

# Juris<sup>®</sup> Die Monatszeitschrift

JM 6 | JUNI 2020

## Topthema:

**Nicht kleckern, sondern klotzen – das Sozialschutzpaket I**

VPräsBSG Prof. Dr. Thomas Voelzke

## Interview:

**Ein Fachanwalt für Arbeitsrecht „par excellence“**

RA Prof. Dr. Jobst Hubertus Bauer

## In dieser Ausgabe:

**Neue Rechtsfragen bei der elektronischen Zustellung**

RiLG Dr. Philipp Schmieder

**Kurzarbeit in Zeiten von Corona – zu den temporären Änderungen im SGB III**

Dr. Hans Arno Petzold

**Zur anhängigen Verfassungsbeschwerde im Fall Böhmermann: Was ist Kunst und sind künstlerische Werke teilbar?**

Ri'inVG Dr. Karoline Bülow, Maître en Droit (Paris II)

**Die Kapitalertragsteuer – das normative Umfeld von „Cum/Ex und Co“ – Teil 2: Internationale Aspekte und Dividendenstripping**

VRi'inBFH Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel





# juris PartnerModul

Neu

## Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht

partnered by Bundesanzeiger Verlag | C.F. Müller | De Gruyter | dfv Mediengruppe | Erich Schmidt Verlag | Verlag Dr. Otto Schmidt | zerb verlag

Angesichts der Globalisierung ist der grenzüberschreitende Handels- und Wirtschaftsverkehr in den Unternehmen zur Normalität geworden. Mit dieser Online-Bibliothek meistern Sie die Herausforderungen, die internationale Geschäftsbeziehungen täglich mit sich bringen, problemlos.

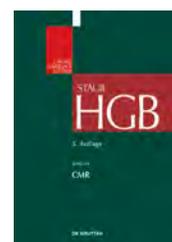
Mit nur einem Mausklick durchsuchen Sie ständig aktualisierte, renommierte Fachliteratur zum europäischen und internationalen Handels- und Gesellschaftsrecht – inklusive Seerecht und sämtlichen Schnittstellen, etwa zum Insolvenz-, Steuer- und Zivilprozessrecht. Sie erhalten die neuesten Gerichtsentscheidungen und relevanten Vorschriften – international und national. Neuaufgaben und Zeitschriften werden mit Erscheinen automatisch eingespielt, so dass Sie garantiert jede Rechtswicklung berücksichtigen. Dank intelligenter Verlinkung aller Dokumente arbeiten Sie stets effizient und sparen wertvolle Zeit.

### Inhalt:

- CMR-Kommentar, Thume (Hrsg.)
- Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht, EWS
- European Company and Financial Law Review, ECFR
- Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft, Jannott/Frodermann (Hrsg.)
- Handbuch des internationalen GmbH-Rechts, Süß/Wachter
- Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht, Kronke/Melis/Kuhn (Hrsg.)
- IFRS auf einen Blick, von Keitz/Grothe/Hansmann
- Internationales Handelsrecht, IHR
- Recht der internationalen Wirtschaft, RIW
- SE-Kommentar, Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Hrsg.)
- Seehandelsrecht, Herber
- Seehandelsrecht, Band 1, Ramming
- Staub Handelsgesetzbuch (HGB), Band 14, Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.)
- und viele weitere Titel

⊕ **Rechtsprechung, Normen und Literaturnachweise von juris**

Mehr Informationen unter: [www.juris.de/pm-hgrint](http://www.juris.de/pm-hgrint)



ab 89,00 €/Monat

zzgl. MwSt.

# juris Allianz

Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Zivil- und Wirtschaftsrecht

**Neue Rechtsfragen bei der elektronischen Zustellung**

RiLG Dr. Philipp Schmieder S. 222

**Keine Haftung des Fahrzeughalters für „erhöhtes Parkentgelt“ bei Parkverstoß des Fahrers**

BGH, Urt. v. 18.12.2019 - XII ZR 13/19  
RiAG Dr. Holger Fahl, LL.M. (LSE) S. 228

**Keine Haftung der Wohnungseigentümergeinschaft für Verschulden Dritter bei der Erfüllung von Verkehrssicherungspflichten**

BGH, Urt. v. 13.12.2019 - V ZR 43/19  
RA Dr. Gero Schneider, M.C.L. S. 230

Arbeitsrecht

**Ausschlussfristen in kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen**

BAG, Urt. v. 30.10.2019 - 6 AZR 465/18  
RiArbG Dr. Daniel Faulenbach S. 232

Topthema:

Sozialrecht

**Nicht kleckern, sondern klotzen – das Sozialschutzpaket I**

VPräsBSG Prof. Dr. Thomas Voelzke S. 235

**Kurzarbeit in Zeiten von Corona – zu den temporären Änderungen im SGB III**

Dr. Hans Arno Petzold S. 240

Verwaltungsrecht

**Zur anhängigen Verfassungsbeschwerde im Fall Böhmermann: Was ist Kunst und sind künstlerische Werke teilbar?**

Ri'inVG Dr. Karoline Bülow, Maître en Droit (Paris II) S. 243

**Fahndung im Swingerklub: Steuergeheimnis und Pressefreiheit**

BVerwG, Urt. v. 29.08.2019 - 7 C 33/17  
RiBVerwG Dr. Klaus Löffelbein S. 248

# INHALT

## AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

### Steuerrecht

**Die Kapitalertragsteuer – das normative Umfeld von „Cum/Ex und Co“ – Teil 2: Internationale Aspekte und Dividendenstripping**

VRi'inBFH Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel S. 251

---

### Strafrecht

**Cora und Franzi gegen die Welt? – Containern und Strafrecht**

BayOLG, Beschl. v. 02.10.2019 - 206 StRR 1013/19, 206 StRR 1015/19

RA Prof. Dr. Guido Britz und RA Moritz Torgau S. 257

---

### INTERVIEW

**Ein Fachanwalt für Arbeitsrecht „par excellence“**

Interview mit:

RA Prof. Dr. Jobst Hubertus Bauer S. 261

---

## Corona – aber nicht nur!



Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Winterhoff,  
Hamburg

Corona ist das uns alle derzeit wohl am meisten bewegende Thema. Deswegen kommt auch die jM nicht daran vorbei, sich aus juristischer Perspektive mit der Corona-Pandemie und ihren Folgen zu beschäftigen. Während dies in der letzten Ausgabe aus der Perspektive des Sanierungs- und Insolvenzrechts sowie des Arbeitsrechts geschehen ist, entstammt das Topthema des vorliegenden Hefts dem Bereich des Sozialrechts: Unter der Überschrift „Nicht kleckern, sondern klotzen – das Sozialschutzpaket“ stellt uns unser Mitherausgeber VPräsBSG Prof. Dr. Thomas Voelzke das in einem Schnellverfahren verabschiedete „Gesetz für den erleichterten Zugang zu sozialer Sicherung und zum Einsatz und zur Absicherung sozialer Dienstleistungen aufgrund des Coronavirus SARS-CoV-2“ vor. Dieses soll existenzbedrohende Situationen auf der Ebene des Sozialrechts schnell und unbürokratisch abmildern. Dazu dienen vielfältige Instrumente wie Erleichterungen für Selbständige beim Zugang zum Arbeitslosengeld II, Verbesserungen im Bereich der Sozialhilfe, beim Kinderzuschlag, im Bereich der geringfügigen Beschäftigung und vieles mehr. Prof. Voelzke erläutert die Änderungen im Detail und bewertet diese im Grundsatz positiv, obgleich auch Mitnahmeeffekte und Leistungsmissbrauch zu erwarten seien.

Ergänzend zu dem Beitrag zum Sozialschutzpaket beleuchtet Dr. Hans Arno Petzold die „Kurzarbeit in Zeiten von Corona – zu den temporären Änderungen im SGB III“. Sein

Aufsatz hat die vom Gesetzgeber getroffenen Maßnahmen zur Erleichterung des Bezuges von Kurzarbeitergeld zum Gegenstand. Auch dieses hergebrachte sozialrechtliche Instrument hat in Zeiten der Schließung zahlreicher Geschäfte, Hotels, Restaurants und sonstiger Betriebe Konjunktur. Der Aufsatz erläutert, wie der Gesetzgeber den Zugang zum Kurzarbeitergeld für Betriebe und Beschäftigte erleichtert und gleichzeitig zusätzliche Verdienstmöglichkeiten für die von Kurzarbeit Betroffenen zulässt.

Der von der jM stets hochgehaltene „Blick über den Tellerand“ verlangt, auch in diesen Zeiten „coronafremde“ juristische Themen zu behandeln. Wie wäre es z. B. mit etwas Hintergrundwissen zu neuen Rechtsfragen im Bereich der elektronischen Zustellung – die ebenso wie viele andere digitale Dienste in Zeiten von Abstand-Halten und Homeoffice gewiss einen Schub erfahren wird. Insoweit informiert Sie im Rahmen der jM-Reihe „Justiz digital“ RiLG Dr. Philipp Schmieder. Ihnen steht der Sinn eher nach Kunst und Kultur? Bitte schön: „Was ist Kunst, und sind künstlerische Werke teilbar?“, so lautet der Untertitel unseres Beitrags zu der von Jan Böhmermann wegen des gerichtlichen Verbots seines „Schmähgedichts“ erhobenen Verfassungsbeschwerde. Welche Maßstäbe gelten bei der Abwägung zwischen der Kunstfreiheit und anderen Grundrechten in einem Zivilrechtsstreit, was ist Kunst, und wie stehen Kunst und Realität zueinander? Diese und andere ein wenig von Corona ablenkenden Fragen beantwortet Ihnen Ri’inVG Dr. Karoline Bülow.

Neben weiteren Themen, etwa der Fortsetzung des Beitrags zu den steuerrechtlichen Implikationen der Cum ex-Geschäfte, dem Verhältnis zwischen Steuergeheimnis und Pressefreiheit sowie der strafrechtlichen Beurteilung des sog. Containers, bietet Ihnen auch diese Ausgabe der jM wieder ein Interview. Unser Interviewpartner ist dieses Mal Prof. Dr. Jobst Hubertus Bauer, ein anwaltliches Urgestein aus dem Bereich des Arbeitsrechts. Er berichtet als „Fachanwalt für Arbeitsrecht, par excellence“ darüber, wie sein Weg in die Anwaltschaft verlaufen ist, und warum er seiner Kanzlei fast 45 Jahre die Treue gehalten hat, ebenso aber auch über die eingetretenen Änderungen der Arbeitsweise und der Anwaltschaft als solcher. Nicht ausgespart wird selbstverständlich auch das kontroverse Thema, ob das deutsche Arbeitsrecht einen Standortnachteil darstellt.

Eine ertragreiche Lektüre der vorliegenden Ausgabe der jM sowie gute Gesundheit wünscht Ihnen – auch im Namen der anderen Herausgeber und Experten – Ihr

Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Winterhoff

## Neue Rechtsfragen bei der elektronischen Zustellung

RiLG Dr. Philipp Schmieder

Mit der Ausweitung der elektronischen Aktenführung und des elektronischen Rechtsverkehrs steigt auch die Zahl der elektronischen Zustellungen. Inzwischen wurden erste Entscheidungen zum elektronischen Empfangsbekanntnis veröffentlicht und in der Literatur aufgegriffen. Im Folgenden wird zunächst der rechtliche Rahmen gezogen, in den dann die jüngsten Entscheidungen eingeordnet werden. Der zweite Teil thematisiert einen wenig beachteten Normenkonflikt zwischen § 169 Abs. 5 ZPO und § 317 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

### A. Die Zustellung gegen elektronisches Empfangsbekanntnis

Die Durchführung der elektronischen Zustellung ist in § 174 Abs. 3, 4 ZPO geregelt. Das zentrale Element dabei ist das elektronische Empfangsbekanntnis (eEB), bei dem es sich nicht um ein elektronisches Dokument, sondern um einen maschinenlesbaren, strukturierten Datensatz handelt (§ 174 Abs. 4 Satz 4, 5 ZPO).<sup>1</sup> Bis zum 31.12.2019 war das eEB der einzig mögliche Nachweis für eine elektronische Zustellung. Seit dem 01.01.2020 kann der Empfang mit einem elektronischen Dokument bestätigt werden, wenn das Gericht keinen Datensatz übermittelt hat (§ 174 Abs. 4 Satz 6 ZPO). Es bleibt aber dabei, dass die elektronische Zustellung nur unter Mitwirkung des Zustellungsempfängers bewirkt werden kann. Daraus ergibt sich schon jetzt eine aktive Nutzungspflicht des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs (beA) im elektronischen Rechtsverkehr.<sup>2</sup> Wie schon im Vorfeld und in der Einführungsphase befürchtet, gelingt die Rücksendung des eEB aber nicht immer.<sup>3</sup>

#### I. Das fehlende eEB

Reagiert der Empfänger auf eine Zustellung nach § 174 ZPO nicht, ist die Zustellung nicht bewirkt. Insoweit gilt für die elektronische Zustellung nichts anderes als für das herkömmliche Verfahren per Post. Dass beim elektronischen Versand eine automatisierte Eingangsbestätigung an den Absender zurückgeht, ändert daran nichts. Der Gesetzgeber hat die zwischenzeitlich verfolgte Absicht, an diese Eingangsbestätigung eine automatische Zustellungswirkung zu knüpfen, auf Betreiben der Anwaltschaft wieder aufgegeben.<sup>4</sup> Es bleibt daher dabei,

dass auch die elektronische Zustellung gegen Empfangsbekanntnis ein voluntatives Element in Form einer bewussten und gewollten Rückmeldung voraussetzt; eine Zustellung ganz ohne Mitwirkung des Empfängers ist weiterhin nur per Postzustellungsurkunde möglich.<sup>5</sup> Dass Rechtsanwälte nicht nur aufgrund der aktiven Nutzungspflicht aus § 174 Abs. 4 ZPO, sondern auch nach § 31a Abs. 6 BRAO zur Entgegen- und Kenntnisnahme verpflichtet sind, ändert daran nichts. Diese (Standes-) Pflichten sind sanktionslos ausgestaltet; ein Verstoß bleibt verfahrensrechtlich folgenlos.<sup>6</sup>

Auch eine Heilung nach § 189 ZPO tritt nicht allein aufgrund der automatischen Eingangsbestätigung ein. Diese belegt nur den Eingang im Empfängerpostfach und die Möglichkeit der Kenntnisnahme, nicht aber die tatsächliche Kenntnisnahme, die § 189 ZPO verlangt.<sup>7</sup> Zudem fehlt der automatisierten Eingangsbestätigung das voluntative Element, das auch zur Heilung nach § 189 ZPO erforderlich ist.<sup>8</sup> Der Empfänger muss seinen Annahmewillen zumindest

- 1 Das verkennt wohl OVG Saarlouis, Beschl. v. 21.02.2020 - 2 E 340/19 Rn. 12.
- 2 Nicklaus, SchlHA 2019, 339, 340 – 342; Biallaß, NJW 2019, 3495; Müller, <http://ervjustiz.de/das-voluntative-element-des-eeb-in-der-rechtsprechung> (zuletzt abgerufen am 28.04.2020).
- 3 Dazu Nicklaus, SchlHA 2019, 339, 340 f.; Müller, <http://ervjustiz.de/vom-reiten-toter-dinosaurier-eeb-und-bea> (zuletzt abgerufen am 28.04.2020).
- 4 BT-Drs. 17/12634, S. 10, 28 f.; Nicklaus, SchlHA 2019, 339, 342.
- 5 Nicklaus, SchlHA 2019, 339, 342; Biallaß, NJW 2019, 3495; Müller, <http://ervjustiz.de/das-voluntative-element-des-eeb-in-der-rechtsprechung> (zuletzt abgerufen am 28.04.2020). So auch der BFH, Beschl. v. 21.02.2007 - VII B 84/06.
- 6 BFH, Beschl. v. 21.02.2007 - VII B 84/06 Rn. 7; Nicklaus, SchlHA 2019, 339, 341; Schultzy in: Zöller, ZPO, 33. Aufl., § 174 Rn. 7.
- 7 Schultzy in: Zöller, ZPO, 33. Aufl., § 189 Rn. 4.
- 8 BGH, Urt. v. 22.11.1988 - VI ZR 226/87 Rn. 18; Biallaß, NJW 2019, 3495; Müller, <http://ervjustiz.de/das-voluntative-element-des-eeb-in-der-rechtsprechung> (zuletzt aufgerufen am 28.04.2020).

### jM-Reihe „Justiz digital“

Weg vom papierzentrierten Verfahren hin zum digitalen Prozess – diese umfangreiche Umstrukturierung stellt die Justiz vor erhebliche Herausforderungen. Unsere Reihe beleuchtet diese und wird zur Lösung beitragen.

konkudent erklären – etwa, indem er das zugestellte Dokument zur Grundlage seines weiteren Handelns macht.<sup>9</sup>

Sind durch eine solche Reaktion des Empfängers dessen tatsächliche Kenntnisnahme und Annahmewillen nachgewiesen, stellt sich die Frage nach deren Zeitpunkt und ob dabei die automatisierte Empfangsbestätigung von Bedeutung ist. Im Ausgangspunkt ist die nach außen in Erscheinung getretene Reaktion des Empfängers terminus ante quem; die Heilung der Zustellung nach § 189 ZPO tritt jedenfalls ab diesem Zeitpunkt ein.<sup>10</sup> Ein früherer Zugang ist nach den Regeln der Darlegungs- und Beweislast nachzuweisen. Die automatisierte Eingangsbestätigung genügt dafür nicht, denn sie belegt nicht die tatsächliche Kenntnisnahme. Im Übrigen könnten Unterschiede zwischen den verschiedenen Verfahrensordnungen bestehen. So ist das öffentliche Recht vom Amtsermittlungsgrundsatz geprägt und kennt in verschiedenen Vorschriften eine Zustellungsfiktion, die drei Tage nach Versendung eingreift (z.B. § 41 Abs. 2 VwVfG, § 5 Abs. 7 VwZG; § 122 Abs. 2 AO). Ob das genügt, um auch im Rahmen des § 189 ZPO von der Kenntnisnahme auszugehen, ist jedoch fraglich.<sup>11</sup> Denn auch nach diesen Vorschriften bleibt der Zugang und dessen Zeitpunkt von der zustellenden Behörde nachzuweisen; die (materielle) Beweislast liegt somit bei ihr. Das bürgerliche Recht kennt entsprechende Zustellungsfiktionen nicht; zudem obliegt im Zivilprozess i.d.R. dem Gegner des Zustellungsempfängers die volle Darlegungs- und Beweislast.<sup>12</sup> In diesem Regime bleibt kein Raum für die Vorverlagerung des Zugangszeitpunktes allein auf Grundlage einer automatisierten Empfangsbestätigung.

## II. Das EB als Antwort auf eine eZustellung

Sendet der Empfänger „auf eine formgerechte Anforderung“ kein eEB in Form eines strukturierten Datensatzes zurück, sondern ein Dokument – sei es elektronisch oder in Papierform –, genügt dies der Form des § 174 Abs. 4 Satz 3 – 5 ZPO nicht und kann deshalb auch nicht die Wirksamkeit der Zustellung herbeiführen.<sup>13</sup> Dabei bleibt es auch nach der jüngsten Änderung des § 174 ZPO zum 01.01.2020: § 174 Abs. 4 Satz 6 ZPO lässt die Rücksendung eines EB auf eine elektronische Zustellung nur dann zu, wenn das Gericht keinen eEB-Datensatz mitübermittelt hat.<sup>14</sup>

Anders als wenn gar keine Reaktion erfolgt, manifestiert sich in der Rücksendung des Dokuments aber der Annahmewille des Zustellungsempfängers. Damit greift die Heilung nach § 189 ZPO ein.

Für deren Zeitpunkt kann auf das Datum abgestellt werden, das auf dem EB angegeben ist.<sup>15</sup> Dass dieses nach § 174 Abs. 4 ZPO nicht wirksam ist, steht dem nicht entgegen, denn im Rahmen des § 189 ZPO handelt es sich insoweit nicht um

eine Form-, sondern um eine Beweisfrage.<sup>16</sup> Daher kann auch umgekehrt der Empfänger beweisen, dass er tatsächlich erst später als auf dem EB angegeben Kenntnis genommen hat.<sup>17</sup> Ergibt sich im Einzelfall aus dem EB das Datum der Zustellung nicht oder nicht mit hinreichender Sicherheit<sup>18</sup> und lässt sich auch sonst der Zeitpunkt der tatsächlichen Kenntnisnahme nicht feststellen, ist – gemäß den obigen Ausführungen – auf die manifestierte Reaktion des Zustellungsempfängers als spätestmöglichem Zeitpunkt abzustellen.

## III. Die Zurückweisung der Zustellung

Das beA bietet die Möglichkeit, die elektronische Zustellung zurückzuweisen. Dazu muss in dem eEB-Rückläufer ein Grund angegeben werden, der sich aus einer vorgegebenen Auswahlliste und einem Freitextfeld zusammensetzt.<sup>19</sup> Von dieser Möglichkeit machen die Empfänger in der Praxis mit den verschiedensten Begründungen Gebrauch. Häufig sind die Angaben, dass der Empfänger das Zustellungsdokument nicht habe öffnen können oder dass die Zustellung unvollständig gewesen sei. Dabei kann der Fehler auf beiden Seiten liegen. Technische Fehler, Störungen oder ein Nutzerversehen bei Gericht können dazu führen, dass das Zustellungsdokument oder eines von mehreren (Schriftsatz oder Anlagen) fehlt, unlesbar ist oder in einem für den ERV nicht zugelassenen Format<sup>20</sup> übermittelt wird. Möglich ist aber auch, dass der Empfänger nicht über

9 BGH, Beschl. v. 13.01.2015 - VIII ZB 55/14 Rn. 12 f.; OVG Lüneburg, Beschl. v. 28.05.2019 - 13 ME 136/19 Rn. 3.

10 Schultzy in: Zöller, ZPO, 33. Aufl., § 189 Rn. 14.

11 Keine Festlegung bei Müller, <http://ervjustiz.de/eeb-hilfe-eine-zustellung-vom-gericht-im-bea>; <http://ervjustiz.de/das-voluntative-element-des-eeb-in-der-rechtsprechung>; <http://ervjustiz.de/das-eb-formular-ist-zurueck-manchmal> (zuletzt abgerufen am 28.04.2020). Vgl. zu § 5 Abs. 2 VwZG BFH, Ur. v. 06.03.1990 - II R 131/87; dazu kritisch Stapfer in: Gräber, FGO, 9. Aufl., § 53 Rn. 61.

12 Schultzy in: Zöller, ZPO, 33. Aufl., § 189 Rn. 14.

13 Anders Nicklaus, SchlHA 2019, 339, 342.

14 BT-Drs. 19/13828, S. 19; dazu auch Müller, <http://ervjustiz.de/das-eb-formular-ist-zurueck-manchmal> (zuletzt abgerufen am 28.04.2020). Wohl außer Acht gelassen bei OVG Schleswig, Beschl. v. 23.01.2020 - 4 LA 211/18 Rn. 4.

15 Deshalb i.E. richtig OVG Schleswig, Beschl. v. 23.01.2020 - 4 LA 211/18 Rn. 4.

16 Zweifelnd insoweit Biallaß, NJW 2019, 3495, 3496: „bleibt abzuwarten“.

17 OVG Saarlouis, Beschl. v. 27.09.2019 - 1 D 155/19; OVG Saarlouis, Beschl. v. 21.02.2020 - 2 E 340/19 Rn. 12.

18 Was die Wirksamkeit der Zustellung nicht ausschließt: BGH, Beschl. v. 11.07.2005 - NotZ 12/05; BFH, Ur. v. 06.03.1990 - II R 131/87.

19 Biallaß, NJW 2019, 3495, 3496; BRAK-Newsletter 48/2017, [www.brak.de/zur-rechtspolitik/newsletter/bea-newsletter/2017/ausgabe-48-2017-v-30112017.news.html#hl150380](http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/newsletter/bea-newsletter/2017/ausgabe-48-2017-v-30112017.news.html#hl150380) (zuletzt abgerufen am 28.04.2020).

20 OVG Saarlouis, Beschl. v. 24.06.2019 - 2 A 140/19: angeblich Word-Datei, vgl. § 2 Abs. 1 ERVV.

die erforderlichen technischen Mittel oder Kenntnisse verfügt<sup>21</sup> oder schlicht eine Datei übersieht. Wo der Fehler liegt, lässt sich zweifelsfrei feststellen, wenn die versendete Nachricht samt vollständigem Inhalt bei der elektronischen Akte gespeichert wird. Fraglich ist allerdings, ob und inwiefern es hierauf ankommt.

Die Folgen der Zurückweisung einer Zustellung per eEB werden in der Literatur – soweit ersichtlich – bislang nicht diskutiert. Im Ausgangspunkt ist klar, dass die Zustellung nicht wirksam ist, weil dem eEB das voluntative Element fehlt – schließlich erklärt der Empfänger, dass er die Zustellung nicht gegen sich gelten lassen will. Diese Erklärung des Annahmewillens kann – wie oben ausgeführt – nicht durch die standesrechtliche Verpflichtung zur Nutzung des beA (§ 31a Abs. 6 BRAO; § 174 Abs. 4 ZPO) ersetzt werden. Auch § 189 ZPO greift nach den obigen Ausführungen nicht ein: Zwar ist mit dem zurückweisenden eEB die tatsächliche Kenntnisnahme belegt; diese allein vermag aber auch im Rahmen der Heilung den Annahmewillen nicht zu ersetzen.<sup>22</sup> Fraglich ist, ob dies in allen Konstellationen die Zustellungswirkung verhindert.

Sind die vom Gericht übermittelten Dateien unlesbar oder fehlt das Hauptdokument, gibt es keinen Zweifel daran, dass die Zustellung unwirksam ist und bleibt. Anders könnte dies aber sein, wenn das Hauptdokument – der Schriftsatz oder die gerichtliche Entscheidung – in der Zustellungsnachricht enthalten ist und nur ein Nebendokument fehlt. Das Fehlen einer Anlage führt nicht in jedem Fall zur Unwirksamkeit der Zustellung insgesamt.<sup>23</sup> Weist der Empfänger die Zustellung nur mit der Begründung zurück, dass eine Anlage fehle, bedeutet dies im Umkehrschluss, dass er die übrigen Dokumente störungsfrei erhalten hat. Eine solche Erklärung könnte nach den Umständen des Einzelfalles als nur teilweise Zurückweisung auszulegen sein; die Zustellung wäre dann im Übrigen wirksam. Zu einem ähnlichen Ergebnis könnte die Auslegung führen, wenn der Empfänger die Zustellung nur wegen eines Formatverstoßes zurückweist – jedenfalls dann, wenn keine zwingenden Formvorschriften verletzt sind, sondern nur eine Vorschrift zur Übermittlung wie § 2 ERVV<sup>24</sup> und feststeht, dass der Empfänger den Inhalt der Nachricht zur Kenntnis genommen hat.<sup>25</sup>

Entsprechende Überlegungen gelten, wenn der Fehler aufseiten des Empfängers liegt. Dass in diesen Fällen die Zustellung objektiv ordnungsgemäß war und nicht hätte verweigert werden dürften, ändert daran grds. nichts, da es auf ein Verschulden des Empfängers nicht ankommt, sondern allein auf dessen subjektiven Horizont und An-

nahmewillen. Eine Grenze könnte allerdings erreicht sein, wenn es an einem sachlichen Grund für die Zurückweisung fehlt. Die Zurückweisung des (e)EB mit der Begründung, dass es heute regnet, dürfte rechtsmissbräuchlich sein und es liegt nahe, der Zustellung entweder durch Auslegung oder durch die Figur der Zugangsvereitelung zur Wirksamkeit zu verhelfen. Ob das auch gilt, wenn die Zustellung ohne Angabe eines Grundes oder aus fehlerhaften Rechtsgründen verweigert wird – etwa, weil ein Urteil nicht in Abschrift zugestellt worden sei (§ 317 Abs. 1 Satz 1 ZPO; dazu unten B.) –, ist fraglich. Jedenfalls ist Zurückhaltung geboten, denn maßgeblich bleibt die Entscheidung des Gesetzgebers, dass weder Irrtümer noch ein Fehlverhalten des Empfängers durch die Wirksamkeit der Zustellung sanktioniert werden sollen.

Die Rücksendung eines zurückweisenden eEB ist demnach nicht ohne Risiko, denn damit wird zumindest die tatsächliche Kenntnisnahme nachgewiesen. Der Zustellungsadressat riskiert, dass das Gericht durch Auslegung seiner Erklärung oder weil es die Verweigerung als rechtsmissbräuchlich bewertet die Zustellung als (teil-)wirksam behandelt. In einem solchen Fall drängt sich allerdings ein Hinweis nach § 139 Abs. 2 Satz 2 ZPO auf.

#### IV. Aktuelle Entscheidungen

Einige der oben aufgeworfenen Fragen wurden 2019 in verschiedenen Entscheidungen aufgeworfen.

Im Mai 2019 hat das VG Leipzig die elektronische Zustellung einer Ladung trotz fehlenden eEBs als wirksam behandelt.<sup>26</sup> Es hat die Überzeugung, dass der Verfahrensbevollmächtigte die Ladung in Kenntnis der Zustellungsabsicht erhalten hat, darauf gestützt, dass der Eingang im beA durch die automatische Eingangsbestätigung nachgewiesen und der Rechtsanwalt nach § 31a Abs. 6 BRAO verpflichtet gewesen sei, die Nachricht zur Kenntnis zu nehmen. Das überzeugt selbst dann nicht, wenn man den – zweifelhaften – Schluss von der Pflicht zur Kenntnisnahme auf die tatsächliche Kenntnisnahme mitgeht. Denn die (möglicherweise verletzte) Standespflicht sagt jedenfalls nichts über den Annahmewillen des Empfängers aus oder vermag diesen gar zu ersetzen. Aus diesem Grund ist der Zustellungsmangel auch nicht nach § 189

21 LArbG Kiel, Beschl. v. 19.09.2019 - 5 Ta 94/19.

22 BGH, Urt. v. 22.11.1988 - VI ZR 226/87 Rn. 18.

23 OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 01.06.2011 - 6 W 12/11.

24 Vgl. OVG Saarouis, Beschl. v. 24.06.2019 - 2 A 140/19.

25 Vgl. BGH, Beschl. v. 12.03.2020 - I ZB 64/19.

26 VG Leipzig, Urt. v. 13.05.2019 - 7 K 2184/16.A.

ZPO geheilt.<sup>27</sup> Dass das VG Leipzig für die Festlegung des Zeitpunktes der Zustellung § 41 Abs. 2 VwVfG, § 5 Abs. 7 VwZG oder § 122 Abs. 2 AO heranzieht, ist – wie oben dargestellt – grds. diskutabel, wenn sich die tatsächliche Kenntnisnahme und der Annahmewille nach außen manifestiert haben. Ohne eine solche Manifestation bedeutet aber auch diese Erwägung letztlich eine Fiktion, die weder für die Zustellung (§ 174 ZPO) noch für deren Heilung (§ 189 ZPO) überzeugt.

Im September 2019 hat das LArbG Kiel<sup>28</sup> über die Wirksamkeit einer Zustellung entschieden, die zweimal ausdrücklich zurückgewiesen wurde: Zunächst mit der Begründung „Kann die Nachricht wieder nicht öffnen, bitte Unterlagen faxen oder richtig senden“, später verbunden mit der Erläuterung: „Da wir die Verfügung vom 20.05.2019 nicht haben und sie nicht mit im Kurzbrief vom 02.07.2019 erhalten war, haben wir keine Kenntnis vom Inhalt. Wir bitten um Zusendung der Verfügung per Fax und um Fristverlängerung zur Antwort um drei Monate.“ Auch das LArbG Kiel hat die Zustellung als wirksam behandelt mit dem Argument, der Empfänger sei als Rechtsanwalt nach § 31a Abs. 6 BRAO zur Kenntnisnahme verpflichtet. Zudem liege es im Verantwortungsbereich des Klägersvertreters, wenn er die – nachprüfbar vollständige und lesbare – Nachricht „trotz Erläuterungen und Hilfestellungen durch die Mitarbeiter des Gerichts nicht habe öffnen können“. Auch dieser Entscheidung ist nach den obigen Ausführungen nicht zu folgen:<sup>29</sup> Der Empfänger hat – zweimal – unzweideutig zum Ausdruck gebracht, dass er die Nachricht tatsächlich nicht zur Kenntnis genommen habe und die Zustellung nicht gegen sich gelten lassen wolle. Damit fehlt es an zwei Elementen, die sowohl für die Zustellung (§ 174 ZPO) als auch für deren Heilung (§ 189 ZPO) essenziell sind. Ob dem Klägersvertreter ein Verschulden vorzuwerfen ist, weil er die Nachricht hätte öffnen und den Inhalt lesen können oder gar müssen, ist – wie oben dargestellt – unerheblich.

In einem vom OVG Saarlouis im Juni 2019 entschiedenen Fall<sup>30</sup> hatte der Empfänger auf die Zustellung vom 05.03.2019 zunächst kein eEB zurückgegeben, am 26.03.2019 aber Berufung gegen das „am 05.03.2019 zugestellte Urteil“ eingelegt. Später teilte er mit, er gehe nicht von einer wirksamen Zustellung am 05.03.2019 aus, da das Urteil ohne Landessiegel und als Word-Dokument bei ihm eingegangen sei. Das Oberverwaltungsgericht hat die Zustellung am 05.03.2019 als wirksam behandelt. Aus der Begründung wird nicht zweifelsfrei deutlich, aus welchem Grund. Zunächst hat das Gericht festgehalten, dass der Zustellungsempfänger in der Berufungsschrift die Zustellung des Urteils am 05.03.2019 er-

wähnt habe. Da dies kein eEB darstellt, ist die Zustellung jedenfalls aus formellen Gründen nicht nach § 174 Abs. 4 ZPO bewirkt. In der Berufungsschrift dürfte allerdings eine konkludente Annahmeerklärung liegen, durch die der Zustellungsmangel nach § 189 ZPO geheilt wurde.<sup>31</sup> Dies hat das Oberverwaltungsgericht aber nicht so festgehalten, sondern weiter ausgeführt, entgegen der Behauptung des Rechtsanwaltes sei das Urteil formgerecht als PDF-Dokument übermittelt worden. Wenn es damit zum Ausdruck bringen wollte, dass die objektive Einhaltung der Form für die Zustellung genüge, ist dies unvollständig; erforderlich und maßgeblich bleibt der subjektive Annahmewille. An diesem scheint es angesichts der späteren Erklärung zu fehlen. Andererseits stellt diese Erklärung bei näherem Hinsehen keine Zurückweisung der Zustellung aus subjektiven Gründen dar, vielmehr werden nur objektive Rechtsgründe für deren Unwirksamkeit vorgetragen. Die Erklärung kann daher so verstanden werden, dass die Annahmehbereitschaft nicht revidiert wurde. Dann lagen weiterhin alle subjektiven Voraussetzungen beim Zustellungsempfänger vor und es kommt tatsächlich nur noch darauf an, ob der Zustellung objektive Hindernisse entgegenstanden. Das ist jedenfalls dann nicht der Fall, wenn – wie das OVG Saarlouis festgestellt hat – objektiv keine Fehler vorlagen. Außerdem dürfte es auch bei der elektronischen Zustellung – nicht anders als bei der Zustellung in Abschrift<sup>32</sup> – Fehler geben, die unerheblich sind und der Wirksamkeit der Zustellung nicht entgegenstehen. Die Übermittlung im falschen Format und das Fehlen des Landessiegels dürften solche unschädlichen Fehler sein, wenn der Adressat gleichwohl unverfälscht vom Inhalt der Entscheidung Kenntnis nehmen konnte.<sup>33</sup>

Geht man dagegen in dem vom OVG Saarlouis entschiedenen Fall aufgrund der späteren Erklärung des Rechtsanwaltes von einer Zurückweisung der Zustellung aus, stellt sich bei zeitlich gestreckter Betrachtung eine weitere Frage: Konnte die Heilung nach § 189 ZPO, die mit der Berufungseinlegung eingetreten war, durch eine spätere, gegenteilige Erklärung wieder aufgehoben werden? Dies dürfte nicht anders zu entscheiden sein als wenn der

27 So auch Biallaß, NJW 2019, 3495, 3497; Müller, <http://ervjustiz.de/das-voluntative-element-des-eeb-in-der-rechtsprechung> (zuletzt aufgerufen am 28.11.2019).

