

Juris[®] Die Monatszeitschrift

JM 2 | FEBRUAR
2021

Topthema:

Im Sprung gehemmt? Eine kritische Analyse zum neuen Recht für Immobilienmakler

Prof. Dr. Markus Würdinger

Interview:

„The Special One“ – der Anwalt für besondere Fälle

Ulrich Fischer

In dieser Ausgabe:

Verschiedene E-Akten-Systeme: Beispiel für ein gesetzgeberisches Versagen bei der Einführung der elektronischen Akte?

Postdoktorandin und Lehrbeauftragte
Dr. Stephanie Vogelgesang

Die Abwicklung des Dieselskandals über § 852 Satz 1 BGB – Rettungsanker oder Rohrkreierer? (Teil 2)

RA und Prof. (em.) Dr. Dr. Dr.
h.c. mult. Michael Martinek

Haftung des Sachverständigen nach § 839a BGB – Rechtsprechung im Überblick (BGH/OLG)

RiBVerwG a.D. Prof. Dr. Dr. Dr.
h.c. mult. Jörg Berkemann

§ 6b Abs. 10 Satz 4 EStG i.d.F. des ATADUmsG-E – nur eine Klarstellung oder doch eine materiell-rechtliche Änderung?

RiLG Dr. Klaus Liebl





juris PartnerModule – geschmiedet zu Ihrem Vorteil

Die Online-Angebote der jurisAllianz ermöglichen die verlagsübergreifende und zeitsparende Recherche in der wichtigsten juristischen Fachliteratur, ständig aktualisiert und intelligent verknüpft mit der juris Datenbank. Komfortabel, schnell, lückenlos und rechtssicher.

www.juris.de/partnermodule

Über 70 Online-Module –
mehr als 35 Rechtsgebiete

jurisAllianz

Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.

Juris
Das Rechtsportal

ottoschmidt

DE GRUYTER

ESV ERICH
SCHMIDT
VERLAG

C.F. Müller

rehm

STOTAX
Stollfuß Medien

Reguvis

dfv Mediengruppe

DeutscherAnwaltVerlag

DeutscherNotarVerlag

IWW
INSTITUT

INHALT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Topthema:

Zivil- und Wirtschaftsrecht

Im Sprung gehemmt? Eine kritische Analyse zum neuen Recht für Immobilienmakler

Prof. Dr. Markus Würdinger

S. 46

Verschiedene E-Akten-Systeme: Beispiel für ein gesetzgeberisches Versagen bei der Einführung der elektronischen Akte?

Postdoktorandin und Lehrbeauftragte

Dr. Stephanie Vogelgesang

S. 51

Die Abwicklung des Dieselskandals über § 852 Satz 1 BGB – Rettungsanker oder Rohrkrepiierer? (Teil 2)

RA und Prof. (em.) Dr. Dr. Dr. h.c. mult.

Michael Martinek

S. 56

Unterhalt: Auskunftspflicht des Vaters auch bei hohem Einkommen

BGH, Beschl. v. 16.09.2020 - XII ZB 499/19

W.a. RiAG a.D. Dr. Wolfram Viefhues

S. 60

Deliktzinsen und Erwerb nach Aufdeckung der Täuschung im VW-Abgasskandal

BGH, Urt. v. 30.07.2020 - VI ZR 354/19 und VI 5/20

Prof. Dr. Michael Jaensch

S. 62

Verwaltungsrecht

Haftung des Sachverständigen nach § 839a BGB – Rechtsprechung im Überblick (BGH/OLG)

RiBVerwG a.D. Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult.

Jörg Berkemann

S. 65

Der Fall der konkurrierenden Windmühlen

BVerwG, Urt. v. 25.06.2020 - 4 C 3/19

RiBVerwG Dr. Andreas Decker

S. 72

Kein „Spam-Filter“ im Landratsamt

BVerwG, Urt. v. 06.05.2020 - 8 C 12/19

RiVG Mathias Neu, z. Zt. Wiss. Mit. beim BVerwG S. 74

INHALT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Steuerrecht

§ 6b Abs. 10 Satz 4 EStG i.d.F. des ATA-DUmsG-E – nur eine Klarstellung oder doch eine materiell-rechtliche Änderung?

RiLG Dr. Klaus Liebl

S. 77

Pandemiebedingte Beschränkung der Zwangsvollstreckung gilt nicht für frühere Vollstreckungsmaßnahmen

BFH, Beschl. v. 30.07.2020 - VII B 73/20 (AdV)

Ri'inBFH Dr. Katja Roth

S. 79

Aufwendungen für die Erstausbildung sind keine Werbungskosten

BFH, Urt. v. 12.02.2020 - VI R 17/20 (VI R 64/12)

Ri Dr. Max Vogel

S. 82

INTERVIEW

„The Special One“ – der Anwalt für besondere Fälle

Interview mit:

Ulrich Fischer

S. 85

Die Grenzen des Rechts...



Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel,
Vorsitzende Richterin am Bundesfinanzhof

...sind gerade heute in unserem hochkomplexen, vielfach normativ überfrachteten und aktuell in ganz besonderer Weise kompromissgetriebenen Rechtsstaat ein Thema, sei es, dass er an faktische Grenzen stößt, sei es, dass er in der normativen Fürsorge keine Grenzen zu kennen scheint.

An Grenzen des Rechts mag man bei der Lektüre manchen Beitrags dieses Heftes der jM denken, so beim Topthema, dem neuen Recht für Immobilienmakler (dazu S. 46). Prototypisch ist die Verteilung der Maklerkosten auf Verkäufer und Käufer, gleichsam salomonisch die propagierte hälftige Teilung. Ob diese als besonders fair gelobte Lösung in praxi wirklich hilfreich ist, scheint sich der Gesetzgeber nicht gefragt zu haben. Sind doch die Maklerkosten Teil der Preisfindung und diese Preisfindung in Zeiten knapper Immobilien in erster Linie die Sache des Verkäufers. Das gesetzgeberische Ziel, schutzbedürftige Käufer von Maklerkosten zu entlasten, die sie nicht verursacht haben und die nicht primär in ihrem Interesse angefallen sind, ist durchaus ehrenwert. In der Sache ist die Regelung jedoch häufig kontraproduktiv, denn mit der Erhöhung des Kaufpreises um die vom Verkäufer zu tragen-

den Maklerkosten steigt die Bemessungsgrundlage für sämtliche Erwerbsnebenkosten – das Ergebnis eines gut gemeinten politischen Kompromisses.

Gut gemeint ist sicher auch die fixe Einführung der elektronischen Akte 2026. Ob die Ablösung der globalen Lesbarkeit von Papierakten durch ein ebenso standardisiertes einheitliches digitales Gesamtkonzept im föderalen Staat wirklich gelingen kann, ist momentan nicht lückenlos vorgezeichnet (dazu S. 51).

Im Rechtsstaat sollen konkurrierende Interessen via Gesetzesvollzug zum sachgerechten Ausgleich gebracht werden. Was ist aber, wenn der Sache nach nur einem Belang Genüge getan werden kann – wie in dem vom BVerwG entschiedenen Fall konkurrierender Windmühlen? Danach gilt schlicht und einfach: wer zuerst kommt, mahlt zuerst (dazu S. 72).

Grenzenlos erscheinen die Anforderungen unseres Rechtsstaats, wenn es darum geht, dass sich jeder immer zu allem und überall politisch äußern können soll. So muss beispielsweise ein Landrat auch allen Kreisräten ein Bürgerschreiben übermitteln, in dem es darum geht, die Kreisräte in ihrer kommunalen Funktion für ein allgemeinpolitisches Anliegen zu gewinnen (dazu S. 74).

Die Regelungsgrenzen des am Markteinkommen orientierten Einkommensteuerrechts sind erreicht, wo es um die individuelle private Lebensführung des Steuerpflichtigen jenseits seines Existenzminimums oder außergewöhnlicher, andere Steuerpflichtige regelmäßig nicht treffender Belastungen geht. Neuralgischer Punkt dieser Grenzziehung ist die Frage nach der Berücksichtigungsfähigkeit von Aufwendungen für eine Erstausbildung (dazu S. 82).

Grenzen des Rechts tun sich schließlich auf, wenn ein normatives Regelungsdefizit nicht auf einen wirkmächtigen Gesetzgeber trifft. Ein solch wunder Punkt unserer Rechtsordnung kommt im Interview mit dem prominenten anwaltlichen Vertreter der Arbeitnehmerseite Ulrich Fischer zur Sprache: Danach ist es bis heute nicht gelungen, das Arbeitsrecht in einem Arbeitsgesetzbuch zu kodifizieren (S. 85).

Damit sind nur einige Aspekte aus dem Themenspektrum angetippt, das die jM in diesem Heft bietet. Im Namen der Herausgeber wünsche ich eine angenehme Lektüre.

Monika Jachmann-Michel

Im Sprung gehemmt? Eine kritische Analyse zum neuen Recht für Immobilienmakler

Prof. Dr. Markus Würdinger

In der letzten Zeit ist durch das Immobilienmaklerrecht geradezu „ein Ruck gegangen“. Einige Veränderungen im Gewerberecht und neue Gesetze wie das Gebäudeenergiegesetz und das „Gesetz über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser“ (MaklKostVertG) geben dem Immobilienmaklerrecht ein neues Gesicht und Gepräge. Der Beitrag informiert über diese Entwicklungen, analysiert die Auswirkungen und kritisiert die Halbherzigkeit eines im Sprung gehemmtten Gesetzgebers.

A. Der gewerberechtliche Rahmen: Kein Sachkundenachweis, keine Versicherungspflicht, Weiterbildungslösung und Zuständigkeitswechsel

Zu nennen sind zunächst Änderungen im Gewerberecht, die aber keinen Paradigmenwechsel brachten. Seit Langem wird wiederholt konstatiert, dass in Deutschland die Zugangsvoraussetzungen zum Beruf des Maklers „viel zu großzügig“ geregelt sind.¹ Die Lösung für dieses Problem kann nur in einem Sachkundenachweis liegen. Dazu kam es bedauerlicherweise nicht! Vielmehr müssen sich seit dem 01.08.2018 Immobilienmakler in einem Umfang von 20 Stunden innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren weiterbilden lassen (siehe dazu § 34c Abs. 2a GewO² sowie § 15b MaBV³).⁴ Auch weiterhin besteht für Immobilienmakler keine Versicherungspflicht. Anders ist dies neuerdings aber für Wohnimmobilienverwalter: Nach § 34c Abs. 2 Nr. 3 GewO ist der fehlende Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherung ein Versagungsgrund für die Erteilung der Erlaubnis. Nach § 15 Abs. 2 MaBV beträgt die Mindestversicherungssumme 500.000 € für jeden Versicherungsfall und 1.000.000 € für alle Versicherungsfälle eines Jahres.

Der Immobilienmakler benötigt nach § 34c Abs. 1 GewO eine Erlaubnis der zuständigen Behörde. Zu beachten ist, dass es in einzelnen Bundesländern zu einem Zuständigkeitswechsel gekommen ist. In Bayern sind etwa seit 01.01.2020 für die Erlaubnis von Immobilienmaklern und Darlehensvermittlern nach § 34c GewO nicht mehr die Kreisverwaltungsbehörden, sondern die Industrie- und Handelskammer für München und Oberbayern bei einer Hauptniederlassung in Bayern zuständig (§ 37 Abs. 7 Satz 1 Nr. 2 ZustV).⁵ Die bisher (bis zum 31.12.2019) von den zuständigen Kreisverwaltungsbehör-

den erteilten Erlaubnisse bleiben erhalten. Die Einholung einer neuen Erlaubnis ist nicht erforderlich. Makler müssen aber bei einem Zuständigkeitswechsel ihr Internet-Impressum an die zuständige Aufsichtsbehörde anpassen.⁶

B. Das neue Gebäudeenergiegesetz: Ein klassischer Streit wird Rechtsgeschichte

Das Gesetz zur Vereinheitlichung des Energieeinsparrechts für Gebäude und zur Änderung weiterer Gesetze vom 08.08.2020 – kurz: Gebäudeenergiegesetz (GEG) – konzipiert das Energieeinsparrecht für Gebäude strukturell neu und führt das Energieeinsparungsgesetz (EnEG), die Energieeinsparverordnung (EnEV) und das Gesetz zur Förderung Erneuerbarer Energien im Wärmebereich (Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz, EEWärmeG) in einem neuen Gesetz zusammen.⁷ Es trat am 01.11.2020 in Kraft und brachte für Immobilienmakler eine Klarstellung zu einem klassischen Streit. Bisher waren Pflichtangaben in Immobilienanzeigen in § 16a EnEV geregelt. Der Immobilienmakler war als Adressat dieser Pflicht nicht ausdrücklich genannt. In der Rechtsprechung war es umstritten, ob § 16a EnEV auch für Immobilienmakler (analog) gilt.⁸ Der BGH vernein-

1 Hamm/Schwerdtner, Maklerrecht, 7. Aufl. 2016, Rn. 174; Würdinger in: Herberger/Martinek/Rübmann/Weth/Würdinger, jurisPK BGB, 9. Aufl., § 652 BGB Rn. 9, Stand 28.09.2020.

2 BT-Drs. 18/12831; dazu Spies/Omlor, ZfIR 2018, 47; Drasdo, NVwZ 2018, 31; Armbrüster, ZWE 2018, 105; Hoeren, ZfIR 2018, 230; Hanke, BB 2017, 1032.

3 BR-Drs. 93/18 (Verordnung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie – Vierte Verordnung zur Änderung der Makler- und Bauträgerverordnung).

4 BT-Drs. 18/12831; dazu Spies/Omlor, ZfIR 2018, 47.

5 Ausgenommen ist der Kammerbezirk der Industrie- und Handelskammer Aschaffenburg (Stadt und Landkreis Aschaffenburg sowie Landkreis Miltenberg).

6 In Bayern seit dem 01.01.2020: Industrie- und Handelskammer für München und Oberbayern, Max-Joseph-Straße 2, 80333 München.

7 BGBl. I, 1728.

8 Verneinend etwa LG München II, Urt. v. 03.12.2015 - 2 HK O 3089/15; OLG München, Urt. v. 08.12.2016 - 6 U 4725/15. Anders LG Tübingen, Urt. v. 12.11.2015 - 20 O 60/15 - IMR 2016, 86 mit Anmerkung Lehner; LG Traunstein, Urt. v. 12.02.2016 - 1 HKO 3385/15 - GRURPrax 2016, 110 mit Anmerkung Modi; LG Würzburg, Urt. v. 10.09.2015 - 1 HK O 1046/15.

te diese Frage und konstatierte, dass Immobilienmakler nicht Adressaten der Pflicht aus § 16a Abs. 1 EnEV sind. Immobilienmakler seien aber gem. § 5a Abs. 2 und 4 UWG verpflichtet, in einer Immobilienanzeige den Energieverbrauch des Gebäudes anzugeben, wenn ein Energieausweis vorliegt (wettbewerbsrechtliche Lösung). Dazu müsse die Anzeige die in § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 5 EnEV angeführten Angaben enthalten.⁹

Mit dem Inkrafttreten des GEG erledigt sich der alte Streit zu § 16a EnEV: § 87 GEG entspricht im Wesentlichen dem bisherigen § 16a EnEV und erstreckt die Informationspflicht auf den Immobilienmakler. Immobilienmakler werden aufgrund ihrer Bedeutung am Markt verpflichtet, die Pflichtangaben aus dem Energieausweis in Immobilienanzeigen in kommerziellen Medien aufzunehmen.¹⁰ Auch die Vorlagepflicht bei Verkauf, Vermietung, Verpachtung und Leasing (§ 80 Abs. 4, 5 GEG) wird auf Immobilienmakler erstreckt. Das ist begrüßenswert!

C. Die Neuverteilung der Maklerkosten (§§ 656a – 656d BGB)

I. Einführung

In den letzten Jahren hat die Debatte über eine Reform des Maklerprovisionsrechts an Fahrt aufgenommen. Zum einen wurde moniert und kritisiert, dass die Provisionen von bis zu 7,14 % des Kaufpreises¹¹ in Deutschland viel zu hoch seien und jedenfalls für Verbraucher ein Schutz durch eine Kappung der Provision¹² oder eine Gebührenordnung¹³ einsetzen müsse. Zum anderen wurde reklamiert, dass das Bestellerprinzip auch für nachgewiesene bzw. vermittelte Kaufverträge gelten solle und die Wertungen des Wohnungsvermittlungsgesetzes (WoVermRG)¹⁴ zu übertragen seien.¹⁵ Dabei wurde in besonderem Maße als merkwürdig, ja geradezu grotesk angesehen, dass eine eigentliche Verhandlung über die Provision in praxi mangels eines funktionierenden Wettbewerbs nicht stattfindet.¹⁶ Die Möglichkeit des Verkäufers, die Provision auf den Käufer, der keine Marktmacht habe, vollständig abwälzen zu können, erscheint vor diesem Hintergrund als ein Missstand ersten Ranges. Zudem wird eine Absenkung der (zu) hohen Erwerbsnebenkosten und eine Erhöhung der Wohneigentumsquote immer wieder postuliert. Auch mit einer Reform des Maklerrechts sollte hierfür ein grundlegender Beitrag geleistet werden. Man durfte also gespannt sein, für welches Modell der Veränderung und Neujustierung sich der Gesetzgeber entscheiden würde. Das Ergebnis ist ein politischer Kompromiss in einer großen Koalition,¹⁷ der auf tönernen Füßen steht.¹⁸ Das „Gesetz über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser“ vom 12.06.2020 ist am 23.06.2020

im BGBl. verkündet worden.¹⁹ Sechs Monate später, also am 23.12.2020, trat das Gesetz in Kraft und bringt den viel zitierten „Halbteilungsgrundsatz“,²⁰ der immer wieder als eine faire Lösung²¹ bezeichnet wird. Eine derartige hälftige Teilung der Maklerprovision wird in der Tat bundesweit im Anwendungsbereich der neuen Bestimmungen den Regelfall bilden. Im Folgenden sollen die Grundlagen der Reform genauer betrachtet (II.) sowie die neue Textform (§ 656a BGB, siehe III.) und der neue Verbraucherschutz im Immobilienmaklerrecht (§§ 656b – 656d BGB, siehe IV.) kritisch analysiert werden.

II. Grundlagen

1. Terminologie und Systematik

Aus dem „Mäkler“ ist nun endlich ein „Makler“ und aus dem „Mäklerlohn“ endlich ein „Maklerlohn“ geworden. Diese sprachliche Angleichung war längst überfällig und dürfte zu den unstrittig beifallswerten Änderungen der Maklerreform zählen.

Vier neue Paragraphen stehen unter dem neuen Untertitel 4 „Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser“. Anders als diese Überschrift es nahelegt, gelten die neuen Regeln nicht nur für Vermittlungsmakler, sondern auch für Nachweismakler (siehe den Wortlaut des § 656a BGB). Systematisch vorzugswürdig wäre es gewesen, diese praktisch bedeutenden Vorschriften nicht erst „hinten“ nach § 656 BGB („Heiratsvermittlung“) zu regeln, sondern „weiter vorne“ im Anschluss an den Untertitel 1 „Allgemeine Vorschriften“ (§§ 652 – 655 BGB) oder zumindest nach

9 BGH, Urt. v. 05.10.2017 - I ZR 232/16; dazu Möller, jM 2018, 412; D. Fischer, Maklerrecht, 5. Aufl. 2019, Kapitel I, Rn. 34.

10 BT-Drs. 19/16716, S. 152.

11 BT-Drs. 19/15827, S. 1.

12 Siehe etwa den Entwurf von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN: BT-Drs. 19/4557, S. 3 („Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung von Verbrauchern beim Kauf und Verkauf von Wohnimmobilien“): höchstens zwei vom Hundert des Kaufpreises. Dazu D. Fischer, NJW 2019, 3277.

13 Siehe etwa den Gesetzentwurf der AfD: BT-Drs. 19/17120, S. 7 zu einer maximalen Käuferprovision gestaffelt nach der Höhe des Kaufpreises.

