



examensrelevant

MAGAZIN FÜR ANGEHENDE JURISTEN

WOHNRAUMMIETRECHT

Die Eigenbedarfskündigung im Mietprozess

ERBRECHT

Vererbbarkeit von Daten und digitalen Rechten

ARBEITSRECHT

Die außerordentliche Kündigung des Arbeitgebers

STRAF- UND OWI-RECHT

Die „Corona-Krise“ – Straftaten und Ordnungswidrigkeiten

Liebe Leserin, lieber Leser,

vor Dir befindet sich die zweite Ausgabe von **examensrelevant**. Dabei handelt es sich um ein Kooperationsprojekt des Deutschen Anwaltverlags und der JurCase GmbH, welches mit dem Ziel entstanden ist, Jurastudentinnen und -studenten sowie Rechtsreferendarinnen und -referendaren wichtige und informative Inhalte zur Vorbereitung auf das Examen zu präsentieren.

Abwechslungsreiche Themen aus den verschiedenen Rechtsgebieten mit Bezug zur aktuellen Rechtsprechung sowie hoher Examensrelevanz – dies und mehr erwartet Dich in den halbjährlich erscheinenden Ausgaben von **examensrelevant**. Die Beiträge unseres Magazins werden von bekannten Fachautoren geschrieben und werden auch in der „ZAP“ (Zeitschrift für die Anwaltspraxis) veröffentlicht.

Wir wünschen Dir viel Erfolg bei der Examensvorbereitung und hoffen, Dich durch unsere sorgfältig ausgewählten Beiträge dabei unterstützen zu können!

J. Schott
J. Schott

A. Bangert
A. Bangert




Deutscher **Anwalt** Verlag
JOHANNES SCHOTT
Herausgeber
Kooperationsmanagement
Deutscher Anwaltverlag



Jur  **Case**
ALEXANDER BANGERT
Herausgeber
Gründer & Geschäftsführer
von JurCase

3 **WOHNRAUMMIETRECHT**
Die Eigenbedarfskündigung im Mietprozess

18 **ERBRECHT**
Vererbbarkeit von Daten und digitalen Rechten

32 **ARBEITSRECHT**
Die außerordentliche Kündigung des Arbeitgebers

41 **STRAF- UND OWI-RECHT**
Die „Corona-Krise“ – Straftaten und Ordnungswidrigkeiten

Die Eigenbedarfskündigung im Mietprozess

Von Dr. Sven Caspers, Richter am Amtsgericht München

I. Vorbemerkung

Eines der Hauptbetätigungsfelder in der mietrichterlichen Praxis ist die Behandlung von Räumungsklagen, die infolge einer **Eigenbedarfskündigung** erhoben werden. Die Anzahl der Räumungsklagen hat sich in den letzten fünf Jahren im Amtsgerichtsbezirk München geschätzt verdoppelt, was durchaus eng mit der Entwicklung des Mietwohnungsmarktes zusammenhängen dürfte. In nahezu allen Fällen wird mieterseits der behauptete Eigenbedarf in zulässiger Weise mit Nichtwissen bestritten, sodass über den jeweiligen Eigenbedarfsgrund i.d.R. Beweis erhoben werden muss. In der Mehrzahl der Fälle werden zudem mieterseits soziale **Härtegründe nach §§ 574, 574a BGB** (i.d.R. ärztlich attestierte Gesundheitsbeeinträchtigungen einschließlich psychischer Erkrankungen) vorgetragen und eine Fortsetzung des Mietverhältnisses auf unbestimmte Zeit verlangt. Unabhängig vom Ausgang des Räumungsrechtsstreits ergeben sich für die

Vermieterpartei hierdurch erhebliche praktische Probleme im Zusammenhang mit der **Dauer** des streitigen Räumungsrechtsstreits, sodass die widerstreitenden Interessen der Parteien häufig durch einen Räumungsvergleich mit Zahlung einer festen Geldsumme mit am besten verwirklicht werden können.

II. Allgemeine Grundsätze der Eigenbedarfskündigung

1. Vorliegen eines berechtigten Nutzungsinteresses

Ein **berechtigtes Interesse** ist gegeben, wenn der Vermieter die Räume der Wohnung für sich oder eine Person des privilegierten Personenkreises benötigt, wobei im Rahmen der durchzuführenden Interessenabwägung die verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen des Art. 14 GG in besonderem Maße zu beachten sind (Staudinger/Rolls, Neubearbeitung 2018, Stand: 30.3.2020, § 573 BGB Rn 63). Die

verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie des **Art. 14 GG** wirkt zudem sowohl zugunsten des Vermieters, der zugleich Eigentümer der vermieteten Wohnräume ist, als auch zugunsten des Mieters, dessen Besitzrecht ausnahmsweise auch vom Schutzbereich des Art. 14 GG erfasst wird (BVerfG, Beschl. v. 26.5.1993 – 1 BvR 208/93, NJW 1993, 2035). Der Mietrichter hat im Räumungsprozess eine umfassende Würdigung aller Umstände des Einzelfalls zu treffen, welche auch die widerstreitenden Interessen der Mietparteien umfassen. Am Ende der richterlichen Abwägung muss sich der

Mietrichter eine Überzeugung dahingehend gebildet haben, dass der Eigenbedarfskündigung ein vernünftiges und billigenwertes Interesse des Vermieters zugrunde liegt, die Wohnung zurückzubekommen (vgl. Schmidt-Futterer/*Blank*, 14. Aufl. 2019, § 573 BGB Rn 42 f.). Die konkreten Interessen des Mieters an der Beibehaltung seiner Wohnung entfalten nicht schon im Rahmen von § 573 BGB, sondern erst bei der Prüfung der Sozialklausel des § 574 BGB Rechtswirkungen (Staudinger/*Rolfs*, Neubearbeitung 2018, Stand: 30.3.2020, § 573 BGB Rn 25a u. Rn 67 m.w.N.).

PRAXISTIPP:

Bei Räumungsklagen wird von Mieteranwälten häufig übersehen, dass etwaige schutzbedürftige Interessen des Mieters – vom generellen Interesse des Mieters auf Beibehaltung der Wohnung einmal abgesehen – nicht bereits bei der Frage der materiellen Wirksamkeit der Eigenbedarfskündigung berücksichtigt werden können, sondern **erst im nachgelagerten Härtefallwiderspruchsverfahren nach §§ 574, 574a BGB**.

2. Maßgeblicher Zeitpunkt des Nutzungsinteresses

Das konkrete Interesse des Vermieters an der Rückgabe der Wohnräume muss bereits **im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung** (vgl. § 130 Abs. 1 BGB) vorliegen und bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist des § 573c BGB andauern, ein Wegfall des Interesses **nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist** ist nach richtiger und vorherrschender Meinung ohne Relevanz für die Wirksamkeit der Kündigung (BGH, Urt. v. 9.11.2005 – VIII ZR 339/04, NJW 2006, 220 und BGH, Urt. v. 27.6.2007 – VIII ZR 271/06, NJW 2007, 2845; Palandt/*Weidenkaff*, 79. Aufl. 2020, § 573 BGB Rn 29; a.A. nach wie vor Schmidt-Futterer/*Blank*, 14. Aufl. 2019, § 573 BGB Rn 74). Sofern das konkrete Nutzungsinteresse nicht bereits bei Zugang der Kündigung vorlag, ist diese als **sog. Vorratskündigung** unwirksam (BGH, Urt.

v. 29.3.2017 – VIII ZR 44/16, WuM 2017, 432; Staudinger/*Rolfs*, Neubearbeitung 2018, Stand: 30.3.2020, § 573 BGB Rn 66 m.w.N.). Für den praxisrelevanten Fall des Wegfalls des Nutzungsinteresses im Zeitraum des Zugangs der Kündigung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist verstößt eine Weiterverfolgung des Räumungsanspruchs gegen **§ 242 BGB**, sodass der Vermieter den Mieter vom Wegfall seines Nutzungsinteresses in Kenntnis setzen muss und aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben dazu verpflichtet ist, dem Mieter einen Vertrag über die Aufhebung der Kündigungswirkungen bzw. über den Fortlauf des Mietverhältnisses anzubieten, den der Mieter gem. § 151 BGB auch konkludent durch die tatsächliche Fortsetzung des Mietverhältnisses annehmen kann (vgl. Schmidt-Futterer/*Blank*, 14. Aufl. 2019, § 573 BGB Rn 42 u. 73 f. m.w.N.).

3. Darlegungs- und Beweislast

Nach allgemeinen Grundsätzen **trägt der Vermieter die Darlegungs- und Beweislast für den geltend gemachten Eigenbedarf** (Palandt/Weidenkaff, 79. Aufl. 2020, § 573 BGB Rn 32). Sofern der Mieter den behaupteten Nutzungs-

wunsch des Vermieters zulässig mit Nichtwissen gem. § 138 Abs. 4 ZPO bestreitet, muss der Vermieter geeignete Beweismittel für den bestrittenen Nutzungswunsch anbieten.

PRAXISTIPP:

In der Praxis wird auf Vermieterseite häufig übersehen, dass das Gericht nur solchen Beweismitteln nachgehen kann, die von den Parteien angeboten werden. Sofern also z.B. eine Wohnung von einem vermietenden Ehepaar allein genutzt werden soll und beide Ehegatten Parteien des Rechtsstreits sind, ist das Angebot einer Parteieinvernahme nach §§ 445 ff. ZPO wenig erfolgversprechend, da sich die Gegenpartei im Regelfall hiermit nicht einverstanden erklären wird und die Voraussetzungen **einer Parteivernehmung von Amts wegen** in aller Regel nicht vorliegen (vgl. §§ 447, 448 ZPO). In diesen Fällen sollte der Vermieter unbedingt weitere Zeugen (oder andere zulässige Beweismittel) anbieten, die zumindest als Zeugen vom Hörensagen den behaupteten Nutzungswunsch bestätigen können. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass das Gericht nach einer Beweiswürdigung gem. § 286 ZPO zum Ergebnis kommt, dass es vom behaupteten Nutzungswunsch nicht überzeugt ist, sodass eine Klageabweisung bereits beim Vorliegen einer sog. non-liquet-Situation möglich ist.

4. Kündigungsberechtigung

Kündigungsberechtigt ist jeweils der Vermieter, eine isolierte Abtretung nur des Kündigungsrechts ohne gleichzeitige Übertragung aller Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis ist nicht möglich (zu Recht Schmidt-Futterer/Blank, 14. Aufl. 2019, § 542 BGB Rn 36 m.w.N.). Unstreitig kann jedoch der Vermieter eine dritte Person zur Vornahme einer Kündigung **bevollmächtigen nach §§ 164 ff. BGB**, sodass

der Stellvertreter die Kündigung im Namen des Vermieters abgibt (Schmidt-Futterer/Blank, 14. Aufl. 2019, § 573 BGB Rn 46 f. m.w.N.). Lässt sich weder aus der Kündigung selbst noch aus den Umständen erkennen (vgl. § 164 Abs. 1 S. 2 BGB), dass der Stellvertreter im Namen des Vermieters kündigt, ist die Kündigung infolge **einer sog. verdeckten Stellvertretung** bereits formell unwirksam (zu Recht Schmidt-Futterer/Blank, 14. Aufl. 2019, § 573 BGB Rn 46 m.w.N. aus der Rspr.).

PRAXISTIPP:

In der Praxis ist bei der sehr oft vorkommenden Stellvertretung auf Vermieterseite (**Stichwort: Hausverwaltungen**) zu beachten, dass der Kündigung eine Originalvollmacht mit eigenhändiger Unterschrift des Vermieters beigelegt werden sollte, anderenfalls hat der Mieter die Möglichkeit der unverzüglichen Zurückweisung der Kündigung nach **§ 174 S. 1 BGB** mit der Folge der Unwirksamkeit der Kündigung, sofern der Vermieter den Mieter nicht bereits zuvor von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt hatte (§ 174 S. 2 BGB).

Nach richtiger Auffassung ist auch eine **Ermächtigung** einer dritten Person zur Abgabe einer Kündigung möglich, wodurch der Ermächtigte zur Abgabe einer Kündigung im eigenen Namen berechtigt wird (BGH, Urt. v. 10.12.1997 – XII ZR 119/96, NJW 1998, 896). In der Praxis von besonderem Interesse ist hierbei die Fallgestaltung, dass vermieteter Wohnraum vom Vermieter veräußert wird: In solchen Fällen wird i.d.R. bereits im notariellen Kaufvertrag (vgl. § 311b Abs. 1 S. 1 BGB) eine **Ermächtigung des Erwerbers** vereinbart, demzufolge dieser das vermietete Wohneigentum wegen Eigenbedarfs kündigen kann. Das Erfordernis für diese Ermächtigung liegt darin begründet, dass erst mit Eintragung des Erwerbers im Grundbuch der dingliche Rechtsakt und mithin der Eigentumsübergang vollzogen wurde, der sodann zum Übergang des Wohnraummietverhältnisses gem. § 566 Abs. 1 BGB führt (Schmidt-Futterer/Streyll, 14. Aufl. 2019, § 566 BGB Rn 57). In der Praxis liegen allerdings oft mehrere Monate zwischen dem Abschluss des notariellen Kaufvertrags und der Eintragung im Grundbuch.

In diesen Fällen ist zu beachten, dass eine Kündigung nur dann für den Erwerber möglich ist, wenn der Ermächtigte einen Kündigungsgrund geltend macht, den an seiner Stelle auch der Veräußerer hätte geltend machen können. **Der Eigenbedarf des Erwerbers zählt nicht zu diesen Gründen** (Schmidt-Futterer/Blank, 14. Aufl. 2019, § 573 BGB Rn 46). Für den Fall der Eigenbedarfskündigung des Erwerbers aufgrund Ermächtigung vor dessen Eintragung im Grundbuch bedeutet dies, dass eine solche nur für einen **Eigenbedarf des Veräußerers** und nicht etwa für einen Eigenbedarf des Erwerbers möglich ist, wenn es sich beim Erwerber – wie regelmäßig – nicht um den Angehörigen eines privilegierten Personenkreises i.S.v. § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB handelt (OLG Hamm, Rechtsentscheid in Mietsachen v. 27.1.1992 – 30 REMiet 1/92, NJW-RR 1992, 460; LG Stuttgart, Urt. v. 21.9.2017 – 5 S 44/17, WuM 2018, 99; Schmidt-Futterer/Blank, 14. Aufl. 2019, § 542 BGB Rn 40 u. 94, § 573 BGB Rn 46).

PRAXISTIPP:

Auf Vermieterseite ist daher aus Gründen der Rechtssicherheit mit dem Ausspruch einer Eigenbedarfskündigung im Fall des Erwerbs vermieteten Wohneigentums bis zur **Eigentumseintragung im Grundbuch** zu warten.

III. Die Tatbestandsmerkmale im Einzelnen

1. Der privilegierte Personenkreis

a) Der Eigenbedarf des Vermieters

Der Normalfall der Eigenbedarfskündigung ist die gewünschte Eigennutzung durch den Vermieter, der nicht zugleich Eigentümer sein muss (LG Hamburg, Urt. v. 9.6.2011 – 307 S 41/11, ZMR 2011, 798). Auch der **Untermieter** kann daher Eigenbedarf geltend machen, wenn

er die Wohnräume nach dem Inhalt des Hauptmietvertrags selbst nutzen darf (Schmidt-Futterer/Blank, 14. Aufl. 2019, § 573 BGB Rn 44). Bei einer Mehrheit von Vermietern ist es ausreichend, wenn die Wohnräume von einem der Mieter (z.B. bei einer Miterbengemeinschaft) genutzt werden sollen (OLG Düsseldorf, Urt. v. 2.4.2009 – 10 U 149/08, NZM 2010, 276). **Juristische Personen (GmbH, AG)** oder Vereine haben kein Recht zur Eigenbedarfskündigung, weil diese die vermieteten Räumlichkeiten nicht als „Wohnung für sich“ benötigen können (BGH, Urt. v. 14.12.2016 – VIII ZR 232/15, WuM 2017, 94; Staudinger/Rolfs, Neubearbei-



tung 2018, Stand: 30.3.2020, § 573 BGB Rn 77). Personengesellschaften ohne eigene Rechtspersönlichkeit wie die **Außen-GbR**, die OHG oder die KG können keine Kündigung wegen eines Bedarfs der Gesellschaft aussprechen (BGH, Urt. v. 23.5.2007 – VIII ZR 122/06, NJW-RR 2007, 1460). Dies gilt auch für den Wohnbedarf eines der Gesellschafter der genannten Gesellschaften, jedenfalls soweit es die OHG und die KG betrifft. Bei der Außen-GbR hält der BGH dagegen § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB für analog anwendbar, sodass für ein Mitglied Eigenbedarf geltend gemacht werden kann (BGH, Urt. v. 14.12.2016 – VIII ZR 232/15, WuM 2017, 94).

b) Der Eigenbedarf eines Haushaltsangehörigen

Unter Haushaltsangehörigen des Vermieters sind alle Personen zu verstehen, die schon seit längerer Zeit und auf Dauer in den Haushalt des Vermieters aufgenommen sind und in

enger Hausgemeinschaft mit ihm leben, wozu insb. die Ehefrau, Kinder, sonstige Familienangehörige, der Lebenspartner und der Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft gehören (Staudinger/Rolls, Neubearbeitung 2018, Stand: 30.3.2020, § 573 BGB Rn 88 m.w.N.). Eine eigenständige Bedeutung dieses Tatbestandsmerkmals besteht nur insoweit, als diese Personen nicht ohnehin bereits zu den privilegierten Verwandten des Vermieters zählen.

c) Der Eigenbedarf von Familienangehörigen

Der Begriff des Familienangehörigen ist in seinen Einzelheiten umstritten. Nach Auffassung des BGH bieten die Regelungen des Zeugnisverweigerungsrechts in § 383 ZPO und § 52 StPO einen „Anknüpfungspunkt“ dafür, wie weit der Kreis zu ziehen ist (BGH, Urt. v. 27.1.2010 – VIII ZR 159/09, WuM 2010, 163). Hiernach zählen zu den privilegierten Angehörigen der Ehegatte, die Verwandten und Verschwägerten in gerader Linie (**Eltern, Großeltern, Kinder, Enkel und Urenkel**), die Verwandten in der Seitenlinie bis zum 3. Grad (**Geschwister, Nichten und Neffen**) und die Verschwägerten in der Seitenlinie bis zum 2. Grad (Schwiegereltern, Schwager). Auch der bereits getrenntlebende Ehegatte ist bis zur Scheidung als Familienangehöriger einzustufen (vgl. zum Ganzen: Schmidt-Futterer/Blank, 14. Aufl. 2019, § 573 BGB Rn 54 f. m.w.N.).

PRAXISTIPP:

In der Rechtsprechung wurden folgende Personen als **enge Familienangehörige anerkannt**: Stiefsohn, Stieftochter, Schwager, Schwiegermutter, Schwiegervater, Schwiegereltern, die folgenden hingegen verneint: Schwager des Vermieters, Schwägerin des Vermieters, Tante des Ehemanns der Vermieterin und Onkel des Vermieters. Die Einzelheiten sind höchst umstritten (Schmidt-Futterer/Blank, 14. Aufl. 2019, § 573 BGB Rn 55 f. m.w.N. aus der Rechtsprechung).

In der Praxis hat der Eigenbedarf für Familienangehörige nur dann Bedeutung, wenn eine nicht zum privilegierten Personenkreis des Vermieters gehörende Person, die in einer anderen Wohnung lebt, in die zu kündigende Wohnung allein oder mit ihren eigenen Haushaltsangehörigen – jedenfalls ohne den Vermieter – einziehen will. In diesem Fall macht der Vermieter deren Wohnbedarf zu einem eigenen Interesse an der Rückgabe der vermieteten Räume, sodass für den Räumungsprozess ein Nutzungsinteresse des Dritten und ein echtes Überlassungsinteresse des Vermieters vorzutragen und ggf. unter Beweis zu stellen ist (Staudinger/Rolfs, Neubearbeitung 2018, Stand: 30.3.2020, § 573 BGB Rn 79).

2. Benutzung der Räume als Wohnung

Die vermieteten Wohnräume müssen **überwiegend zu Privatzwecken** in Anspruch genommen werden und der Vermieter muss die ganze Wohnung benötigen, da das Gesetz abgesehen von der Teilkündigung von Nebenräumen und Grundstücksteilen nach § 573b BGB keine Möglichkeit bietet, nur einen Teileigenbedarf geltend zu machen (Staudinger/Rolfs, Neubearbeitung 2018, Stand: 30.3.2020,

§ 573 BGB Rn 94 m.w.N.). Die Absicht, einen **untergeordneten Teil der Wohnung gewerblich** zu nutzen, hindert die Eigenbedarfskündigung nicht (LG Berlin, Urt. v. 8.1.1991 – 67 S 133/90, GE 1991, 683). Nach Auffassung des BGH kann der Vermieter, der die Räume ausschließlich zu beruflichen oder gewerblichen Zwecken nutzen will, nach der Generalklausel des § 573 Abs. 1 S. 1 BGB kündigen, da die Nutzung zu gewerblichen Zwecken ausgehend von der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit nicht geringer zu bewerten ist als der Bedarf zu Wohnzwecken (BGH, Beschl. v. 5.10.2005 – VIII ZR 127/05, WuM 2005, 779; a.A. Schmidt-Futterer/Blank, 14. Aufl. 2019, § 573 BGB Rn 59a).



PRAXISTIPP:

Die Frage, ob eine überwiegende Wohnnutzung vorliegt, enthält ein wertendes Element, wobei als **Faustformel** gelten kann, dass eine überwiegende Wohnnutzung i.d.R. dann vorliegt, wenn mehr als 50 % der im Streit stehenden Räumlichkeiten zu Wohnzwecken verwendet werden sollen.

