durch eine Begutachtung – eine Gefährdungseinschätzung überhaupt erst möglich machen, obliegen dann allein dem Familiengericht, das auf der Grundlage des § 26 FamFG die

notwendigen Ermittlungen vorzunehmen hat.³² Hierzu sieht § 157 FamFG vor, dass das Familiengericht – unter Anordnung des persönlichen Erscheinens der Eltern – in einem Termin zur mündlichen Verhandlung mit den Beteiligten zu erörtern hat, wie der möglichen Gefährdung zu begegnen ist, etwa auch durch erneutes Anbieten öffentlicher Hilfen. Dies setzt natürlich voraus, dass bereits auch durch das Jugendamt im Vorfeld entsprechende Angebote unterbreitet wurden und das Familiengericht seitens des Jugendamts umfassend über die bisherige Zusammenarbeit mit den Eltern und die angebotenen Leistungen informiert wird. Gleichzeitig soll den Eltern nun aber auch durch das Gericht, das unverändert in seiner Autorität anders als das Jugendamt wahrgenommen wird, vor Augen geführt werden, welche Konsequenzen zu erwarten sind, sollte auch auf dieser Ebene die Annahme notwendiger Hilfen nicht erreicht werden können. Zugleich hat das Gericht zu prüfen, ob es im konkreten Fall einer einstweiligen Entscheidung bedarf.

E. Fazit

In einer zusammenfassenden Betrachtung ist festzustellen, dass durch die bestehenden gesetzlichen Grundlagen der Kinder- und Jugendhilfe ebenso wie die Ausgestaltung des gerichtlichen Verfahrens im Kontext des § 1666 BGB, dem aus Art. 6 Abs. 2 GG folgenden Elternrecht und dem aus Art. 2 Abs. 1 GG folgenden Anspruch des Kindes auf einem hohen Niveau Rechnung getragen wird. Es existiert ein umfassendes frühzeitig einsetzendes staatliches Hilfsangebot, das ebenso die berechtigten Belange der Eltern gewährleistet, gleichzeitig jedoch aber auch den immer an erster Stelle stehenden besonderen Schutzanspruch des Kindes sichert.

Trotz dieser gesetzlichen Grundstruktur ist es gleichwohl bis in die jüngste Vergangenheit nicht möglich gewesen, schwerste Eingriffe in die körperliche und psychische Integrität von Kindern zu vermeiden. Dies gilt ebenso für den sog. Staufener Missbrauchsfall wie für den aktuell bekannt gewordenen Missbrauch zahlreicher Kinder auf einem Campingplatz in Nordrhein-Westfalen.

Greift man beispielhaft die zwischenzeitlich vorliegenden Ergebnisse zur Aufarbeitung des Staufener Falles auf, so steht am Ende nicht etwa die unzureichende gesetzliche

28 www.dvj.j.de/sites/default/files/medien/imce/documente/downloads/PDV-382.pdf (zuletzt abgerufen am 26.06.2019).

29 Kößler in: jurisPK-SGB VIII, 2. Aufl. 2018, § 8a SGB VIII Rn. 42 m.w.N.

30 Vgl. hierzu auch Bösenberg/Woltjen in: jurisPK-SGB X, 2. Aufl. 2017, § 73 Rn. 21 ff.

31 BT-Drs. 16/6815, S. 11.

32 OLG Saarbrücken, Beschl. v. 20.03.2007 - 9 UF 167/06.

Grundlage, mit der diese Geschehnisse hätten vermieden werden können, sondern allein die Verknüpfung gesetzlicher Möglichkeiten und Pflichten sowie eine unzureichende Zusammenarbeit und Vernetzung der jeweiligen Akteure.

Die Tatsache, dass in einem nach § 1666 BGB geführten Verfahren das unmittelbar betroffene und zum damaligen Zeitpunkt bereits über drei Jahre alte Kind weder erstinstanzlich noch im Beschwerdeverfahren gehört wurde,³³ stößt in Ansehung einer hierzu bestehenden gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung³⁴ und der damit einhergehenden Verletzung elementarster Grundrechte des Kindes auf absolutes juristisches Unverständnis. Gleiches gilt für die Tatsache, dass in beiden Instanzen keine Notwendigkeit erkannt wurde, für das Kind einen Verfahrensbeistand gem. § 158 Abs. 2 Nr. 2 FamFG zu bestellen. Dies wiegt umso schwerer, als das Kind selbst in einem Gespräch mit einem Schulfreund über die häuslichen Vorkommnisse berichtete. Es ist mehr als wahrscheinlich, dass schon in einem vertraulichen Gespräch in erster Instanz – erst recht wenn das Gericht aufgrund wünschenswerter Aus- und Fortbildung mit den notwendigen Kenntnissen der Gesprächsführung mit Kindern vertraut gewesen wäre – ebenso wie in einem Gespräch mit dem Verfahrensbeistand – so denn ein solcher nach den ersichtlichen Vorstellungen des Gesetzgebers bestellt worden wäre – essentielle Informationen zum Schutz des Kindes hätten gewonnen werden können. Die insoweit in Rede stehenden juristischen Säumnisse bedürfen keiner gesetzlichen Korrektur. Die notwendige Grundlage in Gesetz und Rechtsprechung existiert. Sie muss lediglich im Einzelfall bekannt sein und umgesetzt werden.

Der Abschlussbericht zum Staufener Missbrauchsfall zeigt aber auch Schwachstellen in der Zusammenarbeit der Behörden auf, die sowohl länderintern als auch länderübergreifend Anlass für Korrekturerwägungen sein können und sollten.

- In dem dem Staufener Verfahren zugrunde liegenden Sachverhalt wird gegen den einschlägig vorbestraften und erst im Februar 2014 aus der Haft entlassenen Lebensgefährten der Mutter bereits im Frühjahr 2016 erneut wegen Kinderpornografie ermittelt und festgestellt, dass er sich häufig in der Wohnung seiner Partnerin aufhält, in der auch deren siebenjährige Sohn lebt. Obgleich die Strafvollstreckungskammer seinen Antrag auf Wohnung bei der Lebensgefährtin im August 2016 zurückweist, wird erst im Februar 2017 eine Wohnsitzüberprüfung durch die Polizei vorgenommen und auch erst einen Monat später das Jugendamt hierüber in Kenntnis gesetzt.
- Noch im Beschwerdeverfahren, d.h. im Sommer 2017 besaß das Jugendamt keine Kenntnis über das gegen den Lebensgefährten bereits im Jahr 2016 geführte Ermitt-

lungsverfahren, aufgrund dessen auch Anklage gegen ihn erhoben worden war. Obgleich die Akten dem Oberlandesgericht bereits vor dem Anhörungstermin vorlagen, ist auch dem Beschluss der Beschwerdeinstanz nicht zu entnehmen, dass diese Strafakten Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren und in irgendeiner Form in die Senatsentscheidung eingeflossen sind.

Die Liste der Säumnisse ließe sich fortführen. Sie zeigt jedoch deutlich auf, dass es in der Zusammenarbeit der einzelnen Akteure, die in besonderem Maße dem Schutz von Kindern und Jugendlichen verpflichtet sind, erhebliche Verbesserungsnotwendigkeiten gibt, um diesen Schutz effektiv zu gestalten und im Sinn der bestehenden gesetzlichen Grundlagen auch umzusetzen. Es bedarf einer deutlichen Verbesserung der Vernetzung und Zusammenarbeit zwischen Polizei und Jugendamt einerseits und dem Familiengericht andererseits. Zu denken wäre hier etwa an die Einrichtung gemeinsamer Arbeitsgruppen, die in einem regelmäßigen Erfahrungs- und Informationsaustausch stehen.

Aber auch länderübergreifend bedarf es einer verstärkten Kooperation. So existieren zwar in einzelnen Bundesländern besondere Verwaltungsvorschriften zur Überwachung rückfallgefährdeter Sexualstraftäter, doch wird in der Praxis Kritik zu der Tatsache geübt, dass im Verhältnis der Bundesländer keine einheitliche Konzeption entwickelt wurde, einhergehend mit der hieraus folgenden Gefahr, dass eine Erfassung für das gesamte Bundesgebiet nicht gewährleistet ist und auch kein notwendiger Datenaustausch zwischen den Bundesländern existiert.³⁵ Allein der Umzug eines Straftäters von einem Bundesland in ein anderes kann dazu führen, dass der eigentlich erstrebte Schutz nicht mehr gewährleistet wird.

Eine Sicherstellung des aus Art. 2 Abs. 1 GG sowie aus § 1 SGB VIII folgenden besonderen staatlichen Schutzauftrages für Minderjährige bei gleichzeitiger Gewährleistung der Elternrechte erfordert keine weiteren gesetzlichen Regelungen. Es bedarf lediglich aufseiten der verantwortlichen Akteure eines geschärften Bewusstseins, dass ihr Handeln oder ggf. auch ihre Untätigkeit letztlich über das weitere Schicksal eines Kindes oder Jugendlichen entscheiden und hinter der auf dem Schreibtisch liegenden Akte ein Minderjähriger steht, dessen Schutz möglicherweise allein vom Engagement dieses konkreten Sachbearbeiters abhängig ist.

33 www.olg-karlsruhe.de/pb/site/jum2/get/documents/jum1/JuM/OLG%20Karlsruhe/Abschlussbericht%20der%20gemeinsamen%20Arbeitsgruppe%20zum%20Staufener%20Missbrauchsfall.pdf (zuletzt abgerufen am 26.06.2019).

34 BVerfG, Beschl. v. 05.11.1980 - 1 BvR 349/80.

35 www.djg.de/archive/67/Standardisierung-der-1%C3%A4nder-%C3%Bcbergreifenden-Zusammenarbeit-in-der-Bew-%C3%A4hrungshilfe--Gerichtshilfe---F%C3%Bchrungsaufsicht (zuletzt abgerufen am 26.06.2019).

Der Elektronische Rechtsverkehr im Echtbetrieb – Neues von Risiken und Nebenwirkungen in der gerichtlichen Wirklichkeit

OLG Zweibrücken, Beschl. v. 11.03.2019 - 1 Ws 314/18 Vollz und v. 11.04.2019 - 1 OWi 2 Ss Rs 131/18
VGH Mannheim, Beschl. v. 04.03.2019 - A 3 S 2890/18
LSG Berlin-Potsdam, Urt. v. 27.03.2019 - L 10 AS 2081/18
OLG Braunschweig, Beschl. v. 08.04.2019 - 11 U 146/18 u.v.m.

VPPräsLG Holger Radke

A. Einleitung

Man durfte damit rechnen. Der elektronische Rechtsverkehr nimmt – durch gesetzgeberische Vorgaben befeuert – zunehmend an Fahrt auf und beschert den Gerichten damit einen bunten und stetig wachsenden Strauß an neuartigen oder wiederbelebten rechtlichen Fragestellungen, die einer Lösung harren. Vor wenigen Monaten habe ich an gleicher Stelle einige aktuelle Entscheidungen skizziert, bei denen es im Kern um die Frage der Notwendigkeit und Wirksamkeit von elektronischen Unterschriften ging.¹ Zwischenzeitlich sind neue Entscheidungen ergangen, die einer Betrachtung wert sind, weil auch aus ihnen Ratschläge für die Zukunft extrahiert werden können.

B. Inhalte der Entscheidungen und Hinweise für die Praxis

I. Die Grenzen des „beA“ oder: Von der Entscheidungshoheit der Bundesländer

Über die Jahre hinweg, in denen weite Teile der Justiz vergeblich hofften, der elektronische Rechtsverkehr werde sich als fakultatives Angebot auch ohne gesetzgeberischen Zwang in der Rechtswirklichkeit durchsetzen, galt der „Flickenteppich“, den die 16 Bundesländer durch unterschiedliche Geschwindigkeiten und Strategien bei der Freigabe geschaffen hatten, als ein wesentlicher Hemmschuh für den Erfolg. Das ist auch plausibel, denn wenn ein Rechtsanwalt bei jeder Klage und jedem Schriftsatz zunächst prüfen muss, ob in dem betreffenden Bundesland für eine bestimmte Gerichtsbarkeit und Instanz der elektronische Rechtsverkehr bereits eröffnet ist, dann kriecht das Mehraufwände und birgt Haftungsrisiken. Darauf haben sich nicht viele Anwälte eingelassen. Das Eingreifen des Gesetzgebers mit fixen zeitlichen Vorgaben hat dieses Problem entschärft – aber noch nicht beseitigt, wie der folgende Blick in die Strafjustiz des Landes Rheinland-Pfalz zeigt:

Ausgangspunkt einer Beschwerdeentscheidung des OLG Zweibrücken war der Versuch eines Antragstellers, der sich im Maßregelvollzug (§ 63 StGB) befand, Vollzugslockerun-

gen zu erhalten. Gegen deren Versagung durch das Landgericht ging sein Verteidiger mit der Rechtsbeschwerde vor, die er unter Verwendung des „besonderen elektronischen Anwaltspostfachs (beA)“ und dort ohne Anbringung einer qualifizierten elektronischen Signatur einlegte. Dies wäre eigentlich auch nicht zu beanstanden gewesen, denn eine Signatur ist nach § 32a Abs. 3 StPO nur dann zwingend erforderlich, wenn kein sicherer Übertragungsweg gewählt wird; das „beA“ ist indes gem. § 32a Abs. 4 Ziff. 2 StPO geradezu der „Prototyp“ des sicheren Weges.

Was der Anwalt nicht beachtet hat, war § 15 EGStPO: Nach dieser Übergangsregelung können die Bundesregierung und die Landesregierungen jeweils für ihren Bereich bestimmen, dass die Wirkungen des § 32a StPO erst Anfang 2019 oder Anfang 2020 eintreten. Von dieser Ermächtigung hat das Land Rheinland-Pfalz Gebrauch gemacht und bestimmt, dass „die Einreichung elektronischer Dokumente nach Maßgabe des § 32a der Strafprozessordnung [...] erst ab dem 1. Januar 2020 möglich“ ist.² Die Folge ist, dass § 41a StPO – der eigentlich zum 31.12.2017 außer Kraft getreten ist – in seiner letztgültigen Fassung bis dahin weiter Anwendung findet. Und diese Norm setzt zwingend die qualifizierte elektronische Signatur voraus und kennt keine Ausnahme für sichere Übertragungswege. In der Konsequenz hat das OLG Zweibrücken die Rechtsbeschwerde daher als formunwirksam und zur Fristwahrung unzureichend zurückgewiesen (§ 118 Abs. 3, § 120 Abs. 1 StVollzG, § 41a StPO).³

Genau einen Monat später konnte das gleiche Gericht dann ergänzend darauf hinweisen, dass § 134 OWiG eine dem § 15 EGStPO entsprechende Regelung enthält, auf die sich die rheinland-pfälzische Landesverordnung ebenfalls bezieht. Insofern wurde dem über „beA“ ohne qualifizierte Signatur eingereichten Antrag auf Zulassung einer Rechtsbeschwerde –

1 Radke, jM 2019, 189 ff.

2 § 1 Landesverordnung zur Ausführung des § 15 des Einführungsgesetzes zur Strafprozessordnung und des § 134 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten (RhpFEGStPOOWiGAVO) vom 06.11.2017, GVBl. 246.

3 OLG Zweibrücken, Beschl. v. 11.03.2019 - 1 Ws 314/18 Vollz.

gerichtet gegen eine Geldbuße wegen Geschwindigkeitsüberschreitung – ebenfalls die Wirksamkeit abgesprochen.⁴

Für die Praxis gilt in der näheren Zukunft, namentlich im Bereich des Strafprozesses, auf den „Fallstrick“ der „Opt-out“-Klauseln zu achten; soweit ersichtlich haben Baden-Württemberg, Brandenburg, Rheinland-Pfalz und Sachsen von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht.⁵

II. BeBPo ist nicht „beA“ oder: Wann braucht der sichere Übertragungsweg eine qualifizierte Signatur?

Während über „beA“, seine Entwicklung, Weiterentwicklung und die Tücken des Einsatzes, schon viel zu lesen war, fristen die anderen „sicheren Übertragungswege“, wie etwa die „De-Mail“ oder das „besondere elektronische Behördenpostfach (BeBPo)“, in der Diskussion bisher eher ein Nischendasein. Zu einem möglichen Unterschied bei der Nutzung der Systeme durfte aber der VGH Baden-Württemberg jüngst Stellung nehmen:⁶

Die Bundesrepublik Deutschland hatte – als Beklagte – im Rahmen eines Asylverfahrens einen Antrag auf Zulassung der Berufung nach § 78 Abs. 3 Nr. 2 AsylG gestellt, und zwar in Form eines nicht signierten Schriftsatzes, der über das besondere Behördenpostfach (§ 55a Abs. 4 Nr. 3 VwGO) an das Verwaltungsgericht übermittelt worden war. Der Kläger hatte diese Vorgehensweise moniert und darauf hingewiesen, dass die Privilegierung, ohne qualifizierte Signatur versenden zu dürfen, bei „beA“ nur dem persönlich für dieses Postfach nutzungsberechtigten Anwalt zugutekomme, bei Nutzung des Postfachs durch einen Dritten hingegen die qualifizierte Signatur erforderlich sei.⁷ Der Verwaltungsgerichtshof hat diesem Argumentationsansatz für das Behördenpostfach eine Absage erteilt: § 8 der Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung (ERVV) erlaube es den Behörden ausdrücklich, natürliche Personen zu bestimmen, die Zugang zum Postfach erhalten. Wenn eine solche natürliche Person dann über das Postfach einen Schriftsatz übermittle, müsse sie keine qualifizierte Signatur anbringen – die Privilegierung zugunsten von BeBPo liefe sonst leer, da eine Behörde naturgemäß nur durch natürliche Personen handeln könne. Es genüge, wenn das Dokument lediglich – wie hier – den Namen des Urhebers oder dessen eingescannte Unterschrift am Textende wiedergibt.

Für die Praxis gilt es also zu beachten, dass ein Behördenpostfach – im Gegensatz zum Anwaltspostfach – gerade nicht „eins zu eins“ einer konkreten natürlichen Person zugeordnet ist. Der Vergleich mit „beA“ hinkt daher, die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs ist zutreffend: Müsste der Vertreter der Behörde, der das Postfach betreut, seinerseits signieren, hätte sich der Gesetzgeber die Mühe sparen können, überhaupt eine Sonderstellung für Behördenpostfächer zu kodifizieren.

III. Die E-Mail und der elektronische Rechtsverkehr – eine Diskussion will nicht enden

Die „einfache“ E-Mail ist in keiner Prozessordnung als wirksamer Einreichungsweg im elektronischen Rechtsverkehr zugelassen. Sie erfüllt nicht die Anforderungen des § 4 Abs. 1 ERVV, denn sie nutzt weder einen der gesetzlich definierten sicheren Übertragungswege noch wird sie auf der Grundlage des als sicher geltenden Transportstandards „OSCI“⁸ an das „Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP)“ übertragen. Entsprechend leidet die Einreichung per E-Mail an einem Übermittlungsmangel, der regelmäßig die Unwirksamkeit der Prozesshandlung zur Folge hat.⁹ Bis zu diesem Punkt dürfte Konsens bestehen.

1. Schon bei der Frage, wie man mit einer E-Mail im Gericht umgeht und welche Folgen dieser Umgang hat, findet die Übereinstimmung aber rasch ihr Ende. Als relativ eindeutig stellt sich dabei noch die Konstellation dar, mit der sich das VG Neustadt¹⁰ Anfang des Jahres auseinandersetzen musste. Hier war ein Eilantrag auf Wiedereinsetzung per einfacher E-Mail und damit entgegen § 55a VwGO eingereicht worden. Allerdings war diese E-Mail im Gericht ausgedruckt und zur Akte genommen worden. Das Verwaltungsgericht sah sich zu der Feststellung genötigt, dass auch der Ausdruck und die „Veraktung“ dem formunwirksam gestellten Antrag nicht zur Wirksamkeit verholfen haben. Denn die Schriftlichkeit, die § 81 Abs. 1 VwGO verlangt, setze die eigenhändige Unterschrift des Ausstellers voraus, an der es bei der E-Mail fehlt.

2. Über eine weitere „Spielart“ der Einreichung via E-Mail hatte das FG Hamburg im Januar 2019 zu entscheiden.¹¹ Hier hatten die Kläger von der Möglichkeit des § 47 Abs. 2 FGO Gebrauch gemacht und die Klage fristwährend bei der Behörde, die den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen hatte (hier: dem Finanzamt) eingereicht. Diese Einreichung erfolgte per einfacher E-Mail und wurde dann von der Behörde an das Finanzgericht weitergeleitet. Die Kläger fühlten sich zu dieser Vorgehensweise wohl dadurch ermuntert, dass § 357 AO die Einlegung eines Einspruchs beim Finanz-

4 OLG Zweibrücken, Beschl. v. 11.04.2019 - 1 OWi 2 Ss Rs 131/18; dem Betroffenen wurde hier allerdings Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt, da ihm der Rechtsirrtum seines Verteidigers nicht zugerechnet werden könne.

5 Bernhardt, jM 2018, 310, 311.

6 VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 04.03.2019 - A 3 S 2890/18.

7 So ArbG Lübeck, Verfügung vom 10.10.2018 - 6 Ca 2050/18 und zuletzt OLG Braunschweig, Beschl. v. 08.04.2019 - 11 U 146/18 (dazu näher unten).

8 „Online Service Computer Interface“.

9 Greger in: Zöller, Zivilprozessordnung, 32. Aufl. 2018, § 130 ZPO Rn. 18d; Ulrich/Schmieder, NJW 2019, 113, 116.

10 VG Neustadt (Weinstraße), Beschl. v. 25.01.2019 - 5 L 81/19.NW.

11 FG Hamburg, Gerichtsbescheid vom 22.01.2019 - 2 K 212/18.

amt auch „elektronisch“ erlaubt, wozu in diesem Fall auch die Einlegung per E-Mail genügt.¹² Nach Auffassung des FG Hamburg führt aber § 47 Abs. 2 FGO – auch im Zusammenspiel mit den Formvorschriften der Abgabenordnung – nicht zu einem Dispens von den Anforderungen des § 52a FGO. Das Finanzamt sei hinsichtlich der Fristwahrung nicht mehr als der „Briefkasten“ des Finanzgerichts und es seien keine Gründe erkennbar, warum ein dort „eingeworfener“ Schriftsatz geringere Formalanforderungen erfüllen solle als ein direkt adressiertes Schreiben.

3. Schwieriger als in den vorgenannten Entscheidungen wird die Beurteilung, wenn der E-Mail als Anhang ein Schriftsatz beigefügt ist, in dem die eingescannte Originalunterschrift des Ausstellers enthalten ist. Ob der Ausdruck und die „Veraktung“ eines solchen Anhangs dann die Voraussetzungen für eine wirksame Einreichung schafft, hatte jüngst das VG Gera zu entscheiden.¹³ Dort hatte der Antragsteller sein Begehren in einen von ihm unterschriebenen und dann in Form eines PDF-Dokuments eingescannten Schriftsatz verpackt, der per E-Mail bei Gericht einging. „Unzureichend“ sagt das Verwaltungsgericht und grenzt sich dabei ausdrücklich von der Rechtsauffassung des BGH ab.¹⁴ Dessen Sichtweise lasse das gesetzgeberische Konzept für die Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs leerlaufen und knüpfe die Wirksamkeit einer Einreichung an eine letztlich willkürliche Entscheidung des Gerichts, ob nämlich die eingereichte Datei gelöscht oder ausgedruckt werde.

Die gleiche Auffassung hat im März 2019 auch das LSG Berlin-Potsdam vertreten.¹⁵ Dort war ein per EGVP übermittelter, aber nicht ordnungsgemäß signierter, Berufungsschriftsatz im Gericht ausgedruckt worden. Nach Auffassung des Senates reicht der Ausdruck aber nicht, um die Anforderungen des § 151 SGG an die Schriftform eine Berufungsschrift zu erfüllen, und zwar auch dann nicht, wenn der Schriftsatz eine Unterschrift/Namenswiedergabe enthält.

4. Einer besonderen Betrachtung bedarf in diesem Kontext allerdings das Prozesskostenhilfverfahren, das insoweit eine Besonderheit darstellt, als es sich bei der Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse – die mit dem Antrag abgegeben werden muss, § 117 Abs. 2 ZPO – um eine Erklärung des Mandanten selbst handelt, der im Regelfall zu einer qualifizierten elektronischen Signatur technisch nicht in der Lage sein wird.

In einem Fall, den zunächst das ArbG Leipzig¹⁶ zu entscheiden hatte, war die Erklärung dem Gericht nicht im Original, sondern nur in eingescannter Form übermittelt worden. Das Arbeitsgericht hielt dies für unzureichend: Der Antragsteller versichere mit der Unterschrift die Vollständigkeit und Richtigkeit seiner Angaben, fehlerhafte Angaben könnten strafrechtliche Konsequenzen haben. Daher sei eine eindeutige Zuordnung der Erklärung nötig, die durch eine nur gescannte

Unterschrift nicht ermöglicht werde. Der Überprüfung durch das Landesarbeitsgericht hat diese Entscheidung nicht standgehalten.¹⁷ Diese Erklärung müsse, um Wirksamkeit zu erlangen, nicht im Original mit eigenhändiger Unterschrift vorliegen, solange nur feststehe, dass die Erklärung unzweifelhaft vom Antragsteller stammt und er zu seinen Angaben stehe. Das Landesarbeitsgericht beruft sich insoweit auf die Rechtsprechung des BGH zur Telefaxübermittlung: Auch dort sei es schließlich als ausreichend erachtet worden, dass die Kopiervorlage unterschrieben ist und diese Unterschrift auf der Fernkopie wiedergegeben wird.¹⁸

Für die Praxis ist es jedenfalls der weitaus sicherere Weg, Schriftsätze nicht als im Original unterschriebene und dann eingescannte PDF-Dokumente an die Gerichte zu übermitteln. Man macht sich bei dieser Vorgehensweise nicht nur von dem Zufall abhängig, ob ein elektronischer Eingang (teilweise automatisiert) ausgedruckt oder bereits rein elektronisch weiterverarbeitet wird,¹⁹ sondern stößt auch je nach Rechtsgebiet auf eine unterschiedliche Handhabung in der obergerichtlichen Rechtsprechung. Während BGH²⁰ und BAG²¹ in zurückliegender Zeit von einer Wirksamkeit ausgegangen sind, vertreten das BSG²² und – beispielhaft für die Verwaltungsgerichtsbarkeit – das OVG Bautzen²³ eine gegenteilige Ansicht. Und angesichts des zwischenzeitlichen Inkrafttretens einer ausdifferenzierten gesetzlichen Regelung für wirksame elektronische Übermittlungswege (die der Gesetzgeber auch als abschließende Regelung gemeint haben dürfte) bleibt auch die Unsicherheit, ob die bisher „großzügigeren“ Gerichte an ihrer Praxis bei neuerlicher Befassung festhalten würden.²⁴

IV. Das Telefax lebt – trotz neuer Anfeindungen

Mit der Übermittlung von Schriftsätzen im Wege des elektronischen Rechtsverkehrs fremdeln viele Anwender noch. Aus Sorge, ein fristgebundener Schriftsatz könnte das Ge-

12 Seer in: Tipke/Kruse, AO/FGO, 155. Lieferung 02.2019, § 357 AO Rn. 8.

13 VG Gera, Beschl. v. 12.09.2018 - 2 E 1480/18 Ge; zu dieser Entscheidung auch Dyllick/Neubauer, LKV 2019, 111 ff.

14 BGH, Beschl. v. 18.03.2015 - XII ZB 424/14.

15 LSG Berlin-Potsdam, Urte. v. 27.03.2019 - L 10 AS 2081/18 Rn. 33.

16 ArbG Leipzig, Beschl. v. 18.02.2018 - 14 Ca 3903/17.

17 LArbG Chemnitz, Beschl. v. 25.10.2018 - 4 Ta 52/18 (8); zustimmende Anmerkung Müller, NZA-RR 2019, 279 ff.

18 BGH, Beschl. v. 04.05.1994 - XII ZB 21/94.

19 Ulrich in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 55a Rn. 23, Stand September 2018.

20 BGH, Beschl. v. 18.03.2015 - XII ZB 424/14 Rn. 10.

21 BAG, Beschl. v. 11.07.2013 - 2 AZB 6/13 Rn. 12.

22 BSG, Urte. v. 12.10.2016 - B 4 AS 1/16 R.

23 OVG Bautzen, Beschl. v. 19.10.2015 - 5 D 55/14.

24 Tiedemann, jurisPR-ArbR 7/2019, Anm. 4.

richt nicht rechtzeitig erreicht haben, sind immer wieder Fälle zu verzeichnen, bei denen – trotz wirksamer Einreichung über „beA“ – ergänzend noch ein Fax gleichen Inhalts (bisweilen auch der Schriftsatz im Original per Post) nachgeschoben wird, was dann bei Gericht verlässlich für Verwirrung und Mehrfacherfassungen sorgt. Dies vorausahnend hatte es im Vorfeld der Einführung des flächendeckenden elektronischen Rechtsverkehrs Diskussionen darüber gegeben, ob die Einreichung per Telefax nicht ausgeschlossen werden sollte, ein Plan, der letztlich aber nicht weiterverfolgt wurde. Eine Entscheidung des FG Hessen²⁵ zeigt aber, dass die Vorschriften zum elektronischen Rechtsverkehr dennoch mit der „althergebrachten“ Praxis der Faxeinreichung in Konflikt geraten können.

