



HERAUSGEBER

Verein der Zeitschrift JSE e. V.
c/o Prof. Dr. Christian F. Majer
Doblerstrasse 15
D-72070 Tübingen

Vereinsvorstand:

Prof. Dr. Christian F. Majer (Vorsitzender)
Ass. iur. Sascha Sebastian, M.Mel. (Stellv. Vorsitzender)
RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M. (Schatzmeister)
RiLG Dr. Guido Philipp Ernst (Ressortleiter Strafrecht)
Prof. Dr. Arne Pautsch (Ressortleiter Öffentliches Recht)

BEIRAT

RA Dr. Felix E. Buchmann
StA Dr. Ralf Dietrich
Prof. Dr. Jörg Eisele
RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser
Prof. Dr. Volker Haas
RA Dr. Roland Haberstroh, LL.M. (Boston University)
ELB Jochen Heinz
ORR Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)
Prof. Dr. Antonios Karampatzos, LL.M. (Tübingen)
RA Prof. Rainer Kirchdörfer
Prof. Dr. Alexander Proelß
Prof. Dr. Joachim Renzikowski
Prof. Dr. Gottfried Schiemann
Prof. Dr. Dominik Skauradzun
RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner
MR Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.
Prof. Dr. Christian Traulsen
RA Dr. Werner Walk
RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)
RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)
MR a.D. Prof. Dr. Rüdiger Wulf

ISSN 2195-044X
www.zeitschrift-jse.de
redaktion@zeitschrift-jse.de

AUS DEM INHALT

BEITRÄGE

Nora Rzadkowski

Längst überfällig: Die Revidierte Europäische Sozialcharta ist in Kraft getreten

Michael Hippeli

Netiquette im digitalen Lehrbetrieb

KLAUSUREN

Giulio Erbar/Lukas Paysan

Zivilrecht: „In guter Gesellschaft zu Corona-Zeiten“

Michael Hippeli

Öffentliches Recht: „Wirecard und Staatshaftung“

Claudius Petzold

Öffentliches Recht: „Kleingeister“

RECHTSPRECHUNG

OLG Dresden/OLG Karlsruhe/OLG München

Coronabedingte Mietminderung aufgrund staatlicher Schließungsanordnungen - Bestandsaufnahme und Gegenüberstellung oberlandesgerichtlicher Entscheidungen

BVerfG

Verletzung des Grundrechts der Meinungsfreiheit durch die Verurteilung wegen Beleidigung eines Richters

INHALTSVERZEICHNIS

Beiträge

Nora Rzadkowski

Längst überfällig: Die Revidierte Europäische Sozialcharta ist in Kraft getreten

Seite ▶ 54

Michael Hippeli

Netiquette im digitalen Lehrbetrieb

Seite ▶ 59

Klausuren

Giulio Erbar/Lukas Paysan

Examensübungsklausur Zivilrecht:
„In guter Gesellschaft zu Corona-Zeiten“

Seite ▶ 64

Michael Hippeli

Fortgeschrittenenklausur Öffentliches Recht:
„Wirecard und Staatshaftung“

Seite ▶ 75

Claudius Petzold

Assessorexamen - Behördenklausur:
„Kleingeister“

Seite ▶ 81

Rechtsprechung Zivilrecht

OLG Dresden/OLG Karlsruhe/OLG München

Coronabedingte Mietminderung aufgrund staatlicher Schließungsanordnungen - Bestandsaufnahme und Gegenüberstellung oberlandesgerichtlicher Entscheidungen
Urteile vom 24.02.2021 und Hinweis vom 17.02.2021 (*Henrik Nolte*)

Seite ▶ 92

Rechtsprechung Strafrecht

BGH

Hinterlistiger Überfall iSd. § 224 Abs. 1 Nr. 3 bei Körperverletzungshandlung mit Eventualvorsatz
Beschluss vom 15.12.2020 (*Alexander Bechtel*)

Seite ▶ 101

Rechtsprechung Öffentliches Recht

BVerfG

Verletzung des Grundrechts der Meinungsfreiheit durch die Verurteilung wegen Beleidigung eines Richters
Urteil vom 16.10.2020 (*Florian Feigl*)

Seite ▶ 104

EuGH

Der Schutz von Ruhe- und Fortpflanzungsstätten nach der
Habitatrichtlinie endet erst wenn keine hinreichend hohe
Wahrscheinlichkeit der Wiederkehr besteht

Urteil vom 02.07.2020 (*Felix Steengrafe*)

Seite ▶ 108

Rezension**Pius O. Dolzer**

Leuschner/Sajnovits/Wilhelm

Fälle zum Kapitalgesellschafts- und Kapitalmarktrecht
(2021)

Seite ▶ 110

EDITORIAL

Die zweite JSE Ausgabe des Jahres beginnt mit einem **Beitrag** aus dem europäischen Sozialrecht. Unter dem Titel „*Längst überfällig: Die Revidierte Europäische Sozialcharta ist in Kraft getreten*“ setzt sich RZADKOWSKI kritisch mit dem namensgebenden Rechtsakt und seiner Umsetzung ins nationale Recht auseinander.

Der zweite **Beitrag** betrifft ein nicht zuletzt während der COVID-19-Pandemie relevantes Thema: die Kommunikation zwischen Studierenden und Dozenten einer Universität auf elektronischem Wege. Unter „*Netiquette im digitalen Lehrbetrieb*“ setzt sich HIPPELI mit einigen Grundfragen der Höflichkeit im digitalen Raum allgemein sowie der digitalen Lehre im Besonderen auseinander.

Bei den **Klausuren** spielt einmal mehr die rechtliche Aufarbeitung der epidemischen Lage dieses und des vergangenen Jahres eine zentrale Rolle. In ihrer an **Examenskandidaten** gerichteten Klausur aus dem Zivilrecht arbeiten ERBAR und PAYSAN unter dem Titel „*In guter Gesellschaft zu Corona-Zeiten*“ einige Fragen des allgemeinen und besonderen Schuldrechts, samt deren prozessualer Bezüge auf. Nicht weniger aktuell ist HIPPELIS an **Studierende der Fortgeschrittenenübung** gerichtete Falllösung „*Wirecard und Staatshaftung*“. Hier werden einige zentrale Aspekte der Staatshaftung anhand eines Beispiels aus dem Kapitalmarktrecht verdeutlicht. Vornehmlich an **Referendare** gerichtet ist schließlich die Ausarbeitung von PETZOLD. Unter „*Kleingierster*“ bereitet er anhand einer Behördenklausur einen komplexen Sachverhalt betreffend Homosexualität, sexuelle Gewalt, konservative Selbstbilder, Dienstvergehen und den Umfang der Forschungsfreiheit didaktisch auf.

Die **Rechtsprechung** aus dem **Zivilrecht** besteht dieses Mal aus einer 3-in-1 Aufbereitung der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Karlsruhe, Dresden und München zu Fragen der coronabedingten Mietminderung aufgrund staatlicher Schließungsanordnungen. Die didaktisch interessanten Entscheidungen befassen sich mit den pandemielevanten Aspekten des Sachmangelrechts, der Unmöglichkeit und des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (NOLTE)

Im **Strafrecht** hatte der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofes darüber zu befinden, ob Eine Körperverletzung auch dann (noch) hinterlistig iSd § 224 Abs. 1 Nr. 3 begangen wird, wenn der Täter seine Verletzungsabsicht vor Vornahme der eigentlichen Verletzungshandlung aufgegeben hat und insoweit nur noch mit Eventualvorsatz handelt (BECHTEL).

Das **Öffentliche Recht** beginnt mit einem Beschluss des ersten Senates des Bundesverfassungsgerichts. Hier war zu entscheiden, ob und inwieweit die Verurteilung nach § 185 StGB eine abwägende Gewichtung der Beeinträchtigungen, die der persönlichen Ehre auf der einen und der Meinungsfreiheit auf der anderen Seite drohen auch im Falle der Beleidigung eines Richters vonnöten ist (FEIGL). Der Rechtsprechungsteil endet mit einem Spruch des Europäischen Gerichtshofes zum Schutz von Ruhe- und Fortpflanzungsstätten nach der Habitatrichtlinie und wann dieser im Falle einer nicht hinreichend hohen Wahrscheinlichkeit der Wiederkehr besteht (STEENGRAFE)

Das Heft schließt mit der **Rezension** einer Fallsammlung zu Fragen des Kapital- und Kapitalmarktrechts (DOLZER).

Prof. Dr. **Christian F. Majer**
Schriftleiter

Sascha Sebastian, M.mel.
Stellvertretender Schriftleiter

BEITRAG

Prof. Dr. Nora Rzadkowski*

Längst überfällig: Die Revidierte Europäische Sozialcharta ist in Kraft getreten

Gliederung

Abstract

A) Die Revidierte Europäische Sozialcharta

B) Warum es so lange gedauert hat

C) Das „à la carte“-System

D) Vorbehalte hinsichtlich des Rechts auf Existenzsicherung und des Rechts auf Wohnen

I. Vorbehalt zu Art. 30 RESC

II. Vorbehalt zu Art. 31 RESC

E) Kein Beitritt zum Kollektivbeschwerdeverfahren

F) Fazit

Abstract

Mehr als 13 Jahre nach der Unterzeichnung der Revidierten Europäischen Sozialcharta (RESC) hat der Deutsche Bundestag die RESC am 8. Oktober 2020 ratifiziert. Am 25. November 2020 ist das „Gesetz zur Revision der Europäischen Sozialcharta vom 3. Mai 1996“ in Kraft getreten.¹ Mutig ist die Ratifizierung nicht. Denn erstens war dieser Schritt längst überfällig. Zweitens zeugt die Auswahl aus dem „à la carte“-Menü der als verbindlich anerkannten Rechte nicht gerade von dem Willen, einen progressiven Beitrag zum Ringen um ein soziales Europa zu leisten. Gerade im Bereich des Sozialrechts wurde damit die Chance vertan, sich einem europäischen Dialog zu öffnen. Und drittens wäre ein weiterer entscheidender Schritt ein Beitritt zum Zusatzprotokoll über Kollektivbeschwerden gewesen, den die Mehrheit im Bundestag abgelehnt hat.

A) Die Revidierte Europäische Sozialcharta

Die Europäische Sozialcharta von 1961 ist das Pendant zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK). Ähnlich wie es auf Ebene der Vereinten Nationen einen UN-Zivilpakt und einen UN-Sozialpakt gibt, splittet sich der Menschenrechtsschutz durch den Europarat in zwei Dokumente. Während die EMRK überwiegend politische und bürgerliche Menschenrechte enthält, sind soziale Rechte Gegenstand der Europäischen Sozialcharta.

Der wesentliche Unterschied zwischen EMRK und ESC besteht darin, dass die ESC nicht der Rechtsprechung des EGMR unterliegt. Aus der ESC folgen völkerrechtliche Verpflichtungen der Vertragsstaaten, aber keine individuell einklagbaren Rechte. Zur

Überwachung der Vertragsstaaten sieht die ESC ein Berichtssystem vor. Die Vertragsstaaten berichten regelmäßig über die Umsetzung der Bestimmungen der Charta. Zu den Berichten der Vertragsstaaten können die Sozialpartner Stellung nehmen – eine Reminiszenz an die dreigliedrige Organisationsstruktur der Internationalen Arbeitsorganisation. Die Berichte werden dann von einem Sachverständigenausschuss, dem Europäischen Ausschuss für soziale Rechte (EASR), geprüft. Der Ausschuss veröffentlicht Schlussfolgerungen („conclusions“), in denen er die Konformität bzw. Nonkonformität mit der Charta feststellt. Stellt der Ausschuss fest, dass die rechtliche oder tatsächliche Situation in einem Vertragsstaat nicht im Einklang mit der Charta steht und ergreift der Vertragsstaat trotzdem keine Maßnahmen, ist das schärfste Sanktionsinstrument eine Empfehlung des Ministerkomitees an den Vertragsstaat. Damit die ESC kein zahnloser Tiger bleibt, wurde 1995 mit dem Zusatzprotokoll über Kollektivbeschwerden die Möglichkeit geschaffen, dass sich Verbände mit einer Beschwerde an den Sachverständigenausschuss wenden können. Deutschland hat das Zusatzprotokoll bisher nicht unterzeichnet.

1996 erfolgte eine Neuauflage der ESC. Die Revidierte Europäische Sozialcharta (RESC) enthält einen erweiterten Katalog sozialer Rechte, fordert von den Vertragsstaaten eine Verpflichtung auf mehr Rechte und inkorporiert mehrere Änderungsprotokolle. Neu sind die Rechte in den Art. 20 bis 31 RESC. 34 der 47 Vertragsstaaten haben die RESC bisher ratifiziert.² Die revidierte Fassung der ESC hat die ESC nicht komplett abgelöst. Für die Staaten, die sie noch nicht unterzeichnet und ratifiziert haben, gilt weiterhin die ESC. 2014 wurde der sog. Turin-Prozess angestoßen, der dazu beitragen soll, dass die RESC nunmehr von allen Vertragsstaaten ratifiziert wird und der Zweigleisigkeit ein Ende gesetzt wird.

Eine formale Verbindung zwischen ESC und EU-Recht besteht durch die Bezugnahme auf die ESC in Art. 151 AEUV. Inhaltlich bestehen vielfältige Überschneidungen zur Grundrechtecharta und dem Sekundärrecht.

Insgesamt hat die ESC in Deutschland mehr Bedeutung auf dem Gebiet des Arbeits- als auf dem Gebiet des Sozialrechts.³ Insbesondere im Bereich des Streikrechts spielt die ESC im Arbeitsrecht eine Rolle.⁴ Auf die Relevanz der ESC und die kritischen Schlussfolgerungen des EASR hinsichtlich des Niveaus des Ar-

* Die Autorin ist Professorin für Öffentliches Recht mit Sozialversicherungsrecht an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg.

¹ BGBl. 2020 II S. 900.

² Der Stand der Ratifikationen ist abrufbar unter https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/163/signatures?p_auth=Kmqsh1qx [Abruf: 23.11.2020].

³ Knosp, ZESAR 2015, 449 (450).

⁴ Zum Streikrecht vgl. Schubert, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht 3. Aufl. (2020), Art. 6 EU-SozCh; Lörcher, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, 4. Aufl. (2018); Dumke, Streikrecht iSd. Art. 6 Nr. 4 ESC und deutsches Arbeitskampfrecht, 2013; zur Relevanz von Art. 6 Abs. 4 ESC bei Streiks gegen Standortentscheidungen zuletzt: Münder, RdA 2020, 340.

beitsschutzes in Deutschland hat *Kohte* immer wieder hingewiesen.⁵ Dass die geringere Bedeutung im Sozialrecht nicht zuletzt daran liegt, dass Deutschland hinsichtlich sozialrechtlicher Normen der ESC – und nun der RESC – Vorbehalte erklärt hat, wird im Folgenden noch dargestellt (s. D).

B) Warum es so lange gedauert hat

„Alle Jahre wieder“, so spottete die CSU-Abgeordnete Katrin Albsteiger im November 2016, als anlässlich des 50. Geburtstags der ESC mal wieder der Versuch unternommen wurde, die Ratifizierung der RESC voranzutreiben.⁶ Dass es nun zur Ratifikation gekommen ist, liegt wohl nicht zuletzt daran, dass der Europarat mehrere Jubiläen feiert (letztes Jahr: 70 Jahre Europarat und 60 Jahre EGMR; dieses Jahr: 70 Jahre EMRK) und dass Deutschland im November 2020 den Vorsitz im Ministerkomitee des Europarats übernommen hat. Mit der Zielsetzung, den Vorsitz im Ministerkomitee und die gleichzeitige Präsidentschaft im Rat der Europäischen Union zu nutzen, um die multilaterale Zusammenarbeit in Europa weiter auszubauen und die gemeinsamen europäischen Standards hervorzuheben, lässt es sich schwer vereinbaren, die eigenen Hausaufgaben nicht zu machen und die RESC nicht endlich zu ratifizieren.⁷

Denjenigen, die die Ratifikation der RESC ablehnten, waren vor allem das allgemeine Streikrecht (auch für Beamte) in Art. 6 Abs. 4 RESC und das übergreifende Diskriminierungsverbot in Art. E ein Dorn im Auge.

Die Frage, ob Beamte streiken dürfen, wird immer noch heiß diskutiert. Nachdem das BVerfG die Frage abschlägig beschieden hat, hat sich der Schauplatz der Auseinandersetzung inzwischen nach Straßburg verlagert.⁸ Allerdings wird sie nicht vor dem Sachverständigenausschuss ausgetragen, sondern vor dem EGMR. Da dies – aus Sicht der Bedenkenträger – die Gefahr einer europäischen Intervention in die hergebrachten Grundsätze des deutschen Beamtentums noch verschärft haben dürfte, rückt die Bedrohung durch die RESC bzw. den Sachverständigenausschuss in den Hintergrund.

Vor allem für die Wirtschaft war das Diskriminierungsverbot in Art. E ein Grund, sich gegen eine Ratifikation der RESC stark zu machen. Dabei ist die allergische Reaktion auf das Diskriminierungsverbot, das als verbindliche Querschnittsvorschrift in Teil IV enthalten ist, vor dem Hintergrund der damaligen Einführung des AGG zu sehen.

Nachdem die anfänglichen Klagewellen im Zusammenhang mit dem AGG abgeflaut sind, dürfte es sich inzwischen etabliert haben, dass ein umfassendes Antidiskriminierungsrecht im Bereich des Arbeits- und Sozialrechts zum europäischen Standard gehört.

⁵ Vgl. *Kohte*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2: Individualarbeitsrecht II, 4. Aufl. (2018), § 172 Rn. 4-50 mwN.

⁶ *Deutscher Bundestag*, Plenarprotokoll 18/199, Sitzung vom 10.11.2016, S. 19878, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btp/18/18199.pdf#P.19878> [Abruf: 23.11.2020].

⁷ *Presidency of Germany/ Committee of Ministers*, Prioritäten des deutschen Vorsitzes im Ministerkomitee des Europarates (November 2020 - Mai 2021), <https://strassburg-europa-rat.diplo.de/blob/2417844/353f2a72edo76554a38aofea6522552/prioritaeten-deu-praesidentschaft-dld-data.pdf> [Abruf: 23.11.2020].

C) Das „à la carte“-System

Die RESC hält an dem „à la carte“-System fest, das schon prägend für die ESC war. Danach ist nicht der gesamte Rechtekatalog, den die ESC enthält, für die Vertragsstaaten verbindlich. Die Staaten können stattdessen eine Auswahl treffen. Dieses Opt in-Modell soll es den Staaten erleichtern, sich der ESC anzuschließen. Gleichzeitig schwächt der unübersichtliche Flickenteppich der jeweils als verbindlich anerkannten Rechte den Menschenrechtsschutz durch die ESC entscheidend. Art. B RESC enthält eine Bestandsschutzklausel, die die Vertragsstaaten verpflichtet, an der Auswahl, die sie unter der ESC getroffen haben, auch weiterhin festzuhalten.

Deutschland hat die Artikel 1 bis 20 ESC mit Ausnahme der Regelungen in Art. 4 Abs. 4, Art. 7 Abs. 1, Art. 8 Abs. 2 und 4, Art. 10 Abs. 4 ESC als verbindlich anerkannt.

Eine Veränderung ergibt sich durch die RESC insoweit als die Zahl der Artikel und Nummern, die als verbindlich anerkannt werden müssen, erhöht wurde. Deutschland hat sich entschieden, zusätzlich folgende Artikel als bindend anzusehen: Art. 20 (Recht auf Chancengleichheit und Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts), Art. 23 (Recht älterer Menschen auf sozialen Schutz), Art. 25 (Recht der Arbeitnehmer auf Schutz ihrer Forderungen bei Zahlungsunfähigkeit ihres Arbeitgebers), Art. 26 (Recht auf Würde am Arbeitsplatz), Art. 27 (Das Recht der Arbeitnehmer mit Familienpflichten auf Chancengleichheit und Gleichbehandlung), Art. 28 (Recht der Arbeitnehmervertreter auf Schutz im Betrieb und Erleichterungen, die ihnen zu gewähren sind) und Art. 29 (Recht auf Unterrichtung und Anhörung in den Verfahren bei Massenentlassungen).

Damit hat Deutschland bei der Wahl aus dem „à la carte“-Menu vor allem solche sozialen Rechte als verbindlich anerkannt, bei denen keine Anpassungen im nationalen Rechtssystem erforderlich sind. Die Artikel betreffen Materien, die bereits weitgehend durch ILO-Übereinkommen oder EU-Recht geregelt sind.⁹ An den einmal erklärten Vorbehalten wurde weitgehend festgehalten, obwohl sich manche Vorbehalte überholt haben dürften bzw. sich die Vorschriften leicht umsetzen ließen.¹⁰ Von einer Verpflichtung auf die potentiell konfliktträchtigeren Rechte wie dem Recht auf Schutz gegen Armut und soziale Ausgrenzung (Art. 30 RESC) und dem Recht auf Wohnen (Art. 31 RESC) hat man nicht nur Abstand genommen, sondern ausdrücklich Vorbehalte erklärt.¹¹

D) Vorbehalte hinsichtlich des Rechts auf Existenzsicherung und des Rechts auf Wohnen

„Sozialminister sperrt sich gegen Sozialrechte“ hieß es dazu in der Wochenzeitschrift „Der Spiegel“. In der Tat zeigen die Vorbehalte hinsichtlich Art. 30 und 31 RESC, dass sich Deutschland

⁸ BVerfG NVwZ 2018, 1121.

⁹ *Knospe*, ZESAR 2015, 449 (456).

¹⁰ *Knospe*, ZESAR 2015, 449 (455).

¹¹ Vorbehalte wurden außerdem zu Art. 21, 22 und 24 erklärt. Insgesamt bestehen Vorbehalte nun bezüglich Art. 4 Abs. 4, Art. 7 Abs. 1, Art. 10 Abs. 5, Art. 21, 22, 24, 30 und 31. Am Vorbehalt hinsichtlich Art. 8 Abs. 2 und 4 ESC wurde nicht festgehalten.

¹² *Der Spiegel* 40/2020.

einem europäischen Dialog über brennende soziale Fragen verschließt.

I. Vorbehalt zu Art. 30 RESC¹³

Aus der Lektüre des Art. 30 RESC allein erschließt sich nicht, warum Deutschland sich nicht in der Lage sieht, sich zur Einhaltung des Rechts auf Schutz gegen Armut und soziale Ausgrenzung zu verpflichten. Dort heißt es:

„Um die wirksame Ausübung des Rechts auf Schutz gegen Armut und soziale Ausgrenzung zu gewährleisten, verpflichten sich die Vertragsparteien, a) im Rahmen eines umfassenden und koordinierten Ansatzes Maßnahmen zu ergreifen, um für Personen, die in sozialer Ausgrenzung oder Armut leben oder Gefahr laufen, in eine solche Lage zu geraten, sowie für deren Familien den tatsächlichen Zugang insbesondere zur Beschäftigung, zu Wohnraum, zur Ausbildung, zum Unterricht, zur Kultur und zur Fürsorge zu fördern; b) diese Maßnahmen, falls erforderlich, im Hinblick auf ihre Anpassung zu überprüfen.“ Mit den Vorschriften zur Existenzsicherung im SGB II und SGB XII sowie weiteren Regelungen – beispielsweise im Wohngeldgesetz – bestehen in Deutschland umfassende Regelungen zur Existenzsicherung.

Brisant wird Art. 30 RESC erst im Zusammenspiel mit dem Diskriminierungsverbot in Art. E RESC, das verspricht:

„Der Genuss der in dieser Charta festgelegten Rechte muss ohne Unterscheidung insbesondere nach der Rasse, der Hautfarbe, dem Geschlecht, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Gesundheit, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, der Geburt oder dem sonstigen Status gewährleistet sein.“

Das Verbot der Diskriminierung aufgrund der nationalen Herkunft, mithin der Staatsangehörigkeit, hat im Europarat Tradition. Er findet sich auch im Europäischen Fürsorgeabkommen (EFA) von 1953. Mit dem Abkommen verpflichteten sich die unterzeichnenden Vertragsstaaten, den Staatsangehörigen der anderen Vertragschließenden, die sich in irgendeinem Teil seines Gebietes, auf das dieses Abkommen Anwendung findet, erlaubt aufhalten und nicht über ausreichende Mittel verfügen, in gleicher Weise wie seinen eigenen Staatsangehörigen und unter den gleichen Bedingungen die Leistungen der sozialen und Gesundheitsfürsorge zu gewähren (Art. 1 EFA). Dass Sozialleistungen ohne Ansehung der Staatsangehörigkeit gewährt werden, ist in Deutschland trotzdem alles andere als selbstverständlich.

¹³ Vgl. zu den folgenden Ausführungen *Eichenhofer*, Revidierte Europäische Sozialcharta. Beitritt Deutschlands nach fast 25 Jahren – unter bedenkenlichen Vorbehalten!, <https://netzwerk-sozialrecht.net/revidierte-europaeische-sozialcharta/> [Abruf: 09.01.2021] an.

¹⁴ BSG NJOZ 2011, 1104. Zur Rolle des EFA bei der Anwendung des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2b SGB II vgl. *Becker*, in: *Eicher/Luik*, SGB II, 4. Aufl. (2017), § 7 Rn. 47.

¹⁵ *Steffen/Keßler*, ZAR 2012, 245 (247): „Liefße man einen Ausschluss von diesen existenzsichernden Leistungen für erwerbsfähige Hilfebedürftige zu, würde die mit dem EFA beabsichtigte Gleichbehandlung im Bereich der Fürsorgeleistungen ins Leere laufen.“ Auch *Noak*, JSE 2016, 4 (10) hält den Vorbehalt für nichtig.

Nachdem das BSG 2010 entschieden hatte, dass für Angehörige von EFA-Staaten, die sich allein zum Zweck der Arbeitssuche in Deutschland aufhalten, der Ausschlussgrund des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II a.F. (seit 1.1.2017 Abs. 1 S. 2 Nr. 2b) wegen des Gleichbehandlungsgebots aus Art. 1 EFA unanwendbar sei, erklärte die Bundesregierung gemäß Art. 16 lit. b EFA mit Wirkung ab dem 19.12.2011 einen Vorbehalt hinsichtlich der Anwendung des SGB II auf Staatsangehörige anderer Vertragsstaaten.¹⁴ Inwieweit dieser Vorbehalt, der einer Kündigung des Abkommens gleichkommt, zulässig ist, ist umstritten.¹⁵ Das BSG hat ihn jedenfalls als gültig erachtet.¹⁶

Damit ist die Frage, inwieweit es zulässig ist, bei dem Zugang zu Sozialleistungen nach der Staatsangehörigkeit zu differenzieren, nicht endgültig geklärt. Das EFA ist Teil der größeren Debatte um den Ausschluss von EU-Bürger von SGB II-Leistungen, die in den letzten Jahren erhitzt geführt wurde.¹⁷ Nachdem das BSG einen Leistungsanspruch aus dem SGB XII ableitete, stellte der Gesetzgeber klar, dass ein Leistungsanspruch nicht gewollt ist bzw. sich auf sog. Überbrückungsleistungen und die darlehensweise Gewährleistung der Kosten für die Rückreise beschränkt.¹⁸ Immer wieder wird der EuGH mit neuen Fallvarianten des Leistungsausschlusses von EU-Ausländer befasst.¹⁹ Das BVerfG hat entsprechende Vorlagen für unzulässig erklärt.²⁰

Hätte sich Deutschland zur Einhaltung von Art. 30 RESC verpflichtet, hätte dies Regelungen zur Existenzsicherung, die nach der Staatsangehörigkeit differenzieren, in Frage gestellt und Gerichten, die den Ausschluss von EU-Ausländer von Leistungen zur Existenzsicherung für rechtswidrig erachten, neue Argumentationshilfen geliefert. Das fehlende Bekenntnis zu Art. 30 RESC wird allerdings nicht dazu führen, dass Probleme, die durch die fehlende soziale Integration innerhalb Europas entstehen, verschwinden. Inwieweit Sozialleistungen von der Staatsangehörigkeit abhängig gemacht werden können, ist keine Frage, die im Alleingang geklärt werden kann.

II. Vorbehalt zu Art. 31 RESC

Ähnliches gilt in Hinblick auf das in Art. 31 RESC enthaltene Recht auf Wohnen. Auch hier wäre es wünschenswert gewesen, wenn sich Deutschland dem europäischen Dialog nicht verschlossen hätte.

Ob in Berlin, Hamburg oder Stuttgart: Wohnen ist eines der Top-Wahlkampfthemen. Vor den Sozialgerichten sind eine Vielzahl von Verfahren anhängig, die die Angemessenheit von Wohnraumkosten, das tatsächliche Bestehen günstigerer Alternativen oder die (darlehensweise) Übernahme von Schulden zur Wohnraumsicherung betreffen. Doch auch jenseits der Exis-

¹⁶ BSG NZS 2016, 472 (473 f.).

¹⁷ Vgl. *Noak*, JSE 2016, 4; *JSE* 2018, 66 und *JSE* 2020, 148.

¹⁸ Gesetz zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch und in der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch vom 22.12.2016 (BGBl. I 3155).

¹⁹ EuGH NJW 2015, 145 (Dano); EuGH NVwZ 2015, 1517 (Alimanovic); EuGH NJW 2016, 1145 (García-Nieto); EuGH InfAuslR 2020, 448 (Jobcenter Krefeld).

²⁰ BVerfG, Beschl. v. 4.12.2019 - 1 BvL 4/16; BVerfG, Beschl. vom 17.12.2019 - 1 BvL 6/16; BVerfG, Beschl. v. 26.2.2020 - 1 BvL 1/20.

tenzsicherung ist bezahlbarer Wohnraum für Viele ein drängendes Problem. Die Politik reagiert mit Wohngipfeln und Instrumenten wie der Mietpreisbremse (§§ 556d bis 556g BGB) oder dem Berliner Mietendeckel. Die Recht- und Zweckmäßigkeit der Maßnahmen wird intensiv diskutiert.²¹

Mangelnder oder unbezahlbarer Wohnraum ist kein deutsches Problem. Der Dokumentarfilm „Push“ zeigt dies eindrücklich: rund um den Globus müssen Menschen aus der Mittel- und Arbeiterklasse darum kämpfen, ihren Wohnraum finanzieren zu können.²² Global sind die Phänomene der Wohnungslosigkeit und unverhältnismäßig hoher Wohnkosten nicht nur, weil sie in vielen Ländern beobachtet werden können. Es handelt sich auch in dem Sinne um ein globales Problem, als die Ursachen und Konsequenzen der Wohnungsnot eine globale Dimension haben.

Aber auch gegenwärtig gehen die Konsequenzen über Ländergrenzen hinaus. So hat die ehemalige UN-Sonderberichterstatterin für angemessenes Wohnen und Mitautorin des Films „Push“, *Leilani Farha* im April 2020 auf die Bedeutung des Wohnraums im Kampf gegen die Pandemie hingewiesen und alle Staaten dazu aufgefordert, Wohnungsräumungen während der Pandemie zu untersagen, um die „stay home“-Strategien überhaupt – und vor allem nicht auf Kosten der Schwächsten – realisieren zu können.²³

Farha spricht sich für eine menschenrechtsbasierte Wohnstrategie aus.²⁴ Auf Ebene der Vereinten Nationen besteht dafür eine normative Grundlage in Art. 11 des UN-Sozialpakts. Für eine normative Grundlage auf europäischer Ebene muss erst gesorgt werden. Die Menschenrechtskommissarin des Europarats, *Dunja Mijatović*, spricht von der „vernachlässigten Pflicht“ Europas, bezahlbaren Wohnraum sicherzustellen. Sie ruft die Vertragsstaaten dazu auf, das Recht auf Wohnen an die Spitze der politischen Agenda zu setzen und Art. 31 RESC als verbindlich anzuerkennen.²⁵ Die Europäische Union hat das Recht auf Wohnen im Grundsatz 19 der Europäischen Säule sozialer Rechte aufgenommen. Allerdings fehlt es der ESSR an rechtlicher Verbindlichkeit. Immerhin wird sie inzwischen in das Europäische Semester integriert.

Deutschland hat es verpasst, bei der Diskussion um ausreichenden und bezahlbaren Wohnraum den Anschluss an Europa zu

suchen. Die Vorbehalte zu Art. 30 und 31 RESC stehen „nicht für europäisches Denken, sondern für Eigenbrötelei“, bemerkt *Eichenhofer* dazu zutreffend.²⁶

E) Kein Beitritt zum Kollektivbeschwerdeverfahren

Dass sich Deutschland nicht als Motor der Integration versteht, sondern das deutsche Arbeits- und Sozialrecht von einer europäischen Einflussnahme möglichst abschotten will, wird außerdem dadurch deutlich, dass ein Beitritt zum Kollektivbeschwerdeverfahren nicht beabsichtigt ist.

In der Gesetzesbegründung wird die ablehnende Haltung damit erklärt, dass die Zugangsvoraussetzungen als zu niedrigschwellig bewertet werden. Beschwerden könnten ohne Ausschöpfung des nationalen Rechtswegs und Nachweises eines konkreten Rechtsschutzbedürfnisses erhoben werden. Bemängelt wird zudem, dass dem Sachverständigenausschuss praktisch die Funktion einer generellen und umfassenden Rechtsbeschwerdestelle sowie einer Rechtsetzungs- und -auslegungsinstanz bei der Interpretation des vagen Beschwerdegrunds der „nicht zufriedenstellenden Anwendung“ der ESC zuerkannt werde. Dies sei bedenklich, da der Sachverständigenausschuss in den vergangenen Jahren gerade auch in Deutschland immer wieder Verstöße gegen einzelne Bestimmungen der ESC festgestellt habe.

Die Fadenscheinigkeit dieser Argumentation ist offensichtlich: Verbandsklagerechte bestehen im Arbeits- und Sozialrecht nur ganz vereinzelt (vgl. bspw. § 15 BGG, § 85 SGB IX). Auch eine Verfassungsbeschwerde kann nur erheben, wer geltend macht, in eigenen Rechten verletzt zu sein. Insoweit wäre es Verbänden gar nicht möglich, den nationalen Rechtsweg auszuschöpfen. Das „konkrete Rechtsschutzbedürfnis“ suggeriert zudem, dass eine Beschwerde von einer konkreten Rechtsverletzung abhängig gemacht werden sollte. Dies steht jedoch im Widerspruch zur Idee der Kollektivbeschwerde als Mittel der überindividuellen, altruistischen Rechtsdurchsetzung, das der Feststellung einer Verletzung der ESC dient.²⁷ Die Gefahr, dass völlig substanzlose Beschwerden zu inhaltlichen Stellungnahmen durch den Sachverständigenausschuss führen könnten, besteht nicht. Denn Beschwerden ohne praktischen Belang erfüllen die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Kollektivbeschwerde nicht, nach denen die unzureichende Umsetzung der ESC erläutert und belegt werden muss.²⁸

²¹ Vgl. zur Mietpreisbremse: BVerfG NJW 2019, 3054 (Unzulässigkeit der Vorlagen, Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung). Kontrovers sind die Meinungen zur kompetenzrechtlichen und materiellen Verfassungsmäßigkeit des Berliner Mietendeckels. Das BVerfG hat einen Eilantrag abgelehnt (BVerfG NJW 2020, 1202). Die Entscheidungen über eine Vorlage des LG Berlin und einen abstrakten Normenkontrollantrag der CDU- und FDP-Bundestagsfraktionen stehen noch aus, ebenso eine Entscheidung des Berliner Verfassungsgerichtshof. Der Bayerische Verfassungsgerichtshof hat dagegen ein Volksbegehren zur Begrenzung der Miethöhe in 162 Gemeinden mit angespanntem Wohnungsmarkt in Bayern nicht zugelassen, weil es offensichtliche Zweifel an der Gesetzgebungskompetenz des Landesgesetzgebers hat (BayVerfGH NVwZ 2020, 1429).

²² <https://www.pushthefilm.com/> [Abruf: 09.01.2021].

²³ *Farha*, COVID-19 Guidance Note: Prohibition of evictions, 28.4.2020, https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Housing/SR_housing_COVID-19_guidance_evictions.pdf [Abruf: 09.01.2021].

²⁴ Bericht der Sonderberichterstatterin über angemessenes Wohnen als Bestandteil des Rechts auf einen angemessenen Lebensstandard und das Recht auf Nichtdiskriminierung in diesem Zusammenhang, 15.1.2018, A/HRC/37/53 (nichtamtliche Übersetzung des Deutschen Instituts für Menschenrechte

abrufbar unter: https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/Redaktion/PDF/Sonstiges/Bericht_Sonderberichterstatterin_Recht_auf_Wohnen_Recht_auf_Nichtdiskriminierung.pdf [Abruf: 09.01.2021].

²⁵ *Mijatović*, The right to affordable housing: Europe's neglected duty, 23.1.2020, <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/the-right-to-affordable-housing-europe-s-neglected-duty> [Abruf: 09.01.2021].

²⁶ *Eichenhofer*, Revidierte Europäische Sozialcharta. Beitritt Deutschlands nach fast 25 Jahren – unter bedenklichen Vorbehalten!, <https://netzwerk-sozialrecht.net/revidierte-europaeische-sozialcharta/> [Abruf: 09.01.2021].

²⁷ *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. Aufl. (2020), Teil I Rn. 2.

²⁸ Vgl. Art. 4 Zusatzprotokoll zur Europäischen Sozialcharta über Kollektivbeschwerden v. 9.11.1995, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007cdc4> Council of Europe [Abruf: 23.11.2020]. Vgl. auch *Council of Europe*, Collective Complaints Procedure, December 2016, S. 10, <https://rm.coe.int/collective-complaints-procedure/1680745715> [Abruf: 23.11.2020].

Auch die Divergenzen hinsichtlich der Umsetzung der Charta in Deutschland dürften so gravierend nicht sein, wie es in der Gesetzesbegründung angedeutet wird. Eine Nichteinhaltung der ESC hat der Sachverständigenausschuss beispielsweise hinsichtlich einer gerechten Vergütung von Auszubildenden, dem Arbeitsschutz von Selbständigen, einem ausreichenden Rentenniveau, der Regelungen zur Familienzusammenführung bei Wanderarbeitnehmer oder im Bereich des Streikrechts festgestellt.²⁹ Dass hier zum Teil tatsächlich Handlungsbedarf besteht, machen bereits realisierte oder noch anvisierte Gesetzesvorhaben, etwa zur Einführung einer Grundrente oder zur Erhöhung des Ausbildungsvergütungen, deutlich.

Es ist also vor allem der mangelnde Wille, sich europäischen Interventionen in das nationale Arbeits- und Sozialrecht auszusetzen, der dem Beitritt zum Kollektivbeschwerdeverfahren entgegensteht. Dabei dürfte die „Gefahr“ des Kollektivbeschwerdeverfahrens darin bestehen, dass Beschwerden von Verbänden öffentlichkeitswirksamer sind als alljährliche Stellungnahmen des Sachverständigenausschusses zu Länderberichten. Dadurch dass Deutschland sich dem Kollektivbeschwerdeverfahren entzieht, schneidet es einer Mobilisierung des europäischen Sozialrechts „von unten“ den Weg ab.

F) Fazit

Die Ratifikation der RESC ist zu begrüßen. Sie ist nicht mutig und kein großer Wurf. Dass die „älteste europäische Organisation“ gestärkt werden soll, wie es im Gesetzentwurf der Bundesregierung heißt, spiegelt sich weder in der Ratifikationsgeschichte wider noch in der Art und Weise, wie die Ratifikation nun vorgenommen wurde.³⁰ Für den Bereich des Sozialrechts wurde dies in Hinblick auf die Vorbehalte hinsichtlich des Rechts auf Existenzsicherung und des Rechts auf Wohnen dargelegt. Ein weiterer Beleg der Zaghaftheit oder „Eigenbrötelei“ Deutschlands ist die mangelnde Bereitschaft, dem Kollektivbeschwerdeverfahren beizutreten. Es liegt nun in der Hand der Rechtsanwender und -wissenschaftler zu zeigen, inwieweit die RESC ein Instrument auf dem Weg zu einem sozialen Europa sein kann.

► Inhaltsverzeichnis



²⁹ Council of Europe, Germany and the European Social Charter, May 2020, <https://rm.coe.int/168064496a> [Abruf: 23.11.2020].

³⁰ BT-Drs.19/20967, S. 42.

BEITRAG

ORR Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)*

Netiquette im digitalen Lehrbetrieb

Wege zur korrekten Kommunikation zwischen Studierenden und Dozenten

Gliederung

Abstract

A) Netiquette im Allgemeinen

B) Netiquette im Zusammenhang mit der konkreten Kommunikationsform der digitalen Lehre

I. Mailkommunikation

II. Digitale Lehre

C) Schluss

Abstract

Digitalisierung ist ein Hypertrend. Im aktuellen Koalitionsvertrag¹ auf Bundesebene tauchen die Begriffe „Digitalisierung“ und „digital“ auf 175 Seiten sage und schreibe 298mal auf. Zu Universitäten und Hochschulen heißt es dort auf S. 33: „Die Digitalisierung bietet für unsere Hochschulen große Chancen. Wir wollen sie unterstützen, diese Chancen umfassend zu nutzen und damit die Qualität von Studium, Lehre, Forschung sowie der Verwaltung und den wissenschaftlichen Austausch zu verbessern. Mit einem Wettbewerb werden wir digital innovative Hochschulen oder Hochschulverbände fördern. Wir wollen dabei insbesondere hochschulübergreifende, vernetzte Konzepte, z.B. Lehr- und Lernplattformen fördern. Wir wollen den Fernhochschulen mit dem Open University Network eine Plattform zur Koordination anbieten“.

