

Juris[®] Die Monatszeitschrift

JM 5 | MAI
2021

Topthema:

**Grenzüberschreitende
Verhandlung und Beweis-
aufnahme im Wege der
Bild- und Tonübertragung**

RiLG Benedikt Windau

Interview:

**Perspektiven der Fortbil-
dung in der Justiz**

Leiterin der JAK NRW Ruth-Maria Eulerling

In dieser Ausgabe:

**Neues Urheberrecht für
digitale User**

RA Prof. Dr. Stephan Ory

**Folgen des Lockdowns für das
Gewerberaummietrecht: Stö-
rung der Geschäftsgrundlage
von Miet- und Pachtverträgen**

RA'in Dr. Hanna Deutgen und
RA Michael Frohn

**Sozialschutzpaket III – ein
weiterer Schritt zur Abfed-
erung der Covid-19-Pandemie**

RiLSG Dr. Anders Leopold

**...und sie digitalisiert sich
doch – Steuerverwaltung 2.0**

Referatsleiter BMF Dr. Christian Schleithoff

**Dignität des staatlichen
Strafanspruchs – eine
Betrachtung am Beispiel
des Falls „Gäfgen“**

Prof. Dr. Marco Mansdörfer





Jetzt noch besser zu Recht kommen!

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

Sie durchsuchen mit wenigen Klicks mehr als 40 Top-Titel führender Fachverlage der jurisAllianz – intelligent verlinkt und laufend aktualisiert – von A wie Anwaltkommentar bis Z wie Zöller. Zahlreiche Formulare mit Checklisten, Vorlagen und Mustertexten unterstützen Sie optimal bei Ihrer Fallbearbeitung. Mit juris arbeiten Sie stets rechtssicher und sparen nicht nur Zeit, sondern auch bares Geld.

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

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

⊕ **Gesetze, zitierte Rechtsprechung und Literaturnachweise**

Jetzt **kostenfrei und unverbindlich** testen unter:
www.juris.de/davzusatz



ab **51,75 €**/Monat

zzgl. MwSt.

juris

 **Deutscher Anwaltverein**

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Topthema:

Zivil- und Wirtschaftsrecht

**Grenzüberschreitende Verhandlung und
Beweisaufnahme im Wege
der Bild- und Tonübertragung**

RiLG Benedikt Windau

S. 178

Neues Urheberrecht für digitale User

RA Prof. Dr. Stephan Ory

S. 186

**Folgen des Lockdowns für das Gewerbe-
raummietrecht:**

Störung der Geschäftsgrundlage von

Miet- und Pachtverträgen

RA'in Dr. Hanna Deutgen und RA Michael Frohn S. 193

Anspruchsverjährung im Dieselskandal

BGH, Urt. v. 17.12.2020 - VI ZR 739/20

Prof. Dr. Michael Jaensch

S. 195

**BGH und Ferenschild – von zu kurzen Ver-
jährungsfristen und zu kurz gesprungener
Rechtsfortbildung**

BGH, Urt. v. 18.11.2020 - VIII ZR 78/20

Prof. Dr. Ansgar Staudinger und Wiss. Mit.

Jan Busse

S. 197

Sozialrecht

**Sozialschutzpaket III – ein weiterer Schritt
zur Abfederung der Covid-19-Pandemie**

RiLSG Dr. Anders Leopold

S. 200

**Opferentschädigung für im Mutterleib mit
Alkohol geschädigte Kinder?**

BSG, Urt. v. 24.09.2020 - B 9 V 3/18 R

RiSG Dr. Alexander Diehm

S. 202

Verwaltungsrecht

**Drohneinsatz der US-Streitkräfte im
Jemen: Keine unbegrenzte Verantwortung
Deutschlands für extraterritoriale Sach-
verhalte**

BVerwG, Urt. v. 25.11.2020 - 6 C 7/19

RiOVG Dr. Thomas Jacob

S. 205

**Die Wiedernutzbarmachung von Flächen
zur Schaffung von Wohnraum**

BVerwG, Urt. v. 27.08.2020 - 4 CN 4/19

RiVG Dr. Samuel Thomann

S. 208

INHALT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Steuerrecht

...und sie digitalisiert sich doch – Steuer- verwaltung 2.0

Referatsleiter BMF Dr. Christian Schleithoff S. 211

Strafrecht

Dignität des staatlichen Strafanspruchs – eine Betrachtung am Beispiel des Falls „Gäfigen“

Prof. Dr. Marco Mansdörfer S. 213

INTERVIEW

Perspektiven der Fortbildung in der Justiz

Interview mit der Leiterin der Justizakademie

NRW Ruth-Maria Eulerling S. 217

Seiltanz



Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Winterhoff,
Hamburg

Ein Markenzeichen der jM ist seit dem Erscheinen des ersten Hefts die Karikatur auf der Titelseite. Mal witzig, mal ironisch und mal eher hintergründig greift sie das Topthema der jeweiligen Ausgabe auf und visualisiert dieses mit spitzer Feder. Der von Justitia auf dem Titelblatt dieses Hefts vollführte Seiltanz erweist sich dabei als besonders vielschichtig. Gleich nicht manchmal schon die methodengerechte Auslegung der gerade in Corona-Zeiten oft in großer Hektik verfassten Rechtsnormen einem juristischen Seiltanz? Die Corona-Verordnungen der Bundesländer bieten dafür reichlich Anschauungsmaterial, bringt doch deren Wortlaut oft nicht das zum Ausdruck, was der Verordnungsgeber eigentlich regeln wollte. Aber dies ist nicht der Gegenstand des hier karikierten Seiltanzes.

Die mit den üblichen Insignien ausgestattete Justitia balanciert auf einem Seil, das zwischen zwei Computern gespannt ist, über verschiedene Schlagbäume hinweg. Wie die halb verrutschte Augenbinde andeutet, fällt es ihr dabei nicht ganz leicht, das Gleichgewicht zu halten. Die damit thematisierte Konstellation des durch die Schranken symbolisierten grenzüberschreitenden Rechtsverkehrs ist in diesem Heft nicht nur Gegenstand unseres Top-Beitrages, sondern zugleich auch einer hochinteressanten Entscheidungsanmerkung: Ist die Bundesrepublik Deutschland verpflichtet, auf eine völkerrechtskonforme Nutzung in Deutschland ge-

legener Militärbasen hinzuwirken? Konkret betrifft das von RiOVG Dr. Thomas Jacob fachkundig erörterte Urteil des BVerwG die Nutzung der US-Air Base Ramstein im Zusammenhang mit dem Einsatz bewaffneter Drohnen der USA u.a. in Somalia und im Jemen. Während das nordrhein-westfälische Oberverwaltungsgericht eine entsprechende Pflicht der Bundesrepublik bejaht hatte, widersprach dem nun das BVerwG. Die Begründung des Urteils ist dabei so differenziert ausgefallen, dass insoweit auf die Entscheidungsanmerkung verwiesen sei. Fest steht, dass der Bundesregierung nun zumindest vorerst der diplomatische Balanceakt erspart bleibt, sich mit der Regierung der USA über die Nutzung von Ramstein auseinandersetzen zu müssen.

Damit aber nun endlich zu unserem Top-Thema – und auch hier balanciert Justitia im teils mehr oder weniger luftleeren Raum über Landesgrenzen hinweg: Die Corona-Pandemie hat der Digitalisierung der Justiz einen enormen Schub verpasst. Dies gilt nicht zuletzt im Hinblick auf die durch § 128a Abs. 1 und 2 ZPO ermöglichte Durchführung mündlicher Verhandlungen und Beweisaufnahmen im Wege der Bild- und Tonübertragung. Doch darf die entsprechende Technik auch grenzüberschreitend angewendet werden? Kann also eine Prozesspartei oder deren Bevollmächtigter per Videotechnik aus dem Ausland an einer mündlichen Gerichtsverhandlung teilnehmen? Und wie steht es mit der Beweisaufnahme, wenn sich das Beweismittel (z.B. ein Zeuge) im Ausland befindet? Darf auch in diesen Konstellationen das Instrument der Videokonferenz zum Einsatz kommen, oder stehen dem das Recht der Bundesrepublik und der EU oder gar völkerrechtliche Rechtsgrundsätze entgegen? Diesen Fragen geht RiLG Bededikt Windau in seinem spannenden Beitrag nach.

Die Computer, zwischen denen Justitia ihren Drahtseilakt vollführt, spielen auch in weiteren Beiträgen der Mai-Ausgabe eine Rolle. So ist das neue Urheberrecht für digitale User Gegenstand eines Aufsatzes von Prof. Dr. Stephan Ory, und der Digitalisierung der Steuerverwaltung widmet sich der Beitrag von Dr. Christian Schleithoff. Auch die Fortbildung im Bereich der Justiz, über die die Leiterin der Justizakademie des Landes Nordrhein-Westfalen Ruth-Maria Eulerling in unserem Interview berichtet, kommt ohne Computer schon lange nicht mehr aus. Ebenso analog wie das Ihnen vorliegende Heft sind schließlich die Themen unserer weiteren Beiträge, die Ihnen trotz an dieser Stelle unterbleibender expliziter Aufführung sehr zur Lektüre empfohlen seien.

Viel Vergnügen mit der vorliegenden Ausgabe der jM wünscht Ihnen – auch im Namen der anderen Herausgeber und Experten – Ihr

Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Winterhoff

Grenzüberschreitende Verhandlung und Beweisaufnahme im Wege der Bild- und Tonübertragung

RiLG Benedikt Windau

Die Möglichkeit, gem. § 128a Abs. 1 und 2 ZPO im Wege der Bild- und Tonübertragung an einer Gerichtsverhandlung teilzunehmen oder Beweispersonen zu vernehmen, hat in der Corona-Pandemie erheblich an Bedeutung gewonnen. Sehr umstritten ist dabei, wann und unter welchen Voraussetzungen dies auch in grenzüberschreitenden Fällen zulässig ist. Der Beitrag geht dieser Frage nach und gibt außerdem Hinweise zur praktischen Umsetzung.

A. Grundlagen

§ 128a Abs. 1 ZPO ermöglicht es bereits seit 2002 den Parteien und ihren Prozessbevollmächtigten, sich während der Verhandlung an einem anderen Ort aufzuhalten und dort Verfahrenshandlungen vorzunehmen.¹ Entsprechendes gilt gem. § 128a Abs. 2 ZPO für die Vernehmung von Zeugen, Sachverständigen und Parteien, wobei dafür ein Antrag der Beweisperson oder einer der Parteien² erforderlich ist. Die Regelungen des § 128a Abs. 1 und 2 ZPO gelten gem. § 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG für Familienstreitsachen,³ gem. § 46 Abs. 2 ArbGG im Arbeitsgerichtsprozess und gem. § 99 Abs. 1 PatG im patentgerichtlichen Verfahren entsprechend.⁴

Die Umsetzung dieser Regelungen ist in der Vergangenheit häufig an der fehlenden Technik auf gerichtlicher Seite gescheitert. Im Zuge der Corona-Pandemie verbessern aber viele Länder die Ausstattung ihrer Gerichte, sodass die praktische Relevanz der Regelungen deutlich zunimmt.⁵

Befinden sich Parteien, Prozessbevollmächtigte oder Beweispersonen im Ausland, erscheint die Möglichkeit einer (grenzüberschreitenden) Verhandlung und Beweisaufnahme per Videokonferenz besonders attraktiv, weil dadurch weite Reisen vermieden und so die finanziellen und zeitlichen Budgets der Beteiligten – und nicht zuletzt auch Umwelt und Klima – geschont werden.⁶ In der gegenwärtigen Pandemie kommt hinzu, dass Personen aus dem Ausland eine Teilnahme vor Ort aufgrund von Reiseverboten oder Quarantänebestimmungen teilweise nicht möglich oder zumutbar ist.⁷

Eine grenzüberschreitende Verhandlung oder Beweisaufnahme im Wege der Bild- und Tonübertragung muss aber den völkerrechtlichen Grundsätzen Rechnung tragen, wonach hoheitliches Handeln und damit auch die Gerichtsge-

walt des deutschen Gerichts im Grundsatz auf das Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland beschränkt ist.⁸

B. Grenzüberschreitende Verhandlungen (§ 128a Abs. 1)

Unter Hinweis auf diese völkerrechtlichen Grenzen wird eine Teilnahme der Parteien bzw. ihrer Prozessbevollmächtigten im Wege der Bild- und Tonübertragung (§ 128a Abs. 1 ZPO) aus dem Ausland in der Literatur fast ausnahmslos für unzulässig gehalten.⁹ Davon geht bspw. auch die OLG-Arbeitsgruppe „Modernisierung des Zivilprozesses“ in ihrem Diskussionspapier¹⁰ aus und erkennt insoweit Reformbedarf auf EU-Ebene.

- 1 Der andere Ort ist gem. § 160 Abs. 1 Nr. 4 ZPO im Protokoll festzuhalten.
- 2 Siehe von Selle in: BeckOK, ZPO, 39. Edition, § 128a Rn. 10, Stand 01.12.2020; Greger in: Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020; § 128a Rn. 8; Wöstmann in: Saenger, ZPO, § 128a Rn. 3; anders Kern in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2016, § 128a Rn. 21: auf Antrag der Parteien.
- 3 Die folgenden Ausführungen gelten deshalb auch für Familienstreitsachen i.S.d. § 113 FamFG, der besseren Lesbarkeit wegen wird aber im Folgenden ausschließlich die Terminologie der ZPO verwendet.
- 4 Siehe zum Anwendungsbereich ausführlich Windau, AnwBl. 2021, 26, 27.
- 5 Siehe dazu die kontinuierlich aktualisierte Übersicht unter www.128a.de.
- 6 Siehe dazu auch schon Windau, Editorial zu NJW 25/2018, online abrufbar unter https://rsw.beck.de/rsw/upload/NJW/Editorial_25-2018.pdf (zuletzt abgerufen am 15.03.2021).
- 7 Ebenso schon Mankowski, RIW 2014, 397, 398.
- 8 Siehe nur Linke/Hau, Internationales Zivilverfahrensrecht, 8. Aufl. 2021, Rn. 2.1; ausführlich Bertele, Souveränität und Verfahrensrecht, 1998, S. 78 ff., 93; siehe zur Anwendung internationalen Rechts im IT-Kontext auch das Positionspapier der Bundesregierung, abrufbar unter www.auswaertiges-amt.de/blob/2446304/2ae17233b62966a4b7f16d50ca3c6802/on-the-application-of-international-law-in-cyberspace-data.pdf (zuletzt abgerufen am 15.03.2021).
- 9 Greger in: Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 128a Rn. 10; Kern in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2016, § 128a Rn. 35; Schultzky, NJW 2003, 313, 314 f.; jeweils unter Bezugnahme auf Schaumburg, ZRP 2002, 313, 315; Reuß, JZ 2020, 1135, 1136; Irskens BJ 2020, 281, 282; für Familienverfahren ebenso Lorenz, MDR 2016, 956, 957.
- 10 Abrufbar unter www.justiz.bayern.de/media/images/behoerden-und-gerichte/oberlandesgerichte/nuernberg/diskussionspapier_ag_moderernisierung.pdf (zuletzt abgerufen am 15.03.2021), dort S. 48.

Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass die Durchführung mündlicher Verhandlungen hoheitliches Handeln sei; nehme eine Partei oder ihr Prozessbevollmächtigter aus dem Ausland teil, werde damit hoheitliche Tätigkeit auf fremdem Territorium ausgeübt¹¹ bzw. durch die Teilnahme aus dem Ausland wirkten sich inländische Hoheitsakte unzulässigerweise unmittelbar im Ausland aus.¹² Das hält allerdings einer näheren Betrachtung nicht stand.

I. Keine Verhandlung „im Ausland“

Die Annahme, durch die Teilnahme einer Partei oder ihres Prozessbevollmächtigten an einer mündlichen Verhandlung werde (unmittelbar) Hoheitsgewalt auf dem Territorium des jeweiligen Aufenthaltsstaats ausgeübt, widerspricht schon dem Regelungskonzept des § 128a ZPO. Auch wenn der missverständliche Wortlaut des § 128a Abs. 1 Satz 2 ZPO etwas Abweichendes nahelegen mag: Der „andere Ort“ wird durch die Bild- und Tonübertragung nicht zu einer Gerichtsstelle oder einem Terminsort i.S.d. § 219 Abs. 1 ZPO.¹³ Die Gerichtsverhandlung findet auch bei einer Teilnahme im Wege der Bild- und Tonübertragung allein im Gerichtssaal (im Inland) statt,¹⁴ es wird lediglich die persönliche Anwesenheit im Gerichtssaal durch die Bild- und Tonübertragung in den Gerichtssaal ersetzt.¹⁵ Die Gesetzesbegründung spricht dementsprechend auch lediglich von einer „Zuschaltung“.¹⁶ Dem entsprechend ist am „anderen Ort“ auch keine Öffentlichkeit zu gewährleisten¹⁷ – und deshalb sind folgerichtig auch die Parteien in den Sitzungssaal am Terminsort i.S.d. § 219 Abs. 1 ZPO zu laden.¹⁸

II. Keine unzulässige Auswirkung im Ausland

Es ist auch nicht ersichtlich, dass das innerstaatliche Handeln des Gerichts im Rahmen einer der Dispositionsmaxime unterliegenden (Zivil-)Verhandlung allein aufgrund der Bild- und Tonübertragung gem. § 128a ZPO unmittelbare hoheitlichen Wirkungen im Ausland zeitigt.¹⁹ Das muss jedenfalls dann gelten, wenn das Gericht darauf verzichtet, gegen die Partei Ordnungsmittel zu verhängen – was aber ohnehin kaum praktisch relevant sein dürfte.

Problematisch an einer Teilnahme der Parteien bzw. ihrer Prozessbevollmächtigten an einem „anderen Ort“ im Ausland kann also allenfalls sein, dass sich durch eine Teilnahme aus dem Ausland die deutsche (hoheitliche) Gerichtsgewalt mittelbar im Ausland auswirkt. Allerdings ist allgemein anerkannt, dass das Handeln deutscher Gerichte mittelbare Auswirkungen im Ausland haben kann. So kann ein Gericht das persönliche Erscheinen einer im Ausland ansässigen Partei anordnen und den Verstoß jedenfalls durch prozessuale Nachteile ahnden²⁰ und es kann die Partei auch verurteilen, im Ausland eine Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen und den Verstoß dagegen sanktionieren.²¹

Die darin liegende mittelbare Beeinträchtigung der territorialen Integrität anderer Staaten findet ihre Rechtfertigung in den Regelungen zur internationalen Zuständigkeit und der sich daraus ergebenden Gerichtsbarkeit über die Parteien.²² Die Interessen der Parteien sind bereits abstrakt im Rahmen der die internationale Zuständigkeit begründenden Regelungen hinreichend berücksichtigt. Soweit dann durch die Ausübung dieser Gerichtsgewalt mittelbar die territoriale Integrität des Aufenthaltsstaats beeinträchtigt wird, ist dies Ausfluss der dem deutschen Gericht zugewiesenen internationalen Zuständigkeit und der damit einhergehenden Gerichtsbarkeit über die Partei. In der Teilnahme im Wege der Bild- und Tonübertragung wird man dann keinen (zusätzlichen) Eingriff in die territoriale Integrität des Aufenthaltsstaats sehen können. Es wäre auch kaum zu erklären, warum ein deutsches Gericht eine ausländische Partei verurteilen kann, im Ausland eine Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen, die Partei aber nicht aus demselben Ausland an der Verhandlung teilnehmen könnte, um auf diese Entscheidung Einfluss zu nehmen.

Hinzu kommt, dass die Teilnahme im Wege der Bild- und Tonübertragung im Regelfall²³ freiwillig ist und es der Partei und ihrem Prozessbevollmächtigten unbenommen bleibt, im Ge-

11 So Schaumburg, ZRP 2002, 313, 315; Schultzzy, NJW 2003, 313, 314 f.; Socha, FamRZ 2020, 731, 732.

12 So ausdrücklich Schultzzy, NJW 2003, 313, 314 f. und Socha, FamRZ 2020, 731, 732.

13 LArbG Düsseldorf, Beschl. v. 13.01.2021 - 12 Sa 453/20 Rn. 92 f., ebenso Jaspersen in: BeckOK, ZPO, § 219 Rn. 2a; Bork, AnwBl. 2021, 30, 34; vgl. auch Stadler in: Musielak/Voit, ZPO, 17. Aufl. 2020; § 219 Rn. 1; anders wohl Schultzzy, NJW 2003, 313, 314.

14 Siehe nur Prütting in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 13. Aufl. 2021, § 128a Rn. 3; Gehrlein, ZMR 2020, 257, 263; anders Greger in: Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 128a Rn. 4 unter Bezugnahme auf BGH, Beschl. v. 30.03.2004 - VI ZB 81/03, aus dem sich etwas Abweichendes aber nicht ergibt, siehe Schreiber, BJ 2020, 268, 269.

15 So treffend Balke/Liebscher/Helwig, AnwBl. 2020, 366, 367; ähnlich auch LArbG Düsseldorf, Beschl. v. 13.01.2021 - 12 Sa 453/20 Rn. 93.

16 BT-Drs.14/6036, S. 119 f.

17 Siehe nur Greger in: Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 128a Rn. 6.

18 LArbG Düsseldorf, Beschl. v. 13.01.2021 - 12 Sa 453/20 Rn. 96; Jaspersen in: BeckOK, ZPO, § 219 Rn. 2a; Windau, NJW 2020, 2753 Rn. 23.

19 Ob für die öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeiten oder für selbständige Familiensachen wegen des Amtsermittlungsgrundsatzes etwas Anderes gilt, kann hier dahinstehen.

20 So z.B. Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl. 2020, Rn. 426 ff.; Ahrens in: Wieczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl. 2014, § 363 Rn. 103.

21 Vgl. BGH, Urt. v. 09.04.1986 - IVb ZR 27/85; Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 8. Aufl. 2021, Rn. 848 ff.; Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl. 2020, Rn. 396 ff.

22 Berteles, Souveränität und Verfahrensrecht, 1998, S. 221.

23 Zu denkbaren Ausnahmen siehe Windau, NJW 2020, 2753 Rn. 12 ff.

richtssaal zu erscheinen und dort zu verhandeln.²⁴ Die Rechte der Partei, der die Möglichkeit eingeräumt wird, aus dem Ausland teilzunehmen, werden dadurch also im Regelfall erweitert und nicht eingeschränkt. Entsprechendes gilt für die an einer Anreise gehinderte Partei, wenn man davon ausgeht, dass eine Verhinderung der Partei nicht stets einen erheblichen Grund i.S.d. § 227 Abs. 1 ZPO darstellt.²⁵

Für eine Zulässigkeit der Teilnahme aus dem Ausland spricht innerhalb der EU zuletzt auch Art. 8 Abs. 1 EuGFVO,²⁶ der für das europäische Bagatellverfahren bestimmt, dass eine Verhandlung im Regelfall per Videokonferenz stattfindet.²⁷ Da das Verfahren nach der EuGFVO gem. Art. 2 Abs. 1 EuGFVO nur bei grenzüberschreitendem Bezug statthaft ist, setzt der europäische Gesetzgeber damit die Möglichkeit einer grenzüberschreitenden Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung offensichtlich voraus.

III. Ausnahme: Parteienanhörung

Etwas anderes muss allerdings gelten, wenn das Gericht Parteien gem. § 141 ZPO (oder Beteiligte gem. § 128 Abs. 2 FamFG) im Wege der Bild- und Tonübertragung persönlich anhören will, um auf den Inhalt dieser Anhörung jedenfalls teilweise seine Überzeugung zu stützen.²⁸ Dann sind die völkerrechtlichen Regelungen über grenzüberschreitende Beweisaufnahme einzuhalten (siehe dazu sogleich unter C.).²⁹

Praktische Probleme kann hier die Abgrenzung zwischen bloßer Teilnahme und Anhörung bereiten: Was ist bspw., wenn eine Partei sich gem. § 137 Abs. 4 ZPO zu Wort meldet? Dann wird es auch zulässig sein, wenn das Gericht Nachfragen stellt. Maßgeblich für die Abgrenzung muss das Gesamtgepräge der Verfahrensgestaltung sein: Nur wenn das Gericht von Beginn an auf eine Informationsgewinnung abzielt, sind die jeweiligen völkerrechtlichen Regelungen zu beachten.³⁰

Aus Möglichkeit einer Partei- oder Beteiligtenanhörung im Ausland ergibt sich allerdings ein weiteres Argument für die Zulässigkeit einer bloßen Teilnahme aus dem Ausland: Kann das Gericht die Parteien auch im Ausland anhören, dann wäre es geradezu absurd, wenn die Partei lediglich im Rahmen ihrer Anhörung „zugeschaltet“ werden, der Verhandlung im Übrigen aber nicht beiwohnen dürfte, oder wenn für die bloße Teilnahme eine Anhörung geplant und vom Aufenthaltsstaat genehmigt werden müsste, ohne dass sie dann auch durchgeführt wird.

C. Grenzüberschreitende Beweisaufnahme (§ 128a Abs. 2 ZPO)

Die unter B. herausgearbeiteten und für Parteien geltenden Grundsätze können auf Beweiserhebungen nur teil-

weise übertragen werden; zur Beweisaufnahme in diesem Sinne gehört dabei auch die Partei- bzw. Beteiligtenanhörung (§ 141 ZPO, § 128 Abs. 2 FamFG) als justizielle Informationsbeschaffungsmaßnahme.³¹

Auch insoweit gilt zwar, dass eine Beweisaufnahme im Wege der Bild- und Tonübertragung nicht allein deshalb im Ausland stattfindet, weil sich das Beweismittel dort befindet.³² Beweismittel (Zeugen, Sachverständige, Parteien oder Augenscheinsobjekte)³³ im Ausland unterliegen allerdings i.d.R. nicht der deutschen Gerichtsgewalt.³⁴ Und soweit sie der Gerichtsgewalt unterliegen (weil es sich um deutsche Staatsangehörige handelt oder das Gericht die Parteien bzw. Beteiligten anhört³⁵), wirkt sich das Informationsverlangen des Gerichts als hoheitliches Informationsverlangen unmittelbar im Ausland aus.³⁶

Eine grenzüberschreitende Beweisaufnahme im Wege der Bild- und Tonübertragung ist daher nur im Rahmen der jeweiligen völkerrechtlichen Regelungen zulässig; im sachlichen Anwendungsbereich von § 128a ZPO also insbesondere der EuBVO³⁷ und dem HBÜ.³⁸

24 Statt vieler Mantz/Spoenle, MDR 2020, 637, 639.

25 Siehe nur Kazele in: Prütting/Gehrlein, ZPO, § 227 Rn. 5.

26 Verordnung (EG) 861/2007, sog. Small-Claims-VO.

27 Darauf weist auch Kern in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2016, § 128a Rn. 39 hin.

28 Vgl. auch Art. 8 Abs. 1 Satz 2 EuGFVO; zur Bedeutung der Parteienanhörung für die richterliche Überzeugungsbildung siehe ausführlich Kockentiedt/Windau, NJW 2019, 3348.

29 Siehe nur Knöfel in: Geimer/Schütze, Internationales Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, 60. Ergänzungslieferung; Art. 1 EuBVO Rn. 38, Art. 1 HBÜ Rn. 26, Stand 01.08.2020; Ahrens in: Wieczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl. 2014, § 363 Rn. 74; Coester-Waltjen, ZJP 113 (2000), 284; Frank, FuR 2020, 331, 333.

30 Siehe dazu sogleich unter C.

31 Siehe die Nachweise in Fn. 29.

32 Siehe dazu oben unter B.I.

33 Ein Urkundenbeweis ist nach allgemeiner Ansicht nicht im Wege der Bild- und Tonübertragung zulässig, weil dieser gem. § 420 ZPO voraussetzt, dass die Urkunde vorgelegt wird, siehe nur von Selle in: BeckOK, ZPO, § 128a Rn. 10.

34 Siehe nur Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 8. Aufl. 2021, Rn. 851 ff. Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl. 2020, Rn. 430; Chr. Berger in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, § 363 Rn. 11.

35 Siehe dazu die Nachweise in Fn. 29.

36 Vgl. Lindner in: Prütting/Gehrlein, ZPO, § 363 Rn. 2; Ahrens, Der Beweis im Zivilprozess, § 196 Rn. 1 f.; Stadler in: Musielak/Voit, ZPO, 17. Aufl. 2020, § 128a Rn. 8; ausführlich Berteles, Souveränität und Verfahrensrecht, 1998, S. 404 ff.

37 Verordnung (EG) 1206/2001, die zum 01.07.2022 durch die Verordnung (EU) 2020/1783 ersetzt wird.

38 Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen v. 18.03.1970.

I. Personalbeweis

1. Nachteile des Rechtshilfewegs

Beweisaufnahmen im Rechtshilfeweg nehmen i.d.R. nicht nur viel Zeit in Anspruch, sondern erbringen auch oft nur unbefriedigende Ergebnisse.³⁹ Denn einen persönlichen Eindruck kann sich das Gericht i.d.R. nicht verschaffen und erst recht nicht selbst Nachfragen stellen. Und die Protokolle einer Rechtshilfevernehmung sind nicht selten eher dürftig; ihnen sind oft kaum genügend Realkennzeichen für eine inhaltsorientierte oder glaubhaftigkeitsorientierte Aussageanalyse zu entnehmen.⁴⁰ Bei der Vernehmung deutschsprachiger Beweispersonen im Rechtshilfeweg kommt noch hinzu, dass die doppelte Übersetzung – zunächst in die Vernehmungssprache und später zurück ins Deutsche – der Wahrheitsfindung ebenfalls kaum zuträglich ist.

Das Gericht ist aber im Rahmen der angebotenen Beweismittel verpflichtet, den Sachverhalt soweit wie möglich aufzuklären und darf nicht vorschnell eine Beweislastentscheidung treffen.⁴¹ Das bedeutet zunächst, dass das Gericht eine Beweisperson nicht nur deshalb für unerreichbar halten und deshalb von dessen Vernehmung absehen darf, weil sich diese im Ausland aufhält.⁴² Die Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung und der Unmittelbarkeitsgrundsatz verpflichten das Gericht darüber hinaus auch, sich einen möglichst unmittelbaren und umfassenden Eindruck der Beweisperson und seiner Aussage zu verschaffen.⁴³ Entspricht das Verfahren des Prozessgerichts dem nicht, werden sich daraus oftmals Zweifel i.S.d. § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ergeben.

Im Idealfall wird das Gericht daher versuchen, die Beweisperson selbst im Gerichtssaal anzuhören oder zu vernehmen, um sich einen möglichst umfassenden Eindruck zu verschaffen.⁴⁴ Ist dies nicht möglich, nicht zumutbar oder angesichts des Streitgegenstandes nicht verhältnismäßig, eröffnet die Möglichkeit der Bild- und Tonübertragung insoweit drei Wege, wie sich das Gericht jedenfalls einen deutlich über ein bloßes (Rechtshilfe-)Vernehmungsprotokoll hinausgehenden und unmittelbaren⁴⁵ Eindruck der Beweisperson und seiner Aussage verschaffen kann:

- Das Prozessgericht kann die Beweisperson im Wege der Bild und Tonübertragung selbst vernehmen (siehe dazu im Folgenden 2).
- Das Prozessgericht kann per Videokonferenz an einer Vernehmung durch das ersuchte Rechtshilfegericht teilnehmen (siehe dazu im Folgenden 3)

- Oder das Prozessgericht kann – ebenfalls per Videokonferenz – an einer konsularischen Vernehmung (§ 15 KonsularG) teilnehmen (siehe dazu im Folgenden 4.).

2. Unmittelbare Vernehmung durch das Prozessgericht

Ist eine Vernehmung oder Anhörung durch das Prozessgericht im Wege der Bild- und Tonübertragung möglich, wird diese vorzuzugwürdig sein.⁴⁶ Denn so führt das Prozessgericht selbst die Vernehmung durch und kann sich einen relativ umfassenden Eindruck der Beweisperson und der Aussage verschaffen. Außerdem wird dieser Weg i.d.R. weniger Zeit in Anspruch nehmen als die Erledigung eines Rechtshilfeersuchens.⁴⁷

a. Grundsatz der Freiwilligkeit

Eine Vernehmung unmittelbar durch das Prozessgericht im Wege der Bild- und Tonübertragung ist aber nur auf freiwilliger Basis möglich, da dem Prozessgericht Ordnungs- und Zwangsmittel im Ausland nicht zustehen. Aus Sicht der beweispflichtigen Partei erscheint es daher sinnvoll, dies schon mit der Benennung der Beweisperson mitzuteilen und ggf. eine Beweisaufnahme im Wege der Bild- und Tonübertragung anzuregen.⁴⁸

39 Siehe dazu instruktiv den Sachverhalt von BGH, Urt. v. 11.07.1990 - VIII ZR 366/89; ebenso Dötsch, MDR 2011, 269, 271.

40 Siehe dazu (für den Strafprozess) grundlegend BGH, Urt. v. 30.07.1999 - 1 StR 618/98; die Grundsätze gelten aber im Zivilprozess entsprechend, siehe KG, Urt. v. 02.09.2019 - 25 U 163/17; einführend Effer-Uhe/Mohnert, *Psychologie für Juristen*, S. 89 ff.

41 Siehe nur BGH, Urt. v. 11.07.1990 - VIII ZR 366/89.

42 BGH, Beschl. v. 24.07.2013 - IV ZR 110/12 Rn. 10; OLG Stuttgart, Urt. v. 24.03.2010 - 3 U 214/09; OLG München, Urt. v. 14.02.2014 - 10 U 3074/13; ausführlich Dötsch, MDR 2011, 269.

43 Siehe nur BGH, Urt. v. 11.07.1990 - VIII ZR 366/89; Stadler in: Musielak/Voit, ZPO, 17. Aufl. 2020, § 128a ZPO Rn. 8.

44 OLG Stuttgart, Urt. v. 24.03.2010 - 3 U 214/09; Lindner in: Prütting/Gehrlein, ZPO, § 363 Rn. 2.

45 Auch eine Vernehmung oder Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung gem. § 128a genügt dem Unmittelbarkeitsgrundsatz i.S.d. § 355 ZPO, siehe ausführlich Wallimann, *Der Unmittelbarkeitsgrundsatz im Zivilprozess*, 2016, S. 274 ff.

46 BPatG, Beschl. v. 16.07.2002 - 23 W (pat) 32/98; OLG München, Urt. v. 14.02.2014 - 10 U 3074/13; Chr. Berger in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, § 363 Rn. 14; ähnlich BGH, Beschl. v. 24.07.2013 - IV ZR 110/12 Rn. 10; Lafontaine, DAR 2020, 541, 549; Dötsch, MDR 2011, 269, 272; Mankowski, RIW 2014, 397, 399.

47 Ebenso Ahrens in: Wiczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl. 2014, § 363 Rn. 45; Hess, AnwBl 2011, 321, 324.