28 LArbG Kiel, Beschl. v. 19.09.2019 - 5 Ta 94/19.

29 Beifall dagegen bei Spitz, jurisPR-ITR 23/2019 Anm. 2.

30 OVG Saarlouis, Beschl. v. 24.06.2019 - 2 A 140/19.

31 So schon Biallaß, NJW 2019, 3495, 3496 f.

32 Dazu Schultzy in: Zöller, ZPO, 33. Aufl., § 169 Rn. 12.

33 Vgl. BGH, Beschl. v. 12.03.2020 - I ZB 64/19.

Empfänger zunächst einen Heilungstatbestand nach § 189 ZPO setzt und später ein (e)EB mit einem späteren Zustellungsdatum einreicht. Dass in dieser Konstellation das spätere eEB die frühere Heilungswirkung nicht mehr beseitigen kann, hat das OVG Lüneburg im Mai 2019 zu Recht klargestellt.<sup>34</sup>

## **B. Das Spannungsverhältnis zwischen § 169 Abs. 5 Nr. 1 ZPO und § 317 Abs. 1 Satz 1 ZPO**

§ 169 Abs. 5 Nr. 1 ZPO erlaubt die Zustellung gerichtlicher elektronischer Dokumente im Original und ohne Beglaubigung. Im Gegensatz hierzu schreibt § 317 Abs. 1 Satz 1 ZPO vor, dass Urteile in Abschrift zugestellt werden. Für die Zustellung in (beglaubigter) Abschrift verlangt § 169 Abs. 4 Satz 2 ZPO wiederum die qualifizierte elektronische Signatur (qeS) des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle. Welche der Vorschriften Vorrang hat, wird in der Literatur nicht diskutiert. In gängigen Kommentaren findet sich weder eine Einschränkung des § 317 Abs. 1 Satz 1 ZPO für die elektronische Zustellung originär elektronischer Urteile,<sup>35</sup> noch wird diese Vorschrift umgekehrt als Einschränkung zu § 169 Abs. 5 ZPO erwähnt.<sup>36</sup> Lex posterior sind § 169 Abs. 4, 5 ZPO;<sup>37</sup> bei unbefangener Betrachtung erscheint dagegen § 317 Abs. 1 Satz 1 ZPO als *lex specialis* vorrangig. Zudem lässt sich die jüngste Ergänzung des § 169 Abs. 4 Satz 1 ZPO um den Zusatz „oder ein elektronisches Dokument“<sup>38</sup> *prima facie* dahin gehend verstehen, dass damit der Weg für die uneingeschränkte Anwendung des § 317 Abs. 1 Satz 1 ZPO geebnet werden soll. Andererseits ist es zumindest bei Parteischriftsätzen unschädlich, wenn statt einer Abschrift die Urschrift zugestellt wird.<sup>39</sup> Das Spannungsverhältnis lässt sich nur mit einem Blick auf die Entstehungsgeschichte der Normen auflösen.

### **I. Die Entwicklung der § 169 Abs. 4, 5 ZPO**

§ 169 Abs. 4, 5 ZPO wurden mit dem Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs vom 10.10.2013 eingeführt. Der Anwendungsfall, der dem Gesetzgeber für § 169 Abs. 4 ZPO vor Augen stand, war die elektronische Zustellung von Dokumenten, die im Original in Papierform geführt und nur zum Zweck der Zustellung eingescannt wurden. Dass der Gesetzgeber dabei auf einer qualifizierten elektronischen Signatur (qeS) des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle bestand, begründete er mit dem notwendigen Integritätsschutz.<sup>40</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass § 298a Abs. 3 ZPO in der damaligen Fassung zwar einen Transfervermerk, aber noch keine qeS verlangte. Gleichzeitig wurde § 169 Abs. 5 ZPO eingeführt, der in der damaligen Fassung die Zustellung in Urschrift nur für gerichtliche elektronische Dokumente erlaubte. Hierzu hat der Gesetzgeber bemerkt: „Die Klarstellung in Absatz 5 scheint insbe-

sondere im Hinblick auf § 317 Absatz 1 angezeigt, wonach Urteile ‚in Abschrift‘ zuzustellen sind. Die Herstellung einer elektronisch beglaubigten Abschrift zum Zweck der Zustellung wäre jedoch unnötiger Mehraufwand, wenn das zuzustellende Dokument ohnehin bereits originär elektronisch in der Form des § 130b vorliegt. In diesem Fall kann das nach § 130b errichtete Dokument als solches elektronisch zugestellt werden (d.h. versehen mit der qualifizierten elektronischen Signatur des Urhebers), ohne dass es noch einer Beglaubigung bedarf.“<sup>41</sup>

Die Erwägung, dass ein Dokument, das bereits mit einer qeS versehen ist, keines weiteren Integritätsschutzes bedarf, verfolgte der Gesetzgeber weiter. Nach dem Gesetz zur Umsetzung der Berufsanerkennungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe vom 12.05.2017 sollte die Beglaubigung durch qeS auch für elektronische Dokumente der Parteien entbehrlich sein, die „mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person oder einem elektronischen Authentizitäts- und Integritätsnachweis versehen“ sind (§ 169 Abs. 4 ZPO-E). In der Variante des Authentizitäts- und Integritätsnachweises ist der Dokumentenschutz sogar noch weiter reduziert. Bei diesem Nachweis handelt es sich – was dem Gesetzgeber bewusst war<sup>42</sup> – um eine Protokolldatei im XML-Format. Eine solche maschinell erzeugte XML-Datei ist aber weder fälschungssicher noch bietet sie einen belastbaren Integritätsschutz. Dieser wird auf das Vertrauen in das Übermittlungssystem reduziert.

Diese Fassung des § 169 ZPO trat indes nie in Kraft; sie wurde durch das Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs vom 05.07.2017 überholt und im Wesentlichen in die jetzt gültige Fassung überführt. § 169 Abs. 4 ZPO, der wieder auf die Fassung von 2013 zurückge-

34 OVG Lüneburg, Beschl. v. 28.05.2019 - 13 ME 136/19; Biallaß, NJW 2019, 3495, 3497.

35 Vgl. Feskorn in: Zöller, ZPO, 33. Aufl., § 317 Rn. 2; Elzer in: BeckOK, BGB, 34. Edition, § 317 Rn. 9, 12 Stand 01.03.2020.

36 Vgl. Schultzy in: Zöller, ZPO, 33. Aufl., § 169 Rn. 15; Dörndorfer in: BeckOK, BGB, 34. Edition, § 169 Rn. 8 Stand 01.03.2020.

37 § 317 Abs. 1 Satz 1 ZPO wurde zuletzt geändert durch Gesetz vom 10.10.2013, BGBl. I 2013, 3786; § 169 Abs. 4, 5 ZPO durch Gesetz vom 05.07.2017, BGBl. I 2017, 2208 und Gesetz vom 12.12.2019, BGBl. I 2019, 2633.

38 Gesetz vom 12.12.2019, BGBl. I 2019, 2633.

39 BAG, Urt. v. 25.02.2015 - 5 AZR 849/13; Schultzy in: Zöller, ZPO, 33. Aufl., § 166 Rn. 9.

40 BT-Drs. 17/13948, S. 34; dazu kritisch Lamminger/Ulrich/Schmieder, NJW 2016, 3274, 3275 f.

41 BT-Drs. 17/13948, S. 34.

42 BT-Drs. 18/11468, S. 14 f.

führt wurde, zielt nach dem Willen des Gesetzgebers weiterhin (nur) auf die elektronische Zustellung von Dokumenten ab, die in Papierform geführt werden.<sup>43</sup> Für elektronische Dokumente, die originär für die elektronische Aktenführung erzeugt wurden, wurde die Vorschrift des § 169 Abs. 5 ZPO nochmals erweitert. Es bleibt dabei, dass Dokumente, die schon mit einer qeS versehen sind, im Original zugestellt werden können (§ 169 Abs. 5 Nr. 1 ZPO). Auch den Authentizitäts- und Integritätsnachweis bei Übermittlung auf einem sicheren Übertragungsweg lässt der Gesetzgeber ausreichen (§ 169 Abs. 5 Nr. 2 ZPO). Hinzu kommt, dass nunmehr auch ein Scan-Transfervermerk nach § 298a Abs. 2 Satz 3, 4 ZPO einen hinreichenden Schutz vermittelt (§ 169 Abs. 5 Nr. 3 ZPO). All dies hat der Gesetzgeber mit den gleichen Erwägungen begründet, die schon für die früheren Gesetzesänderungen maßgeblich waren.<sup>44</sup> Dem Verhältnis zwischen § 169 Abs. 5 Nr. 1 ZPO und § 317 Abs. 1 Nr. 1 ZPO hat der Gesetzgeber dabei keine weitere Erläuterung gewidmet.

Die jüngste Änderung des § 169 Abs. 4 ZPO, derzufolge auch elektronische Dokumente nach § 169 Abs. 4 ZPO zugestellt werden können, betrifft nach der Gesetzesbegründung die Zustellung von Auszügen oder Teilabschriften eines elektronischen Dokuments.<sup>45</sup> In diesen Fällen entfällt der Schutz der vorhandenen qeS, da sich diese auf das volle Dokument bezieht. Damit entsteht wieder das Bedürfnis nach einem Integritätsschutz, das der Gesetzgeber mit § 169 Abs. 4 ZPO abdecken will. Mit dieser Begründung stellt die Neuerung kein Argument für den Vorrang des § 317 Abs. 1 Satz 1 ZPO dar; vielmehr bestätigt sie im Gegenschluss, dass Urteile, die nicht nur in Auszügen, sondern in vollem Umfang übermittelt werden sollen, nach § 169 Abs. 5 ZPO zugestellt werden sollen.

## II. Die Entwicklung des § 317 Abs. 1 Satz 1 ZPO

Die Bestimmung, dass Urteile „in Abschrift“ zuzustellen sind, wurde in § 317 Abs. 1 Satz 1 ZPO ebenfalls erst durch das Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs vom 10.10.2013 eingeführt. Der Gesetzesbegründung lässt sich entnehmen, dass dies der Abgrenzung zu § 317 Abs. 2 ZPO dienen sollte: Eine Ausfertigung soll demnach nicht mehr von Amts wegen, sondern nur noch auf Antrag ausgestellt werden.<sup>46</sup>

## III. Ergebnis

Aus der Entwicklung der beiden Vorschriften ergibt sich deren Abgrenzung zweifelsfrei: Auch Urteile und Beschlüsse können nach § 169 Abs. 5 Nr. 1 oder Nr. 3 ZPO ohne Beglaubigung zugestellt werden. § 317 Abs. 1 Satz 1 ZPO steht dem nicht entgegen; diese Vorschrift stellt nur klar, dass nicht

von Amts wegen eine Ausfertigung erteilt wird (§ 317 Abs. 2 ZPO). Die Möglichkeit der Zustellung einer Abschrift – seit dem 01.01.2020 auch einer Teilabschrift von einem elektronischen Dokument – nach § 169 Abs. 4 ZPO ändert daran nichts.

Bemerkenswert ist das höchst unterschiedliche Niveau des Integritätsschutzes bei der Zustellung: Dieser wird im Fall des § 169 Abs. 5 Nr. 1 ZPO durch eine qeS sichergestellt. Auch in § 169 Abs. 4 ZPO beharrt der Gesetzgeber auf diesem Schutz, obwohl bei der vorgeschriebenen Übertragung auf einem sicheren Übermittlungsweg (§ 174 Abs. 3 Satz 3 ZPO) die Integrität bereits durch eine (Transport-)Signatur sichergestellt und zudem ein Authentizitäts- und Integritätsnachweis erstellt wird. Diesen wiederum lässt der Gesetzgeber im Fall des § 169 Abs. 5 Nr. 2 ZPO genügen und verlangt keine qeS, obwohl der Authentizitäts- und Integritätsnachweis nicht fest mit dem Dokument verbunden ist und als XML-Datei auch keinen nennenswerten technischen Integritätsschutz bietet. Entsprechendes gilt für den Transfervermerk nach § 298a Abs. 2 Satz 3, 4 ZPO, dem der Gesetzgeber in § 169 Abs. 5 Nr. 3 ZPO ebenfalls eine für die Zustellung hinreichende vertrauensstiftende Wirkung zuerkannt hat.

## C. Fazit

Die elektronische Zustellung wirft eine Reihe neuer Fragen auf. Die Aufarbeitung in der Literatur hat erst eingesetzt; auch die Rechtsprechung ist noch jung und disparat. Da der Gesetzgeber am subjektiven Element der Zustellung gegen (e)EB festgehalten hat, muss der Annahmewille des Empfängers feststehen, was im Einzelfall fraglich sein kann. Die oben besprochenen Entscheidungen zeigen, dass die Gerichte bei der elektronischen Zustellung zu einer schärferen Anwendung der §§ 174, 189 ZPO neigen als bei der Zustellung per Post. Dazu dürfte die Transparenz der elektronischen Zustellung beitragen: Die automatische Empfangsbestätigung belegt den Eingang im Empfängerpostfach und deren Zeitpunkt; auch der Inhalt der Nachricht lässt sich exakt nachvollziehen. Angesichts dessen ist die Verlockung groß, Anwälte, die auf eine nachweislich ordnungsgemäß bewirkte Übersendung nicht reagieren oder die Zustellung mit unzureichenden Gründen zurückweisen, unter Hinweis auf die Pflicht zur Kenntnisnahme und zur aktiven Nutzung des beA für das eEB an der Zustellung festzuhalten.

<sup>43</sup> BT-Drs. 18/12203, S. 78.

<sup>44</sup> BT-Drs. 18/12203, S. 78 f.

<sup>45</sup> BT-Drs. 19/15167, S. 29.

<sup>46</sup> BT-Drs. 17/12634, S. 30.

## Keine Haftung des Fahrzeughalters für „erhöhtes Parkentgelt“ bei Parkverstoß des Fahrers

BGH, Urt. v. 18.12.2019 - XII ZR 13/19

RiAG Dr. Holger Fahl, LL.M. (LSE)

### A. Problemstellung

Parkraum in Städten ist ein rares Gut. Insbesondere unentgeltlich zur Verfügung gestellte Parkflächen werden gern in Anspruch genommen. Umso mehr versuchen private Parkplatzanbieter, die Nutzung der von ihnen zur Verfügung gestellten Flächen durch Parkordnungen in geordnete Bahnen zu lenken. Betreiber von Einkaufszentren und Supermärkten sowie im vorliegenden Fall von Krankenhäusern verlangen regelmäßig das Auslegen der Parkscheibe, um die Nutzungsdauer kontrollieren und im Interesse ihrer Kunden/Besucher unberechtigte Parker abschrecken zu können.

Die Frage, wie die Einhaltung von privaten Parkbedingungen sichergestellt und durchgesetzt werden kann, hat in den letzten Jahren zahlreiche Gerichte beschäftigt.<sup>1</sup> Im Spannungsfeld zwischen Halterhaftung, Störereigenschaft und Vertragsrecht blieben zahlreiche Fragen offen. Die Entscheidung des XII. Zivilsenats des BGH beantwortet einige von ihnen.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Klägerin ist ein mit der Bewirtschaftung privaten Parkraums befasstes Unternehmen, das Krankenhausparkplätze betreibt. Mittels Schildern weist die Klägerin darauf hin, dass es sich um Privatparkplätze handelt, deren Benutzung mit Parkscheibe für eine Höchstparkdauer kostenlos ist; bei Verstößen gegen die Parkordnung werde ein „erhöhtes Parkentgelt“ von mindestens 30 € erhoben. Auf dem Parkplatz sind zudem gesondert beschilderte Mitarbeiterparkplätze vorhanden. Die Beklagte ist Halterin eines Pkw. Die Klägerin stellte fest, dass das Fahrzeug der Beklagten einmal unter Überschreiten der Höchstparkdauer sowie zweimal unberechtigt auf einem Mitarbeiterparkplatz abgestellt war. Mitarbeiter der Klägerin hinterließen jeweils Zahlungsaufforderungen i.H.v. 15 € bzw. 30 € am Fahrzeug der Beklagten. Da keine Zahlung erfolgte, stellte die Klägerin eine Halteranfrage. Die Beklagte bestritt, Fahrerin gewesen zu sein, und verweigerte die Zahlung. Die Klägerin verlangt die Zahlung des „erhöhten Parkentgelts“ sowie Ersatz von Rechtsverfolgungskosten.

Die Klage blieb vor Amts- und Landgericht erfolglos. Auf die vom Landgericht zugelassene Revision der Klägerin hat der

BGH das Urteil des Landgerichts aufgehoben und die Sache zurückverwiesen.

Der BGH führt aus, dass (nur) zwischen dem Fahrer des von der Beklagten gehaltenen Fahrzeugs und der Klägerin ein konkludent geschlossener Leihvertrag über die Parkplatznutzung zustande gekommen sei. Das Angebot sei durch die Bereitstellung des Parkplatzes erfolgt, die Annahme durch das Abstellen des Fahrzeugs.<sup>2</sup> Der geschlossene Vertrag enthalte ein wirksames Vertragsstrafenversprechen nach §§ 339 ff. BGB für den Fall des Verstoßes gegen vertraglich vorgesehene Rückgabezeiten oder Parkbestimmungen („erhöhtes Parkentgelt“). Die Vertragsstrafe sei als Allgemeine Geschäftsbedingung wirksam einbezogen, da die Hinweisschilder nach § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB hinreichend sichtbar gewesen seien und sich der Fahrer mit der Geltung der AGB durch die Nutzung einverstanden erklärt habe. Die vereinbarte Vertragsstrafe von „mindestens 30 €“ halte auch der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB stand, insbesondere sei sie nicht intransparent oder unangemessen benachteiligend.

Zutreffend habe es das Landgericht jedoch abgelehnt, aus der Haltereigenschaft der Beklagten ihre Haftung für die Vertragsstrafe und die Rechtsverfolgungskosten abzuleiten. Der Halter eines unberechtigt abgestellten Fahrzeugs sei Zustandsstörer und könne auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wenn er den Handlungsstörer (Fahrer) nicht benenne.<sup>3</sup> Weiter könne der Halter nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag auf Ersatz von Abschleppkosten Anspruch genommen werden.<sup>4</sup> Am Vertragsverhältnis zwischen Parkplatzverleiher und Fahrer sei der Halter indes nicht beteiligt. Eine entsprechende Anwendung von § 25a Abs. 1 Satz 1 StVG lehnt der BGH ab, da der Gesetzgeber in Kenntnis der Personenverschiedenheit von Fahrer und Halter die Rechtsfolgen der Haltereigenschaft abschließend geregelt habe und es somit an einer Regelungslücke fehle. Ein Zahlungsanspruch des Parkplatzverleihers gegen den Halter ergebe sich auch nicht aus unerlaubter Handlung, insbesondere nicht aus der Weigerung des Halters, einen Fahrzeugführer zu benennen. Denn es bestehe keine Auskunftspflicht des Halters gegenüber dem Verleiher; hierfür sei eine rechtliche Sonderverbindung notwendig,<sup>5</sup> die sich weder aus verbotener Eigenmacht des

1 AG Pfaffenhofen, Urt. v. 15.11.2019 - 1 C 552/19; LG Arnsberg, Urt. v. 16.01.2019 - 3 S 110/18; LG Schweinfurt, Urt. v. 02.02.2018 - 33 S 46/17; AG Brandenburg, Urt. v. 26.09.2016 - 31 C 70/15; BGH, Urt. v. 18.12.2015 - V ZR 160/14.

2 BGH, Urt. v. 18.12.2015 - V ZR 160/14 Rn. 15.

3 BGH, Urt. v. 18.12.2015 - V ZR 160/14 Rn. 20 ff.

4 BGH, Urt. v. 11.03.2016 - V ZR 102/15.

5 BGH, Urt. v. 25.07.2017 - VI ZR 222/16.

Fahrers noch aus einem Unterlassungsanspruch gegen den Halter herleiten lasse.<sup>6</sup>

Nach Auffassung des BGH durfte sich die Beklagte prozessual aber nicht darauf beschränken, einfach zu bestreiten, nicht Fahrerin gewesen sein. Sie treffe eine sekundäre Darlegungslast, dahin gehend vorzutragen, wer als Nutzer im fraglichen Zeitpunkt in Betracht komme. Zwar greife zugunsten der Klägerin kein Anscheinsbeweis, da es keinen typischen Geschehensablauf gebe, dass der Fahrer eines Fahrzeugs typischerweise auch der Halter sei. Die Voraussetzungen einer sekundären Darlegungslast seien aber gegeben, da die primär darlegungsbelastete Partei keine nähere Kenntnis und keine Möglichkeit zur weiteren Sachaufklärung habe, die bestreitende alle wesentlichen Tatsachen kenne und es ihr unschwer möglich und zumutbar sei, nähere Angaben zu machen.<sup>7</sup> Jedenfalls im Rahmen eines Leihverhältnisses als unentgeltlichem Geschäft sei eine sekundäre Darlegungslast zu bejahen, da es sich um ein anonymes Massengeschäft handele, der Verleiher keinen Kontakt zum Fahrer habe und die Tatsache, dass keine Identifizierung stattfinde, im Interesse aller liege, weil dies den Zugang zu Parkraum vereinfache. Der Verleiher könne nicht in zumutbarer Weise die Identität des Fahrers vor Ort oder im Nachhinein in Erfahrung bringen. Bei unentgeltlich zur Verfügung gestellten Parkplätzen sei auch die Einrichtung technischer Anlagen nicht zu verlangen, um Missbrauch entgegenzuwirken. Demgegenüber habe es der Halter in der Hand, wem er sein Fahrzeug überlasse. Dass möglicherweise Angehörige zu den Nutzern gehörten, die der Halter offenbaren müsse, mache die Angaben nicht unzumutbar.<sup>8</sup>

### C. Kontext der Entscheidung

Das Urteil des BGH führt die zahlreichen Entscheidungen zu Störerhaftung, sekundärer Darlegungslast und vertraglichen wie deliktischen Ansprüchen des Parkplatzbetreibers zusammen und zeigt auf, welche Möglichkeiten bestehen, die Einhaltung der Parkbedingungen durchzusetzen. Es stellt klar, dass die Leichtigkeit des Verkehrs nicht verlangt, unentgeltlich zur Verfügung gestellten Parkraum mit teuren technischen Anlagen zu versehen, um Verstöße gegen die Parkbedingungen zu sanktionieren. Mit dem Verweis auf die sekundäre Darlegungslast des Halters, zu den in Betracht kommenden Fahrern vorzutragen, macht der BGH deutlich, dass ein einfaches Bestreiten des Halters nicht genügt. Seine zivilrechtliche Verantwortung endet nicht mit der Übergabe des Fahrzeugs an einen Dritten. Zugleich sieht sich der BGH aber gehindert, § 25a StVG für das Vertragsverhältnis zwischen Verleiher und Fahrer fruchtbar zu machen. Und außerhalb der im Prozess bestehenden se-

kundären Darlegungslast besteht keine Auskunftspflicht des Halters. Dies wird viele Parkplatzbetreiber in der Praxis vor Schwierigkeiten stellen.

### D. Auswirkungen für die Praxis

Ein beklagter Fahrzeughalter, der seine Fahrereigenschaft bestreitet, muss vortragen, wer statt seiner als Fahrer in Betracht kommt. Hält er dazu keinen Vortrag, gilt der Vortrag des Parkplatzverleihers als zugestanden, § 138 Abs. 3 ZPO. Der Leihvertrag ist dann als mit dem beklagten Halter zustande gekommen anzusehen, dieser ist antragsgemäß zu verurteilen. Gleiches gilt, wenn der Beklagte einräumt, doch Fahrer gewesen zu sein.

Trägt der Halter vor, wer als Fahrer für den fraglichen Zeitraum in Betracht kommt, muss der Parkplatzverleiher überlegen, wie er mit dieser Situation prozessual umgehen will. Die Klage gegen den beklagten Halter bleibt ohne Nachweis der Fahrereigenschaft erfolglos. Die Inanspruchnahme des nun als Fahrer in Betracht kommenden Dritten wiederum birgt finanzielle Risiken. Der Dritte wäre zunächst außergerichtlich zur Zahlung aufzufordern. Etwaig angefallene Inkassokosten für den Versuch, den Halter zur Zahlung zu bewegen, dürfte der Dritte nicht zahlen müssen. Zahlt er außergerichtlich nicht, müsste der Parkplatzverleiher erneut eine Klage anstrengen, ohne sicher zu wissen, ob der Dritte tatsächlich der Fahrer gewesen ist. Wird ohne außergerichtliche Kontaktaufnahme Klage erhoben, riskiert der Kläger ein sofortiges Anerkenntnis.

Um die Risiken zu verringern, könnte der klagende Parkplatzverleiher dem Dritten im laufenden Verfahren den Streit verkünden. Allerdings erfasst die Interventionswirkung des § 68 ZPO nur die für die Entscheidung erheblichen Tatsachenfeststellungen und ihre rechtliche Beurteilung mit der Folge, dass diese Feststellungen im Folgeprozess nicht mehr durch neuen Tatsachenvortrag oder Beweisantritt infrage gestellt werden können. Im Prozess gegen den Halter trifft das Gericht aber keine positiven Feststellungen dazu, wer Fahrer gewesen ist; es stellt bloß fest, dass ein vertraglicher Anspruch gegen den Halter nicht besteht, weil der Kläger dessen Fahrereigenschaft nicht nachgewiesen hat.

Auch die Benennung der möglichen Fahrer als Zeugen im laufenden Prozess muss nicht zum Erfolg führen. Zum einen müsste der Kläger vortragen können, dass die Zeugen zu einem entscheidungserheblichen Aspekt etwas zu

6 BGH, Ur t. v. 18.12.2015 - V ZR 160/14.

7 BGH, Ur t. v. 10.02.2015 - VI ZR 343/13 Rn. 11; BGH, Ur t. v. 03.05.2016 - II ZR 311/14 Rn. 19.

8 BGH, Ur t. v. 27.07.2017 - I ZR 68/16 Rn. 13.

bekunden vermögen (etwa zur Fahrereigenschaft des Halters zum streitgegenständlichen Zeitpunkt). Zum anderen dürfte der Halter zwar verpflichtet sein, auch Angehörige als mögliche Fahrer zu benennen, ihnen wird gleichwohl regelmäßig ein Zeugnisverweigerungsrecht (§ 383 ZPO) zustehen.

Macht ein als Zeuge geladener Dritter Angaben und bekundet, nicht gefahren zu sein, mag das Gericht darauf schließen, dass der beklagte Halter seiner sekundären Darlegungslast nicht hinreichend nachgekommen ist und den Vortrag des Klägers als zugestanden angesehen. Bekundet der Zeuge, Fahrer gewesen zu sein, stellt sich erneut die Frage, wie diese Erkenntnis kostengünstig umgesetzt werden kann.

Komplizierter und aufwendiger wird es, wenn mehrere als Fahrer in Betracht kommen.

### E. Bewertung

Die Entscheidung des BGH offenbart die beschränkten Möglichkeiten, Parkverstöße auf privaten Parkplätzen zu ahnden. Der Leihvertrag kommt allein zwischen Parkplatzverleiher und Fahrer zustande; eine Haftung des Halters nach § 25a StVG analog lehnt der BGH ab. Einen einklagbaren Auskunftsanspruch des Verleihers gegenüber dem Halter verneint der BGH ebenfalls. Die Inanspruchnahme des Halters auf gut Glück kann für den Verleiher damit teuer werden. Äußert sich der in Anspruch genommene Halter zu möglichen Dritten, die als Fahrer in Betracht kommen, geht der Prozess verloren. Auf den Prozesskosten bleibt der Verleiher sitzen. Konkret bedeutet dies, dass die effektive Parkraumbewirtschaftung nur mit technischen Hilfsmitteln möglich ist. Der Verleiher muss Verstöße unmittelbar vor Ort dokumentieren (etwa durch den Einbau einer Schrankenanlage) und den Fahrer identifizieren (etwa durch die Verwendung von Kamerasystemen<sup>9</sup>).

Es bleiben dem Verleiher darüber hinaus die bereits bekannten Optionen, falsch parkende oder die Höchstparkdauer überschreitende Fahrzeuge abschleppen zu lassen und den Halter aus GoA in Anspruch zu nehmen sowie eine Unterlassungsklage gegen den Halter anzustrengen, wenn dieser sich weigert, den Fahrer als Handlungsstörer zu benennen. Einfacher wird die zivilrechtliche Ahndung von Parkverstößen durch das ergangene Urteil zunächst wohl nicht.

<sup>9</sup> So der Ansatz des LG Schweinfurt, Urt. v. 02.02.2018 - 33 S 46/17 Rn. 12. Eine unmittelbare Identifikation ermöglicht ein Foto gleichwohl nicht; und ein Auskunftsanspruch gegenüber dem Halter besteht nach BGH nicht.

## Keine Haftung der Wohnungseigentümergeinschaft für Verschulden Dritter bei der Erfüllung von Verkehrssicherungspflichten

BGH, Urt. v. 13.12.2019 - V ZR 43/19

RA Dr. Gero Schneider, M.C.L.

### A. Problemstellung

Der BGH hatte sich in der hier besprochenen Entscheidung mit der Frage zu beschäftigen, ob die Erfüllung der auf das Gemeinschaftseigentum bezogenen Verkehrssicherungspflichten zur ordnungsgemäßen Verwaltung zählt und ob der Verband im Innenverhältnis zu den Wohnungseigentümern für deren Wahrnehmung zuständig ist, sodass Dritte, denen die Verkehrssicherungspflichten übertragen wurden, als Erfüllungsgehilfen der Wohnungseigentümergeinschaft anzusehen sind.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Klägerin ist Mitglied der beklagten Wohnungseigentümergeinschaft. Von dieser verlangt sie Schadensersatz für die Beschädigung ihres Fahrzeuges, das sie auf einem Parkplatz der Wohnanlage abgestellt hatte und auf das ein großer Ast, der von einer ebenfalls auf dem Grundstück der Anlage stehenden Platane abbrach, herabfiel. Die beklagte Wohnungseigentümergeinschaft hatte im Vorfeld mit der Streithelferin einen Pflegevertrag über die Durchführung von „verkehrssicherheitsrelevanten und baumpflegerischen Schnittmaßnahmen“ geschlossen, der die jährliche Kontrolle des zur Wohnanlage gehörenden Baumbestandes durch die Streithelferin vorsieht. Eine solche Kontrolle führte die Streithelferin noch wenige Monate vor Beschädigung des Fahrzeuges durch und bestätigte dabei den verkehrssicheren Zustand der Bäume.

Nachdem das Amtsgericht die Klage der Klägerin abgewiesen hatte, legte diese hiergegen Berufung ein. Auch die Berufung vor dem Landgericht war erfolglos. Dieses entschied, dass eine deliktische Haftung der Wohnungseigentümergeinschaft nicht in Betracht komme, da diese die ihr nach § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG obliegende Verkehrssicherungspflicht erfüllt habe, indem sie die Streithelferin mit der jährlichen Durchführung von Kontrollen beauftragt hat. Auch ein Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB wegen Verletzung der sich aus dem mitgliedschaftlichen Treueverhältnis ergebenden Pflichten sei nicht gegeben, da nach neuerer Rechtsprechung des BGH keine Einstandspflicht der Wohnungseigentümergeinschaft für ein etwaiges Verschulden der Streithelferin über § 278 BGB bestehe. Der Verband sei im Verhältnis zwischen den

Wohnungseigentümern nicht in die Verwaltung des Gemeinschaftseigentums eingebunden. Dies ergebe sich auch nicht aus § 10 Abs. 6 Satz 3 Halbsatz 1 WEG, der lediglich das Außenverhältnis regele und nicht die interne Willensbildung des Verbandes.

Diese Ansicht des Berufungsgerichts bestätigt der BGH in seiner Entscheidung. Der BGH prüft – wie das Berufungsgericht – zunächst, ob deliktische Ansprüche der Klägerin bestehen.

Im Rahmen der Prüfung eines Anspruchs aus § 823 Abs. 1 BGB konnte der BGH offenlassen, ob die Verkehrssicherungspflicht in Bezug auf das Gemeinschaftseigentum zu den originären Pflichten der Wohnungseigentümergeinschaft nach § 10 Abs. 6 Satz 2 WEG zählt oder die einzelnen Wohnungseigentümer verkehrssicherungspflichtig sind, sodass eine Haftung des Verbandes auf § 10 Abs. 6 Satz 3 Halbsatz 1 WEG beruht. Auch die Frage, ob die Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht nur zu einer Haftung der Wohnungseigentümergeinschaft gegenüber Dritten führt, oder ob auch einem Wohnungseigentümer selbst ein deliktischer Schadensersatzanspruch gegen die Wohnungseigentümergeinschaft zustehen kann, konnte der BGH hier offenlassen. Jedenfalls liege keine Verletzung der Verkehrssicherungspflicht durch die Wohnungseigentümer bzw. die Wohnungseigentümergeinschaft vor. Die Verkehrssicherungspflicht sei entsprechend den Grundsätzen der ständigen Rechtsprechung durch den Vertrag mit dieser auf die Streithelferin delegiert worden und habe sich dadurch in eine Kontroll- und Überwachungspflicht gewandelt. Für eine Verletzung dieser Kontroll- und Überwachungspflicht sei jedoch nichts ersichtlich.

Einen Anspruch aus § 831 BGB lehnt der BGH ab, da es sich bei der Streithelferin um ein selbstständiges Unternehmen und somit nicht um einen Verrichtungsgehilfen handle.

Anschließend prüft der BGH, ob möglicherweise ein Anspruch der Klägerin gem. § 280 Abs. 1 BGB besteht. Eine schuldhafte Pflichtverletzung durch die Streithelferin müsste sich die Beklagte dann über § 278 Satz 1 BGB zurechnen lassen, wenn die durch die Streithelferin wahrgenommene Aufgabe aufgrund eines zwischen der Beklagten und der Klägerin bestehenden Schuldverhältnisses objektiv zum Pflichtenkreis der Beklagten gehören würde. Folglich prüft der BGH, ob eine entsprechende Verkehrssicherungspflicht der Beklagten im Innenverhältnis zur Klägerin besteht. Im Ergebnis verneint der BGH dies.

Zur Begründung führt er aus, die auf das Gemeinschaftseigentum bezogenen Verkehrssicherungspflichten gehörten zur ordnungsgemäßen Verwaltung i.S.v. § 20 Abs. 1 und § 21 Abs. 1 und 3 WEG. Im Innenverhältnis zu den Wohnungseigentümern obliege diese aber nicht dem Verband als solchem, sondern

den einzelnen Eigentümern oder dem Verwalter, im Fall der Bestellung eines Verwaltungsbeirats auch diesem (§ 20 Abs. 1 WEG). Der Verband sei nicht als Entscheidungssubjekt, sondern lediglich als Mittel zur Durchsetzung der Verwaltung nach außen hin konzipiert. Somit werde die Streithelferin auch nicht als Erfüllungsgehilfin des Verbandes tätig.

Sodann setzt sich der BGH auch noch mit der Auffassung der Klägerin auseinander, im Hinblick auf § 10 Abs. 6 Satz 3 Halbsatz 1 WEG – wonach die Wohnungseigentümergeinschaft die gemeinschaftlichen Pflichten der Wohnungseigentümer wahrnimmt – müsse hier etwas anderes gelten. Dem hält der BGH entgegen, dass § 10 Abs. 6 Satz 3 Halbsatz 1 WEG keine eigenen Pflichten begründe, sondern vielmehr bereits bestehende Verpflichtungen voraussetze, die hier – jedenfalls im Rahmen des mitgliedschaftlichen schuldrechtlichen Verhältnisses – eben gerade nicht gegeben seien.

