

## NEBENGEBIETE

### Arbeitsrecht

#### **Problem: Zur Kündigungsfrist für Geschäftsführerdienstverträge**

**Einordnung: Für Geschäftsführerdienstverträge, die keine Arbeitsverträge sind, gilt § 621 BGB**

BGH, Urteil vom 11.06.2020, 2 AZR 374/19

Die gesetzliche Kündigungsfrist für Geschäftsführerdienstverträge, die keine Arbeitsverträge sind, folgt aus § 621 BGB.

#### **SACHVERHALT**

Die Beklagte übernahm im Jahr 2009 im Wege eines Betriebsübergangs eine im Land Brandenburg gelegene Rehaklinik, in der die Klägerin bereits zuvor als Verwaltungsleiterin tätig war. Die Gesellschafterversammlung bestellte sie im Juli 2009 zur Geschäftsführerin der Beklagten. Diese beschäftigte sie auf Grundlage eines schriftlichen Anstellungsvertrags zu einem Jahresgrundentgelt i.H.v. 100.000 € brutto, das in zwölf mtl. Raten zu zahlen war. Nach § 19 III des Anstellungsvertrags ersetzt dieser sämtliche zwischen den Parteien bestehenden sonstigen Regelungen. Im Juli 2017 verfassten die Klägerin und drei weitere Geschäftsführer einen Brief an den Aufsichtsrat des Vereins, dessen Tochtergesellschaft die Beklagte ist. Sie warfen dem Vereinsvorstand Untätigkeit, Unfähigkeit, eine verfehlte Personalpolitik bei der Stellenbesetzung im Verein und die fehlende Einbindung der Geschäftsführungen der Gesellschaften vor. Die Vorstandsmitglieder seien "weder menschlich noch fachlich in der Lage den Verein in die Zukunft zu führen".

Im Juli 2017 mahnte der Verein die Klägerin schriftlich ab. Im August 2017 wurde ein Vorstandsmitglied des Vereins als alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Beklagten in das Handelsregister eingetragen und die Alleinvertretungsbefugnis der Klägerin gestrichen. Im September 2017 wandten sich die Klägerin und zwei Geschäftsführer erneut schriftlich an den Aufsichtsrat und vertieften ihre Kritik am Vereinsvorstand. Im Rahmen eines im November 2017 mit dem Vorstand geführten Perspektivgesprächs bot die Klägerin an, die Geschäftsanteile der Beklagten zu übernehmen. Im Januar 2018 wurde die Klägerin von einer Managementkonferenz eingeladen. Ab Mitte Februar 2018 erhielt sie keine Auszüge über den Kontostand der Beklagten mehr.

Im Februar 2018 beschloss die Gesellschafterversammlung die ordentliche Kündigung der Klägerin und ihre Abberufung als Geschäftsführerin zum 1.3.2018. Mit einem auf 27.2.2018 datierten und der Klägerin am Folgetag übergebenen Schreiben kündigte die Beklagte das Anstellungsverhältnis ordentlich zum 31.5.2018. Bei Zugang der Kündigung war die Klägerin ehrenamtliche Richterin bei einem Arbeitsgericht im Land Brandenburg. Mit ihrer Klage wendet sich die Klägerin gegen die Kündigung des Anstellungsverhältnisses.

Das ArbG gab der Klage statt; das LAG wies sie im Wesentlichen ab. Die Revision der Klägerin hatte vor dem BAG keinen Erfolg.

#### **LÖSUNG**

Das LAG hat zu Recht festgestellt, dass zwischen den Parteien lediglich bis zum 30.6.2018 ein Anstellungsverhältnis bestanden hat.

Der von der Beklagten ausgesprochenen Kündigung vom 27.2.2018 stehen keine Unwirksamkeitsgründe entgegen. Die Kündigung gem. § 14 I Nr. 1 KSchG bedurfte nicht der sozialen Rechtfertigung i.S.d. § 1 II KSchG und sie ist nicht gem. § 26 I ArbGG bzw. § 45 Ia Satz 3 DRiG jeweils i.V.m. § 134 BGB nichtig. Die Klägerin war im Zeitpunkt des Kündigungszugangs zwar ehrenamtliche Richterin an einem Arbeitsgericht. Die Kündigung fällt aber nicht in den sachlichen Anwendungsbereich der Vorschriften. Einen Zusammenhang zwischen Richtertätigkeit und Kündigung hat das LAG nicht festgestellt. Die Kündigung ist nicht nach Art. 110 I 2 BbgVerf i.V.m. § 134 BGB nichtig. Die Klägerin fällt nicht unter den persönlichen Anwendungsbereich der Norm. Die Kündigung der Klägerin ist nicht gem. § 612a i.V.m. § 134 BGB nichtig. Die Klägerin ist keine Arbeitnehmerin und fällt nicht in den persönlichen Anwendungsbereich der Vorschrift. Dahinstehen kann, ob § 612a BGB auch arbeitnehmerähnliche Personen erfasst. Die Klägerin ist keine arbeitnehmerähnliche Person. Die Kündigung ist weder sittenwidrig (§ 138 I BGB) noch treuwidrig (§ 242 BGB).

Das LAG hat auch zutreffend angenommen, dass die Kündigung vom 27.2.2018 das Anstellungsverhältnis der Klägerin mit der in § 621 Nr. 4 BGB bestimmten Frist von sechs Wochen zum Schluss des Kalendervierteljahrs zum 30.6.2018 beendet hat. Die Revision rügt demgegenüber zu Unrecht die unterbliebene Anwendung von § 622 II BGB. Die Parteien haben im Anstellungsvertrag die Frist für dessen ordentliche Kündigung nicht eigenständig geregelt, sondern lediglich auf "die gesetzliche Kündigungsfrist" Bezug genommen. Der BGH hat in zwei Entscheidungen § 622 I 1 BGB a.F. auf die Kündigung des Anstellungsverhältnisses von GmbH-Geschäftsführern angewandt, soweit diese nicht zugleich Mehrheitsgesellschafter waren. Zur Begründung hat er angeführt, es liege eine planwidrige Regelungslücke vor, nicht an der Gesellschaft beteiligte Fremdgeschäftsführer seien mit Arbeitnehmern vergleichbar und die entsprechende Anwendung des § 622 I 1 BGB a.F. statt des § 621 Nr. 3 BGB liege gleichermaßen im Interesse des Geschäftsführers und der Gesellschaft.