14 Siehe zur ersten höchstrichterlichen Entscheidung zum Bestellerprinzip: BGH, Urt. v. 14.03.2019 - I ZR 134/18 - NZM 2019, 882 mit Anmerkungen Ketterling.

15 Dagegen etwa D. Fischer, NJW 2017, 1219; D. Fischer, NJW 2018, 3287; Wichert, ZMR 2019, 1.

16 Meller-Hannich, MDR 5/2020, R5.

17 Meller-Hannich, MDR 5/2020, R5.

18 Der Abgeordnete Kühn (Bündnis 90/DIE GRÜNEN) spricht von einem „Husarenstück der Maklerlobby“: Plenarprotokoll 19/136, 17004, 17008.

19 BGBl. I 2020, 1245.

20 D. Fischer, NJW 2020, 1268, 1269; Beck, Grundeigentum 2020, 245; BT-Drs. 19/15827, S. 22 („Halbteilungsprinzip“).

21 BT-Drs. 19/15827, S. 2 („faire Teilung der Maklerprovision“).

dem Untertitel 2 „Vermittlung von Verbraucherdarlehensverträgen und entgeltlichen Finanzierungshilfen“ (§§ 655a – 655e BGB).²²

Nicht überzeugend ist es, dass die neuen Regeln der §§ 656a ff. BGB und das WoVermRG unterschiedliche konzeptionelle Wege gehen.

2. Teleologische Auslegung und die Verkehrung des gesetzgeberischen Ziels in sein Gegenteil

Das Gesetz geht von zwei zentralen Tatsachen aus: Zum einen werde die Bildung von Wohneigentum auch „durch hohe Erwerbsnebenkosten erschwert, die zumeist aus Eigenkapital geleistet werden müssen.“²³ Zum anderen befinde sich der Käufer wegen eines nicht funktionierenden Marktes häufig in einer „faktischen Zwangslage“.²⁴ Selbst dann, wenn er die Provisionslast (am Ende) de iure tragen muss, kann er über die Höhe der Provision de facto nicht verhandeln.²⁵ Die Änderungen zielen ferner darauf ab, „schutzbedürftige Käufer von Maklerkosten zu entlasten,²⁶ die sie nicht verursacht haben und die nicht primär in ihrem Interesse angefallen sind.“²⁷

In der Tat mögen die Neuregelungen in einigen Fällen zu einer Absenkung der Erwerbsnebenkosten beitragen. Doch gibt man den Käufern „Steine statt Brot“, wenn die Kosten insgesamt ansteigen, weil Verkäufer ihren Anteil an der Maklerprovision vorab auf den Kaufpreis aufschlagen und sich durch diese Einpreisung die Bemessungsgrundlage für sämtliche Erwerbsnebenkosten (Grunderwerbsteuer, Notar- und Grundbuchkosten, Maklerprovision) erhöht. Käufer würden dann insgesamt betrachtet – und das ist das Entscheidende – nicht entlastet, sondern zusätzlich belastet.²⁸ Bei angespannten Wohnungsmärkten ist in vielen Fällen mit einer derartigen Entwicklung zu rechnen.²⁹ Das wäre besonders fatal, weil sich dann das gesetzgeberische Ziel in sein Gegenteil verkehrt.³⁰

3. Sachlicher Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich ist sachlich beschränkt. Hauptvertrag muss ein Kaufvertrag über eine Wohnung oder ein Einfamilienhaus sein.³¹ Dies ist nicht der Fall bei einem Kaufvertrag über eine Gewerbeimmobilie oder ein Mehrfamilienhaus („ein an eine Vielzahl von Parteien vermietetes Wohnhaus“³²). Eine „Wohnung“ ist jede Zusammenfassung von Räumen, die zu Wohnzwecken dient.³³ Ein „Einfamilienhaus“ ist jedes Gebäude, das in erster Linie den Wohnzwecken der Mitglieder eines einzelnen Haushalts dient.³⁴ „Unschädlich ist [...] eine weitere Wohnung von untergeordneter Bedeutung (zum Beispiel Einliegerwohnung). Auf die rechtliche Ausgestaltung kommt es nicht an.“³⁵

Überzeugend ist die Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs auf Wohnungen und Einfamilienhäuser nicht. Warum sind etwa unbebaute Grundstücke, insbesondere solche, die zum Zwecke der Wohnbebauung gekauft werden, nicht umfasst?³⁶

III. Textform gem. § 656a BGB

1. Regelungsinhalt

Ebenso wie bereits § 2 Abs. 1 Satz 2 WoVermRG statuiert nun auch § 656a BGB als Ausnahme vom Grundsatz der Formfreiheit die Textform: Ein Maklervertrag, der den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Kaufvertrags über eine Wohnung oder ein Einfamilienhaus oder die Vermittlung eines solchen Vertrags zum Gegenstand hat, bedarf der Textform. Ein Maklervertrag, der dieser vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig (§ 125 Satz 1 BGB). Nach § 126b Satz 1 BGB muss eine lesbare Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt ist, auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben werden. Prägend ist die „Fixierung einer Mitteilung oder Erklärung in lesbare Schriftzeichen“,³⁷ die eine dauerhafte Abrufbarkeit und Verfügbarkeit ermöglicht. Dies ist etwa bei Erklärungen per Fax oder E-Mail der Fall. Im Vordergrund steht als Zweck der Textform die Informations- und Dokumentationsfunktion.³⁸ Durch § 656a BGB sollen „Unklarheiten über in der Praxis häufig strittige Fragen hinsichtlich des Inhalts eines Maklervertrags vermieden werden.“³⁹

22 Siehe dazu Jeep, notar 2020, 225, 230.

23 BT-Drs. 19/15827, S. 1.

24 BT-Drs. 19/15827, S. 1.

25 Ausführlich BT-Drs. 19/15827, S. 1 f.

26 Noch deutlicher die Äußerung der Bundesregierung: BT-Drs. 19/15827, S. 32: Es „soll mit dem Gesetzentwurf im Ergebnis die spürbare Senkung der Nebenkosten für Käufer von Wohnimmobilien erreicht werden.“

27 BT-Drs. 19/15827, S. 11.

28 Siehe zu einem instruktiven Rechenbeispiel: Jeep, notar 2020, 225, 228.

29 Ebenso Drasdo, NJW-Spezial 2020, 545.

30 Wie so häufig gilt der Satz: Gut gemeint ist nicht immer gut gemacht.

31 Zur terminologischen Kritik: Meller-Hannich, MDR 5/2020, R5.

32 BT-Drs. 19/15827, S. 18.

33 BT-Drs. 19/15827, S. 18.

34 BT-Drs. 19/15827, S. 18.

35 BT-Drs. 19/15827, S. 18: „Der Begriff ‚Wohnung‘ erfasst deshalb neben Wohnungseigentum im Sinne des § 1 Absatz 2 des Wohnungseigentumsgesetzes (WEG) etwa auch Wohnungserbbaurechte (§ 30 WEG), Dauerwohnrechte (§ 31 Absatz 1 Satz 1 WEG) und Miteigentumsanteile an einem Grundstück in Verbindung mit einer Regelung zur Nutzung von Wohnräumen (vgl. § 1010 BGB). Auch der Begriff ‚Einfamilienhaus‘ erfasst neben dem klassischen Grundstückseigentum (vgl. § 93 BGB) etwa auch Erbbaurechte nach dem Gesetz über das Erbbaurecht.“

36 Zu Recht kritisch Jeep, notar 2020, 225, 226.

37 BT-Drs. 14/4987, S. 18.

38 BT-Drs. 14/4987, S. 19; Beck, Grundeigentum 2020, 245.

39 BT-Drs. 19/15827, S. 12.

2. Kritische Stellungnahme

Die Vorschrift verhindert nicht die Praxis von konkludenten Maklerverträgen, die etwa durch Vereinbarung eines Besichtigungstermins in Kenntnis der Provisionspflichtigkeit (aufgrund der Angaben in der Annonce oder in einem Maklerexposé) per E-Mail zustande kommen.⁴⁰ Damit bleibt in vielen Fällen „alles beim Alten“ und es kann nicht vollumfänglich das erreicht werden, was in der Begründung des Gesetzentwurfs wie folgt formuliert wird: „Durch die Neuregelung sollen Unklarheiten hinsichtlich des Vertragsinhalts von vornherein vermieden werden und die Transparenz im Wohnimmobilienvermittlungsgeschäft erhöht werden.“⁴¹ Vorzugswürdig ist daher ein Ausdrücklichkeitsgebot (etwa mit der Formulierung „bedarf der ausdrücklichen Vereinbarung in Textform“). Dies führt auch dazu, dass der Zeitpunkt des Vertragsschlusses rechtssicher dokumentiert ist. Ferner sind eine Informations- und Dokumentationsfunktion auch bei Gewerbeimmobilien⁴² und Mehrfamilienhäusern sinnvoll, sodass die Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs nicht überzeugt.

IV. Verbraucherschutz

Eine Erweiterung des Verbraucherschutzes erfährt das BGB durch die drei neuen Vorschriften der §§ 656b, 656c, 656d BGB. § 656b BGB enthält eine Regelung zum persönlichen Anwendungsbereich; § 656c BGB normiert die Grundkonstellation der Doppelbeauftragung bzw. Doppeltätigkeit des Maklers und § 656d BGB die Ausnahme einer Provisionsabwälzung.

1. Persönlicher Anwendungsbereich (§ 656b BGB)

Die folgenden Bestimmungen der § 656c und § 656d BGB gelten nur, wenn der Käufer ein Verbraucher i.S.d. § 13 BGB ist (§ 656b BGB). Darauf, dass der Verkäufer Unternehmer (§ 14 BGB) ist, kommt es nicht an. Es muss also nicht zwingend ein Verbrauchervertrag i.S.d. § 310 Abs. 3 BGB bestehen.⁴³ Eine recht einfache und von der Privatautonomie gedeckte Umgehung dieser Norm liegt darin, dass Verkäufer nur mit unternehmerisch tätigen Käufern kontrahieren und damit §§ 656b ff. BGB keine Anwendung finden.

2. Doppelauftrag bzw. Doppeltätigkeit des Maklers (§ 656c BGB)

§ 656c Abs. 1 Satz 1 BGB sieht den sog. Halbteilungsgrundsatz bei einer „Tätigkeit für beide Parteien“ vor, d.h. eine zwingende Provisionsteilung in den Fällen eines Doppelauftrags bzw. einer Doppeltätigkeit des Maklers. Der Vorschrift liegt die Überlegung zugrunde, dass der Makler in vielen Fällen den legitimen Interessen beider Parteien dient

und eine hälftige Teilung der Provision daher grds. angemessen ist.⁴⁴ Die Norm ist nicht anwendbar, wenn eine Doppeltätigkeit weder vertraglich vereinbart wird noch tatsächlich besteht. Anzunehmen ist dies nach der Begründung des Gesetzentwurfs „im Fall eines ausschließlichen Suchauftrags des Kaufinteressenten oder eines alleinigen Vermittlungsauftrags des Verkäufers.“⁴⁵

§ 656c Abs. 1 Satz 1 BGB benennt die Grundkonstellation, bei der sich der Makler von beiden Parteien des Kaufvertrags über eine Wohnung oder ein Einfamilienhaus einen Maklerlohn versprechen lässt. Das ist bei zwei abgeschlossenen Maklerverträgen (jeweils ein Maklervertrag mit dem Käufer und dem Verkäufer) der Fall. Auch bei einem Tätigwerden für beide Parteien kann der Makler eine Provision nur von beiden in gleicher Höhe verlangen. Vereinbart der Makler mit einer Partei des Kaufvertrags, dass er für diese unentgeltlich tätig wird, kann er sich nach § 656c Abs. 1 Satz 2 BGB auch von der anderen Partei keinen Maklerlohn versprechen lassen. Erfasst ist damit die typische Konstellation, dass der Verkäufer dem Makler seine Immobilie „an die Hand gibt“, ohne mit dem Verkäufer einen provisionspflichtigen Maklervertrag abzuschließen. Der Makler vereinbart dann nur mit dem Käufer die Provisionspflichtigkeit. In derartigen Fällen läuft der Makler in die Falle der Provisionslosigkeit. Er wird dazu angehalten, mit Käufer und Verkäufer einen provisionspflichtigen Maklervertrag zu vereinbaren und dem Modell des § 656c Abs. 1 Satz 1 BGB, der hälftigen Teilung der Provision zu folgen. Andernfalls kommt es nach § 656c Abs. 2 Satz 1 BGB zur Unwirksamkeit des jeweiligen Maklervertrags.

Nach § 656c Abs. 2 Satz 1 BGB ist der Maklervertrag bei einer Abweichung von Abs. 1 Satz 1 und 2 unwirksam. Ein gänzlicher oder teilweiser Erlass (§ 397 BGB), der keiner besonderen Form bedarf, wirkt nach § 656c Abs. 1 Satz 3 BGB auch zugunsten des jeweils anderen Vertragspartners des Maklers. Es ist damit auch unerheblich, ob die Unentgeltlichkeit von Anfang an oder erst später ausdrücklich oder konkludent vereinbart wird. Von § 656c Abs. 1 Satz 3 BGB kann durch Vertrag nicht abgewichen werden (Abs. 1 Satz 4). Nach § 656c Abs. 2 Satz 2 BGB bleibt die Einwendung des § 654 BGB („Verwirkung des Lohnanspruchs“) unberührt.

40 BGH, Urt. v. 07.07.2016 - I ZR 30/15; dazu D. Fischer, Maklerrecht, 5. Aufl. 2019, Kapitel III, Rn. 11; Würdinger, NZM 2017, 545 ff.

41 BT-Drs. 19/15827, S. 19.

42 Jeep, notar 2020, 225, 227.

43 Siehe Jeep, notar 2020, 225, 229 (Fußn. 7) mit dem Hinweis: „Ein Vertrag zwischen zwei Verbrauchern ist kein Verbrauchervertrag.“

44 BT-Drs. 19/15827, S. 19.

45 BT-Drs. 19/15827, S. 19; siehe dazu auch Beck, Grundeigentum 2020, 245, 246; Osthus, AnwZert MietR 18/2020, Anm. 1.

3. Die Abwälzungssituation (§ 656d BGB)

§ 656d BGB betrifft Vereinbarungen über die anteilige Übernahme von Maklerkosten, bei denen nur eine Partei des Kaufvertrags über eine Wohnung oder ein Einfamilienhaus einen Maklervertrag abgeschlossen hat und es zu einer Provisionsabwälzung auf die Partei kommt, die keinen Maklervertrag abgeschlossen hat und daher nicht nach § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB provisionsverpflichtet ist: Eine Vereinbarung, die die andere Partei zur Zahlung oder Erstattung von Maklerlohn verpflichtet, soll nur wirksam sein, wenn die Partei, die den Maklervertrag abgeschlossen hat, zur Zahlung des Maklerlohns mindestens in gleicher Höhe verpflichtet bleibt (§ 656d Abs. 1 Satz 1 BGB). Eine hälftige Übernahme der Maklerprovision bildet damit eine Obergrenze. Anders als bei § 656c BGB besteht im Übrigen eine Flexibilität und damit kein zwingender Halbteilungsgrundsatz.

Die Vorschrift betrifft klassische Fälle von (konstitutiven) Maklerklauseln,⁴⁶ d.h. Vereinbarungen der Parteien des Kaufvertrages untereinander, aus denen sich ein unmittelbarer oder mittelbarer Anspruch des Maklers ergibt (z.B. Vertrag zugunsten Dritter, Erfüllungsübernahme, Freistellung) sowie Vereinbarungen des Maklers mit der Partei, die nicht sein Vertragspartner ist (z.B. Schuldübernahme).⁴⁷ Nicht in das Provisionskonzept des § 656d BGB passen Vereinbarungen hinsichtlich eines Schuldbeitritts der anderen Partei.⁴⁸ Bei einer Gesamtschuld ist schließlich jeder Schuldner verpflichtet, die ganze Leistung zu bewirken (§ 421 Satz 1 BGB). Der Makler könnte dann von einer Partei die volle Maklerprovision verlangen.

Dem Umgehungsschutz dient die Fälligkeitsregel des § 656d Abs. 1 Satz 2 BGB: Der Anspruch gegen die andere Partei wird erst fällig, wenn die Partei, die den Maklervertrag abgeschlossen hat, ihrer Verpflichtung zur Zahlung des Maklerlohns nachgekommen ist und sie oder der Makler einen Nachweis hierüber erbringt. Dies kann etwa durch die Vorlage eines Kontoauszugs oder eines Überweisungsbelegs geschehen.⁴⁹ Damit soll ein möglicher praktischer Leerlauf der Provisionslastverteilung des § 656d Abs. 1 Satz 1 BGB verhindert werden. Es soll gerade de facto nicht zu einer vorrangigen und alleinigen Inanspruchnahme der anderen Partei kommen. De iure, häufig aber doch nur theoretisch, ergibt sich ein Umgehungsschutz über den Automatismus des § 656d Abs. 2, § 656c Abs. 1 Satz 3 und 4 BGB, wonach ein (Teil-)Erlass, d.h. eine nachträgliche Herabsetzung oder ein gänzliches Entfallen des Provisionsanspruchs, zwingend auch zugunsten der jeweils anderen Partei wirkt. Diese müsste aber von diesem Sachverhalt Kenntnis erlangen und den bereicherungsrechtlichen Rückzahlungsanspruch durchsetzen.⁵⁰

4. Kritische Stellungnahme

Ziel des Gesetzes ist der Schutz von Immobilienkäufern sowie eine Absenkung der Erwerbsnebenkosten und eine Erhöhung der Wohneigentumsquote. Vor diesem Hintergrund ist der zwingende Halbteilungsgrundsatz bei einer Doppelbeauftragung bzw. Doppeltätigkeit in § 656c Abs. 1 BGB nicht stimmig. Auch wenn die Fälle selten sein mögen, so ist es nicht einsichtig, warum die Möglichkeit ausgeschlossen sein soll, dass der Verkäufer bei einem Doppelauftrag bzw. einer Doppeltätigkeit eine höhere Provisionslast übernimmt.⁵¹ Es handelt sich daher um einen überschießenden und korrekturbedürftigen Eingriff in die Privatautonomie.

Ebenso überschießend ist die Rechtsfolge der Unwirksamkeit des Maklervertrags nach § 656c Abs. 2 Satz 1, wenn der Makler von der Provisionsteilung nach Abs. 1 Satz 1 und 2 abweicht. Selbst bei einer unzulässigen Doppeltätigkeit (§ 654 BGB) sowie bei einer schwerwiegenden Treupflichtverletzung des Maklers (§ 654 BGB analog⁵²) bleibt der Maklervertrag wirksam.

Nach § 656d Abs. 1 Satz 2 BGB wird der Anspruch gegen die andere Partei erst fällig, wenn die Partei, die den Maklervertrag abgeschlossen hat, nachweist, dass sie ihrer Verpflichtung zur Zahlung des Maklerlohns nachgekommen ist. Eine vergleichbare Regelung fehlt beim praktischen Regelfall des § 656c BGB, sodass die Umgehung der Vorschrift leicht möglich und damit die praktische Wirksamkeit relativiert wird. Interessant und relevant ist die Frage, ob und inwieweit § 656d Abs. 1 Satz 2 BGB analog zur Anwendung kommen soll. An einer planwidrigen Regelungslücke lässt sich zweifeln. Viele praktische Probleme bei der Durchsetzung der Provisionsteilung (insbesondere bei der Auslegung der Fälligkeitsregelung des § 656d Abs. 1 Satz 2 BGB etwa bei einer Zahlungsunwilligkeit bzw. Zahlungsunfähigkeit des Maklerkunden) schließen sich an.⁵³

D. Bilanz und Ausblick

1. Es ist begrüßenswert, dass das neue Gebäudeenergiegesetz mit § 87 GEG den Streit um die Auslegung des § 16a

46 Siehe zuletzt Grziwotz, DVBl 2020, 1119.

47 BT-Drs. 19/15827, S. 20.

48 BT-Drs. 19/15827, S. 20: „Ein Schuldbeitritt der nicht am Maklervertrag beteiligten Partei kommt damit zukünftig nicht mehr in Betracht.“

49 BT-Drs. 19/15827, S. 20.

50 BT-Drs. 19/15827, S. 20 spricht vom Käufer.

51 Siehe dazu zu Recht BR-Drs. 520/19, S. 6.

52 Siehe dazu im Einzelnen Maus in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK BGB, 9. Aufl., § 654 BGB Rn. 13 ff., Stand 01.02.2020; D. Fischer, Maklerrecht, 5. Aufl. 2019, Kapitel VIII, Rn. 10 ff.

