

Juris[®] Die Monatszeitschrift

JM 9 | SEPTEMBER
2019

Topthema:

Jetzt auch Amtsermittlung im Mietprozess – Feststellung von Eigennutzungswunsch und besonderen Härten wie Krankheit und Alter im Eigenbedarfsprozess

W.a. RiAG PD Dr. Gunter Deppenkemper

Interview:

Aktuelle Brennpunkte im Familienrecht

VRi'inOLG Prof. Dr. Isabell Götz

In dieser Ausgabe:

Keine Ausgleichsansprüche bei verzögerter Abfertigung wegen eines mehrstündigen Systemausfalls in einem Flughafenterminal

Prof. Dr. Ansgar Staudinger und Wiss. Mit. Patrick Schröder

Arbeit 4.0 – Herausforderung für die soziale Sicherheit

PräLSG a.D. Ernst Merz

Mobbing und schulrechtliche Ordnungsmaßnahmen

Ri'inVG Dr. Karoline Bülow





Zusammen unschlagbar juris **DAV**

Das exklusive Angebot für DAV-Mitglieder

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

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



ab **75,00 €**/Monat

zzgl. MwSt.

juris


DeutscherAnwaltVerein

INHALT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Topthema:

Zivil- und Wirtschaftsrecht

**Jetzt auch Amtsermittlung im Mietprozess –
Feststellung von Eigennutzungswunsch
und besonderen Härten wie Krankheit und
Alter im Eigenbedarfsprozess**

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

S. 310

**Keine Ausgleichsansprüche bei verzöger-
ter Abfertigung wegen eines mehrstündi-
gen Systemausfalls in einem Flughafen-
terminal – zugleich eine Besprechung von
BGH, Urt. v. 15.01.2019 - X ZR 15/18 und
X ZR 85/18**

Prof. Dr. Ansgar Staudinger und Wiss. Mit.
Patrick Schröder

S. 317

**Anforderungen an ein gerichtliches
Miethöhegutachten**

BGH, Urt. v. 24.04.2019 - VIII ZR 62/18
VPräs'inAG Dr. Beate Flatow

S. 320

**Ersatzlieferung bei Modellwechsel eines
vom Abgasskandal betroffenen Fahrzeugs**

BGH, Beschl. v. 08.01.2019 - VIII ZR 225/17
Prof. Dr. Michael Jaensch

S. 323

**Fotografieren zweidimensionaler gemein-
freier Werke aus einem Museumskatalog
und im Museum**

BGH, Urt. v. 20.12.2018 - I ZR 104/17
Prof. Dr. Frank Weiler

S. 325

Arbeitsrecht

**Besitz vs. Streik – ein Kampf zweier
Grundrechte**

BAG, Urt. v. 20.11.2018 - 1 AZR 189/17,
1 AZR 12/17

RA Ulrich Fischer

S. 328

INHALT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Sozialrecht

Arbeit 4.0 – Herausforderung für die soziale Sicherheit

PräsLSG a.D. Ernst Merz

S. 330

Verwaltungsrecht

Mobbing und schulrechtliche Ordnungsmaßnahmen

Ri'inVG Dr. Karoline Bülow,

Maître en Droit (Paris II)

S. 336

Im Urstromtal der Isar

BVerwG, Urt. v. 29.11.2018 - 4 CN 12.17

RiBVerwG Dr. Stephan Gatz

S. 342

Steuerrecht

Keine steuermindernde PKW-Überlassung bei Minijob unter Ehegatten

BFH, Urt. v. 10.10.2018 - X R 44-45/17

VRi'inBFH Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel

S. 344

Strafrecht

Die Geister, die ich rief: Der BGH zum Bankrott

BGH, Beschl. v. 15.08.2018 - 5 StR 381/18

Wiss. Mit. Dr. Alexandra Windsberger

S. 346

INTERVIEW

Aktuelle Brennpunkte im Familienrecht

Interview mit:

VRi'inOLG Prof. Dr. Isabell Götz

S. 349

„Ein Gespenst geht um in Europa...



Holger Radke,
Vizepräsident des Landgerichts Karlsruhe

das Gespenst des Kommunismus.“ Erstmals wurde dieses Geisterwesen Mitte des 19. Jahrhunderts beobachtet und beschrieben, spielte in den folgenden gut 100 Jahren (meist in abgewandelter, bisweilen auch pervertierter Form) eine bedeutsame Rolle auf der Weltbühne, galt aber seit den 80er Jahren des 20. Jahrhunderts – zumindest in Europa und insbesondere in Deutschland – als nachhaltig ausgestorben. Womöglich weit gefehlt. Denn im Frühjahr 2019 meldete sich der aktuelle Vorsitzende der deutschen Jungsozialistinnen und Jungsozialisten (Jusos) zu Wort und sprach von der Überwindung des Kapitalismus und von der demokratisch kontrollierten Verteilung der Profite durch die Kollektivierung großer Unternehmen (wie etwa BMW). Der Sturm der Entrüstung ließ nicht lange auf sich warten und Herr Kühnert durfte sich ob seiner Gedankenspiele unter anderem als „verirrter Fantast“ mit einem „verschrobenen Retro-Weltbild“ (ich zitiere den amtierenden Bundesverkehrsminister) titulieren lassen. Der Fantast steht aber mit seinen Gedankenspielen nicht allein. So machte etwa zur gleichen Zeit in Berlin ein Bündnis aus Mieterinitiativen Schlagzeilen, dessen Kernanliegen in der Enteignung gewinnorientierter Immobilienkonzerne besteht. Und wenn man den Umfragen im Auftrag mehrerer großer Zeitungen glauben darf, dann vermag etwa die Hälfte der repräsentativ befragten Bürger in einem solchen Schritt ein sinnvolles

Vorgehen zu erkennen. Auch der Berliner Senat hat die Stimmung aufgegriffen und im Juni einen „Mietendeckel“ beschlossen, der Mieterhöhungen bei Privat- und Sozialwohnungen im Grundsatz für fünf Jahre ausschließen soll. Prompt wurde er darauf hingewiesen, dass er damit „Verhältnisse wie in der DDR“ schaffe.

Inhaltlich kann die Meinung zu diesen Vorstößen nur geteilt sein. Letztlich geht es immer darum, zu verhindern, dass die in der sozialen Marktwirtschaft anzustrebende Balance zwischen dem freien Spiel der marktwirtschaftlichen Kräfte einerseits und der sozialen Ausgewogenheit und Teilhabe andererseits aus dem Gleichgewicht gerät. Auch und wohl nicht zuletzt der Rechtsprechung kommt beim Austarieren solcher widerstrebenden Interessen oft eine besondere Bedeutung zu. Und an kaum einer Stelle wird dies so deutlich wie im Mietrecht, gerade angesichts der aktuellen Knappheit von (bezahlbarem) Wohnraum in großstädtischen Ballungsräumen. Eine wichtige Facette in diesem Kontext ist das Recht des Eigentümers zur Eigenbedarfskündigung und die damit einhergehende Notwendigkeit, ausfüllungsbedürftige Begriffe wie „benötigen“ oder „Härte“ so auszulegen, dass weder der Eigentümer sein freies Planungs- und Dispositionsrecht, noch der Mieter seinen Lebensmittelpunkt ohne gute Gründe verliert. Der Aufsatz von Gunter Deppenkemper, der das Topthema dieses Heftes bildet, beleuchtet auf der Grundlage der aktuellen Rechtsprechung des BGH diese Fragen und ist damit so etwas wie unser sachlicher und konkreter Beitrag zu einer emotional und grundsätzlich geführten gesellschaftlichen Debatte.

Ein anderes wichtiges gesellschaftliches Thema firmiert unter dem Begriff „Mobbing“. Am häufigsten wird über Ausprägungen und Folgen wohl in der Arbeitswelt diskutiert, aber bereits in Schulen sind entsprechende Verhaltensweisen leider zu beobachten. Dass Kinder auf eine eigene Art „grausam“ sein können und dass viele im Laufe ihrer Schulzeit schmerzhaft Erfahrungen mit Hänseleien, Spott und Ausgrenzung machen, ist nicht neu. In Zeiten, in denen sich immer jüngere Schüler mobil und oft unkontrolliert in sozialen Netzwerken bewegen und Messengerdienste nutzen, ist die Qualität aber eine andere geworden. Extrem verletzende Bilder und Texte können etwa mit konkreten Personen verknüpft und einer großen Vielzahl von Adressaten auf einmal zur Kenntnis gebracht werden. Welche Ordnungsmittel Schulen zur Verfügung stehen, um auf solche Phänomene zu reagieren, beleuchtet informativ und lesenswert der Aufsatz von Karoline Bülow.

Gewinn und Freude bei der Lektüre dieser, aber auch der weiteren sehr lesenswerten Beiträge wünscht Ihnen, im Namen aller Herausgeber und Experten,

Holger Radke

Jetzt auch Amtsermittlung im Mietprozess – Feststellung von Eigennutzungswunsch und besonderen Härten wie Krankheit und Alter im Eigenbedarfsprozess

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

Eigenbedarfskündigungen sind häufig. Entsprechendes gilt für nachfolgende Räumungsprozesse. Das ist u.a. wegen der typischen persönlichen Betroffenheit der Parteien¹ und auch der angespannten Wohnungsmarktlage, bei der die Neuvertragsmieten regelmäßig deutlich höher liegen als die Bestandsmieten,² nachvollziehbar. Besonderes plastisch wird das Spannungsverhältnis zwischen Erlangungs- und Bestandsinteresse, wenn der Vermieter mit seiner Familie eine kleine Mietwohnung bewohnt und die gekündigte (Eigentums-)Wohnung für sich und seine Familie nutzen will, der Mieter aber alters- oder krankheitsbedingte Umzugsbeschwerden einwendet. Dabei kreisen die Verfahren oft um den „Schlüsselbegriff“ des „Benötigens“ in § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB und die Interessenabwägung in § 574 BGB. Die neueste Rechtsprechung dazu und die jeweilige Beweisbarkeit werden vorliegend dargestellt.

A. „Benötigen“ heißt „nachvollziehbar wollen“

Nach § 573 Abs. 1 BGB kann der Vermieter kündigen, wenn er ein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses hat. Ein solches liegt nach § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB insbesondere vor, wenn er die (ganzen)³ Räume als Wohnung⁴ für sich,⁵ seine Familienangehörigen oder Angehörige seines Haushalts benötigt. Der Auslegung des Wortes „benötigt“ kommt also fundamentale Bedeutung zu.

I. Auslegung

Klassischerweise erfolgt die Auslegung eines Gesetzes vom Wortlaut aus.⁶ Laut Duden bedeutet „benötigen“ „zu einem bestimmten Zweck nötig haben, brauchen“ oder „(aufgrund einer Vorschrift o.Ä.) besitzen müssen“. In diese Richtung deutet auch schon durch das römische Recht⁷ geprägte Verständnis von „notwendig“ z.B. in § 994 BGB⁸ oder in den Vorschriften, die Notverwaltungsrechte einräumen (vgl. § 744 Abs. 2 BGB und § 2038 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB).

Einer solchen engen Auslegung folgt der BGH im Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG⁹ und dem Wil-

len des historischen Gesetzgebers¹⁰ aber nicht.¹¹ Hintergrund ist, dass der Vermieter durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG in seiner Freiheit geschützt wird, die Wohnung bei Eigenbedarf selbst zu nutzen oder durch privilegierte Angehörige nutzen zu lassen. Sein Entschluss, eine der ihm gehörenden Wohnungen¹² (auch nur als Zweitwohnung)¹³ ab einem bestimmten Zeitpunkt¹⁴ für vielleicht auch nur zwei bis vier Wochen im Jahr als Ferienwohnung¹⁵ oder für eine nur begrenzte Zeit – z.B. etwa (nur) ein Jahr – zu nutzen,¹⁶ ist grds. ebenso zu respektieren, wie welchen Wohnbedarf¹⁷ er als angemessen ansieht.¹⁸ Es gibt keinen bestimmten Richtwert, z.B. 100 qm für eine allstehende Person, ab dem Missbrauch anzunehmen sei.¹⁹ Die Gerichte dürfen nicht ihre diesbezüglichen

1 BGH, RE v. 20.01.1988 - VIII ARZ 4/87 Rn. 18.

2 BGH, Ur t. v. 29.03.2017 - VIII ZR 44/16 Rn. 41.

3 Streitig, vgl. LG Mannheim, Beschl. v. 18.12.1996 - 4 S 113/96 Rn. 9; Rolfs in: Staudinger, BGB, 2018, § 573 Rn. 94.

4 Eine beabsichtigte gewerbliche Nutzung ist nicht erfasst, BGH, Ur t. v. 29.03.2017 - VIII ZR 45/16 Rn. 10.

5 Zur GbR vgl. BGH, Ur t. v. 15.03.2017 - VIII ZR 92/16 Rn. 13.

6 Beispielhaft BGH, Beschl. v. 09.07.2001 - PatAnwZ 1/00 Rn. 20.

7 Vgl. Deppenkemper, *Negotiorum gestio – Geschäftsführung ohne Auftrag II*, 2014, S. 27 ff.

8 Gursky in: Staudinger, BGB, 2012, § 994 Rn. 2; Ebbing in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 994 BGB Rn. 12.

9 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 26.09.2001 - 1 BvR 1185/01 Rn. 9.

10 BGH, RE v. 20.01.1988 - VIII ARZ 4/87 Rn. 20 – 24; vgl. Rolfs in: Staudinger, BGB, 2018, § 573 Rn. 63; zu § 574 Abs. 2 BGB Fleindl, WuM 2019, 165, 167 f.

11 Kritisch Blank, *jurisPR-MietR* 8/2015 Anm. 4.

12 BGH, Beschl. v. 23.08.2016 - VIII ZR 178/15 Rn. 17.

13 BGH, Beschl. v. 22.08.2017 - VIII ZR 19/17 Rn. 3 f.

14 BGH, Beschl. v. 23.10.2018 - VIII ZR 61/18 Rn. 15.

15 BGH, Beschl. v. 21.08.2018 - VIII ZR 186/17 Rn. 23, 29.

16 BGH, Ur t. v. 04.03.2015 - VIII ZR 166/14 Rn. 31, 33.

17 Zum Wunsch, mit einem Dritten eine WEG zu bilden BGH, Ur t. v. 04.03.2015 - VIII ZR 166/14 Rn. 27 f.

18 BGH, Ur t. v. 04.03.2015 - VIII ZR 166/14 Rn. 16, 27. Inkonsequent BGH, Ur t. v. 15.03.2017 - VIII ZR 270/15 Rn. 30, wo erwogen wird, dass es sich bei dem geltend gemachten erhöhten Wohnbedarf eher um eine Erhöhung des „Wohnkomforts“ als um eine Beseitigung völlig unzureichender beengter Wohnverhältnisse handeln könnte.

19 BGH, Ur t. v. 04.03.2015 - VIII ZR 166/14 Rn. 19 f.

chen Vorstellungen an die Stelle der Lebensplanung des Vermieters (oder seiner Angehörigen) setzen,²⁰ sondern nur im Rahmen einer Einzelfallwürdigung²¹ überprüfen, ob der Eigennutzungswunsch ernsthaft verfolgt und von vernünftigen und nachvollziehbaren Gründen getragen wird.²²

Allein der Wille des Vermieters, die Räume zu bewohnen, genügt für die Annahme von Eigenbedarf jedoch nicht.²³ Und natürlich liegt noch kein „Benötigen“ vor, wenn der Vermieter wegen eines noch unbestimmten Interesses einer möglichen späteren Nutzung „auf Vorrat“ kündigt²⁴ oder gar nur einen „unliebsamen“ Mieter los werden will.²⁵ Ein Mangel an Wohnraum, eine objektive Notwendigkeit²⁶ oder eine wohnbedarfstypische Lage wird aber nicht (mehr)²⁷ verlangt.²⁸ Auch dass der Vermieter die konkrete Wohnung vermietet gekauft hat, um dann Eigenbedarf geltend zu machen, schließt ein Benötigen nicht aus.²⁹

Eine Grenze liegt bei Rechtsmissbrauch, wobei diese nicht erst über § 242 BGB greift, sondern in die Auslegung des „Benötigens“ inkorporiert ist: Kein Benötigen liegt wegen missbräuchlichen Eigennutzungswunsches etwa vor, wenn der geltend gemachte Wohnbedarf weit überhöht ist, die Wohnung die Nutzungswünsche des Vermieters überhaupt nicht erfüllen oder der Wohnbedarf in einer anderen (frei gewordenen) Wohnung des Vermieters ohne wesentliche Abstriche befriedigt werden kann.³⁰ Auch wenn der Kündigungsgrund noch vor Beendigung des Mietverhältnisses weggefallen ist, kann der Vermieter sich auf ihn nicht (mehr) berufen.³¹

II. Beweisführung: „Wunderwaffe“ § 141 ZPO?

Die Darlegungs- und Beweislast für die (im Kündigungsschreiben nach § 573 Abs. 3 Satz 1 BGB angegebenen)³² Voraussetzungen der Eigenbedarfskündigung trägt als der, der sich auf sie beruft, der Vermieter.³³ Soll der Wohnraum durch die in § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB genannten privilegierten Personen genutzt werden, liegt auf der Hand, diese als Zeugen zu benennen. Im Einzelfall kann auch über Indiztatsachen wie Erklärungen des Vermieters gegenüber Dritten über seine Motivationslage oder Umstände wie eingeleitete Umbaumaßnahmen, die speziell auf bestimmte Personen ausgerichtet sind, Beweis angeboten werden.

Ansonsten liegt nahe, den Vermieter zu der inneren Tatsache seines ersthaften Nutzungswunsches selbst zu vernehmen oder zu befragen, zumal der Wunsch, eine bestimmte Wohnung zu nutzen, sich nicht in erster Linie an objektiven Kriterien messen lässt, sondern eng mit dem Lebensweg eines Menschen, seinen Zukunftsplänen und

persönlichen Vorstellungen zusammenhängt.³⁴ Selten wird jedoch der Gegner, der Mieter, die Zustimmung (§ 447 ZPO) erteilen. Und diesen zu der Beweisfrage nach § 445 Abs. 1 ZPO vernehmen zu lassen, macht aus Sicht des Vermieters i.d.R. keinen Sinn. Es bleibt die (eigene) Vernehmung von Amts wegen (§ 448 ZPO). Die setzt aber eine Anfangswahrscheinlichkeit, also eine gewisse, nicht notwendig hohe Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der streitigen Behauptung voraus (sog. Anbeweis).³⁵ Hier kommt § 141 ZPO ins Spiel: Der Anbeweis kann sich aus der Anhörung nach § 141 ZPO oder den Ausführungen der Partei nach § 137 Abs. 4 ZPO ergeben.³⁶

Statt aber die Partei erst informatorisch anzuhören und dann als Partei zu vernehmen, begnügt sich die Praxis häufig mit der (bloßen) Anhörung, die dann bei der Beweiswürdigung berücksichtigt wird.³⁷ Damit überschneiden sich Parteivernehmung und Parteianhörung.³⁸ Das

20 BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 180/18 Rn. 19; BGH, Urt. v. 04.03.2015 - VIII ZR 166/14 Rn. 14.

21 BGH, Urt. v. 04.03.2015 - VIII ZR 166/14 Rn. 21.

22 BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 180/18 Rn. 18; BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 167/17 Rn. 21; BGH, Beschl. v. 21.08.2018 - VIII ZR 186/17 Rn. 25; BGH, Beschl. v. 22.08.2017 - VIII ZR 19/17 Rn. 3.

23 BGH, RE v. 20.01.1988 - VIII ARZ 4/87 Rn. 17 f. Missverständlich daher Rolfs in: Staudinger, BGB, 2018, § 573 Rn. 64, nach dem der Eigenbedarf seine Ursache auch in rein subjektiven Tatsachen wie einem Willensentschluss finden könne, die beanspruchte Wohnung selbst zu nutzen.

24 BGH, Urt. v. 29.03.2017 - VIII ZR 44/16 Rn. 22; BGH, Beschl. v. 11.10.2016 - VIII ZR 300/15 Rn. 19, 26; BGH, Urt. v. 23.09.2015 - VIII ZR 297/14 Rn. 22.

25 BGH, Beschl. v. 23.10.2018 - VIII ZR 61/18 Rn. 20.

26 BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 180/18 Rn. 17 f.

27 Zur früheren Gesetzeslage KG, RE v. 25.02.1981 - 8W RE Miet 5071/80 Rn. 5; Rolfs in: Staudinger, BGB, 2018, § 573 Rn. 97.

28 BGH, RE v. 20.01.1988 - VIII ARZ 4/87 Rn. 19; Geib in: BeckOGK, 01.04.2019, § 573 BGB Rn. 66.

29 BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 180/18 Rn. 16.

30 BGH, Beschl. v. 21.08.2018 - VIII ZR 186/17 Rn. 20; BGH, Beschl. v. 23.08.2016 - VIII ZR 178/15 Rn. 17; BGH, Urt. v. 04.03.2015 - VIII ZR 166/14 Rn. 15; Rolfs in: Staudinger, BGB, 2018, § 573 Rn. 66.

31 BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 167/17 Rn. 28. Fällt der Grund später weg, dürfte die Interessenabwägung nach § 574 Abs. 1 BGB vorgezeichnet sein, vgl. BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 167/17 Rn. 48.

32 Vgl. BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 167/17 Rn. 49.

33 BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 167/17 Rn. 25; Geib in: BeckOGK, 01.04.2019, § 573 BGB Rn. 99.

34 So BGH, Beschl. v. 23.10.2018 - VIII ZR 61/18 Rn. 15.

35 BGH, Urt. v. 13.12.2016 - VI ZR 32/16 Rn. 15; BGH, Urt. v. 07.02.2006 - VI ZR 20/05 Rn. 9.

36 BGH, Urt. v. 20.07.2017 - III ZR 296/15 Rn. 14.

37 Vgl. Stackmann, NJW 2012, 1249, 1253; kritisch Ahrens, MDR 2015, 185, 186.

38 BGH, Beschl. v. 21.01.2016 - I ZB 12/15 Rn. 9; vgl. BGH, Urt. v. 14.05.2013 - VI ZR 325/11 Rn. 11: „[...] zumal das Gericht einer Parteianhörung der benachteiligten Partei gemäß § 141 ZPO die gleiche Bedeutung wie einer Aussage bei einer Vernehmung zumessen kann“.

ist wegen ihrer Unterschiede problematisch.³⁹ Die Parteianhörung stellt nur Darlegung des Streitstoffes dar; sie ist kein Beweismittel im Sinne des Strengbeweises.⁴⁰ Bestrittenes ist aber grds. mit den fünf Beweismitteln des Strengbeweises zu beweisen. Die Parteianhörung scheint dazu nichts beizutragen. Ihre Berücksichtigung findet aber in § 286 Abs. 1 ZPO, wonach der Richter unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen zu entscheiden hat, ihre Rechtfertigung.⁴¹ Der historische Gesetzgeber erläuterte ausdrücklich, dass „der Grundsatz, daß der Richter die Thatfrage frei zu würdigen habe, [...] nicht auf das Ergebnis der Beweisführung beschränkt, sondern auf den gesamten Inhalt der Verhandlung ausgedehnt worden“ ist.⁴² Dieses Ausschöpfungsgebot⁴³ fordert die informatorische Parteierklärung bei der trichterlichen Beurteilung mit zu würdigen.⁴⁴ § 141 Abs. 3 Satz 1 ZPO bezweckt neben der Aufklärung des Sachverhalts⁴⁵ auch zu einer der materiellen Rechtslage möglichst gerecht werdenden Entscheidung zu gelangen.⁴⁶ Daher erwächst der Anhörung durchschlagende Bedeutung zu: Der Trichter kann allein aufgrund ihrer ohne Beweiserhebung feststellen, was für wahr und was für nicht wahr zu erachten ist und den Behauptungen und Angaben einer Partei unter Umständen auch dann glauben, wenn diese ihre Richtigkeit sonst nicht beweisen kann und ihr im Einzelfall sogar den Vorzug vor den Bekundungen eines Zeugen oder des als Partei vernommenen Prozessgegners geben.⁴⁷

Wann kommt es zur Parteianhörung? Die Einzelheiten sind unklar.⁴⁸ Seit der grundlegenden Entscheidung des EGMR im Jahr 1993⁴⁹ ist anerkannt, dass einer Partei, die für ein Vier-Augen-Gespräch zwischen ihr und dem Vertreter der anderen Partei keinen Zeugen hat oder wenn bei einem Sechs-Augen-Gespräch der allein zur Verfügung stehende Zeuge im Lager des Prozessgegners steht, ihre Darstellung des Gesprächs in den Prozess persönlich einbringen können muss.⁵⁰ Dazu hätte man auf das Erfordernis der Anfangswahrscheinlichkeit bei § 448 ZPO verzichten können.⁵¹ Die Rechtsprechung verweist aber auf die Wortmeldung nach § 138 Abs. 4 ZPO⁵² und die Anhörung nach § 141 ZPO.⁵³

Im Übrigen verlangt die prozessuale Waffengleichheit die informatorische Anhörung an sich nicht. Insbesondere ist das Gericht zu ihr nicht verpflichtet, wenn sonstige Beweismittel oder aber für beide Parteien keine Beweismittel zur Verfügung stehen.⁵⁴ Gleiches gilt in der häufigen Situation, dass nur einer von zwei Prozessparteien ein unabhängiger Zeuge zur Verfügung steht.⁵⁵ Dass eine beweispflichtige Partei nicht auf einen Zeugen zurückgreifen kann, stellt ein allgemeines Prozessrisiko dar.⁵⁶ Wenn gleichwohl im Fall eines nur zwischen den

Parteien selbst ohne Zeugen geführten Gesprächs⁵⁷ und insbesondere bei streitigen inneren Tatsachen „eine Parteianhörung regelmäßig geboten“⁵⁸ erscheint und ausgeführt wird, das Gericht könne oder müsse – eine Abgrenzung wäre hilfreich! – ggf. zwecks (informeller) Anhörung einer Partei das persönliche Erscheinen anordnen (§§ 141, 137 Abs. 4 ZPO), wenn eine Partei einen von ihr zu führenden Beweis oder Gegenbeweis nur mit

- 39 Vgl. nur Prütting in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 11. Aufl. 2019, § 141 Rn. 2.
40 BGH, Beschl. v. 27.09.2017 - XII ZR 48/17 Rn. 12; Stadler in: Musielak/Voit, ZPO, 16. Aufl. 2019, § 141 Rn. 2; Fritsche in: MünchKomm, ZPO, 5. Aufl. 2016, § 141 ZPO Rn. 2; Ahrens, Der Beweis im Zivilprozess, 2015, § 143 Rn. 10 f.
41 Vgl. BGH, Urt. v. 16.07.1998 - I ZR 32/96 Rn. 21.
42 Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, 2. Band, 1. Abtheilung, 2. Aufl. 1881, S. 275.
43 Dazu Deppenkemper, Beweiswürdigung als Mittel prozessualer Wahrheitserkenntnis, 2004, S. 293 f.
44 Von Selle in: BeckOK, ZPO, 32. Edition 01.03.2019, § 141 ZPO Rn. 1; Greger in: Zöller, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 141 Rn. 1a; Ahrens, Der Beweis im Zivilprozess, 2015, § 143 Rn. 48.
45 BVerfG, Beschl. v. 10.11.1997 - 2 BvR 429/97 Rn. 7 f.; BGH, Beschl. v. 30.03.2017 - BLw 3/16 Rn. 10.
46 BVerfG, Beschl. v. 10.11.1997 - 2 BvR 429/97 Rn. 8.
47 BGH, Beschl. v. 27.09.2017 - XII ZR 48/17 Rn. 12; Prütting in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 11. Aufl. 2019, § 141 Rn. 3. Zu den Konsequenzen im Berufungsverfahren BVerfG, Beschl. v. 01.08.2017 - 2 BvR 3068/14 Rn. 58; BGH, Beschl. v. 21.03.2018 - IV ZR 248/17 Rn. 11; BGH, Beschl. v. 27.09.2017 - XII ZR 48/17 Rn. 12; BGH, Beschl. v. 25.07.2017 - VI ZR 103/17 Rn. 9.
48 Vgl. die plastische Kritik Zeheleins, NZM 2019, 193, 195 ff.
49 EGMR, Urt. v. 27.10.1993 - 37/1992/382/460 - „Dombo Beheer B.V. v. The Netherlands“ – dazu Ahrens in: Ahrens, Der Beweis im Zivilprozess, 2015, § 143 Rn. 33 ff.; Laumen in: Handbuch der Beweislast, Bd. 1, 4. Aufl. 2019, Kap. 24 Rn. 4 ff.; Zehelein, NZM 2019, 193, 196 f.
50 Vgl. Greger, MDR 2014, 313, 314 f.
51 Vgl. Foerste, Gedächtnisschrift Schindhelm, 2009, S. 223, 231 f.; Laumen in: Handbuch der Beweislast, Bd. 1, 4. Aufl. 2019, Kap. 24 Rn. 12.
52 BVerfG, Beschl. v. 27.02.2008 - 1 BvR 2588/06 Rn. 16; BGH, Urt. v. 16.06.2016 - I ZR 222/14 Rn. 36.
53 BGH, Urt. v. 07.03.2019 - IX ZR 221/18 Rn. 35; BGH, Urt. v. 16.06.2016 - I ZR 222/14 Rn. 33; BGH, Urt. v. 14.05.2013 - VI ZR 325/11 Rn. 10 f.; BGH, Urt. v. 16.07.1998 - I ZR 32/96 Rn. 21; siehe auch BVerfG, Beschl. v. 21.02.2001 - 2 BvR 140/00 Rn. 12 f.
54 BGH, Urt. v. 20.07.2017 - III ZR 296/15 Rn. 21; Ahrens, MDR 2015, 185, 186.
55 BGH, Urt. v. 19.04.2002 - V ZR 90/01 Rn. 27; vgl. auch BAG, Urt. v. 14.11.2013 - 8 AZR 813/12 Rn. 26.
56 BGH, Urt. v. 20.07.2017 - III ZR 296/15 Rn. 21.
57 Vgl. BGH, Urt. v. 20.07.2017 - III ZR 296/15 Rn. 14; BGH, Urt. v. 09.06.2011 - IX ZR 75/10 Rn. 19; BAG, Urt. v. 19.11.2008 - 10 AZR 671/07 Rn. 23; Greger, MDR 2014, 313, 315 f.
58 So BGH, Urt. v. 23.09.2015 - VIII ZR 297/14 Rn. 26; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 20.02.1995 - 1 BvR 665/94 Rn. 12; BGH, Beschl. v. 10.05.2017 - IV ZR 30/16 Rn. 17; BGH, Urt. v. 15.03.2005 - VI ZR 313/03 Rn. 16; Mössner/Tiedemann in: jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 573 Rn. 182.

ihrer eigenen Aussage erbringen könnte,⁵⁹ geht es weniger um prozessuale Chancengleichheit, sondern eher um den Versuch, der Beweiswürdigung eine breitere Basis zu geben und damit effektiver Rechtsschutz zu gewährleisten.⁶⁰

III. Fazit

Einer verlässlichen Beurteilung der Ernsthaftigkeit des Selbstnutzungswillens, solange er nicht realisiert ist, sind Grenzen gesetzt,⁶¹ zumal zur Darlegung einer bestimmten Nutzungsabsicht es grds. keiner Substantiierung durch Hilfsfakten bedarf⁶² und der Wunsch, eine bestimmte Wohnung zu nutzen, sich nicht in erster Linie an objektiven Kriterien messen lässt.⁶³

Über die klassischen Fälle der prozessualen Chancengleichheit hinaus ist nach der – nicht einheitlichen – Rechtsprechung für alle Fälle, in denen die Partei schlüssig vorträgt und einen von ihr zu beweisenden Umstand nur mit ihrer eigenen Aussage beweisen oder mit ihr den gegnerischen Beweis entkräften kann, die persönliche Anhörung der Partei mit entsprechender Protokollierung geboten.⁶⁴ Im Übrigen dürfte sich auch sonst im Eigenbedarfsprozess eine Anhörung empfehlen.⁶⁵ Bei der Beweiswürdigung sollte herausgestellt werden, dass die Anhörung nicht wie eine Parteivernehmung gewürdigt wird,⁶⁶ wenn auch der Unterschied im konkreten Fall fraglich sein wird.

B. Die Sozialklausel des § 574 BGB

Ein schwieriger Abwägungsvorgang ist dann in § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB angelegt: Danach kann der Mieter der Kündigung des Vermieters widersprechen und von ihm die Fortsetzung des Mietverhältnisses verlangen, wenn die Beendigung des Mietverhältnisses für ihn oder einen der Privilegierten eine Härte bedeuten würde, die auch unter Würdigung der berechtigten Interessen des Vermieters nicht zu rechtfertigen ist. Hier, bei dieser Härteregelung, und nicht schon im Rahmen des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB, sind die besonderen Belange des Mieters im Einzelfall (individuelle Härte) auf dessen Widerspruch hin zu berücksichtigen.⁶⁷

I. Härtegrund

Hier sind die Grundsätze noch klar: Es geht um einen zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in den Tatsacheninstanzen⁶⁸ bestehenden individuellen, besonderen Nachteil wirtschaftlicher, finanzieller, gesundheitlicher, familiärer oder persönlicher Art.⁶⁹ Außen vor bleiben die mit einem Wohnungswechsel typischerweise verbun-

denen Unannehmlichkeiten. Der Nachteil muss sich davon deutlich abheben,⁷⁰ z.B. bei hohem Alter der Mieterin, bei langer Mietdauer und Verwurzelung in der bisherigen Umgebung oder bei einer ärztlich attestierten Demenzerkrankung mit der Gefahr einer umzugsbedingten Verschlechterung.⁷¹

II. Interessenabwägung

Besondere Relevanz erlangt die sorgfältige Feststellung der Härtegründe nebst ihrem Umfang und ihren Auswirkungen, weil sie die Grundlage der vorzunehmenden Interessenabwägung bildet.⁷² Dabei hat der Mieter, dessen Besitzrecht ebenfalls durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützt ist,⁷³ Anspruch darauf, dass die Gerichte seinen Einwänden in einer Weise nachgehen, die der Bedeutung und Tragweite seines Bestandsinteresses gerecht wird.⁷⁴ Hierbei ist auch von Bedeutung, ob sich die umzugsbedingten Folgen mittels Unterstützung oder durch Behandlungen mindern lassen.⁷⁵ Neben den Interessen des Mieters sind die Belange des Vermieters, sein Erlangungsinteresse und die Dringlichkeit,⁷⁶ angemessen zu berücksichtigen, die Belange auf Grundlage einer umfassenden Sachverhaltsfeststellung gegeneinander abzuwägen und unter Beachtung der Wertentscheidungen des Grundgesetzes⁷⁷ in einen verhältnismäßigen Ausgleich zu bringen.⁷⁸

59 So z.B. BVerfG, Beschl. v. 01.08.2017 - 2 BvR 3068/14 Rn. 58; vgl. auch BGH, Urt. v. 07.03.2019 - IX ZR 221/18 Rn. 35 (zum Gespräch unter vier Augen).