Durch die Corona-Pandemie ist auch die Lehre an Universitäten und Hochschulen seit März 2020 schlagartig digitaler geworden. Plötzlich mussten sämtliche Lehrveranstaltungen von Präsenzlehre auf digitale Lehre umgestellt werden. Programme wie Zoom, Skype, Teams und Webex hatten auf einmal Hochkonjunktur. Digitale Vorlesungen und sonstige entsprechenden Veranstaltungen (z.B. Seminare, Kolloquien) waren zuvor nicht einmal an Fernuniversitäten und Fernhochschulen üblich. Der Einsatz von digitalen Instrumenten beschränkte sich insgesamt regelmäßig darauf, dass Dozenten vereinzelt Youtube-Videos produzierten und über die Plattform moodle Lehrmaterialien zur Verfügung stellten sowie Nachrichten austauschten und Aktuelles mitteilten.

Der Austausch über moodle oder auch per Email insbesondere zu Fragen, die Studierende in den Vorlesungen weder stellen konnten noch wollten, war bislang schon gang und gäbe. Bereits hier stellte sich die Frage nach der korrekten Ansprache beim Zugehen auf den jeweiligen Dozenten. Diese Thematik hat

durch die neuen digitalen Formate an Bedeutung gewonnen. Schließlich ist die Förmlichkeit des Hörsaals nicht mehr unbedingt gewährleistet, wenn Elemente des Privatlebens schon dadurch Einzug halten, dass Lehren und Lernen in und aus Arbeits- und Wohnzimmern heraus erfolgen. Dieser Umstand zwingt über die schon bislang nicht immer beherrschte Mail-Netiquette hinaus dazu, auch über angemessenes Verhalten vor der Webcam nachzudenken.

A) Netiquette im Allgemeinen

Netiquette ist ein zusammengesetzter Begriff aus dem englischen net für das „Netz“ und dem französischen etiquette für „Verhaltensregeln“. Unter Netiquette versteht man also das gute oder angemessene und achtende (respektvolle) Benehmen in der technischen (elektronischen) Kommunikation des Internets.² Dazu kann auch die richtige Verwendung der Orthografie zählen.³ Das Gegenteil von gewahrter Netiquette sind sog. inzivilen Kommentare.⁴

Die Netiquette ist in rechtlicher Hinsicht unverbindlich angelegt und hat eher Appellcharakter ähnlich wie ein Verhaltenskodex. Ziel ist es, keine Verrohung der Sitten in der Kommunikation oder Interaktion auftreten zu lassen, nur weil sich der Ort der Kommunikation ändert. Ein dahingehendes Verhalten ist (leider) aus sozialen Medien etwa in Bezug auf Äußerungen zu politischen Ereignissen oder sozialen Entwicklungen bekannt: An und für sich unsagbare Dinge, die bei einem Zusammentreffen bekannter oder auch unbekannter Personen niemals geäußert werden würden, werden demgegenüber dann oftmals als Hass oder Hetze („Hatespeech“) verbreitet, wenn die Kommunikation im Zusammenhang mit dem Internet steht. Seit 2017 soll das Netzwerkdurchsetzungsgesetz dem entgegenwirken. Zunehmend ist dabei der Trend zu erkennen, nicht mehr nur die Möglichkeit der Anonymität im Internet auszunutzen, sondern sein Fehlverhalten sogar unter Klarnamen zu äußern. Demzufolge sinken im Internet die Hemmschwellen bei der Kommunikation immer weiter. Ohne weiteres werden andere Personen angegrünzt, angepöbelt etc.

B) Netiquette im Zusammenhang mit der konkreten Kommunikationsform der digitalen Lehre

Auch der digitale Lehrbetrieb ist keine Insel der Glückseligkeit. Es zeigt sich auch hier, dass angemessenes Verhalten grundsätzlich umso stärker abnimmt, je größer die physische Distanz und je geringer die persönliche Bekanntheit bzw. Vertraulichkeit

* Der Autor ist derzeit im Zuge einer Abordnung Mitarbeiter des Hessischen Ministeriums für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Wohnen und Lehrbeauftragter an zwei Hochschulen. Er gibt ausschließlich seine persönlichen Auffassungen wieder.

¹ Vgl. www.bundesregierung.de/breg-de/themen/koalitionsvertrag-zwischen-cdu-csu-und-spd-195906 (zuletzt abgerufen am 11.03.2021).

² Vgl. OLG Dresden CR 2018, 590 (592); LG Mannheim, Urt. v. 24.06.2020 – 14 O 140/19; Kau, Vertrauensschutzmechanismen im Internet (2006), S. 163; Bellem, in: Berres/Bullinger, E-Business - Handbuch für Entscheider (2011), S. 517; Libertus, CR 2019, 262 (265).

³ Auer-Reinsdorff, ITRB 2012, 82 (83).

⁴ Vgl. BT-Drs. 19/23700 v. 28.10.2020, S. 722.

miteinander sind. Daher ist es wichtig, das entsprechende Bewusstsein für Netiquette auch im digitalen Lehrbetrieb auf- und auszubauen.

I. Mailkommunikation

Der größtmögliche Grad an Distanz besteht sicherlich durch die seit mehr als 20 Jahren übliche Kommunikationsform Email. Der Blick in die vordigitale Ära zeigt, wie die Etikette bei der Kommunikation seinerzeit war. Gab es damals von Seiten eines Studenten – die allumfassende, nicht gegenderte Form war damals noch allgegenwärtig – Fragen etwa zu Klausuren, Hausarbeiten, Lehrveranstaltungen, Exkursionen, Betreuung von Abschlussarbeiten oder Dissertationen, war es üblich, sich telefonisch an das Sekretariat des Lehrstuhls oder in Ermangelung eines Sekretariats direkt an den Lehrstuhlinhaber oder einen anderen mit dem Lehrstuhl verbundenen Dozenten zu wenden. Standard des Gesprächsaufbaus waren Grußformel, Name der angesprochenen Person, Vorstellung der eigenen Person, Vortragen des Begehrs (Bsp.: „Guten Tag Herr Prof. Schmidt, mein Name ist Klaus Müller, ich rufe an wegen der Hausarbeit im Modul Sachenrecht und hätte dazu ein paar Fragen wegen der Formalia o.ä.“). Kaum ein Studierender – dieses substantivierte Adjektiv ist heute gendergerecht üblich, sofern man nicht die recht umständliche Sternchenform Student*in verwenden will – wäre wohl auf die Idee gekommen, die Ansprache über das Telefon wesentlich anders zu gestalten.

Die Mailkommunikation hat diese Parameter entscheidend verändert und Unsicherheit geschaffen. Dies liegt zum einen daran, dass Sprach- und Schriftdeutsch seit jeher auseinanderfallen. Dies fällt etwa sehr gut daran auf, dass die Verben im Sprachdeutsch, anders als im Schriftdeutsch, eigentlich so gut wie nie im Präteritum (Bsp.: er ging, er aß) verwendet werden, sondern stets im Perfekt (Bsp.: er ist gegangen, er hat gegessen). Normalerweise ist festzustellen, dass das Schriftdeutsch gegenüber dem Sprachdeutsch eigentlich zumeist korrekter ist als das Sprachdeutsch, welches allzu oft zur Nutzung von Umgangssprache verleitet. Demgegenüber ist bei der Kontaktaufnahme mit Dozenten per Mail im Vergleich zum Telefonat das Gegenteil der Fall. Der weitaus größere Distanzfaktor bedingt es offenbar, dass das eingetippte Schriftdeutsch oftmals/eigentlich zumeist wesentlich salopper ausfällt als es beim Sprachdeutsch in einem Telefonat der Fall ist.

Als Eingangsgrußformel empfiehlt es sich im Zweifel, lieber erst einmal zu förmlich als zu salopp zu sein.⁵ Bei einer ersten Kontaktaufnahme per Email kann daher stets „Sehr geehrter oder sehr geehrte“, passend zum Geschlecht des jeweiligen Adressaten, verwendet werden. Eine wirklich absolute Nische dürfte es sein, dass eine geschlechtsneutrale Anrede gewünscht wird.⁶ Interessanterweise wird in der Schriftsprache keine eigentliche Grußformel wie „Guten Tag/Guten Morgen/Guten Abend/Grüß Gott“ vorangestellt. Eine solche eigentliche Grußformel macht nur in der Direktansprache Sinn, etwa weil die in Deutschland überwiegende Form „Guten Tag/Guten Morgen/Guten Abend“

nur dann relevant ist, wenn der Zeitpunkt des Zugangs beim Adressaten bekannt ist. Allerdings ist es wenig sinnvoll, einen guten Morgen zu wünschen, wenn der Mailadressat das Email ggf. erst am späten Abend abrufen. Die Grußformel „Grüß Gott“ ist im Vergleich dazu zwar allumfassender, spielt aber ohnehin nur in Süddeutschland eine Rolle, außerhalb von Bayern und Baden-Württemberg wird die Verwendung dieser Grußformel eher als befremdlich wahrgenommen. Bei einer ersten Kontaktaufnahme ist es zudem fernliegend, zu einem deutlich vertraulicherem „Lieber oder Liebe“ überzugehen. Dies kommt erst dann im weiteren Mailverlauf in Betracht, wenn der Adressat hierzu überwechselt. Jenseits dessen stellt dies eine Verkennung des Verhältnisses von Nähe und Distanz dar. Eher plump wirkt in diesem Zusammenhang die Eingangsgrußformel „Hallo“, was nicht mehr allzu weit von einem völlig deplatzierten „Hey“ oder „Hi“ entfernt ist.⁷ Das „Hallo“ stellt in der Praxis keinen seltenen Fehler dar, allerdings signalisiert es eine doch unangebrachte kumpelhafte Nähe. Auch das Weglassen jedweder Eingangsgrußformel ist natürlich grundlegend ein absolutes No Go und stellt eine Unhöflichkeit der Sonderklasse dar.

Weiter ist es üblich, die eigentliche Anrede sodann mit einem vorgestellten „Herr/Frau“ fortzusetzen. Deutlich unhöflich, aber kein allzu seltener Fehler ist es, gerade im Hinblick auf männliche Professoren, dass „Herr“ entfallen zu lassen und etwa die Anrede mit „Sehr geehrter Prof. Schmidt“ zu beginnen. Der Professorentitel ist allerdings nach althergebrachter Weise kein Ersatz für Herr/Frau, zumal er in der unbestimmten Verwendungsweise „Prof.“ geradezu jegliche Geschlechtlichkeit abspricht. Im Vordringen befindlich ist allerdings die ausgeschriebene Anrede „Professor/Professorin“, so dass auch die Anrede „Sehr geehrte(r) Professor/in Schmidt“ ohne den Zusatz „Herr/Frau“ zwar noch etwas ungewohnt, allerdings ebenfalls möglich ist. Eine Dopplung dürfte die Anrede „Frau Professorin“ bedeuten, zumal auch nicht jede Professorin so angesprochen werden will und manchmal – sofern ausgeschrieben – „Frau Professor“ als vorzugswürdig empfunden wird. Mit der gegenderten Form ist man also keineswegs automatisch auf der sicheren Seite.⁸

Hinweis

Vermeiden Sie es möglichst, in die Gender-Untiefen vorzustößen und hiermit womöglich anzuecken. Mit „Sehr geehrte Frau Prof.“ wird man ebenso wenig etwas falsch machen können wie umgekehrt ein Dozent, der von „Studierenden“ spricht. Mit der Verwendung von „Frau Professorin“, „Studenten“ und „Student*in“ gerät man je nach Sichtweise schnell in den ggf. falschen Ruf, entweder ein reaktionärer Macho zu sein oder im Gegenteil den sog. „Gender-Wahn“ zu verkörpern.

Zudem ist immer der korrekte akademische Grad zu verwenden. Ist der Dozent Professor, so wird er regelmäßig auch promoviert

⁵ Brinkmann, ZJS 2020, 518 (519).

⁶ So wollte etwa die Genderforscherin Lann Hornscheidt ursprünglich als „Profx.“ angedredet werden, vgl. www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/profx-als-geschlechtergerechte-sprache-fuer-professoren-13268220.html, zuletzt abgerufen am 11.03.2021). Der Zusatz „Sehr geehrter oder sehr geehrte“ würde dann entfallen. Ein Anspruch auf eine geschlechts-

neutrale Anrede, die auch bei einem Menschen ohne eindeutige Geschlechtszuordnung relevant sein kann, besteht zwar nicht. Allerdings kann dem Anredewunsch natürlich aus Höflichkeit entsprochen werden, wenn dies bekannt ist.

⁷ Wohl gleichsetzend aber Brinkmann, ZJS 2020, 518 (519). Das „Hallo“ dürfte im Vergleich zu einem „Hi“ aber zumindest noch halbwegs in Ordnung sein.

⁸ AA. Brinkmann, ZJS 2020, 518 (519).

und somit Doktor sein. Der Doktor tritt als rangmäßig geringerer akademischer Grad dann jedoch stets hinter dem Professor zurück. Streng genommen ist dabei allerdings klarzustellen, dass Professor eine Funktions- oder Berufsbezeichnung ist und somit kein akademischer Grad i.e.S.⁹ Dies wird schon anhand der Erlangung deutlich. Nur der nahezu immer habilitierte Professor einer Universität sowie der außerplanmäßige Professor haben eine Habilitationsleistung erbracht und können somit ähnlich einer Promotion mit einer zusätzlichen wissenschaftlichen Forschungsleistung aufwarten. Anders ist dies jedoch beim Honorarprofessor oder dem Professor an einer Hochschule für angewandte Wissenschaften (vormals: Fachhochschule) o.ä. (Kunsthochschule, Berufsakademie usw.). Die korrekte Anrede lautet jedenfalls stets etwa „Sehr geehrter Herr Prof. Schmidt“ und nicht – ein häufiger Fehler – „Sehr geehrter Herr Prof. Dr. Schmidt“. Ist der Dozent lediglich Doktor wird er auch so angesprochen, allerdings ist dort die ausgeschriebene Form völlig unüblich¹⁰, so dass die korrekte Form etwa „Sehr geehrter Herr Dr. Müller“ wäre. Andere akademische Grade wie Master-, Bachelor- oder Diplomabschlüsse, deren Kürzel dem Namen nachgestellt werden kann (Bsp.: B.A., B.Sc., M.A., M.Sc., LL.M., Dipl.-Betriebswirt, Dipl.-Ing., Dipl.-Pol. usw.) werden in der Anrede nicht erwähnt.

Die Vorstellung der eigenen Person entspricht völlig der Kommunikation via Telefon. Sofern Studierender und Dozent sich nicht bereits kennen, sollte zunächst kurz der Name genannt und dann ein Bezug zum Lehrbetrieb (um welche Vorlesung o.ä. geht es eigentlich?) hergestellt werden.

Daran schließt sich schließlich die Darlegung des eigentlichen Begehrens an (Was will ich? Warum melde ich mich?). Auch hier gibt es keine wirkliche Abweichung zur Kommunikation via Telefon. Die Verwendung der Wörter „bitte“ und „danke“ ist dabei nie falsch, sondern gilt als Ausdrucksstärke.

Am Ende der Emails schließt sich eine Abschlussformel an, dh. die Email endet nicht abrupt mit der Mitteilung, was gewollt ist. Auch die Abschlussformel ist ein Ausdruck der Höflichkeit. Die Standard-Abschlussformel, mit der nichts falsch gemacht werden kann, ist ein „Mit freundlichen Grüßen“. Etwas weniger förmlich, aber immer noch ausreichend, ist ein „Freundliche Grüße“, „Beste Grüße“ oder „Viele Grüße“. Bei diesen Abschlussformeln bestehen die Unterschiede untereinander nur in sehr kleinen Nuancen. Vermieden werden sollte jedenfalls ein eher ruppiges „Gruß“ als Abschlussformel. Eher befremdlich, weil allzu überschwänglich wäre im Gegenzug dazu ein „Herzliche Grüße“ oder „Herzlichst Ihr(e)“. Etwas schwächer, aber ebenso ungeeignet, ist ein „Liebe Grüße“. Derartige Abschlussformeln setzen doch ein freundschaftliches oder gar intimes Verhältnis der Kommunikationspartner voraus und sind im Lehr- und Wissenschaftsbetrieb weitestgehend unangebracht. Ebenfalls unangebracht und eigentlich nur WhatsApp-tauglich oder bei Freunden und guten Bekannten verwendbar sind Abkürzungen wie „MfG“ und „BG“.¹¹ Sollte es in der Folge einen längeren Mailverlauf geben, muss allerdings nicht jedes Mal eine neue Abschlussformel erfolgen. Dies gilt zumal bei zeitlicher Nähe der einzelnen Emails.

Der Abschlussformel nachgestellt wird der eigene Name. Dieser sollte stets voll ausgeschrieben werden. Eine nicht selten vorkommende Unsitte ist es, lediglich die eigenen Initialen zu verwenden (Bsp.: „Mit freundlichen Grüßen AM“ anstatt „Mit freundlichen Grüßen Albert Meier“). Die Nutzung bloß der Initialen setzt ein näheres Verhältnis der Kommunikationspartner oder zumindest einen längeren Mailverlauf voraus.

Ob hiernach eine Signatur i.S. einer Art Briefkopf mit Adress- und Kontaktdaten erfolgen muss, hängt auch vom Inhalt des Mails ab. Wird etwa um ein Telefonat gebeten, so empfiehlt sich dies natürlich.

Grundsätzlich ist zur Form von Emails noch anzumerken, dass diese natürlich eingangs auch eine ausgefüllte Betreffzeile aufweisen und von einer seriösen Mailadresse versendet worden sein sollten. Dabei ist die Hochschul-Mailadresse stets am besten geeignet, da sie seriös ist und auch unmittelbar den Versender erkennen lässt, falls einmal der Name versehentlich nicht genannt wurde. Ein absolutes No Go sind private Mailadressen mit zweideutigem oder noch schlimmer rassistischem oder sonst irgendwie geartetem radikalen Gehalt etwa politischer oder religiöser Natur.

Hinweis

Überlegen Sie sich als Kontrollfrage für Formalia, wie Sie sich etwa bei einem Unternehmen per Mail für ein Praktikum bewerben würden. Nicht viel anders ist es bei der Ansprache eines Dozenten, von dem Sie letztlich auch etwas wollen. Überall, wo man etwas haben will, sollte man besonders darauf achten, seriös und höflich in Erscheinung zu treten. Auf den jeweiligen Kommunikationsweg (Vorsprache in Präsenz, Telefon, Email) kommt es dabei nicht wirklich an, das Erscheinungsbild sollte stets passen frei nach dem Motto „*You can never correct the first impression*“.

II. Digitale Lehre

Die seit März 2020 vorherrschende digitale Lehre zwingt ebenfalls zu Netiquetteüberlegungen und zwar sowohl auf der Ebene von Studierenden als auch auf der Ebene von Dozenten. Denn die räumliche Distanz jenseits der Hörsäle hat das Verhalten beider Gruppen verändert. Letztlich geht es um die Aufrechterhaltung einer Arbeitsatmosphäre, obwohl Dozent und Studierende während der Veranstaltungen zumeist in ihrem häuslichen Domizil sitzen.

Hinsichtlich der Dozenten ist anzumerken, dass die digitale Lehre oftmals dazu führt, das äußere Erscheinungsbild privater werden zu lassen. Die Präsenzlehre in Hörsälen bringt Dozenten zumeist dazu, Business-Outfits zu tragen oder doch zumindest im sog. Business Casual Standard aufzutreten. Anders gewendet heißt das: Mindeststandard ist an und für sich ein typisches Büro-Outfit an einem Freitag, welches nicht mehr ganz so förmlich zu sein braucht wie an anderen Wochentagen. Der Übergang zur digitalen Lehre hat allerdings dazu geführt, dass die häusliche Atmosphäre manch einen Dozenten dazu verleitet, während einer Vorlesung etwa im T-Shirt vor der Webcam zu

⁹ Hippeli, jurisPR-HaGesR 6/2017 Anm. 1.

¹⁰ Brinkmann, ZJS 2020, 518 (519).

¹¹ Vgl. Brinkmann, ZJS 2020, 518 (520).

sitzen, vom restlichen Outfit unterhalb des Wahrnehmungsradius der Webcam einmal ganz zu schweigen. Kleidung hat aber auch immer etwas mit der spiegelbildlich gewünschten und tatsächlichen Wahrnehmung zu tun. Dabei steht die Frage im Raum, wie ernst ein Dozent genommen werden kann, der vor der Webcam zwar die Inhalte des Fachs rüberbringt, jedoch unpassend in Bezug auf seine äußerliche Erscheinung auftritt.

Sowohl für Dozenten als auch für Studierende gilt ferner, dass über die Webcams keine zu privaten Einblicke gewährt werden sollten. Diese stören mitunter die Arbeitsatmosphäre und können zudem falsche Botschaften senden bzw. Eindrücke vermitteln. Deutlich daneben dürften etwa sichtbare Poster (bestimmter) politischer Parteien oder Strömungen bzw. pornographischen Inhalts sein. Ob Familienbilder oder der jeweilige Partner unbedingt den Hintergrund bilden müssen, ist ferner fraglich. Anwendungen wie Zoom bieten dabei die Möglichkeit, ein neutrales Hintergrundbild zu wählen. Störend ist sicherlich auch das Herumspringen von Haustieren vor der Webcam. Auch dies sollte unterbunden werden.

Selbst wenn Studierende die Webcam ausgeschaltet haben, so ist auch auf die Tongeräusche zu achten, die während der Vorlesung bspw. das Trinken von Alkohol, das Handytelefonat mit einem Freund oder einer Freundin oder aber Tätigkeiten im Haushalt signalisieren. Die Vermeidung von Nebengeräuschen ist neben dem pünktlichen Betreten des Online-Veranstaltungsraums dabei ein Kernmerkmal der recht neuen Netiquette in der digitalen Lehre.¹²

Letztlich gilt für die digitale Lehre insgesamt, dass sich Dozenten und Studierende nicht viel anders als im Hörsaal verhalten sollten, wo in aller Regel die Vorlesungen auch mit dem Ziel der Wissensvermittlung oder Wissensvergrößerung durchgeführt bzw. verfolgt werden. Nur weil die physische Distanz größer ist, heißt das nicht, dass sich das Verhalten in der Lehrveranstaltung grundlegend verändern können sollte.

C) Schluss

Die Netiquette im digitalen Lehrbetrieb ist aufgrund der Corona-Pandemie von zunehmender Bedeutung. Nur weil die persönliche Kommunikation im Lehrbetrieb derzeit abgenommen hat, bedeutet dies aber nicht, dass im Umgang miteinander andere Regeln gelten.¹³ Aufbauend auf den schon bislang vorhandenen Erfahrungen mit der Mailkommunikation zwischen Dozent und Studierenden lässt sich feststellen, dass auch bei der digitalen Lehre ein bestimmter Normmaßstab an respektvollem und höflichem Miteinander gewahrt werden sollte, der sich seinerseits aber weitestgehend an den Regeln der Etikette im Hörsaal selbst im Rahmen der Präsenzlehre ausrichtet.

► Inhaltsverzeichnis



¹² Vgl. die Hinweise der TU Berlin zur Netiquette in der Online-Lehre unter ►www.static.tu.berlin_Digitalsemester_2020_Netiquette (zuletzt abgerufen am 11.03.2021).

¹³ Vgl. etwa ausdrücklich die Netiquette-Regeln der Hochschule Ruhr West unter ►www.hochschule-ruhr-west.de_Netiquette_HRW (zuletzt abgerufen am 11.03.2021).

Andere sitzen noch im Büro, Sie stehen schon vor der Bühne.*



Hohe Spezialisierung, direkte Mandatsarbeit, persönlicher Partnerkontakt und ein kollegiales Arbeitsumfeld gehören für uns ebenso zu Ihrem neuen Job in unserer Wirtschaftskanzlei wie die richtige Balance zwischen Arbeit und Privatleben. Wir suchen für unsere Teams in Stuttgart und Frankfurt am Main

Rechtsanwälte (m/w/d)

Referendare (m/w/d)

Wissenschaftliche Mitarbeiter (m/w/d)

Bewerben Sie sich jetzt. Sie haben vorab Fragen?

Wir stehen Ihnen gerne persönlich zur Verfügung:

Sibylle Günther | +49 711 16445-307 | karriere@brp.de | www.brp.de/karriere



BRP Renaud und Partner mbB · Rechtsanwälte Patentanwälte Steuerberater · Stuttgart Frankfurt · www.brp.de

*Mit unserem BRP-Kultur-Abo erhalten Sie freien Eintritt zu ausgewählten Kultur- und Konzertveranstaltungen.

KLAUSUR – ZIVILRECHT

Dipl. jur. Giulio Erbar/Dipl. jur. Lukas Paysan*

„In guter Gesellschaft zu Corona-Zeiten“ Examensübungsklausur

Sachverhalt

Achmed (A), Benjamin (B) und Clara (C) legen 2016 gemeinsam das Abitur ab. Da ihre Begeisterung, von der Schule ohne Umwege in die Universität zu wechseln, eher verhalten ist, suchen sie nach Alternativen. Nach einiger Beratung halten sie es für das Beste, sich mit einem Geschäft für Partybedarf selbständig zu machen. Zu diesem Zweck einigen sie sich im August 2017 darauf, gemeinsam auf die Gründung der P-GmbH hinzuarbeiten. Zum Abschluss des späteren GmbH-Gesellschaftsvertrages wollen sie sich aber noch nicht verpflichten. Bis dahin soll sie der A nach außen vertreten. Mit diesem Zusammenschluss erklären sich auch die Eltern der siebzehnjährigen C einverstanden.

A macht sich sogleich auf die Suche nach einem Rechtsbeistand, der den jungen Gründern einen Überblick über die notwendigen Schritte verschaffen soll. In dem auf das Gesellschaftsrecht spezialisierten Anwalt R wird A fündig. „Im Namen der P-GmbH“ einigt sich A am 08.08.2017 mit R auf eine Erstberatung zu 100 Euro. Im Rahmen der Erstberatung in den Geschäftsräumen des R erklärt R dem A, dass die Eintragung der GmbH eine Einlage von 25.000 Euro voraussetzt, von der zumindest 12.500 Euro sogleich zu leisten sind. Über solche „kapitalistischen Auswüchse“ erzürnt, verlässt der A die Kanzlei des R – allerdings nicht, ohne dessen gläserne Eingangstür übermäßig kräftig zuzuschlagen, die dabei in viele Einzelteile zerspringt. Für den Einbau einer neuen Tür entstehen dem R Kosten in Höhe von 300 Euro.

A findet, R habe ja genug Geld, um sich selbst um die Tür zu kümmern, und für diese Art der Beratung verdiene er auch keinen Lohn. Also bezahlt er keine der von R gestellten Rechnungen.

R lässt die Angelegenheit angesichts des Alters von A, B und C zunächst auf sich beruhen.

Als die Rechnungen dem R aber Ende 2019 wieder in die Hände fallen, fasst er sich ein Herz und beantragt den Erlass eines Mahnbescheides gegen den A und die C wegen der 100 Euro für die Beratung und der 300 Euro für die neue Glastür. Nur von ihnen weiß R, dass sie über ein gewisses Eigenvermögen verfügen, sodass er ein Vorgehen gegen B oder die Gesellschaft für wenig zielführend erachtet. Die Mahnbescheide werden am 02.01.2020 an A und C zugestellt. Auf den Widerspruch von A und C hin wird die Streitsache an das zuständige Gericht abgegeben.

Dadurch an ihr Vorhaben erinnert, wollen A, B und C die Arbeit an ihrem Projekt wieder aufnehmen. Zu diesem Zweck schließen

sie am 15.01.2020 einen notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrag, den alle Gesellschafter unterzeichnen. Darin ist A als Alleingeschäftsführer vorgesehen, der von allen Gesellschaftern zur sofortigen Aufnahme der Geschäftstätigkeit ermächtigt wird. Euphorisiert von diesem Ereignis wollen sie sogleich zur Tat schreiten. Einige Tage später entdecken sie in der Neckargasse in Tübingen ein leerstehendes Objekt, das sie als geeignet für ihre Zwecke erachten. Sogleich nimmt A Kontakt mit dem Vermieter (V) auf, um im Namen der GmbH sein Interesse zu hinterlegen. In der Tat kommt es zum Abschluss eines individuell ausgehandelten Mietvertrages, der unter anderem folgende Klauseln enthält:

§ 1. Gegenstand

Gegenstand des Mietvertrages ist das Ladengeschäft Neckargasse 1 in Tübingen.

[...]

§ 5. Mietzins

1. Der Mieter schuldet einen monatlichen Mietzins in Höhe von 600 Euro.

[...]

3. Sollte der Mieter infolge höherer Gewalt gehindert sein, das Ladengeschäft zu kommerziellen Zwecken zu nutzen, ist er von der Mietzinszahlung befreit.

Im März 2020 erreicht das Coronavirus auch Tübingen, was dazu führt, dass unter anderem das Einzelhandelsgeschäft der Gesellschaft aufgrund behördlicher Anordnung zur Bekämpfung des Virus im April und Mai 2020 schließen muss. Dies führt bei der Gesellschaft zu einem erheblichen Verdienstausschlag, infolgedessen sie im Mai 2020 keine Miete zahlt.

Im Juli 2020 wird die GmbH schließlich in das Handelsregister eingetragen.

V ist empört ob des Mietzinsausfalles. Geschäftsführer A entgegnet hingegen, dass der Vermieter eines Ladengeschäfts, das nicht als solches genutzt werden kann, ja wohl nicht auch noch Miete verlangen könne. Eine Pandemie dieses Ausmaßes habe niemand vorhersehen können. Jedenfalls aber sei die kommerzielle Nutzung doch Grundlage des Vertrages gewesen.

Auch in den Prozess mit R kommt Bewegung. Während R weiter auf dem Bestehen seiner Ansprüche beharrt, wenden A und C ein, dass „die ganze Sache ja schon sehr lange her sei“. Insbesondere habe man ihnen gesagt, dass ihre eigene Haftung von der

* Die Autoren haben Rechtswissenschaften an der Universität Tübingen studiert. Sie danken Katharina Gross und Nina Fischer für die sorgfältige Korrektur.

der Gesellschaft abhängig sei. Darüber hinaus meint C in Erfahrung gebracht zu haben, dass ihr Beitritt zur Gesellschaft ohne die Zustimmung des Familiengerichts überhaupt nicht wirksam gewesen sei.

Aufgabe 1: Welche Ansprüche hat R wegen der Beratung und der Glastür gegen A und C?

Aufgabe 2: Kann V von der P-GmbH und ihren Gesellschaftern Zahlung des Mietzinses für Mai 2020 verlangen?

Die P-GmbH schuldet dem R 1.000 Euro aus einem Darlehensvertrag. Da sie zum Fälligkeitszeitpunkt nicht zahlt, erhebt R Klage gegen die P-GmbH, die sich jedoch schnell einsichtig zeigt. Um den Prozess schnell zu beenden, nehmen beide Parteien einen schriftlichen Vergleichsvorschlag des Gerichts durch Schriftsatz an. Das Gericht stellt das Zustandekommen des Vergleichs, in dem sich die P-GmbH zu einer Zahlung von 900 Euro verpflichtet, durch Beschluss fest.

Die P-GmbH zahlt jedoch auch in der Folge nicht, weshalb sich R eine vollstreckbare Ausfertigung des Vergleichs ausstellen lässt. R erfährt, dass die P-GmbH – was zutrifft – eine Geldforderung in Höhe von 500 Euro gegen DS hat. R erwirkt beim zuständigen Vollstreckungsgericht eine Pfändung dieser Forderung und lässt sie sich zur Einziehung überweisen. Der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss wird DS am 10.10.2020 zugestellt. DS nimmt zwar im Beschluss zur Kenntnis, dass er nun nicht mehr an die P-GmbH zahlen darf, hält dies jedoch für eine „Angelegenheit zwischen R und der P-GmbH“. Am 18.10.2020 zahlt DS in Erfüllung der Geldforderung 500 Euro an die P-GmbH. R fordert nun von DS Zahlung von 500 Euro. Dieser beauftragt sich darauf, dass die Forderung durch Zahlung an die P-GmbH erloschen sei. Hilfsweise rechnet er mit einer ihm gegen die P-GmbH zustehenden Forderung in Höhe von 500 Euro auf, was er sowohl R als auch der P-GmbH gegenüber erklärt. Die tatsächlich bestehende und schon seit längerem fällige Forderung des DS gegen die P-GmbH aus einem Beratungsvertrag hatte DS kurzfristig aus den Augen verloren.

R meint, dass ihn dies ja nichts mehr angehe, da es ja nun „seine Forderung“ sei und jegliche Aktivitäten mit der P-GmbH nicht zu seinen Lasten gehen könnten. Am 5.11.2020 erhebt R Klage auf Zahlung von 500 Euro gegen DS vor dem örtlich zuständigen Amtsgericht.

Aufgabe 3: Prüfen Sie die Erfolgsaussichten der Klage des R.

Bearbeitungszeitpunkt aller Aufgaben ist der 10.01.2021

Gliederung

A) Aufgabe 1

I. Ansprüche des R gegen A

1. Ansprüche wegen der Beratung

- a) Aus einem Vertrag unmittelbar zwischen R und A iVm. § 611 Abs. 1 BGB
- b) Haftung des A für eine Gesellschaftsverbindlichkeit aus einem Vertrag iVm. § 611 Abs. 1 BGB iVm. § 128 S. 1 HGB (analog)
 - aa) Entstehung des Anspruchs gegen die Gesellschaft
 - bb) Gesellschafterhaftung analog § 128 S. 1 HGB
 - cc) Durchsetzbarkeit
 - dd) Ergebnis
- c) Haftung für eine Gesellschaftsverbindlichkeit nach § 11 Abs. 2 GmbHG

2. Ansprüche wegen der Glastür

- a) §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 31 BGB analog iVm. § 128 S. 1 HGB analog
 - aa) Entstehung des Anspruchs gegen die Gesellschaft
 - bb) Gesellschafterhaftung analog § 128 S. 1 HGB
 - cc) Durchsetzbarkeit
 - dd) Ergebnis
- b) § 823 Abs. 1 BGB
- c) § 831 Abs. 1 BGB iVm. § 128 S. 1 HGB analog
- d) §§ 823 Abs. 1, 31 BGB analog iVm. § 128 S. 1 HGB analog

II. Ansprüche des R gegen C

1. Anspruch wegen der Beratung aus einem Vertrag iVm. § 611 Abs. 1 BGB iVm. § 128 S. 1 HGB analog
2. Ansprüche des R gegen C wegen der Glastür

B) Aufgabe 2

I. Ansprüche gegen die P-GmbH

1. Anspruch des V gegen die P-GmbH auf Zahlung des Mietzinses aus § 535 Abs. 2 BGB
 - a) Abschluss eines Mietvertrages
 - b) Übergang der Verbindlichkeiten auf die P-GmbH
 - c) Entstehung des Anspruchs auf Zahlung des Mietzinses für Mai 2020
 - aa) Minderung des Mietzinsanspruchs infolge eines Mangels
 - bb) Befreiung von der Pflicht zur Mietzinszahlung gem. § 5 Nr. 3 des Mietvertrages
 - d) Ergebnis

II. Anspruch des V gegen die P-GmbH auf Abänderung des Vertrages gem. § 313 Abs. 1 BGB

III. Ansprüche gegen die Gesellschafter A, B und C

1. Anspruch des V gegen A, B und C aus § 535 Abs. 2 BGB
2. Anspruch des V gegen A, B und C aus § 535 Abs. 2 BGB iVm. § 11 Abs. 2 GmbHG

C) Aufgabe 3

I. Zulässigkeit

1. Zuständigkeit des angerufenen Gerichts
2. Partei- und Prozessfähigkeit, §§ 50ff. ZPO
3. Prozessführungsbefugnis
4. Ordnungsgemäße Klageerhebung
5. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis
6. Zwischenergebnis

II. Begründetheit

1. Einziehungsberechtigung
2. Anspruch der P-GmbH gegen DS
3. Erlöschen des Anspruchs
 - a) Zahlung von 500 Euro durch DS an die P-GmbH am 18.10.2020, § 362 Abs. 1 BGB
 - b) Aufrechnung mit der Forderung des DS gegen die P-GmbH, § 389 BGB
4. Zwischenergebnis

III. Ergebnis

Gutachten

Hinweis

Die Klausur richtet sich an Studierende in der Vorbereitung auf den Staatsteil des ersten Staatsexamens und widmet sich den Unwägbarkeiten, die jungen Unternehmern auf den ersten Schritten in die Selbständigkeit begegnen. Besonders beleuchtet wird dabei das Zusammenspiel zwischen eigener und akzessorischer Haftung. Ergänzt wird dies im ersten Teil durch Verknüpfungen mit weniger bekannten Teilen des Minderjährigenrechts. Im zweiten Teil erwartet die Bearbeitenden eine Auseinandersetzung mit den Folgen der Corona-Pandemie für das gewerbliche Mietrecht, während im dritten Teil eine examsrelevante Verknüpfung des materiellen Rechts mit dem Zwangsvollstreckungsrecht im Mittelpunkt steht.

A) Aufgabe 1**I. Ansprüche des R gegen A****1. Ansprüche wegen der Beratung****a) Aus einem Vertrag unmittelbar zwischen R und A iVm. § 611 Abs. 1 BGB**

Zwar hat A die Verhandlungen mit R geführt, doch handelte A ausdrücklich nicht im eigenen Namen, sodass ein Anspruch des R aus einem unmittelbar zwischen R und A geschlossenen Vertrag nicht besteht.

b) Haftung des A für eine Gesellschaftsverbindlichkeit aus einem Vertrag iVm. § 611 Abs. 1 BGB iVm. § 128 S. 1 HGB (analog)

R könnte einen Anspruch auf Zahlung von 100 Euro gegen A aus einem Vertrag iVm. § 611 Abs. 1 BGB iVm. § 128 S. 1 HGB (analog) haben, soweit ein solcher Anspruch gegenüber einer Gesellschaft entstanden ist, A zu dieser Zeit Gesellschafter war, § 128 S. 1 HGB zumindest analoge Anwendung findet und der Anspruch gegenüber A noch durchsetzbar ist.

aa) Entstehung des Anspruchs gegen die Gesellschaft

Die Entstehung einer Gesellschaftsverbindlichkeit setzt zunächst die Existenz einer rechtsfähigen Gesellschaft voraus. Eine solche Gesellschaft könnte von A, B und C durch ihren Beschluss, gemeinsam auf die Gründung der P-GmbH hinzuarbeiten, in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts gegründet worden sein, sofern A, B und C einen entsprechenden Gesellschaftsvertrag abgeschlossen haben und nicht der Zweck der Gesellschaft im Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma besteht, sodass nach § 105 Abs. 1 HGB eine OHG entstanden wäre.

Die Entstehung einer GbR setzt nach § 705 BGB die Einigung mindestens zweier Personen, einen gemeinsamen Zweck in bestimmter Weise zu fördern, voraus. Eine solche Einigung kann in der Übereinkunft von A, B und C, gemeinsam auf die Gründung der P-GmbH hinzuarbeiten, gesehen werden. Allein die Absicht, die Eintragung einer GmbH in das Handelsregister zu

erreichen und sodann erst mit dieser ein Handelsgeschäft zu betreiben, genügt noch nicht für die Qualifikation als auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichteten Gesellschaftszweck.¹ A, B und C wollen mit dem operativen Geschäft erst beginnen, wenn die P-GmbH eingetragen ist, sodass auszuschließen ist, dass die Gesellschaft auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist. A, B und C entscheiden sich zwar später dazu, bereits vor der Eintragung zu wirtschaften, allerdings findet dies zu einem Zeitpunkt statt, in dem bereits ein notarieller Gesellschaftsvertrag besteht. Es betrifft damit lediglich die Vorgesellschaft und ist für die Charakterisierung der in Rede stehenden Vorgründungsgesellschaft irrelevant. Damit handelt es sich bei der vorliegend gegründeten Vorgründungsgesellschaft nicht um eine OHG, sondern um eine GbR.

Diese wurde durch die Teilnahme am Rechtsverkehr zur Außen-GbR, für die die Rechtsfähigkeit heute nach ganz herrschender Meinung anerkannt ist.² Der Gesellschaftsvertrag könnte jedoch nach §§ 125 S. 1, 128 BGB iVm. § 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG analog formnichtig sein, sofern die notarielle Form auch für den Vorgründungsgesellschaftsvertrag gilt.

Nach einer Ansicht kann die Einigung formlos erfolgen.³ Nach einer anderen Ansicht soll das Erfordernis der notariellen Form nach § 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG auch für den Gesellschaftsvertrag der Vorgründungsgesellschaft gelten, weil andernfalls die Warnfunktion des § 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG unterlaufen werde.⁴ Vermittelnd wird eine Begrenzung der analogen Anwendung des § 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG nur auf solche Gesellschaftsverträge vertreten, in denen sich die Gesellschafter der Vorgründungsgesellschaft bereits fest dazu verpflichten, später auch den Gesellschaftsvertrag der GmbH zu schließen.⁵ Eine differenzierungslose Formfreiheit auch eines zum späteren Abschluss des GmbH-Gesellschaftsvertrages verpflichtenden sog. „Gründungsvorvertrages“ würde tatsächlich die Warnfunktion der notariellen Form unterlaufen. Der erst bei Abschluss des späteren GmbH-Vertrages vom Notar über die Risiken des Gesellschaftsvertrages aufgeklärte Gesellschafter der Vorgründungsgesellschaft könnte sein neues Wissen nicht mehr sinnvoll nutzen, ist er doch aus dem Gründungsvorvertrag ohnehin verpflichtet, den GmbH-Gesellschaftsvertrag zu schließen. Die ebenfalls unterschiedslose Erfassung auch des – hinsichtlich der GmbH-Gründung unverbindlichen – „Vorgründungsgesellschaftsvertrages“ dagegen würde ganz ohne Not die Rechtssicherheit des Verkehrs mit Vorgründungsgesellschaften belasten und die Privatautonomie der Gesellschafter einschränken. Wenn die Gesellschafter sich nur verpflichten, auf die Gründung der GmbH hinzuarbeiten, ist die Mitgliedschaft in der GbR kaum gefährlicher als die in einer formlos gründbaren Tippgemeinschaft. Der Schutzzweck des § 2 GmbHG greift insofern nicht.⁶ A, B und C haben sich ausdrücklich nicht zum Abschluss eines GmbH-Vertrages verpflichtet, sodass der Gesellschaftsvertrag formfrei geschlossen werden

¹ Schäfer, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2020), § 705 Rn. 3.