Die instanzgerichtliche Rechtsprechung ist dem BGH gefolgt. Auch das Schrifttum hat sich überwiegend dem BGH angeschlossen. Allerdings ist die Rechtsprechung des BGH auch auf Ablehnung gestoßen. Das BAG hat die im Angestelltenkündigungsschutzgesetz bestimmte Fristenregelung jedenfalls bei Fremdgeschäftsführern für anwendbar gehalten. Nach zutreffender Ansicht kann sich ein Geschäftsführer, der nicht Mehrheitsgesellschafter der GmbH ist und zu ihr in keinem Arbeitsverhältnis steht, nicht auf die verlängerten Kündigungsfristen des § 622 II BGB berufen. § 622 BGB ist – seinem Wortlaut entsprechend – nur auf die Kündigung des Arbeitsverhältnisses anzuwenden. Wegen der für freie Dienstverhältnisse bestehenden Regelung in § 621 BGB fehlt es an einer ausfüllungsbedürftigen planwidrigen Regelungslücke, die eine analoge Anwendung der Norm auf die Kündigung eines Geschäftsführeranstellungsvertrags zuließe. Aus diesem Grund ist es rechtlich ohne Bedeutung, ob das Fristenregime in § 622 I 1 BGB gegenwärtig noch als interessengerechter anzusehen ist, als die Kündigungsfrist des § 621 Nr. 3 BGB.

Mit der ab Oktober 1993 geltenden Neufassung des § 622 BGB hat der Gesetzgeber die Anbindung der Kündigungsfristenregelung an Arbeitsverhältnisse betont. Es ist jedenfalls nichts dafür ersichtlich, dass er die Kündigungsfristenregelung für (Fremd-)Geschäftsführer dort verortet sehen wollte. Wäre dies sein Wille gewesen, hätte die Neuregelung Anlass gegeben, die bestehende BGH-Rechtsprechung in eine gesetzliche Regelung zu übernehmen. Dies ist nicht erfolgt. Anhaltspunkte für ein diesbezügliches "Redaktionsversehen" des Gesetzgebers bestehen nicht. Es wäre ferner ein Wertungswiderspruch, mit der Rechtsprechung des Neunten Senats des BAG § 622 BGB nicht auf arbeitnehmerähnliche Personen anzuwenden, wohl aber auf einen (Fremd-)Geschäftsführer, dessen geleistete Dienste nach ihrer sozialen Typik noch weniger mit denen eines Arbeitnehmers vergleichbar sind. Die Kündigungserklärung der Beklagten hat danach das Anstellungsverhältnis der Klägerin mit der Frist des § 621 Nr. 4 BGB zum 30.6.2018 beendet.

## Wirtschaftsrecht

### **Problem: Inanspruchnahme des Kommanditisten bei Insolvenz der KG** **Einordnung: Nachweis der Erforderlichkeit der Inanspruchnahme des Kommanditisten**

BGH, Urteil vom 21.07.2020, II ZR 175/19

Der Kommanditist kann gegen seine Inanspruchnahme entsprechend § 422 I 1, § 362 I BGB einwenden, dass durch Zahlungen anderer Kommanditisten der zur Deckung der von der Haftung erfassten Gesellschaftsschulden nötige Betrag bereits aufgebracht wurde. Die Erforderlichkeit der Inanspruchnahme des Kommanditisten ist nicht allein davon abhängig, ob diese Gesellschaftsschulden aus der aktuell zur Verfügung stehenden Insolvenzmasse gedeckt werden können.

#### **SACHVERHALT**

Der Kläger ist Insolvenzverwalter einer Schiffsfondsgesellschaft in der Rechtsform einer KG (im Folgenden: Schuldnerin), über deren Vermögen im Februar 2013 das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Die Beklagte, die mit einer Einlage von 50.000 € als Kommanditistin an der Schuldnerin beteiligt ist, erhielt in den Jahren 2005 bis 2007 nicht durch Einlagen gedeckte Ausschüttungen in Höhe von insgesamt 18.500 €. Im Rahmen eines Sanierungsprogramms zahlte die Beklagte 7.500 € an die Schuldnerin zurück. Der Kläger verlangt von der Beklagten unter dem Gesichtspunkt der teilweisen Rückgewähr der geleisteten Kommanditeinlage die noch offene Differenz i.H.v. 11.000 €.

Das LG hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Die Beklagte habe nicht nachgewiesen, dass die eingeklagten 11.000 € zur Gläubigerbefriedigung nicht erforderlich seien. Das Bestreiten der ordnungsgemäßen Abrechnung durch die Beklagte sei unbeachtlich. Soweit der Kläger Gerichtskosten und Rechtsanwaltsvergütungen aus der Masse bezahlt habe, sei dies unerheblich. Insoweit könne zu diskutieren sein, ob der Insolvenzmasse fiktiv Beträge hinzugerechnet werden müssten, da die Gesellschafter nicht für sämtliche Masseverbindlichkeiten und nicht für die Verfahrenskosten hafteten. Soweit dem Insolvenzverwalter vorgeworfen werde, er habe es versäumt, Sondermassen zu bilden, könne dies nur in einem Haftungsprozess gegen den Insolvenzverwalter nach Abschluss des Insolvenzverfahrens geklärt werden.