60 Zutreffend von Selle in: BeckOK, ZPO, 32. Edition 01.03.2019, § 141 ZPO Rn. 2.2.

61 So BVerfG, Beschl. v. 26.09.2001 - 1 BvR 1185/01 Rn. 12.

62 BGH, Beschl. v. 12.03.2019 - VI ZR 278/18.

63 BGH, Beschl. v. 23.08.2016 - VIII ZR 178/15 Rn. 15.

64 Greger, MDR 2014, 313, 316.

65 Vgl. Kurpat, DRiZ 2017, 170, 173.

66 Ahrens, MDR 2015, 185, 186.

67 BGH, Beschl. v. 21.08.2018 - VIII ZR 186/17 Rn. 17, 21; BGH, Urt. v. 29.03.2017 - VIII ZR 45/16 Rn. 49.

68 BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 180/18 Rn. 32; Blank in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl. 2017, § 574 BGB Rn. 27.

69 Blank in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl. 2017, § 574 BGB Rn. 20.

70 BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 180/18 Rn. 28; BGH, Urt. v. 15.03.2017 - VIII ZR 270/15 Rn. 25; Blank in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl. 2017, § 574 BGB Rn. 26; Fleindl, WuM 2019, 165, 170.

71 BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 180/18 Rn. 29 mit Rn. 31 und 35.

72 Vgl. BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 180/18 Rn. 36 mit Rn. 40.

73 BVerfG, Beschl. v. 20.05.1999 - 1 BvR 29/99 Rn. 15.

74 BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 180/18 Rn. 62, 55; BGH, Urt. v. 21.03.2018 - VIII ZR 104/17 Rn. 18.

75 BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 180/18 Rn. 45.

76 BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 180/18 Rn. 58; BGH, Urt. v. 15.03.2017 - VIII ZR 270/15 Rn. 30.

77 BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 180/18 Rn. 63.

78 BVerfG, Beschl. v. 09.10.2014 - 1 BvR 2335/14 Rn. 12; BVerfG, Beschl. v. 20.05.1999 - 1 BvR 29–99; BGH, Urt. v. 04.03.2015 - VIII ZR 166/14 Rn. 13.

Welches Interesse überwiegt aber, wenn, wie im Verfahren VIII ZR 180/18, die über 80 Jahre alte Mieterin, die seit 1974 in Berlin mit ihren Söhnen eine Dreizimmerwohnung bewohnt, von deren Erwerber wegen Eigenbedarfs gekündigt wird, weil er mit seiner Familie zur Miete in einer 57 qm großen Wohnung lebt? Oder wer setzt sich durch, wenn, wie im Verfahren VIII ZR 167/17, die gekündigten Mieter schwere Erkrankungen (u.a. Parkinson und Depression bzw. Pflegestufe II und Alkoholkrankheit) einwenden, die Eigentümerin aber vorträgt, sie wolle mit ihrem Lebensgefährten in die Doppelhaushälfte einziehen, um ihre in der Nähe wohnende pflegebedürftige Großmutter besser unterstützen zu können?

1. Sicher geht es zu weit, hohem Alter pauschal den Vorzug zu geben.⁷⁹ Es gibt keinen Erfahrungssatz,⁸⁰ der bei konkreten Zweifeln – wie er i.d.R. durch den Kündigenden geäußert wird – im Sinne einer abstrakten Beweisregel den Beweis für den überwiegenden Härtegrund ab einem gewissen (ab welchem?) Alter erbringt.⁸¹ Die Faktoren Alter und lange Mietdauer mit einhergehender Verwurzelung im bisherigen Umfeld wirken sich je nach Persönlichkeit und körperlicher sowie psychischer Verfassung des Mieters unterschiedlich stark aus.⁸² Ein rüstiger Mieter mit hinreichendem Einkommen kann auch im Alter eine Wohnung finden.⁸³ Die Annahme eines verfehlten Erfahrungssatzes macht die Beweiswürdigung aber fehlerhaft.⁸⁴

2. Daher hängt es vom konkreten Einzelfall ab, ob für einen älteren Menschen ein Wohnungswechsel noch zugemutet werden kann oder er zu einer unzumutbaren Verschlechterung seines Gesundheitszustands führt.⁸⁵ Dabei kommt zum Tragen, dass dem Recht auf körperliche Unversehrtheit ein besonders hohes Schutzniveau zukommt.⁸⁶ Daher kann bereits die ernsthafte Gefahr einer erheblichen gesundheitlichen Verschlechterung die Annahme einer unzumutbaren Härte rechtfertigen.⁸⁷ Das ist richtig, führt aber zu einer erheblichen Unschärfe und einer schon jetzt kaum noch überschaubarer Kasuistik.⁸⁸ Umgekehrt gibt es angesichts der Verschiedenartigkeit der Fälle auch auf Vermieterseite keine Kategorisierung,⁸⁹ z.B. dahin gehend, dass das Erlangungsinteresse bei sog. gekauftem Eigenbedarf geringer sei als sonst.⁹⁰

III. Beweisführung: „Wunderwaffe“ § 144 ZPO

Werden die behaupteten Härtegründe, für die die Substantiierungsanforderungen nicht überspannt werden dürfen,⁹¹ bestritten, obliegt dem Mieter der Beweis, dass sie vorliegen⁹² und sein Interesse gegenüber dem des Vermieters auf

freie Verfügungsbefugnis überwiegt;⁹³ ein deutliches Überwiegen ist nicht erforderlich.⁹⁴ Für die dazu gebotene Interessenabwägung hat die Tatsacheninstanz sich mittels sachverständiger Hilfe ein genaues Bild davon zu verschaffen, welche Folgen im Einzelnen mit einem Umzug verbunden und wie wahrscheinlich sie sind, wenn der Mieter für den Fall eines erzwungenen Wohnungswechsels schwerwiegende Gesundheitsgefahren geltend macht.⁹⁵ Dabei sind nicht nur Feststellungen zu der Art und dem Ausmaß der Erkrankungen und den damit konkret einhergehenden gesundheitlichen Einschränkungen, sondern auch zu den konkret feststellbaren oder zumindest zu befürchtenden Auswirkungen eines erzwungenen Wohnungswechsels zu treffen, wobei auch die Schwere und der Grad der Wahrscheinlichkeit der zu befürchtenden gesundheitlichen Einschränkungen zu klären ist.⁹⁶

79 So aber LG Berlin, Urt. v. 12.03.2019 - 67 S 345/18; zu Recht abl. Bub/Pramataroff, FD-MietR 2019, 415137; Blank in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl. 2017, § 574 BGB Rn. 44; Rolfs in: Staudinger, BGB, 2018, § 574 Rn. 37.

80 Dazu Prütting in: MünchKomm, ZPO, 5. Aufl. 2016, § 286 Rn. 60.

81 BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 180/18 Rn. 46.

82 BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 180/18 Rn. 30.

83 Vgl. OLG Köln, Urt. v. 10.03.2003 - 16 U 72/02 Rn. 34; KG, Urt. v. 06.05.2004 - 8 U 288/03 Rn. 5.

84 BGH, Urt. v. 18.01.1995 - VIII ZR 23/94 Rn. 12; zu Denkgesetzen BGH, Beschl. v. 18.01.2018 - V ZB 113/17 Rn. 12; Deppenkemper, Beweiswürdigung als Mittel prozessualer Wahrheitserkenntnis, 2014, S. 273 ff., 279 f.

85 Emanuel in: BeckOGK, 01.04.2019, § 574 BGB Rn. 36; Blank in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl. 2017, § 574 BGB Rn. 41.

86 Vgl. LG Frankfurt, Urt. v. 13.09.2018 - 2-11 S 46/17 Rn. 39; Blank in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl. 2017, § 574 BGB Rn. 42; Rolfs in: Staudinger, BGB, 2018, § 574 Rn. 75a.

87 BVerfG, Beschl. v. 09.10.2014 - 1 BvR 2335/14 Rn. 13; BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 180/18 Rn. 31; BGH, Urt. v. 16.10.2013 - VIII ZR 57/13 Rn. 20; Siegmund in: BeckOK, MietR, 16. Edition 01.06.2019, § 574 BGB Rn. 21; zu § 765a ZPO vgl. BVerfG, Beschl. v. 06.07.2016 - 2 BvR 548/16 Rn. 11 f.; BGH, Beschl. v. 21.09.2017 - I ZB 125/16 Rn. 8, 13; BGH, Beschl. v. 12.11.2014 - V ZB 99/14 Rn. 7 f.

88 Vgl. Rolfs in: Staudinger, BGB, 2018, § 574 Rn. 77.

89 Jedwede Kategorisierung ablehnend BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 180/18 Rn. 66; zur erforderlichen Würdigung aller Umstände des Einzelfalls BGH, Urt. v. 04.03.2015 - VIII ZR 166/14 Rn. 21.

90 BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 180/18 Rn. 54 ff., 59 f, 67 f.

91 BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 180/18 Rn. 47 f.: Vorlage eines ausführlichen fachärztlichen Attestes reicht.

92 Lützenkirchen in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 574 Rn. 16; Blank in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl. 2017, § 574 BGB Rn. 42; Rolfs in: Staudinger, BGB, 2018, § 574a Rn. 12; Fleindl, WuM 2019, 165, 176.

93 Lützenkirchen in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 574 Rn. 13; Rolfs in: Staudinger, BGB, 2018, § 574 Rn. 76.

94 BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 180/18 Rn. 38.

95 BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 180/18 Rn. 41.

96 BGH, Urt. v. 15.03.2017 - VIII ZR 270/15 Rn. 29.

1. Im Fall BGH VIII ZR 180/18 hat das Berufungsgericht seine Würdigung auf den Inhalt eines von der Beklagten vorgelegten fachärztlichen Attests gestützt und aus diesem abgeleitet, dass im Fall des Herauslösens aus ihrem bisherigen Umfeld eine weitere Verschlechterung ihres Gesundheitszustands ernsthaft zu befürchten sei und letztlich das Interesse der Mieterin das Interesse des Vermieters überwiege.

Ob die in dem urkundlich zu verwertenden fachärztlichen Attest enthaltene Einschätzung inhaltlich richtig ist, unterliegt der freien Beweiswürdigung. Zudem stellte der VIII. Senat kürzlich heraus, dass die Durchführung des Zivilprozesses einschließlich der Beweiserhebung von dem Grundsatz der Parteiherrschaft geprägt wird; grds. bestimmen die Parteien, worüber und mit welchen Erkenntnismitteln Beweis erhoben werden soll. Dies gelte insbesondere bei der Einholung eines grds. mit einem höheren Kostenaufwand verbundenen Sachverständigengutachtens.⁹⁷ Im Regelfall genügt daher, dass das Gericht gem. § 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO auf die Stellung sachdienlicher Beweisanträge hinwirkt.⁹⁸

Gleichwohl rügt der BGH, dass das Berufungsgericht seiner Verpflichtung, sich selbst ein umfassendes und in die Tiefe gehendes Bild über die geltend gemachten Erkrankungen und die hieraus im Fall eines erzwungenen Umzugs resultierenden oder drohenden Gesundheitsbeeinträchtigungen zu verschaffen, nicht nachgekommen sei.⁹⁹ Das Gericht müsse bei vom Mieter substantiiert geltend gemachter schwerer, einen Umzug unzumutbar machender Erkrankung von Amts wegen (§ 144 ZPO) ein Sachverständigengutachten zu der Art, dem Umfang und den konkreten Auswirkungen der Erkrankung einholen, wenn kein entsprechender Beweisantritt vorliegt. Erst dies ermögliche die notwendige Abwägung und sachgerechte Gewichtung.¹⁰⁰

Das in § 144 Abs. 1 ZPO eingeräumte Ermessen ist in diesen Fällen mithin auf null reduziert.¹⁰¹ Der VIII. Senat scheint bei behaupteter Gesundheitsbeeinträchtigung als Härtegrund pauschal anzunehmen, dass der Tatrichter nicht in der Lage sei, die vorgetragene Argumente ohne Zuziehung eines Sachverständigen zutreffend zu beurteilen, sodass er nach § 144 ZPO ein Gutachten einholen muss.¹⁰² Jedenfalls bei erheblichen gesundheitlichen Beeinträchtigungen dürfte jedoch, wenn nicht gegenbeweislich ein Sachverständigengutachten beantragt ist und der Urkundenbeweis nicht dazu führt, dass einer Partei ihr Recht, den Sachverständigenbeweis anzutreten, verkürzt wird, eine Überzeugungsbildung zugunsten der Mieterin aufgrund eines aussagekräftigen Arztbriefes mit Angabe eines Befundes¹⁰³ und Bekundungen sachverständiger Zeugen – der behandelnden

Ärzte – möglich sein. Denn die Verpflichtung zu besonders sorgfältiger Nachprüfung des Vorbringens begründet der BGH in Fällen schwerwiegender Eingriffe in das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus der grundrechtlichen Verbürgung in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG.¹⁰⁴ Im vorliegenden Fall hatte sich dieses Interesse aber durchgesetzt. Es musste nach der Würdigung des Berufungsgerichts das – freilich auch verfassungsrechtlich geschützte – Eigentumsrecht zurücktreten. Bisher gibt es aber keinen Rechtssatz, dass immer, wenn das Eigentumsrecht berührt ist, das Gericht von Amts wegen Sachverständigenbeweis zu erheben hätte. Man denke an die Verkehrsunfallprozesse, in denen regelmäßig das Eigentum des Klägers bestritten wird.

2. Meist wird der Vortrag zum Gesundheitszustand beiderseits unter Sachverständigenbeweis gestellt. Hier ist ein Sachverständigengutachten grds. im seltenen Ausnahmefall entbehrlich, wenn der Vortrag des Mieters, als wahr unterstellt, schon nicht erheblich ist. Dabei darf das Vorbringen der Partei aber keinesfalls nur „pro forma“, sondern muss in seiner vollen Bedeutung erfasst und gewürdigt werden.¹⁰⁵ Die Ausführungen des BGH dazu, dass das Berufungsgericht seiner Aufklärungsanforderung nicht entsprochen habe,¹⁰⁶ legen aber nahe, dass auch in diesem Fall bei behaupteter Gesundheitsbeeinträchtigung nunmehr stets ein Gutachten einzuholen ist.

IV. Fazit

Als Fazit gilt, dass das Gericht in Hinblick auf das Erlangungsinteresse des Vermieters¹⁰⁷ einerseits und andererseits auf Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG¹⁰⁸ bei drohenden

97 BGH, Ur. v. 27.02.2019 - VIII ZR 255/17 Rn. 19: zur streitigen tatsächlichen Wohnungsgröße.

98 Fritsche in: MünchKomm, ZPO, 5. Aufl. 2016, § 144 ZPO Rn. 4.

99 BGH, Ur. v. 22.05.2019 - VIII ZR 180/18 Rn. 43.

100 BGH, Ur. v. 22.05.2019 - VIII ZR 180/18 Rn. 44; auch BGH, Ur. v. 22.05.2019 - VIII ZR 167/17 Rn. 37 f.

101 BGH, Ur. v. 22.05.2019 - VIII ZR 167/17 Rn. 32.

102 Vgl. BGH, Ur. v. 22.12.2009 - X ZR 56/08 Rn. 28; siehe auch BGH, Ur. v. 13.07.1962 - IV ZR 21/62 Rn. 19.

103 BGH, Ur. v. 08.07.2008 - VI ZR 274/07 Rn. 11 mit Anmerkung Nugel, jurisPR-VerKR 17/2008, Anm. 1; einschränkend zum bloßen Attest BGH, Ur. v. 29.01.2019 - VI ZR 113/17 Rn. 33.

104 BGH, Ur. v. 22.05.2019 - VIII ZR 180/18 Rn. 41.

105 BGH, Beschl. v. 11.10.2016 - VIII ZR 300/15 Rn. 13; BGH, Beschl. v. 23.08.2016 - VIII ZR 178/15 Rn. 12.

106 BGH, Ur. v. 22.05.2019 - VIII ZR 180/18 Rn. 42.

107 VGH Berlin, Beschl. v. 18.06.2014 - 153/13 Rn. 17 f.; Rolfs in: Staudinger, BGB, 2018, § 574 Rn. 38.

108 Sogar zu § 543 Abs. 1 BGB BGH, Ur. v. 09.11.2016 - VIII ZR 73/16 Rn. 22.

schwerwiegenden Gesundheitsbeeinträchtigungen oder Lebensgefahr den Beweisangeboten sorgfältig nachgehen und seine Entscheidung über die Abwägung der widerstreitenden Interessen dadurch auf eine tragfähige Grundlage stellen muss.¹⁰⁹ Abweichend zu dem Grundsatz, dass das Gericht nur gehalten ist, die beweisbelastete Partei gem. § 139 ZPO auf die Notwendigkeit eines Beweisantrags nach § 403 ZPO hinzuweisen,¹¹⁰ hat es in diesen Fällen regelmäßig von Amts wegen ein Sachverständigengutachten einzuholen.¹¹¹

C. Ausblick

I. I.d.R. macht der Mieter neben altersbedingten besonderen Beschwerden ein ganzes Konglomerat an Interessen geltend.¹¹² Wenn in solchen Fällen eine erhebliche Verschlechterung substantiiert dargelegt ist,¹¹³ ist die Einholung eines Sachverständigengutachtens geboten. Auch durch die geforderten gründlichen Feststellungen zu diesem kombinierten Härtegrund im Urteil¹¹⁴ nähert sich die Feststellung des beeinträchtigten Interesses des Mieters damit derjenigen in Arzthaftungssachen¹¹⁵ an.¹¹⁶ Hier gilt, dass der Tatrichter allen Unklarheiten, Zweifeln oder Widersprüchen von Amts wegen nachzugehen hat.¹¹⁷ Die Pflicht, nach § 144 Abs. 1 Satz 1 ZPO von Amts wegen ein Sachverständigengutachten einzuholen, wird hier, soweit der Kläger als Patient darauf angewiesen ist, dass der Sachverhalt durch ein solches aufbereitet wird, allerdings auf die Gewährleistung prozessualer Waffengleichheit gestützt.¹¹⁸ Das Argument, dass an die Substantiierungspflichten des Patienten nur maßvolle Anforderungen zu stellen sind¹¹⁹ und vom Kranken keine genaue Kenntnis der medizinischen Vorgänge erwartet und gefordert werden muss, da ihm das nötige Fachwissen zur Erfassung und Darstellung des Konfliktstoffs fehlt,¹²⁰ lässt sich aber auch auf den Härtegrund „erheblicher gesundheitlicher Nachteil“ übertragen. Auf Basis des Gutachtens muss das Gericht dann nachvollziehbar und einleuchtend begründen, warum es einer der Auffassungen den Vorzug gibt.¹²¹ Das ist in der Praxis aufwendig und langwierig. Es ist aber auch unter Berücksichtigung des Beschleunigungsgebots in Räumungssachen (§ 272 Abs. 4 ZPO) wegen des Gewichts der berührten Interessen geboten.

II. Fehlen Verfahrensverstöße, wird also insbesondere das rechtliche Gehör gewährt und erfolgt die Beweisaufnahme und -würdigung fehlerfrei auf der Basis sorgfältiger Feststellungen, sind Rechtsmitteln enge Grenzen gesetzt: So hat es – auch in der Berufung – regelmäßig keinen Erfolg, wenn lediglich eine eigene Würdigung an die Stelle der rechtsfehlerfreien tatrichterlichen Würdigung des Tat-

sachengerichts gesetzt wird.¹²² Auch liegt dann kein Grund für die Zulassung der Revision i.S.d. § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO vor: Die wesentlichen Fragen der Eigenbedarfskündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB sind geklärt.¹²³ Entsprechendes gilt nunmehr auch für den Härtegrund und die Maßstäbe der (freilich weiterhin komplexen) Interessenabwägung.

III. Schließlich ist im Einzelfall zu beachten, dass das Gericht bei einer Fortsetzung auf unbestimmte Zeit z.B. wegen hohen Alters, Gebrechlichkeit oder unabsehbarer Dauer einer Erkrankung¹²⁴ über § 574a BGB auch ohne Antrag bei überwiegenden Härtegründen den Eingriff in die Interessen des Vermieters etwas abfedern kann,¹²⁵ z.B. durch eine moderate Erhöhung des Mietzinses¹²⁶ oder durch Zahlung einer Kostenbeteiligung an der Umgestaltung anderer Räume, die der Vermieter vorübergehend nutzen kann;¹²⁷ im Regelfall erfolgt die Fortsetzung des Mietverhältnisses nur auf bestimmte Zeit.¹²⁸

109 Vgl. BGH, Urt. v. 15.03.2017 - VIII ZR 270/15 Rn. 28.

110 BGH, Urt. v. 27.02.2019 - VIII ZR 255/17 Rn. 18.

111 BGH, Urt. v. 15.03.2017 - VIII ZR 270/15 Rn. 29.

112 Nachweise bei Rolfs in: Staudinger, BGB, 2018, § 574 Rn. 38 – 41.

113 Ansonsten ist die Einholung des Gutachtens nicht geboten, BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 167/17 Rn. 41.

114 BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 180/18 Rn. 37, 70; vgl. bereits BGH, Urt. v. 16.10.2013 - VIII ZR 57/13 Rn. 17 ff.; zu § 765a ZPO BVerfG, Beschl. v. 06.07.2016 - 2 BvR 548/16 Rn. 18 f.

115 BGH, Beschl. v. 10.07.2018 - VI ZR 580/15 Rn. 8; BGH, Beschl. v. 14.01.2014 - VI ZR 340/13 Rn. 11.

116 Siehe auch BGH, Urt. v. 14.05.2019 - VIII ZR 126/18 Rn. 13.

117 BGH, Urt. v. 28.08.2018 - VI ZR 509/17 Rn. 19.

118 BGH, Beschl. v. 12.03.2019 - VI ZR 278/18 Rn. 9; BGH, Urt. v. 19.02.2019 - VI ZR 505/17 Rn. 16.

119 BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 180/18 Rn. 47 f.; zur Arzthaftung BGH, Beschl. v. 12.03.2019 - VI ZR 278/18 Rn. 8.

120 BGH, Urt. v. 19.02.2019 - VI ZR 505/17 Rn. 15.

121 BGH, Beschl. v. 14.05.2019 - VIII ZR 126/18 Rn. 13.

122 Heßler in: Zöller, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 529 Rn. 1 ff.; vgl. auch BGH, Beschl. v. 21.08.2018 - VIII ZR 186/17 Rn. 29.

123 BGH, Beschl. v. 21.08.2018 - VIII ZR 186/17 Rn. 20.

124 Emanuel in: BeckOGK, 01.04.2019, § 574a BGB Rn. 18; Häublein in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2016, § 574a BGB Rn. 12; Rolfs in: Staudinger, BGB, 2018, § 574a Rn. 20.

125 Emanuel in: BeckOGK, 01.04.2019, § 574a BGB Rn. 20 ff.; Rolfs in: Staudinger, BGB, 2018, § 574a Rn. 10.

126 Vgl. Rolfs in: Staudinger, BGB, 2018, § 574a Rn. 27; Fleindl, WuM 2019, 165, 178.

127 BGH, Urt. v. 15.03.2017 - VIII ZR 270/15 Rn. 32.

128 BGH, Urt. v. 22.05.2019 - VIII ZR 180/18 Rn. 69.

Keine Ausgleichsansprüche bei verzögerter Abfertigung wegen eines mehrstündigen Systemausfalls in einem Flughafenterminal – zugleich eine Besprechung von BGH, Urt. v. 15.01.2019 - X ZR 15/18 und X ZR 85/18

Prof. Dr. Ansgar Staudinger und Wiss. Mit. Patrick Schröder

A. Problemstellung

Einem Passagier steht im Fall einer Flugannullierung sowie entsprechend bei einer großen Ankunftsverspätung¹ grds. gem. Art. 5 Abs. 1 Buchst. c i.V.m. Art. 7 Abs. 1 Buchst. c Fluggastrechte-VO² ein Anspruch auf Ausgleichszahlung gegen das ausführende Luftfahrtunternehmen zu. Dieses kann sich jedoch von seiner Zahlungspflicht nach Maßgabe des Art. 5 Abs. 3 Fluggastrechte-VO befreien, soweit die Annullierung auf außergewöhnliche Umstände zurückgeht, die sich auch dann nicht hätten vermeiden lassen, wenn alle zumutbaren Maßnahmen ergriffen worden wären. Entsprechendes gilt für die große Ankunftsverspätung.³ In einer Vielzahl von Entscheidungen konturierten sowohl EuGH als auch BGH den Ausschlussstatbestand. Demnach liegt ein außergewöhnlicher Umstand i.S.d. Art. 5 Abs. 3 Fluggastrechte-VO vor, wenn die Annullierung bzw. die große Verspätung auf ein Vorkommnis zurückzuführen ist, welches außerhalb des Rahmens der normalen Betriebstätigkeit des Luftverkehrsbeförderers liegt und von ihm tatsächlich nicht zu beherrschen war.⁴ Die Parallelentscheidungen des X. Zivilsenats des BGH⁵ vom 15.01.2019 betreffen die Frage, ob Ausgleichsansprüche bei verzögerter Abfertigung wegen eines mehrstündigen Systemausfalls in einem Flughafenterminal bestehen. Neben der Urteilsbesprechung stellt dieser Beitrag auch die Auswirkungen auf das neue Pauschalreiserecht dar, welches in den §§ 651h, 651n sowie § 651x BGB auf unvermeidbare, außergewöhnliche Umstände als Ausschlussstatbestand abstellt.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Im Anlassstreit beehrten die Kläger jeweils eine Ausgleichszahlung i.H.v. 600 € gem. Art. 5 Abs. 1 Buchst. c i.V.m. Art. 7 Abs. 1 Buchst. c Fluggastrechte-VO. Sie buchten einen Flug von New York nach London mit Anschlussflug nach Stuttgart. Die Reisenden trafen mehr als zwei Stunden später in London ein und verpassten den vorgesehenen Anschlussflug. Letztlich erreichten sie das Endziel mit einer neunstündigen Verspätung. Am Tag des geplanten Abfluges kam es zu einem mehrstündigen Ausfall aller Computersysteme (Primär- und Back-up-Systeme) an den Abfertigungsschaltern des genutzten Flughafenterminals des John-F.-Kennedy-Flughafens, weil die Energieversor-

gung des Telekommunikationsanbieters V aufgrund technischer Probleme unterbrochen war. Wegen eines Streiks der Beschäftigten konnte V den Defekt erst nach 13 Stunden beheben. In der Zwischenzeit führte die Beklagte die Abfertigung der Passagiere teilweise manuell durch. Hierfür setzte sie zusätzliches, aus dem Urlaub zurückgerufenes Personal ein. Bezüglich der geforderten Ausgleichszahlung beruft sich die Airline auf einen außergewöhnlichen Umstand i.S.d. Art. 5 Abs. 3 Fluggastrechte-VO.

Zunächst stellt der erkennende Senat unter Rückgriff auf die einschlägige EuGH- sowie BGH-Judikatur fest, dass ein technisches Problem einen außergewöhnlichen Umstand begründen könne, soweit es sich auf ein Vorkommnis zurückführen lasse, welches außerhalb des Rahmens der normalen Betriebstätigkeit des Luftverkehrsbeförderers liege und von ihm tatsächlich nicht zu beherrschen sei. Unter Verweis auf die Rechtssache C-549/07⁶ stellt der BGH fest, dass die Beurteilung dem nationalen Richter obliege. Nach diesen Maßstäben bestehe ein außergewöhnlicher Umstand i.S.d. Art. 5 Abs. 3 Fluggastrechte-VO. Zwar zählten gewisse Arbeitsvorgänge bei der Abfertigung der Fluggäste zum Verantwortungsbereich des Luftbeförderers. Soweit dieser jedoch zur Wahrnehmung seiner Aufgaben auf die technische Einrichtung des Flughafens angewiesen sei, habe er keinen Einfluss auf die Sicherstellung ihrer Funktionsfähigkeit. Vielmehr unterfalle Letzteres der Sphäre des Flughafenbetreibers. Der technische Defekt stelle insoweit ein von außen in den Betriebsablauf der Airline eingreifen-

1 EuGH, Urt. v. 19.11.2009 - C-402/07, C-432/07.

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

3 Steinrötter in: BeckOGK, Fluggastrechte-VO, Art. 5 Rn. 154 m.w.N., Stand 01.03.2019.

4 EuGH, Urt. v. 22.12.2008 - C-549/09; EuGH, Urt. v. 19.11.2009 - C-402/07; EuGH, Urt. v. 31.01.2013 - C-12/11; EuGH, Beschl. v. 14.11.2014 - C-394/14; EuGH, Urt. v. 17.09.2015 - C-257/14.

5 BGH, Urt. v. 15.01.2018 - X ZR 15/17 und X ZR 85/18 - NJW 2019, 1369 mit Anmerkung Bergmann; hierzu auch Staudinger/Schröder, DAR 2019, 327..

6 EuGH, Urt. v. 22.12.2008 - C-549/07.

des Vorkommnis dar. Entsprechendes gelte für die Behebung des Defekts, welche streikbedingt erst nach 13 Stunden erfolgte.

Die Gegebenheiten begründeten jedoch nur dann einen außergewöhnlichen Umstand, soweit das ausführende Luftfahrtunternehmen alle zumutbaren Maßnahmen i.S.d. Art. 5 Abs. 3 Fluggastrechte-VO ergriffen habe, um die Verspätung des von der Klägerin gebuchten Fluges zu vermeiden. Im Rahmen dessen bestimme sich nach den Einzelfallumständen, welche Maßnahmen einem Luftfahrtunternehmen zuzumuten seien. Zum einen komme es darauf an, welche Vorkehrungen ein Luftbeförderer nach guter fachlicher Praxis treffen müsse, damit nicht bereits geringfügige Beeinträchtigungen bei gewöhnlichem Ablauf des Luftverkehrs den Unternehmer außerstande setzen, seinen vertraglichen Verpflichtungen nachzukommen und den Flugplan im Wesentlichen einzuhalten. Zum anderen müsse der Carrier, soweit eine mehr als geringfügige Beeinträchtigung tatsächlich eintrete oder einzutreten drohe, alle ihm in dieser Situation zu Gebote stehenden Maßnahmen ergreifen, um nach Möglichkeit zu verhindern, dass hieraus eine Annullierung oder große Verspätung resultiere. Die Würdigung des Berufungsgerichts sei revisionsrechtlich nicht angreifbar. Nach Auffassung des BGH muss ein Luftverkehrsunternehmen keine Fachkräfte zur Aufrechterhaltung der vom Flughafenbetreiber zur Verfügung gestellten technischen Einrichtungen vorhalten, um den Folgen außergewöhnlicher Umstände begegnen zu können. Ferner habe die Beklagte durch die vor Ort manuell sowie über ihre Mitarbeiter in Washington telefonisch durchgeführten Abfertigungen der Passagiere alle ihr zumutbaren Maßnahmen ergriffen. In diesem Zusammenhang greife die Rüge der Revision nicht durch, die Beklagte hätte die Verspätung verhindern können, indem sie die Fluggäste hätte über deren Mobiltelefone einchecken oder für die Abfertigung auf die technischen Einrichtungen eines anderen Terminals ausweichen können. Zudem seien Umbuchungen etwaiger Anschlussflüge der einzelnen Kunden nicht als zumutbare Maßnahmen i.S.d. Art. 5 Abs. 3 Fluggastrechte-VO, sondern unter Art. 5 Abs. 1 der Verordnung zu berücksichtigen. Der BGH begründet dies mit der Definition des Fluges im Sinne des Sekundärrechtsaktes. Ein solcher sei in Übereinstimmung mit der EuGH-Judikatur nicht als Transport eines einzelnen Passagiers, sondern als Beförderungsvorgang eines bestimmten Luftverkehrsunternehmens auf einer spezifischen Route zu verstehen. Soweit eine Flugreise aus mehreren Segmenten bestehe, seien die Voraussetzungen des Ausgleichsanspruchs für jeden Flug gesondert zu prüfen. Schließlich geht der erkennende Senat noch auf den Vorlagebeschluss des LG Korneuburg⁷ vom 22.11.2018 ein. Der BGH merkt an, dass er die Prämisse nicht teile,

wonach der EuGH seine Definition des Fluges geändert habe. Insoweit habe der X. Zivilsenat – auch bei früherer Kenntnis – keinen Anlass für ein Vorabentscheidungsersuchen gesehen.

C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung des BGH vermag im Ergebnis sowie mit Blick auf ihre Begründung zu überzeugen. Zustimmung verdient die dogmatische Herleitung des außergewöhnlichen Umstandes i.S.d. Art. 5 Abs. 3 Fluggastrechte-VO unter Rekurs auf die einschlägige EuGH- sowie BGH-Judikatur. So erfolgt die normative Beurteilung des X. Zivilsenats nach objektiven Verantwortungs- und Risikosphären.⁸ Hierzu führt die Revisionsinstanz unter Randnummer 17 aus, dass es entscheidend darauf ankommt, ob das Vorkommnis, auf welches der technische Defekt zurückgeht, Teil der normalen Betriebstätigkeit der Airline ist oder nicht. Zudem verweist der BGH auf seine Entscheidung vom 21.08.2012, in welcher bereits dargelegt wurde, dass sich die Außergewöhnlichkeit eines Umstandes auch aus dem Versagen der technischen Einrichtungen eines Flughafens ergeben kann.⁹ Da der Defekt gerade nicht in dem unternehmenseigenen Abfertigungssystem begründet ist, überzeugt es, diesen als ein „von außen“ in den Betriebsablauf des Luftfahrtunternehmens eingreifendes Ereignis anzusehen. Mithin obliegt es dem Telekommunikationsdienstleister, die Funktionstüchtigkeit der Leitungen sicherzustellen. Diese Einschätzung der Revisionsinstanz erweist sich ebenso mit Blick auf die jüngste EuGH-Entscheidung zu Art. 5 Abs. 3 Fluggastrechte-VO als zutreffend. So urteilte der Gerichtshof¹⁰ am 26.6.2019, dass das Vorhandensein von Treibstoff auf einer Flughafenrollbahn, welches zu deren Schließung und folglich zur erheblichen Abflug- oder Ankunftsverspätung auf diesem Flughafen geführt hatte, einen außergewöhnlichen Umstand i.S.d. Bestimmung darstelle, wenn der fragliche Treibstoff nicht von einem Flugzeug des Luftfahrtunternehmens stamme, welches diesen Flug durchgeführt habe. Denn die Instandhaltung des Rollfelds falle nicht in die Zuständigkeit des ausführenden Luftfahrtunternehmens.