² BGH NJW 2001, 1056; Schäfer, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2020), vor § 705 Rn. 12.

³ Kießling, Vorgründungs- und Vorgesellschaften (1999), S. 18ff.

⁴ BGH NJW-RR 1988, 288; Grunewald, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. (2017), S. 354.

⁵ Blath, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt GmbH-Gesetz, 3. Aufl. (2017), § 11, Rn. 15.

⁶ Ibid.

konnte.⁷ Eine rechtsfähige Vorgründungsgesellschaft ist damit entstanden.

Ein Anspruch des R gegen die P-GbR könnte entstanden sein, wenn A am 08.08.2017 einen gegenüber der P-GbR wirksamen Vertrag mit dem R geschlossen hat.

Die Erklärung des A könnte für und gegen die P-GbR wirken, soweit er gegenüber R eine eigene Willenserklärung im Namen der P-GbR und innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht abgegeben hat, § 164 Abs. 1 S. 1 BGB.

Eine eigene Willenserklärung des A liegt vor.

A müsste auch im Namen der P-GbR gehandelt haben. An der Offenkundigkeit könnte es fehlen, weil A angab, für die „P-GmbH“ zu handeln. Die P-GmbH als tatsächliche Gesellschaft mit beschränkter Haftung entsteht nach § 11 Abs. 1 GmbHG erst mit der Eintragung in das Handelsregister. Jedoch unterscheidet die Verkehrsanschauung regelmäßig nicht zwischen der Vorgründungsgesellschaft und der eingetragenen GmbH. Zudem ist die Erklärung des A nach den Regeln der unternehmensbezogenen Rechtsgeschäfte als im Namen des tatsächlichen Rechtsträgers abgegeben auszulegen.⁸ Die hinsichtlich der Gesellschaftsform unrichtige Bezeichnung ist im Verhältnis der Vorgründungsgesellschaft zu der GmbH also unbeachtlich.

Die Vertretungsmacht des A ergibt sich aus der Abrede A solle die anderen, genauer die Gesellschaft, nach außen repräsentieren iVm. §§ 710 S. 1, 714 BGB.

A hat die P-GbR damit wirksam vertreten. Ein Anspruch des R gegen die P-GbR auf Zahlung von 100 Euro ist mit dem Vertragsschluss zunächst entstanden.

bb) Gesellschafterhaftung analog § 128 S. 1 HGB

A könnte für die Gesellschaftsverbindlichkeit analog § 128 S. 1 HGB haften. Auf die GbR ist § 128 S. 1 HGB analog anzuwenden.⁹ A war zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses auch Gesellschafter der GbR und haftet damit nach § 128 S. 1 HGB analog persönlich für die Verbindlichkeit gegenüber R. Für die Haftung ist es unerheblich, dass die Vorgründungsgesellschaft mit Erreichen des Gesellschaftszweckes in Form der Eintragung der GmbH nach § 726 Alt. 1 BGB endigt. Ein Anspruch des R gegen A ist damit iHv. 100 Euro zunächst entstanden.

cc) Durchsetzbarkeit

Der Durchsetzbarkeit des Anspruchs könnte A jedoch nach § 214 Abs. 1 BGB die Einrede der Verjährung entgegenhalten, sofern der Anspruch ihm gegenüber verjährt ist oder dies gegenüber der P-GbR der Fall ist und sich A nach § 129 Abs. 1 HGB analog darauf berufen kann.

Der Anspruch des R unterliegt als vertraglicher Anspruch der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren, §§ 194 Abs. 1, 195

BGB. Der Anspruch gegen A entstand zeitgleich mit dem Anspruch gegen die P-GbR am 08.08.2017. Nach § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB beginnt die regelmäßige Verjährungsfrist mit dem Schluss des Jahres 2017 und könnte nach §§ 188 Abs. 1 und 2, 187 Abs. 1 BGB mit Ablauf des 31.12.2020 geendet haben. Der Ablauf der Verjährung ist gegenüber A jedoch durch die Zustellung des Mahnbescheids am 02.01.2020 nach § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB gehemmt worden. Nach § 209 BGB wird der Zeitraum, in dem die Verjährung gehemmt ist, nicht in die Verjährungsfrist eingerechnet. Die Frist ist damit gegenüber A noch nicht abgelaufen, sodass A der Durchsetzung des Anspruchs nicht unmittelbar die Einrede der Verjährung entgegenhalten kann.

Der Anspruch könnte jedoch nicht durchsetzbar sein, wenn er gegenüber der Gesellschaft verjährt ist und sich A analog § 129 Abs. 1 HGB darauf berufen kann. Gegenüber der P-Gesellschaft ist kein Mahnbescheid ergangen. Ein solcher kann, angesichts der unzweideutigen Adressierung an A und C, auch nicht in den gegenüber den Gesellschaftern ergangenen Mahnbescheiden gesehen werden. Ob verjährungshemmende Maßnahmen gegenüber einzelnen Gesellschaftern auch die Verjährung gegenüber der Gesellschaft hemmen, hat der BGH offengelassen.¹⁰ Jedoch sprechen Erwägungen der Rechtssicherheit gegen dieses Ergebnis.¹¹ Die Verjährung ist damit nicht gegenüber der Gesellschaft gehemmt und somit gem. §§ 194 Abs. 1, 195 mit Ablauf des 31.12.2020 eingetreten. Die Durchsetzbarkeit des Anspruchs gegen A könnte also nach § 214 Abs. 1 BGB iVm. § 129 Abs. 1 HGB analog dauerhaft gehindert sein, sofern sich A auch dann auf die Verjährung gegenüber der Gesellschaft berufen kann, wenn die Verjährung ihm gegenüber durch Rechtsverfolgung gehemmt ist. Dafür spricht zunächst der Wortlaut des § 129 Abs. 1 HGB, der ohne Ausnahme danach unterscheidet, ob die Gesellschaft die Einwendungen erheben kann. Augenscheinlich spricht auch das Ziel des § 129 Abs. 1 HGB, die Akzessorietät der Gesellschafterhaftung auch in Ansehung der Einreden aufrechtzuerhalten, für eine solche Interpretation. Im Falle des Gesellschafter, der seinerseits bereits wegen der Gesellschaftsverbindlichkeit in Anspruch genommen wird, bildet sich jedoch nicht das von der Verjährung geschützte Vertrauen darauf, nicht in Anspruch genommen zu werden.¹² Damit ist der Gesellschafter nicht schutzwürdig.¹³ Anderenfalls wäre der Gläubiger auch gezwungen, eine offenkundig aussichtslose Klage gegen eine eventuell insolvente Gesellschaft anzustrengen, nur um sich den Anspruch gegen den Gesellschafter zu erhalten.¹⁴ Einer teleologischen Reduktion des § 129 Abs. 1 HGB wird entgegengehalten, dass die Gesellschaft dem Gesellschafter nach § 110 HGB Aufwendungen ersetzen müsse und so wirtschaftlich ihre Einwendung verliere.¹⁵ Stünde die Gesellschaft jedoch in einem Gesamtschuldverhältnis mit dem Gesellschafter, wäre sie einem Rückgriff aus § 426 Abs. 1 BGB auch dann ausgesetzt, wenn der Anspruch des Gläubigers gegen sie in der Zwischenzeit verjährt wäre,¹⁶ sodass dieses Ergebnis auch bezogen auf den Aufwendungsersatz haltbar erscheint.¹⁷

⁷ Geht man dagegen von der Formnichtigkeit des Gesellschaftsvertrages aus, so lässt sich eine Haftung analog § 128 S. 1 HGB mit der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft begründen, siehe dazu *Thiessen*, in: *MüKo-HGB*, 5. Aufl. (2021), § 28 Rn. 26.

⁸ Vgl. *BGH NJW* 1998, 1645.

⁹ *BGH NJW* 2001, 1056 (1061).

¹⁰ *BGH NJW* 1988, 1976 (1977).

¹¹ *Schmidt*, in: *MüKo-HGB*, 4. Aufl. (2016), § 129 Rn. 9.

¹² *Klimke*, in: *BeckOK HGB*, 30. Edition Stand: 15.10.2020, § 129 Rn. 16.

¹³ *Schmidt*, in: *MüKo-HGB*, 4. Aufl. (2016), § 129 Rn. 9.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Habersack*, in: *Staub Handelsgesetzbuch – Band 3*, 5. Aufl. (2009), § 129 Rn. 8 mwN.

¹⁶ Vgl. *BGH NJW* 2010, 60.

¹⁷ *Klimke*, in: *BeckOK HGB*, 30. Edition Stand: 15.10.2020, § 129 Rn. 16.

Letztlich überzeugt insbesondere die Erwägung mangelnder Schutzwürdigkeit des verklagten Gesellschafters, sodass eine teleologische Reduktion mit der h.M. geboten erscheint.¹⁸ A kann sich also nicht auf die Verjährung gegenüber der Gesellschaft berufen.

Der Anspruch gegenüber A ist durchsetzbar.

dd) Ergebnis

R hat einen Anspruch gegen A auf Zahlung von 100 Euro aus dem Beratungsvertrag iVm. § 611 Abs. 1 BGB iVm. § 128 S. 1 HGB analog.

c) Haftung für eine Gesellschaftsverbindlichkeit nach § 11 Abs. 2 GmbHG

Entgegen der inzwischen ausdrücklich aufgegebenen früheren Rechtsprechung des BGH tritt eine Handelndenhaftung im Stadium der Vorgründungsgesellschaft nach heute ganz herrschender Meinung nicht ein.¹⁹ Ein Anspruch des R aus dem Vertrag iVm. § 11 Abs. 2 GmbHG besteht damit nicht.

2. Ansprüche wegen der Glastür

a) §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 31 BGB analog iVm. § 128 S. 1 HGB analog

R könnte einen Anspruch auf Ersatz der 300 Euro für die zerstörte Glastür gegen A aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 31 BGB analog iVm. § 128 S. 1 HGB analog haben, sofern ein solcher Anspruch gegenüber der Gesellschaft entstanden ist und A dafür analog § 128 S. 1 HGB haftet.

aa) Entstehung des Anspruchs gegen die Gesellschaft

Das für die Haftung aus § 280 Abs. 1 BGB notwendige Schuldverhältnis bildet vorliegend der Beratungsvertrag. Eine Verletzung der Rücksichtnahmepflicht auf das Eigentum des R aus § 241 Abs. 2 BGB kann in der Zerstörung der Glastür durch das zu heftige Schließen ebendieser seitens A gesehen werden. Das Verhalten des A als geschäftsführender Gesellschafter und damit als verfassungsmäßig berufener Vertreter (§§ 714, 710 S. 1 BGB) wird der P-GbR gemäß § 31 BGB analog zugerechnet.²⁰ Weiterhin müsste die P-GbR die Pflichtverletzung auch zu vertreten haben. Gem. § 276 Abs. 1 BGB hat sie Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Durch das zu heftige Schließen hat A fahrlässig gehandelt. Dies wird der P-GbR gem. § 31 BGB analog zugerechnet. Ein kausal auf der Pflichtverletzung beruhender Schaden des R liegt hier im Verlust der Tür, für den R nach § 249 Abs. 2 S. 1 BGB den zur Herstellung notwendigen Betrag verlangen kann. Ein entsprechender Anspruch gegen die P-GbR ist damit entstanden.

bb) Gesellschafterhaftung analog § 128 S. 1 HGB

A haftet hierfür nach § 128 Abs. 1 HGB analog.

cc) Durchsetzbarkeit

Die Verjährungsfrist beträgt bei sonstigen Schadensersatzansprüchen nach § 199 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB zehn Jahre. Der Anspruch ist also weder gegenüber der Gesellschaft noch gegenüber A verjährt.

dd) Ergebnis

R hat damit einen Anspruch auf Zahlung von 300 Euro gegen A aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 31 BGB analog iVm. § 128 S. 1 HGB analog.

b) § 823 Abs. 1 BGB

R könnte darüber hinaus einen Anspruch auf Zahlung von 300 Euro gegen A aus § 823 Abs. 1 BGB haben, sofern eine Handlung des A kausal zu einer widerrechtlichen Verletzung eines von § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechts(-guts) des R geführt hat, ein Verschulden des A diesbezüglich vorliegt und die Verletzung kausal für einen Vermögensschaden des R war.

Die Zerstörung der Glastür verletzt das von § 823 Abs. 1 BGB geschützte Eigentumsrecht des R in Form einer Substanzverletzung der Tür. Bei unmittelbaren Rechtsverletzungen ist die Rechtswidrigkeit indiziert.²¹ Das kräftige Zuschlagen der Tür stellt eine Handlung des A dar, die im Sinne der haftungsbe gründenden Kausalität auch zu der Rechtsverletzung geführt hat. Wer eine als gläsern erkannte Tür derart heftig zuschlägt, lässt die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht. A handelte also fahrlässig. Die Eigentumsverletzung führte im Sinne der haftungsausfüllenden Kausalität zu der Entstehung eines Vermögensschadens bei R in Form des Verlustes der Tür. Daher kann R nach § 249 Abs. 2 S. 1 BGB den zum Einbau einer neuen Tür erforderlichen Betrag von A verlangen.

R hat einen Anspruch auf Zahlung von 300 Euro gegen A aus § 823 Abs. 1 BGB.

c) § 831 Abs. 1 BGB iVm. § 128 S. 1 HGB analog

Ein Anspruch des R gegenüber der Gesellschaft aus § 831 Abs. 1 BGB, für den A dem R analog § 128 S. 1 HGB haften müsste, scheidet bereits an der fehlenden Weisungsabhängigkeit des geschäftsführenden Gesellschafters A gegenüber der Gesellschaft und dem daraus resultierenden Fehlen der Verrichtungsgehilfeneigenschaft des A.

d) §§ 823 Abs. 1, 31 BGB analog iVm. § 128 S. 1 HGB analog

R könnte zudem einen Anspruch auf Ersatz der 300 Euro gegen A analog §§ 823 Abs. 1, 31 BGB iVm. § 128 S. 1 HGB analog haben, sofern ein solcher Anspruch gegenüber der Gesellschaft entstanden ist und A dafür haftet.

Die Zerstörung der Tür durch A wird der P-GbR gem. § 31 BGB analog zugerechnet. Ebenso wird das Verschulden analog § 31 BGB zugerechnet. Ein Anspruch des R gegenüber der P-GbR ist damit entstanden.

Einen zusätzlichen Anspruch gegen A kann R daraus aber nur ableiten, sofern § 128 S. 1 HGB analog auch auf Ansprüche aus Delikt anwendbar ist. Dagegen wird argumentiert, dass der deliktisch Geschädigte sich den Schädiger nicht gezielt danach aussucht, ob dessen Liquidität zusätzlich durch ein Gesellschaftsvermögen abgesichert werde. Der für den Geschädigten völlig zufällige Umstand, dass der Schädiger nicht als bloßer Pri-

¹⁸ So auch: BGH NJW 1988, 1976 (1977); BGH NJW 1981, 2579; Schmidt, in: MüKo-HGB, 4. Aufl. (2016), § 129 Rn. 9 mwN; Klimke, in: BeckOK HGB, 30. Edition Stand: 15.10.2020, § 129 Rn. 16; aA. Habersack, in: Das Recht der OHG, 2., neu bearbeitete Aufl. (2019), § 129, Rn. 7.

¹⁹ BGH NJW 1984, 2164; Merkt, in: MüKo-GmbHG, 3. Aufl. (2018), § 11 Rn. 108.

²⁰ BGH NJW 2003, 1445 (1446 f.); Offenloch, in: BeckOGK-BGB (Stand: 15.11.2020), § 31 Rn. 16.

²¹ Wagner, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2020), § 823 Rn. 7.

vatmann schädige, sondern als Organ einer Gesellschaft in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen, könne dem Geschädigten nicht in Form eines großzügigen Rückgriffs auf die Gesellschaft und die Gesellschafter zugutekommen.²² Daran kann man aber zumindest ein gewisses Maß an Inkonsequenz kritisieren, da schon die Haftung der Gesellschaft selbst nach § 31 BGB analog den Geschädigten zufällig begünstigt; die Anwendung des § 31 BGB analog wird jedoch auch von den Kritikern der Haftung für Delikt analog § 128 S. 1 HGB nicht angezweifelt²³. Dem wird entgegengehalten, dass sich aus der historischen Perspektive keine Ausrichtung des § 128 S. 1 HGB auf Deliktsverbindlichkeiten ergebe.²⁴ Für eine differenzierungslose Anwendbarkeit wird unter anderem der Wortlaut des § 128 Abs. 1 HGB angeführt, der von „Gesellschaftsschulden“ im Allgemeinen spricht, ohne nach deren Herkunft zu unterscheiden.²⁵ Die Entstehung von Verbindlichkeiten der Gesellschaft aus Delikt ist zudem Teil des Geschäftsrisikos, das durch die gemeinsame Aufnahme der Tätigkeit akzeptiert werde – zumal der Übergang zwischen deliktischer und vertraglicher Haftung fließend ist.²⁶ Angesichts der bereits erfolgten analogen Anwendung des § 31 BGB wird durch die analoge Anwendung des § 128 Abs. 1 HGB auch auf Deliktsansprüche eine konsequente Lösung erreicht. Somit ist im Ergebnis mit der hM.²⁷ anzunehmen, dass § 128 S. 1 HGB analog auch im Rahmen der GbR eine Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten aus Delikt begründet.

R hat damit gegen A auch einen Anspruch auf Zahlung von 300 Euro aus §§ 823 Abs. 1, 31 BGB iVm. § 128 S. 1 HGB analog.

II. Ansprüche des R gegen C

1. Anspruch wegen der Beratung aus einem Vertrag iVm. § 611 Abs. 1 BGB iVm. § 128 S. 1 HGB analog

R könnte einen Anspruch auf Zahlung von 100 Euro gegen C aus dem mit der P-GbR geschlossenen Vertrag iVm. § 611 Abs. 1 BGB iVm. § 128 S. 1 HGB analog haben, sofern die C zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses Gesellschafterin der P-GbR war und damit wie A für die begründete Gesellschaftsschuld haftet.

Die C hat sich grundsätzlich mit den anderen auf die Gründung der P-GbR mit ihr als Gesellschafterin geeinigt. Ihre darauf gerichtete Willenserklärung könnte jedoch nach §§ 107, 108 Abs. 1 und 3, 1626 Abs. 1 1, 1629 Abs. 1 S. 1, 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB schwebend unwirksam sein, sofern die Zustimmung der Eltern erforderlich und diese mangels Genehmigung des Familiengerichts nicht wirksam war.

C ist gem. § 106 BGB beschränkt geschäftsfähig. Der Abschluss des Gesellschaftsvertrages geht nach § 705 BGB mit der Verpflichtung zur Zweckförderung durch Erbringung der vereinbarten Beiträge einher und ist damit nicht lediglich rechtlich vorteilhaft iSd. § 107 BGB. Die Wirksamkeit der Willenserklärung bedurfte daher zunächst der Zustimmung von Cs gesetzlichen Vertretern. Nach §§ 1626 Abs. 1 1, 1629 S. 1 BGB sind die Eltern im Regelfall die gesetzlichen Vertreter ihres Kindes. Beschränkt

wird die Vertretungsmacht aber unter anderem durch das Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung nach § 1643 Abs. 1 BGB. Entgegen dem Wortlaut von § 1643 Abs. 1 BGB, der nur von Rechtsgeschäften spricht, die die Eltern „für das Kind“, also in dessen Namen, tätigen, gilt § 1643 Abs. 1 BGB auch für die Zustimmung der Eltern zu Rechtsgeschäften, die das Kind selbst vorgenommen hat.²⁸

Durch den Verweis auf § 1822 Nr. 3 BGB hätten die Eltern also die Genehmigung des Familiengerichts einholen müssen, wenn der Gesellschaftsvertrag der P-GbR zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen wurde. Ein Erwerbsgeschäft ist jede selbständig beruflich ausgeübte Tätigkeit.²⁹ Der Gesellschaftsvertrag ist eingegangen worden, um eine GmbH zu gründen und sodann mit dieser zu wirtschaften. Jedenfalls der Verkauf des Partybedarfs durch die spätere GmbH stellt damit ein Erwerbsgeschäft dar. Ziel schon der Vorgründungsgesellschaft war damit die Ermöglichung des späteren Betriebs eines Erwerbsgeschäfts durch die GmbH. Bei weiter Auslegung spricht also der Wortlaut des § 1822 Nr. 3 BGB, der lediglich die Eingehung „zum Betrieb eines Erwerbsgeschäftes“ voraussetzt, für eine Erfassung des Gesellschaftsvertrages einer Vorgründungsgesellschaft. Gegen die Erfassung der noch nicht selbst wirtschaftenden Vorgründungsgesellschaft spricht aber, dass das Feld der genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfte aus Gründen der Rechtssicherheit formal zu bestimmen ist.³⁰ Also kann lediglich danach gefragt werden, ob die in Rede stehende Gesellschaft selbst ein Erwerbsgeschäft betreibt. Hiervon ausgehend ist zu konstatieren, dass hier nicht die Vorgründungsgesellschaft ein Erwerbsgeschäft betreiben soll, sondern erst die GmbH selbst. Die Vorgründungsgesellschaft hat vielmehr nur das Ziel, das Kapital aufzubringen und einen Gesellschaftsvertrag für die spätere GmbH auszuarbeiten. Sie liegt insofern in ihrer Tätigkeit nah an der rein vermögensverwaltenden Gesellschaft, die ihrerseits kein Erwerbsgeschäft betreibt.³¹ Ziel des § 1822 BGB ist es, den Mündel gegen den vorzeitigen Abschluss von Rechtsgeschäften abzusichern, die vom Gesetz als nachteilig oder gefährlich betrachtet werden oder eine besonders lange rechtsgeschäftliche Bindung des Mündels verursachen.³² Zwar birgt auch der Beitritt zu einer Vorgründungsgesellschaft das Risiko der Haftung analog § 128 S. 1 HGB und der rechtlichen Bindung bis zum Ausscheiden aus der Gesellschaft, doch sind diese Risiken jeder Beteiligung an einer GbR immanent. Eine Haftung zumindest mit der Einlage besteht auch bei jeder anderen Gesellschaft, sodass die Eingrenzung auf Erwerbsgeschäfte betreibende Gesellschaften gegenstandslos würde, wenn dieses Risiko bereits für das Genehmigungserfordernis ausreichen würde.

Damit ist die Vorgründungsgesellschaft, solange sie selbst nicht auf Dauer bestehen und wirtschaften soll, nicht als eine ein Erwerbsgeschäft betreibende Gesellschaft anzusehen. Die Genehmigung des Familiengerichts war damit vorliegend nicht erforderlich.

²² Klimke, in: BeckOK-HGB, 30. Ed. (15.10.2020), § 128 Rn. 5.

²³ So beispielsweise Altmeyen, NJW 1996, 1017 (1026).

²⁴ Altmeyen, NJW 2003, 1553 (1558).

²⁵ Klimke, in: BeckOK-HGB, 30. Ed. (15.10.2020), § 128 Rn. 5 mwN.

²⁶ Grunewald, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. (2017), S. 61.

²⁷ BGH NJW 2007, 2490 (2492); Schmidt, in: MüKo-HGB, 4. Aufl. (2016), § 128 Rn. 10; Grunewald, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. (2017), S. 61.

²⁸ Huber, in: MüKo-BGB, 8. Auflage (2020), § 1643 Rn. 11.

²⁹ Kemper, in: Schulze BGB, 10. Auflage (2019), § 1822 Rn. 4.

³⁰ Ibid. Rn. 1.

³¹ OLG Zweibrücken NJW-RR 1999, 1174 (1175).

³² Kroll-Ludwigs, in: MüKo-BGB, 8. Auflage (2020), § 1822 Rn. 1.

Eine wirksame Einwilligung der Eltern liegt vor. Die Willenserklärung der C ist wirksam.

C war somit Gesellschafterin der P-GbR, als die Verpflichtung aus dem Beratungsvertrag entstand. Der Anspruch des R gegen C ist demnach gemäß des Beratungsvertrages iVm. § 611 Abs. 1 BGB iVm. § 128 S. 1 HGB analog entstanden. Nach dem zu A Gesagten kann C, die bei Zugang des Mahnbescheides volljährig ist, auch nicht die Verjährung gegenüber der Gesellschaft einwenden.

R hat damit auch gegen C einen Anspruch auf Zahlung von 100 Euro aus dem Beratungsvertrag iVm. § 611 Abs. 1 BGB iVm. § 128 S. 1 HGB analog.

2. Ansprüche des R gegen C wegen der Glastür

Die Ansprüche des R auf Zahlung von 300 Euro gegen C aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 31 BGB analog iVm. 128 S. 1 HGB analog und §§ 823 Abs. 1, 31 BGB iVm. § 128 S. 1 HGB analog entsprechen in ihrer Begründung denen gegenüber A und bestehen damit ebenso.

B) Aufgabe 2

I. Ansprüche gegen die P-GmbH

1. Anspruch des V gegen die P-GmbH auf Zahlung des Mietzinses aus § 535 Abs. 2 BGB

a) Abschluss eines Mietvertrages

Zunächst müsste zwischen V und der P-GmbH ein Mietvertrag gem. § 535 Abs. 1 BGB geschlossen worden sein. A hat bei Abschluss des Mietvertrages im Namen der P-GmbH gehandelt. Zu diesem Zeitpunkt war die P-GmbH jedoch noch nicht in das Handelsregister eingetragen und demnach gem. § 11 Abs. 1 GmbHG als solche rechtlich nicht existent.

Jedoch könnte der Mietvertrag mit der P-Vor-GmbH zustande gekommen sein. Diese besteht ab dem Zeitpunkt des Abschlusses des notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrages als Rechtsform sui generis.³³ Die Normen des GmbH-Gesetzes sind auf die Vorgesellschaft anwendbar, soweit sie nicht im Einzelfall eine Eintragung voraussetzen.³⁴ Unerheblich ist es dabei, ob A im Namen der P-Vor-GmbH oder der künftigen P-GmbH gehandelt hat, da nach den Grundsätzen des unternehmensbezogenen Geschäfts jedenfalls der Inhaber vertraglich verpflichtet werden soll³⁵, mithin die P-Vor-GmbH.

Ein Vertrag mit der P-Vor-GmbH ist aber nur zustande gekommen, wenn A insoweit mit Vertretungsmacht gehandelt hat, § 164 Abs. 1 BGB. Ungeachtet der Frage, ob sich die Vertretungsmacht der Geschäftsführer der P-Vor-GmbH nach § 37 Abs. 2 GmbHG bestimmt oder auf gründungsnotwendige Geschäfte

beschränkt ist³⁶, steht es den Gründern frei, die Vertretungsmacht des Geschäftsführers über zur Gründung erforderliche Geschäfte hinaus zu erweitern.³⁷ Indem A bereits im Gesellschaftsvertrag zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit ermächtigt wurde, haben die Gründer von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Folglich hat A jedenfalls mit Vertretungsmacht gehandelt.

Somit wurde ein Vertrag zwischen V und der P-Vor-GmbH geschlossen.

b) Übergang der Verbindlichkeiten auf die P-GmbH

Mit der Eintragung der P-GmbH im Handelsregister im Juli 2020 könnten die Verbindlichkeiten der P-Vor-GmbH auf die P-GmbH übergegangen sein, sodass die P-GmbH für eine etwaige Mietzinsverbindlichkeit haften müsste. Nachdem unter Verweis auf ein Vorbelastungsverbot ein Übergang von Verbindlichkeiten der Vor-GmbH auf die GmbH früher abgelehnt wurde³⁸, ist heute anerkannt, dass sowohl Aktiva als auch Passiva der Vor-GmbH auf die GmbH übergehen, ohne dass dafür gesonderte Übertragungsakte oder Genehmigungen erforderlich sind.³⁹ Somit ist die P-GmbH Schuldnerin aller Verbindlichkeiten gegenüber der P-Vor-GmbH.

c) Entstehung des Anspruchs auf Zahlung des Mietzinses für Mai 2020

Der Mietvertrag zwischen V und der P-Vor-GmbH war im Mai 2020 noch wirksam.

aa) Minderung des Mietzinsanspruchs infolge eines Mangels

Aufgrund der behördlichen Anordnung zur Schließung des Geschäfts könnte die P-Vor-GmbH jedoch gem. § 536 Abs. 1 BGB von der Pflicht zur Mietzinszahlung befreit sein. Dafür müsste die fehlende Möglichkeit zur kommerziellen Nutzung des Geschäfts einen Mangel darstellen. Ein Mangel ist jede negative Abweichung des tatsächlichen Zustandes vom vertraglich geschuldeten Zustand.⁴⁰ Die physische Beschaffenheit des Mietobjekts ist mangelfrei. Ein Mangel kann jedoch auch aus den tatsächlichen und rechtlichen Beziehungen der Sache zu ihrer Umwelt, die sich auf die Gebrauchsmöglichkeit auswirken, resultieren, sofern diese aufgrund der vertraglichen Risikoüberweisung dem Verantwortungsbereich des Vermieters zuzurechnen sind.⁴¹ Grundsätzlich trägt der Mieter das Verwendungsrisiko der Mietsache.⁴² Insbesondere bei Ladengeschäften ist hingegen regelmäßig nicht nur eine Überlassung der Räumlichkeiten geschuldet, sondern Teil des Leistungsversprechens des Vermieters ist auch, dass das Mietobjekt als Ladengeschäft kommerziell

³³ BGHZ 21, 242 (246); C. Jaeger, in: BeckOK-GmbHG, 45. Ed. (01.08.2020), § 11 Rn. 4; Fastrich, in: Baumbach/Hueck GmbH-Gesetz, 22. Auflage (2019), § 11 Rn. 6.

³⁴ So die ganz hM, etwa Merkt, in: MüKo-GmbHG, 3. Auflage (2018), § 11 Rn. 12; Fastrich, in: Baumbach/Hueck GmbH-Gesetz, 22. Auflage (2019), § 11 Rn. 6.

³⁵ BGH NJW-RR 1990, 220; C. Jaeger, in: BeckOK-GmbHG, 45. Ed. (01.08.2020), § 11 Rn. 18.

³⁶ zur Problematik: Merkt, in: MüKo-GmbHG, 3. Auflage (2018), § 11 Rn. 60 ff.; Blath, in: Michalski/Heidinger/Leible/J.Schmidt GmbH-Gesetz, 3. Auflage (2017), § 11 Rn. 63; C. Jaeger, in: BeckOK-GmbHG, 45. Ed. (01.08.2020), § 11 Rn. 19ff. jeweils mwN.

³⁷ BGH NJW 1981, 1373 (1375).

³⁸ BGH NJW 1976, 419 (420).

³⁹ So im Ergebnis die hM., in der Begründung erheblich abweichend, siehe etwa für das Vorliegen einer Gesamtrechtsnachfolge BGH NJW 1989, 710; Fastrich, in: Baumbach/Hueck GmbH-Gesetz, 22. Auflage (2019), § 11 Rn. 57; für das Vorliegen eines Formwechsels C. Jaeger, in: BeckOK-GmbHG, 45. Ed. (01.08.2020), § 11 Rn. 44; C. Schmidt-Leithoff, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, 6. Auflage (2017), § 11 Rn. 137; für eine Identität zwischen Vor-GmbH und GmbH Altmeyen, in: Roth/Altmeyen GmbHG, 9. Auflage (2019), § 11 Rn. 19; K. Schmidt, in: Scholz GmbHG, 12. Auflage (2018), § 11 Rn. 151.

⁴⁰ BGH NJW 2013, 2417 (2418); BGH NJW 2013, 680; BGH NJW 2009, 664 (666).

⁴¹ BGH NZM 2013, 27 (28); BGH NJW 2009, 664 (666); Bieder, in: BeckOGK-BGB (01.07.2020), § 536 Rn. 49.

⁴² BGH NJW 2006, 899 (901); BGH NJW 2000, 1714 (1715).

genutzt werden kann.⁴³ Jedoch fallen hoheitliche Nutzungseinschränkungen, die nicht unmittelbar an die Beschaffenheit, die Lage oder den Zustand des Objekts anknüpfen, nicht in den vertraglichen Risikobereich des Vermieters, sofern nichts Abweichendes vereinbart ist.⁴⁴ Die behördliche Anordnung erging zur Bekämpfung der Verbreitung des Virus und betraf zahlreiche Einrichtungen des Publikumsverkehrs ohne Ansehen des konkreten Geschäfts, weshalb sie grundsätzlich in den Risikobereich der P-Vor-GmbH fällt.⁴⁵ Ein Mangel liegt somit nicht vor. Eine gesetzliche Befreiung von der Pflicht zur Mietzinszahlung besteht nicht.

bb) Befreiung von der Pflicht zur Mietzinszahlung gem. § 5 Nr. 3 des Mietvertrages

Durch die vertragliche Regelung in § 5 Nr. 3 des Mietvertrages haben die Parteien das Verwendungsrisiko für Fälle höherer Gewalt hingegen privatautonom dem Vermieter auferlegt.

Dafür müsste die P-Vor-GmbH infolge höherer Gewalt gehindert gewesen sein, das Ladengeschäft kommerziell zu nutzen. Eine kommerzielle Nutzung als Einzelhandelsgeschäft war infolge der behördlichen Anordnung zur Schließung mangels Publikumsverkehr nicht mehr möglich. Dabei müsste es sich in Bezug auf die behördliche Anordnung zur Bekämpfung des Virus zudem um einen Fall höherer Gewalt gehandelt haben. Der Begriff der höheren Gewalt bedarf insoweit einer Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB.

Behördliche Schließungen infolge einer Pandemie sind in der Klausel nicht genannt. Jedoch lässt sich der Vereinbarung durch den Verweis auf *höhere* Gewalt entnehmen, dass eine Befreiung von der Mietzinszahlungspflicht dann vorliegen soll, wenn ein von außen kommendes, außergewöhnliches Ereignis, das keiner Sphäre der Vertragsparteien zugerechnet werden kann, eine kommerzielle Nutzung ausschließt.⁴⁶ Die Corona-Pandemie ist zweifelsfrei ein außergewöhnliches Ereignis, dessen Entstehung und Ausbreitung weder dem V noch der P-Vor-GmbH zugerechnet werden kann. Ebenso ist die behördliche Anordnung zur Schließung des Geschäfts, die untrennbar mit der Ausbreitung des Virus verknüpft ist, ein solches, keiner Partei zurechenbares, außergewöhnliches Ereignis.

Zudem muss dieses Ereignis so beschaffen sein, dass es von den Vertragsparteien bei vernünftigerweise zu erwartender Sorgfalt nicht hätte vorhergesehen werden können. Andernfalls ist durch Auslegung des sonstigen Vertrages zu ermitteln, wem das Risiko des Verwendungsausfalls durch die Pandemie zugewiesen wurde. Weder die Entstehung noch die Ausbreitung und Folgen der Corona-Pandemie waren von den Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorhersehbar.

Mithin liegt ein Fall höherer Gewalt vor. Die P-Vor-GmbH war im Mai 2020 somit von der Pflicht zur Mietzinszahlung befreit.

d) Ergebnis

Ein Anspruch des V gegen die P-GmbH auf Zahlung des Mietzinses für Mai 2020 gem. § 535 Abs. 1 BGB besteht nicht.

II. Anspruch des V gegen die P-GmbH auf Abänderung des Vertrages gem. § 313 Abs. 1 BGB

V könnte jedoch gem. § 313 Abs. 1 BGB einen Anspruch gegen die P-GmbH auf Anpassung des Vertrages dergestalt haben, dass wegen der nicht nur vorübergehenden Anordnung zur Schließung des Ladengeschäfts § 5 Nr. 3 des Mietvertrages geändert wird, sodass V zumindest einen Teil der Miete verlangen kann. Dafür ist erforderlich, dass Umstände, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, sich nachträglich geändert haben und die Parteien den Vertrag bei Kenntnis dieser Umstände nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten. Die Corona-Pandemie bietet als Ereignis, das in kurzer Zeit zahlreiche Abläufe des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebens stark beeinträchtigt hat, ein Paradebeispiel für eine Störung der Geschäftsgrundlage in vielen Vertragsbeziehungen.⁴⁷ § 313 Abs. 1 BGB als gesetzliche Korrektur des Vertrages durch den Rechtsanwender darf jedoch nur dann zur Anwendung kommen, wenn eine vertragliche Risikozuweisung der Umstände, die sich nachträglich geändert haben, nicht stattgefunden hat.⁴⁸ Zwar mag es den Parteien als unwahrscheinlich erschienen sein, dass eine Pandemie dafür sorgt, dass das Mietobjekt nicht nur vorübergehend nicht als Ladengeschäft genutzt werden kann. Dennoch haben sie mit § 5 Nr. 3 des Mietvertrages dieses Risiko individualvertraglich dem V als Vermieter auferlegt. Ein Anspruch auf Anpassung des Vertrages gem. § 313 Abs. 1 BGB und infolgedessen ein Anspruch auf teilweise Mietzinszahlung für Mai 2020 besteht somit nicht.

III. Ansprüche gegen die Gesellschafter A, B und C

1. Anspruch des V gegen A, B und C aus § 535 Abs. 2 BGB

Ein Anspruch des V gegen die Gesellschafter A, B und C auf Mietzinszahlung gem. § 535 Abs. 2 BGB würde jedenfalls den Abschluss eines Mietvertrages zwischen V und den Gesellschaftern voraussetzen. Wie gesehen hat A jedoch im Namen der P-GmbH gehandelt, weshalb mangels Mietvertrages mit den Gesellschaftern auch kein Anspruch gem. § 535 Abs. 2 BGB gegen diese besteht.

2. Anspruch des V gegen A, B und C aus § 535 Abs. 2 BGB iVm. § 11 Abs. 2 GmbHG

V könnte jedoch einen Anspruch gegen A, B und C auf Mietzinszahlung gem. § 535 Abs. 2 BGB iVm. § 11 Abs. 2 GmbHG haben. Dafür müsste zunächst vor der Eintragung gehandelt worden sein. Der Mietvertrag wurde noch vor Eintragung der GmbH im Juli 2020 geschlossen.

Weiterhin richtet sich der Anspruch nur gegen die Handelnden. Handelnde iSd § 11 Abs. 2 GmbHG sind Geschäftsführer sowie solche Personen, die wie Geschäftsführer tätig werden.⁴⁹ Mithin ist lediglich A als Alleingeschäftsführer, der auch bereits vor Ein-

⁴³ Bieder, in: BeckOGK-BGB (01.07.2020), § 536 Rn. 52.

⁴⁴ BGH NJW 2011, 3151; BGH NZM 2014, 165 (166).

⁴⁵ So zu behördlichen Schließungen wegen der Corona-Pandemie auch Sittner NJW 2020, 1169 (1171); Häublein/Müller NZM 2020, 481 (484); Zehelein NZM 2020, 390 (392); aA. Krepold WM 2020 726 (730) und Sentek/Ludley NZM 2020, 406 (409).

⁴⁶ In Anlehnung an BGH NJW 1987, 1938; BGH NJW 2017, 2677.

⁴⁷ Weller/Liebknecht/Habrich, NJW 2020, 1017 (1021); Zehelein NZM 2020, 390 (397).

⁴⁸ BGH NZM 2006, 54 (56); Finkenauer, in: MüKo-BGB, 8. Auflage (2019), § 313 Rn. 61; Zehelein NZM 2020, 390 (398); Häublein/Müller NZM 2020, 481 (487); Sittner NJW 2020, 1169 (1171).

⁴⁹ BGHZ 51, 30 (35); BGH NJW 1976, 419; BGH NJW 1991, 148 (149); C. Jaeger, in: BeckOK-GmbHG, 45. Ed. (01.08.2020), § 11 Rn. 69.

tragung der GmbH in das Handelsregister zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit ermächtigt ist, Handelnder gem. § 11 Abs. 2 GmbHG.

Die Haftung erlischt jedoch jedenfalls im Moment der Eintragung⁵⁰, mithin im Juli 2020.

Somit haften die Gesellschafter keinesfalls gem. § 535 Abs. 2 BGB iVm. § 11 Abs. 2 GmbHG für etwaige Verbindlichkeiten aus dem Mietvertrag mit V. Darüber hinaus liegt wie bereits festgestellt keine Verbindlichkeit der Gesellschaft vor.

C) Aufgabe 3

Die Klage des R gegen DS auf Zahlung von 500 Euro hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit

Die Klage ist zulässig, wenn alle Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

1. Zuständigkeit des angerufenen Gerichts⁵¹

Die Klage wurde vor dem örtlich zuständigen Amtsgericht erhoben. Das Amtsgericht müsste zudem sachlich zuständig sein. Die sachliche Zuständigkeit bestimmt sich nach den § 1 ZPO iVm. §§ 23, 23a, 71 GVG. Eine streitwertunabhängige Zuständigkeit der Amts- oder Landgerichte besteht nicht. Das Amtsgericht ist jedoch gem. § 23 Nr. 1 GVG für Streitigkeiten mit einem Streitwert bis 5000 Euro zuständig. Der Streitwert beträgt vorliegend gem. §§ 2ff. ZPO 500 Euro. Folglich ist das Amtsgericht auch sachlich zuständig.

2. Partei- und Prozessfähigkeit, §§ 50ff. ZPO

R und DS sind als natürliche Personen gem. § 50 ZPO iVm § 1 BGB rechtsfähig und somit parteifähig. Weiterhin sind sie gem. §§ 51f. ZPO iVm. §§ 2, 104ff. BGB prozessfähig.

3. Prozessführungsbefugnis

R macht mit der Forderung der P-GmbH ein fremdes Recht im eigenen Namen geltend. Die Frage der Einziehungsbefugnis ist jedoch ein Problem der Sachlegitimation und somit in der Begründetheit zu prüfen.⁵² Es genügt hier demnach die Behauptung, aufgrund des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses eine eigene Einziehungsermächtigung zu haben.