3. „Benötigen“ der Wohnräume

a) Vorliegen einer ernsthaften Nutzungsabsicht

Das Tatbestandsmerkmal **„benötigt“** setzt begrifflich voraus, dass der Vermieter die ernsthafte Absicht hat, die Räume selbst als

Wohnung zu nutzen oder diese einem Hausstands- oder Familienangehörigen zu überlassen (BGH, Urt. v. 16.12.2009 – VIII ZR 313/08, WuM 2010, 165). Ausreichend hierfür ist es, wenn er hierfür vernünftige und nachvollziehbare Gründe hat (BGH, Urt. v. 20.1.1988 – VIII ARZ 4/87, NJW 1988, 904). Der Vermieter hat grds. allein darüber zu bestimmen, welchen

Wohnbedarf er für sich und den begünstigten Personenkreis geltend machen will und inwiefern er diesen als angemessen erachtet. Weder der Mieter noch die Instanzengerichte sind berechtigt, ihre Vorstellungen von angemessenem Wohnen verbindlich an die Stelle der Lebensplanung des Vermieters oder seiner Angehörigen zu setzen (BGH, Urt. v. 4.3.2015 – VIII ZR 166/14, NJW 2015, 1590).

Sofern die Wohnung einem Angehörigen über-

lassen werden soll, ist nicht der Nutzungswille des Angehörigen, sondern der **Überlassungswille des Vermieters** maßgebend (Schmidt-Futterer/*Blank*, 14. Aufl. 2019, § 573 BGB Rn 61). Am „Benötigen“ fehlt es jedoch auch dann, wenn der Angehörige die Wohnung nicht für sich nutzen will oder kann, etwa weil er sich überwiegend an anderen Orten aufhält (BVerfG, Kammerbeschl. v. 30.6.1993 – 2 BvR 459/93, WuM 1993, 381).

PRAXISTIPP:

Für den in der Praxis häufigsten Fall der Eigenbedarfskündigung für einen nahen Angehörigen ist daher auf Vermieterseite zu beachten, dass sowohl der tatsächliche Überlassungswille des Vermieters als auch der ernsthafte Nutzungswille des Angehörigen substantiiert vorzutragen und nach deren Bestreiten durch die Mieterseite unter Beweis zu stellen ist.

b) Maßgebende Gründe der Nutzung

Sachlich können berufliche, persönliche oder gesundheitliche Gründe eine solche ernsthafte Nutzungsabsicht des Vermieters begründen (vgl. zu den Einzelheiten Staudinger/*Rolfs*, Neubearbeitung 2018, Stand: 30.3.2020, § 573 BGB Rn 94–111 m.w.N.). Nicht erforderlich ist es, dass der Vermieter die Wohnung für sich oder seine Familienangehörigen als Hauptwohnsitz benötigt, auch eine Nutzung als **Zweit- oder sogar Ferienwohnung** ist umfasst (BGH, Beschl. v. 21.8.2018 – VIII ZR 186/17, NZM 2018, 983; BGH, Urt. v. 23.10.2018 – VIII ZR 61/18, NZM 2018, 988).

4. Mögliche Einwände des Mieters

a) Rechtsmissbrauch gem. § 242 BGB

Eine Eigenbedarfskündigung kann **rechtsmissbräuchlich sein und gegen § 242 BGB verstoßen**, wenn die Eigenbedarfsgründe schon bei Abschluss des Mietvertrags vor-

gelegen haben, der Vermieter sich also den Vorwurf unzureichender Bedarfsvorschau entgegenhalten lassen muss (BGH, Urt. v. 4.2.2015 – VIII ZR 154/14, NJW 2015, 1087; BGH, Urt. v. 23.6.2010 – VIII ZR 230/09, WuM 2010, 512). Dies folgt aus dem allgemeinen Grundsatz des Kündigungsrechts, dass Gründe, von denen der Kündigende bereits bei Mietvertragsschluss gewusst hat, später nicht mehr zur Begründung der Kündigung herangezogen werden können (OLG München, Beschl. v. 5.3.2009 – 32 U 1751/09, WuM 2009, 358). Nach Meinung des BGH liegt ein Rechtsmissbrauch erst dann vor, wenn in der Person des Vermieters ein über die Fahrlässigkeit hinausgehendes subjektives Element, nämlich die **„Absicht“ (das „Entschlossensein“)** vorliegt, den Wohnraum einer baldigen Eigennutzung zuzuführen, oder er zumindest eine solche Nutzung ernsthaft erwogen hat (BGH, Urt. v. 4.2.2015 – VIII ZR 154/14, NJW 2015, 1087; LG München I, Urt. v. 7.1.2015 – 14 S 2367/14, NZM 2015, 932; Staudinger/*Rolfs*, Neubearbeitung 2018, Stand: 30.3.2020, § 573 BGB Rn 113a).

HINWEIS:

In der Rechtsprechung wurde in diesem Zusammenhang eine Kündigung für unwirksam erklärt, weil die **Eheschließung des Vermieters vorhersehbar** war, weil diese oder das Zusammenziehen mit der Lebensgefährtin unmittelbar bevorstand (BGH, Beschl. v. 6.7.2010 – VIII ZR 180/09, WuM 2010, 512).

Da der Vertrauensgrundsatz nur bei **mangelnder Aufklärung** des Mieters über die beabsichtigte spätere Eigennutzung eingreifen kann, genügt es, dass der Vermieter diese Absicht dem Mieter spätestens bei Vertragsabschluss offenbart, um den Einwand des Rechtsmissbrauchs auszuschließen. Auf diese Weise kann verhindert werden, dass ein Vertrauenstatbestand zugunsten des Mieters entsteht, welcher für § 242 BGB erforderlich ist (Staudinger/Rolfs, Neubearbeitung 2018, Stand: 30.3.2020, § 573 BGB Rn 117 m.w.N.).

b) Überhöhter Wohnbedarf

Eine Kündigung ist ferner rechtsmissbräuchlich und damit unwirksam, wenn der Vermieter

einen weit überhöhten Wohnbedarf geltend macht (BVerfG, Urt. v. 14.2.1989 – 1 BvR 308/88, NJW 1989, 970; BGH, Urt. v. 4.3.2015 – VIII ZR 166/14, NJW 2015, 1590). Die Gerichte müssen die Wertung, ob der geltend gemachte Wohnbedarf weit überhöht ist, unter Abwägung der beiderseitigen Interessen und konkreter Würdigung aller Einzelfallumstände treffen (BGH, a.a.O.). Eine **absolute Obergrenze** im Verhältnis der Anzahl der Personen zur Wohnfläche ist ebenso wenig gegeben wie konkrete Richtwerte, vielmehr muss immer eine umfassende Interessenabwägung erfolgen.

HINWEIS:

Nach der dem Beschluss des BGH vom 21.8.2018 (VIII ZR 186/17, NZM 2018, 983), in welchem der BGH eine Eigenbedarfskündigung gebilligt hat, bei der eine (dritte) Wohnung in einem Vier-Familienhaus als Ferienwohnung für zweimal ein bis zwei Wochen im Jahr durch den Vermieter genutzt werden sollte, ist eine Unwirksamkeit der Eigenbedarfskündigung **wegen überhöhten Wohnbedarfs praktisch ausgeschlossen**. Die bis dahin ergangene Instanzenrechtsprechung dürfte damit überholt sein.



c) Wegfall der Nutzungsabsicht

Fällt der **Eigenbedarf** nach Ausspruch der Kündigung und bis zum Ende der Kündigungsfrist **weg**, ist das Festhalten des Vermieters an der Eigenbedarfskündigung rechtsmissbräuchlich und verstößt demgemäß gegen § 242 BGB (BGH, Urt. v. 9.11.2005 – VIII ZR 339/04, NJW 2006, 220). Zu Recht wird in der Literatur ein anderer Ansatz gewählt und ausgeführt, dass der Vermieter in einem solchen Fall aus § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet ist, dem Mieter den Abschluss eines neuen Mietvertrags zu unveränderten Bedingungen anzubieten (Staudinger/Rolfs, Neubearbeitung 2018, Stand: 30.3.2020, § 573 BGB Rn 121; Schmidt-Futterer/Blank, 14. Aufl. 2019, § 573 BGB Rn 118 u. 73).

freie Wohnungen zur Verfügung stehen, die als **Alternativobjekte** für den kündigenden Vermieter in Frage kommen, wobei es auf den Zeitpunkt des Zugangs der Eigenbedarfskündigung ankommt. Allgemein gilt, dass der Vermieter nur dann auf eine Alternativwohnung verwiesen werden kann, wenn der von ihm selbst bestimmte Wohnbedarf darin ohne wesentliche Abstriche verwirklicht werden kann (Staudinger/Rolfs, Neubearbeitung 2018, Stand: 30.3.2020, § 573 BGB Rn 116 m.w.N.). Die Kündigung ist auch trotz Vorliegens eines Alternativobjekts nicht rechtsmissbräuchlich, wenn der Vermieter vernünftige und nachvollziehbare Gründe hat, gerade die vermietete Wohnung in Anspruch zu nehmen (BVerfG, Urt. v. 14.2.1989 – 1 BvR 308/88, NJW 1989, 970).

d) Alternativobjekte vorhanden

Ein weiterer Einwand des Mieters aus § 242 BGB besteht darin, dass eine oder mehrere

HINWEIS:

Die Anforderungen der Instanzenrechtsprechung an einen vernünftigen und nachvollziehbaren Grund sind sehr weit gefasst: So wurde es als vernünftiger Grund akzeptiert, dass die Alternativwohnung zu groß oder zu klein war oder über stärkeren Verkehrslärm verfügte. Prozessual besteht für den Mieter aber die Möglichkeit, gem. § 242 BGB vom Vermieter **Auskunft über dessen Grundbesitz** zu verlangen und weiter Auskunft zu erteilen, welche Wohnungen frei sind, frei geworden oder gekündigt sind.

e) Anbietpflicht des Vermieters

Zwar ist der Vermieter aus § 242 BGB verpflichtet, dem Mieter ein **geeignetes Alternativobjekt für dessen Wohnbedarf anzubieten**, wenn er über ein solches verfügt; seit dem Urteil des BGH vom 14.12.2016 (VIII ZR 232/15, NJW 2017, 547) steht aber fest, dass ein solcher Verstoß nicht die Eigenbedarfskündigung gem. § 242 BGB unwirksam werden lässt, sondern (nur) zu **Schadenersatzansprüchen des Mieters** führen kann. Nach Meinung des BGH gelten diese Grundsätze

sogar dann, wenn ein geeignetes Alternativobjekt bereits vor Zugang der Kündigung vorlag (zu Recht insoweit kritisch Staudinger/Rolfs, Neubearbeitung 2018, Stand: 30.3.2020, § 573 BGB Rn 131a f.). Die Anbietpflicht des Vermieters beschränkt sich auf solche Wohnungen, die im selben Haus oder in derselben Wohnanlage gelegen sind, da die Anbietpflicht nur dem Zweck dient, dem Mieter den Bezug einer Wohnung in dessen vertrautem Umfeld zu ermöglichen (Staudinger/Rolfs, Neubearbeitung 2018, Stand: 30.3.2020, § 573 BGB Rn 133 m.w.N.).

f) Keine Sozialauswahl erforderlich

Nach überwiegender Auffassung steht es dem Vermieter bei Abgabe einer Eigenbedarfskündigung auch frei, welchem von mehreren Mietern er wegen Eigenbedarfs kündigt, **eine Sozialauswahl wie im Arbeitsrecht ist nicht erforderlich** (BGH, Rechtsentscheid in Mietsachen v. 6.7.1994 – VIII ARZ 2/94, NJW 1994, 2542; a.A. AG Gelsenkirchen, Urt. v. 18.2.2014 – 210 C 238/13, ZMR 2015, 130). In der Instanzenrechtsprechung wird von diesem Grundsatz z.T. dann eine Ausnahme gemacht, wenn die Kündigung für den einen Mieter eine erhebliche Härte bedeuten würde, während andererseits im Haus ein Mieter wohnt, für den eine Kündigung weit weniger einschränkend ist (vgl. Staudinger/Rolfs, Neubearbeitung 2018, Stand: 30.3.2020, § 573 BGB Rn 140 m.w.N.). Richtigerweise ist diese Ausnahme abzulehnen, da der Gleichbehandlungsgrundsatz insoweit gerade keine Anwendung findet. Der Vermieter muss jedoch vernünftige und nachvollziehbare Gründe für die Kündigung der betreffenden Wohnung haben und darf nicht gegen das AGG verstoßen.

5. Höhe der Nutzungsentschädigung nach wirksamer Eigenbedarfskündigung

a) Nutzungsentschädigung gem. § 546a BGB

In Praxis kommt es nicht selten zu langen Verfahrensdauern, was oft an den **vorgetragenen Härtegründen** des Mieters liegt, welche die Einholung eines gerichtlichen **Sachverständigengutachtens** erforderlich machen. Wird ein Mietverhältnis durch eine wirksame Kündigung beendet, entsteht ein gesetzliches Schuldverhältnis, woraus sich in erster Linie der **Anspruch des Vermieters auf Nutzungsentschädigung** nach § 546a BGB ergibt (Staudinger/Rolfs, Neubearbeitung 2018, Stand: 3.5.2019, § 546a BGB Rn 34 m.w.N.). Die Höhe dieses Anspruchs ist nicht davon abhängig, ob und inwieweit der Vermieter aus der Vorenthaltung der Mietsache einen Schaden erlitten hat,

ob er den Willen hat, die Sache in Zukunft zu nutzen, oder ob der Mieter die Mietsache tatsächlich noch genutzt hat (Staudinger/Rolfs, Neubearbeitung 2018, Stand: 3.5.2019, § 546a BGB Rn 35). Nach richtiger Auffassung ist folgerichtig auch § 254 BGB unanwendbar, da es sich eben nicht um einen Schadenersatzanspruch handelt (BGH, Urt. v. 15.2.1984 – VIII ZR 213/82, NJW 1984, 1527). Eine analoge Anwendung ist jedenfalls bei unbeweglichen Sachen abzulehnen (Staudinger/Rolfs, Neubearbeitung 2018, Stand: 3.5.2019, § 546a BGB Rn 36).

b) Höhe der Nutzungsentschädigung

Der Vermieter kann demgemäß nach § 546a Abs. 1 Alt. 1 BGB als **Mindestentschädigung** die vertraglich vereinbarte Miete verlangen, wobei diese grds. dem Betrag entspricht, der vertraglich zur Zeit der Beendigung des Mietverhältnisses zu entrichten war (Schmidt-Futterer/Streyll, 14. Aufl. 2019, § 546a BGB Rn 54). Das Vorliegen von Mietmängeln schon vor Mietvertragsbeendigung führt gem. § 536 Abs. 1 BGB zur entsprechenden Minderung der Mietzahlung, was auch bei § 546a BGB zu berücksichtigen ist (Palandt/Weidenkaff, 79. Aufl. 2020, § 546a BGB Rn 11 m.w.N.). Die Fälligkeit der Nutzungsentschädigung folgt derjenigen Regelung des beendeten Mietvertrags (Palandt/Weidenkaff, 79. Aufl. 2020, § 546a BGB Rn 10).

c) Anspruch auf ortsübliche Marktmiete

Anstelle der vereinbarten Miete kann der Vermieter nach § 546a Abs. 1 Alt. 2 BGB die **ortsübliche Vergleichsmiete** verlangen. Nach neuerer Rechtsprechung des BGH ist diese als **ortsübliche Marktmiete** (= Wiedervermietungsmiete) zu bestimmen (BGH, Urt. v. 18.1.2017 – VIII ZR 17/16, BeckRS 2017, 100894).

Der BGH hat in dieser Entscheidung einen langwährenden Streit zu § 546a BGB entschieden, wobei er maßgeblich darauf abgestellt hat, dass Sinn und Zweck von § 546a Abs. 1 BGB sei, dass nach Beendigung des Mietverhältnisses

nisses **Druck auf den Mieter ausgeübt** werden soll, die im Rahmen eines vertragsähnlichen Anspruchs geschuldete Rückgabe der Mietsache zu vollziehen, da das Mietverhältnis in

der Vorenthaltungszeit (sprich: nach Ablauf der Kündigungsfrist) nur auf Rückgabe der Mietsache angelegt sei, welche allein vom Willen des Mieters abhängt (BGH, a.a.O.).



HINWEIS:

Im Unterschied zur Berechnung der **ortsüblichen Vergleichsmiete** nach § 558 Abs. 2 BGB (vereinbarte Mieten in den letzten 6 Jahren des Mietverhältnisses in der betreffenden Gemeinde) dürfte die Entscheidung insb. bei langjährigen Mietverhältnissen, bei denen keine oder nur untergeordnete Mieterhöhungen vereinbart wurden, dazu führen, dass erheblich höhere Vorenthaltungsentschädigungen mieterseits zu bezahlen sind. Im Anwendungsbereich der Regelungen über die sog. Mietpreisbremse gem. den §§ 556d ff. BGB, ist die vom Vermieter einforderbare Entschädigungshöhe jedoch bei 10 % über der ortsüblichen Vergleichsmiete nach § 558 Abs. 2 BGB gedeckelt (vgl. § 556d Abs. 1 BGB; *Fleindl*, NZM 2017, 282). Der Mieter sollte sich also bewusst sein, dass eine lange Verfahrensdauer durchaus zur Folge haben kann, dass enorme Entschädigungen nach Ablauf der Kündigungsfrist fällig werden können, sofern die Räumungsklage im Endeffekt Erfolg hat.

IV. Die Begründungspflicht der Eigenbedarfskündigung (§ 573 Abs. 3 BGB)

Die Eigenbedarfskündigung bedarf gem. § 568 Abs. 1 BGB der Schriftform, welche insb. eine eigenhändige Unterschrift des Ausstellers erfordert (§ 126 Abs. 1 BGB). Zudem soll die Kündigung auf die Möglichkeit des Härtefallwiderspruchs nach §§ 574–574b BGB rechtzeitig hinweisen (§ 568 Abs. 2 BGB).

1. Kern- und Ergänzungstatsachen

Für die Frage, in welcher Ausführlichkeit die Kündigungsgründe in der schriftlichen Kündigung anzugeben sind, ist für die Praxis im Ausgangspunkt nach wie vor der Rechtsentscheid des BayObLG vom 17.4.1981 (Allg. Reg. 32/81, WuM 1981, 2000) maßgebend. Es ist zwischen den **sog. Kerntatsachen** und den **sog. Ergänzungstatsachen** zu unterscheiden: Erstere müssen in der Kündigung aufgeführt sein, anderenfalls ist diese formell unwirksam. Zu den Kerntatsachen gehören alle Umstände, die eine eindeutige Identifizierung des Kündigungsgrundes und eine Unterscheidung von

anderen Gründen ermöglichen. Zu den Ergänzungstatsachen gehören Umstände, die nur der näheren Erläuterung, Ergänzung, Ausfüllung sowie dem Beweis des geltend gemachten Kündigungsgrundes dienen (Schmidt-Futterer/Blank, 14. Aufl. 2019, § 573 BGB Rn 218).

2. Konkreter Inhalt der Kündigung

In Bezug auf die Eigenbedarfskündigung ist dem Begründungserfordernis Genüge getan, wenn sich aus dem Kündigungsschreiben ergibt, dass der Vermieter die Wohnräume selbst bewohnen oder diese einer begünstigten Person überlassen will und dass hierfür vernünftige Gründe vorliegen (BGH, Urt. v. 23.9.2015 – VIII

ZR 297/14, NJW 2015, 3368). Nicht erforderlich ist, dass im Kündigungsschreiben Angaben zu den bisherigen Wohnverhältnissen enthalten sind (BGH, Urt. v. 13.10.2010 – VIII ZR 78/10, NJW 2010, 3775). Im praxisnahen Fall der Überlassung an einen Familienangehörigen muss der Vermieter den Grad der Verwandtschaft mitteilen (z.B. Sohn, Nichte oder Vetter), Einzelheiten zur Intensität der familiären Bindung sind hingegen nicht erforderlich (Schmidt-Futterer/Blank, 14. Aufl. 2019, § 573 BGB Rn 224 m.w.N.). Wichtig ist jedoch, dass die Person, für die Eigenbedarf geltend gemacht wird, **eindeutig bezeichnet** ist, sodass dem Mieter die Möglichkeit der Nachprüfung des behaupteten Eigenbedarfs offensteht.

HINWEIS:

Nach st. Rspr. des AG München sind an das formelle Begründungserfordernis der Eigenbedarfskündigung keine zu strengen Anforderungen zu stellen. Die Kündigung „**für den Sohn Max Mustermann, zur Gründung eines eigenen Hausstands**“ ist auch ohne weitere Erklärungen formell ausreichend. Einzig eine bloße Wiederholung des Gesetzeswortlauts wie „**Ich kündige wegen Eigenbedarfs i.S.v. § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB**“ kann zur formellen Unwirksamkeit der Kündigung führen.

Alternative Begründungen sind unzulässig und führen zur formellen Unwirksamkeit der Kündigung. Dies folgt zum einen daraus, dass der konkrete Verwendungszweck bereits im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung feststehen

muss, und zum anderen daraus, dass es dem Mieter unzumutbar ist, mehrere Alternativsituationen zu beurteilen (Schmidt-Futterer/Blank, 14. Aufl. 2019, § 573 BGB Rn 229).



V. Der Härtefallwiderspruch des Mieters nach §§ 574–574b BGB

Auch wenn der Tatrichter ggf. nach Durchführung einer Beweisaufnahme zum Ergebnis kommt, dass die Eigenbedarfskündigung wirksam ist und diese das Mietverhältnis beendet hat, kann sich der Mieter auf Härtegründe nach § 574 Abs. 1, Abs. 2 BGB berufen, die nach § 574a Abs. 1, Abs. 2 BGB zu einer Fortsetzung des Mietverhältnisses durch richterliches Gestaltungsurteil auf bestimmte oder unbestimmte Zeit führen können (vgl. umfassend hierzu Schmidt-Futterer/Blank, 14. Aufl. 2019, § 574 BGB Rn 13 ff. und § 574a BGB Rn 2 ff.).

1. Form des Härtefallwiderspruchs

Der Härtefallwiderspruch des Mieters ist nach § 574b Abs. 1 S. 1 BGB schriftlich zu erklären, wobei der Vermieter nach § 574b Abs. 2 S. 1 BGB eine Fortsetzung des Mietverhältnisses trotz vorliegender Härtegründe ablehnen kann, wenn der Mieter nicht spätestens zwei Monate vor Beendigung des Mietverhältnisses den Widerspruch gegenüber dem Vermieter erklärt hat. Diese Ausschlussfrist gilt nach § 574b Abs. 2 S. 2 BGB nur dann, wenn der Vermieter seinerseits auf die Möglichkeit des Widerspruchs und dessen Form und Frist der Geltendmachung hingewiesen hat (i.d.R. im Rahmen der Kündigung). Fehlt eine solche Belehrung des Vermieters, kann der Mieter seinen Widerspruch auch noch im ersten Termin des Räumungsrechtsstreits erklären.

