



SRZ

SAARBRÜCKER RECHTSZEITSCHRIFT

Studentische Rechtszeitschrift an der Universität des Saarlandes

Aufsätze

RA Arvid Peix

Medizinalcannabis – Entwicklung, Rechtslage und Ausblick

Dipl.-Jur. John-Markus Maddaloni

Beweisfragen bei der Inanspruchnahme des Anschlussinhabers

Studium und Didaktik

RA Veris-Pascal Heintz, LL.M.

Von dem Loslassen des Alten, unerwünschten Kontakten und einem prozessualen Problem

Rezension und Varia

Dr. Mascha Bildsorfer

Juristische Betätigungsfelder in der Innenverwaltung

Oliver Michaelis, LL.M., LL.M.

Rezension: Christian Fahl, Strafrechtsskino

Unterstützt durch:



RECHTSWISSENSCHAFTLICHE
FAKULTÄT
UNIVERSITÄT DES SAARLANDES

Verlag Alma Mater



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-946851-49-3

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung ist
ohne Zustimmung des Verlags unzulässig.

Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die
Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Verlag Alma Mater. 2021
www.verlag-alma-mater.de

Druck und Bindung: Conte, St. Ingbert

Saarbrücker Rechtszeitschrift



Herausgegeben von

Veris-Pascal Heintz

Rechtsanwalt und Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität des Saarlandes

Matthias Michael Thielen

Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand an der Universität des Saarlandes

AUSGABE 3
SAARBRÜCKEN 2021

Nachruf Rechtsanwalt Dr. iur. Tobias Ebling

Die Fachabteilung Strafrecht der rechtswissenschaftlichen Fakultät der UdS trauert um Dr. iur. Tobias Ebling

Die strafrechtlichen Lehrstühle müssen völlig unerwartet Abschied nehmen von ihrem ehemaligen wissenschaftlichen Mitarbeiter, Lehrbeauftragten, Weggefährten und Freund

Rechtsanwalt Dr. Tobias Ebling

(29.08.1991 – 16.08.2021),

der viel zu früh aus dem Leben geschieden ist. Wir sind zutiefst betroffen und erschüttert von seinem Tod und trauern um eine außergewöhnliche Persönlichkeit.

Nach Ablegung der Pflichtfachprüfung im Freiversuch, bei der er eine hohe zweistellige Prädikatsnote erzielte, begann Herr Dr. Ebling auf Initiative von Herrn Prof. Dr. Heinz Koriath an dessen Lehrstuhl für Strafrecht und Rechtsphilosophie im Jahr 2015 als wissenschaftlicher Mitarbeiter seine Promotionsphase. Er fokussierte ein ebenso anspruchsvolles wie wenig beachtetes Forschungsfeld: das politische Strafrecht.

Seine Tätigkeit wurde dabei stets durch sein Interesse an der deutschen Geschichte flankiert. In diesem Bereich verfügte er bereits im Anfangsstadium seiner Forschungen über ein beachtliches Wissen, welches er immer weiter vertiefen wollte.

Unter der Betreuung von Prof. Dr. Heinz Koriath sowie Prof. Dr. Guido Britz promovierte er im Jahre 2017 zu dem Thema „Die Vorschrift des § 90a StGB – Gesetzliche Konzeption und Legitimität der Staatsverunglimpfung in Hinblick auf den strafrechtlichen Rechtsgüterschutz“. Seine Monographie wurde beim renommierten Nomos-Verlag publiziert. Die Arbeit wurde von Herrn Dr. Ebling in einem Zeitraum von (gerade einmal) 12 Monaten abgeschlossen und mit „summa cum laude“ (der Bestnote) bewertet. Es zeigt einmal mehr die Zielstrebigkeit und Beharrlichkeit von Herrn Dr. Ebling, die auch von seinen Kollegen innerhalb der strafrechtlichen Lehrstühle sehr geschätzt und bewundert wurde.

Zeitgleich engagierte sich Herr Dr. Ebling voller Freude und Tatendrang im Bereich der Lehre und war wegweisend an der Entwicklung neuer Lehrkonzepte für Studienanfänger und Examenskandidaten im Fachbereich Strafrecht beteiligt. Auch in diesem Zusammenhang zeichnete sich die Arbeit von Herrn Dr. Ebling durch seine fachliche Kompetenz und Genauigkeit aus.

Nach Eintritt in den juristischen Vorbereitungsdienst im Mai 2018 endete bedauerlicherweise die aktive wissenschaftliche Tätigkeit von Herrn Dr. Ebling. Er engagierte sich jedoch bis zuletzt weiterhin als Lehrbeauftragter und Dozent des Examenklausurenkurses und zeigte damit weiterhin seine Verbundenheit zur Universität des Saarlandes.

Herr Dr. Ebling war in jedem Team, in dem er gerade zu tun hatte, wegen seiner unkomplizierten, moderierenden und zugleich humorvollen Art ein sehr geschätzter Kollege. Er bereicherte und komplettierte das Lehrstuhlteam in jeder Hinsicht. Wir verlieren mit Herrn Dr. Ebling nicht nur einen herausragenden Juristen, sondern vor allem einen lebenswürdigen Weggefährten und Freund, von dem wir soviel lernen durften.

„Er ist nun frei, und unsere Tränen wünschen ihm Glück.“

(Johann Wolfgang von Goethe)

Jan-Philipp, Alex, Carlo, Michelle, Julian, Kai, Christina, Elke, Prof. Dr. Heinz Koriath, Prof. Dr. Marco Mansdörfer, Prof. Dr. Guido Britz

Vorwort der Herausgeber

Liebe Leserinnen und Leser,

der seit Jahren stattfindende Diskurs um die Cannabislegalisierung spielt auch im Bundestagswahlkampf eine Rolle. Die Drogenbeauftragte der Bundesregierung hat jüngst dafür plädiert, bundesweit einen Cannabis-Besitz bis zu einer Grenze von sechs Gramm nur noch als Ordnungswidrigkeit zu verfolgen. Für den medizinischen Gebrauch kann Cannabis hingegen – auch heute schon – legal verordnet werden. Die diesbezügliche Rechtslage beleuchtet *Arvid Peix* in unserem Eröffnungsbeitrag.

Bei illegalem „Filesharing“ droht eine Abmahnung. Adressierte Person eines solchen Schreibens ist in der Regel die jeweilige Inhaberin oder der jeweilige Inhaber des Internetanschlusses, über den die Urheberrechtsverletzung mutmaßlich begangen worden sein soll. Kann die Angelegenheit im außergerichtlichen Bereich nicht beigelegt werden, können sich im Prozess mitunter schwierige Beweisfragen stellen. *John-Markus Maddaloni* zeigt in seinem Beitrag auf, welche prozessualen „Hürden“ bei der Inanspruchnahme der Anschlussinhaberin bzw. des Anschlussinhabers zu nehmen sind.

In der Rubrik „Didaktik“ wird eine Übungsklausur auf Examensniveau besprochen, bei der u.a. eine Auseinandersetzung mit dem (eher unbekannten) Restschadensersatzanspruch aus § 852 Satz 1 BGB zu erfolgen hat.

In der Rubrik „Varia“ stellt *Mascha Bilsdorfer* zunächst die vielseitigen und herausfordernden Einsatzmöglichkeiten in der Innenverwaltung vor. Sie bestätigt, dass der öffentliche Dienst für Juristinnen und Juristen zahlreiche attraktive Betätigungsfelder bereithält. Im Anschluss folgt eine Rezension des „etwas anderen“ Fallbuchs „Strafrechtskino“ von *Christian Fahl*.

An dieser Stelle bitten wir Sie kurz innezuhalten und dem jüngst verstorbenen Mitglied unserer Fakultät, Herrn Rechtsanwalt *Dr. Tobias Ebling*, zu gedenken. Unser Mitgefühl gilt seiner Familie und seinen Freunden, denen wir viel Kraft in dieser schwierigen Zeit wünschen.



Veris-Pascal Heintz



Matthias Michael Thielen

INHALTSVERZEICHNIS

AUFSÄTZE

RA Arvid Peix

Medizinalcannabis – Entwicklung, Rechtslage und Ausblick 139

Dipl.-Jur. John-Markus Maddaloni

Beweisfragen bei der Inanspruchnahme des Anschlussinhabers 151

STUDIUM UND DIDAKTIK

RA Veris-Pascal Heintz, LL.M.

Von dem Loslassen des Alten, unerwünschten Kontakten und einem prozessualen Problem 177

REZENSION UND VARIA

Dr. Mascha Bildorfer

Juristische Betätigungsfelder in der Innenverwaltung 193

Oliver Michaelis, LL.M., LL.M.

Rezension: Christian Fahl, Strafrechtskino 199

Medizinalcannabis – Entwicklung, Rechtslage und Ausblick

A. Einleitung

„Kiffen auf Rezept“ – was sich vor nicht allzu langer Zeit noch wie eine Zeitungsente gelesen hätte, ist mittlerweile Rechtswirklichkeit. Dem liegt nicht etwa eine plötzliche Liberalisierung der deutschen Drogenpolitik zugrunde, sondern ein zunehmender Druck aus medizinisch-wissenschaftlichen Kreisen, deren Erkenntnisse über den medizinischen Nutzen der Cannabispflanze von Seiten der Entscheidungsträger nicht mehr länger ignoriert werden konnten. Cannabis besitzt schmerzlindernde, krampflösende, muskelentspannende und antiemetische¹ Wirkungen.² Als Hauptwirkstoffe der Pflanze werden THC (Delta-9-Tetrahydrocannabinol) und CBD (Cannabidiol) gesehen. Teile der Cannabispflanze sowie auf Cannabis basierende Fertigarzneimittel können seit nunmehr fast vier Jahren unter bestimmten Voraussetzungen an Patient:innen zur medizinischen Behandlung verschrieben werden. Diese Voraussetzungen sind eng gefasst. Rezepte werden nicht leichtfertig ausgestellt, nicht zuletzt wegen fehlender Kenntnisse oder Furcht der Ärzte vor Repressalien bei einem allzu freigiebigen Umgang mit dem Betäubungsmittel. Dieser Beitrag soll den geneigten Leser:innen einen Abriss der Chronologie der Ereignisse, die Systematik, mit welcher der Gesetzgeber das medizinische Cannabis in das bestehende Rechtssystem integriert hat, sowie einen Überblick über die rechtlichen Ausstrahlungen der Thematik vermitteln.

B. Ein steiniger Weg

Mitte des zwanzigsten Jahrhunderts nahm die Forschung um Cannabis als Medizin Fahrt auf. Nachdem bereits in den 1980er Jahren Fertigarzneimittel wie Nabilon,

* Der Autor hat Rechtswissenschaft an der Universität des Saarlandes studiert. Er ist als Rechtsanwalt in Saarbrücken forensisch tätig und befasst sich unter anderem schwerpunktmäßig mit dem Thema Medizinal-Cannabis und all seinen rechtlichen Ausstrahlungen. Er ist Referent des DZMC (Deutsches Zentrum für Medizinalcannabis) und Lehrbeauftragter der Universität des Saarlandes. In Zusammenarbeit mit dem DZMC hat er die Plattform cannright.de gegründet, die Patient:innen eine erste und unverbindliche Prüfung Ihres Anspruchs auf die Versorgung mit medizinischem Cannabis ermöglicht.

¹ <https://de.wikipedia.org/wiki/Antiemetikum>.

² *Graw*, NZV 2018, 18; *Müller-Wahl et al*, Deutsches Ärzteblatt 2017; 114(8): A-352 / B-306 / C-300, abrufbar unter: <https://www.aerzteblatt.de/archiv/186476#lit>.

ein synthetisches THC, verschreibungsfähig waren, war der Anbau oder der Erwerb von Cannabisblüten oder Extrakten der Cannabis-Pflanze zu medizinischen Zwecken auf legalem Wege nur mit einer Ausnahmegenehmigung des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) möglich. Das grundsätzliche Verbot der Selbstmedikation mit Cannabis bestätigte das Bundesverfassungsgericht im Jahre 2005.³ Im Jahre 2011 wurde das cannabishaltige Fertigarzneimittel Sativex zur Behandlung der Spastik bei Multipler Sklerose zugelassen.⁴ Im März 2017 trat schließlich das Gesetz zur Änderung betäubungsmittelrechtlicher und anderer Vorschriften in Kraft.⁵ Mit Wirkung des Gesetzes wurde Cannabis – sofern es zur Herstellung von Zubereitungen zu medizinischen Zwecken bestimmt ist – aus der Anlage I des BtMG gestrichen und in die Anlage III aufgenommen. Seitdem sind auch Cannabisblüten, -öle und -extrakte verschreibungsfähig. Flankierend wurde auch § 31 SGB V um den Absatz 6 ergänzt. Dieser regelt den Anspruch auf Übernahme der Kosten für die Behandlung durch die gesetzlichen Krankenkassen. Eine Anpassung des Ordnungswidrigkeitenrechts sowie des Strafrechts bzw. Fahrerlaubnisrechts war nicht notwendig. Die geltenden Gesetze differenzierten vielmehr bereits zuvor den Missbrauch von Cannabis zu Rauschzwecken einerseits und den medizinischen Gebrauch andererseits.

C. Der sozialrechtliche Anspruch auf medizinische Versorgung mit Cannabis

Wie bereits dargelegt, können Ärzt:innen seit dem 01.03.2017 unter bestimmten Voraussetzungen Cannabisblüten oder -extrakte sowie auf Cannabis basierende Fertigarzneimittel verschreiben. Der im Zuge der Gesetzesänderung eingefügte Absatz 6 des § 31 SGB V regelt, wann die Patient:innen nach dem Sachleistungsprinzip einen Anspruch gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen auf Behandlung mit medizinischem Cannabis haben. Die Voraussetzungen sind

- das Vorliegen einer schwerwiegenden Erkrankung
- fehlende Verfügbarkeit einer allgemein anerkannten, dem medizinischen Standard entsprechenden Leistung (konservative Behandlungsmethode) oder Vorliegen einer solchen aber begründete Einschätzung des Arztes unter Berücksichtigung des Krankheitszustandes und der zu erwartenden Nebenwirkungen der Versicherten

³ BVerfGK 5, 365.

⁴ Handbuch des Straßenverkehrsrechts/*Schäfer/Möller*, 43. EL Februar 2021, Rn. 130a.

⁵ https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/text.xav?SID=&tf=xaver.component.Text_0&toef=&qmf=&hlf=xaver.component.Hit_list_0&bk=bgbl&start=%2F%2F%5B%40node_id%3D%27820080%27%5D&skin=pdf&tlevel=-2&nohist=1.

- eine nicht ganz fernliegende Aussicht auf eine spürbar positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf oder auf schwerwiegende Symptome.

I. Die Voraussetzungen im Einzelnen

Was eine schwerwiegende Erkrankung ist, wird vom Gesetz nicht definiert. In der Rechtsprechung und Literatur wird von einer solchen Erkrankung ausgegangen, wenn sie „aufgrund der Schwere der durch sie verursachten Gesundheitsstörung die Lebensqualität auf Dauer nachhaltig beeinträchtigt.“⁶ Eine medizinische Evidenz ergab sich in aktuellen Metaanalysen⁷ für den Einsatz von Cannabinoiden bei der Behandlung chronischer Schmerzen, Spastiken, der Behandlung von Übelkeit und Erbrechen bei Zytostatikatherapie (Chemotherapie), Schlafstörungen, bei Gewichtsverlust von HIV/Aids-Patient:innen und bei der Behandlung des Tourette-Syndroms.⁸ In der medizinischen Literatur werden darüber hinaus zahlreiche weitere Indikationen diskutiert. Das therapeutische Potential der Cannabinoide kann daher derzeit nicht abschließend beurteilt werden.⁹ Von der Rechtsprechung in Einzelfällen als schwerwiegende Erkrankung anerkannt sind ausgehend davon beispielsweise eine schwere Verlaufsform von Neurodermitis, fortgeschrittene Bronchialkarzinome und Tumore der Thoraxorgane, Restless-Legs-Syndrom sowie chronisch rezidivierende Pankreatitis.¹⁰ Wesentliche Bedeutung kommt der Behandlung mit medizinischem Cannabis darüber hinaus in der Palliativmedizin zu. Wegen des hohen Leidensdrucks der palliativ behandelten Menschen wird hier sogar explizit die Abschaffung des Genehmigungsvorbehalts der Krankenkassen gefordert.¹¹

Erhöhte Schwierigkeiten bietet in der Praxis die Voraussetzung der fehlenden schulmedizinisch anerkannten Behandlungsmethode bzw. der begründeten Einschätzung des Arztes. Da das Fehlen einer schulmedizinisch anerkannten Behandlungsmethode fast nie zu bejahen ist, kommt der begründeten Einschätzung des Arztes in der Praxis eine hohe Bedeutung zu. Da auch die Voraussetzungen der begründeten Einschätzung nicht näher definiert sind, bestand und besteht hier seit Neufassung des Gesetzes erhebliche Rechtsunsicherheit.¹² Die fehlende Kenntnis vieler Ärzte sowie

⁶ LSG Bayern, 07.11.2019, L 4 KR 397/19 B ER, Rn. 33.

⁷ Statistisches Verfahren, das die Ergebnisse mehrerer Studien zur selben Fragestellung zusammenfasst und daraus ein aussagekräftigeres Ergebnis errechnet.

⁸ Graw, NZV 2018, 18 (19) m.w.N.

⁹ Graw, NZV 2018, 18 (19).

¹⁰ LSG Hessen, 4.10.2017, L 8 KR 255/17 B ER, RN. 4; 28.09.2017, L 8 KR 288/17 B ER, Rn. 11.

¹¹ Pressemitteilung der Deutschen Gesellschaft für Palliativmedizin, abrufbar unter: https://www.dgpalliativmedizin.de/images/DGP_PM_20190320_Cannabis_Anh%C3%B6rung.pdf.

¹² <https://www.aerztezeitung.de/Politik/Cannabis-zunaechst-am-besten-per-Privatrezept->

der geringe finanzielle Anreiz, sich mit der Behandlung mit Medizinalcannabis tiefgreifender zu befassen, ergänzt durch die – auch strafrechtlich relevanten¹³ – Risiken bei der Behandlung mit Cannabis, führen in der Praxis dazu, dass viele Ärzte das Thema komplett meiden.¹⁴ Von denjenigen, die grundsätzlich medizinisches Cannabis verschreiben, umgehen wiederum einige das sperrige Antragsverfahren und die begründete Einschätzung, sodass Verschreibungen häufig auf Privatrezepten im Rahmen von individuellen Gesundheitsleistungen (IGeL) stattfinden.¹⁵ Die Folge ist, dass die Patient:innen die Zahlungen der Behandlung und des medizinischen Cannabis selbst übernehmen müssen. Die Kosten belaufen sich leicht auf Summen im dreistelligen Bereich. Von denjenigen Anträgen, die schließlich bei den gesetzlichen Krankenkassen inklusive begründeter Einschätzung eingehen, wird nur rund die Hälfte positiv beschieden.¹⁶ Belastbare Zahlen, inwiefern die Kosten für die Behandlung mit medizinischem Cannabis von privaten Versicherern übernommen werden, gibt es derzeit noch nicht.

Zusammengefasst lässt sich feststellen, dass der Gesetzgeber sich bei der sozialrechtlichen Ausgestaltung des Anspruchs auf die Versorgung mit medizinischem Cannabis bislang offensichtlich in Zurückhaltung geübt hat. Die Konsequenz ist, dass das Antragsverfahren in der Praxis sehr komplex ist und Patient:innen häufig selbst die Kosten der Behandlung mit medizinischem Cannabis tragen müssen. Es bleibt abzuwarten, ob der Gesetzgeber diese restriktive Linie, die mit einem hohen verwaltungstechnischen Aufwand für Ärzt:innen und Patient:innen verbunden ist, aufgeben wird.

II. Die Genehmigungsfiktion

In der Praxis für Patient:innen relevant beim Antragsverfahren ist in diesem Kontext außerdem die sogenannte Genehmigungsfiktion. Diese ist in § 13 Abs. 3a SGB V geregelt und hat zum Inhalt, dass die Krankenkasse zur Erstattung der Kosten einer

verordnen-300040.html.

¹³ Gem. § 29 Abs. 1 Nr. 6 lit. a) BtMG macht sich strafbar, wer entgegen § 13 Abs. 1 BtMG, der zahlreiche Pflichten für Ärzte statuiert, Betäubungsmittel verschreibt.

¹⁴ *Graw*, NZV 2018, 18 (19).

¹⁵ <https://www.aerztezeitung.de/Politik/Cannabis-zunaechst-am-besten-per-Privatrezept-verordnen-300040.html>.

¹⁶ In der Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Niema Movassat, Dr. André Hahn, Gökyak Akbulut, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE – Drucksache 19/26645 – heißt es, nach Auskünften des GKV-Spitzenverbandes liege die Genehmigungsquote für Leistungen nach § 31 Absatz 6 SGB V bei ca. 60 Prozent, Drucksache 19/27010, S. 6, abrufbar unter: <https://dserver.bundestag.de/btd/19/270/1927010.pdf>.

erforderlichen Leistung verpflichtet ist, wenn sie nicht rechtzeitig einen hinreichenden Grund für die Ablehnung der Leistung mitteilt, § 13 Abs. 3a Satz 7 SGB V. Die Frist beträgt drei Wochen ab Zugang des Antrags und wird auf fünf Wochen verlängert, wenn die Krankenkasse eine gutachterliche Stellungnahme des Medizinischen Dienstes (MDK) einholt. Bei einer medizinischen Palliativversorgung muss die Kasse sogar innerhalb von drei Tagen ab Antragstellung entscheiden, § 31 Abs. 6 Satz 3 SGB V. Rechtsfolge der Genehmigungsfiktion ist grundsätzlich, dass die Leistung als genehmigt gilt. Allerdings wurde die Bedeutung der Genehmigungsfiktion durch eine Entscheidung des Bundessozialgerichts relativiert.¹⁷ Die Kasseler Richter:innen haben geurteilt, dass Versicherten nach Ablauf der jeweiligen Fristen lediglich ein vorläufiger Anspruch bis zu einer anderslautenden Entscheidung der Krankenkasse zusteht. In der Praxis ist daher zu empfehlen, das entsprechende Medikament zügig nach Fristablauf zu beschaffen und unverzüglich die Kostenersatzung bei der Krankenkasse zu beantragen.