Der BGH hat nun der Revision stattgegeben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

#### **LÖSUNG**

Das OLG hat den Einwand der Beklagten, die Insolvenzmasse decke nur deswegen nicht die Gläubigerforderungen, hinsichtlich derer eine Haftung der Kommanditisten bestehe, weil der Kläger Verbindlichkeiten beglichen habe, für die eine Haftung der Kommanditisten nicht bestehe, zu Unrecht als unerheblich angesehen.

Rechtsfehlerhaft ist die Annahme des OLG, für die Inanspruchnahme der Beklagten gemäß § 171 II HGB durch den Insolvenzverwalter sei es unerheblich, ob die Forderungen, für die die Kommanditisten haften, bereits durch Zahlungen anderer Gesellschafter der Höhe nach gedeckt sind. Dem Kommanditisten steht ggü. dem Insolvenzverwalter der Einwand zu, dass das von ihm Geforderte zur Tilgung der Gesellschaftsschulden, für die er haftet, nicht erforderlich ist. Die Darlegungs- und Beweislast hierfür hat der in Anspruch genommene Gesellschafter; jedoch hat der Insolvenzverwalter die für die Befriedigung der Gläubiger bedeutsamen Verhältnisse der Gesellschaft darzulegen, sofern nur er dazu im Stande ist.

Ob der Insolvenzverwalter in diesem Zusammenhang zu offenbaren hat, in welchem Umfang andere Gesellschafter Zahlungen zur Deckung der Gesellschaftsverbindlichkeiten geleistet haben, ist umstritten. Teilweise wird mit dem Berufungsgericht vertreten, es komme für die Frage der Erforderlichkeit der Inanspruchnahme nur auf die zum Stand der letzten mündlichen Verhandlung verfügbare Insolvenzmasse an. Decke diese nicht sämtliche Insolvenzforderungen, sei die Inanspruchnahme des Kommanditisten erforderlich. Eine mögliche Pflicht zur Bildung einer Sondermasse diene dem Schutz der von ihr begünstigten Gläubiger und berühre nicht den auf die Haftungsbegrenzung gerichteten Schutz der Kommanditisten. Dieser sei nur beeinträchtigt, wenn sie ohne anderweitige Verwendung von Mitteln nicht mehr hätten herangezogen werden müssen. Angesichts des Verfahrenszwecks gebühre den Gläubigerinteressen der Vorrang. Dies sei nicht unbillig, weil der Insolvenzverwalter bei Pflichtverstößen gem. § 60 InsO Schadensersatz leisten müsse (z.B. OLG München v. 09.05.2019, 14 U 1064/18).

Demgegenüber wird für die Frage, ob die Inanspruchnahme des Kommanditisten für die Gläubigerbefriedigung benötigt wird, teilweise darauf abgestellt, ob von den Kommanditisten der zur Begleichung der Gläubigerforderungen erforderliche Betrag zur Verfügung gestellt wurde. Seien diese Mittel zur Deckung von Verbindlichkeiten eingesetzt worden, für die die Gesellschafter nicht hafteten, könne sich der Insolvenzverwalter nicht darauf berufen, die Gläubigerforderungen könnten aus der zur Verfügung stehenden Masse nicht gedeckt werden. Der Insolvenzverwalter müsse daher die bis zur letzten mündlichen Verhandlung eingegangenen Rückzahlungen der Kommanditisten darlegen (z.B. OLG Stuttgart v. 31.07.2019, 20 U 30/18).

Die Höhe der bis zur letzten mündlichen Verhandlung eingegangenen Rückzahlungen der Kommanditisten ist ein für die Gläubigerbefriedigung bedeutsamer Umstand, dessen Darlegung typischerweise nur dem Insolvenzverwalter möglich ist. Der Kommanditist kann gegen seine Inanspruchnahme entsprechend § 422 I 1, § 362 I BGB einwenden, dass durch Zahlungen anderer Kommanditisten der zur Deckung der von der Haftung erfassten Gesellschaftsschulden nötige Betrag bereits aufgebracht wurde. Die Erforderlichkeit der Inanspruchnahme des Kommanditisten ist nicht allein davon abhängig, ob diese Gesellschaftsschulden aus der aktuell zur Verfügung stehenden Insolvenzmasse gedeckt werden können.

Den Gesellschaftsgläubigern wird durch § 171 II HGB die Möglichkeit genommen, selbst gegen den Kommanditisten vorzugehen, damit der Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung im Insolvenzverfahren der Kommanditgesellschaft auch im Hinblick auf die Haftung der Kommanditisten verwirklicht werden kann. Der Insolvenzverwalter wird bei der Geltendmachung der Haftung nach § 171 II HGB mit treuhänderischer Einziehungsbefugnis als gesetzlicher Prozessstandschafter der einzelnen Gläubiger tätig, so dass der in Anspruch genommene Gesellschafter durch Zahlungen an den Insolvenzverwalter konkrete Gläubigerforderungen zum Erlöschen bringt.

Der Übergang der Einziehungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter berührt nicht den materiellen Gehalt der Ansprüche, die der Insolvenzverwalter lediglich für Rechnung der Gläubiger im eigenen Namen wahrnimmt. **Eine Rechtsänderung tritt aber durch die Insolvenz der Gesellschaft insofern ein, als vor der Insolvenzeröffnung jeder Gläubiger den Kommanditisten bis zur Höhe der Haftsumme unbegrenzt in Anspruch nehmen kann, nach der Insolvenzeröffnung hingegen die vom Insolvenzverwalter einzuziehende Hafteinlage nur noch zur gleichmäßigen (anteiligen) Befriedigung der berechtigten Gläubiger verwendet werden darf.**

Hieraus folgt zugleich, dass die Berechtigung der Gläubiger, an der Verteilung teilzunehmen und sich auf diese Weise (teilweise) Befriedigung auf ihre Forderungen zu verschaffen, und die Einziehungsbefugnis sich nicht in jedem Fall entsprechen müssen. Der Kommanditist kann durch eine mit der Zahlung an den Insolvenzverwalter verbundene Tilgungsbestimmung die auf eine gleichmäßige Befriedigung der berechtigten Gläubiger ausgerichtete Bestimmung seiner Leistung nicht unterlaufen und ist, damit das von ihm Geschuldete zur gleichmäßigen Befriedigung zur Verfügung steht, auch nicht zur Aufrechnung mit einer gegen einen Gesellschaftsgläubiger gerichteten Forderung berechtigt.