Das Gericht sah sich vor die Frage gestellt, ob im Lichte der zwischenzeitlich geltenden Formvorschriften des § 52a FGO bzw. § 55a VwGO ein Telefax, das über das allgemeine Telefonnetz übermittelt wird, nicht auch einer qualifizierten elektronischen Signatur bedarf. Diese Auffassung hatte das VG Dresden in mehreren Entscheidungen für das „Computerfax“ – also eine Telefaxübermittlung ohne vorherigen Ausdruck direkt vom Computer des Versenders an die Telefax-Empfangseinrichtung des Gerichts – vertreten: Das Telefax werde in diesen Fällen technisch wie eine E-Mail über das Internet oder ein Web-Interface übertragen und sei daher als „elektronisches Dokument“ i.S.d. § 55a VwGO anzusehen und daher konsequent auch dessen Formvorgaben zu unterstellen.²⁶ Das VG Hessen ist dieser Auffassung nicht gefolgt: Ein auf die Abschaffung von bestimmenden Telefaxschreiben gerichteter Wille des Gesetzgebers sei bei der Schaffung der Formvorschriften für den elektronischen Rechtsverkehr „nicht hinreichend deutlich erkennbar“ geworden. Es bleibe daher bei der durch Beschluss des Gemeinsamen Senates der Obersten Gerichtshöfe²⁷ abgesegneten und in der gerichtlichen Praxis durchweg etablierten Möglichkeit, die Telefaxübermittlung als zulässige Variante der Schriftform anzusehen.

Für die Praxis bleibt zu hoffen, dass die Entscheidung des FG Hessen allgemeine Zustimmung erfährt. Hätte der Gesetzgeber tatsächlich die jahrzehntelange Praxis der (Computer-)Faxeinreichung abschaffen oder durch ein Signaturerfordernis deutlich erschweren wollen (wofür man nach der Eröffnung des elektronischen Rechtsverkehrs durchaus Sympathien hegen kann), so wäre eine eindeutige gesetzliche Regelung statt einer gerichtlichen Umdeutung der einzig richtige Weg gewesen.

V. Das „beA“ des Sozios – eine gefährliche Versuchung

Dass es sich bei einem Computerfax um kein elektronisches Dokument i.S.v. § 130a ZPO handelt, sondern um ein schriftliches Dokument in Form einer Telekopie, bestätigt

auch das OLG Braunschweig in einer aktuellen Entscheidung.²⁸ Diese Entscheidung ist aber vornehmlich aus anderen Gründen von Interesse: Der in erster Instanz unterlegene Kläger hatte über das „beA“ eines Rechtsanwalts K. einen Berufungsschriftsatz an das Oberlandesgericht übermittelt, der mit dem maschinenschriftlich wiedergegebenen Namenszug eines Rechtsanwalts L. endete. Das Oberlandesgericht hat der Berufung die Formwirksamkeit abgesprochen: Das elektronische Dokument müsse – wie der Wortlaut des § 130a Abs. 3 ZPO zeige – von der „verantwortenden Person signiert“ und (!) dann auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht werden. Somit sei ein zweiaktiges Handeln, bestehend aus Signatur und Übertragung, durch dieselbe Person erforderlich. Damit bestätigt (soweit ersichtlich erstmals) ein Gericht in einer Entscheidung, was bisher nur in einem verfahrensleitenden Hinweis des ArbG Lübeck²⁹ zu lesen war. Die einfache Signatur (also etwa der maschinengeschriebene Namenszug) ist zwar eine Signatur i.S.d. § 130a Abs. 3 Alt. 2 ZPO, genügt aber für sich genommen nicht zur Authentifizierung, da keine Unterscheidung zum bloßen Entwurf möglich ist. Die einfache Signatur steht der Wirksamkeit zwar nicht entgegen, wenn ein sicherer Übertragungsweg (hier: „beA“) genutzt wird; der Übertragungsweg muss dann aber dem Signierenden zugeordnet sein, denn anderenfalls bliebe unklar, ob der Versender auch die Verantwortung für den Inhalt übernehme oder sich seine Rolle auf die eines Erklärungsboten beschränke.

Der vom OLG Braunschweig zu entscheidende Fall wies noch die zusätzliche Besonderheit auf, dass der Schriftsatz nicht nur mit einer einfachen, sondern mit einer „fortgeschrittenen elektronischen Signatur“ versehen war. Die fortgeschrittene Signatur steht, was die Eindeutigkeit der Zuordnung zu einer bestimmten Person angeht, oberhalb der einfachen, aber unterhalb der qualifizierten elektronischen Signatur. Nur die Letztere beruht auf dem Zertifikat eines qualifizierten Vertrauensdiensteanbieters und muss mit einer qualifizierten Signaturerstellungseinheit erstellt werden. Dadurch wird ein erhöhter und konsistenter Grad an Authentifizierungs- und Integritätssicherheit erreicht, sodass nur der qualifizierten elektronischen Signatur nach Art. 25 Abs. 2 eIDAS-VO³⁰ die gleiche Rechtswirkung wie einer handschriftlichen Unter-

25 FG Hessen, Beschl. v. 06.12.2018 - 4 K 1880/14.

26 Zuletzt: VG Dresden, Urt. v. 02.10.2018 - 2 K 302/18; dazu (ablehnende) Anmerkungen von Skrobotz, jurisPR-ITR 4/2019, Anm. 5 und Müller, NVwZ 2019, 95 ff.

27 GmS-OGB, Beschl. v. 05.04.2000 - GmS-OGB 1/98.

28 OLG Braunschweig, Beschl. v. 08.04.2019 - 11 U 146/18 Rn. 32.

29 ArbG Lübeck, Verfügung vom 10.10.2018 - 6 Ca 2050/18.

30 Verordnung (EU) Nr. 910/2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt.

schrift zukommt.³¹ Anknüpfend an diese Unterschiede hat das Oberlandesgericht die fortgeschrittene Signatur als nicht ausreichend erachtet: In der Gesetzesbegründung wie im Gesetzestext tauche die fortgeschrittene Signatur nicht auf. Aufgrund der fehlenden Gleichsetzung mit der handschriftlichen Unterzeichnung können sie die qualifizierte Signatur nicht ersetzen und da sie – jedenfalls im vorliegenden Fall – auch nicht den tatsächlichen Namenszug erkennen lasse (auf dem Dokument wurde „Advo D. 4.“ ausgegeben), sei hier nicht einmal die Ersetzung der einfachen Signatur möglich, da die Identität des Signierenden sonst nur durch umfangreiche Nachermittlungen festgestellt werden könne.

Für die Praxis bedeutet dies insbesondere weiterhin den dringenden Rat, kein „beA“ zu verwenden, das einer anderen Person zugeordnet ist. Ist das – aus welchem Grund auch immer – im Einzelfall nicht zu verhindern, dann führt der Weg zur Formwirksamkeit nur über die gleichzeitige Verwendung der qualifizierten (!) elektronischen Signatur.

Elektronischer Rechtsverkehr und elektronische Aktenführung, Legal Tech, Automatisierung, Künstliche Intelligenz – die Justiz steht materiell wie prozessual vor gewaltigen Herausforderungen. Der langjährige Vizepräsident des BVerfG, Professor Ferdinand Kirchhof, hat bei einer Veranstaltung zu Ehren des 20. Geburtstages des Grundgesetzes am 22.05. in Stuttgart die Digitalisierung (neben Globalisierung und Privatisierung) als einen Bereich bezeichnet, in dem man sogar über eine behutsame Weiterentwicklung der Verfassung nachdenken müsse. Bedenkt man zudem, dass der elektronische Rechtsverkehr nach wie vor erst am Anfang seiner Ausbreitung steht, das fällt die Prognose nicht schwer, dass dieser Aufsatz daher wohl nicht der letzte seiner Art gewesen sein wird.

31 Näher zur Abgrenzung Heinze/Prado Ojea, CR 2018, 37 ff., 41.

Nutzungsausfallentschädigung für ein ausschließlich gewerblich genutztes Fahrzeug

BGH, Urt. v. 06.12.2018 - VII ZR 285/17

Prof. Dr. Markus Würdinger

A. Problemstellung

„Schadensrecht ist Ausgleichsrecht.“¹ Die Höhe und Bemessung dieses Ausgleichs bringt in praxi immer wieder und immer noch komplizierte Fragen und Fälle hervor. Zu der breiten und bunten Kasuistik hat der Umstand beigetragen, dass der Schaden nicht immer (nur) nach der sog. Differenzmethode durch einen rechnerischen Vergleich zweier Vermögenslagen

(mit und ohne dem schädigenden Ereignis) bestimmt wird.² Vielmehr eröffnet eine „Normativierung“ des Schadensbegriffs einen Raum für wertende Korrekturen. Hierzu zählt als ein „Klassiker“ des Schadensrechts die sog. (abstrakte) Nutzungsausfallentschädigung.³ Kann der Geschädigte wegen eines vorübergehenden Entzugs der Gebrauchsmöglichkeit eines Fahrzeugs eine derartige Entschädigung verlangen, ohne dass er einen konkreten Schaden darlegen muss? Mit dieser Frage hat sich der VII. Zivilsenat in der vorliegenden Entscheidung befassen müssen. Die Besonderheit des Falls bestand darin, dass das Fahrzeug ausschließlich gewerblich genutzt wurde und sich die materiellen Auswirkungen des Ausfalls des Fahrzeugs durchaus berechnen und beziffern ließen.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der BGH gewährt dem Geschädigten in einem solchen Fall (d.h. bei einem ausschließlich gewerblich genutzten Fahrzeug und der Quantifizierbarkeit der materiellen Auswirkungen des Ausfalls des Fahrzeugs) keine (abstrakte) Nutzungsausfallentschädigung. Der Kläger, ein Betreiber eines Beton- und Natursteinwerks, begehrte von der Beklagten, einer Nutzfahrzeugwerkstatt, aufgrund eines Werkvertrags Schadensersatz für die Folgen eines Motorschadens an seinem Kipplader mit Kran (§ 634 Nr. 4, § 280 Abs. 1 Satz 1, §§ 249 ff. BGB). Infolge des Motorschadens, der durch eine von der Beklagten mangelhaft durchgeführte Reparatur hervorgerufen wurde, konnte der Kläger das Fahrzeug, das er als Transport- und Arbeitsfahrzeug einsetzte, zeitweise nicht nutzen.

Für eine konkrete Darlegung des Gewinns votierte die Rechtsprechung schon bisher in Fällen, in denen das ausgefallene Fahrzeug unmittelbar der Erbringung gewerblicher Transportleistungen dient (z.B. bei einem Taxi, Reisebus oder Lastkraftwagen eines Fuhrunternehmens).⁴ In casu wurde das ausgefallene Fahrzeug zur Unterstützung einer anderen gewerblichen Tätigkeit eingesetzt und diente nur mittelbar der Gewinnerzielung (durch den Vertrieb und die Montage von Beton- und Natursteinen).⁵ Der BGH lehnt grds. eine Differenzierung nach einer unmittelbaren bzw. mittelbaren Gewinnerzielung jedenfalls dann ab, wenn die materiellen Auswirkungen des Ausfalls des Fahrzeugs quantifiziert werden können.⁶ Im Streitfall war eine Quantifizierung der Mehrkosten durch die Fremdvergabe von Transportleistungen sowie

1 Rüßmann in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 249 BGB Rn. 13.

2 Ausführlich zum „Streit um den Schadensbegriff“: Schiemann in: Staudinger, BGB, 2017, vor § 249 Rn. 35 ff.

3 Siehe dazu Zwirlein, JuS 2013, 487 m.w.N.

4 BGH, Beschl. v. 21.01.2014 - VI ZR 366/13 Rn. 1 und 3; BGH, Urt. v. 10.01.1978 - VI ZR 164/75 Rn. 18.

5 BGH, Urt. v. 06.12.2018 - VII ZR 285/17 Rn. 20.

6 BGH, Urt. v. 06.12.2018 - VII ZR 285/17 Rn. 21.

der Kosten des Einsatzes der Arbeitskräfte zur Kompensation der fehlenden Kranunterstützung möglich.⁷ Somit sah der VII. Zivilsenat kein Bedürfnis (aufgrund von Darlegungs- oder Beweisschwierigkeiten) für eine abstrakte, pauschalierte Schadensberechnung. Für den Geschädigten gelten schließlich die Erleichterungen des § 252 Satz 2 BGB, wonach als entgangen der Gewinn gilt, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Zudem komme ihm § 287 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 ZPO zugute,⁸ wonach bei streitigen Fällen einer Schadensentstehung oder Schadenshöhe das Gericht hierüber unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung entscheidet.

Zur ständigen Rechtsprechung des BGH gehört die Gewährung einer Nutzungsausfallentschädigung als Ausgleich der Gebrauchsentbehrung bei Sachen und Gütern mit zentraler allgemeiner Bedeutung, deren Ausfall sich typischerweise signifikant auf die Lebenshaltung auswirkt.⁹ Der VII. Zivilsenat stellt ausdrücklich klar, dass dies nur für Sachen und Güter des privaten, eigenwirtschaftlichen Gebrauchs gilt. Damit kommt der Betriebsbereitschaft eines ausschließlich gewerblich genutzten Fahrzeugs, also seiner ständigen Verfügbarkeit und Einsatzfähigkeit, kein eigenständiger Vermögenswert zu; der vorübergehende Entzug der Gebrauchsmöglichkeit ist als solcher kein Schaden. Als Schlüsselargument geht der Senat auf § 252 Satz 1 BGB ein, wonach der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn umfasst. Diese Vorschrift gelte für den privaten Gebrauch gerade nicht und war mitunter der Grund für die Rechtsfortbildung in diesem Segment.¹⁰ Finde wie hier § 252 BGB Anwendung, sei für eine „Ergänzung des Rechts“ schon mangels Regelungslücke kein Raum.¹¹

C. Kontext der Entscheidung

Die Judikatur zur Entschädigung bei einem vorübergehenden Verlust des Gebrauchs einer Sache (Nutzungsausfall) ist ein eindrucksvolles Beispiel für die Normativierung des Schadensbegriffs.¹² In diesen Konstellationen geht es darum, ob und inwieweit der Geschädigte eine Entschädigung erhält, weil ihm wegen des schädigenden Ereignisses vorübergehend die Nutzung der Sache verwehrt bleibt. Unproblematisch fallen nach der Differenzmethode die erforderlichen Kosten für eine Ersatzanmietung unter § 249 Abs. 1 Satz 1 BGB. Der entgangene Gewinn ist ebenfalls zu ersetzen (siehe dazu § 252 BGB). Darüber hinaus hat die Rechtsprechung unter Zugrundelegung normativer Überlegungen die Ersatzfähigkeit eines vorübergehenden Nutzungsentgangs (Ausfall der Gebrauchsmöglichkeit) eines Wirtschaftsguts für bestimmte Konstellationen entwickelt. Dies komme „nur für einen der vermögensmehrenden, erwerbswirtschaftlichen Verwendung vergleichbaren eigenwirtschaftlichen, vermö-

gensmäßig erfassbaren Einsatz der betreffenden Sache“ in Betracht und müsse „grundsätzlich Fällen vorbehalten bleiben, in denen die Funktionsstörung sich typischerweise als solche auf die materiale Grundlage der Lebenshaltung signifikant auswirkt“.¹³ Die Judikatur setzt strenge Maßstäbe an und will die Trennlinie zu den Nichtvermögensschäden (§ 253 BGB) aufrechterhalten:¹⁴ Es müssen Sachen sein, „deren ständige Verfügbarkeit für die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung typischerweise von zentraler Bedeutung ist“.¹⁵ Es komme auf eine fühlbare Gebrauchsbeeinträchtigung an,¹⁶ sodass sowohl die Nutzungsmöglichkeit als auch der Nutzungswille eine Rolle spielen.

D. Auswirkungen für die Praxis

Das vorliegende Urteil konkretisiert die bisherige Rechtsprechung zur Entschädigung bei einem Nutzungsausfall. Es ist aus der Feder des u.a. für das Werkvertragsrecht zuständigen VII. Zivilsenats. Ob sich der VI. Zivilsenat, der u.a. für Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche aus unerlaubten Handlungen sowie Unfällen zuständig ist, dieser Judikaturlinie anschließt, bleibt abzuwarten.

Nicht ausdrücklich geht aus dem Judikat hervor, wie der Fall bei einem gemischt genutzten Wirtschaftsgut (sog. dual use) zu lösen ist. Meines Erachtens ist der private Nutzungsanteil zu ermitteln. In diesem Verhältnis kann der Geschädigte eine abstrakte Nutzungsentschädigung verlangen, ohne eine konkrete Schadensberechnung vornehmen zu müssen. Anders verhält es sich für den gewerblichen Nutzungsanteil, für den die Grundsätze dieses Judikats eingreifen.

E. Bewertung

Im Ergebnis verfestigt die Entscheidung des VII. Zivilsenats „die gespaltene Lösung“ beim Nutzungsausfallschaden. Es kommt darauf an, ob das Wirtschaftsgut (in casu: das Fahr-

7 Zu einer nicht möglichen konkreten Bezifferung der Schadensauswirkung: BGH, Urt. v. 10.01.1978 - VI ZR 164/75 Rn. 18 f.

8 BGH, Urt. v. 06.12.2018 - VII ZR 285/17 Rn. 24.

9 Grundlegend: BGH, Beschl. v. 09.07.1986 - GSZ 1/86; dazu etwa kritisch Bitter, AcP 205 (2005), 743 ff.

10 BGH, Urt. v. 06.12.2018 - VII ZR 285/17 Rn. 31.

11 BGH, Urt. v. 06.12.2018 - VII ZR 285/17 Rn. 31 mit Rekurs auf Oetker in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl., § 249 Rn. 66.

12 Rüßmann in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 251 BGB Rn. 13.

13 BGH, Urt. v. 23.01.2018 - VI ZR 57/17 Rn. 5 m.w.N. Siehe etwa zum Ausfall des Internets als Vermögensschaden: BGH, Urt. v. 24.01.2013 - III ZR 98/12 Rn. 9 ff.

14 Zur Abgrenzung zur sog. individuellen Genussminderung: BGH, Urt. v. 24.01.2013 - III ZR 98/12 Rn. 10.

15 BGH, Urt. v. 23.01.2018 - VI ZR 57/17 Rn. 5 m.w.N.

16 BGH, Urt. v. 20.02.2014 - VII ZR 172/13 Rn. 17.

zeug) gewerblich oder privat genutzt wird. Die Argumentation, die die Historie der Rechtsprechungsentwicklung einbezieht und maßgeblich auf § 252 BGB rekurriert, ist nachvollziehbar und stimmig, wenn man den Ausgangspunkt dieser Judikaturlinie billigt.

Das Thema ist eine dogmatische Delikatesse. Es wird durch ein Vergleichs-, Transfer- und Analogiedenken geprägt.¹⁷ Nach dem BGH „besteht kein Anlass, die Gebrauchsentbehrung eines ausschließlich gewerblich genutzten Fahrzeugs genauso zu behandeln wie die eines eigenwirtschaftlich genutzten Fahrzeugs“.¹⁸ Diese Rechtsprechung könne „nicht übertragen werden“.¹⁹ Wegen § 252 BGB sei „für eine ‚Ergänzung des Rechts‘ schon mangels Regelungslücke kein Raum“.²⁰

Dennoch ist es merkwürdig, dass bei ein und demselben Fahrzeug und bei ein und demselben Schaden sich die Schadensberechnung unterscheiden kann, nur weil die Nutzung eine andere ist. Besonders deutlich und augenfällig ist dies bei einem gemischt-genutzten Wirtschaftsgut.

Auch hängt diese Rechtsprechung davon ab, ob der Geschädigte die wirtschaftlichen Auswirkungen konkret beziffern kann. Ob und inwieweit dem Geschädigten im verneinenden Fall anstelle des entgangenen Gewinns eine (abstrakte) Nutzungsausfallentschädigung zugebilligt werden kann, wird vom VII. Zivilsenat in diesem Urteil (zu Recht) offengelassen.²¹ Es bleibt damit abzuwarten, welche Anforderungen der BGH an die Berechnung einer solchen Entschädigung stellen wird, insbesondere ob sich auf diese Fälle die Judikatur zu eigenwirtschaftlich genutzten Wirtschaftsgütern übertragen lässt.

17 Siehe etwa zu einer auf Analogie beruhenden Lösungsmethode: Flessner, JZ 1987, 271.

18 BGH, Urt. v. 06.12.2018 - VII ZR 285/17 Rn. 29.

19 BGH, Urt. v. 06.12.2018 - VII ZR 285/17 Rn. 31.

20 BGH, Urt. v. 06.12.2018 - VII ZR 285/17 Rn. 31.

21 BGH, Urt. v. 06.12.2018 - VII ZR 285/17 Rn. 26.

Sanierungspflichten in einem „total renovierten“ Altbau treffen alle Wohnungseigentümer – uneingeschränkt!?

BGH, Urt. v. 04.05.2018 - V ZR 203/17

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

A. Problemstellung

In der hier besprochenen Entscheidung hatte sich der BGH mit der Frage zu beschäftigen, ob Eigentümer, deren Wohnungs- oder Teileigentumseinheiten durch bauliche Mängel

im Bereich des Gemeinschaftseigentums beeinträchtigt sind, Sanierung dieser Mängel verlangen können.

Zudem hat sich der BGH mit der Frage befasst, ob ein ausdrücklich auf die Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer zu einem Beschlussantrag gerichteter Klageantrag als Antrag auf gerichtliche Beschlussersetzung gem. § 21 Abs. 8 WEG auszulegen ist. Im Rahmen dieses Beschlussersetzungsantrags äußert sich der BGH schließlich zu der vom Berufungsgericht aufgeworfenen Frage, ob entscheidungserheblicher Zeitpunkt derjenige der Ablehnung des Beschlussantrags durch die Wohnungseigentümerversammlung ist oder der Anspruch in der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung bestehen muss.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Parteien bilden eine Wohnungseigentümergeinschaft. Das 1890 errichtete Gebäude wurde 1986 in Wohnungs- und Teileigentum aufgeteilt. In der Vorbemerkung zu der Teilungserklärung heißt es: „Auf dem vorgenannten Grundbesitz befindet sich ein Gebäude aus dem Jahre 1890, total renoviert, mit 12 Wohnungen und 3 Teileigentumseinheiten [...]“ Die drei Teileigentumseinheiten der Kläger befinden sich im Souterrain des Gebäudes. Sie werden in der Teilungserklärung als „Laden“ (Nr. 1) und „Büro“ (Nr. 2 und 3) bezeichnet. Da die Wände der Teileigentumseinheiten im Souterrain Durchfeuchtungen aufweisen, holte die Wohnungseigentümerversammlung 2010 und 2011 zwei Gutachten ein. Danach liegt Ursache für die Schäden in einer fehlenden außenseitigen Sockelabdichtung, einer fehlenden Horizontalsperre und an im Mauerwerk eingelagerten Salzen. In der Eigentümerversammlung vom 31.03.2015 stellen die Kläger in den TOP 2a und 2b die Anträge, Feuchtigkeitschäden im Bereich des Souterrains auf der Grundlage der Empfehlungen aus den beiden Privatgutachten unter Beachtung allgemein anerkannter Regeln der Technik und des in der Teilungserklärung vorgesehenen Nutzungszwecks beseitigen zu lassen (TOP 2a) und die Instandsetzung gemäß den Empfehlungen der beiden Gutachten vorzunehmen (TOP 2b). Beide Anträge wurden mehrheitlich abgelehnt. Ferner beschloss die Wohnungseigentümerversammlung zu TOP 2f, ein weiteres Sachverständigengutachten zu alternativen Sanierungsmöglichkeiten für die Herstellung einer baualtersgemäßen Souterrainfläche einzuholen; dieses sollte u.a. klären, welche Souterrainabdichtung im Rahmen der Baualtersklasse geschuldet ist, und ob der Trocknungszustand der Baualtersklasse entspricht.

Erstinstanzlich haben die Kläger die Beschlüsse zu den TOP 2a, 2b und 2f angefochten und beantragt, die Beklagten zu verurteilen, den Beschlussanträgen zu TOP 2a und 2b zuzustimmen. Die gerichtliche Beschlussersetzung wurde

lediglich hilfsweise beantragt. Das Amtsgericht hat den zu TOP 2f gefassten Beschluss für ungültig erklärt und die Klage im Übrigen abgewiesen.

Das Landgericht hat der Berufung der Kläger stattgegeben, die Beschlüsse zu den TOP 2a und 2b für ungültig erklärt und die Beklagten verurteilt, beiden Anträgen zuzustimmen. Die auf TOP 2f bezogene Berufung der Beklagten hat es zurückgewiesen.

Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision wollten die Beklagten erreichen, dass die Klage insgesamt abgewiesen wird. Die Kläger haben die Zurückweisung der Revision beantragt. In seinem Urteil hat der BGH die Revision insgesamt zurückgewiesen, abweichend vom Berufungsurteil jedoch die Zustimmungserklärung der Beklagten zu den Beschlussanträgen TOP 2a und 2b ersetzt.

In seiner Urteilsbegründung stellt der BGH zunächst fest, dass die Anträge der Kläger hinsichtlich der Beschlüsse zu den TOP 2a und 2b trotz ihres Wortlauts, wonach die Beklagten zur Zustimmung zu den Beschlussanträgen verpflichtet werden sollen, dahin gehend auszulegen seien, dass das Gericht einen inhaltlich genau bestimmten Beschluss gem. § 21 Abs. 8 WEG ersetzen solle. Dies entspreche dem vom Kläger gewollten Ergebnis, da dieser dasjenige mit seiner Klage erreichen wolle, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig sei und daher der Interessenlage entspreche. Die Kläger wollten hier nicht die Verpflichtung zur Abgabe individueller Willenserklärungen erreichen, sondern direkt den Beschluss als Ergebnis der kollektiven Willensbildung der Eigentümer herbeiführen. Hierfür schaffe § 21 Abs. 8 WEG direkt die Möglichkeit eines Gestaltungsurteils, um diesem Begehren zu entsprechen. An einer bisher teilweise anders vertretenen Auffassung¹ hält der Senat ausdrücklich nicht mehr fest.

Inhaltlich stellt der BGH hinsichtlich der Ersetzung des Beschlussantrags zu TOP 2a Folgendes fest. Voraussetzung für die Begründetheit sei, dass die Kläger die Sanierung der Feuchtigkeitsschäden verlangen könnten. Dies könne sich aus dem Recht aus § 21 Abs. 4 WEG ergeben, wonach jeder Eigentümer eine ordnungsgemäße Verwaltung verlangen könne. Dazu zähle gem. § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG auch die ordnungsgemäße Instandhaltung und Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums. Hierbei sei zwar grds. das Gebot der Wirtschaftlichkeit zu beachten, sodass Kosten und Nutzen der Instandhaltungsmaßnahme abzuwägen seien. Sofern die sofortige Instandsetzung aber zwingend erforderlich sei, entspreche nur deren Vornahme dem billigen Ermessen i.S.d. § 21 Abs. 4 WEG.

Der BGH legt sodann fest, wann eine sofortige Instandsetzung zwingend erforderlich sei. Hierzu müsse geklärt werden, wie das Gemeinschaftseigentum beschaffen sein müs-

se, was sich primär aus den Vorgaben der Teilungserklärung und der Gemeinschaftsordnung ergebe. Das Gemeinschaftseigentum müsse sich in einem solchen Zustand befinden, dass das Sondereigentum in der Weise genutzt werden könne, wie es die Gemeinschaftsordnung vorsehe. Dies sei bei gravierenden baulichen Mängeln nicht der Fall. Bei starker Durchfeuchtung der Außen- und Innenwände sei die zweckentsprechende Nutzung als Aufenthaltsraum für Menschen aufgrund der Auswirkungen auf die Gesundheit und den Wohnkomfort erheblich beeinträchtigt, auch wenn es sich nicht um Wohnungs-, sondern um Teileigentumseinheiten handle. Der Einwand der Revision, die Feuchtigkeit sei baualtersgemäß und daher unbeachtlich, ist nach Ansicht des BGH unbeachtlich. Entsprechend sei nach Ansicht des BGH die Bezeichnung „total renoviert“ in der Vorbemerkung zur Teilungserklärung für die Bestimmung, ob eine Instandsetzung erforderlich ist, entgegen den Ausführungen des Berufungsgerichts bedeutungslos.

Nach Ansicht des BGH ist den Beklagten die Sanierung auch zuzumuten. Gem. § 21 Abs. 4 WEG i.V.m. Abs. 5 Nr. 2 WEG könne jeder Wohnungseigentümer von den übrigen Mitgliedern der Wohnungseigentümergeinschaft grds. verlangen, dass das Gemeinschaftseigentum plangerecht hergestellt werde. Der Anspruch auf erstmalige Herstellung eines den Plänen entsprechenden Zustands werde dabei durch den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) begrenzt und entfalle daher, wenn seine Erfüllung den übrigen Eigentümern im Einzelfall nicht zuzumuten sei. Im Fall gravierender baulicher Mängel des gemeinschaftlichen Eigentums, die die Nutzung des Sondereigentums zum vereinbarten Zweck erheblich beeinträchtigen, können sich aber die Eigentümer nicht darauf berufen, dass ihnen die Kosten der Sanierung nicht zuzumuten seien.

Im Hinblick auf die Ersetzung des Beschlussantrags zu TOP 2b, wonach die Instandsetzung nach den Empfehlungen der Gutachten zu erfolgen habe, folgt der BGH der Auffassung des Berufungsgerichts, wonach nur diese Art der Sanierung einer ordnungsgemäßen Verwaltung entspreche.

Auch bezüglich der mit der Revision angegriffenen Beschlussanfechtungsklage hinsichtlich des Antrags in TOP 2f teilt der BGH die Auffassung des Berufungsgerichts. Aufgrund der beiden Privatgutachten hätten die Wohnungseigentümer bereits zum Zeitpunkt ihrer Beschlussfassung am 31.03.2015 über ausreichende Erkenntnisse verfügt, um über die übrigen Anträge entscheiden zu können. Daher lässt der BGH die Frage, ob es bei der Beschlussanfechtungsklage für die Beurteilung der Ordnungsmäßigkeit der Beschlussfassung auf den Kenntnisstand der Wohnungseigentümer im

¹ Vgl. etwa BGH, Urt. v. 02.03.2012 - V ZR 174/11 Rn. 11.