III. Der Versorgungsanspruch im Lichte der sozialgerichtlichen Rechtsprechung

Eine einheitliche Tendenz zur Beurteilung des sozialversicherungsrechtlichen Anspruchs auf Versorgung mit medizinischem Cannabis in der Rechtsprechung ist nicht erkennbar. Weder die Voraussetzungen der begründeten Einschätzung noch der Prüfungsumfang der Krankenkassen im Einzelfall lassen sich dem Gesetzestext explizit oder den Gesetzgebungsmaterialien implizit entnehmen. Der Gesetzgeber hat die Auslegung der Regelungen offenbar der Rechtsprechung überlassen. Zunächst wurde von den Gerichten vereinzelt ein konkret-individueller Abwägungsprozess verlangt.¹⁸ Das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen hat sodann in seinem markanten Beschluss vom 30.01.2019 erstmals die Idee einer Einschätzungsprärogative des Arztes geprägt.¹⁹ Das Gericht führt hierzu aus:

„Dem behandelnden Vertragsarzt wird eine Einschätzungsprärogative eingeräumt, die von der Krankenkasse und im Gerichtsverfahren nur sehr begrenzt auf inhaltliche Richtigkeit zu überprüfen ist. Der Vertragsarzt muss kein Gutachten vorlegen. Ausreichend ist es, wenn er seine Einschätzung abgibt und diese begründet. Sofern nachvollziehbar, schlüssig und in sich widerspruchsfrei, ist diese Einschätzung hinzunehmen.“

¹⁷ BSGE 130, 200.

¹⁸ Lichdi, NZS 2020, 795 (797).

¹⁹ LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 30.1.2019 – L 11 KR 442/18 B ER, BeckRS 2019, 2033.

Diese Ansicht ist konträr zur Auslegung der Bundesärztekammer und dem Spitzenverband der Krankenkassen. Diese gehen von einem Genehmigungsvorbehalt der Krankenkassen aus.²⁰

Die prozessualen Konsequenzen des Normverständnisses des LSG Nordrhein-Westfalen sind, dass bei Vorliegen einer begründeten Einschätzung diese durch die Krankenkassen grundsätzlich zu akzeptieren ist und eine Beweiserhebung – etwa durch Sachverständigengutachten – im gerichtlichen Verfahren nicht angezeigt ist. Das Gericht stützt seine Rechtsauffassung auf den Wortlaut des Gesetzes. Dort heißt es, dass die Krankenkasse den Antrag *nur in begründeten Ausnahmefällen* ablehnen können soll. Das Gericht schlussfolgert daraus, dass sich die Prüfung der Krankenkassen im Wesentlichen auf das Vorliegen eines begründeten Ausnahmefalles zu beschränken hat.²¹

Das LSG Hamburg und das LSG Berlin-Brandenburg sind dem Ansatz des LSG NRW gefolgt.²² Dem entgegengetreten ist beispielsweise das LSG Bayern. Die bayrischen Richter:innen gehen vielmehr davon aus, dass es einem Hauptsacheverfahren vorbehalten sein muss, ggf. durch ein Sachverständigengutachten zu klären, ob eine schwerwiegende Erkrankung vorliegt und/oder ob schulmedizinisch etablierte Behandlungsmaßnahmen zur Verfügung stehen.²³

Die Gerichte verfolgen demnach uneinheitliche Ansätze und legen das Gesetz unterschiedlich aus. Eine Rechtssicherheit schaffende Entscheidung des Bundessozialgerichts gibt es bisher nicht. Unabhängig jedoch von der Auslegungsmethode der Gerichte lässt sich sagen, dass die Qualität der begründeten ärztlichen Einschätzung oftmals über den Erfolg in den sozialgerichtlichen Verfahren entscheidet.

D. Medizinisches Cannabis im Straßenverkehr

Mit Einführung des Anspruchs auf Versorgung mit medizinischem Cannabis stellt sich auch die Frage, ob bzw. in welchem Rahmen Cannabis-Patient:innen am Straßenverkehr teilnehmen dürfen. Hier kursiert bei Betroffenen viel Halbwissen. Es gilt die alte juristische Weisheit: „Es kommt darauf an“. Richtig ist, dass das Führen eines Kraftfahrzeuges im Straßenverkehr nach der Einnahme von

²⁰ Stellungnahmen des GKV-Spitzenverbands und der Bundesärztekammer, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/ausschuesse/a14/anhoerungen/stellungnahmen-inhalt-628572>.

²¹ LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 30.1.2019 – L 11 KR 442/18 B ER, BeckRS 2019, 2033 Rn. 31.

²² LSG Hamburg, Beschl. v. 2.4.2019 – L 1 KR 16/19 B ER, Rn. 15 ff.; LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 27.5.2019 – L 9 KR 72/19 B ER, Rn. 7.

²³ LSG Bayern, Beschl. v. 7.11.2019 – L 4 KR 397/19 B ER, FD-SozVR 2019, 424029 (Ls.).

Cannabis-basierten Medikamenten nicht per se illegal ist. Der Gesetzgeber ging bei der Konzeption der entsprechenden ordnungswidrigkeitsrechtlichen und fahrerlaubnisrechtlichen Normen offenbar davon aus, dass die Fahreignung von Patient:innen in Einzelfällen durch die Einnahme der Medikamente erst *hergestellt* wird.²⁴ Das ist rechtspolitisch nicht unumstritten. Beleuchtet man die Frage der Zulässigkeit der Teilnahme am Straßenverkehr nach der Einnahme von medizinischem Cannabis, muss zwischen möglichen straf- und ordnungswidrigkeitsrechtlichen Konsequenzen einerseits und dem Fahrerlaubnisrecht andererseits differenziert werden.

I. Straf- und Ordnungswidrigkeitsrecht

Flankierend zu der allseits bekannten „0,5 Promille-Grenze“ des § 24a Abs. 1 StVG statuiert Absatz 2 der Norm, dass derjenige ordnungswidrig handelt, der unter Wirkung eines berauschenden Mittels ein Kraftfahrzeug im Straßenverkehr führt. Cannabis ist ein solches Mittel gemäß der Anlage zum StVG.²⁵ In der Rechtspraxis wird zur Beherrschbarkeit der Verfahren von Seiten der Behörden und Gerichte bei THC auf den analytischen Grenzwert von 1 ng/ml zurückgegriffen.²⁶ Bei Übersteigung dieses Wertes muss der Nachweis einer konkreten Beeinträchtigung durch die Ermittlungsbehörde nicht mehr geführt werden.²⁷

§ 24 Abs. 2 Satz 3 StVG relativiert den Tatbestand allerdings insoweit, als das oben Gesagte nicht gilt, wenn die Substanz aus der bestimmungsgemäßen Einnahme eines für einen konkreten Krankheitsfall verschriebenen Arzneimittels herrührt. Der Ausnahmetatbestand greift, wenn die Substanz aus der bestimmungsgemäßen Einnahme eines für einen konkreten Krankheitsfall verschriebenen Arzneimittels herrührt. Das bedeutet, dass medizinisches Cannabis nur im Rahmen der medizinischen Indikation und Verschreibung konsumiert werden darf. Hat die Ermittlungsbehörde Anlass zu der Vermutung, dass eine betroffene Person, selbst wenn diese ein entsprechendes Rezept vorweisen kann, Cannabis außerhalb der medizinischen Indikation konsumiert hat, so muss im Zweifel durch Sachverständigengutachten geklärt werden, ob im Blut nachgewiesenes THC aus einer bestimmungsgemäßen Einnahme stammt. Nur wenn nachgewiesen ist, dass Betroffene Cannabis zu Rauschzwecken missbraucht haben, kommt eine Ahndung der Ordnungswidrigkeit in Betracht.

²⁴ Vgl. Gesetzesbegründung zu § 24a StVG, BT-Drs. 13/9879, 5.

²⁵ Anlage zum StVG, abrufbar unter: <<https://www.gesetze-im-internet.de/stvg/anlage.html>>.

²⁶ Beispielhaft: BGH BeckRS 2017, 105703; OLG Koblenz NSiZ-RR 2005, 385; OLG Karlsruhe NZV 2011, 413.

²⁷ BeckOK OWiG/Euler, 30. Ed. 1.4.2021, StVG, § 24a Rn. 7.

Aus strafrechtlicher Sicht kommt bei Führen eines Fahrzeuges im Straßenverkehr unter Einfluss von Cannabis die Verwirklichung des Tatbestandes des § 316 StGB bzw. des § 315c in Betracht.

Die Verwirklichung des Tatbestandes des § 316 StGB setzt voraus, dass jemand ein Fahrzeug im Straßenverkehr führt, obwohl er infolge des Genusses alkoholischer Getränke oder anderer berauschender Mittel dazu nicht in der Lage ist. Andere berauschende Mittel sind solche, die in ihren Auswirkungen denen des Alkohols vergleichbar sind und die zu einer Beeinträchtigung des Hemmungsvermögens sowie der intellektuellen und motorischen Fähigkeiten führen.²⁸ Vorausgesetzt wird eine Wirkung auf das zentrale Nervensystem.²⁹ Diese Wirkung ist bei Cannabis grundsätzlich zu bejahen. Allerdings kann die Rauschwirkung auch durch ein Medikament hervorgerufen werden. Sowohl bei § 316 als auch bei § 315c StGB kommt es daher für die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes grundsätzlich nicht darauf an, ob Cannabis als Medikament oder zu Rauschzwecken eingenommen wurde.³⁰

Die Frage, ob durch die Einnahme von Cannabis als Medikament eine berauschende Wirkung ausgeht, muss im Einzelfall durch Sachverständigengutachten geklärt werden. Bei dem Konsum von Cannabisblüten bereitet dieses Tatbestandsmerkmal in der Regel keine Schwierigkeiten. Anders kann dies bei dem oralen Konsum von Ölen und Extrakten sein.

Im Gegensatz zum Führen eines Kraftfahrzeugs unter Alkoholkonsum, bei dem sich in der Rechtspraxis Grenzwerte herausgebildet haben, ist für die Verwirklichung des Tatbestandes erforderlich, dass die Fahrunsicherheit aufgrund vorhandener Ausfallerscheinungen festgestellt wird.³¹

Im Falle des § 315c StGB ist zudem erforderlich, dass es durch die Fahrunsicherheit zu einer konkreten Gefährdung für von Sachen von erheblichem Wert oder für Leib oder Leben einer Person gekommen ist.

Im Falle der ärztlich verordneten Medikation mit Cannabis können sich Unterschiede zum Konsum zu Rauschzwecken jedoch auf die Bewertung des subjektiven Tatbestandes bzw. des Fahrlässigkeitsvorwurfs ergeben.³² Erforderlich ist stets eine Betrachtung des konkreten Einzelfalles. Bei Mängeln der Fahrtauglichkeit, die auf die Einnahme von Medikamenten zurückzuführen sind, ist jedenfalls anerkannt,

²⁸ MüKoStGB/Pegel, 3. Aufl. 2019, § 316 Rn. 11.

²⁹ Straßenverkehrsrecht/Burmann, 26. Aufl. 2020, § 316 Rn. 27.

³⁰ Koehl, DAR 2017, 313 (315).

³¹ Straßenverkehrsrecht/Burmann, 26. Aufl. 2020, § 316 Rn. 27a.

³² Krumm, NZV 2014, 441 (442).

dass allein aus der Existenz von Warnhinweisen der Patienteninformation (Verpackungsbeilage) nicht auf vorsätzliches Handeln geschlossen werden kann, da dort lediglich auf die *Möglichkeit* von Beeinträchtigungen hingewiesen wird. Auch die Teilnahme an Complianceschulungen kann sich auf die Begründung des Tatbestandes auswirken.

Letztlich kann der Umstand, dass eine Fahruntüchtigkeit infolge des ärztlich verordneten Medikamentengebrauchs eingetreten ist, auch auf im Rahmen der Schuld berücksichtigt werden.

II. Fahrerlaubnisrecht

Neben straf- und ordnungswidrigkeitsrechtlichen Folgen kann der Konsum von Cannabis im Straßenverkehr sich auch fahrerlaubnisrechtlich auswirken. Die dort relevanten Rechtsfragen sind verwaltungsrechtlicher Art, sodass etwaige Streitigkeiten nicht vor den ordentlichen Gerichten, sondern vor den Verwaltungsgerichten ausgetragen werden.

Wer die erforderliche Eignung nicht besitzt, dem kann die zuständige Behörde die Fahrerlaubnis entziehen, §§ 11, 13, 14 FeV. Bestehende Zweifel an der Eignung werden in aller Regel durch ein medizinisch-psychologisches Gutachten ausgeräumt. Bei der Beurteilung der Fahreignung von Cannabiskonsumenten ist maßgeblich auf die Einnahmefrequenz abzustellen. Es wird zwischen einmaligem, gelegentlichem und regelmäßigem Konsum unterschieden.³³

Bei regelmäßigem Konsum geht der Verordnungsgeber von einer nicht vorhandenen Eignung aus, vgl. Nr. 9.2.1 der Anlage 4 zu §§ 11, 13 und 14 FeV. Ein solcher liegt per Definition bei täglichem oder fast täglichem Konsum vor.³⁴ Der regelmäßige Konsum muss vom gelegentlichen Konsum abgegrenzt werden. Hier ist nach dem Willen des Verordnungsgebers von einer fehlenden Eignung nur dann auszugehen, wenn weitere Tatsachen hinzukommen. Nr. 9.2.2 der Anlage 4 zur FeV nennt beispielhaft solche Zusatztatsachen. Die in der Praxis relevanteste ist das fehlende Trennungsvermögen. In der verwaltungsgerichtlichen und vom Bundesverwaltungsgericht bestätigten³⁵ Praxis wurde lange Jahre der ordnungswidrigkeitsrelevante Grenzwert von 1,0 ng/ml als Indiz für ein fehlendes Trennungsvermögen gewertet, sodass Betroffenen, bei denen – auch erstmals – dieser Grenzwert erreicht war, die

³³ *Dronkovic*, Buschbell/Höke, MAH Straßenverkehrsrecht, 5. Aufl. 2020, § 4 Rn. 45.

³⁴ So z.B. OVG Münster NJW 2017, 2297; BayVGH BA 2004, 97; VGH Mannheim NZV 2004, 213.

³⁵ BVerwG NJW 2015, 2439.

Fahreignung in aller Regel abgesprochen wurde. Einzig der Verwaltungsgerichtshof München hat sich dieser Linie widersetzt. Das Bundesverwaltungsgericht hat nunmehr in einem Verfahren, in dem der VGH München die Revision zugelassen hatte, dessen Rechtsauffassung bestätigt. Nach der neuen bundesgerichtlichen Entscheidung darf die Fahrerlaubnisbehörde nunmehr bei einem gelegentlichen Konsumenten, der erstmals unter Wirkung von Cannabis und einem festgestellten Wert von > 1 ng/ml ein Kraftfahrzeug geführt hat, in der Regel nicht ohne weitere Aufklärung von fehlender Fahreignung ausgehen, sondern muss über die Anordnung einer MPU die Zweifel an der Fahreignung klären lassen.³⁶

Wie ist jedoch die Rechtslage bei Betroffenen, die Cannabis als Medikament aufgrund ärztlicher Verschreibung einnehmen? Selbstverständlich müssen auch diese Gruppen die erforderliche Eignung zum Führen von Kraftfahrzeugen mit sich bringen. Allerdings sind die Maßstäbe für die Beurteilung von denjenigen der Rauschkonsumenten zu differenzieren. Eine systematische Auslegung der Anlage 4 zur FeV und ein Vergleich der Nr. 9.2 mit den Nummern 9.4 und 9.6 ergibt, dass zwischen dem Cannabiskonsum zu Rauschzwecken und der Einnahme von Cannabis als Medikament differenziert werden muss.³⁷ Die erforderliche Eignung im Sinne der FeV besitzt demnach nur derjenige nicht, der medizinisches Cannabis missbräuchlich – also zuwider ärztlicher Verschreibung – einnimmt, oder der, dessen Leistungsfähigkeit durch die Einnahme des medizinischen Cannabis unter das erforderliche Maß gesunken ist. Auch hier ist stets eine Bewertung im konkreten Einzelfall vorzunehmen, wobei die Maßstäbe – wie dargelegt – andere sind. Maßgebliche Faktoren sind einerseits aus verkehrspsychologischer Sicht die individuelle Leistungsfähigkeit des Patienten, also die Compliance (Zuverlässigkeit) des Patienten sowie die Fähigkeit zur Risikoeinschätzung, andererseits aus verkehrsmedizinischer Sicht die Art der Erkrankung, die Symptome, die Nebenwirkungen der Medikation und die ärztliche Überwachung der Medikamenteneinnahme.³⁸ In der Praxis kann die zuständige Behörde also bei Bekanntwerden von Tatsachen, die Bedenken gegen die Eignung des Fahrerlaubnisbesitzers oder -erwerbers begründen, die Beibringung eines ärztlichen Gutachtens anordnen, § 11 Abs. 2 FeV. Sofern dieses zur Aufklärung nicht ausreicht, kommt zudem anschließend die Anordnung der Beibringung eines medizinisch-psychologischen Gutachtens in Betracht, § 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FeV. Besonders in der Einstellungsphase sollten Patienten die Entscheidung, ob sie am Straßenverkehr als Führer eines Kraftfahrzeuges teilnehmen, besonders ordentlich abwägen.

³⁶ BVerwGE 165, 215.

³⁷ So auch *Koehl*, DAR 2017, 313 (314); *Borgmann*, DAR 2018, 190 (196).

³⁸ *Koehl*, DAR 2017, 313 (315).

III. Fazit:

Sowohl die Annahme, als Cannabis-Patient:in sei eine Teilnahme als Führer eines Kraftfahrzeuges tabu, als auch die Vermutung, mit einem Cannabis-Rezept besitze man eine Art „Blanko-Erlaubnis“, tragen in Ihrer Pauschalität nicht. Der Entscheidung, ob man als Cannabis-Patient:in am Straßenverkehr teilnehmen möchte, sollte vielmehr eine sorgfältige Prüfung der eigenen Fähigkeiten sowie eine ausführliche Absprache mit den behandelnden Ärzt:innen vorausgehen. Insbesondere in der Einstellungsphase eines Medikaments ist besondere Vorsicht geboten. Zusätzlich zur Einnahme von cannabishaltigen Medikamenten sollte zudem kein Alkohol getrunken werden. Sprechen weder Art der Erkrankung oder der Nebenwirkungen noch individuelle Faktoren gegen eine Ungeeignetheit, so ist die Teilnahme am Straßenverkehr aus rechtlicher Sicht nicht zu beanstanden.

E. Ausblick

Derzeit haben Patient:innen trotz der Einführung des Anspruchs auf Versorgung mit medizinischem Cannabis viele Hürden zu überwinden, um Ihr Recht auch tatsächlich durchzusetzen. Das Verfahren ist komplex und aufwendig, Betroffene sind zudem auf die aktive Mitwirkung von Ärzt:innen angewiesen. Dennoch ist eine effektive Durchsetzung des Anspruchs bei Vorliegen der Voraussetzungen und entsprechender Vorbereitung durchaus möglich – notfalls mit rechtlicher Unterstützung. Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber aus den Erfahrungen der letzten vier Jahre die richtigen Schlüsse ziehen wird und der Therapiehoheit der Ärzt:innen in der Zukunft den entsprechenden Stellenwert zukommen lässt. Diesen sollte vorrangig obliegen, über die Sinnhaftigkeit der Behandlung mit medizinischem Cannabis zu entscheiden. Das Ziel sollte sein, die gesetzlichen Grundlagen zu entpolitisieren und wirtschaftliche Erwägungen der Krankenkassen hintanzustellen, damit die Versorgung von Patient:innen, die häufig unter großem Leidensdruck stehen, erleichtert werden kann.

Beweisfragen bei der Inanspruchnahme des Anschlussinhabers

A. Einleitung

Die Anonymität im Internet ist für Vertreter des freien Internets eine elementare Säule der digitalen Welt, die zwar früher noch unantastbar war, mittlerweile jedoch auf publizistischer Ebene zur Debatte steht.¹ Denn im Internet versteckt die Anonymität die Identität des Einzelnen wie ein verzauberter Tarnumhang. Getreu der Floskel „die Gelegenheit macht den Dieb“ kommt es gerade deshalb zu vielen Rechtsverletzungen. Überwiegend werden im Internet Urheberrechte und Persönlichkeitsrechte angegriffen.² Für eine effektive Bestrafung bzw. Unterbindung der Rechtsverletzung ist Kenntnis über die Täterschaft bzw. Urheberschaft der rechtsverletzenden Handlung notwendig. Allerdings ist mit der anonymen Nutzung das elementare Problem der Rechtsdurchsetzung eng verknüpft: Wer ist der Täter?

Im Kern ist diese Frage die Ursache für die Beweisfragen bei der Inanspruchnahme von Anschlussinhabern. Die Gerichte befassen sich gegenwärtig mit Abmahnungen wegen Urheberrechtsverletzungen, die vor geraumer Zeit mittels Filesharing über private WLAN-Anschlüsse begangen wurden.³ Folglich wird der Fokus dieser Arbeit auf die Inanspruchnahme solcher privater Anschlussinhaber liegen. Die Anzahl der Abmahnungen hat zwar stark abgenommen. Seit der Gesetzesreform 2013 ist die Zahl von 575.800 im Jahre 2010 zu 74.574 im Jahre 2014 deutlich zurückgegangen.⁴ Zudem ergab sich aus einer Studie der EU-Kommission, dass Filesharing geringeren wirtschaftlichen Schaden anrichtet als erwartet.⁵ Dennoch beschäftigt das Filesharing immer noch sowohl die erst- und zweitinstanzliche Rechtsprechung⁶

* Der Verfasser ist Rechtsreferendar am Saarländischen Oberlandesgericht. Der vorliegende Beitrag beruht auf einer Seminararbeit, die der Verfasser im Sommersemester 2019 im Rahmen seines Zertifikatsstudiums („IT-Recht und Rechtsinformatik“) angefertigt hatte.

¹ *Horchert*, Klarnamenpflicht im Internet, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/klarnamenpflicht-im-internet-warum-anonymitaet-im-netz-so-wichtig-ist-a-1268306.html> (abgerufen am 17.09.2019).

² *Hoeren/Sieber/Holznapel MMR-HdB/Hoeren*, Stand: Februar 2019, Teil 18.2, Rn. 2.

³ *von Ungern-Sternberg*, GRUR 2019, 1 (7).