Ebenso, wie den Gesellschaftern innerhalb und außerhalb des Insolvenzverfahrens die Wirkungen eines Vergleichs zu Gute kommen, können diese sich entsprechend § 422 I 1 BGB darauf berufen, das zur Befriedigung der Gläubiger ihrerseits Erforderliche getan zu haben. Die Gesellschafter haften für die Gläubigerforderungen untereinander als Gesamtschuldner, die Kommanditisten nach § 171 I Halbsatz 1, § 161 II, § 128 Satz 1 HGB jeweils beschränkt auf die (wiederaufgelebte) Haftsumme.

Das Berufungsurteil war danach aufzuheben und zurückzuverweisen. Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass die Erforderlichkeit der Inanspruchnahme der Beklagten zum einen davon abhängig ist, in welchem Umfang die Forderungen, für die die Beklagte haftet, bereits durch Zahlungen anderer Gesellschafter auf ihre Haftungsschuld gedeckt sind und zum anderen, ob die zur Verfügung stehende Insolvenzmasse voraussichtlich genügt, einen danach verbleibenden Restbetrag zu decken.

Soweit sich die Beklagte nicht darauf berufen kann, dass die Forderungen, für die die Gesellschafter haften, durch Zahlungen anderer Kommanditisten bereits gedeckt sind, wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob die Inanspruchnahme der Beklagten unter Berücksichtigung der sonst zur Verfügung stehenden Insolvenzmasse erforderlich ist.

## ÖFFENTLICHES RECHT

### Problem: Strafbarkeit des sog. Containerns Einordnung: Grundrechte

BVerfG, Beschluss vom 5.8.2020, 2 BvR 1985/19, 2 BvR 1986/19

**Der Gesetzgeber darf das zivilrechtliche Eigentum grundsätzlich auch an wirtschaftlich wertlosen Sachen strafrechtlich schützen.**

#### SACHVERHALT

Die beiden Beschwerdeführerinnen entwendeten diverse Lebensmittel aus einem verschlossenen Abfallcontainer eines Supermarktes. Der Abfallcontainer befand sich in der Anlieferzone des Supermarktes und stand dort zur entgeltlichen Abholung durch den Abfallentsorger bereit. In dem Container werden Lebensmittel entsorgt, deren Mindesthaltbarkeitsdatum abgelaufen ist oder die wegen ihres äußeren Erscheinungsbildes nicht mehr verkauft werden.

Das Amtsgericht verurteilte die Beschwerdeführerinnen wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB und legte ihnen acht Stunden gemeinnützige Arbeit bei einer Tafel auf. Die Verurteilung zu einer Geldstrafe von 15 Tagessätzen blieb vorbehalten. Das Amtsgericht hat insbesondere dargelegt, weshalb das Unternehmen Eigentümer der Lebensmittel geblieben und deren Wegnahme daher strafbar gewesen sei. Gegen die amtsgerichtliche Entscheidung legten die Beschwerdeführerinnen Sprungrevision ein. Im vorliegenden Fall liege eine Eigentumsaufgabe durch den Supermarkt vor. Die Lebensmittel seien daher nicht „fremd“ im Sinne des § 242 Abs. 1 StGB, sondern herrenlos gewesen.

Das Bayerische Oberste Landesgericht verwarf die Revisionen der Beschwerdeführerinnen als unbegründet. Die Auffassung des Amtsgerichts, die Lebensmittel seien fremd gewesen, begegne keinen rechtlichen Bedenken. Auch die Wertlosigkeit einer Sache berechtige Dritte nicht zur Wegnahme. Aus dem Umstand, dass die Lebensmittel zur Entsorgung in einen Abfallcontainer geworfen worden seien, folge nicht zwingend, dass dem Eigentümer das weitere Schicksal der Sache gleichgültig sei. Eine Eigentumsaufgabe komme vielmehr nur dann in Betracht, wenn der Wille vorherrsche, sich der Sache ungezielt zu entäußern. So liege der Fall hier jedoch nicht.

Mit ihren Verfassungsbeschwerden rügen die Beschwerdeführerinnen die Verletzung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG sowie die Verletzung ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG. Im vorliegenden Fall habe der Supermarkt kein schutzwürdiges Interesse an den weggeworfenen Lebensmitteln, weswegen die Strafbarkeit der Entnahme gegen das Übermaßverbot verstoße. Darüber hinaus sei im Lichte des Art. 20a GG der Gemeinwohlbelang eines verantwortungsvollen und nachhaltigen Umgangs mit Lebensmitteln zu berücksichtigen. Die massenhafte und in vielen Fällen vermeidbare Verschwendung von Lebensmitteln durch Vernichtung sei in besonderer Weise sozialschädlich.

#### LÖSUNG

Die zulässigen Verfassungsbeschwerden sind unbegründet.

Die maßgeblich an zivilrechtlichen Wertungen orientierte Auslegung der Strafgerichte in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal der „Fremdheit“ einer Sache im Sinne des § 242 Abs. 1 StGB verstößt nicht gegen das in Art. 3 Abs. 1 GG verankerte Willkürverbot.

Im Hinblick auf den Wortlaut und Schutzzweck des § 242 StGB sowie im Hinblick auf die Wahrung der Rechtseinheit und der Rechtssicherheit beruht diese Auslegung auf sachgemäßen und nachvollziehbaren Erwägungen und ist daher verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Auch gegen die strafrichterliche Beweiswürdigung ist verfassungsrechtlich nichts zu erinnern.