Zu Recht stellt der BGH fest, dass die Beklagte alle zumutbaren Maßnahmen i.S.d. Art. 5 Abs. 3 Fluggastrechte-VO er-

7 LG Korneuburg, Beschl. v. 22.11.2018 - 21 R 350/18.

8 Hierzu Steinrötter in: BeckOGK, Fluggastrechte-VO, Art. 5 Rn. 54 ff., Stand 01.03.2019.

9 BGH, Urt. 21.08.2012 - X ZR 138/11 Rn. 16.

10 EuGH, Urt. v. 26.6.2019 - C-159/18; siehe in diesem Zusammenhang zu Fremdkörpern auf dem Rollfeld EuGH, Urt. v. 04.04.2019 - C-501/17; hierzu Ruks, GPR Heft 4/2019 (im Erscheinen).

griffen hat, um die Verspätung zu vermeiden. So erscheint es vor dem Hintergrund, anderenfalls eine überbordende Pflicht des Luftbeförderers zu schaffen, sachgerecht, dass eine Airline keine Fachkräfte vorhalten muss, um die vom Flughafenbetreiber zur Verfügung gestellte technische Einrichtung aufrechtzuerhalten. Ferner entschied die Revisionsinstanz, dass der Tatrichter nicht der Frage nachzugehen hat, ob die Nutzung der Mobiltelefone der Passagiere die Verspätung hätte verhindern können. So merkte der BGH an, dass der Tatrichter nur solche Umstände einbeziehen muss, zu welchen die Parteien vorgetragen haben oder die sich ihm zumindest als zumutbar und erfolgsversprechend aufdrängen. Beides lag indes nicht vor.

Einen Schwerpunkt der Entscheidung bildet die Frage, ob die Umbuchung etwaiger Anschlussflüge als zumutbare Maßnahme im Rahmen des Art. 5 Abs. 3 Fluggastrechte-VO zu berücksichtigen ist. Für die Beurteilung gibt die Definition des Fluges im Sinne des Sekundärrechtsaktes Maß. In zutreffender Weise verweist der BGH auf seine – in Übereinstimmung mit der EuGH-Judikatur¹¹ ergangene – Rechtsprechung.¹² Danach ist der Flug als Beförderungsvorgang eines bestimmten Luftverkehrsunternehmens auf einer spezifischen Route zu verstehen. Die Verordnung nimmt nicht die individuelle Reiseplanung des einzelnen Fluggastes in den Blick. Vielmehr werden die Passagiere als Kollektiv betrachtet. Folglich sind auch bei Flugreisen, welche aus mehreren Teilstrecken bestehen, die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 3 Fluggastrechte-VO für jeden einzelnen Flug zu prüfen. Eine dahin gehende Lesart ergibt sich aus Wortlaut sowie Sinn und Zweck des Art. 5 Abs. 3 Fluggastrechte-VO. Es bleibt in diesem Zusammenhang auf die Entscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache C-173/07 hinzuweisen, in welcher der EuGH klarstellte, dass sich eine einheitliche Buchung nicht auf die Eigenständigkeit zweier Flüge auswirkt.¹³ Hingegen erkennt das LG Korneuburg in den jüngeren Entscheidungen des Gerichtshofes¹⁴ einen Paradigmenwechsel hinsichtlich der Definition des Fluges. Obschon in diesen Urteilen eine Betrachtung der individuellen Flugbewegung der Passagiere zu erkennen ist, erscheint eine dahin gehende Annahme indes überhastet. Mit dem BGH ist insoweit von einem *acte clair* und dem Entfallen der Vorlagepflicht auszugehen.¹⁵ Es bleibt jedoch letztlich der Ausgang des österreichischen Vorabentscheidungsersuchens abzuwarten.

D. Übertragung auf das Reiserecht

Die Entscheidung des BGH hat nicht nur Auswirkung auf die Auslegung des Art. 5 Abs. 3 Fluggastrechte-VO, sondern gleichermaßen auf die reiserechtlichen Vorschriften. Im Zuge der Novelle durch die Umsetzung¹⁶ der Richtlinie (EU) 2015/2302¹⁷ wurde der Begriff der höheren Gewalt durch unvermeidbare, außergewöhnliche Umstände er-

setzt und findet sich in § 651h Abs. 3, Abs. 4 Satz 1 Nr. 2, § 651n Abs. 1 Nr. 1 und § 651x Nr. 2 BGB wieder. Dies trägt dem Bestreben Rechnung, ein einheitliches europäisches Begriffsverständnis zu schaffen.¹⁸ Insoweit kann im Rahmen der Auslegung wohl auf die bereits zu Art. 5 Abs. 3 Fluggastrechte-VO ergangene Judikatur zurückgegriffen werden. Es gilt jedoch anzumerken, dass semantische Abweichungen bestehen.

Unter der bisherigen Rechtslage konnten sich sowohl der Reiseveranstalter als auch der Reisende gem. § 651j BGB a.F. vom Vertrag lösen, soweit die Reise infolge bei Vertragsabschluss nicht vorhersehbarer höherer Gewalt erheblich erschwert, gefährdet oder beeinträchtigt wird. Ein derartiges Kündigungsrecht besteht nicht mehr. Vor Reisebeginn können die Parteien lediglich nach Maßgabe des § 651h BGB zurücktreten. Unter diese Vorschrift lassen sich ebenfalls Konstellationen subsumieren, welche bisher von § 651j BGB a.F. erfasst wurden.¹⁹ Unterstellt man, dass sich der Ausfall aller Computersysteme an den Abfertigungsschaltern des genutzten Flughafenterminals im Rahmen einer Pauschalreise ereignet und der Kunde noch keine eigentlichen Reiseleistungen in Anspruch genommen hat,²⁰ kann dieser grds. nach Maßgabe des § 651h Abs. 1 BGB zurücktreten. Die Verpflichtung des Reisenden zur angemessenen Entschädigung (§ 651h Abs. 1 Satz 3 BGB) entfällt, wenn am Bestimmungsort oder in dessen unmittelbarer Nähe unvermeidbare, außergewöhnliche Umstände auftreten, welche die Durchführung der Pauschalreise oder die Beförderung von Personen an den Bestimmungsort erheblich beeinträchtigen, § 651h Abs. 3 Satz 1 BGB. Bei Übertragung des vorliegenden Urteils besteht somit ein unvermeidbarer, außergewöhnlicher Umstand. Es erscheint jedoch zweifelhaft, ob zudem die wei-

11 EuGH, Urt. v. 10.07.2008 - C-173/07.

12 BGH, Urt. v. 28.05.2009 - Xa ZR 113/08; BGH, Urt. v. 13.11.2012 - X ZR 12/12; BGH, Urt. v. 12.06.2014 - X ZR 121/13.

13 EuGH, Urt. v. 10.07.2008 - C-173/07.

14 EuGH, Urt. v. 26.02.2013 - C-11/11; EuGH, Urt. v. 07.09.2017 - C-559/16; EuGH, Urt. v. 07.03.2018 - verb. C-274/16, C-447/16 und C-448/16; EuGH, Urt. v. 31.05.2018 - C-537/17.

15 Die Berechtigung zur Vorlage an den EuGH besteht in diesem Fall jedoch weiterhin, vgl. Kühling/Drechsler, NJW 2017, 2950 m.w.N.

16 Drittes Gesetz zur Änderung reiserechtlicher Vorschriften vom 17.07.2017, BGBl. I 2017, 2394 ff.

17 Richtlinie (EU) 2015/2302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2015 über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen, ABl. Nr. L 326 vom 11.12.2015, S. 1 ff.

18 BT-Drs. 18/10822, S. 76.

19 BT-Drs. 18/10822, S. 75.

20 Vertiefend zum Reisebeginn bei Flugreisen siehe Harke in: BeckOGK, BGB, § 651h Rn. 15, Stand 01.05.2019. Bei Nutzung eines Rail&Fly-Tickets beginnt die Reise bereits mit der Zugfahrt, vgl. AG Hannover, Urt. v. 07.10.2016 - 410 C 3837/16.

teren in der Vorschrift genannten Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes erfüllt sind. Dies bedarf letztlich einer Einzelfallprüfung.

Des Weiteren sind die reiserechtlichen Gewährleistungsrechte zu beachten, soweit die Verspätung einen Reise-mangel i.S.d. § 651i Abs. 2 BGB darstellt. Laut § 651i Abs. 2 Satz 3 BGB sind ebenfalls unangemessen verspätet erbrachte Reiseleistungen umfasst. Hinsichtlich einer Unannehmlichkeitsschwelle bei verspäteten Flügen erscheint im Zuge der Reform eine Angleichung an die zu Art. 7 Fluggastrechte-VO ergangene Judikatur angezeigt.²¹ Unter dem Regime der neuen reiserechtlichen Vorschriften steht zudem infrage, ob an der Einschränkung des weiten Mangelbegriffs durch die Verwirklichung des allgemeinen Lebensrisikos des Reisenden festzuhalten ist.²² Hierzu wird letztlich der EuGH im Wege der Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV Stellung nehmen müssen. Jedenfalls in der vorliegenden Konstellation – einer neunstündigen Ankunftsverspätung – erscheint es fernliegend, einen Reisemangel abzulehnen. Neben der verschuldensunabhängigen Minderung kraft Gesetzes nach § 651m BGB, kommt der (im-)materielle Schadensersatz nach § 651n BGB in Betracht. Es bleibt anzumerken, dass die Vorschrift als Verschuldenshaftung mit Beweislastumkehr oder modifizierte Form der verschuldensabhängigen Haftung verstanden werden kann.²³ Der Reiseveranstalter vermag sich unabhängig der Rechtsnatur nach § 651n Abs. 2 Nr. 3 BGB aufgrund von unvermeidbaren, außergewöhnlichen Umständen zu entlasten. Hier zeigt sich ein gewisser Gleichlauf zwischen der vertraglichen Haftung sowie den Fluggastrechten. In beiden Fällen kann sich der jeweilige Unternehmer aufgrund eines (unvermeidbaren) außergewöhnlichen Umstandes von seiner Haftung befreien.

Im Rahmen der Haftung für Buchungsfehler sieht § 651x Nr. 2 BGB ebenfalls einen Entlastungstatbestand vor. Demnach ist die Haftung des Unternehmers ausgeschlossen, soweit der Buchungsfehler durch einen unvermeidbaren, außergewöhnlichen Umstand verursacht wurde. Freilich geht diese Konstellation über den Anlassstreit hinaus. Es soll dennoch aufgezeigt werden, inwieweit die Einordnung des streitgegenständlichen Stromausfalls als außergewöhnlicher Umstand auf § 651x Nr. 2 BGB übertragen werden kann. Zunächst bleibt anzumerken, dass sich eine Vielzahl verschiedener technischer Defekte unter den Begriff im Sinne der Vorschrift subsumieren lassen. Es kommt jedoch maßgeblich darauf an, dass das Vorkommen zu einem Buchungsfehler führt. In diesem Zusammenhang ist fraglich, ob die stromausfallbedingte Nichtbuchung einer Pauschalreise dann einen Buchungsfehler darstellt, soweit sie zu einem späteren Zeitpunkt nur zu

einem höheren Preis erworben werden kann. Bejahendenfalls kann auf die hier besprochene Entscheidung zurückgegriffen werden.

21 Ausführlich Staudinger in: Führich/Staudinger, Reiserecht, 8. Aufl. 2019, § 17 Rn. 12.

22 Staudinger in: Führich/Staudinger, Reiserecht, 8. Aufl. 2019, § 17 Rn. 13.

23 Vertiefend Staudinger in: Führich/Staudinger, Reiserecht, 8. Aufl. 2019, § 22 Rn. 2.

Anforderungen an ein gerichtliches Miethöhegutachten

BGH, Urt. v. 24.04.2019 - VIII ZR 62/18

VPräs'inAG Dr. Beate Flatow

A. Problemstellung

Der Vermieter einer Wohnung kann in Abständen von seinem Mieter die Zustimmung zu einer Erhöhung der Miete verlangen, und zwar bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete (§ 558 Abs. 1 BGB). Das allerdings ist nicht immer einfach. Der Begriff der ortsüblichen Vergleichsmiete setzt sich aus zahlreichen Einzelkomponenten zusammen. Aufzufinden ist ein repräsentativer Querschnitt¹ der üblichen Entgelte, die für Wohnungen vergleichbarer Art, Größe, Ausstattung, Beschaffenheit und Lage unter Berücksichtigung des energetischen Zustands gezahlt werden. Mit dieser Differenzierung ist es aber noch nicht getan. In den Vergleich einfließen dürfen nur Mieten, die in den letzten vier Jahren vereinbart oder geändert worden sind (§ 558 Abs. 2 BGB). Öffentlich geförderter Wohnraum ist größtenteils ausgenommen.² Aus den Vergleichsdaten relevanter Wohnungen ergibt sich zunächst einmal eine Spanne üblicher Entgelte, innerhalb derer dann die konkrete Vergleichsmiete zu ermitteln ist.³ Die Herausforderung liegt darin, überhaupt ausreichende Daten auf dem Wohnungsmarkt zu ermitteln, um daraus den repräsentativen Querschnitt zu bilden. Gibt es in der Gemeinde keinen Mietspiegel,

1 Vgl. etwa BGH, Urt. v. 03.07.2013 - VIII ZR 354/12 Rn. 20; zuletzt BGH, Urt. v. 13.02.2019 - VIII ZR 245/17 Rn. 12; Emmerich/Sonnenschein in: Emmerich/Sonnenschein, Miete, 11. Aufl. 2014, § 558 BGB Rn. 12.

2 Näher Börstinghaus in: Blank/Börstinghaus, Miete, 5. Aufl. 2017, § 558 BGB Rn. 43.

3 Ausführlich zur Methodik BGH, Urt. v. 29.02.2012 - VIII ZR 346/10 Rn. 18 ff.

bleibt im Prozess dafür nur das Sachverständigengutachten.⁴ Die von einem Gutachter erhobenen Daten erfüllen regelmäßig nicht die Kriterien einer statistisch ausreichenden Zufallsstichprobe.⁵ Ob das Gutachten verwertbar ist, hängt daher von einer zumindest vertretbaren Methode ab, bei der auch alle Bestandteile des Vergleichsmietenbegriffs berücksichtigt sind.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Klägerin beehrte unter Ausschöpfung der gesetzlichen Kappungsgrenze (§ 558 Abs. 3 BGB) Zustimmung zu einer Mieterhöhung für eine Wohnung in Görlitz. Sie behauptete, der neue Betrag entspreche der ortsüblichen Miete. Im Prozess hatte dazu schon das Amtsgericht ein Gutachten eingeholt, dem noch zwei Ergänzungsgutachten gefolgt waren. In beiden Instanzen wurde die Beklagte aufgrund der Gutachten verurteilt. Der BGH verwies den Rechtsstreit zurück. Das Gutachten sei zwar nicht schon deswegen unverwertbar, weil die dort herangezogenen Vergleichswohnungen nicht identifizierbar bezeichnet seien. Eine in jeder Hinsicht vollständige Angabe der Anschriften der Vergleichswohnungen unter Einschluss der Hausnummern und der Lage der Wohnungen im Geschoss sei nur dann geboten, wenn auch diese Angaben für eine Überprüfung des Gutachtens praktisch unentbehrlich wären.⁶ Das Gutachten sei aber inhaltlich nicht oder zumindest nicht ohne zusätzliche Erläuterungen geeignet, die ortsübliche Miete zu beweisen.

Drei Punkte zur Qualität eines Miethöhegutachtens arbeitet der BGH ab.

I. Punktesystem. Es sei im konkreten Fall nicht zu beanstanden, dass der Sachverständige ein Punktesystem angewandt habe, um nicht zu vermeidende Unterschiede zwischen den von ihm ermittelten Vergleichswohnungen und der Wohnung der Beklagten auszugleichen. Gleichartige oder sogar im Wesentlichen identische Wohnungen seien regelmäßig kaum aufzufinden, sodass auch abweichende Wohnungen mit in die Auswertung einfließen müssten. Dann könne mit Zu- und Abschlägen oder eben mit Punktesystemen eine Vergleichbarkeit hergestellt werden. Der mit den Örtlichkeiten vertraute Gutachter habe hier das detaillierte Punktesystem selbst entwickelt. Wenn das Berufungsgericht darin eine geeignete Grundlage sehe, sei das revisionsrechtlich nicht zu korrigieren.

II. Umrechnung auf verschiedene Größen. Methodisch nicht mehr hinnehmbar sei dagegen der Umgang des Gutachters mit verschiedenen großen Wohnungen. Sachverhalt dazu: Der Gutachter hatte keine statistisch ausreichende Zahl vergleichbar großer Wohnungen ermittelt. Also hatte er eine

Umrechnung durchgeführt, um auch größere und kleinere Wohnungen mit in die Datenbasis übernehmen zu können. Dazu hatte er auf den Erfahrungssatz abgestellt, nach dem die pro Quadratmeter gezahlten Mieten bei kleinen Wohnungen höher sind als bei größeren.⁷ Den konkreten Umrechnungskoeffizienten hatte der Gutachter der sog. Tabelle Streich entnommen; Streich hatte 1980 und 1984 in Lübecker Vorstadtgebieten Umrechnungszahlen entwickelt.⁸ Diese empirische Grundlage beanstandete der BGH. Sie sei jedenfalls ohne nähere Erläuterungen nicht mehr hinnehmbar. Aus 30 Jahre alten Umrechnungszahlen für die Vorstadtgebiete in Lübeck lasse sich keine Aussage treffen für das Jahr 2014 und die Stadt Görlitz.

III. Neuvermietungs- und Bestandsmieten. Ein Rechtsfehler lag nach der Entscheidung auch darin, ein Gutachten zu verwerten, bei dem nur Neuvermietungsflächen in die Auswertung eingeflossen waren. Das verstoße gegen § 558 Abs. 2 BGB. Das Tatgericht habe auf ein angemessenes Verhältnis von Neuvermietungs- und Bestandsmieten zu achten.⁹ Ein angemessenes Verhältnis liege aber nicht mehr vor, wenn die Bestandsmieten gleich ganz außer Betracht blieben.

C. Kontext der Entscheidung

Zur Offenlegung der Daten entspricht die Entscheidung – bei Unterschieden im Detail – der ganz herrschenden Linie. Hier finden sich immer wieder die gleichen Obersätze. Es komme darauf an, ob die Kenntnis näherer Daten zu den Wohnungen für die Parteien „unentbehrlich“ oder „zwingend“ sei, um sich mit dem Gutachten auseinanderzusetzen zu können.¹⁰ Es müsse eine Abwägung im Einzelfall stattfinden.¹¹ Der BGH bekräftigt das.

Zur richtigen Anwendung des Vergleichsmietenbegriffs im Miethöhegutachten baut der BGH auf seiner bisherigen

4 Vgl. V. Emmerich in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 2018, O.X. Rn. 87a.

5 Börstinghaus, Miethöhehandbuch, 2. Aufl. 2016, Kap. 14 Rn. 58; V. Emmerich in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 2018, O.X. Rn. 87a.

6 Verweis auf BVerfG, Beschl. v. 07.10.2000 - 1 BvR 2646/95 Rn. 3.

7 Vgl. zuletzt Wohngeld- und Mietenbericht der Bundesregierung 2016, BT-Drs. 18/13120, S. 100; ausführlich zu dem Zusammenhang: Börstinghaus, Flächenabweichungen in der Wohnraummiete, 2012, Rn. 655 ff.; Isenmann, WuM 2005, 687.

8 Vgl. Streich, DWW 1980, 188 und DWW 1984, 90.

9 So bereits BGH, Urt. v. 29.02.2012 - VIII ZR 346/10 Rn. 31.

10 Vgl. Börstinghaus in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl. 2017, § 558b BGB Rn. 104; Stempel, Mietrecht Aktuell, 4. Aufl. 2009, Rn. XIV 69; LG Hannover, Urt. v. 16.03.2001 - 8 S 1312/00; AG Diez, Urt. v. 07.03.1995 - 3 C 200/94; ähnlich AG Dortmund, Urt. v. 17.01.1995 - 125 C 17192/93.

11 Vgl. Börstinghaus, Miethöhehandbuch, 2. Aufl. 2016, Kap. 14 Rn. 61.

Rechtsprechung auf,¹² die im Schrifttum und der weiteren Rechtsprechung auch zustimmend aufgegriffen worden ist.¹³ Die sich daraus ergebende Forderung, Neu- und Bestandsmieten der vorausgegangenen vier Jahre angemessen zu berücksichtigen, entstammt einer Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 2012. Dort hatte der BGH sogar eine präzise Rückrechnung der Vier-Jahres-Frist ausgehend vom Datum des Erhöhungsverlangens gefordert, anstatt es bei den vorausgegangenen Kalenderjahren zu belassen.¹⁴ Die Instanzrechtsprechung hat in der Folge dieses Urteils bereits Gutachten zurückgewiesen, die nur Neuvermietungsmieten als Datenbasis aufweisen konnten. Konkret waren das die vormals häufigen Gutachten auf der Basis der von Maklern erstellten IVD-Preisspiegel (vormals RDM-Preisspiegel).¹⁵ Der BGH überlässt es dem Tatrichter, ein angemessenes Mischungsverhältnis zu ermitteln.¹⁶ I.d.R. wird hier wohl das tatsächliche Vorkommen am regionalen Markt maßgebend sein.¹⁷

Zu denjenigen Punkten, die letztlich die statistische Methode betreffen, gibt es dagegen bisher keine grundsätzlichen Aussagen. Der BGH meint, im Grundsatz könne ein Gutachten verwertbar sein, in dem unterschiedliche Wohnungen mit einem Punktesystem „vergleichbar gemacht“ werden. Hier fehlen leider weitere Informationen zum Sachverhalt. Der Entscheidung lässt sich nicht entnehmen, wie das Punktesystem konkret aussah. Es ist vorsorglich darauf hinzuweisen, dass nicht auf jede Vergleichbarkeit verzichtet werden kann. So wäre es bei einem früher häufig verwandten Verfahren gewesen, bei dem jedes Wohnwertmerkmal mit einer Gewichtung (Lage 40 %, Ausstattung 30 % usw.) und einer Punkteskala versehen wurde – dadurch konnten dann sämtliche Wohnungen einer Gemeinde herangezogen werden, konnte eine Wohnung in guter Lage mit schlechter Ausstattung mit einer Wohnung in schlechter Lage aber sehr guter Ausstattung gleichgesetzt werden. Gleiche Endpunktzahl – gleiche Miete.¹⁸ Damit wäre die Differenzierung nach Wohnwertmerkmalen gänzlich beseitigt. Schwierig ist es auch, wenn ein konkretes Punktesystem nur Wertschätzungen des Sachverständigen widerspiegelt. Die Bewertung außerhalb der Tatsachenbasis steht nur dem Gericht zu.¹⁹

Zur Frage, wie in Miethöhegutachten der Umrechnungskoeffizient bei unterschiedlich großen Vergleichswohnungen aufzufinden ist, gibt es bisher gar keine veröffentlichte Rechtsprechung. Das ist erstaunlich, denn der Hinweis des BGH, dass es hier Aktualisierungsbedarf gibt, beschreibt eher zurückhaltend den Umstand, dass es für Gemeinden ohne Mietspiegel naturgemäß schlicht gar keine örtlichen Tabellen zum konkreten Verhältnis zwischen Quadratmetermiete und Wohnungsgröße gibt. Darauf käme es aber an, weil die Wohnungsmärkte regional unterschiedlich sein können.

D. Auswirkungen für die Praxis

Auch wenn der BGH mit der Zulassung eines (welches?) Punktesystems dem Gutachter in gewissem Umfang die Möglichkeit gibt, seine Datenbasis zu verbreitern, stellen sich doch weiterhin erhebliche Probleme. Für die beeidigten Gutachter – häufig Makler – bedeutet das erneute Urteil, dass sie künftig wohl selbst auf die Suche nach geänderten Bestandsmieten gehen müssen. Geänderte Bestandsmieten haben sie, anders als Angebots- und Neu-mieten, nicht in ihren eigenen Datensätzen und nicht im IVD-Preisspiegel. Wenn die Größenumrechnung nach den alten Tabellen nicht mehr zugelassen wird, ist der Ermittlungsaufwand noch größer. Für Vermieter ist ein Zustimmungsprozess in Gemeinden ohne Mietspiegel mit einem hohen Prozessrisiko und mit Vorschussanforderungen in Höhe mehrerer tausend Euro verbunden. Die Kostenlast trifft umgekehrt den Mieter, wenn er – ohne prozesskostenhilfeberechtigt zu sein – letztlich doch zur Zustimmung verurteilt wird. Die Dauer der Prozesse wird, falls der Gutachter geänderte Bestandsmieten erst ermitteln muss, in Jahren zu bemessen sein.

Angesichts dieser Entwicklung wäre Vermietern zu raten, bei Vertragsschluss stärker als bisher über Staffel- und Indexmieten nachzudenken. Mieter können, insbesondere wenn sie Prozesskostenhilfe erhalten, einer Zustimmungsklage in Gemeinden ohne Mietspiegel sehr gelassen entgegensehen. Das Gutachten, das die Anforderungen des BGH erfüllen würde, muss erst einmal geschrieben sein. Die Verhandlungsmacht für einen Vergleich ist entsprechend hoch.

E. Bewertung

Um trotz unzureichender Daten Aussagen zur ortsüblichen Miete abgeben zu können, stehen dem Sachverständigen im Grundsatz nur zwei Wege offen. Er kann einerseits versuchen, mithilfe „sachverständiger Annahmen“ und eigener Berechnungsmodelle auch aus kleineren Datenmengen Werte zu generieren. Eine solche Hochrechnung geschieht

12 Grundlegend bereits BGH, Urt. v. 29.02.2012 - VIII ZR 346/10.

13 Vgl. etwa Börstinghaus, WuM 2012, 244, 247 ff.; V. Emmerich in: Staudinger, BGB, 2018, § 558b BGB Rn. 32; LG Karlsruhe, Urt. v. 13.09.2012 - 9 S 572/11 Rn. 19.

14 Vgl. BGH, Urt. v. 19.02.2012 - VIII ZR 346/10 Rn. 30.

15 Vgl. etwa LG Osnabrück, Beschl. v. 20.03.2018 - 1 S 380/17; LG Kiel, Urt. v. 22.01.2014 - 7 S 68/13.

16 BGH, Urt. v. 19.02.2012 - VIII ZR 346/10 Rn. 31.

17 Vgl. Börstinghaus, jurisPR-MietR 13/2017, Anm. 1 unter C.

18 In Kiel seinerzeit die sog. Methode Petersen vgl. LG Kiel, Urt. v. 18.02.1999 - 1 S 94/18.

19 Vgl. Blank, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 29.02.2012 - VIII ZR 346/10.

etwa, wenn der Gutachter – wie hier – nur Neuvermietungen in seinem eigenen Datenbestand hat. Andererseits kann der Gutachter die Datenbasis verbreitern, indem er in einem ersten Schritt Wohnungen hinzunimmt, die nach der Größe oder auch nach anderen Merkmalen nicht mehr i.S.d. § 558 Abs. 2 BGB vergleichbar sind, und im zweiten Schritt mit Punktesystemen oder Umrechnungskoeffizienten eine rechnerische Anpassung vornimmt. Beide Verfahren stoßen an Grenzen, wenn die gesetzlichen Vorgaben des § 558 Abs. 2 BGB dabei nicht mehr aufzufinden sind²⁰ oder wenn jede Repräsentativität verschwindet.

Es wäre falsch, hier die Entscheidung zu beanstanden und es dem BGH anzulasten, wenn die Miethöhegutachten erheblich aufwendiger werden. Nicht der BGH, sondern die vielen Merkmale des gesetzlichen Vergleichsmietenbegriffs schaffen die Schwierigkeiten. Diese Problematik darf nicht zulasten des Mieters gelöst werden, indem Gutachten ohne echte Datenanbindung akzeptiert werden. Blank hatte dazu schon 1997 ausgeführt: „In einem nach üblicher Art und Weise erstellten Sachverständigengutachten wird das ortsübliche Preisniveau nicht unter Beachtung einer wissenschaftlich gesicherten Methode ermittelt, sondern geschätzt. Vergleicht man diese Praxis mit den verschiedenen Möglichkeiten der Zeitmessung, so erreicht das Sachverständigengutachten nur in seltenen Fällen die Genauigkeit einer Sonnenuhr.“²¹ Der BGH geht eben dieses Problem seit 2012 an. Das ist zu begrüßen, solange die gerichtliche Durchsetzung einer Mieterhöhung in Gemeinden ohne Mietspiegel nicht faktisch unmöglich wird. Dann allerdings wäre die Grenze zu einer Verletzung des Art. 14 GG überschritten.

20 Vgl. dazu etwa LG Berlin, Urt. v. 01.02.2017 - 65 S 292/16 Rn. 20 ff.

21 Blank, WuM 1997, 178 (zu LG München, Urt. v. 16.10.1996 - 14 S 22380/95).

Ersatzlieferung bei Modellwechsel eines vom Abgasskandal betroffenen Fahrzeugs BGH, Beschl. v. 08.01.2019 - VIII ZR 225/17

Prof. Dr. Michael Jaensch

A. Problemstellung

Der Abgasskandal wurde angestoßen durch eine Meldung der US-Umweltbehörde EPA im September 2015. Es stellte sich heraus, dass die Dieselmotoren der Reihe VW EA189 mit einer Software ausgestattet waren, die die Stickoxid-Emissionen auf dem Prüfstand gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduziert. Das Kraftfahrzeugbun-

desamt vertrat in seinem Bescheid vom 15.10.2015 die Auffassung, dass es sich bei der verwendeten Software um eine unzulässige Abschaltvorrichtung handle und ordnete den Rückruf von 2,4 Mio. Fahrzeugen an, um die Software zu entfernen und geeignete Maßnahmen zur Wiederherstellung der Vorschriftsmäßigkeit zu ergreifen. Es wurde festgestellt, die betroffenen Fahrzeuge seien verkehrssicher und könnten bis zum Austausch der Komponenten weiter gefahren werden. Daraufhin entwickelte die VW AG ein Software-Update, welches den vorschriftsmäßigen Zustand herstellen sollte. Es wurde Mitte 2016 vom Kraftfahrzeugbundesamt freigegeben, welches bestätigte, mit dem Update sei der Mangel beseitigt. Das Aufspielen des Software-Updates soll eine halbe Stunde dauern und etwa 100 € kosten.¹

Seither beschäftigen sich die unterinstanzlichen Gerichte mit der Aufarbeitung des Abgasskandals, wobei sie Rechtsfragen im Bereich des Kauf- und Deliktsrechts unterschiedlich bewerten.² An einer höchstrichterlichen Rechtsprechung fehlt es bisher. In seinem Hinweisbeschluss liefert der BGH eine vorläufige Einschätzung, ob die in den Fahrzeugen verwendete Abschaltvorrichtung i.S.v. Art. 3 Nr. 10 der VO (EG) Nr. 715/2007³ (kurz: die Verordnung), die nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung unzulässig ist, einen Sachmangel darstellt. Ferner nimmt er Stellung zur Frage, ob beim Verkauf eines Neuwagens ein Modellwechsel zur Unmöglichkeit der Ersatzlieferung führt.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Im Frühjahr 2015 erwarb der Kläger einen Neuwagen mit Dieselmotor der Baureihe VW EA189, der mit der besagten Abschaltvorrichtung ausgestattet war. Nach Bekanntwerden der Umstände verlangte der Kläger Ersatzlieferung, deren Kosten sich auf rund 8.700 € belaufen. Aufgrund eines Modellwechsels wurde das verkaufte Fahrzeug nicht mehr hergestellt. Das neue Modell war stärker motorisiert, fuhr schneller und war größer. Das Landgericht hat ohne nähere Begründung aufgrund der Abschaltvorrichtung einen Sachmangel bejaht. Das Oberlandesgericht hat die Frage offengelassen. Beide Vorinstanzen sind sich einig gewesen, dass der Modellwechsel zur Unmöglichkeit der Ersatzlieferung führe und der Käufer nur Mangelbeseitigung verlangen könne. Nach dem

1 Vortrag der Beklagten, LG Bielefeld, Urt. v. 20.04.2017 - 5 O 85/16 Rn. 33; LG Köln, Urt. v. 31.05.2017 - 32 O 191/16 Rn. 17.

2 Vgl. Harriehausen, NJW 2018, 3137, 3738 ff.; Witt, NJW 2017, 3681 ff.; Legner, VuR 2018, 251 ff.

3 VO (EG), Nr. 715/2007 v. 20.06.2007, ABl. EU L 171 v. 29.06.2007, 1.

daraufhin ergangenen Hinweisbeschluss des BGH ist die Revision des Klägers zurückgenommen worden.

I. Der BGH geht davon aus, dass das Fahrzeug einen Sachmangel nach § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB aufweise, da es sich nicht für die gewöhnliche Verwendung eigne. Denn der Wagen sei mit einer nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung unzulässigen Abschaltvorrichtung versehen, aufgrund derer latent eine Betriebsuntersagung nach § 5 Abs. 1 FZV drohe, was die Eignung des Fahrzeugs herabsetze. Das Fahrzeug sei nach Art. 5 Abs. 1 der Verordnung so auszurüsten, dass es unter normalen Betriebsbedingungen den Vorgaben entspricht. Daher sei eine Abschaltvorrichtung nach Abs. 2 der Norm unzulässig. Die dort genannten Ausnahmen kämen nicht in Betracht, da die Abschaltvorrichtung den Zweck hat, die Emissionen im Normalbetrieb zu verschleiern. Insbesondere sei nicht der schwer verständliche Ausnahmetatbestand nach Buchstabe c) erfüllt. Dieser greife nur, wenn die Abschaltvorrichtung im Prüfverfahren vorgegeben werde.

II. Nach seiner vorläufigen Einschätzung geht der BGH davon aus, dass die Ersatzlieferung nach einem Modellwechsel nicht wegen Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen ist. Ob diese infrage komme, sei durch Auslegung des Parteiwillens zu ermitteln. Zwar sei beim Kauf eines Neuwagens regelmäßig eine Gattungsschuld vereinbart. Allerdings sei die Unterscheidung zwischen Stück- und Gattungsschuld nicht maßgeblich. Stattdessen dürfe bei der vom Schuldner übernommenen Beschaffungspflicht anzusetzen sein. Ferner erfasse die Ersatzbeschaffung die Lieferung einer mangelfreien, im Übrigen aber gleichartigen und gleichwertigen Sache, nicht hingegen einer identischen. Was gleichartig und gleichwertig ist, richte sich danach, ob die Sache gemäß dem Vertragszweck austauschbar sei. Beim Kauf eines Neuwagens sei typischerweise mit einem Nachfolgemodell zu rechnen, was an die Stelle des Vorgängers trete und somit mit der Ersatzlieferung geschuldet sei. Es sei Frage des Einzelfalls, ob der Verkäufer die Ersatzbeschaffung nach § 439 Abs. 4 BGB verweigern kann, weil deren Kosten im Vergleich zu denen der Mangelbeseitigung unverhältnismäßig sind.

C. Kontext der Entscheidung

I. Die unzulässige Abschaltvorrichtung führt wegen der latenten Gefahr der Betriebsuntersagung zu einer herabgesetzten Eignung des Fahrzeugs zur gewöhnlichen Verwendung und stellt daher einen Sachmangel nach § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB dar. Den Sachmangel haben die Gerichte in Verfahren zum Abgasskandal – soweit ersichtlich – bisher nicht infrage gestellt.⁴ Der BGH holt lediglich die Begründung nach, die das Landgericht versäumte und das

Oberlandesgericht trotz eingehender Ausführungen des Klägers offenließ. Ob das Fahrzeug aufgrund der Einrichtung auch die Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach Art der Sache erwarten kann, konnte der BGH offenlassen. Denn bereits das Fehlen der Verwendungseignung begründet einen Sachmangel.