Die Tatsache, dass die Wohnungseigentümergeinschaft damit nicht für Schäden haftet, die auf einer schuldhaften Verletzung der Verkehrssicherungspflicht durch einen beauftragten Dritten beruhen, stelle auch keine unangemessene Belastung für den betroffenen Wohnungseigentümer dar, weil dieser den Dritten selbst – zusätzlich zu dessen deliktischer Haftung aufgrund der Übernahme der Verkehrssicherungspflicht – auf Grundlage eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in Anspruch nehmen könne.

### C. Kontext der Entscheidung

Das Urteil steht in engem Zusammenhang mit der Entscheidung des Senats vom 08.06.2018,<sup>1</sup> V ZR 125/17, auf die der BGH zur Begründung auch mehrfach verweist. In dieser Entscheidung hat der BGH seine bisherige Rechtsprechung<sup>2</sup> eingeschränkt, wonach auch die Wohnungseigentümergeinschaft und nicht nur die einzelnen Eigentümer für Verstöße gegen die ordnungsgemäße Verwaltung des Gemeinschaftseigentums durch den Verwalter oder die Mehrheit der Eigentümer haftet.

Für das Außenverhältnis zu nicht dem Verband angehörenden Dritten, geht der BGH weiterhin davon aus, dass diese den Verband in Anspruch nehmen können, der sich gem. §§ 31, 89 BGB analog sowohl das schuldhaft pflichtwidrig organschaftliche Verhalten des Verwalters als auch das Organisationsverschulden der Wohnungseigentümer zurechnen lassen muss. Dies bestätigt der BGH auch in der aktuellen Entscheidung.

Im Innenverhältnis der Wohnungseigentümergeinschaft zu den einzelnen Eigentümern hat der BGH dagegen schon

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 08.06.2018 - V ZR 125/17.

<sup>2</sup> BGH, Urt. v. 13.07.2012 - V ZR 94/11; BGH, Urt. v. 25.09.2015 - V ZR 246/14.

in der Entscheidung vom 08.06.2018<sup>3</sup> mit umfangreicher Begründung eine Haftung des Verbands für pflichtwidriges Verhalten bei der Verwaltung verneint. Im Hinblick auf die Gesetzgebungsgeschichte sei eine Einbindung der teilrechtsfähigen Wohnungseigentümergeinschaft in die ordnungsgemäße Verwaltung des Gemeinschaftseigentums nicht beabsichtigt gewesen.

Im Urteil vom 08.06.2018<sup>4</sup> hat der BGH außerdem bereits entschieden, dass Dritte, die der Verwalter zur Durchführung einer vom Verband beschlossenen Sanierung beauftragt, für Schäden aufgrund der Verletzung von Pflichten aus diesem Vertrag den betroffenen Eigentümern gegenüber auf Grundlage eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter haften.

#### D. Auswirkungen für die Praxis

In den beiden Entscheidungen – dem vorliegenden Urteil und der Entscheidung vom 08.06.2018 - V ZR 125/17 – hat der BGH deutlich gemacht, dass er zwischen der Situation der Schädigung Dritter im Außenverhältnis und der Schädigung einzelner Miteigentümer im Innenverhältnis klar unterscheidet.

Fügen Dritte, die im Rahmen der Verwaltung eingeschaltet werden, einem Eigentümer Schäden zu, so stehen diesem neben deliktischen Ansprüchen gegen den Dritten auch solche aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zu. Gegen die Wohnungseigentümergeinschaft bestehen dagegen grds. keine Ansprüche. Der BGH hat dies dann offengelassen, wenn es sich wie hier bei der Verwaltungsmaßnahme um eine auf das Gemeinschaftseigentum bezogene Verkehrssicherungspflicht handelt und nach deren Delegation auf einen Dritten keine ausreichende Wahrnehmung der Kontroll- und Überwachungspflicht erfolgt. Ob der BGH in einem solchen Fall aber tatsächlich einen deliktischen Anspruch gegen die Wohnungseigentümergeinschaft zugesteht, mag stark bezweifelt werden.

#### E. Bewertung

Der BGH geht den mit der Entscheidung vom 08.06.2018<sup>5</sup> eingeschlagenen Weg konsequent und dogmatisch fundiert weiter, indem er klarstellt, dass die Wohnungseigentümergeinschaft grds. nicht gegenüber einzelnen Wohnungseigentümern bei der Übertragung von Verkehrssicherungspflichten auf Dritte haftet. Die Unterscheidung gegenüber der Situation der Schädigung Dritter im Außenverhältnis begegnet ebenfalls keinen Bedenken. Die Entscheidungen sind in der Sache auch billig, da der geschädigten Person stets ein Anspruch gegen den Dritten zustehen dürfte.

3 BGH, Urt. v. 08.06.2018 - V ZR 125/17.

4 BGH, Urt. v. 08.06.2018 - V ZR 125/17.

5 BGH, Urt. v. 08.06.2018 - V ZR 125/17.

## Arbeitsrecht

### Ausschlussfristen in kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen

BAG, Urt. v. 30.10.2019 - 6 AZR 465/18

RiArbG Dr. Daniel Faulenbach

#### A. Problemstellung

Kirchliche Arbeitsrechtsregelungen enthalten regelmäßig Ausschlussfristen für die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis. Das BAG hatte sich zunächst – zum wiederholten Male – mit dem Geltungsanspruch kirchlicher Arbeitsrechtsregelungen für Arbeitsverhältnisse zu befassen. Von besonderer praktischer Relevanz sind aber die Ausführungen des Senats, die sich mit einem möglichen Schadensersatzanspruch des Klägers wegen einer Verletzung der Verpflichtungen aus dem Nachweisgesetz durch die Beklagte befassen.

#### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Streitgegenstand des Rechtsstreits waren Differenzlohnansprüche des Klägers, die sich – nach der Auffassung des Klägers – aus einer fehlerhaften Eingruppierung ergaben. Der Kläger war bei der beklagten katholischen Kirchengemeinde als Küster und Reinigungskraft beschäftigt gewesen. In § 2 des Arbeitsvertrags der Parteien hieß es u.a. „Die Kirchliche Arbeits- und Vergütungsordnung (KAVO) ist in ihrer jeweiligen Fassung einschließlich der Anlagen Bestandteil dieses Vertrages“. § 57 Abs. 1 der KAVO für das Erzbistum Köln, zu dem die beklagte Kirchengemeinde gehört, in der für den entschiedenen Fall maßgeblichen Fassung, lautete wie folgt: „Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis verfallen, wenn sie nicht innerhalb einer Ausschlussfrist von sechs Monaten nach Fälligkeit vom Mitarbeiter oder vom Arbeitgeber schriftlich geltend gemacht werden, soweit in dieser Ordnung nichts anderes bestimmt ist.“ Die aktuelle Fassung des § 57 Abs. 1 KAVO ist um folgenden – mit Wirkung zum 01.04.2018 eingefügten – Satz 2 ergänzt worden: „Die Frist nach Satz 1 gilt nicht für unabdingbare Ansprüche nach dem Mindestlohngesetz oder nach zwingenden Rechtsverordnungen auf der Grundlage des Arbeitnehmerentendengesetzes.“ Bei der KAVO handelt es sich um kirchliche Arbeitsbedingungen des sog. Dritten Weges. Das heißt, sie werden von einer paritätisch besetzten arbeitsrechtlichen Kommission und ggf. – sofern es zu keiner Einigung kommt – durch eine paritätisch besetzte Schlichtungskommission unter Vorsitz eines neutralen Dritten entwickelt –, wobei die Mitglieder jeweils weisungsun-

gebunden sind und die kirchlichen Arbeitsbedingungen ihre Verbindlichkeit dadurch erlangen, dass der Dienstgeber sie kraft kirchenrechtlicher oder satzungrechtlicher Verpflichtung anzuwenden hat, indem er sie durch vertragliche Inbezugnahme zur Geltung bringt.<sup>1</sup>

Die Beklagte hatte den Kläger ab dem 01.05.2015 nach der von ihm für zutreffend erachteten Entgeltgruppe vergütet und hierzu die Auffassung vertreten, dies lediglich angesichts des bevorstehenden Ruhestands des Klägers „aus Kulanz“ getan zu haben. Für davor liegende Zeiträume hat sie die Zahlung unter Hinweis auf die Ausschlussfrist des § 57 KAVO abgelehnt. Der Kläger hat gemeint, die Ausschlussfrist greife nicht. Sie sei mangels hinreichender Transparenz nicht zum Vertragsbestandteil geworden. Jedenfalls sei es treuwidrig, wenn die Beklagte sich auf die Ausschlussfrist berufe, da sie ihn diesbezüglich nicht ausreichend informiert habe. Auch sei kein § 2 Abs. 1 Satz 1 NachwG genügender Nachweis erfolgt und die KAVO nicht zur Einsichtnahme ausgelegt gewesen. Sollten seine Ansprüche verfallen sein, stehe ihm jedenfalls ein entsprechender Schadensersatzanspruch zu.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Der Erfüllungsanspruch sei verfallen. Ein Schadensersatzanspruch wegen Verstoßes gegen die Bekanntmachungspflicht des mangels Tarifvertragscharakters der KAVO ohnehin nicht direkt anwendbaren § 8 TVG stehe dem Kläger nicht zu, weil es sich dabei um eine sanktionslose Ordnungsvorschrift handele.<sup>2</sup> Eine Verletzung der Nachweispflicht sei nicht gegeben. Denn der in § 2 des Arbeitsvertrags enthaltene Verweis auf die KAVO umfasse auch die in dieser enthaltene Ausschlussfrist. Nach § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10 NachwG genüge der allgemein gehaltene Hinweis auf den auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Tarifvertrag auch zum Nachweis der in dem Tarifvertrag enthaltenen Ausschlussfristen, ohne dass diese gesondert nochmals ausdrücklich genannt werden müssten.<sup>3</sup> Diese Grundsätze fänden entsprechend auch bei kirchlichen Arbeitsbedingungen des sog. Dritten Weges Anwendung.

Dies hat der Senat anders gesehen. Er geht zwar – mit den Vorinstanzen – von einem Verfall der streitgegenständlichen Erfüllungsansprüche aus. Allerdings nimmt er an, dem Kläger stehe – sofern ihm, was das Landesarbeitsgericht zu prüfen haben werde, ein Anspruch auf die eingeklagte Differenzvergütung zugestanden haben sollte – ein Schadensersatzanspruch wegen unterlassener Unterrichtung über die Ausschlussfrist des § 57 Abs. 1 KAVO zu.

Zwar habe der Arbeitgeber durch § 2 des Arbeitsvertrags seiner Verpflichtung aus § 2 Abs. 1 Satz 1 NachwG zum Nachweis der Anwendbarkeit der KAVO genügt. Damit habe er aber noch nicht die darin enthaltene Ausschluss-

frist nachgewiesen. Die Bezugnahme auf die KAVO stelle keinen in allgemeiner Form gehaltenen Hinweis nach § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10 NachwG dar. Diese Regelung sei auf kirchliche Arbeitsrechtsregelungen weder direkt noch analog anwendbar. Anders als bei Tarifverträgen, bei denen es keines besonderen Hinweises auf eine Ausschlussfrist bedarf, wenn der Arbeitgeber nach § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10 NachwG auf den Tarifvertrag selbst hinweist,<sup>4</sup> sei ein Hinweis auf die kirchliche Arbeitsrechtsregelung als solche zum Nachweis der Ausschlussfrist nicht ausreichend. § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10 NachwG sei seinem „unmissverständlichen Wortlaut nach auf kirchliche Arbeitsrechtsregelungen nicht anwendbar“. Eine analoge Anwendung komme – entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts – nicht in Betracht. Zwar könnten gem. § 2 Abs. 3 Satz 1 NachwG die Angaben nach § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 bis 9 und Abs. 2 Nr. 2 und 3 NachwG durch einen Hinweis auf die einschlägigen Tarifverträge, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen und ähnliche Regelungen, die für das Arbeitsverhältnis gelten, ersetzt werden. Kirchliche Arbeitsrechtsregelungen seien auch „ähnliche Regelungen“ in diesem Sinne.<sup>5</sup> Allerdings habe der Gesetzgeber durch die Aufnahme der „ähnlichen Regelungen“ in die Kataloge des § 2 Abs. 3 Satz 1 und § 3 Satz 2 NachwG zwar den Interessen kirchlicher Arbeitgeber „angemessen“ Rechnung tragen wollen. Dies schließe aber eine analoge Anwendung des § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10 NachwG auf kirchliche Arbeitsrechtsregelungen gerade aus, weil der Gesetzgeber durch die Aufnahme dieser Regelungen in die beiden genannten Kataloge einerseits und die unterlassene Aufnahme in § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10 NachwG bewusst differenziert habe. Es könne auch nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber – auch in Anbetracht kirchenrechtlicher Veröffentlichungspflichten – die Problematik des Nachweises von Ausschlussfristen bei der Inbezugnahme kirchlicher Arbeitsrechtsregelungen übersehen habe.

Der Hinweis auf die Verfallfrist sei auch nicht durch § 2 Abs. 3 Satz 1 NachwG ersetzt worden. Denn diese Vorschrift gestatte lediglich die Ersetzung der in § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 bis 9 und Abs. 2 Nr. 2 und 3 NachwG genannten Einzelangaben und sei abschließend. Eine Verfallklausel, die als solche eine wesentliche Vertragsbedingung i.S.v. § 2

1 BAG, Urt. v. 20.11.2012 - 1 AZR 179/11 Rn. 107.

2 So auch BAG, Urt. v. 23.01.2002 - 4 AZR 56/01 - zu 5. b) aa) der Gründe; später offengelassen durch BAG, Urt. v. 21.02.2007 - 4 AZR 258/06 Rn. 20.

3 So auch schon BAG, Urt. v. 23.01.2002 - 4 AZR 56/01 - zu 4. c) der Gründe.

4 BAG, Urt. v. 05.11.2003 - 5 AZR 469/02 - zu I. 5. c) bb) der Gründe; BAG, Urt. v. 23.01.2002 - 4 AZR 56/01 - zu 4. c) der Gründe.

5 So schon BAG, Urt. v. 14.01.2004 - 4 AZR 10/03 - zu III. der Gründe.

Abs. 1 Satz 1 NachwG darstellte,<sup>6</sup> sei keiner dieser Einzelangaben zuzuordnen. Soweit das BAG einen Hinweis nach § 2 Abs. 3 Satz 1 NachwG auch für weitere nicht ausdrücklich in § 2 Abs. 1 Satz 2 NachwG genannte wesentliche Vertragsbedingungen habe ausreichen lassen,<sup>7</sup> beziehe sich diese Privilegierung ausschließlich auf die unter § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10 NachwG fallenden Tarifverträge und Betriebs- bzw. Dienstvereinbarungen.

### C. Kontext der Entscheidung

Im Hinblick auf den Verfall der Ansprüche wiederholt der Senat die gefestigte Rechtsprechung des BAG. Danach handelt sich bei kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen um Allgemeine Geschäftsbedingungen, denen nur über arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln Wirkung verschafft werden kann. Die Grundsätze der Auslegung von AGB finden auf Bezugnahmeklauseln auf kirchliche Arbeitsrechtsregelungen Anwendung, welche grds. dahin auszulegen sind, dass sie dem kirchlichen Arbeitsrecht umfassend Geltung verschaffen. Als solche sind sie nicht intransparent. Die in Bezug genommenen kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen unterliegen ihrerseits der AGB-Kontrolle. Dabei ist jedoch bei Regelungen des Dritten Weges als im Arbeitsrecht geltende Besonderheit gem. § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB das Verfahren ihres Zustandekommens zu berücksichtigen. Dies bewirkt, dass sie – sofern sie vollständig in Bezug genommen werden – grds. wie Tarifverträge, nur daraufhin zu untersuchen sind, ob sie gegen die Verfassung, gegen anderes höherrangiges zwingendes Recht oder die guten Sitten verstoßen. Insofern hat der Senat nunmehr klargestellt, dass dieser geänderte Kontrollmaßstab keine Veränderung der Rechtsqualität zur Folge hat.

Hinsichtlich der Frage, ob eine Berufung des Arbeitgebers auf den Verfall rechtsmissbräuchlich bzw. treuwidrig ist, bildet die Entscheidung einen weiteren Mosaikstein in der aktuellen Rechtsprechung des BAG. Diese besagt – verkürzt formuliert –, dass ein Berufen auf den Verfall regelmäßig (nur) dann nach § 242 BGB ausgeschlossen ist, wenn derjenige, der sich auf den Verfall beruft, den Anspruchsinhaber von der fristgerechten Geltendmachung seiner Ansprüche abgehalten hat,<sup>8</sup> wobei das Abhalten (in engen Grenzen) auch in einem Unterlassen der Mitteilung relevanter Umstände bestehen kann.<sup>9</sup> Eine solche Veranlassung seiner Untätigkeit durch die Beklagte hat der Kläger in der Entscheidung zugrunde liegenden Fall nicht darlegen und beweisen können. Ein bloßer Verstoß gegen § 8 TVG reiche insoweit nicht aus. Die entscheidenden Akzente der Entscheidung bestehen insoweit zum einen darin, dass der Senat generell ausführt, vertragswidrige Ver-

haltensweisen als solche reichten insoweit nicht aus. Gerade sie führten zu Erfüllungsansprüchen, die innerhalb der Ausschlussfrist geltend gemacht werden müssten. Zum anderen stellt er klar, dass die rückwirkende Erfüllung einzelner vertraglicher Ansprüche das Erfordernis der Geltendmachung anderer oder weitergehender Ansprüche nicht entfallen lässt.

### D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung ist für den Bereich kirchlicher Arbeitsrechtsregelungen von großer Bedeutung. Ist die Ausschlussfrist in einem auf eine solche Regelung verweisenden Arbeitsvertrag nicht ausdrücklich nachgewiesen, bleibt sie zwar wirksam vereinbart. Dem Arbeitnehmer wird aber regelmäßig ein Schadensersatzanspruch wegen des fehlenden Nachweises der Ausschlussfrist zustehen.<sup>10</sup> Dieser ist nach § 249 BGB auf Naturalrestitution gerichtet. Dabei unterstellt die Rechtsprechung zugunsten des Arbeitnehmers ein aufklärungsgemäßes interessengerechtes Verhalten, d.h. es ist von einem Kausalverlauf auszugehen, der sich ergeben hätte, wenn der Arbeitgeber seine Nachweispflicht erfüllt hätte. Diese Beweiserleichterung entbindet den Arbeitnehmer allerdings nicht von der Verpflichtung, eine Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und dem eingetretenen Schaden darzulegen.<sup>11</sup> Der Schadensersatzanspruch stellt gegenüber dem Erfüllungsanspruch einen eigenen Streitgegenstand dar<sup>12</sup> und muss daher im Rahmen eines Rechtsstreits gesondert geltend gemacht werden.

Außerhalb des Anwendungsbereichs kirchlicher Arbeitsrechtsregelungen dürfte sich durch die Entscheidung jedenfalls zunächst nichts ändern. Auch wenn der Senat darauf hinweist, dass die Rechtsprechung des 4. Senats und des 5. Senats, der zufolge der Hinweis auf einen anzuwendenden Tarifvertrag als Nachweis der Ausschlussfrist genügt, kritisiert werde, wird diese durch die nun vorliegende Entscheidung des 6. Senats nicht abgeändert. Die Pressemitteilung hätte auch eine andere Deutung zugelassen. Hierin die

6 Vgl. bereits BAG, Urt. v. 23.01.2002 - 4 AZR 56/01 - zu 4. b) aa) der Gründe.

7 So etwa – ausdrücklich zu einer Verfallfrist – BAG, Urt. v. 29.02.2002 - 5 AZR 105/01 - zu I. 3. b) bb) der Gründe; BAG, Urt. v. 17.04.2002 - 5 AZR 89/01 - zu III. 2. der Gründe.

8 Vgl. BAG, Urt. v. 28.09.2017 - 8 AZR 67/15 Rn. 50; BAG, Urt. v. 28.06.2018 - 8 AZR 141/16 Rn. 38.

9 BAG, Urt. v. 11.04.2019 - 6 AZR 104/18 Rn. 42.

10 Zu einem möglichen Mitverschulden des Arbeitnehmers und der Zurechnung von Mitverschulden seines Rechtsanwalts vgl. BAG, Urt. v. 05.11.2003 - 5 AZR 676/02 Rn. 29.

11 BAG, Urt. v. 20.06.2018 - 4 AZR 235/15 Rn. 23.

12 BAG, Urt. v. 22.01.2019 - 9 AZR 149/17 Rn. 53.

Ursache für die verhältnismäßig lange Zeitspanne zwischen Verkündung der Entscheidung und Veröffentlichung der Entscheidungsgründe (Mitte Februar 2020) erblicken zu wollen, wäre aber wohl reine Spekulation.

### E. Bewertung

Der Senat führt dogmatisch gewichtige Gründe aus, die ihn zur Ablehnung einer analogen Anwendung des § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10 NachwG, wie sie das Landesarbeitsgericht befürwortet hatte, auf kirchliche Arbeitsrechtsregelungen bewegen haben. Dabei erscheint der Ausgangspunkt der Überlegungen in Gestalt der These, dem Gesetzgeber seien bei der Schaffung des NachwG die Besonderheiten des kirchlichen Arbeitsrechts „offenkundig“ bekannt gewesen, zweifelhaft. Insoweit bestehen zwar keine Zweifel daran, dass diese Kenntnisse in der zuständigen Fachabteilung des BMAS vorhanden sind. Da die Aufnahme der „ähnlichen Regelungen“

in die Kataloge des § 2 Abs. 3 Satz 1 und § 3 Satz 2 NachwG aber – wie der Senat ausführt – „im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens“ (und damit – anders als der Referentenentwurf – außerhalb des unmittelbaren vorbereitenden Einflusses der Fachabteilungen) erfolgt ist, erscheint es zweifelhaft, ob der Gesetzgeber tatsächlich „bewusst differenziert“ hat, wie der Senat annimmt. Ist dies aber zweifelhaft, überzeugen die Ausführungen des LArbG Düsseldorf als Vorinstanz, mit denen es die von ihm angenommene analoge Anwendung des § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10 NachwG begründet hat. Das Landesarbeitsgericht hat keineswegs ein „beliebiges“ Schweigen des Gesetzgebers als planwidrige Regelungslücke aufgefasst, sondern dargelegt, dass der Gesetzgeber des NachwG die – erst später durch das BAG gelöste – Verweisungsproblematik schon im Hinblick auf tarifvertragliche Ausschlussfristen nicht im Blick gehabt habe, weshalb er diese Problematik im Hinblick auf kirchliche Arbeitsvertragsregelungen wohl erst recht nicht gesehen habe.

## Sozialrecht

# Nicht kleckern, sondern klotzen – das Sozialschutzpaket I

VPräsBSG Prof. Dr. Thomas Voelzke

### A. Einleitung

Die existenziellen Belastungen, die mit der Verbreitung des Coronavirus und denjenigen staatlichen Maßnahmen, die zum Stillstand des öffentlichen Lebens geführt haben, einhergehen, liegen auf der Hand. Täglich werden uns in den Medien die wirtschaftlichen Folgen der Pandemie für kleine Selbstständige und Arbeitnehmer eindringlich vor Augen geführt. Der Gesetzgeber hat mit dem in rekordverdächtiger Zeit durch das Gesetzgebungsverfahren geschleusten „Gesetz für den erleichterten Zugang zu sozialer Sicherung und zum Einsatz und zur Absicherung sozialer Dienstleister aufgrund des Coronavirus SARS-CoV-2“ (Sozialschutzpaket)<sup>1</sup> den achtbaren Versuch unternommen, schnell und unbürokratisch auf absehbare Notlagen zu reagieren.<sup>2</sup>

Das sozialrechtliche Sofortprogramm zur Abmilderung existenzbedrohender Situationen ist mit einem atemberaubenden Tempo verabschiedet worden. Das gesamte Gesetzgebungsverfahren wurde mit dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD vom 24.03.2020<sup>3</sup> bis zur Verkündung im BGBl. vom 27.03.2020 und zum Inkrafttreten am 28.03.2020 in weniger als einer Woche durchge-

peitscht. Auch wenn diese Eilgesetzgebung manche Zweifel an der ordnungsgemäßen inhaltlichen Befassung der Gesetzgebungsorgane mit den Regelungen hervorrufen muss, kann sich jedenfalls das Ergebnis sehen lassen.

Für Arbeitnehmer hatte sich bereits während der Finanzkrise der Jahre 2008 und 2009 das Instrument Kurzarbeitergeld der Arbeitslosenversicherung bewährt. Eine Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld war zunächst durch das „Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld“<sup>4</sup> und durch die „Verordnung über Erleichterungen der Kurzarbeit“<sup>5</sup> bewirkt worden. Diese Maßnahmen schienen dem Gesetzgeber nicht ausreichend, sodass mit dem Sozialschutz-Paket eine weitere befristete Maßnahme zur Verbesserung des Schutzes durch das Kurzarbeitergeld getroffen

1 Vom 27.03.2020, BGBl. I 2020, 575.

2 Vgl. zu den Regelungen dieses Gesetz auch Groth, jurisPR-SozR 7/2020, Anm. 1.

3 BT-Drs. 18/18107.

4 Vom 13.03.2020, BGBl. I 2020, 493.

5 Vom 25.03.2020, BGBl. I 2020, 575.

worden ist. Für die aktuellen Konditionen des Kurzarbeitergeldes erfolgt eine gesonderte Darstellung.<sup>6</sup>

## **B. Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II) und Sozialhilfe (SGB XII)**

Zur Abfederung der Krise weist der Gesetzgeber den existenzsichernden Leistungssystemen eine zentrale Rolle zu. Da Selbstständige kein Kurzarbeitergeld beanspruchen können, kann der Lebensunterhalt dieser Zielgruppe nur durch die Leistungen der für Erwerbsfähige konzipierten Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II) sichergestellt werden, die nicht von einer Vorleistung der Leistungsberechtigten abhängen. Im Gesetzentwurf wird insoweit krisenbedingt von 1,2 Mio. zusätzlichen Bedarfsgemeinschaften ausgegangen.<sup>7</sup>

In diesem Leistungssystem sind mit der Sonderregelung in § 67 SGB II bemerkenswerte Erleichterungen beim Zugang zum Arbeitslosengeld II angeordnet worden.<sup>8</sup> Diese Modifikationen des Leistungsrechts gelten für alle Personen, für die der SGB II-Leistungsbezug in der Zeit vom 01.03.2020 bis zum 30.06.2020 beginnt. Der Zeitraum kann durch Rechtsverordnung der Bundesregierung ohne Zustimmung des Bundesrates bis maximal zum 31.12.2020 verlängert werden.

Auch für die Sozialhilfe wurde mit § 141 SGB XII eine Sondervorschrift geschaffen, die gleichartige Konditionen einer Leistungsgewährung bei den existenzsichernden Leistungssystemen schafft. Da das SGB II nicht nur den erwerbsfähigen Leistungsberechtigten selbst, sondern auch die mit ihm in Bedarfsgemeinschaft (§ 7 Abs. 3 SGB II) lebenden Personen einbezieht,<sup>9</sup> kommt der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem Dritten Kapitel des SGB XII zwar mit Blick auf die Zielgruppe der selbstständig Tätigen eine eher untergeordnete Bedeutung zu. Das in § 141 SGB XII niedergelegte Sonderrecht findet allerdings auch auf die Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung (Viertes Kapitel des SGB XII) Anwendung.

### **I. Vermögen**

Die Gewährung von Arbeitslosengeld II bzw. von Sozialgeld hängt aufgrund des Nachranggrundsatzes<sup>10</sup> in „normalen Zeiten“ davon ab, dass Leistungsberechtigte und mit ihnen in Bedarfsgemeinschaft lebende Personen alle Möglichkeiten nutzen, um ihren Lebensunterhalt zunächst aus eigenen Mitteln und Kräften zu bestreiten. Deshalb gehört zum Katalog der Anspruchsvoraussetzungen für die Gewährung von Arbeitslosengeld II die Hilfebedürftigkeit des Antragstellers (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB II). Zur Prüfung der Hilfebedürftigkeit zählt neben der Einkommens-

berücksichtigung auch der Zugriff auf das Vermögen der Leistungsberechtigten.

Der Gesetzgeber hält in der aktuellen Situation daran fest, dass die Erzielung von Einkommen der Inanspruchnahme von SGB II-Leistungen entgegensteht bzw. diese Leistungen nach Maßgabe der §§ 11 ff. SGB II mindert. Deshalb ist als Einkommen auch Kurzarbeitergeld zu berücksichtigen, sobald es den Leistungsberechtigten zufließt. Demgegenüber verzichtet er auf eine generelle Vermögensprüfung (§ 67 Abs. 2 Satz 1 SGB II). Die Nichtberücksichtigung von Vermögen wirkt für die Dauer von sechs Monaten und beginnt mit dem jeweiligen Bewilligungszeitraum, dessen Beginn im Zeitraum vom 01.03.2020 bis 30.06.2020 liegen muss.

Eine Rückausnahme von der Nichtberücksichtigung gilt nach § 67 Abs. 2 Satz 2 SGB II, wenn das Vermögen erheblich ist. Die Erklärung des Leistungsberechtigten, nicht über erhebliche Vermögenswerte zu verfügen, begründet eine dahin gehende Vermutung.<sup>11</sup>

Keine näheren Hinweise liefert der Gesetzgeber für die Beantwortung der Frage, unter welchen Voraussetzungen erhebliches Vermögen vorliegt. Zuzustimmen ist jedenfalls der allgemeinen Aussage, wonach Vermögen erst dann als erheblich zu qualifizieren ist, wenn für jedermann offenkundig ist, dass die Gewährung existenzsichernder Regelungen nicht gerechtfertigt ist,<sup>12</sup> wenngleich dieser Maßstab für eine Massenverwaltung kaum praktisch umsetzbar sein dürfte. Die BA orientiert sich deshalb in ihren Weisungen<sup>13</sup> an den Verwaltungsvorschriften zu § 21 WoGG. Danach gilt eine Höchstgrenze für verwertbares Vermögen von 60.000 € für das erste zu berücksichtigende Haushaltsmitglied und von 30.000 € für jedes weitere zu berücksichtigende Haushaltsmitglied. Hierzu rechnen die Verwaltungsvorschriften allerdings nur Vermögensgegenstände, die sofort verwertbar sind, während bspw. selbst genutztes Wohneigentum regelmäßig nicht umfasst ist. Ob die von

6 Zu den Änderungen beim Kurzarbeitergeld siehe den nachfolgenden Aufsatz von Petzold, Kurzarbeit in den Zeiten von Corona – zu den temporären Änderungen im SGB III.

7 BT-Drs. 19/18107, Allgemeiner Teil.

8 Zu den Änderungen des SGB II auch Burkiczak, NJW 2020, 1180.

9 Zur Zuordnung des bedürftigen Personenkreises zum SGB II oder SGB XII, siehe Luthe in: Hauck/Noftz, SGB II, § 5 Rn. 107 ff.

10 Zum Nachranggrundsatz Voelzke in: Hauck/Noftz, SGB II, Einführung, E 010 Rn. 306 ff.

11 Zur Widerlegung der Vermutung Groth in: Schlegel/Voelzke, jurisPK SGB II, 5. Aufl., § 67 Rn. 24, Stand 02.04.2020.

12 Groth in: Schlegel/Voelzke, jurisPK SGB II, 5. Aufl., § 67 Rn. 22, Stand 02.04.2020.

13 Weisungen der BA zum Sozialschutzpaket sowie ergänzende Regelungen, 1.2 (5), Stand 01.04.2020.

der BA gewählte (einheitliche) Grenzziehung ausreichend ist, wird letztlich von den Gerichten zu entscheiden sein.

## II. Angemessenheit der Unterkunftskosten

Das Arbeitslosengeld II umfasst neben dem pauschalierten Regelbedarf sowie etwaigen Mehrbedarfen die Bedarfe für Unterkunft und Heizung, die in Höhe der tatsächlichen Aufwendungen erstattet werden, soweit diese angemessen sind (§ 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II). Auch die Frage der Angemessenheit der Unterkunftskosten ist vom Gesetzgeber mit Rücksicht darauf als regelungsbedürftig identifiziert worden, dass sich die Betroffenen nicht auch noch um ihren Wohnraum sorgen sollen.<sup>14</sup> Er hat deshalb in § 67 Abs. 3 Satz 1 SGB II angeordnet, dass die tatsächlichen Aufwendungen für einen Zeitraum von sechs Monaten als angemessen gelten. Es handelt sich um eine unwiderlegbare Fiktion.<sup>15</sup> Die Fiktion gilt ohne eine Begrenzung der Höhe der Unterkunftskosten. Auch diese Regelung beansprucht Geltung für Bewilligungszeiträume, die in der Zeit vom 01.03.2020 bis zum 30.06.2020 beginnen.

Die Vorschrift zielt zwar ihrer Intention nach grds. auf Neufälle ab, erfasst aber auch Weiterbewilligungsfälle.<sup>16</sup> Es entfällt damit für den Zeitraum von sechs Monaten nicht nur die von den Jobcentern durchzuführende aufwendige Angemessenheitsprüfung unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BSG zum schlüssigen Konzept,<sup>17</sup> sondern der Leistungsberechtigte wird (zeitlich begrenzt) auch von seiner Obliegenheit zur Kostensenkung freigestellt. Insofern stellt § 67 Abs. 3 Satz 2 SGB II ausdrücklich klar, dass der Sechs-Monatszeitraum nicht auf die ansonsten bestehende reguläre Frist zur Kostensenkung anzurechnen ist. Eine bereits laufende Frist zur Kostensenkung wird gehemmt.<sup>18</sup>

Ausdrücklich klargestellt hat der Gesetzgeber, dass die Fiktion der Angemessenheit nicht in laufenden Leistungsfällen greift, in denen die Kosten der Unterkunft und Heizung bereits während des vorangegangenen Bewilligungszeitraums abgesenkt waren.

## III. Vorschuss

Für vorläufige Bewilligungen ordnet § 67 Abs. 4 Satz 1 SGB II an, dass der Bewilligungszeitraum zwingend auf sechs Monate zu befristen ist. Es handelt sich um eine Abweichung von § 41 Abs. 3 Satz 1 und 2 SGB II. Hierdurch wird einerseits eine Entlastung der Jobcenter bewirkt und andererseits Rechtssicherheit für die Leistungsberechtigten geschaffen.<sup>19</sup> Dies gilt auch für die weitere Regelung in § 67 Abs. 4 Satz 2 SGB II, wonach eine endgültige Entscheidung der Jobcenter über den Leistungsanspruch nur auf Antrag des Leistungsberechtigten getroffen wird. Da die Betroffene

nen einen Antrag nur stellen werden, wenn sich die der Vorschussentscheidung zugrunde gelegten Einkommensverhältnisse zu ihren Ungunsten entwickelt haben, kommen der Regelung zugleich mittelbare materiellrechtliche Folgewirkungen zu.

## IV. Weiterbewilligung

Rücksicht auf den entstehenden Verwaltungsaufwand bei den Jobcentern nimmt § 67 Abs. 5 SGB II, der die Jobcenter von der Bearbeitung von Folgeanträgen dadurch entlastet, dass für bereits im Leistungsbezug stehende Berechtigte auf eine Antragstellung verzichtet wird. Vielmehr wirkt der vorherige Antrag fort und es wird den Jobcentern eine Weiterbewilligung unter Annahme unveränderter Verhältnisse ermöglicht. Damit wird nicht nur der Antrag selbst, sondern auch die tatsächlichen Umstände als weiter bestehend fingiert.<sup>20</sup> Einer Prüfung der Leistungsvoraussetzungen bedarf es nicht. Allerdings bleiben die Regelungen über die Aufhebung von Verwaltungsakten und die Erstattung von Leistungen unberührt (§ 67 Abs. 5 Satz 5 SGB II).