2. Keine Begründung erforderlich

Der Härtefallwiderspruch des Mieters bedarf keiner Begründung und auch die in § 574b Abs. 1 S. 2 BGB normierte Obliegenheit zur Erteilung von Auskunft über die Gründe des Widerspruchs begründet keinen materiellen Auskunftsanspruch des Vermieters. Eine **Verletzung dieser Obliegenheit** durch den Mieter kann nur zu Kostennachteilen nach § 93b Abs. 1, Abs. 3 ZPO führen, andere Rechtsnachteile

sind damit aber nicht verbunden (Schmidt-Futterer/Blank, 14. Aufl. 2019, § 574b BGB Rn 3).

3. Verspäteter Widerspruch

Ein durch den Mieter verspätet i.S.v. § 574b Abs. 2 S. 1 BGB erhobener Widerspruch ist nur dann für die richterliche Entscheidung beachtlich, wenn der Vermieter die Verspätung einredeweise geltend macht, was sich bereits aus dem eindeutigen Wortlaut („*kann ablehnen*“) ergibt (einhellige Meinung Schmidt-Futterer/Blank, 14. Aufl. 2019, § 574b BGB Rn 9 m.w.N.). Im Gesetz nicht geregelt ist der Fall, dass Härtegründe des Mieters vorliegen, die erst nach Ablauf der Frist des § 574b BGB entstanden sind. Nach vorzugswürdiger Auffassung liegt eine planwidrige Regelungslücke vor, die durch den in § 574 Abs. 3 BGB enthaltenen Rechtsgedanken zu füllen ist, sodass der Mieter wegen solcher Gründe seinen



Widerspruch bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung erheben kann (so zu Recht Schmidt-Futterer/Blank, 14. Aufl. 2019, § 574b BGB Rn 10 m.w.N. auch zur Gegenauffassung).

4. Mögliche Härtegründe

Inhaltlich bestimmt § 574 Abs. 1 S. 1 BGB, dass der Mieter eine Fortsetzung des Mietverhältnisses verlangen kann, sofern dessen Beendigung für ihn oder einen Angehörigen seines Haushalts eines **Härte** bedeuten würde, die unter Würdigung der berechtigten Interessen des

Vermieters nicht zu rechtfertigen wäre. § 574 Abs. 2 BGB bestimmt weiter, dass ein Härtegrund auch dann vorliegt, wenn angemessener Ersatzwohnraum zu zumutbaren Bedingungen nicht beschafft werden kann.

Die vom Mieter vorzutragenden und ggf. unter Beweis zu stellenden Härtegründe müssen die kündigungstypischen Belastungen wie Mühe und Kosten der Wohnungssuche, des Umzugs und der Herrichtung der neuen Wohnung über-

steigen, da diese ein in durchschnittlichen Verhältnissen lebender Mieter hinnehmen muss (BGH, Urt. v. 20.3.2013 – VIII ZR 233/12, NZM 2013, 419 Rn 15). Erforderlich ist jeweils **eine auf den Einzelfall bezogene Interessenabwägung**, die unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse der Vertragsparteien vorzunehmen ist, wobei maßgebender Zeitpunkt derjenige der letzten mündlichen Verhandlung ist (Schmidt-Futterer/Blank, 14. Aufl. 2019, § 574 BGB Rn 26 f.).

HINWEIS:

In der Praxis am häufigsten anzutreffen sind mieterseits vorgebrachte gesundheitliche Härtegründe, die auf physischen und/oder psychischen Erkrankungen beruhen und nach regelmäßigem Bestreiten derselben durch die Vermieterpartei unter Beweis gestellt werden müssen.

Nach der neuesten Rechtsprechung des BGH (Urt. v. 22.5.2019 – VIII ZR 167/17 und VIII ZR 180/18, ZMR 2019, 668) gilt, dass bei Vorlage eines ärztlichen Attestes durch den Mieter im Räumungsprozess, das eine Unzumutbarkeit eines Umzugs aufgrund einer schweren Erkrankung beinhaltet, auch bei Fehlen eines entsprechenden Beweisantritts ein gerichtliches Sachverständigengutachten **von Amts wegen eingeholt werden muss**. Auch wenn man diese Entscheidungen vor dem Hintergrund des im Zivilrecht geltenden Beibringungsgrundsatzes durchaus kritisch sehen mag, führen sie dazu, dass in Fällen von Härtegründen des Mieters, die durch ärztliche Atteste untermauert werden zwingend ein gerichtliches Sachverständigengutachten einzuholen ist.

VI. Zusammenfassung und Ratschläge für Praxis

Die Eigenbedarfskündigung ist für die Praxis einer der wichtigsten Beendigungstatbestände auf Vermieterseite, wobei die Durchführung eines Räumungsrechtsstreits nicht selten zu

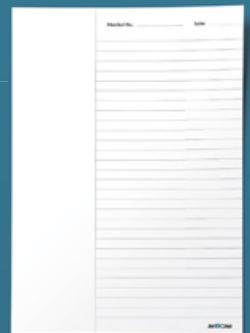
einer **erheblichen Verfahrensdauer** führen kann. Daher ist insb. auf Vermieterseite zu berücksichtigen, dass ein Räumungsvergleich im zeitlich frühen Stadium des Räumungsrechtsstreits, namentlich in der ersten Güteverhandlung, dem Räumungsbegehren am ehesten entspricht, was auch dann gilt, wenn eine angemessene **Umzugskostenbeihilfe** gezahlt wird. Nicht selten ist am Ende eines streitigen Räumungsverfahrens die den Vermieter treffende Kostenquote deutlich höher als die anfangs vom Mieter geforderte Umzugskostenbeihilfe, sodass nur eindringlich geraten werden kann, eine gütliche Einigung zu erzielen ●

Hinweis der Redaktion: Dieser Beitrag erschien in ZAP 12/2020, S. 635 ff. am 29.6.2020.



**NICHT NUR FÜR
DEN NOTFALL:
KLAUSURPAPIER
ZUM SELBER
AUSDRUCKEN!**

Jetzt PDF-Vorlage downloaden:





Vererbbarkeit von Daten und digitalen Rechten

Von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Erbrecht Dr. Lutz Förster, unter Mitwirkung von Ass. iur. Dennis Fast, Brühl

I. Einleitung

Das digitale Leben ist aus der heutigen Gesellschaft nicht mehr wegzudenken. Die Möglichkeiten der Internetnutzung werden täglich erweitert und optimiert. Die Nutzung hinterlässt einen digitalen erbrechtlichen Fußabdruck, der bei einer Vorsorge- und Nachfolgeplanung zu berücksichtigen ist. Die tägliche Praxis zeigt aber, dass viele Erblasser bei ihrer Nachfolgeplanung diesen Fußabdruck schlicht vergessen. Dies kann im Erbfall zu Problemen führen. Nach dem schmerzlichen Verlust eines Angehörigen oder Freundes steht der Erbe vor der Aufgabe, den Nachlass des Erblassers zu erfassen. Gegebenenfalls muss er laufende Vertragsbeziehungen kündigen oder Pflichtteilsansprüche gegenüber übergangenen gesetzlichen Erben erfüllen. Bei Pflichtteilsansprüchen muss er ein Nachlassverzeichnis erstellen, in dem auch digitale Vermögenswerte – falls vorhanden – anzugeben sind. Häufig wird der Erbe aber überhaupt

nicht wissen, ob der Erblasser digitale Vermögenswerte besitzt. Er wird die Zugangsdaten zu den Benutzerkonten nicht kennen. Fraglich ist, ob er überhaupt Erbe von sensiblen Daten geworden ist. Dies gilt auch für die Frage, ob er Erbe an digital gekauften Filmen oder gekaufter Musik geworden ist. Wie die **Gesamtrechtsnachfolge in den digitalen Nachlass** erfolgt und **welche Regelungen der Erblasser vorsorgend treffen sollte**, sind Gegenstand dieses Beitrags. Als Vorlage dienen die medienwirksame Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urte. v. 12.7.2018 – III ZR 183/17, ZEV 2018, 582 ff. = ZAP EN-Nr. 461/2018) sowie eine umfangreiche Studie der Universitäten Bremen und Regensburg sowie des Fraunhofer Instituts SIT zum digitalen Nachlass (Studie, Der digitale Nachlass – Eine Untersuchung aus rechtlicher und technischer Sicht, 12/2019, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/2019-12-Studie-digitaler-Nachlass.pdf?jsessionid=52B844E-5E49ECF0E53470C4E90DCC032.2_cid324?__

[blob=publicationFile&v=2](#); zuletzt abgerufen am 29.7.2020).

II. Definition des digitalen Nachlasses

Der Begriff „**digitaler Nachlass**“ hat sich als Schlagwort etabliert. Hierzu haben sich unter-

schiedliche **Definitionsansätze** gebildet (vgl. *Funk*, Das Erbe im Netz: Rechtslage und Praxis des digitalen Nachlasses, 1. Aufl. 2017, S. 3; *Pruns*, NWB 2013, 3161; *Deusch*, ZEV 2014, 2). Eine Umschreibung des Begriffs „**digitaler Nachlass**“ kann wie folgt lauten:

„Der digitale Nachlass umfasst die Gesamtheit des digitalen Vermögens, also Urheberrechte, Rechte an Websites, Domains sowie sämtliche Vertragsbeziehungen zwischen Providern und dem Erblasser hinsichtlich der Nutzung des Internets selbst, aber auch hinsichtlich diverser Internetangebote (...) und erfasst damit auch die Gesamtheit aller Accounts und Daten des Erblassers im Internet“ (Bräutigam in DAV-Stellungnahme Nr. 34/2013, S. 93).

Zum dem digitalen Vermögen können **im Einzelnen** die folgenden persönlichen **Daten** gehören (vgl. Studie, Der digitale Nachlass – Eine Untersuchung aus rechtlicher und technischer Sicht, 12/2019, s. abrufbare Website a.a.O. zuvor unter I.):

- **in sozialen Netzwerken** (Facebook, Twitter, Instagram, usw.) hinterlassene Daten;
- **persönliche Konten mit eigenen Daten** (Blogs, Urheberrechte, Rechte an Webseiten und Domainnamen, YouTube-Accounts mit Werbeeinnahmen usw.);
- **digitale Inhalte** in Form von elektronischen Büchern und heruntergeladenen Musikdateien;
- im elektronischen Handel und bei elektronischen Buchungen erworbene **Bonuspunkte und Rabatte** (Flugmeilen, Payback-Punkte, usw.);
- **virtuelles Geld** – sog. **Kryptowährung** – und Geldbörsen mit Guthaben auf elektronischen Plattformen (Bitcoins, Guthaben bei PayPal usw.) sowie
- bestehende **kostenpflichtige Verträge** **beziehungen mit Online-Dienstleistern**

(Streaming-Portale: Netflix, Amazon-Video usw.).

III. Vererbbarkeit von Daten

Gemäß § 1922 Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) geht mit dem Tode einer Person deren Vermögen als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen über, sog. Gesamtrechtsnachfolge. Hierbei unterscheidet das BGB nicht zwischen analogem und digitalem Nachlass. Das Vermögen geht ungeteilt auf den Erben über, wodurch dieser in die **Rechtspositionen** des Erblassers eintritt (vgl. Palandt/*Weidlich*, § 1922 BGB Rn 10).

1. Speichermedium, Daten, Dateninhalt

Zunächst erbt der Erbe das Eigentum an der Hardware (Desktop-Rechner, Laptop, Tablet) und an den Speichermedien (Datenträger, USB-Stick usw.) des Erblassers. Die auf dem Speichermedium befindlichen Daten teilen das Schicksal des Speichermediums, wodurch zumindest das aus dem Eigentum **folgende Recht auf Nutzung des Datenträgers** sowie der **Zugriff auf die dort gespeicherten Dateien auf die Erben übergeht** (vgl. *Herzog/Pruns*, Der digitale Nachlass, 1. Aufl. 2017, § 2 Rn 6). Der Erbe kann über die Daten verfügen, wodurch er

beispielweise über die Löschung oder Veränderung der Dateien bestimmen sowie die in den Dateien verkörperten Inhalte einsehen kann (vgl. *Herzog/Pruns* a.a.O. § 2 Rn 29). Inwieweit der Erbe ein absolutes Recht an Daten des Erblassers erwerben kann, wird derzeit lebhaft diskutiert (vgl. Studie, Der digitale Nachlass – Eine Untersuchung aus rechtlicher und technischer Sicht, 12/2019, S. 85 ff.).

Der Erbe erwirbt aber **kein Eigentumsrecht an den Daten selbst**, sondern allenfalls ein Recht des Erblassers an den durch die Daten verkörperten Inhalten (vgl. *Herzog/Pruns*, a.a.O. § 2 Rn 8 ff.). Die jeweiligen **Dateninhalte können Gegenstand eigener Rechte sein**, beispielsweise Persönlichkeits-, Datenschutz- oder Immaterialgüterrechte. Der Erbe hat für die Vererbbarkeit hier zu prüfen, wer Inhaber dieser Rechtspositionen ist.

a) Immaterialgüterrechte

Immaterialgüterrechte sind die Rechtsnormen, die dem Schutz des Geistigen Eigentums dienen. Hierzu gehört beispielweise das Urheber-, Patent- oder Markenrecht. Hinsichtlich des zu vererbenden Dateninhalts kann der Erblasser beispielweise als Urheber selbst Inhaber eines solchen Rechts sein, da er als Softwareentwickler ein eigenes Computerprogramm zu Lebzeiten geschrieben hat (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 Urheberrechtsgesetz [UrhG]). Das Urheberrecht an dem Programm ist gem. § 28 Abs. 1 UrhG vererblich und geht auf den Erben über.

War der Erblasser hingegen nicht der Urheber, ist weiter zu differenzieren. Der Erblasser kann die geschützten Inhalte Dritter entweder ohne Recht zur Nutzung oder mit dem entsprechenden Nutzungsrecht des Rechteinhabers verwendet haben (vgl. *Herzog/Pruns*, a.a.O. § 3 Rn 5 ff. m.w.N.). Hat der Erblasser die Dateninhalte mit Zustimmung des Rechteinhabers verwendet, können die Nutzungsrechte grds. auf den Erben übergehen oder mit dem Tod des Erblassers erlöschen. Dies hängt im Einzelfall

von der jeweiligen Zustimmung des Rechteinhabers ab (vgl. III. 3.). Zusätzlich ist auf den aus § 17 Abs. 2 UrhG folgenden Erschöpfungsgrundsatz hinzuweisen (vgl. *Herzog/Pruns*, a.a.O. § 3 Rn 5 ff. m.w.N.). Hat der Erblasser kein Nutzungsrecht, kann der Rechteinhaber seine Ansprüche, z.B. einen Schadenersatzanspruch aus § 97 Abs. 2 S. 1 UrhG, gegenüber dem Erben geltend machen (vgl. *Herzog/Pruns*, a.a.O. § 3 Rn 6 f.).

b) Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Weiterhin können Dritte Persönlichkeitsrechte an Dateninhalten haben. Übersendet beispielsweise die neue Lebensgefährtin dem Erblasser zu Lebzeiten **private Bilder** oder werden im Urlaub gemeinsame Bilder geschossen, berühren diese Bilder ihr **allgemeines Persönlichkeitsrecht**. Handelt es sich hierbei sogar um intime Bilder, wird der **Kernbereich der privaten Lebensgestaltung** getroffen. Mit der Übersendung oder dem Betätigen des Auslösers willigt die Lebensgefährtin in der Regel ein, dass der Erblasser über das Bild verfügen kann. Auf das Recht am eigenen Bild aus §§ 22 ff. Kunsturhebergesetz (KUG) als besondere Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sowie die entwickelten Grundsätze hinsichtlich der Wirksamkeit und des Umfangs einer Einwilligung soll an dieser Stelle nur hingewiesen werden (vgl. BGH, Urt. v.



13.10.2015 – VI ZR 271/14, NJW 2016, 1094 ff. m.w.N.). Im Rahmen der Gesamtrechtsnachfolge treten die Erben in diese Verfügungsbefugnis ein. Die **erteilte Einwilligung wird i.d.R. nicht erlöschen**, es sei denn, dass der Erblasser mit der Person eine anderweitige Vereinbarung getroffen hat. Beispielsweise soll die erteilte Einwilligung nur für den Erblasser gelten und mit seinem Ableben enden. Besonderheiten können auch dann eintreten, wenn der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung betroffen wird (vgl. *Herzog/Pruns*, a.a.O. § 3 Rn 24 ff. m.w.N.).

2. Vertragsbeziehungen

Der Erblasser wird in der Regel, wenn er sich im Internet bewegt hat, mehrere Nutzerkonten auf unterschiedlichen Plattformen eingerichtet haben. Für die Nutzung einer E-Mail-Adresse oder für Bestellungen bei Onlineversandhändlern hat sich der Erblasser mit seinen persönlichen Daten registriert und ggf. bei kostenpflichtigen Angeboten seine Bankdaten hinterlegt. Hierdurch hat der Erblasser mit dem jeweiligen Anbieter einen schuldrechtlichen Vertrag abgeschlossen. Die **Ansprüche und Verbindlichkeiten aus diesen schuldrechtlichen Verträgen gehen grds. mit dem Tod auf den Erblasser** über, es sei denn, die Vererbbarkeit ist vertraglich ausgeschlossen oder durch das Wesen des Vertrags ausgeschlossen. Insoweit tritt der Erbe zunächst in die **vertragliche Rechtsstellung mit sämtlichen Rechten und Pflichten** ein (BGH, Urt. v. 12.7.2018 – III ZR 183/17, ZEV 2018, 582, 583 = ZAP EN-Nr. 461/2018).

Mit dem Eintritt in die vertragliche Rechtsstellung stehen die Erben häufig vor mehreren **Herausforderungen**. Einerseits müssen sie zunächst feststellen, bei welchen Anbietern der Erblasser ein **Nutzerkonto** besaß. Andererseits

werden den Erben die Zugangsdaten (**Benutzername und Passwort**) zu den Nutzerkonten fehlen. Welche Gestaltungsmöglichkeiten der Erblasser hat, um diese Schwierigkeiten zu vermeiden, wird noch zu untersuchen sein (vgl. nachstehend unter V.).

Selbst für den Fall, dass der Erbe die Zugangsdaten kennt, kann ihm ein Zugriff ggf. durch den Anbieter versagt werden. Dieses Problem soll anhand der Entscheidung des BGH (BGH, Urt. v. 12.7.2018, a.a.O.) verdeutlicht werden. Hintergrund der Entscheidung bildet der folgende Sachverhalt (LG Berlin, Urt. v. 17.12.2015 – 20 O 172/15, MDR 2016, 165 ff.):

Am 4.1.2011 registrierte sich die Erblasserin im Alter von 14 Jahren mit Einverständnis ihrer Eltern bei dem sozialen Netzwerk „Facebook“. Im Dezember 2012 erfasste eine einfahrende U-Bahn die Erblasserin, die dabei tödlich verunglückte. Die Eltern als Erben sind in der Folgezeit von dem betroffenen Fahrer der U-Bahn auf Zahlung von Schmerzensgeld mit der Begründung in Anspruch genommen geworden, die Erblasserin habe ihren Tod bewusst herbeigeführt (Suizid) und ihn dadurch zumindest bei Facebook anzumelden. Die Benutzerdaten waren ihnen bekannt. Der Versuch scheiterte, da **Facebook das Benutzerkonto** bereits in den sog. **Gedenkzustand** versetzt hatte. Konten im Gedenkzustand bieten Personen auf Facebook die Möglichkeit, geliebten Personen zu gedenken, die sie verloren haben (Definition von Facebook, abrufbar unter: <https://de-de.facebook.com/help/1506822589577997>; zuletzt abgerufen am 29.7.2020). Facebook verweigerte auf Anfrage der Eltern den Zugang, woraufhin die **Mutter der Verstorbenen im Namen der Erbgemeinschaft** mit dem folgenden Antrag gegen Facebook klagte:

*„Die Klägerin beantragt,
die Beklagte zu verurteilen, der Erbgemeinschaft, bestehend aus Frau...und Herrn...
Zugang zu dem vollständigen Benutzerkonto und den darin vorgehaltenen Kommunikationsinhalten der verstorbenen...bei dem sozialen Netzwerk...unter dem Nutzerkonto ‚...‘ zu
gewähren“ (LG Berlin, Urt. v. 17.12.2015 – 20 O 172/15, MDR 2016, 165 ff.).*

Das LG Berlin verurteilte Facebook antragsgemäß (LG Berlin, Urt. v. 17.12.2015 – 20 O 172/15, MDR 2016, 165 ff.). Das Kammergericht Berlin hob die Entscheidung wiederum auf (KG, Urt. 31.5.2017 – 21 U 9/16, FamRZ 2017, 1348 ff.). Der **BGH** hingegen **entschied zugunsten der Erbegemeinschaft**. Wie bereits oben dargestellt, geht bei Tod eines Kontoinhabers eines sozialen Netzwerks der Nutzungsvertrag grds. nach § 1922 BGB auf die Erben über. Dem **Zugang zu dem Benutzerkonto** und den darin vorgehaltenen **Kommunikationsinhalten** stehen weder das postmortale Persönlichkeitsrecht des Erblassers noch das Fernmeldegeheimnis oder das Datenschutzrecht entgegen (BGH, Urt. v. 12.7.2018, a.a.O.). Inwieweit die Vererbbarkeit von digitalen Rechtspositionen grds. ausgeschlossen bzw. der Zugang zu den Nutzerkonten eingeschränkt werden kann, wird unter Bezugnahme auf die Entscheidung des BGH noch im Detail dargestellt (vgl. unten IV.).