48 Vgl. auch Chr. Berger in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, § 363 Rn. 5.

b. Genehmigungserfordernis

Daneben kann die grenzüberschreitende Vernehmung oder Anhörung einer Beweisperson die Genehmigung des ausländischen Staates erfordern.

aa. Nach EuBVO⁴⁹

In den Mitgliedsstaaten der EU (mit Ausnahme Dänemarks, siehe Art. 1 Abs. 3 EuBVO) ist die Vernehmung oder Anhörung einer Person mit Aufenthalt in einem anderen Mitgliedsstaat jedenfalls als unmittelbare Beweisaufnahme gem. Art. 17 Abs. 3 EuBVO (künftig: Art. 19, Art. 20) i.V.m. § 1073 Abs. 2 ZPO zulässig.⁵⁰ Eine solche unmittelbare Beweisaufnahme ist gem. Art. 17 Abs. 1 EuBVO nur nach Genehmigung des Aufenthaltsstaats zulässig.

Gerade im Anwendungsbereich der EuBVO wird aber teilweise auch argumentiert, die Vernehmung oder Anhörung einer Beweisperson im Wege der Bild- und Tonübertragung falle gar nicht in den Anwendungsbereich der EuBVO. Es handele sich vielmehr um einen Fall eines sog. Beweismittelimports, der allein nach der *lex fori* (also nach deutschem Verfahrensrecht) zu beurteilen und damit stets zulässig sei.⁵¹ Für diese Ansicht spricht, dass der EuGH die informatorische Tätigkeit eines Sachverständigen auf ausländischem Territorium nicht für eine Souveränitätsverletzung gehalten hat, die folglich ohne Rücksicht auf die EuBVO zulässig sei.⁵² Auch das House of Lords hat eine grenzüberschreitende Parteivernehmung allein nach Maßgabe des nationalen Rechts für zulässig gehalten, allerdings ohne die Frage der Anwendbarkeit der EuBVO ausdrücklich zu thematisieren.⁵³

Bei der – ebenfalls nach der *lex fori* zu beantwortenden – Frage, ob es sich um einen Beweismittelimport handelt, kann aber das maßgebliche europäische Recht nicht außer Betracht bleiben.⁵⁴ Art. 17 Abs. 4 Satz 3 der EuBVO bestimmt im Zusammenhang mit der unmittelbaren Beweisaufnahme, dass die Zentralstelle und die zuständige Behörde den Einsatz von Kommunikationstechnologie wie Video- oder Telefonkonferenzen bei der unmittelbaren Beweisaufnahme fördern. Art. 8 Abs. 1 Satz 2 der EuGFVO bestimmt, dass im europäischen Small-Claims-Verfahren Anhörungen oder Vernehmungen von Personen (insbesondere) per Videokonferenz durchgeführt werden sollen und verweist dazu auf die EuBVO. Noch deutlicher ist Art. 20 der zum 01.07.2022 in Kraft tretenden Neufassung der EuBVO. Danach ist eine Vernehmung im Wege der unmittelbaren Beweisaufnahme im Regelfall „per Videokonferenz oder mittels einer anderen Fernkommunikationstechnologie“ durchzuführen.

Diesen Regelungen ist insgesamt der Wille des europäischen Gesetzgebers zu entnehmen, grenzüberschreitende Anhörungen und Vernehmungen der EuBVO und damit dem Genehmigungserfordernis des Art. 17 Abs. 1 (künftig: Art. 19 Abs. 1) zu unterwerfen.⁵⁵

bb. Nach HBÜ⁵⁶

Im Anwendungsbereich des HBÜ⁵⁷ ist eine unmittelbare Vernehmung oder Anhörung einer Beweisperson durch das Prozessgericht im Wege der Bild- und Tonübertragung gem. dessen Art. 17 als Beweisaufnahme durch Beauftragte möglich.⁵⁸ Nach Art. 17 HBÜ kann unter den dort genannten weiteren Voraussetzungen „jede Person, die zu diesem Zweck ordnungsgemäß zum Beauftragten bestellt worden ist, im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaats ohne Anwendung von Zwang Beweis für ein Verfahren aufnehmen, das vor einem Gericht eines anderen Vertragsstaats anhängig ist“. „Beauftragter“ im Sinne der Vorschrift können auch die Mitglieder des Prozessgerichts sein.⁵⁹ Findet die Beweisaufnahme

49 Verordnung (EG) Nr. 1206/2001 des Rates vom 28.05.2001 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- und Handelssachen.

50 Ebenso Ahrens in: Wieczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl. 2014, § 363 Rn. 40; Huber in: Gebauer/Wiedmann, Europäisches Zivilrecht, 3. Aufl. 2021, Art. 1 EuBVO Rn. 46; Hess, AnwBl 2011, 321, 324; ähnlich BGH, Beschl. v. 24.07.2013 - IV ZR 110/12 Rn. 10; OLG Celle, Beschl. v. 20.02.2020 - 11 U 169/19; siehe auch § 63 Abs. 3 ZRHO.

51 So ausdrücklich Geimer in: Zöller, ZPO, Art. 17 EuBVO Rn. 2; Gottwald in: Nagel/Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl. 2020, Rn. 9.38; ebenso im Ergebnis Chr. Berger in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, § 363 Rn. 14; Dötsch, MDR 2011, 269, 270.

52 EuGH, Urt. v. 21.02.2013 - C-332/11 - „ProRail BV/Xpedys NV u.a.“.

53 House of Lords v. 10.02.2005, [2005] UKHL 10, siehe dazu Knöfel, RIW 2006, 302, der aber von einem „beredten Schweigen“ ausgeht.

54 Ebenso Hess, AnwBl. 2011, 321, 324; Lafontaine, DAR 2020, 541, 542; ausführlich Windau in: Prütting/Gehrlein, ZPO, Art. 1 EuBVO Rn. 4c.

55 Ebenso Stadler in: Musielak/Voit, ZPO, 17. Aufl. 2020, § 128a Rn. 8; Schlosser, in: Schlosser/Hess, EuZPR, Art. 17 EuBVO Rn. 4; Hess, AnwBl. 2011, 321, 324; Lafontaine, DAR 2020, 541, 542; im Ergebnis auch Frank, FuR 2020, 331, 333.

56 Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen (Haager Beweisübereinkommen).

57 Zu den Vertragsstaaten des HBÜ gehören u.a. die USA, China, Großbritannien, die Schweiz und die Türkei.

58 Davon geht auch der Leitfaden „Praktische Hinweise zum Einsatz von Videokonferenzen zur Beweisaufnahme in Zivil- und Handelssachen“ der HCCH aus, abrufbar (auf Englisch) unter www.hcch.net/de/publications-and-studies/details4/?pid=6744&dtid=3 (zuletzt abgerufen am 15.03.2021).

59 Chr. Berger in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, § 363 Rn. 14; Knöfel in: Geimer/Schütze, IZVR, Art. 17 HBÜ Rn. 6, 59. EL; anders scheinbar Gottwald in: Nagel/Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl. 2020, § 9 Rn. 136 und Ahrens in: Wieczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl. 2014, § 363 Rn. 39: nur einzelner beauftragter Richter, nicht gesamter Spruchkörper.

aufnahme vor dem Einzelrichter oder dem gesamten Spruchkörper statt, dürfte allerdings ein formlicher Beschluss gem. § 361 ZPO entbehrlich sein, wenn sich darin allein das Gericht selbst zu seinem „Beauftragten“ bestellt.⁶⁰

Ausgeschlossen ist eine Beweisaufnahme durch Beauftragte, wenn der Aufenthaltsstaat gem. Art. 33 HBÜ der Anwendung von Art. 17 HBÜ allgemein widersprochen hat.⁶¹ Anderenfalls ist gem. Art. 17 Abs. 1 Nr. 1 HBÜ grds. eine Genehmigung des ausländischen Staates notwendig, sofern der Aufenthaltsstaat nicht wiederum von der in Absatz 2 eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, auf eine vorherige Genehmigung allgemein zu verzichten.⁶²

Auch hier stellt sich aber die Frage, ob eine Vernehmung oder Anhörung einer Beweisperson auf freiwilliger Basis als Beweismittelimport oder -transfer allein nach der *lex fori* zu beurteilen und daher unabhängig von den Regelungen des HBÜ nach deutschem Recht zulässig ist.⁶³ Anders als der EuBVO ist dem HBÜ (das aus dem Jahr 1970 stammt) keine Aussage zu Videokonferenzen zu entnehmen. Außerdem ergibt sich aus dem Wortlaut der maßgeblichen Regelungen des HBÜ deutlich, dass das HBÜ lediglich zusätzliche Möglichkeiten der Tatsachenfeststellung eröffnen soll, was dafür spricht, den Regelungen keine Sperrwirkung gegenüber Möglichkeiten der Beweismittelbeschaffung beizumessen.⁶⁴ Deshalb liegt es nahe, im Anwendungsbereich des HBÜ eine grenzüberschreitende Vernehmung im Wege der Bild- und Tonübertragung als einen allein nach der *lex fori* zu beurteilenden Fall des Beweismittelimports anzusehen.⁶⁵

c. Praktische Durchführung

Im Anwendungsbereich der EuBVO muss gem. Art. 17 Abs. 1 die Zustimmung der Zentralstelle eingeholt werden, dazu ist das Formblatt I im Anhang zur Verordnung (künftig: gem. Art. 19 Abs. 1 EuBVO mit Formblatt L in Anhang I) zu verwenden.⁶⁶ Die zuständigen Zentralstellen sind den Länderseiten im europäischen Justizatlas zu entnehmen.⁶⁷ Wird die Anfrage nicht beantwortet, so gilt diese nach einer nochmaligen Erinnerung in der ab dem 01.07.2022 geltenden Fassung als genehmigt (Art. 19 Abs. 5 Satz 2 EuBVO künftiger Fassung).

Geht man im Anwendungsbereich des HBÜ davon aus, dass ebenfalls eine vorherige Genehmigung erforderlich ist, muss das Genehmigungsersuchen⁶⁸ an die jeweils zuständige zentrale Behörde des Aufenthaltsstaats gerichtet werden.⁶⁹

Der Verwertbarkeit der Aussage der Beweisperson wird es in beiden Fällen allerdings nicht entgegenstehen, wenn diese unter Verstoß gegen ein nach der EuBVO oder dem HBÜ zu beachtendes Genehmigungserfordernis erhoben wurde.⁷⁰

Eine förmliche (im Ausland im Rechtshilfewege) zuzustellende Ladung wird oftmals entbehrlich sein, wenn eine der Parteien über Kontaktdaten (insbesondere eine E-Mail-Adresse) der zu vernehmenden Person verfügt. Da die Vernehmung ohnehin nur auf freiwilliger Basis möglich ist, ergibt eine solche Ladung wenig Sinn; sie verzögert die Vernehmung aber nicht selten erheblich, weil sie einen großen Terminierungsvorlauf erforderlich macht.⁷¹ Sinnvoll ist es dann, der beweisführenden Partei aufzugeben, die Beweisperson „virtuell zu sistieren“: Das Gericht kann diesem (selbst oder vermittelt durch die beweisführende Partei) einen Teilnahmelink für die Videokonferenz übermitteln. Schaltet sich die Beweisperson dann im Termin zu, steht der Anhörung oder Vernehmung nichts entgegen.

Stets zu beachten ist, dass die Beweisperson gem. Art. 17 Abs. 2 Satz 2 EuBVO (künftig: Art. 19 Abs. 2 Satz 2) ausdrücklich darüber zu belehren ist, dass die Vernehmung auf freiwilliger Basis erfolgt. Das gilt auch für eine Vernehmung im Anwendungsbereich des HBÜ, weil sowohl der Beweismittelimport als auch eine Beweisaufnahme gem. Art. 17 HBÜ nur „ohne Zwang“ zulässig sind.

⁶⁰ Anders scheinbar Chr. Berger in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, Anhang zu § 363 Rn. 92.

⁶¹ Siehe dazu die Liste unter <https://assets.hcch.net/docs/627a201b-6c7a-4dc2-86ad-c1da582447d4.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.03.2021).

⁶² Siehe dazu ebenfalls die Liste in Fn. 61.

⁶³ Siehe dazu oben C.1.2.a.

⁶⁴ Siehe nur Chr. Berger in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, Anhang zu § 363 Rn. 8 f.; Schlosser in: Schlosser/Hess, EuZPR, Art. 1 HBÜ Rn. 5.

⁶⁵ Ebenso wohl Ahrens in: Wieczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl. 2014, § 363 Rn. 98.

⁶⁶ Siehe zu den Ablehnungsgründen Art. 17 Abs. 5 EuBVO (künftig: Art. 19 Abs. 7).

⁶⁷ Siehe https://e-justice.europa.eu/content_taking_evidence-374-de.do (zuletzt abgerufen am 15.03.2021).

⁶⁸ Ein Vordruck dafür findet sich unter www.hcch.net/de/publications-and-studies/details4/?pid=6557&dtid=65 (zuletzt abgerufen am 15.03.2021).

⁶⁹ Siehe www.hcch.net/de/instruments/conventions/authorities1/?cid=82 (zuletzt abgerufen am 15.03.2021).

⁷⁰ So für die Tätigkeit eines Sachverständigen im Ausland OLG Oldenburg, Beschl. v. 29.11.2012 - 8 W 102/12; Lafontaine, DAR 2020, 541; anders Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl. 2020, Rn. 2392.

⁷¹ Ebenso Dötsch, MDR 2011, 269.

3. „Virtuelle“ Teilnahme des Gerichts an einer Rechtshilfevernehmung

Ist die Beweisperson nicht bereit, sich auf freiwilliger Basis unmittelbar durch das Gericht vernehmen zu lassen, ist eine Vernehmung im Wege der Rechtshilfe zu veranlassen. An dieser Vernehmung kann das Prozessgericht nach Reise in den Vernehmungsstaat⁷² unmittelbar teilnehmen (siehe Art. 12 EuBVO, Art. 8 HBÜ). Dies wird allerdings vielfach (z.B. aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten oder aufgrund der gegenwärtigen Pandemielage) nicht in Betracht kommen. Das Gericht wird dann allerdings prüfen und ernsthaft in Betracht ziehen müssen, ob es an der Vernehmung im Wege der Bild- und Tonübertragung teilnimmt, um sich einen über das Vernehmungsprotokoll hinausgehenden möglichst unmittelbaren und umfassenden Eindruck der Beweisperson zu verschaffen.⁷³

a. Zulässigkeit

Die EuBVO ermöglicht dem Prozessgericht gem. Art. 12 EuBVO auf einen entsprechenden Antrag hin, an der Beweisaufnahme teilzunehmen, wozu nach h.M. auch die Befugnis gehört, Fragen zu stellen;⁷⁴ die Zulässigkeit nach deutschem Recht ergibt sich aus § 1073 Abs. 1 ZPO. Diese Teilnahme ist gem. Art. 10 Abs. 4 EuBVO auch oder gerade im Wege der Bild- und Tonübertragung möglich.⁷⁵

Im Anwendungsbereich des HBÜ kann es als besondere Form eines Rechtshilfeersuchens Art. 9 Abs. 2 HBÜ i.V.m. Art. 8 HBÜ beantragt werden, dass die Vernehmung durch das ersuchte Gericht nach Deutschland übertragen wird.⁷⁶ Gem. Art. 9 Abs. 2 HBÜ kann das Rechtshilfegericht im Rahmen seines eigenen Prozessrechts dem Prozessgericht auch gestatten, dass Mitglieder des Prozessgerichts in einer Videokonferenz eigene Fragen an die Beweisperson richten.⁷⁷

b. Praktische Durchführung

Will das Prozessgericht an der Vernehmung durch das Rechtshilfegericht im Wege der Bild- und Tonübertragung teilnehmen, wird es zweckmäßigerweise vorab die technische Durchführbarkeit abklären.⁷⁸ Kommt dies in Betracht, ist in den jeweiligen Formularen eine Teilnahme des Gerichts an der Rechtshilfevernehmung zu beantragen.⁷⁹

Findet die Vernehmung in einer Fremdsprache statt, die das Prozessgericht beherrscht, muss entsprechend § 142 Abs. 2 ZPO kein Dolmetscher hinzugezogen werden.⁸⁰ Anderenfalls wird das Gericht einen Dolmetscher hinzuziehen, wobei i.d.R. ein Simultandolmetscher erforder-

lich sein wird. Für die dadurch entstehenden Kosten ist die beweisführende Partei gem. § 379 ZPO vorschusspflichtig.

Einen besonderen Ort für die Teilnahme des Gerichts sehen die ZPO und die EuBVO nicht vor; gerade bei Anwesenheit eines Dolmetschers wird es allerdings vielfach sinnvoll sein, dass sich das Prozessgericht im Gerichtssaal aufhält. Dort kann es auch den Parteien bzw. ihren Prozessbevollmächtigten die Gelegenheit geben, im Wege der Bild- und Tonübertragung an der Rechtshilfevernehmung teilzunehmen.

Die gem. § 64e Abs. 1 ZRHO für eine Teilnahme im Ausland erforderliche Genehmigung der Bundesregierung dürfte für eine Teilnahme per Videokonferenz nicht erforderlich sein.

c. Beteiligung der Parteien an einer Rechtshilfevernehmung

Art. 11 EuBVO und Art. 7 HBÜ räumen den Parteien und ihren Prozessbevollmächtigten die Möglichkeit ein, bei der Vernehmung durch das Rechtshilfegericht anwesend zu sein, soweit dies nach dem Recht des ersuchenden Staates zulässig ist.⁸¹ Dies ist nach deutschem Recht gem. § 357 Abs. 2 ZPO der Fall. Die EuBVO differenziert außerdem zwischen der bloßen Anwesenheit (Art. 11 Abs. 1 EuBVO) und der Beteiligung (Art. 11 Abs. 2 EuBVO).

⁷² Und nach Genehmigung durch die Bundesregierung, siehe § 64e ZRHO.

⁷³ Ebenso Lafontaine, DAR 2020, 541, 549.

⁷⁴ Siehe Schlosser in: Schlosser/Hess, EuZPR, 4. Aufl. 2015, Art. 12 EuBVO Rn. 3; von Hein in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 4. Aufl. 2015, Art. 12 EuBVO Rn. 8; einschränkend Knöfel in: Geimer/Schütze, Internationales Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, Art. 12 EuBVO Rn. 7.

⁷⁵ Siehe nur von Hein in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 4. Aufl. 2015, Art. 10 EuBVO Rn. 26.

⁷⁶ Chr. Berger in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, Anhang zu § 363 Rn. 55; Knöfel in: Geimer/Schütze, Internationales Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, Art. 9 HBÜ Rn. 14, siehe auch § 64c ZRHO.

⁷⁷ Stadler in: Musielak/Voit, ZPO, 17. Aufl. 2020, § 128a Rn. 8; Knöfel in: Geimer/Schütze, Internationales Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, Art. 8 HBÜ Rn. 5; Art. 9 HBÜ Rn. 14.

⁷⁸ Siehe §§ 60, 64c ZRHO.

⁷⁹ Siehe zur Durchführung auch § 60 Abs. 1 Satz 3 ZRHO sowie zur EuBVO den „Leitfaden für Videokonferenzen in grenzüberschreitenden Gerichtsverfahren“, abrufbar unter www.consilium.europa.eu/media/30588/qc3012963dec.pdf und zum HBÜ den Leitfaden der HCCH, abrufbar unter www.hcch.net/de/publications-and-studies/details4/?pid=6744 (jeweils zuletzt abgerufen am 15.03.2021).

⁸⁰ Offengelassen von Mankowski, RWI 2014, 397, 399.

⁸¹ Siehe nur Knöfel in: Geimer/Schütze, Internationales Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, Art. 11 EuBVO Rn. 4.

Im Anwendungsbereich der EuBVO wird das Gericht gegenüber dem Rechtshilfegericht gem. Art. 11 Abs. 2 EuBVO die Anwesenheit der Parteien bzw. ihrer Prozessbevollmächtigten mitteilen bzw. deren Beteiligung beantragen, soweit die Parteien bzw. ihre Prozessbevollmächtigten an der Rechtshilfevernehmung teilnehmen wollen. Haben die Parteien dies nicht schon im Vorfeld mitgeteilt, hat das Gericht dies in Vorbereitung des Ersuchens abzuklären, vgl. § 61 ZRHO. Nach Art. 11 Abs. 4 EuBVO setzt dann das ersuchte Gericht die Parteien und ihre Probevollmächtigten über den Termin und die Bedingungen der Teilnahme in Kenntnis.

Ein der EuBVO entsprechendes Antrags- oder Mitteilungserfordernis kennt das HBÜ nicht. Nach Art. 7 Satz 1 teilt das Rechtshilfegericht allerdings dem Prozessgericht „auf Verlangen“ Ort und Zeitpunkt der Vernehmung mit. Gem. Art. 7 Satz 2 HBÜ informiert das Rechtshilfegericht die Parteien und ihre Vertreter unmittelbar, wenn das Prozessgericht das Rechtshilfegericht darum ersucht hat. Einzelheiten zur praktischen Handhabung ergeben sich aus § 64d ZRHO.

II. Augenscheinsbeweis

Eine grenzüberschreitende Beweisaufnahme im Wege der Bild- und Tonübertragung ist nicht nur zur Vernehmung oder Anhörung denkbar, sondern auch zur Einnahme eines Augenscheins („Tele-Augenschein“), bspw. eines Unfallorts, einer Ferienwohnung etc.⁸²

1. Zulässigkeit

Dabei ist allerdings nach deutschem Recht umstritten, ob § 128a ZPO überhaupt eine Augenscheinseinnahme im Wege der Bild- und Tonübertragung zulässt.⁸³ Wesentlich dafür spricht, dass das Gericht befugt sein muss, sich des Hilfsmittels der Bild- und Tonübertragung (ähnlich z.B. einer Lupe) zu bedienen, um sich einen Eindruck des Augenscheinobjekts zu verschaffen.⁸⁴ Ob der dadurch vermittelte Eindruck eine ausreichende Grundlage der richterlichen Überzeugungsbildung sein kann, ist eine solche des § 286 Abs. 1 ZPO und keine Frage der Zulässigkeit eines „Tele-Augenscheins“. Auf die Zulässigkeit eines „Tele-Augenscheins“ wird es allerdings ohnehin nur ankommen, wenn eine der Parteien mit dieser Form der Beweisaufnahme nicht einverstanden ist, vgl. § 284 Satz 2 ZPO.⁸⁵ Wäre die Alternative eine Augenscheinseinnahme vor Ort (mit Anreise des Gerichts), werden die damit einhergehenden Kosten und die Verzögerung des Rechtsstreits die Parteien aber u.U. auch dazu bewegen, einer Augenscheinseinnahme im Wege der Bild- und Tonübertragung zuzustimmen.

Befindet sich das Augenscheinobjekt im Ausland, stellt sich auch hier die Frage, ob es sich bei der Augenschein-

einnahme im Wege der Bild- und Tonübertragung um einen ohne weitere Voraussetzungen zulässigen Beweismittelimport handelt oder ob dieser nur nach den Regelungen der EuBVO und des HBÜ und damit i.d.R. erst nach Genehmigung des ausländischen Staates zulässig ist.⁸⁶ Die Frage dürfte im Anwendungsbereich der EuBVO ebenfalls dahin zu beantworten sein, dass es sich um einen Fall der unmittelbaren Beweisaufnahme i.S.d. Art. 17 EuBVO handelt.⁸⁷ Im Anwendungsbereich des HBÜ scheint es hingegen gut vertretbar, von einer keiner Genehmigung unterliegenden Beweismittelimport auszugehen.

Auch hier wird allerdings die fehlende Genehmigung der ausländischen Behörden der Verwertung einer solchen Augenscheinseinnahme im Wege der Bild- und Tonübertragung nicht entgegenstehen.⁸⁸

2. Praktische Durchführung

Ein Tele-Augenschein wird i.d.R. durch die beweisführende Partei bzw. eine von ihr beauftragte Hilfsperson vermittelt werden, die z.B. mit einem mit dem Internet verbundenen Smartphone oder Tablet die Einnahme des Augenscheins ermöglicht.

D. Fazit

Gem. § 128a Abs. 1 ZPO kann das Prozessgericht den Parteien und ihren Prozessbevollmächtigten auch gestatten, aus dem Ausland an einer Verhandlung eines deutschen Gerichts im Wege der Bild- und Tonübertragung teilzunehmen. Soweit nicht die Parteien oder Beteiligten persönlich angehört werden sollen, ist damit keine unzulässige Beeinträchtigung der territorialen Integrität des Aufenthaltsstaats verbunden.

Bei grenzüberschreitenden Beweisaufnahmen eröffnet die Möglichkeit einer Bild- und Tonübertragung für das Prozessgericht verschiedene Wege, um sich einen sehr umfassenden und unmittelbaren Eindruck des Beweismittels zu verschaffen. Dabei sind aber die Vorgaben der jeweiligen völkerrechtlichen Abkommen zu beachten.

82 Siehe dazu instruktiv den Sachverhalt bei OLG Celle, Beschl. v. 20.02.2020 - 11 U 169/19.

83 Bejahend z.B. Greger in: Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 128a Rn. 7; Ahrens, Der Beweis im Zivilprozess, § 10 Rn. 35; Schultzky, NJW 2003, 313, 316; wohl auch Mantz/Spoenle, MDR 2020, 637, 639; ablehnend z.B. Reuß, JZ 2020, 1135, 1137; Gehrlein, ZMR 2020, 257, 263.

84 Ebenso Schultzky, NJW 2003, 313, 314.

85 Reuß, JZ 2020, 1135, 1137.

86 Siehe dazu oben C.I.2.a.

87 Ebenso Ahrens in: Wieczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl. 2014, § 363 Rn. 40; anders z.B. Bach in: BeckOK, ZPO, § 363 Rn. 5.1.

88 Siehe dazu oben C.I.2.c.

Neues Urheberrecht für digitale User

RA Prof. Dr. Stephan Ory

Einer Großbaustelle¹ gleicht gegenwärtig das deutsche Urheberrecht. „Anpassung an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes“ steht auf dem Bauschild. Der Plan sieht zahlreiche Umbauten und Erweiterungen des UrhG (Urhebergesetz) sowie des VGG (Verwertungsgesellschaftengesetz) vor. Außerdem geht es um den großen Anbau des Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetzes (UrhDaG-E). Die Bauleitplanung kommt aus Brüssel in Form von zwei Richtlinien zum Urheberrecht und den verwandten Schutzrechten im digitalen Binnenmarkt² sowie in Bezug auf bestimmte Online-Übertragungen von Sendeunternehmen und die Weiterverbreitung von Fernseh- und Hörfunkprogrammen.³

A. Einleitung

Das Urheberrecht ist in gewisser Weise immer eine Reaktion auf technische Herausforderungen. Aktuell geht es um jene der Digitalisierung. Stichworte sind insbesondere das Leistungsschutzrecht der Presse und die Verantwortlichkeit der Anbieter von Diensten, die zu einer Urheberverletzung führen können. Es sei erlaubt, historische Parallelen zu ziehen:

Straßburg 1605, Johann Carolus hatte eine teure Druckpresse angeschafft und gab die „Relation“ heraus, was unter Publizisten als der Beginn des Zeitungswesens angesehen wird. Dokumentiert ist eine Bitte an den Magistrat der Stadt, das Monopol für den Druck einer Zeitung zugesprochen zu bekommen – wegen der Investition.⁴ Wenn man so will, war das die ganz frühe Version der Forderung nach dem Leistungsschutzrecht der Presse, ein Stichwort der aktuellen Gesetzesnovelle mehr als 400 Jahre später.

Der Grundig-Reporter⁵ ist ein weiteres Beispiel. Das war eines der ersten Tonbandgeräte, dessen Anbieter von der – heute würde man es so nennen – Musikindustrie wegen der möglichen Verletzung von Urheberrechten durch Aufzeichnungen in Anspruch genommen wurde. Der BGH⁶ entschied damals, dass die Geräte nur mit einem warnenden Hinweis auf bestehende Vervielfältigungsrechte vertrieben werden durften. 1965 fand daraufhin die zulässige Privatkopie Eingang in das neu geschaffene UrhG,⁷ verbunden mit einer Abgeltung dafür an die Rechtsinhaber, die von Herstellern und Importeuren gezahlt und dem Gerätepreis aufgeschlagen wird. Die aktuelle Diskussion um User Generated Content auf Online-

Plattformen erinnert stark daran und das Lösungskonzept 2021 im neuen UrhDaG-E sieht danach aus, als würde eine Art Abgabe nun auch auf bestimmte Online-Plattformen erhoben.

So kämpft sich das Recht von einem technischen Phänomen zum Nächsten und droht mit all den Detailbestimmungen überkomplex zu werden. Wir befinden uns vermutlich auch jetzt wieder in einem Zwischenstand⁸ des Rechtsgebietes.

B. Vorgaben des Unionsrechts

Das Unionsrecht ist für das deutsche Urheberrecht von großer Bedeutung. Die aktuell umzusetzenden Richtlinien stehen im Kontext des bereits umfangreich bestehenden Sekundärrechts der Union, in der vom EuGH in zahlreichen Entscheidungen geformten Auslegung.

I. DSM-RL

Bevor es um die Darstellung der Umsetzung in Deutschland geht, sollen die beiden einleitend genannten Richtlinien zusammengefasst werden: Die DSM-RL passt zunächst Schran-

1 Der Beitrag basiert auf dem Stand des Entwurfs eines Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes (Regierungsentwurf), BR-Drs. 142/21 v. 12.02.2021, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2021/0142-21.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.03.2021).

2 Richtlinie (EU) 2019/790 v. 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. v. 17.05.2019 - L 130/92.

3 Richtlinie (EU) 2019/789 v. 17.04.2019 mit Vorschriften für die Ausübung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten in Bezug auf bestimmte Online-Übertragungen von Sendeunternehmen und die Weiterverbreitung von Fernseh- und Hörfunkprogrammen und zur Änderung der Richtlinie 93/83/EWG des Rates, ABl. v. 17.05.2019 - L 130/82.

4 Weber, Unterthenige Supplication Johann Caroli/Buchdruckers. Der Beginn gedruckter politischer Wochenzeitungen im Jahre 1605 in: Archiv für Geschichte des Buchwesens, 1992, Band 38, S. 257 ff.

5 www.tonbandmuseum.info/grundig1.html (zuletzt abgerufen am 11.03.2021).

6 BGH, Urt. v. 18.05.1955 - I ZR 8/54.

7 Maracke, Die Entstehung des Urheberrechtsgesetzes von 1965, 2003, S. 464 ff.

8 Vgl. De la Durantaye u.a., Copyright 2023, https://eu2020-bmjv-intellectual-property.de/storage/documents/Copyright_2030_de.pdf (zuletzt abgerufen am 11.03.2021).

ken an das „digitale und grenzüberschreitende Umfeld“ an, indem das Text- und Data-Mining angesprochen und die grenzüberschreitende Unterrichts- und Lehrtätigkeit ermöglicht wird sowie Regelungen zur Erhaltung des Kulturerbes aufgenommen sind. Die Maßnahmen zur Verbesserung der Lizenzierungspraxis und zur Gewährleistung eines breiteren Zugangs zu Inhalten beschäftigen sich mit vergriffenen Werken und der Erleichterung der kollektiven Lizenzvergabe. Dem nordischen Modell⁹ folgend, werden kollektive Lizenzvergaben mit erweiterter Wirkung eingefügt. Ein Verhandlungsmechanismus für Nutzungen von audiovisuellen Werken über Videoabrufdienste ist angesprochen.

Von zentraler Bedeutung ist der Schutz von Presseveröffentlichungen (Art. 15) im Hinblick auf die Online-Nutzung, landläufig als Leistungsschutzrecht der Presse diskutiert.

Hoch umstritten war Art. 17 (im Entwurf Art. 13), der sich mit dem „Teilen von Online-Inhalten“ befasst. Es geht um den Ausgleich zwischen den Interessen der Nutzer (Verbraucher), die Inhalte hochladen, den Plattformen, auf denen diese bereitgestellt werden, und den Kreativen, in deren Rechtspositionen damit möglicherweise eingegriffen wird. Die Bedeutung des Art. 17 DSM-RL liegt darin, dass die Haftungsfreistellung, auf die sich Provider bislang nach der E-Commerce-Richtlinie (ECRL)¹⁰ berufen konnten, entfällt (Art. 17 Abs. 3 DSM-RL) und deutlich in Richtung der eigenen Verantwortung verschoben wird (Art. 17 Abs. 1 DSM-RL). Das war der Kern des öffentlich wahrnehmbaren Streites und der Sorge, dass Uploadfilter¹¹ zukünftig zur Vermeidung von Urheberrechtsverletzungen eingesetzt würden mit der Folge, dass die Meinungsäußerungsfreiheit Schaden nimmt. Polen hält in diesem Punkt Art. 17 DSM-RL für nichtig und hat vor dem EuGH¹² eine entsprechende Klage damit begründet, dass die Pflicht der Plattformen den Wesensgehalt des Rechts auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit untergrabe und nicht das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit und der Notwendigkeit einer Beschränkung dieses Rechts erfülle.

In diesem Getöse ging völlig unter, dass auf europäischer Ebene erstmals ein Urhebervertragsrecht eingeführt wurde, für das weitgehend die bisherige deutsche Regelung Vorbild war, was für die allermeisten Mitgliedsstaaten eine drastische Rechtsänderung bedeutet.

II. Online-SatCab-RL

Die Online-SatCab-RL¹³ ergänzt für digitale Sachverhalte die analoge Richtlinie zum Kabel- und Satellitenfernsehen (SatCab-RL).¹⁴ In ähnlicher Weise geht es darum, grenzüberschreitende Nutzungen von Signalen zu ermöglichen.

Das Ursprungslandsprinzip, das die Anwendung des Urheberrechts des Mitgliedsstaates anordnet, in dem das Sendunternehmen seine Hauptniederlassung hat, gilt für Radio sowie im TV für Nachrichten und vollständig selbst finanzierte Eigenproduktionen.

III. „EU-Urheberrecht“ bislang

Die neuen Richtlinien sind im Kontext bereits bestehenden Sekundärrechts¹⁵ der Union zu sehen. Es bestehen bereits eine Reihe von Richtlinien, unmittelbar wirkende Verordnungen jedoch nur in zwei Teilbereichen des Urheberrechts¹⁶ (Portabilität von audiovisuellen Online-Inhalten und Barrierefreiheit). Die Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft (InfoSoC-RL)¹⁷ ist das Kernstück der europäischen Rechtssetzung. Neben der bereits erwähnten SatCab-RL sind die Regelungen zum Schutz von Computerprogrammen, dem Vermiet- und Verleihrecht, der Anpassung der Schutzdauer für ausübende Künstler und Tonträgerhersteller, dem Schutz von Datenbanken, dem Folgerecht, der Rechtsdurchsetzung sowie der Richtlinie zu Verwertungsgesellschaften sowie jener zu verwaisten Werken zu nennen. Der Vollständigkeit halber ist auf die „Marrakesch-RL“¹⁸ zur unionsrechtlichen Umsetzung des völkerrechtlichen Abkommens betreffend Schranken zugunsten behinderter Personen hinzuweisen.