53 Zur nicht bestehenden Fälligkeit des Zweitprovisionsanspruchs im Fall der Insolvenz des Erstauftraggebers: Meller-Hannich, MDR 5/2020, R7. Meines Erachtens ist dies nicht interessengerecht.

EnEV und die Anwendung auf Immobilienmakler zur Makulatur werden lässt. Immobilienmakler werden aufgrund ihrer Bedeutung am Markt zu Recht verpflichtet, die Pflichtangaben aus dem Energieausweis in Immobilienanzeigen in kommerziellen Medien aufzunehmen.⁵⁴

2. Bedauerlicherweise sind die gewerberechtlichen Rahmenbedingungen auch weiterhin nicht gelungen. Einzufordern ist ein Sachkundenachweis für den Beruf des Immobilienmaklers. Die Weiterbildungslösung ist nicht ausreichend.
3. Kritik verdient auch das „Gesetz über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser“ (Makl-KostVertG). Dogmatisch nicht überzeugend ist eine abweichende Wertung und Regelung im Wohnungsmittlungsgesetz. Konzeptionell ist vielmehr eine Einheitslösung anzustreben.
4. Die Einführung der Textform in § 656a BGB ist zwar begrüßenswert, verhindert aber nicht die gängige Praxis eines konkludenten Maklervertrags und bringt daher nicht die intendierte Rechtssicherheit. Ferner überzeugt die Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs (Kaufverträge über Wohnungen oder Einfamilienhäuser) nicht.
5. Ziel des Gesetzes ist mitunter auch der Schutz von Immobilienkäufern. Vor diesem Hintergrund ist der zwingende Halbteilungsgrundsatz bei einer Doppelbeauftragung bzw. Doppeltätigkeit in § 656c BGB überschießend

und die Rechtsfolge der Unwirksamkeit des Maklervertrags nach § 656c Abs. 2 Satz 2 BGB bei Abweichungen von § 656c Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB zu weitgehend. Es überzeugt nicht, einen besonderen Umgehungsschutz bei § 656d BGB zu installieren und beim praktischen Regelfall des § 656c BGB auszuspargen.

6. Das Anliegen, die (zu) hohen Erwerbsnebenkosten zu senken und einen Beitrag zur Erhöhung der Wohneigentumsquote zu leisten, ist ehrenwert, wird aber durch die Neuregelungen nicht nachhaltig und schlagkräftig erreicht. Ganz im Gegenteil: Es besteht die Gefahr, dass Verkäufer die Maklerkosten, die sie zu tragen haben, auf den Kaufpreis aufschlagen und sich die Gesamtkosten für Immobilienkäufer dadurch sogar erhöhen. Ein effektiver Verbraucherschutz und eine effektive Absenkung der Erwerbsnebenkosten lässt sich nur durch eine Deckelung der Provisionshöhe erreichen.⁵⁵

Summa summarum zeigt sich auch und gerade für das Maklerrecht, dass der „Kompromiss-Gesetzgeber“ der Großen Koalition „im Sprung gehemmt“ ist und der Satz gilt: Nach der Reform ist vor der Reform!

⁵⁴ BT-Drs. 19/16716, S. 152.

⁵⁵ Würdinger, NZM 2017, 545, 549 f.; Würdinger in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK BGB, 9. Aufl., § 652 BGB Rn. 29, Stand 28.09.2020.

Verschiedene E-Akten-Systeme: Beispiel für ein gesetzgeberisches Versagen bei der Einführung der elektronischen Akte?

Postdoktorandin und Lehrbeauftragte Dr. Stephanie Vogelgesang

A. Ausgangsüberlegungen

Ausweislich § 298a Abs. 1a ZPO in der ab 01.01.2018 geltenden Fassung¹ wird die elektronische Aktenführung ab dem 01.01.2026 für neu angelegte Verfahren flächendeckend obligatorisch. Dieses einheitliche Einführungsdatum hat den großen Vorteil, dass damit frühzeitig ein klares Signal gesetzt wurde, bis wann die Rahmenbedingungen für einen einheitlichen elektronischen Rechtsverkehr spätestens geregelt sein müssen. Der bisherige § 298a Abs. 1 Satz 1 ZPO enthielt für die Zeit davor insoweit nur eine Kann-Bestimmung für die Führung einer elektronischen Akte. Daher ist auch folgerichtig, dass § 298a Abs. 1 ZPO a.F. gem. Art. 12 Nr. 1 a) e-AkteG zum 01.01.2026 aufgehoben wird.² Dafür wird der jetzige § 298a Abs. 1a ZPO

ausweislich Art. 12 Nr. 1 b) eAkteG zu diesem Zeitpunkt der neue § 298a Abs. 1 ZPO.

- 1 Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs (im Nachfolgenden e-AkteG genannt) vom 05.07.2017, BGBl. I 2017, 2208 ff.
- 2 Dazu und zum Folgenden BGBl. I 2017, 2219, 2220.

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.

B. Zum Gedanken der notwendigen Standardisierung

Die Effektivität digitaler Arbeit ist eng mit dem Gedanken der Standardisierung verbunden. Insoweit haben Papier-Akten einen nicht zu unterschätzenden Vorteil. Sie sind über die Grenzen von Bundesländern und selbst Nationalgrenzen hinaus ohne technische Reibungsverluste typischerweise lesbar.³ Insoweit verkörpert Papier bereits den Gedanken der Standardisierung.

Bei elektronischer Bearbeitung ist dies grds. anders. Das angestrebte reibungslose Arbeiten mit E-Akten ist nur dann möglich, wenn die Anwender durchgängig gleiche oder jedenfalls kompatible Systeme benutzen. Daher war auch die zuvor skizzierte zwingende Einführung der E-Akte zum 01.01.2026 ein wichtiger Schritt zu einem einheitlichen digitalen Gesamtkonzept.

Daraus resultiert ein klares inhaltliches Pflichtprogramm für die Verantwortlichen. Bis zum 01.01.2026 müssen die Voraussetzungen für ein bundesweit einheitlich nutzbares System elektronischer Aktenführung geschaffen werden. Dies gilt schon deshalb, weil auch im Rahmen der hier interessierenden Zivilprozessordnung eine Vielzahl von Sachverhalten denkbar sind, bei denen elektronische Akten über Bundesländergrenzen hinweg bearbeitet werden müssen. Dazu zählt nicht nur der Fall, dass aus Zuständigkeitsgründen (vgl. dazu z.B. § 36 ZPO) ein Verfahren vollständig an ein Gericht in einem anderen Bundesland abgegeben wird. Die ZPO erlaubt bspw. ausweislich § 375 ZPO unter bestimmten Voraussetzungen auch Zeugenvernehmungen vor einem ersuchten Richter, der sich in einem anderen Bundesland befinden kann.

Dass elektronische Aktenführung jedenfalls bundesweit kompatible – d.h. zum Austausch von Daten geeignete – Systeme voraussetzt, kann als allgemein akzeptierter Ausgangspunkt in der wissenschaftlichen Diskussion angesehen werden.⁴

C. § 130a und § 298a ZPO als zentrale Normen eines digitalen Gesamtkonzepts

Das inhaltliche Gesamtkonzept einer digitalen Aktenführung im Zivilprozess wird insbesondere durch zwei zentrale Normen geprägt: § 130a ZPO und der bereits erwähnte § 298a ZPO.⁵ § 130a ZPO kann dabei als eine Zentralnorm für die Außenkommunikation, § 298a ZPO als eine Zentralnorm für die digitale Binnenstruktur gewertet werden.

I. Inhalt des § 130a ZPO

§ 130a ZPO ist unter dem hier interessierenden Aspekt der notwendigen Standardisierung als problemorientiertes Konzept einzustufen. Die Norm enthält einheitliche inhaltliche Vorgaben. Ausweislich § 130a Abs. 2 Satz 1 ZPO muss das elektronische Dokument für die Bearbeitung durch das Ge-

richt geeignet sein. Gem. § 130a Abs. 2 Satz 2 ZPO bestimmt die Bundesregierung durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die für die Übermittlung und Bearbeitung geeigneten technischen Rahmenbedingungen. Die konkreten Anforderungen im Zusammenhang mit § 130a ZPO ergeben sich aus §§ 1 ff. Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung – ERVV) vom 24.11.2017.⁶ Exemplarisch kann insoweit auf § 1, § 2 und § 4 ERVV hingewiesen werden. § 1 ERVV regelt den Anwendungsbereich der Verordnung und beschreibt dabei auch konkret die Adressatengruppe. Gem. § 1 Abs. 1 Satz 1 ERVV gilt die ERVV für die Übermittlung elektronischer Dokumente an die Gerichte der Länder und des Bundes sowie die Bearbeitung elektronischer Dokumente durch diese Gerichte nach § 130a ZPO. § 2 ERVV enthält Anforderungen an elektronische Dokumente. Gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 ERVV ist das elektronische Dokument in druckbarer, kopierbarer und, soweit technisch möglich, durchsuchbarer Form im Dateiformat PDF zu übermitteln. Auffallend ist, dass § 2 ERVV z.B. im Zusammenhang mit Dateinamen und Strukturdaten nur Soll-Vorschriften enthält.⁷ Ausweislich § 4 Abs. 2 ERVV dürfen mehrere elektronische Dokumente nicht mit einer gemeinsamen qualifizierten elektronischen Signatur übermittelt werden. Diese Regelung enthält damit das grundsätzliche Verbot der sog. Container-Signatur. Der konzeptionelle Hintergrund dieses Verbots ergibt sich mit großer Klarheit aus der Entwurfsbegründung zur ERVV.⁸ Danach sei dieser Ausschluss geboten, weil andernfalls eine Überprüfung der Authentizität und Integrität der elektronischen Dokumente im weiteren Verfahren regelmäßig nicht mehr möglich wäre. Eine Weiterleitung des elektronischen Containers an den Verfahrensgegner sei z.B. dann nicht möglich, wenn der Container unterschiedliche Dokumente zu unterschiedlichen Verfahren enthält.⁹ Daraus resultieren eine Reihe von Einzelfragen im Rahmen des § 4 Abs. 2 ERVV. Diese sind aber im vorliegenden Zusammenhang nicht von weiterführender Bedeutung. Hinzuweisen ist hier nur auf den Umstand, dass die zuvor angedeutete Diskussion im Rahmen des § 4 Abs. 2 ERVV durch den Beschluss des BGH vom

3 Probleme der Sprache werden hier ausgeklammert.

4 Vgl. dazu Radke, jM 2014, 404 bzw. Viefhues, Betrifft Justiz 2015, 13.

5 Dazu auch Hartmann/Anders/Gehle in: Baumbach/Lauterbach, ZPO, 78. Aufl. 2020, § 298a Rn. 1.

6 Zu Fragen der ERVV insbesondere Bacher, MDR 2019, 1 ff.

7 Zu den damit verbundenen Rechtsfragen näher Bacher, MDR 2019, 4, 5.

8 Dazu und zum Folgenden Regierungsentwurf einer Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach, 20.09.2017, S. 17.

9 Dazu z.B. Müller, NJW 2013, 3758 f.

15.05.2019¹⁰ einen vorläufigen Abschluss gefunden hat.¹¹ Danach ergibt sich aus § 4 Abs. 2 ERVV eine eindeutige und umfassende Absage an die Container-Signatur.¹²

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass durch das Gesetz zur Regelung der Wertgrenzen für die Nichtzulassungsbeschwerde in Zivilsachen, zum Ausbau der Spezialisierung bei den Gerichten sowie zur Änderung weiterer zivilprozessrechtlicher Vorschriften vom 12.12.2019 mit Wirkung zum 01.01.2020 die Abs. 1 und 3 des § 130a ZPO neu formuliert wurden.¹³ Darin wird klargestellt, dass Schriftsätze und Anlagen als separate Dokumente übermittelt werden können (§ 130a Abs. 1 ZPO n.F.). Damit soll verhindert werden, dass Rechtsanwälte den Schriftsatz gemeinsam mit den Anlagen in einem Dokument übersenden. In einem solchen Fall müssten die Dokumente durch das Gericht erst getrennt werden, um bearbeitet werden zu können.

II. Anmerkungen zum Konzept des § 298a ZPO

§ 298a ZPO wird teilweise als „Rückgrat“ der Vorschriften zur elektronischen Prozessführung in der Zivilgerichtsbarkeit bezeichnet.¹⁴ Die Norm regelt das „Zwischenstück“¹⁵ des elektronischen gerichtlichen Verfahrens zwischen dem elektronischen Eingang der Dokumente nach Maßgabe des § 130a ZPO und dem elektronischen Ausgang nach § 174 Abs. 3, Abs. 4 ZPO. Ausweislich § 298a Abs. 1a Satz 2 ZPO bestimmen die Bundesregierung und die Landesregierungen jeweils für ihren Bereich¹⁶ durch Rechtsverordnung die organisatorischen und dem Stand der Technik entsprechenden technischen Rahmenbedingungen für die Bildung, Führung und Aufbewahrung der elektronischen Akten einschließlich der einzuhaltenden Anforderungen der Barrierefreiheit. Damit weicht das gesetzliche Konzept des § 298a ZPO im zentralen Ansatz von der zuvor skizzierten Konzeption des § 130a ZPO ab. Es fehlt insbesondere die gesetzliche Verpflichtung für einen einheitlichen Ansatz aufseiten des Bundes und der Länder, wie er für § 130a ZPO prägend ist. Dies könnte als ein konzeptioneller Schwachpunkt mit Blick auf ein angestrebtes einheitliches digitales Gesamtkonzept bewertet werden.

Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass diese Regelung bereits seit Einführung des § 298a ZPO durch das Justizkommunikationsgesetz im Jahr 2005¹⁷ galt. Zu diesem Zeitpunkt ging es um die Anfänge einer elektronischen Aktenführung. Dies ergibt sich auch aus der Kann-Bestimmung des bereits damals geltenden § 298a Abs. 1 Satz 1 ZPO: Danach können Prozessakten elektronisch geführt werden. § 298a ZPO enthielt damit lediglich eine Erlaubnis zur Führung von elektronischen Akten.¹⁸ In diesem Zusammenhang musste u.a. geregelt werden, in welchen Verfahren und bei welchen Gerichten eine elektronische Aktenführung eröffnet werden soll. Den Landesregierungen wurde damals bereits auch die Möglichkeit eingeräumt, die Verordnungsermächtigungen auf die jeweili-

gen Landesjustizverwaltungen zu übertragen.¹⁹ Die Entscheidung über neue Pilotverfahren und Pilotgerichte den Ländern zu überlassen, erscheint vor diesem Hintergrund zunächst durchaus nachvollziehbar. Im Ergebnis ist daher die elektronische Aktenführung bis zum 31.12.2025 nur bei den Ländern zulässig, bei denen die Landesregierung bzw. die ermächtigten Landesjustizverwaltungen eine entsprechende Verordnung erlassen und die grundlegenden Rahmenbedingungen festgelegt haben. Dies ist im großen Maße geschehen.²⁰

Das konzeptionelle Problem besteht aber darin, dass dieses Grundmodell der länderspezifischen Regelung auch in § 298a Abs. 1a Satz 2 ZPO beibehalten wurde.²¹ Es wird also auch für den Zeitraum gelten, ab dem (01.01.2026) die neuen Prozessakten zwingend elektronisch geführt werden müssen. Jedenfalls ab diesem Zeitpunkt müssen aber einheitliche oder jedenfalls interoperable Lösungen geschaffen werden.²²

D. Kompensation dieser strukturellen Mängel durch freiwillige Kooperation der Länder?

Wie zuvor skizziert, können die teilweise fehlenden einheitlichen Vorgaben als Respekt vor der föderalen Eigenständigkeit und der damals noch offenen Suche nach der besten Lö-

10 BGH, Beschl. v. 15.05.2019 - XII ZB 573/18.

11 Zum Hintergrund Müller, BGH zur Containersignatur: Sie ist unzulässig, Wiedereinsetzung schwierig, 12.06.2019, <http://ervjustiz.de/bgh-zur-containersignatur-sie-ist-unzulaessig-wiedereinsetzung-schwierig> (zuletzt abgerufen am 18.12.2020).

12 Dazu auch Bernhardt/Leeb in: jurisPK Internetrecht, 6. Aufl. 2020, Kapitel 6 Elektronischer Rechtsverkehr, Rn. 181 – 182.2.

13 Dazu und zum Folgenden Bernhardt/Leeb in: jurisPK Internetrecht, 6. Aufl., Aktualisierung vom 06.01.2020, Kapitel 6 Elektronischer Rechtsverkehr, Rn. 179.1.

14 Dazu und zum Folgenden Bernhardt/Leeb in: jurisPK Internetrecht, 6. Aufl. 2020, Kapitel 6 Elektronischer Rechtsverkehr, Rn. 348.

15 So Viefhues, NJW 2005, 1010.

16 Hervorhebung durch den Verfasser.

17 Bernhardt/Leeb in: jurisPK Internetrecht, 6. Aufl., Aktualisierung vom 06.01.2020, Kapitel 6 Elektronischer Rechtsverkehr, Rn. 347.

18 Dazu und zum Folgenden Prütting in: MünchKomm, ZPO, 6. Aufl. 2020, § 298a Rn. 3.

19 § 298a Abs. 1 Satz 3 ZPO und § 130a Abs. 2 Satz 2 ZPO in der bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung.

20 Vgl. hierzu die aktuellen Nachweise bei Bacher in: BeckOK, ZPO, 37. Edition, § 298a Rn. 2 – 2b, Stand 01.07.2020; mit Bezug auf die früheren Verordnungen Prütting in: MünchKomm, ZPO, 6. Aufl. 2020, § 298a Rn. 3.

21 Vgl. allgemein zu den Neufassungen des § 298a ZPO näher Huber in: Musielak/Voit (Hrsg.), ZPO, 17. Aufl. 2020, § 298a Rn. 1.

22 Vgl. dazu Radke, jM 2014,404; vgl. dazu auch unter Hinweis auf die drei existierenden Gerichtsaktensysteme Bernhardt/Leeb in: jurisPK Internetrecht, 6. Aufl. 2020, Kapitel 6 Elektronischer Rechtsverkehr, Rn. 355.

sung im Rahmen der elektronischen Aktenführung gewertet werden. Dann wäre aber notwendig, dass die Bundesländer²³ sich mit Blick auf die zwingende elektronische Aktenführung ab dem 01.01.2026 gem. § 298a Abs. 1 ZPO n.F.²⁴ auf ein harmonisiertes Konzept einigen können. Entsprechende Bemühungen auf Länderebene hat es gegeben und gibt es noch.²⁵ Ein aktueller Blick auf die bisher bekannt gewordenen Ergebnisse für ein bundesweit kompatibles E-Akten-System bietet jedoch wenig Anlass zum Optimismus.

I. Anmerkungen zu Länderverbänden und E-Akten-Systemen

Auf Länderebene²⁶ haben sich – u.a. aus Kostengründen – zwei zentrale Entwicklungsverbände zur Umsetzung einer digitalen geprägten Justiz gebildet: forumSTAR und der e2-Verbund. Dem Entwicklungsverbund forumSTAR gehören die Länder Baden-Württemberg, Bayern (federführend), Berlin, Brandenburg, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Schleswig-Holstein und Thüringen an.²⁷ Im e2-Verbund arbeiten die Länder Bremen, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Saarland und Sachsen-Anhalt zusammen.²⁸

Ungeachtet des Bekenntnisses aller Bundesländer zur Entwicklung eines gemeinsamen Justizfachverfahrens als Grundlage der Bearbeitung und Verwaltung gerichtlicher und staatsanwaltschaftlicher Verfahren existieren auf Länderebene drei E-Akten-Systeme:²⁹ ergonomische elektronische Akte (e2A), eAkte als Service (eAS), elektronisches Integrationsportal (eIP). Dies führt zu dem zunächst irritierenden Ergebnis,³⁰ dass innerhalb eines Entwicklungsverbunds zwei verschiedene E-Akten-Systeme weiterentwickelt und eingesetzt werden.