Die Feststellung, ob die Entnahme von Lebensmitteln aus einem Abfallbehälter eine strafbare Wegnahme einer fremden Sache darstellt, obliegt grundsätzlich den Fachgerichten. Diese haben unter Würdigung der konkreten Umstände des jeweiligen Sachverhalts zu entscheiden, ob die Abfälle durch eine Eigentumsaufgabe gemäß § 959 BGB herrenlos geworden sind, ob ein Übereignungsangebot an beliebige Dritte vorlag oder ob die Abfälle im Eigentum des bisherigen Eigentümers verblieben.

Die Fachgerichte haben maßgeblich darauf abgestellt, dass sich der Abfallcontainer in der Anlieferzone des Supermarktes und damit auf dessen eigenem Gelände befunden habe und darüber hinaus verschlossen gewesen sei. Zudem hätten die Abfälle zur Übergabe an ein spezialisiertes und vom Inhaber bezahltes Entsorgungsunternehmen bereitgestanden. Schließlich habe das Verschließen der Container eine Reaktion auf vorherige, unbefugte Entnahmen Dritter dargestellt. Aufgrund dieser Umstände sei auf den Willen des Unternehmens zu schließen, dass es weiterhin Eigentümer der Abfälle habe bleiben wollen. Gegen diese Beweiswürdigung ist aus Verfassungssicht nichts einzuwenden.

Die Strafbarkeit des „Containerns“ als Diebstahl nach § 242 Abs. 1 StGB verstößt auch nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und das Ultima-Ratio-Prinzip.

Es ist grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, den Bereich strafbaren Handelns verbindlich festzulegen. Das Bundesverfassungsgericht kann diese Entscheidung nicht darauf prüfen, ob der Gesetzgeber die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung gefunden hat. Es wacht lediglich darüber, dass die Strafvorschrift materiell in Einklang mit der Verfassung steht. Der Gesetzgeber, der bisher Initiativen zur Entkriminalisierung des „Containerns“ nicht aufgegriffen hat, ist insofern frei, das zivilrechtliche Eigentum auch in Fällen der wirtschaftlichen Wertlosigkeit der Sache mit Mitteln des Strafrechts zu schützen. Im vorliegenden Fall dient die Strafbarkeit des Verhaltens der Beschwerdeführerinnen dem Schutz des Eigentumsgrundrechts nach Art. 14 Abs. 1 GG als Rechtsgut von Verfassungsrang. Der Eigentümer der Lebensmittel wollte diese bewusst einer Vernichtung durch den Abfallentsorger zuführen, um etwaige Haftungsrisiken beim Verzehr der teils abgelaufenen und möglicherweise auch verdorbenen Ware auszuschließen. Bereits das Interesse des Eigentümers daran, etwaige rechtliche Streitigkeiten und Prozessrisiken auszuschließen und keinen erhöhten Sorgfalts-pflichten im Hinblick auf die Sicherheit der Lebensmittel ausgesetzt zu sein, ist im Rahmen der Eigentumsfreiheit nach Art. 14 Abs. 1 GG grundsätzlich zu akzeptieren. Der Gesetzgeber hat diese Verfügungsbefugnis des Eigentümers nicht durch eine gegenläufige, verhältnismäßige Inhalts- und Schrankenbestimmung eingegrenzt. Die im Wortlaut des § 242 StGB angelegte und durch die Fachgerichte konkretisierte kriminalpolitische Grundentscheidung des Gesetzgebers zur Strafbarkeit des „Containerns“ ist deshalb verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Im Übrigen existieren im Straf- und Strafprozessrecht hinreichende Möglichkeiten, im Einzelfall der geringen Schuld des Täters Rechnung zu tragen. Die Ausführungen des Amtsgerichts zur Strafzumessung berücksichtigen die Besonderheiten des Einzelfalles und sind daher verfassungsrechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden.

Ob der Gesetzgeber im Hinblick auf andere Grundrechte oder Staatszielbestimmungen wie beispielsweise den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen nach Art. 20a GG und im Rahmen einer Fortentwicklung von Inhalt und Schranken des Eigentums auch eine alternative Regelung hinsichtlich des Umgangs mit entsorgten Lebensmitteln treffen könnte, ist vorliegend ohne Bedeutung.

## **Problem: Coronavirus-Verordnung und Wesentlichkeitstheorie**

### **Einordnung: Gefahrenabwehrrecht / Grundrechte**

VerfGH Saarlouis, Beschluss vom 28.8.2020, Lv 15/20

**Die Vorschrift zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist; die Vorschrift zur Kontaktnachverfolgung ist dagegen verfassungswidrig.**

### **SACHVERHALT**

Mit seiner Verfassungsbeschwerde wandte sich ein Bürger gegen einen Beschluss des OVG Saarlouis vom 13.05.2020, mit dem sein Antrag auf Außervollzugsetzung der saarländischen Corona-Verordnung zurückgewiesen wurde. Der Beschwerdeführer sieht sich durch die Vorschriften zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung sowie zur Kontaktnachverfolgung in seinen Grundrechten der allgemeinen Handlungsfreiheit und auf Datenschutz verletzt.

### **LÖSUNG**

Die Verfassungsbeschwerde hat teilweise Erfolg.

Die Vorschrift zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung (Art. 2 § 2 der Corona-Verordnung) ist verfassungsgemäß. Der mit der "Maskenpflicht" verbundene Grundrechtseingriff ist gering. Die "Maskenpflicht" ist zeitlich eng begrenzt, verlangt einen geringen Aufwand und kann im Wesentlichen als lästig betrachtet werden, führt aber nicht zu ins Gewicht fallenden Einschränkungen der Fortbewegungs- und Entfaltungsfreiheit. Angesichts der derzeitigen wissenschaftlichen Erkenntnisse, wonach das Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung geeignet ist, Infektionen Anderer mit dem Coronavirus einzudämmen und so zur Stabilität des Gesundheitssystems beizutragen, stellt sich die durch Art. 2 § 2 der Corona-Verordnung getroffene Regelung als eine verfassungsrechtlich nicht zu beanstandende Maßnahme zur Bekämpfung der Pandemie dar.