4. Ordnungsgemäße Klageerhebung

An der ordnungsgemäßen Klageerhebung könnte es fehlen, wenn R gem. §§ 78, 79 ZPO nicht postulationsfähig ist. Ungeachtet der Tatsache, dass R als Rechtsanwalt postulationsfähig ist, ist vor den Amtsgerichten eine Vertretung durch einen Rechtsanwalt gem. § 78 Abs. 1 S. 1 ZPO nicht erforderlich. Mithin ist R auch postulationsfähig und die Klage somit ordnungsgemäß erhoben worden.

⁵⁰ BGH NJW 1981, 1452; C. Jaeger, in: BeckOK-GmbHG, 45. Ed. (01.08.2020), § 11 Rn. 67.

⁵¹ Insoweit ist für den Rechtsstreit des Vollstreckungsgläubigers gegen den Drittschuldner (Einziehungsklage) die Zuständigkeit des Gerichts gegeben, die für eine Klage des Vollstreckungsschuldners gelten würde, siehe etwa LAG Hamm NZA 1989, 529 (530); § 802 ZPO findet keine Anwendung, da es sich um eine Leistungsklage handelt.

⁵² Hein, JuS 2015, 35 (36).

⁵³ Brox/Walker Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Auflage (2018), Rn. 640.

⁵⁴ OLG Frankfurt a.M. NJW 1983, 2266.

⁵⁵ BGHZ 66, 79 (80); BAG ZIP 1989, 738 (739); Riedel, in: BeckOK-ZPO, 39. Ed. (01.12.2020), § 835 Rn. 24.1; Schilken, in: Gaul/Schilken/Becker-Eberhard

5. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

R würde es am Rechtsschutzbedürfnis fehlen, wenn er auf einfachere Weise an einen Vollstreckungstitel gegen DS gelangen könnte.⁵³ Dies wäre der Fall, wenn die P-GmbH bereits einen Titel hinsichtlich der gepfändeten Forderung gegen DS erlangt hätte; dann käme eine Umschreibung dieses Titels auf R als Rechtsnachfolger gem. § 727 ZPO in Betracht.⁵⁴ Ein Titel existiert jedoch noch nicht, weshalb es R nicht am Rechtsschutzbedürfnis fehlt.

6. Zwischenergebnis

Die Klage des R ist zulässig. Gem. § 841 ZPO ist R verpflichtet, der P-GmbH den Streit zu verkünden. Unterlässt R eine Streitverkündung, führt dies jedoch nicht zur Unzulässigkeit der Einziehungsklage.

II. Begründetheit

Die Klage des R ist begründet, wenn er zur Einziehung einer der P-GmbH gegen DS zustehenden und nicht erloschenen Forderung berechtigt ist.

1. Einziehungsberechtigung

R ist zur Einziehung der Forderung berechtigt, wenn ein wirksamer Überweisungsbeschluss vorliegt. Eine etwaige Anfechtbarkeit des Überweisungsbeschlusses wegen eines Verstoßes gegen vollstreckungsrechtliche Verfahrensvorschriften prüft das Prozessgericht nicht, da mit der Vollstreckungserinnerung gem. § 766 ZPO für den Drittschuldner effektiverer Rechtsschutz möglich ist.⁵⁵ Somit ist für die Wirksamkeit des Überweisungsbeschlusses allein erforderlich, dass ein wirksamer Pfändungsbeschluss vorliegt sowie ein dem Pfändungsbeschluss entsprechender Überweisungsbeschluss, der dem Drittschuldner gem. §§ 835 Abs. 3 S. 1, 829 Abs. 3 ZPO zugestellt wurde.

Die Pfändung hatte eine tatsächlich bestehende Forderung der P-GmbH zum Gegenstand, die auch hinreichend bestimmt bezeichnet war. In der an DS gem. § 829 Abs. 3 ZPO erfolgten Zustellung wurde dieser gem. § 829 Abs. 1 S. 1 ZPO auch darauf hingewiesen, dass er nun nicht mehr zur Erfüllung der Forderung an die P-GmbH zahlen darf. Die Pfändung wurde auch durch das zuständige Vollstreckungsgericht vorgenommen. Folglich liegt ein wirksamer Pfändungsbeschluss vor.

Ebenso wurde zeitgleich ein Überweisungsbeschluss erlassen, der den Vorschriften der §§ 835 Abs. 3 S. 1, 829 Abs. 3 ZPO entsprechend DS zugestellt wurde. Mithin liegt auch ein wirksamer Überweisungsbeschluss vor. R ist somit einziehungsberechtigt.⁵⁶

Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Auflage (2010), § 55 Rn. 59; Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Auflage (2018), Rn. 653.

⁵⁶ Auf die Frage des Bestehens eines Vollstreckungstitels des R gegen die P-GmbH kommt es an dieser Stelle nicht an. Zwar würde ein nichtiger Prozessvergleich und damit ein fehlender Titel dazu führen, dass auch der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss nichtig wäre. Dieser Einwand ist dem Drittschuldner jedoch verwehrt und dem Schuldner vorbehalten, weil es allein dessen Sache ist, sich gegen den Vollstreckungstitel zu wehren, siehe u.a. BGHZ 81, 311 (321); Lackmann, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Auflage (2018), Rn. 346a.

2. Anspruch der P-GmbH gegen DS

Ein Anspruch der P-GmbH gegen DS in Höhe von 500 Euro ist entstanden.

3. Erlöschen des Anspruchs

a) Zahlung von 500 Euro durch DS an die P-GmbH am 18.10.2020, § 362 Abs. 1 BGB

Der Anspruch könnte zunächst durch die Zahlung von 500 Euro durch DS an die P-GmbH gem. § 362 Abs. 1 BGB erloschen sein. Zwar war die P-GmbH am 18.10.2020 noch Gläubigerin der Forderung gegenüber DS. Jedoch wurde DS im Pfändungs- und Überweisungsbeschluss gem. § 829 Abs. 1 S. 1 ZPO untersagt, an die P-GmbH zu leisten. Eine entgegen diesem Verbot vorgenommene Leistung ist gem. §§ 135, 136 BGB dem Gläubiger gegenüber relativ unwirksam. R kann somit weiterhin Zahlung von DS verlangen. Aufgrund der Kenntnis des DS von der Pfändung der Forderung muss R die Zahlung auch nicht in analoger Anwendung von § 407 Abs. 1 BGB gegen sich gelten lassen.

b) Aufrechnung mit der Forderung des DS gegen die P-GmbH, § 389 BGB

Der Anspruch der P-GmbH gegen DS könnte jedoch gem. § 389 BGB durch Aufrechnung erloschen sein. Dafür müsste zunächst eine Aufrechnungslage mit zwei gegenseitigen, gleichartigen Forderungen vorgelegen haben. Die P-GmbH hat einen Geldzahlungsanspruch gegen DS und dieser hat wiederum einen Geldzahlungsanspruch gegen die P-GmbH. Eine Aufrechnungslage liegt somit vor. Ungeachtet der Frage, wer richtiger Adressat der Aufrechnungserklärung ist⁵⁷, hat DS die Aufrechnung durch Erklärung sowohl gegenüber der P-GmbH als auch gegenüber R wirksam erklärt. Der hilfswisen Geltendmachung der Aufrechnung könnte die Bedingungsfeindlichkeit der Aufrechnung gem. § 388 S. 2 BGB entgegenstehen. Bei der hilfswisen Erklärung der Aufrechnung für den Fall, dass die Forderung nicht schon durch Zahlung erloschen ist (innerprozessuale Bedingung), handelt es sich jedoch nicht um eine Bedingung iSd. § 158 BGB, sodass die Bedingungsfeindlichkeit des § 388 S. 2 BGB nicht entgegensteht. Auch die Aufrechnung fällt jedoch unter das Leistungsverbot des § 829 Abs. 1 S. 1 ZPO, weshalb sie nach Beschlagnahme der Hauptforderung ausgeschlossen sein könnte. § 392 BGB beschränkt diesen Ausschluss jedoch auf Fälle, in denen die Gegenforderung erst nach der Beschlagnahme erworben wurde oder die Gegenforderung erst nach der Beschlagnahme und später als die gepfändete Forderung fällig geworden ist. Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall, weshalb die Aufrechnung nicht gem. § 392 BGB ausgeschlossen ist.

Die Aufrechnung könnte jedoch wegen der an die P-GmbH erfolgten Zahlung vom 18.10.2020 unzulässig sein. Dafür spricht, dass durch die Zahlung die zugrundeliegende Forderung gegenüber DS bereits gem. § 362 Abs. 1 erloschen ist. Dies ist lediglich gem. §§ 135, 136 BGB gegenüber R relativ unwirksam. Mit der erloschenen Forderung könnte es aber dennoch an der Aufrechnungslage fehlen.⁵⁸ Zudem könnte eine Aufrechnung der ratio der §§ 387ff. BGB widersprechen, zwei Forderungen zu verrechnen, wenn sie allein dazu dient, die Pfändung der Forderung

durch den Vollstreckungsgläubiger gegenstandslos zu machen.⁵⁹ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass gem. §§ 135, 136 BGB gegenüber R die Forderung als fortbestehend gilt, weshalb sie auch weiterhin aufrechenbar sein könnte. Dies überzeugt, weil DS sich gegenüber R so behandeln lassen muss als hätte er nicht an die P-GmbH gezahlt; dann muss er aber auch die Möglichkeit der Aufrechnung haben, die er ohne Zahlung noch gehabt hätte.⁶⁰ Mithin ist der Anspruch der P-GmbH gegen DS auch gegenüber R gem. § 389 durch Aufrechnung erloschen.

4. Zwischenergebnis

R ist zwar einziehungsberechtigt. Jedoch ist der Anspruch der P-GmbH erloschen. Die Einziehungsklage ist somit unbegründet.

III. Ergebnis

Die Klage des R ist zulässig, aber unbegründet und hat somit keine Aussicht auf Erfolg.

Abschließende Hinweise

Die GmbH gehört in vielen Prüfungsordnungen im Überblick zum Prüfungsstoff, weshalb es lohnenswert ist, sich mit den verschiedenen Gründungsstadien auseinanderzusetzen. Der didaktische Schwerpunkt des ersten Teils liegt dabei auf den Auswirkungen der unterschiedlichen Gründungsstadien der GmbH auf die Gesellschafterhaftung. Im Bereich des § 1822 BGB können keine Detailkenntnisse, aber eine sorgfältige Auseinandersetzung mit der Norm erwartet werden. Das Lösen des unbekanntes Falles anhand der unbekanntes Norm gehört schließlich zu den Schlüsselkompetenzen im ersten Staatsexamen. In der zweiten Aufgabe darf nicht vorschnell auf aktuelle Entscheidungen zur Auswirkung der Corona-Pandemie auf gewerbliche Mietverhältnisse zurückgegriffen werden (LG München I (31. Zivilkammer), Endurteil vom 25.01.2021 – 31 O 7743/20; LG Kempten (2. Zivilkammer), Endurteil vom 07.12.2020 – 23 O 753/20; LG Stuttgart (11. Zivilkammer), Urteil vom 19.11.2020 – 11 O 215/20), da die vertragliche Risikoverteilung zwingend vorrangig zu berücksichtigen ist. Erwartet werden können zudem Grundkenntnisse hinsichtlich der Rechtsprechung zu Mietmängeln, die die Beziehungen der Sache zu ihrer Umwelt betreffen. In der dritten Aufgabe gilt es dann zunächst, die Zulässigkeitsvoraussetzungen in der gebotenen Kürze sorgfältig abzuarbeiten. In der Begründetheit wird ein in Examensklausuren beliebtes Modell gewählt: der Einstieg erfolgt über das Prozessrecht, während der Schwerpunkt im materiellen Recht liegt. Besondere Beachtung verdienen im Zwangsvollstreckungsrecht dabei stets – und nicht nur im Rahmen der vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfe – Drei-Personen-Konstellationen.

Insbesondere aufgrund des Umfangs und der drei unterschiedlichen „Tatorte“ (Gesellschaftsrecht, Mietrecht, Zwangsvollstreckungsrecht) ist die Klausur im oberen Schwierigkeitsgrad anzusiedeln.

► [Inhaltsverzeichnis](#)



⁵⁷ Dazu Riedel, in: BeckOK-ZPO, 39. Ed. (01.12.2020), § 829 Rn. 116a.

⁵⁸ Seiler, in: Thomas/Putzo ZPO, 41. Auflage (2020), § 829 Rn. 39; Baur/Stürner/Bruns Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Auflage (2006), Rn. 30-35.

⁵⁹ Reinicke NJW 1972, 793.

⁶⁰ BGHZ 58, 25 (27f.); BGHZ 86, 337 (338); OLG Düsseldorf NJW 1962, 1920; Schilken, in: Gaul/Schilken/Becker-Eberhard Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Auflage (2010), § 55 Rn. 49; Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Auflage (2018), Rn. 658.

KLAUSUR – ÖFFENTLICHES RECHT

ORR Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)*

„Wirecard und Staatshaftung“ Fortgeschrittenenklausur

Sachverhalt

Die Wirecard AG ist ein 1999 gegründetes börsennotiertes deutsches Zahlungsdienstleistungsunternehmen. Sie bietet Lösungen für den elektronischen Zahlungsverkehr, das Risikomanagement sowie die Herausgabe und Akzeptanz von Kreditkarten an. Nach den Einstufungen der EZB verfügt nur die Tochtergesellschaft Wirecard Bank AG über eine von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) erteilte deutsche Banklizenz nach dem KWG.

Seit 2008 wird der Wirecard AG öffentlich vorgeworfen, eine falsche bzw. irreführende Bilanzierung zu betreiben. Von der Wirecard AG daher beauftragte Sonderprüfungen namhafter Wirtschaftsprüfer konnten dies zunächst nicht bestätigen. Die Wirecard AG ging vielmehr mehrfach juristisch gegen kritische Analysten und Journalisten vor, ebenso leiteten die BaFin und die Staatsanwaltschaft München mehrfach Ermittlungen gegen die Kritiker wegen versuchter Marktmanipulation ein. Im Februar 2019 berichtete auch die Financial Times drei Mal über Bilanzfälschung bei der Wirecard AG basierend auf Ungereimtheiten des Auftritts im asiatischen Markt. Die Aktie der Wirecard AG gab daraufhin um ca. 50 % nach. In der Folge erließ die BaFin ein temporäres Leerverkaufsverbot bezogen auf die Aktie der Wirecard AG. Gegen die betreffenden Journalisten der Financial Times erstattete die BaFin Strafanzeige wegen Marktmanipulation. Davon unbeeindruckt berichtete die Financial Times weiter über Unregelmäßigkeiten bei der Wirecard AG. Eine neuerliche von der Wirecard AG beauftragte Sonderprüfung durch eine große Wirtschaftsprüfungsgesellschaft konnte im April 2020 erstmals nicht sämtliche im Raum stehenden Vorwürfe ausräumen. Anfang Juni 2020 erstattete die BaFin sodann erneut Strafanzeige wegen Marktmanipulation, diesmal allerdings gegen vier Vorstandsmitglieder der Wirecard AG. Am 25.06.2020 stellte die Wirecard AG einen Insolvenzantrag wegen drohender Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung, nachdem die regulären Abschlussprüfer ein uneingeschränktes Testat verweigert hatten, da Aktiva über 1,9 Mrd. EUR in der Bilanz nicht zu belegen seien.

Im Nachgang wurde bekannt, dass die BaFin der Deutschen Prüfstelle für Rechnungslegung (DPR e.V.) bereits im Februar 2019 wegen Ungereimtheiten in der Halbjahresbilanz der Wirecard AG von 2018 einen Prüfauftrag erteilt hatte. Medienberichten aus dem Juli 2019 zufolge war mit der aufwändigen und komplexen Prüfung durch die DPR e.V. über 16 Monate hinweg im Wesentlichen nur ein Mitarbeiter betraut. Bis zuletzt lag der BaFin kein Prüfbericht oder auch nur ein Zwischenbericht von

Seiten der DPR e.V. vor. Zahlreiche Aktionäre der Wirecard AG, darunter A, sind stocksauer. Zwischen Februar 2019 und bis kurz vor dem Insolvenzantrag lag der Kurs der Wirecard-Aktie in einer Range von 90 – 150 EUR, nach dem Insolvenzantrag liegt er nur noch bei zwei – drei EUR mit weiter fallender Tendenz. A erwägt nun (neben der Inanspruchnahme der jahrelang ein uneingeschränktes Testat erteilenden Wirtschaftsprüfer) die Geltendmachung von Staatshaftungsansprüchen gegen die BaFin, der er komplettes Versagen und Untätigkeit hinsichtlich der Aufgabenwahrnehmung bei der Bilanzkontrolle iSd. §§ 106 ff. WpHG vorwirft. A hält derzeit 1.200 Wirecard-Aktien.

Bitte prüfen Sie gutachterlich, ob A gegen die BaFin Staatshaftungsansprüche in Bezug auf seine (noch nicht realisierten) Kursverluste zustehen.

Auszug aus dem Gesetz über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (FinDAG)

§ 4 Aufgaben und Zusammenarbeit

(4) Die Bundesanstalt nimmt ihre Aufgaben und Befugnisse nur im öffentlichen Interesse wahr.

* Der Autor ist derzeit im Zuge einer Abordnung Mitarbeiter des Hessischen Ministeriums für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Wohnen und Lehrbeauftragter an zwei Hochschulen. Er gibt ausschließlich seine persönlichen Auffassungen wieder.

Gliederung

A) Anspruch des A aus Amtshaftung

iSd. § 839 Abs. 1 BGB iVm. Art. 34 GG

I. Handeln eines Beamten im haftungsrechtlichen Sinne

II. Verletzung einer drittbezogenen Amtspflicht

1. Bestehen einer Amtspflicht

- a) Bestimmung der konkreten Amtspflicht
- b) Ausformung der konkreten Amtspflicht
 - aa) Pflichten der Behörde im Rahmen von outgesourceten Tätigkeiten
 - bb) Fallbezogene Pflichten im Rahmen eines zweistufigen Verfahrens
- cc) Rechtsfolge
- c) Zwischenergebnis

2. Drittbezogenheit der Amtspflicht

- a) § 4 Abs. 4 FinDAG als Haftungsausschluss?
 - aa) Anwendungsbereich von § 4 Abs. 4 FinDAG
 - bb) Rechtsfolge
 - cc) § 4 Abs. 4 FinDAG partiell überlagert?
 - dd) § 4 Abs. 4 FinDAG verfassungsgemäß?
- b) Zwischenergebnis

III. Sonderfall: Amtsmissbrauch

IV. Ergebnis

B) Anspruch des A wegen enteignungsgleichem Eingriff

C) Anspruch des A wegen gemeinschaftsrechtlichem Staatshaftungsanspruch

D) Gesamtergebnis

Gutachten

Hinweis

Hinweis: Der seit Juni 2020 fast täglich in vielen Facetten in den Medien kursierende Wirecard-Fall stellt den bislang größten deutschen Finanzskandal dar. Dabei stellt sich u.a. die Frage, ob auch Staatshaftungsansprüche gegen die BaFin möglich sind. Teilweise wird dies verneint. Dennoch hat bereits die erste Kanzlei eine milliarden-schwere Klage gegen die BaFin eingereicht. Also ein damit doch seltener Fall, wo Staatshaftungsrecht im Alltag eine gewisse Rolle spielt. Insofern besteht auch eine hohe Prüfungsrelevanz. Zumal sich eine doch eher spezielle Materie auf Grundlagen des juristischen Studiums herunterbrechen lässt und damit eine Transferleistung abgeprüft werden kann

A) Anspruch des A aus Amtshaftung iSd. § 839 Abs. 1 BGB iVm. Art. 34 GG

Zunächst könnte es um einen Anspruch aus Amtshaftung iSd. § 839 Abs. 1 BGB iVm. Art. 34 GG als Anspruchsgrundlage gehen.

I. Handeln eines Beamten im haftungsrechtlichen Sinne

Dann müsste ein Beamter im haftungsrechtlichen Sinne gehandelt haben. Darunter fällt neben Beamten im statusrechtlichen Sinne auch sonst jedermann, der in funktioneller Hinsicht hoheitlich tätig wird.¹ Insofern kommt es nicht darauf an, ob bei der BaFin im Zusammenhang mit der Bilanzkontrolle bei der Wirecard AG Beamte oder Angestellte im öffentlichen Dienst befasst waren. Daher ist das Handeln eines Beamten im haftungsrechtlichen Sinne gegeben.

II. Verletzung einer drittbezogenen Amtspflicht

Weiterhin müsste eine drittbezogene Amtspflicht verletzt worden sein.

1. Bestehen einer Amtspflicht

Fraglich ist, worin vorliegend die maßgebliche Amtspflicht bestanden haben könnte. Grundsätzlich bestimmen sich Amtspflichten eines Beamten nach den seinem Aufgaben- und Pflichtenkreis regelnden Vorschriften, seien sie Gesetz, Verordnung, Verwaltungsvorschrift oder dienstliche Einzelweisung, und aus der Art der wahrzunehmenden Aufgaben, die innerhalb angemessener Zeit zu erfüllen sind.²

a) Bestimmung der konkreten Amtspflicht

§ 106 WpHG weist grundsätzlich der BaFin die Aufgabe der Prüfung von Unternehmensabschlüssen und -berichten zu. Insofern wurde die Prüfung der Rechnungslegung von kapitalmarktorientierten Unternehmen zum Zweck des Anlegerschutzes durch das Bilanzkontrollgesetz im Jahr 2004 zur hoheitlichen Aufgabe erklärt.³ Nach dem Organigramm⁴ der BaFin ist die Aufgabe der Bilanzkontrolle konkret der Säule Wertpapieraufsicht/Asset Management, dort der Abteilung 1 und hier wiederum dem Referat WA 15 zugewiesen.

* Der Autor ist derzeit im Zuge einer Abordnung Mitarbeiter des Hessischen Ministeriums für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Wohnen und Lehrbeauftragter an zwei Hochschulen. Er gibt ausschließlich seine persönlichen Auffassungen wieder.

¹ Papier, in: Maunz/Dürig, GG, 91. Lfg. (2020), Art. 34 Rn. 24; Hartmann/Tieben, JA 2014, 401 (403); Voßkuhle/Kaiser, JuS 2015, 1076.

² Papier/Shirvani, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2020), § 839 Rn. 246; Geigel/Brodöfel, Haftpflichtprozess, 28. Aufl. (2020), Kap. 20 Rn. 27.

³ Seidel, DB 2005, 651; Meyer, DStR 2005, 41 (43 f.); Scheffler, IRZ 2006, 13.

⁴ Vgl. www.bafin.de/DE/DieBaFin/GrundlagenOrganisation/grundlagenorganisation_node.html (zuletzt abgerufen am 07.02.2021).

b) Ausformung der konkreten Amtspflicht

Die Ermächtigung nach § 106 WpHG wird jedoch vom Gesetzgeber für den Fall der Anerkennung einer privatrechtlich organisierten Einrichtung zur Prüfung von Verstößen gegen Rechnungslegungsvorschriften gemäß § 342b HGB eingeschränkt.⁵ Dies ist mit Anerkennung der DPR e.V. als Prüfstelle im Jahr 2005 geschehen. In der Folge besteht das sog. Enforcement-Verfahren als zweistufige Prüfung. Auf der ersten Stufe prüft einzig die DPR e.V., vgl. § 108 Abs. 1 Satz 1 WpHG. Dabei prüft die DPR e.V. allerdings nicht jeden Jahresabschluss oder Halbjahresabschluss auf Einzel- oder Konzernebene, sondern nur entweder bei einem konkreten Anhaltspunkt für einen Verstoß auf Verlangen der BaFin oder stichprobenartig ohne besonderen Anlass.⁶ Erst auf der zweiten Stufe kann sich die BaFin materiell einschalten. Eine eigenständige Prüfung nach Maßgabe von § 107 WpHG kann die BaFin dann (derzeit) allenfalls unter den Voraussetzungen von § 108 Abs. 1 Satz 2 bis 4 WpHG durchführen.

Hinweis

Laut Medienberichten erstmals vom 05.07.2020 zu Plänen des Bundesfinanzministers über strukturelle Reformen der Finanzaufsicht soll die BaFin künftig ein erweitertes Durchgriffsrecht unter Beibehaltung eines zweistufigen Prüfverfahrens erhalten. Dies wurde später im Entwurf für ein Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz umgesetzt. Zuletzt wurde im Gesetzgebungsgang jedoch ein künftig nur noch einstufiges Prüfverfahren rein bei der BaFin verankert.

aa) Pflichten der Behörde im Rahmen von outgesourceten Tätigkeiten

Für die Frage, ob die BaFin die bereits im Februar 2019 beauftragte Sonderprüfung durch die DPR e.V. wieder an sich ziehen konnte, kommt es dabei einzig auf § 108 Abs. 1 Satz 2 WpHG an.⁷

Insoweit wird aus dem Wortlaut „Im Übrigen stehen der Bundesanstalt die Befugnisse nach § 107 WpHG erst zu, wenn [...] erhebliche Zweifel an der Richtigkeit des Prüfungsergebnisses der Prüfstelle oder an der ordnungsgemäßen Durchführung der Prüfung durch die Prüfstelle bestehen“ deutlich, dass die BaFin die DPR e.V. bei ihrer de facto outgesourceten Prüfungstätigkeit fortwährend zu überwachen hat.⁸ Dementsprechend war es nicht damit getan, lediglich den Prüfauftrag an die DPR e.V. zu erteilen und schlicht auf die Zuleitung eines Prüfergebnisses zu warten. Somit stellt sich die Frage, ob die BaFin vorliegend iSd.

⁵ Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestags, Gutachten „Möglichkeiten der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht zur Bilanzkontrolle von Unternehmen vor Abschluss der Prüfung durch die Deutsche Prüfstelle für Rechnungslegung DPR e.V.“ des, 2020, S. 4, nachzulesen unter: www.bundestag.de/resource/blob/704760/f63518af77fe9c4ba03b9e9ae3309525/WD-4-070-20-pdf-data.pdf (zuletzt abgerufen am 07.02.2021).

⁶ Buck-Heeb, Kapitalmarktrecht, 10. Aufl. (2019), § 18 Rn. 1211.

⁷ Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestags, Gutachten „Möglichkeiten der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht zur Bilanzkontrolle von Unternehmen vor Abschluss der Prüfung durch die Deutsche Prüfstelle für Rechnungslegung DPR e.V.“ DPR e.V.“ (2020), S. 4, nachzulesen unter: www.bundestag.de/resource/blob/704760/f63518af77fe9c4ba03b9e9ae3309525/WD-4-070-20-pdf-data.pdf (zuletzt abgerufen am 07.02.2021).

⁸ Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestags, Gutachten „Möglichkeiten der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht zur Bilanzkontrolle von Unternehmen vor Abschluss der Prüfung durch die Deutsche Prüfstelle für Rechnungslegung DPR e.V.“ (2020), S. 4, nachzulesen unter:

§ 108 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Alt. 2 WpHG erhebliche Zweifel an der ordnungsgemäßen Durchführung der Prüfung durch die DPR e.V. haben musste. Der Wortlaut der erheblichen Zweifel streitet dabei ex ante für eine restriktive Handhabung, da ansonsten die vom Gesetzgeber vorgesehene Zweistufigkeit des Enforcement-Verfahrens durch die BaFin ohne weiteres in Frage gestellt werden könnte.⁹ Damit erhebliche Zweifel aber überhaupt ausgebildet werden können, ist nach § 108 Abs. 1 Satz 3 WpHG vorgesehen, dass die BaFin von der DPR e.V. Erläuterungen zu Ergebnis und Durchführung der Prüfung sowie die Vorlage eines Prüfberichts verlangen kann. Hierfür wiederum bedarf es auf Ebene der BaFin einer Art Anfangszweifel, dass die Prüfung durch die DPR e.V. nicht ordnungsgemäß erfolgt.¹⁰

bb) Fallbezogene Pflichten im Rahmen eines zweistufigen Verfahrens

An den zuvor genannten Ausführungen gemessen musste sich die BaFin ab einem gewissen Zeitpunkt alleine schon wegen des zeitlichen Moments¹¹ die Frage stellen, ob die konkrete Anlassprüfung bei der Wirecard AG ordnungsgemäß erfolgte bzw. erfolgen konnte. Denn schon aus den im Internet frei zugänglichen Veröffentlichungen der DPR e.V. (vgl. insbesondere den online abrufbaren Tätigkeitsbericht 2019 der DPR e.V.¹²) musste klar werden, dass die Prüfung vorliegend einfach zu lange dauerte. Dort wird nämlich ausgeführt, dass die DPR e.V. 2018 und 2019 jeweils 84 bzw. 86 Prüfungen vornahm, darunter jeweils nur eine Prüfung auf Verlangen der BaFin, und die Prüfungen im Durchschnitt zwischen 2016 und 2019 zwischen 8,0 und 8,4 Monaten dauerten.

Gerade bei einer (seltenen) anlassbezogenen Prüfung auf Verlangen der BaFin, die ihrerseits auf Marktberichte und Anzeigen reagierte, stand wohl jedenfalls zu erwarten, dass eine Prüfung sogar unterhalb dieser Durchschnittszeit zum Abschluss kommt. Zumal die DPR e.V. ausweislich ihres Tätigkeitsberichts auch die finanziellen Mittel (laut den Tätigkeitsberichten der DPR e.V. wurde das jährliche Budget von sechs Mio. EUR nie jemals ausgeschöpft) dafür gehabt hätte, mehr (auch externes) Personal einzuschalten als im Kern nur einen Mitarbeiter. Spätestens im Oktober 2019 (wenn nicht gar früher) mussten sich somit bei der BaFin erhebliche Zweifel aufdrängen, ob die DPR e.V. ordnungsgemäß prüft. Tatsächlich wird aus veröffentlichtem Mailverkehr der BaFin deutlich, dass Mitarbeiter erst im Mai 2020 bei der DPR e.V. nachfragte, warum die Prüfung so

⁹ www.bundestag.de/resource/blob/704760/f63518af77fe9c4ba03b9e9ae3309525/WD-4-070-20-pdf-data.pdf (zuletzt abgerufen am 07.02.2021); Hönsch, in: Assmann/Schneider/Mülbelt, Wertpapierhandelsrecht, 7. Aufl. (2019), § 108 WpHG Rn. 12.

¹⁰ Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestags, Gutachten „Möglichkeiten der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht zur Bilanzkontrolle von Unternehmen vor Abschluss der Prüfung durch die Deutsche Prüfstelle für Rechnungslegung DPR e.V.“ (2020), S. 4, nachzulesen unter: www.bundestag.de/resource/blob/704760/f63518af77fe9c4ba03b9e9ae3309525/WD-4-070-20-pdf-data.pdf (zuletzt abgerufen am 07.02.2021); Reinhardt, in: BeckOK-HGB, 28. Ed. (15.01.2021), § 342b Rn. 14 ff.

¹¹ Hennrichs, in: KMRK, 5. Aufl. (2020), § 108 WpHG Rn. 8.

¹² Diesen Aspekt verkennend Schneider, NZG 2020, 1401 (1405); Voß, RDJ 2020, 11 (15).

¹³ Nachzulesen unter: www.frep.info/docs/jahresberichte/2019/2019_tb.pdf (zuletzt abgerufen am 07.02.2021).

lange dauere.¹³ Sie erhielt Antworten, die erhebliche Zweifel an einer ordnungsgemäßen Prüfung durch die DPR e.V. begründeten: „Zunächst habe es einen Sachbearbeiter-Wechsel gegeben, der dazu geführt hat, dass man nichts mehr gemacht hat. Ab Oktober habe man dann mit der Begründung, das Ergebnis der von der Wirecard AG selbst beauftragten Sonderprüfung durch KPMG abwarten zu wollen, auch nichts mehr gemacht“. In der Folge befasste sich die BaFin bis zur Insolvenz der Wirecard AG mit der Frage, ob sie die Prüfung an sich ziehen sollte.

Dabei ist im Bereich sämtlicher Finanzaufsicht daran zu denken, dass eine zu langsame Reaktion auf Missstände letztlich wirkungslos ist, denn zu verhindernde Vor- und Nachteile hieraus sind ab einem gewissen Zeitpunkt nahezu irreversibel und schädigen nachhaltig das Anlegervertrauen bzw. gefährden dann in der Folge die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts und damit die Finanzierungsmöglichkeiten von volkswirtschaftlich wichtigen Unternehmen.

cc) Rechtsfolge

Rechtsfolge der erheblichen Zweifel an der ordnungsgemäßen Durchführung der Prüfung durch die DPR e.V. ist, dass der BaFin die Befugnisse nach § 107 WpHG zustehen. In der Folge besteht kein weiteres Ermessen der BaFin, ob nun sie selbst ggf. iVm. Hilfspersonen iSd. § 107 Abs. 4 WpHG die Prüfung vornimmt. Da sie bereits für die Beauftragung der DPR e.V. iSd. § 107 Abs. 1 Satz 1 WpHG konkrete Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen Rechnungslegungsvorschriften bejaht hatte, kam nur noch ein gewissermaßen automatisierter Selbsteintritt in den bisherigen Pflichtenkreis der DPR e.V. in Betracht. Dies bedeutete sodann eine Amtspflicht zum Tätigwerden.¹⁴ Schließlich wird schon aus der inneren Systematik von § 107 Abs. 1 Satz 1 und 2 WpHG deutlich, dass der Gesetzgeber mit der Formulierung „kann“ nur eine stichprobenartige Prüfung iSd. § 107 Abs. 1 Satz 2 WpHG in das Ermessen der BaFin stellen wollte, nicht aber die Anordnung der (eigenen) Prüfung selbst iSd. § 107 Abs. 1 Satz 1, wo eine solche Formulierung unterlassen wurde.¹⁵

c) Zwischenergebnis

Im Ergebnis bestand spätestens ab Oktober 2019 die Amtspflicht der handelnden Personen bei der BaFin, selbst die Prüfung der Halbjahresbilanz der Wirecard AG von 2018 zu übernehmen.

Hinweis

Regelrecht skandalös sind die Umstände eines von der BaFin in Auftrag gegebenen und bezahlten (!) Rechtsgutachtens¹⁶, welches zum gegenteiligen Ergebnis kommt. Hier sollten zwei Wirtschaftswissenschaftler (!) eine

rechtliche Frage untersuchen, die zudem schon bewusst tendenziös und einschränkend gestellt wurde. Mit anderen Worten wurde hier kein unabhängiges Gutachten beauftragt, sondern recht offensichtlich eher ein Persilschein eingekauft.

2. Drittbezogenheit der Amtspflicht

Fraglich ist aber, ob das Aufsichtshandeln der BaFin – auch im konkreten Fall der Bilanzkontrolle nach den §§ 106 ff. WpHG – eine solche Amtspflicht darstellt, die auch drittbezogen ist. Schließlich setzen sowohl § 839 Abs. 1 BGB als auch Art. 34 GG für eine Haftung voraus, dass der Amtsträger gerade die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt hat. Nur der solchermaßen geschützte Dritte kann also Gläubiger des Amtshaftungsanspruchs sein. Dabei ist es allerdings ausreichend, wenn die einschlägige Amtspflicht neben der Erfüllung allgemeiner Interessen und öffentlicher Zwecke zusätzlich den Zweck verfolgt, die Interessen einzelner wahrzunehmen.¹⁷

a) § 4 Abs. 4 FinDAG als Haftungsausschluss?

Die Drittbezogenheit der Amtspflicht könnte aber wegen § 4 Abs. 4 FinDAG vorliegend zweifelhaft sein. Denn nach § 4 Abs. 4 FinDAG nimmt die BaFin ihre Aufgaben und Befugnisse alleine im öffentlichen Interesse wahr.¹⁸

aa) Anwendungsbereich von § 4 Abs. 4 FinDAG

Da § 4 Abs. 4 FinDAG ua. § 4 Abs. 2 WpHG a.F. ersetzt hat¹⁹, sind jedenfalls auch die Aufgaben und Befugnisse der Wertpapieraufsicht der BaFin im Rahmen des WpHG erfasst, darunter die Bilanzkontrolle iSd. §§ 106 ff. WpHG. § 4 Abs. 4 FinDAG ist dabei so zu verstehen, dass die Aufsichtstätigkeit der BaFin im erfassten Bereich alleine den Schutz der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts bezweckt, der Individualschutz der Anleger ist dagegen ein reiner Rechtsreflex.²⁰ Eine Ausnahme bildet allerdings der dennoch erfasste Rechtsschutz der Adressaten von Maßnahmen der BaFin, denn diese sind nicht nur reflexhaft (mittelbar), sondern unmittelbar von der Aufsichtstätigkeit der BaFin betroffen.²¹ Eine solche Ausnahme liegt in Bezug auf A aber nicht vor.

bb) Rechtsfolge

Dies bedeutet im Ergebnis, dass § 4 Abs. 4 FinDAG dazu führt, dass die Aufsichtstätigkeit der BaFin dem amtshaftungsrechtlichen Schutz weitestgehend entzogen ist.²² Diese Bereichsausnahme macht auch vor dem Hintergrund der speziellen Finanzierung der BaFin Sinn. Anders als andere Behörden, deren Tätigkeit und ggf. Staatshaftung aus dem Staatshaushalt finanziert wird, existiert bei der BaFin ein Sonderregime. Auch die Staatshaftung für Fehler bei der Aufsichtstätigkeit wird nämlich aus

¹³ Vgl. www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/bafin-brisante-e-mails-so-loechrig-lief-die-bilanzkontrolle-von-wirecard (zuletzt abgerufen am 07.02.2021).

¹⁴ Seidel, DB 2005, 651 (652); zu unscharf: *Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestags*, Gutachten „Möglichkeiten der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht zur Bilanzkontrolle von Unternehmen vor Abschluss der Prüfung durch die Deutsche Prüfungsstelle für Rechnungslegung DPR e.V.“ (2020), S. 9, nachzulesen unter: www.bundestag.de/resource/blob/704760/f63518af77fe9c4ba03b9e9ae3309525/WD-4-070-20-pdf-dat-a.pdf (zuletzt abgerufen am 07.02.2021), nach dem eine eigenständige Prüfung der BaFin lediglich „möglich“ gewesen sein soll.

¹⁵ Seidel, DB 2005, 651 (652).

¹⁶ Nachzulesen unter www.hbfm.link/9175 (zuletzt abgerufen am 07.02.2021).

¹⁷ BGH NJW 2005, 742 (743); BGH NJW 2013, 3370 (3371); Poelzig, Kapitalmarktrecht (2018), § 30 Rn. 906.

¹⁸ 4 Abs. 4 FinDAG ist deckungsgleich zu § 4 Abs. 2 WpÜG und § 3 Abs. 3 BörsG formuliert, so dass die gesamte Aufsicht im Kapitalmarktrecht ausschließlich im öffentlichen Interesse erfolgt. Die Rspr. (vgl. zuletzt zu § 4 Abs. 4 FinDAG OLG Frankfurt BeckRS 2020, 8916; zu § 4 Abs. 2 WpÜG OLG Frankfurt NZG 2020, 116 (118); zu § 3 Abs. 3 BörsG VGH Mannheim BeckRS 2020, 6368) hat dies wiederholt bekräftigt.

¹⁹ OLG Frankfurt BeckRS 2020, 8916.

²⁰ OLG Frankfurt BeckRS 2020, 8916; Buck-Heeb, Kapitalmarktrecht, 10. Aufl. (2019), § 18 Rn. 1238 f.; Hippeli, Kapitalmarktrecht (2020), S. 21.

²¹ Vgl. Döhmel, in: Assmann/Pötzsch/Schneider, WpÜG, 3. Aufl. (2019), § 4 Rn. 26 f.; Langenbacher, Aktien- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl. (2018), § 15 Rn. 95.

²² BGH NJW 2005, 742 (744); OLG Frankfurt BeckRS 2020, 8916.

der Umlage der beaufsichtigten Institute iSd. §§ 13 ff. FinDAG finanziert.²³ Wäre der Radius von § 4 Abs. 4 FinDAG weiter, würden letztlich die beaufsichtigten Institute für sämtliche Fehler auf Ebene der BaFin haften, was sicherlich am der Staatshaftung zugrundeliegenden Verursacherprinzip vorbeiginge und die Grenzen der Verhältnismäßigkeit sprengen würde.²⁴

cc) § 4 Abs. 4 FinDAG partiell überlagert?

Zu diskutieren ist allerdings, ob das Bilanzkontrollgesetz von 2004 als Primärgrundlage der heutigen §§ 106 ff. WpHG gegenüber § 4 Abs. 4 FinDAG als das spätere und speziellere Gesetz im Bereich der Bilanzkontrolle Abweichendes regeln sollte und einen Drittschutz bezweckt hat. Ziel des Bilanzkontrollgesetzes war es nach entsprechenden Skandalen in der Vergangenheit, das Vertrauen der Anleger in die Richtigkeit von Unternehmensabschlüssen und damit in den Kapitalmarkt wiederherzustellen und nachhaltig zu stärken.²⁵ Dieser Anlegerschutz sollte nach dem Willen des Gesetzgebers indes keinerlei individuelle Rechtsposition jenseits des § 4 Abs. 4 FinDAG begründen.²⁶ Damit scheidet auch hiernach die Drittbezogenheit der entsprechenden Amtspflicht aus.

dd) § 4 Abs. 4 FinDAG verfassungsgemäß?

Schließlich könnte noch daran zu denken sein, ob § 4 Abs. 4 FinDAG überhaupt verfassungsgemäß ist. Schließlich wird Anlegern die Möglichkeit genommen, den auf Fehlern bei der Aufsichtstätigkeit beruhenden merkantilen Minderwert ihrer Aktien als kausalen Schaden im Rahmen von Amtshaftung gelten zu machen. In Rede steht also zumindest ein nicht gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 GG. Eine entsprechende Eigentumsschutzpflicht des Staates in Form von behördlichem Handeln existiert allerdings nicht.²⁷

b) Zwischenergebnis

Insgesamt stellt die Aufsichtstätigkeit der BaFin auch im Bereich der Bilanzkontrolle daher keine drittbezogene Amtspflicht dar.

Ein Anspruch des A aus Amtshaftung iSd. § 839 Abs. 1 BGB iVm. Art. 34 GG gegen die BaFin scheidet somit mangels einer drittbezogenen Amtspflicht aus.