9 Trumpke, Exklusivität und Kollektivierung – Das skandinavische Modell der Erweiterten Kollektiven Lizenz (Extended Collective Licensing), 2016.

10 Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 08.06.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl. v. 17.07.2000 - L 178, S. 1 – 16.

11 Leistner, ZUM 2020, 505.

12 Verfahren C-401/19, siehe ABl. v. 12.08.2019 - C 270, S. 21.

13 Hierzu: Albrecht/Fiss, ZUM 2020, 750.

14 Richtlinie 93/83/EWG v. 27.09.1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung, ABl. L 248 v. 06.10.1993, S. 15 – 21.

15 Übersicht bei Ory, AfP 2017, 14.

16 Vgl. für einen Überblick <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/eu-copyright-legislation> (zuletzt abgerufen am 11.03.2021).

17 Richtlinie 2001/29/EG v. 22.05.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. L 167 v. 22.06.2001, S. 10; geändert durch die DSM-RL (Fn. 2).

18 Richtlinie (EU) 2017/1564 v. 13.09.2017 über bestimmte zulässige Formen der Nutzung bestimmter urheberrechtlich oder verwandte Schutzrechte geschützte Rechte und sonstiger Schutzgegenstände zugunsten Blinden, Sehbehinderter oder anderweitig lesebehinderter Personen und zur Änderung der Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, (ABl. L 242 v. 20.09.2017, S. 6).

IV. Rolle des EuGH

Der EuGH hat bei der Fortentwicklung des Urheberrechts in der Union eine wichtige Rolle übernommen. Er wendet die unterschiedlichen Quellen des Sekundärrechts mit Wechselbezug zueinander an und entwickelt daraus schrittweise doch so etwas wie ein europäisches Urheberrecht. Dies nachzuzeichnen ist nicht Gegenstand dieses Beitrages zur aktuellen Rechtsentwicklung in Deutschland. Allerdings ist das mitgliedstaatliche Recht erheblich vom Unionsrecht beeinflusst, auch wenn es älter ist. Beispielfähig sei auf den Werkbegriff (§ 2 UrhG) verwiesen, der den Anwendungsbereich des Rechts für Urheber steuert. Das traditionelle Verständnis des Begriffs als persönliche, geistige Schöpfung wird durch das Verständnis des EuGH zur Originalität der Schöpfung überlagert.¹⁹ Bekannt ist die Rechtsprechung zur öffentlichen Wiedergabe, auf die der BGH zahlreich verweist. Im Zusammenhang mit der aktuellen Gesetzesnovelle ist auf die Entscheidung des EuGH zu „Metall auf Metall“ zu verweisen, wonach der bisherige § 24 UrhG, soweit darin eine Urheberrechtsschranke liegt, nicht mit Art. 5 InfoSoC-RL übereinstimmt, der die möglichen Schranken erschöpfend aufzählt.²⁰ Auch um die Konsequenz daraus, geht es in der aktuellen Gesetzesänderung.

C. Deutsche Gesetzgebung 2021

Die Reform des Urheberrechts 2021 umfasst viele Bereiche und geht sehr ins Detail. In diesem Beitrag werden die großen Linien nachgezeichnet.

I. Upload-Plattformen

In der öffentlichen Wahrnehmung ist die Regelung zum „Teilen“ von geschützten Inhalten auf Upload-Plattformen im Internet der Kern der aktuellen Reform. Die Vorgaben des Art. 17 DSM-RL (oben Nr. B. I.) werden in einem eigenen Gesetz umgesetzt, dem UrhDaG-E. Die höchst unterschiedlichen unionsrechtlichen Vorgaben hätten sonst dogmatisch unbefriedigend und nicht nutzerfreundlich zerstreut über das UrhG und das VGG verteilt werden müssen.²¹ Mit dem neuen Gesetz will die Bundesregierung entsprechend ihrer Erklärung im Rat der EU²² eine angemessene Vergütung der Kreativen gewährleisten, „Uploadfilter“ nach Möglichkeit verhindern, die Meinungsfreiheit sicherstellen und die Nutzerrechte wahren.

Das neue Gesetz gilt nach § 2 Abs. 1 UrhDaG-E für Diensteanbieter entsprechend der Definition in Art. 1 Abs. 1 Buchst. b) Informationsdienste-RL;²³ darunter fällt jede i.d.R. gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienst-

leistung. Hauptzweck muss es zumindest auch es sein, eine große Menge an von Dritten hochgeladenen urheberrechtlich geschützten Inhalten zu speichern und öffentlich zugänglich zu machen oder zu organisieren oder mit Gewinnerzielungsabsicht zu bewerben. Nicht erfasst sind nach § 3 UrhDaG-E etwa Online-Enzyklopädien, nicht gewinnorientiert betriebene bildungsbezogene oder wissenschaftliche Plattformen, solche für quelloffene Software, Online-Marktplätze sowie Cloud-Dienste zwischen Unternehmen oder für den Eigengebrauch der Nutzer.

Der Kern der Neuregelung: Diensteanbieter geben geschützte Werke selbst und in eigener Verantwortung öffentlich wieder, wenn sie der Öffentlichkeit über ihre Plattform Zugang zu solchen Werken verschaffen, die von Nutzern des Dienstes hochgeladen worden sind (§ 1 Abs. 1 UrhDaG-E). Das ist eine Abkehr von § 10 Satz 1 Telemediengesetz (TMG),²⁴ wonach Diensteanbieter für fremde Informationen, die sie für einen Nutzer speichern, unter bestimmten Voraussetzungen nicht verantwortlich sind (§ 1 Abs. 3 UrhDaG-E). Danach ist der Diensteanbieter hier nur dann nicht verantwortlich, wenn er besondere Pflichten beachtet und nicht den Hauptzweck verfolgt, sich an Urheberrechtsverletzungen zu beteiligen oder diese zu erleichtern²⁵ (§ 1 Abs. 2, 4 UrhDaG-E).

Der Diensteanbieter hat sich nach § 4 UrhDaG-E um die Lizenzierung zu bemühen, entweder durch den Rechteinhaber oder eine Verwertungsgesellschaft, wobei die erweiterte kollektive Lizenz (unten Nr. C. II.) eine Rolle spielen wird. Die Reichweite dieser Pflicht ist nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu bewerten. Der Diensteanbieter hat auch dann eine Vergütung zu zahlen, wenn die Inhalte für einen Dritten lizenziert werden – § 4 Abs. 3 UrhDaG-E verweist auf § 20b UrhG, wonach ein Kabelbetreiber schon bislang solche Pflichten hat, weil er mit Fremdinhalten ein eigenes Geschäft macht. Zulässig bleiben Zitate (§ 51 UrhG) und Karikaturen, Parodien und Pastiches (§ 51a UrhG, unten Nr. C.

19 Leistner in: Schrickler/Loewenheim, UrhG, 4. Aufl., § 2 Rn. 4 ff.

20 EuGH, Urt. v. 29.07.2019 - C-476/17 - „Pelham/Metall auf Metall“ Rn. 56.

21 Regierungsentwurf, S. 41.

22 Ratsdokument 7986/19 ADD 1 REV 2, S. 3.

23 Richtlinie (EU) 2015/1535 v. 09.09.2015 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft, ABl. L 241 v. 17.09.2015, S. 1 – 15.

24 Telemediengesetz v. 26.02.2007 (BGBl. I, 179; BGBl. I 2007, 251), das zuletzt durch Art. 1 des Gesetzes v. 19.11.2020 (BGBl. I, 2456) geändert worden ist.

25 The Pirate Bay erläuternd vgl. Generalanwalt Szpunar, Schlussanträge, C-610/15 Rn. 1 f.

VI.) – aber auch hier mit einem Vergütungsanspruch des Rechtsinhabers, die der Plattformbetreiber zu bedienen hat (§ 5 UrhDaG-E).

Ein Rechtsinhaber kann sich dafür entscheiden, dass sein Werk nicht auf der Plattform erscheint und eine qualifizierte Blockierung (§ 7 UrhDaG-E – „notice-and-stay down“) verlangen, wozu er entsprechende Informationen zur Verfügung stellen muss, die es dem Diensteanbieter ermöglichen, die Nicht-Verfügbarkeit dieser Inhalte bestmöglich sicherzustellen. Die einfache Blockierung (§ 8 UrhDaG-E) entspricht dem bisherigen „notice-and-take-down“ und verlangt einen begründeten Hinweis des Rechtsinhabers. In beiden Fällen darf das nicht dazu führen, dass erlaubte Inhalte – etwa Pastiche – unterbunden werden.

Um unverhältnismäßige Blockierungen beim Einsatz automatisierter Verfahren zu vermeiden, sind mutmaßlich erlaubte Nutzungen bis zum Abschluss eines Beschwerdeverfahrens (§ 14 UrhDaG-E) auf der Plattform zu belassen. Bei bestimmten Inhalten, die von Nutzern hochgeladen werden, wird gesetzlich vermutet, dass es sich um erlaubte Inhalte handelt – worauf der Rechtsinhaber aber hingewiesen werden muss, um das Verfahren der Überprüfung dieser Vermutungswirkung einleiten zu können. Die Vermutung gilt, wenn nicht mehr als die Hälfte eines Werkes eines Dritten enthalten oder mit anderem Content verknüpft sind. Auf jeden Fall greift die Vermutung bei geringfügigen nicht-kommerziellen Nutzungen (§ 10 UrhDaG-E) – bis 15 Sekunden bei Video oder Audio, 160 Zeilen eines Textes und 125 kB bei Fotos und Grafiken.

Wird der hochgeladene Inhalt eines Nutzers blockiert, wird er über das Blockierverlangen des Rechtsinhabers informiert und kann seinerseits das Verfahren des § 14 UrhDaG-E initiieren.

Für Nutzer und Rechtsinhaber ist das Beschwerdeverfahren des § 14 UrhDaG-E freiwillig (§ 13 Abs. 1 UrhDaG-E), für den Diensteanbieter hingegen ein verpflichtend vorgeschriebenes internes Verfahren. Der Diensteanbieter kann sich stattdessen auch einer durch das Bundesamt für Justiz (im Einvernehmen mit dem des Deutschen Patent- und Markenamtes (DPMA)) anerkannten externen Beschwerdestelle (§ 15 UrhDaG-E) bedienen. §§ 16 ff. UrhDaG-E sehen für alle Beteiligte fakultative Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung vor.

Da während der Verfahren geschützte Inhalte zu Unrecht auf einer Plattform stehen können, sieht § 12 UrhDaG-E eine Vergütungspflicht des Diensteanbieters als Ausgleich zugunsten des Rechtsinhabers vor, wobei diesen nur eine Verwertungsgesellschaft geltend machen kann.

Der Filter ist am Ende also unvermeidbar. Man sollte aber nicht so tun, als gebe es derzeit keine Filtertechnologien.²⁶ Dieselben Vertreter von Plattformen, die in urheberrechtlichen Podien Filter als das Schreckgespenst der Demokratie grell ausmalen, gehen anschließend auf Podien mit Jugendschützern und beschreiben dort, wie gut die von ihnen längst eingesetzten Filter sind, um Pornografie zu erkennen und zu vermeiden. Wer sich dann mit den AGB der US-Firmen auseinandersetzt, etwa zur Unzulässigkeit der Darstellung „unbedeckter weiblicher Brustwarzen, außer im Kontext des Stillens“,²⁷ ist nicht überrascht, wenn der Filter das berühmte Bild der französischen Revolution mit Marianne barfuß und entblößter Brust, die Nationalfahne schwenkend²⁸ unterdrückt. Es gibt also keine guten oder schlechten Filter, sondern unvermeidbar eine Anzahl von falschen Ergebnissen, für deren Korrektur ein Verfahren bereitstehen muss. Das ist die Lösung des UrhDaG-E, das dem zuständigen Referat des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz sicher einiges an Kopfzerbrechen bereitet hat.

II. Erweiterte kollektive Lizenz

Völlig neu sind §§ 51 bis 52e VGG zu kollektiven Lizenzen mit erweiterter Wirkung, die Art. 12 DSM-RL ermöglicht. Verwertungsgesellschaften sollen danach Lizenzen im Namen von Rechtsinhabern anbieten können, unabhängig davon, ob diese die Gesellschaft dazu ermächtigt haben; so sollen exorbitant hohe Transaktionskosten verringert werden.²⁹ Es geht also um nichts Geringeres als einen Mechanismus, um Rechte zu lizenzieren, auch wenn der Inhaber nicht in einem vertraglichen Wahrnehmungsverhältnis zu einer Verwertungsgesellschaft steht, wie es der neue § 7a VGG-E mit seiner Definition des „Außenstehenden“ formuliert. Die dahinterstehende Idee ist angesichts massenhafter digitaler Nutzungen simpel: Ist die Recherche des Rechtsinhabers unzumutbar (§ 51a VGG-E) kann die Vergütung von der „zuständigen“ (repräsentativen, § 51b VGG-E) Verwertungsgesellschaft kassiert werden. Der Kreativen erhält einen Anspruch, als hätte er einen Wahrnehmungsvertrag abgeschlossen (§ 51 Abs. 3

26 Vgl. Henrich, Nach der Abstimmung ist (fast) vor der Umsetzung – Ein kurzer Einblick in die Bedeutung der „Upload-Filter“ Regelung der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, <https://emr-sb.de/wp-content/uploads/2019/04/EMR-Aktuelles-Stichwort-EU-Urheberrechtsreform.pdf>, S. 6 f. (zuletzt abgerufen am 11.03.2021).

27 https://de-de.facebook.com/communitystandards/adult_nudity_sexual_activity (zuletzt abgerufen am 11.03.2021).

28 www.dw.com/de/facebook-löscht-erneut-kunstwerk-wegen-nacktheit/a-43048946 (zuletzt abgerufen am 11.03.2021).

29 Erwägungsgrund 43 ff. DSM-RL.

VGG-E). Der Kreative hat aber die Möglichkeit des Opt-Out (§ 51 Abs. 2 VGG-E).

Ein Beispiel: User „CoolCat4711“ summt in seinem anonymen Account eine pfiifige Melodie, er schöpft also ein Werk. Die bisher einzig rechtmäßige Verhaltensweise ist es, das Werk nicht zu nutzen, bis man mit ihm direkt oder über eine Verwertungsgesellschaft in vertraglicher Beziehung steht. Angenommen, der Radiosender X spielt das trotzdem rauf und runter und andere Stationen und Online-Medien übernehmen das Musikwerk, dann hat CoolCat4711 bislang keinen Anspruch als Komponist gegen die GEMA, wenn er noch „nicht Mitglied ist“. Gegen X und andere Medien wäre das ein Schadenersatzanspruch nach § 97 Abs. 2 UrhG, der kaum durchgesetzt wird. Zukünftig könnte CoolCat4711, wenn er merkt, was passiert, sich an die GEMA wenden und um Überweisung bitten, während der Sender zuvor nach kalkulierbarem Tarif zahlt und keine Schadenersatzansprüche fürchten muss.

Der dargestellte Mechanismus gilt auch für vergriffene Werke, die bisherigen §§ 51 bis 52a VGG a.F. werden ersetzt.

III. Leistungsschutz des Presseverlegers

Wie bei anderen Leistungsschutzrechten auch, geht es bei demjenigen für Presseverleger um einen Investitionsschutz. Eine Regelung aus dem Jahr 2013 in §§ 87f ff. UrhG wurde von der EU-Kommission nicht notifiziert und ist daher nicht anwendbar.³⁰ Das nun in Art. 15 DSM-RL vorgegebene Instrument orientiert sich sehr am bisherigen deutschen Recht. Entgegen dem Eindruck, den man in der Diskussion auf europäischer Ebene hatte, ging es zu keinem Zeitpunkt darum, das Setzen von Links³¹ mit einem Verbot zu belegen – was nun § 87f Abs. 2 Nr. 3 UrhG-E ausdrücklich klarstellt.

Schutzgegenstand ist die wirtschaftliche Leistung einer Presseveröffentlichung im Ganzen oder in Teilen (§ 87g Abs. 1 UrhG-E) ohne persönlichkeitsrechtlichen Inhalt. Definiert ist sie in § 87f Abs. 1 UrhG-E als eine hauptsächlich aus Schriftwerken journalistischer Art bestehende Sammlung, die als Einzelausgaben unter einem einheitlichen Titel periodisch erscheint und dem Zweck dient, die Öffentlichkeit über Nachrichten oder andere Themen zu informieren, und zwar unabhängig vom Medium ob Print oder Online. Periodika, die für wissenschaftliche oder akademische Zwecke verlegt werden, sind keine Presseveröffentlichungen. Nicht in den Schutzbereich fällt die Nutzung der in einer Presseveröffentlichung enthaltenen Tatsachen (§ 87g Abs. 2 Nr. 1 UrhG-E).

Geschützt ist als natürliche oder juristische Person der Presseverleger, der eine Presseveröffentlichung herstellt (§ 87f Abs. 2 UrhG-E). Damit stellt sich die Frage, ob nur derjenige begünstigt wird, der vor der Online-Ausgabe etwas auf Papier gedruckt hat. Die Begründung enthält den Hinweis, dass „Nachrichtenwebsites“³² in den Schutzbereich fallen, sodass auch reine Online-Anbieter etwa journalistischer Blogs oder der Rundfunk mit seinen Nachrichtenseiten unter die Norm fallen.

Der Schutz umfasst das ausschließliche Recht, Presseveröffentlichungen für die Online-Nutzung durch Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft öffentlich zugänglich zu machen (Art. 3 Abs. 2 InfoSoc-RL) und zu vervielfältigen (Art. 2 InfoSoc-RL). § 87f Abs. 3 UrhG-E verweist für die Definition des Begriffs der Dienste der Informationsgesellschaft auch in diesem Kontext auf Art. 1 Abs. 1 Buchst. b) Informationsdienste-RL (oben C. I.). Suchmaschinen gehören dazu.

Umstritten war die Eingrenzung des Schutzbereichs durch § 87g Abs. 2 Nr. 3 UrhG-E, wonach die Nutzung einzelner Wörter oder sehr kurzer Auszüge aus einer Presseveröffentlichung nicht umfasst sind. Unter Hinweis auf Erwägungsgrund 58 DSM-RL heißt es in der Begründung,³³ dass dies so auszulegen ist, dass die Wirksamkeit der Rechte des Presseverlegers nicht beeinträchtigt werden. Die Rechtsprechung wird den Rest richten.

Wie immer steht das Recht an der Investitionsleistung neben dem Urheberrecht oder ggf. Leistungsschutzrechten³⁴ Dritter an den Inhalten. Es darf daher nicht zum Nachteil der entsprechenden Rechtsinhaber geltend gemacht werden (§ 87h UrhG-E). Diese sind angemessen, mindestens zu einem Drittel, an den Einnahmen aus dem neuen Recht zu beteiligen (§ 87k UrhG).

Die Schutzdauer beträgt zwei Jahre nach der erstmaligen Veröffentlichung (§ 87j UrhG-E).

IV. Verlegerbeteiligung

Der Sache nach geht es um die Beteiligung von Verlagen an den Einnahmen einer Verwertungsgesellschaft. Der BGH³⁵ hatte die entsprechende langjährige Übung im Fall der VG WORT im Jahr 2016 für rechtswidrig erklärt. Die Regelung hat auch für die Musik-Urheber in der GEMA Relevanz. Art. 16 Abs. 1 DSM-RL eröffnet den Mitgliedstaaten Rege-

30 EuGH, Urt. v. 12.09.2019 - C-299/17.

31 Vgl. Ackermann, ZUM 2019, 375.

32 Regierungsentwurf, S. 122.

33 Regierungsentwurf, S. 124.

34 Z.B. des Lichtbildners – § 72 UrhG.

35 BGH, Urt. v. 21.04.2016 - I ZR 198/13.

lungsoptionen,³⁶ die das deutsche Recht nun in folgender Weise nutzt:

§ 63a Abs. 2 und 3 UrhG-E beinhalten einen gesetzlichen Beteiligungsanspruch des Verlegers. Er setzt voraus, dass der Urheber dem Verleger ein Recht an dem verlegten Werk eingeräumt hat. Neben dem neuen gesetzlichen Beteiligungsanspruch bleibt die Option zur nachträglichen Verlegerbeteiligung nach § 27a VGG erhalten. Damit dem Urheber in jedem Fall ein Anteil der Vergütung verbleibt, bestimmt § 27b VGG-E, dass ihm mindestens zwei Drittel zustehen, sofern die Verwertungsgesellschaft keine andere Verteilung festlegt.

V. Urhebervertragsrecht

In zwei Schritten wurde in Deutschland das Urhebervertragsrecht nach langer und kontroverser Diskussion 2002 geschaffen³⁷ und dann zugunsten der Kreativen – Urheber und ausübende Künstler – 2016 verschärft.³⁸ Die gesetzliche Regelung geht vom Kreativen als schwächere Vertragspartei³⁹ aus, den es zu schützen gilt. Die angemessene Vergütung (§ 32 UrhG) soll gesichert werden, indem abweichend vom Grundsatz „pacta sunt servanda“ dem Kreativen ein Anspruch auf Einwilligung in die Änderung des Vertrages zubilligt wird – Voraussetzung⁴⁰ ist, dass ex ante betrachtet, die Vergütung nicht angemessen ist angesichts der eingeräumten Nutzungsmöglichkeit. Wird das Werk oder die Leistung des Kreativen ex post gesehen über das ursprünglich unterstellte Maß erfolgreich verwertet, wird eine weitere angemessene Vergütung (§ 32a UrhG) geschuldet – früher „Bestsellerparagraph“ genannt. War bisher ein „auffälligen Missverhältnis“ Voraussetzung des Anspruchs, reicht nun eine „unverhältnismäßig niedrige“ Vergütung, womit die Schwelle für eine Nachvergütung gesenkt⁴¹ wird.

Die Vergütung für die (frei tätigen) Kreativen kann wie bisher kollektiv festgelegt werden, wozu gemeinsame Vergütungsregeln (§ 36 UrhG) zur Verfügung stehen. Tarifverträge mit derartigen Regelungen gehen vor (§ 32 Abs. 4 UrhG); praktisch relevant sind solche für arbeitnehmerähnliche freie Mitarbeiter nach § 12a TVG. Tarifliche Regelungen beinhalten Abgeltungen für Arbeitszeit und Nutzungen, gemeinsame Vergütungsregeln nur die urheberrechtliche Nutzungsvergütung.⁴²

In dem Konzept ist die Bestimmung des § 32 Abs. 2 UrhG von zentraler Bedeutung, die regelt, was eine „angemessene“ Vergütung ist, wenn Tarifverträge oder Gemeinsame Vergütungsregeln nicht die Richtung weisen. Es handelt sich um die übliche und redliche⁴³ Vergütung, Letzteres als Korrektiv zu vielleicht üblichen aber gleich-

wohl von der Rechtsordnung missbilligten Branchenübungen. Hier wird seit Langem eine Diskussion darüber geführt, ob pauschale Vergütungen angemessen sein können, oder ob ausschließlich variable Vergütungen, die den Kreativen an Einnahmen prozentual beteiligen, dem Erfordernis der Angemessenheit genügen können. Der BGH⁴⁴ tendiert zur Beteiligungsvergütung, lässt aber eine Pauschale genügen, wenn diese ex ante betrachtet eine angemessene Beteiligung am voraussichtlichen Gesamtertrag der Nutzung gewährleistet; auch eine Kombination von Pauschale und Beteiligungsvergütung kommt in Betracht. Die Wendung des BGH zusätzlich mit der Einengung, dass die Pauschale „durch die Besonderheiten der Branche gerechtfertigt“ sein müsse, wird nun dem § 32 Abs. 2 UrhG hinzugefügt.

Bereits bisher gibt es für Kreative einen Auskunftsanspruch (§ 32d UrhG), den sie einmal jährlich gegenüber ihren Vertragspartnern geltend machen können. Die Praxis ist recht uneinheitlich. Als Autor eines Buches erhält man derartige Abrechnungen üblicherweise auch ohne Anfrage. Als Autor eines Beitrages auf einer Website fragt man in der Praxis nicht weiter nach, weil die Erwartung an die Refinanzierung solcher Texte im Netz ohnehin gering ist. Art. 19 DSM-RL gibt eine Transparenzverpflichtung in Form einer jährlichen Information an den Kreativen durch seinen Vertragspartner sowie modifiziert auch in der Lizenzkette vor. Das führt bei kleinen, untergeordneten Beiträgen zur Frage nach der Verhältnismäßigkeit.⁴⁵ § 32d Abs. 1 Satz 2 UrhG-E stellt weiterhin klar, dass derartige Informationen nur in dem Umfang geschuldet sind, wie sie im Rahmen eines ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebes üblicherweise vorhanden sind. Für viele Online-Angebote wird zukünftig die Anwendung der Ausnahmen des § 32 Abs. 2 UrhG-E diskutiert werden, wonach eine Auskunft nicht geschul-

36 Vgl. de la Durantaye, ZUM 2020, 88.

37 Gesetz zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern v. 22.03.2002, BGBl. I, 1155.

38 Gesetz zur verbesserten Durchsetzung des Anspruchs der Urheber und ausübenden Künstler auf angemessene Vergütung und zur Regelung von Fragen der Verlegerbeteiligung v. 20.12.2016, BGBl. I, 3037.

39 Erwägungsgrund 75 DSM-RL.

40 Details bei BGH, Urt. v. 23.07.2020 - I ZR 114/19 Rn. 30 - „Fotopool“.

41 Regierungsentwurf, S. 84.

42 BGH, Urt. v. 21.05.2015 - I ZR 39/14 Rn. 42 f. - „GVR Tageszeitungen II“.

43 Vgl. hierzu Ory, AfP 2002, 93, 98.

44 BGH, Urt. v. 23.07.2020 - I ZR 114/19 Rn. 42 ff. - „Fotopool“.

45 Vgl. Ory, AfP 2019, 287, 289 f.

det ist, wenn der Aufwand in einem Missverhältnis zu den Einnahmen aus der Werknutzung stünde.

Ergänzt wird die Auskunftspflicht durch ein Verbandsklagerecht (§ 36d UrhG-E). Danach können Verbände, die Kreative vertreten, wie bspw. Journalisten-Gewerkschaften, säumige Verwerter auf Unterlassung in Anspruch nehmen. Der Anspruch sei dem UKlaG nachempfunden, heißt es in der Begründung.⁴⁶ Die praktische Anwendung dürfte zu einigem Streit führen, zumal die Gewerkschaften ähnlich wie bei dem Streit um AGB⁴⁷ für freie Journalisten, von dem Mittel Gebrauch machen dürften. Das liefe auf eine unternehmens- oder produktbezogene Klärung der Verhältnismäßigkeit von Auskünften hinaus.

VI. Bearbeitung/Schranken

§ 23 UrhG-E regelt (zulässige) Bearbeitungen und Umgestaltungen neu. Es wird nun gesetzlich klargestellt, dass ein „hinreichender Abstand zum benutzten Werk“ nicht in dessen Schutzbereich eingreift. Das ist abgesehen von der systematischen Darstellung wenig Neues. Hingegen ist § 24 UrhG a.F. gestrichen, der bisher die „freie Benutzung“ regelte und damit eigentlich – trotz seiner systematischen Einordnung in den Abschnitt zu den Verwertungsrechten – eine Schrankenbestimmung darstellte, die die Schöpfung und Verwertung eines selbständigen Werks in freier Benutzung des Werkes eines anderen erlaubt, damit allerdings vor dem EuGH nicht standhielt (oben Nr. B. IV.). In der Konsequenz wird mit § 51a UrhG-E nun eine eigenständige Regelung für Karikaturen, Parodien und Pastiches eingeführt. So soll die Auseinandersetzung mit vorbestehenden schöpferischen Leistungen, die Aufnahme von Anregungen und die gegenseitige Inspiration ermöglicht werden.⁴⁸ Die (nunmehr ausdrückliche) Schranke gilt, soweit die Nutzung diesen Zweck verfolgt. Für Karikaturen und Parodien kann auf die bisherige Klärung zu § 24 UrhG a.F.⁴⁹ zurückgegriffen werden. Zu Pastiches führt die Begründung aus, es gehe meist weniger um die Nutzung konkreter Werke als um die Imitation des Stils eines bestimmten Künstlers, eines Genres oder einer Epoche – was nicht in bestehende Werke eingreift und deshalb keine Schranke erfordert. Im Kontext des Art. 5 Abs. 3 Buchst. k) InfoSoc-RL ist nach der Begründung auch die Übernahme fremder Werke oder Werkteile zulässig. Relevant ist das bei User Generated Content auf Webplattformen (oben C. V.).

Neu aufgenommen sind Schrankenbestimmungen zum Text und Data Mining (§§ 44b, 60b UrhG-E) sowie besondere gesetzlich erlaubte Nutzungen nicht verfügbarer

Werke (§§ 61d ff. UrhG-E). Von Bedeutung ist § 68 UrhG-E, wonach Vervielfältigungen gemeinfreier visueller Werke nicht durch verwandte Schutzrechte nach den Teilen 2 und 3 geschützt werden – d.h.: Man kann ein gemeinfreies Werk nicht etwa über den Umweg eines Fotos schützen und sich als Lichtbildner auf sein Leistungsschutzrecht nach § 72 UrhG berufen. Damit wird Art. 14 DSM-RL durchgesetzt. Die Vorschrift soll den Zugang der Allgemeinheit zum kulturellen Erbe fördern, indem sie die Verbreitung von Reproduktionen gemeinfreier Werke über das Internet erleichtert.⁵⁰

D. Zusammenfassung

Die Urheberrechtsnovelle 2021 beinhaltet im Schwerpunkt ein neues Stammgesetz, das UrhDaG-E. Darin wird die komplizierte Vorgabe des Art. 17 DSM-RL in nationales Recht umgesetzt. Es geht um die Verantwortung von Plattformen, die einzelnen Nutzern die Möglichkeit einräumen, Inhalte hochzuladen und für Dritte bereitzustellen. Es findet eine Abkehr von den Haftungsbeschränkungen des TMG statt. Die Plattformen haben sich um Lizenzen zu bemühen und ggf. Inhalte zu sperren. Allerdings vermutet das neue Recht großzügig, dass Inhalte unter bestimmten praxistypischen Bedingungen zulässigerweise geteilt werden. Die Regelung sieht ein internes Beschwerdeverfahren vor und zugleich Vergütungsansprüche der Rechtsinhaber, die sich hierzu einer Verwertungsgesellschaft zu bedienen haben, für diejenigen Fälle, in denen sich am Ende ein Eingriff in ihre Position herausstellt. Es handelt sich um einen komplexen Ausgleich der Positionen der Rechtsinhaber, der Plattformen und der Nutzer.

In diesem Kontext sind Änderungen bei den Urheberrechtsschranken zu sehen, die erlaubte Nutzungen definieren, so etwa für Karikaturen, Parodien und bei Pastiches. Völlig neu ist das Instrument erweiterter kollektiver Lizenzen, um Rechte von Außenseitern über Verwertungsgesellschaften zu lizenzieren.

Das Leistungsschutzrecht der Presseverleger, die Verlegerbeteiligung bei Verwertungsgesellschaften sowie Verschärfungen des Urhebervertragsrechts sind weitere Punkte der Novelle.

⁴⁶ Regierungsentwurf, S. 91.

⁴⁷ BGH, Urt. v. 31.05.2012 - I ZR 73/10 - „Honorarbedingungen Freie Journalisten“.

⁴⁸ Regierungsentwurf, S. 97 ff.

⁴⁹ Schrickler/Loewenheim, UrhG, 4. Aufl. 2020, § 24 Rn. 27 ff.

⁵⁰ Erwägungsgrund 53 DSM-RL.

Folgen des Lockdowns für das Gewerberaummietrecht: Störung der Geschäftsgrundlage von Miet- und Pachtverträgen

RA'in Dr. Hanna Deutgen und RA Michael Frohn

A. Problemstellung

Seit Beginn der Corona-Pandemie ist streitig, welche Auswirkungen behördliche Nutzungsuntersagungen bezogen auf die Miet- bzw. Pachtzinszahlungsverpflichtung von Gewerbemietern haben.

Bisher ist einheitliche Rechtsprechung, dass eine Mietminderung nicht in Betracht kommt, da es an einem unmittelbaren Zusammenhang zwischen der behördlichen Allgemeinverfügung und dem Mietobjekt fehlt. Die hoheitliche Anordnung zur Schließung hat ihre Ursache gerade nicht in der Beschaffenheit der Mietsache und/oder deren Beziehung zur Umwelt.

Eine Unmöglichkeit nach § 326 Abs. 1, § 275 Abs. 1 BGB liegt nicht vor, da die Vermietung nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Das Risiko, das Mietobjekt nach seinem Betriebskonzept nutzen zu können, liegt nach der gesetzlichen Wertung des § 537 BGB beim Mieter.

In Betracht kommt aber eine Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB, die bspw. eine Miet- bzw. Pachtzinsreduzierung, einen Erlass oder eine Stundung zur Folge haben kann. Bisher nahmen die Gerichte nur teilweise ein Recht auf Vertragsanpassung an.¹ Verneint wurde dies bisher mit dem Argument, dass das Verwendungsrisiko nach der gesetzlichen Wertung allein beim Mieter liege und die zwischenzeitlich ausgelaufene Regelung des Art. 240 § 2 EGBGB eine Sperrwirkung für die Fragen der Minderung/Unmöglichkeit und des Wegfalls der Geschäftsgrundlage beinhalte.² Generell hätten die §§ 536 ff. BGB Vorrang vor dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht, da ansonsten die Wertungen des Mangelgewährleistungsrechts und die dazu entwickelte Risikoverteilung zwischen Mieter und Vermieter unterlaufen würde.³

Ferner habe der Gesetzgeber bei Erlass des Art. 240 § 2 EGBGB in Ansehung der Pandemie deutlich zum Ausdruck gebracht, dass er grds. von einem Fortbestand der Zahlungsverpflichtung für Gewerbetreibende ausgehe.⁴

Aufgrund der weiteren Gesetzesänderung zum 31.12.2020 könnte dies zukünftig anders zu bewerten sein.

B. Gesetzesgrundlage

Der Deutsche Bundestag hat am 17.12.2020 zur Stärkung der Verhandlungsposition von Gewerberaummietern das „Gesetz zur weiteren Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens

und zur Anpassung pandemiebedingter Vorschriften im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht sowie im Miet- und Pachtrecht“ verabschiedet,⁵ welches für letzteren Bereich zum 31.12.2020 in Kraft getreten ist.