Demgegenüber ist Art. 2 § 3 der saarländischen Corona-Verordnung verfassungswidrig. Durch die Vorschrift wird die Erhebung persönlicher Informationen nicht nur im Rahmen von Gaststättenbesuchen, sondern auch beispielsweise von Gottesdiensten, politischen und gesellschaftlichen Zusammenkünften, bewirkt. Damit ist die Pflicht zur Gewährleistung einer Kontaktnachverfolgung durchaus geeignet, Bürgerinnen und Bürger von der Ausübung grundrechtlicher Freiheiten entscheidend abzuhalten und Bewegungs- und Persönlichkeitsprofile zu erstellen. Über einen solchen Eingriff darf nicht die Exekutive alleine entscheiden. Vielmehr ist das Parlament berufen, in öffentlicher, transparenter Debatte Für und Wider abzuwägen, v.a. aber die Verwendung der Informationen rechtssicher zu regeln.

Der durch die Vorschrift ermöglichte Eingriff in das Grundrecht auf Schutz der personenbezogenen Daten dauert bereits länger an und wird angesichts der Infektionslage voraussichtlich weitere Monate andauern. Damit ist der Grundrechtseingriff von einer derartigen Intensität, dass nur ein Parlamentsgesetz – nicht aber eine Rechtsverordnung der Landesregierung – ihn rechtfertigen kann.

## **Problem: Coronavirus-Verordnung – nächtliches Alkoholkonsumverbot**

### **Einordnung: Gefahrenabwehrrecht / Grundrechte**

VGH München, Beschluss vom 1.9.2020, 20 CS 20.1962

Das Verbot des Konsums alkoholischer Getränke im öffentlichen Raum zwischen 23.00 und 6.00 Uhr ist unverhältnismäßig.

### **SACHVERHALT**

Die Stadt München hatte mit Allgemeinverfügung vom 27.8.2020 angeordnet, dass ab dem Tag, an dem ein 7-Tages-Inzidenzwert für Neuinfektionen mit SARS-CoV-2 von mindestens 35 pro 100.000 Einwohner in München erreicht wird, für die Dauer von 7 Tagen der Konsum von alkoholischen Getränken im öffentlichen Raum zwischen 23:00 Uhr bis 06:00 Uhr des Folgetages verboten ist. Ist diese Anordnung rechtmäßig?

### **LÖSUNG**

Das Verbot des Alkoholkonsums im öffentlichen Raum kann als notwendige Schutzmaßnahme voraussichtlich auf das Infektionsschutzgesetz (IfSG) gestützt werden. Sie ist zwar ein geeignetes Mittel, um der Verbreitung des Corona-Virus entgegenzuwirken, weil sie dazu beiträgt, Menschenansammlungen zu verhüten. Hinzu kommt, dass Alkoholkonsum im Einzelfall aufgrund seiner enthemmenden Wirkung zu im Hinblick auf den Infektionsschutz problematischen Verhaltensweisen (Schreien, lautes Reden, geringere Distanz zwischen Einzelpersonen etc.) im Rahmen einer Ansammlung führen kann. Die Regelung der Allgemeinverfügung erweist sich aber als nicht erforderlich und damit als unverhältnismäßig, soweit sie sich auf das gesamte Stadtgebiet erstreckt. Eine Beschränkung des Konsumverbots für alkoholische Getränke auf einzelne stark frequentierte Örtlichkeiten des öffentlichen Raums („Hotspots“) ist ein gleich geeignetes, den Adressatenkreis weniger belastendes Mittel. Der Stadt steht es frei, einer etwaigen Verlagerung auf „Ausweichflächen“ durch Anpassung des räumlichen Geltungsbereichs der zeitlich ohnehin kurz befristeten Allgemeinverfügung Rechnung zu tragen.

## STRAFRECHT

## Problem: Betrug durch Erstellung einer überhöhten Handwerkerrechnung – Schlüsseldienst

Einordnung: Konkludente Täuschung

BGH, Urteil vom 16.01.2020, 1 StR 113/19

1. Ist bei einem Werkvertragsverhältnis (hier: Schlüsseldienst) ein individuelles Entgelt nicht vereinbart und rechnet der Werkunternehmer nach Erbringung seiner Sachleistung ab, erklärt er konkludent, das geforderte Entgelt entspreche dem als vereinbart geltenden Üblichen.
2. Üblich ist die Vergütung, die zur Zeit des Vertragsschlusses nach allgemeiner Auffassung der beteiligten Kreise am Ort der Werkleistung gewährt zu werden pflegt. Allerdings muss eine gewisse Schwankungsbreite bei der Festlegung des Ortsüblichen berücksichtigt werden, sodass erst eine deutliche Erhöhung betrugsrelevant ist.
3. Betrug und Wucher (§ 291 I 1 Nr. 3 StGB) stehen in der Tatvariante des Ausnutzens einer Zwangslage in Tateinheit.