III. Sonderfall: Amtsmisbrauch

Fraglich ist, ob nicht womöglich trotzdem ein Amtshaftungsanspruch gegen die BaFin bestehen kann. Schließlich kann unter dem Gesichtspunkt eines Amtsmisbrauchs ausnahmsweise auch dann ein Amtshaftungsanspruch bestehen, sofern an sich nur Amtspflichten gegenüber der Allgemeinheit zu erfüllen sind.²⁸

Hinweis

Dies ist der eigentliche „Knackpunkt“ eines Vorgehens gegen die BaFin. Mittlerweile liegt laut Medienberichten die erste Amtshaftungsklage gegen die BaFin vor, welche

einen Amtsmisbrauch behauptet, um § 4 Abs. 4 FinDAG überwinden zu können.

Ein solcher Amtsmisbrauch bedeutet eine Amtsausübung, die Treu und Glauben und guter Sitte widerspricht, insbesondere dann, wenn die Tatbestandsmerkmale des § 826 BGB zu bejahen sind oder aber eine Straftat erfüllt ist.²⁹ Weiterhin ist es möglich, dass ein Amtsmisbrauch auch bei (grob) fahrlässigem Verhalten vorliegt.³⁰ Grundlegende Voraussetzung ist aber jedenfalls stets, dass ein Amtsträger bewusst unter Missbrauch seiner Amtsstellung seine Befugnisse überschreitet und dadurch Dritten Schaden zufügt.³¹

Daran gemessen ergeben sich keinerlei Anhaltspunkte dahingehend, dass Bedienstete der BaFin im Zusammenhang mit der Bilanzkontrolle bei der Wirecard AG Amtsmisbrauch begangen haben.

IV. Ergebnis

Im Ergebnis muss ein Amtshaftungsanspruch gegen die BaFin im vorliegenden Fall insgesamt verneint werden.

B) Anspruch des A wegen enteignungsgleichem Eingriff

Ferner kommt ein Anspruch des A wegen eines enteignungsgleichen Eingriffs in Betracht.

Dann müsste durch ein öffentlich-rechtliches Handeln unmittelbar und rechtswidrig in das Eigentum des Anspruchstellers eingegriffen worden sein, was zu einem Sonderopfer auf dessen Seite geführt hat.³² Auf ein Verschulden wie bei einem Amtshaftungsanspruch kommt es beim enteignungsgleichen Anspruch jedoch nicht an.³³ Problematisch ist aber vorliegend, dass wenn man mit den Kursstürzen der Wirecard-Aktie überhaupt einen Eingriff von staatlicher Seite durch Aufsichtsfehler annehmen wollte, dieser etwaige Eingriff zumindest nicht als unmittelbar anzusehen ist. Ein unmittelbarer Eingriff liegt schließlich nur vor, wenn der Eingriff zu Eigentumsbeeinträchtigungen geführt hat, die für die konkrete Betätigung der Hoheitsgewalt typisch sind³⁴, so dass zufällige Begleiterscheinungen ausscheiden. Eine fehlerhafte Aufsichtstätigkeit einer Behörde ist aber jedenfalls nicht als unmittelbarer Eingriff zu betrachten. Somit hat A auch keinen Anspruch gegen die BaFin wegen eines enteignungsgleichen Eingriffs.

C) Anspruch des A wegen gemeinschaftsrechtlichem Staatshaftungsanspruch

Weiterhin könnte ein gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch des A gegen die BaFin gegeben sein.

Die europarechtliche Dimension rührt daher, dass die erweiterte Kontrolle auch der Halbjahresberichte seit 2007 auf der Transparenzrichtlinie 2004/109/EG beruht. Nach Art. 24 Abs. 1 dieser Richtlinie haben die national zuständigen Behörden sicherzu-

²³ BVerfG NVwZ 2016, 606 ff.; BVerwG NVwZ 2012, 763 ff.

²⁴ BVerfG NVwZ 2010, 35 (37 f.); VG Frankfurt BeckRS 2010, 56256.

²⁵ BT-Drs. 15/3421, S. 11.

²⁶ BT-Drs. 15/3421, S. 17.

²⁷ BGH NJW 2005, 742 (745 f.); dazu Binder, WM 2005, 1781 (1785).

²⁸ Vgl. BGH NJW 2005, 742 (746); BGH NJW-RR 2005, 1406 (1407); Zimmerling, in: jurisPK-BGB, 9. Aufl. (2020), § 839 Rn. 85.

²⁹ BGH NJW 1984, 2216 (2218); Geigel/Brodöfel, Haftpflichtprozess, 28. Aufl. (2020), Kap. 20 Rn. 36.

³⁰ OLG Hamm VersR 2010, 535; Hager, in: Staudinger, BGB (2013), § 839 Rn. 172; Geigel/Brodöfel, Haftpflichtprozess, 28. Aufl. (2020), Kap. 20 Rn. 36.

³¹ BVerfG BeckRS 2015, 56448; BVerwG BKR 2012, 74 (77); Hager, in: Staudinger, BGB (2013), § 839 Rn. 172.

³² Vgl. Detterbeck, JuS 2003, 1003 (1005); Sauer, JuS 2012, 695 (697).

³³ Axer, in: Epping/Hillgruber, GG, 3. Aufl. (2020), Art. 14 Rn. 135; Sauer, JuS 2012, 695 (697).

³⁴ Papier/Shirvani, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2020), § 839 Rn. 48; Detterbeck, JuS 2002, 127 (129).

stellen, dass die aufgrund dieser Richtlinie erlassenen Bestimmungen angewandt werden. So muss die national zuständige Behörde nach Art. 24 Abs. 4 lit. a) dieser Richtlinie etwa die Befugnis erhalten, von Abschlussprüfern und kontrollierenden Personen, die Vorlage von Informationen und Dokumenten verlangen zu können. Zudem hat die national zuständige Behörde nach Art. 24 Abs. 4 lit. a) dieser Richtlinie die Befugnis zu erhalten, zu prüfen, ob die Informationen im Sinne dieser Richtlinie den einschlägigen Anforderungen an die Berichterstattung entsprechen und im Falle aufgedeckter Verstöße die geeigneten Maßnahmen zu ergreifen.

Dann müssten aber auch folgende Haftungsvoraussetzungen vorliegen: ein mitgliedstaatlicher Verstoß gegen Unionsrecht; ein Verstoß gerade gegen eine Norm, welche die Verleihung subjektiver Rechte bezweckt; die Bestimmbarkeit der subjektiven Rechte auf der Grundlage der verletzten Norm; ein hinreichend qualifizierter Normverstoß und die Kausalität zwischen dem Normverstoß und dem eingetretenen Schaden.³⁵

Insoweit stellt sich das zuvor gleichlaufende Problem, dass die Staatshaftung wegen Verletzung einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts der Rechtsprechung des EuGH nach nur dann begründet werden kann, wenn u.a. die verletzte Rechtsnorm bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen.³⁶ Dies kann allerdings jenseits der rein nationalen Vorschrift des § 4 Abs. 4 FinDAG auch nicht aus den Richtlinienbestimmungen der Transparenzrichtlinie zur u.a. Bilanzkontrolle herausgelesen werden. Insbesondere wurde die mehrfach adaptierte Transparenzrichtlinie stets in nationale Gesetze umgesetzt und war damit auch nicht zeitwillig unmittelbar anwendbar, woraus dann unmittelbare Rechte Einzelner entstanden sein könnten. Zudem hat es der nationale Gesetzgeber auch nicht unterlassen, der BaFin hinreichend wirksame Befugnisse zur Bilanzkontrolle zuzugestehen. Von den bestehenden Befugnissen der §§ 107, 108 WpHG ist lediglich nicht ordnungsgemäß Gebrauch gemacht worden.

Damit steht A gegen die BaFin auch kein gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch zu.

D) Gesamtergebnis

A hat gegen die BaFin keinerlei staatshaftungsrechtliche Ansprüche.

Er ist darauf verwiesen, gegen die in der Vergangenheit vollumfänglich testierenden Abschlussprüfer (sowie gegen die verantwortlichen Organmitglieder der Wirecard AG und deren D&O-Versicherung) vorzugehen. Zudem kann er erwägen, gegen die insolvente Wirecard AG zu klagen, wobei nach einer Anmeldung seiner Forderung zur Insolvenztabelle allerdings nur mit einer marginalen quotalen Befriedigung seiner Forderungen gerechnet werden kann.

► Inhaltsverzeichnis



³⁵ Vgl. etwa *Frenz/Götzkes*, JA 2009, 759 ff.

³⁶ *EuGH NJW 1996*, 1267 ff.; *EuGH NJW 1996*, 3141 ff.; *EuGH NJW 2004*, 3479 (3481).

KLAUSUR – ÖFFENTLICHES RECHT

Prof. Dr. Claudius Petzold*

„Kleingeister“ Assessorexamen – Behördenklausur

Aktenauszug

Hinweis

Der Fall beruht auf einem tatsächlichen Gerichtsverfahren am LG Frankfurt, das über Ereignisse in einen Zeitraum von 1944 bis 2019 urteilen musste. Der Sachverhalt umfasst zahlreiche Themenbereiche wie Homosexualität, sexuelle Gewalt, konservative Selbstbilder, Dienstvergehen und den Umfang der Forschungsfreiheit. In einem ungewöhnlichen Verwaltungsverfahren müssen die Bearbeiter Kenntnisse aus dem Zivilrecht, über Grundrechte sowie über wissenschaftliche Methodik anwenden. Typisch für solche „Schockaufgaben“ gibt der Aktenauszug ausreichend Lösungshinweise für die Bearbeitung.



Universität X

Vertrauliche Personalsache:

Disziplinarverfügung gegen Prof. Anselm Hannich, PersNr.: 54388/06

Vfg.

1. Vermerk

Gegen Prof. Anselm Hannich leite ich nach §§ 17 ff Landesdisziplinargesetz Schleswig-Holstein (LDG) das Disziplinarverfahren ein.

Begründung:

Prof. Hannich wird ein Verstoß gegen die Grundsätze ordnungsgemäßen wissenschaftlichen Arbeitens sowie gegen das Persönlichkeitsrecht einer Beteiligten vorgeworfen.

Grundlage ist der Bericht im „Magazin“ vom 12. September 2020 mit dem Titel „Landgericht Kiel hindert moderne Forschung“ sowie die dort zitierte Gerichtsentscheidung des LG Kiel. Das LG Kiel hat Prof. Hannich im Zusammenhang mit seiner Forschungstätigkeit zu einer Unterlassungserklärung verurteilt, das Urteil vom 25. Juni 2020 ist in BeckRS 2020/XXX veröffentlicht. Nach der Entscheidung des LG Kiel wurde das postmortale Persönlichkeitsrecht der M durch Forschungsaufsätze und Vortragstätigkeiten verletzt. Durch die einseitige Interpretation der Tatsachen und fehlende Anonymisierung hat Prof. Hannich gleichzeitig gegen wissenschaftliche Standards verstoßen.

Prof. Hannich ist damit eines Dienstvergehens iSd. § 47 I LSD iVm. § 34 S. 3 Beamtenstatusgesetz hinreichend verdächtig. Es handelt sich um ein innerdienstliches Vergehen. Als Ermittlungsführer wird Herr Dr. Bell, Rechtsabteilung, bestellt.

Anlagen:

- Bericht des „Magazins“ vom 12. September 2020, „Landgericht Kiel hindert moderne Forschung“

– Kopie BeckRS 2020/XXX

2. Durchschrift von 1. nebst Anlagen an den Beamten mit Anschreiben lt. Entwurf

3. Anforderung der Akten vom Landgericht Kiel

4. Mitteilung an das Ministerium für Wissenschaft, Bildung und Kultur, Abteilung III-5



Universität X

Gegen Empfangsbekanntnis

Herr Prof. Anselm Hannich
Albrechtsweg 3
24105 Kiel

Bearbeitet von
Frau X

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom
[...]

Mein Zeichen (Bei Antwort angeben)
Az.: 23/20

Durchwahl
[...]

Kiel
7. Januar 2021

Vertrauliche Personalsache

Disziplinarverfügung gegen Prof. Hannich, Anselm, PersNr.: 54388/06

Sehr geehrter Herr Prof. Hannich,

mit Verfügung vom 7. Januar 2021 habe ich gegen Sie ein Disziplinarverfahren nach §§ 17 ff Landesdisziplinargesetz Schleswig-Holstein (LDG) eingeleitet und übersende Ihnen eine Kopie der Einleitungsverfügung. Als Ermittlungsführer wird Herr Dr. Bell aus der Rechtsabteilung tätig.

Ich weise Sie nach § 20 I LDG darauf hin, dass es Ihnen freisteht, sich mündlich oder schriftlich zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen und sich jederzeit einer Bevollmächtigten oder eines Bevollmächtigten oder Beistands zu bedienen.

Sollten Sie sich für eine schriftliche Stellungnahme entscheiden, setze ich eine Frist von einem Monat. Wenn Sie sich mündlich äußern wollen, teilen Sie mir dies innerhalb von zwei Wochen mit (§ 20 II LDG). Bei zwingenden Gründen, die Sie an der Abgabe einer Erklärung hindern, teilen Sie mir diese unverzüglich mit.

In der Anlage erhalten Sie eine Kopie des „Magazins“ vom 12. September 2020 mit dem Titel „Landgericht Kiel hindert moderne Forschung“.

Mit freundlichen Grüßen

im Auftrage

×

[Amtsbezeichnung, Unterschrift]

Anlage

Prof. Anselm Hannich
Albrechtsweg 3
24105 Kiel

Universität X
24105 Kiel

Kiel, 8. Februar 2021

Betr.: Disziplinarverfahren (Az.: 23/20)

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit widerspreche ich der Einleitung eines Verfahrens.

Die Universität verkennt, dass das – unzutreffende – Urteil nicht meine Forschungsarbeit, sondern nur meine privaten Vorträge zu dem Forschungsthema an verschiedenen Institutionen betrifft. Ich war also nur gezwungen, eine Unterlassungserklärung für die Vorträge, nicht für meine universitäre Forschung abzugeben. In den Gedenkstätten wird meine Arbeit durchaus geschätzt. Ich protestiere strikt, dass ein Urteil eines Zivilgerichts, das keine Ahnung von dem Thema hat, in dieses Verfahren einbezogen wird. Außerdem habe ich nur teilweise verloren.

Ein wissenschaftliches Fehlverhalten liegt nicht vor. Mein Forschungsgebiet sind queere Beziehungen und Homophobie in der Zeit des Nationalsozialismus. Ich lege dar, dass schon damals unter den Häftlingen queere Beziehungen bestanden haben, die allerdings von anderen Mithäftlingen stark abgelehnt wurden. Ich wähle hierfür einen alternativen Forschungsansatz. Schon um den Vorwurf der Fälschung zu vermeiden, gebe ich den Opfern einen Namen und ein Gesicht. Diese alternative Forschung ist eine selten verwendete Methode im Gegensatz zur üblichen Anonymisierung. Regelmäßig erhalte ich Forschungsmittel und –preise für meinen Ansatz. Die heutige Gesellschaft und die Gerichte sind noch nicht bereit, sich neuen Wegen und Forschungsansätzen zu eröffnen, und verharren bei ihren heteronormativen Vorstellungen. Die Betrachtung einer Beziehung als lesbisch oder queer ist in modernen Zeiten nicht ehrenrührig, das Gegenteil wäre diskriminierend. In einem Lager war die M in einer lesbischen Beziehung mit der K, diese Beziehung wurde von den anderen Häftlingen sehr kritisch gesehen. Ja, M war wohl etwas altmodisch und wollte nicht ihren Klarnamen genannt haben. Jetzt möchte die Tochter der M als Klägerin das angebliche Selbstbild ihrer toten Mutter schützen. Wie ich meine Forschungen interpretiere, geht niemanden etwas an. Die frühere Beziehung zu einem männlichen Häftlingsfunktionär hatte M nie bestritten, außerdem ist M schon tot. Mir ist da schon eine Unachtsamkeit bei der M unterlaufen. M verlangte eine Anonymisierung, die ich nicht wirklich einsah, ich habe sie dann versehentlich doch namentlich genannt.

Das Verfahren ist unfair. Der Name derjenigen Person, die dieses Verfahrens in Gang gesetzt hat, ist mir unbekannt. Ich fordere daher Auskunft über den Namen des Informanten.

Mit freundlichen Grüßen

Hannich

Aktennotiz für Referendar Steingarten:

Das LG Kiel hat am 15. April 2021 die Akten unter dem Az. {10 O XXX/19} mit dem rechtskräftigen Urteil vom 25. Juni 2020 übermittelt. Geben Sie mir bitte eine Zusammenfassung der Tatsachen und der Rechtslage.

Aktennotiz für Ermittlungsführer Bell

Die damals 20jährige M war in einem Außenlager des KZ F mit ihrer gesundheitlich angeschlagenen Mutter seit 1944 inhaftiert. In einem früheren Lager hatte sie eine Beziehung mit einem Häftlingsfunktionär, der sie mit Lebensmitteln und Kleidung versorgte, dadurch ihr Leben erleichterte. Im neuen Außenlager verliebte sich die Aufseherin K in sie. Auch K versorgte M mit Lebensmitteln. M wurde von den Häftlingen als sehr attraktiv beschrieben. Beide wurden von anderen Häftlingen beobachtet, wie sie zusammen saßen. Es kam zu Kontakten zwischen beiden und Besuchen in der Baracke. M lehnte diese Kontakte nicht ab. Sexuelle Handlungen oder physische Kontakte sind nicht belegt, offizielle Zeugenaussagen benennen nur die Vorliebe der K für M. Einige Zeugen machen so kleinere Andeutungen, legen sich aber nicht fest. M verließ 1951 Deutschland, heiratete einen Mann und bekam Kinder. 2016 verstarb sie.

Prof. Hannich forscht zum Thema queere Beziehungen. Er hat seit 2015 fünf Aufsätze in Fachzeitschriften dazu veröffentlicht, in denen er diesen Vorfall unter Namensnennung thematisierte (2015 und 2016 Zeitschrift T für Moderne Geschichte, jeweils 2017, 7/2019 und 10/2019 in der Fachzeitschrift X). Hier diskutierte er den Begriff „lesbische Beziehung“ und verwies darauf, dass keine endgültigen Beweise bestehen würden. Eine Liste der Aufsätze füge ich bei. In mindestens sechs Vorträgen zwischen 2016 und 2019 (täglich vom 3.12.2016 - 6.12.2016 in der Gedenkstätte zum KZ F, 5.3.2019 an der Volkshochschule Kiel, 24.8.2019 Vortragsreihe des Vereins „Erinnerung“, 1.10.2019 Vortragsreihe des Vereins „Erinnerung“) behauptete er bereits in den Vortragsankündigungen, dass die „lesbische Beziehung zwischen M und K von anderen Häftlingen verabscheut“ wurde. Dabei nannte er den vollen Namen der M. Die Tochter der M, die ihn Ende 2019 verklagte, hat immer wieder gesagt, dass ihre Mutter den LGBT kritisch gegenüber stand. M soll ihrer Tochter auch gesagt haben, „irgendeine Aufseherin mochte mich damals, ich konnte so überleben, aber Sex war nie. Geliebt habe ich sie nicht“. M hatte 2015 Prof. Hannich schriftlich mitgeteilt, dass sie eine Nennung ihres Namens in diesem Zusammenhang nicht wünscht.

Ich habe noch im Internet recherchiert, weitere Quellen bestätigen die vom Gericht festgestellten Tatsachen. In den Ankündigungen im Internet für die gut besuchten Vorträge unter seinem Namen und Nennung der Fakultät benannte er die M namentlich, siehe Anlage 2.

Das Gericht nimmt eine umfassende Wertung des postmortalen Persönlichkeitsrechts vor, auch mit Blick auf den Zeitablauf und das Forschungsinteresse des Herrn Prof. Hannich. Das Gericht hat sich nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob die M lesbisch war oder ob eine Beziehung bestand. Zusammengefasst kommt das Gericht zum Schluss, dass die Ankündigungen in den Vorträgen zu tief in die Intim-/Privatsphäre der M gehen und deren Selbstbild betreffen, damit in das postmortale Persönlichkeitsrecht nach Art. 1 GG eingreifen. Mit der Benennung der M in Forschungsarbeiten hatte es kein Problem, weil in den Aufsätzen das Vorhandensein einer lesbischen Beziehung kritischer thematisiert und nicht unwiderleglich behauptet wurde. Offenkundig wurde keine Berufung eingelegt. Allerdings war aus einem Schriftsatz zu erkennen, dass die Tochter sehr über den Begriff Beziehung aufgeregt war. Sie meinte, wie „dumm ein Professor sein könne, aus einem Zwang unter diesen unmenschlichen, lebensgefährlichen Umständen eine sexuelle Beziehung in einer Massenbaracke zu konstruieren.“ Es gab auch nie einen Beweis, dass es zu sexueller Handlung kam.

Auf eine Kontaktaufnahme mit dem Magazin habe ich verzichtet.

Steingarten

Anlage 1: Liste mit Aufsätzen und Kopien der Passagen [vom Abdruck wird abgesehen]

Anlage 2: Liste mit Vortragsankündigungen [vom Abdruck wird abgesehen]

[Handschriftliche Notiz Bell]

Bzgl. Sachverhalt und weitere Recherche gute Arbeit, die Rechtswertungen des Gerichts haben Sie im Ergebnis zwar zutreffend, aber sehr ungenau wieder gegeben.



Rechtsanwalt Kimmlich

RA Kimmlich [Adresse]

Universität X
24105 Kiel

Rechtsanwalt Kimmlich
Manichstraße • 15 24105 Kiel

Telefon: [...]

Telefax: [...]

E-Mail: [...]

Mein Zeichen: [...]

Datum: 03.03.2021

Disziplinarverfahren gegen Anselm Hannich (Az.: 23/20)

Sehr geehrter Herr Dr. Bell,

in o.g. Angelegenheit zeige ich unter Vollmachtsvorlage die Vertretung von Herrn Prof. Hannich, Albrechtsweg 3, 2405 Kiel an. Ich weise darauf hin, dass es sich um eine außerdienstliche Tätigkeit handelt, die nur dann disziplinarrechtlich geahndet werden kann, wenn das Fehlverhalten auf den Dienstherrn zurückfällt. Dies kann bei einer fragwürdigen zivilrechtlichen Entscheidung zu privaten Vorträgen kaum der Fall sein. Das Verhalten hat keinerlei Dienstbezug, da es außerhalb der Universität stattfand.

Zudem liegen die Handlungen, die ein Dienstvergehen begründen sollen, teils Jahre zurück. Mit dem Zeitungsartikel hat mein Mandant nichts zu tun.

Mit freundlichen Grüßen

Kimmlich

Anlage: Vollmacht [vom Abdruck wird abgesehen]

Vermerk für die Bearbeitung

Fertigen Sie einen Ermittlungsbericht an, der den Gang der Ermittlungen (einschließlich des Verfahrensablaufes), Sachverhalt und die disziplinarrechtliche Würdigung zu enthalten hat. Zur Person des Beamten muss nicht Stellung genommen werden. Soweit angesprochene Rechtsfragen nicht im Ermittlungsbericht aufzunehmen sind, ist dazu eine Aktennotiz anzufertigen. Treffen Sie eine Verfügung zum weiteren Verfahrensgang. Die interne Zuständigkeit der Behörden, die Anwendbarkeit des LDG und HSG sowie eventuelle Vorermittlungen sind zu unterstellen. Das LG Frankfurt traf tatsächlich 2020 eine Entscheidung über den zugrunde liegenden Sachverhalt.¹

¹ LG Frankfurt GRUR-RS 2020, 11898 = GRUR-Prax 2020, 382 mit Anm. Lauber-Rönsberg.

Gliederung

Hinweis

Dieser Aufbau konnte der Aufgabenstellung entnommen werden. Letztlich ist er nur eine Abwandlung der typischen Trennung zwischen Sachverhalt und Rechtswertung.

A) Ermittlungsbericht

- I. Gang der Ermittlungen
- II. Zur Person des Beamten {erlassen}
- III. Sachverhalt
- IV. Disziplinarrechtliche Würdigung

1. Zeitablauf
2. Abgrenzung inner- und außerdienstliches Verhalten
3. Verstoß gegen das postmortale Persönlichkeitsrecht
4. Verstoß gegen die Grundsätze wissenschaftlichen Arbeitens

- a) Abgrenzung zu den Feststellungen im Urteil
- b) Fehlerhafte Methodik
 - aa) Grundsatz
 - bb) Tatsachen und Bewertung
 - cc) Ungerechtfertigte Schlussfolgerung
- c) Fehlende Anonymisierung
- d) Kenntnis der Fehlerhaftigkeit

B) Aktenvermerk und weiteres Vorgehen

- I. Auslegung des Antrags/Sonstiges
- II. Entwurf Verfügung

C) Schlussbemerkungen

Lösung

A) Ermittlungsbericht

I. Gang der Ermittlungen

Mit Verfügung vom 7. Januar 2021 wurde gegen den Beamten durch die Universität X ein Disziplinarverfahren nach §§ 17 ff Landesdisziplinalgesetz Schleswig-Holstein (LDG) eingeleitet, eine Kopie der Einleitungsverfügung nebst der erforderlichen Belehrungen übermittelt und gleichzeitig Gelegenheit zur Stellungnahme unter Fristsetzung gegeben. Als Ermittlungsführer wurde Herr Dr. Bell, Rechtsabteilung der Universität, bestellt. Dem Beamten wurde in der Einleitungsverfügung der Vorwurf gemacht, durch Veröffentlichungen in Fachzeitschriften und Vortragsankündigungen das Persönlichkeitsrecht der M dadurch verletzt zu haben, dass er eine lesbische Beziehung zwischen ihr und der Aufseherin im Außenlager des KZ F behauptet habe. Gleichzeitig wurde ihm eine Verletzung der korrekten wissenschaftlichen Arbeitsmethodik vorgeworfen. Am 8. Februar ging die Stellungnahme des Beamten ein. In diesem Schreiben widerspricht er wissenschaftlichem Fehlverhalten, seine Methodik sei akzeptiert. Das Urteil des LG Kiel basiere auf althergebrachten Vorstellungen, in der Bezeichnung als „queer“ oder „lesbisch“ liege kein verachtende Bewertung. Gleichzeitig forderte er, den Initiator des Verfahrens zu benennen. Mit Schreiben vom 3. März 2021 verwies der Bevollmächtigte Rechtsanwalt Kimmich auf die Einordnung als außerdienstliches Fehlverhalten und den langen Zeitablauf.

Die vom Ermittlungsführer angeforderten Akten vom LG Kiel (Az. 10 O XXX/19) wurden am 15. April 2021 übersendet. Die Gerichtsakte enthält ein ausführliches Urteil mit Tatsachenfeststellungen.

Eine Recherche in den Forschungsdatenbanken ergab fünf Forschungsaufsätze zwischen 2015 und 2019, in denen der Beamte auf den Fall der M Bezug nahm. Die Liste mit den Aufsätzen und Kopien der Passagen ist als Anlage 1 angefügt. Des Weiteren ergab die Recherche Ankündigungen von sechs Vorträgen zwischen 2016-2019, in denen er behauptete, dass die „lesbische Beziehung zwischen M und K von anderen Häftlingen verabscheut wurde“. (Anlage 2)

Weitere Beweise wurde nicht erhoben. Die tatsächlichen Angaben im Urteil des LG Kiel wurden übernommen. Diese Möglichkeit ergibt sich aus § 24 Abs. 1 Nr. 2 LDG, wonach als erforderliche Beweise Urkunden und Akten, also auch Gerichtsakten, beigezogen werden können. Nach § 22 Abs. 2 S. 2 LDG können die in einem anderen gesetzlich geordneten Verfahren (also einem Zivilverfahren) getroffenen tatsächlichen Feststellungen der Entscheidung im Disziplinarverfahren ohne nochmalige Prüfung zu Grunde gelegt werden.

II. Zur Person des Beamten {erlassen}

III. Sachverhalt

Der Beamte forschte zu folgendem Sachverhalt: Die damals 20jährige M war in einem Außenlager des KZ F mit ihrer gesundheitlich angeschlagenen Mutter seit 1944 inhaftiert. Im Lager

* Der Autor ist Assistant Professor an der Fu Jen Catholic University in New Taipei City. Zusätzlich berät er als Counsel die Rechtsanwaltskanzlei Lin & Associates in Taipei.

zeigte die Aufseherin K ein persönliches Interesse an ihr. K versorgte M mit Lebensmitteln und Kleidung. Beide wurden von anderen Häftlingen beobachtet, wie sie zusammen saßen und sich trafen, wobei es zu Kontakten zwischen beiden und Besuche der K in der Baracke kam. Inwieweit es sich um eine Beziehung, sexuelle Kontakte oder Freiwilligkeit seitens der M handelt, ist nicht mehr aufklärbar. Offizielle Zeugenaussagen benennen nur die Vorliebe der K für M. M verließ 1951 Deutschland, heiratete einen Mann und bekam Kinder. Gegenüber ihrer Tochter äußerte sie, dass es eine Aufseherin gegeben habe, die sie gemocht hatte. 2015 verstarb M.

Der Beamte hat zu dem Forschungsthema „Queere Beziehungen in Konzentrationslagern“ fünf Aufsätze in Fachzeitschriften veröffentlicht, in denen er diesem Vorfall unter Namensnennung thematisierte (2015 und 2016 Zeitschrift T für Moderne Geschichte, jeweils 2017, 7/2019 und 10/2019 in der Fachzeitschrift X). Darin erörterte er den Begriff „lesbische Beziehung“ und verwies darauf, dass keine endgültigen Beweise bestehen würden und die Tatsachenlage widersprüchlich sei.

In mindestens sechs Vorträgen zwischen 2016-2019 (täglich vom 3.12.2016 - 6.12.2016 in der Gedenkstätte zum KZ F, 5.3.2019 an der Volkshochschule Kiel, 24.8.2019 Vortragsreihe des Vereins „Erinnerung“, 1.10.2019 Vortragsreihe des Vereins „Erinnerung“) behauptete er, dass die „lesbische Beziehung zwischen M und K von anderen Häftlingen verabscheut“ wurde, er nannte auch hier den vollen Namen der M. Diese Behauptung fand sich auch in den Ankündigungen. M hat bei einer früheren Kontaktaufnahme 2015 dem Beamten mitgeteilt, dass sie eine namentliche Nennung nicht wünscht.

Die Tochter der M erhob 2019 Unterlassungsklage gegen den Beamten am LG Kiel. Sie hat vorgetragen, dass ihre Mutter der LGBT-Bewegung kritisch gegenüberstehe. Sie soll nach ihrer Tochter auch gesagt haben, „irgendeine Aufseherin mochte mich damals, ich konnte so überleben, aber Sex war nie. Geliebt habe ich sie nicht“. Diese Klage war insofern erfolgreich, dass dem Beamten mit Urteil vom 25. Juni 2020 untersagt wurde, in den Vortragsankündigungen unter voller Namensnennung eine lesbische Beziehung zwischen M und K zu behaupten. Soweit der Beamte in Aufsätzen klarstellte, dass eine lesbische Beziehung nicht erwiesen sei, wurde die Klage abgewiesen. Das LG Kiel sieht in den Ankündigungen in den Vorträgen mit der Behauptung einer lesbischen Beziehung einen Eingriff in das post-mortale Persönlichkeitsrecht. Das Urteil ist rechtskräftig.

IV. Disziplinarrechtliche Würdigung

Durch die Behauptung einer lesbischen Beziehung unter namentlicher Nennung der M in den Vortragsankündigungen sowie durch fehlende Anonymisierung in Aufsätzen hat der Beamte eine innerdienstliche Pflichtverletzung begangen.

1. Zeitablauf

Der bisherige Zeitablauf hindert nicht die Einleitung eines Verfahrens. Nach § 15 Abs. 1 LDG darf kein Verweis mehr ausgesprochen werden, wenn seit der Vollendung eines Dienstvergehens mehr als zwei Jahre vergangen sind. Für die Verhängung einer Geldbuße oder die Kürzung der Dienstbezüge gilt eine Frist von drei Jahren. Die sechs Vorträge und fünf Forschungsaufsätze sind als ein einheitliches Vergehen zu sehen, das erst am 1. Oktober 2019 beendet wurde, sodass es sich um einen einheitlichen Dienstverstoß im Zeitraum von 2015 bis 2019 handelt. Es gilt das Prinzip der Einheit des Dienstvergehens, das die Einzelbewertung einer Verletzung verbietet.¹ Die Frist beginnt bei einem aus mehreren Pflichtverletzungen bestehenden Dienstvergehen mit Vollendung der zeitlich letzten Pflichtverletzung, denn erst zu diesem Zeitpunkt ist das Dienstvergehen vollendet.² Damit ist aus vorläufiger Bewertung noch nicht der Zeitablauf eingetreten, selbst wenn nur ein Verweis ausgesprochen werden sollte.

Hinweis

Dieses Wissen konnte von den Bearbeitern nicht erwartet werden. Die Verfasser, die auf die Einzelmaßnahmen abstellten, mussten dann folgerichtig die Bearbeitung auf die Vorträge und Aufsätze 2019 begrenzen.

2. Abgrenzung inner- und außerdienstliches Verhalten

Das Fehlverhalten des Beamten ist sowohl bei den Fachveröffentlichungen als auch bei der Vortragstätigkeit als innerdienstlich zu qualifizieren. Die Forschung (verbunden mit Veröffentlichungen in Fachzeitschriften) ist neben der Lehrtätigkeit die Kernaufgabe eines Universitätslehrers (u.a. § 60 I HSG). Aber auch die Vortragstätigkeit betrifft den innerdienstlichen Bereich. Für die Abgrenzung kommt es nicht auf eine zufällige räumliche oder zeitliche Beziehung eines Verhaltens zur Dienstausübung, sondern auf den funktionalen Zusammenhang an.³ Das BVerwG nimmt dabei eine umfassende Abwägung der gesamten Umstände vor.⁴ Entscheidendes Abgrenzungsmerkmal ist, ob das Verhalten des Beamten formell in sein Amt oder materiell in die damit verbundene dienstliche Tätigkeit eingebunden war.⁵ Beispielsweise wird ein privat geschriebener Leserbrief eines Beamten, der zu innerdienstlichen Vorgängen Stellung nimmt, als innerdienstliches Verhalten bewertet.⁶ Der funktionale Zusammenhang ergibt sich anhand des äußeren Erscheinungsbildes, des Gesamtzusammenhangs, der konkreten Zielrichtung und der Motivationsgrundlage der vorgenommenen Handlung.⁷ Dieser funktionale Zusammenhang ist auch bei den Vorträgen gegeben. Wissenstransfer und Unterrichtung der Öffentlichkeit sind nach §§ 3 Abs. 10, 60 Abs. 1 S. 1 HSG Aufgaben der Universität und der Hochschullehrer. Wissenschaftsfreiheit als Kommunikationsgrundrecht umfasst auch die Kommunikation von Forschungsergebnissen in der Öffentlichkeit.⁸ Entscheidend ist, dass der Beamte unter Nennung seines Namens und der Hochschule selbst den Dienstbezug hergestellt hat. Zu-

¹ BVerwG NVwZ-RR 2019, 470 (473), Rn. 32; BVerwGE NVwZ-RR 2014, 356 (359), Rn. 37; Claussen/Schwandt, Das Disziplinarverfahren, 6. Aufl. (2010), Rn. 456; Reich, Beamtenstatusgesetz, 3. Aufl. (2018), § 47 Rn.12.

² BVerwG NVwZ-RR 2006, 45 (47); Claussen/Schwandt, Das Disziplinarverfahren, 6. Aufl. (2010), Rn. 456.

³ BVerwG NJW 2002, 155 (159); Thomsen, in: BeckOK BeamtenR Bund, 21. Ed. (2020), BBG § 77 Rn. 11.

⁴ BVerwG NJW 2002, 155 (159).

⁵ BVerwG BeckRS 2018, 24283, Rn. 21f; NJW 2002, 155, 159.

⁶ BVerwGE 33, 199 (201).

⁷ Ullrich, ZBR (2015), 73, 74.

⁸ Gärditz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 92. EL (2020), Art. 5 III, Rn. 11.

dem schaffen die Position als Hochschulprofessor und die Fachpublikationen erst die erforderliche Reputation für derartige Vorträge.

3. Verstoß gegen das postmortale Persönlichkeitsrecht

Der Beamte hat durch die Vortragsankündigungen das postmortale Persönlichkeitsrecht der M nach Art. 1 GG, also materielles Recht verletzt. Das Selbstbestimmungsrecht nach Art. 2 Abs. 1 GG wird von der Rechtsprechung auf Verstorbene nicht angewandt.⁹ Das postmortale Persönlichkeitsrecht beruht auf der Menschenwürde, deren Unantastbarkeit nicht mit dem Tod endet.¹⁰ Der Schutzbereich ist nicht so weitgehend wie beim Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 GG, sondern auf erhebliche Eingriffe beschränkt. Der Schutz des postmortalen Persönlichkeitsrechts umfasst nur grobe Verzerrungen des Lebensbildes, also Verletzungen des sittlichen, personalen und sozialen Geltungswerts, den eine Person im Laufe ihres Lebens erworben hat.¹¹ Das kann geschehen, wenn über die Persönlichkeit des Opfers unwahre Umstände vorgespiegelt oder Gegebenheiten verfälscht oder unterdrückt werden und dadurch ein Bild der Person erzeugt wird, das mit ihrem wahren Selbst nicht übereinstimmt.¹² Der Schutz kann nicht im Zuge einer Güterabwägung relativiert werden,¹³ aber entgegenstehende Rechtsgüter werden bei der Interpretation berücksichtigt.¹⁴ Die Konkretisierung des Würdeanspruchs lässt im Einzelfall Raum für die Berücksichtigung anderer Belange.¹⁵

Hinweis

Die Unantastbarkeit der Menschenwürde muss den Bearbeitern bekannt sein, sollten diese in das Schema der Interessenabwägung verfallen, sollte dieser Fehler mit Punktabzug sanktioniert werden. Allerdings verlangt die o.g. Berücksichtigung anderer Belange, ohne in eine Abwägung zu geraten, durchaus Sprachkünste. Formulierungsschwächen sollten nicht negativ bewertet werden.

Deswegen kann es hier offenbleiben, ob wirklich eine lesbische Beziehung bestanden hat, da diese nicht Entscheidungskriterium ist. Bei der Prüfung eines Eingriffs ist auch das öffentliche Interesse an einer Berichterstattung und die Rolle des Betroffenen zu berücksichtigen.¹⁶ Einerseits sind der Holocaust und queere Beziehungen beides Fachgebiete, die auf ein erhebliches Medienecho und Interesse der Bevölkerung stoßen, die jeweils bei der Beurteilung des Würdeanspruchs einzubeziehen sind. Eine moderne Forschung, die bisher übersehene Aspekte einbringt, kann neue Impulse setzen. Dagegen stehen die Wertvorstellungen und das Selbstbild der M, die schon zu Lebzeiten dem Bestehen einer lesbischen Beziehung widersprochen hat. Diese Beziehung ist umstritten, es bestehen keine unwiderruflichen Beweise für deren Existenz. Die heutige gesamtgesellschaftliche

Akzeptanz der Homosexualität kann nicht das eigene Lebensbild der M ersetzen. Wie der Beamte selbst berichtet, war die gesellschaftliche Gruppe der M kritischer, ein Verschweigen zum vermeintlichen Schutz des Rufes gesellschaftlich damals üblich. Die gesellschaftliche Toleranz gegenüber Homosexuellen verlangt nicht, dass sich die Einzelperson persönlich identifizieren muss. Das Lebensbild der M ist an ihren Maßstäben zu messen, die in ihrer Zeit gesetzt worden sind, nicht am Forschungsinteresse und Gesellschaftsbild des Beamten. Zudem wird die Forschung nicht erheblich beeinträchtigt, da der Beamte über den Fall weiterhin anonymisiert berichten kann.

Hinweis

Die Bearbeiter durften nicht auf Homophobie abstellen, mit der die Entscheidung nichts zu tun hat.

4. Verstoß gegen die Grundsätze wissenschaftlichen Arbeitens

Der Beamte hat durch die verzerrte Interpretation eines Sachverhalts gegen die Grundsätze wissenschaftlichen Arbeitens verstoßen, indem er in den Vortragsankündigungen ohne Abschwächung eine lesbische Beziehung zwischen M und K behauptet. Sowohl in den wissenschaftlichen Aufsätzen als auch in den Vorträgen hätte der Beamte anonymisieren müssen.

a) Abgrenzung zu den Feststellungen im Urteil

Wissenschaftliches Arbeiten muss über das materielle Recht hinaus auch ethische Grundsätze einhalten.¹⁷ Es geht nicht um die Unterscheidung zwischen guter und schlechter Forschung, deren Maßstäbe sich im Laufe der Zeit ändern. Nicht nur straf- oder zivilrechtlich sanktioniertes Verhalten, sondern auch Verstöße unterhalb dieser Schwelle können einen Pflichtverstoß darstellen.¹⁸ Dies hat die Folge, dass Verhaltensweisen, die nicht einen Unterlassungsanspruch nach §§ 1004, 823 BGB begründen, dennoch den Grundsätzen wissenschaftlicher Methodik widersprechen können und dass die Universität eine unabhängige Beurteilung der Forschungsmethodik vornehmen muss. Diese Schlussfolgerung ergibt sich aus der Regelung, wonach nur die Tatsachen in Zivilurteilen gemäß § 22 Abs. 2 LDG zugrunde gelegt werden dürfen. Vorträge für die breite Öffentlichkeit dürfen zwar Forschung vereinfachen, aber nicht fehlerhafte Ergebnisse zur besseren Vermittelbarkeit wieder geben.

b) Fehlerhafte Methodik

Der Beamte hat gegen die Regeln wissenschaftlicher Methodik verstoßen.

⁹ Di Fabio, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 92. EL (2020), Art. 2 Abs. 1, Rn. 226.

¹⁰ Rixecker, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. (2018), Anhang zu § 12. Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht (AllgPersönlR), Rn. 54.