II. Bedeutung des gefa

Eine Einigung auf ein für alle Länder gleiches Gerichtsaktenkonzept war zunächst nicht erreichbar.³¹ Daher hat der E-Justice-Rat im März 2017 die Entwicklung eines bundesweiten einheitlichen gemeinsamen Fachverfahrens (gefa) beschlossen.³² Das gefa ist nach eigener Selbstdarstellung³³ die Fachanwendung für modernes, effizientes und zielorientiertes Arbeiten für über 100.000 Mitarbeitende der ordentlichen Gerichtsbarkeit, der Staatsanwaltschaften sowie der Fachgerichtsbarkeiten in allen Bundesländern. Das gefa unterstützt die Nutzenden optimal beim Erfassen, Bearbeiten und Verwalten von Daten, dem Abrufen von Informationen sowie beim Erstellen von Dokumenten und sichert mit seiner innovativen Struktur das selbstverantwortliche und fokussierte Arbeiten in elektronischen Aktensystemen und, bis zu deren vollständigen Umsetzung, in der Papieraktenführung. Das gefa soll dabei ein herausragendes Beispiel für eine bundes-

länderübergreifende, zielorientierte und zukunftssichernde Zusammenarbeit sein.³⁴

Ausweislich eines Berichts auf dem EDV-GT im September 2018 durch die Programmleiter soll die gefa-Pilotierung für die hier interessierende Zivilgerichtsbarkeit Ende 2024/Anfang 2025 abgeschlossen sein.³⁵ Das gefa befindet sich damit zurzeit noch in der Entwicklung. Ob über das gefa die faktisch notwendige Harmonisierung erreicht wird, kann daher zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht abschließend bewertet werden.

III. Zwischenergebnis

Individuelle Lösungen in den Bundesländern bedeuten – insbesondere auch für bundesweit tätige Träger oder Anwaltskanzleien – ein gravierendes Hindernis im Rahmen eines digitalen Gesamtkonzepts.³⁶ Ein sog. Flickenteppich muss daher in diesen Bereichen auf jeden Fall verhindert werden. Vage Aussichten, dass dies letztlich gelingen wird, reichen dafür nicht aus. Zudem ist es auch allgemein Sache des Gesetzgebers, die für die Akzeptanz bei den Nutzern notwendige Rechtsklarheit und Rechtssicherheit zu schaf-

23 Vgl. zu entsprechenden gesetzgeberischen Bemühungen auf der Ebene der obersten Bundesgerichte bezüglich der elektronischen Aktenführung in der Zivilgerichtsbarkeit und den Fachgerichtsbarkeiten die Nachweise bei Bernhardt/Leeb in: jurisPK Internetrecht, 6. Aufl. 2020, Kapitel 6 Elektronischer Rechtsverkehr, Rn. 360.1 (Aktualisierung vom 02.03.2020), 360.2 (Aktualisierung vom 07.04.2020).

24 Vgl. dazu Fn. 2.

25 Bernhardt/Leeb in: jurisPK Internetrecht, 6. Aufl. 2020, Kapitel 6 Elektronischer Rechtsverkehr, Rn. 356 ff bzw. Rn. 128.

26 Zum Folgenden auch Köbler/Sorge/Vogelgesang, DRiZ 2020.

27 Justiz Bayern, Projekt forumSTAR, www.justiz.bayern.de/media/pdf/projekte/projekt_forumstar_stand_februar_2017.pdf (zuletzt abgerufen am 18.12.2020).

28 Niedersächsisches Justizministerium, e²-Verbund und die Verbundprodukte, www.mj.niedersachsen.de/startseite/themen/programm_ejuni_elektronische_justiz_niedersachsen/e_verbund_und_die_verbundproduktion/e-verbund-129200.html (zuletzt abgerufen am 18.12.2020).

29 Dazu auch Jost/Kempe, NJW 2017, 2707 f.

30 Vgl. zur Kritik an einem derartigen Flickenteppich in der IT-Landschaft auch Jost/Kempe, NJW 2017, 2708.

31 Bernhardt/Leeb in: jurisPK Internetrecht, 6. Aufl. 2020, Kapitel 6 Elektronischer Rechtsverkehr, Rn. 355 – 358.

32 Jost/Kempe, NJW 2017, 2708.

33 Dazu und zum Folgenden <https://gefa-justiz.de/?page=app&lang=deDE> – zuletzt abgerufen am 12.08.2020.

34 So ausdrücklich <https://gefa-justiz.de/?page=prg&lang=deDE> – zuletzt abgerufen am 12.08.2020.

35 Jahrbeck/Melcher, BLK: Gemeinsames Fachverfahren – aktuelle Entwicklungen, 20.09.2018, Präsentation: www.edvgt.de/wp-content/uploads/2018/08/gefa-Jahrbeck-Melcher.pdf (zuletzt abgerufen am 18.12.2020).

36 Dazu und zum Folgenden Meyer, NZS 2014, 294 ff.

fen.³⁷ Dies spricht für klare Harmonisierungsvorgaben durch den Gesetzgeber, und zwar so rasch wie möglich.

Angesichts des verfügbaren Zeitrahmens bis zum 31.12.2025 rechtfertigt die bisherige Untätigkeit des Gesetzgebers (noch) nicht den Vorwurf eines gesetzgeberischen Versagens im Sinne der thematischen Ausgangsfrage. Schnelle Grundsatzentscheidungen sind aber bereits aus Gründen der notwendigen gesetzgeberischen Umsetzung erforderlich.

Dadurch wird im Übrigen die Arbeit des gefa nicht überflüssig. Auch verbindliche gesetzliche Vorgaben setzen im Ergebnis eine erfolgreiche Arbeit des gefa im Sinne eines harmonisierten Gesamtkonzepts auf der e-Akten-Ebene voraus. Eine schnelle gesetzgeberische Entscheidung hat einen zentralen Vorteil: Für alle Beteiligten wird dadurch sichtbar, dass spätestens bis zum 31.12.2025 eine gemeinsame Lösung gefunden werden muss.

E. Fazit

Ausgangspunkt der Überlegungen ist die Regelung des § 298a Abs. 1a Satz 1 ZPO. Danach werden jedenfalls neu angelegte Prozessakten ab dem 01.01.2026 elektronisch geführt. Zu diesem Zeitpunkt muss daher auch ein flächendeckendes harmonisiertes Konzept im Rahmen der elektronischen Aktenführung gewährleistet sein. Davon kann angesichts der gesetzlichen Vorgaben nicht zwingend ausgegangen werden. Konzeptioneller Schwachpunkt ist dabei § 298a Abs. 1a Satz 2 ZPO. Danach bestimmen die Bundesregierung und die Landesregierungen jeweils für ihren Bereich die Rahmenbedingungen der elektronischen Aktenführung einschließlich der einzuhaltenden Anforderungen der Barrierefreiheit. Insoweit fehlt es an bundeseinheitlichen gesetzlichen Vorgaben, wie sie z.B. bei § 130a Abs. 2 ZPO angelegt sind. Danach bestimmt die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates durch Rechtsverordnung die für die Übermittlung und Bearbeitung geeigneten technischen Rahmenbedingungen.³⁸

Dieses Strukturmodell – Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates – sollte auch auf § 298a Abs. 1a ZPO übertragen werden. Dies liegt schon deshalb nahe, weil gerade im Rahmen des § 130a Abs. 2 ZPO ausdrücklich betont wird, dass durch den gesetzgeberischen Zwang zur Einigung ein Flickenteppich auf Länderebene verhindert wurde.³⁹ Auch in anderen Bereichen hat der Gesetzgeber im Übrigen im Sinne einer Standardisierung und damit eines bundesweit zwingenden digitalen Gesamtkonzepts nachgesteuert. Dies zeigt z.B. eine Norm wie § 298a Abs. 2 Satz 1 ZPO. Darin wird der Transfer von in Papierform ein-

gereichten Unterlagen in ein elektronisches Dokument geregelt. Bei § 298a Abs. 2 Satz 1 ZPO in der bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung handelte es sich insoweit formal nur um eine Soll-Vorschrift. Ab 01.01.2018 sind nunmehr ausweislich § 298a Abs. 2 Satz 1 ZPO bei elektronischer Aktenführung in Papierform vorliegende Schriftstücke in ein elektronisches Dokument zu überführen.⁴⁰ Genannt werden kann in diesem Zusammenhang auch § 299 Abs. 3 ZPO. Dieser wurde mit Wirkung zum 01.01.2018 eingeführt.⁴¹ Darin sind bundesweit einheitliche gesetzliche Vorgaben für die Akteneinsicht bei elektronischer Aktenführung geregelt.

Allgemein ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten (ERV-Gesetz) vom 10.10.2013⁴² in einer Art Stufenmodell die wesentlichen normativen Grundlagen für einen künftigen elektronischen Rechtsverkehr im Zivilprozess geschaffen hat.⁴³ Die verpflichtende elektronische Führung von neu angelegten Prozessakten ab dem 01.01.2026 kann dabei als ein zentraler Zwischenschritt⁴⁴ in dieser Entwicklung angesehen werden. Jedenfalls zu diesem Zeitpunkt müssen dann auch einheitliche oder zumindest compatible E-Akten-Systeme vorliegen.

Naheliegende Reibungsverluste, die durch die jetzige Ausgestaltung des § 298a Abs. 1a Satz 2 ZPO entstehen können, sollten auch aus Gründen der notwendigen Akzeptanz der eAkte auf Richterebene⁴⁵ vermieden werden. Wichtig ist dabei der Ansatz von Berlit: Es muss das Verfahren, nicht die Unzufriedenheit der Beteiligten optimiert werden.⁴⁶ Dazu gehört, dass zumindest innerhalb der Justiz die eAkte – länder- und instanzübergreifend – problemlos ausgetauscht werden kann.⁴⁷ Der zurzeit geltende § 298a Abs. 1a Satz 2 ZPO steht dieser Zielsetzung diametral entgegen. Die Norm ist daher zugunsten einer bundesweit einheitlichen Regelung analog § 130a Abs. 2 Satz 2 ZPO abzuändern.

37 In diesem Sinn auch Meyer, NZS 2014, 294 – dieser weist zu Recht auch auf den Gesichtspunkt der notwendigen Investitionssicherheit aufseiten der Nutzer hin.

38 Gesetzgeberisch umgesetzt durch die ERVV.

39 Dazu Bernhardt/Leeb in: jurisPK Internetrecht, 6. Aufl. 2020, Kapitel 6 Elektronischer Rechtsverkehr, Rn. 257, 258.

40 Zu § 298a Abs. 2 Satz 1 ZPO näher Bacher in: BeckOK, ZPO, 37. Edition, § 298a Rn. 3 – 7, Stand 01.07.2020.

41 E-AkteG vom 05.07.2017, BGBl. I 2017, 2219.

42 BGBl. I 2013, 3786 ff.

43 Dazu Prütting in: MünchKomm, ZPO, 6. Aufl. 2020, § 298a Rn. 11.

44 Vgl. in diesem Zusammenhang auch Kesper/Ory, NJW 2017, 2712.

45 Zur Bedeutung dieses Gesichtspunktes näher Berlit, Betrifft Justiz 2015, 24 f.

46 So Berlit, Betrifft Justiz 2015, 16.

47 So ausdrücklich Berlit, Betrifft Justiz 2015, 24.

Die Abwicklung des Dieselskandals über § 852 Satz 1 BGB – Rettungsanker oder Rohrkrepiierer? (Teil 2)*

RA und Prof. (em.) Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Martinek

E. Die teleologische Reduktion des § 852 Satz 1 BGB

I. Sinn und Zweck der Norm

Die vorstehenden Überlegungen lassen sich um einen wichtigen Gesichtspunkt zur grundsätzlichen Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 852 Satz 1 BGB im Wege einer teleologischen Reduktion ergänzen; dies erweist sich gerade für die Abgasfälle als folgenreich. Gewiss zielt die Regelung zuvörderst auf eine Gewinnabschöpfung ab, weil ein deliktisch handelnder Schädiger nach der Verjährung des Schadensersatzanspruchs gegen ihn nicht mit einem erzielten Gewinn „davonkommen“, sondern nunmehr seine Bereicherung an den Geschädigten auskehren soll; er soll nach der Verjährung des Schadensersatzanspruchs weiterhin, aber nunmehr nur noch auf Herausgabe seiner Bereicherung haften (Gewinnabschöpfungsfunktion).³²

Die Regelung will auf den verjährten Schadensersatzanspruch gleichsam einen Vorteils- oder Gewinnabschöpfungsanspruch „draufsatteln“.

Diese Gewinnabschöpfungs- und die damit verbundene Sonderverjährungsfunktion des § 852 Satz 1 und 2 BGB besteht aber – genau genommen – nicht vorbehaltlos. Durchaus tragender Normzweck ist nämlich zudem die „zeitliche Begünstigungsfunktion“ oder „Bedenkzeitfunktion“ des § 852 Satz 1 BGB.³³

Gemeint ist damit: Die Vorschrift erlaubt dem Geschädigten, den Eintritt der kurzen schadensersatzrechtlichen Verjährungsfrist sozusagen sehenden Auges verstreichen zu lassen, um sich danach doch noch wenigstens auf eine Gewinnabschöpfung zu konzentrieren. Hierzu mag es gute Gründe geben: Bspw. können die Haftungsvoraussetzungen oder Einzelheiten der Sach- und Rechtslage noch ungewiss oder zweifelhaft sein; der Geschädigte kann möglicherweise erkennen, dass der Schädiger zwar nicht derzeit, aber später über eine ausreichende Solvenz zur Anspruchsbefriedigung verfügt; das Prozessrisiko mag ihm angesichts des Streitwerts zunächst noch zu hoch sein. In solchen Fällen ermöglicht es § 852 Satz 1 BGB dem Geschädigten, „trotz Kenntnis von den haftungsbegründenden Umständen und der Person des Schädigers länger als drei Jahre (§ 195) abzuwarten und von der alsbaldigen gerichtlichen Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs abzusehen“; es steht ihm nach § 852 Satz 2 BGB frei, „binnen zehn Jahren auf den Anspruch zurückzukommen“.³⁴ Diese zeitliche Begünstigungsfunktion

war für den Gesetzgeber des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes erklärtermaßen ein wesentlicher Grund für die Beibehaltung der Regelung des heutigen § 852 Satz 1 BGB.³⁵ Man kann bei § 852 Satz 1 BGB von einer „Bedenkzeitregelung“ sprechen. Dem Geschädigten sollte eine zusätzliche Bedenkzeit zur Verfolgung seines Ersatzanspruchs eingeräumt werden, wenn und weil er die Rechtslage noch für ungewiss hält, das Prozesskostenrisiko noch ungewiss ist oder der Schädiger erst später hinreichend solvent werden wird – wie dies im Immaterialgüterrecht, dem traditionellen Hauptanwendungsfeld der Vorschrift, regelmäßig, ansonsten aber nur ausnahmsweise der Fall ist.

II. Das ungeschriebene Erfordernis eines besonderen Prozesskostenrisikos

Es liegt daher nahe, die Regelung einer teleologischen Reduktion zuzuführen und aus ihrem Einsatzbereich solche Fälle auszuklammern, in denen der Geschädigte eine zusätzliche Bedenkzeit nach der dreijährigen Verjährung des deliktischen Anspruchs mangels Schutzwürdigkeit nicht braucht und nicht verdient, weil es kein besonderes Prozessrisiko für ihn gibt. Das methodologische Rechtsanwendungsinstrument der teleologischen Reduktion (auch: Restriktion) ist darauf ausgerichtet, eine ihrem Wortlaut nach zu weit gefasste, nämlich über ihre von der ratio legis gedeckte Ordnungsaufgabe hinausreichende Regelung einschränkend auszulegen, sodass ihre Anwendung nur noch solche Fälle abdeckt, die vom Normzweck abgedeckt sind.³⁶ Kurz: Der Anspruch des § 852

* Der Beitrag beruht auf einer Anfrage aus der Unternehmenspraxis und setzt den in jM 2021, 9 ff. (Heft 1/2021) veröffentlichten ersten Teil fort.

32 Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II – Recht der Schuldverhältnisse, Amtliche Ausgabe, 1988, zu §§ 719, 720 des 1. Entwurfs, S. 743; Vieweg in: Staudinger, BGB, 2015, Rn. 1 zu § 852; Sprau in: Palandt, BGB, 79. Aufl. 2020, Rn. 2 zu § 852; vgl. insbesondere BGH, Urt. v. 10.06.1965 - VII ZR 198/63; ebenso BGH, Urt. v. 14.02.1978 - X ZR 19/76 Rn. 62.

33 Vgl. v. Caemmerer, Festschrift für Rabel, 1954, Bd. I, S. 333 ff., 396; Wagner in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2018, Rn. 3 zu § 852.

34 Wagner in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2018, Rn. 3 zu § 852.

35 Vgl. Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, S. 240, 282; dazu noch näher unten.

36 Vgl. grundlegend Brandenburg, Die teleologische Reduktion: Grundlagen und Erscheinungsformen der auslegungsunterschreitenden Gesetzesbeschränkung im Privatrecht, 1983; Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 211 ff.

Satz 1 BGB darf nur dann vom Geschädigten geltend gemacht werden, wenn er den Ablauf der dreijährigen Verjährungsfrist seines Deliktsanspruchs angesichts eines besonderen Prozessrisikos bei ungewisser Informationslage „sehenden Auges“ hat verstreichen lassen dürfen, um sich auf einen Restschadensersatzanspruch zu konzentrieren. Diese teleologische Reduktion des § 852 Satz 1 BGB wird zwar in Literatur und Rechtsprechung bislang an keiner Stelle erwähnt oder gar erwogen; sie muss indes im Licht des manifesten Normzwecks als nicht nur naheliegend, sondern als geboten angesehen werden.

III. Die Bedeutung der Musterfeststellungsklage

Es ist bei den Abgasfällen für die Mehrzahl der in Betracht kommenden Anspruchsteller nach § 852 Satz 1 BGB höchst zweifelhaft, ob das ungeschriebene Erfordernis eines besonderen Prozessrisikos wegen ungewisser Informationslage bei Verjährungseintritt des deliktischen Schadensersatzanspruchs bestanden hat. Freilich kann von einer wirklich durchgreifenden juristischen Klärung der deliktsrechtlichen Rechtslage wohl erst seit Ende Juli 2020 gesprochen werden. Erst in seinem Urteil vom 25.05.2020 hat sich der 6. Zivilsenat des BGH eingehend zur Anwendung des § 826 BGB geäußert,³⁷ nachdem vorher zahlreiche unterschiedliche Entscheidungen der Instanzgerichte zu vernehmen waren.³⁸ Diese Entscheidung fand wichtige Ergänzungen in den vier Urteilen desselben 6. Zivilsenats vom 30.07.2020. In der ersten Entscheidung vom 30.07.2020 hat der BGH die Möglichkeit einer vollständigen „Aufzehrung“ des Schadensersatzanspruchs durch Anrechnung von Nutzungsvorteilen sowie den Ausschluss von Deliktzinsen nach § 849 BGB bei Erhalt einer voll nutzbaren Gegenleistung bejaht.³⁹ In der zweiten Entscheidung hat er sich zudem zu den Voraussetzungen einer auf Ersatz zukünftiger Schäden gerichteten Feststellung bei einem Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB geäußert.⁴⁰ In der dritten Entscheidung hat der BGH weitere Einzelheiten zu den Bewertungsmaßstäben für ein sittenwidriges Verhalten nach § 826 BGB verlautbart.⁴¹ In der vierten Entscheidung hat er (immer der 6. Zivilsenat) sich zur sekundären Beweislast beim Einsatz einer unzulässigen Abschaltvorrichtung und zur Bedeutung des Europäischen Unionsrechts in den Abgasfällen vernehmen lassen.⁴² In Rundfunk und Fernsehen sowie in den Printmedien lautete die Reaktion auf diese Urteile, dass „wesentliche Rechtsfragen nun geklärt“ seien.⁴³ Vorher bestanden für die Geschädigten in der Tat rechtliche Unsicherheiten in den Abgasfällen.