Zeitpunkt der Eigentümerversammlung oder den im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ankommt, offen. Die Einholung eines dritten Privatgutachtens diene daher, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, lediglich dazu, die gebotene Sanierung weiter zu verzögern und sei damit nicht als ordnungsgemäße Verwaltung anzusehen.

C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung des BGH ist in mehrfacher Hinsicht interessant.

So stellt der BGH materiell-rechtlich klar, dass alle Wohnungseigentümer für die Kosten der Beseitigung von Schäden am Gemeinschaftseigentum aufkommen müssen und nicht von einer „trockenen Lage“ in den höher gelegenen Stockwerken profitieren oder ihr Eigentum nicht in der Nähe des Schadens liegt. Die Instandspflicht aller Wohnungseigentümer wird auch nicht wegen unverhältnismäßig hoher Kosten entfallen, da die Obergrenze des § 22 Abs. 2 WEG sich lediglich auf Modernisierungen bezieht. Die Instandhaltungspflicht besteht folglich (wohl) unbeschränkt.

Die Entscheidung legt den Antrag der Kläger ferner sehr großzügig im Sinne der Prozessökonomie aus, indem der ausdrücklich auf Abgabe einer Willenserklärung gerichtete Antrag dahingehend interpretiert wird, dass eine Beschlussersetzung nach § 21 Abs. 8 WEG begehrt wird. Dies hatte das Gericht zuvor noch teilweise anders vertreten.

Schließlich äußert sich der BGH zu dem allgemeinen Grundsatz zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt. Dabei setzt er sich aber mit der Überlegung des Berufungsgerichts auseinander, ob der entscheidungserhebliche Zeitpunkt für die Bestimmung des Bestehens des geltend gemachten Anspruchs möglicherweise bereits der Zeitpunkt der Beschlussfassung durch die Wohnungseigentümerversammlung sein könne. Dieser Überlegung erteilt der BGH jedoch eine Absage und bestimmt auch bei der Beschlussersetzungsklage nach § 21 Abs. 8 WEG den entscheidungserheblichen Zeitpunkt nach den allgemeinen prozessualen Regeln, wonach es darauf ankommt, ob der geltend gemachte Anspruch im Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung besteht.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung führt Wohnungseigentümern vor Augen, dass die Instandhaltungspflicht für das Gemeinschaftseigentum sehr weitreichend ist und sich hierdurch erhebliche Kosten ergeben können. Versuchen Wohnungseigentümer, die von Sanierungsmaßnahmen aufgrund ihrer Lage in dem Objekt nicht unmittelbar betroffen sind, auf „Zeit zu spielen“, kann dies die Kosten weiter in die Höhe treiben. Verwalter von Wohnungseigentümergeinschaften soll-

ten daher stets auf die Risiken hinweisen, die damit verbunden sind, dass Wohnungseigentümergeinschaften bekannte Sanierungsmaßnahmen immer wieder verzögern. Insbesondere die Wohnungseigentümer, die nicht unmittelbar betroffen sind, können so vielleicht zum Einlenken bewegt werden.

Die Entscheidung bringt aber auch der anwaltlichen und gerichtlichen Praxis Klarheit im Hinblick auf die (uneingeschränkte) Instandspflicht aller Wohnungseigentümer bei Sanierungsmaßnahmen. Ferner stellt der BGH nunmehr wohl endgültig klar, dass § 21 Abs. 8 WEG direkt die Möglichkeit eines Gestaltungsurteils gibt. Dies trägt zu mehr Rechtssicherheit bei und gibt der anwaltlichen Praxis klare Handlungsanweisungen an die Hand.

E. Bewertung

Die Entscheidung des BGH ist nachvollziehbar und aufgrund der getroffenen Klarstellungen materiell-rechtlich und prozessual grds. zu begrüßen.

Unglücklich ist jedoch der Umstand, dass der BGH offengelassen hat, ob die Instandspflicht, die erhebliche Ausmaße für einzelne Wohnungseigentümer mit sich bringen kann, auch dann gilt, wenn Wohnungseigentümer nicht vermögend oder liquide sind und das Wohnungseigentum das wesentliche Vermögen darstellt. Zwar hatte sich der BGH hierzu bereits 2014² dahin gehend geäußert, dass es grds. keine Härtefallregelung geben kann. Eine nochmalige Klarstellung bzw. Einschränkung wäre dennoch wünschenswert gewesen.

² BGH, Urt. v. 17.10.2014 - V ZR 9/14.

Lauterkeitsrechtliche Zulässigkeit eines Werblockers mit entgeltlicher Whitelisting-Funktion

BGH, Urt. v. 19.04.2018 - I ZR 154/16

Prof. Dr. Frank Weiler

A. Problemstellung

Werbung auf Internetseiten nervt. Werblocker-Software schafft Abhilfe, indem sie Werbung ausblendet. Indes: Für viele Medienunternehmen, die ihre redaktionellen Inhalte ohne Entgelt zur Verfügung stellen, ist die Schaltung von Werbung auf ihrer Seite die wesentliche Einnahmequelle. Die Höhe der Werbeeinnahmen hängt wesentlich davon ab, wie häufig eine Anzeige eingeblendet wird oder wie viele

Nutzer auf sie klicken. Werbeblocker beeinträchtigen daher ein weitverbreitetes Geschäftsmodell. Aber: Ein Teil der Anbieter von Werbeblockern offeriert selbst einen Ausweg, nämlich die Möglichkeit, Werbung durch Zahlung eines Entgelts von der Blockade ausnehmen zu lassen (sog. Whitelisting-Funktion). Erst blockieren und dann gegen Entgelt die Aufhebung der Blockade anbieten – diese Vorgehensweise wirft u.a. die Frage nach der lauterkeitsrechtlichen Zulässigkeit auf.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Die Klägerin, ein Verlag, stellt ihre redaktionellen Inhalte kostenlos, aber werbefinanziert im Internet zur Verfügung. Beim Aufruf ihrer Seiten lädt der Internetbrowser des Nutzers die redaktionellen Inhalte von einem Content-Server der Klägerin und die Werbeanzeigen von einem Ad-Server. Diesen Abruf der Werbung verhindert eine kostenlose, von der Beklagten vertriebene Software, die nach bestimmten Filterregeln (sog. Blacklist) arbeitet. Die Beklagte bietet Unternehmen an, sich von der Blockade durch Aufnahme in eine sog. Whitelist ausnehmen zu lassen, sofern es sich um „akzeptable Werbung“ handelt und eine Umsatzbeteiligung erfolgt. Die Klägerin verlangt Unterlassung.

II. Anders als die Vorinstanz¹ wies der BGH die Klage ab.² Das Angebot eines Werbeblockers mit Whitelisting-Funktion sei weder eine gezielte Mitbewerberbehinderung (§ 4 Nr. 4 UWG) noch eine allgemeine Marktstörung (§ 3 Abs. 1 UWG) und stelle auch keine aggressive geschäftliche Handlung (§ 4a Abs. 1 UWG) dar.

III. Für das für die Mitbewerbereignschaft erforderliche konkrete Wettbewerbsverhältnis (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG) genügt es nach der Rechtsprechung schon, dass zwischen den Vorteilen der Handlung der einen und den Nachteilen der anderen Partei eine Wechselwirkung dahin gehend besteht, dass eigener Wettbewerb gefördert und fremder Wettbewerb beeinträchtigt wird.³ Das bejaht der BGH mit der Erwägung, dass Klägerin und Beklagte sich mit ihrem Angebot an den gleichen Abnehmerkreis richten, nämlich Nutzer redaktioneller, werbefinanzierter Gratisangebote und die Leistung der Beklagten das Angebot der Klägerin beeinträchtigt.⁴ Dass die Klägerin auch Nachfragerin der Whitelisting-Funktion sein könne, ändere nichts an ihrer Mitbewerberstellung, da die Geltendmachung einer wettbewerblichen Behinderung auch möglich sein müsse, wenn der Behinderer eine Dienstleistung anbiete, die zur Beseitigung der Behinderung führe.

IV. Die Beklagte bietet den Werbeblocker mit der vorinstanzlierten Blacklist kostenlos an. Sie war der Ansicht, dabei handele es sich nicht um eine geschäftliche Handlung (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG), da es sich um ein nicht-kommerzielles

Angebot handele. Eine Aufspaltung in ein entgeltliches (Whitelist) und unentgeltliches Angebot (Blacklist) weist der BGH jedoch zurück.⁵ Es handele sich um ein einheitliches, der Absatzförderung dienendes Geschäftsmodell, in dem die entgeltliche Dienstleistung nur abgesetzt werden könne, wenn zuvor die unentgeltlich abgegebene Blacklisting-Funktion zum Einsatz komme; letztere diene trotz Unentgeltlichkeit der Förderung der gewerblichen Tätigkeit.

V. Eine gezielte Behinderung (§ 4 Nr. 4 UWG) erfordert neben der Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeit das Hinzutreten weiterer, die Unlauterkeit begründender Umstände.⁶ So liegt es, wenn das Verhalten bei objektiver Würdigung nicht in erster Linie auf die Förderung der eigenen wettbewerblichen Entfaltung, sondern auf die Beeinträchtigung der Entfaltungsmöglichkeiten des Mitbewerbers gerichtet ist.⁷ Diese Zielrichtung wird vom BGH verneint, weil die Software wegen der Whitelisting-Funktion die Möglichkeit, Werbeeinnahmen zu erzielen, nicht verhindere.⁸ Tatsächlich setzt das Geschäftsmodell der Beklagten gerade voraus, dass es werbefinanzierte redaktionelle Angebote gibt; andernfalls ist die Whitelisting-Funktion wertlos. In der Entgeltlichkeit dieser Funktion sieht der BGH lediglich einen Beleg für das im Vordergrund stehende eigenwirtschaftliche Interesse.

Eine zur Unlauterkeit führende unmittelbare Einwirkung auf das Produkt der Beklagten sei nicht gegeben. Dafür fehle es schon an der notwendigen direkten Einwirkung durch die Beklagte, da es zur Blockade erst infolge des Nutzerverhaltens (Installation und Benutzung des Werbeblockers) komme.⁹ Dabei spiele es keine Rolle, ob die Nutzer ohne die Software aufgrund komplexer technischer Schwierigkeiten das gleiche Ergebnis nicht ohne Weiteres erzielen könnten, da die Bereitstellung auch bei technisch anspruchsvollen Produkten nicht genüge.

Eine mittelbare Beeinträchtigung liege ebenfalls nicht vor.¹⁰ Von der Klägerin vorgebrachte urheberrechtliche Belange

1 OLG Köln, Ur. v. 26.06.2016 - 6 U 149/15 - „Adblock Plus“.

2 Ebenso OLG Hamburg, Ur. v. 15.03.2018 - 5 U 152/15; OLG München, Ur. v. 17.08.2017 - U 2225/15 Kart - „Whitelisting I“; OLG München, Ur. v. 17.08.2017 - U 2184/15 Kart - „Whitelisting II“; OLG München, Ur. v. 17.08.2017 - 29 U 1917/16 - „Whitelisting III“.

3 BGH, Ur. v. 10.04.2014 - I ZR 43/13 - „nickelfrei“ Rn. 32; BGH, Ur. v. 19.03.2015 - I ZR 94/13 - „Hotelbewertungsportal“ Rn. 19.

4 BGH, Ur. v. 19.04.2018 - I ZR 154/16 - „Werbeblocker II“ Rn. 18.

5 BGH, Ur. v. 19.04.2018 - I ZR 154/16 - „Werbeblocker II“ Rn. 21.

6 BGH, Ur. v. 19.04.2018 - I ZR 154/16 - „Werbeblocker II“ Rn. 23.

7 BGH, Ur. v. 11.01.2007 - I ZR 96/04 - „Außendienstmitarbeiter“ Rn. 23; BGH, Ur. v. 10.01.2008 - I ZR 38/05 - „AKADEMIKS“ Rn. 32.

8 BGH, Ur. v. 19.04.2018 - I ZR 154/16 - „Werbeblocker II“ Rn. 26.

9 BGH, Ur. v. 19.04.2018 - I ZR 154/16 - „Werbeblocker II“ Rn. 30.

10 BGH, Ur. v. 19.04.2018 - I ZR 154/16 - „Werbeblocker II“ Rn. 31 ff.

seien im Rahmen des § 4 Nr. 4 UWG nicht zu berücksichtigen, da sich dieser Tatbestand nach Schutzzweck, Voraussetzungen und Rechtsfolgen von den Sonderschutzrechten unterscheidet; im Übrigen fehle es nach den Feststellungen des Berufungsgerichts an einer gegen das Urheberrecht verstoßenden Nutzungshandlung. Auch eine Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Interessen der Marktbeteiligten und der Allgemeinheit sowie der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte ergebe keine mittelbare Produkteinwirkung.¹¹ Neben der Presse- und Berufsfreiheit der Klägerin und der Berufsfreiheit der Beklagten berücksichtigt der Senat auch das Interesse der Internetnutzer, vor aufdringlicher Werbung geschützt zu werden. Die Abwägung geht zulasten der Klägerin aus: Auch unter Berücksichtigung von Art. 5 Abs. 1 GG sei sie gehalten, sich zur Abwehr der vom Einsatz des Werbeblockers ausgehenden wettbewerblichen Beeinträchtigung eigener wettbewerblicher Mittel zu bedienen. Diese stünden ihr auch zur Verfügung, denn sie könne Nutzern von Werbeblockern den Zugriff auf ihr Angebot verwehren oder dieses nur noch gegen Entgelt zur Verfügung stellen. Der Werbeblocker diene als wettbewerbsimmanente Maßnahme dem Auswahlinteresse der Internetnutzer. Die Klägerin habe keinen Anspruch darauf, dass der Nutzer die Werbung zur Kenntnis nehme und keinen Werbeblocker einsetze, wenn sie keine technischen Schutzmaßnahmen gegen diese Software ergreife.

VI. Daran anknüpfend verneint der BGH auch eine von der Generalklausel (§ 3 Abs. 1 UWG) erfasste allgemeine Marktstörung.¹² Es sei nicht erkennbar, dass wegen des Werbeblockers jegliches Angebot werbefinanzierter redaktioneller Inhalte im Internet vom Markt verdrängt werden könnte. Die Klägerin müsse sich den Herausforderungen des Wettbewerbs stellen; es sei nicht Aufgabe des Lauterkeitsrechts, bestehende wettbewerbliche Strukturen zu bewahren und wirtschaftlichen Entwicklungen entgegenzusteuern, in denen die bisherigen Marktteilnehmer eine Bedrohung ihres Kundenstamms erblicken.

VII. Das Berufungsgericht hatte im Angebot eines Werbeblockers mit Whitelisting-Funktion eine aggressive geschäftliche Handlung in Form der unzulässigen Beeinflussung (§ 4a Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Nr. 3 UWG) gesehen. Dem folgt der BGH, der wie das Berufungsgericht nicht die Klägerin, sondern die werbewilligen Unternehmen als Adressat der Handlung sieht, nicht.¹³ Zwar finde bei § 4a UWG keine Beschränkung der Klagebefugnis auf betroffene Mitbewerber statt. Auch verfüge die Beklagte wegen der Verbreitung ihrer Software (installiert auf 9,5 Mio. Geräten), des Abschlusses von Verträgen mit einigen Internetkonzernen (Google, Amazon, Yahoo) und des Umstands, dass die Whitelisting-Funktion voreingestellt sei, über eine Machtposition, wie sie nach § 4a Abs. 1 Satz 3 UWG für eine unzulässige Beeinflussung erforderlich ist. Es fehle aber jeden-

falls an dem von der Norm verlangten Ausnutzen der Machtposition in einer Weise, dass die Fähigkeit der werbewilligen Unternehmen, eine informierte Entscheidung zu treffen, wesentlich eingeschränkt werde. Durchschnittlich geschäftlich erfahrene Unternehmen würden durch die bloße Existenz des entgeltlichen Whitelisting nicht zu irrationalen Handlungen verleitet. Vielmehr sei zu erwarten, dass sie im Rahmen der wirtschaftlichen Entscheidungsfindung die zur Verfügung stehenden Optionen kaufmännisch betrachteten und abwögen. Keine Zustimmung fand auch die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte schaffe mit der Blacklist für die Klägerin ein Hindernis nichtvertraglicher Art i.S.d. § 4a Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 UWG. Abzustellen sei nach Wortlaut und Sinn der Norm allein darauf, ob die sonstigen Marktteilnehmer, also die werbewilligen Unternehmen, an der Vertragserfüllung gehindert werden; dies sei jedoch nicht erkennbar.

C. Kontext der Entscheidung

I. Die Entscheidung setzt die 2004 mit der Entscheidung „Werbeblocker I“¹⁴ eingeschlagene Linie fort. Schon damals war der BGH bei der Mitbewerbereignenschaft ebenso großzügig, wie er streng bei der Anwendung des Behinderungstatbestands und der Prüfung einer allgemeinen Marktstörung war. Erneut stellt der Senat bei § 4 Nr. 4 UWG den Nutzer als letztlich autonom entscheidenden Marktakteur in den Mittelpunkt, der erst mit dem Einsatz der Software die Klägerin beeinträchtigt. Dabei geht der BGH einen zeitgemäßen Schritt weiter. Während die sog. Fernseh-Fee, um die es in „Werbeblocker I“ ging, dem Nutzer nur die Aufgabe abnahm, auf ein anderes Programm umzuschalten, leistet der Werbeblocker etwas, was der durchschnittliche Internetnutzer aufgrund mangelnder technischer Kenntnisse und Fähigkeiten nicht selbst bewerkstelligen kann. Zu Recht sieht der BGH darin keinen Grund zu einer abweichenden Bewertung. Die Software stellt vielmehr eine Art „Waffengleichheit“ her zwischen Medienunternehmen, die sich die technisch komplexen Werbemöglichkeiten im Internet zunutze machen und den Nutzern, die sich weder im Fernsehen noch im Internet Werbung aufdrängen lassen wollen.

II. Die seit der „Werbeblocker I“-Entscheidung vollzogenen Änderungen des UWG führen aber auch zu neuen Aspekten. Die Subsumtion des Angebots unter den Begriff der geschäftlichen Handlung (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG) ist für die

11 BGH, Urt. v. 19.04.2018 - I ZR 154/16 - „Werbeblocker II“ Rn. 35 ff.

12 BGH, Urt. v. 19.04.2018 - I ZR 154/16 - „Werbeblocker II“ Rn. 42 ff.

13 BGH, Urt. v. 19.04.2018 - I ZR 154/16 - „Werbeblocker II“ Rn. 49 ff.

14 BGH, Urt. v. 24.06.2004 - I ZR 26/02 - „Werbeblocker I“.

Internetökonomie von einiger Bedeutung. Denn die Finanzierung eines für Nutzer kostenlosen Angebots durch die Tätigkeit auf einem anderen Markt (z.B. Werbung, Daten) ist ein gängiges Geschäftsmodell. Bei einem Handeln auf mehrseitigen Märkten stehen alle Komponenten, auch die unentgeltlichen, mit der Absatzförderung in einem objektiven Zusammenhang, sind also geschäftliche Handlung; eine Aufspaltung in entgeltliche und unentgeltliche Bestandteile ist nicht möglich. Das bedeutet aber nicht, dass unentgeltliche Handlungen stets dem Lauterkeitsrecht unterfallen sollen. Weiter offenbleibt daher, ob das Angebot eines unentgeltlichen Werbeblockers, der über keine oder nur eine unentgeltliche Whitelisting-Funktion verfügt, eine geschäftliche Handlung ist.¹⁵

Vor allem für den erst 2015 eingeführten § 4a UWG bringt die Entscheidung einige Klärungen: Die Rechtslage ist im Vergleich zu jener, wie sie unter der Geltung des richtlinienkonform ausgelegten § 4 Nr. 1 UWG 2008 bestand, durch die Neuregelung unverändert geblieben, weshalb sie auch weiterhin nicht nur im B2C-, sondern auch im B2B-Verhältnis richtlinienkonform auszulegen ist.¹⁶ Die Klagebefugnis der Mitbewerber (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG) gilt auch für Verstöße gegen § 4a UWG, obwohl die Norm nur dem Schutz der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer dient. Eine Machtposition i.S.d. § 4a Abs. 1 Satz 3 UWG erfordert eine situativ oder strukturell überlegene Stellung, die auch aus einer wirtschaftlichen Überlegenheit folgen kann.¹⁷ Besonders hervorzuheben sind die Äußerungen zur wesentlichen Einschränkung der Fähigkeit sonstiger Marktteilnehmer zu einer informierten Entscheidung. Die Feststellung, Unternehmen würden im Rahmen der wirtschaftlichen Entscheidungsfindung die zur Verfügung stehenden Optionen kaufmännisch betrachten und abwägen,¹⁸ weist über den Einzelfall hinaus. Sie ist verallgemeinerungsfähig, weil das hier angewandte normative Kriterium des kaufmännischen Verhaltens auch für andere wirtschaftliche Entscheidungen passt. Im B2B-Vertikalverhältnis gilt damit ein deutlich strengerer Maßstab als im B2C-Verhältnis.

D. Auswirkungen für die Praxis

Mit der Entscheidung ist die grundsätzliche lauterkeitsrechtliche Zulässigkeit des Angebots eines Werbeblockers, der den Zugriff auf Daten eines Ad-Servers verhindert und eine entgeltliche Whitelisting-Funktion bietet, geklärt. Offen ist aber noch die urheber- und kartellrechtliche Zulässigkeit.¹⁹ Eine Entscheidung des OLG München²⁰ wird dem BGH Gelegenheit zur Stellungnahme geben.²¹ Auf das Urheberrecht sollten Medienunternehmen aber keine große Hoffnung setzen, denn der BGH hat die Einschätzung des Berufungsgerichts, es fehle an einer urheberrechtsverletzenden Nutzungshandlung, gebilligt.²² Bis zu einer Klärung

der noch offenen Fragen und ggf. einer Entscheidung des BVerfG sind die Medienunternehmen aufgefordert, eine wirtschaftliche Entscheidung zu treffen. Wenn sie ihre Werbebeeinträchtigungen nicht mit Anbietern von Werbeblockern teilen wollen, bleiben verschiedene Möglichkeiten wie die Errichtung einer Bezahlschranke, eine Aussperrung von Nutzern mit aktiviertem Werbeblocker oder die Einrichtung technischer Schutzmaßnahmen, die Werbeblockern die Arbeit erschweren oder unmöglich machen. Gegen eine Umgehung solcher Schutzmaßnahmen könnte dann auch § 4 Nr. 4 UWG Schutz bieten.²³

E. Bewertung

Die Entscheidung verdient Zustimmung. Sie zeigt in aller Deutlichkeit, dass die Bewahrung von Marktstrukturen und Geschäftsmodellen nicht Aufgabe des Lauterkeitsrechts ist und disruptive Innovationen nicht allein wegen ihrer beeinträchtigenden Wirkung auf Mitbewerber verboten werden können. Das gilt auch für Medienunternehmen, die unter besonderem grundrechtlichem Schutz stehen. Überzeugend ist auch die Feststellung, die werbewilligen Unternehmen würden in ihrer Fähigkeit zu einer informierten Entscheidung nicht wesentlich eingeschränkt. Das gilt im Übrigen auch für die Medienunternehmen. Auch wenn sie im Hinblick auf die Whitelisting-Funktion durchaus nicht nur Mitbewerber, sondern auch sonstige Marktteilnehmer sind und sich eine Anwendbarkeit des § 4a Abs. 1 UWG daher durchaus begründen ließe,²⁴ bleibt es doch dabei, dass sie angesichts der aufgezeigten Möglichkeiten trotz der Bedrohung ihres Geschäftsmodells in der Lage bleiben, eine kaufmännische Entscheidung zu treffen. Dass einige Unternehmen sich nach der BGH-Entscheidung dazu entschlossen haben, Nutzer mit aktiviertem Werbeblocker auszusperrern, belegt dies nur. Kritik-

15 Verneinend OLG Hamburg, Urt. v. 15.03.2018 - 5 U 152/15 Rn. 107; OLG München, Urt. v. 17.08.2017 - U 2225/15 Kart - „Whitelisting I“ Rn. 73; Köhler, WRP 2014, 1017, 1019; bejahend Fritzsche/Barth, WRP 2018, 1405, 1407.

16 BGH, Urt. v. 19.04.2018 - I ZR 154/16 - „Werbeblocker II“ Rn. 53 f.

17 BGH, Urt. v. 19.04.2018 - I ZR 154/16 - „Werbeblocker II“ Rn. 60.

18 BGH, Urt. v. 19.04.2018 - I ZR 154/16 - „Werbeblocker II“ Rn. 71.

19 Zum Urheberrecht Kreuzer, MMR 2018, 639 ff.; Kühn/Koch, CR 2018, 648 ff.; zum Kartellrecht Köhler, WRP 2014, 1017, 1022 ff.

20 OLG München, Urt. v. 17.08.2017 - U 2225/15 Kart - „Whitelisting I“.

21 Anhängig unter I ZR 158/17.

22 BGH, Urt. v. 19.04.2018 - I ZR 154/16 - „Werbeblocker II“ Rn. 34; siehe auch BGH, Urt. v. 24.06.2004 - I ZR 26/02 - „Werbeblocker I“.

23 Vgl. BGH, Urt. v. 22.06.2011 - I ZR 159/10 - „Automobil-Onlinebörse“ Rn. 69 f.; BGH, Urt. v. 30.04.2014 - I ZR 224/12 - „Flugvermittlung im Internet“ Rn. 37; BGH, Urt. v. 12.01.2017 - I ZR 253/14 - „World of Warcraft II“ Rn. 68.

24 Glöckner, ZUM 2018, 844, 854; Raue, WRP 2017, 1363, 1364; Scherer, WRP 2019, 1, 5; a.A. Fritzsche, WRP 2016, 1036.

würdig sind indessen die arg knappen Ausführungen zur Machtposition des Softwareanbieters.²⁵ Die Verbreitungszahl von 9,5 Mio. sagt ohne Vergleichszahlen nichts über die Wirtschaftsmacht aus; ähnliches gilt für die Bereitschaft einiger Internetkonzerne, für die Whitelisting-Funktion zu zahlen. Viele Nutzer und zahlungswillige Großkunden belegen noch

keine wirtschaftliche Überlegenheit gegenüber Werbekunden, sondern allenfalls wirtschaftlichen Erfolg.

25 Alexander, NJW 2018, 3620, 3622; Fritzsche/Barth, WRP 2018, 1405, 1409; Hoeren/Brandenburg, MMR 2018, 821.

Arbeitsrecht

Das Ende der Vertrauensarbeitszeit? Das EuGH-Urteil zur Arbeitszeiterfassung

RA Dr. Ulrich Sittard und Wiss. Mit. Ilka Esser

A. Problemstellung

Die Entscheidung des EuGH vom 14.05.2019 (C-55/18) zur Arbeitszeiterfassung hat europaweit große Aufmerksamkeit erfahren – steht doch die vom EuGH statuierte Pflicht der Mitgliedstaaten, Arbeitgeber zu verpflichten, ein „objektives, verlässliches und zugängliches“ System einzurichten, mit dem die tägliche Arbeitszeit von Arbeitnehmern gemessen werden kann,¹ in klarem Widerspruch zur Tendenz eines immer flexibleren und mobilen Arbeitslebens.

Nach geltender Rechtslage in Deutschland sind Arbeitgeber gem. § 16 Abs. 2 ArbZG lediglich dazu verpflichtet, die über die zulässige tägliche Höchstarbeitszeit hinausgehenden Arbeitszeiten der Arbeitnehmer zu erfassen. Der EuGH hat mit seiner Entscheidung zu einem spanischen Fall nun indirekt klargestellt, dass diese Regelung nicht mit europarechtlichen Vorgaben vereinbar ist.

Die Entscheidung des EuGH hat aufgeregte Diskussionen über die Umsetzungserfordernisse und Folgen für das Arbeitsleben ausgelöst. Die Meinungen reichen dabei von „einer Zeitreise in die Vergangenheit“² durch eine Rückkehr zur Stechuhr bis hin zu „keinem wirklichen Handlungsbedarf“.³ Dieser Beitrag soll deshalb der Frage nachgehen, ob bzw. inwiefern gesetzliche Änderungen notwendig sind. Dabei soll auch darauf eingegangen werden, ob bzw. wie sich die vom EuGH geforderte Arbeitszeiterfassung mit der „Arbeit 4.0“⁴ und den damit einhergehenden flexiblen Arbeitsmodellen – wie z.B. der Vertrauensarbeitszeit – vereinbaren lässt. Bewirkt das Urteil – wie vom EuGH wohl bezweckt – einen Fortschritt für den Arbeitsschutz oder vielleicht sogar einen Rückschritt für die Flexibilisierung und damit insbesondere eine Einschränkung der Arbeitnehmer? Die Frage der Vereinbarkeit mit flexiblen Arbeitsmodellen wird hierfür ausschlaggebend sein.

B. Inhalt der Entscheidung

Mit einer Verbandsklage begehrte die spanische Arbeitnehmervereinigung CCOO die Feststellung, dass die beklagte Bank verpflichtet sei, ein System zur Erfassung der von ihren Mitarbeitern geleisteten täglichen Arbeitszeit einzurichten. Dies folge aus dem spanischen Arbeitnehmerstatut, ausgelegt im Lichte der Arbeitszeitrichtlinie, des Art. 31 Abs. 2 EUGrDRCh und einschlägiger Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation über die Arbeitszeit. Nach der Auslegung des Obersten Gerichts Spaniens verpflichtete das spanische Arbeitnehmerstatut Arbeitgeber lediglich, die von Arbeitnehmern geleisteten Überstunden aufzuzeichnen und die Aufstellung am jeweiligen Monatsende an die Arbeitnehmer und ihre Vertreter zu übermitteln. Der spanische Nationale Gerichtshof zweifelte an der Unionsrechtskonformität der Auslegung des spanischen Arbeitnehmerstatuts durch das Oberste Gericht und rief den EuGH mit der Frage an, ob ein gesetzliches System, das auf eine flächendeckende Erfassung der Arbeitszeit verzichtet, als geeignet angesehen werden kann, die Rechte aus der Richtlinie zu wahren.