⁴ Vgl. Bundesregierung, 30.7.2018, BT-Drs. 19/3644, S. 9.

⁵ *Dobusch*, Beitrag vom 20.09.2017, abrufbar unter <https://netzpolitik.org/2017/eu-kommission-versteckte-unbequeme-piraterie-studie-zwei-jahre-vor-der-oeffentlichkeit/> (abgerufen am 17.09.2019).

⁶ LG Frankfurt a. M., ZUM-RD 2019, 221 (221 ff.); AG München, ZUM 2018, 742 (742 f.).

als auch die höchstrichterliche Rechtsprechung.⁷

Hierbei sieht der typische Sachverhalt der richterlichen Praxis in etwa folgendermaßen aus:

Auf dem Arbeitstisch des Richters landet eine Klageschrift eines Unternehmens, das die Rechte von Urhebern wahrnimmt. Beantragt wird Schadensersatz und Ersatz der Abmahnkosten gegenüber einer älteren Frau. Die Beklagte soll als Anschlussinhaberin nachweislich zu einer bestimmten Zeit ein Zombie-Ego-Shooter-Videospiel im Wege des Filesharing über ein P2P-Netzwerk öffentlich zugänglich gemacht haben. Es kommt dann zur mündlichen Verhandlung, in der der Richter letztlich entscheiden muss, ob diese Frau, die nach eigenen Behauptungen noch nie ein Videospiel gespielt hat und sich offensichtlich weder mit Filesharing noch mit P2P-Netzwerken auskennt, Täterin der Verletzungshandlung ist. Überraschend für den außenstehenden Laien ergeht in solchen Fällen öfter als erwartet ein positives Urteil für den Kläger.⁸ Der Richter entscheidet, dass er tatbestandlich davon überzeugt ist, dass die ältere Frau eine Filesharing-Software wie „Gnutella“ oder „Bittorrent“ herunterlud und installierte, daraufhin ein Zombie-Ego-Shooter-Videospiel wie „Resident Evil“ suchte, herunterlud und dabei das Spiel öffentlich zugänglich machte.

Wie der Richter Schritt für Schritt zu einer solchen dem Bauchgefühl eines jeden Durchschnittsbürgers widersprechenden Entscheidung kommt, wird der wesentliche Gegenstand dieser Untersuchung (B.) sein. Anschließend wird die Kritik an dem Vorgehen der Rechtsprechung vorgestellt (C.) und dazu ergangene erst- und zweitinstanzliche Entscheidungen mit Rücksicht auf die Kläger- und Beklagten-seite analysiert (D.). Vorerst soll noch der tatsächliche Weg zur Inanspruchnahme des Anschlussinhabers vorgezeichnet und die erforderlichen materiell-rechtlichen Grundlagen erläutert werden.

I. Der tatsächliche Weg zur Inanspruchnahme

Die Inanspruchnahme des Anschlussinhabers erfolgt tatsächlich in mehreren Schritten. Zu Beginn beauftragt der Rechteinhaber eine Ermittlungsfirma (auch Logfirma genannt), welche sich darauf spezialisiert hat, in P2P-Tauschbörsen Urheberrechtsverletzungen aufzuspüren. Die Logfirma ermittelt dabei die IP-Adresse des Verletzers mittels einer besonderen Software und übermittelt diese an den

⁷ BVerfG, GRUR 2019, 606; EuGH, GRUR 2018, 1234; BGH, GRUR-RR 2017, 484.

⁸ So ähnlich in LG Frankfurt a. M., Urt. v. 19.04.2018, 2-03 S 17/17, abrufbar unter <https://aw3p.de/archive/tag/lg-frankfurt-urteil-vom-19-04-2018-2-03-s-17-17> (abgerufen am 23.08.2021).

Rechteinhaber zurück.⁹ Im nächsten Schritt wendet sich der Rechteinhaber an den jeweiligen betroffenen Internet Service Provider (ISP), der nach §§ 113b, 96 TKG Protokoll darüber führen muss, welche dynamische IP-Adresse von welchem Anschlussinhaber zu welchem Zeitpunkt genutzt wurde. Der ISP darf diese Daten jedoch nicht ohne richterliche Anordnung nach § 101 Abs. 9 UrhG herausgeben. Daher hat der Rechteinhaber insgesamt drei Anträge zu stellen. Zunächst verlangt er gegenüber dem ISP Herausgabe der Information, welcher Anschluss zu dem ermittelten Zeitpunkt der ermittelten IP-Adresse zugeordnet war und die Anschrift des Inhabers des konkreten Anschlusses. Des Weiteren stellt der Rechteinhaber zwei Anträge an das zuständige Landgericht. Zum einen beantragt er eine richterliche Anordnung nach § 101 Abs. 9 UrhG und zum anderen beantragt er im Wege einer einstweiligen Verfügung ein Unterlassen des ISP, die relevanten Logdateien zu löschen.¹⁰ Nachdem das Gericht den ISP verpflichtet, die Identität des Anschlussinhabers und dessen Anschrift preiszugeben, und der ISP diese Verpflichtung erfüllt hat, wendet sich der Rechteinhaber im letzten Schritt unmittelbar an den Anschlussinhaber und verlangt Schadensersatz und Ersatz der Abmahnkosten.

II. Materiell-rechtliche Grundlagen

Schadensersatz verlangt der Rechteinhaber nach § 97 Abs. 2, Abs. 1 UrhG, weil er von einer Täterschaft des Anschlussinhabers bzgl. einer Verletzung des § 19a UrhG ausgeht. Problematisch ist die Begründung verschiedener Tatbestandsmerkmale außerhalb der täterschaftlichen Verantwortlichkeit. Oft wird der urheberrechtliche Schutz der konkret ermittelten zum Download verfügbaren Datei in Frage gestellt, wenn sie nur ein Dateifragment ist, welche die Nutzung des Werkes nicht ermöglicht.¹¹ Andere umstrittene Fragen sind die Bestimmung des Gegenstandswerts bzw. des Schadens¹² und die Verjährung¹³ des Schadensersatzanspruchs. Die Abmahnkosten versucht der Rechteinhaber nach § 97a Abs. 3 Satz 1 UrhG ersetzt zu bekommen. Auch hier verursachen einige Voraussetzungen des Anspruchs juristisch mühsame Hürden. Grundlage des Abmahnanspruchs ist ein Unterlassungsanspruch nach § 97 Abs. 1 UrhG,¹⁴ sodass sich ähnliche Probleme wie beim Schadensersatzanspruch ergeben. Hinzu kommt die streitige Frage, ob bei einem privaten

⁹ *Völzmann-Stickelbrock*, FS Schilken, 2015, 539 (548); *Lutz*, VuR 2010, 337, (340).

¹⁰ *Völzmann-Stickelbrock*, FS Schilken, 2015, 539 (541 f.).

¹¹ BGH, MMR 2018, 303 (304 f.); *Reuther*, MMR 2018, 433 (435).

¹² BGH, NJW 2016, 942 (948 f.); OLG Köln, ZUM 2012, 697 (700 f.); *jurisPK-Internetrecht/Heckmann/Paschke*, 6. Aufl. 2019, Kapitel 3.2, Rn. 242 ff.; *Obergfell*, NJW 2016, 910 (911).

¹³ AG Düsseldorf, MMR 2015, 752 (752); *Reuther*, MMR 2018, 433 (436).

¹⁴ BeckOK UrhR/*Reber*, Stand: 15.07.2019, UrhG, § 97a, Rn. 18.

Anschlussinhaber die Deckelung des Erstattungsanspruchs gemäß § 97a Abs. 3 Satz 2 UrhG Anwendung findet oder ob nach § 97a Abs. 3 Satz 4 UrhG davon eine Ausnahme wegen Unbilligkeit zu machen ist.¹⁵

Im prozessrechtlichen Vordergrund beider Ansprüche steht jedoch die Begründung der Täterschaft des Anschlussinhabers als Mammutaufgabe des klägerseitigen Anwalts. Dieser Nachweis ist umso relevanter geworden, als der Gesetzgeber mit § 8 Abs. 1 Satz 2 TMG die Störerhaftung der Anschlussinhaber abschaffte.¹⁶ Denn mit der Täterschaft des Anschlussinhabers steht und fällt das gesamte Begehren des Rechteinhabers. Mithin sollen die Beweisfragen um die anderen materiell-rechtlichen Probleme im Folgenden ausgeblendet werden, um die besonderen Beweisfragen bei der Begründung der Täterschaft zu erkunden und zu würdigen.

B. Die Rechtsprechung des BGH

Die beschwerliche Ausgangssituation des Rechteinhabers ist es, dass er die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt, die täterschaftliche Verantwortlichkeit des Beklagten nachzuweisen.¹⁷ Er muss den Richter im Prozess entsprechend dem Beweismaß des § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO davon überzeugen, dass der Anschlussinhaber die Verletzungshandlung eigenhändig begangen hat. Nach dem Regelbeweismaß erfordert dies keine unumstößliche Gewissheit und auch keine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit. Vielmehr muss sich das Gericht in tatsächlich zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad an Gewissheit begnügen, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen.¹⁸ Auf erstem Blick scheint die Erfüllung dieser äußerst hohen Anforderungen zum Nachweis der Täterschaft des Anschlussinhabers aufgrund der geringen zur Verfügung stehenden Beweismittel nahezu unmöglich. Allerdings hat der BGH mit mehreren Entscheidungen zwei prozessrechtliche Modifikationen im Wege der Rechtsfortbildung entwickelt. Dabei wird dem Kläger mit der tatsächlichen Vermutung der Täterschaft des privaten Anschlussinhabers einerseits und mit der sekundären Darlegungslast des privaten Anschlussinhabers andererseits prozessual „unter die Arme gegriffen“.

¹⁵ AG Bochum, BeckRS 2018, 1143; AG Charlottenburg, BeckRS 2017, 127021; BeckOK UrhR/*Reber* (Fn. 14), § 97a, Rn. 27 f.

¹⁶ Bundesregierung, BT-Drs. 18/12202, 1; *Ohly*, JZ 2019, 251 (252).

¹⁷ Hoeren/Sieber/Holznagel MMR-HdB/*Sesing* (Fn. 2), Teil 18.5, Rn. 67.

¹⁸ BGH, NJW 2004, 777 (778); BGH, NJW 1970, 946 (947); Hk-ZPO/*Saenger*, 8. Aufl. 2019, § 286 ZPO, Rn. 13.

I. Tatsächliche Vermutung

Erstmals in dem Urteil vom 12.05.2010 („Sommer unseres Lebens“)¹⁹ hat der BGH eine tatsächliche Vermutung für die Täterschaft des privaten Anschlussinhabers angenommen.²⁰ Die tatsächliche Vermutung ist allgemein betrachtet ein von der Rechtsprechung in der Vergangenheit bereits viel verwendetes rechtliches Konstrukt, welches der Überwindung praktischer Nachweisprobleme dient.²¹ Ihre dogmatische Herkunft ist umstritten, da sie von der Rechtsprechung teilweise als Anscheinsbeweis bzw. Indizienbeweis²² und teilweise als Beweislastumkehr²³ behandelt wird. Überwiegend spricht sich die Literatur in solchen Fällen der Haftung eines Anschlussinhabers für einen Anscheinsbeweis aus.²⁴ Jedenfalls ist ihre Rechtsnatur nicht für die konkreten Beweisfragen derart entscheidend, dass sie hier umfassend zu erörtern ist. Weitgehend besteht nämlich Einigkeit, dass die tatsächliche Vermutung allgemein auf einem Satz der alltäglichen Lebenserfahrung beruhen muss, deren Wahrscheinlichkeit so hoch ist, dass sie eine entsprechende Schlussfolgerung im konkreten Einzelfall zulässt.²⁵ Ein Erfahrungssatz knüpft folglich – ähnlich einem Anscheinsbeweis – an das Vorliegen von bestimmten tatsächlichen Umständen und vermutet dann einen gewissen Umstand, wenn dieser nach allgemeiner Lebenserfahrung folgt.²⁶ Konkret nimmt die Rechtsprechung in Fällen der Inanspruchnahme privater Anschlussinhaber an, dass der Anschlussinhaber den Upload des Werkes eigenhändig begangen hat, wenn die Handlung einerseits dem Anschluss zuzuordnen ist und andererseits keine ernsthafte Möglichkeit besteht, dass ein Dritter die Handlung hätte begehen können.²⁷

¹⁹ BGH, MMR 2010, 565 (565 f.).

²⁰ BGH, MMR 2014, 547 (548); BGH, MMR 2013, 388 (390).

²¹ BGH, NJW 2002, 3165 (3165); BVerwG, ZIP 1999, 202 (202); BGH, NJW 1986, 1244 (1244); OLG Hamm, GRUR 1988, 717 (717); vgl. auch Zöller/*Greger*, ZPO, 32. Aufl. 2018, Vor § 284, Rn. 33.

²² BGH NJW 2012, 2435 (2439); OLG München, MMR 2016, 195 (196).

²³ BGH NJW 2012, 2427 (2429 f.); dagegen wiederum BGH, NJW 2010, 363 (364).

²⁴ Musielak/*Voit/Foerste*, ZPO, 16. Aufl. 2019, § 286, Rn. 25; MüKoZPO/*Prütting*, 5. Aufl. 2016, § 292, Rn. 7; Hoeren/Sieber/Holznagel MMR-HdB/*Sesing* (Fn. 2), Teil 18.5, Rn. 72; *Völzmann-Stickelbrock*, FS Schilken, 2015, 539 (544 ff.).

²⁵ *Laumen*, MDR 2015, 1 (3); Hoeren/Sieber/Holznagel MMR-HdB/*Sesing* (Fn. 2), Teil 18.5, Rn. 69.

²⁶ Hk-ZPO/*Saenger* (Fn. 18), § 286 ZPO, Rn. 38, 42.

²⁷ BGH, NJW 2018, 68 (69); BGH, NJW 2017, 78 (80); BGH, NJW 2016, 953 (955); vgl. auch *Sesing*, MMR 2016, 376 (378 f.).

1. Zuordnung der Eingriffshandlung an den Anschluss

Zunächst muss der Kläger also den Richter überzeugen, dass die rechtsverletzende Eingriffshandlung vom Anschluss des in Anspruch genommenen Anschlussinhabers stammt. Die bereits genannten Schritte hinsichtlich der Ermittlung der IP-Adresse durch die Logfirma und der Herausgabe der Informationen des Anschlussinhabers gegenüber dem ISP hat der Rechteinhaber darzulegen und im Fall des Bestreitens mit den zulässigen Beweismitteln der ZPO zu beweisen.

a) Nachweis des Ermittlungsverfahrens

Für den Nachweis der Ermittlung der IP-Adresse durch die Logfirma muss der Rechteinhaber zum einen eine zuverlässige Ermittlungssoftware²⁸ genutzt haben und zum anderen die Protokollergebnisse der Logfirma vorlegen. Hierbei entdeckt i.d.R. die Ermittlungssoftware anhand des Hashwertes der Datei eine IP-Adresse, von der aus die Datei hochgeladen wird, und trägt diese nebst Zeitstempel in ein Protokoll ein. Diese Suche mittels Hashwert kann allerdings zu fehlerhaften Ergebnissen führen, da es zu Kollisionen der Hashwerte kommen kann. Zwei Dateien können denselben Wert haben, sodass fälschlicherweise angenommen werden würde, dass von einem Anschluss ein Eingriff in das Recht aus § 19a UrhG vorläge.²⁹ Die Zuverlässigkeit des Ermittlungsvorgangs der Logfirma muss durch einen Mitarbeiter desselben Unternehmens glaubhaft bestätigt werden.³⁰ Unzureichend ist die alleinige Vorlage von Ausdrucken der beauftragten Ermittlungsfirma.³¹

Für den Nachweis der Zuordnung der IP-Adresse zum Anschlussinhaber durch den ISP sind i.d.R. eine zuverlässige Protokollierung des ISPs und das Vorlegen der Logdatei erforderlich, aus dem sich die konkrete Zuordnung ergibt.³² Die alleinige Vorlage einer Excel-Datei der Ergebnisse eines ISPs ist nicht ausreichend.³³

²⁸ Lutz, VuR 2010, 337 (440); unzureichende Begründung der Zuordnung wegen veralteter Ermittlungssoftware in LG Frankenthal, ZUM-RD 2015, 277 (277 ff.).

²⁹ LG Frankenthal, MMR 2009, 487 (488); LG Köln, BeckRS 2008, 23649.

³⁰ BGH, GRUR 2016, 176 (179).

³¹ LG Hamburg, ZUM-RD 2008, 303 (303); jurisPK-Internetrecht/Heckmann/Paschke (Fn. 12), Kap. 3.2, Rn. 260.

³² AG Bielefeld, ZUM 2018, 736 (736 f.).

³³ LG Köln, Urt. v. 17.05.2018 – 14 S 2/17 –, juris, Rn. 26 ff.

b) Fehlerquellen

Problematisch ist die Vielzahl an Fehlerquellen hinsichtlich der Logdateien sowohl der Logfirma als auch der ISPs.³⁴ Zwar ist davon auszugehen, dass bei den ISPs die Zuordnung der IP-Adressen sich seit dem Beschluss des Landgerichts Köln aus dem Jahre 2008³⁵ verbessert haben. Damals wurde in einer Vielzahl von Verfahren von der Staatsanwaltschaft festgestellt, dass die Quote der fehlerhaften, nicht zuzuordnenden IP-Adressen deutlich über 50 % aller angezeigten Fälle betrug.

Heute können die Datenverarbeitungsprogramme, welche die Logdateien erstellen, trotzdem noch an Anwendungsfehlern oder systemischen Fehlern leiden. Diese Programme arbeiten auch grundsätzlich automatisiert, sodass wegen des Fehlens einer menschlichen Kontrollinstanz die Fehlerwahrscheinlichkeit höher ist. Hinzu kann auch die i.d.R. zuverlässige Software im Einzelfall fehlerhafte Ergebnisse liefern, bedingt durch Serverprobleme, Updates oder sonstige Änderungen der Software. Es kann wegen verschiedener Zeiteinstellungen einerseits bei dem Logprogramm der Ermittlungsfirma und andererseits dem Logprogramm des ISPs dazu kommen, dass der falsche Anschlussinhaber ermittelt wird.³⁶ Schließlich ist eine bewusste Manipulation der Ergebnisse des Programms durch das Personal des ISPs oder der Logfirma denkbar.³⁷

Mithin reicht eine Einfachermittlung, d.h. das Ermitteln einer IP-Adresse, von der aus nur eine rechtsrelevante Eingriffshandlung zu lediglich einem einzigen Zeitpunkt nachweisbar ist, üblicherweise nicht zum Nachweis aus. Zur Überzeugung des Gerichts ist eine sogenannte „echte Mehrfachzuordnung“ notwendig, um das Risiko der Fehlerwahrscheinlichkeit zu minimieren und vernünftige Zweifel an der Richtigkeit zum Schweigen zu bringen.³⁸ Die ermittelten IP-Adressen sind dynamisch, d.h. sie sind nicht statisch derart, dass sie permanent demselben Anschlussinhaber zugeordnet werden. Vielmehr ändert sich die Zuordnung der IP-Adressen bei jeder Einwahl ins Internet.³⁹ Deswegen sind die vernünftigen Zweifel zum Schweigen gebracht, wenn über einen längeren Zeitraum verschiedene IP-Adressen

³⁴ Vgl. AG Köln, ZUM-RD 2018, 39 (41); *Härtling*, Internetrecht, 6. Aufl. 2017, Rn. 1678; *Lutz*, VuR 2010, 337 (340 f.); *Suwelack*, Die ökonomische Analyse des Filesharings, S. 166; *von Ungern-Sternberg*, GRUR 2017, 217 (230).

³⁵ LG Köln, BeckRS 2008, 23649.

³⁶ Vgl. AG Köln, ZUM-RD 2018, 39 (41); *Lutz*, VuR 2010, 337 (341).

³⁷ *Heckmann/Paschke* in *jurisPK-Internetrecht*, Kap. 3.2, Rn. 259.

³⁸ AG Köln, ZUM-RD 2018, 39 (39); *jurisPK-Internetrecht/Heckmann/Paschke* (Fn. 12), Kap. 3.2, Rn. 265.

³⁹ *Hoeren/Sieber/Holzsnagel MMR-HdB/Sieber* (Fn. 2), Teil 1, Rn. 55; *Grosskopf*, CR 2007, 122 (123).

durch die Logfirma ermittelt werden und alle letztlich ein und demselben Internetanschluss zugeordnet werden.⁴⁰ Eine zu enge zeitliche Diskrepanz wurde vom AG Köln bei Ermittlungen um 22:01:38 Uhr und um 22:10:07 Uhr angenommen.⁴¹

2. Keine ernsthafte Möglichkeit eines anderen Täters

Weitere Voraussetzung der tatsächlichen Vermutung ist die Darlegung und im Falle des Bestreitens der Beweis, dass zum Zeitpunkt der Rechtsverletzung keine anderen Personen den Anschluss hätten benutzen können.⁴² Dabei muss die ernsthafte Möglichkeit, dass ein bekannter oder unbekannter Dritter die Tat hätte begehen können, ausgeschlossen werden. Erst dann ist die tatsächliche Vermutung „entkräftet“ bzw. „erschüttert“.⁴³

a) Unbekannte Dritte als Täter

Zum Ausschluss der Nutzungsmöglichkeit des Anschlusses durch einen unbekannten Dritten ist eine hinreichende Sicherung des Anschlusses notwendig.⁴⁴ Damit ist in Anlehnung an das Urteil „Sommer unseres Lebens“ wohl zumindest eine WPA2- oder WPA3-Verschlüsselung gemeint.⁴⁵ WPA wurde damals vom BGH für unzureichend erklärt, obwohl neben Juristen⁴⁶ auch Stimmen der Informatik⁴⁷ sich für eine hinreichende Sicherung durch WPA aussprachen.

Interessanterweise ist seit dem „Dead Island“-Urteil des BGH von 2018 jedoch unstreitig geklärt, dass sich eine Passwortpflicht weder für gewerbliche noch private Anschlussinhaber bei Inbetriebnahme des Anschlusses ergibt.⁴⁸ Damit führt der unverschlüsselte Anschluss nicht mehr zur Störerhaftung des Anschlussinhabers.⁴⁹ Die WLAN-Anbieter können bei Rechtsverletzungen vom Gericht nur noch mittels Sperranordnung verpflichtet werden, ihren Anschluss zu verschlüsseln, vgl. § 7 Abs. 4, § 8 Abs. 4 TMG. Seit der dritten Änderung des TMG ist die Passwortpflicht entfallen, da der Gesetzgeber das „offene WLAN“ auch bei Privatpersonen

⁴⁰ AG Köln, ZUM-RD 2018, 39 (40 f.).