### SACHVERHALT UND LÖSUNG

Die Verurteilung wegen gewerbsmäßigen Bandenbetrugs (§§ 263 V, I, 25 II StGB) im Wege eines uneigentlichen Organisationsdelikts hält der rechtlichen Nachprüfung stand. Die Monteure rechneten gem. dem mit den Angekl. verabredeten Tatplan (§ 25 II StGB) unter wahrheitswidriger Vorspiegelung, für ein ortsansässiges Unternehmen tätig zu sein und nur ein ortsübliches Entgelt zu verlangen, gegenüber den Kunden nach Öffnen der Türen mehr ab, als diese vor Erbringen der Werkleistung ... vereinbart hatten (Abrechnungsbetrug). Die Mittäter der Angekl. hielten den bereits im Telefonat hervorgerufenen Irrtum aufrecht, ließen die Kunden bis zur Abrechnung nach Erbringen der Werkleistung über die Höhe der Vergütung gezielt im Unklaren und vereinnahmten im Ergebnis vertragswidrig und damit ohne Rechtsgrund zu hohe Werklöhne. Im Einzelnen:

Die Monteure, die die überhöhten Preise erst nach Öffnen der Türen in die Formulare eintrugen, täuschten die Kunden dabei, sie würden für den beauftragten Werkunternehmer nur zu ortsüblichen Preisen abrechnen. Insoweit gilt bei verschiedenen zivilrechtlichen Austauschverträgen:

**Das Fordern und Vereinbaren eines bestimmten, ggf. auch überhöhten Preises umfasst nicht ohne Weiteres die schlüssige Erklärung, die Leistung sei ihren Preis auch wert.** Mit Rücksicht auf das Prinzip der Vertragsfreiheit ist grundsätzlich kein Raum für die Annahme konkludenter Erklärungen über die Angemessenheit und Üblichkeit des Preises; es ist vielmehr Sache des Vertragspartners, abzuwägen und zu entscheiden, ob er das geforderte Entgelt aufwenden will. So besteht für den Verkäufer bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit und des Wuchers grundsätzlich auch keine Pflicht zum Offenlegen des Werts des Kaufobjekts, selbst wenn dieser erheblich unter dem verlangten Preis liegt. Im Regelfall muss der Verkäufer den Käufer auch nicht auf ein für diesen ungünstiges Geschäft hinweisen, sondern darf davon ausgehen, dass sich sein künftiger Vertragspartner im eigenen Interesse selbst über Art und Umfang seiner Vertragspflichten Klarheit verschafft hat.

**Anderes** als bei derart vom Verkäufer vorgegebenen oder aber auch ausgehandelten Kaufpreisen **gilt** indes, **wenn die Parteien die Höhe der Gegenleistung für einen Vertragsabschluss mit allen wesentlichen Bestandteilen nicht ausdrücklich vereinbaren müssen, sondern etwa nach § 612 II BGB beim Dienstvertrag, nach § 653 II BGB beim Maklervertrag oder nach § 632 II BGB beim Werkvertrag eine taxmäßige oder übliche Vergütung als vereinbart gilt.** Rechnet der Werkunternehmer nach Leistungserbringung ab, erklärt er konkludent, das geforderte Entgelt entspreche dem als vereinbart geltenden Üblichen; tatsächlich weicht er jedoch vorliegend von den stillschweigend einbezogenen üblichen Sätzen zu Lasten des Bestellers ab. Üblich ist die Vergütung, die zur Zeit des Vertragsschlusses nach allgemeiner Auffassung der beteiligten Kreise am Ort der Werkleistung gewährt zu werden pflegt, wobei Vergleichsmaßstab Leistungen gleicher Art, Güte und Umfang sind sowie die Anerkennung der Üblichkeit gleiche Verhältnisse in zahlreichen Einzelfällen voraussetzt.

## Problem: Zustellung an Verteidiger aufgrund rechtsgeschäftlicher Zustellungsvollmacht

### Einordnung: Konkludente Täuschung

KG Berlin, Beschluss vom 15.06.2020, (4) 161 Ss 55/20 (59/20)

1. Für die Fiktion des § 145a StPO bedarf es nach dem Erlöschen einer Vollmacht der gleichen Formerfordernisse wie vor deren erstmaliger Vorlage. Sie erfordert demnach eine aktenkundige, die erneute Mandatierung ausweisenden Vollmachtsurkunde bzw. einer mündlich erklärte und im Sitzungsprotokoll beurkundete Bevollmächtigung des Verteidigers.
2. Eine wirksame Zustellung kann allerdings auch auf der Grundlage einer rechtsgeschäftlichen Zustellungsvollmacht erfolgen. Dabei ist danach zu fragen, ob sich aus dem konkludenten Verhalten des Verteidigers auf eine Zustellungsvollmacht schließen lässt.

### SACHVERHALT

Das AG hat den Antragsteller (A) wegen Untreue in zehn Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zehn Monaten zur Bewährung verurteilt. A hat durch seinen mit Vollmacht vom 27.8.2018 legitimierten Wahlverteidiger (V) Berufung eingelegt. Dieser hat dem Gericht am 25.9.2019 die Niederlegung des Mandats angezeigt, dieses ausweislich schriftlicher Mitteilung vom 2.10.2019 nachfolgend aber „wieder aufgenommen“. In der Berufungshauptverhandlung ist V sodann für den – zum Termin nicht erschienenen – A aufgetreten und hat dort eine Kopie der bereits bei den Akten befindlichen, auf den 27.8.2018 datierenden Vollmachtsurkunde vorgelegt. Die Berufung des A ist u.a. mit der Begründung verworfen worden, dass A nicht in zulässiger Weise durch V vertreten worden sei. Nach Zustellung am 5.12.2019 hat A am 29.11.2019 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt und Revision eingelegt, ohne letztere zu begründen. Nach rechtskräftiger Zurückweisung des Antrags auf Wiedereinsetzung hat das LG die Revision mit Beschluss, welcher nur dem V am 18.3.2020 zugestellt wurde, als unzulässig verworfen und dies damit begründet, dass innerhalb der gesetzlichen Frist keine Revisionsbegründung eingegangen sei. Mit der hier undatierten, beim LG am 1.4.2020 eingegangenen Erklärung „widerspricht“ A dem Beschluss und bittet um „Fristverlängerung“. In der Begründung führt er aus, dass er aus seiner Sicht einen Rechtsanwalt gehabt habe, den er nicht erreiche.