Dies hat der EuGH verneint, und zwar mit der folgenden Begründung:

Einleitend wies der Gerichtshof darauf hin, dass das Recht eines jeden Arbeitnehmers auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit und auf tägliche wie wöchentliche Ruhezeiten nicht nur eine Regel des Sozialrechts der Union sei, sondern auch in Art. 31 Abs. 2 EUGrDRCh verbürgt sei. Die Bestim-

1 EuGH, Urt. v. 14.05.2019 - C-55/18 Rn. 60.

2 Handelsblatt online, 26.05.2019 (zuletzt abgerufen am 17.06.2019).

3 Handelsblatt online, 21.05.2019 (zuletzt abgerufen am 17.06.2019).

4 BMAS – Grünbuch Arbeiten 4.0.

mungen der Arbeitszeitrichtlinie, insbesondere Art. 3, 5 und 6b, konkretisierten dieses Grundrecht und seien daher in dessen Licht auszulegen. Sie dürften nicht auf Kosten der dem Arbeitnehmer nach dieser Richtlinie zustehenden Rechte restriktiv ausgelegt werden.

Daher sei die Richtlinie unter Beachtung des Grundrechts eines jeden Arbeitnehmers auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit und auf tägliche sowie wöchentliche Ruhezeiten auszulegen. Um die volle Wirksamkeit der Richtlinie sicherzustellen, müssten die Mitgliedstaaten jede Überschreitung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit verhindern und die Beachtung der Mindestruhezeiten gewährleisten. Hierfür müssten die Mitgliedstaaten die „erforderlichen Maßnahmen“ treffen. Selbst bei Einverständnis des betroffenen Arbeitnehmers dürfe nicht von den vorgeschriebenen Höchstarbeitszeiten und Ruhezeiten abgewichen werden.

Der EuGH wies darauf hin, dass der Arbeitnehmer als die schwächere Partei des Arbeitsvertrages anzusehen sei, weswegen verhindert werden müsse, dass der Arbeitgeber ihm eine Beschränkung seiner Rechte auferlegen könne. Aufgrund dieser schwächeren Position könne ein Arbeitnehmer davon abgeschreckt werden, seine Rechte gegenüber seinem Arbeitgeber ausdrücklich geltend zu machen, um nicht durch die Einforderung dieser Rechte Maßnahmen des Arbeitgebers ausgesetzt zu sein, die sich zu seinem Nachteil auf das Arbeitsverhältnis auswirken könnten.

Ohne ein System, welches die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit misst, könne weder die Zahl der vom Arbeitnehmer tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden noch die über die gewöhnliche Arbeitszeit hinausgehende Arbeitszeit objektiv und verlässlich ermittelt werden. Dadurch sei es für die Arbeitnehmer schwierig oder gar praktisch unmöglich, die ihnen durch Art. 31 Abs. 2 EUGrdRCh und die RL 2003/88 verliehenen Rechte durchzusetzen.

Eine nationale Regelung, die keine Verpflichtung zur Einführung eines solchen Systems vorsehe, sei daher nicht geeignet, die praktische Wirksamkeit der Arbeitnehmerrechte sicherzustellen. Die Verpflichtung, nur die geleisteten Überstunden zu erfassen, biete den Arbeitnehmern keinen ausreichenden Schutz, da die Einordnung als „Überstunden“ voraussetze, dass die Dauer der von dem jeweiligen Arbeitnehmer geleisteten Arbeitszeit bekannt sei. Auch andere Beweismittel für die geleistete Arbeitszeit (z.B. Zeugenaussagen, E-Mails, Untersuchungen von Mobiltelefonen oder Computern) oder innerstaatliche Ermittlungs- und Sanktionsbefugnisse bei Verstößen gegen Arbeitszeitregelungen seien nicht ausreichend, um die Einhaltung der Höchstarbeitszeiten zu gewährleisten.

Die Mitgliedstaaten müssten daher die Arbeitgeber verpflichten, ein „objektives, verlässliches und zugängliches System“ einzuführen, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.

C. Ausnahmen von der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung

Der EuGH stellte klar, dass es den Mitgliedstaaten obliege, die konkreten Modalitäten zur Umsetzung des Zeiterfassungssystems, insbesondere dessen Form, festzulegen. Dabei könnten sie die Besonderheiten des jeweiligen Tätigkeitsbereichs und die Eigenheiten bestimmter Unternehmen, namentlich ihre Größe, berücksichtigen.

Auch die zugrunde liegende Arbeitszeitrichtlinie sieht bereits Ausnahmen von der allgemeinen Pflicht zur Arbeitszeiterfassung vor:

Gem. Art. 17 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie dürfen die Mitgliedstaaten unter Beachtung der allgemeinen Grundsätze des Schutzes der Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer Ausnahmen von den Vorschriften zu Höchstarbeitszeiten und Ruhezeit vorsehen, wenn die Dauer der Arbeitszeit wegen besonderer Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht bemessen und/oder vorherbestimmt ist oder die Dauer der Arbeitszeit von den Arbeitnehmern selbst bestimmt werden kann.

Zusammenfassend lässt sich somit sagen: Die Mitgliedstaaten müssen alle erforderlichen Maßnahmen treffen, um die Beachtung der Mindestruhezeiten zu gewährleisten und um jede Überschreitung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit zu verhindern. Zu diesen erforderlichen Maßnahmen zählt eine Verpflichtung der Arbeitgeber, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzuführen, mit dem die von jedem Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann. Dabei obliegt es allerdings den Mitgliedstaaten selbst, die konkreten Modalitäten der Umsetzung eines solchen Systems – und damit einhergehend etwaige Ausnahmen – zu bestimmen. Dabei sind – was oft verkannt wird – die Ausnahmetatbestände in der Richtlinie sehr weit gefasst.

D. Geltende Rechtslage zur Arbeitszeiterfassung

Gem. § 3 Satz 1 ArbZG darf ein Arbeitnehmer i.d.R. werktags nicht mehr als acht Stunden arbeiten. Ausnahmsweise darf gem. § 3 Satz 2 ArbZG auch bis zu zehn Stunden gearbeitet werden, wenn innerhalb der nächsten sechs Monate durchschnittlich acht tägliche Arbeitsstunden nicht überschritten werden. Zudem muss gem. § 4 ArbZG nach spätestens sechs Stunden Arbeit eine Pause eingelegt werden und gem. § 5 ArbZG eine Ruhezeit zwischen zwei Arbeitsschichten von elf Stunden gewahrt werden.

Bislang sind Arbeitgeber gem. § 16 Abs. 2 ArbZG allerdings nur dazu verpflichtet, „die über die werktägliche Arbeitszeit des § 3 Satz 1 hinausgehende Arbeitszeit“ der Arbeitnehmer aufzuzeichnen. Diese Pflicht zur Aufzeichnung der Arbeitszeit kann wirksam auf die Arbeitnehmer übertragen werden.

Eine darüber hinausgehende Arbeitszeiterfassungspflicht ist bisher nur in vereinzelten Branchen üblich: Nach § 17 des MiLoG unterliegen Arbeitgeber einer gesetzlichen Verpflichtung zur Arbeitszeiterfassung, soweit Arbeitnehmer geringfügig beschäftigt werden oder in einem der in § 2a des SchwarzArbG genannten Wirtschaftsbereiche oder -zweige tätig sind.

Darüber hinaus hat der Betriebsrat gem. § 80 Abs. 2 BetrVG einen Auskunftsanspruch gegen den Arbeitgeber, der sich auf den Beginn und das Ende der werktäglichen Arbeitszeit bezieht.⁵ Hierdurch wird deutlich, dass sich der Arbeitgeber auch bisher nicht gänzlich der Pflicht zur Aufzeichnung der Arbeitszeit entziehen konnte.

E. Auswirkungen der Entscheidung

I. Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Umsetzung

Der Auftrag des EuGH geht zunächst an den deutschen Gesetzgeber: Der EuGH verpflichtet die Mitgliedstaaten, die „erforderlichen Maßnahmen“ zu ergreifen. Mit anderen Worten: Der deutsche Gesetzgeber ist nun in der Pflicht, entsprechende nationale Regelungen zu treffen, um die Richtlinie und den damit bezweckten Arbeitnehmerschutz umzusetzen. Dementsprechend wird in den bisher erschienenen Kommentierungen des EuGH-Urteils auch größtenteils die Ansicht vertreten, das Urteil entfalte erst dann eine Wirkung für deutsche Arbeitgeber, wenn es durch den deutschen Gesetzgeber umgesetzt wurde. Teilweise wird indes vertreten, das Urteil entfalte bereits gegenwärtig Wirkung für Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Begründet wird dies mit dem Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung nationalen Rechts.

II. Unionsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts?

Der EuGH selbst hat ausgeführt, die notwendige Anpassung könnte auch dadurch geschehen, dass die nationalen Regelungen höchstrichterlich entsprechend der Vorgaben des EuGH ausgelegt werden.⁶

Vor diesem Hintergrund wird diskutiert, ob man den europarechtlichen Vorgaben nicht bereits durch eine unionsrechtskonforme Auslegung des § 16 Abs. 2 ArbZG ausreichend gerecht werden könnte und sich dadurch die Notwendigkeit einer Gesetzesänderung erübrigte.

Wie erwähnt, muss gem. § 16 Abs. 2 ArbZG (nur) die „über die werktägliche Arbeitszeit des § 3 Satz 1 hinausgehende Arbeitszeit“ aufgezeichnet werden. Nun wird vereinzelt erwogen, die Passage „über die werktägliche Arbeitszeit des § 3 Satz 1 hinausgehende“ im Wege einschränkender Auslegung aus der Norm „herauszustreichen“. Alternativ könne § 16 Abs. 2 auch erweiternd ausgelegt werden.⁷ Hielte man § 16 Abs. 2 ArbZG für auslegungsfähig, bestünde aufgrund des Vorrangs der unionsrechtskonformen Auslegung⁸ demnach ab sofort eine Pflicht zur Arbeitszeiterfassung für alle Arbeitsverhältnisse. Eines konkretisierenden Tätigwerdens des Gesetzgebers bedürfte es dann nicht (mehr).

Einer unionsrechtskonformen Auslegung des § 16 Abs. 2 ArbZG steht allerdings unseres Erachtens der Wortlaut entgegen. Eine richtlinienkonforme Auslegung darf nicht zu einer nationalen Rechtsauslegung und Rechtsprechung *contra legem* führen.⁹ Die Rechtsprechung ist vielmehr nur verpflichtet, innerhalb der Grenzen nationaler Auslegungsmöglichkeiten diejenige zu wählen, welche am ehesten mit dem zugrunde liegenden europäischen Rechtsakt in Einklang steht. Eine darüber hinausgehende Auslegung ist der nationalen Rechtsprechung – insbesondere mit Blick auf Art. 20 Abs. 3 GG – versagt. Bezogen auf das Urteil des EuGH bedeutet dies, dass § 16 Abs. 2 ArbZG einer Pflicht zur Erfassung jeglicher Arbeitszeit schlicht nicht vorsieht und der Vorschrift eine derartige Pflicht unter keinen Umständen entnommen werden kann. Die Vorschrift beschränkt die Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit ausdrücklich auf die über die nach § 3 Satz 1 ArbZG zulässige tägliche Arbeitszeit von acht Stunden hinausgehende Arbeitszeit. Eine unionsrechtskonforme Auslegung wäre daher eindeutig „*contra legem*“ und kommt demnach nicht in Betracht.

III. Pflicht zur Arbeitszeiterfassung unmittelbar aus der Arbeitszeitrichtlinie oder Art. 31 EUGrDRCh?

Zu fragen ist, ob sich an diesem Ergebnis etwas aufgrund der vom EuGH statuierten Relevanz der EUGrDRCh ändert. Zur Begründung seiner Entscheidung führt der EuGH aus, die Pflicht zur Schaffung eines effektiven Systems zur Arbeitszeiterfassung folge nicht nur aus der Arbeitszeitrichtlinie, sondern auch aus Art. 31 Abs. 2 EUGrDRCh.¹⁰

Es bedarf daher einer Prüfung, ob entweder eine unmittelbare Anwendbarkeit der Arbeitszeitrichtlinie oder ein un-

5 BAG, Urt. v. 06.05.2003 - 1 ABR 13/02.

6 EuGH, Urt. v. 14.05.2019 - C-55/18 Rn. 69 ff.

7 Vgl. Ulber, NZA 2019, 677.

8 EuGH, Urt. v. 06.11.2018 - C-569/16, C-570/16 Rn. 65.

9 EuGH, Urt. v. 04.07.2006 - C-212/04.

10 EuGH, Urt. v. 14.05.2019 - C-55/18 Rn. 50, 56, 60, 71.

mittelbarer Anspruch der Arbeitnehmer aus Art. 31 Abs. 2 EUGrdRCh – aufgrund des Effektivitätsprinzips – bereits vor der Umsetzung durch die Mitgliedstaaten eine Pflicht der Arbeitgeber zur Arbeitszeiterfassung begründen.

Dies dürfte aus mehreren Gründen nicht der Fall sein:

1. Grds. gelten Richtlinien nicht unmittelbar für die Bürger und Unternehmen (Ausnahmen gelten für staatliche Arbeitgeber) in den Mitgliedstaaten. Vielmehr richten sich die Richtlinien gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV an die Mitgliedstaaten, welche zur Umsetzung verpflichtet sind und ihr nationales Recht an die Vorgaben der Richtlinie anpassen müssen. Ausnahmsweise kann es zu einer (zumindest vertikalen) unmittelbaren Anwendbarkeit einer Richtlinie kommen, wenn ein Mitgliedstaat die Richtlinie nicht oder nicht rechtzeitig oder unzureichend umsetzt. Weitere Voraussetzung einer solchen unmittelbaren Anwendbarkeit ist zudem, dass die Richtlinie inhaltlich unbedingte und hinreichend bestimmt ist.¹¹ Die Richtlinie muss vorbehaltlos anwendbar sein und darf keiner weiteren gestalterischen Maßnahme der Organe der Mitgliedstaaten bedürfen.

Aus der Arbeitszeitrictlinie lässt sich indes keine konkrete Vorgabe für ein Arbeitszeiterfassungssystem entnehmen. Es ist keinerlei Bestimmung enthalten, welche Arbeitgeber dazu verpflichtet, die Arbeitszeit ihrer Arbeitnehmer zu erfassen und aufzuzeichnen. Vielmehr handelt es sich bei der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung um eine vom EuGH abgeleitete „Begleitmaßnahme“, welche die Einhaltung der Höchstarbeitszeit gewährleisten soll. Auch die wiederholten Hinweise des EuGH auf die Gestaltungsspielräume der Mitgliedstaaten, insbesondere auf mögliche unterschiedliche Formen eines Systems unter Berücksichtigung der Besonderheiten und Tätigkeiten der Unternehmen, sprechen deutlich gegen eine inhaltlich unbedingte und hinreichend genaue Bestimmung.

Die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung ergibt sich demnach nicht schon unmittelbar aus der Arbeitszeitrictlinie.

2. Auch die EUGrdRCh entfaltet grds. keine unmittelbare Wirkung auf das Arbeitsverhältnis, sondern bindet gem. Art. 51 EUGrdRCh die Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Durchführung des Unionsrechts.

Gem. Art. 31 Abs. 2 EUGrdRCh hat jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer das Recht auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit, auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten sowie auf bezahlten Jahresurlaub.

Hinsichtlich des Urlaubsrechts hat der EuGH mittlerweile entschieden, dass Art. 31 Abs. 2 EUGrdRCh auch zwischen Privaten sog. Horizontalwirkung entfaltet.¹² Speziell in Bezug auf Art. 31 Abs. 2 der Charta hat der EuGH in dieser Entscheidung hervorgehoben, dass das Recht jedes Arbeit-

nehmers auf bezahlten Jahresurlaub schon seinem Wesen nach mit einer entsprechenden Pflicht des Arbeitgebers einhergehe, nämlich der Pflicht zur Gewährung bezahlten Jahresurlaubs. Daher könne das nationale Gericht erforderlichenfalls die nationale Regelung – falls diese nicht im Einklang mit Art. 31 Abs. 2 der EUGrdRCh stehe – unangewendet lassen, um „die volle Wirksamkeit des Unionsrechts“ zu gewährleisten.¹³

Die Ausführungen des EuGH ließen sich zwar teilweise auf die Arbeitszeitrictlinie und die arbeitszeitbezogenen Gewährleistungen in Art. 31 Abs. 2 EUGrdRCh übertragen. Das Ergebnis wäre allerdings konträr: Würde man § 16 Abs. 2 ArbZG als entgegenstehende Norm schlicht unangewendet lassen, fehlte es sodann – mangels anderweitiger positiver Regelung einer Arbeitszeiterfassungspflicht – immer noch bzw. erst recht an einer gesetzlichen Pflicht zur systemischen Erfassung, sodass sich auch durch die Unanwendbarkeit der Norm kein grundrechtskonformer Zustand herstellen lassen würde.

Ferner betont der EuGH in seinem aktuellen Urteil mehrmals, dass „die Mitgliedstaaten die Arbeitgeber verpflichten müssen“, um die praktische Wirksamkeit des in Art. 31 Abs. 2 EUGrdRCh verankerten Grundrechts zu gewährleisten. Würde der EuGH selbst von einem unmittelbaren Anspruch aus Art. 31 Abs. 2 EUGrdRCh ausgehen, wäre die praktische Wirksamkeit schon dadurch gewährleistet und die Verpflichtung der Mitgliedstaaten obsolet. Außerdem lässt sich auch hier wieder das Argument anführen, dass der EuGH den Mitgliedstaaten ausdrücklich Gestaltungsspielraum überlässt – bei einem unmittelbaren Anspruch aus der EUGrdRCh ließe sich dieser kaum umsetzen.

IV. Beweislastumkehr im Rahmen des Anspruchs auf Überstundenvergütung?

Eine weitere – bisher größtenteils noch unberücksichtigt gelassene – Folge der neuen EuGH-Entscheidung könnte sich für die Frage der Vergütungspflicht für Überstunden ergeben.

Nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG müssen Überstunden nur vergütet werden, sofern diese vom Arbeitgeber angeordnet oder ausdrücklich gebilligt wurden. Die Darlegungs- und Beweislast bezüglich der geleisteten Überstunden sowie bezüglich der Anordnung oder Billigung trifft den Arbeitnehmer.¹⁴ Arbeitnehmer, die im Prozess von ihrem

11 W. Schroeder in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 288 AEUV Rn. 91.

12 EuGH, Ur. v. 06.11.2018 - C-569/16.

13 EuGH, Ur. v. 06.11.2018 - C-569/16.

14 BAG, Ur. v. 10.04.2013 - 5 AZR 122/12.

Arbeitgeber die Bezahlung von Überstunden fordern, müssen somit darlegen, an welchen Tagen und zu welchen Tageszeiten sie über die übliche Arbeitszeit hinaus tätig geworden sind. Sie müssen eindeutig vortragen, ob die Überstunden vom Arbeitgeber angeordnet oder diese vom Arbeitgeber gebilligt wurden.¹⁵

Fraglich ist, ob es nach dem EuGH-Urteil Anlass gibt, diese Beweislastverteilung zu überdenken, und zwar in dem Sinne, dass der Arbeitgeber anhand von Aufzeichnungen für die Arbeitszeit die Beweislast zu tragen hat, dass keine Überstunden angefallen sind. Folgen könnte eine solche Verlagerung der Beweislast aus dem Grundsatz des „*effet utile*“, wonach die Anwendung des mitgliedstaatlichen Rechts die Wirksamkeit des Unionsrechts nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren darf.¹⁶

Schon auf den ersten Blick erscheint eine solche Beweislastumkehr indes problematisch, denn die Argumentation des EuGH stützt sich maßgeblich auf die Arbeitszeitrichtlinie. Diese zielt auf die Gewährleistung des Gesundheitsschutzes und der Sicherheit der Arbeitnehmer und betrifft damit die Dimension des Arbeitszeitrechts als öffentliches Gefahrenabwehrrecht.¹⁷ Die – hier in Rede stehende – Vergütung wird hingegen nicht durch die Arbeitszeitrichtlinie geregelt.¹⁸ Die Arbeitszeitrichtlinie findet – mit Ausnahme des in ihrem Art. 7 Abs. 1 geregelten besonderen Falls des bezahlten Jahresurlaubs – keine Anwendung auf die Vergütung der Arbeitnehmer.¹⁹ Gem. Art. 153 Abs. 5 AEUV liegt das Arbeitsentgelt auch außerhalb der Zuständigkeiten der Union. Vergütungsansprüche können daher regelmäßig nicht auf eine Verletzung der Vorgaben der Arbeitszeitrichtlinie gestützt werden.

Gleichwohl zeigt die Rechtsprechung des EuGH, dass die Arbeitszeitrichtlinie mittelbare Auswirkungen haben kann, wenn Vergütungsfragen im nationalen Recht mit der arbeitsschutzrechtlichen Einordnung als Arbeitszeit zusammen hängen.²⁰ Solche mittelbaren Auswirkungen der Arbeitszeitrichtlinie auf das Arbeitsentgelt sind nach h.M. auch mit Art. 153 Abs. 5 AEUV vereinbar, wonach das Europarecht die Vergütung der Arbeitnehmer grds. nicht regelt. Die fehlende Kompetenz des Europarechts für das Arbeitsentgelt bezieht sich danach lediglich auf Regelungen, die unmittelbar die Höhe des Entgelts festlegen, nicht aber auf Bestimmungen, die nur mittelbar auf diese einwirken.²¹ Daraus folgt: Wenn das nationale Recht im Bereich der Vergütung eine Abhängigkeit vom Arbeitszeitrecht im Sinne der Arbeitszeitrichtlinie schafft, basiert die Abhängigkeit auf einer autonomen Entscheidung des jeweiligen Mitgliedstaates, die dieser treffen kann, aber nicht muss.²² Mittelbare Auswirkungen der Arbeitszeitrichtlinie auf die Vergütung sind demnach grds. möglich.

Dennoch sprechen die deutlich besseren Argumente gegen einen Einfluss der EuGH-Entscheidung für die Frage der Überstundenvergütung. Eine unmittelbare Auswirkung auf die Beweislast scheidet bereits an der vorstehend beschriebenen Trennung zwischen der Arbeitszeit im Sinne der Arbeitszeitrichtlinie und der zu vergütenden Arbeitszeit. Ein Fall des Art. 7 RL 2003/88/EG, der unmittelbare Vergütungsansprüche regelt, liegt gerade nicht vor. Auch für mittelbare Auswirkungen gibt es keinen Anlass, da das nationale Recht der Bundesrepublik gerade keine „Abhängigkeit“ der Vergütungspflicht für Überstunden von der Arbeitszeit im Sinne der Arbeitszeitrichtlinie geschaffen hat. Im nationalen Recht besteht kein Zusammenhang zwischen der Vergütung und der arbeitsschutzrechtlichen Einordnung als Arbeitszeit: Das zeigt sich schon daran, dass obwohl Arbeitgeber nach derzeitiger Rechtslage gem. § 16 Abs. 2 ArbZG bereits zur Erfassung der Überstunden verpflichtet sind, das BAG die Beweislast im Rahmen des Anspruchs auf Überstundenvergütung bislang stets losgelöst von dieser Verpflichtung prüft und ausschließlich auf die ausdrückliche Anordnung oder Billigung der Überstunden abstellt.

Das Urteil des EuGH gibt mithin keinen Anlass, an der Beweislastverteilung im Rahmen der Überstundenvergütung anders zu beurteilen.

F. Das Ende der Vertrauensarbeitszeit durch eine Pflicht zur Stechuhr?

Wie anfangs erwähnt, wird teilweise die Befürchtung geäußert, das Urteil des EuGH läute das Ende der Vertrauensarbeitszeit ein und führe zurück zur Stechuhr.

Bei der Vertrauensarbeitszeit handelt es sich um ein Modell der Arbeitsorganisation, in dem der Arbeitnehmer selbst für die Gestaltung und die Erfassung der Arbeitszeit verantwortlich ist. Vertrauensarbeitszeit ist ein wesentlicher Bestandteil der „Arbeit 4.0.“ und ein in der Praxis wichtiger Bestandteil von Arbeitszeitflexibilität und Mobilität der Arbeitnehmer. Für die Vertrauensarbeitszeit ist es regelmä-

15 Preis in: Müller/Glöße/Preis/Schmidt, ErfK, 19. Aufl. 2019, § 611a BGB Rn. 492.

16 Ruffert in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 1 AEUV Rn. 22.

17 Ulber in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 7 Rn. 7.93.

18 Vgl. EuGH, Urt. v. 21.02.2018 - C-518/15.

19 EuGH, Urt. v. 26.07.2017 - C-175/16.

20 Vgl. EuGH, Urt. v. 21.02.2018 - C 518/15; Ulber in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, § 7 Rn. 7.93.

21 EuGH, Urt. v. 13.09.2007 - C-307/05 Rn. 43 ff.; Sagan in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, § 1 Rn. 1.61.

22 Ulber in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, § 7 Rn. 7.93.

Big charakteristisch, dass die Arbeitszeit entweder gar nicht oder allenfalls vom Arbeitnehmer selbst erfasst wird.

Ob das Urteil des EuGH nun das Ende dieser Vertrauensarbeitszeit bewirkt, hängt somit wesentlich von der Frage ab, ob eine flächendeckende Erfassung der Arbeitszeit erforderlich ist und ob der Arbeitgeber die Arbeitszeiterfassung (weiterhin) an die Arbeitnehmer delegieren kann.

Die Arbeitszeitrichtlinie sieht in Art. 17 die Möglichkeit vor, dass die Mitgliedstaaten von Vorgaben der Richtlinie abweichen können, wenn die Arbeitnehmer ihre Arbeitszeit selbst festlegen. Dies ist bei der Vertrauensarbeitszeit zumindest dann der Fall, wenn nicht nur die Lage, sondern auch die (tägliche) Länge der Arbeitszeit vom Arbeitnehmer bestimmt werden kann – der deutsche Gesetzgeber könnte folglich von den Ausnahmetatbeständen der Richtlinie weitgehenden Gebrauch machen, um Vertrauensarbeitszeit weiter zu ermöglichen.

Sollte dies im Rahmen der Umsetzung der EuGH-Entscheidung nicht geschehen, stellt sich die Frage, wie ein System der Arbeitszeiterfassung im Sinne der EuGH-Rechtsprechung aussehen muss. Der EuGH trifft insbesondere keine Aussage dazu, wem die Arbeitszeiterfassung obliegen soll. Entscheidend ist nach dem EuGH, dass der Arbeitgeber ein objektives, verlässliches und zugängliches System einrichten muss, mit dem die von jedem Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann. Kann ein solches objektives und verlässliches System auch in einer Delegation der Arbeitszeiterfassung an den Arbeitnehmer bestehen?

Der EuGH verlangt zunächst, dass die Erfassung der Arbeitszeit nach einem objektiven Maßstab erfolgen muss. Dies dürfte allerdings bereits dann der Fall sein, wenn Arbeitgeber ihren Arbeitnehmern ein System zur Verfügung stellen und eine Regelung zur Anwendung treffen. Die Erfassung der Arbeitszeit selbst – innerhalb des Systems – bleibt dann dem Arbeitnehmer überlassen. Für die Zulässigkeit einer Delegation der Arbeitszeiterfassung an die Arbeitnehmer spricht auch die Formulierung des EuGH, wonach Arbeitgeber ein „objektives, verlässliches und zugängliches System einführen (müssen), mit dem die Arbeitszeit erfasst werden kann“; der Gerichtshof verlangt nur ein System, das die Erfassung der Arbeitszeit ermöglicht und schreibt nicht die objektive durch den Arbeitgeber gesteuerte Messung der Arbeitszeit vor. Auch vor dem Hintergrund des Richtlinienzwecks – Sicherheit und Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer – spricht nichts dagegen, dass die Arbeitszeiten (weiterhin) von den Arbeitnehmern selbst erfasst werden können.

Diese Überlegung wird durch einen Vergleich mit dem MiLoG bestätigt: Auch im Mindestlohnrecht (hier existiert bereits eine Pflicht zur vollständigen Arbeitszeiterfassung, vgl.

unter D.) wird die Auffassung vertreten, Arbeitgeber könnten ihre Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit an die Arbeitnehmer delegieren. Bei der Aufzeichnungspflicht handele es sich nicht um eine höchstpersönliche Pflicht des Arbeitgebers, weswegen diese auch auf den Arbeitnehmer übertragen werden könne.²³

Es sprechen deshalb überzeugende Argumente dafür, dass Arbeitgeber Arbeitnehmer auch weiterhin anweisen dürfen, ihre Arbeitszeiten selbst zu dokumentieren; sie müssen hierfür lediglich ein System zur Verfügung stellen. Und auch für das System selbst macht der EuGH keine konkreten Vorgaben. Deshalb kann dieses wahlweise digital oder analog funktionieren.

Bei jeder Form der digitalen Umsetzung ist indes das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG zu beachten. Nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei der „Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen“, wobei es das BAG in ständiger Rechtsprechung ausreichen lässt, dass ein System zur Überwachung geeignet ist.²⁴

Jedes technische System zur Arbeitszeiterfassung fällt unter diesen Mitbestimmungstatbestand, was praktisch zur Folge haben kann, dass Arbeitgeber langwierige Verhandlungen führen müssen, um ein solches System einführen zu können. Der weitreichende Anwendungsbereich von § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG zeigt sich an einem Beispiel: Nach einer aktuellen und auf Basis der BAG-Rechtsprechung unzweifelhaft richtigen Entscheidung des LArbG Hamm stellt auch die Verwendung einer Excel-Tabelle zur Auflistung der Anwesenheitszeiten eine technische Einrichtung im Sinne dieser Vorschrift dar.²⁵

Wenn Arbeitgeber das Eingreifen des Mitbestimmungstatbestands vermeiden wollen, müssen sie auf vollständig analoge Arbeitszeiterfassungsmethoden zurückgreifen, z.B. auf klassische händische Aufzeichnungen. Solange diese von klaren Anweisungen zum Ausfüllen begleitet werden, dürfte aber selbst darin ein zulässiges Arbeitszeiterfassungssystem im Sinne der EuGH-Rechtsprechung liegen.