⁴¹ AG Köln, ZUM-RD 2018, 39 (39).

⁴² BGH, NJW 2018, 65 (65).

⁴³ Vgl. unterschiedliche Begriffe in BGH, MMR 2013, 388 (390).

⁴⁴ BGH, NJW 2017, 1961 (1962); BGH, NJW 2017, 78 (80).

⁴⁵ BGH, NJW 2010, 2061 (2063).

⁴⁶ *Nenninger*, NJW 2010, 2064 (2064); *Mantz*, MMR 2010, 568 (569).

⁴⁷ *Sorge*, CR 2011, 273 (273 ff.).

⁴⁸ BGH, GRUR 2018, 1044 (1048 ff.); vgl. auch *Ohly*, JZ 2019, 251 (252); *Spindler*, GRUR 2018, 1012 (1013).

⁴⁹ *Lüthge*, GRUR-Prax 2018, 443 (443 f.); *Sesing*, EWIR 2018, 731 (732).

fördern will.⁵⁰ Mithin wäre ein Rechteinhaber Opfer einer juristischen Schachmattsituation, würde der Beklagte sich mit dem Einwand verteidigen, er habe seinen Anschluss nicht hinreichend verschlüsselt. Die Grundlage der tatsächlichen Vermutung würde zerfallen, sodass sowohl eine Täterhaftung als auch eine Störerhaftung nicht mehr in Betracht kommen würde.

b) Bekannte Dritte als Täter

Neben dem Ausschluss der ernsthaften Nutzungsmöglichkeit durch unbekannte Dritte muss der Rechteinhaber weiter darlegen, dass kein dem Anschlussinhaber bekannter Dritter als Täter in Betracht kommt. Die tatsächliche Vermutung gilt nämlich auch bei einem Familienanschluss, bei dem mehrere Personen selbstständigen Zugang haben.⁵¹ Die Vermutung ist erschüttert, wenn der Anschlussinhaber bewusst anderen Personen den Anschluss zur selbstständigen Nutzung überlassen hat und diese als Täter in Betracht kommen.⁵² Es kommt nicht auf die Zugriffsmöglichkeit des Dritten im Allgemeinen, sondern auf die Situation im Verletzungszeitpunkt an. Diese vom Anschlussinhaber bekannten Dritten müssen daher mit Rücksicht auf Nutzverhalten, Kenntnisse und Fähigkeiten sowie in zeitlicher Hinsicht Gelegenheit gehabt haben, die fragliche Verletzungshandlung ohne Wissen und Zutun des Anschlussinhabers zu begehen.⁵³

Würde man sich nun vorstellen, der BGH hätte die tatsächliche Vermutung für solche Filesharing-Fälle isoliert ohne die sekundäre Darlegungslast entwickelt, ergebe sich der offensichtliche Bedarf dieser zweiten prozessrechtlichen Modifikation. Der Anschlussinhaber könnte nämlich durch die Bekanntgabe von geringen Informationen über die in Betracht kommenden Nutzer, denen er den selbstständigen Zugang verschafft hat, den Vortrag des Klägers bestreiten. Dann würde aufgrund der Beweisbedürftigkeit⁵⁴ des Vortrags das Gericht die Beweisaufnahme eröffnen. Dort müsste der Rechteinhaber dann den nahezu unmöglichen Vollbeweis⁵⁵ der Täterschaft erbringen. Dies würde ihm aufgrund der fehlenden Möglichkeiten, die konkrete Nutzung des Anschlusses zum relevanten Zeitpunkt nachzuvollziehen, nicht gelingen. Ihm fehlt nämlich der Einblick in die Nutzungssphäre des Anschlusses. Zur Auflösung dieses Informationsgefälles⁵⁶ hat daher der BGH eng mit der tatsäch-

⁵⁰ Bundesrat, BRat-Drs. 276/17 (B), S. 3.

⁵¹ BGH, NJW 2017, 78 (81).

⁵² BGH, GRUR 2017 386 (387); BGH, NJW 2017, 78 (80); BGH, MMR 2014, 547 (548).

⁵³ BGH, NJW 2017, 78 (81).

⁵⁴ MüKoZPO/Prütting (Fn. 24), § 284, Rn. 93.

⁵⁵ Musielak/Voit/Foerste (Fn. 24), § 286, Rn. 24.

⁵⁶ Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen, Handbuch der Beweislast, 4. Aufl. 2019, Kap. 22,

lichen Vermutung die sekundäre Darlegungslast als zweite prozessrechtliche Modifikation entwickelt.

II. Sekundäre Darlegungslast

Abermals erstmalig in der „Sommer unseres Lebens“-Entscheidung hat der BGH angenommen,⁵⁷ dass den privaten Anschlussinhaber eine sekundäre Darlegungslast trifft. Hierzu hat der BGH nach mehreren Entscheidungen⁵⁸ eine Reihe von Grundsätzen und Kriterien aufgestellt. Bevor jedoch auf diese eingegangen wird, soll vorerst die Rechtsnatur der sekundären Darlegungslast untersucht werden, um den Sinn und Zweck der Anwendung dieser Beweiserleichterung für die Fälle der Inanspruchnahme des Anschlussinhabers zu veranschaulichen.

1. Rechtsnatur

Grundsätzlich muss der Prozessgegner des Trägers der Darlegungslast vor Gericht auf das substantiierte gegnerische Vorbringen selbst substantiiert erwidern, soweit ihm das möglich und zumutbar ist.⁵⁹ Dies ist regelmäßig anzunehmen, wenn die behaupteten Umstände im Wahrnehmungsbereich des Darlegungspflichtigen liegen oder lagen.⁶⁰ Hat dieser hinreichende Umstände vorgetragen, so bemisst sich der Umfang der Substantiierungslast des Gegners an diesem Vortrag.⁶¹ Schlichtes Bestreiten genügt dem Prozessgegner nur, wenn der ursprüngliche Träger der Darlegungslast lediglich allgemeine Behauptungen aufgestellt hat.⁶² Reicht dem Prozessgegner also zum substantiierten Gegenvortrag hinsichtlich gewisser Umstände ein einfaches Bestreiten, so entstehen erhebliche Beweisprobleme, wenn der Träger der Darlegungs- und Beweislast keinen Einblick in die behaupteten Vorgänge hat.

Beweismittlungsanträge, die nicht der Ausforschung von vorgetragenen Tatsachen dienen, sondern die Ausforschung von Tatsachen erst ermöglichen sollen, sind nicht zulässig.⁶³ Vorprozessual können nicht immer mit Hilfe von materiell-rechtlichen Auskunftsansprüchen, Informationsdefizite überwunden werden, da solche

Rn. 2. Hoeren/Sieber/Holznapel MMR-HdB/Sesing (Fn. 2), Teil 18.5, Rn. 10.

⁵⁷ BGH, MMR 2010, 565 (565 f.).

⁵⁸ BGH, NJW 2017, 1961 (1962); BGH NJW 2017, 78 (81); BGH, NJW 2016, 953 (955); BGH, NJW 2014, 2360 (2361).

⁵⁹ BGH, NJW 2015, 475 (476); Musielak/Voit/Stadler (Fn. 24), § 138 Rn. 10.

⁶⁰ BGH, NJW 2010, 1357 (1358).

⁶¹ BGH, NJW 1996, 1826 (1827); BGH, NJW 1991, 2707 (2709).

⁶² BGH, NJW-RR 2017, 842 (843).

⁶³ BGH, NJW 1995, 2111 (2112); Dölling, NJW 2013, 3121 (3124); Zöller/Greger (Fn. 21), Vor § 284, Rn. 8c.

Ansprüche nur in vereinzelten Bereichen bestehen.⁶⁴ Auch kommt eine Umkehr der Beweislast aufgrund fehlender normativer Regelung (vgl. § 292 ZPO) i.d.R. nicht in Betracht.⁶⁵ Eine prozessuale Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei lehnt die Rechtsprechung ab.⁶⁶ Vielmehr soll laut BGH keine Partei verpflichtet sein, dem Gegner die für den Prozesssieg benötigten Informationen zu verschaffen. Nur ausnahmsweise soll dem Gegner wegen seiner Erklärungslast aus § 138 Abs. 2 ZPO zugemutet werden, nähere Angaben über die relevanten und zu seinem Wahrnehmungsbereich gehörenden Verhältnisse preiszugeben, mithin höhere Anforderungen an das substantiierte Bestreiten zu stellen. Diese prozessrechtliche Modifikation soll sogar verfassungsrechtlich geboten sein, wenn anderenfalls grundrechtlich geschützte Positionen des Gegenübers vereitelt werden.⁶⁷ Die sekundäre Darlegungslast soll dabei nichts an der Beweislast ändern, sondern gerade eine Beweislastentscheidung verhindern. Sie knüpft daher an greifbare Anhaltspunkte des gegnerischen Vortrags, welche sich außerhalb des Wahrnehmungsbereichs des Trägers der sekundären Darlegungslast befinden.⁶⁸ Allerdings kann sich aus der sekundären Darlegungslast eine Pflicht zu Nachforschungen ergeben.⁶⁹ Dagegen folgt aus ihr keine Pflicht zur Benennung von Zeugen oder zur Mitteilung von deren ladungsfähiger Anschrift.⁷⁰ Bei Nichterfüllung der sekundären Darlegungslast wird der Vortrag des primär Darlegungspflichtigen nach § 138 Abs. 3 ZPO als Geständnis betrachtet. Genügt dieser hingegen seiner Darlegungslast, ist die weitere Beweisführung wiederum Sache des primär Beweispflichtigen. Dieser muss jedoch nicht den Vollbeweis der streitigen Tatsache erbringen, sondern er muss bloß die Behauptungen des Trägers der sekundären Darlegungslast widerlegen.⁷¹

2. Konkreter Umfang bei privaten Anschlussinhabern

Bei der Inanspruchnahme von privaten Anschlussinhabern gelingt es dem Rechteinhaber meist zur Begründung der Täterschaft, die Zuordnung der urheberrechtlichen Eingriffshandlung zu dem Anschluss des Anschlussinhabers durch umfassenden

⁶⁴ Z.B. §§ 402, 666, 1379, 1605, 2127, 2314 BGB, § 233 I HGB, § 131 AktG, § 19 MarkenG, § 140b PatG, § 101 UrhG, § 10 UmweltHG, § 84a AMG, § 33g GWB.

⁶⁵ MüKoZPO/*Prütting* (Fn. 24), § 292 ZPO, Rn. 26; Hk-ZPO/*Saenger* (Fn. 18), § 292, Rn. 8.

⁶⁶ BGH, NJW 1990, 3151 (3151).

⁶⁷ BVerfG, NJW 2000, 1483 (1483).

⁶⁸ Z.B. „gewisse Wahrscheinlichkeit“ in BGH, NJW 2012, 3774 oder „schlüssige Indizien“ in BGH, NJW 2015, 947.

⁶⁹ BGH, NJW 2014, 2360 (2361); BGH, NJW 2012, 3774 (3775 f.).

⁷⁰ BGH, NJW 2008, 982 (984).

⁷¹ Vgl. OLG Saarbrücken, NJW 2015, 879 (880); BGH, NJW-RR 1996, 952 (952); *Stieper*, ZPZ 123, 27 (37).

Vortrag über das Ermittlungsverfahren nachzuweisen. Jedoch kann der Rechteinhaber i.d.R. lediglich pauschal bzw. „ins Blaue hinein“ behaupten, dass der Anschlussinhaber die Tat eigenhändig begangen hat.⁷² Für genauere Ausführungen fehlt ihm der Einblick in die Nutzungssphäre des Anschlusses. Daher folgt aus der sekundären Darlegungslast des Anschlussinhabers die Pflicht, zumutbar nachzuforschen, wer als Täter in Frage kommt. Gibt es nach dem Vortrag des Anschlussinhabers mehrere selbstständige, ihm bekannte Nutzer des Anschlusses und kommt von diesen keiner als Täter in Betracht, so lebt die Vermutung der Täterschaft ihm gegenüber wieder auf, sofern es auch an konkreten Darlegungen fehlt, die hinreichend für die Täterschaft eines unbekannten Dritten sprechen.⁷³ Äußerst bedeutend ist dabei das Bestimmen des Umfangs bzw. der Schwelle, ab dem die konkret in Rede stehende Nachforschung dem Anschlussinhaber unzumutbar ist.⁷⁴ Aufgrund eingehender Recherche der Rechtsprechung der letzten Jahre ergeben sich grundsätzlich drei Gruppen der gebotenen Nachforschungen – endgerätspezifische, nutzerspezifische und dateispezifische Nachforschungen.

a) Endgerätspezifische Nachforschungen

Zum Teil betreffen die Nachforschungen grob gesagt die Endgeräte im Haushalt des privaten Anschlussinhabers. Einerseits ist relevant, wie viele mit dem Anschluss verbundene Endgeräte existieren, die für das Filesharing geeignet sind. Früher waren einzelne Gemeinschafts-PCs bzw. Familienrechner üblich, die beispielsweise im Zimmer der Eltern aufbewahrt wurden.⁷⁵ Von Bedeutung kann auch sein, wer Kenntnis des Zugangspassworts zu dem Rechner hatte.⁷⁶ Heute ist es eher der Fall, dass jeder einzelne Nutzer mindestens ein eigenes Endgerät besitzt, das mit dem Anschluss verbunden ist.⁷⁷

Andererseits hat der Anschlussinhaber zu untersuchen, ob die rechtsrelevante Datei oder Filesharing-Software wie Bittorrent oder Gnutella auf dem Endgerät zu finden ist.⁷⁸ Die Prüfung beschränkt sich hierbei allerdings aus grundrechtlichen

⁷² Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen (Fn. 56), Kap. 22, Rn. 31; Hoeren/Sieber/Holznagel MMR-HdB/Sesing (Fn. 2), Teil 18.5, Rn. 9.

⁷³ BVerfG, MMR 2017, 165 (165 f.); BGH, GRUR 2016, 1280 (1284).

⁷⁴ Hoeren/Sieber/Holznagel MMR-HdB/Sesing (Fn. 2), Teil 18.5, Rn. 11.

⁷⁵ BGH, GRUR 2016, 1280, (1283); AG Kassel, Urt. v. 06.06.2017, 410 C 3434/16, abrufbar unter <https://aw3p.de/archive/tag/ag-kassel-urteil-vom-06-06-2017-az-410-c-343416> (abgerufen am 23.08.2021).

⁷⁶ BGH, GRUR 2016, 176 (181).

⁷⁷ Vgl. zur Knappheit der IP-Adressen: Freund/Schnabel, MMR 2011, 495 (499); Hoeren/Sieber/Holznagel MMR-HdB/Sieber (Fn. 2), Teil 1, Rn. 57.

⁷⁸ Unterlassene Prüfung bei BGH, GRUR 2016, 1280 (1284) und BGH, GRUR 2016, 191

Erwägungen nur auf die von dem Anschlussinhaber selbst genutzten Endgeräte. Nicht zumutbar ist es, beispielsweise den Computer des Ehegatten auf Filesharing-Software zu untersuchen.⁷⁹ Hinzu könnte die Anzahl der Nutzerkonten bei einem Familienrechner von Bedeutung sein. Gegebenenfalls ist zu untersuchen, wer ein Admin-Recht innehatte und damit in der Lage war, Filesharing-Software zu installieren.⁸⁰

Fraglich ist, ob es von Vorteil wäre, wenn der Router des Anschlussinhabers Log-Dateien erstellen würde, die den Datenverkehr der Endgeräte mit externen Servern protokollieren. Hersteller von Routern könnten gesetzlich zur Führung solcher Logprogramme verpflichtet werden. Damit könnte im Ergebnis sicher ermittelt werden, von welchem Endgerät die Eingriffshandlung stammt. Mit Rücksicht auf den heutigen Trend, dass jeder ein eigenes Endgerät zum Internetzugang nutzt und der Familienrechner ausstirbt,⁸¹ könnte man auch von einer neuen tatsächlichen Vermutung der Täterschaft des Endgeräthinhabers ausgehen.

Das würde in solchen Filesharing-Fällen einerseits die Rechtsdurchsetzung im Internet vereinfachen und andererseits den Anschlussinhaber vor der Haftung rechtswidriger Handlungen von Nutzern seines Anschlusses schützen. Auch würde dem Anschlussinhaber die unangenehme Situation erspart bleiben, zu entscheiden, ob er den ihm bekannten und oft nahestehenden Nutzer anzeigt. Der Preis dafür wäre der Verlust von weiterer Anonymität im Internet. Letztlich stolpert man also über die Gretchenfrage, die sich bei der Rechtsdurchsetzung im Internet immer wieder stellt: Soll Anonymität weiterhin eine unantastbare Säule des Internets darstellen? Hierbei ist eine gesellschaftliche Entwicklung zu beobachten, wonach aufgrund von deliktischen Handlungen (z.B. Hate-Speech)⁸² und rechtsgeschäftlichen Handlungen im Internet (z.B. Amazon verlangt nun Daten des Personalausweises zur Bestätigung des Alters)⁸³ das Verlangen nach einem Abbau von Anonymität im Internet und die Akzeptanz für diese Maßnahme kontinuierlich wächst.

(194 f.); vgl. auch AG München, ZUM 2018, 742 (742 f.).

⁷⁹ BGH, ZUM-RD 2018, 3 (3); BGH, GRUR 2017, 386 (386).

⁸⁰ BGH, GRUR 2016, 176 (181).

⁸¹ *Freund/Schnabel*, MMR 2011, 495 (499); Hoeren/Sieber/Holznapel MMR-HdB/Sieber (Fn. 2), Teil 1, Rn. 57.

⁸² *Nolte*, ZUM 2017, 552 (552 ff.).

⁸³ Chip Digital GmbH, Beitrag vom 24.08.2019, abrufbar unter https://praxistipps.chip.de/amazon-prime-video-alter-bestaetigen_31087 (abgerufen am 17.09.2021).

b) Nutzerspezifische Nachforschungen

Weiter kann man eine Gruppe der Nachforschungen als nutzerspezifisch kategorisieren. Darunter versteht man vorrangig die Verhältnisse und Umstände derjenigen Nutzer, denen der Anschlussinhaber bewusst Zugang verschafft hat. Dies sind i.d.R. die eigenen Kinder, die Bekannten oder auch die Freunde der Kinder des Anschlussinhabers.⁸⁴ In einem Fall wurde beispielsweise eine Täterschaft des Anschlussinhabers verneint, weil er u.a. angab, dass seine Söhne und die Freunde seiner Söhne aufgrund von LAN-Partys Zugang zu dem Anschluss hatten. Damit kam jeder von ihnen als Täter ernsthaft in Betracht, sodass er seine sekundäre Darlegungslast erfüllt hatte.⁸⁵

Auf jeden Fall muss der Anschlussinhaber die ihm bekannten Nutzer zur Täterschaft zumindest befragen.⁸⁶ Dabei hat er auch zu erfragen, wie der jeweilige Nutzer den Anschluss generell nutze.⁸⁷ Die pauschale Behauptung des Anschlussinhabers der bloß theoretischen Möglichkeit des Zugriffs von im Haushalt lebenden Dritten reicht nicht aus.⁸⁸ Vielmehr muss auch konkret das Nutzungsverhalten des in Betracht kommenden Dritten erläutert werden, z.B. dass die Kinder, die Zugang zum Anschluss hatten, nur eine halbe Stunde pro Tag den Familienrechner nutzen dürfen.⁸⁹ Nicht umfasst von den zumutbaren Nachforschungen ist die Überwachung und Dokumentation der Nutzung der Endgeräte von Dritten. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat entschieden, dass die Grundrechte des Anschlussinhabers in solchen Fällen aus Art. 7 GR-Charta und Art. 6 Abs. 1 GG im Verhältnis zu denen des Rechteinhabers aus Art. 17 Abs. 2 GR-Charta und Art. 14 Abs. 1 GG überwiegen.⁹⁰

Von Bedeutung kann auch sein, ob die bekannten Nutzer die erforderlichen technischen Kenntnisse und Fähigkeiten haben, um Filesharing zu betreiben.⁹¹ Bei Kin-

⁸⁴ LG Hannover, Urt. v. 26.02.2018, 18 S 57/17, abrufbar unter <https://aw3p.de/archive/tag/lg-hannover-urteil-vom-26-02-2018-az-18-s-57-17> (abgerufen am 23.08.2021).

⁸⁵ LG Frankfurt a. M., ZUM-RD 2019, 221 (221 ff.).

⁸⁶ AG München, ZUM 2018, 742 (742 f.); Angaben zum Nutzungsverhalten der Ehefrau, aber nicht zu den Kindern in LG Bielefeld, Urt. v. 06.02.2018, 20 S 99/16, abrufbar unter <https://aw3p.de/archive/tag/lg-bielefeld-urteil-vom-06-02-2018-az-20-s-99-16> (abgerufen am 23.08.2021).

⁸⁷ BVerfG, MMR 2017, 165 (165); AG München, ZUM 2018, 742 (742 f.); LG Hannover, Urt. v. 26.02.2018, 18 S 30/17, abrufbar unter <https://aw3p.de/archive/tag/lg-hannover-urteil-vom-26-02-2018-az-18-s-30-17> (abgerufen am 23.08.2021).

⁸⁸ BGH, NJW 2016, 953 (956); LG München, MMR 2015, 196 (196).

⁸⁹ BGH, GRUR 2016, 1280 (1283).

⁹⁰ BGH, ZUM-RD 2018, 3 (3); BGH, GRUR 2017, 386 (386).

⁹¹ LG Frankfurt a. M., ZUM-RD 2019, 221 (221 ff.).

dern unterhalb des Grundschulalters ist in aller Regel davon auszugehen, dass die Kinder diese Fähigkeiten und Kenntnisse nicht haben.⁹² Ob jemand der deutschen Sprache nicht mächtig ist, ist belanglos.⁹³

Was die Nutzer zum konkreten Tatzeitpunkt getan haben, ist insofern von Relevanz, als dass es dem Dritten tatsächlich möglich gewesen sein sollte, den Anschluss zur Tatausführung zu nutzen. Nicht zu verlangen ist, welcher Nutzer zu welcher Uhrzeit Zugang zum Internet hatte.⁹⁴ Die Rechtsprechung ist sich einig, dass der Umstand, dass der Nutzer nicht zu dem Zeitpunkt zu Hause war, unbedeutend ist, da die persönliche Anwesenheit für Filesharing nicht notwendig ist.⁹⁵ Dass jemand zum Tatzeitpunkt (z. B. um 3 Uhr morgens)⁹⁶ schlief, ist auch irrelevant.