II. Die unterinstanzlichen Gerichte haben die Frage, ob die Ersatzlieferung bei einem Modellwechsel ausgeschlossen ist, unterschiedlich beantwortet.⁵ Zutreffend setzt der BGH beim Parteiwillen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses an. Es verwundert jedoch, warum er zur Frage des Umfangs des sekundärrechtlichen Ersatzlieferungsanspruchs Überlegungen zur primärrechtlich übernommenen Beschaffungsschuld anstellt. Folgt man seiner Auffassung, dass selbst bei einer Stückschuld der Käufer im Rahmen des Nacherfüllungsanspruchs zur Lieferung einer gleichartigen und gleichwertigen Sache verpflichtet sei,⁶ sind Erwägungen zur Beschaffungsschuld unerheblich. Selbst wenn keine Beschaffungsschuld vereinbart wurde, was bei einer Stückschuld i.d.R. der Fall ist, kann es nach genannter Ansicht des BGH gemäß Parteivorstellung zur verkauften Sache eine gleichartige und gleichwertige geben, die Gegenstand eines Ersatzlieferungsanspruchs ist. Offenbar nimmt der Gerichtshof die Ausführung des Landgerichts auf, welches vom Erfüllungsanspruch auf den Umfang des Nacherfüllungsanspruchs geschlossen und eine Verpflichtung zur Beschaffung des Fahrzeugs auf dem freien Markt verneint hatte.⁷ Die Überlegungen zur Beschaffungsschuld ergeben hingegen Sinn, lehnt man die Ersatzlieferung bei Stückschuld ab.⁸ Vereinbaren die Parteien als Kaufgegenstand eine Sache, zu denen es nach deren Auffassung gleichartige und gleichwertige Sachen gibt, die sich zur Erfüllung des Vertrags eignen, so haben sie primärrechtlich eine Gattungsschuld verbunden mit

4 Vgl. lediglich OLG Karlsruhe, Urt. v. 06.12.2018 - 17 U 4/18; OLG Frankfurt, Urt. v. 31.08.2018 - 25 U 17/8; LG Hamburg, Urt. v. 20.04.2018 - 313 O 31/17; LG Ravensburg, Urt. v. 06.03.2018 - 2 O 96/17; LG Köln, Urt. v. 31.05.2017 - 32 O 191/16; LG Offenburg, Urt. v. 21.03.2017 - 3 O 77/16.

5 Bejahend OLG Hamburg, Urt. v. 21.12.2018 - 11 U 55/18; OLG Karlsruhe, Urt. v. 06.12.2018 - 17 U 4/18 Rn. 30; OLG Düsseldorf, Urt. v. 09.11.2018 - 22 U 2/18 Rn. 129 ff.; OLG Jena, Urt. v. 15.08.2018 - 7 U 721/17; OLG München, Urt. v. 02.07.2018 - 8 U 1710/17; verneinend LG Hamburg, Urt. v. 20.04.2018 - 313 O 31/17; LG Ravensburg, Urt. v. 06.03.2018 - 2 O 96/17; LG Offenburg, Urt. v. 21.03.2017 - 3 O 77/16 Rn. 24 f.

6 BGH, Urt. v. 07.06.2006 - VIII ZR 209/05 Rn. 18 ff.

7 LG Bayreuth, Urt. v. 20.12.2016 - 21 O 34/16 Rn. 23.

8 So Ackermann, JZ 2002, 378, 379.

einer Beschaffungsschuld vereinbart, die den Umfang des sekundärrechtlichen Ersatzlieferungsanspruchs bestimmt. Vor diesem Hintergrund ist dem BGH zuzustimmen, dass bei einem der Gattung nach geschuldeten Neuwagen die Ersatzlieferung des Nachfolgemodells möglich ist, sofern Letzteres nach Parteivorstellung an die Stelle des Vorgängermodells tritt.

III. Auch nach dem Hinweisbeschluss sind noch einige im Abgasskandal aufgeworfene kaufrechtliche Fragen offen. Will der Käufer zu den ihm nach § 437 Nr. 2 und 3 BGB zustehenden Rechten übergehen, bleibt ungeklärt, von welcher Dauer eine angemessene Frist zur Nacherfüllung sein muss, wenn die Mangelbeseitigung erst nach verzögerter Freigabe des Software-Updates erfolgen kann.⁹ Infolge § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB halten die Gerichte die Frist für entbehrlich, wenn der über den Mangel täuschende Hersteller auch Verkäufer ist¹⁰ oder der Verkäufer zum Konzern dieses Herstellers gehört.¹¹ Nach § 440 Satz 1 BGB wurde die Frist als entbehrlich angesehen, weil es dem Käufer unzumutbar sei, auf das Software-Update zu warten.¹² Schließlich setzt der Rücktritt voraus, dass der Mangel gem. § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB erheblich ist. Hat der Verkäufer (der auch der Hersteller ist) über den Mangel getäuscht, wurde die Erheblichkeit bejaht.¹³ Ist dies nicht der Fall, herrscht Uneinigkeit, weil die Kosten für das Aufspielen des Software-Updates nur rund 100 € betragen.¹⁴

D. Auswirkungen für die Praxis

Der Käufer eines Neuwagens, der sich mit dem Software-Update nicht abfinden will, wird i.d.R. die Ersatzlieferung dem Rücktritt vorziehen. So muss er aufgrund § 475 Abs. 3 Satz 1 BGB keinen Nutzungswertersatz zahlen, wozu er beim Rücktritt aufgrund § 346 Abs. 2 Nr. 1 BGB verpflichtet wäre.¹⁵ Es kommt somit verstärkt auf das Recht des Verkäufers an, die Ersatzlieferung gem. § 439 Abs. 4 BGB zu verweigern. Allerdings wird es nicht genügen, allein auf das Kostenverhältnis der beiden Nacherfüllungsarten abzustellen.¹⁶ Durch die im Einzelfall gebotene Abwägung ist zu ermitteln, ob auf die Mangelbeseitigung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden kann, § 439 Abs. 4 Satz 2 BGB. Dies ist nur der Fall, wenn der Mangel vollständig nachhaltig und fachgerecht beseitigt wird.¹⁷ Ob dies das Software-Update erreicht, wird von der Klägersseite häufig bestritten.¹⁸ Nach Auffassung des BGH ist auch zu berücksichtigen, ob der Verkäufer den Mangel zu vertreten hat.¹⁹ Dies wird anzunehmen sein, wenn er mit dem Hersteller identisch ist. Vor allem aber ist bei der Bestimmung der Unverhältnismäßigkeit auf den Zeitpunkt des Zugangs des Nacherfüllungsverlangens abzustellen.²⁰ Es

ist somit zu berücksichtigen, ob das Software-Update zur Verfügung stand, als der Käufer die Ersatzlieferung verlangte.²¹

- 9 Abwarten erforderlich LG Kleve, Urt. v. 31.03.2017 - 3 O 252/16 Rn. 64; LG Frankenthal, Urt. v. 12.05.2016 - 8 O 208/15 Rn. 31 ff.; a.A. LG Offenburg, Urt. v. 21.03.2017 - 3 O 77/16 Rn. 30; LG München I, Urt. v. 14.04.2016 - 23 O 23033/15 Rn. 37.
- 10 LG Arnsberg, Urt. v. 12.05.2017 - 2 O 264/16 Rn. 26 ff.
- 11 LG München I, Urt. v. 14.04.2016 - 23 O 23033/15 Rn. 24.
- 12 LG Arnsberg, Urt. v. 12.05.2017 - 2 O 264/16 Rn. 46 ff.
- 13 LG Bayreuth, Urt. v. 12.05.2017 - 23 O 348/16 Rn. 16 f.
- 14 Erheblichkeit verneinend OLG München, Urt. v. 03.07.2017 - 21 U 4818/16 Rn. 27 f.; a.A. LG München I, Urt. v. 14.04.2016 - 23 O 23033/15 Rn. 39 ff.
- 15 BGH, Urt. v. 16.09.2009 - VIII ZR 243/08 Rn. 14 f.
- 16 BGH, Urt. v. 24.10.2018 - VIII ZR 66/17 Rn. 62.
- 17 BGH, Urt. v. 24.10.2018 - VIII ZR 66/17 Rn. 76.
- 18 Vgl. LG Heidelberg, Urt. v. 30.06.2017 - 3 O 6/17 Rn. 10; LG Kleve, Urt. v. 31.03.2017 - 3 O 252/16 Rn. 11 ff.
- 19 BGH, Urt. v. 24.10.2018 - VIII ZR 66/17 Rn. 97; BGH, Urt. v. 04.04.2014 - V ZR 275/12 Rn. 45; hiergegen Jaensch, jM 2014, 452, 457.
- 20 BGH, Urt. v. 24.10.2018 - VIII ZR 66/17 Rn. 69 ff.
- 21 OLG Karlsruhe, Urt. v. 25.05.2019 - 13 U 144/17 Rn. 105 ff.

Fotografieren zweidimensionaler gemeinsamer Werke aus einem Museumskatalog und im Museum

BGH, Urt. v. 20.12.2018 - I ZR 104/17

Prof. Dr. Frank Weiler

A. Problemstellung

Der Schutz von Lichtbildern nach § 72 UrhG setzt keine schöpferische, sondern nur ein Mindestmaß an persönlicher geistiger Leistung voraus.¹ Ob dieses gegeben ist, wenn es sich um eine möglichst originalgetreue Wiedergabe eines zweidimensionalen Werks (z.B. Gemälde, Zeichnungen) handelt, ist besonders für den Fall umstritten, in dem das abgebildete Werk gemeinfrei ist.² Eine Bejahung der Frage gibt Museumsbetreibern, die Inhaber der Rechte an einem Reproduktionsfoto sind, die Möglichkeit, während der 50-jährigen Schutzdauer zu verhindern, dass diese Abbildung

- 1 BGH, Urt. v. 03.11.1999 - I ZR 55/97 - „Werbefotos“; BGH, Urt. v. 20.12.2018 - I ZR 104/17 - „Museumsfotos“ Rn. 25 ff.
- 2 Bejahend z.B. Lauber-Rönsberg in: BeckOK, UrhR, 24. Edition 15.04.2019, § 72 Rn. 16a ff.; Schulze in: Dreier/Schulze, UrhG, 6. Aufl. 2018, § 72 Rn. 10; verneinend z.B. Stang, ZGE 2009, 168, 213 ff.

eines gemeinfreien Kunstwerks in das Internet gelangt. Das ist ökonomisch relevant, weil die Wahrnehmbarkeit von Kunst über das Internet die Besucherzahlen beeinträchtigen kann. In gewissem Umfang sind auch im Museum von den Besuchern gefertigte Fotos ausgestellter Kunstwerke hierzu geeignet, sofern sie digital der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt werden. Ob dagegen – und zur Aufrechterhaltung der Ordnung und Sicherheit – Fotografierverbote helfen, hängt von der AGB-rechtlichen Wirksamkeit entsprechender Klauseln ab.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Die Klägerin, eine kommunale Gebietskörperschaft, betreibt ein Museum. Sie hat einen Katalog mit Fotografien gemeinfreier Gemälde und Bilder ihrer Sammlung veröffentlicht; die Nutzungsrechte an diesen Fotografien stehen ihr zu. Der Beklagte hat aus diesem Katalog Fotografien eingescannt und in die Mediendatenbank Wikimedia Commons, auf die auch die Internetenzyklopädie Wikipedia zugreift, hochgeladen. Außerdem hat er bei einem Museumsbesuch Fotografien gemeinfreier Werke gefertigt und ebenfalls hochgeladen. Die Besuchsordnung der Klägerin enthält ein generelles Fotografierverbot, von dem die Direktion Dispens erteilen kann; außerdem finden sich im Museum Piktogramme mit einer durchgestrichenen Kamera. Die Klägerin verlangt Unterlassung der öffentlichen Zugänglichmachung der eingescannten bzw. im Museum angefertigten Fotos.

II. Hinsichtlich der eingescannten Fotos aus dem Museumskatalog besteht der Unterlassungsanspruch (§ 97 Abs. 1 UrhG) wegen einer öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG), wenn diese Reproduktionsfotos urheberrechtlichen Schutz genießen. Da es sich nicht um Lichtbildwerke (§ 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG) handelt, ist entscheidend, ob sie Lichtbilder i.S.d. § 72 Abs. 1 UrhG sind. Der BGH bejaht das.³ Die notwendige geistige Leistung liege auch dann vor, wenn der Fotograf mit dem Ziel arbeite, ein Gemälde oder ein anderes zweidimensionales Werk möglichst originalgetreu abzubilden. Die Anfertigung einer solchen Fotografie erfordere Entscheidungen über eine Reihe gestalterischer Umstände wie Standort, Entfernung, Blickwinkel, Belichtung und Ausschnitt der Aufnahme. Dass es sich hierbei um handwerklich-technische Fragestellungen handele, stehe der Schutzfähigkeit nicht entgegen, da der Lichtbildschutz nach dem Willen des Gesetzgebers auch die rein technische Leistung erfassen solle.

Die Einordnung als Lichtbild führt zu einem 50-jährigen Schutz ab Erscheinen (§ 72 Abs. 3 Satz 1 UrhG). In der Konsequenz kann für die Abbildung eines Kunstwerks noch urheberrechtlicher Schutz bestehen, obwohl dieser für das Kunstwerk selbst durch Ablauf der 70-jährigen

Schutzfrist ausgelaufen ist. Diese faktische Verlängerung der Schutzfrist des § 64 UrhG rechtfertigt für den BGH jedoch keinen Ausschluss von Fotografien gemeinfreier Werke aus dem Lichtbildschutz des § 72 UrhG.⁴ Dieser stehe lediglich einer Vervielfältigung des Lichtbildes entgegen, hindere die Allgemeinheit aber nicht daran, sich mit dem abgebildeten gemeinfreien Werk auseinanderzusetzen. Hinzu komme, dass urheberrechtlich geschützte Abbildungen nunmehr nach § 51 Satz 3 UrhG auch vom Zitatrecht erfasst seien. Allerdings greife diese Schranke vorliegend nicht, da das Hochladen nicht zum Zwecke des Zitats erfolgt sei.

III. Ob durch das Fotografieren gemeinfreier Gemälde beim Museumsbesuch das Eigentum der Klägerin verletzt wurde, lässt der BGH im Gegensatz zur dies bejahenden Vorinstanz⁵ offen.⁶ Der Unterlassungsanspruch ergebe sich schon aus § 280 Abs. 1, § 249 Abs. 1 BGB, da der Beklagte gegen ein wirksam in den Besichtigungsvertrag einbezogenes Fotografierverbot verstoßen habe.

Dieses Verbot sei nicht nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB wegen unangemessener Benachteiligung unwirksam.⁷ Betreiber von Museen hätten ein berechtigtes Interesse, Regeln für das Verhalten der Besucher während des Museumsbesuchs aufzustellen. Die allgemeine Freigabe des Fotografierens sei mit Blick auf die große Beliebtheit von Smartphones und die mit ihnen angefertigten Fotos geeignet, den geordneten Museumsbetrieb zu beeinträchtigen. Zwar hätten die Besucher ein Interesse, über die unmittelbare Wahrnehmung der Ausstellungsstücke hinaus den Wahrnehmungseindruck zu perpetuieren und es könne auch angenommen werden, dass Personen, die das Museum nicht selbst aufsuchen, ein Interesse an Fotografien von Ausstellungsstücken hätten, um sie über das Internet wahrnehmen zu können. Diese Interessen seien jedoch allenfalls von der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) geschützt, nicht aber vom Grundrecht der Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG).⁸ Dieses setze eine allgemeine Zugänglichkeit der Quelle voraus. Die Klägerin sei aufgrund ihres Hausrechts aber befugt, den Zutritt nur zu bestimmten Zwecken zu erlauben; hierzu gehöre auch die Gestattung von Fotoaufnahmen. Da das Verbot dem Ordnungs- und Schutzinter-

3 BGH, Urt. v. 20.12.2018 - I ZR 104/17 Rn. 25 ff.

4 BGH, Urt. v. 20.12.2018 - I ZR 104/17 Rn. 28 ff.

5 OLG Stuttgart, Urt. v. 31.05.2017 - 4 U 204/16 - „Reiss-Engelhorn-Museen“.

6 BGH, Urt. v. 20.12.2018 - I ZR 104/17 Rn. 34.

7 BGH, Urt. v. 20.12.2018 - I ZR 104/17 Rn. 50 ff.

8 BGH, Urt. v. 20.12.2018 - I ZR 104/17 Rn. 57 ff.

esse diene, stehe ihr diese aus § 903 Satz 1 BGB folgende Befugnis auch als öffentliche Stelle zu. Mit der allgemeinen Handlungsfreiheit sei das Fotografierverbot vereinbar; insbesondere sei die Verhältnismäßigkeit mit Blick auf das Schutz- und Ordnungsinteresse des Museumsbetreibers und die Möglichkeit, einen Dispens von der Direktion zu erhalten, gewahrt.⁹ Auch der Widmungszweck des Museums, der u.a. darin besteht, Kunst und Kultur zu präsentieren und zu vermitteln, führe nicht zur Unwirksamkeit.¹⁰ Das Fotografierverbot verstoße nicht gegen diesen Zweck, weil es dazu diene, Exponate und die störungsfreie Durchführung von Ausstellungen sicherzustellen. Einem durch die veränderten Rezeptionsgewohnheiten gestiegenem Bedürfnis der Allgemeinheit nach fotografischer Dokumentation von Ausstellungsobjekten werde durch die in der Benutzungsordnung vorgesehene Dispensmöglichkeit hinreichend Genüge getan.

C. Kontext der Entscheidung

Die Einordnung von Reproduktionsfotos gemeinfreier Kunstwerke als Lichtbilder ist nicht zukunftsfähig. Art. 14 der kürzlich vom Europäischen Parlament und Rat angenommenen Urheberrechtsrichtlinie¹¹ sieht vor, dass nach Eintritt der Gemeinfreiheit eines Werks der bildenden Kunst Material, das im Zuge einer Handlung der Vervielfältigung dieses Werkes entstanden ist, nur noch dann urheberrechtlich oder durch verwandte Schutzrechte geschützt ist, wenn es eine eigene geistige Schöpfung darstellt.¹² Reproduktionsfotos zweidimensionaler Kunstwerke sind keine geistige Schöpfung; dementsprechend ordnet der BGH sie nur als Lichtbilder i.S.d. § 72 UrhG ein, bei denen die technische Leistung des Fotografen geschützt wird. Die Begründung des europäischen Gesetzgebers steht in diametralem Gegensatz zu der des BGH: Im Bereich der bildenden Kunst trage die Verbreitung originalgetreuer Vervielfältigungen gemeinfreier Werke zum Zugang zur Kultur und ihrer Förderung und zum Zugang zum kulturellen Erbe bei. In einem digitalen Umfeld sei der Schutz solcher Vervielfältigungen durch das Urheberrecht oder verwandte Schutzrechte nicht mit dem Ablauf des urheberrechtlichen Schutzes eines Werks in Einklang zu bringen.¹³

Mit der für die Klägerin positiv ausgefallenen AGB-rechtlichen Prüfung des Fotografierverbots vermeidet der I. Zivilsenat eine Stellungnahme zu der Frage, ob das Fotografieren beweglicher Sachen das Eigentum verletzt. Für unbewegliche Sachen ist das vom V. Zivilsenat bejaht worden,¹⁴ während er die Frage bei beweglichen Sachen ebenfalls offengelassen hat.¹⁵ Auf sie kommt es weiterhin an, wenn kein Besichtigungsvertrag mit Fotografierverbot besteht.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung stärkt die Stellung der Museen in doppelter Hinsicht. Sie können durch ein Fotografierverbot dem Besucher die Vervielfältigung ausgestellter Werke verbieten und damit die Herstellung von Werkfotos als Mittel zur Eröffnung des Werkzugangs über das Internet unterbinden – auch bei beendetem Urheberschutz des Kunstwerks. Zugleich ist der Weg, durch Digitalisierung von Reproduktionsfotos anderen das Werk digital öffentlich zugänglich zu machen, ebenfalls versperrt – jedenfalls für die 50-jährige Dauer des Lichtbildschutzes. Damit können Museen die Wahrnehmung gemeinfreier Kunst außerhalb ihrer eigenen Räume über einen signifikanten Zeitraum steuern, und zwar auch dann, wenn sie von der öffentlichen Hand betrieben werden.

Auch außerhalb eines öffentlichen Zugänglichmachens führt die Entscheidung zu Einschränkungen: Da dem Rechtsinhaber sämtliche Verwertungsrechte zustehen, ist eine Vervielfältigung von Reproduktionsfotos nur im Rahmen der üblichen Schranken (z.B. zum privaten Gebrauch, § 53 Abs. 1 UrhG) zulässig und eine Weitergabe rechtmäßiger Vervielfältigungen nur erlaubt, soweit das Verbreitungsrecht nicht verletzt wird (§ 53 Abs. 6 Satz 1, § 17 Abs. 1 UrhG). Da das für zulässig erachtete Fotografierverbot generell die Anfertigung von Fotografien untersagt, dürfen motivunabhängig keine Fotos im Museum gemacht werden – auch Selfies sind Pflichtverletzungen. Diese vertraglich geschaffene „fotografierfreie Oase“ mag manchem gefallen; für jüngere Generationen liegt darin aber sicherlich keine Steigerung der Attraktivität von Museumsbesuchen.

E. Bewertung

Dem BGH ist im Ansatz darin zuzustimmen, dass der Lichtbildschutz für Reproduktionsfotos gemeinfreier Werke die Auseinandersetzung mit dem gemeinfreien Werk nicht hindert. Diese Prämisse wird aber fraglich, wenn gleichzeitig ein wirksames vertragliches Fotografierverbot besteht. Da-

9 BGH, Urt. v. 20.12.2018 - I ZR 104/17 Rn. 65.

10 BGH, Urt. v. 20.12.2018 - I ZR 104/17 Rn. 66 ff.

11 Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.04.2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG, ABl. EU Nr. L 130 v. 17.05.2019, S. 92.

12 Kritisch Seiler, K&R 2019, 245, 248.

13 Erwägungsgrund 53 Richtlinie (EU) 2019/790.

14 BGH, Urt. v. 17.12.2010 - V ZR 45/10 - „Preußische Gärten und Parkanlagen“; BGH, Urt. v. 01.03.2013 - V ZR 14/12 - „Preußische Gärten und Parkanlagen II“.

15 BGH, Urt. v. 19.12.2014 - V ZR 324/13 - „Preußische Kunstwerke“.

durch wird die Möglichkeit, sich mit dem Werk auseinanderzusetzen, weiter eingeschränkt, weil es hierzu des Zugangs bedarf, der dann durch einen Museumsbesuch oder den Erwerb eines Museumskatalogs erfolgen muss. Das Zitatrecht gem. § 51 Satz 3 UrhG hilft in dieser Situation nur sehr bedingt, da es den Zugang zur Vervielfältigung voraussetzt, dieser aber wegen des Fotografiervorbots und des Lichtbildschutzes von Reproduktionsfotos von anderen als dem Museumsbetreiber nicht geschaffen werden kann – jedenfalls dann, wenn er auch Inhaber der Rechte an den verfügbaren Reproduktionsfotos ist. Letztlich bleibt zu konstatieren, dass das Unionsrecht in eine andere Richtung weist.

Bei § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB zeigt sich ein Begründungsungleichgewicht: Trotz umfänglicher verfassungsrechtlicher Erwägungen fehlt es letztlich an einer Abwägung der gegenläufigen Interessen. Der Verweis auf die in der Besichtigungsordnung vorgesehene Möglichkeit eines Dispenses, durch den die Verhältnismäßigkeit gewahrt sein soll, ist nicht tragfähig. Hierbei handelt es sich um nichts anderes als einen ausdrücklich ausgesprochenen Vorrang der Individualabrede, wie er sich schon zwingend aus § 305b BGB ergibt.¹⁶ Eine Klausel lässt sich niemals damit rechtfertigen, dass die Parteien im Einzelfall etwas anders vereinbaren können – wäre dem so, gäbe es schon wegen § 305b BGB keine nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksamen AGB. Die berechtigten Interessen der Besucher erfordern vielmehr einen Erlaubnisvorbehalt, dessen Voraussetzungen schon in der Klausel klar geregelt sind.

¹⁶ Hoeren, MMR 2019, 246.

Arbeitsrecht

Besitz vs. Streik – ein Kampf zweier Grundrechte

BAG, Urt. v. 20.11.2018 - 1 AZR 189/17, 1 AZR 12/17

RA Ulrich Fischer

A. Problemstellung

Sollte der unwahrscheinliche Fall eintreten, dass sich ein Leser dieser Anmerkung an die letzte in dieser Zeitschrift veröffentlichte Besprechung des Verfassers erinnert,¹ könnte er den

Eindruck haben, Letzterer habe ein Faible für das Maurerhandwerk. Widerspruch dagegen fielen nicht leicht. Denn schon damals sprach der Verfasser, sich über Stillfibel juristischer Ausdrucksweise hinwegsetzend, von „another brick in the wall“. Und auch jetzt geht es wiederum um einen Baustein im Gebäude des vom BAG errichteten Arbeitskämpferechts. Allerdings im Gewande besitzrechtlicher Überlegungen, die zeigen, wie komplex Arbeitskämpfe in Zeiten von technologischen Revolutionen und Globalisierung unter Gesichtspunkten der gewerkschaftlichen Kampfstrategie, arbeitgeberseitiger Abwehrstrategien und rechtlicher Verschränkungen geworden sind. Das BAG hatte Gelegenheit, in zwei parallel liegenden Fällen, Vorinstanzen LArbG Mainz und LArbG Berlin-Brandenburg, die Frage zu entscheiden, ob Gewerkschaften berechtigt sind, in Ermangelung anderer Kommunikationsmöglichkeiten auf einem angemieteten Parkplatz des Arbeitgebers übliche Maßnahmen der Streikmobilisierung, wie sie sonst vielfach im öffentlichen Raum stattfinden, durchzuführen, die keinen ablaufstörenden oder destruktiven Charakter haben und für sich genommen rechtmäßig sind.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidungen

Erkennbar ging es bei den beiden Streitgegenständlichen Fällen um die seit Jahren andauernde und bisher noch zu keinem Ergebnis führende, hartnäckig betriebene Tarifauseinandersetzung zwischen der Gewerkschaft ver.di und dem global handelnden Multi Amazon, in dem die Gewerkschaft ver.di bisher zweiter Sieger geblieben ist; ein Zustand, der nicht gerade dafür spricht, dass Arbeitgeber nicht in der Lage seien, sich ohne zusätzliche Rechteeräumung gegen gewerkschaftliche Streiks zu wehren.

Im räumlichen Zusammenhang zweier Betriebsstätten dieses Unternehmens besteht die räumliche und verkehrstechnische Konstellation, dass der Zugang und die Zufahrt zu dem Betriebsgebäude nur über einen Parkplatz möglich sind, den das Unternehmen zum Zwecke der Benutzung durch die Firmenangehörigen, die weit überwiegend mit dem eigenen Pkw zur Arbeit fahren, angemietet hat. Nachdem das Unternehmen mit einstweiligen Verfügungen gescheitert war, die darauf abzielten, der Gewerkschaft Aktivitäten auf dem Firmenparkplatz zu untersagen, ging die Klägerin ins Hauptsacheverfahren über und verfolgte ihr Klagebegehren letztendlich bis zum BAG. Der Weg dahin allerdings ist ein schönes Beispiel für die beliebte Volksweisheit, dass zwei Juristen mindestens drei Meinungen haben. Denn im in Rheinland-Pfalz geführten Rechtsstreit entschied das Arbeitsgericht zugunsten der Gewerkschaft, das Landesarbeitsgericht zugunsten des Unternehmens. Im

¹ Ulrich Fischer, jM 2017, 149.

Berliner Rechtsstreit war es genau umgekehrt: Das Arbeitsgericht entschied zugunsten des Unternehmens, das Landesarbeitsgericht zugunsten der Gewerkschaft. Wie schön, dass es in solchen Fällen das BAG gibt, das so der Öffentlichkeit eindrucksvoll vorführen kann, dass in Wahrheit doch nur eine Meinung die richtige sein kann. Sollte sich der eine oder andere darüber Gedanken machen, warum es eigentlich Landesarbeitsgerichte gebe, so wird diesseits angeraten, diese Gedanken nicht weiterzuführen oder aber dankbar dafür sein, dass über dem BAG, wie dieses manchmal recht schmerzvoll erfahren muss, noch das BVerfG für endgültige Wahrheiten sorgt. Das BAG jedenfalls nahm den Fall zum Anlass, die Normenkollision der jeweiligen Grundrechtsträger in Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung einer praktischen Konkordanz zuzuführen.

C. Kontext der Entscheidung

Die beiden Urteile des für Fragen des Arbeitskampfes allein zuständigen Ersten Senates des BAG² bewegen sich zunächst, was die Rechtmäßigkeit des von der Gewerkschaft geführten Streiks angeht, auf den von ihm selbst geschlagenen Pfaden, die zwar nicht ausgetreten sind, aber immerhin seit vielen Jahren in ständiger Kleinarbeit weiter ausgebaut werden. Die Trias – eine gesetzliche Regelung des Arbeitskampfrechts ist entbehrlich, nur Gewerkschaften dürfen Arbeitskämpfe führen und diese auch nur zur Erreichung regelbarer Ziele – wird ohne Wenn und Aber, ohne sich davon im Geringsten von Exoten wie dem Verfasser dieser Zeilen ablenken zu lassen, angewendet. Das Ergebnis war somit offenkundig: Der gewerkschaftliche Streik war rechtmäßig.

Nun musste sich das BAG also dem „Clash of Grundrechte“ zuwenden. Denn auch das Unternehmen konnte sich auf eine rechtmäßige Position berufen, nämlich den Mietvertrag an dem Parkplatz. Da nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG³ der Besitz an einer Immobilie oder eines Teils davon von der Eigentumsgarantie des Art. 14 Grundgesetz umfasst ist, musste sich das BAG der Aufgabe zuwenden, die konkret in Rede stehenden kollidierenden Grundrechte durch Güterabwägung im zu entscheidenden Fall einer praktischen Konkordanz zuzuführen.

Die klagende Firma war der Auffassung, durch ihre Aktionen bewirke die Gewerkschaft eine Besitzstörung an dem von ihr angemieteten Parkplatz und dagegen könne sie sich nach § 682 Abs. 1 BGB i.V.m. § 858 Abs. 1 BGB wenden. Allerdings kann von einer verbotenen Eigenmacht nur dann gesprochen werden, wenn „nicht das Gesetz die Entziehung oder die Störung gestattet“. Da nach der Rechtsprechung des BVerfG⁴ die arbeitsrechtliche Rechtsprechung zur Ausgestaltung des Art. 9 Abs. 3 GG im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit von Arbeitskämpfen dem einfachen Gesetzesrecht gleichsteht,

war die Schlussfolgerung zwingend, zu prüfen, ob sich aus dem verfassungsrechtlich grundierten, aber einfachrechtlich durch Rechtsprechung „normierten“ Prinzip der Rechtmäßigkeit von Arbeitskämpfen im Rahmen der vom BAG errichteten Grenzen eine gesetzliche Gestattung i.S.v. § 858 Abs. 1 BGB ergibt. Mithin ging es um das Ausbalancieren von eigentumsrechtsähnlichen Besitzrechten gegenüber kollektivrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen.

Das klagende Unternehmen führte nicht nur Art. 14 GG – sozusagen in zweifacherweise: Schutz ihres Unternehmens und Schutz ihres Parkplatzbesitzes – ins Feld, sondern auch Art. 13 GG. Hier konnte der 1. Senat an seiner bisherigen Rechtsprechung⁵ festhalten, wonach in Fällen wie dem vorliegenden der Schutzbereich des Art. 14 GG nicht durch Art. 13 GG erweitert wird, ohne dass nach Maßgabe der noch bestehenden Rechts- und Wirtschaftsordnung in ökonomischer, auch gesellschaftlicher Sicht Besitz und Eigentum mittlerweile dasselbe wären. Demgegenüber stand der Grundrechtmix der Gewerkschaft aus Art. 9 Abs. 3, aber auch aus Art. 8, 12 und Art. 5 GG.

Ist es nur meiner verzerrten Wahrnehmung wegen des jahrzehntelangen Blicks durch die Arbeitnehmerorientierungsbrille geschuldet, oder wäre es auch für einen völlig losgelöst über den Interessen schwebenden Betrachter möglich, bei der dargestellten Grundrechtslage schon prima facie und ohne große weitere Überlegung auf den Gedanken zu kommen, dass es ziemlich naheliegend ist, dass eine minimale Störung, ohne substanziellen Eingriff, eines Besitzrechtes an einer für Kraftfahrzeuge reservierten Landfläche, die der Arbeitgeber nur deshalb vorhält, weil er sonst keine Arbeitnehmer hätte, die für ihn seinen Business-Plan erfüllen, gegenüber einem vorbehaltlos gewährten Grundrecht, das von anderen Grundrechten flankiert wird, zur Abwechslung einmal zurücktreten muss?

Merkwürdigerweise kommt mir, immer dann, wenn ich das hehre Wort „Besitz“ vernehme, die 3. Szene des 2. Aktes von Richard Wagners „Siegfried“ in den Sinn, in der ein Riese nutzlos vor sich hin schläft und grummelt: „Ich lieg und besitz.“ Und für so richtig schutzwürdig hält der alte Revolutionär Wagner den Riesen Fafner nicht. Nun will ich sicherlich nicht den schlafenden Riesen mit seinem zeitgenössischen Verwandten, der Firma Amazon, vergleichen, noch behaupten, dass Richard Wagner ein Arbeitsrechtsspezialist war; nur andeuten, dass passiver

2 www.bundesarbeitsgericht.de/geschaeftsverteilung/verteilung.html (zuletzt abgerufen am 19.07.2019).

3 Zuletzt BVerfG, Urt. v. 30.07.2008 - 1 BvR 3262/07.

4 BVerfG, Beschl. v. 10.09.2004 - 1 BvR 1191/03.

5 Z.B. BAG, Urt. v. 02.02.2010 - 1 AZR 179/09.

Besitz, wie im Fall eines Parkplatzes etwas anderes ist, als der Besitz des Betriebes als organisierte Verbindung von Mensch und Materie. Die Gewerkschaft ver.di hatte diesen Unterschied auch voll akzeptiert, in dem sie sich, der Rechtsprechung des BAG getreulich folgend, daran hielt, sich mit ihren Streikaufrufen nicht auf dem eigentlichen Betriebsgelände des potenziellen Tarifpartners zu tummeln. Allerdings meinte das klagende Unternehmen, die dieses Dogma bestätigende Entscheidung des Ersten Senats vom 15.10.2013 - 1 ABR 31/12, in der es um die gewerkschaftliche Nutzung eines betrieblichen Kommunikationssystems ging, müsse so ausgelegt werden, dass auch ihr Parkplatz davon erfasst sei.