¹¹ LG Frankfurt aM. GRUR-RS 2020, 11898, Rn. 42; BVerfG GRUR-RR 2008, 206 (207) - „Ehrensache“.

¹² Rixecker, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. (2018), Anhang zu § 12. Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht (AllgPersönlR), Rn. 108.

¹³ Herdegen, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 92. EL (2020), Art. 1 Abs. 1, Rn. 73.

¹⁴ BVerfG GRUR-RR 2008, 206 (207); Rixecker, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. (2018), Anhang zu § 12. Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht (AllgPersönlR), Rn. 108.

¹⁵ Herdegen, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 92. EL (2020), Art. 1 Abs. 1, Rn. 73.

¹⁶ LG Frankfurt aM. GRUR-RS 2020, 11898, Rn. 43.

¹⁷ Von Weschpfennig, Humboldt Forum Recht 6/2012, 83 (86) mwN.

¹⁸ BVerwG NJW 2002, 155 (157f): Das BVerwG prüft umfassend, ob der Beamte gegen die Pflichten nach § 54 S. 3, 52 I S.2 BBG verstoßen hat, nur in Verweisen zur Rechtsprechung des BGH nimmt es auf den strafrechtlichen Verstoß Bezug.

aa) Grundsatz

Wissenschaftliches Fehlverhalten ist ein Verstoß gegen die Regeln guter wissenschaftlicher Praxis. Gute wissenschaftliche Praxis leitet sich aus dem „Ethos der Wissenschaft“ ab.¹⁹ Wissenschaftliches Arbeiten und die Methodik unterliegen als unbestimmte Begriffe den jeweiligen fachlichen Standards. Beispiele für schwerwiegendes wissenschaftliches Fehlverhalten sind Falschangaben in Veröffentlichungen, Verfälschen von Daten, das Auswählen und Verschweigen unerwünschter Ergebnisse oder die verzerrte Interpretation von Ergebnissen und ungerechtfertigte Schlußfolgerungen.²⁰ Wissenschaftliche Methoden müssen daher auf Tatsachen basieren und eindeutige Schlüsse zulassen, zumindest müssen sie Zweifel oder mehrfache Interpretationsmöglichkeiten benennen. Ein umstrittener Sachverhalt muss auch als solcher gekennzeichnet sein.

bb) Tatsachen und Bewertung

Anders als die Beweislastregeln im Unterlassungsprozess nach §§ 823, 1004 BGB²¹ muss der Beamte seine Methodik offen legen. Die Wahrheitsfindung in Zivilprozessen mit einer Parteimaxime und wissenschaftliche Anforderungen unterscheiden sich. Die Erläuterung der Methodik und der Interpretationsweise ist fachlicher Mindeststandard, unbenannte Zeugenaussagen ohne Konkretisierung genügen nicht. Spekulationen und Unklarheiten dürfen nicht als Tatsache in den Vorträgen dargestellt werden,²² gerade wenn die Betroffene klar widerspricht.

Hinweis

In den Geistes- und Naturwissenschaften sind ausdrückliche Erörterungen der Methodik Standard.

cc) Ungerechtfertigte Schlussfolgerung

Der Schluss auf eine lesbische Beziehung zwischen M und K ist ungerechtfertigt, zumindest nicht zwingend. Zunächst ist schon die Bezeichnung als Beziehung sehr fragwürdig. Eine weitere Interpretationsmöglichkeit ist eine zwanghafte Bindung seitens der K – ob nun aufgrund direkter oder indirekter Bedrohung. Immerhin befand sich M in einem Konzentrationslager, das erhebliche gesundheitliche oder lebensbedrohliche Risiken durch Mangelernährung und Gewalt barg. Die Überlebenseaussichten waren gering, soweit sich Häftlinge nicht zusätzlich Essen besorgen konnten. M musste von Repressalien ausgehen, wenn sie die Avancen der K ablehnt. Eine freiwillige Beziehung unter den unhygienischen und menschenfeindlichen Bedingungen eines Konzentrationslagers, das zudem kaum Möglichkeiten der Privatheit durch Überfüllung zulässt, liegt im unteren Bereich der Wahrscheinlichkeit. Spätere Aussagen der M gegenüber den Kindern indizieren diese Bewertung. Das selbe gilt für die Einstufung als lesbische Orientierung. Die vorherige Beziehung mit dem Häftlingsfunktionär und das spätere Leben in einer heterosexuellen Familie deuten gerade auf Heterosexualität hin. Ebenso konnte die Verachtung durch andere Häftlinge auf der Fraternisierung der M mit einer Peinigerin, nicht auf einer unbewiesenen Homosexualität beruhen. Damit folgt auf der Basis

¹⁹ Von Weschpfennig, Humboldt Forum Recht 6/2012, 83 (86) mwN.

²⁰ Beispielsweise: Präsidium der Freien Universität Berlin, Ehrenkodex, Satzung zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis vom 16.12.2002, Ziffer 2.1.a).

²¹ OLG Hamburg GRUR-RS 2019, 414428, Rn. 32; Sajuntz, NJW 2021, 592 (594f). Im Zivilrechtsverfahren trägt der Anspruchsteller die Beweislast, dass die angegriffene Tatsachenbehauptung unwahr ist.

einer fragwürdigen Interpretation als lesbische Beziehung eine weitere, nicht zwingende Interpretation. Bestehen zwei Interpretationsmöglichkeiten, sollten beide genannt, aber nicht die unwahrscheinliche Möglichkeit als unbezweifelte Tatsache unterstellt werden.

Hinweis

Die Bearbeiter sollten hier eine Argumentation versuchen, eine Liebesbeziehung mit der Peinigerin unter den harschen Umständen ist schwer nachvollziehbar.

c) Fehlende Anonymisierung

Personen sind nicht als bloße Forschungsobjekte zu behandeln. Forschungsethik ist nicht nur die Wahrung des Rechts, sondern mehr – beispielsweise Achtung vor Privatheit und informierte Zustimmung.²³ Besondere Sensibilität ist bei Personengruppen wie Holocaustopfern erforderlich, die extremen Unrechtserfahrungen ausgesetzt waren. Die ethischen Maßstäbe sind damit strenger als die Voraussetzungen für einen zivilrechtlichen Unterlassungsanspruch. Höhere Sensibilität gilt auch gegenüber Personen, die möglicherweise sexuelle Gewalt erfahren haben – die namentliche Veröffentlichung kann die Gewalterfahrung verstärken.²⁴ Wenn der Beamte also von einer sexuellen Beziehung ausgegangen ist, musste er zumindest die Wahrscheinlichkeit eines Zwanges einbeziehen und durfte daher selbst bei Verdachtsfällen eine sogen. Beziehung nicht namentlich veröffentlichen.

Hinweis

Die teils jahrzehntelangen Folgen von sexueller Gewalt werden derzeit in den Medien diskutiert und gehören zur Allgemeinbildung, beispielsweise werden die Namen von Opfern selbst bei Verdachtsfällen meist anonymisiert.

d) Kenntnis der Fehlerhaftigkeit

Ungeklärt ist, ob nur vorsätzliche Verstöße gegen die gute wissenschaftliche Praxis als wissenschaftliches Fehlverhalten anzusehen sind.²⁵ Dies kann hier offenbleiben, da dem Beamten die fehlende Beweisbarkeit der lesbischen Beziehung und der Widerspruch der M bekannt waren. Er meinte lediglich, sein moderner Forschungsansatz würde seine Wertung rechtfertigen.

B) Aktenvermerk und weiteres Vorgehen**I. Auslegung des Antrags/Sonstiges**

Der Beamte verlangt Auskunft über die Person, die das Verfahren initiiert hat. Solche Auskünfte sind nicht zulässig. Sein Verlangen sollte in seinem Interesse als Antrag auf Akteneinsicht ausgelegt werden, die er nach §§ 4 LDG iVm. 88 Abs. 1 2 Landesverwaltungsgesetz beantragen kann. Er sollte über dieses Einsichtsrecht informiert und zu einem sachgerechten Antrag gemäß §§ 4 LDG iVm. 83a Abs. 1 LVwG (Schleswig-Holstein) angeregt werden. Da er anwaltlich vertreten ist, genügt ein kurzer Hinweis.²⁶ Mit Blick auf die Pressefreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG

²² Unter vielen: Pruzan, Research Methodology (2016), S. 283.

²³ Unter vielen: Pruzan, Research Methodology (2016), S. 279 f.

²⁴ Sajuntz, NJW 2020, 583 (584); Vgl. Deutscher Presskodex 2006, Richtlinie 4.2 Recherche bei schutzbedürftige Personen.

²⁵ Von Weschpfennig, Humboldt Forum Recht 6/2012, 83 (87) mwN.

²⁶ Herrmann, in: Bader/Ronellenfisch, Beck'scher Onlinekommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 50. Edition, Stand: 01.01.2021, § 25 Rn. 10.

und den Informantenschutz ist von einer Anfrage an das Magazin abzusehen.

Vermerk! Drohender Fristablauf 10/2021, Entscheidung muss spätestens im September 2021 getroffen werden.

II. Verfügung

Übersendung des Ermittlungsberichts in Kopie an RA Kimmich. Fristsetzung zur Stellungnahme entsprechend §§ 30 S. 1, Halbs. 2, 20 Abs. 2 LDG.

Anfrage an RA Kimmich unter Fristsetzung 2 Wochen, ob Akteneinsicht beantragt wird.

WV 2 Monate.

C) Schlussbemerkungen

Eine vollständige Bearbeitung dieses Falls erfordert Spezialkenntnisse, die kaum von einem Referendar ohne Hilfsmittel erwartet werden können. Der Fall sollte die Bearbeiter eher zu einer Gedankenübung anregen, allgemeine Rechtskenntnisse, wissenschaftliche Arbeitsmethodik und Logik miteinander zu verknüpfen. Vor allem möchte der Beitrag dazu veranlassen, dass sich die Bearbeiter mit Themen aus anderen Wissenschaftsgebieten auseinandersetzen. Rechtswissenschaften sind per se interdisziplinär, weil sie Sachfragen aus der Praxis rechtlich bewerten. Zuletzt empfiehlt der Autor, das Urteil des LG Frankfurt und dessen diskussionswürdige Aufarbeitung im Spiegel vom 17.12.2020 (Lesbische Beziehungen im KZ) zu vergleichen.²⁷

► Inhaltsverzeichnis



²⁷ ► <https://www.spiegel.de/geschichte/lesbische-beziehungen-im-kz-zu-intim-fuer-die-forschung-a-74df1056-ec60-44f9-a2b4-5697493d7a3f>.



KÖPFE

GESUCHT

Referendare (m/w) und Praktikanten (m/w)
www.tsp-law.com/karriere

Thümmel, Schütze & Partner

RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Singapur

RECHTSPRECHUNG

ZIVILRECHT

Oberlandesgerichte Karlsruhe, Dresden und München

Coronabedingte Mietminderung aufgrund staatlicher Schließungsanordnungen - Bestandsaufnahme und Gegenüberstellung oberlandesgerichtlicher Entscheidungen

OLG Dresden, Urteil vom 24.02.2021, Az.: 5 U 1782/20

OLG Karlsruhe, Urteil vom 24.02.2021, Az.: 7 U 109/20

OLG München, Hinweis vom 17.02.2021, Az.: 32 U 6358/20

1. Die pandemiebedingte behördliche Schließungsanordnung eines Geschäfts begründet weder einen Sachmangel der Mietsache nach § 536 Abs. 1 BGB noch eine Unmöglichkeit der Leistungserbringung des Vermieters nach § 275 Abs. 1 BGB.

2. Es ist umstritten, ob eine Störung der Geschäftsgrundlage des Mietvertrages nach § 313 Abs. 1 BGB im Sinne einer Störung der großen Geschäftsgrundlage vorliegt und wie die Anpassung von Mietverträgen zu erfolgen hat. Bei der Prüfung der Zumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag sind sämtliche Umstände des Einzelfalls zu beachten.

3. Unklar ist ebenfalls, ob und inwieweit staatliche Zahlungen an Vermieter oder Mieter aus Anlass der Corona-Pandemie zu einer (weiteren) Anpassung des Mietzinses gemäß § 313 Abs. 1 BGB führen und inwiefern es darauf ankommt, ob das Festhalten am Vertrag den Mieter in eine wirtschaftlich existenzbedrohliche Lage bringt.

(Leitsätze des Bearbeiters)

A) Sachverhalte

Die Corona-Pandemie hat einen Streit um die Anpassung von Gewerbemietverhältnissen in Zeiten staatlicher Schließungsanordnung im Rahmen sog. „Lockdowns“ entfacht, der sich einer Richtungsweisung durch den BGH nähert. Im Februar 2021 entschieden sowohl das OLG Karlsruhe¹ als auch das OLG Dresden² über die Frage, ob eine Mieterin, die aufgrund von behördlich angeordneten Betriebsschließungen ihre gemieteten Verkaufsräume nicht mehr zum Verkauf nutzen konnte, dennoch zur Entrichtung des Mietzinses in voller Höhe verpflichtet ist. Auch das OLG München³ musste sich Mitte Februar 2021 in einem Hinweisbeschluss mit der Frage beschäftigen, ob und auf welcher rechtlichen Grundlage die im Einzelfall vereinbarten Gewerbemieten vorübergehend zu reduzieren sind.

Der Sachverhalt des OLG Dresden betraf ein Textilgeschäft der Kette "KiK" im sächsischen Erzgebirge, das im ersten Lockdown

von Mitte März bis Mitte April 2020 für vier Wochen aufgrund von Allgemeinverfügungen des Landes Sachsen schließen musste. Die Miete für April 2020 zahlte die Textilkette nicht. Als Begründung führte Sie einen erheblichen Rückgang des Nettoumsatzes für die Monate März und April 2020 an, welcher nicht durch verstärkten Onlinehandel kompensiert worden sei. Staatliche Finanzhilfen habe sie nicht erhalten. Vielmehr habe Sie sämtliche ihrer 3.000 Filialen geschlossen und einen Großteil ihrer Belegschaft in Kurzarbeit „o“⁴ geschickt. Der Vermieter klagte und gewann in erster Instanz. Auf die Berufung hin hob das OLG Dresden dieses Urteil nun auf.

Am selben Tag entschied das OLG Karlsruhe in einem gleichgelagerten Fall ebenfalls über die Anpassung der Monatsmiete des Textilgeschäfts „Kik“ für den April 2020. Das erstinstanzlich entscheidende Landgericht hatte dem klagenden Vermieter auch in diesem Fall Recht gegeben, das OLG Karlsruhe bestätigte dieses Urteil dagegen. Trotz gleichgelagertem Sachverhalt kommen das OLG Dresden und das OLG Karlsruhe somit zu unterschiedlichen Ergebnissen.

Dem Hinweisbeschluss⁵ des OLG München, der wenige Tage vor den beiden zuvor genannten Urteilen der OLGs veröffentlicht wurde, lag schließlich ein Fall zugrunde, in dem die Klägerin als Vermieterin von Geschäftsräumen des Beklagten in der Münchner Innenstadt Mietzahlungen für die Monate April, Mai und Juni 2020 begehrte.

Anfang April 2021 musste sich schließlich auch das Kammergericht Berlin der Thematik annehmen.⁶

Hinweis

Das Kammergericht (KG) ist das Oberlandesgericht des Landes Berlin und ältestes deutsches Gericht mit ununterbrochener Tätigkeit. Der Name hat den historischen Hintergrund, dass im 15. Jahrhundert das Recht in den

¹ OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.2.2021 – 7 U 109/20.

² OLG Dresden, Urt. v. 24.02.2021 – 5 U 1782/20.

³ OLG München, Hinw. v. 17.2.2021 – 32 U 6358/20.

⁴ Bei der „Kurzarbeit null“ beträgt der Arbeitsausfall 100 Prozent, das heißt die Arbeit wird für eine vorübergehende Zeit vollständig eingestellt. Siehe

hierzu auch: <https://www.arbeitsagentur.de/vor-ort/rd-sachsen/unternehmen/kurzarbeit> (Stand: 15.04.2021).

⁵ Als Hinweisbeschluss wird im Zivilprozessrecht ein Beschluss bezeichnet, mit dem das Gericht einen nach § 139 Abs. 1 bis 3 ZPO erforderlichen Hinweis erteilt.

⁶ KG Berlin, Urt. v. 01.04.2021 – Az. 8 U 1099/20.

königlichen Hof-„Kammern“ des Kurfürsten von Brandenburg gesprochen wurde.

Im Rahmen der zugrundeliegenden Klage forderte der Eigentümer einer Spielhalle von seinem Mieter, der die Gewerbemiete nur teilweise überwiesen hatte, die Zahlung des restlichen Betrags für die Monate April und Mai 2020. Das KG Berlin hat dem Mieter nun Recht gegeben.

Im Folgenden sollen die Urteilsentscheidungen der OLG Karlsruhe und München sowie der Hinweisbeschluss des OLG München miteinander verglichen und gegenübergestellt werden, um Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Lösungsansätze im Hinblick auf die Anpassung von Gewerbemietverhältnissen bei behördlichen Schließungsanordnungen aufzuzeigen. Ein besonderes Augenmerk soll dabei auf neue gesetzliche Regelungen gerichtet werden, die der Gesetzgeber im Zuge der andauernden Covid-19-Pandemie erlassen hat, um vertragliche Anpassungen von Miet- und Pachtverträgen zu erleichtern. Auf das Urteil des KG Berlin wird nicht eingegangen, da es im Ergebnis dem Urteil des OLG Dresden entspricht.

B) Die Entscheidungen der Senate

Ausgangspunkt der Entscheidungen bildete der Anspruch des Vermieters auf Zahlung des Mietzinses gegen den Mieter nach § 535 Abs. 2 BGB. Die behördlichen Schließungsanordnungen könnten eine Mietminderung nach § 536 Abs. 1 BGB auslösen (I.), die Unmöglichkeit der Leistung des Vermieters gem. § 275 Abs. 1 BGB sowie das Entfallen der Gegenleistungspflicht des Mieters nach § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB begründen (II.) oder zu einer Vertragsanpassung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gem. § 313 Abs. 1 BGB führen (III.).

I. Mietminderung

Die staatlichen Schließungsanordnungen könnten zunächst gem. § 536 Abs. 1 BGB zu einer Minderung des geschuldeten Mietzinses führen.

1. Sperrwirkung des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie

Eine Mietminderung gem. § 536 Abs. 1 BGB könnte jedoch durch das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht als *lex specialis* ausgeschlossen sein. Im März 2020 hat der Gesetzgeber den Art. 240 § 2 EGBGB verabschiedet, wonach dessen Absatz 1 vorliegt:

„Der Vermieter [...] [kann] ein Mietverhältnis über Grundstücke oder über Räume nicht allein aus dem Grund kündigen, dass der Mieter im Zeitraum vom 1. April 2020 bis 30. Juni 2020 trotz Fälligkeit die Miete nicht leistet, sofern die Nichtleistung auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht. Der Zusammenhang zwischen COVID-19-Pandemie und Nichtleistung ist glaubhaft zu machen. Sonstige Kündigungsrechte bleiben unberührt.“

Durch Auslegung ist zu ermitteln, ob die Spezialregelung des Art. 240 § 2 EGBGB eine Sperrwirkung gegenüber der Mietminderung nach § 536 Abs. 1 BGB entfaltet. Das OLG Dresden führt dazu aus:

„Der Regelung in Art. 240 § 2 EGBGB kann keine dahingehende Sperrwirkung entnommen werden, dass sie Auswirkungen staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie auf das Bestehen oder den Umfang der Verpflichtung zur Zahlung der Miete für Räume ausschließen würde, in denen Geschäfte betrieben werden, die von den staatlichen Maßnahmen betroffen sind. Die Annahme einer Sperrwirkung würde voraussetzen, dass mit der Vorschrift des Art. 240 § 2 EGBGB eine (abschließende) Regelung dieser Frage getroffen wurde, was aber nicht zutrifft. Unmittelbar geregelt wurde nur eine Beschränkung des Kündigungsrechts wegen Zahlungsverzuges des Mieters. Regelungen zum Bestehen und zur Höhe der Miete enthält die Vorschrift nicht. Eine klarstellende Erklärung, dass damit keine Aussage über die Auswirkungen der Corona-Pandemie auf die Höhe der Miete in bestehenden Mietverträgen getroffen wird, wurde vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz auf seiner Homepage veröffentlicht⁷. Letztlich spricht auch die seit dem 31.12.2020 geltende Vorschrift des Art. 240 § 7 EGBGB gegen eine Sperrwirkung von Art. 240 § 2 EGBGB.“

Das OLG München gelangt unter Bezugnahme auf die Gesetzesbegründung zum gleichen Ergebnis.⁸ Die Problematik wird im Urteil des OLG Karlsruhe hingegen nicht thematisiert.

2. Behördliche Schließungsanordnung als Mietmangel iSd. § 536 Abs. 1 BGB

Die behördlichen Schließungsanordnungen könnten einen Mietmangel begründen und gem. § 536 Abs. 1 BGB zu einer Minderung des Mietzinses führen. Das OLG Dresden führt hierzu aus:

„Ein Mangel des Mietobjektes i.S.v. § 536 Abs. 1 BGB ist die für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustandes der Mietsache (Ist-Beschaffenheit) von dem vertraglich Vereinbarten (Soll-Beschaffenheit). Zu dem vertraglich vereinbarten Zustand der Mietsache gehören über deren physische Beschaffenheit hinaus auch die tatsächlichen Zustände und rechtlichen Verhältnisse, die mit der Mietsache zusammenhängen und ihre Gebrauchstauglichkeit beeinträchtigen. Dazu gehören auch Störungen, die außerhalb der Mietsache liegen. Um eine Ausuferung des Fehlerbegriffs zu vermeiden, führen außerhalb der Mietsache selbst liegenden Umstände allerdings nur dann zu einem Mangel der Mietsache, wenn sie deren Gebrauchstauglichkeit unmittelbar beeinträchtigen. Maßgebend für die Beantwortung der Frage, ob eine unmittelbare Beeinträchtigung der Mietsache vorliegt, ist danach in erster Linie der von den Parteien vereinbarte vertragsgemäße Gebrauch, welcher maßgeblich durch den vereinbarten Nutzungszweck bestimmt wird.“

⁷ Vgl. ▶https://www.bmjv.de/DE/Themen/FokusThemen/Corona/Miete/Corona_Miete_node.html (Stand: 6. März 2021).

⁸ OLG München, Hinw. v. 17.2.2021 – 32 U 6358/20, Rn. 17 – 18.

a) Bestimmung der Beschaffenheit des Mietobjekts

In den seltensten Fällen werden die von den Vertragsparteien geschlossenen Mietverträge eine ausdrückliche Regelung über die Soll-Beschaffenheit des Mietobjekts hinsichtlich staatlicher Schließungsanordnungen im Zuge einer pandemischen Lage enthalten. Auch in den vorliegenden Fällen konnte keine entsprechende vertragliche Regelung ausgemacht werden. Folglich bestimmt sich der zum vertragsgemäßen Gebrauch geeignete Zustand in diesem Fall unter Berücksichtigung des vereinbarten Nutzungszwecks und des Grundsatzes von Treu und Glauben nach der Verkehrsanschauung.⁹

Anhand der allgemeinen Auslegungsregeln (§§ 133, 157, 242 BGB) ist zu bestimmen, ob die Schließungsanordnung einen Mangel begründet, welchen Zustand der Vermieter schuldet und welchen Standard der Mieter aufgrund des Vertrags vom Vermieter verlangen kann. Besondere Beachtung muss im Rahmen der Auslegung die gesetzlich vorgesehene Risikoverteilung zwischen den Mietvertragsparteien finden. Das OLG Dresden bewertet die gesetzliche Risikoverteilung wie folgt:

„Der Vermieter trägt danach das Risiko der Gebrauchstauglichkeit des Mietobjektes (§ 535 Abs. 1 Satz 2 BGB), während der Mieter das Verwendungs-/Ertragsrisiko der Mietsache trägt [...], was in § 537 Abs. 1 Satz 1 BGB zum Ausdruck kommt. Gemeint ist damit das unternehmerische Risiko, mit dem Mietobjekt Gewinne zu erzielen [...]. Im Ergebnis bedeutet dies, der Vermieter hat dafür Sorge zu tragen, dass einerseits die Mietsache alle physischen Eigenschaften aufweist, andererseits alle äußeren Umstände gegeben sind, die zum Zeitpunkt der Überlassung der Mietsache sowie während der gesamten Vertragslaufzeit für die uneingeschränkte Tauglichkeit der Mietsache für den festgelegten Nutzungszweck erforderlich sind.“

Diese gesetzliche Risikoverteilung wird von den OLG Karlsruhe und München bestätigt.¹⁰

b) Zuordnung der Schließungsanordnungen zu einem Risikobereich der Vertragsparteien

In welchen Risikobereich die behördlichen Schließungsanordnungen fallen, wird vom OLG Karlsruhe und vom OLG Dresden unterschiedlich bewertet. Das OLG Karlsruhe stellt fest:

„Ergeben sich aufgrund von gesetzgeberischen Maßnahmen während eines laufenden Mietverhältnisses Beeinträchtigungen des vertragsmäßigen Gebrauchs eines gewerblichen Mietobjekts, kann dies nachträglich einen Mangel iSv § 536 I 1 BGB begründen. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die durch die gesetzgeberische Maßnahme bewirkte Gebrauchsbeschränkung unmittelbar mit der konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage des Mietobjekts in Zusammenhang steht. Andere gesetzgeberische Maßnahmen, die den geschäftlichen Erfolg beeinträchtigen, fallen dagegen in den Risikobereich des Mieters. Denn der Vermieter von Gewerberäumen ist gem. § 535 I 2 BGB lediglich verpflichtet, den Mietgegenstand

während der Vertragslaufzeit in einem Zustand zu erhalten, der dem Mieter die vertraglich vorgesehene Nutzung ermöglicht. Das Verwendungsrisiko bezüglich der Mietsache trägt bei der Gewerberaummietsache dagegen grundsätzlich der Mieter. Dazu gehört vor allem das Risiko, mit dem Mietobjekt Gewinne erzielen zu können. Erfüllt sich die Gewinnerwartung des Mieters aufgrund eines nachträglich eintretenden Umstands nicht, so verwirklicht sich damit ein typisches Risiko des gewerblichen Mieters. Das gilt auch in Fällen, in denen es durch nachträgliche gesetzgeberische oder behördliche Maßnahmen zu einer Beeinträchtigung des Gewerbebetriebs des Mieters kommt [...].“

Das OLG Karlsruhe kommt somit bereits infolge der Risikozuweisung an den Mieter zum Ergebnis, dass eine landesweite behördliche Schließungsanordnung nicht als Mietmangel iSd. § 536 Abs. 1 BGB anzusehen ist. Das OLG München stimmt diesem Ergebnis zu.¹¹ Das OLG Dresden stellt sich der Auffassung jedoch entgegen:

„Der Senat folgt nicht der [...] Auffassung, die staatliche Schließungsanordnung falle in den vom Mieter zu tragenden Bereich des Verwendungs-/Ertragsrisikos. Das unternehmerische Risiko, mit dem Mietobjekt Gewinne zu erzielen, setzt nämlich voraus, dass der Mieter im Mietobjekt entsprechend dem vertraglich vereinbarten Mietzweck unternehmerisch tätig werden kann und greift deswegen dann nicht ein, wenn ihm - wie hier - genau diese Möglichkeit von vornherein verschlossen ist. Die landesweit geltende Schließungsanordnung ist aber auch nicht der Risikosphäre des Vermieters zuzuordnen. [...] Auch wenn Störungen, die außerhalb der Mietsache liegen, einen Mangel begründen können und für den Betrieb eines Textileinzelhandelsgeschäfts die Möglichkeit des Zugangs des Publikums eine Voraussetzung ist, wird dem Vermieter damit nicht das Risiko der objekt- und lageunabhängigen Nutzbarkeit der Mieträume übertragen.“

Ferner bewertet das OLG Dresden die staatlichen Schließungsanordnungen im Gegensatz zu den Oberlandesgerichten München und Karlsruhe grundsätzlich als Mangel:

„Öffentlichrechtliche Gebrauchsbeschränkungen oder -hindernisse stellen einen Mangel der Mietsache i.S.v. § 536 Abs. 1 BGB dar, wenn sie die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch aufheben oder mindern, was allerdings nur dann gilt, wenn sie auf der konkreten Beschaffenheit und der Lage der Mietsache beruhen (Ortsbezogenheit) und nicht in den persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters (Betriebsbezogenheit) ihre Ursache haben. Außerdem muss der Mieter [...] auch tatsächlich eingeschränkt werden [...]. Entgegen der Auffassung des Landgerichtes ist die staatliche Schließungsanordnung [...] nach diesen Kriterien ein Mangel des Mietobjektes i.S.v. § 536 Abs. 1 BGB, weil sie unmittelbar mit der konkreten Lage des Mietobjektes in einem Bereich in Zu-

⁹ OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.2.2021 – 7 U 109/20, Rn. 14; BGH NJW 2013, 680 (Rn. 8).

¹⁰ OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.2.2021 – 7 U 109/20, Rn. 14; OLG München, Hinw. v. 17.2.2021 – 32 U 6358/20, Rn. 3.

¹¹ OLG München, Hinw. v. 17.2.2021 – 32 U 6358/20, Rn. 4.

sammenhang steht [...]. Die Zielrichtung der Eingriffsmaßnahmen nach § 28 IfSG ist deshalb landesweit ortsbezogen und richtet sich nach der konkreten Betroffenheit des Ortes oder der Region durch das Infektionsgeschehen und der daraus resultierenden Dringlichkeit der Reduzierung von Kontakten der Menschen“.

Die Begründung des OLG Dresden wirft Fragen auf. Zwar stuft es die staatliche Schließungsanordnung als landesweit „ortsbezogen“ und im Gegensatz zum OLG Karlsruhe und München grundsätzlich als Mangel ein. Dennoch verneint das OLG Dresden im Ergebnis das Vorliegen eines „zur Minderung des Mietzinses führender Mietmangels Mangels“ iSd. § 536 Abs. 1 BGB.¹² Begründet wird dieses Ergebnis mit der Feststellung, dass sich die Folgen der Schließungsanordnung weder dem Risikobereich des Mieters noch des Vermieters zuordnen lassen.

3. Zwischenergebnis

Die staatlichen Schließungsanordnungen begründen keine Mietminderung gem. § 536 Abs. 1 BGB.

II. Entfall der Gegenleistungspflicht wegen Unmöglichkeit

Der Anspruch auf Zahlung des Mietzinses gem. § 535 Abs. 2 BGB könnte jedoch gem. §§ 326 Abs. 1, 275 Abs. 1 BGB entfallen sein, wenn dem Vermieter durch die Öffnungsuntersagung die Überlassung zur Nutzung als Verkaufsräume nachträglich unmöglich geworden wäre. Nach § 326 Abs. 1 Hs. 1 BGB würde in diesem Fall auch der Anspruch des Vermieters auf Zahlung des Mietzinses entfallen, zumal die Leistung des Vermieters auch nicht nachgeholt werden könnte. Das OLG München führt dazu aus:

„Es kann offen bleiben, ob und in welchen Fällen das allgemeine Leistungsstörungsrecht neben den mietrechtlichen Gewährleistungsregeln anwendbar bleibt. Denn jedenfalls dann, wenn kein Mangel iSv § 536 I 1 BGB vorliegt, werden die allgemeinen Regeln nicht verdrängt.“

Das OLG München stellt weiter fest, weshalb es in Fällen staatlichen Schließungsanordnung keinen Fall der Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 BGB gegeben sieht:

„Wie ausgeführt, kann ein Mieter nach §§ 133, 157 BGB die Vereinbarung eines bestimmten Mietzwecks nicht dahin verstehen, dass der Vermieter das Beschaffungsrisiko für die Aufrechterhaltung einer allgemeinen Gesetzeslage übernimmt, bei der nicht aus Gründen, die in keinem Zusammenhang mit der Beschaffenheit der Mietsache stehen, der Betrieb des konkreten Geschäfts des Mieters untersagt wird. Das Leistungshindernis besteht hier in der konkreten Öffnungsuntersagung. Der Mietvertrag begründet keine Pflicht des Vermieters, eine pandemiebedingte Öffnungsuntersagung zu verhindern oder zu beseitigen, um dem Mieter den Betrieb des als Mietzweck vereinbarten Geschäfts zu ermöglichen. Der Vermieter übernimmt nur

das Risiko für die Änderung der gesetzlichen Bedingungen, die die Beschaffenheit der Mietsache betreffen.“

Auch das OLG Karlsruhe und das OLG Dresden sehen in den Schließungsanordnungen keinen Umstand, der zur Unmöglichkeit der Leistungserbringung des Vermieters nach § 275 Abs. 1 BGB führt.¹³ Lediglich in der Begründung weicht das OLG Dresden ab, sieht es in der Schließungsanordnung doch grundsätzlich einen Mangel, so dass nach dessen Auffassung die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechtes, zu dem diejenigen über die Unmöglichkeit gehören, bereits von den mietrechtlichen Gewährleistungsregelungen nach §§ 536 ff. BGB verdrängt werden und keine Anwendung finden.¹⁴

III. Wegfall der Geschäftsgrundlage

Schließlich könnte jedoch im Lichte der pandemiebedingten Einschränkungen eine Anpassung der Mietverträge auf Grundlage von § 313 Abs. 1 BGB möglich sein.

1. Anwendbarkeit von § 313 Abs. 1 BGB

Am 1. Januar 2021 ist die Regelung des Art. 240 § 7 EGBGB in Kraft getreten, der mit Art. 10 des Gesetzes zur weiteren Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Anpassung pandemiebedingter Vorschriften im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht sowie im Miet- und Pachtrecht¹⁵ im EGBGB eingefügt wurde.

Nach Art. 240 § 7 EGBGB wird vermutet, dass sich ein Umstand iSd. § 313 Abs. 1 BGB, der zur Grundlage des Mietvertrags geworden ist, nach Vertragsabschluss schwerwiegend verändert hat, wenn 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 sind.

Ausweislich der Gesetzesbegründung¹⁶ schafft Art. 240 § 7 EGBGB nur hinsichtlich des realen Merkmals von § 313 Abs. 1 BGB die Vermutung, dass sich ein Umstand, der Grundlage des Mietvertrags geworden ist, nach Vertragsabschluss schwerwiegend verändert hat. Nicht erfasst ist hingegen das normative Merkmal des § 313 Abs. 1 BGB, wonach dem einen Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen und gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am bestehenden Vertrag nicht zugemutet werden kann. Der Gesetzgeber geht dabei davon aus, dass vorrangig die Gewährleistungsrechte sowie die Frage der Unmöglichkeit zu prüfen sind und diese durch die gesetzliche Vermutung, dass eine Störung der Geschäftsgrundlage vorliegt, ergänzt werden.¹⁷ Damit ist § 313 BGB grundsätzlich anwendbar.

a) Anwendbarkeit wegen vertraglicher Risikoverteilung

Im Einzelfall kann die vertragliche Risikoverteilung einer Anwendung des § 313 BGB entgegenstehen. Grundsätzlich können sich die Parteien in ihrem Vertrag über die Zuweisung von Risiken einigen und die gesetzliche Risikoverteilung ändern,¹⁸ so

¹² OLG Dresden, Urt. v. 24.02.2021 – 5 U 1782/20, Rn. 22, 25 – 31.

¹³ OLG Dresden, Urt. v. 24.02.2021 – 5 U 1782/20, Rn. 23; OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.2.2021 – 7 U 109/20, Rn. 17.

¹⁴ OLG Dresden, Urt. v. 24.02.2021 – 5 U 1782/20, Rn. 23.

¹⁵ Gesetz vom 22.12.2020, BGBl. 2020, 3328.

¹⁶ BT-Drs. 19/25322, S. 21.

¹⁷ BT-Drs. 19/25322, S. 14 f.

¹⁸ BGHZ 223, 290 (Rn. 32); Finkenauer, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2019), § 313 Rn. 61.

dass eine Anpassung nach § 313 BGB ausscheiden würde. Die streitigen Mietverträge enthielten jedoch keine Regelung, aus denen eine Risikoverteilung im Fall nachträglicher genereller Schließungsanordnungen entnommen werden konnte.¹⁹

b) Anwendbarkeit wegen spezialgesetzlicher Risikoverteilung

Allerdings könnte der Anwendung des § 313 BGB im konkreten Fall die gesetzliche Risikoverteilung zwischen den Parteien eines Mietvertrags entgegenstehen. Das OLG München sieht dies wie folgt:

„Die gesetzliche Risikoverteilung weist das Mängelrisiko grundsätzlich dem Vermieter zu [...]. Eine Heranziehung der Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage ist im Anwendungsbereich der mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften nach §§ 536 ff. BGB grundsätzlich ausgeschlossen [...]. Die diesen Bestimmungen zugrunde liegende gesetzliche Risikoverteilung darf nicht über die Annahme einer Störung der Geschäftsgrundlage verändert werden.“

Das OLG München stellt dabei fest, dass die zuvor vertraglich festgestellte Risikoverteilung bei der Einordnung von Schließungsanordnungen als Mietmangel, die laut OLG München und Karlsruhe in den Risikobereich des Mieters fallen,²⁰ nicht mit der Risikoverteilung im Rahmen der Änderung der zur Geschäftsgrundlage gehörenden Umstände gleichzusetzen ist. Vielmehr sei die Risikoverteilung im Rahmen des § 313 Abs. 1 BGB neu zu bewerten. Dies betont auch das OLG Dresden:

„Diese Annahme greift [...] zu kurz, weil die bei der vertraglichen Risikoabgrenzung allein betrachtete staatliche Schließungsanordnung nicht gleichbedeutend mit der in ein Pandemiegeschehen mit weitreichenden Kontakteinschränkungen eingebetteten Änderung der zur Geschäftsgrundlage gehörenden Umstände ist. Es geht hier also nicht um ein „normales“ Risiko der Gebrauchstauglichkeit bzw. der Verwendung des Mietobjektes, sondern um weitgehende staatliche Eingriffe in das soziale und wirtschaftliche Leben aufgrund einer Pandemie, die als Systemkrise eine Störung der großen Geschäftsgrundlage ist.“

Das Risiko, dass eine Schließungsanordnung einen Geschäftsbetrieb unabhängig von dem konkreten Betrieb des Mieters und unabhängig von der Beschaffenheit und dem Zustand und der Lage des Mietobjekts an sich verhindert, ist daher keiner der Mietvertragsparteien einseitig zugewiesen.²¹ Dieses Ergebnis wird durch die Neuregelung in Art. 240 § 7 Abs. 1 EGBGB untermauert.

2. Voraussetzungen des § 313 Abs. 1 BGB

Nach § 313 Abs. 1 BGB kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, sofern sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert

haben und die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten und soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.

Der Tatbestand der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 Abs. 1 BGB setzt somit ein tatsächliches Element, ein hypothetisches Element, und ein normatives Element voraus.²²

a) Tatsächliches Element

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH wird die Geschäftsgrundlage gebildet durch die nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt erhobenen, beim Vertragsabschluss aber zutage getretenen, dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen des einen Vertragsteils oder durch die gemeinsamen Vorstellungen beider Teile vom Vorhandensein oder künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille auf diesen Vorstellungen aufbaut.²³ Unter der „großen Geschäftsgrundlage“ versteht man die Erwartung, dass sich die grundlegenden politischen, wirtschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen des Vertrags nicht etwa durch Revolution, Krieg, Vertreibung, Hyperinflation oder eine (Natur-)Katastrophe ändern, dass die Sozialexistenz nicht erschüttert werde.²⁴ Das OLG Dresden führt hierzu aus:

„Zur Geschäftsgrundlage der Parteien als Vermieterin und Mieterin von Geschäftsräumen zur Nutzung als Textileinzelhandelsgeschäft gehörte danach die Vorstellung, dass es nicht zu einer Pandemie mit weitgehender Stilllegung des öffentlichen Lebens infolge pandemiebedingter Nutzungsuntersagungen und -beeinträchtigungen kommen würde, so dass das Auftreten der Pandemie mit den entsprechenden weitreichenden staatlichen Eingriffen in das wirtschaftliche und soziale Leben eine schwerwiegende Änderung der für die Vertragslaufzeit vorgestellten Umstände bedeutet und damit das tatsächliche Element der Störung der Geschäftsgrundlage verwirklicht. Es liegt eine Systemkrise und damit ein Fall der Störung der großen Geschäftsgrundlage vor, weil durch sie das allgemeine soziale und wirtschaftliche Gefüge nachhaltig erschüttert wird.“

Diese Annahme wird vom OLG München²⁵ und letztlich auch durch die Neuregelung des Art. 240 § 7 Abs. 1 EGBGB bestätigt.

b) Hypothetisches Element

Das hypothetische Element ist erfüllt, wenn die vertragschließenden Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Veränderung der Umstände, welche zur Geschäftsgrundlage gehören, vorhergesehen und den Vertrag daher nicht oder mit einem anderen Inhalt geschlossen hätten.²⁶ Das OLG München bewertet dies wie folgt:

¹⁹ OLG Dresden, Urt. v. 24.02.2021 – 5 U 1782/20, Rn. 26; OLG München, Hinw. v. 17.2.2021 – 32 U 6358/20, Rn. 9.

²⁰ Vgl. OLG München, Hinw. v. 17.2.2021 – 32 U 6358/20, Rn. 4; OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.2.2021 – 7 U 109/20, Rn. 14.

²¹ OLG München, Hinw. v. 17.2.2021 – 32 U 6358/20, Rn. 23; OLG Dresden, Urt. v. 24.02.2021 – 5 U 1782/20, Rn. 37.

²² Finkenauer, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2019), § 313 Rn. 56.

²³ Vgl. BGH NJW 1997, 3371 (3372); Urt. v. 24.03.2010; 2010, 1663 (Rn. 17).

²⁴ Finkenauer, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2019), § 313 Rn. 17; Weller/Lieberknecht/Habrich, NJW 2020, 1017 (1021); Häublein/Müller, NZM 2020, 481 (486 f.).