## C. Kinderzuschlag (BKGG)

Die den Kinderzuschlag betreffenden Änderungen finden sich in § 20 Abs. 5 bis 7 BKGG. Die gesetzlichen Änderungen sind im Zusammenhang mit den SGB II-Änderungen zu sehen. Denn der im BKGG geregelte Kinderzuschlag soll bewirken, dass Bedarfsgemeinschaften nicht allein wegen der Unterhaltsleistungen für ihre Kinder Arbeitslosengeld II oder Sozialgeld in Anspruch nehmen. Es handelt sich um eine im Verhältnis zum Arbeitslosengeld II und Sozialgeld alternative Sozialleistung für den Niedriglohnarbeitsmarkt.<sup>21</sup>

Durch das Sozialschutz-Paket sind übergangsweise Vereinfachungen bei der Einkommensermittlung und beim Verfahrensrecht mit dem Ziel herbeigeführt worden, dass die aktuelle krisenbedingte Lebenslage besser erfasst wird.<sup>22</sup>

14 BT-Drs. 19/18107, zu Art. 1 Nr. 2.

15 Groth: in Schlegel/Voelzke, jurisPK SGB II, 5. Aufl., § 67 Rn. 26, Stand 02.04.2020; Piepenstock in: Schlegel/Voelzke, jurisPK SGB II, 5. Aufl., § 22 Rn. 91.2, Stand 09.04.2020.

16 Piepenstock in: Schlegel/Voelzke, jurisPK SGB II, 5. Aufl., § 22 Rn. 91.1, Stand 09.04.2020.

17 Grundlegend BSG, Urt. v. 22.09.2009 - B 4 AS 18/09 R.

18 Piepenstock in: Schlegel/Voelzke, jurisPK, SGB II, 5. Aufl., § 22 Rn. 91.3, Stand 09.04.2020.

19 Groth in: Schlegel/Voelzke, jurisPK SGB II, 5. Aufl., § 67 Rn. 34, Stand 02.04.2020.

20 Burkiczak, NJW 2020, 1182.

21 Valgolio in: Hauck/Noftz, SGB II, § 6a BKGG Rn. 54.

22 BT-Drs. 19/18107, zu Art. 6; zu den aktuellen Änderungen Valgolio in: Hauck/Noftz, SGB II, § 6a BKGG Rn. 262 ff., Stand V/2020.

So wird bei der Ermittlung des Elterneinkommens nur das Einkommen aus dem letzten Monat vor Beginn des Bewilligungszeitraums zugrunde gelegt, um krisenbedingte Einkommenseinbrüche berücksichtigen zu können. Hinsichtlich der Vermögensberücksichtigung begnügt sich der Gesetzgeber im Zeitraum von April bis September 2020 mit der bloßen Erklärung, dass erhebliches Vermögen nicht vorhanden ist. Ist die Verschlechterung der Vermögenssituation während eines laufenden Bewilligungszeitraums, der vor dem 01.04.2020 begonnen hat, eingetreten, ist den Betroffenen das Recht eingeräumt, die Bewilligungsentscheidung nach Maßgabe des § 20 Abs. 7 BGGG einmalig zur Überprüfung zu stellen.

#### **D. Geringfügige Beschäftigung (SGB IV)**

Das Sozialschutz-Paket hat die Regelung über die kurzfristige Beschäftigung mit dem Ziel modifiziert, Problemen bei der Saisonarbeit insbesondere im Bereich der Landwirtschaft zu begegnen.<sup>23</sup> Wird eine geringfügige Beschäftigung ausgeübt, so ist diese in allen Zweigen der Sozialversicherung – abgesehen von der gesetzlichen Unfallversicherung – versicherungsfrei und damit für Arbeitgeber und Arbeitnehmer beitragsfrei. Der Begriff der geringfügigen Beschäftigung wird in § 8 Abs. 1 SGB IV definiert. In dieser Norm werden die Tatbestände der Entgeltgeringfügigkeit und der Zeitgeringfügigkeit unterschieden.<sup>24</sup> Die vorübergehenden Änderungen durch das Sozialschutz-Paket setzen zutreffend bei der Zeitgeringfügigkeit an, denn die Saisonarbeit ist ein typisches Beispiel für Beschäftigungen, die „nach ihrer Eigenart“ zeitlich begrenzt sind.<sup>25</sup>

Nach „regulärem Recht“ liegt eine zeitgeringfügige bzw. kurzfristige Beschäftigung nur vor, wenn die Beschäftigung innerhalb eines Kalenderjahres auf längstens drei Monate oder 70 Arbeitstage nach ihrer Eigenart begrenzt zu sein pflegt oder im Voraus vertraglich begrenzt ist (§ 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV). Es ist zu prüfen, ob eine zu Beginn der Beschäftigung vorgenommene vorausschauende Betrachtung ergibt, dass die maßgebenden Zeitgrenzen überschritten werden.<sup>26</sup> Bei der zeitgeringfügigen Beschäftigung kommt es grds. auf die Höhe des Arbeitsentgelts nicht an. Eine Ausnahme von der Versicherungsfreiheit bei Zeitgeringfügigkeit der Beschäftigung greift ein, wenn die Beschäftigung berufsmäßig ausgeübt wird und ihr Entgelt die in § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV genannte Grenze von 450 € übersteigt.

Aufgrund des durch das Sozialschutz-Paket eingefügten § 115 SGB IV gilt eine Grenzziehung von fünf Monaten oder 115 Arbeitstagen innerhalb eines Kalenderjahres. Die erweiterten Grenzwerte sind für die Zeit vom 01.03.2020 bis zum 31.10.2020 zu berücksichtigen. Die genannten Zeiträume brauchen nicht zusammenhängend zu verlaufen.

Das Zusammenrechnungsgebot des § 8 Abs. 2 Satz 1 SGB IV für mehrere geringfügige Beschäftigungen nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV findet Anwendung. Es ist aufgrund der auf die Saisonarbeit in der Landwirtschaft bezogenen Zielsetzung der Regelung davon auszugehen, dass von November bis Dezember 2020 keine weiteren versicherungsfreien Beschäftigungen auf der Grundlage des § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV ausgeübt werden können, wenn die regulären Grenzwerte bis dahin ausgeschöpft oder überschritten worden sind.

Es bleibt aber nach ausdrücklicher Regelung in § 115 SGB IV auch in der Übergangsphase dabei, dass Versicherungsfreiheit nicht eingreift, wenn die Beschäftigung berufsmäßig ausgeübt wird und 450 € im Monat übersteigt. Eine berufsmäßige Beschäftigung liegt vor, wenn sie für den Beschäftigten nicht nur von untergeordneter wirtschaftlicher Bedeutung ist und der Beschäftigte damit seinen Lebensunterhalt überwiegend oder doch in einem solchen Umfang bestreitet, dass seine wirtschaftliche Stellung zu einem erheblichen Teil auf dieser Beschäftigung beruht.<sup>27</sup> Bereits in den Materialien ist darauf hingewiesen worden, dass die Maßstäbe für die Prüfung der Berufsmäßigkeit sich durch die befristete Sonderregelung nicht verschärfen sollen.<sup>28</sup> Es ist davon auszugehen, dass in die Prüfung die durch die COVID-19-Pandemie bewirkte Sondersituation zugunsten einer Entscheidung für die Versicherungsfreiheit einfließen muss.

#### **E. Hinzuverdienstgrenzen bei vorzeitigen Altersrenten (SGB VI)**

Als Hemmnis für den Aufbau bzw. die Kompensation von Beschäftigungskapazitäten in systemrelevanten Bereichen hat der Gesetzgeber auch die Regelungen über die Hinzuverdienstgrenzen bei den vorgezogenen Altersrenten identifiziert. Während nach Erreichen der Regelaltersgrenze für den Rentenbezieher auch nach bisherigem Recht keine Hinzuverdienstgrenzen existieren und der Rentner folglich unbeschränkt hinzuverdienen kann, ist während des Bezuges einer vorzeitigen Vollrente wegen Alters nach Maßgabe des § 34 Abs. 2 SGB VI grds. eine Hinzuverdienstgrenze von

23 BT-Drs. 19/18107, zu Art. 3 Nr. 3.

24 Dazu eingehend Schlegel/Knispel in: Schlegel/Voelzke, jurisPK SGB IV, 3. Aufl., § 8 Rn. 30 ff.; Ziegelmaier in: Kasseler Kommentar, § 8 SGB IV Rn. 10 ff.

25 Schlegel/Knispel in: Schlegel/Voelzke, jurisPK SGB IV, 3. Aufl., § 8 Rn. 52.

26 Berchtold in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht, 6. Aufl., § 8 SGB IV Rn. 7a.

27 BSG, Urt. v. 25.04.1991 - 12 RK 14/89.

28 BT-Drs. 19/18107, zu Art. 3 Nr. 3.

6.300 € im Kalenderjahr zu beachten.<sup>29</sup> Bei Überschreiten dieser Entgeltgrenze wird ein Teil des Hinzuverdienstes stufenlos auf die Rente angerechnet; es kommt nur zur Auszahlung einer Teilrente. Ergibt sich, dass auch der sog. Hinzuverdienstdeckel überstiegen wird, wird der übersteigende Betrag in vollem Umfang auf den verbleibenden Rentenbetrag angerechnet und die Rente ggf. bis auf Null abgeschmolzen (§ 34 Abs. 3a SGB VI). Übersteigt der anzurechnende Hinzuverdienst schließlich die Höhe der Vollrente, kommt es nach § 34 Abs. 3b SGB VI zu einem Erlöschen des Rentenanspruchs dem Grunde nach.

Als weitere Maßnahme zur Förderung der Beschäftigung in systemrelevanten Bereichen wird die Hinzuverdienstgrenze (drastisch) von 6.300 € auf 44.590 € heraufgesetzt (§ 302 Abs. 8 SGB VI). Durch die Anhebung der Grenze bleiben Einkünfte bis zu dieser Höhe anrechnungsfrei. Außerdem ist auch der Hinzuverdienstdeckel vorübergehend nicht anzuwenden.<sup>30</sup> Durch die Regelungen werden die rentenrechtlichen Voraussetzungen für die Weiterarbeit bzw. Wiederaufnahme einer Beschäftigung gelegt. Die Maßnahme gilt für das gesamte Kalenderjahr 2020.

Auch im Leistungssystem der Alterssicherung für Landwirte wurden Maßnahmen getroffen, die die Beschäftigung in systemrelevanten Bereichen stärken sollen. Eine Abweichung zu den in der gesetzlichen Rentenversicherung getroffenen Regelungen ergibt sich jedoch daraus, dass die Alterssicherung für Landwirte den Lebensunterhalt nur teilweise sicherstellt.<sup>31</sup> Aufgrund einer Ergänzung des § 106 Gesetz über die Alterssicherung der Landwirte (ALG) wird deshalb von der Hinzuverdienstregelung für denselben Zeitraum vollständig abgesehen.

## F. Sozialdienstleister-Einsatzgesetz

Eine ungewöhnliche und auf den ersten Blick überraschende Maßnahme ist mit Art. 10 des Sozialschutz-Paketes auf den Weg gebracht worden. Art. 10 enthält ein neues Gesetz über den Einsatz der Einrichtungen und sozialen Dienste zur Bekämpfung der Coronavirus SARS-CoV-2 Krise in Verbindung mit einem Sicherstellungsauftrag (Sozialdienstleister-Einsatzgesetz – SodG). Die in diesem Gesetz vorgesehenen Maßnahmen bilden eine Reaktion des Gesetzgebers darauf, dass die Geschäftsgrundlage für die bisherige Tätigkeit der Träger von Einrichtungen und sozialen Diensten infolge von Quarantänebestimmungen und Kontaktbeschränkungen in einem großen Umfang entfallen ist.

Mit dem Sozialdienstleister-Einsatzgesetz will der Gesetzgeber einerseits gewährleisten, dass die sozialen Dienstleister die von ihnen vorgehaltenen Kapazitäten während der Pandemie zur Gewährleistung der erforderlichen Hilfestellungen aufrechterhalten können. Zudem soll der Bestand der Dienst-

leister über den Zeitraum der Pandemie hinaus gesichert werden.<sup>32</sup> Hierzu wird den Leistungsträgern (§ 12 SGB I) – ausgenommen die Kranken- und Pflegekassen – ein Sicherstellungsauftrag erteilt. Die Besonderheit des Sicherstellungsauftrags liegt darin, dass er nicht die sozialen Rechte der Leistungsberechtigten, sondern die Existenz der sozialen Dienste selbst zum Gegenstand hat.<sup>33</sup> Die Geltung des Sicherstellungsauftrags ist bis zum 30.09.2020 begrenzt.

Die Zuschussgewährung für die sozialen Dienstleister hängt davon ab, dass diese mit dem Antrag die Erklärung abgeben, dass sie unter Ausschöpfung aller nach den Umständen zumutbaren Möglichkeiten Arbeitskräfte, Räumlichkeiten und Sachmittel für die Bewältigung von Auswirkungen der Pandemie einsetzen. Der Sicherstellungsauftrag der Leistungsträger greift ein, wenn aufgrund von Maßnahmen nach dem Infektionsschutzgesetz die Zusammenarbeit zwischen den Leistungsträgern und den sozialen Dienstleistern gestört ist. Der Sicherstellungsauftrag wird vom Leistungsträger durch die Gewährung nicht rückzahlbarer Zuschüsse wahrgenommen.

Die im Rahmen des Sicherstellungsauftrags von den Leistungsträgern monatlich zu zahlenden Zuschüsse betragen im Regelfall höchstens 75 % der monatsdurchschnittlichen Zahlungen des Leistungsträgers an den jeweiligen Dienstleister im zurückliegenden Jahreszeitraum.

## G. Bewertung und Ausblick

Das Sozialschutz-Paket stellt das Ergebnis eines ersten Brainstormings des Gesetzgebers zu der Frage dar, welchen Beitrag das Sozialrecht zur Linderung der Folgen der Pandemie leisten kann. Bei den in diesem Beitrag vorgestellten und den weiteren gesetzgeberischen Maßnahmen sind völlig unterschiedliche Stoßrichtungen auszumachen. Zunächst werden die wirtschaftlichen Folgen der Pandemie für Arbeitnehmer und kleine Selbstständige durch das Kurzarbeitergeld sowie durch unbürokratisch zu erbringende Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts abgemildert. In systemrelevanten und besonders betroffenen Wirtschaftsbereichen wird durch ein ganzes Maßnahmenpaket eine Aufrechterhaltung des Betriebes durch eine gezielte Entlastung der Arbeitgeber und Arbeitnehmer unterstützt. Ferner erfolgt mit Rücksicht auf den zu erwartenden rasanten Anstieg von Leis-

29 Vgl. hierzu Schlegel in: Küttner, Personalbuch. 27. Aufl. 2020, Rentnerbeschäftigung Rn. 11 ff.

30 Vgl. O'Sullivan/Kador in: Schlegel/Voelzke, jurisPK SGB VI, 2. Aufl., § 302 Rn. 24.4, Stand 08.04.2020.

31 BT-Drs. 19/18107, zu Art. 9.

32 BT-Drs. 19/18107, zu Art. 10.

33 Groth, jurisPR-SozR 7/2020, Anm. 1.

tungsbeziehern ein Bürokratieabbau bei der Sozialverwaltung. Schließlich werden Maßnahmen zum Schutz sozialer Dienstleister getroffen.

Der Gesetzgeber hat mit seinen Sofortmaßnahmen ersichtlich nicht gekleckert, sondern geklotzt. Er nimmt dabei allerdings Mitnahmeeffekte und Leistungsmissbrauch bewusst in Kauf. Nicht vorzuwerfen ist ihm angesichts der Dringlichkeit eines Gegensteuerns, dass die im Sozialpaket geregelten Schritte nicht mit allen sonstigen Maßnahmen in anderen Regelungsbereichen abgestimmt sind. Ob die im Gesetzentwurf<sup>34</sup> veranschlagten ganz erheblichen Mehrausgaben von der Wirklichkeit noch überholt werden, wird sich erst in den nächsten Monate erweisen.

Ferner kann derzeit noch nicht sicher abgeschätzt werden, ob die mit dem Sozialschutz-Paket getroffenen Regelungen für die betroffenen Personen überhaupt ausreichen werden, die Krisenzeiten in einer dem verfassungsrechtlichen Sozialstaatsprinzip entsprechenden Weise zu überstehen. Erst die weitere Entwicklung wird zeigen, ob sogar noch weitere Personengruppen, für die bislang noch kein Sonderrecht geschaffen wurde (z.B. Studenten, Auszubildende oder Asylbewerber), dem gesteigerten staatlichen Schutz zu unterstellen sind.

34 BT-Drs. 19/18107, Allgemeiner Teil.

## Kurzarbeit in Zeiten von Corona – zu den temporären Änderungen im SGB III

Dr. Hans Arno Petzold\*

### A. Einleitung

I. Kurzarbeitergeld (Kug, §§ 95 ff. SGB III) ist, in der Systematik des Gesetzes, eine Leistung der aktiven Arbeitsförderung (§ 3 Abs. 2 SGB III) zum Verbleib in Beschäftigung. Die erste Einführung einer Kurzarbeiterunterstützung erfolgte bereits mit dem AVAVG.<sup>1</sup> Kug hat den Zweck, den Teil des Arbeitsentgeltes zu ersetzen, der infolge Arbeitsausfalls nicht erarbeitet und ausbezahlt werden kann. Damit sollen Betriebe in die Lage versetzt werden, bei einem erheblichen Arbeitsausfall (§ 96 SGB III) unter definierten Bedingungen ihre Belegschaft im Arbeitsverhältnis zu halten, ohne weiter mit den vollen Kosten belastet zu sein. Sie erhalten damit die Möglichkeit, durch eine Reduzierung der Arbeitszeit – im Extremfall bis auf „Kurzarbeit Null“ – sonst unausweichliche (betriebsbedingte) Kündigungen zu vermeiden. Bei verbesserter Auftragslage müssen sie sich dann nicht um Neueinstellungen bemühen, sondern können wieder auf eingearbeitetes Personal zurückgreifen. Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter verbleiben in ihren Arbeitsverhältnissen und sozialversichert. Das durch die Kurzarbeit reduzierte Entgelt wird zu einem Teil (60 bzw. 67 %) durch die Arbeitsagentur in Form von Kug ersetzt.

II. Die verschiedenen Voraussetzungen, die kumulativ vorliegen müssen, sind in den §§ 96 ff. SGB III näher beschrieben. Entscheidend ist zunächst, dass der Arbeitsausfall auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis beruht, vorübergehend und nicht vermeidbar ist. Deshalb

wird auch vom „konjunkturellen Kug“ gesprochen, im Gegensatz zum früheren „strukturellen Kug“ (§ 175 SGB III a.F.) und dem jetzigen „Saison-Kug“ (§§ 101 ff. SGB III). Insbesondere soll vermieden werden, dass das typische Betriebs- oder Unternehmerrisiko auf die Solidargemeinschaft verlagert wird.<sup>2</sup> Anwendungsfälle sind vielmehr größere wirtschaftliche Verwerfungen, sei es in einzelnen Branchen, sei es insgesamt (§ 96 Abs. 2 SGB III). Als Beispiele seien genannt die Wirtschaftskrise 1966/67, die Abwicklung großer Teile der Wirtschaft in der ehemaligen DDR nach 1990, oder die Finanz- und Bankenkrise ab 2009. Zu den unabwendbaren Ereignissen zählen aber auch größere Naturkatastrophen, etwa ungewöhnlich hohe Sturmfluten wie im Februar 1962, oder behördlich angeordnete Maßnahmen (§ 96 Abs. 3 SGB III), etwa solche nach dem IfSG.<sup>3</sup> Zu letztgenannten sind die zahlreichen Regelungen zu zählen, die im Zuge der Corona-Pandemie an März 2020 getroffen wurden, namentlich die Schließungen von Grenzen, von Geschäften, Restaurants- und Hotelbetrieben sowie Ansammlungsverbote. Aber auch andere Auswirkungen dieser Pandemie, die durch Ausfälle in der globalisierten Lieferkette, Reisewar-

\* Der Beitrag gibt ausschließlich die persönlichen Auffassungen des Autors wieder. Der Verfasser dankt Frau MR'in Vera Fiebelkorn, Potsdam, für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

1 Vom 16.03.1927 (RGBl. I, 187).

2 BSG, Urt. v. 29.10.1997 - RAr 48/96.

3 Infektionsschutzgesetz vom 20.07.2000, BGBl. I, 1045; zuletzt geändert BGBl. I 2020, 148.

nungen, umfassende Schutzvorkehrungen, oder schlicht durch hohe Krankenstände verursacht wurden, können hier subsumiert werden.<sup>4</sup>

III. Der Bundesgesetzgeber reagierte auf die Corona-Pandemie mit mehreren Maßnahmen, die den Zugang zum Kug für Betriebe und Beschäftigte erleichtern und gleichzeitig zusätzliche Verdienstmöglichkeiten für von Kurzarbeit Betroffene ermöglichen sollen. Diese Regelungen werden im Folgenden kurz vorgestellt und, soweit anhand der begrenzt verfügbaren Materialien möglich, erläutert.

## B. Die Regelungen im Einzelnen

### I. § 109 Abs. 5 SGB III

Dieser neue Absatz wurde durch Art. 1 des Gesetzes zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kug<sup>5</sup> eingefügt. Der Gesetzentwurf<sup>6</sup> wurde am 13.03.2020 in erster, zweiter und dritter Lesung beraten und direkt abgestimmt. Die Bundesregierung wird, befristet bis zum 31.12.2021, ermächtigt, durch nicht-zustimmungspflichtige Rechtsverordnung Abweichungen von verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen zum Kug vorzusehen.

1. Gem. § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB III müssen jeweils mindestens ein Drittel der in dem kurzarbeitenden Betrieb Beschäftigten vom Entgeltausfall betroffen sein.<sup>7</sup> Dieser „Mindestausfall“ kann durch die Verordnung deutlich, nämlich bis auf 10 % der Beschäftigten, herabgesetzt werden (Nr. 1). Damit sind Zahlungen von Kug, unter sonst gleichen Bedingungen, bereits möglich, wenn der Betrieb in einem deutlich geringeren Umfang als sonst vorgesehen seine Tätigkeit einschränken muss.

2. § 96 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 SGB III sieht vor, dass zur Vermeidung von Kurzarbeit zunächst im Betrieb zulässige Arbeitszeitschwankungen (flexible Arbeitszeit, Zeitguthaben, Überstundenabbau<sup>8</sup>) genutzt werden müssen. Hiervon kann durch Regelung in der Verordnung ganz oder teilweise abgesehen werden (Nr. 2).

3. Die Arbeitgeber der von Kurzarbeit Betroffenen zahlen regulär auf 80 % des Unterschiedsbetrags zwischen dem Soll-Entgelt und dem Ist-Entgelt nach § 106 SGB III die Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung (§ 232a, § 249 Abs. 2 SGB V, § 58 Abs. 1 Satz 2 SGB XI) sowie zur Rentenversicherung (§ 163 Abs. 6, § 168 Abs. 1 Nr. 1a SGB VI).<sup>9</sup> Von 2009 – 2011 (Auszahlungen erfolgten noch in 2012) wurden bereits die sonst von den Arbeitgebern zu tragenden SV-Beiträge zu 50 % ersetzt (§ 419 [vormals § 421t] SGB III). Jetzt soll im Ordnungswege eine Erleichterung durch vollständige oder teilweise Erstattung dieser Beträge möglich sein.

## II. Die Kurzarbeitergeldverordnung (KugV) 2020

1. Die KugV wurde am 25.03.2020 erlassen.<sup>10</sup> Sie schöpft den Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung inhaltlich weitgehend, zeitlich bis zum 31.12.2020, aus. In § 1 Abs. 1 Nr. 1 KugV wird dementsprechend die Mindestzahl der von Kurzarbeit betroffenen Beschäftigten auf 10 % festgesetzt. § 1 Abs. 1 Nr. 2 KugV bestimmt, dass der Aufbau negativer Arbeitszeitsalden („Minusstunden“) keine Voraussetzung für die Annahme eines unvermeidbaren Arbeitsausfalls ist. Davon unberührt bleibt allerdings der Vorrang des Abbaus von Zeitguthaben („Überstunden“).

2. Für die Erstattung der SV-Beiträge an die Arbeitgeber wird in § 2 KugV auf das Verfahren der Pauschalierung nach § 153 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB III<sup>11</sup> zurückgegriffen. Der so ermittelte Betrag ist um den Beitrag zur Arbeitsförderung zu kürzen, den die Arbeitgeber bei Kurzarbeit nicht tragen müssen. Zudem wurde eine Vorrangregelung gegenüber der Erstattung bei Wintergeldbezug eingeführt, da diese von einer entsprechenden Umlage abhängig ist (§ 102 Abs. 1 SGB III).

3. Das Recht der Leiharbeiterinnen und Leiharbeitnehmern auf Vergütung bei Annahmeverzug des Verleihers (§ 615 Satz 1 BGB) kann gem. § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG nicht durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden. Mit der in Art. 2 des Gesetzes zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kug<sup>12</sup> neu eingefügten Verordnungsermächtigung (§ 11a AÜG), von der in § 3 KugV Gebrauch gemacht wird, kann die Bundesregierung ausnahmsweise die Zahlung von Kug auch an Leiharbeitskräfte ermöglichen. In der Finanz- und Bankenkrise 2009 ff. hatte der Gesetzgeber vor dem Hintergrund der damaligen Situation zunächst eine fast zweijährige Abweichung vorgesehen, die später im Ergebnis um ein Jahr verlängert wurde. Die jetzige Verordnungsermächtigung ist bis Ende 2021 befristet, die KugV ebenso in § 3 bis zum 31.12.2020. Mit § 3 KugV wird bei Vorliegen einer betrieblichen Vereinbarung zur Kurzarbeit<sup>13</sup> vom gesetzlichen Grundsatz des § 11 Abs. 4

4 Vgl. ausführlich Petzold in: Hauck/Noftz, SGB III, 2. Aufl., K § 96 Rn. 12 ff. m.w.N.

5 BGBl. I 2020, 493.

6 BT-Drs. 19/17893.

7 Dazu näher Petzold in: Hauck/Noftz, SGB III, 2. Aufl., K § 96 Rn. 32 ff.

8 Dazu näher Petzold in: Hauck/Noftz, SGB III, 2. Aufl., K § 96 Rn. 27 f.

9 Vgl. aber zum Wintergeld § 102 Abs. 4 SGB III.

10 BGBl. I 2020, 595. Mit Änderung der KugBeV am 16.04.2020 (BGBl. I 2020, 801) wurde zudem die Bezugsdauer für bis zum 31.12.2019 entstandene Kug-Ansprüche auf bis zu 21 Monate, maximal bis zum 31.12.2020, verlängert.

11 Dazu Valgolio in: Hauck/Noftz, SGB III, 2. Aufl., K § 153 Rn. 31 ff.

12 BGBl. I 2020, 493.

13 Nach § 95 Nr. 2 SGB III, § 87 Abs. 1 Nr. 2, 3 BetrVG. Vgl. Petzold in Hauck/Noftz, SGB III, 2. Aufl., K § 95 Rn. 3 ff., 13.

Satz 2 AÜG abgewichen, der sonst auch bei Kurzarbeit einen vollen und gegenüber dem Kug-Bezug vorrangigen Entgeltanspruch sichern würde.<sup>14</sup> Auch dies stellt eine erhebliche Entlastung für die betroffenen Betriebe dar.

### III. § 421c SGB III

Diese Sonderregelung wurde durch Art. 2 des Gesetzes vom 25.03.2020 („Sozialschutz-Paket“)<sup>15</sup> eingeführt. Ebenso wie die Änderung in § 109 SGB III und die dazu ergangene KugV dient sie zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kug unter dem Eindruck der sog. Corona-Krise.

1. Die allgemeinen Regeln über die Ermittlung des durch Kurzarbeit ausgefallenen Entgelts (Nettoentgelt Differenz) sehen vor, dass während der Zeit der Kurzarbeit durch anderweitige Beschäftigung erzielt Entgelt auf das Ist-Entgelt aus der Beschäftigung, für die Kurzarbeit besteht, angerechnet wird (vgl. § 106 Abs. 3 SGB III). Vorübergehend, nämlich vom 01.04.2020 bis 31.10.2020, wird diese Anrechnung ausgesetzt, gedeckelt auf die Höhe des Soll-Entgelts aus der (ursprünglichen) Haupt-Beschäftigung.<sup>16</sup>

Durch die temporäre Regelung soll ein Anreiz geschaffen werden, während der Zeit einer Kurzarbeit auf freiwilliger Basis vorübergehend Tätigkeiten in bestimmten Branchen und Berufen aufzunehmen, die nach Auffassung des Gesetzgebers für das öffentliche Leben, die Sicherheit und die Versorgung der Menschen unabdingbar sind. Hierzu zählen demnach die Ordnungs- und Sicherheitsbehörden, Energie- und Wasserversorger, der Transport- und Personenverkehr, aber auch die Aufrechterhaltung von Kommunikationswegen, zudem das Gesundheitswesen mit Krankenhäusern und Apotheken, die Land- und Ernährungswirtschaft und die Versorgung der Menschen mit Lebensmitteln. Hier wird vor allem der erhebliche Bedarf an Saisonkräften in der Landwirtschaft genannt, da diese aufgrund der Reisebeschränkungen wegen der Corona-Pandemie in deutlich geringerer Anzahl zur Verfügung stünden.<sup>17</sup>

Einen Maßstab für die Zuordnung von Tätigkeiten zu systemrelevanten Branchen und Berufen bietet die demzufolge die VO zur Bestimmung kritischer Infrastrukturen<sup>18</sup> nach § 10 BSI-Gesetz.<sup>19</sup> Daher wird die Anrechnung des Entgelts aus einer anderen während des Bezugs von Kug aufgenommen, allerdings nicht notwendig „systemrelevanten“, Beschäftigung günstiger gestaltet. Mehr- oder Minderausgaben für Kug werden nicht erwartet, da ohne diese Änderung aufgrund fehlender Anreize vermutlich kaum Nebenbeschäftigungen aufgenommen würden.<sup>20</sup>

2. Von Kurzarbeit betroffene Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sollen zudem den trotz Zahlung des Kug verbleibenden Entgeltausfall ganz oder teilweise durch die Auf-

nahme oder die befristete Ausweitung einer bereits bestehenden Nebenbeschäftigung ausgleichen können. Dadurch soll auch die Notwendigkeit reduziert werden, aufstockendes Arbeitslosengeld II (nach dem SGB II) beantragen zu müssen.<sup>21</sup>

3. Die Regelung wird auf die (voraussichtliche) Zeit der „Corona-Krise“ begrenzt, da bei Aufnahme einer neuen Beschäftigung zumindest teilweise ein Arbeitsausfall nicht mehr vorliegen würde. Die weitere Zahlung von Kug in unverminderter Höhe widerspräche dann in der Tat insoweit dem Solidaritätsprinzip der Arbeitslosenversicherung (ALV) und dem Grundgedanken des Kug, nur bei unvermeidbarem Arbeitsausfall (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB III) einen Entgeltersatz zu gewährleisten. Darüber hinaus rechnet der Gesetzgeber damit, dass mit dem Ende der „Corona-Krise“ die Kurzarbeit sukzessive verringert werden wird.<sup>22</sup>

4. Der Satz zur Versicherungsfreiheit in der ALV bezieht sich darauf, dass Beschäftigte, die sich in Kurzarbeit befinden, bereits uneingeschränkt in die ALV einbezogen sind (§ 24 Abs. 3 SGB III).

### C. Ausblick

Derzeit ist offen, ob die vom Gesetzgeber beabsichtigte Auffangwirkung erzielt werden kann, wie lange die jetzt beschlossenen Maßnahmen in Kraft bleiben müssen, und zu welchen Kosten.

In der Finanz- und Bankenkrise 2009 ff. bewährte sich das Instrument der Kurzarbeit, Entlassungen konnten in weiten Bereichen vermieden werden. Allerdings stiegen die Ausgaben erheblich an: von knapp 300 Mio. € im Jahre 2008 auf fast 3 Mrd. € in 2009 und noch 1,7 Mrd. € in 2010.<sup>23</sup> Erst danach gingen die Aufwendungen wieder deutlich zurück, auf zuletzt gut 157 Mio. € in 2019. Wie lange die Corona-Pandemie andauert und welche möglicherweise nachhaltigen Verwerfungen auf dem Arbeitsmarkt sie nach sich ziehen wird, ist derzeit (April 2020) nicht absehbar. Daher erscheint es nicht ausgeschlossen, dass die Geltungsdauer

14 Vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/17893, S. 5.

15 BGBl. I 2020, 575.

16 Vgl. insgesamt Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/18107, S. 17 ff., 26.

17 Vgl. Ausschuss-Bericht, BT-Drs. 19/18130.

18 BSI-KritisV, BGBl. I 2016, 958, geändert BGBl. I 2017, 1903.

19 Gesetz über das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik, BGBl. I 2009, 2821, zuletzt geändert BGBl. I 2019, 1626.

20 Bericht des Haushaltsausschusses, BT-Drs. 19/18157, S. 4.

21 Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/18107, S. 26.

22 Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/18107, S. 26.

23 Wegen der Zahlungen nach § 419 (vormals § 421t) SGB III fiel der Anstieg höher aus als nur durch die Leistungen an die Beschäftigten, vgl. oben B.I.3.

der hier vorgestellten Maßnahmen verlängert wird – oder verlängert werden muss. Der erforderliche finanzielle Einsatz dürfte allerdings deutlich höher werden als 2009/2010. Denn mit den Schließungen in den Bereichen Handel/Hotel/Gastronomie/Tourismus und dem fast vollständigen Stillstand in etlichen damit verbundenen Produktions- und Dienstleistungszweigen sind erheblich mehr Branchen betroffen als damals. Die Konjunkturrücklage, die nach Angaben der BA Ende 2019 bei 25,8 Mrd. € lag,<sup>24</sup> und die Beitragssatzsenkung zu Beginn des Jahres 2020 auf 2,4 %<sup>25</sup> dürften sehr schnell Geschichte sein.

Dies gilt umso mehr angesichts der Beschlüsse des Bundeskabinetts vom 29.04.2020, die noch kurzfristig umgesetzt werden sollen:<sup>26</sup>

Für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in Kurzarbeit sollen ab 01.05. bis 31.12.2020 die bereits bestehenden Hinzu-

verdienstmöglichkeiten mit einer Hinzuverdienstgrenze bis zur vollen Höhe des bisherigen Monatseinkommens (Soll-Entgelt) für alle Berufe geöffnet werden (vgl. oben B. III.1.). Das Kug soll für diejenigen, die Corona-Kug für ihre um mindestens 50 % reduzierte Arbeitszeit beziehen, ab dem 4. Monat des Bezugs auf 70 % (bzw. 77 % für Haushalte mit Kindern) und ab dem 7. Monat des Bezuges auf 80 % (bzw. 87 % für Haushalte mit Kindern) des pauschalierten Netto-Entgelts erhöht werden, längstens bis 31.12.2020.

24 Vgl. [www.arbeitsagentur.de/presse/2020-04-haushalt-der-ba-nur-noch-leichter-ueberschuss-im-jahr-2019](http://www.arbeitsagentur.de/presse/2020-04-haushalt-der-ba-nur-noch-leichter-ueberschuss-im-jahr-2019) (zuletzt abgerufen am 23.04.2020).

25 Gem. § 1 BeiSaV 2019, BGBl. I 2019, 1998.

26 Siehe <https://www.bmas.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2020/sozialschutzpaket-ii-weitere-hilfen-fuer-arbeitnehmer.html> (zuletzt abgerufen am 30.04.2020).