### LÖSUNG

Die Erklärung des A ist in Bezug auf dessen Bitte um „Fristverlängerung“ gem. § 300 StPO als Antrag auf Wiedereinsetzung in die Revisionsbegründungsfrist auszulegen. Für die Zulässigkeit eines Antrages auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bedarf es einer Fristversäumnis des Antragstellers sowie – unter anderem – seines genauen, in sich schlüssigen Vortrags von Umständen, die ein eigenes Verschulden an der Fristversäumnis ausschließen. A hat eine Frist versäumt, denn er hat die Revision nicht innerhalb der gesetzlichen Frist (ein Monat nach Ablauf der Frist zur Einlegung des Rechtsmittels) begründet. Umstände, die eigenes Verschulden ausschließen, sind nicht vorgetragen worden.

Die Einlegung des Rechtsmittels wiederum muss bei einem in Abwesenheit des Angeklagten verkündeten Urteil binnen einer Woche nach der (wirksamen) Zustellung des Urteils erfolgen. Die Frist zur Einlegung der Revision hat demnach mit der Urteilszustellung an V begonnen. Diese Zustellung ist wirksam, da V im Zeitpunkt der Zustellung bevollmächtigt gewesen ist.

Allerdings ergab sich die insoweit erforderliche Zustellungsvollmacht **nicht aus § 145a I StPO**. Nach dieser Vorschrift gilt der gewählte Verteidiger als ermächtigt, Zustellungen in Empfang zu nehmen, sofern sich seine Vollmacht bei den Akten befindet. Ein nur konkludentes Verhalten, etwa das bei gleichzeitiger Anwesenheit des Angeklagten erfolgende Auftreten des Verteidigers in der Hauptverhandlung, erfüllt die Voraussetzungen nicht. **Gegen die Einbeziehung auch konkludenter Bevollmächtigungen** streitet dessen Wortlaut, der eine bei den Akten befindliche Vollmacht verlangt, sowie dessen Sinn und Zweck, der darin besteht, Rechtsklarheit herzustellen. Vorliegend hat A dem V zwar eine Strafprozessvollmacht erteilt. Diese Vollmacht ist jedoch erloschen, als V dem Gericht mitteilt hat, dass er A nicht mehr vertrete. Allein dadurch, dass V dem Gericht die Wiederaufnahme des Mandats angezeigt hat und für A aufgetreten ist, kann die Rechtsfolge des § 145a StPO nicht ausgelöst werden. Nach dem Erlöschen einer Vollmacht gelten die gleichen Formerfordernisse wie bei deren erstmaliger Vorlage beziehungsweise gerichtlich protokollierter Erteilung.

V verfügte im Zeitpunkt der Zustellung des Urteils **jedoch** über eine **rechtsgeschäftliche Zustellungsvollmacht**. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass eine wirksame Zustellung auch auf der Grundlage einer rechtsgeschäftlichen Zustellungsvollmacht erfolgen kann, die **im Gesetz weitestgehend nicht geregelt** und deren Erteilung **an keine besondere Form gebunden** sei.

Liegt eine ausdrückliche Bevollmächtigung zur Entgegennahme von Zustellungen nicht vor, so ist die Frage, anhand der Gesamtheit der erkennbaren Umstände sowie des Auftretens des Rechtsanwalts im Verfahren zu entscheiden. Auf das Vorliegen einer rechtsgeschäftlichen Zustellungsvollmacht kann mithin – anders als im Rahmen des § 145a I StPO bezüglich der allgemeinen Strafprozessvollmacht – auch aus konkludentem Verhalten geschlossen werden. Vorliegend ist V durch die ursprüngliche Vollmacht ausdrücklich ermächtigt worden, „Zustellungen zu bewirken und entgegenzunehmen“. Zwar ist mit der Niederlegung des Mandats auch diese Zustellungsvollmacht zunächst erloschen. Sie ist jedoch wiederaufgelebt, denn das Mandatsverhältnis ist vor der Berufungshauptverhandlung in seinem bisherigen Umfang wiederaufgenommen worden. Dies liegt bereits angesichts der auf das bisherige Verteidigungsverhältnis rekurrierenden Anzeige der „Wiederaufnahme“ des Mandats nahe und wird durch die Vorlage der Vollmachtsurkunde in der Berufungshauptverhandlung bestätigt. Soweit im Interesse der Rechtssicherheit und -klarheit überwiegend verlangt wird, dass eine etwaige rechtsgeschäftliche Zustellungsvollmacht beziehungsweise die Tatsachen, aus denen auf ihr Vorliegen geschlossen wird, urkundlich nachgewiesen sind, steht dies vorliegend der Annahme einer Zustellungsvollmacht nicht entgegen. Die insoweit maßgeblichen Umstände sind jeweils urkundlich belegt. Die demnach am 5.12.2019 in Gang gesetzte Frist zur Einlegung der Revision endete am 12.12.2019, die sich anschließende einmonatige Frist zu deren Begründung am 13.1.2020.

*[Anm.: Differenzieren Sie also stets zwischen der gesetzlichen Fiktion der Zustellungsvollmacht aus § 145a StPO, welche unabhängig vom Willen des Beschuldigten besteht, und der rechtsgeschäftlich erteilten Zustellungsvollmacht. Anders als die gesetzliche Fiktion, die zwingend die schriftliche Erteilung der Vollmacht in der Akte erfordert, kann die rechtsgeschäftlich erteilte Vollmacht auch konkludent erklärt werden. Wenn der Verteidiger also bloß in der Hauptverhandlung tätig wurde, ohne eine Vollmacht vorzulegen, soll dieses Tätigwerden für die Annahme der rechtsgeschäftlichen Vollmacht genügen, wenn der Verteidiger ausdrücklich oder konkludent erklärt, zur Entgegennahme von Zustellungen berechtigt zu sein; sei es nun unter Vorlage einer (wiederaufgelebten) Vollmacht oder durch anwaltliche Versicherung. Einer schriftlichen Vollmacht bei der Akte bedarf es in diesen Fällen nicht.]*