Mit Art. 10 des Gesetzes erfolgt eine Änderung von Art. 240 des Einführungsgesetzes zum BGB (EGBGB), welcher insgesamt befristet ist und mit Ablauf des 30.09.2022 außer Kraft tritt. Art. 10 des Gesetzes regelt eine Ergänzung durch § 7 wie folgt:

(1) Sind vermietete Grundstücke oder vermietete Räume, die keine Wohnräume sind, infolge staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie für den Betrieb des Mieters nicht oder nur mit erheblicher Einschränkung verwendbar, so wird vermutet, dass sich insofern ein Umstand im Sinne des § 313 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, der zur Grundlage des Mietvertrags geworden ist, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert hat.

(2) Absatz 1 ist auf Pachtverträge entsprechend anzuwenden.

C. Rechtsfolge

Der neu eingefügte § 7 trifft keine Regelung zur Rechtsfolge der gestörten Geschäftsgrundlage und damit dazu, wie die Vertragsanpassung zu erfolgen hat. In Betracht kommt grds. eine Miet- bzw. Pachtzinsminderung, eine Stundung oder ein Erlass, was einzelfallbezogen zu beurteilen ist.

I. Vermutungsregelung als einzige Rechtsfolge des Art. 240 § 7 EGBGB

Als Rechtsfolge normiert die Vorschrift des Art. 240 § 7 EGBGB allein eine tatsächliche Vermutung, dass sich ein Umstand i.S.d. § 313 Abs. 1 BGB, der zur Grundlage des Mietvertrags geworden ist, nach Vertragsschluss schwerwiegend

1 Vgl. bejahend: LG München I, Urte. v. 12.02.2021 - 31 O 11516/20; LG Frankfurt am Main, Urte. v. 02.10.2020 - 2-15 O 23/20; LG Zweibrücken, Urte. v. 11.09.2020 - HK O 17/20; LG Heidelberg, Urte. v. 30.07.2020 - 5 O 66-20; AG Köln, Urte. v. 04.11.2020 - 206 C 76/20; verneinend: LG Mönchengladbach, Urte. v. 02.11.2020 - 12 O 154/20; LG München I, Urte. v. 05.10.2020 - 34 O 6013/20.

2 LG München II, Urte. v. 22.09.2020 - 13 O 1657/20 (n. rkr.); Freudenreich, IMR 2/2021, 72.

3 AG Köln, Urte. v. 04.11.2020 - 206 C 76/20.

4 AG Köln, Urte. v. 04.11.2020 - 206 C 76/20.

5 BGBl. I 2020, 3256.

verändert hat. Dabei gilt diese Vermutung ausschließlich und allein für das sog. reale Merkmal des § 313 Abs. 1 BGB.⁶ Faktisch entsteht dadurch eine Beweislastumkehr.

Das Gesetz trifft damit keine Aussage über die zwei weiteren Merkmale des § 313 Abs. 1 BGB und die für diese geltende grundsätzliche Beweislastverteilung.

II. Abschluss des Vertrages mit anderem Inhalt (hypothetisches Merkmal)

Der Gesetzeswortlaut des § 313 BGB verlangt als hypothetisches Merkmal weiter, dass die Parteien den Vertrag nicht oder mit einem anderen Inhalt geschlossen hätten, wenn sie diese schwerwiegende Veränderung vorausgesehen hätten. Dieses Element dürfte in Bezug auf die COVID-19-Pandemie regelmäßig erfüllt sein und eine Ausnahme besteht lediglich dann, wenn eine anderweitige vertragliche Regelung vorliegt, aus der ein anderer Wille erkennbar ist.⁷ Zu beachten ist, dass Verträge zwischenzeitlich teilweise mit einer „COVID-Klausel“ versehen werden.

III. Zumutbarkeit und Risikozuweisung (normatives Element)

Außerdem muss es nach § 313 Abs. 1 BGB einer der Parteien unzumutbar sein, am Vertrag festzuhalten (3. Element). Im Rahmen der Zumutbarkeit ist von Bedeutung, wie stark sich die staatlichen Beschränkungen auf den Betrieb des Mieters auswirken und ein Indiz dafür dürfte der erheblich zurückgegangene Umsatz darstellen, der vom Mieter nachzuweisen ist.

Hinsichtlich der Risikoverteilung geht der Gesetzgeber von einer Art „Gefahrgemeinschaft“ aus. D.h., dass die Belastungen infolge staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie regelmäßig weder der Sphäre des Vermieters noch der des Mieters zuzuordnen sind.⁸

Es wird dazu auch die Ansicht vertreten, dass das Risiko durch die Regelung hälftig auf den Vermieter und den Mieter verteilt würde und deshalb eine Mietzinsreduzierung um 50 % angemessen sei.⁹ Dafür bietet der Gesetzestext aber keinen konkreten Anhaltspunkt und es wird weiterhin eine einzelfallbezogene Abwägung stattzufinden haben. In diesem Rahmen wird zu berücksichtigen sein, ob die Umsatzeinbußen durch staatliche Zuschüsse, ersparte Aufwendungen, Kurzarbeitergeld oder den Wegfall des Wareneinkaufs kompensiert wurden. Auch fällt ins Gewicht, ob der Mieter die Folgen durch eine Umstellung der Verkaufsstrategie bspw. auf den Onlinehandel hätte abmildern können.¹⁰

Das LG München spricht sich dabei ausdrücklich gegen eine Überkompensation aus und argumentiert, dass der Zahlungsschuldner grds. verschuldensunabhängig für die

eigene Zahlungsfähigkeit und deren Erhaltung haftet und folge daraus die Verpflichtung des Mieters mindestens in Höhe einer Monatsmiete Rücklagen zu bilden. Diese Verpflichtung ergebe sich schon aus dem Mietverhältnis als Dauerschuldverhältnis.¹¹

D. Rückwirkung

Streitig ist, ob diese Neuregelung rückwirkend auf den ersten Lockdown und damit auf Mietzinsrückstände vor dem 01.01.2021 anzuwenden ist. Dafür spricht, dass es an einer Übergangsregelung fehlt. Dagegen spricht, dass es sich um eine unzulässige und verfassungswidrige echte Rückwirkung handeln könnte, die nachträglich in einen bereits abgeschlossenen Sachverhalt eingreift und deshalb eine Gesetzesanpassung im Wege der verfassungskonformen Auslegung erfordert. Diesbezüglich bleiben die Gerichtsentscheidungen abzuwarten.

Die zeitlich bisher letzte Entscheidung des LG München I vom 12.02.2021 führte dazu aus, dass es sich bei der Gesetzesneufassung lediglich um eine Klarstellung handele und es deshalb auf die Rückwirkung schon gar nicht ankomme.¹²

E. Fazit

Im Kern regelt Art. 240 § 7 EGBGB die Vermutungswirkung, dass staatlich angeordnete Maßnahmen zur Schließung oder eingeschränkten Nutzung von Gewerberäumen im Zuge der COVID-19 Pandemie eine schwerwiegende Veränderung nach Vertragsschluss i.S.d. § 313 BGB darstellen.

Der Regelung könnte also rein klarstellende Funktion zukommen. Ins Gewicht fällt aber unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung zur Mietzinszahlungsverpflichtung für Gewerbemieter während des Lockdowns, dass die Ansicht, dass ein Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB deshalb nicht in Betracht komme, da die Risikoverteilung in §§ 536 ff. BGB unterlaufen würde oder aber § 240 § 2 EGBGB ursprünglich eine Sperrwirkung entfaltet habe, nicht mehr vertretbar ist. Denn durch die Neuregelung steht der Wille des Gesetzgebers dem ausdrücklich entgegen. § 313 BGB ist mithin grds. anwendbar und regelt die Folgen des Lockdowns für das Gewerberaummietrecht. Die schwerwiegende Veränderung nach Vertragsschluss wird nunmehr in diesem Rahmen vermutet.

6 Vgl. Herlitz, NJW 2021, 56 ff.

7 Vgl. Ausschussdrucksache 19 (6) 205 vom 14.12.2020, S. 40.

8 Vgl. Ausschussdrucksache 19 (6) 205 vom 14.12.2020, S. 40.

9 Vgl. Klimesch, IMR 2/2021, 47 f.; a.A. Blatt/Stobbe, IMR 2/2021, 45 f.

10 Blatt/Stobbe, IMR 2/2021, 45.

11 LG München I, Ur. v. 12.02.2021 - 31 O 11516/20.

12 LG München I, Ur. v. 12.02.2021 - 31 O 11516/20.

Die Prüfung des zweiten, hypothetischen Elements des § 313 Abs. 1 BGB dürfte zu vernachlässigen sein, womit dem normativen Element der Zumutbarkeit und der Risikozuweisung entscheidende Bedeutung zukommt. Auch nach der Neuregelung ist eine umfassende Prüfung des Einzelfalls erforderlich, sodass keinesfalls von einer generellen Risikoverteilung zwischen Mieter und Vermieter von 50 % auszugehen ist. Entscheidende Abwägungskriterien stellen vielmehr der Umsatzeinbruch, die Verpflichtung zur Rücklagenbildung, die Kompensation durch staatliche Überbrückungshilfen und Kurzarbeitergeld, die ersparten Aufwendungen sowie die Veränderung der Verkaufsstrategie durch bspw. den Onlinehandel dar.

Anspruchsverjährung im Dieselskandal BGH, Urt. v. 17.12.2020 - VI ZR 739/20

Prof. Dr. Michael Jaensch

A. Problemstellung

Im September 2015 wurde bekannt, dass die VW AG unzulässige Abschaltvorrichtungen in Diesel-Fahrzeugen eingebaut hat, die im Prüfstandtest die Stickoxidemissionen im Vergleich zum Normalbetrieb reduzieren. Diese Manipulation war in den darauffolgenden Wochen als Dieselskandal Gegenstand einer breiten Presseberichterstattung. 2016 stellte VW zur Abhilfe ein Software-Update zur Verfügung. Der BGH sieht VW aufgrund vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB in der Haftung.¹

Schadensersatzansprüche aus § 826 BGB verjähren gem. § 195 BGB nach Ablauf der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren. Der Lauf der Frist beginnt aufgrund § 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres, indem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. Nach ständiger Rechtsprechung erfordert der Verjährungsbeginn als übergreifende Voraussetzung, dass die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs dem Gläubiger zumutbar ist. Hieran fehle es bei einer unsicheren und zweifelhaften Rechtslage, die selbst ein Rechtskundiger nicht einzuschätzen vermag.² Dem Gläubiger müsse eine faire Chance gewährt werden, sein verfassungsrechtlich geschütztes Forderungsrecht durchzusetzen, um einen angemessenen Ausgleich zwischen Schuldner- und Gläubigerinteressen zu erreichen.³

In der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte hatte sich keine klare Linie zur deliktischen Haftung wegen vorsätzlicher, sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB herausgebildet.⁴ Eine höchstrichterliche Klärung erfolgte erst im Jahr 2020.⁵ Die unteren Instanzen urteilten auch unterschiedlich zur Frage, ob die Verjährung deliktischer Ansprüche gegen VW zum Schluss des Jahres 2018⁶ oder später⁷ eintritt. Der BGH hatte nun erstmalig Gelegenheit, hierzu Stellung zu nehmen.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Kläger erwarb im April 2013 ein Diesel-Fahrzeug mit manipulierter Abschaltvorrichtung. Mit seiner 2019 eingereichten Klage verlangt er u.a. die Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Übereignung des Fahrzeugs, worauf die Beklagte die Verjährungseinrede erhoben hat. Das Landgericht hat der Klage teilweise stattgegeben, das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen, wogegen der Kläger erfolglos Revision eingelegt hat.

Der BGH bestätigt seine ständige Rechtsprechung, wonach Kenntnis i.S.v. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB vorliegt, wenn die Erhebung einer Schadensersatzklage erfolversprechend sei. Ein verbleibendes Prozessrisiko sei hinzunehmen. Erforderlich sei die Kenntnis der tatsächlichen Umstände, die die Grundlage für den Anspruch bilden. Es genüge, wenn die bekannten Tatsachen ein schuldhaftes Fehlverhalten nahelegend erscheinen lassen und die Klageerhebung dem Geschädigten aufgrund dessen zumutbar ist. Die dreijährige Verjährungsfrist gewähre hinreichend Zeit, um sich über das weitere Vorgehen Klarheit zu verschaffen.

Das Risiko der rechtlichen Bewertung der tatsächlichen Umstände trage der Anspruchsinhaber. Allerdings könne in eng begrenzten Ausnahmefällen Rechtsunkenntnis wegen Unzumutbarkeit der Klageerhebung den Verjährungsbeginn verzögern, wenn selbst ein rechtskundiger Dritter keine zuverlässige Einschätzung zu geben vermag. Unzumutbar sei die Klage-

1 BGH, Urt. v. 25.05.2020 - VI ZR 252/19; BGH, Urt. v. 30.07.2020 - VI ZR 367/19; BGH, Urt. v. 30.07.2020 - VI ZR 397/19.

2 BGH, Urt. v. 21.02.2018 - IV ZR 385/16 Rn. 15; BGH, Urt. 04.07.2017 - XI ZR 562/15 Rn. 86; BGH, Urt. v. 23.09.2008 - XI ZR 262/07 Rn. 15; zu § 852 Abs. 1 BGB a.F. siehe BGH, Urt. v. 02.04.1998 - III ZR 309/96 Rn. 12.

3 BGH, Urt. v. 17.06.2005 - V ZR 202/04 Rn. 19.

4 Ablehnend OLG Braunschweig, Urt. v. 20.08.2019 - 7 U 5/18; OLG Braunschweig, Urt. v. 13.08.2019 - 7 U 352/18; bejahend OLG Koblenz, Urt. v. 12.06.2019 - 5 U 1318/18; OLG Oldenburg, Urt. v. 02.10.2019 - 5 U 47/19; OLG Oldenburg, Urt. v. 21.02.2020 - 6 U 286/19.

5 Siehe Fn. 1.

6 LG Saarbrücken, Urt. v. 13.12.2019 - 12 O 56/19 Rn. 19 ff.; OLG München, Beschl. v. 03.12.2019 - 20 U 5741/19; OLG Oldenburg, Urt. v. 06.02.2020 - 14 U 202/19 Rn. 19.

7 OLG Oldenburg, Urt. v. 21.02.2020 - 6 U 286/19 Rn. 71.

erhebung, entweder wenn der Anspruchsdurchsetzung eine höchstrichterliche Rechtsprechung entgegenstehe und sich noch keine gefestigte Gegenmeinung herausgebildet habe. Auch könne eine unsichere und zweifelhafte Rechtslage den Verjährungsbeginn verzögern, wenn bei Ermangelung einer höchstrichterlichen Rechtsprechung ein ernsthafter Meinungsstreit bestehe. Dies gelte aber nicht, wenn von der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufgestellte Grundsätze existieren, die sich auf den zu entscheidenden Fall übertragen lassen. Auch habe eine nach Beginn der Verjährungsfrist eingetretene Rechtsunsicherheit keinen Einfluss auf den Lauf der Frist.

Der Kläger habe im Jahr 2015 Kenntnis darüber erlangt, dass sein Fahrzeug vom Dieselskandal betroffen ist. Auch wenn die Beklagte in Abrede stellt, ihre verfassungsmäßigen Vertreter hätten von der Abschaltvorrichtung gewusst, habe der Kläger aufgrund der medialen Berichterstattung von allen tatsächlichen Umständen, die den Anspruch aus § 826 BGB begründen, bereits 2015 Kenntnis erlangt. Die ihm bekannten Tatsachen legten es nahe, dass die Abgasmanipulation vieler Fahrzeuge auf einer grundlegenden Strategieentscheidung beruht, die von einem verfassungsmäßig berufenen Vertreter der Beklagten zumindest gebilligt worden ist. Un- erheblich ist daher, dass der Kläger keine nähere Kenntnis von hausinternen Verantwortlichkeiten hatte. Denn nach den vom Gerichtshof bereits 2015 anerkannten Grundsätzen zur sekundären Beweislast habe der klägerische Vortrag zu den bekannten konkreten Anhaltspunkten genügt. Selbst wenn der Beklagten das Verhalten ihrer Vertreter nicht nach § 31 BGB hätte zugerechnet werden können, wäre eine Haftung aus § 831 BGB in Betracht gekommen. Im Übrigen sei die BGH-Rechtsprechung zu § 826 BGB auf den Dieselskandal übertragbar gewesen. Es sei bereits 2015 anerkannt gewesen, dass eine arglistige Täuschung einen Verstoß gegen die guten Sitten und die Belastung durch eine ungewollte Verbindlichkeit einen ersatzfähigen Schaden darstellt. Daher seien etwaige Zweifel, ob das Software-Update den Schaden entfallen ließe, ohne Belang, und eine Klage wäre bereits 2015 erfolgversprechend und somit zumutbar gewesen.

Eine durch die uneinheitliche Rechtsprechung der Oberlandesgerichte nach 2015 eingetretene Rechtsunsicherheit verschiebe nicht den Beginn der bereits angelaufenen Verjährungsfrist. Die Oberlandesgerichte konnten ihre Entscheidungen auf die vom BGH entwickelten Grundsätze stützen. Eine Klage hatte hinreichende Erfolgsaussichten und war somit zumutbar, ohne dass bereits eine abschließende, Gewissheit bringende BGH-Entscheidung vorgelegen habe.

C. Bewertung

I. Das Urteil des BGH überzeugt im Ergebnis. Kritikwürdig ist jedoch die Zumutbarkeit der Klageerhebung als übergreifen-

de Voraussetzung, die bei unsicherer und zweifelhafter Rechtslage den Verjährungsbeginn hinauszögert. Aus dem Wortlaut von § 199 Abs. 1 BGB lässt sich diese Voraussetzung nicht ableiten. Sie wurde entwickelt zur Vorgängervorschrift § 852 Abs. 1 BGB a.F. für Notar- oder Amtshaftungsansprüche.⁸ Nach der Schuldrechtsreform wurde sie für alle übrigen Ansprüche verallgemeinert.⁹ Einen systematischen Konflikt zu § 206 BGB, der eine Verjährungshemmung anordnet, sofern der Gläubiger in den letzten sechs Monaten der Verjährungsfrist durch höhere Gewalt an der Rechtsverfolgung gehindert ist, sieht der BGH nicht.¹⁰ Wenn aber selbst bei höherer Gewalt (insbesondere Stillstand der Rechtspflege)¹¹ das Gesetz „nur“ eine Hemmung vorsieht, dann ist schwer einsehbar, dass in dem weit weniger gewichtigen Fall der unsicheren und zweifelhaften Rechtslage sogar der Verjährungsbeginn aufgeschoben wird.¹² Der Konflikt verschärft sich, wenn eine nach Verjährungsbeginn eingetretene Unsicherheit den bereits in Gang gesetzten Lauf der Verjährungsfrist nicht verlängert.¹³ Denn grds. dürfen Fristen ausgeschöpft werden, ohne negative Folgen befürchten zu müssen.¹⁴ Die Gefahr einer unsicheren Rechtslage lässt sich durch die Hemmung, wie sie § 206 BGB vorsieht, bewältigen, um einen angemessenen Ausgleich zwischen Schuldner- und Gläubigerinteressen zu erreichen; verfehlt erscheint die ständige Rechtsprechung, beim Verjährungsbeginn in § 199 Abs. 1 BGB anzusetzen.¹⁵

II. Zu Recht will der Gerichtshof nur in eng begrenzten Ausnahmefällen an die unsichere und zweifelhafte Rechtslage eine Rechtsfolge für den Lauf der Verjährung knüpfen. Denn zur Klärung der Rechtslage kann der Gläubiger Klage erheben oder sich einer Musterfeststellungsklage anschließen, um nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 bzw. Nr. 1a BGB die Hemmung der Verjährung zu erreichen, statt abzuwarten, dass andere die Klärung herbeiführen.¹⁶ Aufgrund der Rückwirkung von § 204 Abs. 1 Nr. 1a BGB¹⁷ hatten Gläubiger im Dieselskandal sogar noch bis zum 29.09.2019 Gelegenheit, um ihre An-

8 BGH, Urt. v. 02.04.1998 - III ZR 309/96 Rn. 12.

9 BGH, Urt. v. 23.09.2008 - XI ZR 262/07 Rn. 15; BGH, Urt. v. 28.10.2014 - XI ZR 348/13 Rn. 54; hiergegen Bitter/Alles, NJW 2011, 2081 ff.

10 BGH, Urt. v. 28.10.2014 - XI ZR 348/13 Rn. 51.

11 BT-Drs. 14/6040, S. 119.

12 Bitter, JZ 2015, 170, 176.

13 BGH, Urt. v. 28.10.2014 - XI ZR 348/13 Rn. 45.

14 Lakkis in: jurisPK BGB, 9. Aufl. 2020, § 199 Rn. 165.

15 Peters/Jacoby in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, § 199 Rn. 84c.

16 Vgl. Peters/Jacoby in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, § 199 Rn. 84c.

17 Augenhöfer, VuR 2019, 83 ff.; Beckmann/Waßmuth, WM 2019, 89, 94 f.; Windau, jM 2019, 404, 406 f.; Mekat/Nordholtz, NJW 2019, 411, 412; a.A. Deiß/Graf/Salger, BB 2018, 2883 ff.; Grzeszick, NJW 2019, 3269 ff.

sprüche zu der vor Verjährungseintritt am 12.11.2018 gegen VW erhobene Musterfeststellungsklage anzumelden und somit eine Fristhemmung der 2019 bereits verjährten Ansprüche zu erreichen.¹⁸

D. Auswirkungen für die Praxis

Da nunmehr geklärt sein sollte, dass zum Schluss des Jahres 2018 deliktische Ansprüche gegen VW aus dem Dieselskandal verjährt sind,¹⁹ gewinnen auf § 852 BGB gestützte Herausgabeansprüche an Bedeutung.²⁰ Nach der Norm sind die durch die unerlaubte Handlung erlangten Vorteile herauszugeben, sofern der deliktische Anspruch verjährt ist. § 852 BGB enthält eine Rechtsfolgenverweisung auf die §§ 818 ff. BGB,²¹ sodass auf die Voraussetzungen des ursprünglichen Deliktsanspruchs nach § 826 BGB, einschließlich Schadensberechnung, abzustellen ist.²² Das bedeutet, dass der Anspruch nur denjenigen zur Verfügung steht, die ihr Fahrzeug vor Bekanntmachung der Manipulation erworben haben.²³ Nutzungsvorteile sind in Abzug zu bringen.²⁴ Deliktzinsen können nicht angesetzt werden.²⁵ Der Anspruch kann nur Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs geltend gemacht werden.²⁶ VW hat lediglich beim Kauf eines Neuwagens i.S.v. § 852 BGB „etwas erlangt“, sodass der Anspruch beim Kauf eines Gebrauchtwagens ins Leere geht.²⁷ Offen ist, ob sich VW auf den Entreichungseinwand nach § 818 Abs. 3 BGB berufen kann, um Kosten für die Umrüstung auf das Softwareupdate in Abzug zu bringen,²⁸ oder der Einwand aufgrund Bösgläubigkeit nach § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4 BGB entfällt.²⁹ Ferner steht zur Diskussion, ob § 852 BGB kraft teleologischer Reduktion im Dieselskandal nicht zur Anwendung kommt.³⁰

18 Näher hierzu Jaensch, jM 2020, 322, 324.

19 Siehe jedoch Musterfeststellungsklage gegen VW bei Fahrzeugwerb in Italien, Bekanntmachung v. 05.01.2021, OLG Braunschweig - 4 MK 1/20.

20 Vgl. LG Karlsruhe, Urt. v. 04.12.2020 - 4 O 195/20.

21 BGH, Urt. v. 14.02.1978 - X ZR 19/76 Rn. 61 f. – Fahrradgepäckträger II.

22 Wagner in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2020, § 852 Rn. 6.

23 BGH, Urt. v. 30.07.2020 - VI ZR 5/20 Rn. 27 ff.

24 BGH, Urt. v. 25.05.2020 - VI ZR 252/19 Rn. 64 ff.

25 BGH, Urt. v. 30.07.2020 - VI ZR 354/19 Rn. 17 ff.

26 BGH, Urt. v. 25.05.2020 - VI ZR 252/19 Rn. 58; Martinek, jM 2021, 9, 13 f.

27 LG Osnabrück, Urt. v. 03.07.2020 - 6 O 842/20 Rn. 43; Martinek, jM 2021, 9, 14 f.

28 Martinek, jM 2021, 56, 58 f.

29 BGH, Urt. v. 14.10.1971 - VII ZR 313/69 Rn. 65; Martinek/Heine in: jurisPK BGB, 9. Aufl. 2020, § 818 Rn. 123; „in der Regel“ Lorenz in: Staudinger, BGB, 2007, § 818 Rn. 52.

30 Martinek, jM 2021, 56 ff.

BGH und Ferenschild – von zu kurzen Verjährungsfristen und zu kurz gesprungener Rechtsfortbildung

BGH, Urt. v. 18.11.2020 - VIII ZR 78/20

Prof. Dr. Ansgar Staudinger und Wiss. Mit. Jan Busse

A. Problemstellung

Nach § 476 Abs. 2, letzter Halbsatz BGB¹ darf ein Unternehmer bei einem Verbrauchsgüterkauf i.S.d. §§ 474 ff. BGB die Verjährungsfrist bei einer gebrauchten Sache auf ein Jahr begrenzen. In der Rechtssache Ferenschild² hat der EuGH indes klargestellt, dass eine solche Handlungsoption mit dem zwingenden Mindeststandard der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie³ (im Folgenden RL), insbesondere deren Art. 5 Abs. 1 unvereinbar ist. Art. 7 Abs. 1 Satz 2 und 3 RL eröffnen Mitgliedstaaten bei der Umsetzung lediglich dahin einen Gestaltungsspielraum, in ihrem Sachrecht bei gebrauchten Sachen eine Verkürzung der Haftungsfrist zu eröffnen. Eine Unterscheidung, welche dem deutschen Recht bislang fremd ist. Der BGH war im Nachgang zum OLG Zweibrücken⁴ mit der Frage befasst, ob und inwieweit sich der Richtlinienverstoß in § 476 Abs. 2, letzter Halbsatz BGB bereits richterrechtlich korrigieren lässt oder die Norm bis zu einer etwaigen Gesetzesreform weiterhin zur Anwendung gelangt.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Anlassstreit in Karlsruhe betraf den Kauf eines gebrauchten Kraftradfahrzeugs. Der Kläger hatte vor dem OLG Zweibrücken als Verbraucher ohne Erfolg qua Rücktritt Ansprüche geltend gemacht. Die Berufungsinstanz hielt § 476 Abs. 2, letzter Halbsatz BGB⁵ für einschlägig und erachtete die Klausel des beklagten Autohändlers für wirksam, wonach Forderungen des Käufers wegen Sachmängeln einer Verjährungsfrist von einem Jahr ab Ablieferung des Fahrzeugs unterlagen. Der Rücktritt des Käufers war angesichts dessen nach § 218 Abs. 1 Satz 1 BGB verfristet. Der erkennende VIII. Zivilsenat hat sich dieser Sichtweise angeschlossen. Nach Ansicht der Revisionsinstanz verstößt § 476 Abs. 2, letzter Halbsatz BGB zwar zweifelsohne gegen die Mindestvorgaben der RL, was er bereits zuvor in einem obiter dictum ausgeführt hatte.⁶ Ebenso seien

1 Der ursprüngliche § 475 BGB ist seit dem 01.01.2018 in § 476 BGB überführt worden, siehe BGBI. I 2017, 969, 971.

2 EuGH, Urt. v. 13.07.2018 - C-133/16.

3 Richtlinie 1999/44/EG, ABl. vom 07.07.1999 Nr. L 171, 12.

4 OLG Zweibrücken, Urt. v. 19.03.2020 - 4 U 198/19 - DAR 2020, 567 mit Anmerkung Staudinger, DAR 2020, 558.

5 Intertemporal war nach Art. 229 § 39 EGBGB der textidentische Vorläufer in § 475 Abs. 2 BGB einschlägig. Der Einfachheit halber wird auf die Nachfolgeregelung abgestellt.

6 BGH, Urt. v. 09.10.2019 - VIII ZR 240/18 Rn. 22.

Gerichte gehalten, ihre Sachnormen soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck eines Sekundärrechtsakts auszulegen, und zwar unter Ausschöpfung des Ihnen nach nationalem Recht zustehenden Beurteilungsspielraums.⁷ Allerdings scheidet eine richtlinienkonforme Anwendung von § 476 Abs. 2 BGB mit der Folge, dass diese Vorschrift eine Limitierung der Verjährungsfrist auf ein Jahr verbiete, methodisch aus.⁸ Trotz Europarechtswidrigkeit sei die Norm vielmehr bis zu ihrer Novellierung durch den Gesetzgeber weiterhin einschlägig, sodass sich entsprechende Formularabreden wie im Ausgangssachverhalt als zulässig erwiesen.⁹ Der BGH begründet dies damit, dass das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung sowie Rechtsfortbildung des nationalen Rechts nach der Judikatur des EuGH und BVerfG bestimmten Schranken unterliege¹⁰ und die Pflicht zur Verwirklichung des Richtlinienziels im methodisch Erlaubten ihre Grenze finde.¹¹ Angesichts dessen könne § 476 Abs. 2 BGB weder sekundärrechtskonform ausgelegt noch dahin fortgebildet werden, dass die Vorschrift ersatzlos entfallende oder kraft teleologischer Reduktion lediglich eine Haftungsfristverkürzung erlaube.¹² Ihr Wortlaut sei unmissverständlich,¹³ ebenso der Wille der Legislative, die sich der Unterscheidung zwischen Haftungs- und Verjährungsfrist bewusst gewesen sei und erstere ausweislich der Gesetzesbegründung nicht ins BGB habe einführen wollen.¹⁴ Eine abweichende richterliche Entscheidung würde mithin die verfassungsrechtlichen Grenzen überschreiten und griffe unzulässigerweise in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein.¹⁵ So wenig die Warenkaufrichtlinie¹⁶ intertemporal einschlägig sei, ergebe sich eine abweichende Einschätzung aus dem Referentenentwurf eines Gesetzes für faire Verbraucherverträge,¹⁷ wonach § 476 Abs. 2 BGB demnächst eine Haftungsfristverkürzung erlaube.¹⁸ Nach Auffassung des erkennenden Zivilsenats verbiete es der Grundsatz der Gewaltenteilung, dass die Judikative dem Gesetzgeber bei verschiedenen Modellen der Richtlinienumsetzung vorgreife, zumal wenn jene mit derart unterschiedlichen Rechtsfolgen verknüpft seien.¹⁹

Der BGH spricht sich somit dafür aus, § 476 Abs. 2 BGB in seiner derzeit geltenden Fassung weiterhin anzuwenden, mit der Konsequenz, dass sich eine entsprechende Verjährungsfristverkürzung im Gewande einer Formularabrede als wirksam erweist.

C. Kontext der Entscheidung

Zu begrüßen ist zweifelsohne, dass nunmehr faktisch durch den Entscheid aus Karlsruhe bundesweit Rechtseinheit gerade in einer für den Auto- und Pferdehandel überaus praxisrelevanten Rechtsfrage hergestellt wurde. Das gilt umso mehr, als im Nachgang zur Rechtssache Ferenschild auf der Ebene der Oberlandesgerichte bereits divergierende Urteile²⁰ ergangen waren, was das OLG Zweibrücken allerdings bei seiner Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO übersehen hatte. Das Urteil des BGH vermag jedoch weder von

einer Begründung her noch im Ergebnis zu überzeugen. Zwar scheidet eine richtlinienkonforme Auslegung aufgrund des eindeutigen Wortlauts offensichtlich aus. Jedoch ist ein mitgliedstaatliches Gericht gehalten, das „nationale Recht, wo dies nötig und möglich ist, richtlinienkonform fortzubilden“.²¹ Es müssen somit alle methodisch erlaubten Instrumente bis an die Grenze des verfassungsrechtlich Zulässigen genutzt werden, um im Ergebnis eine Übereinstimmung mit den zwingenden Vorgaben eines Sekundärrechtsakts zu erreichen. Die Revisionsinstanz verneint die für eine Rechtsfortbildung notwendige planwidrige Unvollständigkeit. Der erkennende Zivilsenat begründet dies damit, der Gesetzgeber habe sich bewusst im Lichte der Zweispurigkeit von Haftungs- und Verjährungsfrist in der RL für das Transformationsmodell entschieden. Entscheidend ist allerdings, ob die Legislative angenommen hat, hiermit im weitesten Sinne noch dem Mindeststandard des Sekundärrechtsakts zu entsprechen. Die auch vom BGH²² angeführte Gesetzgebungsgeschichte²³ belegt nun gerade, dass die Legislative eben nicht bewusst und planvoll die Vorgaben des Unionsrechts missachten und damit im Ergebnis sehenden Auges die Gefahr der Staatshaftung heraufbeschwören wollte. Der erkennende Zivilsenat führt selbst in seiner Entscheidung aus, dass der Gesetzgeber unzutreffend angenommen habe, Art. 7 Abs. 1 Satz 2 der RL²⁴ erlaube im Ergebnis auch eine Verjährungsfristverkürzung. Der Reformgesetzgeber habe eine richtlinienkonforme Regelung schaffen wollen.²⁵ Geht man dementsprechend zutreffend von einer unbewussten Regelungslücke aus, so erweist sich eine richtlinienkonforme Reduktion des § 476 Abs. 2, letzter Halbsatz BGB durchaus als

7 BGH, Urt. v. 18.11.2020 - VIII ZR 78/20 Rn. 19.

8 BGH, Urt. v. 18.11.2020 - VIII ZR 78/20 Rn. 19.

9 BGH, Urt. v. 18.11.2020 - VIII ZR 78/20 Rn. 19.

10 BGH, Urt. v. 18.11.2020 - VIII ZR 78/20 Rn. 26, 27.

11 BGH, Urt. v. 18.11.2020 - VIII ZR 78/20 Rn. 28.

12 BGH, Urt. v. 18.11.2020 - VIII ZR 78/20 Rn. 30 m.w.N.

13 BGH, Urt. v. 18.11.2020 - VIII ZR 78/20 Rn. 31.

14 BGH, Urt. v. 18.11.2020 - VIII ZR 78/20 Rn. 32.

15 BGH, Urt. v. 18.11.2020 - VIII ZR 78/20 Rn. 42.

16 Richtlinie (EU) 2019/771, ABl. L 136 vom 22.05.2019, 28.

17 Referentenentwurf eines Gesetzes für faire Verbraucherverträge des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 24.01.2020.

18 BGH, Urt. v. 18.11.2020 - VIII ZR 78/20 Rn. 43.

19 BGH, Urt. v. 18.11.2020 - VIII ZR 78/20 Rn. 44 f.

20 Für eine richtlinienkonforme Auslegung sowie Rechtsfortbildung OLG Frankfurt, Urt. v. 11.07.2019 - 16 U 112/18 - DAR 2020, 89 mit Anmerkung Leenen; abweichend in der Tendenz OLG Celle, Urt. v. 11.09.2019 - 7 U 362/18 - DAR 2020, 89 mit Anmerkung Leenen.