Diese früheren rechtlichen Unsicherheiten hatten sich für die Mehrzahl der Geschädigten indes längst nicht mehr dahin

gehend ausgewirkt, dass bis zum Verjährungseintritt ein besonderes Prozesskostenrisiko bestanden hätte. Zu beachten ist nämlich in den Abgasfällen die einzigartige Besonderheit der sog. Musterfeststellungsklage, die zielgerichtet darauf angelegt war, gerade den Prozesskostenrisiken für potenzielle Anspruchsteller und Kläger sowie den Unsicherheiten der Informationslage angesichts der drohenden Verjährung ihrer deliktischen Ansprüche zu begegnen. Das Gesetz zur Einführung der Musterfeststellungsklage ist am 01.11.2018 in Kraft getreten, um besonders in den Abgasfällen einer Verjährung der Ansprüche zum Jahresende 2018 zuvorzukommen und einer Vielzahl von gleichartig geschädigten Verbrauchern eine Möglichkeit zur Durchsetzung ihrer Ansprüche ohne großen finanziellen Aufwand einzuräumen. Es handelt sich um ein Maßnahmegesetz mit speziell auf die Abgasfälle ausgerichteter Zielsetzung. Die erste Musterfeststellungsklage ist denn auch sogleich am Tage des Inkrafttretens des Gesetzes vom Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) eingebracht worden, begleitet von einer Informationsoffensive der Medien und Verbände bis hin zum ADAC. Ziel der Klage war die Feststellung, ob Besitzer von bestimmten Dieselfahrzeugen mit manipulierter Abgasvorrichtung, für die der Pflichtrückruf galt und die selbst noch keine Klage eingereicht hatten, Anspruch auf Schadensersatz haben. Bekanntlich wurde die Klage im Rahmen eines Vergleichs zwischen dem vzbv und dem betroffenen Hersteller vom Februar 2020 schließlich im April 2020 zurückgenommen. Fünf Jahre nach Bekanntwerden der Abgasproblematik konnten danach etwa eine Viertelmillion Verbraucher ein Angebot für eine schnelle, transparente und sichere Entschädigung erhalten. Freilich konnte ein Verbraucher wählen, ob er seinen Anspruch in einem Individualanspruch mit Verjährungshemmung nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB geltend macht oder diesen zum Klageregister einer Musterfeststellungsklage mit Verjährungshemmung nach dem neuen § 204 Abs. 1 Nr. 1a BGB anmeldet, woran sich ein Folgeverfahren anschließen ließe.

37 BGH, Urt. v. 25.05.2020 - VI ZR 252/19; siehe hierzu auch Jaensch, jM, 2020, 322 ff.

38 Vgl. die zahlreichen Entscheidungen bei „Projekt Dieselskandal Herstellerhaftung“, <https://go.ur.de/dieselskandal> (zuletzt abgerufen am 08.11.2020).

39 BGH, Urt. v. 30.07.2020 - VI ZR 354/19; siehe hierzu auch Jaensch, jM 2021, 62 ff. (in diesem Heft).

40 BGH, Urt. v. 30.07.2020 - VI ZR 397/19.

41 BGH, Urt. v. 30.07.2020 - VI ZR 5/20; siehe hierzu auch Jaensch, jM 2021, 62 ff. (in diesem Heft).

42 BGH, Urt. v. 30.07.2020 - VI ZR 367/19.

43 So insbesondere www.rbb-online.de/supermarkt/zusatzmaterial/2020/aktuell-07-2020/vw-diesel-schadenersatz-klage-urteil-bgh.html (zuletzt abgerufen am 08.11.2020).

Die Einzelheiten und Hintergründe können hier dahinstehen.⁴⁴ Entscheidend erscheint im vorliegenden Zusammenhang aber, dass der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Einführung der Musterfeststellungsklage bewusst und zielgerichtet für die Abgasfälle in das Regelungsprogramm des § 852 Satz 1 BGB hineinregiert hat, um den Betroffenen durch eine Verjährungshemmung und durch eine kostengünstige sowie risikoarme Verfolgung ihrer Ersatzansprüche, vor allem durch eine Minimierung des Prozesskostenrisikos zu helfen. Unter solchen Umständen erscheint es heute in den Abgasfällen bei Nachzüglern einer Individualklage, die sich zur Musterfeststellungsklage hätten registrieren können, angemessen und geboten, das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal eines besonderen, schwer absehbaren Prozesskostenrisikos wegen ungewisser Informationslage bzw. unklarer Sach- und Rechtslage für § 852 Satz 1 BGB zu verneinen. Die Musterfeststellungsklage hat die Geschädigten der Abgasfälle weitgehend genau von jenen besonderen Prozesskostenrisiken befreit, deren Bestehen zu den ungeschriebenen Tatbestandsmerkmalen des § 852 Satz 1 BGB gehört. Wer trotz des staatlicherseits zielgerichtet lancierten Angebots zur Teilnahme an der Musterfeststellungsklage als Individualkläger den deliktischen Verjährungseintritt bewusst passieren ließ, hat seine Schutzwürdigkeit für eine weitere „Bedenkzeit“ zur Erhebung eines Restschadensersatzanspruchs verloren. Auf solche Fälle kann die Vorschrift des § 852 Satz 1 BGB schwerlich anwendbar sein; vielmehr gehören im Wege der teleologischen Reduktion solche Fallgestaltungen ohne ein bei deliktischem Verjährungseintritt bestehendes besonderes Prozesskostenrisiko aus dem Anwendungsbereich der Norm ausgeklammert.

F. Der Entreichungseinwand nach § 818 Abs. 3 BGB

Zuletzt muss noch darauf hingewiesen werden, dass die Anspruchsteller darauf gefasst sein müssen, dass der Hersteller ihrem Restschadensersatzanspruch aus § 852 Satz 1 BGB den Einwand des Wegfalls der Bereicherung nach § 818 Abs. 3 BGB, also eine Abzugsfähigkeit bereicherungsmindernder Änderungen des „erlangten Etwas“ entgegenhält. Entgegen der überkommenen Lehre und Rechtsprechung, wonach sich nur der gutgläubige Bereicherungsschuldner auf den Entreichungseinwand berufen konnte,⁴⁵ streitet eine starke und vordringende Sichtweise dafür, bereicherungsmindernde Abzüge auch dem bösgläubigen Bereicherungsschuldner zu gestatten und einen „Wegfall der Bereicherung bei verschärfte Haftung“⁴⁶ nach § 818 Abs. 3 BGB unter bestimmten Voraussetzungen zuzulassen.⁴⁷ Auch in der neueren Rechtsprechung lässt sich diese Position auffinden.⁴⁸ Diese Sichtweise führt zur Begründung an, dass die Regelungen zur ver-

schärfte Haftung des bösgläubigen Bereicherungsschuldners in den § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4 BGB lediglich auf die allgemeinen Vorschriften verweisen, keineswegs aber § 818 Abs. 3 BGB *expressis verbis* für ausgeschlossen erklären. Zwar soll – wie schon aus den Motiven zum BGB deutlich wird⁴⁹ – ab dem Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit des Bereicherungsanspruchs bzw. der Kenntnis des Empfängers vom Mangel des rechtlichen Grundes die „bevorzugte Stellung“ des Bereicherungsschuldners verloren gehen und der bösgläubige Bereicherungsschuldner den Bereicherungsgegenstand wie fremdes Vermögen verwalten müssen, sodass er bestimmte treuhänderische Sorgfaltspflichten wahrzunehmen hat.⁵⁰ Zu einer weitergehenden Verschiebung der von den Parteien zu tragenden Risiken besteht aber kein Anlass. Dies führt zur Abzugsfähigkeit von bereicherungsmindernden Nachteilen nach dem „Maßstab der ordnungsgemäßen Verwaltung fremden Vermögens“.⁵¹ Mit anderen Worten: Haben die Vermögensdispositionen des herausgabepflichtigen und seiner Herausgabepflicht bewussten Bereicherer in treuhänderischem Umgang mit dem Bereicherungsgegenstand die Vermögensinteressen des Bereicherungs-

44 Vgl. dazu etwa Nordholtz/Mekat (Hrsg.), Musterfeststellungsklage, 2019; Röthemeyer, Musterfeststellungsklage, 2018; Weinland, Die neue Musterfeststellungsklage, 2018; Deiß/Graf/Salger, BB 2018, 2883; Stadler, ZHR 2018, 623; Klicka/Leupold, VbR 2018, 1; Waclawik, NJW 2018, 2921.

45 Vgl. hierzu Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, 13. Aufl. 1994, Band II/2 BT, § 73 II (S. 309); Looschelders, Schuldrecht BT, 14. Aufl. 2019, § 56 Rn. 20; Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 9. Aufl. 2019, § 12 Rn. 53; Koppensteiner/Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl. 1988, § 15 II 1c) (S. 150 f.); aus der Kommentarliteratur vgl. Schwab in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2017, § 818 Rn. 317; Wendehorst in: BeckOK, BGB, 50. Edition, § 818 Rn. 83, Stand 01.05.2019; Stadler in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. 2018, § 818 Rn. 47; Schäfer, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, 2013, §§ 812 – 822 Rn. 207; aus der Rechtsprechung vgl. insbesondere BGH, Urt. v. 07.01.1971 - VII ZR 9/70 Rn. 22.

46 So der Titel des Beitrags von Einsele in: Festschrift für Martinek, 2020, S. 175 ff.

47 Vgl. dazu Martinek in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK BGB, 8. Aufl. 2017, § 818 Rn. 123 f.; Medicus, JuS 1993, 705, 709 f.; Medicus/Lorenz, Schuldrecht II BT, 18. Aufl. 2018, § 67 Rn. 29; St. Lorenz in: Staudinger, BGB, 2007, § 818 Rn. 52; Reuter in: Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2016, 2. Teilband, § 9 I 2 (S. 430 f.); Flessner, Wegfall der Bereicherung – Rechtsvergleichung und Kritik, 1970, S. 144.

48 BGH, Urt. v. 21.03.1996 - III ZR 245/94 - BGHZ 132, 198, insbesondere 213.

49 Mugdan, Die gesammelten Materialien zum BGB, Motive, 1899 (Neudruck), Bd. II, S. 55, 838 und 841.

50 Reuter in: Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2016, Teilband 2, S. 430; Martinek in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK BGB, 9. Aufl. 2020, § 818 Rn. 111.

51 So Einsele in: Festschrift für Martinek, 2020, S. 175 ff., S. 181 ff.

gläubigers gewahrt und hat er sich insoweit als fremdinteressenwahrender Verwalter geriert, dann kann er dadurch entstandene Vermögensminderungen in Abzug bringen. Der sachliche Hintergrund dieser Betrachtungsweise liegt auf der Hand: Der Bereicherungsschuldner soll sich, auch wenn er (verklagt oder) bösgläubig ist, nicht an Vermögensdispositionen über den Bereicherungsgegenstand gehindert sehen, die den Interessen des Bereicherungsgläubigers dienlich und erwünscht sind und von ihm willkommen geheißen werden müssen; er soll sich nicht zur unter Umständen nutzlosen „Konservierung“ des erlangten Vermögensvorteils, sondern zum verantwortungsvollen Umgang mit dem Bereicherungsgegenstand im Interesse des Bereicherungsgläubigers aufgerufen fühlen, ohne dafür dann mit eigenen Vermögensbeständen haftbar zu sein.

Die vorstehenden Überlegungen weisen einen apodiktischen Plausibilitätsgehalt auf. In casu kommen in der Tat solche Abzugsposten für den Hersteller in Betracht. Der BGH hat in einem seiner „Diesel-Urteile“ vom 30.07.2020 dargestellt,⁵² dass der Hersteller, beginnend mit der an der Kapitalmarkt gerichteten Ad-hoc-Mitteilung vom 22.11.2015, eine „Verhaltensänderung“ ins Werk gesetzt und Maßnahmen der Schadensbeseitigung in Zusammenarbeit mit dem Kraftfahrbundesamt ergriffen hat. Vor allem ging es dabei um die „Entfernung der (schadhaften) Software“ und die „Wiederherstellung der Vorschriftsmäßigkeit“, aber auch um eine Informationskampagne gegenüber der Öffentlichkeit sowie gegenüber den Servicepartnern und Vertragshändlern „über die Verwendung der Umschaltlogik“ und schließlich um die Bereitstellung eines Software-Updates, „um den rechtswidrigen Zustand zu beseitigen“. Die finanzwirtschaftlichen Auswirkungen des „Dieselskandals“ sind in den Einzelheiten zwar noch nicht in öffentlich zugänglicher und verlässlicher Form mit belastbaren sowie bereichsdifferenzierten Zahlen aufgearbeitet, doch gehen die Schätzungen der durch die „Bewältigung des Abgasskandals“ für die VW-AG insgesamt entstandenen Kosten „in die Milliarden“.⁵³ Im September 2020 kursierten Schätzungen im Bereich von 30 Mrd. €⁵⁴ ein jedenfalls nicht unerheblicher Teil davon dürfte auf die Rückruf-, Kommunikations-, Transaktions- und Umrüstungskosten für die etwa 2,8 Millionen betroffenen Fahrzeuge in Deutschland entfallen.

Freilich kommt es für die Rechtsfrage des Entreichereinwands nicht allgemein darauf an, dass sich die Abgasfälle für die VW-AG insgesamt als ein „Verlust- oder Zuschussgeschäft“ darstellen. Die Dogmatik der teleologischen Reduktion des § 852 Satz 1 BGB auf der Rechtsfolgenseite erlaubt lediglich eine bereicherungsmindernde Berücksichtigung solcher Vermögensdispositionen des Bereiche-

rungsschuldners, die im Rahmen von Schadensminderungs- oder -beseitigungsmaßnahmen getroffen wurden und dem wohlverstandenen Interesse des Verletzten dienen. Dies bedeutet aber, dass sich der einzelne Anspruchsteller auf seinen Restschadensersatzanspruch jedenfalls die Kosten der Software-Umrüstung seines Fahrzeugs sowie auch die damit verbundenen anteiligen Kommunikations- und Transaktionskosten anrechnen lassen muss, weil sich der Hersteller insoweit auf einen Bereicherungswegfall nach § 818 Abs. 3 berufen kann. Der Entreichereinwand dürfe damit den Herstellergewinn pro verkauftem Fahrzeug endgültig „auf null reduzieren“.

G. Zusammenfassung

Wer in den Abgasfällen des Dieselskandals nach der Verjährung des Anspruchs aus § 826 BGB einen „Rettungsanker“ für die Geschädigten in dem Restschadensersatzanspruch nach § 852 Satz 1 BGB vermutet, wird sich auf herbe Enttäuschungen gefasst machen müssen. Ausschlaggebend hierfür sind hauptsächlich folgende Befunde: Erstens mindert die Anrechnung der Vorteile, die der Geschädigte aus den Nutzungen seines Kfz gezogen hat, den Schaden des gezahlten Kaufpreises, und zwar über den Verjährungseintritt des ursprünglichen Deliktsanspruchs hinaus; vielfach dürfte die verlängerte Vorteilsanrechnung den Schaden völlig aufgezehrt haben. Der tatsächliche Schadensumfang des Geschädigten und Anspruchstellers aber „deckelt“ den Restschadensanspruch. Zweitens liegt der vom Hersteller aus der unerlaubten Handlung erlangte und abschöpfbare Gewinn – nach den einschlägigen Forschungsergebnissen zur Herstellermarge – im Durchschnitt aller Neufahrzeuge nur im dreistelligen Bereich und im Klein- und Mittelwagensektor sogar deutlich unter 500 €. Drittens sind viele Anspruchsteller als Nachzügler nach Verjährungseintritt ihres ursprünglichen Deliktsanspruchs ohnehin von der Geltendmachung eines Restschadensersatzanspruchs ausgeschlossen, wenn sie „sehenden Auges“ nicht nur die Verjährung, sondern auch die Registrierungsmöglichkeit zur Musterfeststellungsklage 2018 haben verstreichen lassen. Denn die Regelung des § 852 Satz 1 BGB muss – im Licht

52 BGH, Urt. v. 30.07.2020 - VI ZR 5/20; siehe hierzu auch Jaensch, JM 2021, 62 ff. (in diesem Heft).

53 Vgl. Oberhuber, Mit jedem Tag wird die Summe größer in: DIE ZEIT vom 14.10.2015, unter Berufung u.a. auf Fratzscher, Präsident des Deutschen Instituts für Wirtschaftsforschung (DIW).

54 Vgl. die n-tv-Nachricht vom 02.05.2019: www.n-tv.de/wirtschaft/Dieselskandal-kostet-VW-30-Milliarden-Euro-article20999761.html (zuletzt abgerufen am 08.11.2020); vgl. auch FAZ vom 07.02.2019, Falsche Abgaswerte – Dieselskandal kostet VW schon 28 Mrd. € vgl. zur Analyse der VW-Affäre auch jüngst Menzel in: Handelsblatt vom 17.09.2020.

von Sinn und Zweck der Norm – einer teleologischen Reduktion auf solche Fälle unterworfen werden, in denen der Anspruchsteller wegen eines besonderen Prozesskostenrisikos eine zusätzliche „Bedenkzeit“ über den deliktischen Verjährungseintritt hinaus braucht und verdient; die Musterfeststellungsklage war aber gerade auf eine Beseitigung von besonderen Prozesskostenrisiken angelegt. Viertens kann sich der Hersteller bei einer Inanspruchnahme aus § 852 Satz 1 BGB auf einen Wegfall der Bereicherung berufen. Zwar sieht das bereicherungsrechtliche Regelungsprogramm nach traditionellem Verständnis des § 819 Abs. 1 BGB vor, dass dem (vorsätzlich) bösgläubigen Bereicherungsschuldner der Entreicherungseinwand und die Geltendmachung von bereicherungsmindernden Abzugsposten versperrt sein soll. Dies hält indes einer näheren Überprüfung nicht stand. Zu Recht erlaubt eine vordringende Meinung in Literatur und Rechtsprechung auch dem bösgläubigen Bereicherungsschuldner einen Entreicherungseinwand nach § 818 Abs. 3 BGB, wiewohl nur nach dem Maßstab der ordnungsgemäßen Verwaltung fremden Vermögens, d.h. soweit er bei seinen Vermögensdispositionen die wohlverstandenen Interessen des Bereicherungsgläubigers gewahrt hat. Dies bedeutet in den Abgasfällen, dass sich der einzelne Anspruchsteller/Bereicherungsgläubiger auf seinen Restschadensersatzanspruch sämtliche Schadensminderungs- und Schadensbeseitigungsmaßnahmen des Herstellers wie die Kosten der Software-Umrüstung seines Fahrzeugs sowie auch die damit verbundenen anteiligen Kommunikations- und Transaktionskosten anrechnen lassen muss. Damit dürfte der Entreicherungseinwand für den Restschadensersatzanspruch jedenfalls zu einer „Reduktion auf null“ führen. Der vermeintliche „Rettungsanker“ des § 852 Satz 1 BGB erweist sich danach in den Abgasfällen letztlich als „Rohrkrepiierer“.

Unterhalt: Auskunftspflicht des Vaters auch bei hohem Einkommen

BGH, Beschl. v. 16.09.2020 - XII ZB 499/19

W.a. RiAG a.D. Dr. Wolfram Viefhues

A. Problemstellung

Familien mit höherem Einkommen sind in der familienrechtlichen Praxis zwar nicht der Normalfall der sozialen

Wirklichkeit. Die Unterhaltsberechnung in derartigen Fällen löst aber besondere Fragen aus.