G. Fazit und Ausblick

Die EuGH-Entscheidung vom 14.05.2019 bedeutet damit nicht das Ende der Vertrauensarbeitszeit. Nichts in der Ent-

²³ Joussem in: Thüsing, MiLoG und AEntG, 2. Aufl. 2016, § 17 MiLoG Rn. 13.

²⁴ BAG, Beschl. v. 09.09.1975 - 1 ABR 20/74.

²⁵ LArbG Hamm, Urt. v. 10.04.2018 - 7 TaBV 113/16.

scheidung deutet darauf hin, dass die Stechuhr für jede Art von Tätigkeit wieder eingeführt werden muss. Die Entscheidung des EuGH erfordert indes eine Anpassung von § 16 Abs. 2 ArbZG, weil allein eine Dokumentation von über die tägliche Höchstarbeitszeit hinausgehenden Arbeitszeiten der EuGH-Interpretation der Richtlinie nicht entspricht.

Dabei sollte der deutsche Gesetzgeber aber nicht bloß § 16 Abs. 2 ArbZG so ergänzen, dass jegliche Arbeitszeit zu erfassen ist. Vielmehr sollte der Gesetzgeber von den Ausnahmen der Richtlinie in einem Maße Gebrauch machen, dass flexible Arbeit weiterhin möglich bleibt, gerade auch zugunsten von Arbeitnehmern und der Vereinbarkeit von Berufs- und Familienleben. Insbesondere wenn Arbeitgeber ihren Arbeitnehmern weitgehende Freiheit bei der Gestaltung der Arbeitszeit einräumen, lässt auch die Richtlinie flexible Gestaltungen zu.

Die Umsetzung der Vorgaben des EuGH könnte sogar Anlass für eine Anpassung und Modernisierung des gesamten Arbeitszeitrechts auf europäischer und nationaler Ebene

sein. Die Regelungen des Arbeitszeitgesetzes sind unflexibel und passen (teilweise) nicht mehr zu den heutigen Arbeitsmodellen. Nur durch eine Modernisierung des Arbeitszeitrechts kann den vielgestaltigen neuen Arbeitsformen – die nicht zuletzt den Interessen der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen dienen – hinreichend Rechnung getragen werden. Zwar sind solchen gesetzgeberischen Änderungen durch die bestehende Arbeitszeitrichtlinie Grenzen gesetzt, weswegen sich der Handlungsauftrag primär an die EU richtet. Art. 6b der Arbeitszeitrichtlinie ermöglicht allerdings bereits heute eine Wochenarbeitszeit von 48 Stunden, welche flexibel auf die Wochentage verteilt werden kann. Insbesondere die tägliche Höchstarbeitszeit könnte daher ohne Änderung der Richtlinie zugunsten einer flexibleren Wochenhöchstarbeitszeit aufgegeben werden.

Mithin bleibt die Hoffnung, dass die aus der Zeit zufallend scheinende EuGH-Entscheidung auf nationaler und europäischer Ebene Anstoß zu einer Debatte um das richtige Arbeitszeitrecht für die „Arbeitswelt 4.0“ gibt.

Verwaltungsrecht

Polizeikosten bei Fußballspielen

Prof. Dr. Anna Leisner-Egensperger

A. Das Urteil des BVerwG zur Bremer Polizeigebür und seine Bedeutung

I. Die Entscheidung im Überblick

Mit Spannung verfolgt derzeit eine fußballbegeisterte Öffentlichkeit die Entwicklung der Vereine der ersten und zweiten Bundesliga. Im Brennpunkt des juristischen Interesses steht ein damit zusammenhängendes Grundsatzproblem, das den Gegenstand dieser Untersuchung bildet: die Frage, ob bei sog. Hochrisikospiele, d.h. bei Fußballbegegnungen mit erfahrungsgemäß zu erwartenden Gewalthandlungen, die Mehrkosten, die der Polizei durch ein aufgestocktes Aufgebot an Einsatzkräften entstehen, auf die Veranstalter abgewälzt werden dürfen. Durch eine aktuelle Entscheidung des BVerwG¹ ist dieses im fachwissenschaftlichen Schrifttum kontrovers diskutierte Problem,² das über die Tagespresse inzwischen eine breite Öffentlichkeit erreicht hat,³ einer endgültigen Klärung durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit zugeführt worden – zulasten der Veranstalter. Im Rechtsstreit zwischen der Freien Hansestadt Bremen und der Deutschen Fußball Liga GmbH steht es damit 2:1.

Mit Urteil vom 29.03.2019⁴ hat das oberste Verwaltungsgericht entschieden, dass für den besonderen Polizeiaufwand aus Anlass einer kommerziellen Hochrisiko-Veranstaltung grds. eine Gebühr erhoben werden darf. Die Rechtsgrundlage für die Gebührenerhebung, § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG, wurde für rechtmäßig erklärt. Das Urteil des BVerwG betrifft prinzipielle Fragen des Gebührenrechts und der Finanzverfassung. Es nimmt zugleich Stellung zu einer klassischen Streitfrage der Staatsaufgabenlehre: ob die Einordnung der Gewährleistung öffentlicher Sicherheit als Kernaufgabe des Staates eine Abwälzung der Polizeikosten auf Private ausschließt. Schließlich enthält die Ent-

1 BVerwG, Urt. v. 29.03.2019 - 9 C 4/18.

2 Vgl. Heise, NVwZ-Extra 05/2015, 1; Heise, NVwZ 2015, 262; Böhm, NJW 2015, 3000; Mayer, Polizeikosten im Profifußball, 2018; Leines, Die Kostentragung für Polizeieinsätze anlässlich von Fußballspielen, 2018; König, VBIBW 2018, 497; Weill, NVwZ 2018, 846; Pötsch, NVwZ 2018, 868; Wienbracke, VR 2019, 85; Wienbracke, DVBI 2019, 344.

3 Siehe dazu für viele Schoch, FAZ vom 11.04.2019, S. 7; P. Kirchof, FAZ vom 11.04.2019, S. 7.

4 BVerwG, Urt. v. 29.03.2019 - 9 C 4.18.

scheidung grundsätzliche Aussagen zum rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz. Diese verlaufen zwar in den Bahnen der höchstrichterlichen Judikatur, konsolidieren aber gerade dadurch die verwaltungsrechtliche Dogmatik zu den unbestimmten Rechtsbegriffen.

II. Die Begründung des BVerwG

Gegenstand der Entscheidung des BVerwG ist ein Gebührenbescheid der Bremischen Polizei auf der Grundlage des § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG.⁵ Nach dieser – bundesweit derzeit einzigartigen – landesrechtlichen Abgabennorm wird eine Gebühr „von Veranstaltern oder Veranstalterinnen erhoben, die eine gewinnorientierte Veranstaltung durchführen, an der voraussichtlich mehr als 5.000 Personen zeitgleich teilnehmen werden, wenn wegen erfahrungsgemäß zu erwartender Gewalthandlungen vor, während oder nach der Veranstaltung am Veranstaltungsort, an den Zugangs- oder Abgangswege oder sonst im räumlichen Umfeld der Einsatz von zusätzlichen Polizeikräften vorhersehbar erforderlich wird. Die Gebühr ist nach dem Mehraufwand zu berechnen, der aufgrund der zusätzlichen Bereitstellung von Polizeikräften entsteht [...]“. Indem es diese Vorschrift für rechtmäßig befand, bestätigte das Urteil des BVerwG, zu dem bis zum Redaktionsschluss dieses Heftes nur die Pressemitteilung vorlag,⁶ den Rechtsstandpunkt des Urteils des OVG Bremen vom 21.02.2018.⁷ Dieses hatte insbesondere – anders als das erstinstanzlich eingeschaltete VG Bremen⁸ – eine hinreichende Bestimmtheit des Gebührentatbestands angenommen. Die einzelnen Merkmale des gesetzlichen Tatbestands (Gewalthandlungen; erfahrungsgemäß; zusätzlich; vor, während oder nach der Veranstaltung; Angaben zum Veranstaltungsort) seien hinreichend klar normiert.⁹

Noch weiteren Klärungsbedarf sieht das BVerwG bei der Frage, ob und inwieweit bestimmte Kosten – insbesondere für die nicht unerhebliche Zahl polizeilicher Ingewahrsamnahmen anlässlich des fraglichen Fußballspiels – vorrangig gegenüber einzelnen Störern geltend zu machen sind.¹⁰ Dabei geht es um die Auslegung des Bremischen Landesrechts sowie um die Feststellung von Tatsachen. Da das BVerwG dazu nicht berufen ist, hat es das Urteil des OVG Bremen aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückverwiesen.

B. Die grundsätzliche Dimension der Entscheidung des BVerwG

I. Das Problem der Kostenabwälzung für die Staatsleistung Innere Sicherheit

Das aktuelle Urteil des BVerwG markiert den vorläufigen Schlusspunkt einer langjährigen Diskussion zu einer Grundsatfrage des Rechts der inneren Sicherheit sowie des Fi-

nanzverfassungsrechts: Darf der Staat die Kosten der Inneren Sicherheit, für deren Gewährleistung der Bürger Steuern zahlt, auf Dritte abwälzen? Kann er insbesondere die Veranstalter eines Großereignisses als Kostenschuldner einer Leistung in Anspruch nehmen, die zu seinen zentralen Aufgaben gehört?¹¹

II. Sicherheit ohne Gebührenvorbehalt

Ein Teil des Schrifttums, besonders dezidiert Paul Kirchhof, lehnt die Abwälzbarkeit von Polizeikosten bei Fußballspielen auf die Veranstalter ab.¹² Der Staat schulde Sicherheit für jedermann ohne Gebührenvorbehalt: ob arm oder reich, ob gewinnorientiert oder gemeinnützig – jeder dürfe von ihm die gleiche Leistung erwarten. Die Grundlage für diesen klaren Standpunkt sieht er im Prinzip des Steuerstaats: Der Staat erhebe Steuern unabhängig von einer Gegenleistung; durch diese würden sämtliche Aufgaben der Inneren Sicherheit abgegolten. Gegen die Erhebung einer Gebühr für Polizeileistungen spreche zudem, dass der Staat dadurch im Leistungsaustausch dem Gebührenzahler rechenschaftspflichtig werde, was seine Unbefangenheit gefährde. Auch drohe eine Überwälzung der Gebühr auf die Stadionbesucher. Nicht zuletzt nimmt Kirchhof ein historisch gewachsenes Grundmuster an, nach dem Sicherheit nicht gekauft werden müsse, sondern voraussetzungslos vom Staat erwartet werden dürfe. Andere kritisieren an der Bremer Gebührenregelung die Krämerhaftigkeit eines Staates, der sich kleinlich jede Leistung gesondert bezahlen lasse.¹³ Mit Blick auf den spezifischen normativen Zusammenhang des Rechts der Inneren Sicherheit und des Finanzverfassungsrechts wird schließlich eingewandt, die Gebührenerhebung beim Veranstalter heble die engen Voraussetzungen aus, unter denen die Polizei nach den Landespolizeigesetzen Nichtstörer in Anspruch nehmen dürfe.¹⁴

5 § 4 Abs. 4 Satz 1 und 2 BremGebBeitrG vom 16.07.1979, BremGBl. 1979, 279 i.V.m. Nr. 120.60 der Anlage zu § 1 der Kostenverordnung für die innere Verwaltung (InKostV), BremGBl. 2002, 455; BremGBl. 2014, 546 und 547.

6 BVerwG, Pressemitteilung Nr. 26/2019 vom 29.03.2019.

7 OVG Bremen, Urt. v. 05.02.2018 - 2 LC 139/17.

8 VG Bremen, Urt. v. 17.05.2017 - 2 K 1191/16.

9 OVG Bremen, Urt. v. 05.02.2018 - 2 LC 139/17 Rn. 64.

10 BVerwG, Pressemitteilung Nr. 26/2019 vom 29.03.2019.

11 Vgl. dazu aus früherer Zeit bereits Götz, DVBl. 1984, 14; Gusy, DVBl. 1996, 722; Gramm, Der Staat 1997, 267; Boll, Die Gebührenpflicht des Nichtstörers für polizeiliche Maßnahmen, 1998; Hendler, DÖV 1999, 749; Beutel, Wirtschaftlich vorteilhafte Gefahrenverursachung. Zur Reichweite der staatlichen Sicherheitsgarantie und den Grenzen ihrer wirtschaftlichen Ausnutzung, 2014.

12 P. Kirchhof, FAZ vom 11.04.2019, S. 7; im Ergebnis auch Böhm, NJW 2015, 3000; Mayer, Polizeikosten im Profifußball, 2018, S. 177 ff.

13 So bereits Wilke, Gebührenrecht und Grundgesetz, 1973, S. 16.

14 Mayer, Polizeikosten im Profifußball, 2018, S. 190 ff.

III. Gebührenerhebung nach dem Prinzip des Vorteilsausgleichs

1. Die zwei Prinzipien der Inanspruchnahme Dritter – insbesondere die Verhaltensverantwortlichkeit

Wer eine Gebührenerhebung beim Veranstalter als Durchbrechung anerkannter Rechtsgrundsätze kritisiert, verkennt folgende, inzwischen als rechtshistorisch anzusehende Tatsache: Eine kostenrechtliche Inanspruchnahme Dritter, also etwa auch von Veranstaltern, ist seit jeher möglich. Sie darf jedoch nur unter Beachtung von zwei Prinzipien erfolgen: des sicherheitsrechtlichen Grundsatzes einer Verhaltens- oder Zustandsverantwortlichkeit und des gebührenrechtlichen Prinzips des Vorteilsausgleichs.

Eine Kostenbeteiligung der Veranstalter von Großereignissen nach den Grundsätzen polizeirechtlicher Verantwortlichkeit scheidet von vornherein aus: Mit der Organisation von Fußballspielen setzen Veranstalter keine rechtlich relevante Ursache für den Eintritt von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, insbesondere für Gewalttätigkeiten. Hier fehlt es an einem Zurechnungszusammenhang zwischen der Ansetzung und Durchführung eines Risikospiels und der Entstehung konkreter Gefahren. Insbesondere kann insoweit auch die umstrittene Rechtsfigur des Zweckveranlassers nicht zu einer Kostenpflicht führen. Denn durch die Schaffung eines Rahmens für ein friedliches Fußballspiel machen Veranstalter, die ihrerseits Gewaltexzesse üblicherweise scharf von sich weisen, von ihren Freiheitsrechten legalen Gebrauch. Wenn Hooligans darauf störend reagieren, indem sie das durch den professionellen Fußball geschaffene Umfeld für ihre Zwecke missbrauchen, kann die hierdurch entstehende, konkrete Gefahrenlage den Veranstaltern nicht zugerechnet werden. Dies gilt auch unter Beachtung der Erfahrungstatsache, dass ein solcher Missbrauch speziell dem Fußball anhaftet. Zu Recht wird daher eine Kostentragungspflicht der Veranstalter nach Polizeirecht allgemein abgelehnt.¹⁵

2. Das gebührenrechtliche Prinzip des Vorteilsausgleichs

Neben der polizeirechtlichen Inanspruchnahme gibt es aber noch eine andere Möglichkeit der Kostenabwälzung: die Inanspruchnahme der Veranstalter von Fußballspielen als Gebührenschuldner. Das Finanzierungsinstrument der Gebühr, dessen Existenz in Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 sowie Art. 80 Abs. 2 GG vorausgesetzt ist, verlangt allerdings als nichtsteuerliche Abgabe im Hinblick auf die Begrenzungs- und Schutzfunktion der Finanzverfassung (Art. 104a ff. GG) in Abgrenzung zur Steuer eine über den Zweck der Einnahmeerzielung hinausgehende, besondere Rechtfertigung.¹⁶ Diese liegt in

der besonderen Beziehung zwischen der kostenverursachenden Amtshandlung und dem Gebührenschuldner, welche es gestattet, diesem die jeweilige Verwaltungsleistung und die dafür erforderlichen Kosten individuell zuzurechnen und sodann aufzuerlegen.

Um der Gefahr einer uferlosen Ausdehnung der Gebühr zu begegnen, bemüht sich das Finanzverfassungsrecht seit Jahrzehnten um eine definitorische Begrenzung des Gebührenbegriffs. Nach Klaus Vogel, auf den der heute eingeführte, doppelgliedrige Gebührenbegriff zurückgeht, rechtfertigt sich die mit einer Gebührenerhebung einhergehende Belastung des Einzelnen und die daraus resultierende Entlastung der Allgemeinheit aus zwei Gründen, die auch alternativ vorliegen können: zum einen aus der Veranlassung einer staatlichen Leistung, zum anderen aus einem dem Einzelnen aus der Amtshandlung erwachsenden Vorteil, d.h. einer hierdurch hervorgerufenen Begünstigung.¹⁷

Veranlasser einer Erhöhung des Polizeiaufgebots sind die Veranstalter nicht. Denn weder haben sie dieses ausdrücklich beantragt noch lässt sich insoweit an deren besondere Verantwortlichkeit anknüpfen, die sich nach dem BVerfG „aus der Sache selbst ableiten lassen“ muss.¹⁸ Im hier einschlägigen Bereich des Ordnungsrechts würde dies eine polizeirechtliche Verhaltensverantwortlichkeit voraussetzen, die aber bei den Veranstaltern zu verneinen ist (siehe oben 1.).

Es bietet sich jedoch der Rückgriff auf das zweite Glied des Gebührenbegriffs an: die Vorteilsabschöpfung. Danach wird der Nutznießer behördlicher Maßnahmen zum Kostenersatz verpflichtet, damit wenigstens ein Teil der dem Staat, etwa beim Schutz einer kommerziellen Großveranstaltung entstehenden Kosten durch den Begünstigten gedeckt wird. Die Rechtspraxis bietet hierfür zahlreiche Beispiele, gerade an der Schnittstelle zur Gewährleistung der inneren Sicherheit: Kostenersatz für die polizeiliche Begleitung von Gefahrdiensttransporten, Ausgleichsleistungen von begünstigten Verkehrsunternehmen für die Sicherheitsgewährleistung der Bundespolizei auf dem Gebiet der Bahnanlagen des Bundes sowie insbesondere die Heranziehung

15 Nolte, Kostenpflicht des Ligaverbandes für Polizeieinsätze bei Bundesligaspielen?, 2014, S. 14; Böhm, NJW 2015, 3000, 3002; Hermann/Buljevic, NordÖR 2015, 198, 199; Schenke, NJW 1983, 1882, 1883; Götz, DVBl. 1984, 14, 17; Lege, VerwArch 89 (1998), 71, 85 f.; Schiffbauer, NVwZ 2014, 1282, 1283; Beutel, Wirtschaftlich vorteilhafte Gefahrenverursachung. Zur Reichweite der staatlichen Sicherheitsgarantie und den Grenzen ihrer wirtschaftlichen Ausnutzung, 2014, S. 183 ff.

16 BVerfG, Urt. v. 17.01.2017 - 2 BvB 1/13; BVerfG, Beschl. v. 25.06.2014 - 1 BvR 668/10, 1 BvR 2104/10. So auch OVG Bremen, Urt. v. 05.02.2018 - 2 LC 139/17 Rn. 31.

17 Vogel in: Festschrift für Geiger, 1989, S. 518, 530.

18 BVerfG, Beschl. v. 12.10.1994 - 1 BvL 19/90 Rn. 52.

von Luftfahrtunternehmen zu einer Luftsicherheitsgebühr für Maßnahmen von Luftsicherheitsbehörden.¹⁹

3. Insbesondere die Rechtsprechung zur Luftsicherheitsgebühr

Von den Beispielen einer Abwälzung der Aufwendungen im Bereich der inneren Sicherheit auf Dritte ist vor allem die Luftsicherheitsgebühr von juristischem Interesse. Denn im Zusammenhang mit dieser war das BVerwG bereits einmal mit dem Rechtsproblem der Vorteilsabschöpfung für eine Leistung der inneren Sicherheit befasst gewesen: im Jahr 1994. Es erachtete damals eine Gebührenerhebung bei den befördernden Luftverkehrsunternehmen für die Durchsichtung von Personen und des mitgeführten Gepäcks in nicht allgemein zugänglichen Bereichen eines Flugplatzes für zulässig.²⁰ Insbesondere räumte das BVerwG zwar ein, dass das allgemeine Gefährdungsrisiko durch die Sicherheitskontrollen konkret verringert werde, diese also jedenfalls auch im öffentlichen Interesse lägen, welches womöglich sogar überwiege. Es stellte andererseits aber klar: Es gibt keinen verfassungsrechtlichen Grundsatz des Inhalts, dass eine gebührenpflichtige Tätigkeit im überwiegenden Individualinteresse zu erfolgen hätte. Auch ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Leistung, für die eine Gebühr erhoben werde, stellt die Gebühr nicht infrage. Bestätigt wurde die Luftsicherheitsgebühr im Jahr 1999 durch eine Nichtannahmeentscheidung des BVerfG.²¹ Darin bestärkte das BVerfG das BVerwG in seiner Grundannahme, dass auch ein überwiegendes öffentliches Interesse an den Zugangskontrollen einer Gebührenerhebung nicht entgegenstehe. Denn fast alle gebührenpflichtigen Staatsleistungen erfolgten auch oder vorwiegend im öffentlichen Interesse.

Die Rechtsprechung des BVerfG und des BVerwG zur Zulässigkeit einer Gebührenerhebung für Amtshandlungen im überwiegenden öffentlichen Interesse ist im Schrifttum auf Kritik gestoßen. So vertritt insbesondere Rupert Scholz die Ansicht, Sicherheitskontrollen an Flughäfen müssten unabhängig von der Erbringung eines individuellen Vorteils aus dem allgemeinen Steueraufkommen finanziert werden.²² Nicht gelungen ist es den Kritikern der Judikatur zur Luftsicherheitsgebühr allerdings, Kriterien dafür zu entwickeln, nach denen sich Fallkonstellationen, in denen ein „überwiegendes öffentliches Interesse“ gegeben ist und eine Gebührenerhebung damit ausscheiden soll, von anderen absichten lassen, in denen Kosten auf Veranstalter abgewälzt werden können. Damit lässt sich heute die Frage, ob Polizeieinsätze bei Fußballspielen im überwiegenden öffentlichen Interesse stattfinden, jedenfalls nicht rechtssicher beantworten. Für ein generelles Überwiegen des öffentlichen Interesses könnte das empirisch belegbare Interesse der Allgemeinheit an friedlichen Großveranstal-

tungen sprechen, nach dem Motto „panem et circenses“.²³ Andererseits stellt die öffentliche Sicherheit aus der Sicht kommerzieller Veranstalter einen monetär bezifferbaren „Faktor wirtschaftlicher Kalkulation“ dar.²⁴ Letztlich erweist sich das Kriterium des überwiegenden öffentlichen Interesses als Leerformel, deren Inhalt nicht mittels Definitionen, sondern im Wege politischer Entscheidung bestimmt wird.²⁵

4. Kein abrupter Bruch mit dem Herkömmlichen

Vor dem Hintergrund der intensiven rechtswissenschaftlichen Diskussion zur Luftsicherheitsgebühr lässt sich heute kein allgemeiner Grundsatz annehmen, nach dem die Gewährleistung der inneren Sicherheit als Kernaufgabe des Staates voraussetzungslos zu erfolgen hätte. Zwar sind nach dem Verfassungsprinzip der Rechtskontinuität die an Gesetzgeber, Verwaltung und Rechtsprechung gerichteten, formellen und materiellen Begründungsanforderungen an eine Änderung der Rechtslage umso höher, je stärker sich eine geplante neue Rechtslage von solchen der Vergangenheit unterscheidet.²⁶ Von einem „abrupten Bruch mit dem Herkömmlichen“, wie ihn Paul Kirchhof annimmt,²⁷ lässt sich aber bei der kostenrechtlichen Inanspruchnahme von Veranstaltern von Fußballspielen nicht sprechen. Dann bereits im Jahr 1968 hatte das Land Baden-Württemberg in seinem Polizeigesetz eine Rechtsgrundlage für die Kostenerhebung vorgesehen: „Für die Kosten polizeilicher Maßnahmen bei privaten Veranstaltungen kann von den Veranstaltern Ersatz verlangt werden, soweit sie dadurch entstehen, dass weitere als die im üblichen örtlichen Dienst eingesetzten Polizeibeamten herangezogen werden müssen.“²⁸ Die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung wurde vom VGH Mannheim bestätigt.²⁹ Sie gelangte mehrmals zur Anwendung. So wurden etwa Kosten für den Einsatz überörtlicher Polizeikräfte bei einer Motorsportveranstaltung auf dem Hockenheimring i.H.v. umgerechnet etwa

19 Vgl. dazu Schoch, FAZ vom 11.04.2019, S. 7.

20 BVerwG, Urt. v. 03.03.1994 - 4 C 1/93.

21 BVerfG, Urt. v. 11.08.1998 - 1 BvR 1270/94.

22 Scholz in: Festschrift für Friauf, 1996, S. 439, 450; so im Ergebnis auch Nirschl, Kosten der Polizei- und Sicherheitsbehörden in der Systematik des deutschen Abgabenrechts, 1993, S. 196.

23 Würtenberger, NVwZ 1983, 192, 196.

24 Leines, Die Kostentragung für Polizeieinsätze anlässlich von Fußballspielen, 2018, S. 3.

25 Überzeugend Nirschl, Kosten der Polizei- und Sicherheitsbehörden in der Systematik des deutschen Abgabenrechts, 1993, S. 51 f.

26 Grds. dazu A. Leisner, Kontinuität als Verfassungsprinzip, 2002.

27 Vgl. FAZ vom 11.04.2019, S. 7.

28 § 81 Abs. 2 BWPoIG, Gesetz vom 16.01.1968, BWGBl. 1968, 61, aufgehoben durch Gesetz vom 22.10.1991, BWGBl. 1991, 625.

29 VGH Mannheim, Urt. v. 20.01.1986 - 1 S 1895/84.

10.000 € geltend gemacht.³⁰ Dem Veranstalter eines Popkonzerts mit erwarteten 20.000 bis 30.000 Besuchern wurden die Kosten für herangezogene auswärtige Polizeibeamte in Rechnung gestellt, i.H.v. umgerechnet etwa 6.000 €. ³¹ Die Rechtsgrundlage für die Kostenerhebung ist in Baden-Württemberg zwar im Jahr 1991 außer Kraft getreten, nachdem die anderen Bundesländer dem Beispiel dieses Lands nicht gefolgt waren, und man Standortnachteile bei Großveranstaltungen befürchtete. Einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, nach dem die Gewährleistung innerer Sicherheit als Kernaufgabe des Staates von jedermann durch Steuern zu finanzieren sei, wird man vor diesem rechtshistorischen Hintergrund jedoch nicht annehmen können.

5. Zusammenfassung: Gebührenrechtliche Vorteilsabschöpfung beim Nutznießer der Polizeieinsätze

Eine Inanspruchnahme der Veranstalter kommt grds. nach dem gebührenrechtlichen Kriterium der Vorteilsabschöpfung in Betracht. Dies steht im Einklang mit der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung, wie sie insbesondere zur Luftsicherheitsgebühr vom BVerwG entwickelt und vom BVerfG bestätigt wurde. Ein abrupter Bruch mit einer langjährigen Tradition einer Verantwortlichkeit nur des Steuerzahlers für die Kostenerstattung zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit lässt sich nicht annehmen.

IV. Die Veranstalter als Nutznießer der Polizeieinsätze bei Hochrisikospielen

1. Der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum bei der Erhebung und Bemessung von Polizeigebühren

Mit der Begrenzungs- und Schutzfunktion der Finanzverfassung nach Art. 104a ff. GG sowie dem Grundsatz der Belastungsgleichheit der Steuerpflichtigen (Art. 3 Abs. 1 GG) ist die gebührenrechtliche Inanspruchnahme der Veranstalter nur dann vereinbar, wenn sich in deren Person eine über den Zweck der Einnahmeerzielung hinausgehende, besondere Rechtfertigung finden lässt. Die Rechtsprechung betont hier zu Recht den weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der Entscheidung, welche individuell zurechenbaren öffentlichen Leistungen er einer Gebührenpflicht unterwerfen, und welche Gebührenmaßstäbe und Gebührensätze er hierfür aufstellen will.³² Als Zurechnungsgrund erkennt das OVG Bremen andererseits nicht jeden sachlich vertretbaren Gesichtspunkt an. Vielmehr müsse die gebührenpflichtige Leistung an eine besondere Verantwortlichkeit der in Anspruch genommenen Personen anknüpfen, die aus der Sache selbst ableitbar sei.³³ Eine individuelle Zurechenbarkeit ergibt sich nach der vom OVG Bremen zitierten Rechtsprechung des BVerfG unter Rück-

griff auf den oben skizzierten doppelgliedrigen Gebührenbegriff jedenfalls aus der rechtlichen oder tatsächlichen Sachherrschaft und der damit verbundenen Möglichkeit, aus der Sache Nutzen zu ziehen.³⁴

2. Die individuelle Zurechenbarkeit der gebührenpflichtigen Leistung

Im Anschluss an das OVG Bremen nimmt das BVerwG eine individuelle Zurechenbarkeit der Polizeieinsätze an die Veranstalter unter folgenden Gesichtspunkten an: Der Veranstalter eines gewinnorientierten Fußballspiels zieht einen wirtschaftlichen Nutzen aus der Veranstaltung, der maßgeblich auch durch den Einsatz zusätzlicher Polizeikräfte ermöglicht wird.³⁵ Dabei erhöhen gerade die Größe einer Veranstaltung sowie hohe Besucherzahlen deren Attraktivität. Denn nur durch die Interaktion von Akteuren und Zuschauern kommt es wie bei Großkonzerten zu einer besonderen Atmosphäre am Veranstaltungsort, die auch für Fernsehzuschauer wahrnehmbar ist. Insbesondere ist das besondere Gefahrenpotenzial bei Risikospielen der Bundesliga den Veranstaltern individuell zurechenbar. Denn wie die Allgemeinheit haben diese ein Interesse an einer störungsfreien Durchführung der Veranstaltung. Dass die Verwaltungsleistung der Bereitstellung zusätzlicher Polizeikräfte zugleich und möglicherweise sogar überwiegend im öffentlichen Interesse liegt, ist rechtlich unerheblich.