Nach der Entscheidung des BGH erhielten die Eltern der Verstorbenen **bis heute keinen direkten Zugriff auf das Nutzerkonto** der Erblasserin. Stattdessen hat **Facebook** den Eltern einen **USB-Stick mit einem 14.000 Seiten langen PDF-Dokument** übergeben, auf dem der Inhalt des vollständigen Benutzerkontos der Erblasserin abgespeichert sein soll. Daraufhin setzte das LG Berlin gem. § 888 ZPO ein **Zwangsgeld i.H.v. 10.000 € gegenüber Facebook** fest (LG

Berlin, Beschl. v. 13.2.2019 – 20 O 172/15). Das Landgericht vertrat die Auffassung, dass Facebook durch die Übergabe eines USB-Sticks nicht seiner Verpflichtung, den Eltern Zugang zu dem Benutzerkonto zu gewähren, nachgekommen ist (LG Berlin a.a.O.). Das Landgericht hat es offengelassen, ob der USB-Stick tatsächlich sämtliche Informationen enthält, die sich in dem Benutzerkonto befinden. Gegen die Entscheidung legte **Facebook sofortige Beschwerde** ein. Das Kammergericht Berlin hob erneut den Beschluss des Landgerichts auf (KG Berlin, Beschl. v. 9.12.2019 – 21 W 11/19, ZEV 2020, 176 ff.). In dem Aufhebungsbeschluss legte das Beschwerdegericht (KG Berlin, a.a.O.) den Vollstreckungstitel unter Heranziehung der Begründung des BGH aus und entschied, dass durch die Übermittlung eines USB-Sticks der titulierte Anspruch erfüllt sei (*Pruns*, ZErB 2020, 245 ff. m.w.N.).

Gegen den Beschluss des KG Berlin war Beschwerde beim BGH eingelegt worden. Der **BGH hat den Beschluss des KG aufgehoben** (BGH, Beschl. v. 27.8.2020 – III ZB 30/20, ZAPEN-Nr. 474/2020): Bereits die Auslegung des Tenors des Urteils des LG Berlin vom 17.12.2015 ergebe, dass der Gläubigerin nicht nur Zugang zu den im Benutzerkonto vorgehaltenen Kommunikationsinhalten zu gewähren, sondern darüber hinaus auch die Möglichkeit einzuräumen ist, vom Benutzerkonto selbst und dessen Inhalt auf dieselbe Art und Weise Kenntnis nehmen zu können, wie es die ursprüngliche Kontoberechtigte konnte. **Die Überlassung eines USB-Sticks mit einer umfangreichen PDF-Datei genüge nicht**. Die Eltern der Erblasserin dürften nun – nach fast acht Jahren – die Todesumstände ihrer Tochter aufklären können. Der BGH entschied erneut zugunsten der Erben.

3. Nutzungsrechte

Der Erblasser kann auch digitale Daten in der Form von Filmen, Musik, E-Books oder Software zur eigenen Nutzung herunterladen. Bei der **Vererbbarkeit solcher Daten** ist zu unter-



scheiden. In den wenigsten Fällen wird der Erblasser originär das Eigentum erworben haben. So enthält beispielsweise die **Endnutzer-**

Lizenzvereinbarung von Amazon-Instant-Video die **folgende Klausel**:

*„Die Software enthält und/oder besteht aus urheberrechtlich geschützten Materialien, Eigentum und/oder anderem geistigen Eigentum von Amazon und/oder ihren Lizenzgebern. Alle Rechtstitel und das Eigentum an der Software **verbleiben bei Amazon** und/oder ihren Lizenzgebern. Die Rechte, die Software herunterzuladen und zu nutzen, werden Ihnen nur lizenziert und nicht verkauft. Sie erhalten hinsichtlich der Software nur solche Rechte, die Ihnen entsprechend dieser Lizenzvereinbarung und unseren Nutzungsbedingungen eingeräumt werden“ (Amazon-Instant-Video Endnutzer Lizenzvereinbarung, abrufbar unter: <https://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html?nodeId=201685990>; zuletzt abgerufen am 29.7.2020).*

Daher wird der **Erbe i.d.R. nicht Eigentümer nach § 1922 BGB**. Vielmehr sind die **Daten an die Benutzerkonten** gebunden, wodurch der **Erblasser** lediglich ein **Nutzungsrecht** erwirbt. Der Erbe kann kraft Gesamtrechtsnachfolge in das Nutzungsrecht eintreten, sofern die Vererbbarkeit nicht ausgeschlossen ist (vgl. nachstehend unter IV.). Die Nutzungsrechte können ohne Zustim-

mung des jeweiligen Dienstanbieters vererbt werden, da § 34 UrhG nur für die Übertragung zu Lebzeiten des Erblassers gilt. Die Dienstanbieter haben aber die Möglichkeit, die Vererbbarkeit auszuschließen, indem das Nutzungsrecht zeitlich beschränkt wird (§ 31 Abs. 1 S. 2 UrhG). Beispielsweise kann das Nutzungsrecht lebzeitig beschränkt werden.

HINWEIS:

Der Erbe muss hier im Einzelfall die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) des jeweiligen Dienstanbieters prüfen, um festzustellen, ob das Nutzungsrecht auf ihn übergegangen oder zeitlich beschränkt gewesen ist.

4. Kryptowährung

Als Kryptowährung werden **digitale Zahlungsmittel** bezeichnet, die auf kryptografischen Werkzeugen wie **Blockchains** und **digitalen Signaturen** basieren, wozu beispielsweise sog. **Bitcoins** gehören (vgl. Studie, Der digitale Nachlass – Eine Untersuchung aus rechtlicher und technischer Sicht, 12/2019, S. 22, a.a.O. vgl. abrufbare Website oben unter I.). Die **Kryptowährung unterliegt ebenfalls der Gesamtrechtsnachfolge** und geht auf die Erben über. Hierbei ist aber fraglich, was das Bezugsobjekt der Gesamtrechtsnachfolge ist.

Kryptografische Währungseinheiten sind grds. keine eigentumsfähigen Sachen i.S.d. §§ 90, 903 ff. BGB, noch erwirbt der Erblasser ein vererbbares Forderungsrecht (vgl. Studie, Der digitale Nachlass – Eine Untersuchung aus rechtlicher und technischer Sicht, 12/2019, S. 38, a.a.O. vgl. abrufbare Website oben unter I.). Als **vererbbares Bezugsobjekt** werden die **Zugangsdaten** – hier der sog. **Private Key** – angesehen, der dem Erblasser eine faktische Verfügungsgewalt über seine Kryptowährung ermöglicht. Geht der Private Key verloren oder haben die Erben die Zugangsdaten nicht, kann die Kryptowährung verloren sein, da eine Wie-

derherstellung häufig nicht mehr möglich ist.

IV. Ausschluss der Vererbbarkeit und des Zugriffs auf die Nutzerkonten

Die Vererbbarkeit der vorgenannten Rechtspositionen bzw. der Zugang zu diesen kann ausgeschlossen sein.

1. Gesetzliche Ausschlussgründe

Das Bürgerliche Gesetzbuch ordnet zunächst in mehreren Rechtsnormen an, dass eine Rechtsposition mit dem Tod des Erblassers erlischt (vgl. §§ 38, 613 S. 1, 675, 759 Abs. 1, 1061 S. 1, 1586 Abs. 1, 1615 Abs. 1 BGB). Beispielweise erlöschen die Dienst- bzw. Arbeitsverpflichtung und die Verpflichtung zur Ausführung eines Auftrags oder Geschäftsbesorgungsvertrags mit dem Tod des Verpflichteten und gehen nicht auf den Erben über (MüKo/Leipold, § 1922 BGB Rn 62).

2. Höchstpersönlichkeit

Liegt ein Ausschluss der Vererbbarkeit nach den vorgenannten Rechtsnormen nicht vor, kann die Vererbbarkeit im Einzelfall dadurch ausgeschlossen sein, dass die zu vererbende **Rechtsposition höchstpersönlicher Natur** ist. Eine Höchstpersönlichkeit wird an den allgemeinen Rechtsgedanken von § 399 Alt. 1 BGB und § 38 BGB angeknüpft. Sie liegt vor, wenn die **Rechtsposition so eng mit dem berechtigten oder verpflichteten Rechtssubjekt verbunden** ist, dass sie **nicht von diesem Rechtssubjekt gelöst** werden kann und **mit dessen Tod erlischt** (vgl. BGH, Urte. v. 12.7.2018 – III ZR 183/17, a.a.O.). Die Höchstpersönlichkeit ist eine **Frage des Einzelfalls**, wobei es entscheidend auf den Willen und die schützenswerten Interessen aller beteiligten Rechtssubjekte ankommt sowie die gesetzgeberischen Wertung von § 2047 Abs. 2 BGB und § 2373 S. 2 BGB zu berücksichtigen sind (vgl. Groll/Steiner/Bock, Praxis-Handbuch Erbrechtsbe-

ratung, Digitaler Nachlass, 5. Aufl. 2019, § 20 Rn 20.1 m.w.N.). Danach können auch Rechtspositionen mit höchstpersönlichen Inhalten, unabhängig von einem Vermögenswert auf die Erben übergehen. Die genannten Bestimmungen enthalten zwar keine unmittelbare Regelung über die Vererbbarkeit höchstpersönlicher Rechtspositionen. Sie lassen aber einen entsprechenden Rückschluss zu. Beispielweise sieht § 2373 S. 2 BGB vor, dass bei einem Erbschafts Kauf Familienschriften und Familienbilder nicht als mitverkauft angesehen werden. Daraus folgt, dass grds. auch höchstpersönliche analoge Dokumente zur Erbmasse gehören. Unstreitig werden dementsprechend höchstpersönliche analoge Dokumente, wie beispielweise Tagebücher und Briefe, vererbt. Daher besteht gemäß der Rechtsprechung aus erbrechtlicher Sicht auch kein Grund dafür, digitale Inhalte anders zu behandeln als analoge Inhalte, da das entscheidende Kriterium der Höchstpersönlichkeit bei analogen und digitalen Inhalten gleichermaßen betroffen ist, wodurch auch höchstpersönliche digitale Dokumente grds. vererbt werden können (BGH, Urte. v. 12.7.2018, a.a.O.).

Eine Höchstpersönlichkeit wird insb. bei Vertragsbeziehungen mit digitalen Diensteanbietern i.d.R. nicht vorliegen. Im Rahmen der Vertragsbeziehung wird der Diensteanbieter gegenüber jedem Nutzer dieselben – nicht höchstpersönlichen – Leistungen (Zugriffsmöglichkeit auf die Kommunikationsplattform, Veröffentlichung und Zugänglichmachung von Inhalten und Übermittlung von Nachrichten) erbringen, die auch gegenüber einem Erben weiterhin erbracht werden können (vgl. BGH, a.a.O.; vgl. Studie, Der digitale Nachlass – Eine Untersuchung aus rechtlicher und technischer Sicht, 12/2019, S. 37, a.a.O. abrufbare Website unter I.). Daher wird der Erbe bei schuldrechtlichen Vertragsbeziehungen in die Rechtspositionen des Erblassers eintreten. Dagegen wird eine **Höchstpersönlichkeit aber bei Anbietern von Online-Partnervermittlungsportalen** (Elite-Partner, Parship usw.) anzunehmen sein, da die

Vermittlung eines Partners hier individuell nach den Vorstellungen und Suchkriterien des jeweiligen Nutzers erfolgt (vgl. Studie, Der digitale Nachlass – Eine Untersuchung aus rechtlicher und technischer Sicht, 12/2019, S. 38, a.a.O. abrufbare Website unter I.). Das Amtsgericht Dortmund hat bereits entschieden, dass ein analoger Partnerschaftsvermittlungsvertrag mit dem Tod des Kunden erlischt (AG Dortmund, Urt. v. 18.9.1990 – 128 C 413/89, NJW-RR 1991, 689). Eine Vererbbarkeit dürfte daher sowohl analog als auch digital ausgeschlossen sein.

3. Allgemeine Geschäftsbedingungen

Mit der Registrierung oder dem Abschluss

eines Nutzerkontos wird der Erblasser i.d.R. die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) des jeweiligen Diensteanbieters akzeptieren. Die AGB bieten dem jeweiligen Diensteanbieter eine flexible Gestaltungsmöglichkeit der Vertragsbeziehungen, die im Einzelfall den §§ 305 ff. BGB standhalten muss. Durch die AGB kann auch die Frage nach der Vererbbarkeit und dem eventuellen Eintritt des Erben in die Rechtsposition des Erblassers geregelt werden, wobei die meisten Anbieter keine dahingehende Regelung getroffen haben. **Exemplarisch** können hier die **Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) zu dem Dienst „iCloud“ von Apple** genannt werden. Hier wird Folgendes geregelt:

„Sofern gesetzlich nichts anderes vorgeschrieben ist, stimmst du zu, dass dein Account nicht übertragbar ist und dass alle Rechte an deiner Apple-ID oder deinen Inhalten innerhalb deines Accounts im Falle deines Todes enden. Bei Erhalt einer Kopie deiner Sterbeurkunde können dein Account aufgelöst und sämtliche Inhalte innerhalb deines Accounts gelöscht werden“ (iCloud Nutzungsbedingungen, Stand 19.9.2019, abrufbar unter: <https://www.apple.com/de/legal/internet-services/icloud/de/terms.html> zuletzt abgerufen am 29.7.2020).

Neben der Möglichkeit der Auflösung des Nutzerkontos und der Löschung der Inhalte des Accounts hat das **Landgericht Münster** durch Versäumnisurteil in Anlehnung an die Entscheidung des BGH aus dem Jahre 2018 entschieden, dass **Apple dem Erben** – hier einer Erbengemeinschaft – **Zugang zu dem vollständigen Benutzerkonto des Erblassers in der iCloud** und den darin vorgehaltenen Inhalten des Erblassers zu gewähren hat (LG Münster, Urt. v. 16.4.2019 – 14 O 565/18, MDR 2019, 1067).

4. Postmortales Persönlichkeitsrecht

Dem Verstorbenen wird durch Art. 1 Grundgesetz (GG) ein postmortaler Schutz seiner Persönlichkeit gewährt (BVerfGE 30, 173 ff.). Durch das postmortale Persönlichkeitsrecht wird der objektiv-rechtliche allgemeine Achtungsanspruch, der dem Menschen kraft seines Personseins zukommt und eine Herab-

würdigung oder Erniedrigung seiner Person untersagt, geschützt (BVerfGE 13, 115 ff.). Die **Angehörigen** des Verstorbenen können den **Achtungsanspruch des Erblassers** nach seinem Ableben für eine begrenzte Zeit geltend machen (BVerfGE 30, 173 ff.). Hinsichtlich des **postmortalen Persönlichkeitsrechts** ist eine Diskussion entstanden (vgl. *Herzog/Pruns*, Der digitale Nachlass, § 2 Rn 56 ff. m.w.N.; *Martini*, JZ 2012, 1145, 1150 ff; *Hoeren*, NJW 2005, 2113, 2114; *Steiner/Holzer*, ZEV 2015, 262 f.), ob bereits eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Erblassers vorliegt, wenn der Erbe durch die Möglichkeit des Zugriffs auf beispielsweise intime E-Mail-Schreiben oder Fotos des Erblassers, Einblicke in dessen Persönlichkeit erhält. Intime Details des Erblassers könnten so auch Dritten gegenüber offenbart werden, da der Erbe bei der Errichtung einer Verfügung von Todes wegen (Testament, Erbvertrag) nicht zwingend ein Verwandter (Angehöriger) des



Erblassers sein muss. Der Erblasser kann auch einen guten Freund oder eine Institution zum Erben einsetzen. Diese Erben sollen höchstpersönliche bzw. intime Daten des Erblassers nicht erben. Vielmehr sollen diese Daten ausschließlich den nächsten Angehörigen zustehen.

Dies wird von der **herrschenden Meinung** aber abgelehnt. Es besteht **kein grundsätzliches Recht auf Geheimhaltung gegenüber den Erben** (vgl. *Herzog/Pruns*, Der digitale Nachlass, § 2 Rn 60). Insbesondere können die nächsten Angehörigen aus dem postmortalen Persönlichkeitsrecht kein vorgehendes Recht auf die höchstpersönlichen digitalen Inhalte des Erblassers ableiten (BGH, Urt. v. 12.7.2018, a.a.O.). Vielmehr liegt es **in der Hand des Erblassers, zu Lebzeiten vorzusorgen**. Der Erblasser kann die **intimen digitalen Inhalte vernichten** oder eine **Testamentsvollstreckung in seiner Verfügung von Todes wegen anordnen**. Der Testamentsvollstrecker kann den Erben den Zugang zu höchstpersönlichen Inhalten verweigern, wenn der Erblasser dies ausdrücklich verfügt hat. Die nächsten Angehörigen können gegen den Erben nur tätig werden und den Achtungsanspruch des Erblassers durchsetzen, wenn der Erbe intime Details des Erblassers veröffentlicht und seinen Achtungsanspruch verletzt.

5. Fernmeldegeheimnis

Der **Zugang zu den Nutzerkonten** – insb. bei sozialen Netzwerken – sollte weiterhin durch

das **Fernmeldegeheimnis** ausgeschlossen sein, wenn **Kommunikationsinhalte auf externen Servern** gespeichert sind (vgl. *Steiner/Holzer*, ZEV 2015, 262, 263 f.). Die Zugangsmöglichkeit eröffnet den Erben die Möglichkeit, von abgerufenen sowie noch nicht abgerufenen Kommunikationsinhalten des Erblassers mit Dritten Kenntnis zu nehmen. Die Rechte der Kommunikationspartner sowie des Erblassers werden durch die Möglichkeit der Kenntnisnahme verletzt. Anknüpfungspunkt bildet hierfür § 88 Telekommunikationsgesetz (TKG). Gemäß § 88 Abs. 1 S. 1 TKG unterliegen dem Fernmeldegeheimnis der Inhalt der Telekommunikation und ihre näheren Umstände. Hierbei stellt § 88 TKG die einfachgesetzliche Ausgestaltung des durch Art. 10 GG garantierten Fernmelde- bzw. Telekommunikationsgeheimnisses dar, welches die Vertraulichkeit der Individualkommunikation im Fernmeldeverkehr schützen soll (KG Berlin, Urt. 31.5.2017 – 21 U 9/16, FamRZ 2017, 1348 ff.). **Jeder Diensteanbieter ist zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses verpflichtet**. Die Pflicht zur Geheimhaltung besteht auch nach dem Ende der Tätigkeit fort, durch die sie begründet worden ist (§ 88 Abs. 2 TKG). Schließlich ist es den nach § 88 Abs. 2 TKG Verpflichteten untersagt, sich oder **anderen** über das für die geschäftsmäßige Erbringung des Telekommunikationsdienstes einschließlich des Schutzes ihrer technischen Systeme erforderliche Maß hinaus Kenntnis vom Inhalt oder den näheren Umständen der Telekommunikation zu verschaffen (§ 88 Abs. 3 S. 1 TKG).

Die durch § 88 TKG gewährte Vertraulichkeit ist durch einen Zugang der Erben nicht mehr gewahrt. Daher hat der Erbe als „*anderer*“ i.S.v. § 88 Abs. 3 S. 1 TKG grds. keinen Anspruch auf Zugang zu einem Nutzerkonto. Es liegt ein Fall rechtlicher Unmöglichkeit i.S.v. § 275 BGB vor (so das KG Berlin, Urt. 31.5.2017 – 21 U 9/16, FamRZ 2017, 1348 ff.). Allenfalls komme ein Zugang in Betracht, wenn alle Kommunikationspartner hierzu zugestimmt haben, die mit dem Verstorbenen Kommunikationsinhalte ausgetauscht haben, die nur für diese beiden Nutzer oder nur einen eingeschränkten Personenkreis bestimmt waren. In seiner medienwirksamen Entscheidung hat der BGH die vorgenannte Rechtsansicht der Vorinstanz verworfen (vgl. BGH, Urt. v. 12.7.2018, a.a.O.). Der **BGH hat klargestellt**, dass das **Fernmeldegeheimnis weder den Erblasser noch den jeweiligen Kommunikationspartner vor einer Kenntnisnahme des Erben vom Inhalt des Benutzerkontos schützt**. Dies gilt sowohl für die zum Zeitpunkt des Todes durch den Erblasser noch nicht abgerufenen als auch hinsichtlich der bereits zur Kenntnis genommenen, auf den jeweiligen Servern des Dienstbieters gespeicherten Inhalte. **Der Erbe ist nicht „anderer“** i.S.v. § 88 Abs. 3 S. 1 TKG. Schließlich besteht aus erbrechtlicher Sicht kein Grund dafür, eine Unterscheidung danach zu treffen, ob Kommunikationsinhalte einerseits etwa durch Ausdrucken verkörpert oder auf einem Medium des Erblassers gespeichert sind und andererseits ob diese lediglich digital auf Servern des Anbieters abrufbar sind. Die Zugriffsmöglichkeit des Erben würde im Einzelfall vom Zufall abhängen, wo sich die Inhalte befinden und wie sie gespeichert sind. Dies ist nicht gerechtfertigt. Der Erbe hat einen Anspruch auf Zugang zum Nutzerkonto des Erblassers, selbst für den Fall, dass er auf die Kommunikation des Erblassers über externe Server zugreifen will. Dem steht § 88 TKG nicht entgegen.

6. Datenschutz

Schließlich könnten datenschutzrechtliche Er-

wägungen den Zugang zu den Nutzerkonten – insb. bei sozialen Netzwerken – ausschließen, da Rechte des Erblassers oder Dritter dem entgegenstehen. Bei der Beantwortung dieser Frage ist die Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) zu beachten, die seit dem 25.5.2018 anzuwenden ist. Die DS-GVO schützt natürliche Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten sowie den freien Verkehr solcher Daten (Art. 1 Abs. 1 DS-GVO). Der Begriff der personenbezogenen Daten sowie die Verarbeitung werden in Art. 4 Nr. 1 und Nr. 2 DS-GVO legaldefiniert. Art. 6 DS-GVO enthält einen **Katalog von Bedingungen**, wann die Verarbeitung rechtmäßig ist.

Im Erbfall werden datenschutzrechtliche Belange des Erblassers grds. nicht betroffen. Die **DS-GVO** schließt im Erwägungsgrund 27 eine Anwendung der Verordnung auf Daten des Verstorbenen aus. Danach **gilt** diese Verordnung **nicht für die personenbezogenen Daten Verstorbener**. Die Mitgliedsstaaten können Vorschriften für die Verarbeitung der personenbezogenen Daten Verstorbener vorsehen. Der deutsche Gesetzgeber hat hiervon bisher aber keinen Gebrauch gemacht.