Sollte der Anschlussinhaber nicht hinreichend darlegen, dass ihm bekannte Dritte als Täter in Betracht kommen, und stattdessen dafür plädieren, dass ein unbekannter Dritter der Täter sei, dann ist mehr als nur ein bloßes Behaupten erforderlich. Beispielsweise kann hierzu eine gravierende Sicherheitslücke des Anschlusses vorgetragen werden.⁹⁷ Auch käme die Vorlage eines Sachverständigengutachtens in Betracht, welches Sicherheitsmängel der Endgeräte oder des Anschlusses aufzeigt.

c) Dateispezifische Nachforschungen

Letztlich können auch dateispezifische Nachforschungen notwendig sein. Ob die Datei einen Film, ein Computerspiel oder ein Musikstück zum Gegenstand hat, kann nämlich den Rahmen der zumutbaren Nachforschungen mitbestimmen. Eventuell befindet sich die hochgeladene Datei sogar auf einem Endgerät, das den Anschluss nutzt.⁹⁸

Je nach Dateityp hat der Anschlussinhaber zu erforschen, wer von den bekannten Nutzern ein naheliegendes Interesse an der Datei haben könnte. Der BGH geht zwar in seiner „Ego-Shooter“-Entscheidung davon aus, dass „Ego-Shooter“ von vielen

⁹² AG Kassel, Urt. v. 06.06.2017, 410 C 3434/16, abrufbar unter <https://aw3p.de/archive/tag/ag-kassel-urteil-vom-06-06-2017-az-410-c-343416> (abgerufen am 23.08.2021).

⁹³ AG Charlottenburg, Urt. v. 28.11.2017, 206 C 282/17, abrufbar unter <https://aw3p.de/archive/tag/ag-charlottenburg-urteil-vom-28-11-2017-az-206-c-282-17> (abgerufen am 23.08.2021).

⁹⁴ JurisPK-Internetrecht/*Heckmann/Paschke* (Fn. 12), Kap. 3.2, Rn. 88; *Solmecke/Rüther/Büring*, MMR 2016, 153 (155).

⁹⁵ BGH, GRUR 2016, 1280, (1284 f.); AG München, ZUM 2018, 742 (742 f.).

⁹⁶ AG Charlottenburg, Urt. v. 30.05.2017, 224 C 418/16, abrufbar unter <https://aw3p.de/archive/tag/ag-charlottenburg-urteil-vom-30-05-2017-az-224-c-418-16-rka-rechtsanwaeltel-reichelt-klute-gbr> (abgerufen am 23.08.2021).

⁹⁷ BGH, GRUR 2017, 386 (387).

⁹⁸ BVerfG, MMR 2017, 165 (165); BGH, GRUR 2016, 1280 (1284).

Frauen gespielt würden und deswegen die Vermutung der Täterschaft der Anschlussinhaberin nicht entfalle.⁹⁹ Nach einer anderen Entscheidung des BGH sei bei dem Upload von Musikdateien der Musikgeschmack des Anschlussinhabers für die Vermutung der Täterschaft gleichgültig, „weil er auch ohne ein eigenes musikalisches Interesse eine große Anzahl von Audiodateien beispielsweise für gesellige Anlässe, zur Überlassung an Dritte oder aus technischem Interesse an der Funktionsweise einer Internettauschbörse mithilfe einer Filesharing-Software auf seinem Computer installiert haben kann“.¹⁰⁰ Damit ist jedoch der Dateityp nicht belanglos. Der Musikgeschmack kann unter Umständen die ernsthafte Möglichkeit der Täterschaft eines Dritten mitbegründen, sodass sie ebenfalls zu erkunden ist. Beispielsweise wurde auch entschieden, dass ein Kind unter sechs Jahren nicht als Täter in Betracht käme, weil anzunehmen sei, dass ein solches Kind kein Interesse an einem Computerspiel hätte, das an Personen ab 18 Jahren gerichtet ist.¹⁰¹

3. Aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung

Im Folgenden sollen nun zwei wegweisende höchstrichterliche Urteile vorgestellt werden, die die Bedeutung der Grundrechte i.R.d. des Umfangs der sekundären Darlegungslast anschaulich aufbereitet haben.

a) EuGH, Urt. v. 18.10.2018, C-149/17 – Bastei Lübbe/Strotzer

Dem EuGH wurde auf Vorlage des Landgerichts München¹⁰² die Frage gestellt, ob die richterrechtlichen Modifikationen des BGH hinsichtlich der sekundären Darlegungslast mit Art. 8 Abs. 1, Abs. 2, 3 Abs. 1 RL 2001/29/EG und mit Art. 3 Abs. 2 RL 2004/48/EG vereinbar seien. Insbesondere wurde hier in Frage gestellt, ob der Anschlussinhaber Nachforschungen bezüglich des konkreten Nutzungsverhaltens von ihm bekannten Dritten durchführen müsste oder ob lediglich das Nennen der potenziellen Nutzer ausreiche. Hierzu hat der EuGH zunächst die sich widerstreitenden Grundrechtspositionen gegenübergestellt. Das Recht auf Familienschutz nach Art. 7 GR-Charta des Anschlussinhabers stünde in solchen Fällen dem Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf nach Art. 47 UAbs. 1 GR-Charta und dem Recht auf Schutz des geistigen Eigentums nach Art. 17 Abs. 2 GR-Charta des Rechteinhabers gegenüber. Der EuGH hat sodann entschieden, es

⁹⁹ BGH, MMR 2018, 311 (312 f.).

¹⁰⁰ BGH, GRUR 2016, 191 (195).

¹⁰¹ AG Kassel, Urt. v. 06.06.2017, 410 C 3434/16, abrufbar unter <https://aw3p.de/archive/tag/ag-kassel-urteil-vom-06-06-2017-az-410-c-343416> (abgerufen am 23.08.2021).

¹⁰² LG München, GRUR-RR 2017, 188 (188).

dürfe keinen absoluten Schutz eines dieser Grundrechtspositionen geben.¹⁰³ Mithin müssten im Einzelfall die Grundrechte abgewogen werden, in welchem Umfang Nachforschungen konkret geboten sind. Hierbei sei es dem Anschlussinhaber mit Rücksicht auf den Aufwand des Rechteinhabers zur Ermittlung des Anschlusses und dem Interesse an Rechtsdurchsetzung zumutbar, die ihm bekannten Nutzer des Anschlusses auszufragen, ob sie Täter waren und wie sie den Anschluss generell nutzen.

b) BVerfG, Beschl. v. 18.02.2019, 1 BvR 2556/17 – Loud

„Schweigen schützt Eltern nicht vor Haftung“¹⁰⁴ hieß es in der Presse, nachdem das Bundesverfassungsgericht seine Pressemitteilung zum „Loud“-Verfahren veröffentlichte. Die Eltern hatten als Anschlussinhaber nach Abmahnung durch den Rechteinhaber nachgeforscht, wer denn Täter der vorgeworfenen Rechtsverletzung gewesen sein könnte, die von ihrem Anschluss stammte. Dabei gestand eines ihrer Kinder die Tat. Jedoch wollten die Eltern dies dem Rechteinhaber nicht offenbaren. Der BGH entschied dann, dass sie ihre sekundäre Darlegungslast nicht erfüllt hätten, sodass ihr Vortrag als Zugeständnis gewertet werden würde. Damit seien sie als Täter verantwortlich. Die Eltern erhoben sodann Verfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht. Das Gericht nahm eine Grundrechtsabwägung vor zwischen dem Recht auf Familienschutz (Art. 6 Abs. 1 GG) und dem Recht auf Eigentum (Art. 14 GG). Es kam zu dem Ergebnis, dass in dem hiesigen Fall die Grundrechte bzw. Interessen des Rechteinhabers überwiegen, sodass die Annahme der Täterschaft der Eltern zulässig sei.¹⁰⁵

Hinsichtlich der Begründung der Grundrechtsabwägung wurde das Urteil wenig bis kaum kritisiert. Dagegen haben sich einige Stimmen erhoben, die die Vermutung der Täterschaft in Frage stellten. Problematisch war nämlich, dass es nicht nur einen Anschlussinhaber gab, sondern die Eltern gemeinsam Anschlussinhaber waren. Die bekannte richterrechtliche Täterschaftsvermutung knüpft jedoch nur an den Sachverhalt, bei dem nur ein einziger Anschlussinhaber vorliegt. Dieses Problem wurde in der Urteilsbegründung schlicht ignoriert.¹⁰⁶

¹⁰³ EuGH, GRUR 2018, 1234 (1237).

¹⁰⁴ Spiegel-Online, Beitrag vom 03.04.2019, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/bundesverfassungs-gericht-zu-filessharing-schweigen-schuetzt-eltern-nicht-vor-haftung-a-1261076.html> (abgerufen am 17.09.2019).

¹⁰⁵ BVerfG, GRUR 2019, 606 (606).

¹⁰⁶ Vgl. Geisler, jurisPR-BGHZivilR 23/2017, Anm. 3 (unter C und D); Holznagel, jurisPR-WettbR 1/2018 Anm. 1 (unter IV); Köhler, ZUM 2018, 27 (29 f.); Spindler, GRUR 2018, 16 (17); von Ungern-Sternberg, GRUR 2018, 225 (239).

C. Kritik an der Rechtsprechung des BGH

Insgesamt haben mit der tatsächlichen Vermutung und der sekundären Darlegungslast die richterrechtlichen Modifikationen in der Literatur erwartungsgemäß nicht nur zustimmenden, sondern auch sehr kritischen Widerhall gefunden.

I. Dogmatische Grundlage

Unklar ist wie die beiden Konstrukte zueinanderstehen sollen.¹⁰⁷ Während das Landgericht München davon ausgeht, dass sie nebeneinanderstehen,¹⁰⁸ vertritt das Oberlandesgericht München, dass sie ineinandergreifen.¹⁰⁹ Der BGH hat diese Frage bisher umgangen.¹¹⁰

Die tatsächliche Vermutung wird isoliert auch stark kritisiert. Zum einen ist die Rechtsnatur strittig (siehe oben). Hierzu wird teilweise vertreten, es gebe keinen Erfahrungssatz, der dafür spreche, dass ein Anschlussinhaber selbst der Täter ist. Die Anknüpfung an den Betrieb des Anschlusses in Kombination mit der Nichtnennung des Täters begründe nämlich – anders als die eigenhändige Begehung – eben keine Täterschaft.¹¹¹ Vereinzelt wird auch die Unvereinbarkeit der Vermutung mit § 8 Abs. 3, Abs. 1 Satz 1, 2 TMG vertreten. Der Sinn und Zweck dieser Norm, namentlich die gesetzlich angeordnete Haftungsprivilegierung des Anschlussinhabers, würde auf prozessualen Wege hierdurch umgangen werden.¹¹² Wiederum andere vertreten, die tatsächliche Vermutung sei in Kombination mit der sekundären Darlegungslast überflüssig. Die sekundäre Darlegungslast allein würde zur Begründung der Täterschaft ausreichen.¹¹³

Daneben herrscht Uneinigkeit über die rechtliche Grundlage der sekundären Darlegungslast, da sie nicht im Gesetz normiert ist.¹¹⁴ Während Teile der Rechtsprechung auf die in § 138 Abs. 1 ZPO normierte Vollständigkeits- und Wahrheitspflicht

¹⁰⁷ *Schaub*, GRUR 2016, 152 (152).

¹⁰⁸ LG München, ZUM-RD 2016, 308 (312).

¹⁰⁹ OLG München, MMR 2016, 195 (197).

¹¹⁰ BGH, GRUR 2016, 191 (191 ff.).

¹¹¹ *Köhler*; ZUM 2018, 27 (29); *von Ungern-Sternberg*, GRUR 2018, 225 (238 f.).

¹¹² *Köhler*; ZUM 2018, 27 (29).

¹¹³ *Sesing* in Hoeren/Sieber/Holznapel MMR-HdB, Teil 18.5, Rn. 73; *Sesing/Eusterfeldhaus*, MMR 2016, 376 (381).

¹¹⁴ Überblick zum Streitstand in: Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen (Fn. 56), Kap. 22, Rn. 26 ff.

abstellen,¹¹⁵ vertreten andere Teile der Rechtsprechung¹¹⁶ und des Schrifttums,¹¹⁷ die Rechtsgrundlage ergebe sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Andere behaupten die sekundäre Darlegungslast folge aus der Prozessförderungspflicht der Parteien¹¹⁸ oder dem Gebot der Waffengleichheit im Prozess.¹¹⁹ Die überzeugende Ansicht leitet die Modifikation aus der Erklärungspflicht aus § 138 Abs. 2 ZPO ab.¹²⁰ Die Auferlegung der sekundären Darlegungslast trage nämlich dazu bei, dass die darlegungsbelastete Partei lediglich von ihrer Substantiierungslast in zumutbarer Weise befreit werde.

II. Aushöhlung des Nemo-Tenetur-Grundsatzes

Ein erheblicher Vorwurf der Literatur ist die Aushöhlung des Nemo-Tenetur-Grundsatzes durch die prozessualen Modifikationen. Der Grundsatz ergibt sich aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und aus dem Rechtsstaatsgrundsatz nach Art. 20 Abs. 3 GG.¹²¹ Danach ist man grundsätzlich nicht verpflichtet, sich zu eigenen Lasten zu äußern bzw. Verwandte zu belasten. Es ist auch laut BGH zunächst keine Partei im Zivilprozess gezwungen, „dem Gegner für seinen Prozesssieg das Material zu verschaffen, über das er nicht schon von sich aus verfügt“.¹²² Wiederum hat laut BGH jede Partei „in zumutbarer Weise dazu beizutragen, dass der Prozessgegner in die Lage versetzt wird, sich zur Sache zu erklären und den gegebenenfalls erforderlichen Beweis anzutreten“.¹²³ Diese widersprüchlichen Thesen würden die Gefahr begründen, dass eine dem deutschen Recht fremde, allgemein prozessuale

¹¹⁵ RGZ 166, 240 (242).

¹¹⁶ BGH, NJW-RR 2009 1482 (1484); BGH, NJW-RR 2006, 1415 (1418); BGH, NJW 1962, 2149 (2150); BGH, NJW 1961, 826 (828).

¹¹⁷ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, 77. Aufl. 2019, ZPO, § 138 Rn. 30; *Frohn*, JuS 1996, 243 (249); *Staudinger/Olzen/Looschelders*, BGB, Neubearb. 2015, § 242, Rn. 1115; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 110, Rn. 16; *Hk-ZPO/Saenger* (Fn. 18), § 286, Rn. 92; *Thomas/Putzo/Seiler*, 40. Aufl. 2019, ZPO, Vor § 284, Rn. 18a; *Seutemann*, MDR 1997, 615 (619).

¹¹⁸ BGH NJW 1990, 3151 (3152); *Gottwald*, FS Prütting, 2018, 297 (299); *Schlosser*, JZ 1991, 599 (607 f.).

¹¹⁹ *Solmecke/Rüthers/Herkens*, MMR 2013, 217 (218).

¹²⁰ BGH NJW-RR 2015, 1279 (1280); BGH, NJW 2004, 3623 (3625); *Wieczorek/Schütze/Ahrens*, 4. Aufl. 2019, ZPO, Vor § 286, Teil A, Rn. 45; *Zöller/Greger* (Fn. 21), Vor. § 284, Rn. 34; *Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen* (Fn. 56), Kap. 22, Rn. 29; *Kiethe*, MDR 2003, 781 (783); *Peters*, FS Schwab, 1990, 399 (401, 407 f.).

¹²¹ *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Kretschmer*, 5. Aufl. 2017, StGB, § 142, Rn. 19.

¹²² BGH, NJW 1990, 3151 (3151).

¹²³ BGH, NJW-RR 2007, 488 (489 f.); siehe auch *Völzmann-Stickelbrock*, FS Schilken, 2015, 539 (547).

Aufklärungspflicht entstehe.¹²⁴ Wobei zu erwähnen ist, dass international eine generelle prozessuale Dokumentenvorlagepflicht Zustimmung erlangt.¹²⁵ Teile der deutschen Literatur vertreten, man müsse diese Aufklärungspflicht nicht richterrechtlich durch die Hintertür, sondern gesetzlich durch den Haupteingang klären. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis müsse durch eine ZPO-Reform umgekehrt werden. Parteien müssten dann allgemein zur Aufklärung beitragen und nur bei Unzumutbarkeit könnten sie Informationen zurückhalten.¹²⁶

III. Rechtsunsicherheit und mangelnde Bestimmtheit

Besonders problematisch ist die durch die Rechtsprechung verursachte Rechtsunsicherheit und mangelnde Bestimmtheit. Der konkrete Umfang der sekundären Darlegungslast ist in der Praxis nahezu unbestimmbar.¹²⁷ Erwünscht ist eine präzisere Regelung des Umfangs,¹²⁸ da sie durch die einzelfallbezogene Durchbrechung des Nemo-Tenetur-Grundsatzes zu einem schwer prognostizierbaren Institut werde.¹²⁹ Praktisch werde dann die Täterschaft des Anschlussinhabers durch das Zusammenspiel der prozessrechtlichen Modifikationen konstruiert.¹³⁰

Ebenfalls problematisch ist, dass sich der einzelne Anschlussinhaber mittlerweile durch den Einwand, sein Anschluss sei unverschlüsselt und damit für jedermann zugänglich, und aufgrund der Befreiung des Anschlussinhabers von einer allgemeinen Verschlüsselungspflicht bzw. dem Wegfall der Störerhaftung die Begründung der tatsächlichen Vermutung verhindern kann. Dadurch werde nämlich ernsthaft möglich, dass ein unbekannter Dritter die Rechtsverletzung begangen hat.

¹²⁴ *Specht*, NJW 2018, 3686 (3689); *Schlosser*, JZ 1991, 599 (600 ff.) ; *Völzmann-Stickelbrock*, FS Schilken, 2015, 539 (547).

¹²⁵ *Huber*, Entwicklung transnationaler Modellregeln für Zivilverfahren, S. 392.

¹²⁶ *Zöller/Greger* (Fn. 21), Vor § 284, Rn. 34d; *Baumgärtel/Laumen/Prütting/Prütting* (Fn. 56), Kap. 21 Rn. 5 f.; *Waterstraat*, ZZP 118 (2005), 459 (474 ff.).

¹²⁷ *Hofmann*, ZUM 2014, 654 (654 ff.); *Hohlweck*, GRUR 2014, 940 (942 f.); *Neurauter*, GRUR 2014, 660 (660 f.); *Schaub*, NJW 2018, 17 (17); *Solmecke/Rüther/Herkens*, MMR 2013, 217 (218 ff.); *Weber*, ZUM 2014, 710 (710 ff.).

¹²⁸ *Beckhaus*, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, S. 142; *Greger*, BRAK-Mitt 2005, 150 (151).

¹²⁹ *Gomille*, Informationsproblem und Wahrheitspflicht, S. 66 f.; *Zöller/Greger* (Fn. 21), Vor § 284, Rn. 34d; *Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen* (Fn. 56), Kap. 22, Rn. 38.

¹³⁰ *Geisler*, FS Büscher, 2018, 483 (495); *Köhler*, ZUM 2018, 27 (29 f.); *von Ungern-Sternberg*, GRUR 2018, 225 (239).

IV. Stellungnahme

Die Kritik bezüglich der dogmatischen Notwendigkeit einer Kombination der beiden Rechtsinstitute der tatsächlichen Vermutung und der sekundären Darlegungslast überzeugt.

Das Informationsungleichgewicht zwischen Anschlussinhaber und Rechteinhaber löst sich bereits durch die alleinige Verwendung der sekundären Darlegungslast auf. Denn das Rechtsinstitut der sekundären Darlegungslast bewirkt gleichsam die auf Darlegungsebene entfaltende Wirkung der tatsächlichen Vermutung und macht diese damit obsolet. Bei einer sekundären Darlegungslast genügt nämlich dem primär Darlegungspflichtigen zur Substantiierung einerseits die pauschale Behauptung der unmittelbar anspruchsbegründenden Tatsache und andererseits die substantiierte Darlegung von konkreten mittelbaren Tatsachen, die auf die unmittelbare Tatsache schließen lässt. Die konkrete Darlegung der unmittelbaren Tatsache ist dem primär Darlegungspflichtigen aufgrund des unzumutbaren Zugriffs auf die sich in der Sphäre des Gegners befindlichen Informationen erlassen.

Diese Erkenntnis folgt aus der aktuellen Rechtsprechung des BGH im Rahmen der Fahrzeughalterhaftung für Vertragsstrafen auf Privatparkplätzen.¹³¹ In dem vom BGH entschiedenen Fall bestand zwischen Fahrzeughalter und Parkplatzbetreiber ein vergleichbares Informationsungleichgewicht. Der Parkplatzbetreiber ermittelte anhand des Kennzeichens den Halter eines Kraftfahrzeugs, das unberechtigt auf dem Parkplatz abgestellt wurde. Nach dem BGH durfte der Betreiber den unmittelbaren Nachweis der Abgabe einer konkludenten Willenserklärung des Halters dadurch erbringen, dass er die mittelbaren Tatsachen nachwies, dass der Anspruchsgegner der Halter des rechtswidrig abgestellten Fahrzeugs war und sonst kein Dritter ernsthaft als Fahrzeugführer in Betracht kam. Der BGH wendete hierbei einzig das Institut der sekundären Darlegungslast, ohne das in Rechtsprechung und Literatur streitige Institut der tatsächlichen Vermutung zu gebrauchen, und kam dennoch zu einem sachgerechten Ergebnis.

Im Übrigen vermögen die weiteren Bedenken an der Rechtsprechung nicht zu überzeugen. Der Nemo-Tenetur-Grundsatz genießt als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips und des Rechts auf ein faires Verfahren zwar Verfassungsrang. Jedoch entfaltet er eine geringere Schutzwirkung im Zivilverfahren als im Strafverfahren aufgrund der unterschiedlich drohenden Rechtsfolgen für den Einzelnen.¹³² Der durch die sekun-

¹³¹ BGH, NJW 2020, 755 (757 f.).