Einen besonderen Gesichtspunkt für die individuelle Zurechenbarkeit einer Verwaltungsleistung an den Veranstalter sieht das OVG Bremen schließlich in der organisatorischen Entscheidung, an einer Veranstaltung auch dann, und zwar womöglich unverändert festzuhalten, wenn feststeht, dass diese erfahrungsgemäß Gewalthandlungen hervorruft. Immerhin hätten die Veranstalter die Alternative, die Veranstaltung abzusagen, in veränderter Form oder an einem anderen Ort durchzuführen.³⁶ Dass Veranstaltern von Fußballspielen bei realistischer Betrachtung der Erwartungen der großen Zahl von Fußballfans tatsächlich ein solches Portfolio an Handlungsoptionen zusteht, darf jedoch bezweifelt werden. Zu berücksichtigen ist insoweit auch, dass gerade moderne Arenen als Austragungsorte von Risikofußballspielen mit derart hohen Sicherheitsstandards

30 VGH Mannheim, Urt. v. 18.06.1979 - I 47/79.

31 VGH Mannheim, Urt. v. 20.01.1986 - I S 1895/84.

32 BVerfG, Beschl. v. 06.02.1979 - 2 BvL 5/76 und BVerfG, Beschl. v. 12.10.1994 - 1 BvL 19/90.

33 OVG Bremen, Urt. v. 05.02.2018 - 2 LC 139/17 Rn. 32.

34 BVerfG, Beschl. v. 12.10.1994 - 1 BvL 19/90; OVG Bremen, Urt. v. 05.02.2018 - 2 LC 139/17 Rn. 32.

35 OVG Bremen, Urt. v. 05.02.2018 - 2 LC 139/17 Rn. 35.

36 OVG Bremen, Urt. v. 05.02.2018 - 2 LC 139/17 Rn. 38.

ausgestattet sind, dass Ausschreitungen innerhalb der Stadien nur noch in wenigen Fällen zu verzeichnen sind. Damit konzentriert sich die polizeiliche Einsatzplanung ohnehin auf die An- und Abreisewege.³⁷ Mit einer örtlichen Verlegung dürfte sich das Gewaltpotenzial daher nur ausnahmsweise minimieren lassen.

Doch auch ohne Berücksichtigung einer derartigen Auswahl zwischen verschiedenen Veranstaltungsformen gilt: Veranstalter stehen einem Polizeieinsatz jedenfalls näher als die Allgemeinheit. Damit liegt es im politischen Gestaltungsspielraum des sachlich hierfür zuständigen Landesgesetzgebers sowie des von ihm ermächtigten Verordnungsgebers darüber zu befinden, ob für eine amtliche Leistung Gebühren erhoben werden.³⁸

3. Zu den Grenzen individueller Zurechenbarkeit: der Einbezug der Verkehrswege

Dass Veranstalter prinzipiell als Nutznießer von Polizeieinsätzen in Betracht kommen und insoweit unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsabschöpfung in Anspruch genommen werden können, entspricht der h.M. auch im Schrifttum.³⁹ Kontrovers beurteilt wird jedoch die Frage, welche konkreten Einsatzleistungen der Polizei den Veranstaltern individuell zurechenbar sind.

Ein Teil der Literatur sieht die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Gebührenerhebung auf diejenigen Vorteile begrenzt, die dem Veranstalter durch den Einsatz der Polizeikräfte finanziell dadurch erwachsen, dass er sich hierdurch organisatorischen Aufwand erspart.⁴⁰ Angenommen wird eine solche Aufwandsersparnis für polizeiliche Gefahrenvorsorgemaßnahmen anlässlich der Einlasskontrollen sowie innerhalb der Stadien. Denn insoweit müssten die Veranstalter selbst für Ordnung sorgen und würden durch die Polizei konkret entlastet. Damit ersparten sie sich Aufwand für Aufgaben, die ihnen als Veranstaltern oblägen. In einem deutlichen Kontrast zu dieser konkreten Aufwandsersparnis der Veranstalter stehe der zusätzliche Polizeiaufwand zur Kontrolle der Verkehrswege zum Stadion sowie sonstiger Bereiche des öffentlichen Raums. Insoweit sei keine rechtliche Möglichkeit dafür gegeben, die polizeilichen Mehrkosten den Veranstaltern zuzurechnen.⁴¹ Dieser Auffassung liegt ein engeres Verständnis des Vorteilsbegriffs zugrunde, das auf den Rechtsgedanken des § 818 Abs. 3 BGB zurückgreift. Im historischen Rückblick mag für einen derart verengten Vorteilsbegriff sprechen, dass lediglich polizeiliche Maßnahmen im Stadion selbst sowie solche im Zusammenhang der Eingangskontrollen tatsächlich und rechtlich den Zugangskontrollen vergleichbar sind, um die es in der Rechtsprechung zur Luftsicherheitsgebühr ging.

Doch das deutsche Verwaltungsrecht ist kein case law. Dementsprechend hat sich auch das BVerwG nicht primär an seinen früheren Judikaten zu orientieren. Es hat vielmehr das jeweils geltende Recht auszulegen, unter Einbezug insbesondere verfassungsrechtlicher Wertungen. Das gebührenrechtliche Vorteilsprinzip besagt, dass eine Kostenbelastung immer dann statthaft ist, wenn der Gebührenschuldner unmittelbar und individuell von der Staatsleistung profitiert. Dass Veranstalter wirtschaftlich einen Nutzen daraus ziehen, dass Zuschauer unverletzt und ungestört das Stadion erreichen, lässt sich kaum in Abrede stellen. Damit liegt es jedoch innerhalb des Gestaltungsspielraums des Gebührengesetzgebers, den Vorteil für die Veranstalter entweder eng zu fassen, wie dies ein Teil der Literatur anregt, oder auch weit, wie dies § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG vorsieht, nämlich unter Einbezug des gesamten Mehraufwands, den die Polizei anlässlich der Gefahrenvorsorgemaßnahmen zur räumlichen Absicherung eines Hochrisikospiels zu tragen hat.⁴² Es ist eine der Schwachstellen des im Übrigen wohlbegründeten Urteils des OVG Bremen, dass diese Entscheidung insoweit nur im Zusammenhang der Bestimmtheit (siehe dazu im Folgenden V.) auf die Streitfrage der örtlichen Reichweite der ausgleichspflichtigen Mehrkosten eingeht.⁴³ Immerhin wird dazu klargestellt, dass irgendein räumlicher Bezug zwischen Veranstaltungsort und Gewalthandlungen ausreicht. Erfasst sind damit nicht nur unterstützende Gefahrenvorsorgemaßnahmen innerhalb der Stadien sowie anlässlich der Einlasskontrollen zum umgrenzten Stadionbereich. Vielmehr erstreckt sich der Bremer Gebührentatbestand auch auf polizeiliche Gefahrenvorsorgemaßnahmen im öffentlichen Verkehrsraum. Ausdrücklich genannt werden die zur An- und Abreise genutzten Verkehrswege sowie sonstige Örtlichkeiten im Bereich der Stadtgemeinden, an denen erfahrungsgemäß im Zusammenhang mit der Veranstaltung Gewalthandlungen zu erwarten sind.⁴⁴

37 Vgl. dazu mit statistischen Nachweisen Mayer, Polizeikosten im Profifußball, 2018, S. 125 ff.

38 Vgl. BVerwG, Urt. v. 03.03.1994 - 4 C 1/93.

39 Weill, NVwZ 2018, 846; König, VBIBW 2018, 497; Heise, NVwZ 2015, 262; T. I. Schmidt, ZRP 2007, 120.

40 Schiffbauer, NVwZ 2014, 1282, 1284.

41 Siehe Leines, Die Kostentragung für Polizeieinsätze anlässlich von Fußballspielen, 2018, S. 188 ff.; vgl. bereits Schiffbauer, NVwZ 2014, 1282, 1284; Krahm, Polizeiliche Maßnahmen zur Eindämmung von Hooligan-gewalt, 2008, S. 415 ff.; a.A. König, VBIBW 2018, 497, 502.

42 Siehe König, VBIBW 2018, 497, 502.

43 Vgl. OVG Bremen, Urt. v. 05.02.2018 - 2 LC 139/17 Rn. 54.

44 OVG Bremen, Urt. v. 05.02.2018 - 2 LC 139/17 Rn. 54.

V. Die Vereinbarkeit des Gebührenerhebungstatabbestands mit dem Bestimmtheitsgrundsatz

Der Bremer Gebührentatbestand enthält zwar zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe. Auf der Linie seiner bisherigen Rechtsprechung lässt es das BVerwG jedoch ausreichen, dass eine willkürfreie Handhabung eines Gebührentatbestandes gewährleistet ist. Dies ist dann anzunehmen, wenn ein Gebührenschnuldner mit seiner Heranziehung rechnen muss, weil dies in Anwendung juristischer Methoden ein vertretbares Auslegungsergebnis darstellt.⁴⁵ Hiervon ausgehend lässt sich der Begriff „Gewalthandlungen“ hinreichend klar bestimmen, gerade unter Einbezug strafrechtlicher Wertungen (vgl. §§ 223, 303, 125a StGB).⁴⁶ Der Begriff „erfahrungsgemäß“ verlangt das Vorliegen nachprüfbarer Tatsachen,⁴⁷ die aus der maßgeblichen ex-ante-Sicht der die Prognose anstellenden Polizeibehörde dafür sprechen, dass Gewalthandlungen zu erwarten sind.⁴⁸ Insoweit stellt das OVG Bremen klar, dass eine gerichtliche Beanstandung der einer polizeilichen Gefahrenbewertung zugrunde liegenden tatsächlichen Annahmen wegen ihres prognostischen Charakters nur im Ausnahmefall in Betracht kommt,⁴⁹ was herkömmlicher verwaltungsrechtlicher Dogmatik entspricht.⁵⁰

VI. Die Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit

Nach § 4 Abs. 2 BremGebBeitrG sind Gebühren so zu bemessen, dass zwischen der den Verwaltungsaufwand berücksichtigenden Höhe der Gebühr und der Bedeutung, dem wirtschaftlichen Wert oder dem sonstigen Nutzen der Amtshandlung ein angemessenes Verhältnis besteht. Auch wenn die Höhe der Gebühr, die der DFL für ein einziges Fußballspiel auferlegt wurde (ca. 425.000 €), für sich betrachtet hoch erscheinen mag, ist sie doch andererseits in Relation zum Gesamtumsatz der DFL zu sehen, der sich inzwischen auf über 3 Mrd. € pro Saison beläuft.⁵¹ Für einen Verstoß gegen das Äquivalenzprinzip in Form des gebührenrechtlichen Kostendeckungsprinzips sind keine Anhaltspunkte ersichtlich.

VII. Verfassungspolitische Ausblick: Höchstgerichtliche Rechtsprechung im Spiegel der Demoskopie

Dem Vorgehen der Stadt Bremen ist von der DFL im rechtspolitischen Diskurs entgegengehalten worden, es gehe ihr nicht in erster Linie darum, „Krawalle abzuschaffen“, sondern Geld zu verdienen, um dadurch ihren Haushalt zu sanieren.⁵² Soweit damit ein Verstoß gegen das Äquivalenzprinzip behauptet wurde, ist hierzu nichts Konkretes vorgetragen worden. Für die politische Entscheidung der Bremischen Bürgerschaft, die im Gesetzgebungsverfahren

ausschließlich Kostendeckungszwecke verfolgte,⁵³ mag es in Zeiten demoskopisch geleiteter Entscheidungsfindung zugleich eine Rolle gespielt haben, dass die überwiegende Mehrheit der Bevölkerung⁵⁴ der Auffassung ist, Polizeikosten sollten auf die Veranstalter abgewälzt werden: Mit Fußball werde viel Geld verdient, und die öffentlichen Kassen seien leer.

Immerhin interessiert sich etwa die Hälfte der Bundesbürger für Fußball von vornherein nicht.⁵⁵ Der Deutschen Bundesliga wird zwar allgemein attestiert, ein fester Bestandteil der Gesellschaft zu sein.⁵⁶ Das Klima von Angst und Bedrängnis für Unbeteiligte und friedliche Zuschauer, das geschürt wird durch Vermummungsaktionen, Fanmärsche, Fahenschwenken, Tragen von Kutten, Einsatz von Pyrotechnik, aggressivem Auftreten in öffentlichen Verkehrsmitteln und erheblichem Alkoholkonsum, wird jedoch zunehmend kritisch gesehen. Friedliebende Zuschauer wollen mit diesen sog. Fans nichts zu tun haben – weder in tatsächlichen Begegnungen noch in finanzieller Hinsicht. Insbesondere sind die meisten Bürger offenbar nicht willens, in ihrer Eigenschaft als Steuerzahler für die durch gewaltbereite Fußballfans verursachten, erheblichen Zusatzkosten der Polizei in die Verantwortung genommen zu werden. Sie sind vielmehr der Ansicht, dass es keinen Armen trifft. Wird die Gebühr durch die Veranstalter auf die Stadionbesucher überwältigt, so mag dies deren Zorn zwar mehren.⁵⁷ Finanziell entlastet es aber die große Menge der Steuerzahler, die Risikospiele nicht besucht. In einer Zeit, in der Umverteilung im Namen des Sozialstaatsprinzips als eine der Kernaufgaben des Staates gilt,⁵⁸ darf

45 BVerwG, Urt. v. 12.07.2006 - 10 C 9/05.

46 OVG Bremen, Urt. v. 05.02.2018 - 2 LC 139/17 Rn. 49; a.A. Böhm, NJW 2015, 3000, 3003.

47 VGH Mannheim, Urt. v. 21.07.2003 - 1 S 377/02.

48 OVG Bremen, Urt. v. 05.02.2018 - 2 LC 139/17 Rn. 51.

49 OVG Bremen, Urt. v. 05.02.2018 - 2 LC 139/17 Rn. 61.

50 C. Lerche in: Frowein, Die Kontrollrichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung, 1993, S. 249, 257.

51 Vgl. dazu DFL-Report 2017, S. 2.

52 Vgl. das Interview mit dem DFL-Geschäftsführer Seifert, FAS vom 17.08.2014, S. 9.

53 Vgl. Bremische Bürgerschaft Drs. 18/1591, S. 2.

54 Vgl. ZDF-Politbarometer, Pressemitteilung 08/2014, abrufbar unter www.forschungsgruppe.de/Umfragen/Politbarometer/Archiv/Politbarometer_2014/August_2014/ (zuletzt abgerufen am 13.06.2019); siehe dazu auch Böhm, NJW 2015, 3000, 3001.

55 Vgl. die Marktforschungsumfrage von tns-infratest unter 2.004 Befragten im Zeitraum Oktober/November 2014 im Auftrag der DFL, Bundesliga Report 2015, S. 20.

56 Siehe dazu Leines, Die Kostentragung für Polizeieinsätze anlässlich von Fußballspielen, 2018, S. 6 m.w.N.

57 Dies befürchtet P. Kirchhof, FAZ vom 11.04.2019, S. 7.

58 Eingehend dazu Gusy, Privatisierung von Polizeikosten?, 1996, S. 11.

diese verfassungspolitische Dimension der Debatte um die Polizeikosten nicht unterschätzt werden. Gebührenrechtlich lässt sich daraus zwar kein Argument für die Inanspruchnahme von Veranstaltern entnehmen. Und doch ist es in einer Demokratie von Vorteil, wenn die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung dem allgemeinen Rechtsempfinden jedenfalls nicht zuwiderläuft.

Religionsunterricht durch islamische Dachverbände

BVerwG, Beschl. v. 20.12.2018 - 6 B 94/18

Prof. Dr. Dr. h.c. Mathias Rohe

A. Problemstellung

Die religionsfreundliche säkulare Religionsverfassung Deutschlands ermöglicht es den Religionsgemeinschaften, im Geltungsbereich von Art. 7 Abs. 3 GG in Kooperation mit dem Staat bekenntnisorientierten Religionsunterricht anzubieten. Das gilt auch für muslimische Organisationen.

In diesem Zusammenhang hatten Verwaltungsgerichte darüber zu entscheiden, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen auch Dachverbände von muslimischen Religionsorganisationen die Voraussetzungen einer Religionsgemeinschaft erfüllen. In seinem Urteil vom 23.02.2005¹ hatte das BVerwG diese Frage grds. bejaht und hierfür organisatorische und inhaltliche Grundsätze² aufgestellt, zu deren weiterer Prüfung es den Rechtsstreit an die Vorinstanz verwies. Einer dieser Grundsätze formuliert das Erfordernis, dass der Dachverband mit seinen Untergliederungen und deren Mitgliedern durch ein organisatorisches Band verbunden ist und mit Kompetenz und Autorität Aufgaben im Bereich der religiösen Lehre wahrnimmt, die für die Identität der Religionsgemeinschaft wesentlich sind.

Einer der Kläger hat einen islamischen Gelehrtenrat eingerichtet, dem satzungsgemäß die religiöse Unterweisung der Gläubigen, die Mitwirkung bei der Ausbildung von Imamen und Moscheeverantwortlichen sowie die Abgabe von Stellungnahmen und Gutachten zu religiösen Fragen mit empfehlendem Charakter obliegt. Beim anderen Kläger ist ein Vorstandsmitglied (Sheikh ul-Islam) als geistlicher Leiter für religiöse Angelegenheiten und Lehrentscheidungen verantwortlich, wobei entsprechend islamisch-sunnitische Überzeugung kein verbindliches Lehramt besteht.

Im Jahr 2006 wurde das Ruhen des Verfahrens auf übereinstimmenden Antrag der Beteiligten angeordnet. In

der Folge unterzeichneten das Land Nordrhein-Westfalen und der Koordinationsrat der Muslime (KRM), in dem auch die beiden klägerischen Dachverbände organisiert sind, im Februar 2011 eine gemeinsame Erklärung zur Einrichtung islamischen Religionsunterrichts.³ Darauf aufbauend trat am 01.08.2012 das Gesetz zur Einführung von islamischem Religionsunterricht als ordentliches Lehrfach⁴ in Kraft. Als Kooperationspartner wurde in Ermangelung von Religionsgemeinschaften als Übergangslösung ein Beirat gebildet, in dem auch die beiden klägerischen Dachverbände vertreten sind (vier Mitglieder wurden von den muslimischen Organisationen im Land berufen, vier weitere Expertinnen und Experten aus islamischer Theologie und Religionspädagogik vom Land im Einvernehmen mit den islamischen Organisationen). Die Arbeitsweise lehnt sich an die Verfahren zur Kirchenbeteiligung an.

Für die muslimischen Organisationen, die sich selbst als Religionsgemeinschaft ansehen, war dies ein Kompromissmodell. Die folgenden Verhandlungen über eine Fortführung bzw. Neugestaltung des islamischen Religionsunterrichts vor dem Ablauf des Übergangszeitraums am 31.07.2019 führten offenbar nicht zu einem Ergebnis. Nach zehnjährigem Ruhen des Verfahrens erfolgte die Wiederaufnahme des Verfahrens. Das OVG Münster wies die Klage der beiden Dachverbände Zentralrat der Muslime in Deutschland (ZMD) und Islamrat für die Bundesrepublik Deutschland⁵ mit Urteil vom 09.11.2017 (19 A 997/02) mangels der geforderten realen Autorität innerhalb allen Gliederungen der Organisation ab. Die Nichtzulassungsbeschwerde der Kläger beim BVerwG hatte insoweit Erfolg.

1 BVerwG, Urt. v. 23.02.2005 - 6 C 2/04.

2 Neben dem hier relevanten Grundsatz sind dies das Erfordernis, dass die Gemeinden, in denen das religiöse Leben stattfindet, prägenden Einfluss auf den Dachverband haben, und dass der Dachverband für die Wahrnehmung identitätsstiftender Aufgaben zuständig ist. Letzteres können nur Leitungsaufgaben hinsichtlich der Pflege des religiösen Bekenntnisses sein, nicht jedoch soziale, kulturelle oder wirtschaftliche Aufgaben, auch wenn diese auf Grundlage des Bekenntnisses erfüllt werden. Hierfür sei theologische Kompetenz erforderlich, für die ein organisatorisch selbstständiges Gremium eingerichtet oder ein theologischer Leiter bestellt werden könne.

3 Vgl. den Bericht unter www.schulministerium.nrw.de/docs/Schulsystem/Unterricht/Lernbereiche-und-Faecher/Religionsunterricht/Islamischer-Religionsunterricht/Kernpunkte-IRU/index.html (zuletzt abgerufen am 26.06.2019).

4 GV. NRW Nr. 34 vom 30.12.2011, 725 – 732. Das Gesetz tritt am 31.07.2019 außer Kraft.

5 Vgl. zu diesen Verbänden Rohe, Der Islam in Deutschland: Eine Bestandsaufnahme, 2. Aufl. 2018, S. 144 ff. und 143 f. m.w.N.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Das BVerwG hat festgestellt, dass das Oberverwaltungsgericht die Bindungswirkung des 2005 ergangenen höchstrichterlichen Urteils nicht hinreichend beachtet hat. In seinem neuen Beschluss bekräftigt das Gericht, dass die Eigenschaft eines Dachverbandes als Religionsgemeinschaft i.S.v. Art. 7 Abs. 3 Satz 2, Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 ff. WRV u.a. voraussetzt, dass er Aussagen in Fragen der Glaubensinhalte und den sich daraus ergebenden Verhaltensanforderungen sowie des religiösen Kults trifft, die Autorität genießen. Autorität setzt auch voraus, dass die Lehrtätigkeit nicht vereinzelt bleibt, sondern beständig in gewissem Umfang ausgeübt und leicht zugänglich kommuniziert wird. Allerdings ist entgegen der Auffassung der Vorinstanz keine strikte Verbindlichkeit der Aussagen erforderlich. Es sei ein Bestandteil des im Grundgesetz verankerten Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften über die Einrichtung eines verbindlichen Lehramts in Bekenntnisfragen zu entscheiden. Hinreichende Autorität sei jedenfalls schon dann gegeben, wenn die Lehrmeinungen in Glaubensfragen respektiert werden. Die Erkenntnisse benötigten zumindest solches Gewicht, dass sich die religiös Verantwortlichen und die Gläubigen daran orientieren. Diese müssten ihre Glaubensüberzeugungen und ihr dadurch motiviertes Verhalten daran ausrichten oder zumindest auf deren Grundlage ernsthaft überdenken. Zur weiteren Klärung erfolgte eine Zurückverweisung an die Vorinstanz.

C. Kontext der Entscheidung

Das Oberverwaltungsgericht als Vorinstanz hatte anscheinend Zweifel, ob die Klägerorganisationen das erforderliche Maß an Rechtstreue⁶ aufweisen. Die Angaben ließen nicht erkennen, welchen Standpunkt sie in zentralen religiösen Konfliktfragen (Vorrangfrage Grundgesetz-Scharia; Stellung der Frau; religiöse Toleranz) einnahmen. Das BVerwG weist zutreffend darauf hin, dass diese Fragestellung erst dann relevant wird, wenn überhaupt die Voraussetzungen für eine Religionsgemeinschaft vorliegen. Diese sind daher vorrangig zu prüfen und können nicht mit dem Hinweis auf unzureichende Angaben zur Rechtstreue abgetan werden.

Inhaltlich ist hierzu zu bemerken, dass die abstrakte Gegenüberstellung von Grundgesetz und Scharia nicht geeignet ist, die erforderlichen Informationen für die Prüfung der Rechtstreue zu gewinnen. Sie insinuiert einen strukturellen Gegensatz zwischen Grundgesetz und Scharia schlechthin, der nicht den Fakten gerecht wird.⁷ Die Normenlehre des Islam (Scharia)⁸ umfasst religiöse Regelungen, die den Schutz der Religionsfreiheit des Grundgesetzes genießen. Auch in ihren rechtlichen Anteilen, etwa im Vertrags- und Wirtschaftsrecht, enthält die Scharia in erheblichem Umfang keine rechtsstaatswidrigen Normen.⁹ Manche traditionellen, teils bis heute fortgeführten Interpretationen, insbesondere in Fragen

der Geschlechtergleichheit, der Gleichbehandlung von Religionen und Weltanschauungen, der Staatsorganisation und der Körperstrafen, stehen allerdings in teils massivem Gegensatz zu Rechtsstaatsgrundsätzen.

Dies ist jedoch keineswegs zwingend. Zum einen sind die Rechtsnormen der Scharia nach ganz h.M. zeit- und ortsabhängig auszulegen, zum anderen enthält die Scharia schon seit Jahrhunderten den Grundsatz, dass Muslime in nicht-islamischen Ländern, in denen sie Sicherheit genießen, die dort geltenden Vorschriften respektieren müssen, anderenfalls müssen sie auswandern.¹⁰ Soll also die Rechtstreue im späteren Verfahrensgang geprüft werden, so bedarf es konkreter, auf Deutschland bezogener Fragestellungen.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Auswirkungen der Entscheidung für die Praxis sind erheblich. Muslimische Dachverbände wie auch ihre Untergliederungen sind seit einigen Jahren maßgebliche Akteure bei der Etablierung islamischen Religionsunterrichts. Nur größere Organisationen verfügen über die hierfür personellen und finanziellen Kapazitäten, und selbst diese stützen sich weitestgehend auf ehrenamtliche Tätigkeit.¹¹ Wollen die Bundesländer sich nicht auf verfassungsrechtlich zweifelhafte Modelle eines alleine in staatlicher Verantwortung veranstalteten Islamunterrichts stützen, so bieten sich nun erleichterte Kooperationsmöglichkeiten. Angesichts der noch im Fluss befindlichen Selbstorganisation von Muslimen in Deutschland, den begrenzten personellen und finanziellen Mitteln, der innerislamischen Pluralität und der vergleichsweise hohen Individualität muslimischen Glaubensverständnisses mögen sich Kooperationsmodelle anbieten, die über eine rein informelle Einbeziehung muslimischer Kooperationspartner hinausgehen, aber institutionell stark kooperativ angelegt sind, wie etwa das in Baden-Württemberg jüngst etablierte Stiftungsmodell.¹²

6 Vgl. hierzu das grundlegende Urteil des BVerfG v. 19.12.2000 (2 BvR 1500/97) zu den Zeugen Jehovas.

7 Vgl. Rohe, *Der Islam in Deutschland*, 2. Aufl. 2018, S. 249 ff. m.w.N.

8 Vgl. hierzu Rohe, *Das islamische Recht: Geschichte und Gegenwart*, 3. Aufl. 2011, S. 9 ff. m.w.N.

9 Vgl. Rohe, *Das islamische Recht: Geschichte und Gegenwart*, 3. Aufl. 2011, S. 103 ff., 234 ff., 368 ff. m.w.N.

10 Vgl. Rohe, *Das islamische Recht: Geschichte und Gegenwart*, 3. Aufl. 2011, S. 158 ff., 386 ff. m.w.N.

11 Vgl. hierzu Rohe, *Der Islam in Deutschland: Eine Bestandsaufnahme*, 2. Aufl. 2018, S. 117 ff. m.w.N.

12 Vgl. den Bericht des SWR vom 29.01.2019, abrufbar unter www.swr.de/swr/aktuell/baden-wuerttemberg/Modellprojekt-wird-abgeloest-Baden-Wuerttemberg-gruendet-Stiftung-fuer-islamischen-Religionsunterricht,stiftung-islamischer-religionsunterricht-100.html (zuletzt abgerufen am 26.06.2019).

E. Bewertung

Die Entscheidung trägt wesentlich dazu bei, die institutionellen Voraussetzungen für die Einrichtung des ganz überwiegend als wünschenswert angesehenen islamischen Religionsunterrichts in öffentlichen Schulen zu klären. Das BVerwG löst sich von einem engen organisatorischen Vorverständnis, das von den christlichen Kirchen vorgeprägt ist, jedoch nicht in all seinen Aspekten auch sachliche Notwendigkeiten widerspiegelt. Die Formulierung verbindlicher Glaubenswahrheiten durch ein religiöses Gremium oder Oberhaupt ist jedenfalls dem sunnitischen Islam fremd. Gelehrte können Gutachten und Empfehlungen abgeben, die dann allerdings von der persönlichen Autorität der Gutachter abhängen. Eben solche Empfehlungen haben die einschlägigen Gremien der Kläger formuliert.

Damit bleibt mit dem BVerwG nur noch zu prüfen, ob die einschlägigen Gremien der Kläger in nennenswerter Zahl Lehrmeinungen im Hinblick auf Glaubensinhalte und sich daraus ergebende Verhaltensanforderungen abgeben, und ob die Verantwortlichen und Mitglieder der Moscheegemeinden davon zuverlässig Kenntnis erhalten und sich daran orientieren.

Mit alledem erfolgt ein weiterer Schritt hin zu einem allgemeinen Religionsverfassungsrecht, welches zwar die historischen Besonderheiten der religiösen Prägung Deutschlands würdigt, aber doch gleiche Teilhabevoraussetzungen für alle Religionen und Weltanschauungen bereithält. Die Eingliederung muslimischer Organisationen in das deutsche Religionsverfassungsrecht ist letztlich ein Lackmestest für dessen Zukunftsfähigkeit angesichts zunehmender religiöser und weltanschaulicher Pluralität in Deutschland. Dass diese Eingliederung ohne Rechtsänderungen erfolgen kann, zeigt die hier besprochene Entscheidung.