Dem Zugang stehen auch keine datenschutzrechtlichen Erwägungen der Kommunikationspartner des Erblassers entgegen. Die Verarbeitung personenbezogener Daten durch den Abruf von Erben ist rechtmäßig. Die Verarbeitung der personenbezogenen Daten der Kommunikationspartner des Erblassers durch die Übermittlung und dauerhafte Bereitstellung der jeweiligen Inhalte für die Erben ist jedenfalls sowohl nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. b Var. 1 DS-GVO als auch nach Art. 6 Buchst. f DS-GVO zulässig (vgl. BGH, Urt. v. 12.7.2018, a.a.O. m.w.N.).

V. Lebzeitige Gestaltungsmöglichkeiten

Der Erblasser kann zu Lebzeiten Vorsorgeregungen treffen, welche dem Erben die spätere Nachlassabwicklung hinsichtlich des digitalen

Nachlasses erleichtern.

1. Verfügung von Todes wegen

In einer Verfügung von Todes wegen kann der Erblasser individuell – abweichend von der gesetzlichen Erbfolge – seine Erben bestimmen. Dem Erblasser muss bei der Errichtung einer Verfügung von Todes wegen bewusst sein, dass die eingesetzten Erben nach seinem Ableben intimste Einblicke in sein Privatleben durch analoge oder digitale Inhalte nehmen werden. Entsprechend sollte ein gefestigtes Vertrauensverhältnis zu den Erben bestehen. Sollte der Erblasser einen Zugriff durch die Erben aber nicht wünschen, kann er dies durch technische Maßnahmen oder durch die richtige Ausgestaltung der Verfügung von Todes wegen erreichen.

a) Technische Maßnahmen

Aus technischer Sicht ist zu differenzieren (vgl. Studie, Der digitale Nachlass – Eine Untersuchung aus rechtlicher und technischer Sicht, 12/2019, S. 183, a.a.O. vgl. abrufbare Website oben unter I.). Zunächst hat der Erblasser die Möglichkeit, seine gespeicherten **Daten zu ver-**

schlüsseln, um sie vor einem unberechtigten Zugriff oder dem Zugriff durch die Erben zu schützen. Hier kann dem Erblasser aber keine Garantie dafür gegeben werden, dass die Erben die Verschlüsselung später durch entsprechende Programme nicht wieder aufheben. Bei den **Vertragsbeziehungen oder Nutzungsrechten** hat der Erblasser grds. die Möglichkeit, eine **individualvertragliche Regelung mit dem jeweiligen Dienstanbieter** zu treffen, wonach beispielweise die Vertragsbeziehung unter der auflösenden Bedingung gem. §§ 158 Abs. 2, 163 BGB des Ablebens des Nutzers steht. Mit dem Ableben des Nutzers endet die Vertragsbeziehung automatisch. Hier besteht aber das praktische Problem, dass die jeweiligen Dienstanbieter häufig solche Regelungsmöglichkeiten nicht bereitstellen. Der Erblasser wird daher nur im Einzelfall die vom jeweiligen Dienstanbieter zur Verfügung gestellten Möglichkeiten nutzen können. Beispielweise bieten bestimmte Dienstanbieter Einstellungsmöglichkeiten im jeweiligen Benutzerkonto an, wonach das Konto automatisch gelöscht wird, wenn der Dienstanbieter vom Tod des Erblassers erfährt. Das soziale Netzwerk „Xing“ bietet eine solche Löschungsmöglichkeit an:

„Im Falle Deines Ablebens können Deine rechtlichen Erben auf Anforderung Einsicht in Deine XING Profildaten erhalten. Du kannst bei XING jedoch bestimmen, dass Deine XING Daten nicht vererbt, sondern stattdessen gelöscht werden. Klicke hier, um festzulegen, dass Dein Profil nach dem Tod gelöscht werden soll. Eine Löschung des Profils erfolgt in diesem Fall grundsätzlich zeitversetzt 12 Monate nach der Meldung. Bis dahin ist das entsprechende Profil vollständig deaktiviert und online nicht einsehbar“ (vgl. <https://faq.xing.com/de/einstellungen/dein-xing-profil-nach-dem-tod> zuletzt abgerufen am 29.7.2020).

Facebook bietet mittlerweile mehrere Möglichkeiten an. Das Benutzerkonto wird, sofern Facebook von dem Tod des Nutzers erfährt, gelöscht. Das Benutzerkonto kann auch in den bereits aus der Entscheidung des BGH bekannten Gedenkzustand versetzt werden. Der Erblasser kann hier **zusätzlich einen sog. Nachlasskontakt** bestimmen, der auf das Konto Zugriff hat und es im Gedenkzustand

verwaltet (vgl. <https://www.facebook.com/help/103897939701143> zuletzt abgerufen am 29.7.2020).

b) Erbrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten

Aus rechtlicher Sicht bietet die **Anordnung der Testamentsvollstreckung in einer letztwilligen Verfügung** eine geeignete Lösung,

um höchstpersönliche und intime Daten vor dem Zugriff durch die Erben zu schützen. Der Erblasser kann den Aufgabenbereich des Testamentsvollstreckers in der letztwilligen Verfügung konkretisieren. In der Regel wird der Testamentsvollstrecker nach seiner Ernennung den Nachlass in Besitz nehmen, wozu auch der digitale Nachlass gehört. Hat der Erblasser die Löschung sensibler Daten verfügt, hat der Testamentsvollstrecker dies umzusetzen. Solange die Daten der Verwaltung durch den Testamentsvollstrecker unterliegen, hat der Erbe kein Zugriffsrecht (vgl. § 2211 Abs. 1 BGB). Weiterhin ist der Testamentsvollstrecker berechtigt, Vertragsbeziehungen des Erblassers zu kündigen und Benutzerkonten zu löschen, vgl. § 2205 S. 2 BGB.

Als **zweite Gestaltungsmöglichkeit** bietet sich die **Anordnung einer Auflage** an. Gemäß § 1940 BGB kann der Erblasser den Erben zu einer Leistung verpflichten, ohne einem anderen ein Recht auf die Leistung zuzuwenden. Hierdurch kann der Erblasser den Erben mit der Löschung von Daten oder der Kündigung von Vertragsbeziehungen beschweren und gleichzeitig anordnen, dass der Erbe die Daten zuvor nicht einsehen darf. Das Problem dieser Gestaltungsmöglichkeit besteht aber darin, dass der Erbe nicht kontrolliert wird, ob er die Einsichtnahme unterlässt. Die Beschwerde mit einer Auflage wird im Erbschein auch nicht eingetragen (Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger/Mayr, jurisPK-BGB, § 2353

BGB Rn 96), wodurch der Erbe ungehindert die Zugriffsmöglichkeit auf ein Benutzerkonto vor Löschung erhält. Daher ist die Einhaltung der Auflage **durch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung abzusichern**.

Bei der **Errichtung einer Verfügung von Todes wegen** muss der Erblasser in jedem Fall berücksichtigen, dass er seinen Erben oder dem Testamentsvollstrecker den **Zugang zu seinen Daten und Benutzerkonten** ermöglicht, um den Nachlass abwickeln zu können. Hierfür sind die Benutzernamen und Passwörter zugänglich zu machen, insb. der **Private-Key** bei der Kryptowährung. Die **Zugänglichmachung** kann **analog oder digital** erfolgen. Der Erblasser kann der Verfügung von Todes wegen ein handschriftlich oder digital erstelltes Dokument beifügen, in dem er die Zugangsdaten notiert. Dieses Dokument kann zusammen mit der Verfügung von Todes wegen beim Nachlassgericht hinterlegt werden. Empfehlenswerter wäre es aber, das **Dokument an einer zentral zugänglichen Stelle** aufzubewahren. Das Dokument wird i.d.R. der ständigen Aktualisierung und Ergänzung unterliegen, da der Erblasser weitere Vertragsbeziehungen eingehen oder seine Passwörter aktualisieren wird. Daher ist auch von einer **Auflistung der Benutzernamen und Passwörter in der Verfügung von Todes wegen selbst abzuraten**. Wird ein Passwort geändert, müsste die Verfügung von Todes wegen ebenfalls geändert werden. Bei einem notariellen Erbvertrag oder Testament löst dies neue Gebühren aus.



Bei einem handschriftlichen Testament muss im Zweifel das Testament handschriftlich neu errichtet werden. Zwar sind auch Ergänzungen zu den Testamenten zulässig. Dies kann aber bei einem häufigen Wechsel der Passwörter unübersichtlich werden. Die Benutzernamen nebst Passwörtern können auch digital in sog. **Password-Managern** gespeichert werden.

2. Vorsorgevollmacht

Schließlich kann eine Regelung für digitale Angelegenheiten auch in die Vorsorgevollmacht aufgenommen werden. Häufig wird dies nur deklaratorisch sein, beispielsweise bei der Erteilung einer Generalvollmacht. Der Vollmachtgeber kann aber auch **hier konkrete Anweisungen festlegen**, wie der Bevollmächtigte mit den Daten, Vertragsbeziehungen oder Nutzungsrechten umzugehen hat. Der Vollmachtgeber sollte auch hier dafür Sor-

ge tragen, dass der Bevollmächtigte über die Zugangsdaten nebst Passwörtern verfügt.

VI. Fazit

Daten und digitale Rechte sind grds. nach § 1922 BGB vererbbar. Hierbei kommt es darauf an, welche Rechtspositionen vererbt werden. Aufgrund der unterschiedlichen Ausgestaltungen der Vertrags- und Geschäftsbedingungen einzelner Dienstanbieter ist eine Prüfung im Einzelfall zwingend geboten, die Teil einer erbrechtlichen Beratung ist. Der Erblasser kann durch eine lebzeitige Nachfolgeplanung den Erben die spätere Abwicklung des Nachlasses erleichtern und einen Zugriff auf höchstpersönliche Daten ausschließen. Der Beschluss des BGH v. 27.8.2020 – III ZB 30/20 ist auf der BGH-Homepage abrufbar (ZAP 19/2020 F. 1 S. 134 ZAP EN-Nr. 474/2020) ●

Hinweis der Redaktion: Dieser Beitrag erschien in ZAP 19/2020, S. 1011 ff. am 14.10.2020.

Anwaltspraxis Wissen ist da!

Die praktische Lösung für
neu zugelassene Rechtsanwälte!

Lassen Sie sich begeistern!

www.anwaltspraxis-wissen.de



Neu: Anwaltspraxis Wissen – denn jedes Mandat zählt.

Kennen Sie das?

Für ein neues Mandat wollen Sie Ihr Wissen in einem Rechtsgebiet auffrischen: Und zwar kostengünstig. Aus verlässlichen Quellen. Zügig recherchiert.

Doch die nötige Fachliteratur aktuell zu halten, ist ein teures Vergnügen. Und es kostet wertvolle Arbeitszeit, für jedes neue Mandat direkt den richtigen Wälzer zu finden und durchzuforschen.

Die praktische Lösung für Ihre „Kanzlei von nebenan“ – Anwaltspraxis Wissen hilft Ihnen weiter:

In dieser allgemeinanwaltlichen Onlinebibliothek mit über 130 Fachbüchern und 13 Periodika finden Sie blitzschnell, was Sie aus den 16 gängigsten Rechtsgebieten brauchen.

Mit Ihrer neuen Onlinebibliothek finden Sie sich schneller und kosteneffizienter bei neuen Mandaten zurecht und beraten rechtssicher dank aktueller Praxisliteratur am PC.

Unsere Module lassen keine Wünsche offen:

Anwaltspraxis Wissen können Sie in vier unterschiedlichen Modulen wählen: von 10 Inhalten für 10 Euro bis zum Komplettangebot inklusive Gebührenrechner und Printzeitschrift. Für jede Anforderung gibt es das passende Modul – welches wählen Sie?

Bestes Angebot

Modul 1: Der Tausendsassa

- Alle Inhalte

• Gebührenrechner
AGO und RVG-Webinare
• Laufende Aktualisierung
• Parallele Nutzung auf
3 Arbeitsplätzen

€ 49,-/Monat
zzgl. MwSt.

Modul 2: Die schlanke Lösung

- Laufende Aktualisierung
• Parallele Nutzung auf
3 Arbeitsplätzen

€ 39,-/Monat
zzgl. MwSt.

Modul 3: Die ZAP + Best of

- Gebührenrechner AGO
und RVG-Webinare
optional buchbar
• Laufende Aktualisierung
• Parallele Nutzung auf
3 Arbeitsplätzen

€ 29,-/Monat
zzgl. MwSt.

Modul 4: Das Einsteigermodul

- Bestseller für Einzel-
anwältInnen und
BerufseinsteigerInnen
• Laufende Aktualisierung
• Parallele Nutzung auf
1 Arbeitsplatz

€ 10,-/Monat
zzgl. MwSt.

examensrelevant

MAGAZIN FÜR ANGEHENDEN JURISTEN

GRATIS-TEST für Leser von

30 TAGE KOSTENLOS!



Basiswissen 1: Was der anwaltliche Berufsanfänger vom Arbeitsrecht wissen muss – Die außerordentliche Kündigung des Arbeitgeber

Von Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht Dr. Kirstin Maaß, Köln

I. Vorbemerkung

Das schärfste Schwert des Arbeitsrechts ist die außerordentliche Kündigung. Meistens – aber nicht zwingend – wird sie als **fristlose Kündigung** ausgesprochen und **beendet** ein Arbeitsverhältnis **mit sofortiger Wirkung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist**. Maßgebliche Vorschrift ist **§ 626 BGB**. Das in dieser Vorschrift vorgesehene Recht zur außerordentlichen Kündigung steht grundsätzlich nicht zur Dispo-

sition der Vertragsparteien. Das bedeutet zum einen, dass die außerordentliche Kündigung weder durch einzelvertragliche Vereinbarung noch durch kollektive Normen ausgeschlossen oder eingeschränkt werden kann. Unzulässig ist zum anderen aber auch jede einzel- oder kollektivvertragliche Erweiterung des Rechts zur außerordentlichen Kündigung. Für die außerordentliche Kündigung gelten die allgemeinen Form- und Wirksamkeitsvoraussetzungen.

HINWEIS:

Auch die außerordentliche Kündigung muss **schriftlich** erfolgen (§ 623 BGB). Sie wird als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung erst mit ihrem Zugang bei dem Arbeitnehmer wirksam. Schließlich muss der Kündigung unmissverständlich entnommen werden können, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis außerordentlich aus wichtigem Grund beenden möchte.

Die außerordentliche Kündigung eines Arbeitsverhältnisses kommt nur dann in Frage, wenn hierfür ein wichtiger Grund vorliegt und die Interessenabwägung zugunsten des Arbeitgebers ausfällt.

II. Wichtiger Grund

Eine wirksame außerordentliche Kündigung setzt gem. § 626 Abs. 1 BGB einen wichtigen Grund voraus, der die einseitige fristlose Beendigung des Arbeitsvertrages rechtfertigt. Ein **wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB** liegt vor, wenn dem Kündigenden **die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zum vereinbarten Ende des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann**.

HINWEIS:

Die Prüfung erfolgt stets zweistufig:

- Der Sachverhalt ist „an sich“ geeignet, einen wichtigen Grund i.S.d. § 626 BGB darzustellen.
- Die konkreten Umstände begründen eine Unzumutbarkeit im Einzelfall.

Im Zuge der umfassenden **Abwägung** der Parteiinteressen ist dabei ein objektiver Maßstab anzulegen. So soll ermittelt werden, ob nicht doch ein Verstreichen der Kündigungsfrist bzw. der Ablauf des Arbeitsvertrags (z.B. im Fall einer Befristung) abgewartet werden kann. Die fristlose Kündigung ist immer **„Ultima Ratio“**.

Wie die ordentliche Kündigung kann sich die außerordentliche Kündigung auf **verhaltens-, personen- und betriebsbedingte** Gründe stützen.

2. Verhaltensbedingte Gründe

In den meisten Fällen erfolgt eine außerordentliche Kündigung aus **verhaltensbedingten** Gründen. Sie erfordert zu ihrer Wirksamkeit ein vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers. Die Verletzung kann Haupt- und Nebenleistungspflichten betreffen, aber auch sonstige

1. Zweistufige Prüfung

Die Rechtsprechung bedient sich zur Klärung der Frage, ob eine solche Unzumutbarkeit vorliegt, eines **zweistufigen Schemas**. Zunächst muss der **Sachverhalt „an sich“ geeignet** sein, einen wichtigen Grund i.S.d. § 626 BGB darzustellen. Zu berücksichtigen ist dabei, dass das Gesetz keine „absoluten“ Kündigungsgründe kennt. Vielmehr ist jeder Einzelfall gesondert zu beurteilen (BAG, Urt. v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09 „Emmely“, NZA 2010, 1227, Rn 16). Im zweiten Schritt ist zu prüfen, ob die **konkreten Umstände** des Einzelfalls eine Unzumutbarkeit i.S.d. § 626 BGB begründen, die zur außerordentlichen Kündigung berechtigt.

Nebenpflichten, die aus dem Gebot der Rücksichtnahme gem. § 241 Abs. 2 BGB erwachsen (BAG, Urt. v. 20.10.2016 – 6 AZR 471/15, NZA 2016, 1257, Rn 18).

BEISPIELE:

- **Arbeitsverweigerung:** Die beharrliche Weigerung des Arbeitnehmers, seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, ist „an sich“ geeignet, eine außerordentliche fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Ein Arbeitnehmer verweigert die ihm angewiesene Arbeit beharrlich, wenn er sie bewusst und nachdrücklich nicht leisten will. Ob er zur Arbeitsleistung verpflichtet ist, bestimmt sich nach der objektiven Rechtslage. Verweigert der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung in der Annahme, er handele rechtmäßig, hat grds. er selbst das Risiko zu

tragen, dass sich seine Rechtsauffassung als unzutreffend erweist (BAG, Urt. v. 14.12.2017 – 2 AZR 86/17, NZA 2018, 646, Rn 29; v. 22.10.2015 – 2 AZR 569/14, NZA 2016, 417, Rn 22).

- **Beleidigung:** Grobe Beleidigungen des Arbeitgebers oder seiner Vertreter, die nach Form und Inhalt eine erhebliche Ehrverletzung für den Betroffenen bedeuten, stellen einen erheblichen Verstoß des Arbeitnehmers gegen seine Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis dar und sind an sich geeignet, eine verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen (BAG, Urt. v. 21.1.1999 – 2 AZR 665/98, NZA 1999, 863, Rn 12)
- **Konkurrenztätigkeit:** Ein Verstoß gegen das Verbot, während des bestehenden Arbeitsverhältnisses Konkurrenztätigkeiten zu entfalten, ist „an sich“ geeignet, einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB zu bilden (BAG, Urt. v. 23.10.2014 – 2 AZR 644/13, NZA 2015, 429, Rn 27).
- **Selbstbeurlaubung:** Wer der Arbeit unentschuldigt fernbleibt, kann eine außerordentliche Kündigung erhalten (BAG, Urt. v. 22.1.1998 – 2 ABR 19/97, NZA 1998, 708, Rn 21). Das gilt auch wenn ein Urlaubsantrag abgelehnt wurde und der Arbeitnehmer dennoch Urlaub macht.
- **Strafbare Handlungen des Arbeitnehmers: Eigentums- oder Vermögensdelikte** zum Nachteil des Arbeitgebers können eine außerordentliche Kündigung gem. § 626 Abs. 1 BGB rechtfertigen. Dasselbe gilt für Delikte gegen die **körperliche Unversehrtheit einer Person** in Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis.
- **Verstöße gegen die betriebliche Ordnung oder konkrete Störung des Betriebsfriedens:** Verletzung des betrieblichen

Rauch- oder Alkoholverbots (BAG, Urt. v. 27.9.2012 – 2 AZR 955/11, NZA 2013, 425, Rn 35) oder ausländerfeindliche und rechts-extremistische Betätigung.

3. Betriebsbedingte Gründe

Eine auf **betriebsbedingte Gründe** gestützte **außerordentliche Kündigung** ist der Ausnahmefall. Sie kommt in Betracht, wenn die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung ausgeschlossen ist und dies dazu führt, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer andernfalls trotz Wegfalls der Beschäftigungsmöglichkeit noch für Jahre vergüten müsste, ohne dass dem eine entsprechende Arbeitsleistung gegenüberstünde (sog. sinnentleertes Arbeitsverhältnis). Allerdings ist der Arbeitgeber in diesem Fall in besonderem Maß verpflichtet zu versuchen, die Kündigung durch geeignete andere Maßnahmen zu vermeiden. Besteht irgendeine Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis sinnvoll fortzuführen, wird er den Arbeitnehmer i.d.R. entsprechend einzusetzen haben. Erst wenn sämtliche denkbaren Alternativen ausscheiden, kann ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung vorliegen (BAG, Urt. v. 27.6.2019 – 2 AZR 50/19, NZA 2019, 1345, Rn 13; v. 18.6.2015 – 2 AZR 480/14, NZA 2015, 1315, Rn 30). Nach dem BAG ist es dem Arbeitgeber deshalb selbst im Insolvenzfall zuzumuten, die Kündigungsfrist einzuhalten, wenn eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer aus betrieblichen Gründen entfällt (BAG, Urt. v. 23.1.2014 – 2 AZR 372/13, NZA 2014, 895, Rn 16).

4. Personenbedingte Gründe

Die in der Person des Arbeitnehmers liegenden Umstände können eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen, auch wenn ihn kein Verschulden trifft. Der häufigste Fall einer personenbedingten Kündigung ist wegen **Krankheit**. Allerdings ist dem Arbeitgeber regelmäßig die Einhaltung der Kündigungsfrist, d.h. der Ausspruch einer ordentlichen Kündigung, zumutbar. Bereits die Voraussetzungen einer

ordentlichen personenbedingten Kündigung sind hoch. Eine außerordentliche Kündigung kommt daher nur in sehr engen Grenzen in Betracht, insb. bei einer sog. ordentlichen Unkündbarkeit. Ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslauffrist eines tarifvertraglich ordentlich unkündbaren Arbeitsverhältnisses kann – vorbehaltlich einer umfassenden Interessenabwägung im Einzelfall – vorliegen, wenn damit zu rechnen ist, der Arbeitgeber werde für mehr als ein Drittel der jährlichen Arbeitstage Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall leisten müssen (BAG, Urte. v. 25.4.2018 – 2 AZR 6/18, NZA 2018, 1056).