## Verwaltungsrecht

# Zur anhängigen Verfassungsbeschwerde im Fall Böhmermann: Was ist Kunst und sind künstlerische Werke teilbar?

Ri'inVG Dr. Karoline Bülow, Maître en Droit (Paris II)

## A. Einleitung

Die Kunstfreiheit ist in regelmäßigen Abständen und in unterschiedlichen Kontexten Gegenstand der aktuellen Diskussion. In der Presseberichterstattung der letzten Monate fanden sich u.a. folgende Sachverhalte: Ein satirischer TV-Beitrag des Moderators Jan Böhmermann zu dem türkischen Präsidenten Erdogan führte zu einer diplomatischen Krise zwischen Deutschland und der Türkei; das BVerfG wird sich nun mit der teilweisen Untersagung des TV-Beitrags durch die Zivilgerichte beschäftigen.<sup>1</sup> Das Gedicht „Avenidas y flores“ von Eugen Gomringer an der Fassade der Alice-Solomon-Hochschule in Berlin wurde auf Betreiben einiger Hochschulangehöriger und Studierenden, die einen sexistischen Inhalt rügten, entfernt.<sup>2</sup> Der Chorleiter des Staats- und Domchores zu Berlin verweigerte die Aufnahme eines Mädchens unter Berufung auf das von ihm künstlerisch angestrebte Klangbild eines Knabenchores; das Verwaltungsgericht sah dies als von der Kunstfreiheit gedeckt an.<sup>3</sup>

Die dargestellten Beispiele zeigen, dass die Kunstfreiheit rechtsübergreifenden Charakter hat; sie ist im Zivil-, Straf-

und Verwaltungsrecht gleichsam aktuell. Für den Künstler macht es keinen Unterschied, ob seine Kunstfreiheit direkt durch staatliche Handlungen wie eine strafrechtliche Verurteilung oder indirekt in einem zivilgerichtlichen Konflikt mit anderen privaten Grundrechtsträgern durch ein gerichtliches Veröffentlichungs- oder Verbreitungsverbot betroffen wird.

In dem hier näher zu besprechenden Böhmermann-Verfahren werden altbekannte Fragen neu aufgeworfen: Welche

1 Artikel der Süddeutschen Zeitung vom 20.12.2019, [www.sueddeutsche.de/medien/boehmermann-gedicht-gegen-das-verbot-1.4731581](http://www.sueddeutsche.de/medien/boehmermann-gedicht-gegen-das-verbot-1.4731581) (zuletzt abgerufen am 28.04.2020).

2 Zusammenfassend: Artikel in der Zeit vom 23.02.2019, [www.tagespiegel.de/berlin/avenidas-zurueck-in-berlin-gomringer-gedicht-jetzt-doppelt-an-hellersdorfer-fassade/24028842.html](http://www.tagespiegel.de/berlin/avenidas-zurueck-in-berlin-gomringer-gedicht-jetzt-doppelt-an-hellersdorfer-fassade/24028842.html) (zuletzt abgerufen am 28.04.2020).

3 VG Berlin, Urt. v. 16.08.2019 - VG 3 K 113.19; Artikel in Der Spiegel vom 16.08.2019, [www.spiegel.de/kultur/gesellschaft/berlin-knabenchor-muss-maedchen-trotz-klage-nicht-aufnehmen-a-1282356.html](http://www.spiegel.de/kultur/gesellschaft/berlin-knabenchor-muss-maedchen-trotz-klage-nicht-aufnehmen-a-1282356.html) (zuletzt abgerufen am 28.04.2020).

Maßstäbe gelten bei einer Abwägung zwischen der Kunstfreiheit und anderen Grundrechten in einem Zivilrechtsstreit? Was ist Kunst und wie stehen Kunst und Realität zueinander? Welche Maßstäbe gelten für die Feststellung eines Eingriffs in die Kunstfreiheit? Kann man die Kunstfreiheit im Rahmen einer Abwägung zur Herstellung praktischer Konkordanz teilweise beschränken?

Diese Fragen abschließend zu beantworten scheint fast unmöglich. Der vorliegende Beitrag soll einige neue Gesichtspunkte aufzeigen und insbesondere für die Schwierigkeiten einer Teilbarkeit künstlerischer Werke sensibilisieren. Im Fokus stehen die Überschneidung zwischen Zivil- und Verfassungsrecht im Fall einer Abwägung mit der Kunstfreiheit (B.) und das Verhältnis von Kunst und Realität (C.) sowie ausgehend hiervon die Problematik der Feststellung eines Eingriffs durch ein künstlerisches Werk (D.) und die Abwägung zwischen Kunstfreiheit und kollidierenden Grundrechten nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz (E.).

## **B. Verfassungsrechtliche Überlagerung des Zivilrechtsstreits im Fall einer Abwägung mit der Kunstfreiheit**

Der Konflikt zwischen der Kunstfreiheit und kollidierenden Grundrechten im Rahmen eines zivilrechtlichen Verfahrens wirft wichtige Fragen zum Verhältnis zwischen Zivilrecht und Verfassungsrecht auf. Dies betrifft insbesondere die zivilrechtlichen bzw. verfassungsrechtlichen Maßstäbe, an denen sich die Zivilgerichte bei einem Konflikt zwischen Grundrechten zu orientieren haben. Hierbei stellt sich die Frage, ob die Zivilgerichte eine vollumfassende Grundrechtsabwägung vornehmen müssen oder ob im Zivilrecht ein eingeschränkter Prüfungsmaßstab ausreicht. Das BVerfG vertritt die Theorie der mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten, wonach die Grundrechte nicht nur subjektive Freiheitsrechte darstellen, sondern zugleich objektive Wertentscheidungen des Gesetzgebers verkörpern, die im Zivilrecht mittelbar im Wege der Generalklauseln als „Einbruchstellen“ Geltung beanspruchen.<sup>4</sup> In der Wallraff-Entscheidung stellte das BVerfG zudem auf die Schutzgebotsfunktion der Grundrechte im Privatrecht ab und folgerte hieraus, dass die Grundrechte in einem Zivilrechtsstreit unter Umständen eine verringerte Wirkkraft haben.<sup>5</sup> Diese Ablehnung einer unmittelbaren Wirkung der Grundrechte im Zivilrecht entspricht der Konzeption der Grundrechte als Abwehrrechte und respektiert die Privatautonomie. Dennoch sind nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 1 Abs. 3 GG sowohl der Privatrechtsgesetzgeber als auch die Privatrechtsprechung unmittelbar an die Grundrechte gebunden. Eine aus der Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte abgeleitete verringerte Wirkkraft der im Zivilrechtsstreit in Konflikt stehenden

Grundrechte lässt sich wegen ihrer Unbestimmtheit praktisch kaum verwirklichen.<sup>6</sup> Im Ergebnis wird man daher mit Blick auf Rechtsschutzgesichtspunkte davon ausgehen, dass auch für die Zivilgerichte im Rahmen der zivilrechtlichen Generalklauseln bei einer Abwägung zwischen der Kunstfreiheit und kollidierenden Grundrechten, oftmals dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, der verfassungsrechtliche Grundsatz der praktischen Konkordanz maßgeblich ist. Die verfassungsrechtliche und die zivilrechtliche Prüfungsdichte sind in diesem Fall identisch. Denn auch wenn sich die jeweiligen kollidierenden Grundrechte in einem Zivilrechtsstreit nicht gegen den Staat, sondern gegen einen privaten Bürger richten, entsteht durch das Urteil, das entweder der Kunstfreiheit oder dem Persönlichkeitsrecht Vorrang gewährt, wieder die klassische grundrechtliche Abwehrsituation. Eine Unterscheidung zwischen zivilrechtlichem und verfassungsrechtlichem Persönlichkeitsrecht, so wie sie in der Rechtswissenschaft oftmals strikt vorgenommen wird,<sup>7</sup> ist daher letztendlich obsolet.<sup>8</sup> Für den Prüfungsmaßstab des BVerfG bedeutet dies, dass bei einer Abwägung mit der Kunstfreiheit wegen der hohen Eingriffsintensität in die Kunstfreiheit eine vollumfängliche Prüfung der einfachgerichtlichen Entscheidung<sup>9</sup> und nicht lediglich eine Willkürprüfung<sup>10</sup> stattfindet.

## **C. Das Verhältnis von Kunst und Realität**

Die wesentlichen rechtlichen Probleme bei einem Grundrechtskonflikt mit der Kunstfreiheit ergeben sich aus dem schwierigen Verhältnis zwischen Kunst und Realität. Denn die meisten Künstler lassen sich bei ihren Werken von der Realität inspirieren, von ihrem eigenen Lebensweg, von politischen Ereignissen und von Personen, denen sie begegnet und mit denen sie gelebt haben; künstlerische Werke, denen ein solcher Bezug zur Realität fehlt und die komplette Fantasieprodukte darstellen, stellen eher die Ausnahme dar.<sup>11</sup> Im Unterschied zu Sachberichten, Dokumentationen, Pressedarstellungen etc. beabsichtigt der Künstler nicht, die Realität darzustellen. Wesensmerkmal künstlerischen Schaffens ist es, dass die

4 BVerfG, Beschl. v. 15.01.1958 - 1 BvR 400/51 - „Lüth“ Rn. 24 ff.

5 BVerfG, Beschl. v. 25.01.1984 - 1 BvR 272/81 - „Wallraff“ Rn. 50.

6 Hager, JZ 1994, 373, 378.

7 Sprau in: Palandt, BGB, 79. Aufl. 2020, § 823 Rn. 84.

8 Ausführlich hierzu: Bülow, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch künstlerische Werke, S. 88 ff. m.w.N.

9 BVerfG, Beschl. v. 13.06.2007 - 1 BvR 1783/05 - „Esra“ Rn. 66.

10 So noch BVerfG, Beschl. v. 24.02.1971 - 1 BvR 435/68 - „Mephisto“ Rn. 45 f.

11 BVerfG, Beschl. v. 13.06.2007 - 1 BvR 1783/05 - „Esra“ Rn. 82; Bülow, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch künstlerische Werke, S. 15, 23 ff.

Realität durch das künstlerische Werk transformiert und auf eine zweite Ebene gehoben wird – ausgehend von der „normalen“ Wirklichkeit wird eine sog. ästhetische Wirklichkeit gebildet.<sup>12</sup> Maßgeblich für die Bildung „ästhetischer“ Realität ist die Absicht des Künstlers sowie die Auffassung eines mündigen Rezipienten. Neben den rein ästhetischen Wirkungen hat ein Kunstwerk auch soziale Wirkungen, wenn Kunst und Wirklichkeit in den Augen des Rezipienten verschwimmen, er also nicht mehr unterscheiden kann, wo die realitätsgetreue Abbildung aufhört und die sog. ästhetische Realität des Kunstwerks beginnt. Die kunstspezifische Betrachtungsweise würdigt das Kunstwerk als Transformation der Wirklichkeit und stellt es der Realität für einen Abgleich nicht einfach gegenüber.<sup>13</sup> Hierin besteht der wesentliche Unterschied zu einer Abwägung bei der Meinungsfreiheit. Die Notwendigkeit einer besonderen Behandlung künstlerischer Werke zeigt sich auch in der systematischen Stellung der in Art. 5 Abs. 3 GG verankerten Kunstfreiheit. Denn Art. 5 Abs. 3 GG hat im Gegensatz zu Art. 5 Abs. 1 GG keinen Gesetzesvorbehalt; eine Übertragung der Schranken aus Art. 5 Abs. 2 GG oder Art. 2 Abs. 2 GG schließt das BVerfG aus.<sup>14</sup> In seiner Esra-Entscheidung leitete das BVerfG aus der Notwendigkeit einer kunstspezifischen Betrachtung eine Vermutung für die Fiktionalität eines literarischen Werkes ab; diese Vermutung gelte auch dann, wenn hinter den Romanfiguren reale Personen als Urbilder erkennbar seien.<sup>15</sup> Zur Straßenfotografie hat das BVerfG jüngst festgestellt, dass es sich hierbei um ein Kunstwerk handelt, auch wenn es ein unverfälschtes Abbild der Realität darstelle. Es sei gerade Ziel der Straßenfotografie, die Realität unverfälscht abzubilden, wobei das spezifisch Künstlerische in der bewussten Auswahl des Realitätsausschnittes und der Gestaltung mit fotografischen Mitteln zum Ausdruck komme.<sup>16</sup> Zu der Äußerungsform der Satire erklärte das BVerfG in seiner Entscheidung „Münzen-Erna“, dass Satire Kunst sein kann, nicht jede Satire aber Kunst ist. Das der Satire wesensmäßige Merkmal, mit Verfremdungen, Verzerrungen und Übertreibungen zu arbeiten, könne auch ein Mittel der einfachen Meinungsäußerung sein.<sup>17</sup> Auf diese Rechtsprechung bezog sich das OLG Hamburg in seiner Böhmermann-Entscheidung, als es die Kunsteigenschaft des umstrittenen TV-Beitrags von Jan Böhmermann zu Erdogan anzweifelte; das LG Hamburg hatte die Kunsteigenschaft noch bejaht.<sup>18</sup> Die Problematik der Verwirklichung einer kunstspezifischen Betrachtungsweise sparte das Hamburger Oberlandesgericht somit aus, da es „nur“ eine Abwägung zwischen Art. 5 Abs. 1 GG und dem Persönlichkeitsrecht vorzunehmen hatte. Das Oberlandesgericht begründete die Ablehnung der Kunsteigenschaft damit, dass der ganze Auftritt keinen Anspruch darauf erhebe,

das Geschehen und seine Verarbeitung auf eine höhere Ebene zu heben. Gegen die Einordnung als Kunst spreche auch die schlichte und stellenweise erkennbar nicht vollständig durchdachte Machart des Beitrags.<sup>19</sup> Diese Argumentation bewegt sich nahe an einer Qualitätskontrolle, die der Funktion der Grundrechte als Minderheitenrechte entgegenläuft und einen effektiven Grundrechtsschutz avantgardistischer künstlerischer Betätigungen gefährdet.<sup>20</sup> Ein Werk ist dann kein Kunstwerk, wenn es allein darauf abzielt, eine andere Person herabzusetzen und in ihrer Ehre zu verletzen, wenn es sich also als sog. Schmähkritik darstellt.<sup>21</sup> Da der Schutzbereich der Kunstfreiheit in diesem Fall bereits nicht eröffnet ist und eine Abwägung nicht stattfinden kann, muss der Begriff der Schmähkritik eng ausgelegt werden. Wohl ausgehend von dieser Prämisse hat bspw. das LG Berlin in seiner Künnast-Entscheidung die Grenzen der Schmähkritik so eng gesetzt, dass selbst vulgäre Beschimpfungen nicht hierunter fielen.<sup>22</sup> Das OLG Hamburg sah in einzelnen Äußerungen des TV-Beitrages zu Erdogan insbesondere wegen der Anspielungen auf sexuelle Verhaltensweisen die Intimsphäre und damit den Menschenwürdekern betroffen, sodass diese nach Ansicht der Hamburger Richter einer Abwägung bereits nicht offen standen.

#### D. Gesamtbetrachtung des künstlerischen Werkes zur Feststellung eines Eingriffs

Wie lässt sich feststellen, dass Persönlichkeitsrechte durch ein künstlerisches Werk beeinträchtigt werden? Ein Kunstwerk kann in seiner Gesamtheit oder nur in Teilen Persönlichkeitsrechte berühren. Im Fall Böhmermann bspw. rügte der betroffene türkische Präsident Erdogan nur einzelne Teile des TV-Beitrags, und zwar im Wesentlichen das Schmähgedicht. Es stellt sich daher die Frage, ob für die Feststellung einer Persönlichkeitsrechtsverletzung nur hierauf oder auf den Gesamtbeitrag abzustel-

12 BVerfG, Beschl. v. 13.06.2007 - 1 BvR 1783/05 - „Esra“ Rn. 83 mit Verweis auf das Sondervotum des Verfassungsrichters Stein zu BVerfG, Beschl. v. 24.02.1971 - 1 BvR 435/68 - „Mephisto“ Rn. 77.

13 BVerfG, Beschl. v. 13.06.2007 - 1 BvR 1783/05 - „Esra“ Rn. 82 ff.

14 BVerfG, Beschl. v. 24.02.1971 - 1 BvR 435/68 - „Mephisto“ Rn. 57.

15 BVerfG, Beschl. v. 13.06.2007 - 1 BvR 1783/05 - „Esra“ Rn. 84.

16 BVerfG, Beschl. v. 08.02.2018 - 1 BvR 2112/15 Rn. 13.

17 BVerfG, Beschl. v. 12.11.1997 - 1 BvR 2000/96 Rn. 12.

18 LG Hamburg, Urt. v. 10.02.2017 - 324 O 402/16 Rn. 38.

19 OLG Hamburg, Urt. v. 15.05.2018 - 7 U 34/17 Rn. 148.

20 Bethge in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 185.

21 BVerfG, Beschl. v. 26.06.1990 - 1 BvR 116/895 - „Zwangsdemokrat Strauß“ Rn. 42.

22 LG Berlin, Beschl. v. 09.09.2019 - 27 AR 17/19 Rn. 19 ff.

len ist. Überzeugend erscheint es im Hinblick auf die Besonderheiten der Kunst und die hieraus folgende kunstspezifische Betrachtungsweise zur Feststellung einer Persönlichkeitsrechtsverletzung eine Gesamtbetrachtung durchzuführen und keine isolierte Begutachtung einzelner Teile vorzunehmen. Eine solche Vorgehensweise legen die Entscheidungen des BVerfG zum Konflikt zwischen Kunstfreiheit und Persönlichkeitsrechtsverletzungen nahe. In der Entscheidung „Anachronistischer Zug“ erklärten die Verfassungsrichter, dass künstlerische Äußerungen interpretationsfähig und -bedürftig seien; ein unverzichtbares Element dieser Interpretation sei die Gesamtschau des Werkes. Es verbiete sich daher, einzelne Teile eines Kunstwerkes aus dessen Zusammenhang zu lösen und gesondert darauf zu untersuchen, ob sie als Straftat zu würdigen seien.<sup>23</sup> In den Entscheidungen „Mephisto“ und „Esra“ nahm das BVerfG ebenfalls eine Gesamtbetrachtung des künstlerischen Werkes vor und stellte darauf ab, ob und inwieweit das „Abbild“ gegenüber dem „Urbild“ durch die künstlerische Gestaltung des Stoffs und seine Ein- und Unterordnung in den Gesamtorganismus des Kunstwerks so verselbstständigt erscheint, dass das Individuelle, Persönlich-Intime zugunsten des Allgemeinen, Zeichenhaften der „Figur“ objektiviert ist.<sup>24</sup>

Auch das LG Hamburg ging in seiner Böhmermann-Entscheidung davon aus, dass die Einzelteile einer satirischen Darbietung nicht isoliert betrachtet werden dürfen, sondern im Gesamtzusammenhang zu bewerten seien.<sup>25</sup> Denn andernfalls könnte bei einer isolierten Betrachtung einzelner Teile der Einkleidung der Schutz der Grundrechte versagt werden mit der Folge, dass die gesamte Satire unzulässig wäre. Eine derart „sezierende“ Betrachtungsweise würde jedoch den Gestaltungsspielraum des Äußernden in grundrechtswidriger Weise verengen.

Eine weitere Frage ist, auf welchen Rezipienten bei der Gesamtbetrachtung abzustellen ist. Ist dieser ein Laie, der das Kunstwerk in seiner Gesamtheit gar nicht erfasst, sondern nur Ausschnitte wahrgenommen hat? Oder handelt es sich um einen Kunstexperten, der das konkrete Kunstwerk in seinen Details kennt? Ein Mittelweg scheint hier vernünftig: Es ist von einem mündigen Rezipienten auszugehen, der zwischen einer realitätsgetreuen Darstellung und einem Kunstwerk unterscheiden kann und der den vollständigen Kontext des jeweiligen Kunstwerkes kennt.<sup>26</sup> Im Böhmermann-Fall war also bei einer Gesamtbetrachtung auf einen Rezipienten abzustellen, der den gesamten Beitrag gesehen hat und sich dessen satirischen Charakters bewusst war.

## E. Abwägung nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz: Kompletterverbot versus Teilverbot

### I. Der Grundsatz der praktischen Konkordanz

Kommt man anhand einer Gesamtbetrachtung zu dem Ergebnis, dass durch das künstlerische Werk ein Eingriff in das Persönlichkeitsrecht vorliegt, ist zwischen beiden Grundrechten nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz abzuwägen. Letzterer ergibt sich aus der Prämisse des Grundgesetzes, das den Menschen als eigenverantwortliche Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft begreift. Dies führt dazu, dass die Freiheit des einen stets durch die Freiheit des anderen begrenzt wird. Die Maxime der praktischen Konkordanz als spezielle Ausprägung der Güterabwägung versucht diesen Konflikt aufzulösen und erfordert, die widerstreitenden Positionen in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und so zu einem schonenden Ausgleich zu bringen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden.<sup>27</sup> Die praktische Konkordanz findet dort eine Grenze, wo nur eine „Alles-oder-nichts“ Entscheidung in Betracht kommt; in diesem Fall laufen entweder die Kunstfreiheit oder das kollidierende Grundrecht vollständig leer.

Bei Konflikten zwischen der Kunstfreiheit und anderen Grundrechten stellt sich die Frage, ob eine wechselseitige Beschränkung, die zu einer teilweisen Einschränkung der Kunstfreiheit in Form einer Beschränkung des Unterlassungsanspruchs führt, mit Blick auf die Besonderheiten von Kunst überhaupt möglich ist.

### II. Qualitative Beschränkung des Unterlassungsanspruchs

Wenn das künstlerische Werk für die Feststellung einer Persönlichkeitsrechtsverletzung in seiner Gesamtheit zu betrachten ist, stellt sich die Frage, ob der Unterlassungsanspruch sich bei Bejahung einer Persönlichkeitsrechtsverletzung auch auf das gesamte Werk erstreckt oder ob ein Kunstwerk auch teilweise beschränkt werden kann. Dem Ansatz einer teilweisen Beschränkbarkeit folgt das OLG Hamburg in seiner Böhmermann-Entscheidung, indem es den Unterlas-

23 BVerfG, Beschl. v. 17.07.1984 - 1 BvR 816/82 - „Anachronistischer Zug“ Rn. 41.

24 BVerfG, Beschl. v. 13.06.2007 - 1 BvR 1783/05 - „Esra“ Rn. 83.

25 LG Hamburg, Urt. v. 10.02.2017 - 324 O 402/16 Rn. 41.

26 BVerfG, Beschl. v. 13.06.2007 - 1 BvR 1783/05 - „Esra“ Rn. 84 und BVerfG, Beschl. v. 17.07.1984 - 1 BvR 816/82 - „Anachronistischer Zug“ Rn. 45.

27 Ständige Rechtsprechung, vgl. zu einer Abwägung mit der Kunstfreiheit zuletzt BVerfG, Beschl. v. 28.01.2019 - 1 BvR 1738/16 Rn. 23, 26 ff. m.w.N.

sungsanspruch auf einzelne Passagen des TV-Beitrages begrenzt. Das Oberlandesgericht stellt fest, dass sich auch bei einem einheitlichen, aus mehreren Äußerungen zusammengesetzten Werk eine Verletzung von Rechten anderer aus nur einzelnen dieser Äußerungen ergeben könne. Eine Untersagung des gesamten Werks komme zwar in Betracht, wenn die beanstandeten Textteile für die Gesamtkonzeption des Werkes oder für das Verständnis des mit ihm verfolgten Anliegens von Bedeutung seien; zwingend ausgesprochen werden müsse so ein Gesamtverbot aber nicht, zumal die Beschränkung des Verbots auf einzelne Teile der Gesamtäußerung den Verbreiter weniger belaste als ein Gesamtverbot.<sup>28</sup> Der Umstand, dass der Zusammenhang, in dem eine Äußerung falle, bei der Bestimmung von deren Inhalt berücksichtigt werden müsse, bedeute nicht, dass er mit dieser Äußerung eine äußerlich untrennbare Einheit bilde.<sup>29</sup>

Für eine solche teilweise Beschränkung von künstlerischen Werken im Sinne der Rechtsprechung des OLG Hamburg könnte man anführen, dass diese die Kunstfreiheit weniger beschränke, da in diesem Fall eine „Alles-oder-nichts“ Lösung vermieden werde. Auf den ersten Blick könnte man sogar annehmen, dass dies dem Grundsatz der praktischen Konkordanz, der auf einen möglichst schonenden Ausgleich der in Konflikt stehenden Grundrechte abzielt, mehr entspricht als ein Kompletterbot. Dies setzt jedoch zunächst voraus, dass das Kunstwerk überhaupt teilbar ist. Bei bestimmten Kunstgattungen wie einem Foto oder Gemälde folgt die Unmöglichkeit einer teilweisen Beschränkung schon aus der Natur der Sache. Denn eine teilweise Untersagung könnte nur durch Abdecken bzw. Überdecken bestimmter und abgrenzbarer (persönlichkeitsrechtsverletzender) Teile des Bildes geschehen und würde das Kunstwerk insgesamt seiner ursprünglichen Authentizität berauben und nicht mehr dem entsprechen, was der Künstler ursprünglich geschaffen hat. Bei anderen Kunstwerken wie einem Roman, einem Gedicht oder einem Film ist eine Teilung durch Streichung einzelner Passagen denkbar, insbesondere wenn die persönlichkeitsrechtsverletzenden Teile eindeutig bestimmbar und abgrenzbar sind. Doch auch in letzterem Fall spricht gegen eine teilweise Beschränkung, dass ein Kunstwerk als ästhetische Einheit zu verstehen ist und nur von dem Künstler selbst umgestaltet oder geändert werden kann. Durch das teilweise Verbot entsteht ein neues, anderes Kunstwerk in Form des verbliebenen, das Persönlichkeitsrecht nicht verletzenden Teils. Es bleibt zweifelhaft, ob dieser verbliebene Teil noch dem entspricht, was der Künstler ursprünglich ausdrücken wollte und ob das so entstandene neue Kunstwerk in den Augen des Künstlers ohne den verbotenen Teil überhaupt noch künstlerischen „Sinn“ ergibt. Für den (wahrschein-

lichen) Fall, dass der Künstler das durch das Teilverbot entstandene „neue“ Kunstwerk so nie schaffen wollte und sich hiermit auch nicht identifizieren kann, könnte er sich durch ein Teilverbot noch stärker in seiner Kunstfreiheit betroffen fühlen als durch ein Kompletterbot. Das OLG Hamburg musste sich zu dieser Frage nicht äußern, da es die Kunsteigenschaft des TV-Beitrages bereits verneinte und nur die Grundrechte aus Art. 5 Abs. 1 GG in die Abwägung einstellte. Hier zeigt sich, dass – anders als die Hamburger Richter in ihrer Entscheidung meinen – die Unterscheidung zwischen Kunst- und Meinungsfreiheit tatsächlich praktische Auswirkungen haben kann.

Das BVerfG scheint einem Teilverbot eines künstlerischen Werkes bei Vorliegen einer Persönlichkeitsrechtsverletzung ablehnend gegenüber zu stehen. So erklärte es in der Esra-Entscheidung das Gesamtverbot des Romans für verfassungsgemäß, obwohl sich die Persönlichkeitsrechtsverletzungen auf einige Passagen des Buches beschränkten. Es sei nicht Aufgabe der Gerichte, so die Verfassungsrichter, bestimmte Streichungen oder Abänderungen vorzunehmen, um die Persönlichkeitsrechtsverletzung auszuschließen.<sup>30</sup> Die Herstellung eines verfassungsgemäßen Zustands könnten der Autor bzw. der Verlag erreichen, indem sie eine Romanfassung veröffentlichten, die das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht verletze. Dies könne sowohl durch Änderungen, die die Identifizierbarkeit verringern, wie durch den Wegfall persönlichkeitsrechtsverletzender Teile des Romans erfolgen.<sup>31</sup>

### III. Quantitative Beschränkung des Unterlassungsanspruchs

Anders könnte dies bei einer Beschränkung der Reichweite eines Veröffentlichungsverbot aussehen. Denn hier wird das Kunstwerk nicht qualitativ, sondern quantitativ im Wirkungsbereich beschränkt. Ein in der Reichweite beschränktes Veröffentlichungsverbot entspricht dem Gedanken des möglichst schonenden Ausgleichs nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz und schränkt den Künstler tatsächlich weniger in seiner Kunstfreiheit ein als ein vollumfängliches Veröffentlichungsverbot. Das BVerfG hat hierzu jüngst in den Jahren 2018 und 2019 zwei Entscheidungen getroffen. Danach ist eine teilweise Untersagung bspw. im Hinblick auf die Art der Präsentation bzw. den Kontext eines Kunstwerkes

28 OLG Hamburg, Urt. v. 15.05.2018 - 7 U 34/17 Rn. 141.

29 OLG Hamburg, Urt. v. 15.05.2018 - 7 U 34/17 Rn. 142.

30 BVerfG, Beschl. v. 13.06.2007 - 1 BvR 1783/05 - „Esra“ Rn. 104.

31 BVerfG, Beschl. v. 13.06.2007 - 1 BvR 1783/05 - „Esra“ Rn. 105.

denkbar, wenn sich die schwerwiegende Persönlichkeitsrechtsverletzung gerade aus dieser Art der Präsentation oder dem Kontext ergibt. So kann sich ein Veröffentlichungsverbot darauf beschränken, dass ein Kunstwerk in einer bestimmten Art und Weise oder in einem bestimmten Kontext veröffentlicht wird. Das BVerfG hat jüngst im Januar 2019 im Fall der öffentlichen Präsentation des Porträts einer Minderjährigen im Rahmen einer Kunstausstellung kein vollständiges Veröffentlichungsverbot für notwendig gehalten, sondern die Veröffentlichung nur im Kontext von Gewalt und Missbrauch als Persönlichkeitsrechtsverletzung angesehen. Die Verfassungsrichter begründeten eine schwerwiegende Verletzung des Persönlichkeitsrechts damit, dass die Präsentation des Bildes den Eindruck erwecke, die im Zeitpunkt der Ausstellung noch minderjährige Abgebildete sei selbst Opfer eines Kindesmissbrauchs geworden.<sup>32</sup> In die gleiche Richtung geht eine Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2018 zur Straßenfotografie. Die Art der Veröffentlichung, hier eine großformatige Plakatierung der Fotografie einer Person an einer stark frequentierten Hauptstraße einer Großstadt, müsse als Aspekt des Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht der abgebildeten Person im Rahmen der Abwägung zwischen Kunstfreiheit und allgemeinem Persönlichkeitsrecht berücksichtigt werden.<sup>33</sup> Diese Begründung legt nahe, dass die Veröffentlichung des Bildes in einem anderen Kontext möglich wäre.

## F. Fazit

Die Problematik der teilweisen Beschränkung künstlerischer Werke zeigt, dass die Abgrenzung zwischen Kunst und Nicht-Kunst nicht allein theoretischer Natur ist, sondern die kunstspezifische Betrachtungsweise im Rahmen der Abwägung nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz zu anderen Erwägungen und Ergebnissen führen kann als bei einer Abwägung mit den Grundrechten aus Art. 5 Abs. 1 GG. Dies betrifft insbesondere die Frage einer Beschränkung des Unterlassungsanspruchs und damit einer Teilbarkeit von künstlerischen Werken. Wird man bei einer Beschränkung der Reichweite eines Unterlassungsanspruchs davon ausgehen können, dass diese die Kunstfreiheit weniger einschränkt und damit der Verwirklichung praktischer Konkordanz dient, ist dies bei der Beschränkung des Verbots auf einzelne Teile des künstlerischen Werkes fraglich. Denn in diesem Fall besteht die Gefahr, dass der verbleibende Rest dem ursprünglichen künstlerischen Willen des Künstlers nicht mehr entspricht. Ausgehend hiervon ist es von Bedeutung, ob man die Eigenschaft eines Kunstwerkes bejaht oder nicht. Der Auffassung der Hamburger Richter in der Böhmermann-

Entscheidung, wonach eine Verneinung der Kunsteigenschaft des TV-Beitrags nicht dazu führe, dass die Abwägung nach grds. anderen Kriterien erfolgen müsste als bei einer Bejahung der Kunsteigenschaft der streitigen Äußerungen,<sup>34</sup> ist daher zu widersprechen. Es bleibt abzuwarten, wie das BVerfG im Fall Böhmermann entscheiden wird.

32 BVerfG, Beschl. v. 28.01.2019 - 1 BvR 1738/16 Rn. 25.

33 BVerfG, Beschl. v. 08.02.2018 - 1 BvR 2112/15 Rn. 24.

34 OLG Hamburg, Urt. v. 15.05.2018 - 7 U 34/17 Rn. 149.

## Fahndung im Swingerklub: Steuergeheimnis und Pressefreiheit

BVerwG, Urt. v. 29.08.2019 - 7 C 33/17

RiBVerwG Dr. Klaus Löffelbein

### A. Problemstellung

Das BVerwG befasst sich mit dem presserechtlichen Auskunftsanspruch eines Journalisten, der Zugang zu Informationen begehrt, die vom Steuergeheimnis geschützt sind. Der klagende Journalist beruft sich auf die nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleistete Pressefreiheit und sieht – als Ergebnis einer offenen Abwägung zwischen dem verfassungsrechtlich flankierten Interesse der Presse am Informationszugang und dem Vertraulichkeitsinteresse – ein überwiegendes Interesse für die Herausgabe der steuerlichen Informationen. Das BVerwG ist dem nicht gefolgt.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Der Kläger ist Journalist bei einer überregionalen Tageszeitung. Er begehrt vom beklagten Land Auskünfte zu einem Einsatz von Polizei und Steuerfahndung in einem Swinger-Klub in Nordrhein-Westfalen. Bereits vor seinem Auskunftsersuchen veröffentlichte der Kläger einen Artikel, in dem er über einen Polizeieinsatz berichtete, bei dem 150 Polizeibeamte und 30 Steuerfahnder mit Schutzhunden das Gelände, auf dem ein Swinger-Klub betrieben werde, gestürmt hätten. Bei dem Einsatz sei auch ein Panzerwagen eingesetzt worden. Die Fahnder hätten Beweise für Steuerbetrug gesucht und hierbei den Eigentümer des Gebäudes – Anhänger einer Rocker-

Gruppe – im Visier gehabt. Das Finanzministerium verweigerte unter Berufung auf das Steuergeheimnis die Auskünfte. Die Klage vor dem Verwaltungsgericht und die Berufung vor dem Oberverwaltungsgericht blieben ohne Erfolg. Das BVerwG hat die Revision des Klägers zurückgewiesen.

II. In einem ersten Schritt beschäftigt sich das BVerwG in seinem Urteil mit der Verfassungsmäßigkeit des § 30 AO, der das Steuergeheimnis regelt. Wie bereits das Oberverwaltungsgericht ist auch das BVerwG der Auffassung, dass es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist, dass der Gesetzgeber der Wahrung des Steuergeheimnisses in § 30 AO grds. Vorrang vor gegenläufigen Informationsinteressen einräumt und keine „offene“ Abwägung im Einzelfall vorsieht. Dies gilt auch in Ansehung der Pressefreiheit.