Offenbleiben andere wichtige Fragen im Hinblick auf die Qualifikation muslimischer Organisationen als Religionsgemeinschaft. In Hessen ist die seit 2012 bestehende Kooperation mit DITIB, der zahlenmäßig größten muslimischen Organisation, fraglich geworden. Grund hierfür ist die geschlossene institutionelle Verbindung des dortigen Landesverbandes über den Bundesverband mit der türkischen staatlichen Religionsbehörde Diyanet. Diese Verbindung sowie der Umstand, dass die bei DITIB tätigen Imame bislang Angestellte dieser Behörde sind, die unter der Dienstaufsicht der Generalkonsulate stehen, haben Zweifel an der hinreichenden Unabhängigkeit von staatlicher Einflussnahme entstehen lassen.¹³ Nach nicht dementierten Berichten arbeiten von Diyanet entsandte Imame auch bei der Organisation Millî Görüş.¹⁴ Auch hier wird

nach allgemeingültigen rechtsstaatlichen Maßstäben auszuloten sein, wo die Grenzen einer grds. rechtlich zulässigen und für die Einstufung als Religionsgemeinschaft unschädlichen Auslandsfinanzierung liegen. Der Rechtsstaat verfügt über die Instrumente, mögliche Bedrohungen der freiheitlichen Verfassungsordnung abzuwehren, ohne in pauschal islamkritisches Hyperventilieren zu verfallen.

13 Vgl. hierzu die Information des Hessischen Kultusministeriums über die Gutachten von Isensee, Rohe und Seufert aus dem Jahr 2017, abrufbar unter <https://kultusministerium.hessen.de/pressearchiv/pressemitteilung/ditib-hessen-als-kooperationspartner-fuer-bekennnisorientierten-islamischen-religionsunterricht-0> (zuletzt abgerufen am 26.06.2019) sowie den Bericht „Land bereitet Islamunterricht ohne Ditib vor“ vom 20.02.2019 (abrufbar unter <https://www.hessenschau.de/gesellschaft/land-bereitet-islamunterricht-ohne-ditib-vor,islamunterricht-hessen-ditib-100.html>, zuletzt abgerufen am 26.06.2019) über die weiteren Entwicklungen in Hessen.

14 Vgl. Rohe, Der Islam in Deutschland: Eine Bestandsaufnahme, 2. Aufl. 2018, S. 144 m.w.N.

Unzulässiger Verzicht auf Reisekosten für Klassenfahrten

BVerwG, Urt. v. 23.10.2018 - 5 C 9/17

RiBVerwG Hans-Jörg Holtbrügge

A. Problemstellung

Schulfahrten gehören in vielfältiger Form zum Schulalltag. Als eintägige Exkursionen oder „Wandertage“, mehrtägige Klassenfahrten oder Fahrten zum Abschluss der Schullaufbahn sind sie seit Jahren fester und unbestrittener Bestandteil des schulischen Bildungs- und Erziehungsauftrags, dessen Bedeutung auch in den jeweiligen schulrechtlichen Bestimmungen zum Ausdruck kommt. Die für diese schulischen Veranstaltungen auf die Schülerinnen und Schüler entfallenden Kosten tragen diese grds. selbst. Wer (und in welchem Umfang) trägt die Kosten für die die Fahrten begleitenden Lehrkräfte? Haben sie gegen den Dienstherrn Anspruch auf vollständige Erstattung der Kosten auch wenn sie vorher formularmäßig teilweise hierauf verzichtet haben? Hierüber hatte das BVerwG zu entscheiden.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Kläger beantragte als beamteter Realschullehrer im Dienst des beklagten Landes 2013 bei seiner Schulleitung die

Genehmigung einer Abschlussfahrt nach Berlin. Das an der Schule verwendete Antragsformular enthielt u.a. den Hinweis, dass ein Verzicht auf Reisekostenvergütung nicht erwartet werde, aber bei bereits verbrauchten Reisekostenmitteln die Veranstaltung ermöglichen könne. Im Anschluss daran enthielt das Antragsformular auch die Formulierung „Ich verzichte auf den ... € übersteigenden Betrag“. Der Kläger entschied sich für diesen Teilverzicht auf Reisekostenvergütung, wobei er den von ihm beanspruchten Betrag offenließ. Die Schulleitung genehmigte die Fahrt, ermittelte entsprechend einer bestehenden Praxis eine Zuteilungsquote für die durch Klassenfahrten an der Schule angefallenen Reisekosten und setzte den sich hieraus für den Kläger ergebenden Betrag i.H.v. 88 € in das Antragsformular ein. Nach Durchführung der Klassenfahrt beantragte der Kläger die Vergütung von Reisekosten i.H.v. rund 197 €. Das Land bewilligte unter Hinweis auf die Teilverzichtserklärung eine Reisekostenvergütung von 88 €. Der Verwaltungsgerichtshof hat das Urteil des Verwaltungsgerichts, mit dem dieses das beklagte Land zur Zahlung des Differenzbetrages verpflichtet hat, geändert und die Klage abgewiesen.

Das BVerwG hat die erstinstanzliche Entscheidung wiederhergestellt. Ausschlaggebend hierfür war, dass dem nach den reisekostenrechtlichen Vorschriften des Landes grds. bestehenden Anspruch des Klägers auf vollständige Kostenerstattung der von ihm erklärte Teilverzicht auf Reisekostenvergütung nicht entgegensteht. Die Berufung des Landes hierauf stellt eine unzulässige Rechtsausübung dar. Das hierfür erforderliche qualifizierte Fehlverhalten des Dienstherrn liegt in einem Verstoß gegen die beamtenrechtliche Fürsorgepflicht, die insbesondere gebietet, dass der Dienstherr bei seinen Entscheidungen die wohlverstandenen Interessen des Beamten in gebührender Weise berücksichtigt. Die Verzichtabfrage war fürsorgewidrig, weil die Genehmigung der Dienstreise und Klassenfahrt an den (Teil-)Verzicht auf Reisekostenvergütung gekoppelt war.

Nach den Verwaltungsvorschriften des Landes dürfen Schulfahrten nur genehmigt werden, wenn die Schule über ausreichende Reisekostenmittel verfügt oder die Lehrkräfte (teilweise) auf Reisekostenerstattung verzichten. Letzteres war an der Schule des Klägers übliche Praxis, weil die der Schule zugewiesenen Reisekostenmittel zur Abdeckung der tatsächlichen Reisekosten regelmäßig nicht ausreichen. Die Verzichtabfrage setzte den Kläger in dieser Situation einem Interessenkonflikt aus, weil ihm damit die Verantwortung zugewiesen wurde, dass die Klassenfahrt stattfinden konnte. Dieser Konflikt wurde dadurch verstärkt, dass die Durchführung von Klassenfahrten auch aus Sicht des Landes eine wichtige staatliche Aufgabe im Rahmen des schulischen Erziehungs- und Bildungsauftrags ist, die zum

Kernbereich der dienstlichen Tätigkeiten des Klägers gehört. Da die Klassenfahrt in dem von der hierfür zuständigen Lehrerkonferenz beschlossenen Fahrtenprogramm der Schule enthalten war, war der Kläger verpflichtet, die Fahrt durchzuführen. Die Fürsorgepflichtverletzung wurde dadurch weiter vertieft, dass dem Kläger die Finanzierung einer staatlichen Aufgabe mit privaten Mitteln abverlangt wurde, was dem Zweck der Reisekostenvergütung zuwiderläuft.

Die Fürsorgepflichtverletzung ist dem Land auch zuzurechnen, weil die Schulleitung bei der Verzichtabfrage als Organ der Schule gehandelt und dabei lediglich die Verwaltungsvorschrift des Landes umgesetzt hat. Die Beschlüsse über die durchzuführenden Schulfahrten der Lehrerkonferenz als einem Organ der Schule, das die ihm übertragenen Aufgaben wahrnimmt, sind dem Land ebenfalls zuzurechnen, und zwar auch, soweit sie haushaltsrechtliche Vorgaben nicht beachtet haben.

C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung verneint die Frage, ob die Durchführung von Klassenfahrten von einem teilweisen Verzicht der Lehrkräfte auf Erstattung der für sie anfallenden Reisekosten abhängig gemacht werden kann. Sie ist im Fall eines beamteten Lehrers ergangen und steht im Ergebnis in einer Linie mit vorangegangenen Urteilen des VGH München vom 02.08.2007¹ und des OVG Münster vom 14.11.2012.² Für tarifbeschäftigte Lehrkräfte hat das BAG gleichlautend mit Urteil vom 16.10.2012³ entschieden.

D. Auswirkungen für die Praxis

Beamtete Lehrkräfte in Baden-Württemberg haben nach näherer Maßgabe der reisekostenrechtlichen Bestimmungen grds. Anspruch auf vollständige Erstattung der ihnen aus Anlass einer Klassenfahrt entstandenen Reisekosten. Ein etwaig von ihnen formulärmäßig erklärter Verzicht kann diesem Anspruch nicht entgegengehalten werden. Bei ungeschmälertem Schulfahrtenprogramm wird das Land die den Schulen aus Anlass von Schulfahrten anfallenden Reisekosten aufstocken müssen. Alternativ oder begleitend können auch Änderungen an den Schulfahrten in Erwägung gezogen werden. In ihren grundsätzlichen Aussagen dürfte die Entscheidung auch in den anderen Ländern von Bedeutung sein.

1 VGH München, Ur. v. 02.08.2007 - 14 B 04/3576.

2 OVG Münster, Ur. v. 14.11.2012 - 1 A 1579/10.

3 BAG, Ur. v. 16.10.2012 - 9 AZR 183/11.

Aufwendungen für ein Sky-Bundesliga-Abo als Werbungskosten

BFH, Urt. v. 16.01.2019 - VI R 24/16

RiBFH Dr. Roland Krüger

A. Problemstellung

Der Abzug von Aufwendungen im Grenzbereich zwischen der privaten Lebensführung und der Berufssphäre ist ein häufiges Streitthema zwischen Steuerpflichtigen und Finanzverwaltung. Nach § 9 Abs. 1 Satz 1 EStG sind Werbungskosten alle Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einnahmen. Der BFH bestimmt in ständiger Rechtsprechung auch den Werbungskostenbegriff nach dem bei den Betriebsausgaben gem. § 4 Abs. 4 EStG geltenden Veranlassungsprinzip.

§ 9 EStG dient der Abgrenzung der einkommensteuerrechtlich relevanten Erwerbssphäre von der einkommensteuerrechtlich irrelevanten Privatsphäre des Steuerpflichtigen. Der Werbungskostenabzug ist Ausdruck des Leistungsfähigkeitsprinzips und dient der Verwirklichung des objektiven Nettoprinzips, nach dem nur die Netto-Einkünfte (Einnahmen abzüglich Werbungskosten oder Betriebsausgaben) zu besteuern sind.¹

In der Praxis bereitet die Abgrenzung zwischen der Erwerbssphäre und der steuerlich grds. unbeachtlichen Sphäre der privaten Lebensführung allerdings regelmäßig Schwierigkeiten. Das vorliegende Besprechungsurteil betrifft genau diesen äußerst problematischen Grenzbereich.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Sachverhalt

Der Kläger war Co-Trainer der U 23 Mannschaft eines Fußballvereins und seit Juli des Streitjahres (2012) auch Torwarttrainer der Lizenzmannschaft. Er erzielte aus diesen Tätigkeiten Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit. Für ein Abonnement des Pay-TV-Senders „Sky“ zahlte der Kläger monatlich 46,90 €. Der Betrag setzte sich zusammen aus den Paketen „Fußball Bundesliga“, „Sport“ und „Sky Welt“.

In der Einkommensteuererklärung begehrte der Kläger den Werbungskostenabzug des Anteils seiner Aufwendungen für das „Sky“-Abonnement, der auf das Fußballpaket entfalle. Dies lehnte das Finanzamt ab. Auch die Klage verlief erfolglos.²

Auf die Revision des Klägers hob der BFH das Urteil der Vorinstanz jedoch auf und verwies die Sache an das Finanzgericht zur weiteren Sachaufklärung zurück.

II. Entscheidungsgründe

Der BFH hielt es im Streitfall nicht für ausgeschlossen, dass der Kläger die Aufwendungen für das Fußballpaket als Werbungskosten bei seinen Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit als Fußballtrainer geltend machen konnte.

1. Nach ständiger Rechtsprechung des BFH seien Werbungskosten (§ 9 Abs. 1 Satz 1 EStG) gegeben, wenn zwischen den Aufwendungen und den steuerpflichtigen Einnahmen ein Veranlassungszusammenhang bestehe. Davon sei auszugehen, wenn die Aufwendungen mit der Einkünfterzielung objektiv zusammenhingen und ihr subjektiv zu dienen bestimmt seien, d.h. wenn sie in wirtschaftlichem Zusammenhang mit den Einnahmen aus nichtselbständiger Arbeit stünden. Maßgeblich dafür, ob ein solcher Zusammenhang bestehe, sei zum einen die – wertende – Beurteilung des die betreffenden Aufwendungen „auslösenden Moments“, zum anderen dessen Zuweisung zur einkommensteuerrechtlich relevanten Erwerbssphäre. Dabei bildeten die Gründe, die den Steuerpflichtigen zu den Aufwendungen bewogen hätten, das auslösende Moment.

Ergebe die Prüfung, dass die Aufwendungen nicht oder in nur unbedeutendem Maße auf privaten, der Lebensführung des Steuerpflichtigen zuzurechnenden Umständen beruhten, so seien sie grds. als Werbungskosten abzuziehen. Beruhten die Aufwendungen hingegen nicht oder in nur unbedeutendem Maße auf beruflichen Umständen, so seien sie nicht abziehbar. Sei der erwerbsbezogene Anteil nicht von untergeordneter Bedeutung, könne eine Aufteilung und ein Abzug des beruflich veranlassten Teils der Kosten in Betracht kommen, sofern der den Beruf fördernde Teil der Aufwendungen sich nach objektiven Maßstäben zutreffend und in leicht nachprüfbarer Weise abgrenzen lasse.³

2. Gem. § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 6 EStG seien Werbungskosten auch Aufwendungen für Arbeitsmittel. Hierunter fielen alle materiellen und immateriellen Wirtschaftsgüter, die unmittelbar der Erledigung beruflicher Aufgaben dienten. Andererseits dürften Aufwendungen für die Lebensführung, die die wirtschaftliche oder gesellschaftliche Stellung des

¹ Schmidt/Krüger, EStG, 38. Aufl., § 9 Rn. 1.

² FG Düsseldorf, Urt. v. 14.09.2015 - 15 K 1712/15 E.

³ BFH, Beschl. v. 21.09.2009 - GrS 1/06 Rn. 92; BFH, Beschl. v. 24.09.2013 - VI R 35/11 Rn. 17; BFH, Urt. v. 08.07.2015 - VI R 46/14 Rn. 10.

Steuerpflichtigen mit sich bringe, nach § 12 Nr. 1 Satz 2 EStG nicht als Werbungskosten abgezogen werden, auch wenn sie zur Förderung des Berufs oder der Tätigkeit des Steuerpflichtigen getätigt würden.⁴

Bei Gegenständen, die auch im Rahmen der allgemeinen Lebensführung genutzt werden könnten, sei für die Einordnung als Arbeitsmittel der tatsächliche Verwendungszweck im Einzelfall maßgeblich.⁵ Die Güter müssten ausschließlich oder zumindest weitaus überwiegend beruflich genutzt werden. Eine geringfügige private Mitbenutzung sei unschädlich. Ob diese Voraussetzungen vorlägen, sei unter Würdigung aller Umstände nach der Funktion des Wirtschaftsguts im Einzelfall festzustellen.

3. Nach diesen Maßstäben könne das Urteil des Finanzgerichts keinen Bestand haben. In der Vorentscheidung fehlten Feststellungen zur tatsächlichen Verwendung des „Sky-Bundesligapakets“ durch den Kläger. Die Vorentscheidung gebe insoweit lediglich das Vorbringen des Klägers wieder, er habe das Paket einschließlich „Sky Go“ ausschließlich genutzt, um aus den übertragenen Spielen Erkenntnisse für seine berufliche Tätigkeit zu gewinnen. Das Finanzgericht habe jedoch keine Feststellungen dazu getroffen, ob und inwieweit dieser Vortrag zutreffe.

Stattdessen stütze das Finanzgericht seine Entscheidung ohne weitere Sachaufklärung allein auf den Charakter des streitigen Abonnements, das mit dem Bezug von allgemeinbildenden Tageszeitungen eher als mit Fachzeitschriften vergleichbar sei. Allerdings unterscheide sich das „Sky-Bundesliga-Abonnement“ von Tageszeitungen dadurch, dass Tageszeitungen in einem breit gefächerten Spektrum über Themen aus Politik, Wirtschaft, Gesellschaft, Kultur, Sport und anderen Bereichen berichten würden,⁶ wohingegen das „Sky-Bundesliga-Abonnement“ – vorausgesetzt, das Vorbringen des Klägers sei zutreffend – in seinem gesamten Angebot den beruflichen Interessen des Klägers zu dienen geeignet sei. Denn es umfasse nicht den Bereich Sport allgemein, sondern nur Bundesligaspiele. Zwar sei der Inhalt des Pakets – wie auch das Finanzgericht zu Recht ausgeführt habe – nicht nach Art einer Fachzeitschrift auf ein Fachpublikum zugeschnitten. Dies stehe der Annahme einer nahezu ausschließlichen beruflichen Verwendung aber insbesondere auch deshalb nicht entgegen, weil ein auf das Berufsbild des Klägers zugeschnittenes Angebot nicht auf dem Markt erhältlich sein dürfte. Allein aus dem allgemeinen Charakter des Abonnements könne daher nicht auf seinen konkreten Verwendungszweck im Streitfall geschlossen werden.

4. Die Vorentscheidung sei danach aufzuheben. Das Finanzgericht werde im zweiten Rechtsgang die notwendigen Feststellungen zur tatsächlichen Verwendung des Sky-Bundesliga-Abonnements nachholen müssen. Insoweit komme

auch die Vernehmung von Trainerkollegen des Klägers und von Spielern des Vereins in Betracht.

Sollte das Finanzgericht danach eine berufliche Verwendung des „Sky-Bundesligapakets“ feststellen, habe es die hierauf entfallenden Aufwendungen als Werbungskosten anzuerkennen.

Hinsichtlich der Zweitkarte und der ebenfalls geltend gemachten Aufwendungen für „Sky GO“ werde es auch festzustellen haben, ob insoweit eine private Nutzung vorliege, und dann ggf. den hierauf entfallenden Anteil vom Abzug als Werbungskosten ausschließen. Im Rahmen seiner Würdigung werde das Finanzgericht weiter zu berücksichtigen haben, dass der Kläger erst ab dem Monat Juli 2012 als Torwarttrainer tätig gewesen sei. Voraussetzung für einen Werbungskostenabzug für das gesamte Streitjahr 2012 sei, dass auch für die Monate Januar bis Juni 2012 eine berufliche Nutzung im Rahmen der vorangegangenen Tätigkeit des Klägers als Co-Trainer vorgelegen habe, was der Kläger bisher nicht vorgetragen habe.

C. Auswirkungen für die Praxis und Bewertung

Das Besprechungsurteil scheint auf den ersten Blick nur für einen kleinen Kreis von Steuerpflichtigen interessant zu sein. Wer ist schon beruflich Fußballtrainer und bezieht aus dieser Tätigkeit Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit? Bei näherer Betrachtung kommt dem Besprechungsurteil jedoch größere Bedeutung zu.

Zunächst verdeutlicht das Besprechungsurteil abermals, dass es für den Werbungskostenabzug von Aufwendungen des Steuerpflichtigen auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalls ankommt. Es lässt sich kein Rechtssatz dergestalt aufstellen, dass bestimmte Aufwendungen stets als Werbungskosten abziehbar sind oder ein solcher Abzug von vornherein nicht in Betracht kommt.

Der Werbungskostenabzug setzt vielmehr voraus, dass die jeweiligen Aufwendungen durch die konkrete Berufstätigkeit des jeweiligen Steuerpflichtigen veranlasst sind. Hierzu müssen sie in einem objektiven Zusammenhang mit der Berufstätigkeit stehen und subjektiv zur Förderung der Berufstätigkeit aufgewendet werden. So können z.B. die Notenblätter, die ein Musiklehrer kauft, bei diesem Werbungskosten sein, während der Kauf der gleichen Notenblätter bei einem angestellten Rechtsanwalt, Arzt oder Richter nicht zu Werbungskosten führt. Die Geige eines

4 BFH, Beschl. v. 07.04.2005 - VI B 168/04 Rn. 7.

5 BFH, Beschl. v. 30.06.2010 - VI R 45/09 Rn. 12 m.w.N.

6 Siehe BFH, Beschl. v. 07.04.2005 - VI B 168/04 Rn. 8.

Berufsmusikers kann dessen Arbeitsmittel sein. Schafft ein kaufmännischer Angestellter eine solche Geige an, wird bei ihm kein Arbeitsmittel vorliegen und ein Werbungskostenabzug damit ausscheiden.

Auch das Finanzgericht ist im vorliegenden Fall der Versuchung erlegen, aus dem vermeintlich objektiven Charakter des „Sky-Bundesligapakets“, das bei den allermeisten Steuerpflichtigen nicht zu Werbungskosten führen wird, auch beim Kläger den Werbungskostenabzug zu versagen. Dies war im Hinblick auf die vom Kläger konkret ausgeübte Berufstätigkeit als Fußballtrainer jedoch rechtsfehlerhaft. Sofern der Kläger das „Sky-Bundesligapaket“ tatsächlich nahezu ausschließlich beruflich verwendet haben sollte, könnte ihm der Werbungskostenabzug nicht versagt werden.

Es ist sicherlich nicht zu verkennen, dass die Feststellung des konkreten Veranlassungszusammenhangs von Werbungskosten im Einzelfall mit erheblichen Mühen verbunden sein kann. Diesen Mühen müssen sich Finanzamt und Finanzgericht als Tatsacheninstanz im gerichtlichen Verfahren jedoch unterziehen. Das Finanzgericht darf die erforderliche Sachverhaltsermittlung nicht durch Mutmaßungen, vermeintliche Erfahrungssätze oder den vermeintlich objektiven Charakter bestimmter Aufwendungen oder Wirtschaftsgüter ersetzen.

Im vorliegenden Fall hat der BFH dem Finanzgericht zur Tatsachenfeststellung auch einen Weg aufgezeigt, indem er die Vernehmung von Trainerkollegen des Klägers und von Spielern in Betracht gezogen hat.

Die objektive Feststellungslast für den Werbungskostenabzug trägt freilich der Steuerpflichtige. Lässt sich die berufliche Veranlassung der geltend gemachten Aufwendungen nicht nachweisen, geht dies zulasten des Steuerpflichtigen. Der Werbungskostenabzug scheidet dann aus.

Das Besprechungsurteil bestätigt darüber hinaus erneut die (neuere) Rechtsprechung des BFH zum Aufteilungsgebot beim Werbungskostenabzug.⁷ Der BFH hat die Aufwendungen des Klägers für das „Sky-Pay-TV-Abo“ insoweit als aufteilbar angesehen, als sie auf die verschiedenen Pakete entfielen. Die Aufwendungen für das „Sky Bundesligapaket“ konnten von den übrigen, nicht abziehbaren Aufwendungen abgetrennt und einer gesonderten Prüfung unterzogen werden. Hätte der BFH die Aufwendungen für das „Sky-Pay-TV-Abo“ nicht als aufteilbar angesehen, wäre auch der Abzug der Aufwendungen für das „Sky Bundesligapaket“ von vornherein nicht in Betracht gekommen.

Strafrecht

Mord oder Totschlag anhand des „objektiven Bild[es] des Geschehens“? BGH, Beschl. v. 16.08.2018 - 1 StR 370/18

RA Prof. Dr. Guido Britz

A. Problemstellung

Der Straftatbestand des Mordes weist bekanntlich diverse Schwierigkeiten und Untiefen auf. Diese beginnen bei seiner vermeintlich finsternen Herkunft¹ und reichen über diffizile Auslegungsfragen bis hin zur verfassungsrechtlichen Kritik. Dass die Tötungsdelikte mit dem „Mord“ in ihrem Gravitationszentrum Zielobjekt verschiedener Reformansätze und -vorhaben waren,² ist deshalb kaum verwunderlich. In seiner nach wie vor gültigen Konzeption setzt sich der Mordtatbestand aus einem Tötungsdelikt einerseits und verbösernden Kriterien³ andererseits zusammen. Lässt sich im konkreten Einzelfall eine Verknüpfung von beidem herstellen, resultiert hieraus nach dem historischen Willen des Gesetzgebers und dem Gesetzeswortlaut eine lebenslange Freiheitsstrafe. Alles ganz einfach ließe sich naiv formulieren. Aber die Kombination von Tötungsdelikt und verschlimmernden Merkmalen in unmittelbarer Ausrichtung auf die lebenslange Freiheitsstrafe birgt erhebliche Brisanz. So ließe sich außerhalb des Normenprogramms vorweg die Frage aufwerfen, ob unter Berücksichtigung eines ethisch, religiös, moralisch und verfassungsrechtlich unterfütterten Tötungsverbots die Eliminierung eines Menschen überhaupt einer Überhöhung durch eine separate Verwerflichkeits- oder Gefährlichkeitsprüfung bedarf; mithin ausgewählte tat- oder täterbezogene Umstände zusätzlich festgestellt werden müssen.⁴ Oder mit anderen Worten: Genügt zum Mord nicht die vorsätzliche Tötung eines anderen Menschen?

1 Gemeint ist hiermit das Gesetz zur Änderung des RStGB vom 04.09.1941 (RGBl. I, 549); zur nationalsozialistischen Strafrechtsideologie in Bezug auf den Straftatbestand des Mordes: Braum, KritV 1995, 371 ff.; Frommel, JZ 1980, 559 ff.

2 Zur Übersicht über die Reformbestrebungen: Eser/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, StGB, Vor § 211 Rn. 2a f. m.w.N.; Fischer, StGB, § 211 Rn. 3 ff. m.w.N.

3 Zu den Mordmerkmalen und deren Einteilung: Fischer, StGB, § 211 Rn. 7, 33; Wenkel in: HK, GS, § 211 Rn. 3.

4 Zu dieser „deutsch-rechtlichen Entwicklungslinie“: Eser/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, StGB, § 211 Rn. 4; Neumann in: NK, StGB, Vor § 211 Rn. 150 f.

7 Grundlegend: BFH, Beschl. v. 21.09.2009 - GrS 1/06.

Aber so weit ist man hierzulande noch nicht.⁵ Demzufolge bleibt nur das Gründeln im vielschichtigen Sediment um die einzelnen Mordmerkmale. Denn deren Auslegung kommt – auch aus spezifischer verfassungsrechtlicher Perspektive – maßgebliche Relevanz mit Blick auf den gesetzlich vorgegebenen Automatismus „Tötung plus Mordmerkmal gleich lebenslang“⁶ zu. Ausgangspunkt der spezifischen Interpretation des einzelnen Merkmals ist der Befund, dass durchweg objektive wie subjektive⁷ Komponenten gegeben sein müssen. Exemplarisch exerziert der 1. Strafsenat dies in der hier besprochenen Entscheidung am Beispiel der Heimtücke und damit an einem häufigen,⁸ aber auch sehr problematischen⁹ Mordmerkmal durch.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Sachverhalt, mit dem sich der BGH zu befassen hatte,¹⁰ lässt sich als „Party-Fall“ betiteln. Denn auf einer privaten Feierlichkeit ist es zur Eskalation gekommen: Der bereits alkoholisiert erscheinende und sodann weiter trinkende Angeklagte wurde schließlich gegen seinen Widerstand vom Gastgeber und weiteren Gästen von der Gartenparty entfernt. Denn er war mit dem späteren Opfer in Streit geraten. Aber auch sonst wurde sein Verhalten von Partygästen als unangemessen sowie distanzlos empfunden. Zuhause bewaffnete sich der Angeklagte mit zwei großen Küchenmessern (Klingelängen von 19 cm und 19,5 cm) und kehrte – in jeder Hand ein Messer – zurück. Mit dem Ruf: „Ich bringe euch alle um!“ betrat er den Garten und steuerte auf den Geschädigten zu. Dieser saß zu diesem Zeitpunkt in der Nähe des Eingangs auf einem Stuhl, war mit seinem Handy beschäftigt und hörte den Ruf nicht. Da einer der Anwesenden rief: „Lauf weg, der kommt mit Messern“ und der Geschädigte den Angeklagten herankommen sah, wollte er aufstehen. Ein in Richtung des Oberkörpers mit Tötungswillen geführter wuchtiger Messerstich traf ihn nur in den Oberschenkel. Verletzt wurde eine Beinarterie, sodass es innerhalb kürzester Zeit zu einem Blutverlust von mindestens drei Litern kam. Der Angeklagte – erkennend, dass er das Opfer schwer verletzt hatte und es ohne sofortige Hilfe wegen der starken Blutung sterben würde – verließ die Örtlichkeit; vom Gastgeber aus dem Garten geschoben. Der Geschädigte konnte gerettet werden.