Nachdem der BGH zur Berechnung des Ehegattenunterhaltes in zwei Entscheidungen bereits Klarheit geschaffen hat,¹ befasst sich die hier besprochene Entscheidung mit einer solchen Fallgestaltung beim Unterhalt eines minderjährigen Kindes. Auf den ersten Blick dreht es sich nur um den Auskunftsanspruch des Kindes gegen seinen barunterhaltspflichtigen Vater, der mit dem Hinweis auf seine „unbegrenzte Leistungsfähigkeit“ die Auskunft über sein Einkommen verweigert. Die Entscheidung enthält aber wertvolle Hinweise für die unterhaltsrechtliche Behandlung nicht nur dieser Fälle.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die im Jahr 2011 geborene Tochter verlangt von ihrem Vater im Wege des Stufenantrags Auskunft zu seinem Einkommen und Zahlung von Kindesunterhalt. Sie ist Schülerin und lebt bei ihrer Mutter.

Der Antragsgegner hat sich hinsichtlich des Kindesunterhalts für „unbegrenzt leistungsfähig“ erklärt und die Auskunft verweigert. Das Familiengericht hat ihn durch Teilabschluss antragsgemäß zur Auskunft verpflichtet. Sowohl seine Beschwerde als auch seine Rechtsbeschwerde blieben erfolglos.

Verwandte in gerader Linie sind nach § 1605 Abs. 1 Satz 1 BGB einander verpflichtet, auf Verlangen über ihre Einkünfte und ihr Vermögen Auskunft zu erteilen, soweit dies zur Feststellung eines Unterhaltsanspruchs oder einer Unterhaltsverpflichtung erforderlich ist. Lediglich dann, wenn feststeht, dass die begehrte Auskunft den Unterhaltsanspruch oder die Unterhaltsverpflichtung unter keinem Gesichtspunkt beeinflussen kann, ist eine Auskunftsverpflichtung nicht gegeben.

Wenn sich der auf Auskunftserteilung in Anspruch genommene Unterhaltspflichtige für „unbegrenzt leistungsfähig“ erklärt, bedeutet dies, dass er darauf verzichtet, den Einwand fehlender oder eingeschränkter Leistungsfähigkeit zu erheben. Folglich ist er dann im Rahmen der (aktuellen) Unterhaltsfestsetzung an der Erhebung dieses Einwands gehindert. Dann setzt das Gericht den Unterhalt grds. ohne Rücksicht auf seine Leistungsfähigkeit fest.

Der BGH betont auch hier, dass sich dieser Aspekt nur auf die Leistungsfähigkeit bezieht, nicht aber auf den

¹ BGH, Beschl. v. 15.11.2017 - XII ZB 503/16 und BGH, Beschl. v. 25.09.2019 - XII ZB 25/19; dazu Viefhues, jM 2018, 460.

Bedarf des Unterhaltsberechtigten. Damit steht noch nicht fest, dass auch der Unterhaltsbedarf ohne Rücksicht auf die Höhe des Einkommens oder des Vermögens ermittelt werden kann. Folglich kann der Auskunftsanspruch des Kindes gegen den barunterhaltspflichtigen Elternteil nicht allein aufgrund der Erklärung des Unterhaltspflichtigen, er sei „unbegrenzt leistungsfähig“, abgewehrt werden.

Bislang war allerdings nicht abschließend geklärt, wie der Kindesunterhalt zu berechnen ist, wenn das Einkommen des barunterhaltspflichtigen Elternteils den Höchstbetrag der Düsseldorfer Tabelle übersteigt. Der BGH hatte in früheren Entscheidungen eine über die höchste Einkommensgruppe der Düsseldorfer Tabelle hinausgehende Fortschreibung der Tabellenwerte abgelehnt mit der Folge, dass bei hohen Einkommen das minderjährige Kind stattdessen grds. seinen Bedarf konkret darlegen muss. Daran hält der BGH nicht mehr uneingeschränkt fest.

Bereits in seinen eingangs zitierten Entscheidungen zum Ehegattenunterhalt hat der BGH auch für ein über den höchsten Tabellenbetrag der Düsseldorfer Tabelle hinausgehendes Familieneinkommen eine Ermittlung des Unterhaltsbedarfs ohne konkrete Bedarfsermittlung nach der ebenfalls schematischen Quotenmethode zugelassen.

Der BGH stellt noch mal klar, dass sich der Bedarf minderjährige Kinder gem. § 1610 Abs. 1 BGB nach der Lebensstellung des Kindes bemisst, die es regelmäßig bis zum Abschluss seiner Ausbildung von den Eltern ableitet. Dabei kommt es nach der neueren Rechtsprechung des BGH auch beim Unterhalt minderjähriger Kinder auf die Lebensstellung beider Eltern an.² Daher muss auch bei höherem Elterneinkommen sichergestellt bleiben, dass Kinder in einer ihrem Alter entsprechenden Weise an einer Lebensführung teilhaben, die der besonders günstigen wirtschaftlichen Situation ihrer Eltern entspricht.

Das Kind leitet aus Sicht des BGH seinen Lebensstandard von den Eltern ab, ohne an das es an diesem Lebensstandard tatsächlich teilgenommen haben muss. Eine vorausgegangene Gewöhnung des Kindes an den Lebensstandard seiner Eltern ist also nicht erforderlich. Dementsprechend ist ein Kind etwa nicht gehindert, nach Trennung der Eltern einen altersbedingt erhöhten Bedarf oder mit zunehmendem Alter erstmals entstandene Bedarfspositionen geltend zu machen. Ebenso nimmt das Kind – anders als nach dem Stichtag für den Ehegattenunterhalt der geschiedene Ehegatte – an einem späteren Karrieresprung des Unterhaltspflichtigen teil und profitiert vom Splittingvorteil aus einer von diesem geschlossenen neuen Ehe.

C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung knüpft an die Rechtsprechung des BGH zum Ehegattenunterhalt bei „Besserverdienern“ an,³ in denen der BGH der zuvor allgemein gebilligten Abwehr eines Auskunftsanspruchs gegen den unterhaltspflichtigen Ehegatten durch dessen Hinweis auf seine „unbegrenzte Leistungsfähigkeit“ ein Ende bereitet und zudem den Weg zur Berechnung des Ehegattenunterhaltes auch bei höheren Einkommen nach der Einkommensquote eröffnet hat.⁴

Allerdings bleibt dem unterhaltsberechtigten Ehegatten die konkrete Darlegung eines höheren Bedarfs unbenommen.

D. Auswirkungen für die Praxis

Zwar richtet sich der Bedarf minderjähriger Kinder nach der Lebensstellung beider Eltern, jedoch ist die die Unterhaltspflicht des einzelnen Elternteils auf den Betrag begrenzt, den der barunterhaltspflichtige Elternteil aufgrund des von ihm erzielten Einkommens zahlen muss. Der Kindesunterhalt kann daher in der Fallkonstellation des sog. Residenzmodells i.d.R. aufgrund des vom Barunterhaltspflichtigen erzielten gegenwärtigen Einkommens ermittelt werden.

Für die Bemessung des Unterhaltes ergeben sich zwei Wege. Das Kind kann einerseits weiterhin seinen Bedarf konkret berechnen.⁵ Der BGH lässt jedoch abweichend von seiner früheren Rechtsprechung die Unterhaltsfestsetzung auf der Basis einer begrenzten Fortschreibung der in der Düsseldorfer Tabelle enthaltenen Bedarfsbeiträge bis zur Höhe des Doppelten des höchsten darin ausgewiesenen Einkommensbetrags – also in 2020 bis zu 11.000 € – zu.

Jedoch ist beim Unterhalt minderjähriger Kinder zu beachten, dass dieser keine bloße Teilhabe am Luxus der Eltern beinhaltet und naturgemäß erst recht nicht zur Vermögensbildung des unterhaltsberechtigten Kindes dient. Schließlich ist das Maß des den Kindern zu gewährenden Unterhalts auch maßgeblich durch das „Kindsein“ geprägt, berechtigt also

2 Siehe auch BGH, Beschl. v. 11.01.2017 - XII ZB 565/15 Rn. 24 f. m.w.N.; vgl. auch BGH, Beschl. v. 15.02.2017 - XII ZB 201/16; dazu Viefhues, jurisPR-FamR 12/2017, Anm. 2; BGH, Beschl. v. 11.01.2017 - XII ZB 565/15; KG, Beschl. v. 15.11.2017 - 19 WF 87/17; Siede, FamRB 2018, 154.

3 BGH, Beschl. v. 15.11.2017 - XII ZB 503/16, und BGH, Beschl. v. 25.09.2019 - XII ZB 25/19; dazu Viefhues, jM 2018, 460.

4 KG, Beschl. v. 26.06.2019 - 13 UF 89/17.

5 Dazu ausführlich Knatz, FF 2020, 396.

insbesondere nicht zu einer gleichen Teilhabe am Elterneinkommen.

Diese mit dem Kindesunterhalt verbundenen Grenzen werden indessen durch eine Fortschreibung der Düsseldorfer Tabelle noch nicht berührt. Im Vergleich zum Ehegattenunterhalt beinhalten die in der Düsseldorfer Tabelle enthaltenen Steigerungssätze schon keine quotenmäßige (lineare) Beteiligung am Einkommen des Unterhaltspflichtigen. Vielmehr sind die Unterhaltssteigerungen jeweils am Mindestunterhalt orientiert und führen im Zusammenhang mit der Bemessung der Einkommensgruppen dazu, dass die Beteiligungsquote am Elterneinkommen (degressiv) stetig abnimmt. Eine dieses beibehaltende Fortschreibung würde – so der BGH – dementsprechend nur zu moderaten einkommensabhängigen Steigerungen des Kindesunterhalts führen.

E. Bewertung

Die aktuelle Entscheidung des BGH ermöglicht in der Praxis dem unterhaltsberechtigten Kind auch von seinem barunterhaltspflichtigen „Besserverdiener-Elternteil“ einen nach einer Unterhaltstabelle festgelegten Unterhalt durchzusetzen. Damit ist der Weg eröffnet für die Durchsetzung eines angemessenen Unterhaltes auf eine einfachere Weise als durch die vorher erforderliche konkrete Bedarfsbemessung. Zwar hat der BGH offengelassen, wie konkret die – jetzt erlaubte – Fortschreibung der Tabellensätze der Düsseldorfer Tabelle vorzunehmen ist und in seiner Entscheidungsbeurteilung von „gegebenenfalls größer dimensionierten Einkommensgruppen“ gesprochen. Es ist davon auszugehen, dass in Kürze in der Fachliteratur entsprechende Fortschreibungen der Tabelle veröffentlicht werden.

Deliktzinsen und Erwerb nach Aufdeckung der Täuschung im VW-Abgasskandal

BGH, Urt. v. 30.07.2020 - VI ZR 354/19 und VI 5/20

Prof. Dr. Michael Jaensch

A. Problemstellung

Am 18.09.2015 wurde bekannt, dass die VW AG unzulässige Abschalteinrichtungen in Diesel-Fahrzeugen verwendet hat, welche im Prüfstandtest die Stickoxidemissionen im

Vergleich zum Normalbetrieb reduzieren. Eine entsprechende Ad-hoc-Mitteilung erging am 22.09.2015. Im Laufe des Jahres 2016 stellte VW ein Software-Update zur Verfügung, welches die Manipulation beseitigt. Der BGH hat sich im VW-Abgasskandal bereits mehrfach geäußert. Für vertragliche Ansprüche stellte er fest, dass die illegale Abschalteinrichtung einen Sachmangel darstellt und die Neulieferung i.d.R. auch nach einem Modellwechsel möglich ist.¹ Für das Deliktsrecht bejahte er die Haftung von VW wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB.² Am 30.07.2020 ergingen vier weitere Urteile zu deliktrechtlichen Fragen im VW-Abgasskandal,³ von denen zwei Gegenstand dieser Anmerkungen sind.

Die Oberlandesgerichte hatten zur deliktischen Haftung wegen Verletzung eines Schutzgesetzes aufgrund § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6, 27 EG-FGV, Art. 5 VO 715/2007/EG oder § 263 StGB sowie vorsätzlicher, sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB keine einheitliche Linie finden können.⁴ Einige der aufgeworfenen Fragen konnte der BGH mittlerweile klären. Demnach trifft VW die sekundäre Darlegungslast zur Zurechnung von Handlungen des Vorstands und des ehemaligen Leiters der Entwicklungsabteilung nach § 31 BGB.⁵ Im Rahmen von § 826 BGB liegt der Schaden in der Eingehung des ungewollten Vertrags,⁶ der durch das Software-Update nicht entfallen ist.⁷ Schließlich wird ein Abzug für bereits gefahrene Kilometer durch Vorteilsausgleichung vorgenommen.⁸

1 BGH, Beschl. v. 08.01.2019 - VIII ZR 225/17.

2 BGH, Urt. v. 25.05.2020 - VI ZR 252/19; siehe hierzu auch Jaensch, Jm, 2020, 322 ff.

3 BGH, Urt. v. 30.07.2020 - VI ZR 354/19, VI ZR 367/19, VI ZR 297/19 und VI ZR 5/20.

4 Bejahend OLG Koblenz, Urt. v. 12.06.2019 - 5 U 1318/18; OLG Oldenburg, Urt. v. 02.10.2019 - 5 U 47/19; OLG Oldenburg, Urt. v. 21.02.2020 - 6 U 286/19; ablehnend OLG Braunschweig, Urt. v. 20.08.2019 - 7 U 5/18; OLG Braunschweig, Urt. v. 13.08.2019 - 7 U 352/18.

5 BGH, Urt. v. 25.05.2020 - VI ZR 252/19 Rn. 37 ff.; BGH, Urt. v. 30.07.2020 - VI ZR 367/19 Rn. 14 ff.; BGH, Urt. v. 30.07.2020 - VI ZR 397/19 Rn. 13 ff.; ebenso OLG Koblenz, Urt. v. 12.06.2019 - 5 U 1318/18 Rn. 75 ff.; a.A. OLG Braunschweig, Urt. v. 20.08.2019 - 7 U 5/18 Rn. 62 ff.

6 BGH, Urt. v. 25.05.2020 - VI ZR 252/19 Rn. 47 ff.; BGH, Urt. v. 30.07.2020 - VI ZR 354/19 Rn. 19; BGH, Urt. v. 30.07.2020 - VI ZR 397/19 Rn. 18, 22; OLG Oldenburg, Urt. v. 02.10.2019 - 5 U 47/19 Rn. 23 ff.

7 BGH, Urt. v. 25.05.2020 - VI ZR 252/19 Rn. 58; BGH, Urt. v. 30.07.2020 - VI ZR 367/19 Rn. 22; BGH, Urt. v. 30.07.2020 - VI ZR 397/19 Rn. 16; ebenso OLG Koblenz, Urt. v. 12.06.2019 - 5 U 1318/18 Rn. 98; a.A. OLG Braunschweig, Urt. v. 13.08.2019 - 7 U 352/18 Rn. 47 ff.

8 BGH, Urt. v. 25.05.2020 - VI ZR 252/19 Rn. 64 ff.; BGH, Urt. v. 30.07.2020 - VI ZR 354/19 Rn. 11 ff.; BGH, Urt. v. 30.07.2020 - VI ZR 397/19 Rn. 34; ebenso OLG Braunschweig, Urt. v. 20.08.2019 - 7 U 5/18 Rn. 76 ff.; OLG Koblenz, Urt. v. 12.06.2019 - 5 U 1318/18 Rn. 102 ff.; OLG Oldenburg, Urt. v. 02.10.2019 - 5 U 47/19 Rn. 47 ff.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidungen

In den zwei am selben Tage verkündeten Entscheidungen zum VW-Abgasskandal bestätigt der BGH seine Rechtsprechung zur Vorteilsausgleichung. Er nimmt klärend zu den Voraussetzungen von Deliktzinsen nach § 849 BGB und den Auswirkungen eines Fahrzeugerwerbs nach Bekanntmachung der Manipulation Stellung.

I. BGH, Urt. v. 30.07.2020 - VI ZR 354/19

Der Kläger erwarb von einer dritten Person für rund 24.000 € ein gebrauchtes Dieselfahrzeug mit einer Fahrleistung von knapp 57.000 km, welches mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgestattet war. Die Beklagte ist Herstellerin des Fahrzeugs. Der Kläger ließ das angebotene Software-Update nicht durchführen. Gegen eine Betriebsuntersagung erhob er Rechtsmittel und verwendete das Fahrzeug weiter. Er verlangt von der Beklagten u.a. Schadensersatz in Höhe des gezahlten Kaufpreises nebst Zinsen gegen Rückgabe des Fahrzeugs. Zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht betrug die Laufleistung des Pkw rund 255.000 km, womit die beim Erwerb zu erwartende Gesamtlauflistung von 250.000 km überschritten war.

1. Nach Auffassung des BGH sei der Schadensersatz des Klägers unabhängig von der Anspruchsgrundlage im Wege der Vorteilsausgleichung zu reduzieren. Dies gelte auch, wenn der Nutzungsvorteil den Schaden übersteigt und dieser somit vollständig entfällt. Zur Berechnung des Nutzungsvorteils greift er auf die anteilige lineare Wertschwundberechnung zurück und bringt den Kaufpreis in Ansatz. Dabei bemerkt er, es komme allein auf die tatsächlich gezogenen Vorteile an. Daher sei der Umstand, dass das Fahrzeug nicht hätte genutzt werden dürfen, ebenso unerheblich wie der Eintritt eines Schuldner- oder Annahmeverzugs der Beklagten. Zwar werde durch die vollständige Aufzehrung des Schadensersatzanspruchs verhindert, dass der Kläger sich vom ungewollten Kaufvertrag lösen könne. Dies liege aber allein daran, dass der finanzielle Schaden ausgeglichen sei. Eine Begrenzung der Vorteilsausgleichung etwa auf den Wertverlust des Wagens sei nicht geboten. Werde der Schaden erst nach Eintritt der Rechtshängigkeit aufgezehrt, könne der Kläger den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklären.

2. Für eine Verzinsung des noch nicht aufgezehrten Kaufpreises seien die Voraussetzungen von § 849 BGB nach Auffassung des Gerichtshofs nicht erfüllt. Durch den Deliktzins solle lediglich der Verlust der Nutzbarkeit der entzogenen Sache (hier des Kaufpreises) ausgeglichen werden, der durch einen späteren Gebrauch nicht nachgeholt

werden kann. Ein allgemeiner Verzinsungsanspruch für deliktische Schäden führe zur ungerechtfertigten Überkompensation und sei von § 849 BGB nicht gedeckt. Der Kläger habe als Gegenleistung für den Kaufpreis ein tatsächlich voll nutzbares Fahrzeug erhalten. Ungeachtet des Abzugs wegen gezogener Vorteile gleiche die Nutzungsmöglichkeit den Verlust aus, über das Geld verfügen zu können.

II. BGH, Urt. v. 30.07.2020 - VI ZR 5/20

Knapp ein Jahr, nachdem die Beklagte bekannt gegeben hatte, Abschaltvorrichtungen in Dieselfahrzeugen verbaut zu haben, die kurz darauf vom Kraftfahrtbundesamt als unzulässig bewertet wurden, erwarb der Kläger von einer dritten Person ein gebrauchtes Dieselfahrzeug mit unzulässiger Abschaltvorrichtung, für welches er das von der Beklagten entwickelte Software-Update aufspielen ließ. Der Kläger verlangt u.a. Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rückgabe des Fahrzeugs.

1. Nach Auffassung des BGH hat der Kläger wegen Eingehung einer ungewollten Verbindlichkeit keinen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV, welche die Zulassung und Veräußerung von Fahrzeugen unter Beifügung der vom Hersteller ausgestellten Übereinstimmungsbescheinigung regeln, komme als Schutzgesetz nicht in Betracht, da es nicht den Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit und des wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechts des Käufers bezwecke. Dies werde auch nicht von Art. 5 VO 715/2007/EG geschützt, welcher die Verwendung von Abschaltvorrichtungen untersagt. Die Norm diene nur der Begrenzung von Kfz-Emissionen, dem Umweltschutz und der Luftqualität, womit zudem die Gesundheitskosten gesenkt und die Lebenszeit verlängert werden solle. Anderes ergebe sich auch nicht aus dem Grundsatz der möglichst wirksamen Anwendung des Gemeinschaftsrechts (*effet utile*), da die Regelung weder individuelle Käuferinteressen im Blick habe noch dem einzelnen Rechte verleihe. Ein Vorabentscheidungsersuchen lehnt der Gerichtshof ab, da die Rechtslage eindeutig sei.