Aber im Einzelnen – denn natürlich ist es einem obersten Bundesgericht untersagt, solch simple und gefühlsmäßig grundierte Argumentationsmuster abzuliefern, wie es der Verfasser hier tut –, erweist sich das Urteil des BAG als auf der auch diesseits geschätzten Höhe der Grundrechtsdogmatik des BVerfG:

Mustergültig arbeitet das BAG die paradoxerweise vom klagenden Unternehmen vorgetragenen Alternativen für ein effektives gewerkschaftliches Handeln ab und kommt zu dem Ergebnis: Diese, also bspw. mediale Mittel, gewerkschaftliche Vertrauensleute, können den direkten Kontakt zwischen der Koalition und den zum Streik aufzurufenden Arbeitnehmer, die ja keineswegs alle deren Mitglied sind, unter Wertungsgesichtspunkten des Art. 9 Abs. 3 GG in keiner Weise ausreichend ersetzen, um den Gehalt des genannten Grundrechts hinreichend zu erfüllen.

Der so geschaffene neue Baustein wird dann behutsam in eine Wand des bisher vom BAG errichteten Gebäudes eingefügt und darauf abgeklopft, ob er passgenau ist. Hier kommt das BAG zu dem auch aus meiner Sicht zutreffenden Ergebnis: Ja, diese Entscheidung stellt keinen Bruch in der bisherigen Rechtsprechung dar, sondern fügt sich naht-

los ein. Weder das oben bereits zitierte Urteil vom 15.10.2013, noch die vom BVerfG gebilligte⁶ Flashmob-Entscheidung des BAG vom 22.09.2009⁷ stehen der in den hier besprochenen Urteilen vorgenommenen Wertung entgegen. Denn ein Streikmobilisierungsversuch ist noch kein Streik und ein passiv genutzter Parkplatz ist etwas anderes als ein in die betriebliche Organisation eingefügtes Kommunikationssystem. Dass ein weltweit tätiges Unternehmen diesen Unterschied erst im Rahmen eines durch fünf unterschiedliche Gerichte geführten Prozesses zur Kenntnis nehmen kann, ist ein interessantes Phänomen und wirft Fragen auf, die allerdings hier, nicht nur aus Platzgründen, nicht beantwortet werden.

D. Auswirkungen für die Praxis

„Another brick in the wall“. Er, der neue Baustein, wird – oder sollte ich mich wieder einmal irren – die Firma Amazon nicht in ihren Grundfesten erschüttern. Aber ebenso wenig dürfte mit dieser Entscheidung nun der bisher verfehlte Siegeszug der Gewerkschaft ver.di bei dem Unternehmen eingeleitet werden.

Eine Frage aber bleibt: Wie hätte das BAG entschieden, wenn sich der streitgegenständliche Parkplatz unmittelbar auf dem Betriebsgelände, aber deutlich getrennt von allen sonstigen betriebstechnischen Einrichtungen, befunden hätte und sich vor dem Eingang zum Betrieb eine enge Straße, an deren gegenüberliegender Seite eine hohe Felswand emporragt, befunden hätte? Wie schön, dass auch zukünftig noch Fälle zu entscheiden sein werden.

6 BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 26.03.2014 - 1 BvR 3185/09.

7 BAG, Ur. v. 22.09.2009 - 1 AZR 972/08.

Arbeit 4.0 – Herausforderung für die soziale Sicherheit

PräLSG a.D. Ernst Merz

A. Vorbemerkung

Wir sind Zeitzeugen eines tief greifenden Wandels, der praktisch alle Bereiche unseres Alltags betrifft. Internet, Smartphone, Tablet, PC oder Sprachassistenten wie Alexa, Siri und Co. sowie soziale Netzwerke gehören zu unserer Le-

benswirklichkeit. Nicht nur der technologische Fortschritt, insbesondere die Digitalisierung, ist als Ursache für einen Strukturwandel in Wirtschaft und Erwerbsleben zu identifizieren. Auch andere Faktoren, wie die Globalisierung und Tertialisierung, haben bestimmenden Einfluss auf diesen

Prozess.¹ Die wirtschaftliche Dimension dieser Entwicklung wird dadurch augenscheinlich, dass die fünf der sechs größten börsennotierten Konzerne nach Marktkapitalisierung inzwischen ausnahmslos Technologiemonopolisten sind.² Das Rekordergebnis von knapp 6,6 Mrd. € bei der jüngst zu Ende gegangenen Versteigerung von 5G-Frequenzen dokumentiert eindrucksvoll das Entwicklungspotenzial der Nutzung von Big Data auch in Deutschland. Noch dominiert das klassische Beschäftigungsverhältnis i.S.d. § 7 SGB IV den Arbeitsmarkt, wenn auch Informations- und Kommunikationstechnik sowie Künstliche Intelligenz (KI) immer mehr den Arbeitsalltag bestimmen und die digital gesteuerte Automatisierung insbesondere der physischen Arbeit fortschreitet. Parallel hierzu entwickeln sich allerdings neue Formen der Arbeit, die sich nur eingeschränkt in die Kategorien eines traditionellen Beschäftigungsverhältnisses einordnen lassen. Die Differenzierung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer verliert an Trennschärfe und die Grenzen zwischen Arbeit und Freizeit verwischen („Entgrenzung der Arbeit“). Die Dimension der „Neuen Sozialen Frage“,³ die durch den rasanten technischen Wandel bedingt wird, ist bisher nur schemenhaft erkennbar. Es zeichnet sich allerdings ab, dass die soziale Sicherung der Betroffenen Antworten erfordert und die klassische Sozialversicherung auf dem Prüfstand steht.

B. Arbeit 4.0 und die sozialgerichtliche Rechtsprechung

Neue Arbeitsformen haben längst Eingang in die sozialgerichtliche Rechtsprechung gefunden. Am 27.11.2018 hatte das BSG zu entscheiden, ob eine Beschäftigte, die auf dem Weg zu ihrem „Homeoffice“ auf der häuslichen Treppe gestürzt war, einen Arbeitsunfall erlitten hat.⁴ Der Unfallversicherungsträger hatte die Anerkennung eines Arbeitsunfalls abgelehnt, weil auf Treppen zwischen privat und geschäftlich genutzten Räumen kein Versicherungsschutz bestehe. Dagegen stellte das BSG fest, die Beschäftigte habe einen Arbeitsunfall erlitten. Die Verrichtung zur Zeit des Unfallereignisses habe in einem sachlichen Zusammenhang zu ihrer versicherten Tätigkeit gestanden, denn sie habe zum Unfallzeitpunkt einen versicherten Betriebsweg zurückgelegt. Sie sei die Treppe mit der Handlungstendenz hinabgestiegen, in ihrem „Homeoffice“ Dienstgeschäfte zu erledigen. Der Versicherungsschutz scheitere nicht daran, dass sich der Unfall innerhalb der Wohnung der Klägerin ereignet habe.

Das BSG hatte bereits zuvor in der gleichen Sitzung in Fortführung einer Entscheidung vom 31.08.2017⁵ geurteilt, dass die an der Außentür des Wohnhauses orientierte Grenzziehung für Betriebswege nicht greife, wenn sich sowohl die Wohnung des versicherten Selbstständigen als

auch seine Arbeitsstätte im selben Haus befinden und der Betriebsweg in Ausführung der versicherten Tätigkeit zurückgelegt wird. Bei der Feststellung eines Arbeitsunfalls im häuslichen Bereich gebe die objektivierte Handlungstendenz des Versicherten, eine dem Unternehmen dienende Tätigkeit ausüben zu wollen, den Ausschlag und nicht mehr vorrangig die eher quantitativ zu bestimmende Häufigkeit der betrieblichen oder privaten Nutzung des konkreten Unfallortes. Eine wie auch immer geartete objektive „Widmung“ der jeweiligen Räumlichkeiten oder die Häufigkeit bzw. das Ausmaß der „betrieblichen“ Nutzung des konkreten Unfallortes sei damit nicht mehr das maßgebliche Abgrenzungskriterium. Allerdings hat das BSG unter Bezugnahme auf seine frühere Rechtsprechung ausgeführt, dass gerade im häuslichen Bereich die Beweisführung hinsichtlich der Handlungstendenz und die entsprechende Überprüfung der Angaben besonders schwierig sein könne, weil der Kreis der „unternehmensdienlichen“ Verrichtungen bei Selbstständigen sowie bei abhängig Beschäftigten, die im sog. „Homeoffice“ tätig sind, typischerweise mit weiten Teilen des Privatlebens verwoben sei.⁶ Mit der zuvor zitierten Rechtsprechung hat das BSG jedoch die vom Versicherungsträger befürchtete Entgrenzung des Versicherungsschutzes („Haus- bzw. Wohnungsbann“) nicht geteilt, sondern die Rechtsprechung auch auf Beschäftigte angewendet und weiterentwickelt.

Das Thema „Homeoffice“ beschäftigt ebenfalls die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung. So hat das LArbG Berlin-Brandenburg entschieden, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nicht aufgrund seines arbeitsvertraglichen Weisungsrechts Telearbeit einseitig zuweisen kann und der Arbeitnehmer nicht verpflichtet ist, die ihm angebotene Telearbeit zu verrichten. Der Arbeitgeber beschäftigte den Kläger als Ingenieur. Der Arbeitsvertrag enthielt keine Regelungen zu einer Änderung des Arbeitsorts. Der Arbeitgeber bot dem Arbeitnehmer nach einer Betriebsschließung an, seine Tätigkeit im „Homeoffice“ zu verrichten. Nachdem der Arbeitnehmer hierzu nicht bereit war, kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhält-

1 Schwahn/Mai/Braig, Arbeitsmarkt im Wandel – Wirtschaftsstrukturen, Erwerbsformen und Digitalisierung, Statistisches Bundesamt 1/2018, S. 24 – 39.

2 Microsoft, Apple, Alphabet, Amazon, Facebook Inc.; https://de.wikipedia.org/wiki/Liste_der_gr%C3%B6%C3%9Ften_Unternehmen_der_Welt (zuletzt abgerufen am 10.07.2019).

3 Zum Begriff der Neuen Sozialen Frage, der bereits Mitte der 70er Jahre insbesondere durch Heiner Geisler geprägt wurde, vgl. z.B. www.kas.de/web/geschichte-der-cdu/neue-soziale-frage (zuletzt abgerufen am 10.07.2019).

4 BSG, Urt. v. 27.11.2018 - B 2 U 28/17 R.

5 BSG, Urt. v. 31.08.2017 - B 2 U 9/16 R.

6 BSG, Urt. v. 27.11.2018 - B 2 U 8/17 R.

nis aus wichtigem Grund wegen beharrlicher Arbeitsverweigerung. Das Landesarbeitsgericht hat die Kündigung für unwirksam gehalten. Nach Auffassung des Gerichts sei der Arbeitgeber nicht berechtigt, dem Arbeitnehmer einseitig einen Telearbeitsplatz zuzuweisen. Lehne der Arbeitnehmer die Ausführung der Telearbeit ab, liege deshalb keine beharrliche Arbeitsverweigerung vor. Eine aus diesem Grund ausgesprochene Kündigung sei unwirksam. Die Umstände der Telearbeit unterschieden sich in erheblicher Weise von einer Tätigkeit in einer Betriebsstätte. Dass Arbeitnehmer z.B. zur besseren Vereinbarung von Familie und Beruf an einer Telearbeit interessiert sein könnten, führe nicht zu einer diesbezüglichen Erweiterung des Weisungsrechts des Arbeitgebers.⁷

Sozialgerichtliche Entscheidungen zur Versicherungspflicht neuer Arbeitsmodelle sind bisher nur vereinzelt anzutreffen. Allerdings hat das LSG Essen geurteilt, dass eine Content Managerin im Bereich Social Media nicht der Versicherungspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung unterliege. Die Klägerin war für die Entwicklung und Betreuung der Social Media-Präsenzen der beigeladenen GmbH des öffentlichen Rundfunks auf der Basis eines Honorar- bzw. Rahmenvertrages tätig. Nach Auffassung des Landessozialgerichts sei die Klägerin nicht versicherungspflichtig gewesen. Zwar handele es sich nicht um Einzelaufträge, sondern um eine Tätigkeit im Rahmen eines einheitlichen Auftragsverhältnisses. Mangels ausreichender eigener Kompetenz im Bereich Social Media habe die GmbH für die gesamte Vertragslaufzeit auf eine kontinuierliche Dienstleistung der Klägerin zurückgreifen müssen. Mit dem Bereich der Neuen Medien seien technische Anforderungen verbunden, die sich, ebenso wie die hinter den jeweiligen Medien stehenden Algorithmen, regelmäßig veränderten und daher ständige Präsenz der dafür Zuständigen verlangten. Im Rahmen der Gesamtabwägung sprächen die vertraglichen Vereinbarungen und deren tatsächliche Umsetzung allerdings in überwiegendem Maße für eine selbstständige Tätigkeit. Die Klägerin sei in dem streitigen Zeitraum nicht in einem Maß weisungsgebunden in die Arbeitsorganisation der GmbH eingegliedert gewesen, wie dieses für eine abhängige Beschäftigung prägend sei. Angesichts dessen berechne das weitgehende Fehlen eines unternehmerischen Risikos der Klägerin und einer eigenen Betriebsstätte in der Gesamtschau nicht zur Annahme einer abhängigen Beschäftigung.⁸ Ob diese Entscheidung vor dem Hintergrund der jüngsten Rechtsprechung des BSG zur Versicherungspflicht von Honorarärzten in Krankenhäusern und von Honorarpflegekräften in stationären Pflegeeinrichtungen zu halten ist, dürfte fraglich sein.⁹

Dagegen musste das SG Frankfurt nicht den sensiblen Weg der richterlichen Rechtsfortbildung beschreiten, als es entschieden hat, dass ein Zusammenstoß eines Fußgängers

mit der U-Bahn auf dem Heimweg dann nicht als Arbeitsunfall anzuerkennen sei, wenn der Versicherte durch das Telefonieren mit dem Handy derart abgelenkt war, dass die Handynutzung als wesentliche Unfallursache anzusehen ist.¹⁰

C. Arbeit 4.0 – Herausforderung für den Sozialstaat

Wenn auch neue Arbeitsformen erst langsam Eingang in die sozialgerichtliche Rechtsprechung finden, so sind Artikel, Abhandlungen und politische Initiativen, die den Einfluss des technologischen Wandels auf Beschäftigungsformen und die soziale Sicherung thematisieren, inzwischen kaum noch zu überschauen.¹¹ Alle Anzeichen sprechen dafür, dass insbesondere die Digitalisierung das Arbeitsleben in vielen Bereichen strukturell und nachhaltig verändern wird. Vielfach wird befürchtet, dass die Zukunft der Arbeit durch eine wachsende Zahl atypischer, zum Teil auch prekärer Beschäftigungsformen gekennzeichnet sein könnte. Vor diesem Hintergrund wird die Zukunftsfähigkeit der klassischen Sozialversicherung infrage gestellt und es werden Alternativmodelle diskutiert.

Grundlage für die sozialen Sicherungssysteme Bismarck'scher Prägung gegen die Risiken Alter, Tod, Krankheit und Erwerbsminderung ist das klassische Beschäftigungsverhältnis als unbefristete Vollzeitbeschäftigung mit einer i.d.R. paritätischen Tragung der Sozialversicherungsbeiträge zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern. Weitere Merkmale sind das Bestehen einer Weisungsabhängigkeit der Arbeitnehmer und eine tatsächliche, auch räumliche Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.¹² Demgegenüber werden insbesondere plattformbasierte neue Arbeitsformen tendenziell eher als selbstständige Tätigkeiten ausgeübt. Dies ist deshalb problematisch, weil selbstständig Tätige nicht zu dem primär geschützten Personenkreis der Sozialversicherung gehören.

Die Vorteile der plattformbasierten Vermittlung von Arbeit sind vielschichtig: Das Unternehmen/der Auftraggeber kann Arbeit oder Projekte – oft ohne großen Aufwand – aus dem

7 LArbG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 10.10.2018 - 17 Sa 562/18.

8 LSG Essen, Urt. v. 20.06.2018 - L 8 R 934/16.

9 Honorarärzte: BSG, Urt. v. 04.06.2019 - B 12 R 11/18 R als Leitfall; Honorarpflegekräfte: BSG, Urt. v. 07.06.2019 - B 12 R 6/18 R als Leitfall.

10 SG Frankfurt, Urt. v. 18.10.2018 - S 8 U 207/16.

11 Zum Ganzen vgl. Fock/Fuchsloch/Mecke/Merz, SGB 2018, 591; BMAS, Weißbuch Arbeiten 4.0, www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/a883-weissbuch.pdf?__blob=publicationFile; vgl. auch Universität Duisburg Essen, www.sozialpolitik-aktuell.de/kontrovers-Arbeit-4.0.htm (zuletzt abgerufen am 10.07.2019).

12 Segebrecht in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IV, 3. Aufl. 2016, § 7 Abs. 1 SGB IV, insbesondere Rn 24 ff.

Unternehmen auslagern, muss keine Beschäftigungsverhältnisse begründen und außer der IT-Plattform/Web-Seite keine bzw. wenige Arbeitsmittel oder Service-Leistungen zur Verfügung stellen. Werden Arbeiten als Crowdsourcing¹³ ausgeschrieben, können auch umfangreiche und arbeitsintensive Projekte in kurzer Zeit bewältigt werden. Die weltweite Arbeitsvergabe kann zu einer erheblichen Kostenreduzierung und beachtlichen Zeitersparnis führen. Beispielhaft seien spezifische Programmierarbeiten oder (kapitelweise) Übersetzungen eines Werkes/einer Betriebsanleitung genannt. Der Fahrdienstleister Uber und die Unterkunftsvermittler AirBnB belegen, dass über Internetplattformen vermittelte Arbeit tendenziell eher als selbstständige Arbeit konzipiert ist.¹⁴

Der wesentliche Vorteil für den e-Worker besteht in der Unabhängigkeit von einem traditionellen Büroarbeitsplatz; er kann praktisch an jedem Ort arbeiten, an dem er über einen Internetzugang und ein internetfähiges Endgerät verfügt. Außerdem ist er in Bezug auf die Arbeitszeit meist flexibler als ein Beschäftigter. Oft gibt es kein Vorstellungsgespräch. Alter, Bildungsgrad, ethnischer Hintergrund, Vorstrafen, Geschlecht und sexuelle Orientierung spielen eine eher untergeordnete Rolle. Generell können Crowdwork-Plattformen oft einen höheren Grad an Anonymität garantieren und bieten daher Beschäftigten, die auf dem regulären Arbeitsmarkt Diskriminierungen ausgesetzt oder schwer vermittelbar sind, durchaus Chancen auf einen niederschweligen Zugang zu bezahlter Arbeit.

Frühere Befürchtungen, der digitale Wandel vernichte Arbeitsplätze, haben bisher nicht bewahrheitet.¹⁵ Auch wenn der Aufwärtstrend aktuell etwas verflacht, zeigt sich der deutsche Arbeitsmarkt seit einigen Jahren in robuster Verfassung und hat Rekordwerte erreicht. Die Arbeitslosenquote ist im Bundesdurchschnitt unter die 5 %-Marke gefallen.¹⁶ In einigen Regionen ist Vollbeschäftigung – also eine Arbeitslosenquote von 2 bis 3 % – keine Utopie mehr. Branchen klagen über Fachkräftemangel. Höchstwerte sind auch in Bezug auf sozialversicherungspflichtig Beschäftigte zu verzeichnen (im Mai 2019 mehr als 33,3 Mio. Menschen).¹⁷ Bundesarbeitsminister Heil rechnet damit, dass durch die Digitalisierung der Arbeitswelt bis 2025 bis zu 1,6 Mio. Arbeitsplätze wegfallen, gleichzeitig aber mehr als 2,3 Mio. neue Arbeitsplätze entstehen. Der hierdurch ausgelöste Qualifizierungs- und Weiterbildungsbedarf wird erstmals in einer Nationalen Weiterbildungsstrategie systematisch analysiert und aufgearbeitet. So soll bezeichnenderweise u.a. eine „Digitale Plattform Berufliche Weiterbildung“ entwickelt werden.¹⁸

Kritiker führen ins Feld, dass ein geregeltes und angemessenes Einkommen eher die Ausnahme sei. Darunter leide die soziale Absicherung. Weitere kritische Elemente der Plattformökonomie seien bspw. der eingeschränkte

Zugang zu gewerkschaftlicher Vertretung oder zu betrieblicher Weiterbildung. Einig sind sich die Fachleute jedenfalls, dass durch die Digitalisierung der Arbeitswelt diskontinuierliche Erwerbsverläufe zunehmen werden, also ein Wechsel zwischen abhängiger und selbstständiger Beschäftigung mit Minijobs, Kleinen bzw. Solo-Selbstständigkeiten und Zeiten der Arbeitslosigkeit. Obwohl die Auswirkungen des technologischen Wandels auf den Arbeitsmarkt durchaus unterschiedlich bewertet wird,¹⁹ dürfte auch die Problematik „prekärer Arbeitsverhältnisse“ an Bedeutung gewinnen. Dies bedeutet, dass das individuelle Existenzminimum weder durch die Erwerbsarbeit noch später durch die Altersvorsorge sichergestellt werden kann. Ergänzend müssen zum Teil in erheblichem Umfang staatliche Transferleistungen zur Sicherung des Existenzminimums aus Steuermitteln zur Verfügung gestellt werden. Wird aber das Ziel einer auskömmlichen Absicherung gegen Einkommensausfälle im Alter und bei Erwerbsunfähigkeit in zahlreichen Fällen nicht mehr erreicht, wird die Legitimationsgrundlage für die Erhebung von (Sozialversicherungs-)Beiträgen bzw. das System Sozialversicherung insgesamt infrage gestellt.

D. Solo-Selbstständige/Kleine Selbstständige

Hierbei stehen Selbstständige vermehrt im Fokus sozialpolitischer Diskussionen, insbesondere wenn staatliche Fürsorgeleistungen erforderlich werden, da die soziale Sicherung Lücken aufweist. In Deutschland gibt es aktuell ca. 4,3 Mio. Selbstständige. Die Selbstständigenquote (Anteil der Selbstständigen an allen Erwerbstätigen) beträgt rund 10 %.²⁰ Die Selbstständigkeit hat in den letzten 25 Jahren in Deutschland ihr Gesicht verändert. Insbesondere die Zahl der sog. Solo- bzw. Kleinen Selbstständigen (Selbstständige ohne eigene Beschäftigte) ist zwischen 1991 und 2015 um

13 Zur Definition und Abgrenzung zu Outsourcing vgl. Fock/Fuchsloch/Mecke/Merz, SGB 2018, 593.

14 www.airbnb.de; www.uber.com.

15 DER SPIEGEL 16/1978, S. 80 – 100.

16 <https://statistik.arbeitsagentur.de/Navigation/Statistik/Statistik-nach-Themen/Arbeitsmarkt-im-Ueberblick/Arbeitsmarkt-im-Ueberblick-Nav.html> (zuletzt abgerufen am 10.07.2019).

17 <https://statistik.arbeitsagentur.de/Navigation/Statistik/Statistik-nach-Themen/Arbeitsmarkt-im-Ueberblick/Arbeitsmarkt-im-Ueberblick-Nav.html> (zuletzt abgerufen am 10.07.2019).

18 www.bmas.de/DE/Presse/Interviews/2019/2019-06-12-handelsblatt.html; www.bmas.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2019/nationale-weiterbildungsstrategie.html (zuletzt abgerufen am 10.07.2019).

19 Schwahn/Mai/Braig, Arbeitsmarkt im Wandel – Wirtschaftsstrukturen, Erwerbsformen und Digitalisierung, Statistisches Bundesamt 1/2018, S. 35 f.

20 <https://de.statista.com>.

etwa 67 % auf ca. 2,3 Mio. angewachsen, während die Zahl der Selbstständigen mit eigenen Beschäftigten relativ konstant geblieben ist. Grund dafür waren strukturelle Änderungen der Arbeitswelt, aber auch die verstärkte Förderung von Existenzgründern und der „Ich-AG“ durch die Bundesagentur für Arbeit. Der Zuwachs betrifft insbesondere den tertiären Sektor.²¹ Allerdings stagniert bzw. verringert sich die Zahl der Solo-Selbstständigen seit einigen Jahren.²²

E. Krankenversicherung

Anschaunungsunterricht zu den Herausforderungen einer sozialen Sicherung Selbstständiger bietet die Krankenversicherung. Zwar hat der Gesetzgeber inzwischen eine weitgehende Versicherungspflicht organisiert; allerdings hat sich in der Folgezeit die Beitragsfinanzierung als neues Problemfeld herauskristallisiert. Seit 2007 besteht eine grundsätzliche Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) für Personen, die zuletzt in der GKV versichert waren oder zuvor nicht versichert waren.²³ Falls dennoch keine Mitgliedschaft in der GKV besteht oder keine anderweitige Leistungsberechtigung gegeben ist, besteht seit 2009 eine Verpflichtung zum Abschluss einer privaten Krankenversicherung.²⁴ Nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB V können alle Personen, die als Mitglieder aus der Versicherungspflicht ausgeschieden sind und in den letzten fünf Jahren vor dem Ausscheiden ununterbrochen mindestens 24 Monate oder unmittelbar vor dem Ausscheiden ununterbrochen mindestens zwölf Monate versichert waren, sich freiwillig in der GKV versichern. Allerdings belaufen sich die Beitragsrückstände allein in der freiwilligen GKV inzwischen (Mai 2019) auf eine Größenordnung von mehr als 6,9 Mrd. € und die Rückstandsquote (Verhältnis des monatlichen Beitragsolls zum Gesamtrückstand) auf 315 %, ²⁵ während die Rückstandsquote in der (allgemeinen) GKV lediglich 7 % beträgt. Auch wenn als Grund für die Beitragsrückstände in der freiwilligen GKV überwiegend ungeklärte Versicherungsverhältnisse genannt werden, dürften meist (Kleine) Selbstständige betroffen sein.

Vor diesem Hintergrund hatte sich die Große Koalition darauf verständigt, die Mindestversicherungsbeiträge für Kleine Selbstständige zu reduzieren und gründerfreundlich auszugestalten.²⁶ Dieses Vorhaben wurde mit dem GKV-Versichertenentlastungsgesetz inzwischen umgesetzt.²⁷ Mit der gesetzlichen Neuregelung, die zum 01.01.2019 in Kraft getreten ist, wurde der monatliche Versicherungsbeitrag mehr als halbiert. Hier wird deutlich, dass die stärkere Fokussierung auf die soziale Sicherung Selbstständiger zu einer teilweisen Neudefinition der Solidargemeinschaft führt. Es bleibt abzuwarten, wie weit die Akzeptanz dieser Neuausrichtung reicht.

F. Rentenversicherung

Der wohl größte politische Handlungsbedarf in Bezug auf die soziale Sicherung Selbstständiger dürfte im Bereich der Alterssicherung bestehen. Allerdings gibt es in Teilbereichen schon seit Langem bewährte Vorgaben für eine kollektive Alterssicherung Selbstständiger. So unterliegen die Angehörigen der verkammerten freien Berufe (z.B. Architekten, Ärzte, Rechtsanwälte) i.d.R. der Versicherungspflicht und sind über berufsständige Versorgungswerke abgesichert. Auch sind seit 1999 Personen in der gesetzlichen Rentenversicherung pflichtversichert, die im Zusammenhang mit der selbstständigen Tätigkeit regelmäßig keinen Arbeitnehmer beschäftigen und die auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind.²⁸

Von den aktuell ca. 4,3 Mio. Selbstständigen sind bereits heute ca. 1,3 Mio. freiwillige Mitglieder oder Pflichtmitglieder in der gesetzlichen Rentenversicherung, in einem Versorgungswerk oder in einem anderen öffentlichen Sozialversicherungssystem. Das bedeutet jedoch nicht, dass die verbleibenden ca. 3 Mio. Selbstständige ohne jegliche Alterssicherung sind. Der überwiegende Teil dürfte über private Systeme vorgesorgt haben (z.B. sog. Rürup-Rente). Die Zahl der Selbstständigen, die ohne ausreichende Sicherung sind und im Alter auf staatliche Transferleistungen angewiesen sein dürften, wird aktuell auf 400.000 geschätzt – Tendenz steigend. Besonders „Solo-Selbstständige“ sind von Altersarmut bedroht. Laut Bundesregierung verfügen fast 30 % der Solo-Selbstständigen über ein persönliches Einkommen von weniger als 1.100 € im Monat. Dem entspricht, dass der Anteil der Grundsicherungsempfänger im Alter unter ehemals Selbstständigen deutlich höher als unter ehemals abhängig Beschäftigten ist (3,7 % gegenüber 2,1 %).²⁹

21 www.bmas.de/DE/Service/Medien/Publikationen/Forschungsberichte/Forschungsberichte-Arbeitsmarkt/fb-465-solo-selbstaendige.html (zuletzt abgerufen am 10.07.2019); BT-Drs. 18/10762.

22 www.bmas.de/DE/Service/Medien/Publikationen/Forschungsberichte/Forschungsberichte-Arbeitsmarkt/fb-465-solo-selbstaendige.html (zuletzt abgerufen am 10.07.2019).

23 § 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V.

24 § 193 Versicherungsvertragsgesetz (VVG).

25 www.bundesversicherungsamt.de/gesundheitsfonds-strukturfonds/beitragsaufkommen-und-rueckstaende.html, Dokument: Sonstige KV-Beiträge 2019 (zuletzt abgerufen am 10.07.2019).

26 Ein neuer Aufbruch für Europas. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 12.03.2018, Zeilen 4297 – 4299.

27 Gesetz zur Beitragsentlastung der Versicherten in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Versichertenentlastungsgesetz – GKV-VEG) vom 11.12.2018, BGBl. I, 2387.

28 § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI.

29 Drs. 18/10762; Ergänzender Bericht der Bundesregierung zum Rentenversicherungsbericht 2016 gem. § 154 Abs. 2 SGB VI (Altersversicherungsbericht 2016).

Hieraus resultiert ein Gerechtigkeitsproblem, das verfassungsrechtlich u.a. an Art. 3 GG zu messen ist. Während (ehemalige) Beschäftigte, die trotz Erwerbsarbeit auf soziale Unterstützung bei Erwerbsminderung oder im Alter angewiesen sind, während ihres Berufslebens i.d.R. Beiträge zur Sozialversicherung geleistet haben, gilt dies für Selbstständige nicht in gleichem Maße. Wegen dieser Fehlanreize zulasten einer sozialen Sicherung hat sich die Große Koalition darauf verständigt, auch die soziale Sicherung Selbstständiger im Alter zu stärken. Für Selbstständige, die nicht bereits anderweitig obligatorisch abgesichert sind, sieht der Koalitionsvertrag eine Altersvorsorgepflicht vor. Selbstständige sollen zwischen der gesetzlichen Rentenversicherung und – als Opt-out – anderen geeigneten insolvenz- und pfändungssicheren Vorsorgearten wählen können. Diese Absicherung muss i.d.R. zu einer Rente oberhalb des Grundsicherungsniveaus führen.³⁰ Bundesarbeitsminister Heil hat inzwischen einen „Gesetzesentwurf zur Einbeziehung der Selbstständigen in das System der Alterssicherung“ für Ende 2019 angekündigt. Es bleibt abzuwarten, ob die Vorgaben des Koalitionsvertrags – insbesondere die Mindeststandards für eine Opt-out-Lösung – rechtssicher in Gesetzesform gegossen werden können. Die Erfahrungen mit der „Riester-Rente“, der „Rürup-Rente“ und der Finanzkrise machen deutlich, vor welchen Herausforderungen der Gesetzgeber steht. Außerdem dürfte auch hier – wie schon in der Krankenversicherung – das Problem der Beitragsfinanzierung virulent werden.

Einen möglichen Lösungsansatz bietet das Rentenpaket 2019. Danach zahlen Geringverdiener mit einem Midijob (Arbeitsentgelt von 450,01 € bis 1.300 €) ab 01.07.2019 geringere Sozialbeiträge. Gleichzeitig wird geregelt, dass die geringeren Rentenbeiträge nicht zu niedrigeren Rentenansprüchen führen.³¹ Allerdings dürfte sich bei einer generellen Ausweitung dieses Konzepts auf Selbstständige auch hier die Frage nach einer Neudefinition der Solidargemeinschaft stellen. Mit Spannung können daher die Vorschläge der von der Großen Koalition eingesetzten Rentenkommission zum „Verlässlichen Generationenvertrag“ erwartet werden. Im Koalitionsvertrag ist bereits angelegt, die Rentenformel so zu ändern, dass „die Lebensleistung von Menschen, die jahrzehntelang gearbeitet, Kinder erzogen und Angehörige gepflegt haben“, nach 35 Versicherungsjahren ein „regelmäßiges Alterseinkommen zehn Prozent oberhalb des Grundsicherungsbedarfs“ generieren soll. „Voraussetzung für den Bezug der Grundrente ist eine Bedürftigkeitsprüfung entsprechend der Grundsicherung.“³² Die Vorstellungen der SPD gehen inzwischen insoweit über diese Vereinbarung hinaus, als eine Bedürftigkeitsprüfung entfallen soll. Die Rentenkommission soll ihre Vorschläge 2020 vorlegen.

G. Alternative Lösungsansätze und „Neue Soziale Frage“

Die systemimmanente Weiterentwicklung der beitragsfinanzierten Sozialversicherung zur Einbeziehung neuer Arbeitsformen und von Selbstständigen trifft auf eine Grundsatzdebatte, in der die Legitimationsgrundlage der Sozialversicherung, insbesondere die (paritätische) Beitragsfinanzierung, auf dem Prüfstand steht. Dies gilt ansatzweise für die Krankenversicherung (Überführung in einen steuerfinanzierten nationalen Gesundheitsdienst), in einem erhöhten Maße aber für die Alterssicherung. Vor dem Hintergrund, dass trotz Erwerbsarbeit – z.B. eines Geringverdieners oder Solo-Selbstständigen – vielfach kein ausreichendes Existenzminimum erwirtschaftet werden und Altersarmut nicht vermieden werden kann, wird heftig über Alternativkonzepte und grundsätzliche Umgestaltung des Sozialstaates gestritten. Dies auch deshalb, weil Geringverdiener meist Beiträge zur Sozialversicherung entrichten müssen – Selbstständige aber oft nicht –, beide Gruppen aber gleichermaßen ALG-II oder Sozialhilfe beanspruchen können. Die Diskussion über eine Neuausrichtung des Systems der sozialen Sicherung trifft auf ein anderes politisch kontrovers diskutiertes Thema: die Forderungen nach einer Änderung oder gar einer radikalen Schleifung von Hartz IV.