21 BGH, Urt. v. 26.11.2008 - VIII ZR 200/05 Rn. 21 m.w.N.

22 BGH, Urt. v. 18.11.2020 - VIII ZR 78/20 Rn. 35.

23 BT-Drs. 14/6040, S. 244 f.

24 Genau diese offene Frage war ja auch vom belgischen Gericht in der Rechtssache Ferenschild dem EuGH unterbreitet worden.

25 BGH, Urt. v. 18.11.2020 - VIII ZR 78/20 Rn. 37, Rn. 41.

methodisch zulässig, natürlich nur unter Einhaltung der verfassungsrechtlichen Schranken. So darf eine Vorschrift gerade im Lichte von Art. 20 Abs. 3 GG nicht derogiert werden. Dies ist jedoch dann nicht der Fall, wenn der damalige Gesetzgeber die RL strenger oder gar überschießend umgesetzt hat und somit trotz entsprechender richtlinienkonformer Reduktion ein hinreichender Anwendungsbereich für andere Fallkonstellationen verbleibt. Mit Blick auf den Einheitlichkeitswillen der Legislative verbietet sich wohl eine richtlinienkonforme Reduktion des § 476 Abs. 2 letzter Halbsatz BGB beschränkt auf die im Vergleich zu § 13 BGB engere Definition des Verbrauchers in Art. 1 Abs. 2 Buchst. a), c) RL.²⁶ Eine solche gespaltene Auslegung bzw. Rechtsfortbildung hatte in der Vergangenheit auch der BGH abgelehnt. Im Anlassstreit befasst sich der VIII. Zivilsenat allerdings nicht mit dem Umstand, dass der Gesetzgeber weiland bei der Schuldrechtsreform im Jahr 2002 die RL überschießend umgesetzt hat, indem er ihre Vorgaben im Ausgangspunkt auf die rein nationale Kategorie der Rechtsmängelhaftung erstreckte, ohne allerdings einen vollständigen Gleichlauf bei der Sachmängelgewährleistung vorzusehen, wie etwa § 477 BGB belegt.²⁷ Schließt man die Anwendbarkeit von § 476 Abs. 2, letzter Halbsatz BGB kraft richtlinienkonformer Reduktion lediglich bei Sach-, nicht aber Rechtsmängeln aus, verstößt dies weder gegen Europa- noch Verfassungsrecht. Denn § 476 Abs. 2, letzter Halbsatz BGB wird nicht derogiert, der Vorschrift verbleibt ein signifikanter Regelungsbereich für Kaufverträge. Überdies ist eine solche differenzierende Lösung getragen vom Willen des Gesetzgebers, der selbst keinen vollständigen Gleichlauf von Sach- und Rechtsmängelgewährleistung vorgegeben hat. Auch der Grundsatz der Gewaltenteilung wird beachtet. Eine solche gespaltene richtlinienkonforme Reduktion von § 476 Abs. 2, letzter Halbsatz BGB verletzt ebenso wenig die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. Denn in Bezug auf die Abschaffung der Verjährungsfristverkürzung im Anwendungsbereich der RL besteht keinerlei Handlungsspielraum. Der BGH war demgemäß europarechtlich gezwungen, weil methodisch und verfassungsrechtlich erlaubt, § 476 Abs. 2, letzter Halbsatz BGB kraft richtlinienkonformer Reduktion auf dem Gebiet der Sachmängelgewährleistung „nachzubessern“. Damit wäre natürlich einhergegangen, dass die Formularabrede als unwirksam einzustufen und der Rücktritt nach § 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 BGB nicht verfristet war. Erst nachgelagert stellt sich allenfalls im Kontext einer ergänzenden Vertragsauslegung²⁸ die Frage, ob an die Stelle der unwirksamen Klausel über die Verjährungsfristverkürzung eine Abrede zwischen Autohändler und Verbraucher in den Kaufvertrag „hineingelassen“ werden kann, wonach nur solche Mängel Auslöser einer Gewährleistung sind, welche seit Gefahrübergang i.S.v. § 446 BGB offenbar geworden sind. Gegen diesen Ansatz sprechen bereits AGB-rechtliche Bedenken wie vor allem aber Vorgaben der jüngeren Judikatur des EuGH²⁹ zur Klau-

selrichtlinie.³⁰ Da sich im konkreten Anlassstreit der Mangel aber innerhalb des verkürzten Zeitraumes gezeigt hatte, hätte dem Unternehmer als Verkäufer dieser Rettungsanker ohnehin nichts genützt.

D. Ausblick für die Praxis

Auch wenn dem BGH von der Argumentation wie im Ergebnis nicht zu folgen ist, hält er doch seine schützende Hand über § 476 Abs. 2, letzter Halbsatz BGB und erteilt damit ebenso der bisherigen Klauselpraxis insbesondere im Auto- und Pferdehandel seinen Segen. Dier wirft die Frage der Staatshaftung zugunsten des Verbrauchers auf, der letztlich auf den gesetzgeberischen Fehlgriff in § 476 Abs. 2, letzter Halbsatz BGB zurückgehend dadurch einen Schaden erleidet, dass ihm Rechtsbehelfe gestützt auf Sachmängel unter Verweis auf die Verkürzung der Verjährungsfrist im Klauselwerk des Unternehmers abgeschnitten werden. Folgt man dem VIII. Zivilsenat, hat der Reformgesetzgeber 2002 womöglich nicht nur bewusst und planvoll die RL missachtet, sondern – hierauf weist der EuGH³¹ in der Rechtssache Ferenschild hin – in Anbetracht der eindeutigen deutschen Sprachfassung des Sekundärrechtsakts sogar einen qualifizierten Richtlinienverstoß begangen.

Allerdings wird der hiesige Gesetzgeber nach allzu langem Zuwarten nun endlich zum Wohl der Rechtsklarheit die Richtlinienwidrigkeit der Vorschrift bereinigen.³² Der am 16.12.2020 beschlossene Entwurf eines Gesetzes für faire Verbraucherverträge sieht eine Reform dahin gehend vor, dass die Haftungsdauer vertraglich auf ein Jahr begrenzt werden kann und der bisherige letzte Halbsatz von § 476 Abs. 2 BGB entfällt. Dieser Novellierung wird aber nur eine begrenzte Haltwertzeit beschieden sein. Denn der ebenso im Dezember veröffentlichte Referentenentwurf³³ eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags sieht nämlich die Rückkehr zur aktuell geltenden, derzeit richtlinienwidrigen Vorgabe in § 476 Abs. 2, letzter Halbsatz BGB vor. Hintergrund ist die Transformation der Warenkaufrichtlinie der EU zum 01.07.2021 durch das Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags, jener Rechtsakt hebt die RL mit Wirkung zum 01.01.2022 auf.

26 Eingehend Staudinger, DAR 2020, 558, 560.

27 Ebenso Staudinger, DAR 2020, 558, 560.

28 Dazu Leenen, JZ 2018, 284, 290 f.

29 EuGH, Urt. v. 07.11.2019 - C-349/18, C-350/18, C-351/18; EuGH, Urt. v. 07.08.2018 - C-96/16.

30 Richtlinie 93/13/EWG, ABl. vom 21.04.1993 Nr. L 95, 29.

31 BGH, Urt. v. 18.11.2020 - VIII ZR 78/20 Rn. 44.

32 Regierungsentwurf eines Gesetzes für faire Verbraucherverträge vom 16.12.2020.

33 Referentenentwurf eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags vom 10.12.2020.

Sozialschutzpaket III – ein weiterer Schritt zur Abfederung der Covid-19-Pandemie

RiLSG Dr. Anders Leopold

A. Einleitung

Es ist unübersehbar, dass die Covid-19-Pandemie noch nicht überwunden ist: Ungeachtet erster Schritte zu einer Lockerung der Restriktionen befindet sich Deutschland nach wie vor in einer von „Mutanten“ begleiteten partiellen „Shutdown“-Situation. Die damit verbundenen Einschränkungen haben weiterhin zur Folge, dass Menschen, die ohne die Pandemiesituation ihren Lebensunterhalt aus eigener Kraft sichern könnten, auf Leistungen der Grundsicherungssysteme angewiesen sind. Der Gesetzgeber versucht hier Abhilfe zu schaffen: Nach einem Sozialschutzpaket I¹ folgt nun mit Wirkung vom 01.04.2021 ein als Sozialschutz-Paket III betitelttes Gesetz,² welches wie seine Vorgänger vorrangig das Ziel verfolgt, die wirtschaftlichen Folgen der Covid-19-Pandemie für bestimmte Gruppen von Sozialleistungsbeziehern weiter abzufedern. In insgesamt sieben Artikeln regelt das Sozialschutzpaket III im Wesentlichen fünf Themenkomplexe. Diese werden nachfolgend vorgestellt.

B. Die Regelungen im Einzelnen

I. Verlängerung des vereinfachten Zugangs zu Grundsicherungssystemen

Verlängert werden die Regelungen über den vereinfachten Zugang zu den Grundsicherungssystemen.³ Die Verlängerung ist an das Bestehen der vom Parlament festzustellenden epidemischen Lage geknüpft,⁴ längstens aber bis zum Ablauf des 31.12.2021 befristet. Damit ist der Zeitraum des vereinfachten Zugangs zu den Grundsicherungssystemen nun formalgesetzlich festgelegt. Die Verordnungsermächtigungen in den eingangs genannten Vorschriften zur Verlängerung des Geltungszeitraums wurden – soweit vorhanden – dementsprechend gestrichen.⁵ Es bleibt zu hoffen, dass sich die Einschätzung des Gesetzgebers bewahrheitet und er zum Ende des Jahres 2021 nicht eine weitere Verlängerung vornehmen muss.

II. Verlängerung der Sonderregelung zur Mittagsverpflegung

Für denselben Zeitraum verlängert werden auch die Regelungen des § 68 SGB II, § 142 SGB XII und § 88b BVG betreffend den vereinfachten Zugang zu einer gemeinschaftlichen Mittagsverpflegung für Schülerinnen und Schüler sowie Kinder in Tageseinrichtungen bzw. in Tagespflege.⁶ Während die Formulierungshilfe der Bundesregierung und der anschließend „aus der Mitte des Bundestages“ von den Fraktionen der CDU/CSU und SPD eingebrachte Gesetzentwurf zunächst eine starre Verlängerung nur bis zur Mitte des Jahres 2021 vorsahen, ist die Verlängerung nun – dem Votum des Ausschusses für Arbeit und Soziales (11. Ausschuss) folgend – ebenfalls an das Bestehen einer parlamentarisch gem. § 5 IfSG festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite geknüpft worden. Die Verlängerung ist aber ebenso parlamentarisch vorsichtig befristet „längstens“ bis Ende des Jahres 2021. Auch hier wurden die Verordnungsermächtigungen zur Verlängerung des Geltungszeitraums⁷ gestrichen.

III. Einmalzahlung

Die größte Aufmerksamkeit – wenigstens der breiten Öffentlichkeit – dürfte das Sozialschutzpaket III dadurch erlangen, als es Empfängern von Leistungen der Grundsicherungssysteme, die im Monat Mai 2021 Anspruch auf Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II⁸ haben bzw.

1 BGBl. I 2020, 575; dazu z.B. Voelzke, jM 2020, 235; Groth, jurisPR-SozR 7/2020, Anm. 1; Burkiczak, NJW 2020, 1180; Löwisch, BB 2020, 948; Schaumberg, ASR 2020, 128 und einem Sozialschutzpaket II (BGBl. I 2020, 1055; dazu z.B. Valgolio, jM 2020, 285; Leopold, jurisPR-SozR 11/2020, Anm. 1).

2 BGBl. I 2021, 335.

3 § 67 SGB II, § 141 SGB XII, § 88a BVG, § 20 Abs. 6a BKGG.

4 Aktuell bis zum 30.06.2021, vgl. BT-Drs. 19/26545.

5 Vgl. die bereits zuvor hieran geäußerte Kritik bei Groth in: jurisPK SGB II, § 67 Rn. 50.

6 Dazu etwa Luik in: jurisPK SGB XII, § 142; Leopold in: jurisPK SGB II, § 68.

7 § 68 Abs. 2 SGB II, § 142 Abs. 3 SGB XII, § 88b Abs. 3 BVG.

8 Arbeitslosengeld II oder Sozialgeld.

denen nach dem SGB XII,⁹ dem BVG¹⁰ oder dem AsylbLG Leistungen gezahlt werden, eine Einmalzahlung i.H.v. 150 Euro gewährt. Dies entspricht einer monatlichen Kompensation i.H.v. 25 Euro. Nicht durchgesetzt hat sich der Änderungsantrag der Fraktion DIE LINKE, mit welchem eine „monatliche Zusatzzahlung“ von 100 Euro rückwirkend ab dem Monat März 2020 vorgeschlagen wurde.¹¹ Ebenfalls nicht übernommen wurde der Vorschlag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, den Berechtigten der Regelbedarfsstufen 1, 2 und 3 für den gesamten Zeitraum der Feststellung einer epidemischen Lage monatlich 100 Euro, den übrigen Leistungsberechtigten im selben Zeitraum eine zusätzliche monatliche Zahlung i.H.v. 60 Euro zukommen zu lassen.¹²

Durch die mit wenigen Ausnahmen allein vom Bund getragenen Einmalzahlungen sollen zusätzliche finanzielle Belastungen abgedeckt werden, die sich aus der Pandemiesituation für die Leistungsempfänger ergeben.¹³ Sie resultieren etwa aus der Notwendigkeit, Schnelltests auf eigene Kosten durchführen zu müssen, um z.B. Verwandte besuchen zu können, oder aufgrund gestiegener Aufwendungen für Hygieneprodukte oder Gesundheitsartikel,¹⁴ die vielerorts auch in sozialgerichtlichen Eilverfahren geltend gemacht worden sind, vor allem FFP-2-Masken.¹⁵ Die Einmalzahlungen nach den einzelnen Leistungsgesetzen sind aber mit keiner speziellen Verwendungsvorgabe verbunden. Vielmehr unterstellt der Gesetzgeber einen allgemeinen pandemiebedingten Zusatzbedarf.¹⁶ Die Gewährung einer Einmalzahlung steht unter dem Vorbehalt, dass kein an Leistungsberechtigte unmittelbar ausgezahltes oder weitergeleitetes Kindergeld berücksichtigt wird. Ausgeschlossen werden soll damit eine Doppelleistung von Kinderbonus und Einmalzahlung.¹⁷ Ein besonderer Antrag auf die Einmalzahlung seitens der Leistungsberechtigten ist nicht erforderlich.

Gesetzgebungstechnisch wird die Einmalzahlung verwirklicht durch Einfügung weiterer Vorschriften in die jeweiligen Leistungsgesetze, namentlich in § 70 SGB II, § 144 SGB XII, § 88d BVG sowie der Anfügung eines Absatzes 6 an § 3 AsylbLG, der auf die entsprechende Geltung der Regelung des § 144 SGB XII verweist.

IV. Vorläufige Entscheidungen

Zwischen den Verlängerungen des vereinfachten Zugangs zu den Grundsicherungssystemen versteckt sich eine andersartige Regelung betreffend vorläufige Leistungsentscheidungen nach dem SGB II, welche insbesondere selbstständig tätige Leistungsempfänger betrifft. Mit § 67 Abs. 4 Satz 2 SGB II war zunächst auf eine abschließende Berechnung des Einkommens dieser Per-

sonen und damit auch eine endgültige Leistungsentscheidung verzichtet worden, weil davon ausgegangen wurde, dass selbstständig erwerbstätige Leistungsbezieher von einem vollständigen Einkommensausfall betroffen seien. Eine Einkommensprognose wurde als erheblich erschwert angesehen. Inzwischen hat sich die Sachlage indes verändert. Den Leistungsberechtigten dürfte eine Einschätzung ihres Einkommens mittlerweile weit besser gelingen als dies zu Beginn der Pandemie der Fall gewesen ist. Durch zahlreiche Fragen im Zusammenhang mit der Möglichkeit einer Rücknahme bzw. Aufhebung von Leistungsentscheidungen¹⁸ ist auch den Jobcentern weiterer erheblicher Arbeitsaufwand entstanden, der eigentlich vermieden werden sollte.¹⁹ Mit der Ergänzung des Wortlauts in § 67 Abs. 4 Satz 2 SGB II kehrt die Praxis damit zu einer abschließenden Entscheidung für Bewilligungszeiträume zurück, die ab dem 01.04.2021 zu laufen beginnen.

V. Weitere Regelungen

I. Sozialdienstleister-Einsatzgesetz

Die sozialen Dienstleister bedürfen weiterhin des besonderen Sicherstellungsauftrags, um die Krisenbewältigung unterstützen zu können.²⁰ Mit dem Sozialschutzpaket III wird der besondere Sicherstellungsauftrag der sozialen Dienstleister bis zur Aufhebung der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite verlängert, längstens aber bis zum Ablauf des 31.12.2021. Auch insoweit geht der Gesetzgeber auf die Empfehlung des 11. Ausschusses hin über die Vorstellungen des Gesetzentwurfs hinaus, der eine zeitliche Begrenzung starr bis zum 30.06.2021 vorsah.

9 Leistungen nach dem Dritten oder Vierten Kapitel.

10 Leistungen nach § 27a BVG.

11 BT-Drs. 19/26983.

12 BT-Drs. 19/26984.

13 BT-Drs. 19/16542, S. 14.

14 BT-Drs. 19/26542, S. 10.

15 Vgl. z.B. LSG Essen, Beschl. v. 30.04.2020 - L 7 AS 666/20 B; LSG Bayern, Beschl. v. 22.02.2021 - L 7 AS 63/21 B ER; SG Lüneburg, Beschl. v. 10.02.2021 - S 23 AS 13/21 ER; SG München, Beschl. v. 22.02.2021 - S 52 AS 127/21 ER; SG Karlsruhe, Beschl. v. 01.03.2021 - S 18 AS 469/21 ER.

16 BT-Drs. 19/26542, S. 11.

17 BT-Drs. 19/26967, S. 17.

18 § 40 SGB II i.V.m. §§ 45, 48 SGB X.

19 BT-Drs. 19/26542, S. 18.

20 BT-Drs. 19/26542, S. 12.

II. Künstlersozialversicherungsgesetz

Die Pandemie hat auch im Bereich der Kreativ- und Kulturschaffenden erhebliche Auswirkungen. Um den Schwierigkeiten zu begegnen, die insbesondere selbständig Erwerbstätige in diesen Bereichen trifft, hat der Gesetzgeber die in § 3 Abs. 3 Satz 2 KSVG normierte Einkommensgrenze,²¹ ab der die Versicherungspflicht in der Künstlersozialversicherung besteht, bereits mit Gesetz vom 14.10.2020 ausgesetzt.²² Diese Regelung wird mit Blick auf die fortdauernde Pandemiesituation auf das Jahr 2021 übertragen. Das Unterschreiten dieser Einkommensgrenze bleibt damit unschädlich für den Versicherungsschutz nach dem KSVG. Die damit verbundenen Mehrausgaben für den Haushalt schätzt der Gesetzgeber als gering ein.²³

C. Fazit

Die Grundsicherungssysteme bewähren sich trotz der gegenwärtig schwierigen Pandemiesituation weiterhin. Das Sozialschutzpaket III verdeutlicht ein weiteres Mal, dass die parlamentarische Demokratie durchaus in der Lage ist, den von Grundsicherungsleistungen abhängigen Personen eine helfende Hand zu reichen, um die Pandemiesituation wenigstens in wirtschaftlicher Hinsicht erträglicher zu machen. Soweit es das nun vorgelegte Gesetz betrifft, erscheint seine Betitelung als „Paket“, lässt man die monetäre Dimension beiseite, vielleicht etwas übertrieben, denn der seinem Umfang nach geringe Regelungsgehalt verleitet zumindest nicht unbedingt dazu, an ein großes Paket zu denken. Angesichts einer auch im Bereich der Grundsicherungssysteme „auf Sicht“ fahrenden Gesetzgebung kann man sich ein Schmunzeln kaum verkneifen, wenn sich die Entwurfsverfasser des Sozialschutzpakets III selbst ein „Nachhaltigkeitsattest“ ausstellen.²⁴ Die mit dem „Paket“ verbundenen Ausgaben sind nennenswert – die Schätzungen belaufen sich auf 1,3 Mrd. Euro.²⁵ Es wird zu den Aufgaben der kommenden Jahre gehören, diese Staatsausgaben wieder zu neutralisieren. Das soll aber nicht das sehr lobenswerte Bemühen des Gesetzgebers schlechtreden, die Folgen der Pandemie mit dem neuen Gesetz weiter abzufedern. Dies dürfte – fürs Erste – gelungen sein.

21 3.900 Euro.

22 BGBl. I, 2112.

23 BT-Drs. 19/26542, S. 15.

24 Vgl. BT-Drs. 19/26542, S. 13.

25 BT-Drs. 19/26973, S. 2.

Opferentschädigung für im Mutterleib mit Alkohol geschädigte Kinder?

BSG, Urt. v. 24.09.2020 - B 9 V 3/18 R

RiSG Dr. Alexander Diehm

A. Problemstellung

Mütterlicher Alkoholkonsum während der Schwangerschaft führt häufig zu Schäden beim ungeborenen Kind. Insbesondere können Auffälligkeiten des Wachstums, Fehlbildungen, Störungen der Entwicklung, der Kognition und des Verhaltens entstehen. Solche Schädigungen werden unter dem Oberbegriff Fetale Alkoholspektrumstörungen (FASD – fetal alcohol spectrum disorders) zusammengefasst, der auch das Krankheitsbild des Fetalen Alkoholsyndroms (FAS) umfasst.¹ Nach Schätzungen ist von mindestens 2.000 Kindern pro Jahr in Deutschland auszugehen, die mit FAS geboren werden.² Die Bundesregierung hat in den vergangenen Jahren verschiedene Maßnahmen gefördert, die sich mit dieser Thematik beschäftigen und sie will dafür eintreten, dass in der Bevölkerung die Botschaft „Kein Alkohol in der Schwangerschaft!“ zur „sozialen Norm wird“.³ Ein ausdrückliches Verbot für Schwangere, Alkohol zu trinken existiert jedoch nicht.

Juristisch bewegt sich diese Problematik in einem Spannungsfeld, insbesondere zwischen den Rechten des ungeborenen Kindes, den Rechten der schwangeren Frau und den Schutzpflichten des Staates. Sie wird zudem im Hinblick auf verschiedene juristische Fachdisziplinen diskutiert.⁴ In sozialrechtlicher Hinsicht liegt es zunächst auf der Hand, dass Kinder und Erwachsene, die durch den Alkoholkonsum ihrer Mutter während der Schwangerschaft geschädigt werden, verschiedene Leistungen des Sozialstaats erhalten können, wie etwa Leistungen der Krankenversicherung, der Pflegeversicherung und Leistungen der Eingliederungshilfe. Allerdings wurde in sozialrechtlicher Hinsicht darüber hinaus in der jüngeren Vergangenheit vermehrt die Frage aufgeworfen, ob aufgrund eines Alkoholmissbrauchs der Mutter während der Schwangerschaft auch ein Anspruch auf Opferentschädigung nach dem Opferentschädigungsgesetz (OEG), wie etwa eine Beschädigtenrente, bestehen kann. Mit dieser Frage muss-

1 S3-Leitlinie, Diagnose der Fetalen Alkoholspektrumstörungen – FASD, 2016, www.awmf.org/leitlinien/detail/II/022-025.html, S. 8.

2 BT-Drs. 19/6794, S. 2.

3 BT-Drs. 19/6794, S. 5.

4 Vgl. für die strafrechtliche, zivilrechtliche, familienrechtliche und sozialrechtliche Diskussion etwa: Wever/Krekele, MedR 2019, 369 – 373 m.w.N.

ten sich zunehmend auch die Sozialgerichte befassen⁵ und nunmehr auch das BSG.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Entscheidung des BSG vom 24.09.2020 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die 2005 geborene Klägerin ist wegen einer globalen Entwicklungsverzögerung bei Alkohol-Embryopathie schwerbehindert. Sie beantragte Beschädigtenversorgung nach dem OEG, weil sie durch ein „Alkohol-Syndrom“ der leiblichen Mutter in der Schwangerschaft geschädigt worden sei. Der Beklagte lehnte den Antrag ab und der Widerspruch der Klägerin blieb erfolglos. Das Sozialgericht hat die Klage nach der Vernehmung der leiblichen Eltern abgewiesen⁶ und das Landessozialgericht hat die Berufung zurückgewiesen.⁷

Das BSG hat nun mit dem Urteil vom 24.09.2020 die Entscheidung des Landessozialgerichts im Ergebnis bestätigt und die Revision der Klägerin als unbegründet zurückgewiesen, weil es an einem tätlichen Angriff i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 1 OEG bzw. an einer gleichgestellten Giftbeibringung i.S.d. § 1 Abs. 2 Nr. 1 OEG fehle. Daher habe die Klägerin weder einen Anspruch auf Beschädigtenrente noch auf Anerkennung von Schädigungsfolgen.

Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 OEG erhält wegen der gesundheitlichen und wirtschaftlichen Folgen auf Antrag Versorgung in entsprechender Anwendung der Vorschriften des Bundesversorgungsgesetzes (BVG), wer im Geltungsbereich des OEG infolge eines vorsätzlichen, rechtswidrigen tätlichen Angriffs gegen seine oder eine andere Person oder durch dessen rechtmäßige Abwehr eine gesundheitliche Schädigung erlitten hat. Der Tatbestand des § 1 Abs. 1 Satz 1 OEG besteht somit aus den Merkmalen vorsätzlicher, rechtswidriger tätlicher Angriff (schädigender Vorgang), Schädigung und Schädigungsfolgen, die durch einen Ursachenzusammenhang miteinander verbunden sind.⁸ Nach § 1 Abs. 2 OEG steht dabei einem tätlichen Angriff i.S.d. Absatzes 1 insbesondere die vorsätzliche Beibringung von Gift (Nr. 1) gleich, wodurch der eng gehaltene Kreis entschädigungsberechtigter Opfer erweitert wird. Vor diesem Hintergrund hat das BSG in seinem Urteil vom 24.09.2020 mehrere Rechtsfragen geklärt:

Erstens hat der 9. Senat des BSG – unter Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung⁹ – klargestellt, dass in analoger Anwendung von § 1 Abs. 1 Satz 1 OEG auch Gesundheitsstörungen, die auf eine Schädigung vor der Geburt zurückzuführen sind, vom OEG umfasst sind. Das BSG stützt sich dabei auf den Schutzzweck des OEG und darauf, dass es sich auch bei dem ungeborenen Kind um individuelles, in seiner Identität und damit in seiner Einmaligkeit und Un-

verwechselbarkeit bereits festgelegtes, nicht mehr teilbares Leben handele, dem eigene Rechte zustehen, auch gegenüber seiner Mutter.¹⁰

Zweitens hat das BSG herausgearbeitet, dass ein vorgeburtlicher Alkoholkonsum der Mutter nur in ganz engen Grenzen einen Opferentschädigungsanspruch begründen kann. Denn für einen „tätlichen Angriff“ i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 1 OEG setzt das BSG in ständiger Rechtsprechung grds. eine in feindseliger Willensrichtung unmittelbar auf den Körper eines anderen zielende gewaltsame Einwirkung voraus.¹¹ Zwar handele es sich bei dem Alkoholmissbrauch der leiblichen Mutter um die für einen tätlichen Angriff erforderliche, unmittelbar auf den Körper eines anderen zielende gewaltsame Einwirkung. Die für einen tätlichen Angriff erforderliche feindselige Willensrichtung auf das ungeborene Kind liege bei dem Alkoholkonsum einer Schwangeren jedoch nur dann vor, wenn dieser die Grenze zum kriminellen Unrecht überschreitet,¹² wenn der Alkoholkonsum also zugleich auf einen versuchten Abbruch der Schwangerschaft i.S.d. § 218 Abs. 4 Satz 1, § 22 StGB gerichtet ist. Demgegenüber reiche es für einen Anspruch auf Opferentschädigung nicht aus, dass das Handeln eines Täters lediglich einen zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch begründet oder gegen subjektive Rechte des Kindes gerichtet ist, wenn die Grenze des kriminellen Unrechts aber nicht überschritten werde.

Der 9. Senat des BSG begründet seine Auffassung damit, dass das Merkmal der „Rechtsfeindlichkeit des Täterhandelns“ vor allem als Feindlichkeit gegen das Strafgesetz zu verstehen sei, welches gerade Handlungen vom Kreis entschädigungspflichtiger Ursachen ausschließe, die zwar gesellschaftlich missbilligtes Verhalten darstellen, die aber die Schwelle zum kriminellen Unrecht nicht überschreiten. Somit sei das bloße Trinken von Alkohol während der Schwangerschaft noch kein rechtsfeindliches Handeln im Sinne des OEG, weil dieses gerade an sich nicht strafrechtlich verboten sei. Denn für ungeborenes Leben habe der Gesetzgeber im Strafrecht keinen mit §§ 223 ff. StGB vergleichbaren Schutz vor vorsätzlichen oder fahrlässigen Schädigungen

5 LSG Celle, Urte. v. 26.11.2017 - L 10 VE 40/14; LSG Essen, Urte. v. 27.01.2017 - L 13 VG 11/16.

6 SG Magdeburg, Urte. v. 10.07.2015 - S 14 VE 18/11.

7 LSG Halle, Urte. v. 30.08.2017 - L 7 VE 10/15.

8 BSG, Urte. v. 24.09.2020 - B 9 V 3/18 R Rn. 25 ff. m.w.N.

9 Vgl.: BSG, Urte. v. 16.04.2002 - B 9 VG 1/01 R Rn. 21; BSG, Urte. v. 24.10.1962 - 10 RV 583/59 Rn. 20.

10 Vgl. auch: BVerfG, Urte. v. 28.05.1993 - 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92 Rn. 158, 161.

11 Vgl. nur: BSG, Urte. v. 15.12.2016 - B 9 V 3/15 R Rn. 23 m.w.N.

12 So im Ergebnis auch: LSG Celle, Urte. v. 26.11.2017 - L 10 VE 40/14 Rn. 26; LSG Essen, Urte. v. 27.01.2017 - L 13 VG 11/16. Rn. 33 ff.

der körperlichen Integrität vorgesehen. Dieser beginne erst mit der Geburt, während Einwirkungen auf die Leibefrucht nur über die Bestimmungen des strafbaren Schwangerschaftsabbruchs (§§ 218 ff. StGB) mit Strafe bewährt seien.¹³ Nur wenn die Mutter eines ungeborenen Kindes daher mit ihrem Alkoholkonsum im Einzelfall ausnahmsweise einen zumindest bedingt vorsätzlich versuchten aber erfolglosen Schwangerschaftsabbruch unternommen habe, bestehe die nach dem OEG erforderliche feindselige Willensrichtung. Der für die Mutter geregelte persönliche Strafausschlussgrund des § 218 Abs. 4 Satz 2 StGB stehe der Annahme einer feindseligen Willensrichtung im Sinne des OEG nicht entgegen, da der versuchte Schwangerschaftsabbruch in strafrechtlicher Hinsicht Unrecht bleibe, obwohl diese Vorschrift die Schwangere – im Unterschied zu etwaigen Teilnehmern der Tat – insoweit strafrechtlich privilegiere.

Diese Gesetzesauslegung sieht der 9. Senat des BSG durch die Gesetzssystematik, die Gesetzgebungsgeschichte sowie den Sinn und Zweck des OEG gedeckt, da das OEG insbesondere systematisch an das Strafrecht angelehnt ist und da der Gesetzgeber das OEG gerade nicht als „allgemeine Volksversicherung“ habe ausgestalten wollen, die alle Verletzungsrisiken durch das Handeln Dritter abdeckt.¹⁴ Schäden für das ungeborene Kind durch Alkoholkonsum der schwangeren Mutter sollen nach der Vorstellung des Gesetzgebers nicht durch einen strafrechtlichen, sondern vielmehr durch einen präventiven Ansatz abgewendet werden.¹⁵

Drittens habe die Mutter der Klägerin in dem hier vom BSG entschiedenen Fall durch ihren Alkoholkonsum keinen vorsätzlichen versuchten Schwangerschaftsabbruch unternommen und damit nicht in feindseliger Willensrichtung gehandelt. Daher liege ein tätlicher Angriff i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 1 OEG nicht vor. Dies ergebe sich aus den – nicht mit Verfahrensrügen angegriffenen – „knappen, im Ergebnis aber noch ausreichenden“ tatsächlichen Feststellungen des Landessozialgerichts, die das BSG nach § 163 SGG binden.

Viertens hat das BSG weiter klargestellt, dass die Vorschrift des § 1 Abs. 2 Nr. 1 OEG (vorsätzliche Beibringung von Gift) dahin gehend auszulegen ist, dass diese § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB (bzw. § 229 Abs. 1 StGB a.F.) nachgebildete Regelung nur strafrechtlich relevante Handlungen erfasse. Daher erfülle das Verhalten der leiblichen Mutter der Klägerin ebenfalls nicht die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 Nr. 1 OEG.

Fünftens hat das BSG dargelegt, dass seine Auslegung des § 1 Abs. 1 OEG mit den verfassungsrechtlichen Vorschriften in Einklang stehe.

C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung des BSG vom 24.09.2020 ist im Kontext der bisherigen Rechtsprechung zur Auslegung von § 1 Abs. 1 Satz 1 OEG zu sehen. Das BSG betont in ständiger Rechtsprechung, dass der Begriff des tätlichen Angriffs im OEG zwar in Anknüpfung an das StGB, jedoch eigenständig und ohne eine „strenge Bindung“ an die strafrechtliche Bedeutung auszulegen ist. Dies gilt insbesondere auch für das Erfordernis der „feindseligen Willensrichtung“, wobei die Rechtsprechung des BSG durchaus kasuistisch geprägt ist. Für bestimmte Fallkonstellationen hat das BSG besondere Anforderungen an einen tätlichen Angriff bzw. für eine feindselige Willensrichtung entwickelt, so z.B. im Rahmen des ärztlichen Eingriffs oder bei einem sexuellen Missbrauch von Kindern.¹⁶ Das BSG hat mit seiner Entscheidung vom 24.09.2020 die bisher entwickelten Rechtsprechungsgrundsätze fortgeführt.