²⁵ OLG München, Hinw. v. 17.2.2021 – 32 U 6358/20, Rn. 13.

²⁶ OLG Dresden, Urt. v. 24.02.2021 – 5 U 1782/20, Rn. 35.

„Der Senat geht davon aus, dass die Vertragsparteien den Vertrag mit anderem Inhalt abgeschlossen hätten, wenn sie die Veränderung der Umstände durch die pandemiebedingten Betriebsuntersagungen vorhergesehen hätten. Es ist nicht ersichtlich, dass die Vertragsparteien pandemiebedingte Betriebsuntersagungen vorhergesehen haben. Es ist anzunehmen, dass der streitgegenständliche Mietvertrag von der Bekl. jedenfalls nicht ohne eine Möglichkeit der Mietanpassung abgeschlossen worden wäre, wenn sie zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorhergesehen hätte, dass der Betrieb des Geschäfts für längere Zeiträume allgemein untersagt werden würde.“

Laut OLG München sei bei einer vorübergehenden Störung eines Dauerschuldverhältnisses auf ihre voraussichtliche Dauer abzustellen. Bei einer Dauer der Schließung von fünf Wochen sei die Änderung der Umstände schwerwiegend.²⁷ Zur selben Einschätzung gelangt das OLG Dresden.²⁸

c) Normatives Element

Nach der häufig von der Rechtsprechung bemühten Formel ist die Berufung auf eine Störung der Geschäftsgrundlage jedoch nur dann zulässig, wenn „dies zur Vermeidung eines untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden und damit der betroffenen Partei nach Treu und Glauben nicht zuzumutenden Ergebnisses unabweislich erscheint“.²⁹

aa) Konkretisierung durch Art. 240 § 7 EGBGB

Diese grundsätzlich nicht subsumptionsfähige³⁰ Formel hat durch die neue Einführung des Art. 240 § 7 EGBGB schärfere Konturen erhalten. Wie zwar bereits festgestellt, bezieht sich die Regelung des Art. 240 § 7 EGBGB gerade nicht unmittelbar auf das normative Element des § 313 Abs. 1 BGB.

Dennoch soll ausweislich der Gesetzesbegründung³¹ im Rahmen der Zumutbarkeit von Bedeutung sein, wie stark sich die staatlichen Beschränkungen auf den Betrieb des Mieters auswirken. Ein Indiz für starke Beeinträchtigungen könne in erheblich zurückgegangenen Umsätzen, zum Beispiel im Vergleich zum Vorjahreszeitraum, liegen. Zu berücksichtigen sei ferner, ob der Mieter öffentliche oder sonstige Zuschüsse erhalten hat, mit denen er die Umsatzausfälle infolge staatlicher Beschränkungen jedenfalls teilweise kompensieren kann, und ob er Aufwendungen erspart hat, weil er etwa Kurzarbeit angemeldet hat oder der Wareneinkauf weggefallen ist. Entscheidend seien die Umstände des Einzelfalls. § 313 BGB gewähre keine Überkompensation.

Die Frage, ob die neue Regelung auch auf Sachverhalte in der Vergangenheit Anwendung findet, wird vom OLG Karlsruhe explizit offengelassen.³² Das OLG Dresden sieht dies wie folgt:

„Auch wenn diese Vorschrift erst ab dem 31.12.2020 gilt, bringt sie einen bereits zuvor, nämlich schon während des ersten Lockdowns im März/April 2020, gültigen Rechtsge-

danken zum Ausdruck. So lässt sich den Gesetzesmaterialien entnehmen, dass es sich um eine Klarstellung der Rechtslage handeln soll.“

bb) Maßstab zur Bestimmung der Unzumutbarkeit

Ob dem Mieter das Festhalten am unveränderten Mietvertrag, der durch die Änderung der Geschäftsgrundlage bindenden Umstände belastet wird, zumutbar ist, wird unterschiedlich beurteilt. Maßgeblich für die Beantwortung der Frage ist der von den Gerichten divergierend gewählte Beurteilungsmaßstab. Das OLG Karlsruhe stellt auf den Vergleich von Schuldneraufwand und Leistungserfolg ab und fordert eine wirtschaftlichen Existenzgefährdung:

„Dem Schuldner sind Aufwendungen, welche die dem Schuldverhältnis immanente Opfergrenze überschreiten, nicht mehr zumutbar. Diese Opfergrenze wird insbesondere überschritten, wenn die Inanspruchnahme des Schuldners zur Vernichtung seiner Existenz führen würde; unter Umständen genügt auch bereits eine schwere Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Fortkommens.“

Hingegen kommt es nach dem OLG München im Falle behördlicher Schließungsanordnung nicht auf eine Existenzgefährdung an. Vielmehr sei eine umfassende Interessenabwägung erforderlich:

„Das Risiko, dass ein behördliches Gebrauchshindernis einen Geschäftsbetrieb im Rahmen des Mietzwecks an sich verhindert, und zwar unabhängig von dem konkreten Betrieb des Mieters und unabhängig von der Beschaffenheit und dem Zustand und der Lage des Mietobjekts, ist keiner der Mietvertragsparteien einseitig zugewiesen. Daher kommt es für die Frage der grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 313 I BGB nicht darauf an, ob das Festhalten an dem Vertrag den Mieter in eine die wirtschaftliche Existenz bedrohliche Lage bringt.

Die Prüfung [...] erfordert eine umfassende Interessenabwägung unter Würdigung aller Umstände [...], insbesondere auch der Vorteile, die der betroffenen Partei neben den Nachteilen aus den eingetretenen Veränderungen erwachsen sind [...]. Dabei ist auch zu erwägen, dass der Gesetzgeber verschiedene Maßnahmen ergriffen hat, um die wirtschaftlichen Folgen der pandemiebedingten Betriebsschließungen für die betroffenen Unternehmen abzufedern. Er hat dabei Kriterien dafür aufgestellt, unter welchen Voraussetzungen ein Unternehmen Hilfsleistungen erhält.“

Das OLG Dresden kritisiert ebenfalls das Erfordernis der Existenzgefährdung, nimmt aber ebenso wie das OLG Karlsruhe Bezug auf das Vertragsverhältnis:

„Der Senat teilt die Auffassung nicht, dass von einer Unzumutbarkeit des Festhaltens am bestehenden Vertrag erst dann auszugehen sei, wenn die von der Änderung der Umstände, welche zur Geschäftsgrundlage gehören, belastete Partei dadurch in eine existenzgefährdende Lage gerät.

²⁷ OLG München, Hinw. v. 17.2.2021 – 32 U 6358/20, Rn. 29.

²⁸ OLG Dresden, Urt. v. 24.02.2021 – 5 U 1782/20, Rn. 35.

²⁹ OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.2.2021 – 7 U 109/20, Rn. 22; BGH, NZM 2005, 144.

³⁰ Finkenauer, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2019), § 313 Rn. 76 mwN.

³¹ Siehe zu diesem Absatz BT-Drs. 19/25322, S. 21.

³² OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.2.2021 – 7 U 109/20, Rn. 21.

Das beachtet nicht hinreichend, dass es hier um eine Äquivalenzstörung in einem gegenseitigen Vertrag geht, der zudem ein Dauerschuldverhältnis ist. Die notwendige Unzumutbarkeit bezieht sich damit auf die Äquivalenzstörung, also auf das Verhältnis von Überlassung des Mietobjektes einerseits und dafür Zahlen des Nutzungsentgelts (Miete) andererseits.“

cc) Ergebnis des OLG München

Das OLG München fordert eine Betrachtung aller konkreter Umstände des Einzelfalls und insbesondere die Beachtung der wirtschaftlichen Situation des Mieters und Vermieters.³³ Dabei spiele es eine Rolle, wie viele Jahre der Mietvertrag bereits bestand und wie der Umsatz und Gewinn der letzten Jahre war, so dass eine Möglichkeit bestand, Rücklagen zu bilden. Bei einem Konzern als Mieter könne es sogar auf die wirtschaftliche Situation der Konzernmutter ankommen. Laut OLG München verbiete sich allerdings jede schematische Betrachtungsweise.

Im Rahmen des Hinweisbeschlusses geht das Gericht vertieft auf das Corona-Soforthilfe-Programm des Bundes und auf mögliche Leistungen aus dem Wirtschaftsstabilisierungsfonds ein.³⁴ Da von der Beklagtenseite nicht ausgeführt wurde, inwiefern solche Hilfen überhaupt beantragt worden seien, schließt das OLG München mit dem Hinweis:

„Es ist nicht ersichtlich, dass die Verpflichtung zur Zahlung der Miete für April 2020 zu einem untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin unvereinbaren Ergebnis führen würde. Die Bekl. trägt nicht vor, dass ein Ausnahmefall vorliegt, der es aufgrund der besonderen wirtschaftlichen Situation der Bekl. erforderlich macht, trotz eines grundsätzlich vorhandenen Rahmens für Hilfsleistungen im Einzelfall die Miete anzupassen oder zu stunden.“

Der Beklagte mache eine Unzumutbarkeit nicht hinreichend geltend.³⁵ Demzufolge wird der Mieter keine Vertragsanpassung gem. § 313 Abs. 1 BGB verlangen können. Vielmehr wird er zur Zahlung des vollen Mietzinses verpflichtet sein.

dd) Ergebnis des OLG Karlsruhe

Unter Bezugnahme auf das Erfordernis der Existenzgefährdung kommt auch das OLG Karlsruhe zum selben Ergebnis wie das OLG München. Dabei moniert es:

„Eine Angleichung ist geboten, wenn das Festhalten am Vertrag zu einem untragbaren, mit Recht und Gesetz schlechthin nicht mehr zu vereinbarenden Ergebnis führen würde. Dass ein solches schlechthin nicht mehr hinnehmbares Ergebnis anzunehmen wäre, insbesondere die Bekl. in ihrer Existenz gefährdet wäre, wenn sie die Miete für April 2020 bezahlen müsste, ist ihrem Vortrag nicht zu entnehmen. [...] Es ist im Zusammenhang mit der Existenzgefährdung durchaus zu sehen, dass es sich bei der Bekl. um einen großen Konzern handelt, der wirtschaftlich leistungsfähiger sein kann als die Filialen für sich betrachtet. [...] Zutreffend hat das LG gesehen, dass nicht isoliert die

Umsatzeinbußen in den von der Schließung betroffenen Monaten betrachtet werden können und dass auch staatliche Hilfen, wie das Kurzarbeitergeld, in die Abwägung einzubeziehen sind [...]. Weder legt die Bekl. offen, wieviel staatliche Leistungen, insbesondere Kurzarbeitergeld, sie erhalten hat, und welche Aufwendungen sie durch die Kurzarbeit erspart hat, noch welche Warenwerte an verkäuflichen Waren, die die Anschaffungskosten im weiteren Verlauf senken, weiter vorhanden sind.“

Auch nach dem OLG Karlsruhe wird der Mieter mangels hinreichender Geltendmachung der Unzumutbarkeit keine Vertragsanpassung gem. § 313 Abs. 1 BGB verlangen können und zur Zahlung des vollen Mietzinses verpflichtet sein.

ee) Ergebnis des OLG Dresden

Das OLG Dresden gelangt hingegen zur Unzumutbarkeit des Festhaltens am unveränderten Vertrag. Dabei begründet es das Ergebnis wie folgt:

„Von besonderer Bedeutung ist dabei der Charakter des Mietvertrages als Dauerschuldverhältnis, bei dem die Miete für die Nutzungsüberlassung in Zeitabschnitten geschuldet ist, wobei der Zeitabschnitt bei den meisten Mietverhältnissen einen Monat beträgt [...]. Im Ausgangspunkt ist danach die Erheblichkeit deswegen zu bejahen, weil - je nach Standpunkt bezüglich der vertraglichen Risikoverteilung - entweder der Mieter nach dem Mietvertrag die volle Miete zahlen müsste, ohne das Mietobjekt dem Mietzweck entsprechend nutzen zu können oder der Vermieter keine bzw. eine geringfügige Miete für ein Mietobjekt erhalte, für dessen - temporäre - Unbenutzbarkeit für den vertraglich vereinbarten Mietzweck er nicht nur keine Ursache gesetzt hat, sondern die er auch nicht vorhersehen konnte.“

Im Rahmen der Begründung führt das Gericht eine Parallele zur Bestimmung der Wesentlichkeit eines Mietrückstandes für die Annahme eines wichtigen Grundes zur Kündigung gem. § 543 BGB auf, da auch in diesem Fall eine Äquivalenzstörung des Vertragsverhältnisses vorliege:³⁶

„Denkbar wäre danach, die Unzumutbarkeit der Festhaltung am Mietvertrag dann zu verneinen, wenn die Äquivalenzstörung lediglich ein bis zwei Wochen des Mietmonats beträfe. [...] So ist bei einem klassischen Austauschvertrag wie dem Kaufvertrag die vollständige Leistung und Gegenleistung im Rahmen der Äquivalenzstörung gegenüberzustellen. [...] Im Mietvertrag reicht dagegen eine wesentliche Äquivalenzstörung im regelmäßig monatlichen Zeitabschnitt, sie führt allerdings dann auch nur zu einer Vertragsanpassung für diesen Zeitabschnitt, so dass nicht das Risiko besteht, dass mit niedriger Eingriffsschwelle wesentliche Vertragsgrundlagen ohne entsprechenden Anlass durch richterlichen Eingriff nach § 313 Abs. 1 BGB geändert werden. Der Zeitraum, in dem die staatliche Schließungsanordnung andauerte, von insgesamt mehr als einem Monat, überschreitet damit die Schwelle der Erheblichkeit.“

³³ Zum folgenden Absatz: OLG München, Hinw. v. 17.2.2021 – 32 U 6358/20, Rn. 33.

³⁴ OLG München, Hinw. v. 17.2.2021 – 32 U 6358/20, Rn. 33.

³⁵ OLG München, Hinw. v. 17.2.2021 – 32 U 6358/20, Rn. 40 – 42.

³⁶ OLG Dresden, Urt. v. 24.02.2021 – 5 U 1782/20, Rn. 39.

Das OLG Dresden kommt zum Ergebnis:

„Damit ist eine Absenkung der Kaltmiete um 50% gerechtfertigt, weil keine der Vertragsparteien eine Ursache für die Störung der Geschäftsgrundlage gesetzt oder sie vorhergesehen hat. Es ist demzufolge angemessen, die damit verbundene Belastung gleichmäßig auf beide Parteien zu verteilen. Dies entspricht der Lösung der Rechtsprechung bei Vertragszweckstörungen in der Vergangenheit.“

Folglich könne offenbleiben, ob die Zahlung staatlicher Hilfen an einen der Vertragspartner des Mietvertrages zu einer weiteren Anpassung der Höhe der Miete führen würde.³⁷ Nach dem OLG Dresden ist die Miete bei behördlichen Schließungsanordnungen gem. § 313 Abs. 1 BGB um die Hälfte zu kürzen. Diese Lösung entspricht dem Ergebnis des KG Berlin,³⁸ läuft diametral dem Ergebnis der OLG Karlsruhe und München zuwider. Ihrer Meinung nach verbietet sich eine Herabsetzung der Miete nach einem objektiven Schema:

„Denn dann würde die Vertragsanpassung lediglich an die Stelle der Minderung nach § 536 I BGB treten, bei der es auf die Unzumutbarkeit der Zahlung der vollständigen Miete für den Mieter nicht ankommt. Ein Abstellen auf den konkreten Fall bedeutet nicht nur, dass die tatsächlichen oder möglichen Hilfsleistungen für den Mieter in eine feststehende Formel eingefügt werden. Vielmehr erfordert eine Betrachtung aller konkreter Umstände des Einzelfalls auch gerade die Beachtung der wirtschaftlichen Situation des Mieters und auch des Vermieters.“³⁹

C) Ausblick

Für Studierende bieten die Entscheidungen der OLG Karlsruhe und Dresden sowie der Hinweisbeschluss des OLG München die Gelegenheit, sich vertieft mit Fragen der vertraglichen Risikoverteilung bei Mietverträgen und dem Begriff des Mietmangels, der Unmöglichkeit der Leistung und dem anspruchsvollen Instrument der Störung der Geschäftsgrundlage gem. § 313 Abs. 1 BGB auseinanderzusetzen.

Die politische und wirtschaftliche Brisanz der hochumstrittenen rechtlichen Behandlung von coronabedingten Mietminderungen und -ausfällen ist kaum zu unterschätzen. Die seit über einem Jahr anhaltende Covid-19-Pandemie hat seit dem ersten „Lockdown“ im März 2020 bundesweit flächendeckend immer wieder zur Schließung des städtischen Einzelhandels und hochfrequentierter Geschäfte oder von Betrieben wie Restaurants, Friseuren oder Fitnessstudios geführt. Einer Umfrage des Handelsverbands Deutschland zufolge zeigten sich Vermieter bislang allerdings eher unkooperativ.⁴⁰ Von den 245 befragten Einzelhändlern gaben zwei Drittel an, dass Gespräche mit ihrem Vermieter ohne Ergebnis verlaufen sind, weshalb zahlreiche weitere Gerichtsverhandlungen bereits vorprogrammiert sind.

Neben klassischen juristischen Auslegungsproblemen zeigt die vorliegende Thematik den Studierenden auch eindringlich die Bedeutung einer ökonomischen Betrachtung des Rechts,⁴¹ wie sich an diesem fortführenden Gedankenexperiment zeigt: Obgleich man bei der Lösung der Problematik im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung ein tendenziell vermieterefreundliches Ergebnis erzielen möchte, sind die wirtschaftlichen Folgen für Vermieter nicht zu vernachlässigen. Viele Vermieter beziehen für die Bereitstellung der Gewerberäume ebenfalls Kredite von Banken und zahlen diese als Finanzierungsmodell regelmäßig durch die Mieteinnahmen ab. Wird dieser Finanzierungsfluss bereits am Anfang durch den Mieter eingeschränkt, kann dies im Einzelfall zu einer Zahlungsunfähigkeit des Vermieters und zu einer Einziehung des Mietobjekts durch die jeweilige Bank führen, was ebenfalls nicht im Interesse des Mieters ist. Meines Erachtens ist daher bei der Frage nach der vertraglichen Anpassung von Gewerberaummieten im Sinne aller Marktteilnehmer eine gesamtwirtschaftliche Betrachtung des Einzelfalls angezeigt, die gleichermaßen Vermieter als auch Mieter umfasst.

Letztlich bleibt abzuwarten, ob der der BGH auch in den „Lockdown“-Fällen auf seinem vor der Covid-19-Pandemie gefahrenen vermieterefreundlichen Kurs bleibt und wie er den bevorstehenden volkswirtschaftlichen Herausforderungen in rechtlicher Hinsicht begegnet.

Henrik Nolte

Student

Eberhard Karls Universität Tübingen

► **Inhaltsverzeichnis**

³⁷ OLG Dresden, Urt. v. 24.02.2021 – 5 U 1782/20, Rn. 41.

³⁸ KG Berlin, Urt. v. 01.04.2021 – Az. 8 U 1099/20.

³⁹ OLG München, Hinw. v. 17.2.2021 – 32 U 6358/20, Rn. 35, vgl. auch die Ausführungen des OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.2.2021 – 7 U 109/20, Rn. 27: „Zu prüfen ist die Zumutbarkeit bzw. Unzumutbarkeit in jedem Einzelfall. Dieser entzieht sich [...] einer pauschalierten Darstellung.“

⁴⁰ ► <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/folgen-der-coronakrise-handelsverband-fordert-wegen-corona-reform-des-gewerblichen-mietrechts/25958976.html> (Stand 11.04.2021).

⁴¹ Hierzu instruktiv: Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, 2. Auflage (2017), passim.; Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Auflage (2020), passim.



MIT DEN BESTEN. FÜR DIE BESTEN.

Rechtsanwälte (m/w)

Referendare (m/w)

Praktikanten (m/w)

Qualität und Klasse zeichnen nicht nur unsere Juristinnen und Juristen aus. Auch unsere Mandanten gehören zu den Besten ihrer Bereiche. Ihre Ansprüche sind ebenso hoch wie individuell. Darum schaffen wir ein vielfältiges Angebot an Fachbereichen und Persönlichkeiten und bieten Ihnen exzellente Mandate, internationale Projekte und ein kollegiales Miteinander.

Wenn Sie für Ihr Talent das ganz besondere Umfeld suchen, sollten wir uns unterhalten.

Robert Krywalski, T +49 30 20360 1204, E robert.krywalski@cms-hs.com

Berlin | Brüssel | Dresden | Düsseldorf | Frankfurt/Main | Hamburg | Köln | Leipzig | Moskau | München | Shanghai | Stuttgart

RECHTSPRECHUNG

STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

Hinterlistiger Überfall iSd. § 224 Abs. 1 Nr. 3 bei Körperverletzungshandlung mit Eventualvorsatz

Beschluss vom 15.12.2020, Az.: 3 StR 386/20

Eine Körperverletzung wird auch dann (noch) hinterlistig iSd § 224 Abs. 1 Nr. 3 begangen, wenn der Täter seine Verletzungsabsicht vor Vornahme der eigentlichen Verletzungshandlung aufgegeben hat und insoweit nur noch mit Eventualvorsatz handelt.

(Leitsatz des Bearbeiters)

A) Sachverhalt (unwesentlich gekürzt)

T hatte beschlossen, die O zu töten. Nachdem er sich heimlich mit einem Springmesser bewaffnet hatte, gelang es ihm unter einem Vorwand, zur O ins Auto zu steigen. Während der gemeinsamen Fahrt verhielt T sich vollkommen friedfertig, um O in Sicherheit zu wiegen. Er lotste O an eine einsame Stelle, wo er die Enge der Fahrerkabine zur Tatbegehung ausnutzen wollte. Dort angekommen gab er wahrheitswidrig an, aussteigen zu wollen, zog aber stattdessen das Messer. Zu diesem Zeitpunkt wollte er O indes nicht mehr töten, sondern sie nur noch mit dem Tod bedrohen, um zu erreichen, dass sie die Beziehung zu ihm fortsetzt. Dazu stach er mit dem Messer dergestalt in Richtung des Bauch- und Brustbereichs der O, dass die Messerspitze zwar auf ihrem Körper aufsetzte, aber nicht durch die Kleidung drang. Verletzungen der O nahm der T dabei billigend in Kauf. O zog sich denn auch eine Schnittwunde an der Hand zu, als sie zur Abwehr des Messers in dessen Klinge griff.

B) Verfahrensgang

Das Landgericht hatte den T wegen gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Die auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützte Revision verwarf der Senat als unbegründet iSd. § 349 Abs. 2 StPO.

C) Die Entscheidung der Kammer/des Senates

T könnte sich durch das Stechen in Richtung des Bauch- und Brustbereichs der O wegen gefährlicher Körperverletzung gemäß §§ 223, 224 Abs. 1 Nrn. 2, 3 strafbar gemacht haben.

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand

a) § 223

Das Zufügen der Schnittwunde in der Handinnenfläche erweist sich nicht nur als üble und unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden mehr als nur unerheblich beeinträchtigt und damit als körperliche Misshandlung iSd. § 223 Abs. 1

Var. 1, sondern auch als Hervorrufen eines vom körperlichen Normalzustand nachteilig abweichenden Zustands und damit (auch) als Gesundheitsschädigung iSd. § 223 Abs. 1 Var. 2.

Dabei erweist sich das Handeln des T auch als kausal für den Erfolgseintritt: Hätte T nicht in Richtung des Oberkörpers der O (zu-)gestochen, hätte diese nicht zur Abwehr der Klinge in das Messer gefasst.

Überdies realisiert sich im konkreten Erfolg auch die von T geschaffene Gefahr, nachdem es nicht außerhalb jeder Lebenserfahrung liegt, dass Opfer von Messerattacken Abwehrbewegungen gegenüber dem eingesetzten Stichwerkzeug vornehmen (sodass die konkreten Verletzungen Folge der Abwehrbewegungen sind).

b) § 224

aa) § 224 Abs. 1 Nr. 2

Zur Einordnung des (Spring-)Messers verhält sich der Senat nur insoweit, als er festhält, das Tatgericht habe dessen Einsatz

„rechtsfehlerfrei [...] als Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs“

bewertet.

Hinweis

Nachdem das „gefährliche Werkzeug“ den Oberbegriff iRd. § 224 Abs. 1 Nr. 2 bildet, ergibt sich aus der Formulierung des Senats nicht eindeutig, ob das Springmesser als „Waffe“ iSd. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 1 oder „nur“ als *anderes* gefährliches Werkzeug iSd. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 einzustufen ist. Die Abgrenzung zwischen „Waffen“ und (anderen) „gefährlichen Werkzeugen“ soll sich nach gängiger Formulierung daraus ergeben, dass Waffen schon abstrakt-generell dazu bestimmt seien, (erhebliche) Verletzungen am menschlichen Körper zu verursachen, während (andere) gefährliche Werkzeuge (nur) nach ihrer Beschaffenheit sowie einzelfallbezogenen Verwendung erhebliches Verletzungspotential entfalteten. Streng genommen dürften dann freilich auch Jagd- und Sportwaffen keine Waffen iSd. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 1 sein, da diese gerade nicht abstrakt-generell zum Einsatz (auch) gegen Menschen bestimmt sind; etwas Anderes dürfte wohl eindeutig nur für Kriegswaffen gelten.¹ Mit anderen Worten: Für bestimmte Gegenstände ist es äußerst schwierig, eine klare Zuordnung vorzunehmen – so auch

¹ Treffend zum Ganzen etwa *Eschelbach*, in: BeckOK-StGB, 49. Ed. (01.02.2021), § 224 Rn. 26 f.

für Springmesser. Diese unterfallen nach Maßgabe des § 1 Abs. 2 Nr. 2 b) iVm. Anlage 1 Abschn. 1 Unterabschn. 2 2.1.1 zwar dem Anwendungsbereich des Waffengesetzes², können indes – soweit man eine abstrakt-generelle Bestimmung zur Anwendung gegen Menschen (vertretbar) verneint – auch schlicht als (andere) gefährliche Werkzeuge iSd. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 eingestuft werden.

bb) § 224 Abs. 1 Nr. 3

Fraglich ist sodann, ob die Körperverletzung auch mittels eines hinterlistigen Überfalls iSd. § 224 Abs. 1 Nr. 3 begangen wurde.

Die diesbezüglichen Anforderungen formuliert der Senat dabei – abstrakt – wie folgt:

„Hinterlistig ist ein Überfall, wenn der Täter planmäßig in einer auf Verdeckung der wahren Absicht berechneten Weise vorgeht, um dem Gegner die Abwehr des nicht erwarteten Angriffs zu erschweren und die Vorbereitung auf seine Verteidigung nach Möglichkeit auszuschließen. Es muss also ein Überraschungsangriff beabsichtigt, die wahre Absicht verdeckt und der Überfall gezielt in einer für das Opfer überraschenden Weise durchgeführt werden. Hierfür genügen in der Regel das Entgegenreten mit vorgetauschter Friedfertigkeit oder ein von Heimlichkeit geprägtes Vorgehen. Das bloße Ausnutzen eines Überraschungsmoments reicht dagegen nicht aus [...].“

Vorliegend hat T der O Friedfertigkeit vorgespiegelt, wodurch er sie – als Beifahrer – zu einer abgelegenen Stelle lotsen konnte, wo er wiederum seinen Übergriff unter Ausnutzung der Enge der Fahrerkabine durchführen wollte. Insoweit genügen Tatbild und Intention grundsätzlich den Anforderungen an hinterlistiges Handeln iSd. Vorschrift.

2. Subjektiver Tatbestand

T nahm Verletzungen der O bei Ausführung der Stiche in Richtung des Oberkörpers billigend in Kauf, handelte insoweit also mit Eventualvorsatz.

Soweit T dabei (nur) an Verletzungen in Gestalt kleinerer Hautverletzungen am Oberkörper – hervorgerufen durch das Aufsetzen des Messers in Brust- und Bauchbereich – gedacht haben sollte, erweist sich der tatsächlich eingetretene Verletzungserfolg (Schnittwunde an der Hand infolge von Abwehrbewegungen) als unbeachtliche Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf.

Fraglich ist aber weiter, ob eine nur mit Eventualvorsatz begangene Körperverletzung sich mit der Annahme hinterlistiger Tatbegehung iSd. § 224 Abs. 1 Nr. 3 verträgt – dazu der Senat:

„Welche Vorsatzform für den subjektiven Tatbestand der Körperverletzung mittels hinterlistigen Überfalls erforderlich ist, ist nicht abschließend geklärt. Während die Kommentarliteratur teilweise ausdrücklich einen dolus directus verlangt [...] und die Rechtsprechung regelmäßig das planmäßige Verbergen der ‚Verletzungsabsicht‘ [...], findet sich andernorts der pauschale Hinweis, im Hinblick auf das Grunddelikt genüge bei § 224 StGB grundsätzlich bedingter Vorsatz [...]. Unklar ist damit insbesondere die

rechtliche Einordnung von Konstellationen, in denen der Täter eines Raubes oder einer Vergewaltigung dem Opfer eine Falle stellt und mit Eventualvorsatz (auch) eine Körperverletzung verwirklicht; ein solcher Täter agiert hinterlistig, aber ohne eine Verletzungsabsicht zu besitzen und zu verdecken.“

Demgegenüber betont der Senat im Anschluss die Besonderheit der hier zur Bewertung anstehenden Konstellation, die durch eine Zweistufigkeit gekennzeichnet sei:

„Der vorliegende Fall ist indes durch eine Zweistufigkeit gekennzeichnet, in welcher der Angeklagte zunächst in Verletzungsabsicht - die als Minus in der Tötungsabsicht enthalten war - vorging und diese planmäßig vor der Nebenklägerin verbarg. Er lockte sein Opfer trickreich in einen Hinterhalt, um es dort überraschend anzugreifen. Erst danach wechselte sein Vorsatz. Die Verletzung war nun nicht mehr sein Primärziel, er nahm sie im Folgenden nur noch billigend in Kauf. Gleichwohl ging der Angeklagte zäsurlos und überfallartig zum Angriff über, für den er die von ihm zuvor geschaffene Überraschungssituation ausnutzte.“

„Jedenfalls in einer solchen Konstellation“ hält der Senat (auch) die subjektiven Anforderungen an den hinterlistigen Überfall für gegeben. Zur Begründung greift er auf Wortlaut, Telos und Gesetzssystematik zurück.

Zum Wortlaut:

„Der Wortlaut der Vorschrift verlangt keine Einschränkung auf Fälle, in denen der Täter das Opfer absichtlich verletzt. Die drei Komponenten Hinterlist, Überfall und Kausalität (‚mittels‘) erfordern lediglich, dass eine Finte des Täters den überraschenden Angriff auf das Opfer ermöglicht und der Überrumpelungseffekt die Körperverletzung begünstigt. Diese Voraussetzungen sind auch dann erfüllt, wenn der Täter im letzten Moment von seiner Absicht abrückt und das Opfer nur mit Eventualvorsatz verletzt. Denn auch dann liegt die vom Tatbestand geforderte kausale Verknüpfung zwischen List und Körperverletzung vor.“

Zum Grund hinter der Strafschärfung:

„Außerdem ist es gerade die Irreführung, welche die abstrakte Gefährlichkeit im Vergleich zum Grunddelikt erhöht, nicht der Vorsatzgrad bei der eigentlichen Verletzungshandlung. Befindet sich das Opfer in der Falle, ist seine Verteidigungsmöglichkeit eingeschränkt, unabhängig davon, ob der Täter es absichtlich oder (nur noch) mit bedingtem Vorsatz angreift. In beiden Fällen wirkt das inszenierte Überraschungsmoment fort und ermöglicht oder erleichtert die Körperverletzung. [...] Auch das Tatunrecht wird durch den späten Vorsatzwechsel allenfalls unwesentlich verringert. Es liegt hier kein bloßes Ausnutzen eines ungeplanten Überraschungsmoments vor, sondern ein gezieltes Täuschungsmanöver des Täters, von welchem er bei der Verletzung Gebrauch macht.“

² Heinrich, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2018), § 1 WaffG Rn. 125.

Zur Gesetzssystematik:

„Schließlich fügt sich diese Auslegung von § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB in die Systematik der Vorschrift ein. Bei den anderen Tatvarianten ist ebenfalls anerkannt, dass für die Verwirklichung des Grunddelikts Eventualvorsatz genügt [...]. § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB unterscheidet sich zwar von diesen, weil die Norm mit der ‚Hinterlist‘ ein inneres Merkmal beschreibt, das zielgerichtetes Vorgehen voraussetzt. Allen Qualifikationen ist jedoch gemein, dass die entsprechende Begehungsweise die abstrakte Gefährlichkeit der Tat erhöht. Für die subjektive Tatbestandsverwirklichung der anderen Tatvarianten gilt vor diesem Hintergrund, dass es ausreicht, wenn der Täter die Umstände (er-)kennt, die die Steigerung der abstrakten Gefährlichkeit bedingen [...]. Diese Steigerung oder überhaupt die Verwirklichung des Grunddelikts bezwecken muss er nicht. Übertragen auf das Tatbestandsmerkmal der Hinterlist bedeutet dies, dass der Täter nur wissen muss, dass sein Täuschungsmanöver die Körperverletzung ermöglicht oder erleichtert und potentiell in ihrer Erheblichkeit erhöht.“

Nach Wortlaut, Telos und Systematik steht eine nur eventualvorsätzliche Verwirklichung des Grunddelikts (§ 223) der Bejahung hinterlistigen Vorgehens iSd. § 224 Abs. 1 Nr. 3 jedenfalls dann nicht entgegen, wenn der Täter zum Zeitpunkt der Vornahme der ersten „Täuschungshandlung“ (noch) mit Verletzungsabsicht handelte.

Hinweis

Unter Zugrundelegung der vom Senat herangezogenen Argumente dürfte ein hinterlistiger Überfall auch in den – vom Senat bewusst offen gelassenen – Konstellationen zu bejahen sein, in denen der Täter das Opfer von vornherein zu anderen als Verletzungszwecken in eine Falle lockt (Raub, sexueller Übergriff o.Ä.) und dabei Verletzungen des Opfers „nur“ billigend in Kauf nimmt. Die vom Wortlaut „geforderte kausale Verknüpfung zwischen List und Körperverletzung“ liegt ungeachtet dessen vor, mit welchem tatbestandlichen (Primär-)Ziel die List eingesetzt wird – der „Überrumpelungseffekt“ ist so oder so gegeben. Damit ist auch schon der Bogen zum Telos hinter der Strafschärfung geschlagen – die durch das (hinter-)listige Vorgehen bewirkte Einschränkung der Verteidigungsmöglichkeiten birgt besondere (abstrakte) Gefahren in sich, welche ungeachtet des jeweiligen Vorsatzgrades bestehen. Entsprechend genügt auch für die anderen Tatvarianten des § 224 Abs. 1 eine „nur“ eventualvorsätzliche Verwirklichung des Grunddelikts.

Etwas Anderes ergibt sich für die – wie gesagt: vom Senat nicht zu entscheidende – Konstellationen gänzlich fehlender Verletzungsabsicht auch nicht daraus, dass „Hinterlist ein inneres Merkmal beschreibt, das zielgerichtetes Vorgehen voraussetzt“. Denn die Zielgerichtetheit kann auch auf die Herbeiführung der für das Opfer ungünstigen, für den Täter dagegen äußerst günstigen Umstände bezogen werden – mit anderen Worten: es genügt, wenn

die Situation eingeschränkter Verteidigungsmöglichkeiten zielgerichtet herbeigeführt wird.

Wie der BGH eine solche Konstellation zu entscheiden gedächte, bleibt vorerst offen. Die wesentlichen Argumente hat er in jedem Falle bereits auf den Tisch gelegt.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs- oder Schuldausschließungsgründe sind nicht ersichtlich.

III. Ergebnis

T hat sich durch das Stechen in Richtung des Bauch- und Brustbereichs der O wegen gefährlicher Körperverletzung gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 2, 3 strafbar gemacht.

Abschließende Hinweise

Vertretbar erscheint es mit Blick auf den vorliegenden Sachverhalt, auch § 224 Abs. 1 Nr. 5 (lebensgefährdende Behandlung) anzusprechen. Eine konkrete Lebensgefahr ist aufseiten des Opfers freilich nicht eingetreten. Fraglich ist darüber hinaus, ob von einer abstrakt lebensgefährdenden Behandlung ausgegangen werden kann. Nach den Sachverhaltsmitteilungen setzte der Täter das Messer „nur“ auf dem Oberkörper des Opfers auf, ohne dass die Kleidung durchdrungen wurde. Dieses „gemäßigte“ Vorgehen mag gegen eine auch nur abstrakte Lebensgefahr sprechen. Demgegenüber kann auf die Zielrichtung des Messereinsatzes – den Oberkörper – sowie mögliche plötzliche Abwehr- und Fluchtreaktionen des Opfers verwiesen werden, aufgrund derer das Messer doch tiefer in den Oberkörper hätte eindringen können – d.h.: es finden sich Argumente sowohl für als auch gegen die Annahme einer abstrakt lebensgefährdenden Behandlung. Sollte eine abstrakte Lebensgefahr bejaht werden, ist im Anschluss noch zu begründen, weshalb es zur Bejahung der Qualifikation keines konkreten Gefahreintritts bedarf.³

Ass. iur. Dr. **Alexander Bechtel**

Akademischer Mitarbeiter

Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Computerstrafrecht (Prof. Dr. Jörg Eisele)

Eberhard Karls Universität Tübingen

► **Inhaltsverzeichnis**

³ Zur hM., die eine abstrakt lebensgefährdende Behandlung genügen lässt, vgl. nur Eisele, BT I, 6. Aufl. (2021), Rn. 341; Rengier, BT II, 22. Aufl. (2021), § 14 Rn. 50.

RECHTSPRECHUNG

ÖFFENTLICHES RECHT

Bundesverfassungsgericht

Verletzung des Grundrechts der Meinungsfreiheit durch die Verurteilung wegen Beleidigung eines Richters

Beschluss vom 16. Oktober 2020, Az.: 1 BvR 1024/19

1. Das Grundrecht der Meinungsfreiheit erfordert als Voraussetzung einer strafgerichtlichen Verurteilung nach § 185 StGB im Normalfall eine abwägende Gewichtung der Beeinträchtigungen, die der persönlichen Ehre auf der einen und der Meinungsfreiheit auf der anderen Seite drohen.

2. Eine Verurteilung kann ausnahmsweise auch ohne eine solche Abwägung gerechtfertigt sein, wenn es sich um Äußerungen handelt, die sich als Angriff auf die Menschenwürde, Formalbeleidigung oder Schmähung darstellen.

3. Aufgrund des besonderen Schutzbedürfnisses der Machtkritik ist zu beachten, dass Bürger von ihnen als verantwortlich angesehene Amtsträger in anklagender und personalisierter Weise für deren Art und Weise der Macht ausübung angreifen können, ohne befürchten zu müssen, dass die personenbezogenen Elemente solcher Äußerungen aus diesem Kontext herausgelöst werden und die Grundlage für einschneidende gerichtliche Sanktionen bilden.

(Leitsätze des Bearbeiters)

A) Sachverhalt

Der Beschwerdeführer richtet sich mit seiner Verfassungsbeschwerde gegen die strafgerichtliche Verurteilung wegen der Beleidigung eines Familienrichters.

Im Rahmen eines familienrechtlichen Verfahrens erließ das Familiengericht zugunsten der vom Beschwerdeführer getrenntlebenden Mutter des gemeinsamen Kindes eine einstweilige Anordnung und übertrug ihr die Entscheidung über die Durchführung einer Auslandsreise mit dem Kind. In der vom Beschwerdeführer beantragten mündlichen Verhandlung lächelte der zuständige Familienrichter nach Wahrnehmung des Beschwerdeführers süffisant und kündigte an, zu dessen Lasten zu entscheiden. Gegen die Entscheidung könne der Beschwerdeführer aber Beschwerde einlegen. Auf die vom Beschwerdeführer sodann eingelegte Beschwerde reagierte der zuständige Familiensenat des Oberlandesgerichts rund einen Monat nach Rückkehr des Kindes mit dem Hinweis, der Beschwerdeführer möge mit Blick auf die eingetretene Erledigung die Beschwerde zurücknehmen.

Der Beschwerdeführer erhob infolgedessen Dienstaufsichtsbeschwerde gegen den Familienrichter. Dieser habe seine Beschwerde bis zur Erledigung bewusst nicht bearbeitet. Der Landgerichtspräsident teilte dem Beschwerdeführer daraufhin mit, der Familienrichter habe die Akte nach eigener Aussage unverzüglich dem zuständigen Oberlandesgericht vorgelegt. Darauf reagierte der Beschwerdeführer mit einem Schreiben, in dem es unter anderem hieß:

„Nach meinem Rechtsempfinden steht es einem Richter ohnehin nicht zu, bei seiner Urteilsverkündung dem Geschädigten mit einem dämlichen Grinsen Ratschläge wie er könne ja Beschwerde gegen sein Urteil einlegen zu erteilen, erst recht wenn er anscheinend davon ausgeht, dass die Beschwerde sowieso nachträglich behandelt wird. Wenn es um das Kinderwohl seiner eigenen Kinder ginge, unterstelle ich [...], dass er nicht mehr so lax mit den Terminen umgehen und erst recht nicht dabei dämlich grinsen würde.“

Aufgrund dieser Äußerung verurteilte das Amtsgericht den Beschwerdeführer wegen Beleidigung zu einer Geldstrafe. Die Berufung des Beschwerdeführers verwarf das Landgericht mit der Begründung, es handele sich um eine Formalbeleidigung. Die Äußerung des Beschwerdeführers sei nicht als überspitzte Kritik an der Sachentscheidung des Familienrichters zu verstehen. Vielmehr stünde die Diffamierung des Betroffenen im Vordergrund. Das Bayerische Oberste Landesgericht verwarf die Revision des Beschwerdeführers als unbegründet.

Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer die Verletzung seines Grundrechts auf Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG.