Um die Zusammenhänge dieser „Neuen Sozialen Frage“ zu verdeutlichen, sollen nur wenige statistische Daten genügen:

- im Februar 2019 waren 5,6 Mio. Personen leistungsbe-rechtigt,
- davon waren 4 Mio. erwerbsfähig,
- hiervon wiederum ca. 1,0 Mio. als sog. Aufstocker erwerbstätig (z.B. Minijobber, Solo-Selbstständige).³³

Als Alternative zu Hartz IV wird eine als „bedingungsloses Grundeinkommen“ oder „Bürgergeld“ bezeichnete Mindestsicherung gefordert. Nach dem weitest gehenden Modell sollen grds. alle Bürger in den Genuss dieser Leistung kommen, bei der weder Einkommen noch Vermögen angerechnet werden und eine Gegenleistung im Sinne des deutschen Grundsicherungsrechts (Fördern und Fordern) nicht erwartet wird. Es geht im Grundkonzept um

30 Ein neuer Aufbruch für Europas. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 12.03.2018, Zeilen 4290 – 4297.

31 BT-Drs. 19/4668.

32 Ein neuer Aufbruch für Europas. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 12.03.2018, Zeilen 4290 – 4299.

33 <https://statistik.arbeitsagentur.de/Navigation/Statistik/Statistik-nach-Themen/Grundsicherung-fuer-Arbeitsuchende-SGBII/Grundsicherung-fuer-Arbeitsuchende-SGBII-Nav.html> (zuletzt abgerufen am 10.07.2019).

die partielle Abschaffung der gegenwärtigen, auf dem Versicherungsprinzip beruhenden sozialen Absicherung. In der Schweiz ist eine Volksabstimmung zur Einführung eines bedingungslosen Grundeinkommens (2.500 Franken für Erwachsene und 625 Franken für Kinder) zwar gescheitert, aber durchaus mit einem Achtungserfolg für die Befürworter, die immerhin eine Zustimmungsquote von mehr als 23 % erzielen konnten. Dagegen ist die italienische „*Reddito di cittadinanza*“ eher mit dem Hartz IV-System vergleichbar, weil auch in Italien eine Bedürftigkeitsprüfung vorgesehen ist. Seit März 2019 können dort Singles bis zu 780 € und Familien bis zu 1.300 € Grundeinkommen erhalten.

H. Fazit

Der technologische Wandel bringt neue Arbeitsmodelle und -formen hervor, die in die soziale Sicherung zu integrieren sind. Der Sozialstaat hat gezeigt, dass er entwicklungs- und leistungsfähig ist – auch in Zeiten der Finanz- und Wirtschaftskrise. Die demografische Entwicklung der Gesellschaft macht diese Aufgabe zukünftig allerdings nicht einfacher. Eine Grundvoraussetzung für ein ausreichendes Sicherungsniveau ist die angemessene Entlohnung. Hier tragen auch die Sozialpartner eine besondere Verantwortung. Für eine Lösung der aufgezeigten Fragen im System der klassischen Sozialversicherung spricht, dass angesichts des Wandels in der

Arbeitswelt die soziale Schutzbedürftigkeit von Erwerbstätigen immer weniger von der Arbeitnehmer- oder der Selbstständigeneigenschaft abhängt und eine obligatorische Versicherung aus „einer Hand“ unabhängig vom Erwerbstätigenstatus einen kontinuierlichen Anwartschaftserwerb ermöglicht. Außerdem entfallen schwierige Abgrenzungsfragen, ob jemand als abhängig beschäftigt oder selbstständig erwerbstätig anzusehen ist. Wie bereits bei der Krankenversicherung zu beobachten war, wird sich die Problematik allerdings in die Beitragsveranlagung und -erhebung verlagern. Die Solidargemeinschaft bedarf der partiellen Neubestimmung. Private Vorsorge kann und soll die Leistungen der Sozialversicherung den individuellen Bedürfnissen entsprechend ergänzen. Grundsicherung und Sozialhilfe garantieren das Existenzminimum in Notsituationen. Die meisten anderen europäischen Länder sind den Weg bereits gegangen und haben Selbstständige in das allgemeine Sozialversicherungssystem einbezogen.³⁴ Ein moderner Sozialstaat sollte die soziale Sicherung für alle Bürgerinnen und Bürger gewährleisten – unabhängig von der Erwerbsform oder dem jeweiligen Status als Beschäftigter oder Selbstständiger.

34 Waltermann, RdA 2010, 162, 166.

Verwaltungsrecht

Mobbing und schulrechtliche Ordnungsmaßnahmen

Ri'inVG Dr. Karoline Bülow, Maître en Droit (Paris II)

A. Einführung in die Problematik

Das Thema Mobbing in der Schule bewegt viele Eltern und hat zunehmend Aufmerksamkeit in den Medien erlangt – nicht zuletzt durch den Selbstmord einer 11-jährigen Schülerin in Berlin, die mutmaßlich unter Mobbing gelitten hat.¹ Mobbing schadet nicht nur den hiervon betroffenen Schülern, sondern gefährdet ein konstruktives und offenes Schulklima und verhindert ein gewaltfreies Lernumfeld. Mobbingopfer wiederum können durch die Gewalterfahrung unter Umständen zu Tätern werden, sodass sich eine Spirale der Gewalt entwickelt.

Was versteht man unter dem Begriff Mobbing? Allgemein meint Mobbing das wiederholte und regelmäßige, vorwiegend seelische Schikanieren, Quälen und Verletzen eines einzelnen Menschen durch eine beliebige Art von Gruppe.² Im schulrechtlichen Kontext ist Mobbing

1 Vgl. hierzu einen Beitrag im Tagesspiegel vom 04.02.2019, www.tagesspiegel.de/berlin/suizid-in-berlin-was-ueber-den-tod-des-elfjaehrigen-maedchens-bekannt-ist/23943858.html (zuletzt abgerufen am 18.07.2019).

2 Vgl. die Definition auf Wikipedia, <https://de.wikipedia.org/wiki/Mobbing> (zuletzt abgerufen am 26.05.2019).

eine Form offener und/oder subtiler Gewalt mit dem Ziel der sozialen Ausgrenzung und kann verbal (z.B. verspotten, beschimpfen), physisch (z.B. schubsen, kneifen, festhalten) oder non-verbal (z.B. durch Mimik und Gesten) erfolgen. Beim Mobbing durch eine Gruppe ist dabei das Zusammenwirken der verschiedenen Tatbeiträge zu berücksichtigen, die sich typischerweise gegenseitig bestärken und damit auch in der Wirkung verstärken. Die Einzelbeiträge dürfen daher nicht isoliert betrachtet, sondern müssen im Gesamtkontext gesehen und bewertet werden.³ Von Mobbing betroffen sind nach Umfragen der OECD 16 % der Schüler in Deutschland.⁴ Dabei ist Mobbing in allen Schulformen und in allen Klassenstufen anzutreffen; das Gewaltverhalten nimmt jedoch mit steigendem Bildungsniveau ab.⁵ Besonders häufig ist Mobbing in der sechsten und siebten Jahrgangsstufe zu verzeichnen.⁶

Im schulischen Kontext kann Mobbing sowohl in den Räumlichkeiten der Schule als auch außerhalb der Schule in sozialen Netzwerken oder im Internet auftreten. Insbesondere letztere Aktivitäten gewinnen an Bedeutung, da der überwiegende Teil der 10 – 18-Jährigen ein eigenes Smartphone besitzt und in sozialen Netzwerken aktiv ist; so nutzen bspw. ab dem Alter von 14 Jahren 96 % der Jugendlichen den Messengerdienst Whatsapp.⁷ Inzwischen haben die meisten Schulklassen einen eigenen Klassenchat, in dem alle Schüler einer Klasse Mitglied sind. In diesem Zusammenhang ist der Begriff des Cybermobbings entstanden, der die Beleidigung, Bedrohung, Bloßstellung oder Belästigung von Personen mithilfe neuer Kommunikationsmedien über E-Mails, Websites, Foren oder Chats meint.⁸

Ziel dieses Beitrages ist es, den Einsatz schulischer Ordnungsmaßnahmen als Teil einer Anti-Mobbing-Strategie an Schulen aufzuzeigen und die hierzu ergangene Rechtsprechung zu würdigen. Im Nachfolgenden wird zunächst dargelegt, welche Ordnungsmaßnahmen es gibt und unter welchen Voraussetzungen diese verhängt werden können. Hierbei werden ausgehend vom Land Berlin die Unterschiede zwischen den schulrechtlichen Regelungen einiger Bundesländer erläutert (B.). Die jüngere Rechtsprechung zeigt, dass die Schulen zur Ahndung von Mobbing tatsächlich Ordnungsmaßnahmen einsetzen und diese in den meisten Fällen den strengen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit genügen (C.).

B. Voraussetzungen und Grenzen schulrechtlicher Ordnungsmaßnahmen

Schulrecht ist nach Art. 70 Abs. 1 GG Ländersache; die schulrechtlichen Regelungen unterscheiden sich daher in

den einzelnen Bundesländern. Die Gesetzgeber in den Ländern stellen für den Erlass von Ordnungsmaßnahmen im Schulrecht aber durchweg auf die Notwendigkeit einer geordneten Unterrichts- und Erziehungsarbeit sowie auf den Schutz der beteiligten Personen und Sachen ab. Maßstab sind die in den jeweiligen Landesverfassungen und/oder Schulgesetzen aufgeführten Bildungs- und Erziehungsziele.⁹ Hierzu gehören im Land Berlin u.a. die Fähigkeit, Konflikte zu erkennen, vernünftig und gewaltfrei zu lösen, sie aber auch zu ertragen¹⁰ sowie die Fähigkeit, die Beziehung zu anderen Menschen in Respekt, Gleichberechtigung und gewaltfreier Verständigung zu gestalten und allen Menschen Gerechtigkeit widerfahren zu lassen.¹¹ Das Mobbing von Schülern steht selbstredend im deutlichen Widerspruch zur Verwirklichung dieser Bildungs- und Erziehungsziele.

Grds. sind Erziehungsmaßnahmen vorrangig anzuwenden. Im Land Berlin zählen zu den Erziehungsmaßnahmen insbesondere das erzieherische Gespräch mit der Schülerin oder dem Schüler, gemeinsame Absprachen, der mündliche Tadel, die Eintragung im Klassenbuch, die Wiedergutmachung angerichteten Schadens und die vorübergehende Einziehung von Gegenständen.¹²

Erst soweit Erziehungsmaßnahmen nicht zu einer Konfliktlösung geführt haben oder keine Aussicht auf Erfolg versprechen, können Ordnungsmaßnahmen unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit getroffen werden. Im Einzelfall kann die Schule die Stufe der Erziehungsmaßnahmen überspringen und sofort eine förmliche Ordnungsmaßnahme aussprechen, wenn das Fehlverhalten von solchem Gewicht ist, dass Erziehungsmaßnahmen nicht ausreichen.¹³ Ordnungsmaßnahmen im Land Berlin sind

3 VG München, Urt. v. 14.02.2017 - M 3 K 15.979 Rn. 41.

4 OECD, Country Note – Results from PISA 2015 (Volume III): Student's Well-Being, Germany, Key Results, www.oecd.org/pisa/PISA2015-Students-Well-being-Country-note-Germany.pdf (zuletzt abgerufen am 18.07.2019).

5 Baier, FRP 2013, 421 ff., 421.

6 No Blame Approach, Mobbing in der Schule, www.no-blame-approach.de/mobbing_schule.html (zuletzt abgerufen am 18.07.2019); siehe auch Baier, FRP 2013, 421 ff., 421, wonach es bei 12 – 16-Jährigen besonders häufig zu Gewalt kommt.

7 Bitkom, Beitrag vom 16.05.2017; Jung, digital und immer online: Für die Generation Z gilt mobile first, www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/Jung-digital-und-immer-online-Fuer-die-Generation-Z-gilt-mobile-first.html (zuletzt abgerufen am 18.07.2019).

8 Glaser, NVwZ 2012, 1432 ff., 1432.

9 Niehues/Rux, Schulrecht, 6. Aufl. 2018, Rn. 446.

10 § 3 Abs. 2 Nr. 5 SchulG BE.

11 § 3 Abs. 3 Nr. 1 SchulG BE.

12 § 62 Abs. 2 SchulG BE.

13 OVG Münster, Beschl. v. 09.01.2019 - 19 A 3092/17 Rn. 10.

der schriftliche Verweis, der Ausschluss vom Unterricht und anderen schulischen Veranstaltungen bis zu zehn Schultagen, die Umsetzung in eine Parallelklasse oder eine andere Unterrichtsgruppe, die Überweisung in eine andere Schule desselben Bildungsgangs und die Entlassung aus der Schule, wenn die Schulpflicht erfüllt ist.¹⁴ Die Schulgesetze der anderen Bundesländer enthalten ähnliche Regelungen mit einigen Abweichungen. So stellt die Androhung des Unterrichtsausschlusses oder der Entlassung aus der Schule in mehreren Bundesländern eine eigene Ordnungsmaßnahme dar.¹⁵ Teilweise ist ein vorübergehender Schulausschluss vom Unterricht für bis zu vier Wochen,¹⁶ drei Monate¹⁷ und bis zum Ablauf des laufenden Schuljahres möglich.¹⁸ Beim endgültigen Schulausschluss sehen einige Bundesländer die Verweisung nicht nur von einer bestimmten Schule, sondern von allen öffentlichen Schulen des Landes vor.¹⁹

Als Voraussetzung für den Erlass einer Ordnungsmaßnahme nennen die Schulgesetze der Länder fast gleichermaßen, dass die Schülerin oder der Schüler die ordnungsgemäße Unterrichts- und Erziehungsarbeit beeinträchtigt oder andere am Schulleben Beteiligte gefährdet.²⁰ Ein endgültiger Schulausschluss setzt als eingriffsintensivste Ordnungsmaßnahme voraus, dass es sich um schweres oder wiederholtes Fehlverhalten handelt.²¹

Ordnungsmaßnahmen haben keinen Strafcharakter, sondern sind pädagogische Maßnahmen, die der Sicherung der Funktionsfähigkeit der Schule dienen. Voraussetzung sind objektive Pflichtverletzungen des betreffenden Schülers. Da Anknüpfungspunkt für Ordnungsmaßnahmen – anders als im Strafrecht – nicht die Schuld des Schülers an einem ordnungswidrigen Zustand, sondern dieser Zustand selbst ist, kommt es nicht auf die Strafmündigkeit an.²² Bei Vorliegen der Voraussetzungen von Notwehr gem. § 32 StGB kann der Erlass einer Ordnungsmaßnahme allerdings nicht in Betracht kommen.²³ Voraussetzung einer Ordnungsmaßnahme ist weiterhin, dass der betroffene Schüler steuerungs- und einsehbar ist, da die Maßnahme zu pädagogischen Zwecken sonst nicht geeignet ist. Relevant wird dies vor allem bei ADHS oder Asperger-Erkrankungen; die Einsehbarkeit ist in diesen Fällen nicht von vornherein ausgeschlossen, sondern muss im Einzelfall unter Berücksichtigung ärztlicher Atteste ermittelt werden.²⁴

Bei der Verhängung der Ordnungsmaßnahme kommt der Schule ein pädagogischer Beurteilungsspielraum zu, der nur sehr begrenzt der gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Diese hat sich darauf zu beschränken, ob die zuständigen Entscheidungsträger Verfahrensvorschriften verletzt haben, von falschen Tatsachen ausgegangen sind, allgemeingültige Bewertungsmaßstäbe nicht beachtet, sachfremde Erwägungen angestellt oder den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit missachtet haben oder ob die Bewertung willkürlich ist.²⁵

C. Schulrechtliche Ordnungsmaßnahmen zu Mobbing in der Rechtsprechung

Mangels entsprechender Erhebungen an den Schulen ist schwer einzuschätzen, wie oft Ordnungsmaßnahmen bei Mobbingfällen in der Praxis tatsächlich verhängt werden. Die recht umfangreiche Rechtsprechung hierzu zeigt jedoch, dass diese in der Praxis durchaus Anwendung finden. Einige interessante Problemkreise werden im Nachfolgenden erörtert. So stellt sich die Frage, welche Anforderungen an die Sachverhaltsermittlung zur Feststellung eines Mobbingverhaltens zu stellen sind (I.). An Bedeutung gewinnt die Ahndung des Cybermobbings und die Frage, ob dieses noch der schulischen Sphäre zuzurechnen ist (II.). Das Alter der Schüler dürfte bei der Verhältnismäßigkeit einer Ordnungsmaßnahme eine maßgebliche Rolle spielen (III.). Schließlich zeigt die aktuelle Rechtsprechung, dass auch Adressaten von Ordnungsmaßnahmen zur Verteidigung ihres Fehlverhaltens oftmals vortragen, dass sie in der Vergangenheit selbst Opfer von Mobbing waren (IV.).

I. Anforderungen an die Sachverhaltsermittlung

Vergleichsweise hohe Anforderungen an die Sachverhaltsermittlung stellte das VG Karlsruhe in einem Beschluss aus dem Jahr 2009. Hiernach kann ein Schüler der 11. Klasse, der – außerhalb der Schule – an die Hauswand des Hauses eines Mitschülers uriniert und beleidigende

14 § 63 Abs. 2 SchulG BE.

15 § 90 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 c) und 2 f) SchG BW; Art. 86 Abs. 2 Nr. 9 BayEUG.

16 Art. 86 Abs. 2 Nr. 6 BayEUG; § 39 Abs. 2 Nr. 4 SächsSchulG; § 90 Abs. 3 Satz 1 e) SchG BW.

17 § 60a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 b) SchulG M-V; § 61 Abs. 3 Nr. 3 NSchulG.

18 Art. 86 Abs. 2 Nr. 7 BayEUG.

19 § 53 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 und 7 SchulG NW, nach Abs. 5 Satz 3 ist aber bei schulpflichtigen Schülerinnen und Schülern für geeignete Bildungsmaßnahmen zu sorgen; Art. 86 Abs. 2 Nr. 12 BayEUG, wobei Abs. 3 Nr. 3 und 4 Einschränkungen für schulpflichtige Schülerinnen und Schüler enthalten; § 60 Abs. 3 Nr. 6 NdsSchulG, nach § 70 Abs. 5 NSchulG ruht die Schulpflicht in dieser Zeit.

20 § 63 Abs. 1 SchulG BE.

21 § 63 Abs. 3 Halbsatz 1 SchulG BE.

22 Niehues/Rux, Schulrecht, 6. Aufl. 2018, Rn. 449.

23 Niehues/Rux, Schulrecht, 6. Aufl. 2018, Rn. 449; anders noch VG Berlin, Urt. v. 18.02.2014 - VG 3 K 320.13 Rn. 29, wonach auch das Vorliegen der Voraussetzungen von Notwehr nicht zwingend vor einer Ordnungsmaßnahme schützt.

24 Niehues/Rux, Schulrecht, 6. Aufl. 2018, Rn. 450; Steenhoff, NVwZ 2013, 1190 ff., 1194; VGH Mannheim, Beschl. v. 12.07.2017 - 9 S 1374/17 Rn. 17, wonach für die Geeignetheit der Ordnungsmaßnahme nicht erforderlich sei, dass hierdurch künftiges Fehlverhalten mit Sicherheit ausgeschlossen werde; es genüge vielmehr, dass auf den Schüler erzieherisch eingewirkt werde.

25 Vgl. die ständige Rechtsprechung des VG Berlin, zuletzt Beschl. v. 01.12.2017 - VG 3 L 1317.17 Rn. 11.

Äußerungen ausgestoßen hat, nicht ohne Weiteres der Schule verwiesen werden. Die Schule habe es versäumt, weitere Mobbingverstöße des Schülers nachzuweisen; zugunsten des Schülers sei daher davon auszugehen, dass es sich nicht um die „Spitze des Eisbergs“ eines Mobbingverhaltens, sondern um eine singuläre Aktion ohne antisemitischen Hintergrund handle.²⁶ Die Schule sei den Mobbingvorwürfen, die von dem betroffenen Mitschüler erhoben wurden, nicht hinreichend nachgegangen; dabei gehen die Richter davon aus, dass die behaupteten Vorfälle während des Unterrichts (Bewerfen des Schülers mit Kreide unter den Rufen „Auf den Juden“) den anwesenden Lehrkräften hätten auffallen müssen. Diese Herangehensweise ist durchaus kritisch zu sehen, da Mobbingtäter es verstehen, ihre Aktionen vor den Lehrern zu verbergen und dies bei einer üblichen Klassengröße von 20 – 30 Schülern auch leichtfallen dürfte.

Das VG Berlin stellte in einem Beschluss vom 14.06.2011 klar, dass Ordnungsmaßnahmen keine Strafsanktionen sind und daher an die Sachverhaltsermittlung auch keine den Regelungen der Strafprozessordnung vergleichbare Anforderungen zu stellen sind.²⁷ Der hier zu überprüfende Ausschluss von einer Klassenfahrt betraf einen 13-jährigen Schüler der 7. Klasse. Dieser hatte in der Schulpause zwei Mitschüler gewaltsam in ein Rondell gezwungen und ihnen aufgegeben, miteinander zu kämpfen; gleichzeitig hielt er andere Schüler davon ab, den derart Eingeschlossenen zu helfen. Das Verwaltungsgericht erklärte die Ordnungsmaßnahme als verhältnismäßig, da ein solches Verhalten die Bereitschaft des Antragstellers zu grundloser gemeinschaftlicher Gewaltausübung gegenüber Mitschülern zeige, die offenbar allein zu dem Zweck erfolgte, sich an der ihnen zugefügten Erniedrigung zu belustigen. Blicke derartiges Fehlverhalten sanktionslos, würde die Schule an Glaubwürdigkeit und Durchsetzungsfähigkeit einbüßen.²⁸ Die Verwaltungsrichter hielten die Sachverhaltsermittlung durch die Schule für ausreichend. Der Klassenlehrer habe zeitnah die beteiligten Schüler befragt und in der Klassenkonferenz seien vier Mitschüler und der Antragsteller gehört worden.

Auch das VG München erachtete die Sachverhaltsaufklärung in einem Beschluss vom 12.03.2018 zu der Schulentlassung eines Achtklässlers als ausreichend. Das dem Antragsteller vorgeworfene Verhalten des massiven Mobblings gegenüber einem Mitschüler über einen Zeitraum von ca. 1 ½ Jahren (u.a. Verbreitung eines Gerüchts, wonach ein Mitschüler ein Verhältnis mit seiner ehemaligen Grundschullehrerin habe, sowie Hochladen manipulierter Bilder im Klassenchat) stelle ein schweres Fehlverhalten dar.²⁹ Die Richter stellten hierfür maßgeblich auf die Aussage des betroffenen Schülers ab und bewerteten diese als glaubhaft.³⁰ Diese Herangehensweise erscheint überzeugend, da insbesondere bei Anwendung psychischer Gewalt in Form von Hänseleien, Bloßstellungen

oder Erniedrigungen nur das Mobbingopfer verlässlich Auskunft über das erlittene Mobbing geben kann. Ausgangspunkt der Feststellung des Mobbingvorwurfs sollte daher stets die glaubhafte Aussage des Mobbingopfers sein, die durch weitere Anhaltspunkte (in diesem Fall die Aussagen des Jugendhilfediensts, an den der betroffene Schüler sich gewandt hatte, sowie die Aussagen anderer Mitschüler) bestätigt wird.

II. Schulischer Bezug des Cybermobbings

Eine Entscheidung des VG München vom 14.02.2017 erfasst den umstrittenen Bereich der Anwendung schulrechtlicher Ordnungsmaßnahmen im Fall des Cybermobbings; im konkreten Fall ging es um die Androhung der Schulentlassung. Zwei Schüler waren in einer achten Klasse von sieben anderen Schülern, zu denen der Kläger gehörte, in Whatsapp-Nachrichten im Klassenchat systematisch beleidigt und ausgegrenzt worden. Bei einem der beiden Mobbingopfer führte dies zu einer Gewichtsabnahme von 15 kg und psychosomatischen Störungen. Die Richter erklärten, dass, obwohl das Verhalten außerhalb des Schulbetriebs erfolgte, ein enger schulischer Bezug bestand, da Adressatenkreis und Opfer Mitschüler der Klasse waren. Darüber hinaus werde durch Mobbing die Klassengemeinschaft gespalten und der Schulfrieden in massiver Weise gestört. Selbst unbeteiligte Schüler seien dem sozialen Druck ausgesetzt, sich entweder dem „Gruppensog“ zu beugen und mitzumachen oder Gefahr zu laufen, selbst Opfer derartiger Aktionen zu werden.³¹

Die genannte Entscheidung stützt die überzeugende Auffassung, wonach auch in den Fällen des Cybermobbings regelmäßig von einem ausreichenden schulischen Bezug auszugehen ist.³² In einigen Bundesländern ist sogar ausdrücklich normiert, dass außerschulisches Verhalten Anknüpfungspunkt für schulrechtliche Ordnungsmaßnahmen sein kann.³³

26 VG Karlsruhe, Beschl. v. 06.04.2009 - 2 K 686/09 Rn. 8.

27 VG Berlin, Beschl. v. 14.06.2011 - VG 3 L 350.11 Rn. 12.

28 VG Berlin, Beschl. v. 14.06.2011 - VG 3 L 350.11 Rn. 14.

29 VG München, Beschl. v. 12.03.2018 - M 3 S 17.5918 Rn. 59 f.

30 VG München, Beschl. v. 12.03.2008 - M 3 S 17.5918 Rn. 61, 64.

31 VG München, Urt. v. 14.02.2017 - M 3 K 15.979 Rn. 44.

32 So auch OVG Münster, Beschl. v. 09.01.2019 - 19 A 3092/17 Rn. 76 f., wonach das der Ordnungsmaßnahme zugrunde liegende Fehlverhalten in beleidigenden Äußerungen in einem Schulklassen WhatsApp-Chat zu sehen ist; in die gleiche Richtung VG Köln, Beschl. v. 19.04.2011 - 10 L 488/11 Rn. 8, wonach schwerwiegende Beleidigungen von Mitschülern auf studiVZ oder Facebook Ordnungsmaßnahmen rechtfertigen; Steenhoff, NVwZ 2013, 1190 ff., 1192; deutlich einschränkender Hanschmann, NVwZ 2008, 1295 ff., 1298 f.

33 Vgl. Art. 86 Abs. 3 Nr. 4 BayEUG, wonach Ordnungsmaßnahmen aufgrund außerschulischen Verhaltens unzulässig sind, soweit es nicht die Verwirklichung der Aufgaben der Schule gefährdet; nach § 82 Abs. 6 Satz 3 HSchG darf außerschulisches Verhalten nur Gegenstand einer Ordnungsmaßnahme sein, soweit es sich auf den Schul- und Unterrichtsbetrieb unmittelbar störend auswirkt.

Einer solchen expliziten Erwähnung bedarf es aber eigentlich gar nicht; sie scheint vielmehr aus Zeiten herzurühren, in denen der Schulalltag noch nicht durch Chatgruppen und soziale Netzwerke geprägt war und das Phänomen des Cybermobbings noch nicht existierte. Durch die inzwischen selbstverständliche Nutzung des Internets kommt es immer häufiger zu Fehlverhalten, das räumlich und zeitlich außerhalb des regulären Schulbetriebs stattfindet, aber einen klaren schulischen Bezug aufweist.³⁴ Wird bspw. ein Schüler Ziel von Mobbing in einer Chatgruppe, in der ein großer Teil oder alle anderen Schüler der Klasse Mitglied sind, hat dies erhebliche störende Auswirkungen auf den Schulbetrieb und verhindert die Verwirklichung der Schul- und Bildungsziele. Im Gegensatz zu mündlichen Äußerungen in den Schulräumen sind einmal im Internet oder in Chats veröffentlichte Aussagen so gut wie nicht mehr löschtbar und können vielfältig weitergeben oder manipuliert werden. Auch ist die Hemmschwelle bei Mobbingangriffen im Internet unter Umständen deutlich geringer und führt zu verletzenderen Äußerungen, als diese in Angesicht der Person getätigt würden.³⁵ Würde man schulrechtliche Ordnungsmaßnahmen auf Fehlverhalten in den Schulräumen begrenzen, entstünde ein „schulrechtsfreier Raum“ in den für den Schulalltag faktisch bedeutsamen sozialen Netzwerken und Chatprogrammen.

II. Verhältnismäßigkeit von Ordnungsmaßnahmen bei jüngeren Schülern

Ein (vorübergehender) Schulausschluss kann auch schon bei sehr jungen Schülern in Betracht kommen. So hat das VG Berlin im Jahr 2011 die Rechtmäßigkeit des 10-tägigen Schulausschlusses eines 7-jährigen Schülers bestätigt. Der Erstklässler war seit seiner Aufnahme auf die Grundschule durch wiederholtes sehr aggressives Verhalten aufgefallen; u.a. hatte er einem 5-jährigen Mitschüler während einer Pause Mund und Nase gleichzeitig zugehalten, sodass dieser keine Luft mehr bekam. Die Richter erklärten, dass der vorübergehende Schulausschluss trotz des geringen Alters des Schülers verhältnismäßig sei, da vorangegangene Erziehungsmaßnahmen und Bemühungen ohne Erfolg geblieben waren.³⁶

Auch das VG Köln beschäftigte sich in einem Beschluss vom 10.04.2014 mit einem vorläufigen Unterrichtsausschluss an einer Grundschule. Der Verbleib des Antragstellers an der Schule bedeute eine konkrete Gefahr für die Gesundheit anderer, da er auf andere Kinder einschlage, eintrete, sie bedrohe, erpresse, beschimpfe und bespucke. Gegenüber einem Jungen seiner Klasse betriebe er ein so nachhaltiges Mobbing, dass der Junge mittlerweile psychisch erheblich beeinträchtigt sei und sich nachts einnässe.³⁷ Erzieherische Mittel, die in der Ver-

gangenheit vielfach angewendet worden seien, führten bei dem Antragsteller nicht zum Erfolg, da dieser an einer krankheitsbedingten Verhaltensstörung leide.³⁸ Trotz des Verweises auf die Krankheit des Antragstellers erklärten die Verwaltungsrichter den Schulausschluss für rechtmäßig.

Der VGH München hatte ebenfalls über die Rechtmäßigkeit des Schulausschlusses eines Zweitklässlers zu entscheiden. Die Richter betonten, dass eine solche Ordnungsmaßnahme bei einem Grundschüler in der zweiten Jahrgangsstufe nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen in Betracht komme. Im Fall des Antragstellers erscheine sie aber aufgrund der häufigen und teilweise gravierenden Vorkommnisse (u.a. grundloses Schlagen und Würgen von Mitschülern, Schlagen des Kopfes eines Mitschülers gegen die Wand, Verletzung einer Mitschülerin am Auge durch ein Gummigeschoss) und der gescheiterten Erziehungsmaßnahmen gerechtfertigt.³⁹

Die genannten Entscheidungen zeigen, dass die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit eines Schulausschlusses je höher sind, desto jünger der betroffene Schüler ist. Bei einem Grundschüler dürfte regelmäßig davon auszugehen sein, dass erzieherische Maßnahmen ausreichend sind, um ein entsprechendes Fehlverhalten zu ändern. Ein sofortiges Übergehen zu Ordnungsmaßnahmen dürfte hier nicht in Betracht kommen. So waren auch in allen genannten Entscheidungen in der Vergangenheit erfolglos Erziehungsmaßnahmen angewendet worden. Dennoch verdeutlichen gerade die geschilderten Fälle, dass Erziehungsmaßnahmen auch bei jüngeren Kindern nicht immer ausreichen und daher unter Anwendung einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung Ordnungsmaßnahmen möglich sein müssen.⁴⁰ Die Richter berücksichtigten, dass ein Ausschluss unter Umständen nicht nur für die Schule, sondern auch für den betroffenen Schüler eine vernünftige Lösung sein kann. So erklärte das VG Köln, dass man bei dem Antragsteller „die immense psychische Last, den Druck und die Frustration, mit der er täglich in die Schule komme“ spüre.⁴¹ Der VGH München wies in seiner Entscheidung explizit darauf hin, dass der Neu-

34 So auch Steenhoff, NVwZ 2013, 1190 ff., 1192.

35 Cornelius, ZRP 2014, 164 ff., 164; siehe auch Interview mit dem Medienanwalt Ralf Höcker im Stern vom 28.01.2015, www.stern.de/familie/kinder/mobbing-an-schulen--was-anwalt-ralf-hoecker-eltern-raet-3462662.html (zuletzt abgerufen am 18.07.2019).

36 VG Berlin, Beschl. v. 03.11.2011 - 3 L 995.11 Rn. 13 und 14.

37 VG Köln, Beschl. v. 10.04.2014 - 10 L 638.14 Rn. 13.

38 VG Köln, Beschl. v. 10.04.2014 - 10 L 638.14 Rn. 14.

39 VGH München, Beschl. v. 11.10.2012 - 7 CS 12.2187 Rn. 15.

40 Vgl. hierzu auch Barczak, NVwZ 2014, 1556 ff., 1559.

41 VG Köln, Beschl. v. 10.04.2014 - 10 L 638/24 Rn. 14.

anfang an einer Schule mit einer kleineren Klassenstärke und pädagogischen Zusatzqualifikationen des Schul- und Klassenleiters durchaus eine Verhaltensänderung des Antragstellers bewirken könne.⁴²

IV. Mobbing reversed: Vom Mobbingopfer zum Adressaten einer Ordnungsmaßnahme

Interessanterweise richten sich Ordnungsmaßnahmen nicht nur gegen Mobbingtäter, sondern auch gegen Schüler, die vortragen, das erfahrene Mobbing habe (mit) dazu geführt, dass sie selbst den Grund für Ordnungsmaßnahmen setzten. In den Fällen einer Entlassung aus der Schule wegen eines angedrohten Amoklaufs bspw. wird seitens der von der Ordnungsmaßnahme betroffenen Schüler regelmäßig vorgetragen, dass diese in der Vergangenheit selbst Opfer von Mobbing an der Schule waren. Das VG Stade konnte in einem solchen Fall, in dem ein fast 17-jähriger Realschüler gegenüber einer Mitschülerin erklärt hatte, dass er „bei einigen Personen keine Scheu habe, diese einfach zu töten“ und dass er manchmal darüber nachdenke, „einfach alles hinzuschmeißen und Amok zu laufen“, dennoch keine Unverhältnismäßigkeit der Ordnungsmaßnahme aufgrund des geltend gemachten Mobbings erkennen. Bei der Frage der Rechtmäßigkeit einer Ordnungsmaßnahme gehe es nicht darum, inwiefern der Vorfall durch vorangegangenes, allgemeines Mobbing entschuldigt werden könne. Es sei nicht ersichtlich, dass die Steuerungsfähigkeit des Schülers konkret durch das zuvor erlittene Mobbing erheblich eingeschränkt gewesen sei; insbesondere sei die Androhung des Amoklaufs keine Reaktion auf eine konkrete Mobbingmaßnahme gewesen.⁴³

Das VG Würzburg hingegen hielt die Entlassung aus der Schule im Fall eines Fünftklässlers, der während einer Konfrontation mit mehreren Schülern erklärte: „Am liebsten würde ich gegen euch einen Amoklauf starten“, für unverhältnismäßig. Der Zustand des Klägers auf der Grundlage seines ADHS-Syndroms sei bei der Entscheidung über die Ordnungsmaßnahme nicht hinreichend gewürdigt worden. Die Beklagte halte es selbst für möglich, dass dem Kläger aufgrund seiner Krankheit die Steuerungsfähigkeit fehle; sie habe aber nicht ausreichend gewürdigt, ob die Impulsivität des Klägers überhaupt ein erzieherisches Einwirken zulasse oder ob vielmehr Anlass für eine bessere Förderung des Klägers in einer Förderschule oder einer besser für ihn geeigneten Einrichtung bestehe.⁴⁴ Darüber hinaus liege ein Aufklärungsdefizit vor, da die Beklagte dem von dem Kläger beschriebenen Mobbingvorwurf nicht hinreichend nachgegangen sei.⁴⁵

Die beiden Entscheidungen zeigen, wie weitreichend Mobbing den Schulfrieden beeinträchtigt und welche Reaktionen dies bei den derart Gekränkten im Extremfall hervorru-

fen kann. Sicherlich wird nicht jedes Mobbingopfer auch zum Täter; hierfür bedarf es einer ganz bestimmten und zum Glück seltenen Kombination aus schlechten Erfahrungen, Persönlichkeit und Gelegenheit. Dass massive Kränkungen und Schmähungen in der Schulzeit die Persönlichkeit langfristig und nachhaltig negativ beeinflussen, dürfte jedoch auf der Hand liegen.