Schließlich ist die Entscheidung perspektivisch auch vor dem Hintergrund des Gesetzes zur Regelung des Sozialen Entschädigungsrechts¹⁷ vom 12.12.2019 und des damit überwiegend zum 01.01.2024 neu geregelten SGB XIV zu sehen, welches im Hinblick auf die Opferentschädigung in § 13 Abs. 1 Nr. 1 SGB XIV im Wesentlichen die in § 1 Abs. 1 Satz 1 OEG enthaltene Definition des vorsätzlichen, rechtswidrigen, unmittelbar gegen eine Person gerichteten tätlichen Angriffs wie nach bisherigem Recht übernommen hat.¹⁸

D. Auswirkungen für die Praxis

Für die Praxis ist das Urteil des BSG vom 24.09.2020 von Bedeutung, weil das BSG mit dieser Entscheidung geklärt hat, dass ein Anspruch nach dem OEG aufgrund einer Schädigung eines Kindes durch den Alkoholmissbrauch der schwangeren Mutter möglich ist; dass jedoch der Anwendungsbereich dieser Rechtsprechung auf extreme Ausnahmefälle begrenzt ist, da in den seltensten Fällen ein versuchter Schwangerschaftsabbruch vorliegen oder nachweisbar sein dürfte.

Liegen jedoch Anhaltspunkte dafür vor, dass eine schwangere Frau mit einem Alkoholmissbrauch zumindest bedingt vorsätzlich einen Schwangerschaftsabbruch versucht haben sollte, so werden die Sozialgerichte im OEG-Prozess ggf.

13 BGH, Beschl. v. 02.11.2007 - 2 StR 336/07 Rn. 13, 17.

14 BT-Drs. 7/2506, S. 10.

15 BT Drs. 19/6794, S. 2 ff.; BT Drs. 19/6794, S. 5.

16 Für einen Überblick: Rademacker in: HK-SozEntschR, 1. Aufl. 2012, § 1 OEG Rn. 32 ff.

17 BGBl. I 2019, 2652.

18 BT-Drs. 19/13824, S. 175.

eigene Ermittlungen zur Frage der feindseligen Willensrichtung im dargestellten Sinne einleiten und Feststellungen treffen müssen. Dies führt in der Praxis dazu, dass in solchen extremen Fallkonstellationen die Sozialgerichte unter opferentschädigungsrechtlichen Gesichtspunkten eine strafrechtliche Prüfung des Verhaltens der Mutter durchführen müssen, obwohl der Gesetzgeber die Schwangere im Strafrecht über die Strafausschließungsregelung des § 218 Abs. 4 Satz 2 StGB privilegiert hat. Dies liegt daran, dass der Täter für einen tätlichen Angriff im Sinne des OEG nicht strafrechtlich verurteilt worden sein und noch nicht einmal schuldhaft gehandelt haben muss.¹⁹

Schließlich dürfte die Entscheidung des BSG vom 24.09.2020 in opferentschädigungsrechtlicher Hinsicht auch Maßstäbe für andere „gefährliche“ oder „zu missbilligende“, jedoch nicht verbotene Verhaltensweisen von Schwangeren gesetzt haben, mit denen ungeborene Kinder geschädigt werden können, wie etwa sonstige „Ernährungsfehler“ oder sonstiges „riskantes Verhalten“ in der Schwangerschaft. Inwieweit diese Grundsätze auch auf einen „Medikamenten- oder Drogenmissbrauch“ von Schwangeren Anwendung finden können, dürfte – ggf. für unterschiedliche Konstellationen – noch zu klären sein.

E. Bewertung

Das Urteil des BSG vom 24.09.2020 ist im Ergebnis überzeugend. Es bewegt sich einerseits in den Bahnen seiner bisherigen Rechtsprechung. Andererseits hat das BSG bei dieser Entscheidung „Augenmaß“²⁰ bewiesen, indem es mögliche Ansprüche nach dem OEG wegen Alkoholmissbrauchs in der Schwangerschaft auf ganz extreme Ausnahmefälle begrenzt hat. Denn zum einen hat es dem vom Gesetzgeber vorgesehenen Verhältnis der Rechte von schwangerer Mutter und ungeborenem Kind Rechnung getragen und zum anderen seine Entscheidung stark am Zweck des OEG und dessen Anknüpfung an das Strafrecht ausgerichtet. Hinzu kommt, dass sich die Problematik der Schädigung von Kindern durch Alkoholkonsum während der Schwangerschaft nicht durch eine Entschädigung der Opfer lösen lässt, die ohnehin nur ansatzweise versuchen kann die entstandenen Schäden zu kompensieren. Der Gesetzgeber sollte daher vielmehr präventive Instrumente stärken, um das Ziel „Kein Alkohol in der Schwangerschaft!“ möglichst umfassend zu erreichen und um süchtigen Schwangeren und ihren ungeborenen Kindern zu helfen, bevor die Schäden entstehen.

¹⁹ BSG, Urt. v. 08.11.2007 - B 9/9a VG 2/06 R Rn. 15.

²⁰ www.sueddeutsche.de/politik/bundessozialgericht-hilfe-statt-stigmatisierung-1.5043190 (zuletzt abgerufen am 11.03.2021).

Verwaltungsrecht

Drohneinsatz der US-Streitkräfte im Jemen: Keine unbegrenzte Verantwortung Deutschlands für extraterritoriale Sachverhalte

BVerwG, Urt. v. 25.11.2020 - 6 C 7/19

RiOVG Dr. Thomas Jacob

A. Problemstellung

Die langjährigen Konflikte im Jemen wie auch in Somalia sind längst zu deutschen Rechtsproblemen geworden. Dabei steht nicht die humanitäre, sondern die rechtliche Verantwortung der Bundesrepublik zur Diskussion. Konkret geht es um den Einsatz waffenfähiger Drohnen durch die US-Streitkräfte. So führen etwa die USA mit Zustimmung der jemenitischen Regierung in Teilen des Landes seit Jahren Militäroperationen zur Terrorismusbekämpfung unter Einsatz bewaffneter Drohnen durch, die mehrfach auch zu zivilen Opfern geführt haben. Den USA werden hierbei wiederholt Verstöße gegen das humanitäre Völkerrecht vorgeworfen. Der Grund, warum das die Bundesrepublik betrifft, ist einfach: Der Datenstrom zur Fernsteuerung der Drohnen wird in Echtzeit aus den USA über eine Satelliten-Relaisstation in Ramstein geleitet, die insoweit als notwendiges Bindeglied zwischen dem steuernden Personal („Piloten“) in den USA und den Drohnen im Einsatzgebiet im Jemen fungiert. Bei der Air Base Ramstein handelt es sich um einen Militärflugplatz in Rheinland-Pfalz, der von den US-Streitkräften auf der Grundlage des NATO-Truppenstatus und weiterer Verträge genutzt wird. Die USA informierten das Bundesministerium der Verteidigung schon 2010 über den Bau der Satelliten-Relaisstation auch zur Steuerung von waffenfähigen Drohnen.

Durch diese Verbindung zur Bundesrepublik sahen sich mehrere Kläger aus dem Jemen und aus Somalia in ihren durch das Grundgesetz vermittelten Grundrechten verletzt. Sie machten gegenüber dem Bundesministerium der Verteidigung zumeist im Wege der allgemeinen Leistungsklage geltend, die aus ihrer Sicht völkerrechtswidrige Nutzung der Air Base Ramstein mit geeigneten Mitteln zu unterbinden. Sowohl die Leistungsklage jemenitischer Bürger als auch die Feststellungsklage eines Mannes aus Somalia blieb jeweils vor dem erstinstanzlich zuständigen VG Köln ohne Erfolg.¹ Die Berufungsentscheidungen des

¹ VG Köln, Urt. v. 27.05.2015 - 3 K 5625/14 (Jemen), und VG Köln, Urt. v. 27.04.2016 - 4 K 5467/15 (Somalia).

OVG Münster führten zu unterschiedlichen Ergebnissen: Während das Oberverwaltungsgericht bezogen auf Somalia die Klage wie schon das Verwaltungsgericht als unzulässig ansah,² verurteilte es bezogen auf Jemen die Bundesrepublik, sich durch geeignete Maßnahmen einer völkerrechtskonformen Nutzung der Air Base Ramstein zu versichern.³

Auf die hierzu vom Oberverwaltungsgericht zugelassene Revision der Bundesrepublik hatte das BVerwG nun Gelegenheit, die Maßstäbe zu Entstehen und Reichweite grundrechtlicher Schutzpflichten und daraus folgender positiver Handlungspflichten höchstrichterlich klarzustellen.⁴

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Revision hatte Erfolg: Das BVerwG stellte die erstinstanzliche Klageabweisung wieder her, ohne die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die Leistungsklage wurde überwiegend als zulässig (Rn. 23 – 37), aber insgesamt unbegründet angesehen.

In einem ersten, für den Entscheidungsgang aber wesentlichen Schritt entfaltet das BVerwG die rechtlichen Maßstäbe für die Entstehung einer grundrechtlichen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG. Diese schütze dem Grunde nach auch im Ausland lebende Ausländer davor, dass ihr Leben und ihre körperliche Unversehrtheit vom deutschen Staatsgebiet aus durch einen anderen Staat in völkerrechtswidriger Weise beeinträchtigt würden. Dies gelte dann, wenn die betreffenden völkerrechtlichen Normen einen engen Bezug zu den Schutzgütern des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG aufwiesen und ein hinreichend enger Bezug zum deutschen Staat bestehe (Rn. 40). Die umfassende Bindung der deutschen Staatsgewalt an die Grundrechte sei nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht von einem territorialen Bezug zum Bundesgebiet oder der Ausübung spezifischer Hoheitsbefugnisse abhängig (Rn. 43). Erforderlich sei aber ein hinreichend enger Bezug zum deutschen Staat, denn eine unbegrenzte legislative oder exekutive Verantwortung der deutschen Staatsgewalt für die Unversehrtheit grundrechtlicher Schutzgüter außerhalb des eigenen Hoheitsbereichs sei dem Grundgesetz fremd (Rn. 46).

Insoweit verletze das Oberverwaltungsgericht Bundesrecht, indem es für den hinreichend qualifizierten Bezug zum deutschen Staat genügen lasse, wenn sich der relevante Beitrag zur Entstehung der Gefahrenquelle für die betroffenen Schutzgüter in einem rein technischen Übermittlungsvorgang ohne Entscheidungselemente erschöp-

fe: Es sei nicht ausreichend, dass sich die Einbindung der Air Base Ramstein in bewaffnete Drohneneinsätze auf die bloße Weiterleitung von Daten über die Satelliten-Relaisstation beschränke (Rn. 49). Bei wertender Betrachtung reiche es – so das BVerwG in einer zentralen Entscheidungspassage – für die Begründung grundrechtlicher Schutzpflichten nicht aus, dass auf deutschem Staatsgebiet befindliche technische Einrichtungen in einen Gesamtvorgang einbezogen seien, dessen Konzeption und Ausführung ansonsten ausschließlich in den Händen von außerhalb des deutschen Staatsgebiets tätigen Amtsträgern eines anderen Staates liege. Der Betrieb der Relaisstation auf deutschem Boden sei danach nur notwendige, nicht aber hinreichende Bedingung für die Annahme eines qualifizierten Gebietsbezugs. Hinzukommen müsse die Feststellung, dass für die rechtliche Bewertung maßgebliche Teilakte des grundrechtsrelevanten Gesamtgeschehens innerhalb der Grenzen der deutschen Gebietshoheit stattfänden; dies meine konkret Handlungen oder technische Abläufe, die einen relevanten Entscheidungscharakter hätten (Rn. 50). Über diesen hinreichenden Territorialbezug hinaus verlangt das BVerwG – anders als das Oberverwaltungsgericht – für das Entstehen der Schutzpflicht ferner die im Wege der Gesamtwürdigung zu treffende Feststellung, dass aufgrund von Zahl und Umständen bereits eingetretener Völkerrechtsverstöße konkret zu erwarten sei, dass es auch in Zukunft zu vergleichbaren völkerrechtswidrigen Handlungen des anderen Staates kommen werde (Rn. 54).

Das BVerwG stellt schließlich einen Bundesrechtsverstoß des Oberverwaltungsgerichts insoweit fest, als dieses nicht anerkenne, dass die Bundesregierung bei der völkerrechtlichen Beurteilung des Handelns anderer Staaten innerhalb der Bandbreite vertretbarer Rechtsauffassungen über einen Einschätzungsspielraum verfüge (Rn. 55). Unter Auseinandersetzung mit einer entgegenstehenden Kammerentscheidung des BVerfG⁵ folgt die Revisionsentscheidung im Ergebnis der Karlsruher Senatsrechtsprechung⁶ und billigt der Exekutive bei der (tatbestandlichen) Frage, ob eine rechtswidrige Beeinträchtigung oder Gefährdung eines grundrechtlich geschützten Rechtsguts als Entstehungsvoraussetzung einer Schutzpflicht vorliegt, einen in den strukturellen

2 OVG Münster, Urt. v. 19.03.2019 - 4 A 1072/16.

3 OVG Münster, Urt. v. 19.03.2019 - 4 A 1361/15.

4 BVerwG, Urt. v. 25.11.2020 - 6 C 7/19.

5 BVerfG, Kammerbeschl. v. 13.08.2013 - 2 BvR 2660/06 u.a.

6 BVerfG, Beschl. v. 16.12.1980 - 2 BvR 419/80.

Besonderheiten des Völkerrechts begründeten, bis auf Willkürgrenzen nicht justiziablen Beurteilungsspielraum zu (Rn. 58).

Das Vorliegen beider Kriterien – qualifizierter Hoheitsbezug einerseits und Nutzung der Air Base Ramstein unter Verstoß gegen Vorgaben des humanitären Völkerrechts andererseits – lasse sich auf der Grundlage der Tatsachenfeststellungen des Oberverwaltungsgerichts nicht endgültig entscheiden. Ob die Einbindung der Air Base Ramstein in die Drohneneinsätze neben der reinen Datenübertragung auch eine Auswertung von Informationen umfasse, was grds. auf einen relevanten Entscheidungscharakter der Einbindung hinweisen könne, sei offen (Rn. 61). Ebenfalls könne nicht festgestellt werden, ob die Drohneneinsätze regelmäßig gegen das Völkerrecht, insbesondere das Verbot unterschiedsloser Angriffe oder von Angriffen mit unverhältnismäßigen Kollateralschäden, verstießen (Rn. 62). Bei der Prüfung der Völkerrechtskonformität müssten die Verwaltungsgerichte die konkreten Umstände der durchgeführten Drohneneinsätze in den Blick nehmen und dürften es nicht bei der Bezugnahme auf allgemein gehaltene politische Erklärungen bewenden lassen (Rn. 63). Sie müssten für die tatsächlichen Umstände der Entstehung der grundrechtlichen Schutzpflicht die volle Überzeugungsgewissheit nach § 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO gewinnen (Rn. 64).

Das BVerwG lässt damit das Entstehen einer Schutzpflicht zwar offen, unterstellt diese jedoch und kommt zum – eine Zurückverweisung an das Oberverwaltungsgericht überflüssig machenden – Ergebnis, dass die Bundesrepublik jedenfalls einer etwaigen Schutzpflicht ausreichend nachgekommen sei (Rn. 66). Lege man den nach der Rechtsprechung des BVerfG⁷ zu konzедierenden Spielraum der auswärtigen Gewalt bei der Einschätzung außenpolitisch erheblicher Sachverhalte und der Zweckmäßigkeit möglichen Verhaltens zugrunde (Rn. 67), könnten die Maßnahmen der Bundesregierung im Verhältnis zu den US-Streitkräften nicht als unzulänglich qualifiziert werden (Rn. 69). Insoweit nimmt es die erheblichen Schwierigkeiten einer völkerrechtlichen Beurteilung der Drohneneinsätze im Jemen (Rn. 72) genauso in den Blick wie die durchgeführten Konsultationen der Bundesregierung mit den USA (Rn. 75) sowie deren Zusicherung der Völkerrechtskonformität der Einsätze (Rn. 77). Zu weitergehenden Maßnahmen, insbesondere zu einer Kündigung der Nutzungsvereinbarung über die Air Base Ramstein, bestehe aus der Schutzpflicht keine Verpflichtung (Rn. 80).

C. Kontext der Entscheidung

Das „Drohnenurteil“ des 6. Senats des BVerwG ist der Schlussstein einer Rechtsprechung, die bundesweit für mediales Aufsehen gesorgt hat und immer noch sorgt. Dabei gehen schon die bisherigen Entscheidungen des erstinstanzlich zuständigen VG Köln und die darauf folgenden Berufungsentscheidungen des Oberverwaltungsgerichts – bezogen jeweils auf Jemen bzw. Somalia – sehr unterschiedliche Wege in Zulässigkeit wie auch Begründetheit. Dem fügt das BVerwG nun wesentliche Gesichtspunkte hinzu, indem es zentrale Fragen einer möglichen Schutzpflicht der Bundesrepublik für im Ausland lebende Ausländer gegenüber völkerrechtswidrigen Handlungen dritter Staaten beantwortet.

Frühere Klagekonstellationen mit ähnlich gelagerten Interessen betrafen etwa die Begehren deutscher Bürger, die auf dem Fliegerhorst Büchel gelagerten amerikanischen Atomwaffen zu beseitigen⁸ oder die militärische Nutzung der Air Base Ramstein durch die Bundesrepublik zu überwachen.⁹ Hinter dem letztgenannten Verwaltungsrechtsstreit standen vor allem die Sorge um einen gegen den Standort gerichteten Militärschlag oder Terrorangriff und die befürchteten Auswirkungen auf Zivilisten. An die hierzu ergangene Unzulässigkeitsentscheidung des damals zuständigen 1. Senats knüpft der 6. Senat an verschiedenen Stellen an und differenziert diese – nun erstmals in der Begründetheit – weiter aus.

D. Auswirkungen für die Praxis

Vergleicht man die Entscheidung des BVerwG mit der vorausgegangenen Berufungsentscheidung des Oberverwaltungsgerichts, fällt die Zurückhaltung ins Auge, mit der der Leipziger Senat in eine völkerrechtliche Beurteilung des Drohneneinsatzes per se eintritt. Dies liegt im Wesentlichen an der engeren Interpretation zweier rechtlicher „Stellschrauben“: erstens der hinreichend qualifizierte Bezug zum deutschen Staat (Rn. 49) und zweitens der der Bundesregierung zuzubilligende Einschätzungsspielraum (Rn. 55). Das Bestehen eines hinreichend engen Bezugs zum deutschen Staat hat das Berufungsgericht bereits daraus abgeleitet, dass der Datenstrom zur Fern-

7 Vgl. statt vieler: BVerfG, Beschl. v. 13.10.2016 - 2 BvE 2/15 Rn. 169 f.

8 BVerfG, Kammerbeschl. v. 15.03.2018 - 2 BvR 1371/13; OVG Münster, Beschl. v. 07.05.2013 - 4 A 1913/11; VG Köln, Urt. v. 14.07.2011 - 26 K 3869/19.

9 BVerwG, Urt. v. 05.04.2016 - 1 C 3/15; OVG Münster, Urt. v. 04.11.2014 - 4 A 1058/13; VG Köln, Urt. v. 14.03.2013 - 1 K 2822/12.

steuerung der Drohnen in Echtzeit aus den USA über eine Satelliten-Relaisstation in Ramstein fließt, die insoweit als notwendiges Bindeglied zwischen dem steuernden Personal in den USA und den Drohnen im Einsatzgebiet auch im Jemen fungiert.¹⁰ Das reicht für das BVerwG, genauso wie bereits für das VG Köln im Fall Somalias,¹¹ nicht aus (Rn. 61). Auch auf die umfassenden eigenen Bewertungen des Oberverwaltungsgerichts zur Völkerrechtswidrigkeit der Drohneneinsätze kommt es für den Senat nun nicht mehr an.

Mit Blick auf die Zukunft bleibt abzuwarten, ob die unterlegenen Kläger den Gang nach Karlsruhe und später nach Straßburg antreten werden. Aufgrund der grund- und konventionsrechtlichen Prägung der maßgeblichen Streitfragen ist die Erhebung einer Verfassungsbeschwerde naheliegend. Interessant könnte hierbei nicht zuletzt die vom BVerwG diskutierte, unterschiedlich akzentuierte Kammer- und Senatsrechtsprechung des BVerwG zu exekutiven Beurteilungsspielräumen mit Auslandsbezug werden.

E. Bewertung

Scharf, aber treffend wurde dem OVG Münster nach seiner aufsehenerregenden Verurteilung der Bundesregierung vorgeworfen, auf die Logik der Globalisierung von Gewalt mit einer funktionalen Provinzialisierung durch rechtsstaatliche Bürokratisierung zu antworten.¹² Das BVerwG nimmt diese de facto sehr weitgehende innerstaatliche gerichtliche Kontrolle außenpolitischen Handelns nun ausdrücklich und in wünschenswerter Klarheit zurück. Das macht vergleichbare Klagekonstellationen für die deutschen Fachgerichte wieder handhabbar. Zugleich stärkt es die gewaltenteilige Architektur des Grundgesetzes, nach der die Verantwortung auswärtiger Politik in erster Linie bei der dafür demokratisch legitimierten Exekutive liegt. Das BVerwG beugt so einer im Verfassungstext nicht angelegten, mit dem dogmatischen Konzept grundrechtlicher Schutzpflichten unvereinbaren Entgrenzung der Verantwortlichkeit des deutschen Staates bei extraterritorialen Sachverhalten vor.

10 OVG Münster, Urt. v. 19.03.2019 - 4 A 1361/15 Rn. 252.

11 VG Köln, Urt. v. 27.04.2016 - 4 K 5467/15 Rn. 74 ff.

12 So bereits vorher Gärditz, JZ 2015, 896, 897; kritisch auch Heinemann, NVwZ 2019, 1580; Dreist, NZWehrr 2019, 208; eher positiv Aust, JZ 2020, 303; Bothe, verfassungsblog.de v. 21.03.2019; Sauer, verfassungsblog.de v. 22.03.2019.

Die Wiedernutzbarmachung von Flächen zur Schaffung von Wohnraum

BVerwG, Urt. v. 27.08.2020 - 4 CN 4/19

RiVG Dr. Samuel Thomann

A. Problemstellung

In vielen Kommunen steht die Schaffung von Wohnraum ganz oben auf der politischen Agenda. Doch die Umsetzung dieses Wunsches gestaltet sich schwierig. Das gilt auch für die Ebene der Bauleitplanung. Die Kommunen sollen etwa mit Bebauungsplänen die Voraussetzungen für mehr Wohnraum schaffen, doch eine Überplanung bislang von baulicher Nutzung verschonter Flächen und die Erweiterung der äußeren Grenzen des Siedlungsbereichs sollen nach Möglichkeit unterbleiben. Der Gesetzgeber verweist die Kommunen stattdessen im Wesentlichen auf Flächenpotenziale, die sich durch Maßnahmen der sog. Innenentwicklung gewinnen lassen. Darunter versteht der Gesetzgeber beispielhaft die Wiedernutzbarmachung von Flächen und die Nachverdichtung (§ 1 Abs. 5 Satz 5, § 1a Abs. 2 BauGB). Wird ein solcher Bebauungsplan der Innenentwicklung aufgestellt, ist dies mit verschiedenen Verfahrenserleichterungen verbunden (§ 13a BauGB). Ein besonders wichtiger Vorteil besteht darin, dass die Kommunen keine sog. Ausgleichsflächen zur Verfügung stellen müssen, mit denen die voraussichtlich erhebliche Beeinträchtigung des Landschaftsbildes sowie die Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushaltes kompensiert werden sollen. Es ist also nicht verwunderlich, dass manche Kommunen bei der Annahme, ob eine Maßnahme der Innenentwicklung vorliegt, einen eher großzügigen Maßstab anlegen.¹ Die hier zu besprechende Entscheidung des BVerwG nimmt das gesetzliche Regelbeispiel der Wiedernutzbarmachung von Flächen in den Blick.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Gegenstand des Normenkontrollverfahrens ist ein 2016 im beschleunigten Verfahren nach § 13a BauGB aufgestellter Bebauungsplan in einer brandenburgischen Gemeinde. Der Bebauungsplan überplant mit dem ca. 3 ha umfassenden Plangebiet überwiegend das Werksgelände einer ehemaligen Ziegelei, das nach Betriebsaufgabe für die Zivilverteidigung und als Standort für den Katastrophenschutz genutzt

1 Zur Verdeutlichung, welche Diskrepanzen bei der Häufigkeit der Anwendung des beschleunigten Verfahrens bestehen, sei exemplarisch auf die Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage zur Anwendung des hier zwar nicht einschlägigen, aber „verwandten“ § 13b BauGB verwiesen: BT-Drs. 19/14366, S. 2 f.

wurde. Die Art der baulichen Nutzung setzt der Bebauungsplan im Wesentlichen als allgemeines Wohngebiet fest. Die Antragstellerin grenzt mit ihrem Gewerbegrundstück an das Plangebiet an; ein schmaler Streifen ihres Grundstücks wird vom Bebauungsplan überplant. In diesem Bereich setzt der Bebauungsplan Flächen für die Errichtung einer Schallschutzwand sowie öffentliche Verkehrsflächen fest. Der Bebauungsplan ändert ein Teilgebiet eines bestehenden Bebauungsplans aus dem Jahr 2005.

Das Plangebiet ist mittlerweile mit einer Wohnanlage mit 95 Wohneinheiten und Nebenanlagen bebaut. Für das Vorhaben hat die Beigeladene im Juni 2016 eine Baugenehmigung erhalten.

Die Antragstellerin wandte sich im Aufstellungsverfahren gegen den Bebauungsplan, weil sie die Entwicklungsabsichten ihres Gewerbebetriebs nicht hinreichend berücksichtigt sah. Sie ist der Auffassung, dass ihr Betriebsgelände insgesamt mit in das Plangebiet hätte einbezogen werden müssen.

Auf den Normenkontrollantrag der Antragstellerin hat das OVG Berlin-Brandenburg den Bebauungsplan für unwirksam erklärt, weil er kein Plan der Innenentwicklung sei. Diese Auffassung hat das BVerwG nicht überzeugt.

I. Normativer Ausgangspunkt ist § 13a Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 BauGB. Danach kann ein Bebauungsplan – oder entsprechend wie hier eine Änderung eines Bebauungsplans – für die Wiedernutzbarmachung von Flächen, die Nachverdichtung oder andere Maßnahmen der Innenentwicklung (Bebauungsplan der Innenentwicklung) im beschleunigten Verfahren aufgestellt werden.

II. Das Gesetz definiert die Maßnahmen der Innenentwicklung nicht, sondern benennt zwei Beispielfälle. Das BVerwG sieht in dem Tatbestandsmerkmal der Innenentwicklung einen Oberbegriff und zugleich die Voraussetzung für die in § 13a Abs. 1 Satz 1 BauGB benannten und unbenannten Maßnahmen. § 13a dient der gesetzlichen Forderung, mit Grund und Boden sparsam und schonend umzugehen (§ 1a Abs. 2 Satz 1 BauGB). Der Bebauungsplan der Innenentwicklung darf hiervon ausgehend nur Flächen innerhalb des Siedlungsbereichs erschließen. Nicht erfasst ist hingegen der Bebauungsplan, der gezielt bislang von baulicher Nutzung unbelastete Flächen außerhalb bestehender Ortslagen überplant. Ob sich ein Bebauungsplan räumlich in den Grenzen des Siedlungsbereichs hält oder eine unerwünschte Entwicklung nach außen betreibt, bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen. Es ist also gerade nicht entscheidend, ob eine Fläche zum Außenbereich i.S.d. § 35 BauGB oder zum Innenbereich nach § 34 BauGB zählt, denn hierbei handelt es sich um rechtliche Kategorien.

Das BVerwG hat den Siedlungsbereich in seinem Urteil vom 25.06.2020² wie folgt umschrieben, ohne ihn jedoch abschließend zu definieren: Die Grenzen des Siedlungsbereichs werden nicht durch Planung bestimmt; die Planung findet diese in der jeweiligen Örtlichkeit vor. Dass es für die Bestimmung der Grenzen des Siedlungsbereichs auf die tatsächlichen Verhältnisse ankommt, zeigen – neben den in der Gesetzesbegründung beschriebenen Anwendungsfällen – die gesetzlichen Beispielfälle der Wiedernutzbarmachung von Flächen und der Nachverdichtung, die an einen ehemals oder aktuell noch vorhandenen Baubestand anknüpfen. Darin kommt zum Ausdruck, dass für die Innenentwicklung auf solche Flächen zugegriffen werden soll, die bereits baulich in Anspruch genommen wurden und ihre bodenrechtliche Schutzwürdigkeit durch die damit einhergehende Versiegelung jedenfalls teilweise schon verloren haben.

III. Eine ehemals baulich genutzte Fläche verliert ihre Zugehörigkeit zu dem so umrissenen Siedlungsbereich jedoch nicht bereits dann, wenn sie von aufstehender Bebauung beräumt und oberflächlich entsiegelt wird. Solange die Fläche aufgrund unterirdisch verbleibender Gebäudereste, sonstiger Versiegelungen oder nachhaltiger Veränderungen der Bodenstruktur einer natürlichen Vegetationsentwicklung nicht oder nur sehr eingeschränkt zur Verfügung steht, wirkt die ehemalige bauliche Inanspruchnahme fort. Greift ein Bebauungsplan auf solche Flächen zu, kann dies dem Anliegen des § 13a BauGB Rechnung tragen, die gezielte erstmalige Inanspruchnahme von Flächen für Siedlungszwecke zu verringern und Eingriffe in Natur und Landschaft zu vermeiden.

Ob eine Fläche – trotz Aufgabe der baulichen Nutzung – weiterhin dem Siedlungsbereich angehört, bestimmt sich nach der Verkehrsauffassung. Dies hat im Ansatz auch das Oberverwaltungsgericht für Recht erkannt. Das BVerwG beanstandet aber die zugrunde gelegten Maßstäbe zur Bestimmung eben dieser Verkehrsauffassung.

Das Oberverwaltungsgericht hat an die Rechtsprechung des BVerwG zum Erhalt des Bebauungszusammenhangs im unbeplanten Innenbereich nach § 34 BauGB angeknüpft,³ wonach eine bereits beseitigte Bebauung bzw. eine eingestellte Nutzung den Charakter eines Gebiets fortwirkend prägen kann, solange mit einer erneuten Bebauung bzw. der Wiederaufnahme der Nutzung gerechnet werden kann.

Dieser Auffassung erteilt das BVerwG eine Absage. Denn die Reichweite des Siedlungsbereichs des § 13a Abs. 1

² BVerwG, Urt. v. 25.06.2020 - 4 CN 5/18 Rn. 28.

³ BVerwG, Urt. v. 12.09.1980 - 4 C 75/77; BVerwG, Urt. v. 14.09.1992 - 4 C 15/90.

Satz 1 BauGB kann nicht nach den Maßstäben beantwortet werden, welche die Bebaubarkeit einzelner Grundstücke zum Gegenstand haben. Die maßgebliche Verkehrsauffassung wird vielmehr durch tatsächliche Gegebenheiten der betroffenen Fläche und von der Planung der Gemeinde beeinflusst.

Als tatsächliche Umstände, die für eine Zugehörigkeit einer Fläche zum Siedlungsbereich sprechen, können etwa eine dauerhafte, hinreichend wehrhafte Einzäunung Bedeutung erlangen. Von Bedeutung können auch das äußere Erscheinungsbild der Flächen sowie Art, Dauer und Intensität der bisherigen Nutzung sein, sofern diese Rückschlüsse auf den Grad der verbliebenen baulichen Belastung zulassen. Dabei wird die Verkehrsauffassung berücksichtigen, dass gerade die Wiedernutzbarmachung industriell genutzter Flächen erhebliche Zeiträume in Anspruch nehmen kann.

Erhebliches Gewicht kommt der Planung der Gemeinde zu. Beabsichtigt die Gemeinde die Renaturierung von Flächen, wird sich recht bald die Verkehrsauffassung bilden können, die Grenze des Siedlungsbereichs habe sich zurückgebildet. Stellt die Gemeinde dagegen im Zusammenhang mit dem Rückbau von Gebäuden einen Bebauungsplan für die Wiedernutzung auf, ist dies ein starkes Indiz, dass sich die Grenzen des Siedlungsbereichs nicht verschieben. Dieses Indiz mag mit der Zeit an Gewicht verlieren. Das ist aber nicht schon dann der Fall, wenn sich eine konkrete Planung oder ein bestimmtes städtebauliches Konzept nicht umsetzen lässt. Entscheidend ist, ob sich eine Verkehrsauffassung dahin gehend gebildet hat, dass der jeweilige Siedlungsbereich dauerhaft überhaupt keiner Bebauung mehr zugänglich sein wird. Erst in einem solchen Fall verliert eine gemeindliche Planung ihre indizielle Wirkung.

Das BVerwG hat die Sache gem. § 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwGO zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Oberverwaltungsgericht zurückgewiesen, weil die nach den rechtlichen Maßstäben des BVerwG erforderlichen tatsächlichen Feststellungen nicht getroffen wurden.

C. Kontext der Entscheidung

Die hier angezeigte Entscheidung des BVerwG schließt an dessen Urteile vom 04.11.2016 und vom 25.06.2020 an,⁴ die den Begriff der Innenentwicklung in seinen Grundzügen wie oben wiedergegeben definieren. Das BVerwG hat in diesen Entscheidungen zudem die Vereinbarkeit des § 13a BauGB mit Unionsrecht, konkret Art. 3 Abs. 5 Satz 1 der Richtlinie 2001/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.06.2001 über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme,⁵ festge-

stellt und zugleich auf den unionsrechtlichen Bezug der Vorschrift hingewiesen.⁶

Das BVerwG macht deutlich, dass es unterschiedliche Maßnahmen der Innenentwicklung gibt, die mit speziellen tatbestandlichen Voraussetzungen verbunden sind. Dies ist im Fall gesetzlich aufgeführter Regelbeispiele anhand des Normtextes ohne Weiteres nachzuvollziehen. Weniger klar ist dies in Fällen unbenannter Maßnahmen der Innenentwicklung.

Eine Besonderheit der Wiedernutzbarmachung einer brachgefallenen Fläche besteht darin, dass auch dem planungsrechtlichen Status eine indizielle Bedeutung für die Bestimmung der Verkehrsauffassung zukommt. Während also die Abgrenzung des Siedlungsbereichs – oder teilweise synonym auch als Ortslage bezeichnet – nach außen im Grundsatz nach rein objektiven Merkmalen in tatsächlicher Hinsicht zu bestimmen ist (gerade ohne Rückgriff auf rechtliche Kategorien wie Innen- und Außenbereich), so ist das Tatbestandsmerkmal des Wiedernutzbarmachens auch von dem planungsrechtlichen Status und damit von den planerischen Vorstellungen der Gemeinde abhängig und enthält mithin eine subjektive Komponente.

D. Auswirkungen für die Praxis und Bewertung

Die Möglichkeit eines beschleunigten Verfahrens nach § 13a BauGB ist durch die positiven Anwendungsvoraussetzungen und die Ausschlussgründe erheblich eingeschränkt. Die unionsrechtlichen Bezüge, die einen Verzicht auf den Umweltbericht nur unter bestimmten Voraussetzungen zulassen, führen zudem zu einer restriktiven Auslegung der Norm.