BEISPIELE:

- **Entziehung der Fahrerlaubnis** eines Kraftfahrers wegen Alkoholkonsums (BAG, Urte. v. 5.6.2008 – 2 AZR 984/06, DB 2009, 123, Rn 28); dies gilt auch für den Fall, dass die Entziehung auf einer im Zustand der Trunkenheit im Verkehr bei einer außerhalb der Arbeitszeit durchgeführten Privatfahrt beruht (BAG, Urte. v. 14.2.1991 – 2 AZR 525/90, RzK I 6a 70).
- **Verbüßung einer langjährigen Haftstrafe** (BAG, Urte. v. 22.10.2015 – 2 AZR 381/14, NZA 2016, 482, Rn 14; v. 9.3.1995 – 2 AZR 497/94, NZA 1995, 777, Rn 15). Da der Arbeitgeber im Fall der **haftbedingten** Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers typischerweise von der Lohnzahlungspflicht befreit ist, hängt es von Art

und Ausmaß der betrieblichen Auswirkungen ab, ob die Inhaftierung geeignet ist, eine **Kündigung** zu rechtfertigen. Insoweit wird regelmäßig eine Freiheitsstrafe von **mindestens zwei Jahren** verlangt (BAG, Urte. v. 22.10.2015 – 2 AZR 381/14, NZA 2016, 482, Rn 14; v. 24.3.2011 – 2 AZR 790/09, NZA 2011, 1084, Rn 23). Dann kann dem Arbeitgeber regelmäßig nicht zugemutet werden, lediglich vorläufige Maßnahmen zu ergreifen und auf eine dauerhafte Neu-besetzung des Arbeitsplatzes zu verzichten.

III. Interessenabwägung

Damit die außerordentliche Kündigung gerechtfertigt ist, muss eine Interessenabwägung erfolgen. Dem Arbeitgeber als Kündigendem kann gem. § 626 Abs. 1 BGB „*unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertrags-teile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden.*“ Das Interesse des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses wird dem Interesse des Arbeitnehmers am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses gegenübergestellt.

Die Interessenabwägung bezieht sich auf alle vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Umstände des Einzelfalles, insb. auf Art, Schwere, Häufigkeit und die Auswirkungen der Vertrags-



pflichtverletzung, hierdurch ggf. verursachte Schäden oder Betriebsablaufstörungen, auf eine mögliche Wiederholungsgefahr, auf den Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, die Dauer des Arbeitsverhältnisses und auf dessen störungsfreien Verlauf (vgl. BAG „Emmely“ a.a.O., S. 1227), aber auch auf Unterhaltsverpflichtungen und das Alter des Arbeitnehmers, die Arbeitsmarktsituation oder anderweitige Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten bei dem Arbeitgeber.

Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, **wenn alle anderen, nach den jeweiligen Umständen möglichen und milderer Mittel zur Behebung der Vertragsstörung erschöpft** sind. Die außerordentliche Kündigung muss die unausweichlich letzte Maßnahme – die „**Ultima Ratio**“ – für den Arbeitgeber darstellen. Unter Berücksichtigung dieses Ultima-Ratio-Prinzips erfordert eine außerordentliche verhaltensbedingte Kündigung im Regelfall eine vorherige **Abmahnung** i.S.d. § 314 Abs. 2 BGB.

HINWEIS:

In der Regel erfordert eine außerordentliche verhaltensbedingte Kündigung eine zuvor erfolgte wirksame Abmahnung!

Eine Ausnahme von diesem Abmahnungserfordernis stellen **schwerwiegende Verstöße im Vertrauensbereich** dar, z.B. Straftaten des Arbeitnehmers zu Lasten des Arbeitgebers. Regelmäßig berechtigt auch die Androhung von Pflichtverstößen zur außerordentlichen Kündigung, beispielsweise weil der Arbeitnehmer ankündigt, in Zukunft nicht zur Arbeit zu erscheinen oder den Betriebsfrieden zu stören.

Als weiteres milderes, aber gleich geeignetes Mittel ist zudem eine **ordentliche Kündigung**, aber auch eine **Versetzung bzw. Änderungskündigung** in Betracht zu ziehen. Zu den Umständen, anhand derer zu beurteilen ist, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zumindest bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist oder nicht, gehören jedenfalls die Dauer des Arbeitsver-

hältnisses und dessen störungsfreier Verlauf. Hat das Arbeitsverhältnis viele Jahre ungestört bestanden, bedarf es einer genauen Prüfung, ob die dadurch verfestigte Vertrauensbeziehung der Vertragspartner durch eine erstmalige Enttäuschung des Vertrauens vollständig und unwiederbringlich zerstört werden konnte. Dabei ist ein objektiver Maßstab entscheidend.

IV. Zwei-Wochen-Frist

Nach § 626 Abs. 2 BGB muss eine außerordentliche Kündigung **innerhalb von zwei Wochen** erklärt werden. Es handelt sich bei § 626 Abs. 2 BGB um eine **zwingende Ausschlussfrist** mit der Folge, dass die erst nach Ablauf dieser Frist ausgesprochene Kündigung unwirksam ist. Diese Frist ist zudem weder durch Tarifvertrag noch Betriebsvereinbarung verlängerbar.

HINWEIS:

Bei der sog. Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB handelt es sich um eine sog. **Kündigungserklärungsfrist**. Diese Frist ist **nicht zu verwechseln mit einer Kündigungsfrist**. Der grundlegende Unterschied zwischen einer ordentlichen und einer außerordentlichen Kündigung ist das nicht gegebene Erfordernis einer Kündigungsfrist. Bei einer außerordentlichen Kündigung kann gem. § 626 Abs. 1 BGB „aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist“ gekündigt werden.

Für die Einhaltung der Frist ist der Arbeitgeber als der Kündigende darlegungs- und beweispflichtig.

Die Zwei-Wochen-Frist **beginnt** mit dem Zeitpunkt, in dem der Arbeitgeber von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Dies ist der Fall, sobald er eine **zuverlässige und hinreichend vollständige Kenntnis**

der einschlägigen Tatsachen hat, die ihm die Entscheidung darüber ermöglicht, ob er das Arbeitsverhältnis fortsetzen soll oder nicht. Zu den maßgebenden Tatsachen gehören sowohl die für als auch die gegen die Kündigung sprechenden Umstände (BAG, Urt. v. 27.6.2019 – 2 ABR 2/19, NZA 2019, 1415, Rn 23; v. 1.6.2017 – 6 AZR 720/15, NZA 2017, 1332, Rn 61; v. 16.7.2015 – 2 AZR 85/15, NZA 2016, 161, Rn 54).

HINWEIS:

Hinsichtlich der Kenntnis ist auf den Kündigungsberechtigten abzustellen. Handelt es sich bei dem Arbeitgeber um eine **juristische Person**, ist grds. die Kenntnis des gesetzlich oder satzungsgemäß für die Kündigung zuständigen **Organs** maßgeblich. Sind für den Arbeitgeber **mehrere Personen** gemeinsam vertretungsberechtigt, genügt grundsätzlich die Kenntnis schon **eines der Gesamtvertreter** (BAG, Urt. v. 27.6.2019 – 2 ABR 2/19, NZA 2019, 1415, Rn 19; v. 1.6.2017 – 6 AZR 720/15, NZA 2017, 1332, Rn 61; v. 18.6.2015 – 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287, Rn 48). Neben den Mitgliedern der Organe von juristischen Personen und Körperschaften gehören zu den Kündigungsberechtigten auch die **Mitarbeiter**, denen der Arbeitgeber das **Recht zur außerordentlichen Kündigung übertragen** hat (BAG, Urt. v. 16.7.2015 – 2 AZR 85/15, NZA 2016, 161, Rn 55).

Besonderheiten gelten bei sog. **Dauertatbeständen**. Treten **fortlaufend neue Tatsachen** ein, die für die Kündigung maßgeblich sind oder liegt ein noch nicht abgeschlossener, länger währender Zustand vor, beginnt bei einem derartigen Dauertatbestand die Zwei-Wochen-Frist nicht vor dessen Beendigung. Bei **Dauer-Störtatbeständen**, bei denen sich der Kündigungssachverhalt und seine betrieblichen Auswirkungen fortwährend neu verwirklichen, reicht es zur Fristwahrung aus, dass die Störung noch in den letzten zwei Wochen vor Ausspruch der Kündigung angehalten hat (BAG, Urt. v. 28.6.2018 – 2 AZR 436/17, NZA 2018, 1259, Rn 35; v. 26.11.2009 – 2 AZR 272/08, NZA 2010, 628, Rn 15).

BEISPIELE:

- Bei eigenmächtigem **Urlaubsantritt** („Selbstbeurlaubung“) beginnt die Ausschlussfrist erst mit der Rückkehr des Arbeitnehmers

aus dem Urlaub (BAG, Urt. v. 22.1.1998 – 2 ABR 19/97, NZA 1998, 708, Rn 17).

- **Beharrliche Arbeitsverweigerung**,
- Wird die **Kündigung** auf einen **fortdauernden Zustand** gestützt, beginnt die Frist mit der Beendigung des Zustands. Bei der dauernden krankheitsbedingten Unfähigkeit, die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, reicht es aus, dass diese in den letzten zwei Wochen vor Ausspruch der **Kündigung** angehalten hat (BAG, Urt. v. 23.1.2014 – 2 AZR 582/13, NZA 2014, 962, Rn 16).

Besonderheiten gelten zudem sowohl bei einer außerordentlichen Kündigung wegen des Verdachts einer strafbaren Handlung – sog. **Verdachtskündigung** – als auch wegen einer vom Arbeitgeber als erwiesen erachteten Straftat – sog. **Tatkündigung**. Der Kündigungs-

berechtigte, der bislang nur Anhaltspunkte für einen Sachverhalt hat, der zur außerordentlichen Kündigung berechtigen könnte, kann nach pflichtgemäßem Ermessen weitere **Ermittlungen** anstellen und den **betroffenen Arbeitnehmer anhören**, ohne dass die Frist des § 626 Abs. 2 S. 1 BGB zu laufen begännen.

Dies gilt allerdings nur so lange, wie er aus verständigen Gründen **mit der gebotenen Eile** Ermittlungen durchführt, die ihm eine umfassende und zuverlässige Kenntnis des Kündigungssachverhalts und der Beweismittel verschaffen sollen (BAG, Urt. v. 31.7.2014 – 2 AZR 407/13, NZA 2015, 621, Rn 40).

HINWEIS:

Soll der Arbeitnehmer angehört werden, muss dies innerhalb einer kurzen Frist erfolgen. Sie darf im Allgemeinen **nicht mehr als eine Woche** betragen und nur bei Vorliegen besonderer Umstände überschritten werden. Für die übrigen Ermittlungen gilt keine Regelfrist. Bei ihnen ist fallbezogen zu beurteilen, ob sie hinreichend zügig betrieben wurden (BAG, Urt. v. 31.7.2014 – 2 AZR 407/13, NZA 2015, 621, Rn 40).

Sind die Ermittlungen abgeschlossen und hat der Kündigungsberechtigte eine hinreichende Kenntnis vom Kündigungssachverhalt, beginnt der Lauf der Ausschlussfrist. Unbeachtlich ist, ob die Ermittlungsmaßnahmen tatsächlich zur Aufklärung des Sachverhalts beigetragen haben oder überflüssig waren (vgl. BAG, Urt. v. 1.6.2017 – 6 AZR 720/15, NZA 2017, 1332, Rn 66; v. 16.7.2015 – 2 AZR 85/15, NZA 2016, 161, Rn 54).

Da der Arbeitgeber nicht verpflichtet ist, von der unter Umständen unsicheren Möglichkeit der Verdachtskündigung Gebrauch zu machen, kann er den **Fort- bzw. Ausgang eines Ermittlungs- bzw. Strafverfahrens abwarten**. Allerdings darf der Arbeitgeber in einem solchen Fall die außerordentliche Kündigung **nicht zu einem beliebig gewählten Zeitpunkt** aussprechen. Für die Wahl des Zeitpunkts bedarf es eines sachlichen Grundes. Wenn der Kündigungsberechtigte neue Tatsachen erfahren oder neue Beweismittel erlangt hat und nunmehr ausreichend Erkenntnisse für eine Kündigung zu haben glaubt, kann er dies zum Anlass für den Ausspruch einer neuerlichen Kündigung nehmen. Der Fortgang des Ermittlungs- und Strafverfahrens, z.B. die Erhebung der öffentlichen Klage und die spätere Verurteilung des Arbeitnehmers, kann einen gegen den Arbeit-

nehmer bestehenden Verdacht, er habe seine Vertragspflichten verletzt, verstärken (BAG, Urt. v. 22.11.2012 – 2 AZR 732/11, NZA 2013, 665, Rn 32; v. 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, NZA 2011, 2231, Rn 17 f.).

BEISPIEL:

- Der Arbeitgeber nimmt Einsicht in die Akten eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens, die geeignete kündigungsrelevante Anhaltspunkte beinhalten. Die zweiwöchige Kündigungserklärungsfrist beginnt dann ab dem Zeitpunkt der Akteneinsicht zu laufen.

Innerhalb der zweiwöchigen Kündigungserklärungsfrist muss auch der **Betriebsrat angehört** werden, sofern ein solcher besteht. Sofern der Betriebsrat gegen eine außerordentliche Kündigung Bedenken hat, muss er diese Bedenken gem. § 102 Abs. 2 S. 3 BetrVG dem Arbeitgeber unter Angabe der Gründe spätestens **innerhalb von drei Tagen schriftlich mitteilen**. Eine unterbliebene oder fehlerhafte Beteiligung des Betriebsrats führt zur Unwirksamkeit der Kündigung (vgl. § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG). Nach der Anhörung kann der Arbeitgeber „wirksam“ kündigen, unabhängig davon, ob und wie der Betriebsrat zur Kündigung Stellung nimmt.



HINWEIS:

Das Verfahren der Betriebsratsanhörung muss also spätestens am 10. Tag ab Kenntnis der die Kündigung rechtfertigenden Tatsachen eingeleitet werden, damit der Betriebsrat die in § 102 Abs. 2 S. 3 BetrVG vorgesehene Frist ausnutzen kann.

V. Umdeutung einer unwirksamen außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung

Eine nach § 626 Abs. 1 BGB unwirksame außerordentliche Kündigung kann in eine ordentliche

Kündigung nach § 140 BGB umgedeutet werden, wenn dies dem **mutmaßlichen Willen** des Arbeitgebers entspricht und dieser Wille dem Arbeitnehmer im Zeitpunkt des Kündigungszugangs **erkennbar** ist (BAG, Urt. v. 12.5.2010 – 2 AZR 845/08, NZA 2010, 1348, Rn 39; v. 23.10.2008 – 2 AZR 388/07, AP Nr. 217 zu § 626 BGB, Rn 33).

HINWEIS:

Aus dem der Kündigung zugrunde liegenden Sachverhalt muss sich also ergeben, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis **in jedem Fall** beenden will, also auch dann, wenn die außerordentliche Kündigung unwirksam sein sollte.

Der Arbeitgeber muss sich nicht ausdrücklich auf die Möglichkeit der Umdeutung nach § 140 BGB berufen. Dies hat das Gericht von Amts wegen zu prüfen. Erforderlich ist aber,

dass dem Gericht die maßgeblichen Tatsachen vorgetragen werden, auf deren Grundlage es prüfen kann, ob eine Umdeutung in Betracht kommt ●

Hinweis der Redaktion: Dieser Beitrag erschien in ZAP 9/2020, S. 465 ff. am 6.5.2020.

DEIN STAATSEXAMEN.
DEIN JURCASE.
DEINE ENTSCHEIDUNG.



DIE NUMMER 1 BEI DER VERMIETUNG VON
GESETZESTEXTEN UND KOMMENTAREN!

DEIN EXKLUSIVER
RABATT-CODE:
JURMAG20

5€

WWW.JURCASE.COM



Die „Corona-Krise“ – Straftaten und Ordnungswidrigkeiten

Von Richter am Amtsgericht Dr. Axel Deutscher, Bochum

I. Ausgangslage

Die „**Corona-Pandemie**“ hat weltweit zu tiefgreifenden Einschränkungen des öffentlichen und privaten Lebens geführt, in einigen Bereichen bis zum Lockdown oder Shutdown. Die Strafgerichte haben Hauptverhandlungen mit Ausnahme von Haftsachen oder Fortsetzungsterminen nahezu flächendeckend ausgesetzt. Zugleich wirft die „Corona-Krise“ die Frage auf, welche straf- und bußgeldrechtlichen Folgen Verstöße gegen die Vorgaben nach dem InfektionsschutzG (IfSG) haben können. Die exakte Bezeichnung des „Corona-Virus“ lautet **SARS-CoV-2** (vormals 2019-nCoV). Das Virus kann die Lungenerkrankung **COVID-19** auslösen. Die Inkubationszeit beträgt bis zu 14 Tagen. Bei 81 % der bestätigten Fälle soll ein leichter, bei 14 % ein schwerer und bei 5 % ein kritischer Krankheitsverlauf vorliegen. Die **Letalitätsrate** liegt bei bis zu 2 % der Infektionen, wobei sie bei

Personen aus den Risikogruppen (ältere Menschen, Vorerkrankungen) auf 10–15 % steigen kann. Eine Ansteckung ist insb. möglich, wenn zwei Personen engen Kontakt von weniger als 2 m Abstand zueinander haben, wobei die Übertragung durch Tröpfcheninfektion erfolgt (alles nach www.wikipedia.de). Am 11.3.2020 hat die Weltgesundheitsorganisation WHO die Auswirkungen des Virus offiziell als Pandemie eingestuft. In der Folge kam es auch in Deutschland zu den bekannten massiven Einschränkungen.

Das Virus SARS-CoV-2 unterfällt dem IfSG. Nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IfSG i.V.m. § 1 CoronaVMeldeV v. 30.1.2020 besteht eine **Meldepflicht** bei Erkrankung sowie nach § 7 Abs. 1 Satz 1 IfSG beim Nachweis von Krankheitserregern (Legaldefinitionen von Infektion, Krankheitserregern, Kranker, Krankheitsverdächtiger, Ansteckungsverdächtiger u.a. in § 2 IfSG). Straf- bzw. bußgeldrechtlich relevantes

Verhalten kann sich aus dem IfSG und aus den Normen des allgemeinen Strafrechts ergeben (zur Gefahrenabwehr im Infektionsschutz-

recht Engels DÖV 2014, 464; *Lisken/Denninger/Kniesel*, Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. 2018, Abschnitt J Teil II Rn 40 ff.).

HINWEIS:

Wie bei der Bewältigung der Krise als solcher ist auch die rechtliche Bewertung nahezu täglich neuen Entwicklungen und Änderungen unterworfen. Hier kann daher nur eine **Momentaufnahme** von einem in weiten Teilen juristischen Neuland gemacht werden. Weitere Erörterungen werden zwangsläufig folgen müssen (Abschluss der Bearbeitung: 15.4.2020). Zu den Auswirkungen der Pandemie auf das Strafverfahren *Deutscher StRR* Heft 5/2020

II. Straftaten und Ordnungswidrigkeiten nach IfSG

Ausgewählte Verstöße gegen die Vorgaben des IfSG werden von §§ 74, 75 IfSG als Straftaten und von § 73 IfSG als Ordnungs-

widrigkeiten sanktioniert. Einschlägig sind hier insb. Verstöße gegen die durch landesbehördliche Verordnungen oder Allgemeinverfügungen angeordneten Beschränkungen zur Bewältigung der Krise.

HINWEIS:

Hier wird als Beispiel die **Rechtslage in Nordrhein-Westfalen** dargestellt (Zusammenfassung für alle Bundesländer bei <https://www.bussgeldkatalog.org/corona/>). Bezüglich der Bewegungsfreiheit des Einzelnen (Kontaktverbot in NRW oder Ausgangsbeschränkungen in Bayern) sowie einzelnen Ausgestaltungen bestehen zwar Unterschiede. Im Kern dürften die straf- und bußgeldrechtlichen Fragestellungen bundesweit vergleichbar sein.

1. Rechtsgrundlagen der Einschränkungen

a) Coronaschutzverordnung

Das Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales NRW hat auf der Grundlage der §§ 28 Abs. 1 S. 1 und 2, 32 IfSG mit Wirkung zum 23.3.2020 die Verordnung zum Schutz vor Neuinfizierungen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 (Coronaschutzverordnung – **CoronaSchVO**) erlassen. Durch eine ÄnderungsVO vom 30.3.2020 wurde sie geändert und neu gefasst am 16.4.2020 (aktueller Wortlaut:

https://www.land.nrw/sites/default/files/asset/document/2020-04-16_verordnung_zur_aenderung_von_rvoen.pdf). Die CoronaSchVO geht den vielerorts zuvor erlassener Verfügungen örtlicher Ordnungsbehörden bezüglich inhaltsgleicher oder widersprechender Regelungen vor (§ 13). Sie weist im Wesentlichen folgen Regelungen auf:

- **Verbot von Zusammenkünften und Ansammlungen in der Öffentlichkeit von mehr als zwei Personen** (§ 12 Abs. 1 CoronaSchVO). Ausgenommen sind Verwandte in gerader Linie, Ehegatten, Lebenspartnerinnen und Lebenspartner sowie in häuslicher Gemeinschaft lebende Per-

sonen, die Begleitung minderjähriger und unterstützungsbedürftiger Personen, zwingend notwendige Zusammenkünfte aus geschäftlichen, beruflichen und dienstlichen sowie aus prüfungs- und betreuungsrelevanten Gründen sowie bei der bestimmungsgemäßen Verwendung zulässiger Einrichtungen unvermeidliche Ansammlungen (insb. beim öffentlichen Personennahverkehr).