¹³² Vgl. Leibholz/Rinck/Burghart, GG, Art. 20 Rn. 1234, 1361 ff.

däre Darlegungslast mittelbare Eingriff in den Nemo-Tenetur-Grundsatz zulasten des Anschlussinhabers ist durch das zivilrechtliche Interesse des Rechteinhabers auf Rechtsdurchsetzung als eigenständiger Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips¹³³ gerechtfertigt, da sonst das schutzwürdige Recht des Rechteinhabers im Internet faktisch zu einer leeren Hülse verkommen würde.¹³⁴

Von Rechtsunsicherheit und mangelnder Bestimmtheit kann ebenfalls keine Rede sein, da die Bestimmung des Umfangs der sekundären Darlegungslast an den konkreten Umständen des Einzelfalls bemessen wird und daher der Regelung durch abstrakt-generelle Rechtsnormen unzugänglich ist. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat hierzu geeignete Bewertungsmaßstäbe aufgestellt. Es ist daher im Einzelfall zunächst Aufgabe der Rechtsanwälte in ihrer Rolle als Organe der Rechtspflege (§ 1 BRAO), diesen konkreten Umfang anhand der Umstände des Einzelfalls einzuschätzen¹³⁵ und ihre Mandantschaft darüber aufzuklären. Die abschließende Entscheidung über den konkreten Umfang bleibt dem jeweilig zuständigen Gericht vorbehalten.

D. Analyse der erst- und zweitinstanzlichen Rechtsprechung

Eingehend wurde erst- und zweitinstanzliche Rechtsprechung der letzten Jahre untersucht und ausgewertet. Hierbei konnten einige Schlüsse bezüglich der Rechteinhaber und der Anschlussinhaber gezogen werden.

I. Perspektive des Rechteinhabers

Zunächst ist eine klare Steigerung der prozessualen Erfolgstendenz für Rechteinhaber zu erkennen.¹³⁶ Es werden offensichtlich immer überzeugendere Verfahren zur Ermittlung des Anschlussinhabers eingesetzt und prozessual ausführlich vorgebracht.¹³⁷ Die Gerichte beanstanden diese Verfahren immer weniger bzw. vertrauen diesen immer mehr. Ursächlich hierfür ist wohl die steigende Expertise einerseits der spezialisierten Fachanwälte für IT-Recht, gewerblichen Rechtsschutz oder

¹³³ Vgl. Leibholz/Rinck/Burghart (Fn. 132), Art. 20 Rn. 1201.

¹³⁴ Vgl. auch die Abwägungsentscheidungen des BVerfG, NJW 2019, 1510 (1510 ff.) und des EuGH, NJW 2019, 33 (33 ff.).

¹³⁵ Aufgrund der anwaltlichen Vorsicht ist wohl eine weite Auslegung geboten.

¹³⁶ LG Frankfurt a. M., Urt. v. 19.04.2018, 2-03 S 17/17, abrufbar unter <https://aw3p.de/archive/tag/lg-frankfurt-urteil-vom-19-04-2018-2-03-s-17-17> (abgerufen am 23.08.2021); AG Bielefeld, ZUM 2018, 736 (736 f.); LG Frankfurt a. M., GRUR-RS 2019, 40450.

¹³⁷ Anders noch LG Frankenthal, ZUM-RD 2015, 277 (277 ff.), wo veraltete Ermittlungssoftware genutzt wurde; vgl. auch Reuther, MMR 2018, 433, der aktuelle Probleme des Filesharings erläutert und die technische Nachverfolgung nicht erwähnt.

Urheber- und Medienrecht, die i.d.R.¹³⁸ die Rechteinhaber vertreten, und andererseits der spezialisierten Richter, die aufgrund des § 105 UrhG in den Ländern installiert wurden. Sie kennen sich sowohl mit den anspruchsvollen technischen Anforderungen als auch mit den neusten Entwicklungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung aus.

II. Perspektive des Anschlussinhabers

Das genaue Gegenteil scheint sich auf der Beklagtenseite durchzusetzen. Zwar verbuchen vereinzelt noch einige Anschlussinhaber Prozesssieg.¹³⁹ Es ist aber in vielen Urteilsbegründungen zwischen den Zeilen erkennbar, dass oft falsch anwaltlich beraten wird. Anstatt präzise vorzutragen, welche Personen im fraglichen Zeitpunkt den Anschluss gefährdungsrelevant genutzt haben, stellen viele Anschlussinhaber Behauptungen derart auf, dass gerade keiner der anderen Nutzer als Täter in Betracht kommen.¹⁴⁰ Es wird dann auf Seiten der Anschlussinhaber appelliert, ein unbekannter Hacker habe die Tat begangen oder die Ermittlung sei falsch ausgeführt worden. Allerdings werden dazu nur unzureichende Ausführungen gemacht.¹⁴¹ Notwendig für solche Einwände wären nicht nur bloße Behauptungen, sondern auch konkrete an Tatsachen geknüpfte Angaben. Hierzu wäre beispielsweise der Vortrag über eine Sicherheitslücke oder die Vorlage eines Sachverständigengutachtens, welches plausible Fehler des Ermittlungsverfahrens oder der Sicherheit des Anschlusses aufzeigt, hilfreich. Zu vermuten ist, dass für die fehlerhafte anwaltliche Beratung u.a. auch fehlendes technisches Verständnis über Filesharing und Kenntnis der aktuellen Entwicklung der Rechtsprechung ursächlich ist. Mit Rücksicht auf die Rechtsprechung der letzten Jahre beauftragen private Anschlussinhaber weniger Fachanwälte der spezialisierten Bereiche und eher lokale, ihnen vertraute Allgemeinanwälte, die eben nicht die Zeit dafür haben, sich derart in ein Thema „reinzuknien“ wie ein Fachanwalt.¹⁴²

¹³⁸ Siehe Kanzlei „rka-Rechtsanwälte“, die viele Prozesse für Rechteinhaber gewonnen hat, abrufbar unter <https://rka-law.de/news/> (abgerufen am 18.09.2019).

¹³⁹ LG Frankfurt a. M., ZUM-RD 2019, 221 (221 ff.); AG Frankenthal, GRUR-RR 2018, 444 (444 ff.); AG München, ZUM 2018, 742 (742 f.).

¹⁴⁰ Köhler, ZUM 2018, 27 (32).

¹⁴¹ AG Bielefeld, ZUM 2018, 736 (736 f.).

¹⁴² <https://www.lto.de/recht/juristen/b/allgemeinanwaelt-land-fachanwalt-infrastruktur-interview-dav-praesidentin-kindermann-anwaltstag/> (abgerufen am 18.09.2019).

III. Bewertung

Alles in allem sind das materielle Recht und das Prozessrecht der Haftung des Anschlussinhabers wegen mangelnder gesetzlicher Normen und ständig neuer höchst-richterlicher Rechtsprechung komplexer denn je zuvor. Kaum verwunderlich ist daher, dass in den letzten Jahren die anwaltliche Beratung auf Seiten der Rechteinhaber besser und auf Seiten der Anschlussinhaber mangelanfälliger wird. Die privaten Anschlussinhaber können sich anders als die Rechteinhaber wohl nicht immer den spezialisierten Fachanwalt leisten. Zur Folge schaffen es viele Anschlussinhaber nicht, ihre sekundäre Darlegungslast zu erfüllen bzw. substantiierten Gegenvortrag vorzubringen. Die Komplexität der Rechtsmaterie kann nur durch Unterstützung von allen Seiten abgebaut werden. Einerseits könnten die spezialisierten Richter im Prozess, ohne dabei ihre Unparteilichkeit zu gefährden, den Anschlussinhabern (und ihren Anwälten) vehementer vor Augen führen, welche Anforderungen an die Erfüllung der sekundären Darlegungslast im jeweiligen Fall gestellt werden. Das Schrifttum könnte daneben aktuelle und für die Praxis taugliche Übersichten für Allgemeinanwälte erstellen.¹⁴³ Eventuell wäre sogar vom Gesetzgeber eine Normierung der sekundären Darlegungslast im Gesetz wünschenswert, um mehr Rechtsklarheit zu schaffen.

E. Zusammenfassung der Ergebnisse und Fazit

Die Rechtsprechung verfolgt mit der Kombination der tatsächlichen Vermutung und der sekundären Darlegungslast das Ziel, den Schutz des Urheberrechts im Internet durch die Inanspruchnahme der Anschlussinhaber als Täter durchzusetzen. Während früher noch das Hauptproblem der gerichtlichen Verfahren die Begründung der Zuordnung der Eingriffshandlung von dem Anschluss war,¹⁴⁴ ist heute die Unsicherheit bezüglich des Umfangs der sekundären Darlegungslast das Problem. Statistisch urteilen die Gerichte immer mehr zugunsten der Rechteinhaber. Ursache dafür ist die Komplexität der Rechtsmaterie. Überlegt werden sollte daher, ob eine Gesetzesreform hilfreich wäre, um die anwaltliche Beratung der privaten Anschlussinhaber zu erleichtern. Die früher erfolgsversprechenden Angriffe der Anschlussinhaber auf die Richtigkeit der Ermittlungsverfahren, sind aufgrund der nun jahrelangen Erfahrung der Rechteinhaber mit diesem Problem nahezu stichfest geworden. Kostengünstiger scheint es wohl für Anschlussinhaber zuhause den Detektiv zu spielen und selbst den Täter zu finden, um Anwalts- und Gerichtskosten zu sparen. Erst wer

¹⁴³ Zuletzt Solmecke/Rüther/Büiring, MMR 2016, 153 (155).

¹⁴⁴ Vgl. Lutz, VuR 2010, 337 (340 f.).

ernstlich neben seiner eigenen Täterschaft auch die seiner Freunde und Verwandte ausschließt, sollte einen Sachverständigen beauftragen, um die erhöhte Wahrscheinlichkeit einer Täterschaft eines unbekannten Hackers zu begründen. Nur dann scheint es sinnvoll, sich vor Gericht zu wehren.

Von dem Loslassen des Alten, unerwünschten Kontakten und einem prozessualen Problem

Examensklausur

Die vorliegende Klausur ist in vier Teile gegliedert. Der erste Teil behandelt rechtliche Probleme beim Austritt aus einer Wohngemeinschaft. Im zweiten Teil sind die mittlerweile als bekannt vorauszusetzenden Ansprüche im Zusammenhang mit der Herstellerhaftung im Diesel-Abgasskandal zu prüfen. Hierbei muss insbesondere eine Auseinandersetzung mit dem Beginn der Regelverjährungsfrist erfolgen. Der dritte Teil wirft die Frage auf, ob aus einem Verstoß gegen § 12 BORA ein Unterlassungsanspruch resultieren kann. Im vierten Teil stellt sich das prozessuale Problem, ob ein neuer Sachverständiger ernannt werden muss, wenn die Ladung des ursprünglichen Sachverständigen zur mündlichen Befragung beantragt wurde, dieser aber vor dem Verhandlungstermin verstirbt.

SACHVERHALT

I.

Luisa (L), die in einer Wohngemeinschaft in der Saarbrücker Altstadt lebt, steht kurz vor dem Abschluss ihres Lehramtsstudiums. Sie beabsichtigt, danach ihr Referendariat in Hamburg zu absolvieren. L teilt daher ihrer Mitbewohnerin Michaela (M) mit, dass sie aus der gemeinsam gemieteten Wohnung ausziehen möchte. L und M sind jeweils nebeneinander Parteien des Mietvertrages. In dem Mietvertrag ist vereinbart, dass einem Mieterwechsel sowohl der Vermieter Viktor (V) als auch L und M zustimmen müssen. M möchte auf jeden Fall in der Wohnung bleiben. Obwohl L zwei Bekannte benennt, die jeweils als Nachmieterinnen für sie in Betracht kämen und mit denen V einverstanden wäre, verweigert M beharrlich ihre Zustimmung.

Wie kann L aus dem Mietvertrag entlassen werden? Eine lediglich zweiseitige Vereinbarung zwischen V und L kommt hierbei nicht in Betracht.

* Der Verfasser ist selbstständiger Rechtsanwalt und wissenschaftlicher Mitarbeiter. Der vorliegende Sachverhalt wurde in leicht abgewandelter Form am 13.03.2021 als Übungsklausur im „Ferienklausurenkurs für Examenskandidaten“ an der Universität des Saarlandes ausgegeben.

II.

Neben den Problemen mit ihrer Mitbewohnerin M umtreibt L die Frage, wie sie ihren alten Diesel-Pkw loswird, den sie Anfang 2015 als Neuwagen von einem Händler erworben hatte. Dieser gehört zu den vom Diesel-Abgasskandal betroffenen Modellen. L war zwar bereits im Herbst 2015 bewusst, dass da „irgendeine Betrugsmasche am Laufen“ war und dass insoweit „sicherlich auch zivilrechtliche Ansprüche“ bestehen. Sie hatte jedoch bislang wichtigere Dinge zu tun, schließlich „lief ihr Pkw ja einwandfrei“. L fragt sich, ob sie heute, d.h. im Jahre 2021, noch Ansprüche auf Schadensersatz gegen den Fahrzeughersteller (H) geltend machen könnte.

Stehen L entsprechende Ansprüche gegen H zu? Es ist davon auszugehen, dass jedenfalls eine verfassungsmäßig berufene Vertretungsperson der H von dem Einsatz der Manipulationssoftware und dem Inverkehrbringen der mit einer solchen Software ausgestatteten Fahrzeuge wusste.

III.

Beate (B) befindet sich in einem Rechtsstreit mit Danilo (D). B wird von Rechtsanwalt Träge (T), D von Rechtsanwältin Fix (F) vertreten. Da T für seine sehr gemächliche Mandatsbearbeitung bekannt ist, nimmt F direkten Kontakt zu B auf und schlägt ihr am Telefon den Abschluss eines Vergleiches vor. B ist über dieses Verhalten erbost, sie hat nicht umsonst den T als Vertreter ihrer rechtlichen Interessen beauftragt. Sie will künftig nicht mehr von F „belästigt“ werden.

Steht B gegen F ein Anspruch auf Unterlassung der direkten Kontaktaufnahme zu?

IV.

B ist noch in einen weiteren Rechtsstreit verwickelt. Sie führt vor dem Landgericht Saarbrücken einen Prozess wegen eines Verkehrsunfalls. Unklar ist, wer für den streitgegenständlichen Unfall verantwortlich war. Der gerichtsseitig bestellte Sachverständige Schlau (S) soll daher den Unfallhergang rekonstruieren. S erstattet ein schriftliches Gutachten, das den Parteien zugestellt wird. Auf Antrag der B wird S zur Erläuterung seines schriftlichen Gutachtens geladen. Die beantragte mündliche Befragung kann allerdings nicht stattfinden, da S wenige Tage vor dem Termin verstirbt.

Muss das Landgericht nun einen neuen Sachverständigen ernennen?

Aufgabenstellung

Beantworten Sie die obigen Fragen in einem Rechtsgutachten.

LÖSUNG

Teil I:

Eine Entlassung der L aus dem Mietvertrag kommt in Betracht, wenn M einem Mieterwechsel zustimmt. Zu prüfen ist also, ob L gegen M einen Anspruch darauf hat, dass M an der Beendigung des gemeinschaftlichen Mietverhältnisses mitwirkt, indem sie dem Mieterwechsel zustimmt. Ein solcher Anspruch könnte sich aus dem Recht der L ergeben, die Auflösung der Wohngemeinschaft zu verlangen (§ 730 Abs. 1 BGB analog)¹.

A. Vorliegen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)

Dann müsste es sich bei der Wohngemeinschaft zwischen L und M um eine GbR i.S.d. §§ 705 ff. BGB handeln. Voraussetzung ist, dass sich L und M in einem Gesellschaftsvertrag gegenseitig verpflichtet haben, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten (§ 705 BGB).

I. Gesellschaftsvertrag

Vorliegend wurde die Gründung einer GbR nicht ausdrücklich vereinbart. Der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages ist aber grundsätzlich auch konkludent möglich, da die §§ 705 ff. BGB keine besonderen Formerfordernisse vorsehen.² L und M sind beide Mieterinnen der Wohnung und haben sich zu einer Wohngemeinschaft zusammengeschlossen. Nach dem objektiven Empfängerhorizont lässt dieses Verhalten darauf schließen, dass L und M eine gesellschaftsrechtliche Bindung erreichen wollten. Von dem konkludenten Abschluss eines Gesellschaftsvertrages ist demnach auszugehen.

¹ Im Ergebnis besteht zwischen L und M eine Innengesellschaft (näher sogleich unter A. III.), auf deren Abwicklung die §§ 730 ff. BGB nur im Einzelfall entsprechende Anwendung finden, siehe *MüKoBGB/Schäfer*, 8. Aufl. 2020, § 730 Rn. 12; *BeckOK BGB/Schöne*, 59. Ed. 01.05.2021, § 730 Rn. 6.

² *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 3 Rn. 67; *Lange*, JURA 2015, 547 (549). In Ausnahmefällen sind jedoch gesetzliche Formerfordernisse zu beachten, siehe etwa *BeckOK BGB/Schöne* (Fn. 1), § 705 Rn. 45 ff.

II. Verfolgung und Förderung eines gemeinsamen Zweckes

L und M müssten zudem einen gemeinsamen Zweck verfolgen. In der gemeinsamen Zweckverfolgung auf vertraglicher Grundlage liegt das entscheidende Abgrenzungskriterium zu einer bloßen Bruchteilsgemeinschaft i.S.d. §§ 741 ff. BGB.³ Der gemeinsame Zweck kann in jedem erlaubten Ziel, sei es wirtschaftlicher oder ideeller Art, bestehen.⁴ Durch den Zusammenschluss zu einer Wohngemeinschaft verfolgen L und M den gemeinsamen Zweck des Zusammenwohnens und Zusammenlebens.⁵ Diesen Zweck fördern beide nicht zuletzt durch die Entrichtung der jeweils anteiligen Miete für die Wohnung.

III. Zwischenergebnis

Die Wohngemeinschaft zwischen L und M ist als GbR i.S.d. §§ 705 ff. BGB zu qualifizieren. Diese GbR tritt jedoch nicht im Rechtsverkehr auf. L und M sind nebeneinander Parteien des Mietvertrages mit V geworden und nicht die GbR bestehend aus L und M. Folglich handelt es sich hier um eine Innengesellschaft.

Hinweis: Selbst wenn man annehmen würde, dass sich der Zweck der Wohngemeinschaft in dem gemeinschaftlichen Halten und Verwalten der Wohnung erschöpft, kann diese nicht als Bruchteilsgemeinschaft qualifiziert werden.⁶ Denn einerseits bildet auch das Halten und Verwalten von beweglichen und unbeweglichen Sachen einen zulässigen Gesellschaftszweck.⁷ Andererseits bieten die im Recht der Bruchteilsgemeinschaft vorgesehenen Rechtsfolgen bei einer nicht einvernehmlichen Aufhebung der Gemeinschaft keine praktikable Lösung für die Beendigung des gemeinschaftlichen Mietverhältnisses, da eine Teilung des mietvertraglichen Gebrauchsüberlassungsanspruchs „in Natur“ (§ 752 BGB) bzw. „durch Verkauf“ (§ 753 BGB) nicht in Betracht kommt.⁸

³ MüKoBGB/Schäfer (Fn. 1), Vor § 705 Rn. 130; Jacobs, NZM 2008, 111 (111 f.).

⁴ Staudinger/Habermeier, BGB, Neubearb. 2013, § 705 Rn. 18; BeckOK BGB/Schöne (Fn. 1), § 705 Rn. 63.

⁵ Jacobs, NZM 2008, 111 (112) mit Verweis u.a. auf LG Saarbrücken, NJW-RR 1992, 781 (782).

⁶ So aber Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 5 Rn. 13; differenzierend Erman/Westermann, BGB, 16. Aufl. 2020, Vor § 705 Rn. 4, 29.

⁷ MüKoBGB/Schäfer (Fn. 1), § 705 Rn. 149; Bunn, MDR 1989, 127 (130); Jacobs, NZM 2008, 111 (112).

⁸ Schrader, NZM 2010, 257 (258) mit Verweis auf LG München II, NJW-RR 1993, 334.

B. Auflösung der GbR

I. Berechtigung der L

L müsste zur Auflösung der GbR berechtigt sein. § 723 Abs. 1 Satz 1 BGB räumt den Gesellschaftern ein jederzeitiges Kündigungsrecht ein, sofern die GbR nicht für eine bestimmte Zeit eingegangen ist. Für eine zeitliche Bestimmung könnte der Umstand sprechen, dass eine Wohngemeinschaft von vornherein nur für eine gewisse Zeit begründet wird und deshalb in der Regel einen vorläufigen Charakter hat. Ein bestimmtes Ereignis, das zur Beendigung der Wohngemeinschaft führen soll, wurde vorliegend jedoch nicht bestimmt. In einem solchen Fall ist die GbR auf unbestimmte Zeit eingegangen.⁹ L ist also jederzeit zur Kündigung der GbR berechtigt.

II. Kündigung durch L und Mitwirkungspflicht der M

Indem L der M mitgeteilt hat, dass sie aus der gemeinsam gemieteten Wohnung ausziehen möchte, hat sie konkludent die Kündigung der GbR erklärt. Obwohl L aus der GbR ausscheidet, ist sie im Außenverhältnis jedoch weiterhin an den Mietvertrag mit V gebunden. Zur Abwicklung der GbR gehört deshalb, eine Entlassung der L aus dem Mietvertrag zu ermöglichen (§ 730 Abs. 1 BGB analog).¹⁰ Zur Entlassung der L aus dem Mietvertrag muss M einem Mieterwechsel zustimmen. Persönliche Gründe, die einen Mieterwechsel für M unzumutbar machen würden, sind nicht ersichtlich. L kann folglich von M verlangen, dass sie dem Mieterwechsel zustimmt.

Hinweis: Man könnte hier auch an eine Beendigung der GbR ohne Kündigungserklärung denken (siehe § 726 BGB). Sobald L aus der gemeinsam angemieteten Wohnung auszieht, entfällt der Gesellschaftszweck des Zusammenwohnens und Zusammenlebens. Die GbR kommt demnach zu ihrem Ende.

C. Ergebnis

L hat gegen M einen Anspruch darauf, dass M an der Beendigung des gemeinschaftlichen Mietverhältnisses mitwirkt, indem sie dem Mieterwechsel zustimmt.

⁹ RGZ 136, 236 (241); BeckOK BGB/*Schöne* (Fn. 1), § 723 Rn. 13.