2. Einen Anspruch aus § 823 Abs. 2, § 31 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB lehnt der BGH wegen fehlender Bereicherungsabsicht der Beklagten ab. Diese setze voraus, dass der erstrebte Vermögensvorteil stoffgleich mit dem Vermögensschaden ist. Ein Schaden läge nur vor, wenn das vom Kläger erworbene Fahrzeug aufgrund der unzulässigen Abschaltvorrichtung nicht den Kaufpreis wert gewesen wäre. Mit diesem etwaigen Vermögensschaden sei jedoch ein erstrebter Vermögensvorteil von Vertretern der

Beklagten oder eines Dritten nicht stoffgleich. Denn aus dem Kaufvertrag zwischen dem Kläger und dem Dritten könne die Beklagte keinen unmittelbaren Vorteil ziehen, noch habe sie beabsichtigt, dem Dritten einen stoffgleichen Vorteil zu verschaffen, um eigene Ziele zu erreichen. Das Ziel der Beklagten sei lediglich gewesen, ihren Gewinn durch die unzulässige Abschaltanlage zu erhöhen. Dies lasse sich zwar durch den Verkauf von Neuwagen erreichen. Bei Gebrauchtwagen könne aber nicht notwendigerweise erwartet werden, einen erhöhten Wert erneut zu erzielen.

3. Schließlich verneint der Gerichtshof auch einen Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB, da die Beklagte den Kläger nicht sittenwidrig geschädigt habe. Sittenwidrig sei ein besonders verwerfliches Verhalten, das gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkender verstößt. Die Verwerflichkeit könne sich zwar aus einer bewussten Täuschung ergeben. Dabei sei jedoch das gesamte Verhalten der schädigenden Beklagten bis zum Schadenseintritt zu berücksichtigen, da erst dann das gesetzliche Schuldverhältnis aus § 826 BGB entsteht. Eine zuvor eingetretene Verhaltensänderung könne daher bereits die Sittenwidrigkeit entfallen lassen. Die Beklagte habe ab September 2015 zahlreiche Schritte unternommen, um zu verhindern, dass potenzielle Käufer arglos darauf vertrauen, die eingebaute Abgastechnik sei zulässig. Damit habe die Beklagte ihre gleichgültige Gesinnung aufgegeben. Ihr könne daher nicht mehr vorgeworfen werden, die Arglosigkeit der Käufer auszunutzen. Im August 2016, als der Kläger das Fahrzeug erwarb, sei das Verhalten der Beklagten nicht mehr einer Täuschung gleichzusetzen. Wurde nach der Verhaltensänderung der Beklagten ein vom Dieselskandal betroffener Wagen erworben, sei dem Käufer nicht sittenwidrig ein Schaden zugefügt worden.

C. Kontext der Entscheidungen

I. Der Schadensersatzanspruch gegen VW aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB scheidet nur beim Erwerb eines Gebrauchtwagens. Beim Kauf eines Neuwagens greift die Argumentation des BGH hingegen nicht, da VW aufgrund der Abgasmanipulation einen höheren Gewinn erzielte, der stoffgleich mit dem Vermögensschaden des Käufers ist, sofern der Wagen aufgrund der Abschaltanlage weniger wert war.

II. Um Gemeinschaftsrecht möglichst wirksam durchzusetzen, befürworten einige unter Berufung auf den *effet utile* und das Effektivitätsprinzip, Gemeinschaftsrecht pauschal als Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB anzuerkennen, ohne dass es auf einen Individualschutzcharakter ankäme.⁹ Dabei werden die gemeinschaftsrechtlichen

Prinzipien jedoch überspannt. Deshalb ist zu begrüßen, dass der BGH dem Grundsatz der möglichst wirksamen Anwendung des Gemeinschaftsrechts (*effet utile*) nicht unbegrenzt Geltung verschafft. Möglichst wirksame Anwendung bedeutet nicht „höchstmögliche“ wirksame Anwendung.¹⁰ Tatsächlich ist der *effet utile*, der als Spielart der teleologischen Auslegung verstanden werden kann,¹¹ aufgrund Art. 5 EUV durch das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und das Subsidiaritätsprinzip begrenzt, sodass die wirksame Anwendung des Gemeinschaftsrechts mit der Autonomie der EU-Mitgliedsstaaten abzuwägen ist.¹² Entgegen der Auffassung des BGH ist es jedoch keineswegs klar, dass der EuGH Art. 5 VO 715/2007 oder Art. 18 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1, Art. 46 Richtlinie 2007/46/EG, die mit §§ 6, 27 EG-FGV umgesetzt wurden, im Rahmen der Vorabentscheidungsersuche¹³ keinen individualschützenden Charakter zusprechen werde. Der EuGH hat einer Richtlinie, die der Eindämmung der Luftverschmutzung und dem Schutz der öffentlichen Gesundheit dient, allein aufgrund dieser Schutzzwecke individualschützenden Charakter zugesprochen.¹⁴ Es ist somit nicht fernliegend, dass er hinsichtlich der VO 715/2007/EG, die gemäß ihrer Erwägungsgründe 4 bis 7 der Verbesserung der Luftqualität und der Senkung der Gesundheitskosten sowie der Lebensverlängerung dient, ebenso entscheiden wird. Die Folge wäre, dass Art. 5 VO 715/2007/EG schließlich doch als Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB anzuerkennen ist.

III. Die Ansicht des Gerichtshofs, die Vorteilsausgleichung selbst bei Verzug von VW nicht zu begrenzen, mag unbillig erscheinen, da eine Prozessverzögerung durch die Beklagte zur Verringerung des Schadensersatzanspruchs aus § 826 BGB führen kann.¹⁵ Sie ist jedoch konsequent, da der BGH allein auf die tatsächlich gezogenen Nutzungen abstellt. Weniger konsequent ist hingegen seine Berechnung des Nutzungsvorteils nach der anteiligen linearen Wertschwundberechnung, bei der er den gezahlten Kaufpreis in Ansatz bringt. Denn zu bedenken ist, dass der

9 So Wagner, AcP 206 (2006), 352, 416 f.; Harke, VuR 2017, 83, 84; dem folgend LG Kleve, Urt. v. 31.03.2017 - 3 O 252/16 Rn. 80; LG Stuttgart, EuGH-Vorlage vom 13.03.2020 - 3 O 31/20 Rn. 159 f., 164; vgl. LG Gera, EuGH-Vorlage vom 30.08.2019 - 7 O 1188/18 Rn. 36 f.

10 W.-H. Roth, WRP 2013, 257, 262.

11 Potac, EuR 2009, 465, 469.

12 Potac, EuR 2009, 465, 476 ff.

13 LG Gera, EuGH-Vorlage vom 30.08.2019 - 7 O 1188/18; LG Stuttgart, EuGH-Vorlage vom 13.03.2020 - 3 O 31/20 - BeckRS 2020, 3558.

14 EuGH, Urt. v. 25.07.2008 - C-237/07 - „Janecek“ Rn. 36 ff.

15 OLG Hamburg, Beschl. v. 13.01.2020 - 15 U 190/19 Rn. 9 ff.; Oechsler in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2018, § 826 Rn. 149a.7., Stand 28.02.2020; Bruns, NJW 2019, 801, 804.

Käufer für den Kaufpreis ein manipuliertes Fahrzeug genutzt hat. Setzt man bei der Berechnung des Nutzungsvorteils schlicht den Kaufpreis an, bleibt der aufgrund des ungewollten Vertrags eingetretene Schaden außer Betracht. Folgerichtig wäre daher, vom Kaufpreis einen entsprechenden Abzug – vorgeschlagen wird mindestens 20 % – vorzunehmen.¹⁶ Aufgrund von Vorabentscheidungsersuchen zur Vorteilsausgleichung im VW-Abgasskandal¹⁷ ist derzeit unklar, ob die BGH-Rechtsprechung Bestand haben wird.

D. Auswirkungen für die Praxis

Mit seinen Urteilen vom 30.07.2020 hat der BGH zu weiteren im VW-Abgasskandal umstrittenen Rechtsfragen die Richtung vorgegeben, indem er u.a. die Verpflichtung von VW, Deliktzinsen zu zahlen, ablehnt,¹⁸ und eine sittenwidrige Schädigung i.S.v. § 826 BGB verneint, sofern der Käufer sein manipuliertes Fahrzeug erst nach Bekanntwerden des Abgasskandals erworben hat.¹⁹

Offen ist weiterhin, wann die deliktischen Ansprüche gegen VW verjähren. Der Beginn der Verjährungsfrist

setzt nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB u.a. voraus, dass der Geschädigte von den den Anspruch begründenden Umständen Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangt haben müsste. Eine Entscheidung des BGH steht zwar noch aus.²⁰ Allerdings deuten seine Überlegungen zur sittenwidrigen Schädigung bei einem Fahrzeugerwerb nach Bekanntwerden des Abgasskandals²¹ darauf hin, dass die Umstände 2015 hinreichend geklärt waren, sodass die Ansprüche mit Ablauf des Jahres 2018 verjährt sind.²²

16 Fervers/Gsell, NJW 2020, 1393, 1396 f.

17 LG Stuttgart, EuGH-Vorlage vom 13.03.2020 - 3 O 31/20; LG Erfurt, EuGH-Vorlage vom 15.06.2020 - 8 O 1045/18.

18 Für einen Verzinsungsanspruch Staudinger, NJW 2020, 641, 645 f.; a.A. Schaub, NJW 2020, 1028, 1032.

19 Für eine Lösung im Einzelfall Petzold, NJW 2020, 1326 ff.

20 Az. VI ZR 290/20.

21 BGH, Ur. v. 30.07.2020 - VI ZR 5/20 Rn. 36 f.

22 Im Ergebnis ebenso LG Saarbrücken, Ur. v. 13.12.2019 - 12 O 56/19 Rn. 19 ff.; OLG München, Beschl. v. 03.12.2019 - 20 U 5741/19 Rn. 3; OLG Oldenburg, Ur. v. 06.02.2020 - 14 U 202/19 Rn. 19; a.A. OLG Oldenburg, Ur. v. 21.02.2020 - 6 U 286/19 Rn. 71.

Verwaltungsrecht

Haftung des Sachverständigen nach § 839a BGB – Rechtsprechung im Überblick (BGH/OLG)

RiBVerwG a.D. Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. Jörg Berkemann

Erstattet ein gerichtlicher Sachverständiger vorsätzlich oder grob fahrlässig ein unrichtiges Gutachten, so ist er zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der einem Verfahrensbeteiligten durch eine gerichtliche Entscheidung entsteht, die auf seinem Gutachten beruht. Der Beitrag wertet vollständig die bisherige Rechtsprechung des BGH und der Oberlandesgerichte zu § 839a BGB aus.¹

A. Grundlagen der neuen Vorschrift

I. Allgemeines

Art. 2 Nr. 5 des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 19.07.2002² hat mit

§ 839a BGB eine eigenständige, systematisch im Umfeld der Amtshaftung angesiedelte Anspruchsgrundlage für die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen normiert. Die Intention des Gesetzgebers war es, die nach bisheriger Rechtslage bestehende Unterscheidung zwischen dem beeidigten und dem nicht beeidigten Sachverständigen

1 Die Datenbank juris verzeichnet zu § 839a BGB 13 BGH-Judikate, 64 OLG-Judikate. Für die Fachzeitschriften gibt die Datenbank 144 Treffer an (jeweils Stand 09.11.2020). Die Abstracts wurden angesehen, ohne deren Inhalt im laufenden Text gesondert anzuführen. Eine frühere Zusammenstellung bietet Lehmann, Der Bausachverständige 2015, 69.

2 BGBl. I, 2674.

gen zu beseitigen. Zudem sollte § 839a BGB damit eine Lücke im Haftungsumfang des gerichtlichen Sachverständigen schließen, der mangels vertraglicher Beziehungen zu den Beteiligten allenfalls bei einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung ersatzpflichtig sein konnte. Die Regelung ersetzt also in ihrem Anwendungsbereich die bisherige allgemeine Deliktshaftung.³ Neben § 839a BGB ist grds. § 826 BGB nicht anzuwenden.⁴ Die rechtlichen Beziehungen zwischen dem Gericht und dem Sachverständigen sind unverändert öffentlich-rechtlicher und nicht privatrechtlicher Natur. Die Pflichten ergeben sich auch aus § 407a ZPO.

II. Wesentliche Änderungen gegenüber der alten Rechtslage

Bis zur Einführung des § 839a BGB war die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen für fehlerhaft erstattete Gutachten unbefriedigend geregelt.⁵ Gerichtliche Sachverständige wurden, auch wenn sie öffentlich bestellt waren, durch den gerichtlichen Auftrag nicht zu Beamten im haftungsrechtlichen Sinn.⁶ Etwas anderes galt und gilt, wenn die Erstattung von gerichtlichen Sachverständigengutachten im Rahmen einer normalen Amtstätigkeit erfolgt (Behördengutachten). In diesem Falle setzt sich § 839 BGB als Haftungsgrundlage gegenüber § 839a BGB durch. Das gilt dann nicht, wenn die Gutachtenerstattung lediglich im Rahmen einer privaten Nebentätigkeit erfolgt. Dann bleibt es bei der Haftung aus § 839a BGB. Das Gericht, welches einen „amtlichen“ Sachverständigen bestellt, sollte sich dieses Unterschiedes bewusst sein (persönliche Auswahl des Sachverständigen) und ihn in seinem Beweisbeschluss zum Ausdruck bringen.

Der Schutzbereich umfasst nunmehr auch reine Vermögensschäden, andererseits ist die Haftung auf vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten beschränkt. Der Anspruch erfasst nach Falllage auch eine Entschädigung wegen immateriellen Schadens (Schmerzensgeld) analog § 249 Abs. 2, § 253 Abs. 2 BGB.⁷

III. Aktiv- und Passivlegitimation

1. Klagender Verfahrensbeteiligter – Anspruchsgegner

Anspruchsberechtigt ist jeder Verfahrensbeteiligte. Der Begriff des Verfahrens ist nicht auf den klassischen Rechtsstreit begrenzt. Auch der Meistbietende (Ersteigerer) im Verfahren der Zwangsversteigerung ist „Verfahrensbeteiligter“ i.S.d. § 839a BGB.⁸ Nach § 839a BGB ist der beklagte Sachverständige persönlich verantwortlich.

2. Unzulässige Streitverkündung

Die von einer Partei gegenüber einem gerichtlichen Sachverständigen erklärte Streitverkündung zur Vorbereitung von Haftungsansprüchen aufgrund im Rechtsstreit erbrachter, angeblich fehlerhafter Gutachterleistungen ist unzulässig.⁹ Der Sachverständige ist kein Dritter i.S.d. § 72 Abs. 1 ZPO. Er steht als neutraler, vom Gericht bestellter „Gehilfe des Richters“ ähnlich dem Richter nicht außerhalb des anhängigen Prozesses. Die Zustellung einer Streitverkündungsschrift ist daher unzulässig. Der Sachverständige ist durch den gleichwohl erklärten Beitritt nicht nach § 41 ZPO ausgeschlossen.¹⁰ Allerdings liegt ein Befangenheitsgrund vor. Dieser muss beizeiten gem. § 43 Abs. ZPO geltend gemacht werden.¹¹ Vorausgesetzt wird die positive Kenntnis des Befangenheitsgrundes.¹² Fahrlässige Unkenntnis genügt nicht. Das kann man sich allerdings bei einem mandatierten Anwalt schwer vorstellen.

B. Haftungsvoraussetzungen des § 839a

Die Haftung erfordert somit einen dreiaktigen Geschehensablauf, nämlich: (1) ein unrichtiges Gutachten, (2) dessen Verwertung in einer gerichtliche Entscheidung, die dadurch fehlerhaft wird, und (3) Begründung eines Schadens.¹³ Es ist also auch hier zwischen einer haftungsbegründenden und einer haftungsausfüllenden Kausalität zu unterscheiden.¹⁴

I. Anwendungsbereich des § 839a

1. Begriff der „gerichtlichen“ Entscheidung

Der Anwendungsbereich des § 839a BGB umfasst sämtliche gerichtliche Entscheidungen. Ein Anspruch nach

3 BGH, Urt. v. 06.02.2003 - III ZR 44/02 Rn. 10.

4 BGH, Urt. v. 25.06.2020 - III ZR 119/19 Rn. 11; BGH, Urt. v. 10.10.2013 - III ZR 345/12 Rn. 14.

5 Vgl. BGH, Urt. v. 20.05.2003 - VI ZR 312/02; BGH, Urt. v. 06.02.2003 - III ZR 44/02.

6 BGH, Urt. v. 20.05.2003 - VI ZR 312/02 Rn. 11; BGH, Urt. v. 06.02.2003 - III ZR 44/02 Rn. 5.

7 Vgl. dies voraussetzend BGH, Urt. v. 24.10.2019 - III ZR 141/18 Rn. 21, 30; vgl. OLG Koblenz, Urt. v. 18.03.2016 - 1 U 832/15.

8 BGH, Urt. v. 09.03.2006 - III ZR 143/05 Rn. 6, ähnlich OLG Braunschweig, Urt. v. 19.01.2017 - 2 U 119/14 Rn. 26.

9 BGH, Urt. v. 19.12.2006 - VIII ZB 49/06 Rn. 5; BGH, Urt. v. 27.07.2006 - VII ZB 16/06 Rn. 11.

10 BGH, Urt. v. 12.01.2006 - VII ZR 207/04 Rn. 8.

11 BGH, Urt. v. 12.01.2006 - VII ZR 207/04 Rn. 10.

12 BGH, Beschl. v. 15.09.2020 - VI ZB 10/20 Rn. 18.

13 Vgl. BGH, Urt. v. 09.03.2006 - III ZR 143/05 Rn. 5; BGH, Urt. v. 30.08.2018 - III ZR 363/17 Rn. 4.

14 BGH, Urt. v. 30.08.2018 - III ZR 363/17 Rn. 4.

§ 839a BGB kommt nur dann in Betracht, wenn auf der Grundlage des Gutachtens gerade durch eine gerichtliche Entscheidung und nicht durch anderweitige Erledigung des gerichtlichen Verfahrens ein Schaden entsteht.¹⁵ § 839a BGB gilt auch für die freiwillige Gerichtsbarkeit. Der Ersteher (Meistbietende) ist „Verfahrensbeteiligter“ (des Zwangsversteigerungsverfahrens) i.S.v. § 839a BGB.¹⁶ Das kann hinsichtlich eines fehlerhaften Wertgutachtens theoretisch zweifelhaft sein. Denn das Wertgutachten dient der Bestimmung des Mindestgebots und damit nur der Vorbereitung der gerichtlichen Entscheidung, nämlich des Zuschlags. Die Spruchpraxis ist über diese Feinheiten hinweggegangen. Es kommt nicht darauf an, ob für das Verfahren ein Richterprivileg i.S.d. § 839 Abs. 2 BGB besteht.¹⁷ Ein selbstständiges Beweisverfahren nach § 485 ZPO wird jedenfalls dann erfasst, wenn sich ein Rechtsstreit anschießt, in dem das Gutachten gem. § 493 Abs. 1 ZPO zugrunde zu legen ist.¹⁸ § 839a BGB gilt nicht für Prüfer nach § 49 AktG, § 323 Abs. 2 HGB.

In seinem Anwendungsbereich verdrängt § 839 BGB als vorrangige Spezialregelung konkurrierende Ansprüche aus § 839a BGB.¹⁹ Ist der Sachverständige im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens aufgrund seines Spezialwissens zur Feststellung von Tatbestandsvoraussetzungen beauftragt worden, wird er hoheitlich tätig. Das ist etwa bei der gerichtsmedizinischen Ermittlung einer Todesursache gemäß den §§ 159, 87 ff. StPO der Fall. Etwaige Fehler des Sachverständigen werden dem Hoheitsträger, der den Auftrag vergeben hat, über § 839 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 34 GG zugerechnet. Nur wenn das nicht der Fall ist, kommt eine direkte Haftung des Sachverständigen, alsdann ggf. in entsprechender Anwendung des § 839a BGB, in Betracht.