Die in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG verbürgte Pressefreiheit dient der freien, individuellen und öffentlichen Meinungsbildung. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG enthält hierbei nicht nur ein subjektives Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe, sondern garantiert nach seinem objektiv-rechtlichen Gehalt auch die institutionelle Eigenständigkeit der Presse. Neben der Freiheit der Verbreitung von Nachrichten und Meinungen schützt die Pressefreiheit auch den gesamten Bereich publizistischer Vorbereitungsstätigkeit, zu der die Beschaffung von Informationen gehört. Erst der prinzipiell ungehinderte Zugang zu Informationen versetzt die Presse in den Stand, die ihr in der freiheitlichen Demokratie eröffnete Rolle bei der demokratischen Meinungs- und Willensbildung wirksam wahrzunehmen.<sup>1</sup> Der Gesetzgeber ist daher verpflichtet, die Rechtsordnung in einer Weise auszugestalten, die der Bedeutung der Presse gerecht wird und ihr eine funktionsgemäße Betätigung erlaubt. Dazu gehört auch die Schaffung behördlicher Auskunftspflichten, die es der Presse ermöglichen oder erleichtern, umfassend und wahrheitsgetreu Informationen über Geschehnisse von öffentlichem Interesse im staatlichen Bereich zu erhalten und dadurch in die Lage versetzt zu werden, die Öffentlichkeit entsprechend zu unterrichten.<sup>2</sup>

Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerwG steht dem Gesetzgeber bei der Normierung presserechtlicher Auskunftsregeln jedoch ein weiter Ausgestaltungsspielraum hinsichtlich der Gewichtung und des Austarierens widerstreitender Interessen bei der Formulierung von Versagungsgründen zu. Dabei ist er grds. auch nicht gehindert, auf der Grundlage typisierender bzw. pauschalierender Interessengewichtungen und -abwägungen bestimmte behördliche Funktionsbereiche von der Pflicht zur Auskunftserteilung ganz auszunehmen; ent-

scheidend ist, dass die Auskunftsregeln insgesamt hinreichend effektiv sind.<sup>3</sup> Die dem Auskunftsanspruch entgegenstehenden Ausschlussgründe müssen einen punktuellen Zuschnitt aufweisen, mit dem gegenläufigen Schutzgütern Rechnung getragen wird. Ein genereller, abwägungsfester Vorrang eines privaten oder öffentlichen Vertraulichkeitsinteresses vor dem Informationsinteresse der Presse darf nur dann normiert werden, wenn dies demjenigen Abwägungsergebnis entspricht, das in aller Regel in Einzelfällen tatsächlich erzielt würde.<sup>4</sup>

Diese Grundsätze sind auf § 30 AO, der nicht in einem speziell presserechtlichen Kontext erlassen worden ist, sondern die Grenzen des Zugangs zu steuerlichen Daten allgemein bestimmt, in Ansehung presserechtlicher Auskunftsansprüche entsprechend anzuwenden. § 30 AO wird diesen Grundsätzen gerecht. Die Vorschrift räumt dem Steuergeheimnis keinen generellen, unüberwindbaren Vorrang ein, sondern lässt im zwingenden öffentlichen Interesse Ausnahmen vom Verbot der Offenbarung zu. Namentlich § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO ermöglicht eine im Einzelfall verhältnismäßige Anwendung. Die dort enthaltene Aufzählung von Fällen eines zwingenden öffentlichen Interesses ist nicht abschließend und lässt Raum für unbenannte Konstellationen. Damit ist den Anforderungen von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG genüge getan, weil keine generalisierende Prüfung erfolgt, sondern die spezifischen Einzelfallumstände in eine Abwägung eingestellt werden können. Die Regelbeispiele engen den Spielraum für die behördliche Entscheidung zwar insoweit ein, als für eine freie Abwägung im Einzelfall kein Raum mehr bleibt, weil der Gesetzgeber damit den Maßstab für das zwingende öffentliche Interesse vorgegeben und die Behörde sich hieran auch für die Anwendung auf unbenannte Fälle zu orientieren hat.<sup>5</sup> Das begegnet aber keinen Bedenken. Die Regelbeispiele sind das Ergebnis einer wertenden Betrachtung der normativen Eigenarten des betroffenen Verwaltungsbereichs durch den Gesetzgeber. Eine solche bereichsspezifische Vorstrukturierung und Vorprägung der Abwägung ist dem Gesetzgeber auch in Ansehung der Pressefreiheit nicht versagt. Diese Aufgabe hat er wahrgenommen und selbst abgewogen.<sup>6</sup>

1 Vgl. BVerfG, Kammerbeschl. v. 14.09.2015 - 1 BvR 857/15 Rn. 16 m.w.N.

2 Vgl. BVerwG, Urt. v. 21.03.2019 - 7 C 26/17 Rn. 22 m.w.N.

3 BVerwG, Urt. v. 20.02.2013 - 6 A 2/12 Rn. 27; BVerwG, Urt. v. 21.03.2019 - 7 C 26/17 Rn. 23.

4 BVerwG, Urt. v. 27.09.2018 - 7 C 5/17 Rn. 18.

5 Vgl. BVerfG, Kammerbeschl. v. 06.05.2008 - 2 BvR 336/07 Rn. 15 ff.

6 Vgl. auch BVerwG, Urt. v. 24.09.2009 - 7 C 2/09 Rn. 45.

Bei der Auslegung des § 30 AO hatte das BVerwG schließlich mit in den Blick zu nehmen, dass die Vorschrift durch Art. 17 Nr. 8 des Gesetzes vom 17.07.2017<sup>7</sup> während des laufenden Verfahrens geändert worden ist. U.a. wurde § 30 Abs. 4 Nr. 5 Buchst. a) AO um weitere Regelbeispiele eines zwingenden öffentlichen Interesses ergänzt, wonach die Offenbarung vom Steuergeheimnis geschützter Informationen auch zur Abwehr erheblicher Nachteile für das Gemeinwohl erforderlich ist. Zur a.F. von § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO ist die Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte übereinstimmend davon ausgegangen, dass ein zwingendes öffentliches Interesse an der Offenbarung vom Steuergeheimnis geschützter Daten in Fällen, die nicht den Regelbeispielen des § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO unterfallen, nur dann anzunehmen ist, wenn ohne eine Offenbarung der Daten die Gefahr bestünde, dass schwere Nachteile für das allgemeine Wohl eintreten.<sup>8</sup> Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber von diesem Maßstab durch die Ergänzung von § 30 Abs. 4 Nr. 5 Buchst. a) AO abrücken wollte, sind nach Auffassung des BVerwG nicht ersichtlich.

III. Der so auszulegende § 30 AO steht dem Auskunftsbegehren des Klägers entgegen. Ein zwingendes öffentliches Interesse i.S.v. § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO an der Offenbarung der begehrten Informationen besteht nicht. Einerseits wird keines der in der Vorschrift aufgeführten Regelbeispiele erfüllt, andererseits ist auch ein sonstiges, den Regelbeispielen in ihrer Bedeutung vergleichbares zwingendes öffentliches Interesse an der Offenbarung der Informationen zu verneinen. Schwere Nachteile für das allgemeine Wohl können sich im Lichte des durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG verfassungsrechtlich gewährleisteten Vermittlungs- und Kontrollauftrages der Presse mit Blick auf einen presserechtlichen Auskunftsanspruch im Einzelfall zwar auch dann ergeben, wenn es um die Offenbarung eines Sachverhalts geht, an dem ein erhebliches Informationsinteresse der Öffentlichkeit besteht. Auf der Grundlage der tatsächlichen Feststellungen des Obergerichtes war dies hier aber nicht der Fall. Der Einsatz war weder Gegenstand einer intensiven öffentlichen Diskussion noch sind Grundfragen des demokratischen Rechtsstaats oder annähernd vergleichbare Kontroll- und Überwachungsinteressen der Bürger tangiert.

### C. Kontext der Entscheidung

Werden presserechtliche Auskunftsansprüche geltend gemacht, geht es zugleich um die Umsetzung verfassungsrechtlicher Anforderungen, die sich aus der nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG garantierten Pressefreiheit erge-

ben. Dies gilt unabhängig davon, ob sich der jeweilige Auskunftsanspruch – gestützt auf die Vorschriften der Landespressegesetze (hier: § 4 PresseG NW) – gegen Landesbehörden oder gegen Bundesbehörden richtet, gegen die – mangels bundesgesetzlicher Regelung – ein verfassungsunmittelbarer Auskunftsanspruch<sup>9</sup> besteht.

Stehen dem verfassungsrechtlich „unterfütterten“ presserechtlichen Auskunftsanspruch Vertraulichkeitsinteressen entgegen, zugunsten derer keine ausdrückliche Geheimhaltungsvorschrift eingreift, findet eine offene Einzelfallabwägung zwischen den widerstreitenden Interessen statt. In diesem Sinne spricht das BVerfG davon, dass die Auskunftsansprüche in den Landespressegesetzen auf eine Abwägung zielen.<sup>10</sup> Für den verfassungsunmittelbaren Auskunftsanspruch gilt dies in gleicher Weise.

Anders stellt sich die Situation jedoch dar, wenn – wie vorliegend – der Gesetzgeber durch den Erlass einer Geheimhaltungsvorschrift normativ eine Abwägung getroffen hat. In diesem Fall bleibt kein Raum für eine freie Abwägung im Einzelfall. Dies bedeutet freilich nicht, dass die spezifischen Einzelfallumstände und die Anforderungen der Pressefreiheit unberücksichtigt blieben. Vielmehr ist den Einzelfallumständen und den verfassungsrechtlich geschützten Belangen der Presse im Rahmen der Subsumtion des Sachverhalts unter die anzuwendende Geheimhaltungsvorschrift – hier § 30 AO – Rechnung zu tragen.

### D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung des BVerwG gewährleistet Rechtssicherheit bei der Anwendung von Geheimhaltungsvorschriften – namentlich dem von § 30 AO geschützten Steuergeheimnis – im Kontext presserechtlicher Auskunftsansprüche. Das Urteil stellt klar, dass es dem Gesetzgeber durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nicht verwehrt wird, widerstreitende Interessen bei der Formulierung von Versagungsgründen für den Zugang zu vertraulichen Informationen selbst zu gewichten und auszutarieren.

7 BGBl. I 2017, 2541.

8 BVerwG, Urt. v. 02.02.1982 - 1 C 146/80 Rn. 19; BFH, Urt. v. 10.02.1987 - VII R 77/84 Rn. 19; BAG, Urt. v. 21.06.2001 - 2 AZR 325/00 Rn. 25; BGH, Beschl. v. 10.08.2001 - RiSt (R) 1.00 Rn. 28.

9 Vgl. hierzu etwa BVerwG, Urt. v. 25.10.2018 - 7 C 6/17 Rn. 13 m.w.N.

10 BVerfG, Kammerbeschl. v. 27.07.2015 - 1 BvR 1452/13 Rn. 12.

## Die Kapitalertragsteuer – das normative Umfeld von „Cum/Ex und Co“ – Teil 2: Internationale Aspekte und Dividendenstripping

VRI<sup>in</sup>BFH Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel

Die Entscheidungen des FG Köln zu Cum-Ex<sup>1</sup> sowie des Hessischen Finanzgerichts zu Cum-Cum<sup>2</sup> haben der Kapitalertragsteuer<sup>3</sup> aktuell eine Prominenz verschafft, die diesem eher technisch anmutenden Ausschnitt der Einkommensbesteuerung sonst kaum zukommt. Das normative Umfeld der genannten Gestaltungen ist Gegenstand des vorliegenden Beitrags. Nachdem Teil 1<sup>4</sup> allgemeine Grundsätze des Abzugsverfahrens behandelt hat, beschäftigt sich Teil 2 neben internationalen Aspekten der KapEst mit dem Dividendenstripping.

### A. Internationale Aspekte

#### I. Allgemeines

Die Abzugstatbestände des § 43 EStG entsprechen für ausländische Kapitalerträge weitgehend denen für inländische.<sup>5</sup> Dass Kapitalerträge i.S.v. § 20 Abs. 1 und 2 EStG nach §§ 43b, 50g EStG oder nach einem DBA von der Besteuerung im Inland (zum Teil) ausgenommen sind (i.d.R. Beschränkung des inländischen Besteuerungsrechts auf 15 %), ist für den KapEst-Abzug grds.<sup>6</sup> unerheblich (§ 50d Abs. 1 Satz 1 EStG). Zunächst erfolgt ein Steuerabzug in voller Höhe. § 50d Abs. 1 Satz 2 EStG sieht – wurde die KapEst einbehalten und abgeführt – ein Erstattungsverfahren vor,<sup>7</sup> wobei die Beschränkungen gem. § 50j EStG zu beachten sind. Etwas anderes gilt nur, wenn die betreffenden Kapitalerträge in das Freistellungsverfahren des § 50d Abs. 2 EStG einzubeziehen sind.

#### II. Europarecht und Missbrauchsbekämpfung

Ist Gläubiger der Kapitalerträge eine beschränkt steuerpflichtige<sup>8</sup> Körperschaft, so werden gem. § 44a Abs. 9 Satz 1 EStG zwei Fünftel der einbehaltenen und abgeführten KapEst erstattet. Weitere Entlastungen ergeben sich aus § 43b EStG oder DBA. § 43b EStG setzt die Mutter-Tochter-Richtlinie<sup>9</sup> um; die Ausschüttungen deutscher Kapitalgesellschaften an ihre ausländischen Muttergesellschaften mit Sitz oder Geschäftsleitung in einem anderen EU-Staat sind unter bestimmten Voraussetzungen vom Steuerabzug befreit.

Von Gewinnausschüttungen (Schachteldividenden, § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG) einer unbeschränkt steuerpflichtigen

Kapitalgesellschaft i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG (im Inland ansässige Tochtergesellschaft), die einer in einem EU-Mitgliedstaat ansässigen und am Kapital der Tochtergesellschaft mindestens 10 % beteiligten Muttergesellschaft zufließen, wird nach § 43b Abs. 1 EStG auf Antrag die KapEst nicht erhoben, wenn der ausschüttenden Kapitalgesellschaft eine Bescheinigung des BZSt über die Freistellung im Steuerabzugsverfahren vorliegt (§ 50d Abs. 2 EStG). Im Interesse einer Gleichbehandlung ausländischer Muttergesellschaften – unabhängig davon, ob sie inner- oder außerhalb der EU ansässig sind – lässt § 50d Abs. 2 Satz 1 EStG eine Freistellung im Steuerabzugsverfahren bei Gewinnausschüttungen einer unbeschränkt steuerpflichtigen Kapitalgesellschaft i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG an eine in einem Nicht-EU-Staat ansässige Muttergesellschaft zu. Voraussetzung hierfür ist, dass die ausländische Gesellschaft an der inländischen Kapitalgesellschaft zu mindestens 10 % unmittelbar beteiligt ist und die Kapitalerträge nach einem mit dem fraglichen Staat abgeschlossenen DBA einer niedrigeren oder keiner KapEst unterliegen.

1 FG Köln, Urt. v. 19.07.2019 - 2 K 2672/17; dazu Martini, jM 2020, 169 ff.; vgl. auch schon FG Kassel, Urt. v. 10.03.2017 - 4 K 977/14.

2 FG Kassel, Urt. v. 28.01.2020 - 4 K 890/17 - Pressemitteilung vom 30.01.2020.

3 Im Folgenden KapEst.

4 jM 2020, 212 ff. (Heft 5/20).

5 Sonderregelung z.B. in § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 EStG für ausländische Kapitalerträge i.S.v. § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2 EStG; vgl. die Übersicht bei Moritz/Strohm (Hrsg.), Besteuerung privater Kapitalanlagen, 2017, S. 434 f.

6 Zu Ausnahmen siehe § 50d Abs. 5, 6 EStG.

7 Über ein solches Erstattungsverfahren hatte das FG Köln (Urt. v. 19.07.2019 - 2 K 2672/17) in einem Cum/Ex-Fall (dazu B. I.) zu entscheiden. Es stellt fest (Rn. 341 f.), dass es nicht ausreiche, wenn „irgendeine“ KapEst einbehalten und abgeführt worden sei. Vielmehr müsse die KapEst für Rechnung des Gläubigers der Kapitalerträge einbehalten und abgeführt worden sein.

8 Im Folgenden stpfl.

9 Richtlinie 2011/96/EU des Rates vom 30.11.2011 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten (ABl. 2011 L 345, 8), zuletzt geändert durch RL 2015/121/EU des Rates vom 27.01.2015 (ABl. 2015 L 21, 1).

Die Befreiung von der KapESt nach § 43b EStG bzw. die Erstattung der Quellensteuer schließt § 50d Abs. 3 EStG aus, wenn die darin bestimmten Entlastungsvoraussetzungen nicht vorliegen. Insoweit steht die Europarechtswidrigkeit der Norm im Raum.<sup>10</sup> § 50d Abs. 3 EStG soll Missbrauch durch Zwischenschaltung von Holdinggesellschaften in EU/DBA-Staaten verhindern, d.h. „Treaty Shopping“ bzw. „Directive Shopping“ (= Einkäufen von Abkommens- und Richtlinienvorteilen) unterbinden. Dabei werden in einem DBA- oder EU-Staat ansässige Gesellschaften als Empfänger einer aus Deutschland stammenden Zahlung zwischengeschaltet, um so eine Quellensteuerentlastung unter Berufung auf ein DBA (Treaty Shopping) oder eine EU-Richtlinie (Directive Shopping) zu erlangen, die dem „eigentlichen Empfänger“ der Zahlung nicht zustünde. Die Begünstigung aus dem DBA oder der Richtlinie werden versagt, soweit der ausländische Zahlungsempfänger (oder ggf. dessen Gesellschafter) nicht bestimmte Anforderungen an die Substanz bzw. die Art und den Umfang der Tätigkeit erfüllt. Die Entlastung von deutschen Abzugsteuern (nach DBA, § 44a EStG, EU-Recht (§§ 43b, 50g EStG)) wird eingeschränkt.

§ 50j EStG soll, um dem sog. Cum-Cum Treaty Shopping entgegenzuwirken, verhindern, dass sich der Inhaber von im Inland verwahrten Aktien durch eine kurzfristige Aktientransaktion eine günstige Quellensteuer verschafft, auf die er sonst keinen Anspruch gehabt hätte.<sup>11</sup> § 50j EStG ergänzt § 50d Abs. 1 EStG durch zusätzliche Voraussetzungen, die für eine Erstattung vorliegen müssen. Die Voraussetzungen des § 50j Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 EStG decken sich mit denen von § 36a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 EStG.<sup>12</sup> Der Steuerpflichtige muss über die Dauer des Mindesthaltezeitraums ununterbrochen wirtschaftlicher Eigentümer des dem Kapitalertrag zugrunde liegenden Anteils sein, währenddessen das Mindestwertänderungsrisiko zu 70 % tragen und er darf nicht dazu verpflichtet sein, die Kapitalerträge (überwiegend) weiterzugeben. § 50j Abs. 4 EStG regelt einen Anwendungsausschluss für Fälle, in denen die zugrunde liegende Quellensteuer 15 % unterschreitet, es sich um Streubesitzanteile handelt und der Gläubiger der Kapitalerträge seit mindestens einem Jahr ununterbrochen wirtschaftlicher Eigentümer ist. Wie bei § 36a EStG handelt es sich bei § 50j EStG um eine typisierende Missbrauchsregelung.

## B. Dividendenstripping

Ebenso praxisrelevant wie umstritten sind Aktientransaktionen um den Dividendenstichtag (sog. Dividendenstripping).<sup>13</sup> Dabei sind Cum/Ex-Geschäfte und Cum/Cum-Geschäfte zu unterscheiden. Bei ersteren werden kurz vor dem Hauptversammlungstag Aktien mit (cum) Dividendenanspruch erworben, die dann nach dem Hauptversammlungstag ohne (ex) Dividendenanspruch geliefert werden. Es handelt sich um Inhaber<sup>14</sup> oder Leerverkäufe.<sup>15</sup> Gerade Letztere hatten häufig eine mehrfache Erstattung von nur einmal gezahlter KapESt zur Folge. Cum/Cum-Geschäfte sollen vor allem die beschränkte Steuerpflicht für Dividendenzahlungen von Gebietsansässigen an Gebietsfremde (§ 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a) EStG) vermeiden.<sup>16</sup>

schäfte zu unterscheiden. Bei ersteren werden kurz vor dem Hauptversammlungstag Aktien mit (cum) Dividendenanspruch erworben, die dann nach dem Hauptversammlungstag ohne (ex) Dividendenanspruch geliefert werden. Es handelt sich um Inhaber<sup>14</sup> oder Leerverkäufe.<sup>15</sup> Gerade Letztere hatten häufig eine mehrfache Erstattung von nur einmal gezahlter KapESt zur Folge. Cum/Cum-Geschäfte sollen vor allem die beschränkte Steuerpflicht für Dividendenzahlungen von Gebietsansässigen an Gebietsfremde (§ 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a) EStG) vermeiden.<sup>16</sup>

10 BMF, Schreiben vom 04.04.2018 - IV B 3-S 2411/07/10016-14 - BStBl. I 2018, 589 (zur Kritik Kahlenberg, FR 2018, 499 ff.; Watrin/Lenkfeld, FR 2018, 813, 816 f. m.w.N.) als Reaktion auf die Entscheidung des EuGH, Rs. Deister u.a. (EuGH, Urt. v. 20.12.2017 - C-504/16, C-613/16) zur Altfassung 2007. Auch § 50d Abs. 3 EStG n.F. (seit 2012) ist europarechtswidrig (EuGH, Urt. v. 14.06.2018 - C-440/17 - Streitjahr 2013), da es sich um eine typisierende Vorschrift ohne Gegenbeweismöglichkeit handelt, die es dem Finanzamt ermöglicht, ohne Anfangsbeweis einen Missbrauch zu bejahen (Verstoß gegen Niederlassungsfreiheit/Verhältnismäßigkeit und Mutter-Tochter-Richtlinie). Dazu Farinato, jM 2019, 68 ff.

11 Vgl. Fn. 16.

12 Dazu B. II.

13 Dazu grundlegend Dutt/Spengel/Vay, StuW 2018, 229 ff.; zum aktuellen Stand Lechner, BB Heft 12/2020, I.

14 Der Verkäufer verfügt im Zeitpunkt des Abschlusses des schuldrechtlichen Vertrages tatsächlich über die zu liefernden Aktien.

15 Der Leerverkäufer hat die geschuldeten Aktien bei Vertragsschluss nicht in seinem Depotbestand. Er erwirbt nach dem Dividendenstichtag die geschuldeten Aktien von einem Dritten. Da die Ausschüttung der Dividende bereits zugunsten des Aktieninhabers erfolgt ist, kann der Leerverkäufer die Aktien nur noch ohne Dividendenanspruch erwerben. Er schuldet dem Leerkäufer aber Papiere mit Dividendenanspruch. Dafür muss er eine Schadenersatzleistung = Dividendenkompensationszahlung in Höhe der Nettodividende erbringen. Zwischen Aktieninhaber und Leerkäufer besteht keine vertragliche Beziehung. Auch der Leerkäufer begehrt neben dem Aktieninhaber die Anrechnung der KapESt nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG i.V.m. Satz 2 EStG. Auf diese Weise steht die lediglich einmalige Abführung der KapESt der zweifachen Anrechnung auf die Einkommensteuerlast gegenüber; vgl. stellvertretend Jarass/Schick, BB 2019, 1568 m.w.N.

16 Motivationsgrund für das klassische Cum/Cum-Geschäft ist die Ungleichbehandlung von unbeschränkt und beschränkt Steuerpflichtigen im Rahmen der KapESt, indem der unbeschränkt Steuerpflichtige sich die KapESt nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG auf ESt/KSt anrechnen lassen kann, während für den beschränkt Steuerpflichtige die KapESt gem. § 50 Abs. 2 Satz 1 EStG, § 32 Abs. 1 Nr. 2 KStG abgeltende Wirkung hat. Die Ungleichbehandlung folgt daher aus der Anrechnungsberechtigung des unbeschränkt Steuerpflichtigen. Davon zu unterscheiden ist das sog. Cum/Cum treaty shopping, das auf unterschiedlichen Quellensteuersätzen in DBA beruht (siehe dazu § 50j EStG). Nach Art. 10 Abs. 2 Satz 1 Buchst. b) OECD MU beträgt der Quellensteuersatz für Dividenden bei Streubesitzanteilen (Beteiligung am Nennkapital unterhalb 10 %) 15 %. In manchen DBA weichen die Quellensteuersätze davon aber ab. Zur steuerlichen Behandlung von Cum/Cum-Transaktionen aus Verwaltungssicht BMF, Schreiben vom 17.07.2017 - IV C 1-S 2252/15/10030:005 - BStBl. I 2017, 986.

## I. Cum/Ex-Geschäfte

Cum/Ex-Geschäfte werden seit 01.01.2012 faktisch unterbunden.<sup>17</sup> Gem. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a EStG sind Dividenden und Dividendenkompensationszahlungen aus Aktien abzugspflichtig, die in einem Girosammel- oder Streifbanddepot verwahrt werden oder bei denen die Erträge gegen Aushändigung der Dividendenscheine ausbezahlt bzw. gutgeschrieben werden. Abzugsverpflichtet ist die (inländische) auszahlende Stelle (§ 44 Abs. 1 Satz 3 Alternative 3 EStG). Insoweit wurde die KapEst-Abzugsverpflichtung vom Schuldner- auf das Zahlstellenprinzip umgestellt:<sup>18</sup> die Abzugsverpflichtung trifft nicht die ausschüttende Gesellschaft, sondern das depotführende Institut (§ 44 Abs. 1 Satz 4 Nr. 3 EStG), dieses stellt auch die Steuerbescheinigung aus (§ 45a Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 EStG).

In der Praxis erfolgt vor allem börslicher Wertpapierhandel unter Zuhilfenahme eines zentralen Vermittlers/Kontrahenten, ohne dass Käufer und Verkäufer in einer unmittelbaren vertraglichen Beziehung stünden. Der zentrale Kontrahent begründet vertragliche Beziehungen mit beiden Parteien.<sup>19</sup> Zwischen Käufer und Kontrahent liegt regelmäßig ein Leerverkauf vor.<sup>20</sup> Der zentrale Kontrahent meldet das Zustandekommen der Verträge an die zuständige Wertpapiersammelbank, d.h. in Deutschland die Clearstream Banking AG als alleinigem Zentralverwahrer für sammelverwahrte inländische Aktien. Die Sammelverwahrung i.S.d. § 5 Abs. 1 DepotG soll die Aufbewahrung von Aktien derselben Gattung zentralisieren. Die einzelnen Hinterleger der Wertpapiere sind Miteigentümer am Sammelbestand.<sup>21</sup> Praktisch wird das Eigentum an Aktien i.d.R. zwei Tage nach Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages übertragen. Damit erwirbt der Leerkäufer jedenfalls zivilrechtliches Eigentum an den Wertpapieren regelmäßig erst nach dem Dividendentag.

Die Anrechnung der KapEst gem. § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG setzt primär voraus, dass der Antragsteller unter Vorlage einer Steuerbescheinigung bei der Veranlagung erfasste Einkünfte oder außer Ansatz bleibende Bezüge nachweist, auf die durch Steuerabzug bereits Einkommensteuer<sup>22</sup> erhoben wurde. Grds. hat der Aktieninhaber auch im Leerverkaufsfall einen Anspruch auf Ausstellung der Bescheinigung gegenüber seiner Depotbank gem. § 45a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG. Für den Leerkäufer ist maßgeblich, ob die Dividendenkompensationszahlung zu den Einkünften gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG zählt und ihm zuzurechnen ist. Seit 2012 hat der Leerkäufer einen Anspruch auf Ausstellung einer Bescheinigung nach § 45a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG, wenn nach § 44 Abs. 1a

EStG die ausländische Depotbank freiwillig KapEst an ein inländisches Finanzdienstleistungsinstitut weiterleitet.<sup>23</sup>

Streitig ist, ob die Vorlage der Steuerbescheinigung materiell-rechtliche Wirkung für die Anrechnung hat bzw. bereits die Vorlage volle Beweiswirkung über die Erhebung der KapEst entfaltet.<sup>24</sup> Es spricht viel dafür, dass die Steuerbescheinigung nicht die materiell-rechtlichen Tatbestandsvoraussetzungen des Anrechnungsanspruches nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG ersetzen kann.<sup>25</sup>

Seit 2007 zählt gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG die Dividendenkompensationszahlung ausdrücklich zu den sonstigen Bezügen.<sup>26</sup> Unklar ist das Verhältnis von § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG zu § 20 Abs. 5 Satz 1 EStG; nach dem Wortlaut von § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG wird die Dividendenkompensationszahlung von einem anderen als dem Anteilseigner nach § 20 Abs. 5 EStG bezogen.<sup>27</sup> Da der wirtschaftliche Eigentümer gem. § 20 Abs. 5 EStG ohnehin Einkünfte aus Kapitalvermögen erzielt, scheint § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG, wollte man auch hier wirtschaftliches Eigentum verlangen, leerzulaufen.<sup>28</sup>

17 Bis 2012 erfolgten Einbehaltung und Abführung der KapEst nach dem Schuldnerprinzip beim Aktienemittenten. Die Steuerbescheinigung hierüber wurde von der Depotbank des Aktieninhabers ausgestellt. Bei Cum/Ex-Gestaltungen mit Leerverkäufen stellte zudem vielfach die Depotbank des Leerkäufers eine zweite Steuerbescheinigung aus.

18 Dazu, dass auch unter Geltung des Zahlstellenprinzips die Richtigkeit der KapEst-Bescheinigung in der Praxis schwer kontrollierbar ist, Jarass/Schick, BB 2019, 1568, 1569 f.

19 Stellvertretend FG Köln, Urt. v. 19.07.2019 - 2 K 2672/17 Rn. 298 m.w.N.

20 Dazu nur FG Köln, Urt. v. 19.07.2019 - 2 K 2672/17 Rn. 297; Spengel/Eisgruber, DStR 2015, 785, 791.

21 Die für die Eigentumsübertragung erforderliche Übergabe nach § 929 Satz 1 BGB erfolgt lediglich durch Umbuchung der Eigentumspositionen bei Clearstream. Dazu Schön, RdF 2015, 115, 119.

22 Im Folgenden ESt.

23 Zuvor konnte der Leerkäufer auch bei Abwicklung des Leerverkaufes über eine ausländische Depotbank die Ausstellung der Steuerbescheinigung erreichen (§ 45a Abs. 3 Satz 2 EStG), obwohl die ausländische Depotbank des Leerverkäufers nicht nach § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG zur zweiten Einbehaltung der KapEst verpflichtet war (vgl. dazu etwa FG Köln, Urt. v. 19.07.2019 - 2 K 2672/17 Rn. 347).

24 Dazu Berger/Matuszewski, BB 2011, 3097, 3103; Derlien/Kern, BB 2013, 1943, 1948; Klein, BB 2013, 1054, 1056; Desens, DStZ 2014, 154, 158; Loritz, WM 2017, 309, 316.

25 Schön, RdF 2015, 115, 126; Spengel/Eisgruber, DStR 2015, 785, 801; Bruns, DStZ 2012, 333, 338; Westermann, DStZ 2019, 467, 470.

26 Davor war die Dividendenkompensationszahlung nicht explizit von § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG erfasst. Laut Gesetzesbegründung soll § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG aber lediglich deklaratorische Wirkung haben (BT-Drs. 16/2712, S. 2).

27 Spilker, FR 2017, 138, 142.

28 Berger/Matuszewski, BB 2011, 3097, 3102.

Es spricht jedoch einiges dafür, trotz § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG an der personellen Zurechnung der Dividendenkompensationszahlung über § 20 Abs. 5 EStG i.V.m. § 39 AO festzuhalten.<sup>29</sup> § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG erfasst Dividendenkompensationszahlungen als sonstige Bezüge i.S.v. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG, sodass die inländische Depotbank des Leerverkäufers auf die an den Aktienerwerber gezahlte Dividendenkompensation KapEST einzubehalten hat. So wird eine mehrfache Erstattung/Anrechnung von KapEST verhindert.<sup>30</sup> Aus dieser Perspektive erfährt § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG seinen Regelungszweck nicht aus einer Anordnung der Irrelevanz wirtschaftlichen Eigentums i.S.v. § 20 Abs. 5 EStG i.V.m. § 39 AO.<sup>31</sup>

Jedenfalls vor der Einfügung von § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG ist dem Leerkäufer die Dividendenkompensationszahlung dann zuzurechnen, wenn er auch Anteilseigner/wirtschaftlicher Eigentümer der Aktie ist.<sup>32</sup> Der BFH<sup>33</sup> hat den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auf den Käufer in einem Cum/Ex-Fall mit Inhaberverkauf ab dem Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags bejaht und weiter bestätigt,<sup>34</sup> dass es prinzipiell bereits mit Abschluss des Kaufvertrags zu einem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums kommen kann; er hat dies im Verfahren I R 88/13 aber verneint.<sup>35</sup> Grds. liegt wirtschaftliches Eigentum immer dann vor, wenn dem Erwerber nach Abschluss des schuldrechtlichen Geschäfts alle hiermit verbundenen Rechte und Pflichten zustehen.<sup>36</sup> Dies beinhaltet auch die mit den Wertpapieren verbundenen Kursrisiken und -chancen.<sup>37</sup> Klärungsbedürftig ist, ob die Einschaltung eines zentralen Kontrahenten den Übergang von Rechten und Pflichten zeitlich vorverlagert und somit am Hauptversammlungstag wirtschaftliches Eigentum beim Leerkäufer vorliegt. Hierfür spricht, wenn der Käufer – so bei Börsengeschäften mit Privatkunden – gegen den Weiterverkauf an einen Dritten durch einen Sperrvermerk abgesichert ist.<sup>38</sup> Eine Unterscheidung zwischen börslichem und außerbörslichem Handel könnte sich in diesem Zusammenhang als sinnvoll erweisen.<sup>39</sup> Danach würde zumindest im börslichen Handel der Leerkäufer regelmäßig wirtschaftliches Eigentum vor dem Dividendenstichtag erwerben. Hiergegen spricht jedoch, dass der zentrale Kontrahent i.d.R. über keinen eigenen Aktienbestand verfügt und somit zum Zeitpunkt des Verkaufes selbst als Leerverkäufer auftritt.<sup>40</sup> Das wirtschaftliche Eigentum verbliebe somit weiterhin beim ursprünglichen Verkäufer. Die Annahme eines zweiten wirtschaftlichen Eigentums<sup>41</sup> beim Leerkäufer erschiene systemwidrig.<sup>42</sup>

Jenseits der Problematik des wirtschaftlichen Eigentums ist eine Abzugsteuer nur dann i.S.v. § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG erhoben, wenn sie vom Abzugspflichtigen auch tatsächlich einbehalten wurde. Beim Leerverkauf verzeichnet der Leerkäufer lediglich den Eingang eines Betrages, der der

Nettodividende entspricht. Eine zentrale Frage ist, ob schon der Eingang des Nettobetrages der Dividende den Leerkäufer trotz fehlender Abführung einer zweiten KapEST an das Finanzamt zur Anrechnung berechtigt.<sup>43</sup> Während im Kontext eines Inhaberverkaufs bei Dividendenzahlungen gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG die KapEST von der ausschüttenden Körperschaft „für Rechnung“ des Anteilseigners als Gläubiger der Dividendenzahlungen (wirtschaftlicher Eigentümer) erhoben wird, behält der Emittent beim Cum/Ex-Aktienerwerb vom Leerverkäufer die KapEST nicht für Rechnung des Leerkäufers ein.<sup>44</sup> Letzteres wird aber für einen Erstattungsanspruch des Leerkäufers zu verlangen sein.<sup>45</sup>

Soweit man eine adäquate Lösung von Cum/Ex-Gestaltungen nicht über die dargestellten Strukturen zu erreichen meinte und insoweit auf einen Gestaltungsmissbrauch verweisen wollte, wäre zu fragen, ob dabei zwischen absprachebedingten Cum/Ex-Gestaltungen und nicht abspra-

29 So FG Köln, Urt. v. 19.07.2019 - 2 K 2672/17 Rn. 270.

30 FG Köln, Urt. v. 19.07.2019 - 2 K 2672/17 Rn. 270.

31 Vgl. auch FG Köln, Urt. v. 19.07.2019 - 2 K 2672/17 Rn. 320 f.

32 Dies ist relevant, sofern man die Dividendenkompensationszahlung auch vor Einfügung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG zu den Einkünften aus Kapitalvermögen zählt.

33 BFH, Urt. v. 15.12.1999 - I R 29/97 - BStBl. II 2000, 527 Rn. 40 f.

34 Zu sog. außerbörslichen Over the Counter (OTC) Cum/Ex-Geschäften BFH, Urt. v. 14.04.2014 - I R 2/12.

35 Vgl. auch BFH, Urt. v. 18.08.2015 - I R 88/13 - BFH/NV 2016, 341 Rn. 18 (Wertpapierleihe).

36 Vgl. dazu Haarmann, BB 2018, 1623, 1629 m.w.N.

37 Vgl. FG Köln, Urt. v. 19.07.2019 - 2 K 2672/17 Rn. 251.

38 FG Kassel, Urt. v. 10.03.2017 - 4 K 977/14 Rn. 79; FG Köln, Urt. v. 19.07.2019 - 2 K 2672/17 Rn. 257.

39 So etwa FG Köln, Urt. v. 19.07.2019 - 2 K 2672/17 Rn. 79 ff., das wirtschaftliche Eigentum beim Leerkäufer im Rahmen des außerbörslichen Handels ausdrücklich verneint; siehe auch FG Köln, Urt. v. 19.07.2019 - 2 K 2672/17 Rn. 260: Übergang des wirtschaftlichen – wie zivilrechtlichen – Eigentums erst mit Einbuchung in das Depot; a.A. Englisch, FR 2013, 1023, 1031; Loritz, BB 2017, 2394, 2397; Müller/Schade, BB 2017, 1239, 1242.