- **Veranstaltungen und Versammlungen** sind mit wenigen Ausnahmen untersagt, ebenso Gottesdienste (§ 11 CoronaSchVO).
- **Freizeit-, Kultur-, Sport- und Vergnügungstätten** wie Bars, Diskotheken, Kinos, Messen, Fitness- und Sonnenstudios, Saunen, Schwimmbäder, Spiel und Bolzplätze, Spielhallen und Prostitutionsstätten haben zu schließen (§ 3 CoronaSchVO), ebenso Hotels (§ 8 CoronaSchVO).
- Im Bereich des **Handels** ist erlaubt nur der Betrieb von Einrichtungen des Einzelhandels für Lebensmittel, Direktvermarktungen von landwirtschaftlichen Betrieben, Abhol- und Lieferdiensten, Getränkemärkten, Apotheken, Sanitätshäusern und Drogerien, Tankstellen, Banken und Sparkassen sowie Poststellen, Reinigungen und Waschsalons, Kiosken und Zeitungsverkaufsstellen, Tierbedarfsmärkten, und Einrichtungen des Großhandels, außerdem Handelseinrichtungen mit einer Verkaufsfläche von nicht mehr als 800 qm. Ein Mindestabstand von 1,5 Metern zwischen Personen ist zu gewährleisten, die Anzahl von gleichzeitig im Geschäftslokal anwesenden Kunden darf eine Person pro 10 Quadratmeter der für die Kunden zugänglichen Ladenfläche nicht übersteigen (§ 5 CoronaSchVO).
- **Sportbetrieb** in Anlagen und Vereinen ist untersagt (§ 3 Abs. 3 CoronaSchVO).
- **Stationäre Gesundheits- und Pflegeeinrichtungen** (§ 2 CoronaSchVO), Bibliotheken

(§ 4 CoronaSchVO) sowie Tätigkeiten im Handwerk und Dienstleistungsgewerbe (§ 7 CoronaSchVO) unterliegen Vorgaben zum Schutz vor Infektionen. Letztere sind untersagt, wenn ein Mindestabstand von 1,5 m zum Kunden nicht eingehalten werden kann (insb. von Friseuren, in Nagelstudios).

- Der Betrieb von **gastronomischen Einrichtungen** ist untersagt. Die Belieferung mit Speisen und Getränken sowie der Außer-Haus-Verkauf ist zulässig, wenn die zum Schutz vor Infektionen erforderlichen Abstände eingehalten werden. Der Verzehr ist in einem Umkreis von 50 Metern um die gastronomische Einrichtung untersagt (§ 9 CoronaSchVO).
- Die Pflicht zur heimischen Quarantäne für **Ein- und Rückreisende** mit Ausnahme von Berufsgrenzpendlern (§§ 1,2 CoronaEinreiseVO vom 9.4.2020 (GV NRW 2020, 217a)).

Die **Geltungsdauer** der CoronaSchVO ist gegenwärtig beschränkt bis zum 3.5.2020 (§ 17). Als Grundlage für straf- und bußgeldrechtliche Folgen nach den Blankettvorschriften der §§ 73 ff. IfSG handelt es somit um **Zeitgesetze** gem. §§ 2 Abs. 4 StGB, 4 Abs. 4 OWiG (*Schönke/Schröder/Hecker*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 2 Rn 35, 36; zu einer PolizeiVO BayObLG NJW 1962, 825). Das zeitliche Meistbegünstigungsprinzip gilt nicht. Der Wegfall der CoronaSchVO nach der Bewältigung der Krise ändert daher an der Strafbarkeit oder Bußgeldpflichtigkeit begangener Zuwiderhandlungen nichts.

b) **Wirksamkeit der Beschränkungen**

Die einschlägigen Straf- und Bußgeldnormen des IfSG beziehen sich als **Blankettstrafnormen** auf Verordnungen oder Verfügungen der Exekutive. Voraussetzung für die Festsetzung straf- oder bußgeldrechtlicher Folgen ist daher die Wirksamkeit der zugrunde liegenden Anordnungen. Die Verfassungs- und Verwaltungsgerichte haben dem Ordnungsgeber

bislang im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes einen weiten Beurteilungsspielraum zugebilligt. Maßgebend ist dabei der vorrangige Gesundheitsschutz sowie die Befristung der Maßnahmen (BVerfG, Beschl. v. 7.4.2020 – 1 BvR 755/20, juris). So wurde als zulässig erachtet:

- die **Ausgangsbeschränkungen** in Bayern (BVerfG a.a.O.; BayVerfGH, Entsch. v. 26.3.2020 – Vf. 6-VII-20, juris),
- die Einschränkung der **Versammlungsfreiheit**, außer wenn die verbotende Ermessensentscheidung der Versammlungsbehörde ohne hinreichende Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls erfolgt (BVerfG, Beschl. v. 15.4.2020 – 1 BvR 828/20, juris),

- die Schließung von **Einzelhandelsgeschäften** (VGH München, Beschl. v. 30.3.2020 – 20 CS 20.611, juris; OVG Münster, Beschl. v. 6.4.2020 – 13 B 398/20.NE, juris),
- die Untersagung des **Besuchs in Pflegeheimen** (OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 3.4.2020 – OVG 11 S 14/20, juris),
- das Verbot von **Gottesdiensten** (BVerfG, Beschl. v. 10.4.2020 – 1 BvQ 28/20 und 31/20, juris; VGH Kassel, Beschl. v. 7.4.2020 – 8 B 892/20.N, juris).

Auch in diesem Bereich gilt die **Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde** (BVerfG, Beschl. v. 20.3.2020 – 1 BvR 661/20 und v. 1.4.2020 – 1 BvR 712/20, juris).

HINWEIS:

Hier kann die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit einzelner landesrechtlicher Beschränkungen nicht weiter behandelt werden (zu Einzelfragen *Peglau jurisPR-StrafR 7/20, Anm. 1*). Die weitere **verfassungs- und verwaltungsgerichtliche Entwicklung** bleibt abzuwarten.

2. Ordnungswidrigkeiten

a) Tatbestand

§ 73 IfSG weist eine Vielzahl an bußgeldbewehrten Verstößen gegen das IfSG auf. Ein Verstoß gegen vollziehbare Anordnungen auf der Grundlage der Vorschriften der CoronaSchVO ist über die Ermächtigungsgrundlagen in §§ 28 Abs. 1 S. 1, 32 IfSG zum Erlass von Rechtsverordnungen nach **§ 73 Abs. 1a Nr. 6 IfSG** eine Ordnungswidrigkeit. Nach **§ 73 Abs. 1a Nr. 24 IfSG** i.d.F. vom 27.3.2020 handelt ordnungswidrig, wer einer Rechtsverordnung nach § 32 S. 1 IfSG oder einer vollziehbaren Anordnung aufgrund einer solchen Rechtsverordnung zuwiderhandelt, soweit die Rechtsverordnung für einen bestimmten Tat-

bestand auf diese Bußgeldvorschrift verweist. Dies ist in § 16 Abs. 2 und 3 CoronaSchVO erfolgt mit dem Zusatz: „ohne dass es zusätzlich einer *Zuwiderhandlung gegen eine vollziehbare Anordnung aufgrund dieser Verordnung bedarf.*“



HINWEIS:

Damit ist für die Praxis auch die Frage geklärt, ob erst der Verstoß gegen eine auf die CoronaSchVO gestützte vollziehbare Anordnung ordnungswidrig ist (so *Lorenz/Oglakcioglu* KriPoZ 2020, 108, 115). § 73 Abs. 1a Nr. 24 IfSG erfasst auch **bereits den Verstoß als solchen ohne vollziehbare Anordnung**. Zu prüfen bleibt, ob die Rechtsverordnung in dem jeweiligen Bundesland die erforderliche Verweisungsvorschrift enthält.

Erfasst werden vorsätzliche und fahrlässige Verstöße (*Erbs/Kohlhaas-Häberle*, Strafrechtliche Nebengesetze, 228 EL. Januar 2020, § 73 IfSG Rn 35). Bei Vorsatz sind die dann bei einigen Verstößen anwendbaren Straftatbestände des IfSG vorrangig (§ 21 Abs. 1 S. 1 OWiG).

b) Rechtsfolgen

§ 73 Abs. 2 IfSG sieht bei einem Verstoß **einen Bußgeldrahmen bis zu 25.000 €** vor. In NRW

ist dazu seitens der Landesregierung ein **Bußgeldkatalog** zur CoronaSchVO erstellt worden (https://www.land.nrw/sites/default/files/asset/document/2020-03-30_bussgeldkatalog.pdf). Dieser sieht u.a. für die wichtigsten Zuwiderhandlungen (Stand: 30.3.2020) folgende Bußgeldsätze vor:

CoronaSchVO (Fassung v. 30.3.2020)	Verstoß	Adressat des Bußgeldbescheids	Regelsatz
§ 2 Abs. 2 S. 1	Verstoß gegen das Besuchsverbot in Krankenhäusern u.Ä.	Besucherin/Besucher	200 €
§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 2, 3, 6 oder 7	Betrieb einer der genannten Einrichtungen oder Begegnungsstätten (Bar, Diskothek, Fitnessstudio, Sauna, Spielhalle, Bordell)	Person, die die Entscheidung über Öffnung trifft	5.000 €
§ 3 Abs. 2 S. 1	Durchführung von Sportveranstaltungen oder Zusammenkünften	Veranstalter bzw. Organisator, bei jur. Personen Geschäftsführung o.ä.	1.000 €
§ 3 Abs. 2 S. 1	Teilnahme an Sportveranstaltungen oder Zusammenkünften	Teilnehmende Person	250 €
§ 5 Abs. 3 S. 2	Einlass ohne geeignete Schutzvorkehrungen in einen Bau- oder Gartenbaumarkt	Betriebsinhaber, bei jur. Personen Geschäftsführung o.ä.	2.500–5.000 € je nach Geschäftsgröße
§ 5 Abs. 3 S. 2	Einlass ohne geeignete Schutzvorkehrungen in ein Floristikgeschäft	Betriebsinhaber, bei jur. Personen Geschäftsführung o.ä.	500–1.000 € je nach Geschäftsgröße
§ 5 Abs. 4 S. 1	Betrieb von nicht unter § 5 Abs. 1 oder 3 fallenden Verkaufsstellen	Betriebsinhaber, bei jur. Personen Geschäftsführung o.ä.	2.500 €
§ 5 Abs. 4 S. 2	Verstoß gegen den Grundsatz der kontaktlosen Abholung bestellter Waren	Betriebsinhaber, bei jur. Personen Geschäftsführung o.ä.	500–1.000 € je nach Geschäftsgröße

§ 5 Abs. 6	Nichtumsetzung der dort vorgeschriebenen Maßnahmen, insb. Überschreitung der dort angegebenen Personenzahl (Handel)	Betriebsinhaber, bei jur. Personen Geschäftsführung o.ä.	500–1.000 € je nach Geschäftsgröße
§ 5 Abs. 7	Verzehr von Lebensmitteln im Umkreis von 50 Metern um diejenige Verkaufsstelle, in der die Lebensmittel erworben wurden	Kundin, Kunde	200 €
§ 7 Abs. 2 S. 2	Nichtumsetzung der vorgeschriebenen Maßnahmen (Handwerk und Dienstleistungsgewerbe)	Betriebsinhaber, bei jur. Personen Geschäftsführung o.ä.	500–1.000 € je nach Geschäftsgröße
§ 7 Abs. 3 S. 1	Erbringung der dort genannten Dienst-/ Handwerksleistungen (Friseure, Kosmetikstudios u.a.)	Betriebsinhaber, bei jur. Personen Geschäftsführung o.ä.	2.000 €
§ 7 Abs. 3 S. 2 Nr. 2	Leistungserbringung, die nicht zur Versorgung dringend geboten ist	Person, die die Dienst- oder Handwerksleistung erbringt	1.000 €
§ 8	Durchführung eines Übernachtungsangebots zu touristischen Zwecken	Betriebsinhaber, bei jur. Personen Geschäftsführung o.ä.	4.000 €
§ 8	Wahrnehmung eines Übernachtungsangebots zu touristischen Zwecken	Touristin, Tourist	500 €
§ 9 Abs. 1 S. 1	Betrieb einer dort genannten gastronomischen Einrichtung	Betriebsinhaber, bei jur. Personen Geschäftsführung o.ä.	4.000 €
§ 9 Abs. 1 S. 2	Nichtumsetzung der vorgeschriebenen Maßnahmen	Betriebsinhaber, bei jur. Personen Geschäftsführung o.ä.	1.000 €
§ 9 Abs. 2 S. 2	Nichtumsetzung der vorgeschriebenen Maßnahmen beim Außer-Haus-Verkauf	Betriebsinhaber, bei jur. Personen Geschäftsführung o.ä.	1.000 €
§ 9 Abs. 2 S. 3	Duldung des Verzehrs im zu der gastronomischen Einrichtung gehörenden Innen- oder Außenbereich	Betriebsinhaber, bei jur. Personen Geschäftsführung o.ä.	1.000 €
§ 9 Abs. 2 S. 3	Verzehr von Speisen oder Getränken im Umkreis von 50 Metern um gastronomische Einrichtungen,	Kundin, Kunde	200 €
§ 11 Abs. 1	Durchführung einer unzulässigen Veranstaltung oder Versammlung	Veranstalter bzw. Organisator, bei jur. Personen Geschäftsführung o.ä.	1.000 €
§ 11 Abs. 1	Teilnahme an einer unzulässigen Veranstaltung oder Versammlung	Teilnehmende Person	400 €

§ 12 Abs. 1	Zusammenkünfte oder Ansammlungen in der Öffentlichkeit von mehr als 2 Personen, die nicht unter die normierten Ausnahmetatbestände fallen	Jede/r Beteiligte	200 €
§ 12 Abs. 3	Picknicken oder Grillen auf öffentlichen Plätzen oder Anlagen	Jede/r Beteiligte	250 €

Nicht erfasste Verstöße sind mit einer Geldbuße in Höhe eines Regelsatzes von 500 € zu ahnden. Für Verstöße gegen **behördlich angeordnete generelle Betretungsverbote** für bestimmte öffentliche Orte (§ 12 Abs. 2 CoronaSchVO) ist eine Geldbuße von 250 € vorgesehen. Diese Regelsätze gelten für einen Erstverstoß und sollen bei Folgeverstößen bzw. mehrmaligen Verstößen jeweils verdoppelt werden. In den Fällen der §§ 3, 5, 8, 9 Abs. 1 S. 1

kann im Wiederholungsfalle eine Geldbuße von bis zu 25.000 € verhängt werden. Wird durch eine Handlung gegen mehrere Tatbestände verstoßen, so ist das Bußgeld angemessen zu erhöhen, wobei die Summe der Regelsätze nicht erreicht werden darf. Die Möglichkeit einer Unternehmensgeldbuße neben dem Bußgeld gegen eine Individualperson nach den §§ 30, 130 OWiG bleibt unberührt.

HINWEIS:

Der Bußgeldkatalog für **Bayern** vom 27.3.2020 ist zu finden unter https://www.stmgp.bayern.de/wp-content/uploads/2020/03/2020-03-27_bussgeldkatalog_stmgpstmi.pdf.

Im Gegensatz zum Bußgeldkatalog der BKatV für Verstöße im Straßenverkehr handelt es sich um **verwaltungsinterne Richtlinien**, die den Bußgeldstellen eine landesweit einheitliche Vorgabe an die Hand zu geben. Eine Bindung der Gerichte hieran besteht nicht (allg. *Göhler/Gürtler*, OWiG, 17. Aufl. 2017, § 17 Rn 27, 32). Generalpräventive Überlegungen spielen hier keine ausschließliche Rolle. Angesichts der Höhe der Bußgeldandrohung haben die Gerichte Geldbußen im Einzelfall unter Heranziehung der Kriterien in § 17 Abs. 3 OWiG festzulegen, insbesondere unter **Berücksichtigung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse** des Betroffenen (hierzu *Deutscher VRR* 6/2019, 4). **Kriterien für eine Ermäßigung** können sein (in Anlehnung an den bayerischen Bußgeldkatalog a.a.O.)

- die Gefahr einer potenziellen Infizierung

anderer Personen ist im Einzelfall gering,

- der Vorwurf aus besonderen Gründen des Einzelfalls ist geringer als für durchschnittliches vorwerfbares Handeln,
- der Täter zeigt Einsicht, sodass Wiederholungen nicht zu befürchten sind.

Bei Gewerbetreibenden ist der durch den Verstoß erlangte wirtschaftliche Vorteil abzuschöpfen (§§ 17 Abs. 4, 29a OWiG).

c) Exkurs: Atemschutzmasken und das verkehrsrechtliche Verhüllungsverbot

Zunehmend wird das Tragen von Atemschutzmasken zur Infektionsverhinderung diskutiert. Das kann bei einem Kfz-Führer zu einem Konflikt mit dem seit 19.10.2017 geltenden

Verhüllungs- und Verdeckungsverbot in § 23 Abs. 4 S. 1 StVO führen (Nr. 247a BKat: Regelbuße von 60 €; näher *Hentschel/Dauer/König*, StVR, 45. Aufl. 2019, § 23 StVO Rn 37a; BVerfG zfs 2018, 230 zur Verhüllung aus Glaubensgründen). Solange und soweit das Tragen einer solchen Maske nicht zwingend ist, sondern nur empfohlen wird, geht das Verhüllungsverbot vor. Angesichts des überschaubaren Infektionsrisikos während einer Fahrt ist eine Pflicht zum Tragen solcher Masken bei der Fahrt auch kaum zu erwarten.

3. Straftaten

Nach **§§ 75 Abs. 1 Nr. 1, 28 Abs. 1 S. 2, 32 IfSG** sind vorsätzliche oder fahrlässige (Abs. 4) Zuwiderhandlungen gegen eine vollziehbare behördliche Anordnung auch in Verbindung mit einer Rechtsverordnung wie der CoronaSchVO strafbar. Erfasst ist damit nicht schon die Zuwiderhandlung gegen die CoronaSchVO, sondern erst der Verstoß gegen eine hierauf gestützte **Anordnung** (*Lorenz/Oglakcioglu* KriPoZ 2020, 108, 115). Angedroht wird Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bei Fahrlässigkeit oder zwei Jahren bei Vorsatz. Das betrifft in erster Linie **Ansamlungs-, Versamlungs- und Veranstaltungsverbote** (§§ 11 Abs. 1, 12, 15 CoronaSchVO). Aufgrund der Änderung des § 28 Abs. 1 S. 2 IfSG zum 28.3.2020 durch das Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.3.2020 (BGBl I, S. 587, näher *Rixen* NJW 2020, 1097) ist das quantitativ unbestimmte Merkmal „*einer größeren Anzahl von Menschen*“

entfallen. **Betretungsverbote** (§§ 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 5, 2 Abs. 2 CoronaSchVO) oder **Verlassensverbote** wie Ausgangsbeschränkungen (§ 4 BayLfSMV) sind durch jene Reform mit Wirkung zum 28.3.2020 nicht mehr in § 28 Abs. 1 Satz 2 IfSG aufgeführt, sondern in dessen Satz 1. Damit entfällt die Strafbarkeit nach § 75 Abs. 1 Nr. 1 IfSG. Es bleiben in solchen Fällen nur die Bußgeldtatbestände in § 73 Abs. 1a Nrn. 6 und 24 IfSG anwendbar (zu der Reform des § 28 Abs. 1 IfSG *Pschorr* JuWissBlog Nr. 44/2020 v. 1.4.2020, <https://www.juwiss.de/44-2020/>).

Wird durch einen solchen Verstoß die Krankheit oder der Krankheitserreger **verbreitet**, so wird dies nach der **Qualifikation nach § 75 Abs. 3 IfSG** mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft, soweit nicht die Tat in anderen Vorschriften mit einer schweren Strafe bedroht ist. **Verbreiten** bedeutet die Übertragung der Krankheit bzw. des Erregers auf einen anderen unter Umständen, die die unkontrollierte Ansteckung einer unbestimmten Anzahl von Personen erwarten lässt. Auf welche Weise der Täter die Krankheit oder den Erreger überträgt, ist nicht maßgeblich (*Erbs/Kohlhaas-Häberle*, § 74 IfSG Rn 4). Dieser kausale Verbreitungserfolg muss allerdings nachgewiesen sein. Die Verbreitung muss vorsätzlich erfolgen, wobei bedingter Vorsatz genügt. Die Subsidiaritätsklausel bezieht sich auf §§ 211, 212, 224, 226, 227 StGB, nicht hingegen auf die vorsätzliche oder fahrlässige Körperverletzung mit geringeren Strafandrohungen. Die weitere Strafvorschrift des **§ 74 IfSG** stuft vorsätzliche Verstöße, die nach § 73 Abs. 1a Nr. 6 und 24 IfSG ordnungswidrig sind, zur Straftat mit einer Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren hoch, wenn gegen Anordnungen im Rahmen der § 28 Abs. 1 S. 1 (Betretens- oder Verlassensverbote) bzw. §§ 29 bis 31 IfSG (Beobachtung, Quarantäne, berufliches Tätigkeitsverbot) oder eine entsprechenden Rechtsverordnung nach § 32 S. 1 IfSG verstoßen und dadurch die Krankheit oder der Krankheitserreger verbreitet wird.



III. Straftaten nach StGB

1. Körperverletzungsdelikte

Einschlägig sind hier vorrangig die **vorsätzliche und fahrlässige Körperverletzung** (§§ 223, 229 StGB). Unter „*Schädigung der Gesundheit*“ ist das Hervorrufen oder Steigern eines wenn auch nur vorübergehenden pathologischen Zustands unabhängig davon zu verstehen, ob der Geschädigte zuvor gesund war oder eine Vorschädigung bestand (*Fischer*, StGB, 67. Aufl. 2020, § 223 Rn 8). **Auch die Infektion mit Krankheitserregern** fällt darunter. Die Tat ist bereits mit der Infektion als solcher vollendet, ein Ausbruch der entsprechenden Krankheit ist nicht erforderlich (zum HI-Virus BGHSt 36,1 Rn 17 = NJW 1989, 781; BGHSt 36, 262 Rn 13 = NJW 1990, 129; BGH NStZ 2009, 34; *Fischer*, § 223 Rn 13 f.). Auf diese Weise werden der Nachweis eines Krankheitsausbruchs und der Kausalität einer bestimmten Infektion hierfür entbehrlich. Das kann allenfalls Bedeutung für die Strafzumessung haben. Tathandlung kann das schlichte Ausatmen von infizierten Tröpfchen, das Anhusten oder Anniesen, aber auch das gezielte Anspucken sein, wobei insofern das hierbei ausgelöste Ekelgefühl für sich allein nicht genügt (BGH NStZ 2016, 27).