D. Fazit

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass schulrechtliche Ordnungsmaßnahmen ein wirksames Mittel zur Ahndung von Mobbingtaten sind und – wie die Rechtsprechung zeigt – in Mobbingfällen auch durchaus angewendet werden. Schulrechtliche Ordnungsmaßnahmen setzen als ultima ratio jedoch immer erst dann an, wenn das Mobbing schon sehr weit fortgeschritten ist. Erklärtes Ziel sollte es aber sein, ein Schulklima zu schaffen, das Mobbing gar nicht erst aufkommen lässt. Hierfür sind in erster Linie die Pädagogen verantwortlich; eine an den Schulen abgestimmte bzw. institutionalisierte Anti-Mobbing-Strategie erleichtert deren Arbeit und ermöglicht ein gegenüber der Schülerschaft geschlossenes und konsequentes Handeln. Studien haben gezeigt, dass in Schulen, in denen aktiv gegen Gewalt vorgegangen wird und in denen ein vertrauensvolles Verhältnis zwischen Lehrern und Schülern besteht, seltener Gewaltvorfälle registriert werden.⁴⁶

Im Land Berlin gibt es eine Reihe von Initiativen, die für Mobbing an Schulen sensibilisieren wollen und die Methoden und Strategien zur Bekämpfung von Mobbing aufzeigen.⁴⁷ Die Berlin-Brandenburger Anti-Mobbing-Fibel⁴⁸ bspw. nennt die typischen Merkmale und Ursachen für Mobbing, klärt darüber auf, dass Mobbingopfer sich nicht alleine helfen können und appelliert an Lehrerinnen und Lehrer, die innere Haltung anzunehmen, dass sie für alles, was an der Schule geschieht, Verantwortung tragen. Verschiedene Ansätze der Pädagogik gegen Mobbing werden erläutert, angefangen bei einem „Erste-Hilfe-Leisten“, über Klassenregeln gegen Mobbing, eine Fragebogenerhebung unter Schülern bis hin

42 VG München, Beschl. v. 11.10.2012 - 7 CS 12.2187 Rn. 18.

43 VG Stade, Beschl. v. 30.12.2011 - 3 B 1550/11 Rn. 13.

44 VG Würzburg, Urt. v. 16.06.2010 - W 2 K 09.744 Rn. 43 f.

45 VG Würzburg, Urt. v. 16.06.2010 - W 2 K 09.744 Rn. 46 f.

46 Baier, FRP 2013, 421 ff., 421.

47 Siehe die Aufzählung auf der Webseite der Berliner Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie, www.berlin.de/sen/bildung/unterstuetzung/praevention-in-der-schule/gewaltpraevention/ (zuletzt abgerufen am 26.05.2019).

48 Berlin-Brandenburger Anti-Mobbing-Fibel, 4. Aufl. 2008, <https://bildungsserver.berlin-brandenburg.de/index.php?id=mobbing> (zuletzt abgerufen am 18.07.2019).

zu konkreten und erfolgreich erprobten Vorgehensweisen (wie die Farsta-Methode und die Staffelrad-Methode) mit Handlungsanleitung und Fallbeispielen. All diese Methoden basieren auf Kooperation und Freiwilligkeit; schulrechtliche Ordnungsmaßnahmen können Teil einer wirksamen Anti-Mobbing-Strategie sein bzw. diese ergänzen, indem sie Grenzen aufzeigen, falls auf freiwilliger Basis keine Erfolge erzielt werden können.

Im Urstromtal der Isar

BVerwG, Urt. v. 29.11.2018 - 4 CN 12/17

RiBVerwG Dr. Stephan Gatz

A. Problemstellung

Das Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) widmet sich in seinem 4. Kapitel dem Schutz bestimmter Teile von Natur und Landschaft. Es kennt verschiedene Schutzkategorien (§ 20 Abs. 2 BNatSchG). Eine davon sind die Landschaftsschutzgebiete. Das sind rechtsverbindlich festgesetzte Gebiete, in denen, soweit vorliegend von Interesse, ein besonderer Schutz von Natur und Landschaft wegen der Vielfalt, Eigenart und Schönheit oder der besonderen kulturhistorischen Bedeutung der Landschaft von Relevanz ist (§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BNatSchG). Das BVerwG hatte zu entscheiden, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Grundstück in den Geltungsbereich einer Landschaftsschutzverordnung einbezogen werden darf, das die Voraussetzungen für eine Unterschutzstellung selbst nicht erfüllt.

B. Gegenstand und Inhalt der Entscheidung

Die Antragsteller sind Eigentümer eines als Pferdeweide genutzten Grundstücks, das der Landkreis München in den Geltungsbereich der Verordnung über das Landschaftsschutzgebiet „Hachinger Tal im Gebiet der Gemeinden Oberhaching und Taufkirchen“ (LSGVO) aufgenommen hat. Zweck des Landschaftsschutzgebiets (LSG), das eine Fläche von ca. 193 ha umfasst und aus vier größtenteils geografisch nicht miteinander verbundenen Teilgebieten besteht, ist u.a., einen landschaftsgeschichtlich bedeutenden und naturnahen Landschaftsraum, den noch unbebauten Talraum des Hachinger Tals zwischen Oberhaching und Taufkirchen einschließlich des überregional bedeutsamen Feuchtwiesenkomplexes in Taufkirchen und der Hangkanten des Urstromtals der Isar im Naturraum Münchner Schotterebene, zu schützen und zu entwickeln.

Den Antrag, die LSGVO insoweit für unwirksam zu erklären, als sie das Grundstück der Antragsteller erfasst, hat der Verwaltungsgerichtshof abgelehnt. Die Einbeziehung des Grundstücks in die LSGVO sei durch den Schutz der Eigenart der Landschaft gedeckt. Geschützt werden sollten die Hangkanten des Isar-Urstromtals als wertvoller Bestandteil des Landschaftsbildes im Hachinger Bachtal. Durch die Einbeziehung des Grundstücks der Antragsteller könne gewährleistet werden, dass eine weitere Beeinträchtigung der optischen Wahrnehmbarkeit des südlichen Teils der östlichen Hangkante insbesondere durch Bebauung unterbleibe. Wenn auch die Hangkante auf dem Grundstück wegen der dort vorgenommenen Veränderungen in ihrer ursprünglichen Gestalt nicht mehr vorhanden sei, sei es nur durch die Einbeziehung dieses Grundstücks möglich, den Verlauf der – wegen der im Talbereich vorhandenen Bebauung im weiteren Verlauf selbst nicht mehr in die LSGVO einbezogenen – östlichen Hangkante über die Staatsstraße 2368 hinweg nach Süden sichtbar zu erhalten.

Besonders anschaulich ist die Beschreibung nicht. Was hat man sich vorzustellen? Das dreieckig geformte Grundstück der Antragsteller liegt mit der Spitze nach Norden im südlichen Zipfel des LSG. Es ist ein Anhängsel des LSG und hat mit ihm nur (an seiner nördlichen Spitze) eine Punktverbindung. Entlang seiner östlichen Grenze läuft die von Süden kommende Staatsstraße 2368 entlang. An der Spitze des Grundstücks schwenkt die Straße nach Westen. Die östliche Hangkante (die westliche ist kilometerweit entfernt und spielt keine Rolle) läuft in dem geschützten Bereich über eine landwirtschaftliche Fläche aus Richtung Nordosten direkt auf die Nordspitze des Grundstücks zu, wird an der Staatsstraße 2386 und auf der Höhe des Grundstücks der Antragsteller unterbrochen, um sich dann östlich eines vorhandenen Bebauungszusammenhangs weiter nach Südwesten fortzusetzen. Die Blickbeziehung von einem Punkt nordöstlich des Grundstücks, also aus dem LSG heraus, über das Grundstück hinweg auf die außerhalb des LSG verlaufende Hangkante südwestlich des Grundstücks hält der Verwaltungsgerichtshof für schutzwürdig. Durch eine Bebauung des Grundstücks würde die Sichtbeziehung gekappt.

Das BVerwG hat der Revision des Antragstellers stattgegeben.

Es hat allerdings keinen Anstoß daran genommen, dass der Verwaltungsgerichtshof die Erstreckung des Geltungsbereichs der LSGVO auf das Grundstück der Antragsteller gebilligt hat, obwohl er die Schutzwürdigkeit des Grundstücks, für sich betrachtet, nicht festgestellt hat. Da es sich wegen der großräumigen Perspektive, die § 26 Abs. 1

BNatSchG einnehme, bei Landschaftsschutzgebieten regelmäßig um großflächige Gebiete handelt, würden sich in ihnen im Zweifel immer auch Grundstücke befinden, die kein Kriterium für eine Schutzgebietsausweisung erfüllen und bei isolierter Betrachtung zur Vielfalt, Eigenart oder Schönheit der Landschaft nicht beitragen. Ihre Einbeziehung in das Schutzgebiet sei zulässig, wenn nur das Gebiet im Ganzen schutzwürdig sei. Allerdings müssten sie für den Schutz der schutzwürdigen und -bedürftigen Flächen in irgendeiner Weise von Bedeutung sein,¹ sei es, weil ohne ihre Einbeziehung dem geschützten Landschaftsteil abträgliche Eingriffe erlaubt würden, sei es als Randzone, dessen Funktion es sei, das Schutzgebiet als „Pufferzone“ zu sichern² (vgl. § 22 Abs. 1 Satz 3 BNatSchG).

Nicht gebilligt hat das BVerwG jedoch den Standpunkt der Vorinstanz, dass ein Grundstück ohne Weiteres auch zum Schutz eines Landschaftsbestandteils in eine Landschaftsschutzgebietsverordnung einbezogen werden dürfe, der außerhalb ihres Geltungsbereichs liege.

Der Wortlaut des § 26 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG stehe der Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs freilich nicht entgegen. Aus der Vorschrift ergebe sich nicht zwingend, dass die Landschaft, die wegen ihrer Vielfalt, Eigenart und Schönheit oder ihrer besonderen kulturhistorischen Bedeutung schutzwürdig sei, mit der Landschaft in dem rechtsverbindlich festgelegten Landschaftsschutzgebiet identisch sein müsse. Die Norm lasse sich ohne Widerspruch zum Wortlaut auch so verstehen, dass die Landschaft im Landschaftsschutzgebiet wegen der Vielfalt, Eigenart und Schönheit eines außerhalb des Gebiets liegenden Landschaftsteils des Schutzes bedürfe.

Einschränkungen gebiete aber Art. 14 GG.

Die Aufnahme eines Grundstücks in den Geltungsbereich einer Landschaftsschutzgebietsverordnung hat nach § 26 Abs. 2 BNatSchG zur Folge, dass in dem Landschaftsschutzgebiet unter besonderer Beachtung des § 5 Abs. 1 BNatSchG und nach Maßgabe näherer Bestimmungen alle Handlungen verboten seien, die den Charakter des Gebiets verändern oder dem besonderen Schutzzweck zuwiderliefern. § 26 Abs. 2 BNatSchG und – hier der inhaltsgleiche § 4 LSGVO – bestimmten Inhalt und Schranken des Eigentums an den im LSG liegenden Grundstücken unter dem Blickwinkel des Rechts von Natur- und Landschaftsschutz. Inhalts- und Schrankenbestimmungen müssten sowohl der grundgesetzlichen Anerkennung des Privateigentums durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG als auch dem Sozialgebot des Art. 14 Abs. 2 GG in gleicher Weise Rechnung tragen.³ Maß und Umfang der dem Eigentümer von der Verfassung zugemuteten und vom Gesetzgeber zu realisierenden Bindung hingen wesentlich davon ab, ob

und in welchem Ausmaß das Eigentumsobjekt in einem sozialen Bezug und in einer sozialen Funktion stehe.⁴ Eigentumsbindungen müssten daher stets verhältnismäßig sein.⁵

Verhältnismäßig sei die Beschränkung der Nutzung des in einer Landschaftsschutzgebietsverordnung liegenden, selbst nicht schutzwürdigen Grundstücks durch Verbote nach § 26 Abs. 2 BNatSchG bzw. nach Maßgabe näherer Bestimmungen nur, wenn die außerhalb des Schutzgebiets liegenden Landschaftsbestandteile, zu deren Schutz das Grundstück nach § 26 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG mobilisiert werde, ihrerseits durch das Regime des Natur- und Landschaftsschutzrechts geschützt seien. Es sei dem Eigentümer eines Grundstücks nicht zumutbar, die Beschränkungen des Eigentums als Folge der Aufnahme in eine Landschaftsschutzgebietsverordnung hinnehmen zu müssen, wenn nicht auf Dauer (vgl. § 1 Abs. 1 BNatSchG) sichergestellt sei, dass der Schutzgegenstand ebensolchen Beschränkungen durch Regelungen des Natur- und Landschaftsschutzes unterworfen sei.

Da Feststellungen in dem vorinstanzlichen Urteil dazu fehlen, ob der vom Verwaltungsgerichtshof in den Blick genommene südliche Teil der östlichen Hangkante diesen Grundsätzen entsprechend geschützt ist, hat das BVerwG das Urteil aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an den Verwaltungsgerichtshof zurückverwiesen.

C. Kontext der Entscheidung

I. Nicht problematisiert hat das BVerwG die Frage, ob das LSG in vier Teilgebiete aufgespalten werden durfte. Es hatte dazu keinen Anlass, weil die Antragsteller nur die Herauslösung ihres Grundstücks aus dem Geltungsbereich der LSGVO erreichen wollen und die Frage zudem bereits geklärt ist:⁶ § 26 Abs. 1 BNatSchG enthält weder hinsichtlich der Größe noch des Zuschnitts nähere Angaben. Der Umriss richtet sich nach dem Zweck des Schutzes, der erreicht werden soll.⁷ Eine Unterschutzstellung von Grundstücken, die zum Schutzzweck keinen Beitrag leisten, ist nicht erforderlich. Auch kann es geboten sein, Grundstücke, die sich für eine Unterschutzstel-

1 BVerwG, Beschl. v. 10.01.2018 - 4 BN 30/17 Rn. 5.

2 BVerwG, Beschl. v. 13.08.1996 - 4 NB 4/96.

3 BVerwG, Urt. v. 17.10.2012 - 4 C 5/11 Rn. 22.

4 BVerwG, Urt. v. 21.11.1996 - 4 C 33/94.

5 BVerfG, Beschl. v. 14.07.1981 - 1 BvL 24/78.

6 BVerwG, Beschl. v. 10.01.2018 - 4 BN 30/17 Rn. 5.

7 Vgl. Mühlbauer in: Lorz/Konrad/Mühlbauer/Müller-Walter/Stöckel, BNatSchG, 3. Aufl. 2013, § 26 Rn. 10.

lung eignen, aus Gründen der Verhältnismäßigkeit auszuklammern.⁸ Die Existenz solcher Grundstücke kann dazu führen, dass das Schutzgebiet nicht in sich geschlossen ist, sondern aus Teilgebieten besteht, die nicht einmal eine Punktverbindung aufweisen. Dies nimmt das BNatSchG hin, wenn die Teilgebiete durch die vom Verordnungsgeber gesetzmäßig verfolgten Schutzzwecke verklammert sind.

II. Landschaftsschutzgebiete dienen dem Landschaftsschutz, nicht dem Objektschutz.⁹ Von § 26 Abs. 1 wäre es deshalb nicht gedeckt, wenn nur die Hangkanten selbst Schutzgegenstand der LSGVO wären. Das ist aber nicht der Fall. Schutzgegenstand der LSGVO ist ein landschaftsgeschichtlich bedeutsamer und naturnaher Landschafts„raum“, nämlich der noch unbebaute Tal„raum“ des Hachinger Tals zwischen Oberhaching und Taufkirchen einschließlich des überregional bedeutsamen Feuchtwiesenkomplexes in Taufkirchen und der Hangkanten des Urstromtals der Isar im Natur„raum“ Münchner Schotterebene.

D. Auswirkungen für die Praxis

Das Urteil macht den Naturschutzbehörden ihre Aufgabe nicht unnötig schwer. Insbesondere verlangt es nicht den Befund, dass Vielfalt, Eigenart und Schönheit der Landschaft für das Landschaftsschutzgebiet streiten müssen. Es reiche aus, dass die Eigenart der Landschaft die Gebietsausweisung trage. Zwar lege die Konjunktion „und“ statt der Konjunktion „oder“ in der Vorgängerregelung des § 15 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG 1976 zwischen den Begriffen „Eigenart“ und „Schönheit“ nahe, dass die Voraussetzungen der Vielfalt, Eigenart und Schönheit der Landschaft nunmehr kumulativ vorliegen müssten. Der amtlichen Begründung¹⁰ lasse sich jedoch nichts dafür entnehmen, dass eine Änderung der bisherigen Rechtslage beabsichtigt gewesen sei. Der systematische Vergleich mit den alternativen Tatbeständen strengerer Schutzgebietskategorien (§ 23 Abs. 1 Nr. 3, § 24 Abs. 4 Nr. 2, § 28 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG) spreche vielmehr dafür, dass dem Gesetzgeber bei der Neuregelung der Vorschrift über Landschaftsschutzgebiete, in der die besondere kulturhistorische Bedeutung einer Landschaft als zusätzlicher Schutzzweck bestimmt worden sei, ein Redaktionsversehen unterlaufen sei.

⁸ Vgl. dazu BVerwG, Urt. v. 05.02.2009 - 7 CN 1/08 Rn. 36.

⁹ BVerwG, Urt. v. 21.12.2017 - 4 CN 8/16 Rn. 21.

¹⁰ BT-Drs. 14/6378, S. 52.

Steuerrecht

Keine steuermindernde PKW-Überlassung bei Minijob unter Ehegatten

BFH, Urt. v. 10.10.2018 - X R 44-45/17

VRi'inBFH Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel

A. Problemstellung

Schließen Ehegatten Verträge, insbesondere Arbeitsverträge, liegt es nahe, dass diese deshalb steuerlich besonders günstig gestaltet werden, weil kein Interessengegensatz die Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung sicherstellt. Steuerlich anzuerkennen sind Verträge zwischen nahen Angehörigen aber nur, wenn sie durch die Einkünfterzielung (§ 4 Abs. 4, § 9 Abs. 1 EStG) und nicht durch private Zuwendungs- oder Unterhaltsüberlegungen (§ 12 Nr. 1 und 2 EStG) veranlasst sind. Die vertraglichen Hauptpflichten müssen hierfür klar und eindeutig vereinbart sowie entsprechend dem Vereinbarten durchgeführt werden. Indiz für die Zuordnung der Vertragsbeziehung zum betrieblichen Bereich ist insbesondere, ob der Vertrag nach Inhalt und tatsächlicher Durchführung dem entspricht, was zwischen Fremden üblich ist. Dabei ist der Umstand wesentlich, dass die Vertragschancen und -risiken in fremdüblicher Weise verteilt sind. Gegen Fremdüblichkeit spricht, wenn die weitaus meisten Chancen des Vertrags der einen Seite und die weitaus meisten Risiken der anderen Seite zugewiesen werden.

Im Besprechungsfall war zu klären, ob die Gestellung eines Dienstfahrzeugs an einen geringfügig beschäftigten Ehegatten fremdüblich ist.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Der Kläger führt einen Einzelhandel für Sportartikel. Seinen Gewinn ermittelte er in den Streitjahren (2012 – 2014) durch Einnahmen-Überschuss-Rechnung (§ 4 Abs. 3 EStG). Er stellte seine Ehefrau (Klägerin) auf geringfügiger Basis gem. § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV als Büro-, Organisations- und Kurierkraft an. Der schriftliche Arbeitsvertrag sieht eine regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von neun Stunden vor, wobei die Tätigkeit an Dienstagen von zu Hause (u.a. Bankgeschäfte, Vorbereitung der Buchhaltung, Mahnwesen) sowie donnerstags und freitags im Außendienst (Kurierfahrten etc.) auszuüben ist. Die monatliche Vergütung von 400 € wurde im Wesentlichen durch die Einräumung einer unbeschränkten und selbstbeteiligungsfreien privaten Nutzungsmöglichkeit eines

Gebrauchtfahrzeugs – zunächst Opel Astra (Bruttolistenpreis: 26.300 €), dann Saab Vector Kombi (Bruttolistenpreis: 38.500 €) – erbracht, das von ihr auch für die betrieblichen Fahrten einzusetzen war. Den Sachbezug hieraus ermittelte der Kläger nach der sog. 1 %-Regelung; den Differenzbetrag zum Gesamtvergütungsanspruch von monatlich zunächst 137 €, dann 15 € zahlte er aus.

Der Kläger ordnete die Fahrzeuge seinem Betriebsvermögen zu und erfasste die Vergütung aus dem geringfügigen Beschäftigungsverhältnis nebst Abgaben und sämtliche Fahrzeugaufwendungen als Betriebsausgaben.

Das beklagte Finanzamt erkannte das Arbeitsverhältnis mangels Fremdüblichkeit steuerlich nicht an. Das Finanzgericht hingegen entschied zugunsten der Kläger¹ und setzte die Gewinne aus Gewerbebetrieb sowie den Gewerbeertrag für die Streitjahre entsprechend herab.

Die Revisionen des Finanzamts hiergegen hatten Erfolg:

II. Der BFH entschied, dass das zwischen den Klägern geschlossene Arbeitsverhältnis mangels Fremdüblichkeit nicht durch die Einkünfterzielung des Klägers veranlasst ist. Der Lohnaufwand und die hierauf beruhenden Abgaben stellen keine Betriebsausgaben (§ 4 Abs. 4 EStG) dar.

1. Grds. steht der steuerlichen Anerkennung eines Ehegatten-Arbeitsverhältnisses nicht entgegen, dass dem Arbeitnehmer-Ehegatten ein Firmenfahrzeug zur privaten Verwendung überlassen wird. Die Nutzungsüberlassung muss aber fremdüblich ausgestaltet sein. So ist ein Arbeitgeber bei lebensnaher, unternehmerischer Betrachtung typischerweise nur dann bereit, einem Arbeitnehmer ein Firmenfahrzeug zur uneingeschränkten Privatnutzung zur Verfügung zu stellen, wenn nach überschlägiger Kalkulation der tatsächliche Kostenaufwand zuzüglich des Barlohns dem Wert der Arbeitsleistung entspricht. Ist diese Wertäquivalenz nicht (hinreichend) sicher gewährleistet, wird er entweder von einer Fahrzeugüberlassung absehen oder sein Kostenrisiko im Hinblick auf eine mögliche intensive(re) Privatnutzung einschränken, insbesondere dem Arbeitnehmer Nutzungsbeschränkungen auferlegen bzw. ihn an den Kosten beteiligen; dies insbesondere durch Privatkilometerbegrenzungen, Nutzungsverbote für Angehörige oder Urlaubsfahrten, Zuzahlungen in Form von Kilometerpauschalen, nutzungsunabhängigen Pauschalen oder die (ggf. anteilige) Übernahme einzelner Aufwendungen, z.B. Treibstoffkosten.

Je geringer der Gesamtvergütungsanspruch des Arbeitnehmers ist, desto eher erreicht der Arbeitgeber die Risikoschwelle, nach der sich wegen einer nicht abschätzbaren intensiven Privatnutzung die Fahrzeugüberlassung als für ihn nicht mehr wirtschaftlich erweist.

Erfüllt der Arbeitgeber bei einem geringfügigen Beschäftigungsverhältnis den vereinbarten Vergütungsanspruch von – wie im Streitfall – monatlich 400 € im Wesentlichen durch die Einräumung der privaten Nutzungsmöglichkeit eines Dienstwagens und erhöht sich der laufende PKW-Aufwand für die Privatfahrten infolge eines Kalkulationsirrtums von 100 € auf 200 €, stiege dessen relativer Mehraufwand für den Erhalt der Gegenleistung um 25 %, im Fall der Verdreifachung der Privatnutzung sogar um 50 %. Während Erhöhungen der prognostizierten Privatnutzung bei regulär beschäftigten Arbeitnehmern mit steigender Gesamtentlohnung für den Arbeitgeber wirtschaftlich an Bedeutung verlieren und eine mögliche Zuzahlung des Arbeitnehmers daher nicht vordergründig das Risiko der Unvorhersehbarkeit des Ausmaßes der privaten Verwendung abdecken dürfte, würde der Arbeitgeber eines geringfügig beschäftigten Arbeitnehmers diesem – wenn überhaupt – ein Fahrzeug nur unter der Bedingung einer Kilometerbegrenzung für private Fahrten oder einer (ggf. erst nach überschrittenem Kilometerlimit greifenden) Zuzahlung stellen. Eine schranken- bzw. zuzahlungsfreie Fahrzeugüberlassung führte somit zu einer ungerechtfertigten Verteilung der Vertragschancen und -risiken eines geringfügigen Beschäftigungsverhältnisses.

2. Diesen Grundsätzen wird die Vertragsgestaltung im Streitfall nicht gerecht, da die Klägerin Anspruch auf eine unbeschränkte und selbstbeteiligungslose Nutzung eines Dienstfahrzeugs für private Zwecke hatte. Das Kostenrisiko des Klägers kann nicht pauschal nach der 1 %-Regelung, sondern muss nach dem tatsächlichen Kostenaufwand bestimmt werden. Maßgeblich ist ausschließlich die Wertäquivalenz zwischen Lohnaufwand und Arbeitsleistung.

Dass die der Klägerin überlassenen Fahrzeuge für deren dienstliche Aufgabenerfüllung erforderlich waren, kann bereits deshalb keine Fremdüblichkeit indizieren, da sich die betriebliche Einsatznotwendigkeit von wöchentlich maximal sechs Stunden im Verhältnis zur im Übrigen bestehenden Möglichkeit der privaten Nutzung als äußerst geringfügig erweist. Auch Status und Alter des überlassenen Dienstwagens sind keine ausschlaggebenden Kriterien für den Fremdvergleich.

Für die Fremdüblichkeit streitet schließlich nicht, dass die Klägerin im Umfang des nach der 1 %-Methode ermittelten Nutzungsvorteils auf ihren Barlohnanspruch verzichtete.

1 FG Köln, Urt. v. 27.09.2017 - 3 K 2546/16 bzw. 3 K 2547/16.

3. Der BFH hat die Sache an das Finanzgericht zurückverwiesen. Mangels entsprechender finanzgerichtlicher Feststellungen konnte der Senat nicht entscheiden, ob die der Klägerin in den Streitjahren zur Nutzung überlassenen Fahrzeuge dem Betriebsvermögen des Klägers zuzuordnen waren und ggf. in welcher Höhe die Privatnutzung durch die Klägerin als gewinnerhöhende Nutzungsentnahme beim Kläger zu erfassen ist.

C. Auswirkungen für die Praxis

I. Die Besprechungsentscheidung stellt klar, dass die Überlassung eines Dienstwagens zur unbeschränkten und selbstbeteiligungsfreien Privatnutzung des Arbeitnehmers im Rahmen eines geringfügigen – zwischen Ehegatten geschlossenen – Beschäftigungsverhältnisses (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV) fremdunüblich und das Arbeitsverhältnis deshalb steuerlich nicht anzuerkennen ist. Denn ein Arbeitgeber wird bei lebensnaher unternehmerischer Betrachtung typischerweise nur dann bereit sein, einem Arbeitnehmer ein Firmenfahrzeug zur Privatnutzung zur Verfügung zu stellen, wenn bei überschlägiger vorsichtiger Kalkulation der tatsächliche Kostenaufwand zuzüglich des vereinbarten Barlohns eine wertangemessene Gegenleistung für die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft darstellt. Je geringer der Gesamtvergütungsanspruch des Arbeitnehmers ist, desto eher erreicht der Arbeitgeber die Risikoschwelle, nach der sich wegen einer nicht abschätzbaren intensiven Privatnutzung die Fahrzeugüberlassung als nicht mehr wirtschaftlich erweist.

II. Auch bei (Nicht-)Anerkennung des Ehegattenarbeitsverhältnisses kann aber das Dienstfahrzeug zum Betriebsvermögen zählen. Dem steht der Umstand, dass der Arbeitnehmerehegatte arbeitsvertraglich über einen uneingeschränkten Anspruch auf Privatnutzung verfügt, nicht zwingend entgegen. Maßgeblich sind die tatsächlichen Nutzungsverhältnisse. Ist das Fahrzeug nicht nur vorübergehend zu mindestens 10 % oder zu mehr als 50 % betrieblich im Einsatz, kann es dem gewillkürten oder muss es dem notwendigen Betriebsvermögen zugeordnet werden. Anderes würde nur gelten, wenn es (fast) ausschließlich für private Fahrten genutzt wird (notwendiges Privatvermögen).

Die Höhe der dem Arbeitgeberhegatten zuzurechnenden Privatnutzung (durch den Ehegatten) hinge – bei unterstellter Zuordnung zum Betriebsvermögen – maßgeblich davon ab, ob der betriebliche Nutzungsanteil im jeweiligen Streitjahr mehr als 50 % der Gesamtnutzung entsprach. Bejahendenfalls wäre, sofern kein ordnungsgemäßes Fahrtenbuch geführt wurde, die Privatnutzung nach Maßgabe der 1 %-Regelung, anderenfalls mit den im Schätzungswege zu

ermittelnden Selbstkosten zu bewerten (§ 6 Abs. 1 Nr. 4 Satz 3 EStG i.V.m. Satz 1 EStG).

Zählt das Fahrzeug nicht zum Betriebsvermögen, sind zumindest diejenigen – ggf. im Schätzungswege zu ermittelnden – Aufwendungen, die auf die nachweisbare betrieblich veranlasste Nutzung entfallen, im Wege der sog. Aufwands-einlage als Betriebsausgaben anzuerkennen.

Strafrecht

Die Geister, die ich rief: Der BGH zum Bankrott

BGH, Beschl. v. 15.08.2018 - 5 StR 381/18

Wiss. Mit. Dr. Alexandra Windsberger

A. Problemstellung

Die hier besprochene Entscheidung des 5. Strafsenats kann als weiterer Beleg dafür gelten, dass die hergebrachte Rechtsprechung zum „tatsächlichen Zusammenhang“ im Bankrottsstrafrecht jedenfalls in Fällen des § 283 StGB insgesamt systematisch verfehlt ist. Der BGH bestätigt nämlich die vorherrschende obergerichtliche Rechtsprechung und die Ansicht des Schrifttums, wonach zwischen Bankrottthandlung und dem als objektive Strafbarkeitsbedingung ausgestalteten wirtschaftlichen Zusammenbruch in § 283 Abs. 6 StGB ein „irgendwie gearteter“, noch näher „zu bestimmender Zusammenhang“¹ bestehen müsse. Angesprochen ist damit das allgemeine Erfordernis eines „tatsächlichen Zusammenhangs“ zwischen Bankrottthandlung und Eintritt der objektiven Strafbarkeitsbedingung in § 283 Abs. 6 StGB, das seit nunmehr 130 Jahren in Rechtsprechung und Literatur herumgeistert.² Dieser „tatsächliche Zusammenhang“ ist hierbei ein Spezifikum des Bankrottsstrafrechts und insgesamt ein Unikum, welches nur schwer in die allgemeine Strafrechtslehre eingeordnet werden

1 BGH, Beschl. v. 13.02.2014 - 1 StR 336/13.

2 Ein Überblick zum Schrifttum, welches dieses Erfordernis postuliert, bei Windsberger, Über den „tatsächlichen Zusammenhang“ im Bankrottsstrafrecht, S. 90 ff.; so auch BGH, Urt. v. 08.05.1951 - 1 StR 171/51; BGH, Urt. v. 23.08.1978 - 3 StR 11/78; BGH, Urt. v. 20.12.1978 - 3 StR 408/78; BGH, Urt. v. 30.08.2007 - 3 StR 170/07; BGH, Beschl. v. 19.08.2009 - 1 StR 206/09; BGH, Beschl. v. 15.09.2011 - 3 StR 118/11; BGH, Beschl. v. 13.02.2014 - 1 StR 336/13.

kann. Noch immer stellt sich die Frage, um welche Art von Beziehung es sich konkret handelt.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Anlass der Entscheidung war ein Urteil des LG Leipzig, durch das der Angeklagte wegen diverser Insolvenzdelikte im Zusammenhang mit einer sog. Firmenbestattung zu drei Jahren (Gesamt-)Freiheitsstrafe verurteilt wurde. Primäres Ziel einer „Firmenbestattung“ ist es, überschuldete Gesellschaften unter Einschaltung eines sog. Bestatters verdeckt zu liquidieren und noch verbleibende Vermögenswerte den Gläubigern endgültig zu entziehen. Dass ein solches Vorgehen regelmäßig einen Bankrott i.S.v. § 283 Nr. 6 und Nr. 8 StGB darstellen kann, liegt auf der Hand und ist weitestgehend anerkannt. Das Landgericht hat den Angeklagten daher wegen Beihilfe zum vorsätzlichen Bankrott tateinheitlich verbunden mit vorsätzlicher Insolvenzverschleppung in vier Fällen, der Beihilfe zum vorsätzlichen Bankrott in zwei tateinheitlichen Fällen tateinheitlich verbunden mit vorsätzlicher Insolvenzverschleppung, der vorsätzlichen Insolvenzverschleppung, des vorsätzlichen Bankrotts in Tateinheit mit vorsätzlicher Insolvenzverschleppung und der falschen Angabe gem. § 82 Abs. 1 Nr. 5, § 8 Abs. 3 Satz 1 GmbHG schuldig gesprochen. Die Verteidigung rügte jedoch den Umstand, dass die Tathandlung dem Eintritt der objektiven Bedingung der Strafbarkeit in § 283 Abs. 6 StGB zeitlich nachgefolgt sei. Damit sah sich der BGH mit der Frage konfrontiert, in welcher Beziehung Bankrotthandlung und Bankrott selbst zueinanderstehen bzw. stehen sollen.