40 FG Köln, Urt. v. 19.07.2019 - 2 K 2672/17 Rn. 299 ff.

41 Sog. doppeltes wirtschaftliches Eigentum; dazu Rau, FR 2011, 366, 369 ff.

42 FG Köln, Urt. v. 19.07.2019 - 2 K 2672/17 Rn. 264 ff., 306 m.w.N. zum Streitstand.

43 Bejahend Berger/Matuszewski, BB 2011, 3097, 3103; Derlien/Kern, BB 2013, 1943, 1948; Desens, DStZ 2014, 154, 156; Klein, BB 2013, 1054, 1056; Spilker, FR 2017, 138, 141; a.A. FG Köln, Urt. v. 19.07.2019 - 2 K 2672/17 Rn. 356 ff.; Bruns, DStZ 2012, 333, 336; Rau, DStZ 2012, 241, 245; Schön, RdF 2015, 115, 125; Spengel/Eisgruber, DStR 2015, 785, 792.

44 Dazu Schön, RdF 2015, 115, 125.

45 Dazu FG Köln, Urt. v. 19.07.2019 - 2 K 2672/17 Rn. 341 ff.

chebedingten Leerverkäufen zu unterscheiden ist.<sup>46</sup> Argumentationskriterium im Rahmen von § 42 AO ist insbesondere ein kollusives Zusammenwirken von Leerverkäufer und Leerkäufer<sup>47</sup> sowie der Umstand, dass eine tatbestandlich defizitäre Gesetzeslage ausgenutzt wurde.<sup>48</sup>

Was die „Rückabwicklung“ von zu Unrecht erlangter KapEst aus Cum/Ex-Geschäften aus Leerverkäufen betrifft, kommt eine Rückgängigmachung der Steueranrechnung in der Veranlagung des Leerkäufers in Betracht,<sup>49</sup> ebenso die Haftung der Bank des Leerkäufers gem. § 45a Abs. 7 EStG wegen der Ausstellung einer fehlerhaften Bescheinigung, ab 2007 bei Einschaltung ausländischer Depotbanken.<sup>50</sup> Daneben steht die Haftung der Depotbank des Leerverkäufers gem. § 44 Abs. 5 EStG im Raum, soweit trotz Verpflichtung keine KapEst abgeführt wurde.

## II. Cum/Cum-Geschäfte

Cum/Cum-Geschäfte haben eine grundlegend andere Intention als Cum/Ex-Geschäfte. Ausgangspunkt ist die unterschiedliche Besteuerung von Dividenden, Veräußerungsgewinnen und Wertpapierleihgebühren bei beschränkt und unbeschränkt Steuerpflichtigen (abgeltende Wirkung des KapEst-Abzugs gem. § 50 Abs. 2 Satz 1 EStG versus Anrechnung gem. § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG).<sup>51</sup> Es geht um die Vermittlung der Möglichkeit zur Anrechnung von KapEst, von Arbitragemöglichkeiten durch Umwandlung von Dividenden in Veräußerungsgewinne oder Wertpapierleihgebühren.<sup>52</sup>

Beim Cum/Cum-Geschäft<sup>53</sup> werden kurz vor dem Dividendenstichtag Aktien mit Dividendenanspruch auf einen in Deutschland ansässigen, unbeschränkt steuerpflichtigen Erwerber übertragen und ebenfalls mit Dividendenanspruch geliefert. So soll die Steuerarbitrage aus der unterschiedlichen Besteuerung von Dividenden bei beschränkt und unbeschränkt Steuerpflichtigen genutzt werden. Mit Abschaffung des Anrechnungsverfahrens zum 01.01.2001 ist der Vorteil von Cum/Cum-Geschäften auf die auf Dividenden einbehaltene KapEst begrenzt. Gängig sind vor allem der Verkauf von Aktien mit anschließender Rückübertragung sowie die Wertpapierleihe<sup>54</sup> bzw. Wertpapierpensionsgeschäfte.<sup>55</sup>

Im Ausland ansässige Inhaber deutscher Aktien unterliegen mit ihren in Deutschland bezogenen Dividenden der – gem. § 32 Abs. 1 Nr. 2 KStG abgeltend einbehaltenen – KapEst (§ 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a) EStG) im Rahmen ihrer beschränkten Steuerpflicht (§ 2 KStG). Die Definitivbelastung von 25 % (§ 43a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG) wird durch § 44a Abs. 9 Satz 1 EStG auf 15 % re-

duziert, ggf. kommt eine weitere Reduktion durch die sog. Mutter-Tochter-Richtlinie oder DBA in Betracht (§ 50d Abs. 1 Satz 1 und 2 EStG). Durch die Definitivbelastung mit KapEst entsteht der Anreiz, die Aktien kurz vor dem Dividendenstichtag auf einen in Deutschland ansässigen, unbeschränkt steuerpflichtigen (anrechnungsberechtigten) Erwerber (Kreditinstitut) zu übertragen und sie kurz nach dem Dividendenstichtag wieder zurückzuübertragen. Die in Deutschland beschränkt steuerpflichtigen Dividenden werden z.B. gegen eine Wertpapierleihgebühr faktisch in steuerfreie Einkünfte transformiert. Der inländische Erwerber der Aktien erzielt nach Steuern einen Gewinn von Null, beim Steuerausländer entsteht ein „Gewinn“ in Höhe der KapEst, der regelmäßig zwischen den Beteiligten aufgeteilt wird. Der Steuerausländer wird im Ergebnis so gestellt, als habe er die Dividende steuerfrei bezogen.

Bei einer Wertpapierleihe überlässt ein Sachdarlehensgeber dem Sachdarlehensnehmer die im Inland verwahrten Aktien gegen Zahlung eines Darlehensentgelts. Nach Beendigung der Wertpapierleihe sind gleichwertige Anteile rückzuerstatten. Mit Bezug der Dividende erhält der Darlehensnehmer i.d.R. eine Steuerbescheinigung von

46 Vgl. BMF, Schreiben vom 05.05.2009 - IV C 1-S 2252/09/10003 - BStBl. I 2009, 631.

47 Vgl. Loritz, WM 2017, 353, 359; Podewils, AG 2010, 391, 396; Schön, RdF 2015, 115, 130 f.; Weber-Grellet in: Schmidt, EStG, § 43 Rn. 3.

48 Lindermann, DStR 2019, 1549, 1557; Spilker, FR 2017, 138, 145. Ob für das Vorliegen von § 42 AO zusätzlich konkrete Missbrauchsabsicht der Beteiligten erforderlich ist, ist gegenwärtig ungeklärt, vgl. dazu eingehend Haarmann, IStR 2018, 561 ff.; Ratschow in: Klein, AO, § 42 Rn. 75.

49 Problematisch ist dabei die Verjährung. Grds. zur Zahlungsverjährung in Cum-Ex- und Cum/Cum-Altfällen gem. § 228 AO bei Rückforderung bereits erstatteter oder angerechneter KapEst Kleutgens, FR 2018, 774 ff.

50 Vgl. dazu etwa Süddeutsche Zeitung vom 15.07.2019, 17.

51 Zum Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit durch die teilweise Definitivbelastung der KapEst bei beschränkt steuerpflichtigen Anteilseignern EuGH, Urt. v. 13.11.2019 - Rs. C-641/17 Rn. 15 ff., 49 ff., 71 - „College Pension Plan of British Columbia“.

52 Dazu stellvertretend Spilker/Kremer, BB 2018, 2775 ff.; Anzinger, Internationale Kapitaleinkommensbesteuerung in: Schön/Sternberg (Hrsg.), Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts, III, 2018, 159, 166 ff.; Haarmann, BB 2018, 1623; Spengel, DB 2016, 2988 ff.; Knobloch, DB 2016, 1825, 1827 ff., jeweils m.w.N.

53 Zu Beispielen siehe BMF, Schreiben vom 17.07.2017 - IV C1-S 2252/15/10030 - BStBl. I 2017, 986 Rn. 8 – 10; zur Funktionsweise Dutt/Spengel/Vay, StuW 2018, 229, 233 f.

54 Dazu Anzinger, Internationale Kapitaleinkommensbesteuerung in: Schön/Sternberg (Hrsg.), Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts, III, 2018, 166 ff. m.w.N.

55 Dazu Spilker/Kremer, BB 2018, 2775, 2776.

der die Kapitalerträge auszahlenden Stelle (§ 45a Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 EStG) über 25 % KapESt, mit der er gem. § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG i.V.m. § 31 Abs. 1 KStG die KapESt auf die ESt/KSt anrechnen kann. Der Wert der Aktie mindert sich um die Bruttodividende. Im Hinblick darauf leistet der Darlehensnehmer eine Kompensationszahlung an den Darlehensgeber, die für den ausländischen Darlehensgeber im Quellenstaat regelmäßig steuerfrei ist. Die Kompensationszahlung ist i.d.R. geringer als die Bruttodividende, aus der Differenz schöpft der Darlehensnehmer seinen Ertrag.

Beim Erwerbsgeschäft werden im Inland verwahrte Aktien verkauft (§ 453 Abs. 1, § 433 BGB) und zugleich wird ein Rückkauf mit entsprechendem Rückkaufpreis abgeschlossen, um sich gegen Kursschwankungen abzusichern.<sup>56</sup> Der Erwerber erhält am Dividendentichtag die Dividende plus Steuerbescheinigung über die einbehaltene KapESt, sodass er sich die eingezogene KapESt auf die ESt anrechnen lassen kann. Nach der Dividendenausschüttung erfolgt der Rückkauf. Der Wert der Aktie mindert sich um die Bruttodividende, der Rückkaufpreis dementsprechend um die Höhe der Bruttodividende. Eine (geringe) Vergütungsgebühr für das vorübergehende Halten des Erwerbers wird hinzuge-rechnet.

Die Grundproblematik von Cum/Cum-Geschäften besteht darin, dass die Anrechnung/Erstattung der KapESt gem. § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG nur zugunsten desjenigen möglich ist, der die Einkünfte i.S.v. § 20 Abs. 5 Satz 1 EStG i.V.m. § 39 AO erzielt. Insoweit kommt es auch hier entscheidend auf den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auf den Käufer/Entleiher an.<sup>57</sup> Bei der Wertpapierleihe geht das zivilrechtliche Eigentum auf den Entleiher über.<sup>58</sup> Zu fragen ist, ob das wirtschaftliche Eigentum beim Verleiher bleibt, wenn er Kapitalerträge in Gestalt von Kompensationszahlungen erhält, den Entleiher von der wirtschaftlichen Nutzung des Wertpapiers ausschließen kann oder ihm nach dem Gesamtbild der Verhältnisse eine große Dispositionsmöglichkeit zukommt. Maßgeblich dafür, ob ein Übergang des wirtschaftlichen Eigentums stattfindet, sind die Umstände des Einzelfalls. Dagegen sprechen eine Kündigungsmöglichkeit des Entleihers, kurze Leihdauer oder fehlende wirtschaftliche Nutzung der Aktien durch den Entleiher.

§ 42 AO steht im Raum, soweit Cum/Cum-Geschäfte nur der Nutzung einer Steuerarbitrage dienen, nicht aber einem eigenständigen, außersteuerlichen wirtschaftlichen Zweck.<sup>59</sup> Andererseits hat der BFH auch entschieden, dass eine Veräußerung kein Gestaltungsmissbrauch

ist.<sup>60</sup> Soweit weiter nach dem Urteil des EuGH vom 13.11.2019<sup>61</sup> die teilweise Definitivbelastung der KapESt bei beschränkt steuerpflichtigen Anteilseignern gegen die Kapitalverkehrsfreiheit verstößt, dürfte dies gegen § 42 AO sprechen.<sup>62</sup> Es ist jedoch schon zu bezweifeln, dass § 42 AO – soweit § 36a EStG gilt – überhaupt zur Anwendung kommt, da es sich bei § 36a EStG um eine speziellere Missbrauchsbekämpfungsvorschrift handelt.<sup>63</sup>

§ 36a EStG sieht ab Veranlagungszeitraum 2016<sup>64</sup> eine spezifische typisierende<sup>65</sup> Missbrauchsvermeidungsregel vor. Die Anti-Cum/Cum-Regelung erfordert für die vollständige Anrechnung der KapESt u.a., dass der Steuerpflichtige während einer bestimmten Mindesthaltedauer ununterbrochen wirtschaftlicher Eigentümer der die Dividendenzahlungen vermittelnden Anteile ist und währenddessen ununterbrochen ein bestimmtes Mindestwertänderungsrisiko trägt.

Durch §§ 44b, 45 EStG sollen Gestaltungen verhindert werden, die § 36a EStG umgehen. Gem. § 45 Satz 1 EStG ist neben der Erstattung auch die Anrechnung von KapESt ausgeschlossen, sofern die Dividende an einen anderen als den Anteilseigner ausgezahlt wird. Ist die Erstattung/Anrechnung beim Erwerber eines abgetrennten Dividendenscheins nicht gem. § 45 Satz 2 EStG

56 BMF, Schreiben vom 17.07.2017 - IV C1-S2252/15/10030 - BStBl. I 2017, 986 Rn. 18.

57 Vgl. zur Problematik des wirtschaftlichen Eigentums bereits B. I. bei Cum/Ex-Geschäften.

58 Das BMF (BMF, Schreiben vom 17.07.2017 - V C1-S2252/15/10030 - BStBl. I 2017, 986 Rn. 11) geht bei Cum/Cum-Geschäften mit der Einbuchung der Wertpapiere in das Depot des Entleihers bzw. Erwerbers (sachenrechtliches Erfüllungsgeschäft) vor dem Dividendentichtag vom Übergang des zivilrechtlichen und grds. auch des wirtschaftlichen Eigentums aus.

59 FG Kassel, Urt. v. 28.01.2020 - 4 K 890/17.

60 BFH, Urt. v. 12.06.2018 - VIII R 32/16 - BStBl. II 2019, 221.

61 EuGH, Urt. v. 13.11.2019 - Rs. C-3641/17 - „College Pension Plan of British Columbia“.

62 Stellvertretend Müller, DB 2019, 2659, 2660.

63 § 36a Abs. 7 EStG widerspricht dem in § 42 Abs. 1 Satz 2 AO angelegten Rechtsfolgenvorrang speziellerer Missbrauchsvorschriften gegenüber § 42 AO, dazu eingehend Drüen, StuW 2020, 3, 8 ff. m.w.N.

64 Dazu stellvertretend Drüen, StuW 2020, 3, 10 m.w.N.; für Zeiträume davor: BMF, Schreiben vom 17.07.2017 - IV C1-S2252/15/10030 - BStBl. I 2017, 986 Rn. 13 ff.: pauschal § 42 AO.

65 Zur Problematik einer etwaigen Unverhältnismäßigkeit von § 36a EStG Salzmann/Heufelder, IStR 2018, 62, 64 f.; Lamprecht, Ubg 2018, 189, 194 ff.

ausgeschlossen, werden drei Fünftel der KapESt nicht angerechnet oder erstattet (§ 45 Satz 2 Halbsatz 2 EStG).<sup>66</sup>

### C. Fazit

International betrachtet ist die KapESt geprägt von Sonderregelungen zur Wahrung europarechtlicher Vorgaben (insbesondere der Mutter-Tochter-Richtlinie) sowie zur sog. Missbrauchsbekämpfung. In der aktuellen Diskussion steht die sachliche Rechtfertigung von Cum/Ex-Geschäften und Cum/Cum-Geschäften. Während der materielle Gehalt Ersterer darin besteht, dass Schwächen<sup>67</sup> in der normativ intendierten Durchführung des KapESt-Abzugs für eine mehrfache Erstattung von nur einmal gezahlter KapESt ausgenutzt werden, reagieren Cum/Cum-Gestaltungen auf die – zumindest europarechtlich fragwürdige – unterschiedliche Besteuerung von Dividenden bei beschränkt und unbeschränkt Steuerpflichtigen. Da eine Anrechnung/Erstattung der KapESt nur zugunsten desjenigen möglich ist, der die fraglichen Kapitaleinkünfte erzielt hat, kommt es stets wesentlich auf den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums an den betroffenen Aktien an.

66 Ist Gläubiger der Kapitalerträge ein steuerbegünstigter Anleger i.S.v. § 44a Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 EStG, wird keine KapESt abgezogen. Dividenden gehören i.d.R. zur steuerfreien Vermögensverwaltung von gemeinnützigen Körperschaften. Etwas anderes gilt für Dividendeneinkünfte aus sammelverwahrten Aktien, insbesondere für Dividenden von börsennotierten Gesellschaften; für sie müssen seit 2016 zusätzlich die Voraussetzungen des § 36a EStG erfüllt sein. Dazu Kraus, npoR 2019, 111 ff. sowie 257 ff.

67 Vgl. zur Staatskritik in diesem Zusammenhang etwa Stahlschmidt, BB 2020, 661; Lechner, BB 12/2020, I a.E.; Antrag der Fraktion Die Linke, BT-Drs. 19/16836.

kann dies besonders deutlich werden. Das ambivalente Verhalten ist vor einiger Zeit in Mode gekommen und regelmäßig in den Medien präsent. Aktivisten öffnen zur „Rettung“ von noch (immer) genießbaren Lebensmitteln die zuweilen schwer zugänglichen bzw. sogar verschlossenen Müllcontainer vornehmlich von Supermärkten oder Discountern und nehmen die dorthin entsorgten Lebensmittel zum Verzehr an sich. In Zeiten von Umwelt- und Klimaschutz mit einem zunehmend sensibilisierten Umgang mit negativen Erscheinungsformen einer Überflusgesellschaft scheinen die Protagonisten gefühlt im Recht, jedenfalls nicht weit im Unrecht und damit gewissermaßen nicht vollständig auf der dunklen Seite. Ein moralisches Verdikt mutet geradezu ausgeschlossen an. Könnte es doch ein Gebot moralischen Verhaltens sein, nicht mehr verkäufliche, aber nach wie vor zum Verzehr geeignete Lebensmittel zur Schonung endlicher Ressourcen und angesichts von Hungersnöten in anderen Teilen der Welt nicht wegzuwerfen, sondern zu verwerten. Demgegenüber die scheinbar schnöde Rechtslage: Das „Räubern“ weggeworfener Lebensmittel mittels „Fischen“ in Müllcontainern kann sich als rechtswidriger Eingriff ins Eigentum anderer darstellen und strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Indessen ist die Rechtslage nicht unumstritten.<sup>3</sup> Pointiert: Lassen sich die Sympathien für die gegen den praktizierten Luxus einer Wegwerfgesellschaft tapfer ankämpfenden Aktivisten mit dem auch strafrechtlich abgesicherten Schutz des Eigentums unter Umständen in Einklang bringen? Das BayOLG hatte sich mit zentralen Rechtsfragen zum Phänomen des „Containerns“ zu befassen und hierbei unter Umständen Möglichkeiten zu einer Korrektur verpasst.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Wegen der medialen Berichterstattung,<sup>4</sup> aber auch weil die Beschuldigten via Internet die Öffentlichkeit suchten, sind die handelnden Personen und der zugrundeliegende Sachverhalt weitgehend bekannt: In einer Juni Nacht im Jahre 2018 öffneten die beiden Studentinnen

## Strafrecht

### Cora und Franzi gegen die Welt? – Containern und Strafrecht

BayOLG, Beschl. v. 02.10.2019 - 206 StRR 1013/19, 206 StRR 1015/19

RA Prof. Dr. Guido Britz und RA Moritz Torgau

#### A. Problemstellung

Zuweilen treten Recht und Moral akzentuiert in Konkurrenz.<sup>1</sup> Am plakativen Beispiel des sog. Containerns<sup>2</sup>

1 Grundsätzliches um Verhältnis von Recht und Moral: Hoerster, *Recht und Moral. Texte zur Rechtsphilosophie* (reclam Nr. 8389), S. 5 ff.

2 Die Terminologie kann unterschiedlich sein; vgl. Verghe, *StraFo* 2013, 15; Schiemann, *KriPoZ* 2019, 231; Dumpstern, *Waste-Diving*, Mülltauchen.

3 Esser/Scharnberg, *JuS* 2012, 809 ff.; Verghe, *StraFo* 2013, 15 ff.; Schiemann, *KriPoZ* 2019, 231 ff.; Lorenz, *FD-StraFR* 2019, 422440; Wessels/Hillenkamp, *Strafrecht Besonderer Teil 2*, Rn. 79; Vogel in: *LK-StGB*, § 242 Rn. 33, 44 f.; Bosch in: *Schönke/Schröder, StGB*, 30. Aufl., § 242 Rn.17/18; Duttge in: *HK-GS*, § 242 Rn. 15.

4 Vgl. die Hinweise bei Schiemann, *KriPoZ* 2019, 231 Fn. 1.

C und F mithilfe eines (legal) beschafften Sechskantschlüssels einen im Hinterhof<sup>5</sup> abgestellten sowie abgeschlossenen Container eines Supermarkts, um Lebensmittel mit abgelaufenem Mindesthaltbarkeitsdatum zu entnehmen. Dass genießbare Lebensmittel in Mülltonnen entsorgt werden, erachteten sie für eine Verschwendung von Ressourcen. Wegen eines Shitstorms im Netz hat die Filialleitung, die zunächst auf den Vorfall mit einer Strafanzeige reagiert hatte, einen Strafantrag nicht gestellt bzw. zurückgenommen. Indessen bejahte die zuständige Staatsanwaltschaft das besondere öffentliche Interesse.

Das AG Fürstenfeldbruck reagierte auf das angeklagte Diebstahlsdelikt – Diebstahl im besonders schweren Fall nach § 242 Abs. 1, § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB – mit einer Verwarnung mit Strafvorbehalt,<sup>6</sup> da die Angeklagten eines gemeinschaftlich begangenen Diebstahls für schuldig befunden wurden. Vorbehalten blieb eine Geldstrafe von 15 Tagessätzen zu je 15 €. Die Bewährungszeit wurde auf zwei Jahre festgesetzt, wobei als Bewährungsaufgabe acht Stunden soziale Arbeit vorgesehen worden ist. Die Verurteilten, die nicht zuletzt wegen des fehlenden Strafantrags, aber auch wegen des besonderen Gepräges der Tat zunächst mit einer Einstellung des Verfahrens kalkuliert hatten, legten Revision ein.

Das BayOLG erachtete in seinem Beschluss die (Sprung-) Revision für unbegründet und bestätigte damit die amtsgerichtliche Entscheidung.<sup>7</sup> Zentral setzte sich der Senat mit der Frage auseinander, ob und unter welchen Voraussetzungen weggeworfene Lebensmittel geeignete Tatobjekte des Diebstahls sein können.<sup>8</sup> Die tatbestandlich erforderliche Fremdheit wurde durch den Senat mit den Erwägungen bejaht, dass alleine die Entsorgung von Lebensmitteln in Abfallcontainer seitens des Eigentümers nicht zwingend den Schluss zulasse, dass diesem das weitere Schicksal des Entsorgten gleichgültig sei.<sup>9</sup> Vielmehr setze eine Dereliktion nach § 959 BGB voraus, dass der Wille vorherrsche, sich der Sache ungezielt zu entledigen.<sup>10</sup> Dies sei aber – da der Eigentumsverzicht durch Besitzaufgabe nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen sei<sup>11</sup> – nicht gegeben, wenn die Lebensmittel auf dem Firmengelände in einen abgesperrten Container entsorgt würden.<sup>12</sup> Zu berücksichtigen sei ferner, dass die Lebensmittel zur Abholung durch ein Entsorgungsunternehmen bereitgestellt würden, da insofern fallspezifisch eine Verantwortlichkeit für die ordnungsgemäße Abfallentsorgung durch eine entsprechende Fachfirma bestehe.<sup>13</sup> Mithin fehle es am Verzichtswillen, welcher jedoch erst zu einer

Herrenlosigkeit der Sache im Sinne der Dereliktion führen könne.<sup>14</sup>

### C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung des BayOLG liegt auf der Linie einer (noch) h.M., wonach auch Sachen ohne wirtschaftlichen Wert grds. geeignetes Tatobjekt des Diebstahls sein können.<sup>15</sup> Maßgeblich für diese Betrachtung des Diebstahls als im Übrigen „archetypisches Delikt“<sup>16</sup> ist die unmittelbare Verbindung zum Eigentum als geschütztem Rechtsgut<sup>17</sup> und sodann wiederum dessen formale Interpretation.<sup>18</sup> Mithin werden auf dieser streng zivilrechtsakzessorischen Basis<sup>19</sup> wertlose oder nicht verkehrsfähige Gegenstände in den Anwendungsbereich von § 242 StGB gewissermaßen hinein geschwemmt. Unmittelbare Konsequenz ist ferner, dass gerade über das Tatbestandsmerkmal der Fremdheit der – wertlosen oder nicht verkehrsfähigen – Sache grds. keine Entlastung im Sinne einer Entkriminalisierung eintreten kann. Vielmehr werden Lösungsansätze im Bereich der Tathandlung oder der Rechtswidrigkeit verortet.<sup>20</sup>

Am Beispiel des sog. Containers lässt sich vor diesem Hintergrund eine Art dogmatische Tiefenbohrung durch-

- 5 Es handelte sich um den sog. Zulieferbereich; vgl. BayOLG, Beschl. v. 02.10.2019 - 206 StRR 1013/19, 206 StRR 1015/19 Rn. 7.
- 6 AG Fürstenfeldbruck, Urt. v. 30.01.2019 - 3 Cs 42 Js 26676/18.
- 7 BayOLG, Beschl. v. 02.10.2019 - 206 StRR 1013/19, 206 StRR 1015/19 Rn. 2, 4.
- 8 BayOLG, Beschl. v. 02.10.2019 - 206 StRR 1013/19, 206 StRR 1015/19 Rn. 4 ff.
- 9 BayOLG, Beschl. v. 02.10.2019 - 206 StRR 1013/19, 206 StRR 1015/19 Rn. 8.
- 10 BayOLG, Beschl. v. 02.10.2019 - 206 StRR 1013/19, 206 StRR 1015/19 Rn. 8.
- 11 BayOLG, Beschl. v. 02.10.2019 - 206 StRR 1013/19, 206 StRR 1015/19 Rn. 5.
- 12 BayOLG, Beschl. v. 02.10.2019 - 206 StRR 1013/19, 206 StRR 1015/19 Rn. 9.
- 13 BayOLG, Beschl. v. 02.10.2019 - 206 StRR 1013/19, 206 StRR 1015/19 Rn. 10 f.
- 14 BayOLG, Beschl. v. 02.10.2019 - 206 StRR 1013/19, 206 StRR 1015/19 Rn. 5, 8, 11.
- 15 Jeweils m.w.N.: Fischer, StGB, § 242 Rn. 3a; Lackner/Kühl, StGB, § 242 Rn. 2; Vogel in: LK-StGB, § 242 Rn. 44.
- 16 Vgl. hierzu: Vogel in: LK-StGB, Vor §§ 242 Rn. 2.
- 17 Duttge in: HK-GS, § 242 Rn. 3 unter Hinweis auf § 903 BGB; Fischer, StGB, § 242 Rn. 2.
- 18 Zum formalen Eigentumsschutz (auch kritisch): Vogel in: LK-StGB, Vor §§ 242 Rn. 33, 53 ff.
- 19 Pointiert: Hoyer in: SK-StGB, Vor § 242 Rn. 1 ff.
- 20 Fischer, StGB, § 242 Rn. 3a; Vogel in: LK-StGB, Vor §§ 242 Rn. 55 unter Hinweis auf Tatbestands-, Rechtswidrigkeits- und Schuldkorrektive.

führen. Folgt man der herrschenden Ansicht ist es nämlich unwahrscheinlich, dass den in separaten und mitunter verschlossenen Containern entsorgten Lebensmitteln die Qualität als geeignetes Tatobjekt fehlt; auch die Tathandlung der Wegnahme einschließlich deren Rechtswidrigkeit<sup>21</sup> dürften in diesem Zusammenhang kaum problematisch sein.<sup>22</sup> Demzufolge verlagern sich Möglichkeiten einer Korrektur zumindest intuitiv unzutreffender Ergebnisse auf den subjektiven Tatbestand und die Ebene der Schuld. Hinsichtlich der Schuld ließe sich beim Unrechtsbewusstsein thematisieren, inwiefern hartnäckige Aktivisten als Gewissens- oder Überzeugungstäter einzuordnen wären, was strafrechtlich im Ergebnis aber nicht zu einer nennenswerten Entlastung zu führen vermag.<sup>23</sup> Gleiches gilt für einen etwaigen Verbotsirrtum nach § 17 StGB, dessen Hürden allgemein erheblich und in concreto fast unüberwindlich sind.<sup>24</sup> Im subjektiven Tatbestand wird im Bereich des erforderlichen Vorsatzes hingegen zunächst die Frage zentral, ob in Anbetracht der Gesamtumstände die Qualität des Tatobjekts als fremde Sache – immerhin grds. unverkäufliche und deshalb weggeworfene Lebensmittel – intellektuell und voluntativ im Vorstellungsbild des Täters enthalten war; falls nicht, kommt ein Tatbestandsirrtum nach § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB in Betracht.<sup>25</sup>

Bislang nicht näher beleuchtet<sup>26</sup> ist das Tatbestandsmerkmal der Zueignungsabsicht, welches sich aus den korrespondierenden Elementen der (zumindest eventualvorsätzlichen)<sup>27</sup> Ent- und (zielgerichtet absichtlichen)<sup>28</sup> Aneignung zusammensetzt.<sup>29</sup> Vor allem die Enteignung – verstanden als das auf Dauer angelegte Verdrängen des Berechtigten aus seiner tatsächlichen bzw. wirtschaftlichen Eigentümerposition<sup>30</sup> – verdient beim „Containern“ eine intensivere Befassung. Da sich nämlich der Vorsatz von vornherein auf eine nicht mehr verkehrsfähige Sache ohne wirtschaftlichen Wert bezieht, führen die sog. Sachwerttheorie<sup>31</sup> als solche als auch die sog. Vereinigungstheorie<sup>32</sup> mit ihr als akzentuiertem Bestandteil unmittelbar in die Strafflosigkeit. Entscheidend für eine strafrechtliche Verantwortlichkeit wird damit – alleine oder als maßgeblicher Teil der sog. Vereinigungstheorie – die sog. Substanztheorie, wonach Gegenstand der Zueignung die Sache in ihrer physischen Erscheinung ist.<sup>33</sup> Freilich wird man nicht umhinkommen, der wirtschaftlichen Wertlosigkeit der unverkäuflichen Ware auch in diesem Zusammenhang Rechnung zu tragen. Denn der Eigentümer hat seine umfassenden Befugnisse nach § 903 Satz 1 BGB nach außen erkennbar derart reduziert, dass es ihm lediglich darum geht, die wertlosen Lebensmitteln unter Berück-

sichtigung vornehmlich entsorgungsrechtlicher Vorgaben „loszuwerden“;<sup>34</sup> weshalb sie auch entsprechend separiert und deponiert werden. Lediglich diese Intention des Rechtsgutsträgers wird durch den Mülltaucher beim „Containern“ derogiert. Dies bedeutet aber auch, dass Wollen und Wissen des Täters nicht darauf gerichtet sind, Eigentumsrechte per se zu verletzen und damit zu negieren. Übergreifend kommt hinzu, dass in Fällen des sog. Containerns wirtschaftlich wertlose Gegenstände den strafrechtlichen Eigentumsschutz auslösen sollen. Das – ohnehin reduzierte – formale Eigentumsrecht wird demzufolge nahezu nur symbolisch primär um seiner selbst willen geschützt.<sup>35</sup> Dies wirft die pointierte zu formulierende Frage auf, ob durch § 242 StGB ein weitgehend gegenstands- bzw. substanzfreier Eigentumsschutz überhaupt intendiert sein kann; unabhängig davon, dass es sich konzeptionell nicht um ein Bereicherungs-, sondern um ein Sachentziehungsdelikt handeln soll.<sup>36</sup>

21 Kontraindikatorische Rechtfertigungsgründe sind weder ersichtlich noch drängen sich solche in den üblichen Fallgestaltungen auf.

22 Die Möglichkeit, dass in die Wegnahme konkludent eingewilligt sein könnte, ist mehr als reduziert, wenn die unverkäuflichen Lebensmittel in Container entsorgt sind.

23 Zur möglichen Strafmilderung: Kinzig in: Schönke/Schröder, StGB, § 46 Rn. 15 m.w.N.

24 Vergho, StraFo 2013, 15 ff., 17; Schiemann, KriPoZ 2019, 231 ff., 234.

25 Schiemann, KriPoZ 2019, 231 ff., 233; Vergho, StraFo 2013, 15 ff., 17 f.

26 Allenfalls rudimentär: Esser/Scharnberg, JuS 2012, 809 ff., 812 f.; Schiemann, KriPoZ 2019, 231 ff., 233 f.

27 Fischer, StGB, § 242 Rn. 33a, 41.

28 Fischer, StGB, § 242 Rn. 33a, 41; a.A.: Seelmann, JuS 1985, 454 f.

29 Zur Zueignungsabsicht und deren beiden Komponenten sowie deren Verhältnis zueinander: Vogel in: LK-StGB, § 242 Rn. 135, 144.

30 Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 2, Rn. 70; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil 2, Rn. 156; vgl. aber auch: Duttge in: HK-GS, § 242 Rn. 40; Duttge in: LK-StGB, § 242 Rn. 143.

31 Hierzu: Vogel in: LK-StGB, § 242 Rn. 138 m.w.N.

32 Hierzu: Duttge in: HK-GS, § 242 Rn. 41; Lackner/Kühl, StGB, § 242 Rn. 21; kritisch: Vogel in: LK-StGB, § 242 Rn. 140 unter Hinweis auf Maiwald: „Kombination von Äpfeln und Birnen“.

33 Instrukтив: Vogel in: LK-StGB, § 242 Rn. 137 m.w.N.

34 Abfallrechtlich sind die Normen der § 6 Abs. 1, § 7 Abs. 2, § 15 Abs. 2, § 17 KrWG einschlägig. Grundlegend ist das Prinzip, dass Abfallentsorger und -besitzer verpflichtet sind, angefallene Abfälle zu verwerten oder zu beseitigen; wobei die Beseitigung die letzte Stufe darstellt einschließlich der Überlassung an einen (öffentlich-rechtlichen) Entsorgungsträger. Dem Beschluss des BayOLG ist nicht zu entnehmen, ob und inwiefern diese Rechtslage sondiert wurde. Indessen kommt es unter abfallrechtlichen Gesichtspunkten gerade nicht darauf an, ob Erzeuger oder Besitzer auch Eigentümer des Abfalls sind. Mithin sind etwaige Entsorgungspflichten kein Argument für Eigentumsfragen.

35 Aus verfassungsrechtlicher Sicht kritisch gegenüber einem (nur) symbolischen Strafrecht: Graßhof, NJW 1994, 1590.

36 Duttge in: HK-GS, § 242 Rn. 40 f.

Die skizzierten Probleme stellen sich hingegen nicht, wenn entgegen der h.M. wertlose Sachen von vornherein als Diebstahlsubjekte aus dem Anwendungsbereich des § 242 StGB ausscheiden. Unter Hinweis auf ein fehlendes Strafbedürfnis wird dies für Tatobjekte ohne materiellen oder immateriellen Wert vertreten;<sup>37</sup> ein Ergebnis, das sich aber auch durch Auslegung in Form einer teleologischen Reduktion unter Berücksichtigung der herrschenden Interpretation von § 303 StGB, wonach unerhebliche Beeinträchtigungen nicht tatbestandlich sind,<sup>38</sup> erzielen lässt.<sup>39</sup> Zu einer Straflosigkeit des sog. Containers gelangt man des Weiteren rechtsgutsbezogen bei einer Abkehr vom formalen unter Hinwendung zu einem wirtschaftlichen Eigentumsbegriff und -schutz.<sup>40</sup> Entscheidend werden sodann nämlich die hinter dem Eigentum stehenden materiellen oder immateriellen, jedenfalls aber wirtschaftlich zu qualifizierenden Interessen des Rechtsgutsträgers. In diesem Sinne wertlose Sachen werden als ungeeignete Tatobjekte aus den Strafnormen der §§ 242, 246 StGB herausgefiltert.