¹⁰ Vgl. zur Auflösung der GbR an einer Ehewohnung OLG Hamburg, NJW-RR 2001, 1012 (1013).

Teil II:**A. Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB**

Ein Anspruch des L gegen H auf Schadensersatz aus § 823 Abs. 1 BGB scheidet in Ermangelung einer Rechtsgutsverletzung aus. L hat nie mangelfreies Eigentum erlangt, primäre Vermögensschäden sind nicht vom Schutzbereich des § 823 Abs. 1 BGB erfasst¹¹.

B. Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB

L könnte gegen H einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB haben.

I. Verletzung eines Schutzgesetzes

Dies setzt zunächst voraus, dass H ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB verletzt hat.

1. Schutzgesetzcharakter

Dann müsste § 263 StGB ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB darstellen. Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB ist eine Rechtsnorm, die zumindest auch dazu dienen soll, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines bestimmten Rechtsgutes zu schützen.¹² Der Betrugstatbestand des § 263 StGB bezweckt den Schutz des Vermögens und ist somit als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB zu qualifizieren.¹³

2. Verletzungshandlung

Fraglich ist, ob § 263 Abs. 1 StGB durch das Inverkehrbringen von Fahrzeugen mit manipulierter Abgassteuerung verletzt wurde. Die objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale müssten hierbei von einer verfassungsmäßig berufenen Vertretungsperson i.S.d. § 31 BGB erfüllt worden sein, da nach dem geltenden Strafrecht nur natürliche Personen mit einer Kriminalstrafe belegt werden können.¹⁴ Nach den Sachverhaltsangaben bestehen keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass

¹¹ Siehe zu Letzterem *Hager*, JA 2020, 781.

¹² BGHZ 225, 316 Rn. 73.

¹³ Implizit BGH, NJW 2012, 601 Rn. 13; BGH, NJW-RR 2005, 751.

¹⁴ Hierzu Schönke/Schröder/Heine/Weißer, StGB, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 25 ff. Rn. 120 ff. m.w.N.

L einem täuschungsbedingten Irrtum unterlegen hat. Insoweit fehlt es an einer Verletzungshandlung.

Hinweis: Bei näheren Angaben im Sachverhalt wäre zu diskutieren gewesen, ob und durch welches Verhalten L getäuscht worden ist (konkludente Täuschung, Täuschung durch Unterlassen) und ob die Täuschung bei ihr einen Irrtum erregt hat. Weiterhin hätte dann herausgearbeitet werden müssen, worin der Vermögensschaden konkret liegt (Mehrverbrauch, Minderwert) und ob eine Stoffgleichheit mit dem erstrebten rechtswidrigen Vermögensvorteil besteht.¹⁵

II. Ergebnis

L hat gegen H keinen Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB.

C. Anspruch aus §§ 826, 31 BGB

L könnte gegen H einen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 826, 31 BGB haben.

I. Entstehung des Anspruchs

1. Sittenwidrige Schädigungshandlung

H müsste ein gegen die guten Sitten verstoßendes Verhalten an den Tag gelegt haben. Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt.¹⁶ Ein Pflichtenverstoß, durch den ein Vermögensschaden hervorgerufen wird, reicht hierfür im Allgemeinen nicht aus.¹⁷ Vielmehr muss das Verhalten als besonders verwerflich erscheinen, was sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann.¹⁸ Vorliegend hat H systematisch Fahrzeuge in den Verkehr gebracht, die mit einer Manipulationssoftware ausgestattet sind, damit die Abgasgrenzwerte zwar im Prüfbetrieb, nicht aber im tatsächlichen Fahrbetrieb eingehalten werden. Zum Zwecke der Gewinnmaximierung hat H nicht nur die zuständige Behörde, sondern auch die Kundenkreise

¹⁵ Siehe BGH, NJW 2020, 2798 Rn. 17 ff.

¹⁶ BGHZ 225, 316 Rn. 15; BGH, NJW 2014, 1380 Rn. 8.

¹⁷ BGHZ 225, 316 Rn. 15; BGH, NJW 2017, 250 Rn. 16.

¹⁸ BGHZ 225, 316 Rn. 15; BGH, NJW 2014, 1380 Rn. 8.

getäuscht. Dieses Verhalten ist in der Gesamtschau als sittenwidrig einzustufen.¹⁹ Eine sittenwidrige Schädigungshandlung liegt mithin vor.

2. Zufügung eines Schadens

L müsste zudem ein Schaden entstanden sein. Unter strenger Anwendung der Differenzhypothese könnte hier an dem Bestehen eines Schadens gezweifelt werden, denn das Fahrzeug war trotz der Abschalteneinrichtung nutzbar. Das gilt umso mehr, seitdem ein vom Kraftfahrt-Bundesamt freigegebenes Software-Update zur Verfügung steht.²⁰ Eine solche Verlagerung der wirtschaftlichen Folgen des „Dieselskandals“ erscheint jedoch unbillig, weshalb eine Korrektur der Differenzhypothese angezeigt ist.²¹ § 826 BGB soll einen Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit und insbesondere des wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechts des Einzelnen vermitteln.²² Ein Schaden kann daher auch in der Belastung mit einer „ungewollten“ Verpflichtung liegen, wenn der Vertragsschluss nach der Verkehrsanschauung als unvernünftig, den konkreten Vermögensinteressen nicht angemessen und insoweit als nachteilig anzusehen ist.²³ Es ist davon auszugehen, dass L das Fahrzeug bei Kenntnis von dem Vorhandensein der illegalen Abschalteneinrichtung nicht gekauft hätte.²⁴ Der Vertragsschluss war objektiv unvernünftig. Durch den Abschluss des „ungewollten“ Kaufvertrages über das Fahrzeug ist L somit ein Schaden entstanden.²⁵

Hinweis: Für die Qualifikation eines „ungewollten“ Vertrages als Vermögensschaden sprechen auch systematische Erwägungen. Zwischen der Anfechtung nach § 123 Abs. 1 BGB und dem – auf Aufhebung des „ungewollten“ Vertrages gerichteten – Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB besteht ein systematischer Zusammenhang. Die Versagung der Rückabwicklung nach § 826 BGB würde somit einen Wertungswiderspruch erzeugen.²⁶

¹⁹ Zum Gesamten BGHZ 225, 316 Rn. 16 ff.; siehe auch *Arnold*, JuS 2020, 684 (685); *Hager*, JA 2020, 781.

²⁰ Vgl. *Lorenz*, NJW 2020, 1924 (1925); *Lakkis/Knöbber*, MDR 2020, 1281 (1285).

²¹ Allgemein hierzu *Brand*, Schadensersatzrecht, 3. Aufl. 2021, § 2 Rn. 10; *Musielak/Hau*, Grundkurs BGB, 16. Aufl., § 9 Rn. 1099 ff.

²² BGHZ 225, 316 Rn. 47 mit Verweis auf *Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 385.

²³ BGHZ 225, 316 Rn. 46; BGH, NJW 2020, 2804 Rn. 21.

²⁴ BGHZ 225, 316 Rn. 49.

²⁵ So BGHZ 225, 316 Rn. 44; BGH, NJW 2020, 2804 Rn. 21; BGH, WM 2021, 1300 Rn. 24.

²⁶ Siehe zum Vorstehenden *Staudinger/Oechsler*, BGB, Neubearb. 2018, § 826 Rn. 149.

3. Vorsatz

Schließlich müsste H mit Vorsatz gehandelt haben. Der Vorsatz muss sich sowohl auf die tatsächlichen Umstände, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergibt, als auch auf den Schaden beziehen.²⁷ H selbst kann nicht vorsätzlich handeln, wohl aber die für H tätigen Personen. Das Verhalten und Wissen einer verfassungsmäßig berufenen Vertretungsperson kann H nach § 31 BGB zugerechnet werden. Nach den Sachverhaltsangaben wusste jedenfalls eine verfassungsmäßig berufene Vertretungsperson der H von dem Einsatz der Manipulationssoftware und dem Inverkehrbringen der mit einer solchen Software ausgestatteten Fahrzeuge. Die Vertretungsperson musste davon ausgehen, dass niemand ein Fahrzeug mit manipulierter Abgassteuerung zum regulären Preis erwerben würde.²⁸ Der erforderliche Vorsatz ist demnach gegeben.

4. Zwischenergebnis

Ein Anspruch auf Schadensersatz der L gegen H – gerichtet auf Rückgängigmachung des „ungewollten“ Kaufvertrages (siehe § 249 Abs. 1 BGB) –²⁹ ist grundsätzlich entstanden.

II. Durchsetzbarkeit des Anspruchs

Der Durchsetzbarkeit des Anspruchs der L aus §§ 826, 31 BGB könnte jedoch ein Leistungsverweigerungsrecht der H entgegenstehen (siehe § 214 Abs. 1 BGB). Dann müsste Verjährung eingetreten sein. Der Anspruch aus § 826 BGB unterliegt der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 195 BGB).³⁰ Die Verjährung beginnt nach § 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist (Nr. 1) und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste (Nr. 2). Zu prüfen ist, wann L Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen hatte. Eine Kenntnis i.S.d. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB ist nach der Rechtsprechung des BGH vorhanden, wenn der geschädigten Person die Erhebung einer auf Schadensersatz gerichteten Klage Erfolg versprechend, obgleich nicht risikolos, möglich sei.³¹ Nach den Sachverhaltsangaben war L bereits im Herbst 2015 bewusst, dass da „irgendeine Betrugsmasche

²⁷ Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 10. Aufl. 2020, § 17 Rn. 26; Looschelders, Schuldrecht BT, 16. Aufl. 2021, § 65 Rn. 7 f.

²⁸ BGHZ 225, 316 Rn. 63.

²⁹ Vgl. BGHZ 225, 316 Rn. 58.

³⁰ Implizit BGH, NJW 2021, 918 Rn. 7.

³¹ BGH, NJW 2021, 918 Rn. 8 m.w.N.

am Laufen“ war und dass „sicherlich auch zivilrechtliche Ansprüche“ bestehen. Bei L lag insoweit schon 2015 eine hinreichende Kenntnis vor. Die Verjährung begann somit am 31.12.2015. Bei der Fristberechnung wird dieser Tag nach § 187 Abs. 1 BGB nicht mitgerechnet, die Verjährungsfrist begann also am 01.01.2016, 0.00 Uhr, zu laufen und endete nach § 188 Abs. 2 BGB am 31.12.2018, 24.00 Uhr. Der Anspruch der L gegen H ist verjährt, was einer Geltendmachung im Jahre 2021 entgegenstehen kann, sofern H die Einrede der Verjährung erhebt.

Hinweis: Für eine Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis der vom Diesel-Abgasskandal betroffenen Kundenkreise streitet insbesondere die ab Herbst 2015 sämtliche Medien beherrschende Berichterstattung. Zweifelhaft erscheint jedoch, ob anhand der damals vorliegenden Informationen der Schluss auf die Vorsätzlichkeit der Schädigung bzw. auf eine mögliche Zurechnung nach § 31 BGB möglich gewesen ist.³² Wie so oft kommt es an dieser Stelle auf eine sorgfältige Auswertung des Sachverhalts und eine treffende Argumentation an.

III. Ergebnis

Ein Anspruch der L gegen H auf Schadensersatz aus §§ 826, 31 BGB besteht zwar, einer erfolgreichen Geltendmachung dürfte aber die Verjährung entgegenstehen.

D. Anspruch aus § 852 Satz 1 BGB

L könnte gegen H einen Restschadensersatzanspruch aus § 852 Satz 1 BGB haben.

Hinweis: § 852 Satz 1 BGB vermittelt nach Eintritt der Verjährung einen Herausgabeanspruch hinsichtlich der verbliebenen Bereicherung. Der Anspruch aus § 852 Satz 1 BGB setzt den ursprünglichen deliktischen Schadensersatzanspruch fort und begrenzt ihn vom Umfang her auf die bereicherungsfolgenrechtliche Herausgabe der beim Schädiger verbliebenen Vermögensmehrung.³³

I. Bestehen eines verjährten deliktischen Schadensersatzanspruchs

Erste Voraussetzung ist, dass L gegen H einen deliktischen Schadensersatzanspruch hat, der wegen Verjährung nicht mehr durchgesetzt werden kann. L steht gegen H ein verjährter Anspruch aus §§ 826, 31 BGB zu (siehe oben unter C.).

³² Eingehend *Ittner/Halder*, SVR 2020, 283 (284 ff.); siehe auch *Heintz*, WuB 2021, 177 (180 f.).

³³ *Martinek*, jM 2021, 9 (10); *Riehm*, NJW 2021, 1625 (1626).

II. Bereicherung des Schädigers

H müsste durch die unerlaubte Handlung „etwas erlangt“ haben. Als erlangtes Etwas ist dasjenige zu betrachten, was im Vermögen des Schädigers infolge des schädigenden Ereignisses als Vorteil bzw. Gewinn verblieben ist.³⁴ Hierunter ist jedoch keineswegs der durch die unerlaubte Handlung eingetretene konkrete Schaden – hier der an den Händler gezahlte Kaufpreis – zu verstehen.³⁵ Bei einem Neuwagenkauf verbleibt dem Hersteller nicht der beim Händler gezahlte Kaufpreis, sondern lediglich der Herstellerverkaufspreis, d.h. der vom Händler an den Hersteller gezahlte Kaufpreis, abzüglich seiner Herstellungs- und Lieferungskosten.³⁶ In diesem Herstellergewinn liegt die Bereicherung des H.

III. Auf Kosten des Geschädigten

H müsste den vorbezeichneten Vermögensvorteil „auf Kosten“ der L erlangt haben. Unbeachtlich ist, dass H der Gewinn vermittelt über den Händler zugeflossen ist. Da es sich bei § 852 Satz 1 BGB um einen deliktischen Anspruch handelt, kommt das aus dem Bereicherungsrecht stammende Unmittelbarkeitserfordernis nicht zur Anwendung.³⁷ Es ist lediglich zu fordern, dass zwischen der unerlaubten Handlung und dem erlangten Vermögensvorteil irgendein Kausalzusammenhang hergeleitet werden kann.³⁸ Der Vermögenszufluss bei H ist auf den Kauf des Fahrzeugs bei dem Händler zurückzuführen. Ein Kausalzusammenhang ist somit zu bejahen.

IV. Rechtsfolge

Auf Rechtsfolgenrechtsseite ist zunächst zu berücksichtigen, dass der ursprüngliche Schadensersatzanspruch nach den §§ 826, 31 BGB nur Zug-um-Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs zu erfüllen gewesen wäre. Auch die Ersatzpflicht nach § 852 Satz 1 BGB ist konsequenterweise von einer Übereignung und Übergabe des Fahrzeugs abhängig zu machen (vgl. § 273 Abs. 1, 255 BGB analog).³⁹ Problematisch ist, dass L das Fahrzeug über Jahre hinweg genutzt hat und eine Herausgabe eines Neufahrzeugs daher nicht mehr in Betracht kommt, weshalb L einen Wert-

³⁴ *Riehm*, NJW 2021, 1625 (1627).

³⁵ BeckOK BGB/*Spindler* (Fn. 1), § 852 Rn. 3.

³⁶ OLG Stuttgart, BeckRS 2021, 5498 Rn. 45; *Riehm*, NJW 2021, 1625 (1628); a.A. *Foerster*, VuR 2021, 180 (181); *Bruns*, NJW 2021, 1121 (1125).

³⁷ BGHZ 71, 2161; BeckOGK/*Eichelberger*, BGB, 01.06.2021, § 852 Rn. 19 f.

³⁸ BGHZ 71, 2161; *Riehm*, NJW 2021, 1625 (1630).

³⁹ *Martinek*, jM 2021, 8 (13 f.); *Bruns*, NJW 2021, 1121 (1124); *Riehm*, NJW 2021, 1625 (1628);

ersatz i.S.d. § 818 Abs. 2 BGB zu leisten hat.⁴⁰

V. Ergebnis

L hat gegen H einen Anspruch auf Restschadensersatz aus § 852 Satz 1 BGB, gekürzt um den zu leistenden Wertersatz nach § 818 Abs. 2 BGB.

TEIL III:

A. Anspruch aus § 12 BORA

Ein Anspruch der B gegen F auf Unterlassung der direkten Kontaktaufnahme aus § 12 BORA scheidet schon deshalb aus, weil § 12 BORA als berufsrechtliche Regelung nur die an einem Rechtsstreit beteiligten Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, nicht jedoch die Mandantschaft verpflichtet.⁴¹

B. Anspruch aus § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog i.V.m. § 823 Abs. 1 BGB

B könnte gegen F einen Anspruch auf Unterlassung der direkten Kontaktaufnahme aus § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog i.V.m. § 823 Abs. 1 BGB haben.

I. Herleitung des Anspruchs

Nach seinem Wortlaut gewährt § 1004 Abs. 1 BGB Rechtsschutz gegen eine Beeinträchtigung des Eigentums. Der Anwendungsbereich der Norm reicht jedoch darüber hinaus.⁴² In Rechtsprechung und Literatur ist allgemein anerkannt, dass der quasi-negatorische Unterlassungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB im Wege der Analogie alle von § 823 BGB erfassten Rechtspositionen schützt.⁴³

II. Beeinträchtigung eines geschützten Rechtsguts

Zunächst müsste eine Beeinträchtigung eines geschützten Rechtsguts vorliegen. In Betracht kommt die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (APR) der B. Das APR ist seit der BGH-Entscheidung über den „Schacht-Leserbrief“ als

⁴⁰ Riehm, NJW 2021, 1625 (1628); in diese Richtung auch LG Arnsberg, BeckRS 2021, 6742 Rn. 53.

⁴¹ BGH, NJW 2011, 1005 Rn. 6.

⁴² Spindler/Schuster/Volkman, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, BGB § 1004 Rn. 1.

⁴³ BGHZ 14, 163 (170); BeckOK BGB/Fritzsche (Fn. 1), § 1004 Rn. 4; siehe zum Vorstehenden auch Ludyga/Heintz, JuS 2020, 1194 (1197).

„sonstiges Recht“ i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB anerkannt.⁴⁴ Es vermittelt grundsätzlich auch Schutz vor Belästigungen, die von einer unerwünschten Kontaktaufnahme ausgehen können.⁴⁵ Eine unerwünschte Kontaktaufnahme ist gegeben, wenn sie gegen den eindeutig erklärten Willen der betroffenen Person erfolgt.⁴⁶ Indem B den T mandatiert hat, hat sie gegenüber der Gegenseite zu verstehen gegeben, nicht mehr persönlich in der Rechtsangelegenheit angesprochen, sondern sich anwaltlich vertreten lassen zu wollen. F hat diesen Willen der B durch die direkte Kontaktaufnahme missachtet und somit das APR der B verletzt.

III. Rechtswidrigkeit

Die APR-Verletzung müsste rechtswidrig gewesen sein. Da das APR ein Rahmenrecht darstellt, bedarf es hier einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung.⁴⁷ Dabei muss im Einzelfall festgestellt werden, ob der Schutz der Persönlichkeit und die Achtung der Privatsphäre der betroffenen Person das Interesse an einer direkten Kontaktaufnahme überwiegt.⁴⁸ Für ein Überwiegen des Persönlichkeitsschutzes spricht, dass beide Parteien anwaltlich vertreten sind und eine direkte Kommunikation mit einer Partei nach § 12 BORA nur ausnahmsweise, nämlich bei Gefahr im Verzuge (Abs. 2 Satz 1) oder mit Einwilligung des T (Abs. 1) zulässig gewesen wäre. An einem solchen Ausnahmefall fehlt es, sodass sich die direkte Kontaktaufnahme als rechtswidrig erweist.

IV. Wiederholungsgefahr

Ein Unterlassungsanspruch der B setzt außerdem eine Wiederholungsgefahr voraus. Bei einem rechtswidrigen Eingriff in das APR besteht hierfür eine widerlegbare Vermutung.⁴⁹ Anhaltspunkte für eine Widerlegung der Vermutungswirkung bestehen nicht.

V. Störereigenschaft

B ist als Verursacherin der Rechtsbeeinträchtigung als Handlungsstörerin heranzuziehen.

⁴⁴ BGHZ 13, 334 (338); eingehend zur Herleitung des zivilrechtlichen APR *Gomille*, SRZ 2020, 8 (9 ff.).

⁴⁵ BGH, NJW 2011, 1005 Rn. 8 m.w.N.

⁴⁶ BGH, NJW 2011, 1005 Rn. 8 m.w.N.

⁴⁷ *Wandt* (Fn. 28), § 16 Rn. 60.

⁴⁸ BGH, NJW 2011, 1005 Rn. 12.

⁴⁹ MüKoBGB/*Rixecker* (Fn. 1), Anhang zu § 12 Rn. 271.

VI. Ergebnis

B hat gegen F einen Anspruch auf Unterlassung der direkten Kontaktaufnahme aus § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog i.V.m. § 823 Abs. 1 BGB.

C. Anspruch aus § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 12 BORA

Ein Unterlassungsanspruch der B könnte sich auch aus § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 12 BORA ergeben.

I. Verletzung eines Schutzgesetzes

Der Verstoß gegen das Umgehungsverbot müsste als Schutzgesetzverletzung zu qualifizieren sein. § 12 BORA müsste also (auch) individualschützend wirken. Die Vorschrift dient zunächst einmal dem Schutz des Gemeinwohlinteresses an einer funktionsfähigen Rechtspflege.⁵⁰ Die Parteien eines Rechtsstreits sollen aber auch davor geschützt werden, von einer gegnerischen Rechtsanwältin oder einem gegnerischen Rechtsanwalt direkt kontaktiert und wegen fehlender eigener Rechtskenntnisse ohne vorherige rechtliche Beratung übervorteilt zu werden.⁵¹ § 12 BORA erfüllt somit die Voraussetzungen an ein Schutzgesetz. In einem Verstoß gegen das Umgehungsverbot ist also zugleich eine Schutzgesetzverletzung i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB zu erblicken.

Hinweis: Eine andere Ansicht ist bei entsprechender Argumentation selbstverständlich vertretbar.

II. Rechtswidrigkeit

F handelte rechtswidrig (siehe oben).

III. Wiederholungsgefahr

Eine Wiederholungsgefahr besteht (siehe oben).

IV. Störereigenschaft

B ist als Handlungsstörerin anzusehen (siehe oben).

⁵⁰ BVerfGE 122, 190 (206 f.).

⁵¹ BVerfGE 122, 190 (206); BGH, NJW 2003, 3692 (3693); Thümmel, NJW 2011, 1850 (1851).