Bei der **gefährlichen Körperverletzung nach § 224 StGB** kommt die Beibringung von Gift oder anderen gesundheitsschädlichen Stoffen in Betracht (Abs. 1 Nr. 1). Das kann bei der Infektion mit Krankheitserregern der Fall sein (*Fischer*, § 224 Rn 5; *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben*, § 224 Rn 2c). Dieser erst im Jahr 1998 eingeführte Tatbestand spielte bei den HIV-Entscheidungen des BGH noch keine Rolle, da der damals geltende Tatbestand der Vergiftung (§ 229 StGB a.F.) die Absicht der Gesundheitsbeschädigung voraussetzte. Von Bedeutung ist vor allem die Körperverletzung **mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung** (Abs. 1 Nr. 5). Hierfür ist keine konkrete Lebensgefährdung erforderlich; ausreichend ist die generelle Eignung der

Behandlung zur Gefährdung des Lebens nach den Umständen des Einzelfalls (*Fischer*, § 224 Rn 27). Bei der Infektion eines unwissenden Partners mit HI-Viren mittels ungeschützten Geschlechtsverkehrs hat der BGH das angenommen (BGHSt 36,1 Rn 22 = NJW 1989, 781; BGHSt 36, 262 Rn 14 = NJW 1990, 129). Hintergrund war, dass die hierdurch bewirkte Krankheit AIDS nach dem damaligen Stand der Therapie regelmäßig einen tödlichen Verlauf genommen hat (BGHSt 36,1 Rn 22 = NJW 1989, 781). Nach der zu COVID-19 gegenwärtig bekannten Letalitätsrate bis zu 2 % (o. I.) besteht eine solche hohe Wahrscheinlichkeit eines letalen Ausgangs hier nicht. Zudem dürfte ein Teil der Letalitätsrate auf unzureichender medizinischer Versorgung (Stichwort: fehlende Intensivplätze in Krankenhäusern) beruhen, was das Vorliegen des Merkmals „mittels“ fraglich macht, das nur unmittelbare Folgen erfasst (BGH NStZ 2010, 276). Jedenfalls wird angesichts dieser Umstände auch ein nur bedingter Vorsatz nicht anzunehmen sein (zur schweren Körperverletzung *Deutscher StRR* 4/2020, 5, 7).

2. Tatbestandsausschlüsse

Unabhängig von dogmatischen Feinheiten können Ausschlüsse auf der Tatbestands-ebene eingreifen. Dabei sind zwei Fallgruppen zu unterscheiden:

a) Fallgruppe 1: Normgerechtes und empfohlenes Verhalten

Der Infizierte, Krankheitsverdächtige oder Ansteckungsverdächtige hält sich an die auferlegte Quarantäne oder die angeordneten Beschränkungen und folgt auch den allgemeinen Empfehlungen wie Abstandhalten, regelmäßiges Händewaschen oder sich möglichst zu Hause aufzuhalten bis hin zur freiwilligen „Quarantäne“. Gleichwohl kann es zu **vorhersehbaren Infektionen anderer Personen kommen**. Dies ist etwa denkbar im engen Zusammenleben mehrerer Personen, am Arbeitsplatz oder bei Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel.

aa) Sozialadäquanz und erlaubtes Risiko

Unter **Sozialadäquanz** sind Verhaltensweisen zu verstehen, die zwar einen Straftatbestand formal erfüllen, aber im Rahmen der normalen sozialen Ordnung des Lebens liegen (*Fischer*, Vor § 32 Rn 12; *Schönke/Schröder/Eisele*, Vor § 13 Rn 69 f.). Weitergehend wird beim sog. **erlaubten Risiko** die Schaffung geringerer Risiken etwa bei gesellschaftlich anerkanntem oder verkehrsgerechtem Verhalten zumindest die objektive Zurechnung eines kausal bewirkten Erfolgs ausgeschlossen (näher *Fischer*, Vor § 32 Rn 13, *Schönke/Schröder/Eisele*, Vor §§ 13 Rn.70c, 93 jew. m.N.). Der BGH hat „bei alltäglichen und landläufigen Infekten“ wie etwa bei Erkältungskrankheiten, die geradezu „in der Luft“ liegen und damit im menschlichen Zusammenleben kaum abschirmbar sind und die zudem regelmäßig keine erhebliche Gefahr für die Gesundheit anderer herbeiführen, eine Sozialadäquanz angenommen (BGHSt 36,1 Rn 39 = NJW 1989, 781; *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben*, vor § 32 Rn 107c bei Ansteckung von Vorlesungsteilnehmern durch einen stark erkälteten Kommilitonen; *LK/Laufhütte*, 12. Aufl. 2018, § 223 Rn 31). Bei einem ungeschützten Sexualverkehr eines HIV-Infizierten ist das jedoch anders, „weil jede HIV-Übertragung einen lebenslang wirkenden, mit hoher Wahrscheinlichkeit tödlich verlaufenden Eingriff in Lebensgüter des Infizierten darstellt und weil beim Sexualverkehr als wichtigstem Übertragungsweg für AIDS die Ansteckungsgefahr in zumut-

barer Weise durch Benutzung von Kondomen wenn auch nicht völlig ausgeschlossen, so doch zumindest abgeschirmt und damit wesentlich verringert werden kann“ (BGH a.a.O.). Der Gefährlichkeitsgrad von SARS-CoV-2 liegt zwischen HI-Virus einerseits und einfachen Erkältungskrankheiten andererseits. Obwohl SARS-CoV-2 unter das IfSG fällt, liegt bei norm- und empfehlungsgemäßigem Verhalten eines Infizierten, Krankheitsverdächtigen oder Ansteckungsverdächtigen eine hinreichende Abschirmung vor und ist eine wesentliche Verringerung der Ansteckungsgefahr anzunehmen (wohl a.A. *LK/Laufhütte*, a.a.O.). Eine dennoch verursachte Infektion eines anderen liegt dann **innerhalb der Grenzen des allgemeinen Lebensrisikos**.

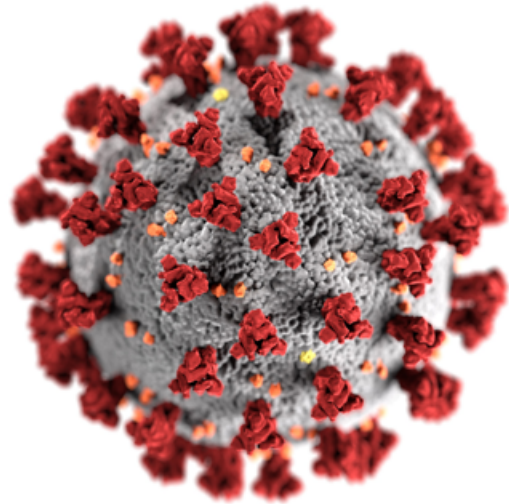
bb) Eigenverantwortliche Selbstgefährdung

Folgt man dem generell oder jedenfalls bei Kenntnis des Infizierten von seiner Infektion nicht, kommen die zuvor genannten Tatbestandsausschlüsse nicht in Betracht. Die objektive Zurechnung des Erfolgsunrechts zu einem Verhalten kann aber ausgeschlossen sein, wenn eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Verletzten vorliegt. Nicht strafbar macht sich, wer das **zu einer Selbstverletzung führende eigenverantwortliche Handeln des Selbstschädigers vorsätzlich oder fahrlässig veranlasst, ermöglicht oder fördert**, sofern er nicht kraft überlegenen Sachwissens das Risiko besser erfasst als der sich selbst Verlet-



zende (BGHSt 32, 262). Maßgebliches Abgrenzungskriterium zwischen strafloser Beteiligung an einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung bzw. -schädigung und der grundsätzlich tatbestandsmäßigen Fremdschädigung eines anderen ist die **Trennungslinie zwischen Täterschaft und Teilnahme**. Liegt die Tatherrschaft über die Gefährdungs- bzw. Schädigungshandlung nicht allein beim Gefährdeten bzw. Geschädigten, bleibt die Zurechnung bestehen (zur Tötung des Beifahrers bei einem verabredeten Autorennen BGHSt 53, 55 = NJW 2009, 1155 = VRR 2009, 109 = StRR 2009, 228 [jew. Deutscher]). Das Vorliegen der Tatherrschaft ist in den hier relevanten Fällen fraglich. Einerseits geht die Tathandlung des Infizierens vom bereits Infizierten aus. Andererseits begibt sich der Verletzte bei Kenntnis der vorhandenen Infektion des anderen bewusst und freiwillig in eine Gefahrensituation, aus der er sich anders als der Beifahrer während eines laufenden Autorennens jederzeit wieder zurückziehen könnte, sei es im häuslich-familiären Bereich oder in der Öffentlichkeit. Zudem hat der BGH eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung beim ungeschützten Sexualverkehr mit einem HIV-Infizierten nur unter dem Gesichtspunkt ausgeschlossen, dass der Verletzte von der Infektion keine Kenntnis hatte (Virus BGHSt 36,1 Rn 38 ff. = NJW 1989, 781; AG Hamburg NJW 1989, 2071). Nimmt man in den Blick, dass das **bewusste Sich-Begeben in die Nähe einer mit SARS-CoV-2 infizierten Person** ein von dem Verletzten gesteuertes und beherrschtes Verhalten ist, kann die objektive Zurechnung ausgeschlossen werden, sofern Infizierter und Verletzter sich hinsichtlich Wissen und Wollen auf gleicher Höhe befinden. Das gilt erst recht in den merkwürdig anmutenden Fällen der absichtlichen Selbstinfektion (sog. Pozzing, hierzu *Brand/Lotz*, JR 2011, 516). Bei **Personen ohne die erforderliche Verstandesreife** wie etwa kleinen Kindern oder Personen mit geistiger Behinderung ist das indessen problematisch. In den Fällen sog. Masern-Partys, bei denen Eltern ihr Kind zu anderen Kindern mit ansteckenden Kinderkrankheiten schicken, um eine körpereigene

Abwehr gegen die durchgestandene Erkrankung zu bilden, wird allgemein die objektive Zurechnung bejaht (*Ellbogen*, medstra 2016, 273; *Wedlich*, ZJS 2013, 559). Dann kommt allenfalls eine Rechtfertigung wegen **Einwilligung in eine Fremdgefährdung in Betracht** möglich, wobei die Sperre des § 228 StGB zu beachten ist.



b) Fallgruppe 2: Normwidriges Verhalten

Hält sich der Infizierte, Krankheitsverdächtige oder Ansteckungsverdächtige nicht an die angeordneten Beschränkungen oder folgt er nicht den Empfehlungen zur Verhinderung der Verbreitung der Infektion, ist unabhängig von der Kenntnis der Beteiligten von der Infektion ein **Tatbestandsausschluss nicht angezeigt**. Dies betrifft auch das Vereiteln der Beobachtung und Verstöße gegen angeordnete Quarantänen und berufliche Tätigkeitsverbote (§§ 29–31 IfSG). Erst recht gilt dies für das Anhusten, Anniesen oder Anspucken (o. III 1); zur Strafbarkeit nach § 75 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 IfSG o. II 3).

3. Vorsatz und Fahrlässigkeit

a) Dolus eventualis

Trotz der hohen Gefahr der Infektionsübertragung bei näherem Kontakt zum SARS-CoV-2-Infizierten wird ihm vielfach diese Gefahr zwar in ihren Umrissen angesichts des Umfangs der medialen Berichterstattung bekannt sein, er aber etwa bei Mitbewohnern oder nahestehenden Personen gleichwohl darauf hoffen, dass

es nicht zur Infektion des anderen kommt. Die hieraus resultierende Frage nach der **Abgrenzung von dolus eventualis oder bloß bewusster Fahrlässigkeit** stellt sich in gleicher Weise bei Personen, die noch nicht positiv getestet worden sind und daher keine positive Kenntnis ihrer Infektion haben (Krankheitsverdächtige oder Ansteckungsverdächtige), die aber die typischen Krankheitssymptome aufweisen (objektiver Verdachtsfall). Liegen weder eine positive Kenntnis der Infektion noch solche Symptome vor (kein Verdachtsfall), kann allenfalls unbewusste Fahrlässigkeit in Betracht kommen.

Die Annahme von dolus eventualis erfordert kumulativ als **kognitives Element** die Kenntnis von der Gefährlichkeit des Verhaltens und als **voluntatives Element**, dass der Täter den Eintritt des Erfolges billigend in Kauf nimmt (näher *Fischer*, § 15 Rn 12). Hier ist v.a. das voluntative Element von Bedeutung. Dessen Feststellung erfordert eine **Gesamtabwägung aller Umstände** des Einzelfalls und ist besonders beim Vorsatz bezüglich der Lebensgefährdung nach § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB zweifelhaft (BeckOK-StGB/*Eschelbach*, § 224 Rn 44, o. III 1). Hilfreich bei der erforderlichen Beurteilung des Einzelfalls sind folgende **Kriterien** (nach BeckOK-StGB/*Kudlich*, § 15 Rn 23):

- die objektive Gefährlichkeit der Handlung für das Rechtsgut und der Grad der Kenntnis vom Umfang der Gefahr, z.B. die Kenntnis vom Grad der Infektionswahrscheinlichkeit (BGH StV 2007, 402),
- die Wahrnehmungszeit (Spontanhandlung),
- das Vermeidungs- bzw. Gefahrvermindeungsverhalten, ggf. auch die Hoffnung auf eine krankheitsvermeidende oder -verringende Behandlung,
- die emotionale Nähe zwischen Täter und Opfer,

- die Dynamik des Geschehens,
- das Vorliegen oder Fehlen eines einleuchtenden Motivs,
- Alkohol- oder Drogenkonsum des Täters,
- als rückwirkendes Indiz das Nachtatverhalten.

b) Irrtümer

Kennt der Täter die bei ihm vorliegende Infektion nicht, dann liegt ein **Tatbestandsirrtum** vor, es bleibt die Möglichkeit der Strafbarkeit wegen fahrlässiger Körperverletzung (§ 16 Abs. 1 StGB). Gleiches gilt, wenn er die Gefährlichkeit seines Verhaltens nicht erkannt hat, was allerdings angesichts der umfangreichen Berichterstattung in allen Medien und der Folgen im öffentlichen Leben in der Praxis kaum denkbar sein dürfte. Sieht er sich trotz Kenntnis all dieser Umstände gleichwohl als zu seinem Verhalten berechtigt an, handelt es sich um einen **vermeidbaren Verbotsirrtum** (§ 17 StGB). Hält sich der Täter irrtümlich für infiziert oder ansteckend, begeht er einen **untauglichen Versuch** (AG Nürtingen StV 2009, 418).

4. Nachweisfragen

Mit der zunehmenden Verbreitung des Virus SARS-CoV-2 wird der **erforderliche Nachweis schwieriger** werden, dass eine Infektion des Verletzten gerade auf eine Infizierung durch eine bestimmte andere Person zurückzuführen ist (MüKo/*Joecks (Hartung)*, 3. Aufl. 2017, Vorbem. zu § 223 Rn 61). Sollte es Mutationen des Virus geben, könnte hierdurch anhand unterschiedlicher Virenstämme der Nachweis erleichtert werden, dass die Infektion auf den Infizierten zurückzuführen ist (vgl. BGH NStZ 2001, 333; StV 2013, 698). Außerhalb dessen müsste eine Infektion durch eine dritte Person mit der erforderlichen Sicherheit auszuschließen sein. **Maßgebliche Indizien** können der Grad und Umfang des Kontakts zwischen Infiziertem und Verletztem sein sowie das Aus-

maß sozialer Kontakte des Verletzten zu anderen Personen. Ist der Nachweis nicht zu führen, kommt bei Vorsatz nur ein nach § 223 Abs. 2 StGB strafbarer Versuch der vorsätzlichen Körperverletzung in Betracht. Ist bei nachgewiesener Infizierung **nicht sicher, auf welchen Vorgang** zwischen Infiziertem und Verletztem diese genau zurückzuführen ist, kann das als Wahlfeststellung im Tatsächlichen (Tatsachenalternativität) offenbleiben (BGHSt 36, 262 Rn 21 = NJW 1990, 129).

5. Tötungsdelikte

a) Vorsätzliche Tötung

Selbst wenn der Geschädigte infolge der Infektion stirbt, ist eine Strafbarkeit wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts (§§ 211, 212 StGB) oder dessen Versuch **mangels Tötungsvorsatzes** ausgeschlossen. Der BGH hat in den HIV-Fällen das Vorliegen eines bedingten Tötungsvorsatzes unter Hinweis auf die hohe Hemmschwelle für die Annahme eines Tötungsvorsatzes abgelehnt, weil an der Billigung des tödlichen Ausgangs in den dortigen Fällen erhebliche Zweifel bestehen (BGHSt 36,1 Rn 37 = NJW 1989, 781; BGHSt 36, 262 Rn 17 = NJW 1990, 129; näher *Fischer*, § 212 Rn 4). Angesichts der wesentlich geringeren Letalitätswahrscheinlichkeit bei einer Infektion mit SARS-CoV-2 gilt dies hier erst recht. Daran ändert auch nichts der Umstand, dass der Verletzte wegen Alters oder Vorerkrankungen zu einer Risikogruppe gehört.

b) Fahrlässige Tötung

Für die fahrlässige Tötung (§ 222 StGB) gelten die oben zu III 1 und 2 dargestellten Überlegungen zu den Tatbestandsvoraussetzungen und -ausschlüssen **entsprechend**.

6. Weitere allgemeine Straftatbestände

Die weitreichenden Einschränkungen des

öffentlichen Lebens haben zur Folge, dass es über die Infektion anderer Personen hinaus vermehrt auch zu anderen Straftaten kommen wird. Hier ist in erster Linie an **Diebstähle** zu denken, zum einen Ladendiebstähle durch Entwenden von als knapp empfundenen Waren (aktuell Toilettenpapier, Mehl, Nudeln) oder aufgrund des Wegfalls von Einkommen, zum anderen aus Krankenhäusern, Arztpraxen u.Ä. (Desinfektionsmittel und -spender). Denkbar sind auch **Drohungen** von entdeckten Tätern mit einer Ansteckung (§§ 240, 252, 253, 255). Des Weiteren ist mit **Einbruchstaten** in aufgrund der behördlichen Anordnungen geschlossene Ladengeschäfte zu rechnen, bei längerer Dauer der Ausnahmesituation auch mit Plünderungen. **Widerstand gegen und tätliche Angriffe auf Vollstreckungsbeamte** im Zusammenhang mit der polizeilichen oder ordnungsbehördlichen Durchsetzung der angeordneten Einschränkungen sind zu erwarten; ebenso **Hausfriedensbrüche** durch das Betreten abgesperrter Bereiche und Verstöße gegen §§ 23, 26 VersammlungsgG wegen Durchführung von oder öffentlicher Aufforderung zur Teilnahme an Versammlungen. Durch Kontaktsperrungen und Ausgangsbeschränkungen wird es vermehrt zu **Fällen häuslicher Gewalt** kommen. Auch die krisenbedingt vereinfachte Begehung von Diebstählen und Betrugstaten durch falsche Polizeibeamte, Mitarbeiter des Ordnungs- oder Gesundheitsamts oder Ärzte („*Enkeltrick im weißen Kittel*“) besonders **gegenüber älteren Personen** sowie das **Erschleichen von öffentlichen Krediten und Unterstützungsleistung** zur Abmilderung der Pandemiefolgen ist hier zu nennen. Die Einschränkungen der Freiheit durch die Beschränkungen als Freiheitsberaubung oder Nötigung sind durch die entsprechenden landesrechtlichen Anordnungen auf der Grundlage des IfSG in deren Rahmen gerechtfertigt oder nicht verwerflich (§ 240 Abs. 2 StGB) ●

Hinweis der Redaktion: Dieser Beitrag erschien in ZAP 9/2020, S. 489 ff. am 6.5.2020.

Hinweis:

Die Ausführungen in diesem Werk wurden mit Sorgfalt und nach bestem Wissen erstellt. Sie stellen jedoch lediglich Arbeitshilfen und Anregungen für die Lösung typischer Fallgestaltungen dar. Die Eigenverantwortung für die Formulierung von Verträgen, Verfügungen und Schriftsätzen trägt der Benutzer. Herausgeber, Autoren und Verlag übernehmen keinerlei Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in diesem Magazin enthaltenen Ausführungen.

Hinweis zum Urheberrecht:

Die Inhalte dieses Magazins wurden mit erheblichem Aufwand recherchiert und bearbeitet. Sie sind für den Leser zur ausschließlichen Verwendung zu internen Zwecken bestimmt. Dementsprechend gilt Folgendes:

- Die schriftliche Verbreitung der Veröffentlichung (auch in elektronischer Form) der Informationen aus diesem Infobrief darf nur unter vorheriger schriftlicher Zustimmung durch die Herausgeber erfolgen. In einem solchen Fall sind die Herausgeber als Quelle zu benennen.
- Unter „Informationen“ sind alle inhaltlichen Informationen sowie bildliche oder tabellarische Darstellungen von Informationen aus diesem Magazin zu verstehen.
- Jegliche Vervielfältigung der mit dem Magazin überlassenen Daten, insbesondere das Kopieren auf Datenträger sowie das Bereitstellen und/oder Übertragen per Datenfernübertragung ist untersagt.
- Ausgenommen hiervon sind die mit der Nutzung einhergehenden, unabdingbaren flüchtigen Vervielfältigungen sowie das Herunterladen oder Ausdrucken der Daten zum ausschließlichen persönlichen Gebrauch. Vom Vervielfältigungsverbot ausgenommen ist ferner die Erstellung einer Sicherheitskopie, soweit dies für die Sicherung künftiger Benutzungen des Infobriefs zum vertraglich vorausgesetzten, ausschließlich persönlichen Gebrauch notwendig ist. Sicherungskopien dürfen nur als solche verwendet werden.
- Es ist nicht gestattet, das Magazin im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit Dritten zur Verfügung zu stellen, sonst zugänglich zu machen, zu verbreiten und/oder öffentlich wiederzugeben.



DeutscherAnwaltVerlag

**Deutscher Anwaltverlag und Institut
der Anwaltschaft GmbH**

Rochusstraße 2
53123 Bonn
02 28 - 9 19 11 00

JurCase

JurCase GmbH

Münzstraße 27A
51379 Leverkusen
info@JurCase.com
0 21 71 - 70 58 340