Jenseits einer materiell-rechtlichen Betrachtung des „Containers“, welches abseits aller ideologischen Kontroversen kriminologisch betrachtet sicherlich dem Bagatellbereich zuzuordnen ist, ist die verfahrensrechtliche Komponente zu berücksichtigen. Denn es ist ausgemacht, dass Korrekturen materiell-rechtlicher Hypertrophie oder kontraintuitiver Resultate über das Strafprozessrecht erfolgen können. Neben § 248a StGB greifen vorliegend insofern die Opportunitätsvorschriften der §§ 153, 153a StPO.<sup>41</sup> Dass hiervon bei Fällen des sog. Containers nicht nur Gebrauch gemacht werden kann,<sup>42</sup> sondern sogar muss, lässt sich aus der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ableiten. Denn das BVerfG hat im sog. Cannabis-Beschluss eine „prozessuale Lösung“ für solche Konstellationen proklamiert, in denen zwar eine generalpräventiv begründete Strafandrohung besteht, jedoch die Verhängung von Kriminalstrafe im Einzelfall bei geringem öffentlichem Interesse an der Strafverfolgung unter Berücksichtigung der individuellen Freiheitsrechte zu einem unverhältnismäßigen Eingriff führt, da der Unrechts- und Schuldgehalt der Tat als gering anzusehen ist.<sup>43</sup> Diese Grundsätze lassen sich auf das „Containers“ ohne Weiteres übertragen; zumal flankierend Umweltschutz und Sozialpflichtigkeit des Eigentums verfassungsrechtlich fundiert sind.

#### D. Auswirkungen für die Praxis und Bewertung

Der Beschluss des BayOLG stellt eine Einzelfallentscheidung für den Bereich des „Containers“ dar,<sup>44</sup> sodass eine durchgängige Strafbarkeit des Phänomens nicht

höchstrichterlich statuiert wurde.<sup>45</sup> Der Senat orientiert sich freilich am formalen Eigentumsschutz der h.M. und trägt damit zur Verfestigung des gegenwärtigen strafrechtlichen Schutzkonzepts im Rahmen von § 242 StGB nicht unmaßgeblich bei. Mithin ist § 242 StGB beim sog. Containers, aber auch in vergleichbaren Fallkonstellationen weiterhin grds. einschlägig, sodass entsprechende strafrechtliche Risiken nach wie vor konkret bestehen. Daher ist bedauerlich, dass der Entscheidung des BayOLG Ausführungen zur Interpretation der sonstigen Tatbestandsmerkmale nicht zu entnehmen sind. Verweise auf strafprozessuale Bewältigungsstrategien – etwa in Form eines obiter dictum – fehlen gleichfalls, obwohl es sich um eine rechtspolitisch durchaus lebhaft diskutierte Thematik<sup>46</sup> handelt.

Cora und Franzl als „Waste-Diver“ haben sich daher in ihrem Kampf gegen Lebensmittelverschwendung nicht nur mit entsprechend ignoranten Teilen der Welt, sondern eben auch mit der Justiz angelegt. Indessen zählen strafrechtliche Risiken zu Begleiterscheinungen einer gelebten Zivilcourage. Oder mit anderen Worten: Eine moralisch als positiv bewertete Sache<sup>47</sup> zu vertreten, schützt zuweilen vor einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit nicht.

Mit Spannung bleibt eine Entscheidung des BVerfG zur Thematik des „Containers“ zu erwarten. Denn das Gericht könnte unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten lenkende Hinweise zur Auslegung von § 242 StGB im Bereich des Umfangs des Eigentumsschutzes geben. Gleiches gilt für Hinweise zur verfahrensrechtlichen Kompensation von möglichen Härten in der Anwendung des materiellen Rechts.

37 Bosch in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., § 242 Rn. 7.

38 Statt vieler: Lackner/Kühl, StGB, § 303 Rn. 5.

39 Vogel in: LK-StGB, § 242 Rn. 55, der jedoch im Ergebnis eine teleologische Reduktion ablehnt und am formalen Eigentumsschutz festhält; Bosch in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., § 242 Rn. 7.

40 Lampe in: Festschrift für Müller-Dietz, S. 402 ff.; Otto, Jura 2004, 389 ff.; zusammenfassend: Vogel in: LK-StGB, Vor §§ 242 ff Rn. 54.

41 Eine Einstellung nach § 170 Abs. 2 StPO kommt (nur) dann in Betracht, wenn es am erforderlichen Strafantrag fehlt und die Strafverfolgungsbehörde das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung verneint.

42 Hierzu: Vergo, StraFo 2013, 15 ff., 19; Schiemann, KriPoZ 2019, 231 ff., 235.

43 BVerfG, Beschl. v. 09.03.1994 - 2 BvL 43/92 Rn. 112 ff.

44 Vgl. auch: BayOLG, Beschl. v. 02.10.2019 - 206 StRR 1013/19, 206 StRR 1015/19 Rn. 5.

45 In diese Richtung auch: Lorenz, FD-StrafR 2019, 422440.

46 Zu den kriminalpolitischen Forderungen: Schiemann, KriPoZ 2019, 231 ff., 235 ff.

47 Zur positiven Bewertung des Containers: Esser/Scharnberg, JuS 2012, 809; Vergo, StraFo 2013, 15; Schiemann, KriPoZ 2019, 231 f.

## Ein Fachanwalt für Arbeitsrecht „par excellence“

Als sich Herr Bauer und der Interviewer in den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts bei Veranstaltungen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes kennenlernten, war die Bezeichnung „Fachanwalt für Arbeitsrecht“, die 1986 eingeführt wurde, noch relativ neu. Herr Bauer war damals schon einer der profiliertesten Vertreter dieser Zunft und kämpfte – beharrlich und mit Erfolg – um eine Anerkennung auch im Deutschen Arbeitsgerichtsverband.

### **Kalb: Lieber Herr Bauer, wie sind Sie eigentlich zur Anwaltschaft und konkret zum Arbeitsrecht gekommen?**

Bauer: Anwalt wollte ich schon immer werden. Als mich dann der Kartellrechtler Rainer Bechtold, den ich über unsere befreundeten Eltern kannte, nach meinem Zweiten Staatsexamen fragte, ob ich nicht Lust hätte, mich bei Gleiss Lutz in Stuttgart vorzustellen, sagte ich spontan zu. Das Büro in vornehmster Lage auf dem Killesberg imponierte mir immens. So viele Anwälte auf einem Haufen (14, damals wirklich immens!) hatte ich noch nie erlebt. Das Angebot der Kanzlei, bei ihr tätig zu werden, nahm ich begeistert an. Im August 1975 startete ich als „Freier Mitarbeiter“, ein klarer Fall der Scheinselbstständigkeit. In den ersten Jahren war ich allerdings nichts anderes als ein „Ausputzer“ der Partner, insbesondere auch für Klaus-Peter Dolde, der dem Büro damals noch angehörte, und gelegentlich Mandanten arbeitsrechtlich betreute. Mit ihm zusammen habe ich 1977/1978 das Nudel-Unternehmen Birkel bei der Schließung zweier Betriebe beraten und vertreten. Damit bot sich die Gelegenheit, arbeitsrechtliche Probleme quasi von A bis Z kennenzulernen und bei ihrer Lösung mitzuwirken. Als guter Schachzug erwies sich meine Idee, die gewonnenen Erfahrungen in einem praxisbezogenen Aufsatz mit dem Titel „Probleme der Stilllegung von Betrieben und Betriebsteilen“ einfließen zu lassen. Und so kam es, dass ich praktisch ab 1978 nur noch auf dem Gebiet des Arbeitsrechts unterwegs war. Dabei stellten die Partner fest, dass man auch mit Arbeitsrecht Geld verdienen kann. Schön für mich, denn so wurde ich mit Wirkung ab 01.01.1980 Partner.

### **Halten Sie rückblickend die Einführung einer Fachanwaltschaft eigentlich für sinnvoll?**

Die Bundesrechtsanwaltskammer hatte im Oktober 1986 beschlossen, Fachanwaltsbezeichnungen für Verwaltungs-, Steuer-, Arbeits- und Sozialrecht zuzulassen. Daraufhin haben die Rechtsanwaltskammern Baden-Württembergs einen gemeinsamen Prüfungsausschuss zur Anerkennung von Fachanwälten für Arbeitsrecht gegründet. In diesen Ausschuss wurde ich als „ausgewiesener Experte“ de-

legiert. Der „Titel“ Fachanwalt für Arbeitsrecht wurde mir also ohne Prüfung verliehen. Der BGH entschied dann im Mai 1990, dass die Verleihung von Fachanwaltsbezeichnungen durch die Rechtsanwaltskammern unzulässig sei, weil dafür eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage fehle. Die örtlichen Kammern und die von ihnen eingerichteten Prüfungsausschüsse stellten daraufhin ihre Tätigkeit ein. Nun war der Gesetzgeber aufgerufen, die nötige Rechtsgrundlage zu schaffen, was schließlich durch §§ 42a bis d BRAO a.F. (später § 43c BRAO) geschah. Die Einführung des „Fachanwalts für Arbeitsrecht“ ist dem Grunde nach zu begrüßen. Es liegt jedoch auf der Hand, dass die Anforderungen aufgrund der gesetzlichen Regelungen nicht gerade übermäßig sind. Hinzu kommt, dass die Anwaltskammern und ihre Ausschüsse doch sehr unterschiedliche Maßstäbe anlegen, was dazu führt, dass es in den meisten Kammerbezirken relativ viele Fachanwälte für Arbeitsrecht gibt. Das Arbeitsrecht nimmt deshalb eine Spitzenposition bei den Fachanwaltsbezeichnungen ein. Den „Fachanwalt für Arbeitsrecht“ sollte es aber in erster Linie nicht der Anwaltschaft, sondern des rechtssuchenden Publikums wegen geben. Leider ist der Begriff des „Fachanwalts für Arbeitsrecht“ durch eine zu großzügige Verleihungspraxis verwässert worden.

### **Sie sind, wie Sie sagten, im Jahre 1975 bei Gleiss Lutz in Stuttgart eingetreten und haben der Kanzlei bis zu Ihrem Ausscheiden die Treue gehalten. Wie ist diese bemerkenswerte Beziehung zu erklären?**

Das geht auf den insgesamt doch sehr guten Korpsgeist zurück, der bei Gleiss Lutz herrscht, insbesondere auch in dem von mir mit aufgebauten Arbeitsrechtsteam. Ich habe das Vergnügen gehabt, in fast 45 Jahren mit vorwie-

### Prof. Dr. Jobst Hubertus Bauer



Rechtsanwalt

Herr Bauer war von 1975 bis März 2020 Anwalt bei der Kanzlei Gleiss Lutz, wo er den Bereich Arbeitsrecht maßgeblich mitaufbaute. Im Anschluss an seine Partnerschaft arbeitete er seit 2015 als Of Counsel im Stuttgarter Büro. Zudem ist er seit 2010 Honorarprofessor an der Eberhard

Karls Universität Tübingen und seit 1981 Mitglied der von ihm mitgegründeten Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV, deren Vorsitzender er viele Jahre war. Auf dem DAT 2018 wurde er mit der Hans-Dahs-Plakette für seine Verdienste um die Verwirklichung des sozialen Rechtsstaats im Gesamtbereich der Rechtspflege ausgezeichnet.

gend exzellenten Menschen zusammenarbeiten zu dürfen. Deshalb bin ich der Sozietät außerordentlich dankbar, dass ich bei ihr meinem Traumberuf nachgehen konnte. Während dieser Zeit habe ich übrigens niemals ernsthaft über einen Wechsel in eine andere Sozietät nachgedacht. Anders wäre es vermutlich gekommen, wenn sich die Sozietät entschieden hätte, mit einer angelsächsischen Kanzlei zu fusionieren. Im Übrigen hoffe ich, dass der bisherige Charakter einer Spitzen-Full-Service-Kanzlei weiterhin erhalten bleibt, also auch das Arbeitsrecht nach wie vor bei Gleiss Lutz eine wichtige Rolle spielen wird.

**Sie können auf eine enorme anwaltliche Berufserfahrung zurückblicken. Was waren die interessantesten Sachen, an denen Sie gearbeitet haben?**

Beim Ausscheiden vieler bekannter Top-Führungskräfte habe ich entweder diese oder die Gesellschaften vertreten. Miterlebt habe ich aber auch viele – einerseits spannende, andererseits nervtötende – Tarifverhandlungen, Betriebsänderungen, Konzernumstrukturierungen und unzählige Gerichtsverfahren durch alle Instanzen einschließlich Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof. So zog sich z.B. die Sache Paletta fast elf Jahre von 1989 bis 2000 hin. Dabei ging es um die Anerkennung ärztlicher EU-ausländischer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen und die grundsätzliche Frage, ob dem EU-Recht der Einwand des Rechtsmissbrauchs fremd ist. Spektakulär war auch das Burda-Verfahren in der zweiten Hälfte der 90er Jahre, in dem die damalige Gewerkschaft IG-Medien von Burda verlangte, die Anwendung von Regelungen zu unterlassen, die von dem angeblich maßgebenden Tarifvertrag abwichen.

**Über welche Mandate haben Sie sich am meisten geärgert?**

In bleibender Erinnerung ist mir die Schließung des Versandhauses Schöppflin im Wiesental bei Lörrach, das damals zum Quelle-Konzern gehörte. Betroffen waren ca. 1.000 Arbeitnehmer. Hitzige Gespräche und Verhandlungen mussten nicht nur mit Gewerkschaftsvertretern, Betriebsratsmitgliedern, Anwälten und dem Vorsitzenden der Einigungsstelle geführt werden, sondern auch mit namhaften Vertretern der Kirchen, der Oberbürgermeisterin der Stadt Lörrach und der Agentur für Arbeit. Auf dem Weg in die Verhandlungssäle wurde ich mehrfach übelst als „Kapitalistenknecht“ beschimpft und mit Eiern beworfen. Auch mein Auto wurde zerkratzt. Und die Einigungsstelle tagte mindestens zehnmal, jeweils bis tief in die Nächte hinein. Das war Stress pur. Was ich erlebt habe, war teilweise verletzend, aber spannend bis zuletzt! Fast wäre mir noch ein verhängnisvoller Fehler unterlaufen: Von den ca. 1.000 Arbeitnehmern wurden „nur“ ca. 950

gekündigt, der Rest dagegen weiterbeschäftigt. Die Folge war, dass der Betriebsrat fast allen Kündigungen mit der Begründung widersprach, bei den betroffenen Arbeitnehmern seien soziale Gesichtspunkte nicht ausreichend berücksichtigt worden. Damit kam es zu unzähligen Kündigungsschutzprozessen mit der Gefahr, diese Arbeitnehmer bis zur jeweiligen Rechtskraft nach § 102 Abs. 5 BetrVG weiterbeschäftigen zu müssen. Aber Glück gehabt: Die Widersprüche waren unwirksam, weil nicht der Betriebsratsvorsitzende, sondern nur sein Stellvertreter unterschrieben hatte.

Besonders geärgert habe ich mich auch über das eher unrühmliche Ende meiner Beratung in den Vorstandssachen bei der Karstadt-Quelle AG, die später in die Arcandor AG umfirmiert wurde. Ihr Vorstandsvorsitzender Thomas Middelhoff und die wechselnden Aufsichtsratsvorsitzenden waren meine ständigen Ansprechpartner. Im Jahr 2009 kam es bekanntermaßen zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Arcandor AG. Damit war meine Tätigkeit beendet. Aber die Sache hatte ein Nachspiel: Mehrere Aufsichtsräte, Middelhoff und diverse andere Manager wurden vom Insolvenzverwalter auf Rückzahlung angeblich zu Unrecht gezahlter Vergütungen verklagt. In den Verteidigungsschriftsätzen ihrer Prozessvertreter war unter anderem zu lesen, ich hätte die Vergütungen jeweils rechtlich geprüft und freigegeben. Gezwungenermaßen musste ich im Zivilprozess als Zeuge beim Landgericht Essen aussagen, nachdem mich der Insolvenzverwalter von meiner Schweigepflicht entbunden hatte. Auch die Staatsanwaltschaft Bochum interessierte sich für die Vorgänge und lud mich zur Vernehmung ein. Gott sei Dank konnte ich nachweisen, dass ich mehrfach den Aufsichtsrat schriftlich darüber belehrt und gebeten hatte, bei der Festsetzung solcher Vergütungen und Abfindungen, „pflichtgemäßes Ermessen“ (ausdrücklich in Fettschrift vermerkt) walten zu lassen und ich als Anwalt nicht beurteilen könne, ob die beabsichtigten stattlichen Zahlungen aufgrund der erbrachten Leistungen wirklich angemessen wären.

**Inwiefern haben sich die Anwaltsszene und die Arbeitsweise in den letzten 50 Jahren verändert?**

Die Anwaltsszene hat sich in der Tat gewaltig geändert: Heute gibt es zahlreiche Großkanzleien und auch in kleineren Kanzleien finden sich mehr Spezialisten als früher. Geändert hat sich die Arbeitsweise, nicht zuletzt aufgrund der enormen technischen Veränderungen. Was allerdings Gott sei Dank geblieben ist, ist die Tatsache, dass eine qualifizierte Vertretung und Beratung in komplexen Angelegenheiten nicht mit Fließbandarbeit zu bewältigen ist.

**Ist das deutsche Arbeitsrecht aus Ihrer Sicht als „Arbeitgeberanwalt“ ein Standortnachteil oder um-**

**gekehrt – wie es ein BAG-Präsident einmal formuliert hat – ein deutlicher Standortvorteil im globalen Wettbewerb?**

Diskutiert wird insbesondere immer wieder, ob das deutsche Mitbestimmungsrecht, das auf zwei Säulen, nämlich der betrieblichen Mitbestimmung und der Mitbestimmung im Aufsichtsrat, beruht, ein Standortvorteil oder -nachteil ist. Bei dem deutschen Mitbestimmungsmodell handelt es sich um ein weltweites Unikat, weil kein anderes Land vergleichbar umfassende Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer kennt. Diese isolierte Stellung des deutschen doppelten Mitbestimmungssystems bringt Nachteile für Deutschland als Holding-Standort mit sich, wobei selbstverständlich das Mitbestimmungsrecht nicht allein für oder gegen die Attraktivität eines solchen Standorts spricht. Die Kombination von Unternehmensmitbestimmung und betrieblicher Mitbestimmung, deren gedankliche Wurzeln viele Jahre zurückliegen, passt nicht in die heutige Zeit und ein Umfeld, in dem globale Strukturen, internationale Zwänge und strenge Kapitalmarktvorschriften Standard sind. Das deutsche Arbeitsrecht inkl. der Mitbestimmung wird deshalb im In- und Ausland nicht gerade als Standortvorteil gesehen. Anders hat das der frühere BAG-Präsident Thomas Dieterich gesehen. Ob ein solches Recht ein Standortvorteil ist oder nicht, kann aber nicht aus subjektiver Sicht beantwortet werden. Entscheidend ist vielmehr die Sicht der Gesellschafter, Manager und Investoren. Auch das deutsche Kündigungsschutzrecht, das vom Bestandsschutz ausgeht, ist wegen des hohen Maßes an Rechtsunsicherheit nicht gerade beliebt im Arbeitgeberlager.

**Was müsste sich vor allem ändern, um Defizite zu beseitigen? Wo sehen Sie aktuell Handlungsbedarf für den Gesetzgeber?**

Handlungsbedarf sehe ich wie schon angedeutet beim Kündigungsschutz, weg vom Bestandsschutz- zum Abfindungsschutzprinzip. Bei der unternehmerischen Mitbestimmung sollte es der Arbeitnehmerbank verwehrt werden, bei (Wieder-) Bestellung und Widerruf von Vorstandsmitgliedern mitzuentcheiden. Kungeleien oder sogar Erpressungen könnten so vermieden werden. Und in der betrieblichen Mitbestimmung müsste für mehr Rechtssicherheit gesorgt werden. So sollte der Gesetzgeber klarstellen, dass es in sozialen (§§ 87 ff. BetrVG) und wirtschaftlichen Angelegenheiten (§§ 106 ff. BetrVG) keine Unterlassungsansprüche gibt. Beim Interessenausgleich nach § 113 BetrVG ist dringend eine Fristenregelung nötig. Und natürlich gäbe es noch viele andere arbeitsrechtliche Bereiche, die aus Arbeitgebersicht dringend modernisiert und entbürokratisiert werden sollten.

**Sie haben im Laufe Ihrer Karriere die Arbeitsgerichtsbarkeit bundesweit kennengelernt. Gibt es regionale Unterschiede und wie beurteilen Sie deren Funktion insgesamt?**

Bis in die 90er-Jahre des vergangenen Jahrhunderts hinein gab es bei der Vertretung von Arbeitgebern durchaus erhebliche regionale Unterschiede. Bei dem einen oder anderen Arbeitsgericht stand man als Anwalt von vornherein auf verlorenem Posten, wenn man im falschen Lager stand. Das hat sich geändert. Heute trifft man viel seltener auf ideologisch festgefahrene Arbeitsrichter als früher. Regionale Unterschiede vermag ich deshalb kaum noch erkennen.

**Was zeichnet einen guten Fachanwalt für Arbeitsrecht aus?**

Ein Fachanwalt für Arbeitsrecht sollte über exzellente Arbeitsrechtskenntnisse verfügen. Das allein reicht aber nicht. Vor allem sollte er sich nicht als bloßes „Mietmaul“ seiner Mandanten verstehen. Er muss vielmehr in der Lage sein, seine Mandanten zu „führen“, um so für sie vertretbare Ergebnisse zu erzielen. Dazu zählt auch Kompromissbereitschaft. Gerade bei kollektivrechtlichen Meinungsverschiedenheiten sollte man sich daran erinnern, dass man sich im Leben häufig öfters begegnet. Last but not least sollte ein Anwalt weder gegenüber Gegenparteien noch Richtern arrogant auftreten und über ein Mindestmaß an Sozialkompetenz verfügen.

**Mit Ablauf des 31.03.2020 haben Sie Ihre Tätigkeit bei Gleiss Lutz beendet. Einen Ruhestand kann ich mir bei Ihnen einfach nicht vorstellen. Wie geht es weiter?**

Auch wenn ich bei Gleiss Lutz mit Ablauf des 31.03.2020 als „Of Counsel“ ausgeschieden bin, habe ich meine Anwaltszulassung behalten. Auch darf ich weiterhin bei Gleiss Lutz „logieren“. Das erlaubt mir, das eine oder andere Mandat zu übernehmen und hin und wieder als Vortragsredner in Erscheinung zu treten. Und sicherlich werde ich mich auch in Zukunft zu ausgewählten arbeitsrechtlichen Gerichtsentscheidungen und Reformen des Gesetzgebers literarisch äußern. Aber alles nur in Maßen, Arbeitsrecht ist nicht alles! Auch das ein oder andere Ehrenamt wird es (weiterhin) geben. Und dann werde ich mich um meine Familie mehr als bisher kümmern und es genießen, in die Ferne zu schweifen, Tennis zu spielen und Ski zu fahren, soweit meine Beine noch mitmachen. Last but not least ist auch kulturell vieles nachzuholen.

**Vielen Dank für das aufschlussreiche Gespräch und alles Gute!**

Das Interview wurde geführt von  
VPräsLARbG a.D. Prof. Dr. Heinz-Jürgen Kalb.

**Dr. Philipp Schmieder**



Richter am Landgericht

Studium der Rechtswissenschaften an den Universitäten Tübingen und Fribourg (CH), Promotion an der Universität Freiburg zur Gesamtschuld im römischen Recht. Seit 2007 in der Justiz Baden-Württemberg. Bis April 2017 Leiter des Projekts „Software eAkte“ im Programm eJustice Baden-Württemberg, seither Richter am Landgericht Karlsruhe, derzeit abgeordnet an das Oberlandesgericht Karlsruhe. Veröffentlichungen zu Themen des Zivil- und Zivilprozessrechts und zur Rechtsgeschichte.

**Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel**



Vorsitzende Richterin am Bundesfinanzhof

Auf die Tätigkeit im Bayerischen Staatsministerium der Finanzen und Habilitation folgten eine Professur an der Universität Heidelberg sowie staats- und steuerrechtliche Lehrstühle an den Universitäten Jena und Hamburg. Seit 2005 Richterin am Bundesfinanzhof; seit 2016 Vorsitzende Richterin des für Einkünfte aus selbständiger Arbeit und Kapitaleinkünfte zuständigen VIII. Senats. Außerdem Lehre an der LMU München. Frau Jachmann-Michel ist der jM als Herausgeberin verbunden.

**Prof. Dr. Thomas Voelzke**



Vizepräsident des Bundessozialgerichts

Herr Voelzke leitet den für den Bereich der Arbeitsförderung zuständigen 11. Senat des Bundessozialgerichts. Als Honorarprofessor an der Humboldt Universität zu Berlin hält er regelmäßig Vorlesungen zum Sozialrecht. Den Schwerpunkt seiner Vortrags- und Veröffentlichungstätigkeit bilden das Arbeitsförderungsrecht, die Versicherungs- und Beitragspflicht in der Sozialversicherung und die Grundsicherung für Arbeitsuchende. Herr Voelzke ist Herausgeber der jM sowie mehrerer Kommentare zum Sozialrecht einschließlich der juris PraxisKommentare SGB und SGG.

**Dr. Hans Arno Petzold**



Projektgeschäftsführer im schleswig-holsteinischen Justiz- und Europaministerium

Herr Petzold absolvierte Abitur, juristisches Studium – mit Schwerpunkt Europarecht – und Promotion in Hamburg. Im Anschluss folgte eine berufsbegleitende Ausbildung zum Sozialversicherungsfachangestellten. Seiner Tätigkeit als Justitiar einer Krankenkasse folgten verschiedene Tätigkeiten im öffentlichen und privaten Bereich. Seit 2007 arbeitet er bei der Landesregierung Kiel, zunächst im Wirtschafts-, seit 2019 im Europaministerium. Herr Petzold veröffentlicht regelmäßig u.a. zum EU-Beihilfen- und zum Arbeitsförderungsrecht (SGB III).

**Dr. Karoline Bülow, Maître en Droit (Paris II)**



Richterin am Verwaltungsgericht

Nach dem integrierten Deutsch-Französischen Studiengang für Rechtswissenschaften der Ludwig-Maximilians-Universität München und der Université Panthéon-Assas (Paris II) Paris legte Frau Bülow 2008 das Erste Juristische Staatsexamen in München ab. Nach dem Zweiten Juristischen Staatsexamen in Berlin und der Promotion an der FU Berlin (Prof. Dr. Krieger) war Frau Bülow ab 2012 Richterin auf Probe an verschiedenen Berliner Gerichten, bevor sie 2017 zur Richterin am Verwaltungsgericht Berlin ernannt wurde.

**IMPRESSUM**

**Herausgeber:** Vizepräsident des BSG Prof. Dr. Thomas Voelzke, Kassel  
Vors. Richterin am BFH Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel, München  
Vizepräsident des LG Holger Radke, Karlsruhe  
Prof. Dr. Stephan Weth, Universität des Saarlandes, Saarbrücken  
Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Winterhoff, Hamburg

**Expertengremium:** Vors. Richter am BGH a.D. Wolfgang Ball, Lemberg  
Rechtsanwalt Prof. Dr. Guido Britz, St. Ingbert  
Vizepräsident des LArbG a.D. Prof. Dr. Heinz-Jürgen Kalb, Köln  
Richter am BVerwG a.D. Prof. Dr. Harald Dörig, Erfurt  
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Martinek, Universität des Saarlandes, Saarbrücken

Weiterer aufsichtsführender Richter am AG a. D. Dr. Wolfram Viefhues, Oberhausen

**Redaktion:** Ass. iur. Daniel Schumacher

**Medieninhaber und Verlag:** juris GmbH, Juristisches Informationssystem für die Bundesrepublik Deutschland, Gutenbergstraße 23, 66117 Saarbrücken, Tel.: 0681 5866-0, Fax: 0681 5866-239, E-Mail: jm@juris.de  
Geschäftsführer: Samuel van Oostrom, Johannes Weichert, Aufsichtsratsvorsitzender: Ministerialdirigent Dr. Matthias Korte

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

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

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

**Bezugspreis:** Im Jahresabonnement 180,- € zuzüglich Versandkosten incl. Online-Zugang unter juris.de  
Das Jahresabonnement verlängert sich um ein Jahr, wenn es nicht sechs Wochen vor Jahresende gekündigt wird.

**Bestellungen:** Über jede Buchhandlung und beim Verlag

**Satz:** Datagroup Int., Timisoara

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

**ISSN:** 2197-5345

7. Jahrgang

**juris PraxisKommentar BGB Band 1,  
Allgemeiner Teil, 9. Auflage online**

1 – 3 Nutzer ab 10,00 €/ Monat\*

\* Preis pro Monat zzgl. MwSt., 24 Monate Online-Zugang plus E-Book

**Bandherausgeber:**

Prof. Dr. Klaus Vieweg, Institut für Recht und Technik,  
Universität Erlangen

Band 1 des juris PraxisKommentar BGB beleuchtet in der 9. Auflage in gewohnt praxisorientierter und fundierter Art und Weise den Allgemeinen Teil des BGB. Diese Kommentierung der wichtigen „vor die Klammer gezogenen“ Vorschriften stellt die Grundlage für das Verständnis aller anderen Bücher des BGB dar. Sie ist unerlässlich für die Arbeit mit dem BGB. Das bewährte Autorenteam kommentiert die Vorschriften des Allgemeinen Teils in der bewährten übersichtlichen Gliederung – unterteilt in Grundlagen, Anwendungsvoraussetzungen, Rechtsfolgen und Verfahrenshinweise:

- Personen (§§ 1 – 89)
- Sachen und Tiere (§§ 90 – 103)
- Rechtsgeschäfte (§§ 104 – 185)
- Fristen und Termine (§§ 186 – 193)
- Verjährung (§§ 194 – 218)

- Ausübung der Rechte, Selbstverteidigung, Selbsthilfe (§§ 226 – 231)
- Sicherheitsleistung (§§ 232 – 240)

Aktualisierungen werden durch die Autoren fortlaufend und zeitnah in die Kommentierung eingefügt. Damit arbeiten Sie immer auf dem neuesten Rechtsstand.

Nutzen Sie Ihren juris PraxisKommentar zusätzlich offline als E-Book! Drei kostenfreie Downloads der E-Book-Ausgabe sind in Ihrem Abonnement inbegriffen. Sowohl Online-Kommentar als auch E-Book erlauben den Zugriff auf die zahlreichen weiterführenden Informationen in der juris Datenbank und den Abruf zitierter Entscheidungen, Normen und Literaturnachweise im Volltext. So behalten Sie die Entwicklungen in Rechtsprechung, Gesetzgebung und Literatur stets im Blick.

[www.juris.de/bgb1](http://www.juris.de/bgb1)

**Fragen zur Recherche?  
juris Webinare**

Nutzen Sie unser kostenfreies Webinar-Angebot auch im Homeoffice und melden Sie sich für einen unserer Termine an! Mit Hilfe der juris Webinare erfahren juris Nutzer immer wieder neue Möglichkeiten im Umgang mit unserer Rechercheoberfläche. Neukunden erleichtert der Besuch eines Einführungs-Webinars den Einstieg in die Datenbank-Recherche. Aktuelle Termine finden Sie online:

[www.juris.de/webinare](http://www.juris.de/webinare)

Keine Zeit für ein Live-Webinar? Dann helfen wir Ihnen mit der juris Kurzanleitung, Online-Hilfen auf unserer Website und Erklär-Videos auf YouTube weiter. Hier können Sie sich jederzeit selbst nach Ihrem persönlichen Bedarf in die juris Recherche einarbeiten, Recherchestrategien verfeinern und damit die juris Recherche optimal zu nutzen:

[www.juris.de](http://www.juris.de)

### juris PartnerModul Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht

partnered by Bundesanzeiger Verlag | C.F. Müller | De Gruyter | dfv Mediengruppe | Erich Schmidt | Dr. Otto Schmidt | zerb Verlag



Angesichts der Globalisierung ist der grenzüberschreitende Handels- und Wirtschaftsverkehr in den Unternehmen zur Normalität geworden. Mit dieser Online-Bibliothek meistern Sie die Herausforderungen, die internationale Geschäftsbeziehungen täglich mit sich bringen, problemlos.

Mit nur einem Mausklick durchsuchen Sie ständig aktualisierte, renommierte Fachliteratur zum europäischen und internationalen Handels- und Gesellschaftsrecht – inklusive Seerecht. Sämtliche Berührungspunkte und Schnittstellen etwa zum Insolvenz-, Kapitalmarkt-, Steuer- und Zivilprozessrecht sind abgedeckt. Die neuesten Gerichtsentscheidungen und relevanten Vorschriften – international und national – sind durchgängig verlinkt.

Mit Band 14 des „Staub HGB“ ist einer der ältesten deutschsprachigen Kommentare zum Handelsrecht integriert. Sie erhalten umfassende Literatur zum Seerecht, darunter Band 1 des etablierten Großkommentars von Ramming.

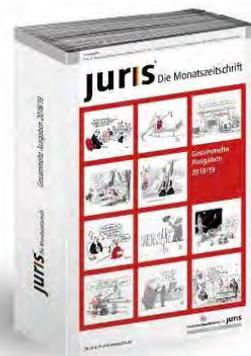
Neue Zeitschriftenhefte – Sie nutzen unter anderem die EWS, die CFR, die IHR und die RIW – werden automatisch

eingespielt, so dass Sie garantiert jede Rechtsentwicklung berücksichtigen.

Bei Fragen zu Export und E-Commerce informieren Sie sich über die geltenden Regelungen im UN-Kaufrecht (CISG) oder im Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr (CNR). Sie recherchieren Details zum vielschichtigen Regelwerk der inzwischen etablierten Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) sowie zum GmbH-Recht von über 40 Ländern.

[www.juris.de/hgrinternational](http://www.juris.de/hgrinternational)

### In eigener Sache Einbanddecke für die jM-Jahrgänge 2018/2019



Bestellen Sie Ihre Einbanddecke für die monatlich erscheinende Fachzeitschrift jM ganz einfach online. Der Preis der Einbanddecke für die 22 Hefte der Jahrgänge 2018/2019 inkl. Jahresverzeichnis beträgt 18 € inkl. MwSt. und Porto.

Bestellen Sie hier Ihr Exemplar:

[www.juris.de/jM-Einband](http://www.juris.de/jM-Einband)



+++ NEU: AGS, RVG professionell, ZAP und viele weitere Titel v. a. zum Berufs- und Gebührenrecht! +++

## Jetzt noch besser zu Recht kommen!

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

Sie durchsuchen mit wenigen Klicks mehr als 30 Top-Titel führender Fachverlage der jurisAllianz – intelligent verlinkt und laufend aktualisiert – von A wie AnwaltKommentar bis Z wie Zöller. Zahlreiche Formulare mit Checklisten, Vorlagen und Mustertexten unterstützen Sie optimal bei Ihrer Fallbearbeitung. Mit juris arbeiten Sie stets rechtssicher und sparen nicht nur Zeit, sondern auch bares Geld.

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

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

Jetzt kostenfrei und unverbindlich testen unter:  
[www.juris.de/davzusatz](http://www.juris.de/davzusatz)



ab 51,75 €/Monat

zzgl. MwSt.

**juris**

  
DeutscherAnwaltVerein



## Eine Gemeinschaft, geschmiedet zu Ihrem Vorteil.

30 Jahre intelligentes juris Wissen, vernetzt mit der marktführenden Fachliteratur der jurisAllianz Partner, ermöglicht allen Juristen und Rechtsanwendern die verlagsübergreifende Recherche – einfach, schnell, lückenlos und rechtssicher. Profitieren auch Sie von der starken jurisAllianz!

[www.juris.de/allianz](http://www.juris.de/allianz)

# jurisAllianz

Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.

**juris**<sup>®</sup>  
Das Rechtsportal

**ottoschmidt**

DE  
G DE GRUYTER

ESV ERICH  
SCHMIDT  
VERLAG

 C.F. Müller

**rehm**

**STOTAX**  
Stollfuß Medien

 Reguvis

**dfv** Mediengruppe

 DeutscherAnwaltVerlag

 DeutscherNotarVerlag

**IWW**  
INSTITUT