Die angezeigte Entscheidung des BVerwG hält zu einer präzisen Differenzierung der verschiedenen Innenentwicklungsmaßnahmen an. Dadurch werden die Maßnahmen zur Innenentwicklung vielschichtiger. Das macht die Rechtsanwendung für die Praxis nicht einfacher, aber für den Anwendungsbereich des § 13a BauGB im Fall der Wiedernutzbarmachung ergeben sich so mehr Möglichkeiten, auch seit längerer Zeit brach gefallene Flächen in einen Bebauungsplan im beschleunigten Verfahren miteinzubeziehen. Die Entscheidung des BVerwG enthält daher keine Abwendung von der bisherigen Rechtsprechung des Gerichts, sondern eine behutsame Auslegung des Katalogs der Maßnahmen der Innenentwicklung.

⁴ BVerwG, Urt. v. 04.11.2015 - 4 CN 9/14; BVerwG, Urt. v. 25.06.2020 - 4 CN 5/18.

⁵ ABl. L 197, S. 30.

⁶ BVerwG, Urt. v. 04.11.2015 - 4 CN 9/14 Rn. 24; BVerwG, Urt. v. 25.06.2020 - 4 CN 5/18 Rn. 30.

...und sie digitalisiert sich doch – Steuerverwaltung 2.0

Referatsleiter BMF Dr. Christian Schleithoff

A. Ausgangssituation

Die 19. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages neigt sich dem Ende zu und das kürzlich eingebrachte Gesetz zur Modernisierung der Entlastung von Abzugssteuern und der Bescheinigung der Kapitalertragssteuer ist eines der letzten Steuergesetze in dieser Legislaturperiode.

Es hat sich daher schon im bisherigen Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens (das Bundeskabinett hat am 20.01.2021 den Regierungsentwurf beschlossen; dieser befindet sich zurzeit – Stand 23.03.2021 – im Bundesrat) zu einem sog. Jahressteuergesetz entwickelt, in das eine Vielzahl von Regelungen eingefügt wurden, die mit dem Kern des Gesetzes nichts zu tun haben. So gibt es Regelungen zur Abgabenordnung, zum Umwandlungs-, Investment-, Finanzverfassungs- und Außensteuergesetz sowie Regelungen zur steuerlichen Behandlung von geringwertigen Wirtschaftsgütern und zur Umsatzsteuer. Gemeinsam ist allen Vorschlägen, dass für alle diese Vorhaben ein gesetzgeberisches Vehikel gesucht wurde, um die jeweilige Regelung noch vor dem parlamentarischen Toresschluss durch den Bundestag zu bringen.

Der etwas sperrige Name, in seiner Kurzform – Abzugsteuerentlastungsmodernisierungsgesetz – sogar noch verschlimmert – weist aber auf den Kerngehalt der geplanten Neuregelung hin. Es geht um die Modernisierung des Steuerabzugs- und Entlastungsverfahrens, insbesondere bei Dividendenzahlungen.

Diese Art der Steuererhebung durch Abzug (Gegenstück ist die Veranlagung etwa bei der Einkommensteuer) gibt es neben der Lohnsteuer, die durch den Arbeitgeber direkt an das Finanzamt abgeführt wird, auch bei Steuern auf Kapitalerträge, Zinsen oder Lizenzen, die direkt von der auszahlenden Stelle oder den Banken an den Fiskus abgeführt werden.

Das Abzugsteuerentlastungsmodernisierungsgesetz regelt aber nicht den ganzen Bereich des Steuerabzugs neu, sondern konzentriert sich auf den Bereich der Kapitalertragsteuer, insbesondere Dividendenzahlungen, und den Bereich des Steuerabzugs bei Lizenzen bzw. Vergütungen im Bereich des internationalen Spitzensports und internationaler Musikdarbietungen. Die geplanten Gesetzesregelungen haben insbesondere Auswirkungen auf den Bereich der beschränkten Steuerpflicht, d.h. Fälle mit Auslandsbezug. Das Gesetz bezieht sich in seinem Kern somit auf einen in-

haltlich begrenzten Bereich – Dividenden- und Lizenzbesteuerung –, ist aber von großer praktischer wirtschaftlicher und steuerlicher Bedeutung.

Im Zusammenhang mit der Kapitalertragsteuer und der Besteuerung von Dividenden hat es in den letzten Jahren durch sog. Cum/Ex Geschäfte erheblichen Missbrauch gegeben, der zwar zwischenzeitlich abgestellt wurde, dessen gerichtliche Aufarbeitung aber noch in vollem Gange ist.

Diese Gestaltungen mit Cum/Ex-, Cum/Cum und Cum/Fake-Geschäften haben gezeigt, dass am Kapitalmarkt ein erhebliches Potenzial besteht, über Dividendenarbitragegeschäfte die Besteuerung von Dividendeneinkünften zu umgehen und Missbrauch zu betreiben.

Nach heutigem Recht ist nach wie vor nicht feststellbar, wie viel Kapitalertragsteuer je Aktiegattung einbehalten und bescheinigt wurde. Es ist auch nicht feststellbar, ob mehr Kapitalertragsteuer erstattet als einbehalten wurde und für wen Steuerbescheinigungen ausgestellt wurden. Die Erhebung der Kapitalertragsteuer ist auf eine Vielzahl von Finanzinstitutionen und Banken verteilt. Schon allein aus diesem Grund und wegen des Umstands, dass die Erstattung oder Anrechnung der Kapitalertragsteuer auf eine Vielzahl von Finanzämtern und das Bundeszentralamt für Steuern (BZSt) verteilt ist, ist derzeit kein Abgleich zwischen der Erhebung und der Erstattung von Kapitalertragsteuer möglich – erst recht nicht bei Fällen mit Auslandsbezug.

Das Gesamtaufkommen der Kapitalertragsteuer lag 2020 bei ca. 21,5 Mrd. Euro und die Entlastung bei ca. 2,5 Mrd. Euro. Nach Presseberichten werden über 50 % der von Dax-Unternehmen ausgegebenen Aktien von ausländischen Aktienbesitzern gehalten. Dies zeigt die große praktische wirtschaftliche Bedeutung der Kapitalertrags- und Dividendenbesteuerung und des damit verbundenen Steuerabzugsverfahrens, das durch das Gesetz verbessert werden soll.

B. Kapitalertragsbesteuerung und rechtliches Umfeld

Die Bundesrepublik Deutschland erhebt eine Kapitalertragsteuer in Form eines Steuerabzuges i.H.v. 25 % unabhängig davon, ob die inländischen Erträge einem Inländer oder einem Ausländer zufließen. Bei Ausländern besteht jedoch häufig – aufgrund der mit vielen Staaten abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen – kein deutsches Besteue-

rungsrecht in dieser Höhe. Vergleichbare Regelungen haben fast alle Staaten, insbesondere auch Industrieländer, in ihren jeweiligen Doppelbesteuerungsabkommen vereinbart.

Neben der Kapitalertragsteuer wird in Deutschland eine Abzugsteuer auf bestimmte weitere Einkünfte von Ausländern erhoben (z.B. aus Lizenzrechten, internationalem Spitzensport, internationalen Musikdarbietungen), ebenfalls unabhängig davon, ob der Bundesrepublik Deutschland nach dem jeweiligen Doppelbesteuerungsabkommen in diesem Umfang ein Besteuerungsrecht zusteht. Gleiches gilt im Hinblick auf die Befreiungen von Lizenz- und Kapitalerträgen innerhalb grenzüberschreitender Konzerne durch das Steuerrecht der EU.

Damit die ausländischen Steuerpflichtigen gleichwohl von den Beschränkungen des deutschen Besteuerungsrechts durch Doppelbesteuerungsabkommen bzw. Unionsrecht und der daraus resultierenden Reduzierung ihrer Steuerlast profitieren können, enthält das deutsche Steuerrecht entsprechende Entlastungsregelungen. Dazu können sich die ausländischen Steuerpflichtigen in erster Linie an das BZSt wenden. Das Amt stellt entweder eine Bescheinigung (sog. Freistellungsbescheinigung und Freistellungsverfahren) aus, damit von vornherein nur eine reduzierte Abzugsteuer einbehalten wird, oder es erstattet nachträglich den zu hoch einbehaltenen und abgeführten Teil der Steuer (Erstattungsverfahren).

C. Grundstruktur und Kernelemente der gesetzlichen Regelung

Der Gesetzentwurf ist ein weiterer Schritt der Bundesregierung zur Modernisierung und Digitalisierung von Steuerverfahren – hier des Steuerabzugsverfahrens. Die Bekämpfung von Missbrauch und Betrug, insbesondere bei der Erstattung von Kapitalertragsteuer, ist ein weiterer Schwerpunkt des Gesetzes.

Die Entlastung ausländischer Steuerpflichtiger durch das BZSt wird durch die geplanten Regelungen prozessoptimiert sowie ressourcenschonender und weniger missbrauchs- und betrugsanfällig ausgestaltet. Es findet kein Systemwechsel statt, d.h. die Zweistufigkeit des Entlastungsverfahrens – entweder vorherige Freistellung oder Steueranmeldung/Steuerabzug und nachträgliche Erstattung – wird beibehalten. Das Entlastungsverfahren wird in einem neuen § 50c EStG übersichtlich und zusammenfassend geregelt. Andere Ansätze einer Anpassung des Entlastungsverfahrens in der Weise, dass eine Entlastung bereits direkt im Rahmen des Steuerabzugs erfolgt wie nach dem sog. TRACE-Modell, wurden nicht verfolgt, da sie keine geeignete Alternative für die Verhinderung von Betrug und Missbrauch sind.

I. Digitalisierung

Durch das Gesetz wird die vollständig digitalisierte Antragsbearbeitung und Bescheidung beim BZSt ab dem Jahr 2024 eingeleitet. Dazu werden die elektronische Antragstellung und der elektronische Bescheidabruf grds. vorgeschrieben, ebenso wie die elektronische Übermittlung der Kapitalertragsteuer-Bescheinigungsdaten durch ihren Aussteller. Diese Maßnahmen werden nicht nur die Abläufe bei Steuerpflichtigen und Finanzverwaltung vereinfachen, sondern auch Betrug mit gefälschten Bescheinigungen ausschließen. Dies ist ein wichtiges Element der Modernisierung des Steuerverfahrens. Da aber erst die IT-Voraussetzungen geschaffen werden müssen, treten diese Teile des Gesetzes erst 2024 in Kraft.

II. Verfahrensoptimierung

Die vorhandenen Verfahren zur Entlastung von der Kapitalertragsteuer und vom Steuerabzug nach § 50a EStG für ausländische Steuerpflichtige (hier insbesondere Lizenzzahlungen) werden reduziert, verschlankt und beim BZSt stärker konzentriert. D.h. konkret, dass das sog. Kontrollmeldeverfahren abgeschafft wird, keine rückwirkenden Steuerbescheinigungen mehr erteilt werden und das Erstattungsverfahren gem. § 11 InvStG beim Betriebsstättenfinanzamt wegfällt und stattdessen das BZSt zuständig wird.

Der Gesetzentwurf erweitert außerdem den Haftungsrahmen für die Aussteller von Steuerbescheinigungen hin zu einer verschuldensunabhängigen Haftung, wenn aufgrund dieser Steuerbescheinigung Steuern verkürzt werden oder unrechtmäßige Steuervorteile erlangt werden. Diese Haftungsverschärfung ist eine der heftig umstrittenen Regelungen im Gesetzentwurf, da verschuldensunabhängig auch für die Angaben von Dritten gehaftet wird und Bußgelder möglich sind. Aus Sicht der Verwaltung ist das aber ein unverzichtbares Kernelement der Gesetzesnovelle, da nur hierdurch die Qualität der erhobenen Daten gesichert sowie die Verlässlichkeit und Effizienz des Datenerhebungsverfahrens gewährleistet werden kann.

III. Verbesserte Missbrauchsbekämpfung

Verbesserte Missbrauchsbekämpfung ist neben der Digitalisierung das zweite wesentliche Element des Gesetzes. Das Abzugsverfahren der Kapitalertragsteuer wird um elektronische Meldepflichten erweitert. Die Meldungen werden zentral beim BZSt gesammelt, um insbesondere Gestaltungen zur Umgehung der Dividendenbesteuerung leichter zu erkennen.

Um gewerbsmäßige Betrugsmodelle mit Auslandsbezug wirksamer zu verhindern, benötigt die Finanzverwaltung zusätzliche Informationen aus den Daten zur Abführung von Kapitalertragsteuer, da sie aus anderen Quellen nicht zu beschaffen sind. Die auf Steuerbescheinigungen zu Dividen-

denzahlungen auszuweisenden Angaben werden zum Teil erheblich ausgeweitet, um Gestaltungen zur Umgehung der Dividendenbesteuerung besser erkennen zu können.

Derzeit reicht es für die Beantragung der Steuerbescheinigung bei einem Auslandssachverhalt, dass das ausländische depotführende Kreditinstitut lediglich den Namen des Aktionärs angibt. Zukünftig sollen neben aktionärsbezogenen Informationen, transaktionsbezogene Angaben, insbesondere der Anschaffungszeitpunkt und die sonstigen Umstände der Anschaffung, sowie Angaben zur Verwahrkette verlangt werden. Diese Angaben werden auf der Steuerbescheinigung vermerkt. Hierdurch wird die Transparenz des ganzen Verfahrens erheblich erhöht.

Neben dem Ausweis auf der Steuerbescheinigung sind diese Informationen aber auch Teil der Angaben zu Dividendenzahlungen, die zukünftig durch die Depotbanken elektronisch direkt an das BZSt zu übermitteln sind. Dort werden sie – mit weiteren Informationen – in eine neu zu schaffende Kapitalertragsteuer-Datenbank mit umfassenden Steuerbescheinigungsdaten eingestellt. Die Informationen dienen der Finanzverwaltung und hier insbesondere der beim BZSt eingerichteten Sondereinheit zu Analyse- und Kontrollzwecken.

Wichtiger Teil der Missbrauchsbekämpfung ist auch die Neufassung der Missbrauchsbekämpfungsklausel im § 50d Abs. 3 EStG. Sie ist kürzer, klarer strukturiert und sprachlich eindeutig. Diese Regelung, die missbräuchlichen Steuergestaltungen im Zusammenhang mit der Entlastung von Kapitalertragsteuer

und unberechtigten steuerlichen Vorteilen bei Doppelbesteuerungsabkommen (sog. treaty shopping) vorbeugen soll, wird an verpflichtende europäische Vorgaben (ATAD-Richtlinie) und die europäische Rechtsprechung angepasst. Die Missbrauchsbekämpfungsklausel wird damit rechtssicher gemacht – sowohl für die Steuerpflichtigen wie die Verwaltung.

Auch diese Neufassung ist sehr umstritten, da sie von Berratschaft und Wirtschaft, insbesondere wegen der verstärkten Übernahme von subjektiven Tatbestandselementen, als Verschärfung wahrgenommen wird. Aufgrund der europäischen Rechtsprechung war aber eine teilweise Einschränkung der Bedeutung vorhersehbarer objektiver Kriterien zugunsten der Betonung einer auf das Subjektive abstellenden Einzelfallbetrachtung notwendig. Das entscheidende entlastende Element ist die – von der Rechtsprechung geforderte – umfassende Zulassung eines Gegenbeweises bei der Vermutung von steuerlichem Gestaltungsmisbrauch. Hierdurch wird ein angemessener Ausgleich der unterschiedlichen Interessen von Steuerverwaltung und Wirtschaft geschaffen.

D. Fortgang des Verfahrens

Der Gesetzentwurf ist zurzeit im parlamentarischen Verfahren und soll noch vor der Sommerpause verabschiedet werden. Es wird eine intensive parlamentarische Debatte, begleitet von entsprechenden Lobbyaktivitäten sowohl über die oben beschriebenen Kernbereiche wie die hinzugefügten und hiermit nicht zusammenhängenden „Jahressteuerelemente“ erwartet.

Strafrecht

Dignität des staatlichen Strafanspruchs – eine Betrachtung am Beispiel des Falls „Gäfigen“

Prof. Dr. Marco Mansdörfer

A. Der Fall „Gäfigen“ und seine unbefriedigende gerichtliche Behandlung

Magnus Gäfigen hat im Jahr 2002 den Bankierssohn Jakob von Metzler entführt und getötet. Der Grund für die fortwährende Aktualität dieser Vorgänge liegt aber nicht vornehmlich in dem Geschehen rund um die Erpressung, sondern in der für die bundesdeutsche Geschichte soweit ersichtlich einmaligen Anordnung der Androhung von Folter durch den Vizepolizeipräsident Wolfgang Daschner zur Rettung des ver-

meintlich noch lebenden Entführungsoffiziers.¹ Als hätte es dazu noch eines Beweises bedurft, hat das öffentlich-rechtliche Fernsehen am 03.01.2021 die Geschichte zu einem richtigen TV-Event ausgestaltet. In zwei parallelen Sendungen schilderte Ferdinand von Schirach die Geschichte einmal aus

¹ Siehe dazu etwa Gaede in: MünchKomm, StPO, 1. Aufl. 2018, Art. 3 EMRK Rn. 22, 38; Meyer-Ladewig/Lehnert in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, 4. Aufl. 2017, Art. 3 Rn. 4.

der Sicht des Ermittlers² und einmal aus Sicht der Strafverteidigung.³ Der Fall wirft eine ganze Reihe von hoch streitigen Themen auf, die in weiten Teilen schon ausführlich diskutiert worden sind. Dazu gehören etwa Fragen der Zulässigkeit einer sog. Rettungsfolter oder die Möglichkeit einer Rechtfertigung der Folterdrohung Wege der Nothilfe nach § 32 StGB.⁴ Im Fernsehformat wurde die Angelegenheit stark vereinfacht. Die Folter wurde durchgeführt und die juristische Problematik auf die Fragen „Zulässigkeit der Folter ja oder nein“ sowie „Verurteilung ja oder nein“ zugespitzt.

Im tatsächlichen Fall war das anders. Gäfgen wurde auf der Basis eines Geständnisses in der Hauptverhandlung zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe mitsamt der Feststellung der besonderen Schwere der Schuld verurteilt. Vizepolizeipräsident Daschner wurde in einem eigenen Strafverfahren eine Geldstrafe auf Bewährung auferlegt, die dessen Fehlverhalten nicht wirklich kompensiert. Der EGMR ordnete diese Strafe zutreffend nur als „mehr oder weniger symbolisch“⁵ ein. Entsprechendes gilt für die gut 3.000 Euro Schmerzensgeld, die Gäfgen vom LG Frankfurt zugesprochen worden sind. Kurz: Die Androhung von Folter war zwar rechtswidrig, aber sonst für sich nicht wirklich von Belang.

B. Zur Problematik tatschuldindifferenter Strafzumessungs- und Rechtsfolgenenerwägungen

Der Befund „Androhen von Folter ist im Strafverfahren praktisch belanglos“ kann intuitiv nicht stehen bleiben. Nachfolgend möchte ich den Fall Gäfgen daher als Illustration für ein bislang noch stark vernachlässigtes Thema heranziehen: Tatschuldindifferente Strafzumessungs- und Rechtsfolgenenerwägungen.

Der rote Faden in der deutschen Strafrechtsprechung besteht hinsichtlich der Bedeutung der Folterdrohung zugespitzt in einer „Null Relevanz Haltung“ in Bezug auf das konkrete Strafverfahren. Die Androhung der Folter gegenüber dem Verdächtigen ist in dem nachfolgenden Strafverfahren gegen den dann Angeklagten eine Randnotiz ohne großen Wert. Dies gilt jedenfalls solange, wie feststeht, dass die Folter nicht tatsächlich durchgeführt wurde. Obwohl man darüber eigentlich streiten könnte. Wenn die Androhung in einem tatsächlichen Kontext erfolgt, in dem es dem Polizeibeamten ohne Weiteres möglich ist, unmittelbar zur Folterhandlung überzugehen, ist objektiv⁶ die Schwelle zum Versuch schon überschritten.

Die „Null Relevanz Haltung“ kann man den deutschen Strafgerichten an sich kaum vorwerfen. Sie hat ihre Wurzel in nicht weniger als § 46 StGB. § 46 StGB erscheint seit nunmehr einem halben Jahrhundert⁷ als Zauberformel – jedenfalls aber „Grundlagenformel“ – zur Lösung des höchst komplexen, von Zeit und Gesellschaft abhängigen Vorgangs der Strafzu-

messung. Grundlage der Strafe ist die individuelle Schuld des Täters. Die Strafe soll dann zu einem gerechten Schuldausgleich führen.⁸ Dabei sind nach § 46 Abs. 1 Satz 2 StGB die Wirkungen der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu berücksichtigen. Dieser Gesellschaftsbezug der Strafe wird nach herrschender Auffassung durch die Strafzwecke der Spezialprävention sowie der negativen und positiven Generalprävention im Sinne der Kombination absoluter und relativer Straftheorien weiter konkretisiert.⁹

Damit ist die Brille der Strafzumessung klar fokussiert auf die Tat und die Tatschuld des Angeklagten. Genau daran bemisst sich die Strafe. Faktoren, die die Strafzumessung berühren könnten, aber außerhalb dieses Blickfelds liegen, müssen erst mühsam eingeführt werden. Da diese Faktoren die Tatschuld nicht berühren, handelt es sich um tatschuldindifferente Strafzumessungserwägungen. In der bisherigen Rechtsprechung sind diese tatschuldindifferenten Strafzumessungserwägungen nur ausnahmsweise anerkannt. Diskutiert werden insoweit ernsthaft nur zwei Fallgruppen: Die Tatprovokation und die überlange Verfahrensdauer.¹⁰ Die Prominenz beider Fallgruppen wird bestärkt durch eine umfangreiche Rechtsprechung des EGMR. Dass man sich aufseiten der deutschen Rechtsprechung mit diesen Fallgruppen dennoch schwertut, wird daran anschaulich, dass gerade die überlange Verfahrensdauer nicht mehr in erster Linie auf der Ebene der Strafzumessung Berücksichtigung finden soll, sondern erst später im Bereich der Strafvollstreckung.¹¹ Auch die Vollstreckungslösung hat aber immerhin den Reiz, dass der Ausgleich des Verfahrensmangels dort stattfindet, wo das Defizit aufgetreten ist, nämlich innerhalb des Strafverfahrens im weitesten Sinne.

2 Ferdinand von Schirach „Feinde – Gegen die Zeit“ (03.01.2021 – 20:15 h ARD).

3 Ferdinand von Schirach „Feinde – Das Geständnis“ (03.01.2021, 20:15 h SWR u.a. sog. Dritte-Programme).

4 Anschaulich und m.w.N. Jäger, JA 2008, 678.

5 EGMR, Urte. v. 01.06.2010 - 22978/05 - „Gäfgen/Deutschland“ Rn. 124 dazu auch Grabenwarter, NJW 2010, 3128; zum Urteil der Vorinstanz, NStZ 2008, 699 mit Besprechung Esser NStZ 2008, 657.

6 § 22 StGB stellt freilich auf den Tatplan ab, vgl. nur Fischer, StGB, 68. Aufl. 2021, § 22 Rn. 2a; BGH, Beschl. v. 23.03.2017 - 3 StR 260/16.

7 Vgl. die Einführung der Norm mit BGBl. I 1969, 645.

8 Allgemeine Meinung, stellvertretend Maier in: MünchKomm, StGB, § 46 Rn. 1.

9 Allgemeine Meinung, stellvertretend Maier in: MünchKomm, StGB, § 46 Rn. 46.

10 Zur Entstehung und Entwicklung der beiden Themenkomplexe an dieser Stelle nur I. Roxin, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, 3. Aufl. 2000.

11 Insgesamt ist die Entwicklung auch aktuell stark im Fluss: Vgl. für ein Verfahrenshindernis etwa BGH, Urte. v. 10.06.2015 - 2 StR 97/14; zögernd BGH, Urte. v. 07.12.2017 - 1 StR 320/17; für eine ausführliche Analyse der Rechtsprechung Eckhardt, Überlange Verfahrensdauer und Verhältnismäßigkeit, 2020, insbesondere Teil 2.

C. Tatschuldindifferente Ereignisse als eigenständige Strafzumessungskategorie

Im Folgenden sollen die vorgenannten Beispiele mit dem Fall Gäfgen als illustrativem Hintergrund nun einen Schritt weitergedacht und zu einer verallgemeinerbaren Strafzumessungskategorie erweitert werden:

I. Verallgemeinerung vor dem Hintergrund der Dignität des Strafverfahrens

Wenn allein die lange Dauer des Verfahrens wegen ihrer belastenden Wirkung Zugeständnisse bei der Bestrafung des Täters begründen kann, dann sollte dies doch erst recht dort gelten, wo den Strafverfolgungsbehörden in rechtswidriger Art und Weise andere erhebliche Belastungen für den Täter zuzurechnen sind. Der Fall Gäfgen kann insoweit geradezu mustergültig herangezogen werden. Die Strafverfolgungsbehörden haben hier den Beschuldigten – für den an dieser Stelle zudem noch die Unschuldsvermutung einzustellen war – mit massiven Eingriffen in seine körperliche Integrität bedroht. Über die möglicherweise vorübergehenden erheblichen physischen Schmerzen, haben sie dem Beschuldigten die Durchführung von Folter in Aussicht gestellt. Wie sehr ein solches Erlebnis den Beschuldigten belastet, muss an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden.

Der soeben gezogene Erst-recht-Schluss sollte schon intuitiv Zustimmung finden. Tatsächlich bleibt es aber nicht bei diesem Verweis auf Intuition und Judiz. Die hier verletzte Menschenrechte und namentlich Art. 6 EMRK bilden die unverfügbare Basis des Rechtsstaats. Es gehört zu dessen Dignität, diese Rechte nicht nur in Form eines status negativus vor Eingriffen durch die hoheitliche Gewalt zu schützen. Man ist sich einig, dass diese Rechte sogar darüber hinaus besonderen Schutz des Staates einfordern und eine verfahrensrechtliche Dimension entwickeln können. Wenn und soweit diese Basis im Strafverfahren verletzt wird, ist unmittelbar auch die Dignität des staatlichen Strafanspruchs berührt.¹² Dies bedeutet nicht, dass Strafe insgesamt nicht mehr ausgesprochen werden dürfte. Dies mag zwar in Extremfällen sein, wenn ein Verstoß derart schwerwiegend ist, dass jede weitere Fortführung des Verfahrens unerträglich wäre. Tatsächlich geht es hier aber nur zuletzt um Schwarz-Weiß-Fragen; es geht ganz zuerst um Grauschattierungen. Die „Dignität des Strafverfahrens“, die gerade auch in der rechtsstaatlichen Durchführung des Verfahrens und in der Einhaltung der Formen, der Grenzen und der Verhältnismäßigkeit ihren Ausdruck findet,¹³ soll durch einen Ausgleich in eben dem Verfahren, in dem diese verletzt wurde, wiederhergestellt werden. Der staatliche Strafanspruch und dessen Vollstreckung bieten sich als Ausgleich für die Wiederherstellung der Dignität des Verfahrens deshalb an, weil die Strafe ihrer Art nach auch den ideellen Ausgleich der mit der Straftat verbundenen Rechtsverletzung darstellt.¹⁴

Der zentrale Einwand gegen tatschuldindifferente Strafzumessungseinwände, „dass Fehler und Kompensation auf ganz unterschiedlichen Feldern liegen, dass sie schlicht nichts miteinander zu tun haben“,¹⁵ verfängt also nicht per se. Grenzen für die Berücksichtigung bestehen erst dort, wo diese tatschuldindifferenten Strafzumessungserwägungen in keinem Zusammenhang mit der Tat stehen. Nicht möglich ist demzufolge etwa die Berücksichtigung von Fehlern und Defiziten in einem anderen Verfahren oder entsprechende Defizite bei Verfahren anderer Personen wie z.B. Familienmitgliedern.

II. Folgen einer solchen Kategorie

Die Anerkennung einer solchen Kategorie von tatschuldindifferenten Strafzumessungsgründen würde nicht unerhebliche Folgen nach sich ziehen: Die unmittelbare Folge würde zunächst darin liegen, dass innerhalb des Strafverfahrens eine Kategorie eingeführt würde, die es ermöglichen würde, Fehler und ihre Folgen unmittelbar qualitativ und quantitativ verarbeiten zu können. Die Radizierung innerhalb des Strafzumessungsvorgangs hat weiter zur Folge, dass wegen des bestehenden tatrichterlichen Strafzumessungsspielraums ein Gerechtigkeitsgewinn realisiert werden könnte, der die Systemressourcen nur minimal beansprucht. Wesentlich wichtiger könnten freilich die mittelbaren Folgen sein. Wenn insoweit eine Kategorie entwickelt würde, die quasi als Seismograf die Rechtmäßigkeit oder besser Rechtskonformität des Verfahrens nachzeichnen würde, lassen sich leicht Rückwirkungen auf die Verhaltensweisen der zur Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs berufenen Personen vorstellen. Das Strafverfahrensrecht und die Verhältnismäßigkeit der Ermittlungen bekämen ein verfahrensspezifisches Eigengewicht, das ihnen bislang weitgehend fehlt.¹⁶ Dies gilt umso mehr, als das Verfahrensrecht faktisch zum Papiertiger geworden ist.¹⁷ Die Beweisverbotslehre¹⁸ ist angesichts der fehlenden Fern-

12 Hassemer in: Festschrift für Maihofer, 1988, S. 183, 204 postuliert eine „ethische Differenz zwischen Strafverfolgung und Straftat.“

13 Nach Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 15. Aufl. 2020, Rn. 10 steht das prozessordnungsgemäße Zustandekommen der Entscheidung „gleichberechtigt neben dem Erfordernis einer effektiven Strafverfolgung.“

14 Vgl. ähnliche Überlegungen bei Streng in: NK-StGB, 5. Aufl., § 46 StGB Rn. 88.

15 Weigend, StV 2008, 39, 44.

16 Siehe aber etwa Popp, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren, 2005, S. 465 ff. mit theoretischen Sanktionierungsmöglichkeiten außerhalb des Strafausspruches.

17 Beispielhaft zur faktischen Entwertung selbst des Richtervorbehalts bei Ermittlungsmaßnahmen Meyer-Mews, HHRS 2020, 286.

18 Stellvertretend Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 15. Aufl. 2020, Rn. 700 ff.; grundlegend Dencker, Verwertungsverbote im Strafprozess, 1977.

wirkung der Verwertungsverbote kein geeignetes Sanktionierungsinstrument.¹⁹ Die mittelbare Durchsetzung durch das Revisionsgericht ist durch überbordende Darlegungspflichten praktisch nahezu abgeschafft. Selten realisierbare Amtshaftungsansprüche gem. § 839 BGB²⁰ führen am Ende nur zu einem schalen Ausgleich in Geld.

Die Konsequenzen für das konkrete Strafverfahren werden ebenfalls zu akzeptieren sein. Im Fall Gäfgen hätte eine Lösung darin liegen können, dass die Folterandrohung im Rechtsfolgenausspruch dahin gehend hätte berücksichtigt werden können, dass von der lebenslangen Freiheitsstrafe ein konkret zu beziffernder Anteil als vollstreckt hätte angesehen werden können. Im weiteren Verlauf hätte dies zur Folge gehabt, dass über Fragen der Strafaussetzung zur Bewährung gem. § 57a StGB entsprechend früher hätte entschieden werden können. Im Vergleich mit der bisherigen Rechtspraxis würde auch dieser Schritt nur eine Verallgemeinerung darstellen, da der lange Zeitablauf zwischen Tat und Aburteilung schon jetzt bei der Entscheidung nach § 57a StGB berücksichtigt wird.²¹

III. Weitere Fallgruppen

Ist man grds. bereit, die Kategorie Tatschuld indifferenter Strafzumessungserwägungen anzuerkennen, ist der Weg nicht weit, noch andere Fallkonstellationen zu benennen und im Hinblick auf ihre strafzumessungsrechtliche Bedeutung zu diskutieren: Der Sache nach recht nahe an der Androhung von Folter liegt der Fall der Ausübung von rechtswidriger Polizeigewalt im Verfahren.²² Die Ausübung von Gewalt jenseits des rechtlich legitimierten und tatsächlich notwendigen Minimums verletzt den Beschuldigten in seiner persönlichen Integrität und seinem bürgerlichen Achtungsanspruch. Ebenfalls in der Nähe dieser Fallgruppen liegen rechtswidrige, einseitige oder besonders belastend geführte Ermittlungen der Strafverfolgungsbehörden. Da die Strafverfolgungsbehörden zu grundsätzlicher Objektivität verpflichtet sind (§ 160 Abs. 2 StPO), sind auch solche Verstöße Verletzungen des bürgerlichen Achtungsanspruchs des durch die Unschuldsvermutung geschützten Beschuldigten. Im Grundsatz müssen Ermittlungsbehörden danach immer so handeln, dass sie zwar einerseits die rechtlich notwendigen Eingriffe zur Ermittlung der strafprozessualen Wahrheit soweit notwendig durchführen, andererseits aber das Verfahren so gestalten, dass das – im Fall der Unschuld des Beschuldigten – potenzielle Sonderopfer des Bürgers möglichst gering bleibt.

Zunehmend bedeutsam wird in diesem Zusammenhang eine unverhältnismäßige Presseberichterstattung²³ über ein laufendes Ermittlungsverfahren oder eine bei Gericht anhängige Anklage. Augenscheinlich wird der Bezug einer solchen Pres-

sarbeit insbesondere, wenn das Ermittlungsverfahren in einer Weise öffentlich geführt wird, dass durch eine mediale Vorverurteilung ein Strafübel sui generis generiert wird.

Eher auf der Ebene der bereits anerkannten Fallgruppe der Tatprovokation liegen schließlich Fälle, bei denen sich die Ermittlungsbehörden selbst in kriminelles Unrecht mit verstricken. Eine intensive Diskussion hat hier zuletzt zu Konstellationen stattgefunden, in denen die Ermittlungsbehörden auf kriminelle der Art und Weise erlangte Daten wie z.B. Steuer-CDs in der Art eines Hehlers erworben haben.²⁴ Ähnlich einzuordnen sind Fälle, in denen die Strafverfolgungsbehörden die Straftat bewusst geschehen lassen, wie z.B. bei im Vorhinein bekannten Drogendelikten, bei der Begleitung von Straftaten durch verdeckte Ermittler oder in Fällen der sog. kontrollierten Schleusung im Fall organisierten Menschenhandels.