V. Ergebnis

B steht gegen F zudem ein Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 12 BORA zu.

Hinweis: Von den Bearbeiterinnen und Bearbeitern wurde eine Prüfung der Ansprüche aus § 12 BORA und aus § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 12 BORA nicht erwartet. Eine Darstellung dieser Ansprüche wurde jedoch bei der Bewertung positiv berücksichtigt.

Teil IV:

Zu prüfen ist, ob das Landgericht Saarbrücken einen neuen Sachverständigen ernennen muss. Nach § 411 Abs. 3 ZPO liegt es im pflichtgemäßen Ermessen⁵² des Gerichts, ob eine mündliche Erläuterung des schriftlichen Gutachtens erfolgt. Dieser Umstand könnte jedenfalls dann gegen die Ernennung eines neuen Sachverständigen sprechen, wenn das Gericht eine mündliche Erläuterung berechtigterweise als entbehrlich erachtet.⁵³ Allerdings hat B hier eine Anhörung des Sachverständigen beantragt. Einem solchen Antrag muss das Gericht nach §§ 402, 397 ZPO stattgeben.⁵⁴ Das Befragungsrecht der B kann aufgrund des Ablebens des S aber nur noch durch eine neue Sachverständigenbestellung gewahrt werden.⁵⁵ Das Landgericht Saarbrücken muss daher einen neuen Sachverständigen ernennen, um letztlich dem Anspruch der B auf rechtliches Gehör hinreichend Rechnung zu tragen⁵⁶.

⁵² BGH, NJW-RR 1987, 339 (340); MüKoZPO/Zimmermann, 6. Aufl. 2020, § 411 Rn. 10.

⁵³ Hk-ZPO/Siebert, 9. Aufl. 2021, § 411 Rn. 4.

⁵⁴ BGH, BeckRS 1978, 30395896; BeckOK ZPO/Scheuch, 41. Ed. 01.07.2021, § 411 Rn. 19.

⁵⁵ BGH, BeckRS 1978, 30395896.

⁵⁶ Vgl. BGH, NJW 2018, 3097 Rn. 8; Hk-ZPO/Siebert (Fn. 53), § 411 Rn. 5.

Mascha Bilsdorfer

Juristische Betätigungsfelder in der Innenverwaltung



Dr. Mascha Bilsdorfer

Die vielseitigen und herausfordernden Einsatzmöglichkeiten in der Innenverwaltung – oder auch: Wieso man Klischees häufiger in Frage stellen sollte, statt sie zu bedienen.

Ich habe nichts gegen Beamte. Sie tun ja nichts. So oder so ähnlich beginnt jeder mehr oder weniger gute Beamtenwitz. Wieso ich mich trotz aller in der Gesellschaft bestehenden Vorbehalte dennoch für eine Tätigkeit im öffentlichen Dienst entschieden habe? Das möchte ich gerne im Folgenden aufzeigen.

Mein Name ist Mascha Bilsdorfer und ich bin als Regierungsrätin beim Ministerium für Inneres, Digitalisierung und Migration Baden-Württemberg im höheren Verwaltungsdienst tätig. Der höhere Verwaltungsdienst umfasst juristische Tätigkeiten in der Innenverwaltung des Landes Baden-Württemberg, wobei hierzu vor allem die 35 Landratsämter als auch die vier Regierungspräsidien und das Innenministerium zählen. Die Laufbahn des höheren Verwaltungsdienstes eröffnet grundsätzlich vielfältige Einsatzmöglichkeiten auf allen Ebenen der Landesverwaltung in allen Landesteilen Baden-Württembergs und darüber hinaus. Doch wie bin ich überhaupt hierhin gekommen?

Assessment Center als maßgebliches Instrument der Personalauswahl

Die Entscheidung mich für den höheren Verwaltungsdienst in Baden-Württemberg zu bewerben, habe ich während der Zeit meiner Promotion an der Universität des Saarlandes gefasst. Maßgebliche Aspekte meiner Entscheidung waren zum einen der nicht bestreitbare Sicherheitsfaktor einer beamtenrechtlichen Laufbahn, zum anderen allerdings ebenfalls die durchaus nicht unattraktiven Karrierechancen, die mit einer Tätigkeit im höheren Verwaltungsdienst einhergehen.

Die Einstellungsvoraussetzungen des Landes Baden-Württemberg sind übersichtlich zusammengefasst digital abrufbar. Demnach benötigt man maßgeblich zwei juristische Staatsexamina im mittleren Prädikatsbereich, was einen entsprechenden Punktwert von jeweils mindestens 6,5 Punkten bedeutet. Zusätzlich müssen die beamtenrechtlichen Voraussetzungen, also insbesondere die deutsche Staatsangehörigkeit und ein Lebensalter unter 42 Jahren gegeben sein. Sogenannte Softskills sollten ebenfalls vorhanden sein. So setzt das Ministerium insbesondere die Bereitschaft zu einer selbstständigen und verantwortungsvollen Tätigkeit und Aufgeschlossenheit für wechselnde Funktionen und Aufgabengebiete voraus.

Soweit so gut. Interessant wird nunmehr indes, in welcher Weise das Innenministerium geeignete Kandidatinnen und Kandidaten gewinnt.

Für den höheren Verwaltungsdienst in Baden-Württemberg bedeutet eine Einstellung zunächst das Durchlaufen eines sogenannten Assessment Centers. Jede Bewerberin und jeder Bewerber muss ein solches eintägiges und sehr professionell gestaltetes Assessment Center in Stuttgart durchlaufen, um die Chance auf eine Einstellung im höheren Verwaltungsdienst zu erhalten. Bewerbstelligt werden müssen hierbei verschiedenartige Aufgaben, welche insbesondere auf die Belastbarkeit, das fachliche Wissen und auch die Präsentationsfähigkeit der Bewerberinnen und Bewerber abzielen.

Ich durfte beispielsweise eine Aufgabenstellung aus dem Bereich des Themenkomplexes E-Government bearbeiten und musste meine Ergebnisse und Thesen nach Ablauf einer fest vorgegebenen Zeit vor einer Kommission präsentieren. Anschließend gab es hierzu eine fachlich durchaus herausfordernde Diskussion, in welcher die gefassten Thesen verteidigt werden mussten. Abschließend wurde ein sehr umfangreiches Interview geführt, in welchem sowohl persönliche als auch fachliche Themen abgefragt wurden. Nachdem das Assessment Center durchlaufen war, wurde mir noch am selben Tag eine positive finale Entscheidung durch die Kommission hinsichtlich einer Einstellung in der Innenverwaltung verkündet. Gleichzeitig wurden mir verschiedene Möglichkeiten eines Einsatzes eröffnet und mir insoweit eine

entsprechende Wahlmöglichkeit hinsichtlich meines ersten Einsatzortes im höheren Verwaltungsdienstes eingeräumt.

Entschieden habe ich mich für das Landratsamt Rems-Murr-Kreis. Dies insbesondere auch aufgrund der unmittelbaren räumlichen Anbindung an den Großraum Stuttgart und die mit einer Tätigkeit im höheren Verwaltungsdienst voraussichtlich einhergehenden wechselnden personellen Einsätzen. Auf meine erste Station beim Landratsamt Rems-Murr-Kreis werde ich im Folgenden tiefergehend eingehen.

Meine aktuelle Tätigkeit in der Landkreisverwaltung und künftige Einsätze in der Landesverwaltung

Eingesetzt bin ich beim Landratsamt des Rems-Murr-Kreises aktuell als Leitung des Haupt- und Personalamtes. Ganz unverblümt nennt sich diese Tätigkeit auch „Personalchefin“ einer Landkreisverwaltung mit rund 1800 Mitarbeitenden und ist mit vielfältigen Tätigkeiten verbunden. Das Haupt- und Personalamt ist ein sogenanntes Querschnittsamt, welches in verschiedene Fachbereiche gegliedert ist und im weitesten Sinne als Dienstleister für die Mitarbeitenden der Landkreisverwaltung agiert.

Insbesondere im Rahmen der Corona-Pandemie nimmt das Haupt- und Personalamt durchaus eine Schlüsselrolle ein, mit welcher weitreichende und sich vor allem sehr dynamisch entwickelnde Aufgabenfelder verbunden sind. So durfte ich maßgeblich im Bereich des Kreisimpfzentrums mitwirken, dessen Aufbau und Betreuung Ende des vergangenen Jahres erforderlich wurde. Hiermit verbunden war insbesondere die Einstellung einer eigenen Verwaltungsmannschaft, die die Geschicke im Kreisimpfzentrum maßgeblich steuert. Auch die Beschaffung und Versorgung mit Corona-Selbsttests, die Umsetzung der betrieblichen Testverpflichtung, die Versorgung der Mitarbeiterschaft mit medizinischen Schutzmasken als auch eine Mitwirkung im Corona-Krisenstab gehören zu den wesentlichen Corona-Tätigkeiten, die ich in den vergangenen Monaten mitbetreuen durfte.

Maßgeblich beeinflusst wird meine aktuelle Tätigkeit zudem insbesondere auch durch das strategische Ziel einer modernen Verwaltung, welches das Landratsamt Rems-Murr-Kreis als grundlegenden Maßstab definiert hat. Gerade im Bereich der Digitalisierung werden hier wichtige Impulse gesetzt. Ein solcher Impuls war beispielsweise die Entwicklung und Etablierung der sogenannten RMK-Cosima-App, welche beaufsichtigte Selbsttestungen und die Zertifizierung des Ergebnisses per digitaler App-Lösung ermöglicht. Eine Lösung, die vom Gemeindeeindetag, Städtetag

und Landkreistag Baden-Württemberg allen Kommunen als „Best Practice“ zur Anwendung empfohlen wurde. Die Begleitung solcher Prozesse, insbesondere auch in Form juristischer Beratungen zu Fragen des Datenschutzes und der Auslegung und Anwendung stetig wechselnder Corona-Bestimmungen, ist unglaublich spannend und vielseitig. Der insoweit auf vielfältige Weise belächelte trockene Beamtenalltag hat mit meiner aktuellen Tätigkeit jedenfalls nicht viel gemein. Vielmehr darf ich als Berufseinsteigerin bereits sehr verantwortungsvolle Aufgaben wahrnehmen und weitreichende Grundsatzentscheidungen treffen.

Überdies gehört zu den insofern eher klassischen Themen als Personalchefin die Aufstellung des jährlichen Stellenplans der Verwaltung und die mit Personalthemen einhergehende Gremienarbeit, welche durchaus herausfordernd, aber keinesfalls langweilig oder gar „trocken“ ist.

Mit einem Berufseinstieg und der damit zusammenhängenden Tätigkeit im höheren Verwaltungsdienst kann demnach also insbesondere im Bereich der Landratsämter bereits erhebliche Verantwortung gerade im personellen Bereich einhergehen. Sicher hängt dies davon ab, welche persönlichen Fähigkeiten man mitbringt und welches Vertrauen einem bei der jeweiligen Verwendung entgegengebracht wird. Dies wird vermutlich nicht für jeden bzw. jede die richtige Berufswahl sein, ich jedoch habe mich in meine Aufgaben und die damit einhergehenden Herausforderungen gut eingefunden und möchte die Erfahrungen, die ich hier täglich sammeln darf und dufte in keiner Weise missen.

Und hier kommen wir zu einem weiteren wichtigen Punkt, der auch für die eigene Entscheidung einer Bewerbung im höheren Verwaltungsdienst bedeutsam sein dürfte: die berufliche Perspektive.

Im Bereich des höheren Verwaltungsdienstes beginnt man in Baden-Württemberg die Laufbahn grundsätzlich als Regierungsrätin bzw. Regierungsrat in einem Beamtenverhältnis auf Probe. Der erste Einsatzort ist dabei in aller Regel entweder in einem der 35 Landratsämter oder einem der vier Regierungspräsidien. Um eine entsprechende Personalentwicklung zu ermöglichen, findet in der Regel nach drei bis fünf Jahren sowohl ein Wechsel des Aufgabenbereiches als auch der unterschiedlichen Verwaltungsebenen statt. Insofern kommuniziert das Innenministerium ebenfalls offen, dass die Wahrnehmung höherwertiger Funktionen in der Regel eine Tätigkeit in einem Ministerium des Landes Baden-Württemberg voraussetzt. Es ist ausdrücklich gewünscht, dass man im Rahmen des höheren Verwaltungsdienstes verschiedene Stationen durchläuft. Bereits während meiner nunmehr über zweijährigen Tätigkeit im Landratsamt Rems-Murr-Kreis habe ich zwei verschiedene

Stationen landratsamtsintern durchlaufen. So begann meine Tätigkeit nicht direkt im Haupt- und Personalamt. Vielmehr durfte ich zunächst im Bereich des Ordnungsdezernates in nicht unerheblichen Umfang Personalführungsverantwortung ausüben. Mit der Tätigkeit verbunden waren wiederum ebenfalls sehr vielseitige juristische Tätigkeiten. Der absolute Fokus lag allerdings auf der Mitarbeiterführung, welche gerade für Berufseinsteigerinnen und Berufseinsteiger eine Herausforderung darstellen kann. Denn während des juristischen Studiums und des Referendariates sammelt man in diesem Bereich lediglich begrenzte Erfahrungswerte.

Gerade der Besuch von Veranstaltungen im Bereich der sogenannten Schlüsselkompetenzen kann daher durchaus eine gute Grundlage für die künftige berufliche Tätigkeit sein, auch wenn man sich während der Studienzeit gerade mit Blick auf die ohnehin schon bestehenden fachlichen Herausforderungen des juristischen Studiums hierüber nur wenige Gedanken machen wird. Ich kann indes eine persönliche Weiterbildung in diesem Bereich auch vor dem Berufseinstieg jeder Studentin und jedem Studenten persönlich ans Herz legen, jedenfalls sofern man sich künftig nicht nur mit Gesetzestexten, sondern auch mit Menschen befassen möchte. Dies sage ich bewusst mit einem Augenzwinkern. Letztlich ist es aber meine Überzeugung, dass gerade der Bereich der beschriebenen überfachlichen Faktoren auch im späteren Berufsalltag einen durchaus maßgeblichen Stellenwert einnehmen kann und während des oft herausfordernden Alltags des juristischen Studiums oftmals leider zu kurz kommt.

Persönliches Resümee

Sofern man also Spaß an der Zusammenarbeit mit Menschen hat und sich insbesondere nicht vor neuen Herausforderungen und Situationen fürchtet, dem kann ich eine Tätigkeit im höheren Verwaltungsdienst mit voller Überzeugung empfehlen.

Aktuell fühle ich mich beruflich rundum wohl und möchte mir über künftige Aufgabengebiete noch keine allzu großen Gedanken machen. Allerdings steht fest, dass ich in den kommenden Jahren noch mindestens einmal einen (erneuten) erheblichen Aufgaben- und Ortswechsel vollziehen muss. Es lässt sich demnach also wieder einmal feststellen, dass das Thema Vielseitigkeit im Bereich der Innenverwaltung eine tragende Rolle spielt und einem eine gewisse Form der Flexibilität abverlangt. Dies macht allerdings auch gerade den Reiz der Tätigkeit aus und verhindert, dass man durch immer gleichbleibende Tätigkeiten in der persönlichen und beruflichen Entwicklung gehemmt wird. Zusammenfassend lässt sich also sagen, dass man gerade durch diese Vielseitigkeit letztlich enorme persönliche Entwicklungen durchlaufen

kann. Insoweit trifft die bereits durch *Friedrich v. Schiller* geäußerte Ansicht: *Ich hab' hier bloß ein Amt und keine Meinung*, auf eine Tätigkeit in der Innenverwaltung des Landes Baden-Württemberg mit Sicherheit nicht zu.

Rezension

Christian Fahl, Strafrechtskino



**Christian Fahl, Strafrechtskino, 187 Seiten, Softcover, C.H. Beck, München
2021, 14,90 €, ISBN: 978-3-406-78035-6**

„... Jura ist trocken, (somit) langweilig und die Fälle sind doch auch alle nur konstruiert ...“ Diese oder ähnliche Sätze hörte jeder Jurastudent sicher schon unzählige Male von Studenten anderer Fachrichtungen. Unstrittig sind die Übungsfälle stets auf spezielle Schwerpunkte hin konzipiert und daher werden Konstellationen zusammengefügt, die sicher auch deswegen unrealistisch erscheinen, weil man diese Fälle und Fallkonstellationen einfach (noch) nicht kennt.

Naheliegender ist es somit, die juristische Falllösungspraxis mittels Fällen vorzunehmen, deren Sachverhalte bekannt sind. Tja – doch da stellt sich das nächste Problem – wer kennt welchen Fall? Unstrittig nutzt so gut wie jeder Mensch das Medium Fernsehen – egal ob im linearen oder nicht-linearen Angebot. Und tatsächlich schauen auch Juristen gerne Krimis. Viele dieser „großen Kinofilme“ sollte man also kennen und es wird gemunkelt, dass diese Filme mittlerweile zur „Allgemeinbildung“ gehören. Lassen wir diesen Aspekt mal unberücksichtigt. Aber zumindest sind bekannte Kinofilme mittlerweile jedem bekannt, genauso wie Mickey Mouse oder Donald Duck. Da die Strafbarkeit einiger Bewohner in Entenhausen bereits im Jahr 1999 untersucht wurde¹, bietet es sich nun an, die Strafbarkeit von Personen aus Kinofilmen auch mal zu untersuchen. Denn „wer hat sich nicht schon einmal dabei ertappt, sich bei Kino- und Fernsehfilmen unwillkürlich zu fragen, wie der

¹ Kunz/Sidler, Kriminalpolitik in Entenhausen – vom Umgang mit Kriminalität bei Micky Maus & Co., Basel u.a. 1999.

Plot juristisch – insbesondere strafrechtlich – zu werten wäre?“

Fahl schließt diese Lücke und geht dieser wichtigen Frage mit seinem Buch durch 10 bekannte Kino- und Fernsehfilme nach:

- Kill the Boss² – Seiten: 7–13
- Am Ruder³ – Seiten: 15–27
- Rendezvous mit dem Tod⁴ – Seiten: 29–37
- The Killing of a Sacred Deer⁵ – Seiten: 39–52
- Knives Out – Mord ist Familiensache⁶ – Seiten: 53–59
- Birthday Girl⁷ – Seiten: 61–74
- Mord im Orient-Express⁸ – Seiten: 75–87
- Der Clou⁹ – Seiten: 89–98
- Kopfgeld¹⁰ – Seiten: 99–116
- Passengers¹¹ – Seiten: 117–124

² „**Kill the Boss**“ (Originaltitel: *Horrible Bosses*) ist eine US-amerikanische Filmkomödie aus dem Jahr 2011; siehe zur Falllösung auch: Fahl, Ad legendum 2020, Heft 1, S. 51-56.

³ „**Am Ruder**“ ist eine deutsche Tragikkomödie aus dem Jahr 2017.

⁴ SOKO Stuttgart – Folge 167 (Staffel 8 Folge 2) „**Rendezvous mit dem Tod**“, Erstausstrahlung D: 13.10.2016; siehe auch: <https://www.zdf.de/serien/soko-stuttgart/rendezvous-mit-dem-tod-104.html>.

⁵ „**The Killing of a Sacred Deer**“ (engl. für „Die Tötung eines heiligen Hirsches“) ist ein englisch/irländischer Thriller aus dem Jahr 2017

⁶ „**Knives Out – Mord ist Familiensache**“ (Originaltitel: *Knives Out*) ist ein US-amerikanischer Kriminalfilm aus dem Jahr 2019.

⁷ „**Birthday Girl**“ (Alternativtitel: *Birthday Girl – Braut auf Bestellung; Nadia*) ist ein US-amerikanisch-britischer Spielfilm mit Elementen eines Kriminalfilms, eines Thrillers und einer Filmkomödie aus dem Jahr 2002; Dieser Filmsachverhalt wurde im Sommer 2017 (mit einer strafprozessualen Zusatzfrage) im Bundesland Mecklenburg-Vorpommern als 5-stündige Staatsexamensklausur gestellt.

⁸ Diese Besprechung ist angelehnt an „**Mord im Orient Express**“ (Originaltitel: *Murder on the Orient Express*), ein US-amerikanischer Kriminalfilm mit Hercule Poirot aus dem Jahr 2017, welcher auf dem Roman von Agatha Christie aus dem Jahr 1934 basiert; die zweite Hercule Poirot-Verfilmung ist mit **Tod auf dem Nil** (Originaltitel: *Death on the Nile*) ein für Februar 2022 angekündigter US-amerikanischer Kriminalfilm.

⁹ „**Der Clou**“ (Originaltitel: *The Sting*) ist eine US-amerikanische Ganoven-Komödie aus dem Jahr 1973.

¹⁰ „**Kopfgeld – Einer wird bezahlen**“ ist ein US-amerikanischer Actionthriller aus dem Jahr 1996, welcher wiederum eine Neuverfilmung des Spielfilms *Menschenraub (Ransom!)* aus dem Jahr 1956 darstellt.

¹¹ **Passengers** ist ein US-amerikanischer Science-Fiction-Film aus dem Jahr 2016.

Sein Anspruch ist es dabei, das Lösen strafrechtlicher Fälle auf diese Weise zu einem cineastischen Vergnügen zu machen.

Die Falllösung erfolgt dann in allen zehn Fällen nach der bekannten juristischen Verfahrensweise. Nachdem dem Leser im Bereich der Vorbemerkung einige Informationen zu dem Film mitgeteilt werden, erfolgt die Angabe des Sachverhalts. Dieser kann zwar für die nachfolgende Fallbearbeitung von der Filmvorlage durchaus abweichen – dieser Umstand ist aber oft zwingend notwendig, wenn die Falllösung nicht den Umfang eines Lexikons einnehmen soll. Nach der Darstellung einer Lösungs-Gliederung gelangt der Leser direkt zur Falllösung. Gewohnt wird dabei nach der Strafbarkeit des A oder B unterschieden und sodann werden die einzelnen möglichen Delikte durchgeprüft.

Fazit

Die Idee ist gut und so macht die Bearbeitung juristischer Fälle auch gleich richtig Spaß.

Oliver Michaelis, LL.M., LL.M.* , Düsseldorf

* Oliver Michaelis ist Jurist in Düsseldorf sowie Absolvent des LL.M.-Programms „European and International Law“ an der Universität des Saarlandes und Absolvent des LL.M.-Programms „Wirtschaftsstrafrecht“ an der Universität Osnabrück.