Der 5. Strafsenat stellte hierzu fest: Es ist in der Rechtsprechung anerkannt und entspricht allgemeiner Ansicht im Schrifttum, dass die Bankrotthandlung und die Zahlungseinstellung (§ 283 Abs. 6 StGB) grds. nicht im Verhältnis von Ursache und Wirkung stehen müssen, sondern die Bankrotthandlung der Zahlungseinstellung auch nachfolgen kann; erforderlich ist nur ein Zusammenhang zwischen ihr und der Zahlungseinstellung in dem Sinne, dass dieselben Gläubiger sowohl durch die Bankrotthandlung benachteiligt als auch von der Zahlungseinstellung betroffen werden.³

C. Bewertung

Im vorliegenden Fall stellt der BGH auf einen Zusammenhang in Form der sog. Gläubigeridentität ab, maßgeblich sei, ob gerade diejenigen Gläubiger vom Insolvenzverfahren betroffen sind, welche bereits schon zum Zeitpunkt der Vornahme der Tathandlung Forderungen gegen den Schuldner hatten. Hierbei rezipiert der Senat die Rechtsprechung des BGH.⁴ Bereits hinter dieser Bezugnahme verbirgt sich – indessen gut versteckt – ein gravierender Systemfehler, der es freilich in sich hat und dessen Erkennbarkeit (lediglich) von einer Be-

rücksichtigung der Rechtsprechung der letzten 130 Jahre abhängt.⁵ Den angegebenen Entscheidungen, denen noch immer offenbar wegweisende Bedeutung zukommen soll, war indessen gemein, dass sie die Vorschrift des § 240 der Konkursordnung i.d.F. vom 20.05.1898⁶ zum Gegenstand hatten.

Der „tatsächliche Zusammenhang“ im Kontext der Konkursordnung⁷ war ein übergesetzliches Korrektiv, das eine zu weit gefasste Strafbarkeit einschränken sollte.⁸ Die Konstruktion des „Bankerutts“ (§ 240 KO) – in Anlehnung an Napoleons code de commerce – schaffte die Grundlage für die Erfindung des „tatsächlichen Zusammenhangs“, da neutrale Handlungen, die durch ein zufälliges Ereignis qualifiziert wurden, erheblich (Gefängnisstrafe) bestraft werden konnten. Um diese unangemessene Fixierung von Kriminalität in Form einer Erfolgshaftung zu entschärfen, erfand der RG das Korrektiv eines „tatsächlichen Zusammenhangs“, der maßgeblich jedoch einem formell umetikettierten Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Rechtsgutsverletzung entsprach. Mithilfe dieses „Kunstgriffs“ wurden die Strafrechtssätze der Konkursordnung auf das damals vorherrschende System, das sich durch die Erfolgsbezogenheit der Tat auszeichnete, angepasst.⁹ Die historische Entwicklung der Bankrottatbestände hat jedoch gezeigt,¹⁰ dass die Ursache dieses Korrekturbedürfnisses mit Einführung des Krisenmerkmals im Zuge des 1. WiKG¹¹ beseitigt wurde. Aus einer Erfolgshaftung wurde im Wege der Reform – zumindest im Hinblick auf § 283 StGB – eine Gefährdungshaftung.¹² Kern der Reform war die Frage, um welches Unrechtsmerkmal die Norm aufgefüllt werden kann, um ein angemessenes Unrechtsniveau zu erreichen.¹³ Man entschied

3 BGH, Beschl. v. 15.08.2018 - 5 StR 381/18 Rn. 5.

4 BGH, Urt. v. 08.05.1951 - 1 StR 171/51 und RG, Urt. v. 08.06.1920 - IV 408/20 (in 1 StR 171/51 zitiert).

5 Zur dogmengeschichtlichen Entwicklung des „tatsächlichen Zusammenhangs“ vgl. Windsberger, Über den „tatsächlichen Zusammenhang“ im Bankrottsstrafrecht, S. 5 ff.

6 RGBl. 1898, 612.

7 Und damit in den vom BGH zitierten Entscheidungen BGH, Urt. v. 08.05.1951 - 1 StR 171/51 und RG, Urt. v. 08.06.1920 - IV 408/20 (in 1 StR 171/51 zitiert), aus denen heraus das noch heute maßgebliche Kriterium abgeleitet werden soll.

8 Windsberger, Über den „tatsächlichen Zusammenhang“ im Bankrottsstrafrecht, S. 40 ff.

9 Windsberger, Über den „tatsächlichen Zusammenhang“ im Bankrottsstrafrecht, S. 40 ff.

10 Windsberger, Über den „tatsächlichen Zusammenhang“ im Bankrottsstrafrecht, S. 58 ff.

11 Erstes Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 29.07.1976 (BGBl. I, 2034).

12 Windsberger, Über den „tatsächlichen Zusammenhang“ im Bankrottsstrafrecht, S. 77.

13 Die Kommissionsvertreter beschrieben das Problem wie folgt: „Das Gesetz ermöglicht es, den Täter erheblich zu bestrafen, der eine recht-

sich für Einführung des Tatbestandsmerkmals der „Krise“ in Form der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung. Die Vorschrift des § 283 StGB enthält damit durch die Einführung des Krisenmerkmals einen gegenüber § 240 KO deutlich erhöhten Unrechtsgehalt und einen neuen Bezugsgegenstand: nämlich ein abstraktes Gefährdungsdelikt in Form eines sog. bedingten Gefährdungsdelikts.¹⁴ Ein geradezu blinder Transfer der konkursstrafrechtlichen Rechtsprechung ist deshalb systematisch verfehlt, da sich der „tatsächliche Zusammenhang“ durch eine Metamorphose der Norm zwischenzeitlich entkontextualisiert hat, was dem BGH bislang wohl entgangen zu sein scheint.

Unabhängig davon erscheint überdies zweifelhaft, ob und inwieweit § 283 StGB de lege lata auch in seiner neuen Gestalt korrekturbedürftig ist. Insbesondere vom Schrifttum¹⁵ werden stets „besondere Fallgruppen“¹⁶ angeführt, in denen es bislang schwierig sei, „die Spreu vom Weizen zu trennen“,¹⁷ strafwürdige von strafbedürftigen Fällen zu unterscheiden und „ungefährliches Handeln“ als tatbestandslos ausscheiden zu lassen. Nach der hier vertretenen Ansicht sind eben diese Fragen nach der „Ungefährlichkeit des Einzelfalls“ im Bereich abstrakter Gefährdungsdelikte nicht nur obsolet, sondern dem Rechtsanwender von vornherein versagt. Bereits mit schuldhafter Vornahme der normierten Bankrottbehandlungen in der Krise verwirklicht der Täter (Gefährdungs-)Unrecht. Darin liegt ein hinreichender Strafgrund und es ist legitim eben dieses Verhalten – ähnlich wie Trunkenheit im Verkehr – jenseits von schädlichen Auswirkungen in der Außenwelt generell zu bestrafen. Es handelt sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt, das dem Normadressaten in einer bestimmten Entscheidungssituation – nämlich der Krise – die Prognosekompetenz im Hinblick auf die Gefährlichkeit seiner Handlung abnimmt und ein absolutes Handlungsverbot statuiert. Treffend formulierte bereits Binding:¹⁸

„Die Gefährlichkeit ist nicht [...] Attribut der einzelnen Handlung, aber auf Grund der Massenbeobachtung erscheint sie als Eigenschaft einer Handlungsgruppe. Die Erfahrung lehrt, dass Handlungen dieser Art leicht und relativ oft in Verletzungen umschlagen: sie sind generell gefährlich, sie sind so beschaffen, dass daraus erfahrungsgemäß, regelmäßig eine Verletzung hervorgeht. Dem einzelnen Gefährdungsdelikt ist also nicht die Gefährdung, sondern nur

die Zugehörigkeit zur gefährlichen Gruppe wesentlich: das Verbot gilt nicht der gefährlichen, sondern nur der regelmäßig gefährlichen Handlung und umfasst nach seines Urhebers Willen und Wissen auch die ungefährliche Handlung gleicher Merkmale.“

Die objektive Bedingung der Strafbarkeit in Absatz 6 der Strafnorm enthält demgegenüber jenseits den Kategorien Rechtsgut, Unrecht und Gefährdung lediglich einen Strafverfolgungsvorbehalt, um eine zu frühe Strafverfolgung zu vermeiden und damit zu verhindern, einem bereits kriselnden Unternehmen erst durch die kriminalstrafrechtliche Sanktion den letzten „Todesstoß“ zu verpassen.¹⁹

Es wäre daher dringend an der Zeit, die Frage nach der Erforderlichkeit eines übergesetzlichen Korrektivs wenigstens einmal aufzuwerfen, sodann der gegenwärtigen Rechtslage anzupassen und zugleich auf einen vorschnellen konkursstrafrechtlichen Transfer – gerade angesichts eines zwischenzeitlich völlig veränderten Bezugsobjekts – insgesamt zu verzichten. Indem die Rechtsprechung das Erfordernis eines „tatsächlichen Zusammenhangs“ weiterhin als Selbstverständlichkeit ähnlich der Vermögensverfügung beim Betrug verkauft, stellt sich der Eindruck ein, dass sämtliche Bestrebungen und legislatorischen Änderungen rund um die Reform des 1. WiKG de facto leergelaufen sind. Ein Ergebnis, das man zumindest bezweifeln darf.

lich vorwurfsfreie, ‚neutrale‘ Handlung vornimmt und schuldlos in Konkurs gerät.“ Nach der Ansicht Dünnebiers laufe dies auf eine „Gleichung null plus null gleich eins“ hinaus und sei deshalb als Verstoß gegen das „Schuldprinzip“ zu werten; vgl. Bundesministerium der Justiz, Niederschriften Große Strafrechtskommission, 8. Bd., S. 81; Entwurf eines Strafgesetzbuchs E 1962 – Bundesratsvorlage, S. 445; BT-Drs. 6/3250, S. 245; Bundesjustizministerium, Tagungsberichte der Sachverständigenkommission, Bd. III, S. 99.

14 Eingehend zu dieser Deliktsform Windsberger, Über den „tatsächlichen Zusammenhang“ im Bankrottsstrafrecht, S. 77.

15 Ein Überblick über die Ansicht des bankrottsstrafrechtlichen Schrifttums bei Windsberger, Über den „tatsächlichen Zusammenhang“ im Bankrottsstrafrecht, S. 90 ff.

16 Ein Überblick bei Tiedemann in: LK, Vor § 283 Rn. 87 ff.

17 Bittmann, NSTz 2019, 222.

18 Binding, Normen, 4. Aufl., Bd. I, S. 379.

19 Dies entspricht auch der Intention des Gesetzgebers vgl. BT-Drs. 7/3441, S. 33 ff.

Aktuelle Brennpunkte im Familienrecht

Die Familie ist im Wandel. Das klassische Familienmodell, leibliche Eltern und Kinder aus eben genau dieser Beziehung, ist auf dem Rückzug. Die JM nahm dies zum Anlass, um mit Isabell Götz über offene Fragen zur Stiefkindadoption, Herausforderungen beim Internet im Kinderzimmer und die Diskussion über die Kinderbetreuung im Wechselmodell zu sprechen.

Viefhues: Liebe Frau Götz, Sie sind als langjährige Familienrichterin – nunmehr in Ihrer Funktion als Vorsitzende Richterin eines Familiensenates in München – und zudem als Vorsitzende des Deutschen Familiengerichtstages mit all den Aufgaben und Problemen vertraut, die alle im Familienrecht tätigen Professionen – Richter, Anwälte, aber auch Mitarbeiter des Jugendamtes, Sachverständige – bewegen. Sie haben sozusagen „das Ohr am Puls am der Zeit“. Nun ist nicht jeder unserer Leser in gleicher Tiefe mit der familienrechtlichen Praxis vertraut. Was sind die wichtigsten Fragen, die Familienrechtlerinnen und Familienrechtler derzeit bewegen?

Götz: Im Familienrecht besteht an ganz vielen „Fronten“ Änderungsbedarf, weil sich die Gesellschaft und mit ihr die Familienwelten in den letzten Jahrzehnten stark verändert haben und immer weiter verändern. Seit mehreren Jahren wird bereits an einer großen Reform des Vormundschaftsrechts gearbeitet, das in weiten Teilen noch aus der Entstehungszeit des BGB stammt und alles andere als zeitgemäß ist. Hier liegt inzwischen ein zweiter Diskussteilentwurf vor, der letztlich eine grundlegende Neuregelung enthält. Ziel ist unter anderem die Hervorhebung der Sorge für die Person des Mündels, wobei dies ein schreckliches Wort ist. Es klingt wie eine übriggebliebene Sache, dabei geht es um ein Kind! Wir diskutieren derzeit auch über einen Entwurf zur Reform des Abstammungsrechts.

Ein hierzu im Jahr 2015 eingesetzter Arbeitskreis hat bereits 2017 seine Empfehlungen vorgelegt, es wird also höchste Zeit für die Umsetzung. Durch die Weiterentwicklung der medizinisch assistierten Fortpflanzung, aber auch durch die Einführung der Ehe für gleichgeschlechtliche Partner stellen sich in diesem Bereich viele Fragen, die die Rechtsprechung auf der Basis des derzeitigen Abstammungsrechts nicht lösen kann. Das ist für die Betroffenen misslich und für die Kinder, um die es in erster Linie geht, indiskutabel. Gearbeitet wird außerdem an einer Reform des Kindschaftsrechts – Stichwort elterliche Sorge und Umgang –, des Kindesunterhalts und des Namensrechts. Nach dem Koalitionsvertrag sollen außerdem geschlechtsangleichende medizinische Eingriffe bei Kindern mit Varianten in

der Geschlechtsentwicklung untersagt werden, solange diese noch nicht selbst einsichts- und urteilsfähig sind. Über möglich Lösungen wurde bereits auf einem Fachtag diskutiert. Vor kurzem hat das BVerfG zudem entschieden, dass unser Adoptionsrecht insoweit verfassungswidrig ist, als die Stiefkindadoption nur für Ehegatten vorgesehen ist und nicht auch für nichteheliche Lebensgefährten in einer stabilen Partnerschaft. In diesem Punkt muss der Gesetzgeber bis Ende März 2020 für Abhilfe sorgen. Eine intensive Diskussion wird schließlich über die Qualitätssicherung in familiengerichtlichen Verfahren geführt, die durch die schrecklichen Missbrauchsfälle in der letzten Zeit zwar nicht erst ausgelöst, aber durchaus noch einmal befeuert wurde.

Welche Erwartungen haben Sie bei allen diesen Reformvorhaben?

Ich wünsche mir vor allem, dass sie zu einfachen und gut verständlichen Gesetzen führen. Gerade im Familienrecht müssen die davon Betroffenen – und das sind ja letztlich alle Menschen – das Gesetz verstehen können. Wichtig ist für mich auch, dass die Neuregelungen einerseits nicht zu kleinteilig sind, andererseits aber auch keine bloßen „Insellösungen“ erfolgen, die sich oft nur schwer mit dem „Altbestand“ vereinbar lassen. Gerade im Familienrecht muss zudem stets genügend Raum für die Rechtsprechung bleiben, um sowohl dem Einzelfall als auch einer sich weiter verändernden Gesellschaft gerecht zu werden. Zur Sicherung einer hohen Qualität bedarf es der gründlichen Abstimmung aller Beteiligten und damit ggfs. auch der verschiedenen Ressorts, es bedarf aber auch der Einbeziehung der Fachverbände. Ob das bei den Verbänden in hohem Maß vorhandene und im Rahmen der Gesetzgebung kostenlos verfügbare Fachwissen genug wertgeschätzt wird, bezweifle ich beim Blick auf die bisweilen sehr knappen Fristen zur Stellungnahme allerdings gelegentlich.

Prof. Dr. Isabell Götz



Vorsitzende Richterin am OLG München

Neben ihrer Tätigkeit als Vorsitzende Richterin am OLG München ist Frau Götz Vorsitzende des Deutschen Familiengerichtstags, Honorarprofessorin der Universität Mannheim und die erste weibliche Kommentatorin im Palandt.

Sie haben kürzlich in der Zeitschrift für das gesamte Familienrecht einen vielbeachteten Beitrag mit dem Thema „Kinderzimmer 4.0 – Ausverkauf der Kindheit?“ veröffentlicht. Darin wird deutlich, dass die moderne Technik – die sog. neuen Medien – mit all ihren Errungenschaften und Gefahren auch vor dem häuslichen Kinderzimmer nicht haltmacht. Können Sie bitte unseren Lesern Ihre Überlegungen zusammenfassend darstellen?

Mein Ausgangspunkt war die Überlegung, wo in unserem herkömmlichen System von Sorge- und Umgangsrecht die neuen Medien, also Smartphone, Tablets usw., denn eine Rolle spielen können. Das ist der Fall etwa bei der Frage, wer entscheiden darf, ob und wann ein Kind ein Smartphone bekommt. Denkbar ist auch der Vorwurf, der umgangsberechtigte Elternteil kümmere sich nicht um das Kind, sondern drücke ihm einfach ein Tablet in die Hand oder er bombardiere das Kind außerhalb der geregelten Umgangszeiten mit Nachrichten. Schließlich stellt sich die Frage, ab wann neue Medien das Kindeswohl gefährden, sodass das Familiengericht zum Einschreiten aufgefordert ist.

Alle diese Fragen kann unser Recht meines Erachtens gut beantworten. Allerdings müssen wir uns gerade in diesem Bereich sehr bewusst sein, dass das Kindschaftsrecht dem Wohl und dem Schutz des Kindes verpflichtet ist und nicht die Aufgabe hat, seine Eltern zu erziehen. So wird zwar von Fachkräften z.B. befürchtet, dass ein intensiver und unkritischer Medienumgang der Eltern zum Verlust der Feinfühligkeit für die Wahrnehmung der Bedürfnisse ihres Kleinkindes führt, dies gestattet unterhalb der Schwelle der Kindeswohlgefährdung aber keinen Eingriff des Familiengerichts. Bei der weiteren Beschäftigung mit dem Thema bin ich dann durch Zufall auf minderjährige Kinder aufmerksam geworden, die als „Influencer“ tätig sind: Sechsjährige, die Spielzeug testen, Zehnjährige, die Einblicke in ihre Freizeit gewähren, Vierzehnjährige, die Mode- und Schminktippis geben, jeweils gefilmt von ihren Eltern. Teilweise sind sie so erfolgreich, dass die Eltern ihre Erwerbstätigkeit aufgeben, weil die ganze Familie von dieser Tätigkeit des Kindes auskömmlich leben kann. Und plötzlich stellten sich mir ganz viele Fragen: Wer schließt die Werbeverträge mit den Unternehmen für das Kind? Die Befugnis, das Kind zu vertreten, haben die Eltern. Bestehen aber nicht Interessenkollisionen, die die Eltern von der Vertretung ausschließen, wenn die Einkünfte auch ihnen zugutekommen? Eine Vereinbarung zwischen Eltern und Kind, dass erstere am Verdienst des letzteren (wie auch immer) beteiligt sind, wäre ohne Ergänzungspfleger jedenfalls nicht möglich. Auch sind bei Filmproduktionen mit Kindern strenge Regularien einzuhalten. Doch wer

kontrolliert, die filmenden Eltern im Kinderzimmer? Und wer schützt das Persönlichkeitsrecht eines Kindes, das selbst noch nicht ermessen kann, was es bedeutet, mit solchen, später möglicherweise als peinlich empfundenen Filmen für immer im World Wide Web verewigt zu sein? Nicht zuletzt kommt hinzu, dass unter den Zuschauern natürlich auch Personen sind, deren Interesse an Kindern ein sexuell motiviertes ist, so dass manches Video plötzlich auf einschlägigen Websites auftaucht. Um es kurz zu machen: Das ist sicher ein neues Thema, auch für das Familienrecht!

Viel diskutiert wird derzeit offenbar das sog. Wechselmodell, in dem das Kind in gleichem zeitlichem Umfang von beiden – getrennt lebenden oder geschiedenen – Elternteilen betreut wird. Hier gibt es eine Gesetzesinitiative, das Wechselmodell zum Normalfall der Betreuung nach der Scheidung zu machen. Wie ist Ihre Meinung dazu?

Das Wechselmodell ist nicht nur ein viel, sondern auch ein sehr emotional diskutiertes Thema. Betrachten es die einen als Allheilmittel gegen familiäre Konflikte und fordern es daher als gesetzliches Regelmodell, ist es für andere Gift für das Kindeswohl. Ich sehe überhaupt kein Problem, wenn die Eltern sich einig sind. Sie tragen die umfassende Verantwortung für ihr Kind und sollten immer und vor allem anderen sein Wohl im Auge haben. Erfreulicherweise treffen die meisten Eltern, die sich trennen, ja auch eine einvernehmliche Entscheidung darüber, wie ihr Kind nach der Trennung weiter betreut werden soll. Dabei stehen ihnen alle denkbaren Optionen zur Betreuung – bis hin zu einer paritätischen Mitbetreuung – offen. Kooperieren die Eltern gut und überlassen sie den durch einen regelmäßigen Wechsel des Kindes anfallenden Organisationsaufwand nicht allein dem Kind, kann sich das Wechselmodell für das Kind als ideale Betreuungsform nach Trennung der Eltern erweisen, denn dem Kind bleiben beide Eltern auch im Alltag erhalten.

Trotzdem bin ich strikt dagegen, das Wechselmodell als Regelmodell einzuführen, denn nicht allen Eltern gelingt die Herstellung von Einvernehmen und eine funktionierende Kooperation. Eltern, die sich in den Belangen des Kindes aber nicht absprechen und das Leben ihres Kindes nicht zuverlässig und reibungslos organisieren können, werden zwangsläufig dem Kind die Verantwortung für die alltäglichen Belange übertragen, wenn dieses zwischen den Wohnungen der Eltern pendelt. Ist das richtige Schulheft dann nicht im Schulranzen, sondern beim anderen Elternteil, lobt der Lehrer vermutlich nicht das Wechselmodell, sondern rügt das Kind. Aus diesem Grund sollten wir zunächst die Eltern an ihrer Elternverantwortung festhalten, damit sie selbst auch nach der Trennung die passgenaue

Lösung für ihr Kind suchen und praktizieren. Sind sie dazu nicht in der Lage, muss das Familiengericht entscheiden, Maßstab ist das Kindeswohl. Um dieses im Einzelfall zu klären, muss der Richter die jeweilige Familie, deren Lebensumstände, ihr Konfliktniveau und vor allem das Kind in den Blick nehmen. Da unser Recht derzeit noch auf dem Residenzmodell aufbaut, bedarf es deshalb zwar einer Reform, die Regelungen für alle denkbaren Betreuungsmodelle vorsieht, aber ohne jedes Regelmodell. Ein solches wäre zwar möglicherweise bequem, aber Entscheidungen, die Kinder betreffen, sollten niemals bequem, sondern immer richtig sein.

Wenn die Eltern das Wechselmodell ohne Probleme praktizieren, stellt sich immer noch die Frage nach dem Unterhalt. Können Sie unseren Lesern erläutern, wie der Unterhalt des Kindes heute berechnet wird und sehen Sie hier Reformbedarf für den Gesetzgeber?

Bevor ich versuche, dies knapp zu erläutern, vorab eines: Unser Unterhaltsrecht ist eines der kompliziertesten auf der Welt. Bisweilen werden von den Gerichten in den Entscheidungen über viele Seiten hinweg von Rechenprogrammen generierte Unterhaltsberechnungen wiedergegeben, deren Zahlenkolonnen für die Betroffenen bestenfalls „böhmische Dörfer“ sind. Gerechnet wird mit zwei Stellen hinter dem Komma, was zwar den Anschein der Richtigkeit und Genauigkeit erzeugen mag, mehr aber auch nicht. Wenn ich den Beteiligten mein Ergebnis erläutere, rechne ich immer mit gerundeten Zahlen und so einfach wie möglich. Das kann zu gewissen Unschärfen führen, hat aber den Vorteil, dass die Rechnung verstanden wird und was man versteht, wird man auch eher akzeptieren.

Aber jetzt zum Kindesunterhalt beim Wechselmodell: Bei einer paritätischen, also tatsächlich hälftigen Betreuung gilt nicht die beim Residenzmodell übliche Regelung „einer zahlt, einer betreut“, da ja beide Eltern ihr Kind betreuen. Deshalb müssen in diesem Fall auch beide Eltern die notwendigen Barmittel für ihr Kind aufbringen und zwar anteilig nach ihren Einkommensverhältnissen. Bei

einer nicht paritätischen Mitbetreuung, also etwa einem Verhältnis von 40 zu 60, berechnet der BGH den Barunterhalt nicht anteilig, sondern bleibt bei der Grundregel, einer zahlt, einer betreut. Allerdings kann der nach der Düsseldorfer Tabelle bemessene Barunterhalt herabgesetzt werden. Zugleich können bedarfsdeckende Leistungen an das Kind eingepreist werden, also etwa gekaufte Kleidung, sodass der zu zahlende Barunterhalt weiter sinkt. In beiden Fällen führt die schönste Rechnung aber wiederum nur dann zu einem guten Ergebnis, wenn die Eltern an einem Strang ziehen: Die Aufteilung des Barunterhalts beim Wechselmodell besagt noch nichts darüber, wer dem Kind den notwendigen neuen Anorak tatsächlich kauft. Und die Berücksichtigung von bedarfsdeckenden Leistungen bei einer nicht paritätischen Mitbetreuung führt schlimmstenfalls zu Doppelanschaffungen, wenn der eine Elternteil weniger Barunterhalt zahlen, der andere aber gerade dies verhindern will. Das Kind hat also entweder keinen oder zwei Anoraks und die Eltern haben jede Menge Ärger miteinander. Eine geteilte Betreuung setzt daher auf allen Ebenen Eltern voraus, die miteinander reden.

Nun zum Reformbedarf: auch wenn wir mit dem vorhandenen Normenbestand einer geteilten Betreuung unterhaltsrechtlich Rechnung tragen können, ist es zu begrüßen, dass sich der Gesetzgeber der Sache annimmt. Nachdem die geteilte Betreuung eines Kindes auch nach Trennung und Scheidung zunimmt, brauchen wir eine eindeutige und möglichst einfache gesetzliche Vorgabe, wie in diesem Fall der Barunterhalt ermittelt werden soll. Es wäre doch schade, wenn ein funktionierendes Wechselmodell nur daran scheitert, dass die Beteiligten nicht selbst ermitteln können, wer welche Barmittel zur Verfügung zu stellen hat.

Liebe Frau Götz, herzlichen Dank für dieses Gespräch; ich wünsche Ihnen für Ihre Arbeit weiterhin viel Erfolg.

Das Interview wurde geführt von w.a. RiAG a.D. Dr. Wolfram Viefhues.

PD Dr. Gunter Deppenkemper LL.M., LL.M.

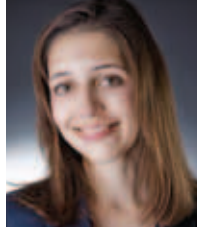


Richter am Landgericht und Privatdozent an der Universität Osnabrück

Nach dem Referendariat wirkte Herr Deppenkemper als Assistent am Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück, wobei er in der Arbeitsgruppe des European Civil Code Project unter der Leitung von Prof.

Dr. Dr. h.c. mult. von Bar mitarbeitete und die Lehrbefugnis für Zivilrecht, Zivilverfahrensrecht, Europäische Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung erwarb. Er ist Richter am LG Mannheim und u.a. Mitautor mehrerer Kommentare zum BGB und zur ZPO.

Dr. Karoline Bülow, Maître en Droit (Paris II)



Richterin am Verwaltungsgericht

Nach dem integrierten Deutsch-Französischen Studiengang für Rechtswissenschaften der Ludwig-Maximilians-Universität München und der Université Panthéon-Assas (Paris II) Paris legte Frau Bülow 2008 das Erste Juristische Staatsexamen in München ab. Nach dem Zweiten

Juristischen Staatsexamen in Berlin und der Promotion an der FU Berlin (Prof. Dr. Krieger) war Frau Bülow ab 2012 Richterin auf Probe an verschiedenen Berliner Gerichten, bevor sie 2017 zur Richterin am VG Berlin ernannt wurde.

Prof. Dr. Ansgar Staudinger



Professor an der Universität Bielefeld

Seit 2003 Universitäts-Professor für Bürgerliches Recht, internationales Privat-, Verfahrens- und Wirtschaftsrecht an der Universität Bielefeld. Zudem Direktor der Forschungsstelle für Reiserecht sowie Präsident der Deutschen Gesellschaft für Reiserecht e.V. Von 2005 bis 2008

war Herr Staudinger Mitglied des Wissenschaftlichen Beirats des Bundesministeriums für Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft. Von Januar bis Dezember 2008 war er Richter am OLG Hamm.

Patrick Schröder



Wissenschaftlicher Mitarbeiter

Studium der Rechtswissenschaft von 2011 bis 2016 an der Universität Bielefeld. Von 2013 bis 2016 studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privat-, Verfahrens- und Wirtschaftsrecht von Prof. Dr. Ansgar Staudinger; seit Januar 2017 wissen-

schaftlicher Mitarbeiter und Doktorand ebenda. Derzeit promoviert er zu einem reiserechtlichen Thema.

Ernst Merz



Präsident des Landessozialgerichts a.D.

Nach juristischem Studium und Referendariat in Mainz sammelte Herr Merz erste berufliche Erfahrungen als Richter beim LSG Mainz und beim SG Speyer. Nach Stationen im Ministerium der Justiz Rheinland-Pfalz und – im Rahmen der Aufbauhilfe – als Richter in Erfurt und Weimar

sowie als Personalreferent im Thüringer Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten wurde er zum Präsidenten des SG Koblenz ernannt. Kurze Zeit später übernahm er als Direktor Verantwortung für den Auf- und Ausbau der Europäischen Rechtsakademie Trier (1992 – 1999). Nach einem erneuten Intermezzo als Präsident des SG Koblenz wurde er 2002 zum ersten Verwaltungsdirektor der europäischen Agentur Eurojust gewählt. 2008 kehrte er nach Rheinland-Pfalz zurück und wurde Präsident des LSG Mainz. Mit Ablauf des Dezember 2017 trat er in den Ruhestand.

IMPRESSUM

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

Expertengremium: Vors. Richter am BGH a.D. Wolfgang Ball, Lemberg
Rechtsanwalt Prof. Dr. Guido Britz, St. Ingbert
Vizepräsident des 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 eingegesenet 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

**juris PartnerModul Internationales
Privatrecht premium partnered by
De Gruyter, dfv Mediengruppe, Giesecking,
Sellier, Verlag Dr. Otto Schmidt, zerb verlag**



Fälle mit Auslandsberührung nehmen stetig zu. Das Internationale Privatrecht klärt die Frage, welches materielle Recht in diesen Fällen anzuwenden ist. In der globalisierten Welt betrifft der grenzüberschreitende Wirtschaftsverkehr inzwischen Unternehmen jeder Größenordnung.

Die Premium-Ausgabe des Online-Moduls beinhaltet exklusiv die Staudinger Bände zum EGBGB und Internationalen Privatrecht sowie die Zeitschrift RIW, die als internationaler Betriebs-Berater die aktuellen Fragen des Außenwirtschafts- und Außensteuerrechts beantwortet.

In Kombination mit der Gesamtausgabe des „Rauscher“ und dem juris PraxisKommentar BGB (Band 6 IPR und UN-Kaufrecht) berücksichtigen Sie verlagsübergreifend ein umfassendes Meinungsspektrum zu allen einschlägigen EU-Verordnungen und -Verträgen (RomVO, KSÜ, CISG, EGBGB etc.) – inklusive Auswertung und Einordnung der wegweisenden nationalen und EU-Entscheidungen. Mit jeder Recherche durchsuchen Sie acht hochkarätige Fachzeitschriften: neben der RIW enthält das Modul u. a. die ECFR, GPR, IHR, IPrax.

Aufgrund der automatischen Aktualisierung aller Inhalte – beim Staudinger Online und beim juris PraxisKommentar BGB sogar unabhängig vom Erscheinen

der gedruckten Neuauflage – sind Sie immer auf dem neuesten Stand.

Die wichtigsten Inhalte

- Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Rauscher (Hrsg.)
- juris PraxisKommentar BGB, Band 6, Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger (Hrsg.)
- STAUDINGER Online powered by juris, EGBG/IPR, von Staudinger (Begr.)
- Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht, Kronke/Melis/Kuhn (Hrsg.)
- Recht der Internationalen Wirtschaft, RIW
- Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union, GPR

1. Nutzer: 139,00 € pro Monat, 2. – 10. Nutzer je: 41,70 € pro Monat; Mindestlaufzeit 12 Monate

www.juris.de/pm-iprpremium

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-Rechtswelt.

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

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

juris Webinare

In unserem virtuellen Seminarraum sehen Sie den Bildschirm des Referenten und verfolgen seine Präsentation in Echtzeit direkt in der Datenbank.

Über verschiedene Wege, z.B. über Voice-over-IP oder via Chat, stehen Sie im direkten Kontakt mit dem Seminarleiter, können Fragen stellen oder auch mit den anderen Teilnehmern kommunizieren. Mit Hilfe der juris Webinare erfahren juris Nutzer immer wieder neue Möglichkeiten im Umgang mit unserer Rechercheoberfläche.

Einführungswebinar

- Textwortsuche
- Systematische Suche
- Logische Operatoren
- Kategorien
- Filter
- Suchfelder
- Weiterverarbeitung von Dokumenten (Kopieren, Drucken, Speichern)
- Grundzüge der Personalisierungsfunktionen (Einstellungen, Verlauf, Informationsdienste, Suchprofile, Le-sezeichen)

03.09.2019, 10:00 – 11:00 Uhr

25.09.2019, 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.

Informationsforen

06.11.2019 Erfurt, Radisson Blu Erfurt

09:30 – 12:00 Uhr

13:30 – 16:00 Uhr

27.11.2019 Düsseldorf, Maritim Hotel

09:30 – 12:00 Uhr

Messen und Events

Landesanwaltstag Mecklenburg-Vorpommern

13.09.2019, Schwerin

Landesanwaltstag Sachsen

01. – 02.11.2019, Dresden

Anwalt 2019

11.11.2019, München

Zur Terminübersicht:

www.juris.de/veranstaltungen

STAUDINGER BGB

STAUDINGER Online
exklusiv bei juris!

+++ NEU: §§ 613a-619a Betriebsübergang | Verzugskostenpauschale | Haftungsbeschränkung +++

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



Machen zu Recht die Arbeit leichter – juris **Formulare**

Kommentierte Schriftsatz- und Vertragsmuster, Checklisten und Textbausteine online abrufbar und ständig aktualisiert um neue Rechtsprechung und Normen! Komfortabel verlinkt mit der juris Datenbank – Ihre ideale Unterstützung bei der Fallbearbeitung. Sie möchten Zeit und Geld sparen? Informieren Sie sich unter

www.juris.de/formulare

Erhältlich für die
wichtigsten Rechtsgebiete!

juris[®] Das Rechtsportal