D. Ausblicke

Der erste Zugang zu einer Ergänzung der Strafzumessungserwägungen um tatschuldindifferente Strafzumessungserwägungen fällt intuitiv leicht, wenn man das Potenzial dieses Instruments erkennt, Schwarz-Weiß-Lösungen um Grauschattierungen zu ergänzen bzw. erweitern. Wenn man die Folgen der Anerkennung einer solchen Kategorie näher untersucht, werden erhebliche weitere Gerechtigkeitspotenziale sichtbar. Gerade wenn und weil das Verfahrensrecht einer zunehmend geringeren revisionsrechtlichen Kontrollichte unterliegt, könnte hier eine Möglichkeit eröffnet werden, das Strafverfahren mit einem ihm selbst immanenten Sanktionsmechanismus vor einer Missachtung durch die Strafverfolgungsbehörden zu schützen. Im Grunde würde dem Strafprozessrecht damit am Ende eine materielle Gewichtung immanent. Eine Einführung solcher Gerechtigkeitspotenziale ist richterrechtlich bereits de lege lata möglich. Ihr ganzes Potenzial könnte diese Kategorie de lege ferenda entwickeln. Dann wären Ergänzungen im Bereich der §§ 46 ff. StGB und im Prozessrecht zu überlegen. Im Prozessrecht könnte hier ein weiterer – keineswegs exklusiver, aber doch ergänzender – Ansatz zu einer umfassenderen strafprozessualen Fehlerfolgenlehre liegen.

19 Vgl. wiederum mit Bezug zum Fall Gäfgen Lohse/Jakobs in: KK-StPO, 8. Aufl. 2019, Art. 6 EMRK Rn. 57.

20 In Haftsachen auch gem. Art. 5 Abs. 5 EMRK.

21 Vgl. Fischer, StGB, § 57a Rn. 12; BGH, Urt. v. 02.04.2008 - 2 StR 621/07.

22 Beispielhaft dazu der kanadische Fall R v Nasogaluak, 2010 SCC 6, [2010] 1 SCR 206; dargestellt auch bei Berger in: Ambos (Hrsg.), Strafzumessung – Angloamerikanische und deutsche Einblicke, 2020, S. 191, 209 ff.

23 Vgl. zuletzt etwa OVG Münster, Beschl. v. 04.02.2021 - 4 B 1380/20; I. Instanz: VG Düsseldorf, Beschl. v. 14.09.2020 - 20 L 1781/20.

24 Dazu etwa Habetha, ZRP 2012, 223 sowie Habetha/Trüg, NJW 2008, 887.

Perspektiven der Fortbildung in der Justiz

Frau Eulering ist seit sechs Jahren die Leiterin der in der Ruhrgebietsstadt Recklinghausen gelegenen Justizakademie des Landes Nordrhein-Westfalen (JAK), die für die Fortbildung aller Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Justiz des Landes zuständig ist.

Viefhues: Liebe Frau Eulering, was begeistert Sie an Ihrer Aufgabe?

Eulering: Fortbildung ist ein ganz wichtiges Instrument, Menschen zu erreichen, zu bewegen, zu öffnen, zu ermutigen – für neue Inhalte, neue Erfahrungen, neue Möglichkeiten und diese mit an den Arbeitsplatz zu nehmen und dort damit innerlich gestärkt, noch motivierter und qualifizierter an die Arbeit zu gehen, was wiederum einer unabhängigen und starken Justiz insgesamt zu Gute kommt!

Dies mit einem guten Team zu ermöglichen, zu steuern, zu begleiten und zu verantworten, ist eine tolle, verantwortungsvolle Aufgabe mit vielen Möglichkeiten der Gestaltung und Entwicklung.

Was macht denn aus Ihrer Sicht eine gute Fortbildung aus?

Ich gebe die Frage zurück: Wann haben Sie eine Fortbildung als Gewinn bringend erlebt? Wann haben Sie gern und nachhaltig gelernt? Die Umstände, die Sie jetzt identifizieren, gehören bestimmt zu den Parametern, die eine gute Fortbildung ausmachen!

Ich erinnere mich an einen Dozenten, dessen Begeisterung für das Kostenrecht sich fast auf mich übertragen hat...

Die Referierenden sind mit ihrer Persönlichkeit, ihrer Methodik und Didaktik ganz entscheidend für eine gelingende Fortbildung! Sie müssen wissen, was Lernen ermöglicht und fördert – angefangen von ganz banalen, aber auch basalen Dingen wie genügend Sauerstoff und Flüssigkeit, Bewegung, Pausen und dergleichen. Aber natürlich müssen sie auch wissen, wie Inhalte zu transportieren und die Teilnehmenden zu aktivieren sind: Denn wir lernen am besten, wenn wir aktiv als Handelnde am Lernprozess beteiligt sind.

Wie kann denn die JAK das sicherstellen?

Referierende in der justizeigenen Fortbildung sind zum einen professionelle Trainerinnen und Trainer, die dieses Wissen mitbringen. Zum anderen arbeiten wir mit internen Referierenden aus der Justiz, denen wir ihrerseits zielgerichtete passende Fortbildung durch mehrtägige Methodik/Didaktik-Seminare ermöglichen. Auch haben wir auf unserer Bildungsplattform den „campus creativ“, einen Ordner mit Videos und Tipps zum Moderieren und Leiten von Seminaren.

Was gehört noch zu einer guten Fortbildung?

Wichtig ist natürlich, dass die richtigen Mitarbeiterinnen bzw. Mitarbeiter zum richtigen Zeitpunkt in der richtigen Veranstaltung sind. Insoweit ist es unsere Aufgabe, die Lernziele einer Veranstaltung genau zu beschreiben, damit die Mittelbehörden und Obergerichte, die für die Auswahl der Teilnehmenden zuständig sind, die Mitarbeitenden entsprechend zu der passenden Veranstaltung entsenden können.

Welche Aufgaben hat die JAK in diesem Kontext noch?

Ein Auftrag und auch Anspruch ist es, dem tatsächlichen Fortbildungsbedarf gerecht zu werden: Dazu machen wir jährlich eine Abfrage bei den Obergerichten und Mittelbehörden. Grundlage der Bedarfsermittlung „vor Ort“ ist idealerweise ein Abgleich zwischen den Anforderungen der Dienststelle und den Interessen, Bedürfnissen und Erwartungen der Beschäftigten.

Uns wird dann mitgeteilt, dass und für welche Zielgruppe genau Veranstaltungen zu welchem Thema gewünscht werden. Aus allen Meldungen entwickeln wir in Gesprächen mit allen beteiligten Behörden und Gremien ein Jahresprogramm und organisieren die Veranstaltungen, führen sie durch und evaluieren sie.

Das klingt nach einer großen Aufgabe – wie viele Tagungen bietet die JAK denn insgesamt an?

Ja, wir bewegen ein Jahresprogramm mit knapp 1.300 Tagungen und etwa 18.405 Teilnehmenden – das waren die Zahlen aus dem letzten „normalen“ Jahr 2019 vor der Pandemie. Ca. 3.400 der Teilnehmenden des Zentralprogramms waren Richterinnen und Richter bzw. Staatsanwältinnen und Staatsanwälte. Zusätzlich haben wir mehr als 300 weitere Veranstaltungen – wie Dienstbesprechungen oder Fortbildungsmaßnahmen der Obergerichte und Mittelbehörden sowie dem Justizvollzug – mit knapp 4.700 Teilnehmenden beherbergt. Weil unser Haus nur knapp 90 Einzelappartements bietet, haben wir fast 400 Veranstaltungen in anderen Tagungshäusern untergebracht.

Ruth-Maria Eulering



Leiterin der Justizakademie des Landes Nordrhein-Westfalen

Frau Eulering war von 1995 bis 2000 als Leiterin des Fortbildungsreferats im Justizministerium NRW und danach als Familienrichterin in Duisburg tätig. Von 2006 bis 2009 war sie Referentin im Referat Versorgungsausgleichsrecht im BMJ und von 2010 bis 2011 Richterin am OLG Düsseldorf (Familiensenat). Anschließend erfolgte eine Abordnung an die Vertretung des Landes NRW beim Bund in Berlin (Fachbereich Justiz). Seit 2015 obliegt ihr die Leitung der Justizakademie des Landes NRW.

Beachtliche Zahlen! Welche Inhalte haben denn die Fortbildungsangebote?

Die Programmangebote umfassen natürlich Fachthemen; angeboten werden aber auch z.B. Tagungen zur Stärkung der persönlichen und sozialen Kompetenzen, zu Fragestellungen aus Betriebswirtschaft und Verwaltung und zu neuen und alten IT-Programmen. Ein nicht unerhebliches Gewicht hat auch der Bereich der Führungskräftefortbildung, die aufgrund des Konzepts des Ministeriums vom 14.07.2020 verpflichtend geworden ist.

Verpflichtend sind auch die Tagungen für Assessorinnen und Assessoren, für die wir auf der Basis einer Dienstvereinbarung mit den Richter-/Personalvertretungen Fortbildungsstaffeln mit vier Modulen anbieten. Die JAK ist darüber hinaus auch zuständig für die Konzeption und Organisation der vom Land Nordrhein-Westfalen auszurichtenden Tagungen der Deutschen Richterakademie. An deren beiden Tagungsstätten in Trier und Wustrau finden ca. 140 Tagungen für Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte statt: davon knapp die Hälfte zu juristischen Fachthemen, zu 30% zu interdisziplinären Fragestellungen, und ca. 25% der Tagungen dienen der Vermittlung sozialer Kompetenzen.

Sie haben gerade auf die Tagungen für Assessorinnen und Assessoren hingewiesen. Welche Inhalte umfassen diese und gibt es auch spezielle Fortbildungsangebote für Richterinnen und Richter, die ihre Arbeit in einem neuen Dezernat aufnehmen – also Dezernatswechsler?

Die Fortbildungsstaffeln für junge Richterinnen und Richter bzw. Staatsanwältinnen und Staatsanwälte behandeln u.a. Fragen zur gerichtlichen Organisation und zur Durchführung der mündlichen Verhandlung sowie die Themen „Kommunikation und Konflikt“, „Tatsachenfeststellung und Beweiswürdigung“ und nachgelagert „Richterlicher Eildienst in Strafsachen“ und „Richterlichen Eildienst in Betreuungssachen“ und geben Tipps zur Bewältigung der richterlichen Alltagsprobleme bzw. zur effizienten Verfahrensführung.

Angebote für Dezernatswechslerinnen und -wechsler gibt es auch, nämlich im Straf-, Familien-, Zwangsvollstreckungs-, Betreuungs-, Wohnungseigentums-, Insolvenz-, Zivilrecht sowie für Ordnungswidrigkeiten und Nachlasssachen.

Handelt es sich eher um Tagesveranstaltungen oder mehrtägige Veranstaltungen?

Die meisten Veranstaltungen sind ein- oder zweitägig, ein Viertel ist dreitägig oder länger. Die Veranstaltungen der Richterakademie, die ja grundsätzlich vier bis sieben Tage dauern, sind dabei nicht mitgezählt.

Welche Veranstaltungen sind aus Ihrer Sicht besonders erwähnenswert?

Da würde ich gerne zum einen auf unsere Thementage verweisen: Das sind eintägige Veranstaltungen, die sich an alle

Justizbediensteten richten und die aktuelle Themen beleuchten und ihre Relevanz für die Justiz diskutieren – z.B. die Phänomene von Rassismus, Fanatismus und Extremismus oder die „Megatrends“ des gesellschaftlichen Wandels oder die Künstliche Intelligenz. Der letztgenannte Thementag musste allerdings pandemiebedingt verschoben werden und kann hoffentlich im September stattfinden!

Erwähnenswert sind auch die Foren Personalführung, zu denen alle Gerichts- und Behördenleiterinnen und -leiter eingeladen sind, um ihre Führungsaufgabe zu reflektieren und durch interessante Vorträge, Workshops und einen intensiven Erfahrungsaustausch Input und Inspiration für den Führungsalltag zu gewinnen.

Und es gibt natürlich viele weitere Formate, die ich gerne benennen möchte; beispielsweise die „Inhouse“-Angebote zur richterlichen Fallsupervision, die Mediationsausbildung, Maßnahmen zur Team- und Organisationsentwicklung für Gerichte, Staatsanwaltschaften und Justizvollzugsanstalten.

Sind die Veranstaltungen regelmäßig ausgebucht und gibt es sogar auch Highlights, bei denen Sie Interessenten abweisen müssen?

Ja, die meisten Veranstaltungen sind ausgebucht oder sogar überbucht. Wenn wir nicht durch die finanziellen Mittel und die personellen und räumlichen Ressourcen begrenzt wären, könnten wir unser Programm noch deutlich ausweiten. Besonders groß ist die Nachfrage bei verschiedenen Tagungen im strafrechtlichen Bereich, z.B. zum Handling von Strafverfahren, und auch bei Tagungen, die auf die Stärkung im Umgang mit Konflikten zielen oder der Stärkung der eigenen Resilienz dienen. Auch die Tagungen, die sich an die Bediensteten des Justizvollzugs wenden und den Umgang mit Inhaftierten thematisieren, sind regelmäßig überaus stark nachgefragt.

Ein Blick in die Geschichte: Seit wann besteht diese Einrichtung?

Die „JAK“, die nach dem ehemaligen Justizminister des Landes und späteren Bundespräsidenten „Gustav-Heinemann-Haus“ benannt ist, ist im Jahr 1988 eröffnet worden. Damals stellte man sich noch vor, dass man jährlich rund 170 Veranstaltungen und Tagungen mit etwa 4.000 Teilnehmerinnen und Teilnehmern für Angehörige aller Laufbahnen der Justiz durchführen würde.

Außerdem gehören zur JAK die Dokumentations- und Forschungsstelle „Justiz und Nationalsozialismus“ und seit einigen Jahren auch die Servicestelle Gesundheitsmanagement, ein Show-Room für die elektronische Akte und das Zentrum für Interkulturelle Kompetenz. Insgesamt sind inzwischen 63 Mitarbeitende im Team der JAK.

Ein Blick in die Zukunft: Wie verändert die Digitalisierung die Fortbildung?

Nicht erst durch die Pandemie haben wir begonnen, in Zusammenarbeit mit allen an der Fortbildung Beteiligten eine

Digitalisierungsstrategie zu entwickeln. Wir haben ja bereits seit November 2005 eine Bildungsplattform, auf die alle Justizbediensteten zugreifen können. Dort gibt es viele verschiedene Arbeitshilfen, E-Learnings zu einigen Themen und Informationen in Zusammenhang mit einzelnen Veranstaltungen und den oben schon erwähnten „Campus Creativ“. Seit der Pandemie wird die Bildungsplattform auch für die Referendarausbildung und für die Ausbildung von Justizvollzugsbediensteten genutzt.

Und was bedeutet die Digitalisierung für Ihre Veranstaltungen, die ja bislang in Präsenzform durchgeführt wurden?

Tatsächlich hat die Pandemie einen Schub gegeben, verschiedenste Veranstaltungen auf online-Formate umzustellen. Das war und ist ein herausfordernder Prozess:

Zum einen ist – leider nach wie vor – die für eine gewinnbringende digitale Fortbildung erforderliche technische Infrastruktur unzureichend. Insbesondere fehlt eine speziell für die Fortbildung geeignete und möglichst einheitliche Softwarelösung, die auch auf Dienstrechnern läuft. Auch bestehen Probleme bei der technischen Ausstattung an dienstlichen PCs (Headset, Mikrofon) und bei den Leitungskapazitäten.

Zum anderen standen nicht wenige Referierende und auch Teilnehmende einer digitalen Durchführung der von ihnen angebotenen oder ausgewählten Fortbildung zunächst skeptisch gegenüber. Hier war und ist viel Überzeugungsarbeit erforderlich und auch Unterstützung; Daher haben wir Angebote für Referierende zur Planung und Durchführung von virtuellen Veranstaltungsformaten aufgelegt, die auch außerordentlich stark nachgefragt werden.

Die Scheu vor der Nutzung von digitalen Medien hat inzwischen deutlich abgenommen; wir bekommen inzwischen sogar sehr positive Rückmeldungen von Teilnehmenden, die aufgrund beruflicher oder privater Umstände an einer Präsenzveranstaltung nicht hätten teilnehmen können, das digitale Angebot aber wahrnehmen konnten.

Wir werden die Erfahrungen in die strategische Erstellung eines digitalen Bildungsangebots, das Blended-Learning-Veranstaltungen, Hybridveranstaltungen und weitergehende E-Learning-Formate umfasst, einbinden. Vorgesehen ist auch, die Nutzung der Bildungsplattform zu intensivieren und zu verbessern und diese mit einer Softwarelösung zu verzahnen. Dazu haben wir jetzt auch eine Dezernentin für die digitale Fortbildung im Team.

In der Anwaltschaft wurden zwischenzeitlich zahlreiche Fachanwaltschaften eingeführt, die mit einer recht strengen Fortbildungspflicht verbunden sind. Der Gesetzgeber ist derzeit dabei, zumindest in Teilbereichen auch für die Justiz entsprechende Anforderungen zu erstellen. So sieht der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder vom

21.10.2020 vor, § 23b Absatz 3 GVG dahingehend zu ergänzen, dass im Familienrecht nur Richter und Richterinnen eingesetzt werden dürfen, die über belegbare Kenntnisse auf den Gebieten des Familienrechts, insbesondere des Kindschaftsrechts, des Familienverfahrensrechts und der für das Verfahren in Familiensachen notwendigen Teile des Kinder- und Jugendhilferechts sowie über belegbare Grundkenntnisse der Psychologie verfügen.

Wie könnte die JAK z.B. auf diese Fortbildungsverpflichtung reagieren?

Fortbildungspflichten für Richterinnen und Richter finde ich durchaus sinnvoll. Ich glaube nämlich, dass eine gute Fortbildung das für das Lernen und das Thema erforderliche Interesse wecken kann und dass durch die erlernten Kompetenzen eine noch größere Professionalisierung möglich ist, die gerade in Spezialgebieten erforderlich ist. Speziell beim Familienrecht hält die Akademie bereits ein umfangreiches Angebot vor, das die Themen „Anhörung von Kindern und Jugendlichen“, „Kindeswohlgefährdung“, „systemische Konfliktlösungen“, „Aktuelle Fragen und Einführung in die Rechtspsychologie“ und „Sachverständigengutachten in Kindschaftssachen – Schwachstellen im familiengerichtlichen Verfahren“ umfasst. Wir nehmen sämtliche Themen, die in der beabsichtigten Änderung des § 23b Abs. 3 GVG genannt werden, auch in die Grundlagenveranstaltung auf.

Abschließend: Was wünschen Sie sich für die Fortbildung?

Tatsächlich wünsche und hoffe ich, dass wir im Zuge der Digitalisierung die Fortbildung noch besser aufstellen können – mit zeitlich-räumlich flexiblen Bildungsangeboten, innovativen didaktischen Konzepten – und auch die Bediensteten erreichen, die an Präsenzveranstaltungen bei uns nicht teilnehmen können oder wollen. Wir brauchen dazu Unterstützung seitens der IT: eine gute Fortbildungssoftware, die (auch) mit den Dienstrechnern genutzt werden kann, stabile Leitungen. Unterstützung braucht es auch vor Ort, damit eine konzentrierte online-Fortbildung möglich ist.

Und ich hoffe, (nicht nur damit) Lernen immer effektiver und nachhaltiger zu gestalten, damit die in der Fortbildung erworbenen Kenntnisse, Fähigkeiten und Einstellungen im Arbeitskontext wirklich eingesetzt werden.

Die Gestaltung von Fortbildung bleibt eine spannende und herausfordernde Aufgabe; sie ist kontinuierlich fortzuentwickeln, zu verbessern – man könnte auch sagen, dass sie Ausdruck einer sich verändernden Welt ist – und sie ist und bleibt: eine Investition in die Zukunft!

Liebe Frau Eulering, ich danke Ihnen für das informative Gespräch.

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

DIE AUTOREN

Benedikt Windau



Richter am Landgericht

Studium der Rechtswissenschaften an der Bucerius Law School und der Cornell University; wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt. Seit 2019 Richter am Landgericht Oldenburg. Regelmäßige Veröffentlichungen

insbesondere zu verfahrensrechtlichen Themen. Betreiber der Seite zpblog.de.

Dr. Christian Schleithoff



Referatsleiter im BMF

Studium der Rechtswissenschaften und Geschichte sowie Volkswirtschaft. Promotion zum Dr. jur. durch die Universität München. Davor unterschiedliche Tätigkeiten im BMWi und im BMAS. Mehrjähriger Auslandsaufenthalt bei den Vereinten Nationen in New York in der Ständigen

Vertretung Deutschlands. Zwischen 2007 und 2019 Referatsleiter im Bundeskanzleramt, im BMF und der deutschen Botschaft in Washington. Seit Ende 2020 Leiter des Referats „Beschränkte Steuerpflicht“ im BMF.

Prof. Dr. Stephan Ory



Rechtsanwalt

Herr Ory ist Honorarprofessor an der Universität des Saarlandes für Rundfunk- und Medienrecht. Er ist Vorsitzender und Direktor des Instituts für Europäisches Medienrecht (EMR) und war bis 2019 Vorsitzender des EDV-Gerichtstages.

Prof. Dr. Marco Mansdörfer



Professor an der Universität des Saarlandes

Autor verschiedener Monografien und Beiträge mit Schwerpunkt im Wirtschaftsstrafrecht und europäischen Strafrecht. 2010 Habilitation im Deutschen und Europäischen Strafrecht und Strafprozessrecht. 2013 Ernennung zum Ordinarius für Strafrecht und Strafprozessrecht einschließlich

Wirtschaftsstrafrecht durch die Universität des Saarlandes. Beratung von Unternehmen zu Fragen der Unternehmensverteidigung und der Prävention.

Dr. Hanna Deutgen



Rechtsanwältin

Studium der Rechtswissenschaft in Köln und Amsterdam. Referendariat in Köln und Pretoria und seit 2007 Zulassung als Rechtsanwältin. Promotion bei Prof. Dr. Schöbener an der Universität zu Köln im Bereich des Öffentlichen- und Europarechts. Derzeit Rechtsanwältin bei KUNZ Rechtsanwälte PartnerG mbB.

Michael Frohn



Rechtsanwalt

Studium der Rechtswissenschaft an den Universitäten Köln und München. 1986 Zulassung als Rechtsanwalt, Partner bei KUNZ Rechtsanwälte PartnerG mbB in Köln.

Dr. Anders Leopold



Richter am Landessozialgericht

Seit 2007 Richter in der Sozialgerichtsbarkeit Schleswig-Holsteins und Hamburgs; von 2012-2014 als wiss. Mitarbeiter an das Bundessozialgericht abgeordnet, von 2016-2018 an die Justizbehörde Hamburg; seit 2017 Richter am Landessozialgericht Hamburg; Lehrauftrag an der Universität Kassel.

IMPRESSUM

Herausgeber: Vizepräsident des BSG Prof. Dr. Thomas Voelzke, Kassel
Vors. Richterinnen 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
Ra und Prof. (em.) 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, Am Römerkastell 11, 66121 Saarbrücken, Tel.: 0681 5866-0, Fax: 0681 5866-239, E-Mail: jm@juris.de
Geschäftsführer: Samuel van Oostrom, Johannes Weichert, Aufsichtsratsvorsitzende: Ministerialdirigentin Eva-Lotta Gutjahr

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

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

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

Bezugspreis: Im Jahresabonnement 180,- € zuzüglich Versandkosten incl. Online-Zugang unter juris.de

Das Jahresabonnement verlängert sich um ein Jahr, wenn es nicht sechs Wochen vor Jahresende gekündigt wird.

Bestellungen: Über jede Buchhandlung und beim Verlag

Satz: Datagroup Int., Timisoara

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

ISSN: 2197-5345

8. Jahrgang

STAUDINGER ONLINE powered by juris

Verlag Dr. Otto Schmidt – De Gruyter

ENTSCHEIDEND BESSER

Der STAUDINGER ist die Referenz unter den BGB-Kommentaren. Wissenschaftlich zuverlässig und praxisnah informiert er über alle Änderungen und Entwicklungen im Zivilrecht.

Dank hochrangiger Autoren aus Forschung und Praxis erhalten Sie eine umfassende und höchst informative Kommentierung des BGB. Entscheidungsergebnisse, Gründe und Gegengründe sowie konkrete vorausdenkende Lösungsvorschläge zu Streitfragen oder noch ungeklärten Rechtsfragen werden übersichtlich dargestellt und abschließend erörtert. Der STAUDINGER bietet somit eine ideale Basis für effizientes Arbeiten, ein fundiertes Wissen und stichhaltige Argumentationen.

Als vollständig digitale Fassung bietet Ihnen der STAUDINGER ONLINE zahlreiche zusätzliche Vorteile gegenüber der bekannten Printfassung. Die Inhalte sind für Sie jederzeit und von jedem Ort der Welt verfügbar. Sie haben dank monatlicher Aktualisierungen immer den neuesten Stand im Zugriff. Durch die nahtlose Einbindung in juris – Das Rechtsportal profitieren Sie von einer schnellen und intuitiven Handhabung sowie einer umfassenden und intelligenten Verlinkung mit der Premium-Literatur der jurisAllianz sowie den gesamten juris Inhalten – insgesamt über 25 Millionen digitale Dokumente. Auch alle weiteren juris-Funktionalitäten wie beispielsweise Such-Filter, Schnellzugriffe, Favoriten sowie die Zitierfunktion können vollumfänglich genutzt werden. So finden Sie direkt die benötigten Inhalte und beschleunigen Ihre Fallbearbeitung wesentlich.

Dies alles macht den STAUDINGER ONLINE entscheidend besser.

Der STAUDINGER ONLINE ist optimiert für die Nutzung in Kanzleien, Notariaten und Unternehmen. In Justiz und Wissenschaft ist er als einer der meistzitierten BGB-Großkommentare ohnehin unverzichtbar.

Profitieren Sie von den Vorteilen des STAUDINGER ONLINE:

- stets aktueller Stand der Rechtsprechung und der wissenschaftlichen Diskussion
- maßgebender und wichtigster Kommentar zum Zivilrecht
- intuitive Handhabung mit nützlichen Funktionen
- die Referenz für Praktiker und Wissenschaftler
- direkt ersichtliche Aktualisierungen
- höchste Problemlösungskompetenz
- digitalisiert in juris Qualität
- jederzeit und von überall verfügbar
- optimierte Nutzeroberfläche: sekundenschnelle Suche, Ablage elektronischer Akten, Zitiervorschläge, Lesezeichen u.v.m.
- intelligent verlinkt mit Premium-Literatur und Rechtsprechung
- ein Rechtsportal für jeden Bedarf

STAUDINGER ONLINE Gesamtausgabe

Das gesamte Werk als digitale Fassung:

BGB Bücher 1-5, EGBGB/IPR und Eckpfeiler des Zivilrechts - mit allen Vorteilen der juris Recherche und fortlaufenden Online-Aktualisierungen.

175,00 € im Monat für den 1. Nutzer
(2.-10. Nutzer nur 26 €/Nutzer und Monat)

Als Nutzer von juris Spectrum, Professionell, DAV, Kommune Professionell und Kommune Premium erhalten Sie 10 % Rabatt.

EXKLUSIV: juris verlinkt den Staudinger verlagsübergreifend mit renommierten Standardwerken wie dem **Erman BGB Kommentar**, dem **juris PraxisKommentar BGB**, den Zeitschriften **FamRZ**, **MDR** und **SGb** sowie vielen weiteren Titeln.

www.juris.de/staudinger

juris PartnerModul Verwaltungsrecht

partnered by Bundesanzeiger Verlag | C.F. Müller | De Gruyter | dfv Mediengruppe | Erich Schmidt Verlag | Gieseking | jehle | Kohlhammer | Reguvis Fachmedien | rehm | R.v.Decker | Stollfuß Medien | Verlag Dr. Otto Schmidt

Jetzt topaktuell zur BayBO-Novelle 2021 mit der „Bayerischen Bauordnung“ von Dr. Paul Molodovsky, Dipl. Ing. Gabriele Famers, und Dr. Timm Waldmann von unserem Partnerverlag rehm

Diese Online-Bibliothek bündelt die wichtigste Literatur der jurisAllianz Partner zum allgemeinen und besonderen Verwaltungsrecht. In wenigen Sekunden durchsuchen Sie bekannte Kommentar-Klassiker. Diese werden ergänzt durch Zeitschriften und Handbücher, auch zu Spezialthemen, um das breite Spektrum des Rechtsgebietes vollumfänglich abzubilden.

Mit wenigen Mausklicks erschließen Sie sich Antworten auf sämtlichen Ebenen des Verwaltungsprozesses. Allen voran finden Sie Erläuterungen zu den Vorschriften der VwGO, des VwVfG, VwVG/VwZG oder BVerfGG.

Sie erhalten Hilfestellung nicht nur im Arbeitsrecht des öffentlichen Dienstes (einschließlich Nebengebieten wie Besoldungs-, Versorgungs-, Disziplinarrecht), sondern insbesondere auch in der schwierigen Materie des Personalvertretungsrechts – inklusive der besonderen Verwaltungszweige (Bundespolizei, Bundeswehr und Sozialversicherungsträger).

Auch für die Bereiche Bau-, Energie- und Umweltrecht steht umfassend Literatur bereit: Sie arbeiten mit aktuellen Kommentierungen zum BauGB, zur BauNVO und zu den Bauordnungen ausgewählter Länder, zur ImmoWertV, zum BImSchG, UIG oder UmwRG. Selbstverständlich werden die relevanten EU-Vorschriften ebenfalls berücksichtigt.

Das komplexe Thema der kommunalen Haftung und der strafrechtlichen Verantwortlichkeit kommunal Bediens-

teter wird anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung und durch zahlreiche Beispiele veranschaulicht.

In der juris Datenbank greifen Sie immer auf die aktuelle Fassung der Werke und die neueste Rechtsprechung zu. Dank professioneller Verlinkung und hochmoderner Datenbank-Technologie recherchieren Sie effizient und komfortabel.

www.juris.de/pmverwr

NEU: juris PartnerModul Otto Schmidt Erbschaftsteuerrecht partnered by Bundesanzeiger Verlag | Stollfuß Medien | Verlag Dr. Otto Schmidt

Die praxisbezogenen Datenbankinhalte des Moduls unterstützen die vielseitigen Beratertätigkeiten in der Nachfolgebesteuerung sowie der Erbschaft- und Schenkungsteuer. Kurzum, alles, was Sie brauchen, um schnell und erfolgreich zu arbeiten. Alle Werke sind für die digitale Nutzung in der bewährten juris Qualität aufbereitet. Dank der professionellen Verlinkung mit der juris Datenbank recherchieren Sie effizient und komfortabel.

NEU: juris PartnerModul Otto Schmidt Ertragsteuerrecht partnered by Bundesanzeiger Verlag | Stollfuß Medien | Verlag Dr. Otto Schmidt

Das Online-Modul enthält aktuelle Informationen und Kommentare für die gehobene steuerliche Beratung zum Ertragsteuerrecht, verlinkt mit der juris Datenbank, ständig aktualisiert.

Alle Werke sind für die digitale Nutzung in der bewährten juris Qualität aufbereitet. Dank der professionellen Verlinkung mit der juris Rechtsprechung, dem juris Bundesrecht und den verlagsunabhängigen juris Literaturnachweisen recherchieren Sie effizient und komfortabel.

Infos zu allen juris PartnerModulen finden Sie hier:

www.juris.de/partnermodule



juris PartnerModul Unternehmensjuristen

partnered by Bundesanzeiger Verlag | C.F. Müller | De Gruyter | Deutscher Anwaltverlag |
dfv Mediengruppe | Erich Schmidt Verlag | IWW Institut | Reguvis Fachmedien | Verlag Dr. Otto Schmidt

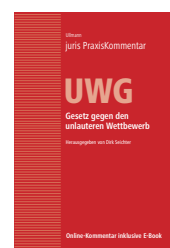
Als Legal Counsel verantworten Sie ein breites Aufgabenspektrum. Sie gewährleisten die Einhaltung bestehender Compliance-Regeln, um Ihr Unternehmen vor Schadensersatzklagen in Millionenhöhe zu bewahren. Das juris PartnerModul unterstützt Sie mit aktueller Premium-Literatur und intelligenten Arbeitshilfen.

Mit der digitalen Bibliothek klären Sie strittige Sachverhalte von AGB bis Urheberrecht sekundenschnell. Formular-Bausteine und Mustertexte fügen Sie per Klick passgenau in Ihre Textverarbeitung ein. Sie verfolgen den Werdegang neuer Gesetze und Verordnungen systemgestützt und erhalten Aktualisierungen laufend per E-Mail.

Inhalt:

- AGB-Recht, Schwab
- AnwaltFormulare, Heidel/Pauly/Wimmer-Amend
- Betriebs-Berater, BB
- Datenschutz und Datennutzung, Moos (Hrsg.)
- Der Lizenzvertrag, Groß
- Die Betriebsaufspaltung, Kaligin
- DS-GVO/BDSG, Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman
- GmbH-Gesetz, Lutter/Hommelhoff/Bayer/Kleindiek
- Handbuch Compliance-Management, Wieland/Steinmeyer/Grüninger (Hrsg.)
- HGB, Röhrich/Graf von Westphalen/Haas (Hrsg.)
- Handelsregisterrecht, Wieland/Steinmeyer/Grüninger (Hrsg.)
- juris Praxiskommentar UWG, Ullmann (Begr.)/Seichter (Hrsg.)
- Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, Gierschmann/Schlender u.a. (Hrsg.)
- Markenrecht, Heidelberger Kommentar, Ekey/Bender/Fuchs-Wisseemann (Hrsg.)
- ProdhaftG, Kullmann (Begr.)/Katzenmeier/Voigt (Hrsg.)
- und viele weitere Titel

+ Digitale Arbeitshilfen, Gesetze und zitierte Rechtsprechung von juris



ab **79,00 €**/Monat

zzgl. MwSt.

Mehr Informationen und Gratistest unter:
www.juris.de/pm-unternehmensjuristen

jurisAllianz
Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.



NEU – jetzt gratis testen!



Der Maßstab
für alle Fälle

STAUDINGER online. ENTSCHEIDEND besser.

Der STAUDINGER BGB-Kommentar ist die entscheidende Referenz im Zivilrecht: Unverzichtbare Kompetenz für Justiz, Praxis und Wissenschaft.

juris – Das Rechtsportal hat dieses Premium-Werk in die digitale Zukunft transportiert. Der STAUDINGER Online setzt neue Maßstäbe für die juristische Recherche. Der gesamte Kommentar ist mit einem Klick durchsuchbar – überall und jederzeit. Monatliche Aktualisierungen garantieren den Zugriff auf den neuesten Rechtsstand. Entscheidungen, Normen und Premium-Literatur der jurisAllianz sind intelligent verlinkt. Dank der State-of-the-Art-Technologie von juris – Das Rechtsportal arbeiten Sie intuitiv, komfortabel und zeitsparend.

Entdecken Sie jetzt den **STAUDINGER Online** exklusiv unter:
staudinger.juris.de

jurisAllianz 
Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.