B) Verfahrensgang

Die Kammer hat der Verfassungsbeschwerde nach §§ 93c Abs. 1 S. 1, 2 iVm. 93a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG durch Beschluss stattgegeben.¹ Diese stattgebende Kammerentscheidung setzt gemäß § 93c Abs. 1 S. 1 BVerfGG voraus, dass die maßgebliche verfassungsrechtliche Frage bereits entschieden und die Verfassungsbeschwerde damit offensichtlich begründet ist. Zudem müssen die Voraussetzungen des § 93a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG erfüllt sein. Diese Entscheidungsbefugnis der Kammern trägt zur Entlastung der Senate des Bundesverfassungsgerichts maßgeblich bei.²

¹ BVerfG, Beschl. v. 16.10.2020, Az.: 1 BvR 1024/19, Rn. 8.

² *Grafshof*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, 60. EL (Juli 2020), § 93c Rn. 2.

C) Die Entscheidung der Kammer

I. Zulässigkeit

Das Bundesverfassungsgericht ist für die Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde zuständig gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG. Der Beschwerdeführer ist gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG beschwerde- und als volljährige natürliche Person auch prozessfähig. Die strafgerichtliche Verurteilung des Beschwerdeführers durch den Beschluss des Bayerischen Obersten Landesgerichts und das Urteil des Landgerichts ist als Akt der rechtsprechenden Gewalt tauglicher Beschwerdegegenstand. Es ist nicht nach jeder Betrachtungsweise offensichtlich und eindeutig ausgeschlossen, dass die angegriffene Entscheidung die Bedeutung und Tragweite des Grundrechts auf Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG verkannt hat. Der Beschwerdeführer ist deshalb auch beschwerdebefugt. Der Beschwerdeführer hat alle zulässigen und zumutbaren prozessualen Möglichkeiten zur Beseitigung der behaupteten Grundrechtsverletzung ergriffen und somit den Rechtsweg erschöpft, Art. 94 Abs. 2 GG, § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG. Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

II. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn der Beschwerdeführer durch den angegriffenen Akt der öffentlichen Gewalt tatsächlich in seinen Grundrechten verletzt ist. Der Beschwerdeführer könnte in seinem Grundrecht auf Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG verletzt sein.

1. Schutzbereich

Von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützt sind Meinungen, Werturteile und wertende Stellungnahmen, die durch Elemente der subjektiven Stellungnahme oder des Dafürhaltens geprägt sind.³ Das Bundesverfassungsgericht legt den sachlichen Schutzbereich der Meinungsfreiheit damit weit aus:

„Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG gibt jedem das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten. [...] Dies gilt ungeachtet des womöglich ehrschmälernden Gehalts einer Äußerung. Dass eine Aussage polemisch oder verletzend formuliert ist, entzieht sie nicht dem Schutzbereich des Grundrechts [...]. Der Beschwerdeführer positioniert sich vorliegend mit der Beschreibung, der Familienrichter habe in der mündlichen Verhandlung seine Vorstellung einer Entscheidung umrissen und dem in der Sache unterlegenen Kindesvater süffisant – dämlich grinzend – den Ratschlag erteilt, doch Beschwerde gegen die Entscheidung einzulegen, zur Amtsführung des Richters.“

Der Schutzbereich des Grundrechts auf Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG ist also eröffnet.

Hinweis

Die Frage, ob die Äußerung des Beschwerdeführers als Formalbeleidigung oder Schmähkritik zu qualifizieren ist, kann auch schon an dieser Stelle erörtert werden.⁴ Die Entscheidungsbesprechung orientiert sich am Aufbau der Originalentscheidung.

2. Eingriff

Der strafgerichtlichen Verurteilung des Beschwerdeführers liegt die in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG fallende Äußerung zugrunde. Ein Eingriff in die Meinungsfreiheit des Beschwerdeführers ist damit gegeben.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Verletzt ist das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, wenn der Eingriff verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt ist.

a) Schranke

Art. 5 Abs. 2 GG normiert einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt, wonach das Grundrecht der Meinungsfreiheit seine Grenzen unter anderem in den allgemeinen Gesetzen findet. Die angegriffenen Entscheidungen beruhen auf § 185 StGB, der als allgemeines Gesetz anerkannt ist.⁵

b) Formalbeleidigung und Schmähkritik

Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts verlangt eine Verurteilung nach § 185 StGB grundsätzlich eine „*abwägende Gewichtung der Beeinträchtigungen, die der persönlichen Ehre auf der einen und der Meinungsfreiheit auf der anderen Seite drohen*“. Von diesem Grundsatz weicht das Gericht nur in Fällen einer Formalbeleidigung oder einer Schmähkritik ab. An diese Ausnahmefälle werden jedoch strenge Anforderungen gestellt:

„Auch eine überzogene, völlig unverhältnismäßige oder sogar ausfällige Kritik macht eine Äußerung noch nicht zur Schmähung, so dass selbst eine Strafbarkeit von Äußerungen, die die persönliche Ehre erheblich herabsetzen, in aller Regel eine Abwägung erfordert [...]. Eine Äußerung nimmt den Charakter als Schmähung vielmehr erst dann an, wenn nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund steht [...].“

Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts erfüllt die Äußerung des Beschwerdeführers diese strengen Kriterien nicht:

„Der Gesichtspunkt der Formalbeleidigung rechtfertigt die angegriffenen Entscheidungen nicht. Die Beschreibung der Verhaltensweise des Familienrichters mit den Worten, dieser habe dem Beschwerdeführer „mit einem dämlichen Grinsen“ den Ratschlag erteilt, Beschwerde einzulegen, gehört ganz offensichtlich nicht zum kleinen Kreis sozial absolut tabuisierter Schimpfwörter, deren einziger Zweck es ist, andere Personen herabzusetzen.“

Die strafgerichtliche Verurteilung kann sich ebensowenig auf den Gesichtspunkt der Schmähkritik stützen. Zutreffend geht das Landgericht davon aus, dass eine Schmähung dann vorliegt, wenn eine Äußerung der grundlosen Verächtlichmachung dienen soll, ohne dass es einen irgendwie nachvollziehbaren Bezug mehr zu einer sachlichen Auseinandersetzung gibt. [...]

Der eine Schmähkritik ausschließende, hinreichende Sachbezug ergibt sich hier [...] daraus, dass die Dienstaufsichtsbeschwerde das Verhalten und die Verfahrensführung des

³ BVerfG NJW 2013, 217 (218).

⁴ So etwa ▶Majer/Pautsch, JSE 2021, 5 (6 f.).

⁵ BVerfG, Beschl. v. 16.10.2020, Az.: 1 BvR 1024/19, Rn. 13.

Richters im konkreten familiengerichtlichen Verfahren be-
anstandet. [...] Die Äußerung, der Richter habe sich in un-
gehöriger Weise – dämlich grinsend – verhalten, [...] ist
damit anlassbezogenes Mittel zum Zweck der Kritik eines
Sachverhaltes, selbst wenn sie in ihrer konkreten Form un-
sachlich und ehrverletzend ist.“

c) Abwägung und Prüfungsmaßstab

Da eine Ausnahmekonstellation nicht vorliegt, muss die Mei-
nungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 mit dem allgemeinen Per-
sönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG in einen an-
gemessenen Ausgleich gebracht werden. Die von den Fachge-
richten vorgenommene Abwägung wird dabei vom Bundesver-
fassungsgericht nur mit Blick auf grundrechtliche Anforderungen
überprüft:

„Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts ist es lediglich zu
überprüfen, ob die Fachgerichte [...] Bedeutung und Trag-
weite der durch die strafrechtliche Sanktion betroffenen
Meinungsfreiheit ausreichend berücksichtigt und inner-
halb des ihnen zustehenden Wertungsrahmens die jeweils
für den Fall erheblichen Abwägungsgesichtspunkte identi-
fiziert und ausreichend in Rechnung gestellt haben. Zu den
hierbei zu berücksichtigenden Umständen können insbe-
sondere Inhalt, Form, Anlass und Wirkung der betreffen-
den Äußerung sowie Person und Anzahl der Äußernden,
der Betroffenen und der Rezipienten gehören [...].“

aa) Machtkritik

Im Rahmen der Beleidigung von Amtsträgern misst das Bundes-
verfassungsgericht dem Aspekt der Machtkritik eine besondere
Bedeutung bei.⁶ Es sei ein Teil der grundrechtlich geschützten
Freiheit,

„dass Bürger von ihnen als verantwortlich angesehene
Amtsträger in anklagender und personalisierter Weise für
deren Art und Weise der Machtausübung angreifen kön-
nen, ohne befürchten zu müssen, dass die personenbezoge-
nen Elemente solcher Äußerungen aus diesem Kontext her-
ausgelöst werden und die Grundlage für einschneidende
gerichtliche Sanktionen bilden [...].“

Den Bezug der Äußerung zur richterlichen Tätigkeit des Be-
troffenen arbeitet die Kammer im Folgenden heraus:

„Angesichts der sonstigen Äußerungen des Beschwerde-
führers [...], die den Ablauf des familienrechtlichen Verfah-
rens und die Behandlung der Beschwerde zum Gegenstand
haben, ist es jedoch naheliegend, die Äußerung auf das be-
rufliche Tätigwerden des betroffenen Richters zu beziehen.
Für einen solchen Bezug gerade zur Amtsführung spricht
der Kontext der Äußerung [...].“

bb) Form und Begleitumstände der Äußerung

Als weitere Aspekte berücksichtigt das Bundesverfassungsge-
richt „Form und Begleitumstände einer Äußerung“ und weist in-
soweit auf den Zusammenhang mit dem familiengerichtlichen
Verfahren hin:

„Abwägungsrelevant kann ferner sein, ob Äußernden aufgrund ih-
rer beruflichen Stellung, Bildung und Erfahrung zuzumuten ist,
auch in besonderen Situationen – beispielsweise gerichtlichen und
behördlichen Verfahren – die äußerungsrechtlichen Grenzen zu
kennen und zu wahren. In diesem Zusammenhang ist ebenfalls er-
heblich, ob und inwieweit für die betreffende Äußerung ein kon-
kreter und nachvollziehbarer Anlass bestand oder ob sie aus nich-
tigen oder vorgeschobenen Gründen getätigt wurde. Hierbei ist
auch der Gesichtspunkt des sogenannten „Kampfs um das Recht“
zu berücksichtigen. Danach ist es im Kontext rechtlicher Ausei-
nandersetzungen grundsätzlich erlaubt, besonders starke und
eindringliche Ausdrücke zu benutzen, um Rechtspositionen und
Anliegen zu unterstreichen [...].

cc) Konkrete Verbreitung und Wirkung der Äußerung

Zudem stellt das Bundesverfassungsgericht auf die konkrete
Verbreitung der Äußerung ab:

„Erhält nur ein kleiner Kreis von Personen von einer ehrbe-
einträchtigenden Äußerung Kenntnis oder handelt es sich
um eine nicht schriftlich oder anderweitig perpetuierte Äu-
ßerung, ist die damit verbundene Beeinträchtigung der per-
sönlichen Ehre geringfügiger und flüchtiger als im gegen-
teiligen Fall. Demgegenüber ist die beeinträchtigende Wir-
kung einer Äußerung beispielsweise gesteigert, wenn sie
[...] sichtbar in einem der allgemeinen Öffentlichkeit zu-
gänglichen Medium getätigt wird.“

d) Zwischenergebnis

Die angegriffenen Entscheidungen lassen aus Sicht des Bundes-
verfassungsgerichts „keine hinreichende Auseinandersetzung mit
der konkreten Situation, in der die Äußerung gefallen ist, erken-
nen und zeigen nicht auf, weshalb das Interesse an einem Schutz
des Persönlichkeitsrechts des in seiner Amtsausübung angegriffe-
nen Familienrichters die für die Zulässigkeit der Äußerung spre-
chenden Gesichtspunkte überwiegt“. Der Eingriff in den Schutz-
bereich des Grundrechts der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1
S. 1 GG ist daher verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt.

4. Zwischenergebnis

Der angegriffene Akt der öffentlichen Gewalt verkennt die Be-
deutung und Tragweite des Grundrechts auf Meinungsfreiheit
gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG. Die Verfassungsbeschwerde ist des-
halb begründet.

III. Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig und begründet.

Abschließende Hinweise

Das Bundesverfassungsgericht arbeitet wiederholt her-
aus, dass der sachliche Schutzbereich der Meinungsfrei-
heit gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG weit zu fassen ist. Eine
Äußerung ist erst dann nicht mehr von der Meinungsfrei-
heit gedeckt, wenn sie als Formalbeleidigung oder
Schmähekritik zu qualifizieren ist. An diese Ausnahme-
fälle sind strenge Kriterien anzulegen. Liegt keine dieser
Ausnahmen vor, müssen Meinungsfreiheit und allgemei-
nes Persönlichkeitsrecht im Wege einer Abwägung in ei-
nen angemessenen Ausgleich gebracht werden.

⁶ BVerfG, Beschl. v. 16.10.2020, Az.: 1 BvR 1024/19, Rn. 18.

Studierenden bietet der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts die Möglichkeit, sich mit den Begriffen der Formalbeleidigung und der Schmähkritik näher auseinanderzusetzen. Häufig ist auch die Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht Gegenstand von Übungs- und Examensklausuren. Die Problematik kann Studierenden dabei sowohl im verfassungsrechtlichen als auch im strafrechtlichen Fall begegnen. Auch vor diesem Hintergrund lohnt sich ein Blick auf weitere Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Problemkreis der Beleidigung von Amtsträgern.⁷

Florian Feigl

Referendar

Oberlandesgericht Stuttgart

z. Zt. Staatsministerium Baden-Württemberg

► **Inhaltsverzeichnis**

⁷ Aus der aktuellen Rechtsprechung etwa BVerfG NJW 2021, 148 ff.; BVerfG NJW 2021, 298 ff.

RECHTSPRECHUNG

ÖFFENTLICHES RECHT

Europäischer Gerichtshof

Der Schutz von Ruhe- und Fortpflanzungsstätten nach der Habitatrichtlinie endet erst, wenn keine hinreichend hohe Wahrscheinlichkeit der Wiederkehr besteht

Urteil vom 02. Juli 2020, Az.: C-477/19

Art. 12 Abs. 1 Buchst. d der Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen ist dahin auszulegen, dass unter dem Begriff „Ruhestätten“ im Sinne dieser Bestimmung auch Ruhestätten zu verstehen sind, die nicht mehr von einer der in Anhang IV Buchst. a der Richtlinie genannten geschützten Tierarten, wie etwa dem *Cricetus cricetus* (Feldhamster), beansprucht werden, sofern eine hinreichend hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass diese Art an diese Ruhestätten zurückkehrt, was zu prüfen Sache des vorlegenden Gerichts ist.

(Amtlicher Leitsatz)

A) Sachverhalt

Ein Bauträger verrichtete auf einem Grundstück verschiedene Arbeiten, nachdem er Informationen über eine Ansiedlung von Feldhamstern erhielt und von einem ökologischen Sachverständigen die Feldhamster samt deren Nutzung der Hamsterbaue und die Baueingänge kartieren lies. Im Rahmen der Vorbereitung der Bautätigkeit wurde die Grasnarbe abgetragen, der Bauplatz freigemacht und in der unmittelbaren Nähe der ueingänge eine Baustraße angelegt. Insbesondere mit der Abtragung der Grasnarbe verfolgte der Bauträger das Ziel, dass der Feldhamster das Baufeld verlies und sich auf andere – hierfür vorgesehene und geschützte – Flächen ansiedelte. Eine entsprechende behördliche Genehmigung beantragte der Bauträger nicht und wurde infolgedessen auch vor Beginn der Bauarbeiten nicht erteilt. Mindestens zwei Baueingänge wurden zerstört.

Der Magistrat der Stadt Wien verhängte eine Geldstrafe, die in Ersatzfreiheitsstrafe umgewandelt werden kann. Gegen diese Strafe erhob der Betroffene Beschwerde beim Verwaltungsgericht Wien und begründete diese u.a. damit, dass die Feldhamsterbaue zu dem Zeitpunkt der o.g. Baumaßnahmen nicht benutzt seien.

B) Verfahrensgang

Das Verwaltungsgericht setzte das Gerichtsverfahren aus und legte dem EuGH acht Fragen vor, darunter insbesondere die Frage, ob der Begriff „Ruhestätte“ im Sinne von Art. 12 Abs. 1

Buchst. d der Habitatrichtlinie dahin gehend auszulegen sei, dass darunter auch mittlerweile verlassene ehemalige Ruhestätten zu verstehen seien? Der EuGH führte im Urteil aus, dass die fünfte Vorlagefrage unzulässig sei und die Vorlagefragen zwei bis vier und sechs bis acht aufgrund deren hypothetischer Natur im Vorlageverfahren nicht beantwortet werden müssten.

C) Die Entscheidung der Kammer

Der EuGH äußerte sich in diesem Urteil lediglich zu der ersten Vorlagefrage inhaltlich und führte zur Begründung aus, dass Ruhestätten im Sinne des Art. 12 Abs. 1 Buchst. d¹ der Habitatrichtlinie² auch die Stätten umfasse, die gegenwärtig nicht mehr von einem in Anhang IV Buchst. a der Richtlinie genannten Tier genutzt werden, sofern eine hinreichend hohe Wahrscheinlichkeit der Rückkehr der Tierart bestünde.

Der Gerichtshof legt diese Vorschrift nach deren Wortlaut, systematischer Stellung sowie Sinn und Zweck aus. Dem Wortlaut seien keine Anhaltspunkte für die Auslegung des Begriffes „Ruhestätten“ zu entnehmen. Im Rahmen der systematischen Auslegung stellte der EuGH zunächst klar, dass keine Definition des Begriffes „Ruhestätten“ in der Richtlinie enthalten sei. Allerdings umfasse Art. 12 Abs. 1 Buchst. d der Habitatrichtlinie auch unabsichtliche Handlungen, wie der Vergleich mit Art. 12 Abs. 1 lit. a) bis c) verdeutliche. Aufgrund der fehlenden Beschränkung auf absichtliche Handlungen in Buchst. d seien Fortpflanzungs- und Ruhestätten stärker vor Beschädigungen oder Vernichtungen geschützt. Das Verbot nach Buchst. d stelle nicht unmittelbar auf die Tierarten, sondern auf wichtige Teile ihres Lebensraumes ab. Aus diesen Überlegungen folgert der Gerichtshof, dass die Tiere an den Fortpflanzungs- und Ruhestätten ausreichende Bedingungen vorfinden müssten. Dies könne auch dem Leitfaden der Kommission und der in diesem enthaltenen Formulierung „auch dann zu schützen sind, wenn sie nicht ständig besetzt sind, aber die betreffenden Arten mit einigermaßen großer Wahrscheinlichkeit an diese Stätten zurückkehren werden“ entnommen werden. Letztlich stütze auch das mit der Habitatrichtlinie verfolgte Ziel des strengen Schutzes der Tierarten diese Auslegung. Der strenge Schutz der Tiere erfordere ein geeignetes Schutzsystem, insbesondere vor Eingriffen in den Lebensraum der Tiere. Mit diesem Ziel wäre es unvereinbar, wenn

¹ Der Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 Buchst. d der Habitatrichtlinie: „Die Mitgliedstaaten treffen die notwendigen Maßnahmen, um ein strenges Schutzsystem für die in Anhang IV Buchstabe a) genannten Tierarten in deren natürlichen Verbreitungsgebieten einzuführen; dieses verbietet: d) jede Beschädigung oder Vernichtung der Fortpflanzungs- oder Ruhestätten.“

² Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, Abl. L 206 vom 22.7.1992, S. 7.

den Ruhe- und Fortpflanzungsstätten dieser Schutz versagt werden würde, obwohl eine hinreichend hohe Wahrscheinlichkeit für eine Rückkehr der Tiere bestünde, was allerdings das vorliegende Gericht prüfen müsse.

Felix Steengrafe

Rechtsanwalt (Syndikusrechtsanwalt)

Bremen

Abschließende Hinweise

Das Artenschutzrecht ist in der juristischen Ausbildung eher ein Randbereich. Gleichwohl ist das Artenschutzrecht für viele Bereiche des Besonderen Verwaltungsrechts von zentraler Bedeutung und verfügt damit auch für Studierende mit einem Schwerpunkt im Verwaltungs- bzw. Umwelt-, Bau- und Planungsrecht über Bedeutung. In der Rechtspraxis kann das Artenschutzrecht bspw. im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren eine wesentliche Hürde darstellen und ist Gegenstand vieler Rechtsstreitigkeiten.

In Deutschland ist der Schutz der Fortpflanzungs- und Ruhestätten in § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG normiert und enthält das Verbot der Entnahme, Beschädigung und Zerstörung der Fortpflanzungs- und Ruhestätten von wild lebenden Tieren der besonders geschützten Arten. Die besonders geschützten Arten werden in § 7 Abs. 2 Nr. 13 BNatSchG definiert. Ähnlich des Wortlautes von Art. 12 Abs. 1 Buchst. d der Habitatrichtlinie enthält auch der Wortlaut von § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG keine Einschränkungen oder Erstreckung bezüglich einer zeitlichen Nutzungsdauer. Gleichwohl sprach die Rechtsprechung § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG für die gesamte Nutzungsdauer einer Ruhe- oder Fortpflanzungsstätte einen Verbotscharakter für die Entnahme, Beschädigung oder Zerstörung zu. Unerheblich sei, ob sich die Tiere zu diesem Zeitpunkt an der Stätte aufhielten.³ Nach dem BVerwG müsse nach den „[...] Lebensgewohnheiten der Art eine regelmäßig wiederkehrende Nutzung zu erwarten [...]“⁴ sein, um den Schutz des § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG auf zu diesem Zeitpunkt nicht mit Tieren besetzten Fortpflanzungs- und Ruhestätten zu erstrecken. Das Gericht stützte sich bei dieser Entscheidung auf den mit § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG verfolgtem Zweck des Erhaltes der Funktion dieser Stätten.⁵ Insgesamt dürfte diese Rechtsprechung des BVerwG der Anforderung des EuGH mit einer hinreichend hohen Wahrscheinlichkeit der Rückkehr genügen. Der Schutz endet nach der deutschen Rechtsprechung erst mit der endgültigen Aufgabe der Ruhe- oder Fortpflanzungsstätte durch das Tier.⁶ Im Umkehrschluss bedeutet dies aber auch, dass eine bloße potentiell geeignete Ruhe- oder Fortpflanzungsstelle ohne eine konkrete (frühere) Nutzung nicht dem Schutz des § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG unterfällt.⁷ Dies gilt nach dem BVerwG auch für nicht standorttreue Tierarten.⁸

► Inhaltsverzeichnis

³ BVerwG, Urt. v. 06.04.2017, Az.: 4 A 16/16 = NVwZ-RR 2017, 768, Rn. 82; BVerwG, Urt. v. 18.03.2009, Az.: 9 A 39/07 = NVwZ 2010, 44, Rn. 66; BVerwG, Urt. v. 06.11.2013, Az.: 9 A 14/12 = NVwZ 2014, 714, Rn. 114; Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Werkstand: 93. EL (August 2020), BNatSchG, § 44, Rn. 18; Gläß, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, 57. Edition (Stand: 01.01.2021), BNatSchG, § 44, Rn. 30; Heugel, in: Lütkes/Ewer, BNatSchG, 2. Aufl. (2018), § 44, Rn. 17.

⁴ BVerwG, Urt. v. 18.03.2009, Az.: 9 A 39/07 = NVwZ 2010, 44, Rn. 66.

⁵ BVerwG NVwZ-RR 2017, 768 (Rn. 82); BVerwG NVwZ 2010, 44 (Rn. 66); BVerwG NVwZ 2014, 714 (Rn. 114).

⁶ Heugel, in: Lütkes/Ewer, BNatSchG, 2. Aufl. (2018), § 44, Rn. 17; Gläß, in: BeckOK Umweltrecht, Giesberts/Reinhardt, 57. Edition (Stand: 01.01.2021), BNatSchG, § 44, Rn. 30.

⁷ Heugel, in: Lütkes/Ewer, BNatSchG, 2. Aufl. (2018), § 44, Rn. 17.

⁸ BVerwG, Urt. v. 12.03.2008, Az.: 9 A 3/06, Rn. 222.

REZENSION

Verlag C.H.Beck, München

Leuschner/Sajnovits/Wilhelm **Fälle zum Kapitalgesellschafts- und Kapitalmarktrecht (2021)**

Das Kapitalgesellschafts- und Kapitalmarktrecht bilden elementare Bestandteile des Wirtschafts- bzw. Unternehmensrechts und sind von großer praktischer Bedeutung. Diese hohe praktische Relevanz spiegelt sich zurecht in der universitären Ausbildung wider. So gehören genannte Rechtsbereiche zum Standardangebot jeder guten universitären Schwerpunktausbildung des juristischen Studiums. Dabei gilt für diese, wie schon für das juristische Studium generell, dass allen Studentinnen und Studenten für ein effektives Lernen das Üben anhand von Fällen, konkret dem Klausurschreiben, sehr ans Herz zu legen ist. Dies sei nicht nur jenen empfohlen, deren Universitätsprüfung eine Klausur verlangt, sondern auch all jenen, die neben mündlicher Prüfung keine Klausur, sondern eine Studienarbeit anzufertigen haben. Denn wird das theoretische Studium durch die Falllösung konkretisiert und werden die Probleme, etwa der verdeckten Sacheinlage oder Existenzvernichtungshaftung, nicht nur nachgelesen, sondern auch angewendet, wird vieles handfester und besser verständlich.

Mit „Fälle zum Kapitalgesellschafts- und Kapitalmarktrecht“ ist nunmehr ein neues Fallbuch erhältlich, welches die beiden Bereiche des Kapitalgesellschafts- und Kapitalmarktrechts miteinander verbindet und sich explizit den zwischen diesen Rechtsgebieten bestehenden Verknüpfungen widmet. Das Werk erscheint in erster Auflage in der Reihe „Juristische Fall-Lösungen“ des C.H.Beck-Verlags und ist für einen Preis von EUR 26,90 zu erwerben. Autoren sind Prof. Dr. Lars Leuschner von der Universität Osnabrück sowie von der Johannes-Gutenberg-Universität Mainz die Herren Dr. Alexander Sajnovits, M.Sc. (Oxford) und Dr. Alexander Wilhelm, Mag.iur. Auf insgesamt 294 Seiten bieten diese insgesamt 13 Fälle auf einem Niveau, wie es für die universitäre Schwerpunktpflichtprüfung oder als Teil der Ersten juristischen Prüfung verlangt wird. Die Klausuren sind zumeist für fünf Stunden konzipiert, lediglich vier der 13 Fälle werden von den Autoren mit einer Zeitvorgabe von drei Stunden gekennzeichnet. Die Falllösung wird dabei als „Musterlösung“ bezeichnet, welche den Anspruch erhebt, die in den Fällen enthaltenen Probleme möglichst umfassend abzubilden. Ein Fall wird dabei jeweils mit ein bis zwei Seiten Sachverhalt geschildert. Daran schließt sich eine Gliederung und manchmal auch eine bildliche Darstellung der Personen- bzw. Gesellschaftsverhältnisse im konkreten Fall an. Hierauf wiederum folgt jeweils eine Lösungsskizze mit kurzer Begründung und schließlich die ausformulierte Lösung, die gelegentlich noch mit weiterführenden Hinweisen oder auch mit empfohlenen Prüfungsschemata versehen wird.

All das kann im Ergebnis sehr gut gefallen. Die ausgewählten Fälle decken die relevantesten Bereiche gut ab und stellen damit verbundene Rechtsfragen und Probleme in der Falllösung ein-

gängig und lehrreich dar. Über Inhalts- und Sachverzeichnis lassen sich die jeweiligen Problemfelder schnell überblicken und auffinden, sodass auch ein gezieltes Klausurtraining zu ausgewählten Fragen gut möglich ist. Wem die ausformulierte Lösung bei wiederholtem Lernen zu viel sein mag, findet bereits in der kürzeren Lösungsskizze ausreichend Hinweise und kann bei noch verbleibenden Fragen gezielt nachlesen. Allein das Aufeinanderfolgen von Fall-Gliederung mit Seitenzahlen (1-2 Seiten) und der Lösungsskizze mit kurzer Begründung (2-4 Seiten) erscheint eher unnötig. Die Angabe der Seitenzahlen - sofern überhaupt als notwendig erachtet - hätte schlicht in die Lösungsskizze integriert und mit dem durch Weglassen der Gliederung gesparten Platz ein 14. oder gar 15. Fall angefügt werden können. Hervorragend gelungen sind die ausformulierten Lösungstexte, die leicht lesbar bleiben, die Probleme des Falls in angemessener Tiefe erläutern und gerade auch mit ihren weiterführenden Hinweisen und Prüfungsschemata sehr gefallen. Fußnoten sind dabei in ausreichender Zahl gesetzt und ermöglichen eine vertiefende Recherche in der einschlägigen Rechtsprechung und Literatur. Nutzerfreundlich wäre gewesen, wenn bei den jeweils behandelten Fragekreisen auch noch auf weitere Ausbildungsliteratur oder Fallbücher zur weiteren Einübung hingewiesen würde. Kaum ins Gewicht fällt, wenngleich dies bei einer Auflage aus 2021 nicht unerwähnt bleiben soll, dass die Neuregelung der Erstattungspflicht für Zahlungen bei Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung in § 15b InsO keine Berücksichtigung mehr fand bzw. finden konnte und die Falllösung noch mit inzwischen abgeschafften § 64 GmbHG arbeitet. Das kann jedoch den Gesamteindruck auf das im Ganzen äußerst gelungene Fallbuch nicht verstellen. Dieses kann allen Studierenden im Ergebnis nur wärmstens empfohlen werden.

Dr. Pius O. Dolzer

Rechtsassessor

Mannheim

► **Inhaltsverzeichnis**

Impressum

Redaktion

Benjamin Baisch
 Dr. Alexander Bechtel
 Prof. Dr. Sarah Bunk
 Richterin Dr. Caprice Doerbeck
 Dr. Pius O. Dolzer
 Jonas Eberhardt
 RiLG Dr. Guido Philipp Ernst
 Nina Fischer, Maître en Droit (Marseille)
 RA Steffen Follner
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.
 RR Dr. Christine Keilbach
 Prof. Dr. Christian F. Majer
 (*Schriftleiter*)
 Prof. Dr. Torsten Noak
 Ass. iur. Sascha Sebastian, M.mel.
 (*Stellvertretender Schriftleiter*)
 Julia Zaiser

Herausgeber

Verein der Zeitschrift JSE e.V.
 c/o Prof. Dr. Christian F. Majer
 Doblerstrasse 15
 D-72070 Tübingen

Vereinsvorstand:
 Prof. Dr. Christian F. Majer
 (*Vorsitzender*)
 Ass. iur. Sascha Sebastian, M.mel.
 (*Stellv. Vorsitzender*)
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.
 (*Schatzmeister*)
 RiLG Dr. Guido Philipp Ernst
 (*Ressortleiter Strafrecht*)
 Prof. Dr. Arne Pautsch
 (*Ressortleiter Öffentliches Recht*)

Beirat

RA Dr. Felix E. Buchmann
 StA Dr. Ralf Dietrich
 Prof. Dr. Jörg Eisele
 RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser
 Prof. Dr. Volker Haas
 RA Dr. Roland Haberstroh, LL.M. (Boston University)
 ELB Jochen Heinz
 ORR Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)
 Prof. Dr. Antonios Karampatzos, LL.M (Tübingen)
 RA Prof. Rainer Kirchdörfer
 Prof. Dr. Alexander Proelß
 Prof. Dr. Joachim Renzikowski
 Prof. Dr. Gottfried Schiemann
 Prof. Dr. Dominik Skauradszun
 RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner
 MR Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.
 Prof. Dr. Christian Traulsen
 RA Dr. Werner Walk
 RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)
 RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)
 MR a.D. Prof. Dr. Rüdiger Wulf

11. Jahrgang (2021)

ISSN 2195-044X

Webseite: ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/>
 E-Mail: ▶ redaktion@zeitschrift-jse.de



Die Zeitschrift JSE erscheint vierteljährlich seit 2011
 und wird ausschließlich online als PDF-Dokument herausgegeben.
 Die aktuelle und alle früheren Ausgaben sind auf der Webseite kostenlos abrufbar.

Wir danken unseren Werbepartnern der vorliegenden Ausgabe:
 ▶ CMS Hasche Sigle | ▶ Thümmel, Schütze & Partner | ▶ BRP Renaud & Partner

Beiträge in früheren Ausgaben

1/2021 <i>Michael Hippeli</i>	Struktur der strafprozessualen Verhandlungsunfähigkeit
1/2021 <i>Christian F. Majer/Arne Pautsch</i>	„Ugah, Ugah“ und die Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis
4/2020 <i>Torsten Noak</i>	Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger – und kein Ende!
4/2020 <i>Gesine Berthold</i>	Immunitätsausweise in Zeiten von Corona
3/2020 <i>Michael Hippeli</i>	Smart Contracts
3/2020 <i>Friederike Meurer</i>	Arbeitsrecht in Zeiten von Corona
2/2020 <i>Leonie Schmitt</i>	Diskriminierung durch Maschinelles Lernen
2/2020 <i>Matthias Müller</i>	Gemeinderatssitzungen per Video
1/2020 <i>Florian Außem</i>	Die strafrechtliche Relevanz des Coronavirus
1/2020 <i>Arne Pautsch</i>	Corona und Grundgesetz
4/2019 <i>Jonas Rohde</i>	Zwangshaft gegenüber Amtsträgern
3/2019 <i>Hans-Dieter Pfannenstiel/ Gordon von Miller</i>	Wölfe in Deutschland
2/2019 <i>Christian Knoth</i>	Fluggastrechte in der Europäischen Union
1/2019 <i>Arne Pautsch</i>	Geschlechterparität im Bundestag?
4/2018 <i>Michael Hippeli</i>	Das Beschwerdeverfahren im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren
3/2018 <i>Christian F. Majer</i>	Rasse und ethnische Herkunft in § 1 AGG – Eine Begriffsbestimmung
2/2018 <i>Torsten Noak</i>	Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger
2/2018 <i>Arne Pautsch</i>	Die gescheiterte Reform des Landtagswahlrechts in Baden-Württemberg
1/2018 <i>Antonia Braun</i>	Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz
4/2017 <i>Arne Pautsch</i>	Die Wahlpflicht
4/2017 <i>Momme Buchholz/Helge Hölken/ Elisa Kuhne</i>	Die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung
3/2017 <i>Sascha Sebastian</i>	Die Inhaftierung "islamistischer Gefährder" als menschenrechtliches Problem
3/2017 <i>Benjamin Bungarten</i>	Die „ewige“ Kanzlerin Verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung von Wiederwahlbeschränkungen für das Amt des Bundeskanzlers
2/2017 <i>Susanne Bertow</i>	Der neue § 25b AufenthG ein Ausweg aus der Zwickmühle der Kettenduldungen?
2/2017 <i>Markus Meißner/Philipp Fitzek</i>	Zur Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG)
1/2017 <i>Tim P. Holler/Christoph J. Bender</i>	Der Ehebegriff als Methodenproblem
1/2017 <i>Torsten Noak</i>	Rechtliche Aspekte der Integration von Migrantinnen in den Arbeitsmarkt

4/2016 <i>Philipp Tolga Mavituna</i>	Die Heimtücke - ein (vermutlich) letzter Blick auf den bestehenden Mordparagrafen
4/2016 <i>Markus Meißner</i>	Neuerungen bei Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen
3/2016 <i>Sarah Bunk</i>	Ist Ämterpatronage strafbar?
2/2016 <i>Christian F. Majer/Guido Philipp Ernst</i>	Tödliche Gewalt zur Abwehr von Eigentums- und Besitzverletzung als Notwehr?
1/2016 <i>Torsten Noak</i>	Kein „Hartz IV“ für arbeitssuchende Unionsbürger? Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II im Lichte unions-, verfassungs- und völkerrechtlicher Vorgaben
4/2015 <i>Sascha Brüggemann</i>	Anonymität im Internet
3/2015 <i>Patrick Christian Otto</i>	Einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung eines Familienwahlrechts
3/2015 <i>Christian F. Majer</i>	Die Strafbarkeit der Zwangs-heirat nach § 237 StGB. Bilanz und Reformfragen
2/2015 <i>Simon Pschorr</i>	Die Zuständigkeitsordnung in der Kriegswaffenkontrolle
2/2015 <i>Arne Pautsch</i>	Die „konsultative Volksbefragung“ auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand
1/2015 <i>Christian Picker</i>	Das neue Mindestlohngesetz
4/2014 <i>Caprice Nina Doerbeck</i>	Zur Verständigung im Strafverfahren – Möglichkeiten, Kriterien und Erfolgsaussichten einer nachträglichen Lösung der Staatsanwaltschaft?
4/2014 <i>Sascha Brüggemann</i>	Datenkrake NSA
3/2014 <i>Alexander Bechtel</i>	Mord und Totschlag – eine überfällige Reform?
2/2014 <i>Christian F. Majer</i>	Scharia-Gerichte in Deutschland – eine rechtliche Bewertung
2/2014 <i>Philipp K. Kauffmann</i>	In dubio pro – Selbstanzeige?
1/2014 <i>Andreas Lohbeck</i>	Societas delinquere non potest – Ein Federstrich des Gesetzgebers und das Unternehmen ist strafbar?
4/2013 <i>Philipp Kauffmann</i>	Die Bekämpfung des globalen Terrorismus – Anti-Terror-Gesetze, Strategien und Rechtsstaat
4/2013 <i>Stanyo Dinov</i>	Maßnahmen gegen die Schuldenkrise in Europa und die Finanzkrisen in Deutschland und Japan
3/2013 <i>Sebastian Brüggemann</i>	Streaming – Moderner Medienkonsum und strafrechtliche Verantwortlichkeit
2/2013 <i>Joachim Renzikowski</i>	Inzest vor dem EGMR – Der Fall des Patrick S.
1/2013 <i>Andreas Lohbeck</i>	Die geplante Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung – von irdischer Schwere und deutschem Berufsrecht
1/2013 <i>Hartmut Kilger/Christian F. Majer</i>	Die Ethik und die Rechtsanwälte
4/2012 <i>Tobias Rist</i>	Gleichberechtigung und Sorgerecht – Die Stärkung der Rechte der Väter unehelicher Kinder durch den Entwurf zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern
3/2012 <i>Christian F. Majer</i>	Der Prostitutionsvertrag und die guten Sitten

- 2/2012** | *Paul Popescu* Stuttgart 21 und „Störung der Geschäftsgrundlage“? – Eine Analyse zum nachträglich gegen die Vertragsabwicklung gebildeten Volkswillen und hieraus resultierender Folgen als Vertragsaufhebungsgründe
- 1/2012** | *Julius Forscher* Die Haftung von Ratingagenturen
- 1/2012** | *Nicolas Sonder* Eurobonds, EZB-Anleihenkäufe, Vertragsänderungen ... neue Lösungen oder alte Spiralen in der europäischen Staatsschuldenkrise?
- 1/2011** | *Dominik Skauradszun/Felix Hornfischer* Es kann nicht sein, was nicht sein darf – Die Insolvenz von Staaten
- 1/2011** | *Werner Walk/Nils Wiese* Wer klaut, der fliegt – oder etwa doch nicht? Das Problem der Bagatellkündigungen in der aktuellen Rechtsprechung

– sowie zahlreiche Klausuren, Hausarbeiten und Entscheidungsbesprechungen aus den unterschiedlichen Rechtsgebieten –
Alle früheren Ausgaben der Zeitschrift JSE sind kostenlos abrufbar im Archiv auf unserer Webseite unter
▶ www.zeitschrift-jse.de.

Autorinnen und Autoren gesucht!

Ihre Veröffentlichung in der Zeitschrift Jura Studium & Examen

Die Zeitschrift JSE richtet sich vorwiegend an Jurastudenten und Rechtsreferendare. Unsere Redaktion besteht zum größten Teil selbst aus jungen Juristen und möchte neben erfahrenen Rechtswissenschaftlern und Praktikern ausdrücklich auch ihresgleichen ein Forum bieten. Beiträge von Lesern sind daher jederzeit herzlich willkommen. Ob Professor oder Studentin, Richterin oder Referendar – bei uns bekommen alle ihre Chance. Was zählt, sind nicht Titel, Berufserfahrung oder Renommee des Autors, sondern einzig und allein die wissenschaftliche Qualität und thematische Relevanz des Beitrags, die im Verfahren des „peer review“ von einem Fachbeirat begutachtet werden.

Junge Juristen, Jurastudenten und Rechtsreferendare möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE eine – vielleicht ihre erste – wissenschaftliche Veröffentlichung zu wagen. Interessiert sind wir an Aufsätzen zu Themen mit politischem, rechtspolitischem oder rechtsethischem Bezug sowie an Klausuren und Hausarbeiten jeder Art. Die Beiträge in der vorliegenden und in früheren Ausgaben, die Sie auf unserer Webseite finden, können Ihrer Orientierung dienen.

Erfahrene Juristen aus Wissenschaft und Praxis möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE ihr Wissen und ihre Erfahrung an die nachfolgende Generation weiterzugeben.

Als eine junge und kostenlos erhältliche Zeitschrift mit ehrenamtlich tätiger Redaktion können wir leider kein Autorenhonorar bezahlen. Was wir aber bieten können, ist ein freundlicher, kooperativer und unbürokratischer Umgang mit den Autoren und ihren Beiträgen. Den Verfassern von Arbeiten, die unseren Qualitätsstandards und Relevanzkriterien genügen, garantieren wir eine zeitnahe Veröffentlichung in der nächsten oder übernächsten Ausgabe. (Und sollte doch einmal ein Beitrag beim ersten Mal abgelehnt werden, dann erhält der Autor hilfreiches Feedback und immer eine zweite Chance.)

Wenn Sie interessiert sind, zögern Sie nicht, sondern schreiben Sie eine E-Mail an redaktion@zeitschrift-jse.de. Unter ► <http://www.zeitschrift-jse.de/autorenhinweise.html> finden Sie unsere technischen Autorenhinweise.

Wir freuen uns auf Ihre Kontaktaufnahme.

Die Redaktion der Zeitschrift Jura Studium & Examen

ISSN 2195-044X



9 772195 044008