Ausgehend davon hatte das LG Augsburg sowohl den Tötungsvorsatz als auch das Mordmerkmal der Heimtücke bejaht¹¹ und demzufolge wegen versuchten (Heimtücke-) Mordes verurteilt. Denn beim Messerangriff sei das Tatopfer arg- und wehrlos gewesen. Zudem habe der Angeklagte mit dem erforderlichen Ausnutzungsbewusstsein gehandelt. Der 1. Strafsenat erachtete die Verurteilung wegen versuchten Mordes als rechtsfehlerhaft. Die subjektive Seite der Heimtücke sei nämlich nicht ausreichend belegt.¹² Insbesondere habe das Landgericht nicht ausgeführt, wor-

aus sich das maßgebliche Ausnutzungsbewusstsein ergeben solle.¹³

Zur subjektiven Seite des Mordmerkmals der Heimtücke verweist der BGH darauf, dass es nicht genüge, dass der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Tatopfers erkenne. Erforderlich sei weiterhin, dass die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tötung ausgenutzt werde.¹⁴ Präzisierend wird seitens des Senats unter Verweis auf seine bisherige Rechtsprechung ausgeführt, dass die skizzierten Voraussetzungen erfüllt seien, wenn der Täter die die Heimtücke begründenden Umstände nicht nur in einer äußerlichen Weise wahrgenommen, sondern im Sinne ihrer Bedeutung für die Tatbegehung derart erfasst habe, dass ihm bewusst geworden sei, einen durch seine Ahnungslosigkeit schutzlosen Menschen zu überraschen.¹⁵ Dieses Ausnutzungsbewusstsein¹⁶ kann dem BGH zufolge bereits dem objektiven Bild des (Tat-)Geschehens entnommen werden, wenn dessen gedankliche Erfassung durch den Täter auf der Hand liegt.¹⁷ Bei einem psychisch normal disponierten Täter ist dies „in objektiv klaren Fällen“¹⁸ gewissermaßen der Regelfall; und zwar selbst dann, wenn die Tat einer raschen Eingebung folgend begangen wird oder ansonsten eine affektive Erregung oder eine heftige Gemütsbewegung vorliegt. Denn in diesen Situationen ist die Fähigkeit des Täters, die Tatsituation in ihrem Bedeutungsgehalt für das Opfer realistisch wahrzunehmen, nicht ohne Weiteres beeinträchtigt.¹⁹ Umgekehrt können Spontanität des

5 Zur Konzeption der vorsätzlichen Tötung bzw. des Totschlags nach deutschem Verständnis als „Mord“: § 75 StGB (Österreich); vgl. hierzu Tipold in: PK, StGB, § 75 Rn. 1. Im schweizerischen Strafrecht wurde 1990 auf die bis dahin zwingende lebenslange Freiheitsstrafe für Mord verzichtet; vgl. hierzu Pieth, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., S. 12, 15 ff.

6 Kritisch zu diesem „Automatismus“ Wenkel in: HK, GS, § 211 Rn. 2.

7 Zum subjektiven Tatbestand der Mordmerkmale: Fischer, StGB, § 211 Rn. 80, 82.

8 Eser/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, StGB, § 211 Rn. 22.

9 Zusammenfassend zur Kritik: Wenkel in: HK, GS, § 211 Rn. 15. Zur Reformdiskussion bezüglich der Heimtücke: Fischer, StGB, § 211 Rn. 34a, 45.

10 Zum Sachverhalt: BGH, Beschl. v. 16.08.2018 - 1 StR 370/18 Rn. 3.

11 BGH, Beschl. v. 16.08.2018 - 1 StR 370/18 Rn. 4.

12 BGH, Beschl. v. 16.08.2018 - 1 StR 370/18 Rn. 5.

13 BGH, Beschl. v. 16.08.2018 - 1 StR 370/18 Rn. 8.

14 BGH, Beschl. v. 16.08.2018 - 1 StR 370/18 Rn. 6. Das sog. Ausnutzungsbewusstsein ist grds. anerkannt; vgl. Eser/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, StGB, § 211 Rn. 25; Fischer, StGB, § 211 Rn. 44.

15 BGH, Beschl. v. 16.08.2018 - 1 StR 370/18 Rn. 6 m.w.N.

16 Instrukтив hierzu: Fischer, StGB, § 211 Rn. 44, 80. Kritisch gegenüber dem sog. Ausnutzungsbewusstsein: Rengier, NStZ 2004, 233 ff.; Rengier in: Festschrift für Küper, S. 473 ff., 478 ff.; Dannhorn, NStZ 2007, 297 ff.

17 BGH, Beschl. v. 16.08.2018 - 1 StR 370/18 Rn. 7.

18 BGH, Beschl. v. 16.08.2018 - 1 StR 370/18 Rn. 7.

19 Vgl. hierzu auch Wenkel in: HK, GS, § 211 Rn. 13.

Tatenschlusses in Zusammenhang mit der Vorgeschichte der Tat und dem psychischen Zustand des Täters ein Beweisanzeichen dafür sein, dass das Ausnutzungsbewusstsein fehlte.

Übertragen auf den Sachverhalt ist der 1. Strafsenat der Ansicht, dass schon der objektive Geschehensablauf nicht erkennen lasse, dass sich der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers zunutze machen wollte.²⁰ Dies wird unmittelbar daraus abgeleitet, dass der Beschuldigte mit deutlich sichtbarer Bewaffnung – ein großes Messer in jeder Hand – und dem vernehmbaren Ruf: „Ich bringe euch alle um!“ die Gartenparty erneut aufsuchte. Flankierend kommen die erhebliche Alkoholisierung und die mögliche²¹ affektive Beeinträchtigung wegen des vorangegangenen Geschehens hinzu.

C. Auswirkungen für die Praxis

Mit seiner Entscheidung mahnt der BGH gewissermaßen Präzision bei der Subsumtion des festgestellten Sachverhalts an. Denn nicht selten beschränken sich die Instanzgerichte darauf, dem durch eine unter Umständen langwierige wie komplizierte Beweisaufnahme rekonstruierten Tatgeschehen schlicht die anzuwendenden Strafnormen einschließlich der Definition der relevanten Tatbestandsmerkmale gegenüberzustellen. Finden sich dann noch vermeintlich einschlägige Entscheidungen vor allem des BGH, welche sich zwanglos zitieren lassen, wird das Urteil aus der Perspektive des Tatgerichts „rund“. Die revisionsgerichtliche Gegenkontrolle vermag indessen die Lücken offenzulegen. Vor Floskelei – in welcher Form auch immer – ist daher zu warnen.

Im Rahmen des subjektiven Tatbestandes der Heimtücke, welcher neben dem Vorsatz maßgeblich ein Ausnutzungsbewusstsein voraussetzt, könnte das vom 1. Strafsenat hervorgehobene „objektive Bild des Geschehens“ – soweit ersichtlich, eine sich nunmehr verstetigende Novität²² – zur Entlastung bei der Bewertung beitragen. Indessen ist nur vermeintlich sicheres Terrain gegeben. Denn zum einen ergibt es sich erst aus einer tatrichterlichen Rekonstruktion des vermeintlichen Geschehens; zum anderen ist das „objektive Bild des Geschehens“ trügerisch. Dies veranschaulicht der vorliegende Fall: Denn beim Angeklagten – ebenfalls ein Partygast – dürfte es sich um einen Bekannten und Nachbarn gehandelt haben, dem tödliche wirkende Aggressionen jedenfalls bislang nicht zugetraut wurden. Zudem wurde er nach dem Rauswurf von der Gastgeberin nach Hause begleitet.²³ Wohl völlig unvorhersehbar tauchte er anschließend wieder auf; bereits mit zwei Messern in den Händen. Das Tatopfer saß zu diesem Zeitpunkt direkt am Eingang in einem Stuhl, war mit seinem Handy beschäftigt und wurde sofort attackiert. Frage: Hat der Täter – trotz Alkoholisierung und emotionaler Belastung aufgrund des

Vorgeschehens – dessen Überraschung nicht bewusst instrumentalisiert, indem er gezielt zustach, bevor sich der derart Überrumpelte von dem Stuhl zu erheben vermochte? Also doch Heimtücke?

Das „objektive Bild vom Geschehen“ schließt andere Perspektiven und Bewertung demzufolge nicht aus. Oder anders gewendet: Das „objektive Bild vom Geschehen“ ist eine Schimäre. Von dieser „Figur“ sollte daher sofort wieder Abschied genommen werden. Die vom BGH intendierten Erleichterungen bei der Subsumtion des Ausnutzungsbewusstseins überzeugen nämlich letztlich nicht und sind überdies geeignet, die notwendige restriktive Auslegung des Mordmerkmals gewissermaßen zu umgehen. Umgekehrt sind mit der Entscheidung des 1. Strafsenats über das „objektive Bild vom Geschehen“ Kunstgriffe bei der Interpretation des subjektiven Tatbestands des Mordmerkmals der Heimtücke möglich.

D. Fazit

Die Entscheidung des 1. Strafsenats dokumentiert, welche Verästelungen und Feinheiten bei der Auslegung des Straftatbestandes des Mordes zu beachten sind. Einen Block bildet hierbei die Tötung mit dem hierzu erforderlichen Vorsatz; zumindest in Form des Eventualvorsatzes.²⁴ Ein weiterer Block beinhaltet die Interpretation der Mordmerkmale mit ihren spezifischen objektiven und subjektiven Voraussetzungen; unter Berücksichtigung einer verfassungsrechtlich gebotenen restriktiven Auslegung.²⁵ Beide Blöcke sind indessen aufgrund tatbestandlicher Vorgaben inhaltlich verbunden. Kritische Übergänge ergeben sich vor allem im subjektiven Bereich.²⁶ Als nach wie vor äußerst problematisch erweist sich wieder einmal das Mordmerkmal der Heimtücke.

20 BGH, Beschl. v. 16.08.2018 - 1 StR 370/18 Rn. 8.

21 Hiervon muss – in dubio pro reo – zugunsten des Angeklagten ausgegangen werden; vgl. BGH, Beschl. v. 16.08.2018 - 1 StR 370/18 Rn. 8.

22 BGH, Beschl. v. 16.08.2018 - 1 StR 370/18 Rn. 7 unter Verweis auf BGH, Beschl. v. 20.07.2018 - 2 StR 5/13; BGH, Urt. v. 15.11.2017 - 5 StR 338/17; BGH, Beschl. v. 16.05.2018 - 1 StR 123/18.

23 BGH, Beschl. v. 16.08.2018 - 1 StR 370/18 Rn. 3.

24 Dass der Vorsatz Probleme bereiten kann, ist nicht zuletzt durch die diversen sog. Raser-Entscheidungen hinreichend deutlich geworden; vgl. BGH, Urt. v. 01.03.2018 - 4 StR 399/17; BGH, Urt. v. 01.03.2018 - 4 StR 311/17; LG Berlin, Urt. v. 27.02.2017 - (535 Ks) 251 Js 52/16 (8/16); zur Thematik: Walter, NJW 2017, 1350 ff.; Kubiciel/Hoven, NStZ 2017, 439 ff.

25 BVerfG, Urt. v. 21.06.1977 - 1 BvL 14/76. Bezogen auf die Heimtücke: Eser/Sternberg-Lieben in: Schönte/Schröder, StGB, § 211 Rn. 22.

26 Exemplarisch: Mordlust und direkter Tötungsvorsatz (hierzu Wenkel in: HK, GS, § 211 Rn. 22); Verdeckungsabsicht und bedingter Vorsatz (hierzu Fischer, StGB, § 211 Rn. 79a).

BVerfG und Grundgesetz – Ferdinand Kirchhof im Gespräch

Ferdinand Kirchhof ist Professor für Öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht an der Universität Tübingen und war bis Ende 2018 Vizepräsident des BVerfG. Wir sprachen mit ihm über die Arbeitsweise des BVerfG, dessen Verhältnis zur Politik und über aktuelle Herausforderungen, denen sich das Grundgesetz gegenüber sieht.

Winterhoff: Lieber Herr Kirchhof, Sie waren über elf Jahre lang Richter des BVerfG. Welche Entscheidungen halten Sie aus heutiger Sicht für besonders bedeutsam? Gibt es auch Entscheidungen, die Auswirkungen hatten, die Sie nicht erwartet hätten?

Kirchhof: Jede Entscheidung der beiden Senate war für ihren Bereich wichtig; sonst würde sie gar nicht vor den Senat gebracht. Die Urteile zur Lebenspartnerschaft und zum Existenzminimum waren z.B. für die Gesellschaft bedeutend, die Entscheidungen zu Euro und Lissabon für das supranationale Verhältnis von erheblicher Relevanz. Überraschend fiel für mich manchmal die Reaktion der Öffentlichkeit auf Entscheidungen aus. So hat das „Nichtraucher“-Urteil einen großen Widerhall in den Medien gefunden, obwohl es staatsrechtlich ein weniger bedeutsames Thema war.

Gibt es Entscheidungen, die Ihnen besonderes Kopfzerbrechen bereitet haben?

Viele Entscheidungen waren intellektuell sehr fordernd. Da erweist es sich als Vorteil, dass im Senat acht Mitglieder mitwirken; jeder leistet seinen Beitrag und zum Schluss entscheidet das Team. Schwierig waren manche Urteile wegen ihrer komplexen Sachverhalte, z.B. die Urteile zum Tagebau Garzweiler oder zum BKA-Gesetz. Andere Fälle wiesen eine Fülle von Normen auf, die geprüft werden mussten, beispielsweise das Verfahren über das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz, das private und gesetzliche Krankenversicherungen betraf.

Sehen Sie beim BVerfG und seinem Prozessrecht Reformbedarf, braucht es etwa einen weiteren Senat?

Um Gottes Willen, bloß nicht! Bereits ein Zwillingsgericht aus zwei Senaten muss schwierige Abstimmungen zwischen beiden Spruchkörpern vornehmen; die Existenz von sechs Kammern steigert das Problem. Ein dritter Senat und drei zusätzliche Kammern würden mehr Schwierigkeiten bringen als Probleme lösen. Reformen sind denkbar, aber nicht in diese Richtung.

Ohne dass ich Sie zu einem Bruch des Beratungsgeheimnisses verführen möchte: Wie können wir uns die Beratung im Senat vorstellen?

Konstruktive Teamarbeit; jeder erbringt aus seiner persönlichen Perspektive einen Beitrag zu dem nachher meist von

allen getragenen Ergebnis. Deshalb aber auch: zeitintensive und durchaus anstrengende Diskussionen.

Viele Entscheidungen werden von den mit jeweils drei Richtern besetzten Kammern getroffen. Hat sich dieses Verfahren bewährt?

Ja.

Wie viele Wissenschaftliche Mitarbeiter sind für jeden Verfassungsrichter tätig? Wie sind sie qualifiziert? Wäre bei zunehmendem Geschäftsanfall eine weitere Erhöhung ihrer Zahl denkbar?

Jedem Richter stehen mittlerweile vier Mitarbeiter zu. In der Regel sind es Abgeordnete Richter oder Staatsanwälte. Erhöhen würde ich die Anzahl nicht weiter; sonst gibt es Abstimmungsschwierigkeiten.

Wie sieht der Alltag eines Verfassungsrichters jenseits der Senatsverfahren aus?

Jeder ist mit den zahlreichen schriftlichen Verfahren der Kammern beschäftigt. Sie bilden den Großteil der Alltagsarbeit, denn selbst hinter einer nicht begründeten Nichtannahme steht immer ein ausführliches, internes Votum über den Fall.

Viele Beschwerdeführer sind nicht zufrieden, wenn sie als Entscheidung den häufigen „Dreizeiler“ erhalten, also eine Nichtannahmeentscheidung ohne Begründung. Warum das?

Der Beschwerdeführer hat immer die Möglichkeit, seinen Fall und dessen Bedeutung ausführlich vorzutragen. Danach beginnt eine intensive Arbeit am Fall im Gericht. Dann eine Nichtannahme in offensichtlichen Fällen noch zu begründen, würde die Arbeitskraft des Gerichts bei etwa 6.000 Verfassungsbeschwerden im Jahr überfordern.

Prof. Dr. Ferdinand Kirchhof



Vizepräsident des BVerfG a.D.

Herr Prof. Dr. Kirchhof wurde 2007 zum Richter des BVerfG im Ersten Senat ernannt. Seit März 2010 war er Vizepräsident und Vorsitzender des Ersten Senats des BVerfG. Sein Dezernat umfasste seit seinem Amtsantritt das Sozialrecht einschließlich des Sozialversicherungsrechts. Am 30.11.2018 erfolgte sein Eintritt in den Ruhestand.

Bedarf es einer größeren richterlichen Zurückhaltung in Karlsruhe, um den politischen Spielraum Berlins zu wahren?

Wenn das Grundgesetz vorsieht, dass das BVerfG in politisch umstrittenen Fragen entscheidet, darf der Richter sich nicht vor einem Urteil scheuen. Das Gericht wahrt den Spielraum der Politik umfassend. Es hält deren Einschätzungsprärogative immer offen. Es greift nur ein, wenn die Grenzen, die das Grundgesetz gezogen hat, überschritten wurden. Meist stellt es lediglich fest, dass ein Gesetz verfassungswidrig ist, statt es für nichtig zu erklären; damit wird die Korrektur dem Parlament aufgegeben und es kann selbst wieder entscheiden.

In jüngerer Zeit werden immer neue Vorhaben diskutiert, die die Freiheit des Einzelnen zurückdrängen, z.B. eine Tempobremse für neue Autos oder die Widerspruchslösung bei Organspenden. Gerät unsere Freiheit dadurch in Gefahr?

Freiheit ist immer in Gefahr und muss täglich neu erkämpft werden. Nur die Streitplätze ändern sich. Da ist es gut, wenn der Bürger auf ein unabhängiges Gericht vertrauen kann.

Im Zeitalter fortschreitender Künstlicher Intelligenz werden immer häufiger Entscheidungen durch Algorithmen getroffen. Wie beurteilen Sie deren Einsatz in Staat und Gesellschaft?

Algorithmen haben durchaus eine nützliche Funktion und sind aus unserem Alltag nicht mehr wegzudenken. Wenn

Produktionsabläufe organisiert, der Giralverkehr von Banken geführt oder Fahrpläne aufgestellt werden müssen, sind sie unerlässlich. Fraglich wird ihr Einsatz, wenn politisch-wertende Entscheidungen zu treffen sind. Dann gibt sich der Algorithmus technisch-praktisch und versteckt die in ihm enthaltene Wertung. Er ist aber zutiefst undemokratisch. Wir kennen weder das Programm noch den Programmierer. Beide sind nicht demokratisch legitimiert. Wir verstehen seine binäre Sprache nicht und lassen uns dennoch von ihm leiten. Hier wird es für Demokratie und Bürgerfreiheit gefährlich, vor allem wenn in Künstlicher Intelligenz die Maschine ihre Algorithmen selbst schreibt oder Global Player außerhalb unserer Rechtsordnung Algorithmen anwenden. Zudem entstaatlichen und privatisieren sie die Entscheidung. Hier müssen verfassungsrechtliche Grenzen ihrer Verwendung eingezogen werden, die politisch wertende Entscheidungen durch Algorithmen verhindern.

Zum Schluss eine eher persönliche Frage: Haben Sie einen Fall aus Ihrer Amtszeit vor Augen, der Ihnen menschlich besonders nahe gegangen ist?

Etliche Fälle aus dem Bereich der Paar- und der Eltern-Kind-Beziehungen haben mich sehr berührt. Man nimmt sie gedanklich mit nach Hause, selbst wenn der „Fall“ schon entschieden ist.

Ich danke Ihnen für das aufschlussreiche Gespräch.

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

Monika Clausius



Rechtsanwältin und Fachanwältin für Familienrecht

Frau Clausius ist seit 1995 ausschließlich im Familienrecht tätig und seit 1997 Fachanwältin für Familienrecht. Seit 2011 gehört sie dem Vorstand des Deutschen Familiengerichtstags an und ist Regionalbeauftragte der AG Familienrecht im DAV für den OLG-Bezirk Saarbrücken. Neben ihrer Tätigkeit im Landesprüfungsamt für Juristen ist sie auch Dozentin der anwaltsorientierten Referendarausbildung für das Familienrecht. Sie ist Mitkommentatorin des jurisPK-BGB, Mitherausgeberin und Autorin des jurisAnwZert Familienrecht sowie Autorin des jurisPR Familien- und Erbrecht. Daneben ist sie Mitautorin des Buches „Sorge- und Umgangsrecht“ sowie Verfasserin zahlreicher Veröffentlichungen.

Prof. Dr. Anna Leisner-Egensperger



Professorin an der Universität Jena

Nach juristischem Studium und Referendariat in Bayern promovierte sie 1998 unter der Betreuung von Klaus Vogel („Die Leistungsfähigkeit des Staates“). 2001 wurde sie von der Juristischen Fakultät der Universität München habilitiert („Kontinuität als Verfassungsprinzip“) und erhielt die venia für Öffentliches Recht und Steuerrecht. Seit Oktober 2002 ist sie Inhaberin des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Steuerrecht an der Friedrich-Schiller-Universität in Jena. Zudem ist Frau Leisner-Egensperger Verfasserin zahlreicher Publikationen und von 2018 bis 2020 Leiterin des Gesprächskreises Verwaltung der Deutschen Staatsrechtslehrervereinigung.

Holger Radke



Vizepräsident des Landgerichts

Zwischen 1996 und 2004 Richter bzw. Staatsanwalt beim AG und LG sowie der StA Mannheim. Von 2004 bis 2012 Leiter des Referates „Information und Kommunikation“ im Justizministerium Baden-Württemberg in Stuttgart. 2006 bis 2012 zugleich Vorsitzender der Bund-Länder-Kommission für Informationstechnik in der Justiz und in den Jahren 2008 - 2010 Vertreter der Bundesländer in der Ratsarbeitsgruppe „E-Justice“ in Brüssel. Von Juni 2012 bis Juni 2017 Vizepräsident des LG Mannheim, seither Vizepräsident des LG Karlsruhe.

Dr. Ulrich Sittard



Rechtsanwalt.

Dr. Ulrich Sittard ist Rechtsanwalt und Counsel in der Praxisgruppe Arbeitsrecht bei Freshfields Bruckhaus Deringer in Düsseldorf. Er ist zudem Lehrbeauftragter für Arbeitsrecht an der Universität zu Köln. Ulrich Sittard hat in Köln studiert und wurde dort bei Prof. Dr. Martin Henssler zu einem tarifvertraglichen Thema promoviert. Er berät bei Freshfields Bruckhaus Deringer nationale und internationale Mandanten insbesondere in Hinblick auf Restrukturierungen und Transaktionen.

Ilka Esser



Wissenschaftliche Mitarbeiterin

Studium der Rechtswissenschaften an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster. Seit 2019 Wissenschaftliche Mitarbeiterin in der Praxisgruppe Arbeitsrecht bei Freshfields Bruckhaus Deringer in Düsseldorf und Referendarin am Oberlandesgericht Düsseldorf.

IMPRESSUM

Herausgeber: Vizepräsident des BSG Prof. Dr. Thomas Voelzke, Kassel
Vors. Richter in am BFH Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel, München
Vizepräsident des LG Holger Radke, Karlsruhe
Prof. Dr. Stephan Weth, Universität des Saarlandes, Saarbrücken
Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Winterhoff, Hamburg

Expertengremium: Vors. Richter am BGH a.D. Wolfgang Ball, Lemberg
Rechtsanwalt Prof. Dr. Guido Britz, St. Ingbert
Vizepräsident des LArbG a.D. Prof. Dr. Heinz-Jürgen Kalb, Köln
Richter am BVerwG a.D. Prof. Dr. Harald Dörig, Erfurt
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Martinek, Universität des Saarlandes, Saarbrücken
Weiterer aufsichtsführender Richter am AG a. D. Dr. Wolfram Viefhues, Oberhausen

Redaktion: Ass. iur. Daniel Schumacher

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

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

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

Erscheinungsweise: 11 Ausgaben jährlich, davon ein Doppelheft (Juli/August), sowie als Beilage zum Anwaltsblatt

Bezugspreis: Im Jahresabonnement 180,- € zuzüglich Versandkosten incl. Online-Zugang unter juris.de
Das Jahresabonnement verlängert sich um ein Jahr, wenn es nicht sechs Wochen vor Jahresende gekündigt wird.

Bestellungen: Über jede Buchhandlung und beim Verlag

Satz: Datagroup Int., Timisoara

Druck: L.N. Schaffrath GmbH & Co.KG Druck Medien, Marktweg 42-50, 47608 Geldern

ISSN: 2197-5345

6. Jahrgang

Elektronischer Rechtsverkehr

Kostenlose beA-Broschüren auf juris.de



Auch das Thema Elektronischer Rechtsverkehr bleibt in Bewegung. Unter anderem wurde im beA nun die Funktionalität zum automatisierten Verschieben und Löschen von Nachrichten aktiviert. Lesen Sie in der aktuellen Ausgabe der eBroschüre zum ERV von Dr. Wolfram Viefhues, was es nun zu beachten gilt und viele weitere interessante Beiträge zur Digitalisierung im Recht.

Als zentrales digitales Kommunikationsmittel zwischen Anwaltschaft und Gerichten steht das beA auch in der aktuellen Ausgabe der eBroschüre im Fokus der meisten Beiträge. Die BRAK hat ein Ausschreibungsverfahren für den Betrieb des Anwaltspostfachs eingeleitet. Dass ausdrücklich auch die Weiterentwicklung im Auftrag integriert ist, betrachtet Herausgeber und juris Autor Dr. Wolfram Viefhues als Hinweis auf Verbesserungen in einem beA 2.0, die vielleicht auch Platz für Anregungen aus der Nutzerschaft haben. In ihrem Beitrag „Aktuelles zum beA“ weist Rechtsanwältin Jennifer Witte auf die neu zugeschaltete Funktion hin, mit der Nachrichten aus dem beA-Postfach nach Ablauf gewisser Fristen automatisch gelöscht und verschoben werden. Ilona Cosack beschreibt, wie die Kommunikation gesichert werden kann. Nach ihrer Einführung in das Feld des Einsatzes von „Cognitive Computing“ in der Justiz bietet Isabelle Biallaß in der aktuellen Ausgabe einen Überblick über potenzielle Anwendungsfälle. Diese und weitere Beiträge können Sie sich mit der aktuellen eBroschüre kostenfrei herunterladen.

Eine Übersicht aller bisher erschienenen beA-Broschüren finden Sie hier zum kostenlosen Downloaden: www.juris.de/erv

juris PraxisKommentar SGB IX Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen: E-Book jetzt mit 250 Aktualisierungshinweisen zu Rechtsprechung, Literatur und Gesetzgebung



Zum 01.01.2020 wird die zweite Stufe der Änderungen durch das Bundesteilhabegesetz (BTHG) in Kraft treten. In diesem Zusammenhang wird das Recht der Eingliederungshilfe vom SGB XII in das SGB IX „überführt“. Betroffen sind insbesondere die §§ 90 – 122 SGB IX in den zukünftig ab dem 01.01.2020 geltenden Fassungen. Viele der Vorschriften des neuen Rechts der Eingliederungshilfe sind bereits jetzt kommentiert, bspw. der § 90 SGB IX in der ab dem 01.01.2020 geltenden Fassung.

Infos zum juris PraxisKommentar SGB IX:
www.juris.de/sgbix

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. Das zusätzliche Wissen steht Ihnen immer 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

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

Fortgeschrittenen-Webinar

Inhalte

- Vorstellung der erweiterten und persönlichen Suchfelder
- Textwortsuche über spezielle Felder der weiteren und persönlichen Suchfelder (Kurztext, Schlagwort, Definition, Entscheidungsname etc.)
- Optimale Nutzung der Recherchefunktionen
- Vertiefte Anwendung der Personalisierungsfunktionen (Informationsdienste, Suchprofile, Lesezeichen, Akte)

18.07.2019, 14:00 – 15:00 Uhr

01.08.2019, 10:00 – 11:00 Uhr

22.08.2019, 14:00 – 15:00 Uhr

Zur Terminübersicht und gratis Anmeldung:

www.juris.de/webinare

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!

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



+++ NEU: **AnwaltFormulare** | **ADR-Formulare** | **Literatur zu AGB, Pfändung/Inkasso, ZVG** und viele weitere Titel +++

juris PartnerModul

Zivil- und Zivilprozessrecht

Jetzt noch mehr Inhalt!

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

Von **AGB- und Familienrecht** über das **Miet-, Vereins- und Straßenverkehrsrecht** bis hin zu **Gebührenrecht und ZPO** – die **jurisAllianz** hat hier eine **umfassende Online-Bibliothek** über die **ganze Bandbreite** dieses wichtigen Rechtsbereiches zusammengestellt.

Das Premium-Modul enthält mit dem „Wieczorek/Schütze“ eine wahre Institution auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts. In Verbindung mit dem „Zöller“ und weiteren Klassikern wie dem Erman BGB, den AnwaltFormularen oder den Schmerzensgeld-Beträgen und der professionellen Verlinkung mit der juris Datenbank recherchieren Sie lückenlos und effizient. Die Themenbereiche Streitwert, Forderungspfändung und Inkasso sind ebenfalls abgedeckt.

juris PartnerModul **Zivil- und Zivilprozessrecht** enthält u. a.:

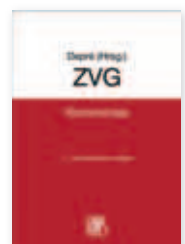
- AGB-Recht, Ulmer/Brandner/Hensen
- AnwaltFormulare, Heidel/Pauly/Wimmer-Amend
- Das Prozessformularbuch, Vorwerk
- Erman BGB, Grunewald/Maier-Reimer/Westermann (Hrsg.)
- juris PraxisKommentar Straßenverkehrsrecht, Freymann/Wellner (Hrsg.)
- Musteranträge für Pfändung und Überweisung, Diepold/Hintzen
- SchmerzensgeldBeträge, Hacks/Wellner/Häcker
- Streitwert-Kommentar, Schneider/Herget
- ZPO, Zöller
- ZVG, Depré

juris PartnerModul **Zivil- und Zivilprozessrecht premium** enthält u. a. zusätzlich:

- Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Wieczorek/Schütze
- und viele weitere Titel
- ⊕ **Rechtsprechung, Gesetze und Literaturnachweise von juris**

Mehr Informationen unter:

www.juris.de/pm-zivilrecht | www.juris.de/pm-zivilrechtpremium



ab **79,00 €**/Monat

zzgl. MwSt.

jurisAllianz

Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.

STAUDINGER BGB

STAUDINGER Online
exklusiv bei juris!

+++ NEU: §§ 889-902 Publizität des Grundbuchs | §§ 21-79 Vereinsrechtsreformgesetz +++

Zu Recht auf unserer Seite

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

Neben der Gesamtausgabe sind auch folgende Pakete im Teilabonnement erhältlich:

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

Jetzt gratis testen!

www.juris.de/staudinger

ab **21,00 €**/Monat *

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

juris[®] Das Rechtsportal