2. Analoge Anwendung

§ 839a BGB ist auch analog anwendbar.²⁰ Das ist der Fall, wenn das Gerichtsverfahren durch einen Vergleich erledigt wurde, dessen Abschluss (inhaltlich) das Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen beeinflusst hat.²¹ Die Vorschrift ist ferner analog auf die Haftung eines Sachverständigen anzuwenden, der sein Gutachten in einem Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft erstattet hat.²² Zur Begründung wird entscheidend auf die organisatorische und institutionelle Nähe der Staatsanwaltschaft zum Gericht hingewiesen. Die Staatsanwaltschaft nimmt in der Tat keine typische Behördenfunktion wahr. Daher ist auch die Anklageerhebung als eine „gerichtliche Entscheidung“ i.S.d. § 839 Abs. 1 BGB anzusehen. Bereits die – auf ein (unrichtiges) Sachverständigengutachten zurückgehende – Anklage-

erhebung als solche kann erhebliche ökonomische Nachteile für den Angeschuldigten mit sich bringen.

II. Substantiierungslast des Klägers (Schlüssigkeit)

Das Gericht prüft, ob der Kläger Umstände, aus denen sich eine Unrichtigkeit des Gutachtens und eine gravierende Pflichtverletzung des Gutachters herleiten lassen könnten, beweisenerheblich dargelegt hat. Die Besonderheiten der Arzthaftungsklage kommen dem Kläger nicht zugute. Dort genügt für die Schlüssigkeit ein Mindestmaß an nachvollziehbarem Vorbringen. Das Anforderungsprofil ist dort also niedrigschwellig. Zudem besteht eine erweiterte sekundäre Darlegungslast der Behandlungsseite.²³ Diese geringen Anforderungen an die Darlegungslast werden teilweise kompensiert durch eine verstärkte richterliche Pflicht zur Prozessleitung nach § 139 ZPO.²⁴ Diese Minderung der Substantiierungslast kann nach Ansicht des BGH auf den Regressprozess gegen den Sachverständigen nach § 839a BGB nicht übertragen werden.²⁵ Vermeintliche Nachlässigkeiten oder Unterlassungen des Sachverständigen müssen klar benannt werden. Erst für den Fall einer schlüssigen Darlegung kommt die Einholung eines Sachverständigengutachtens im Regressprozess in Betracht. Es mag sein, dass bereits die sachgemäße „Begründung der Klage“ gutachterliche Hilfe erfordert.

III. Tatbestandsvoraussetzungen

1. „Gerichtlicher“ Sachverständiger

§ 839a BGB erfasst jeden Sachverständigen, der durch ein staatliches Gericht, unabhängig von der Verfahrens-

15 BGH, Urt. v. 09.03.2006 - III ZR 143/05 Rn. 6, 10; OLG Frankfurt, Urt. v. 11.01.2017 - 4 U 38/16 Rn. 12; OLG Nürnberg, Beschl. v. 07.03.2011 - 12 W 456/11 Rn. 13.

16 BGH, Urt. v. 10.10.2013 - III ZR 345/12 Rn. 15; OLG Frankfurt, Urt. v. 02.03.2017 - 3 U 56/07 Rn. 20.

17 BGH, Urt. v. 24.10.2019 - III ZR 141/18 Rn. 19.

18 OLG Frankfurt, Urt. v. 11.01.2017 - 4 U 38/16 Rn. 11.

19 BGH, Urt. v. 06.03.2014 - III ZR 320/12 Rn. 29.

20 Vgl. Thole, Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach § 839a BGB, 2004, S. 199.

21 BGH, Urt. v. 25.06.2020 - III ZR 119/19 Rn. 13, 17, mit kritischer Anmerkung Finkelmeier, NJW 2020, 2474; überholt OLG Koblenz, Beschl. v. 03.03.2015 - 5 U 2/15 Rn. 12; OLG Nürnberg, Beschl. v. 07.03.2011 - 12 W 456/11 Rn. 13.

22 BGH, Urt. v. 06.03.2014 - III ZR 320/12 Rn. 20; BGH, Urt. v. 24.10.2019 - III ZR 141/18 Rn. 14.

23 BGH, Urt. v. 19.02.2019 - VI ZR 505/17 Rn. 17; BGH, Urt. v. 28.06.2016 - VI ZR 559/14 Rn. 14.

24 BGH, Urt. v. 19.02.2019 - VI ZR 505/17221 Rn. 16.

25 BGH, Urt. v. 30.01.2020 - III ZR 91/19 Rn. 2; so auch die Instanzgerichte, etwa OLG Hamm, Urt. v. 16.06.2009 - I-9 U 239/08 Rn. 16; OLG Frankfurt, Beschl. v. 27.04.2018 - 14 W 3/18 Rn. 47.

ordnung und -art, eingesetzt wird. In aller Regel wird ein öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger das Gutachten erstatten. Zwingend ist das nicht. Die öffentliche Bestellung für ein Fachgebiet entfaltet allerdings nur eine gewisse Vermutung für eine besondere Fachkunde. Nach herrschender Ansicht kann nur eine „natürliche“ Person ernannt werden. Das ist zweifelhaft bei demoskopischen Gutachten, etwa in Wettbewerbs- und Markensachen.²⁶ Die Tätigkeit beruht im Zivilprozess regelhaft auf einem Beweisbeschluss, im strafgerichtlichen Verfahren genügt eine Beweisanordnung des Vorsitzenden (vgl. §§ 72 ff. StPO). Einen Rechtsbehelf gegen die Auswahl des Sachverständigen gibt es nicht. Tatsachen, die der Sachverständige selbst erst festgestellt hat, hat er grds. als Befundtatsachen in seinem Gutachten zu erläutern.

2. „Unrichtiges“ Gutachten

a. Unrichtiges als fachlich fehlerhaftes Gutachten

Das erstattete Gutachten muss objektiv „unrichtig“ sein. Eine Vertretbarkeit der Ansicht des Sachverständigen genügt nicht. Die „Richtigkeit“ des Gutachtens ist an Hand der Funktion des Gutachtens zu beurteilen. Ein Verkehrswertgutachten nach § 74a Abs. 5 Satz 1 ZVG ist z.B. dann „unrichtig“ i.S.v. § 839a BGB, wenn der in ihm festzustellende und festgestellte Verkehrswert nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht.²⁷

Verallgemeinernd heißt dies: Unrichtig ist ein Sachverständigengutachten, wenn es nicht der objektiven Sachlage entspricht. Das klingt recht theoretisch. Fächert man die abstrahierende Beschreibung etwas auf, heißt dies: Das Gutachten ist unrichtig, wenn es von einem unzutreffenden Sachverhalt ausgeht, wenn die festgestellten Tatsachen nicht existieren oder die Befunderhebung, soweit nicht vom Gericht vorgegeben, fehlerhaft oder unvollständig ist, oder wenn der Sachverständige aus dem festgestellten Sachverhalt falsche Schlüsse zieht.²⁸ Die objektive Unrichtigkeit kann nicht nur auf einer unzureichenden Tatsachenfeststellung, sondern auch auf Nichtberücksichtigung herrschender Lehrmeinungen beruhen. Kann die Beweisfrage vom Sachverständigen nicht exakt im Sinne einer mathematischen Genauigkeit ermittelt werden, ist ihm ein Bewertungsspielraum zuzugestehen.²⁹ Das ist von fehlerhaften tatsächlichen Annahmen zu unterscheiden.³⁰ Ist nur ein Wahrscheinlichkeitsurteil möglich, dann darf der Sachverständige keine Sicherheit vorspiegeln.³¹ Soll der Gutachter über Erfahrungssätze Auskunft geben, so darf kein Lehrsatz aufgestellt werden, den es nicht oder nicht mehr gibt. Hat der Sachverständige aus einem gegebenen Tatsachenstoff Schlussfolgerungen zu ziehen,

so muss der Schluss zutreffend sein. Eine nicht von der Hand zu weisende abweichende Auffassung ist anzugeben. Nur dann wird der Sachverständige seiner Pflicht gerecht, dem Gericht eine umfassende Entscheidungshilfe zu liefern. Die Abweichung z.B. eines medizinischen Sachverständigengutachtens von den Bewertungen anderer Sachverständiger ist – für sich genommen – kein ausreichender Hinweis auf eine Fehlerhaftigkeit. Verzichtet der Gutachter teilweise auf genauere Feststellungen und macht er dies im Gutachten kenntlich, entfällt ein Anspruch aus § 839a BGB.³²

Der Sachverständige hat gem. § 404a ZPO grds. einer Anweisung des Gerichts zu folgen. Das schließt seine Haftung regelhaft aus. Es liegt in der Entscheidungskompetenz des Gerichts, einem Sachverständigen dazu bestimmte Anknüpfungstatsachen vorzugeben oder aber auch auf die Erhebung von Anknüpfungstatsachen zu verzichten, wenn eine solche nicht möglich ist, das Gericht aber dennoch für seine Entscheidung eine sachverständige Beratung und Aufklärung für notwendig erachtet.

b. Unverwertbarkeit – Nichtverwertung

Von der „Unrichtigkeit“ ist methodisch die Unverwertbarkeit des Gutachtens zu unterscheiden. Die kann unterschiedliche Gründe haben. Ein denkbarer Fall ist die Befangenheit des Sachverständigen (vgl. § 406 Abs. 1 Satz 1, § 42 Abs. 2 ZPO). Die Nichtverwertung des Gutachtens kann auch auf dessen „Unbrauchbarkeit“ beruhen. Erkennt das Gericht dies, kommt es im positiven Sinne von vornherein nicht dazu, dass seine Entscheidung „auf dem erstatteten Gutachten beruht“. Umstritten ist, ob Unverwertbarkeit des Gutachtens einen Anspruch aus § 839a BGB, ggf. in analoger Anwendung, ausschließt. Das OLG Hamm bejaht dies für den Fall des befangenen Sachverständigen.³³ Der Gesetzgeber habe sich mit der Einführung des § 839a BGB für eine Haftungserweiterung für den eng umgrenzten Bereich entschieden und damit gegen das Schaffen einer generellen Haftungsnorm, welches jedes Fehlverhalten des

26 Vgl. Lindacher, GRUR 2016, 242.

27 BGH, Urt. v. 10.10.2013 - III ZR 345/12 Rn. 18; OLG Celle, Beschl. v. 07.07.2015 - 4 U 71/15 Rn. 4.

28 BGH, Urt. v. 10.10.2013 - III ZR 345/12 Rn. 17.

29 BGH, Urt. v. 10.10.2013 - III ZR 345/12 Rn. 20 (Verkehrswertgutachten).

30 OLG Braunschweig, Urt. v. 19.01.2017 - 2 U 119/14 Rn. 47 (Verkehrswertgutachten).

31 OLG Hamm, Urt. v. 14.01.2014 - I-9 U 231/13 Rn. 17.

32 OLG Braunschweig, Urt. v. 19.01.2017 - 2 U 119/14 Rn. 41; OLG Rostock, Urt. v. 27.06.2008 - 5 U 50/08 Rn. 19; OLG Celle, Beschl. v. 06.05.2004 - 4 U 30/04 Rn. 7.

33 OLG Hamm, Beschl. v. 14.01.2014 - 9 U 231/13 Rn. 22.

Sachverständigen, das einen Schaden verursacht, sanktioniere.³⁴ Der BGH ist dieser Striktheit für den Fall des gerichtlichen Vergleichs nicht gefolgt.³⁵ Die vom Sachverständigen bisher erstatteten Gutachten bleiben verwertbar, wenn die den Sachverständigen als befangen ablehnende Partei diesen Grund selbst provoziert hat. Wird ein Sachverständiger von einer Partei mit Erfolg wegen Besorgnis der Befangenhait abgelehnt, so verliert er übrigens seinen Entschädigungsanspruch, wenn er selbst den Ablehnungsgrund durch grobe Fahrlässigkeit oder gar Vorsatz herbeigeführt hat.³⁶

3. Vorsätzliches oder grob fahrlässiges Fehlverhalten

Ein gerichtlich bestellter Gutachter haftet nicht für jedes vorwerfbar unrichtig erstattete Gutachten, sondern nur dann, wenn eine sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht besonders schwerwiegende Pflichtverletzung vorliegt.

a. Objektives Fehlverhalten

Die Mangelhaftigkeit des Gutachtens muss jedenfalls auf grobe Fahrlässigkeit in der gutachterlichen Arbeitsweise des Sachverständigen zurückzuführen sein. Wie stets ist es nicht leicht, für den geforderten Grad der Fahrlässigkeit einen „operativen“ und subsumptionsfähigen Maßstab zu finden. Grobe Fahrlässigkeit erfordert einen in objektiver Hinsicht schweren und in subjektiver Hinsicht nicht entschuldbaren Verstoß gegen die Anforderungen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Diese Sorgfalt muss in ungewöhnlich hohem Maße verletzt worden sein.³⁷ Es muss dasjenige unbeachtet geblieben sein, was im gegebenen Fall jeder Sachkundige hätte erkennen können oder ihm hätte einleuchten müssen.³⁸ Maßgebend ist, dass der Fehler aus Sicht eines Experten der entsprechenden Fachrichtung als schwerwiegend zu qualifizieren ist.

b. Persönliches Verschulden – „grobe“ Fahrlässigkeit

Ein objektiv grober Pflichtenverstoß rechtfertigt für sich allein noch nicht den Schluss auf ein entsprechend gesteigertes persönliches Verschulden, nur weil ein solches häufig damit verbunden ist. Vielmehr ist ein derartiger Vorwurf nur dann gerechtfertigt, wenn eine auch subjektiv schlechthin unentschuld bare Pflichtverletzung vorliegt. Allerdings ist ausgeschlossen, von einem bestimmten äußeren Geschehensablauf und vom Ausmaß des damit einhergehenden objektiven Pflichtverstoßes ohne Weiteres auf innere Vorgänge und damit auf eine gesteigerte subjektive Vorwerfbarkeit zu schließen.³⁹ Es muss dazu eine auch subjektiv schlechthin unentschuld bare Pflichtverletzung vorliegen,

die das in § 276 Abs. 2 BGB bestimmte Maß erheblich überschreitet.⁴⁰ Das bedeutet allerdings nicht, dass eine subjektiv schlechthin unentschuld bare Pflichtverletzung gegeben sein muss.⁴¹ Beachtet ein Sachverständiger z.B. bei der Bewertung des Verkehrswerts eines Grundstücks nicht, dass der Boden wegen einer in unmittelbarer Nachbarschaft betriebenen Chemiefabrik kontaminiert sein könnte, handelte er grob fahrlässig.⁴² Das Gericht darf bei seiner tatrichterlichen Wertung des Verhaltens des Sachverständigen als grob fahrlässig keine wesentlichen Umstände außer Acht lassen. Das läuft faktisch auf eine Art „Amtsermittlung“ hinaus.

In negativer Hinsicht und damit abgrenzend, kommt es nicht darauf an, dass die Unrichtigkeit des Gutachtens jedermann, auch den entscheidenden Richtern, aufgrund naheliegender Überlegungen hätte einleuchten müssen.⁴³ Die Perspektive ist die des Sachkundigen. Diese Beschränkung der Haftung des vom Gericht beauftragten Gutachters dient dessen innerer Freiheit.⁴⁴ Derer bedarf er, um sein Gutachten unabhängig und ohne Druck eines möglichen Rückgriffs erstatten zu können. Um den Grad des Verschuldens eines Sachverständigen zuverlässig beurteilen zu können, bedarf es vielfach der Hinzuziehung eines Sachverständigen für das betroffene Fachgebiet; dessen Einschätzung über die Professionalität des gerichtlichen Sachverständigen des Ausgangsverfahrens ist für den Regressrichter zwar nicht bindend, doch muss er sich damit nachvollziehbar auseinandersetzen. Dass das Erstgericht die Arbeit des Sachverständigen „gebilligt“ hat, ist nicht geeignet den Vorwurf des groben Verschuldens auszuschließen. Das Revisionsgericht kann nur überprüfen, ob der Trichter den Begriff der groben Fahrlässigkeit verkannt oder bei der Beurteilung des Verschuldensgrades wesentli-

34 Zur Entstehungsgeschichte „Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften“ v. 07.12.2001 (BT-Drs. 14/7752, S. 27 f.).

35 BGH, Urt. v. 25.06.2020 - III ZR 119/19 Rn. 13, 17.

36 OLG Köln, Beschl. v. 08.09.2011 - 5 W 34/11 Rn. 6.

37 BGH, Urt. v. 02.07.2005 - VI ZR 83/04 Rn. 13. Zur Beurteilung eines Behandlungsfehlers als „grob“ vgl. BGH, Urt. v. 25.10.2011 - VI ZR 139/10 Rn. 9.

38 BGH, Urt. v. 10.10.2013 - III ZR 345/12 Rn. 26, 27; OLG Braunschweig, Urt. v. 19.01.2017 - 2 U 119/14 Rn. 54.

39 BGH, Urt. v. 10.10.2013 - III ZR 345/12 Rn. 28; großzügiger BGH, Urt. v. 08.07.1992 - IV ZR 223/91 Rn. 17.

40 BGH, Urt. v. 10.10.2013 - III ZR 345/12 Rn. 26; vgl. auch BGH, Urt. v. 11.07.2007 - XII ZR 197/05 Rn. 13.

41 BGH, Urt. v. 17.02.2009 - VI ZR 86/08 Rn. 11.

42 OLG Celle, Urt. v. 31.07.2013 - 4 U 15/13 Rn. 32.

43 BGH, Beschl. v. 24.07.2014 - III ZR 412/13 Rn. 3; BGH, Urt. v. 10.10.2013 - III ZR 345/12 Rn. 27.

44 BGH, Urt. v. 10.10.2013 - III ZR 345/12 Rn. 27; OLG Braunschweig, Urt. v. 19.01.2017 - 2 U 119/14 Rn. 38.

che Umstände außer Betracht gelassen habe. Von grundsätzlicher Bedeutung ist diese Frage in aller Regel nicht.

c. Verschuldensgrad als Rechtsfrage

Ob die Unrichtigkeit auf „grober“ Fahrlässigkeit beruht, ist eine Rechtsfrage und daher einer Beweiserhebung nicht zugänglich. Das schließt nicht aus, dass es für das Regressgericht geboten sein kann, sich sachverständig beraten zu lassen. Der Kläger muss die „ausfüllenden Tatsachen“ für die Schlüssigkeit vortragen. Das ist im Hinblick auf die Wertungsabhängigkeit des Begriffs nicht ganz einfach. Sind Gerichte zweier Instanzen dem – angeblich fehlerhaften – Sachverständigengutachten gefolgt, erhöht dies die Darlegungslast des Klägers. Er muss erläutern, aus welchen mutmaßlichen Gründen die Gerichte die grob fahrlässige Fehlerhaftigkeit des Gutachtens übersehen haben sollen.

4. Ursächlichkeit – Haftungsbegründe Kausalität

Die Mangelhaftigkeit muss sich als Entscheidungsgrundlage auf eine gerichtliche Entscheidung ausgewirkt haben, muss also „tragend“ für die seinerzeitige Entscheidung geworden sein. Dafür sind die Entscheidungsgründe maßgebend. § 839a Abs. 1 BGB umschreibt die erforderliche Kausalität mit den Worten, dass die schadensstiftende gerichtliche Entscheidung „auf diesem Gutachten beruht“. Bei einem über zwei Instanzen geführten Rechtsstreit ist auf die zeitlich zuletzt ergangene, verfahrensabschließende gerichtliche Entscheidung abzustellen.

Es reicht aus, wenn das Gutachten „mitursächlich“ geworden ist, also neben anderen Beweismitteln zur Überzeugungsbildung des Erstgerichts beigetragen hat. Maßgebend sind die Urteilsgründe. Vollzieht sich die gerichtliche Entscheidungsfindung über mehrere Stufen, von denen die jeweils folgende auf der vorangegangenen aufbaut, so kann haftungsbegründende Entscheidung nicht nur diejenige auf der Stufe sein, auf der das Sachverständigengutachten eingeholt worden ist, sondern auch die folgende Endentscheidung.⁴⁵ Eine Haftung des gerichtlichen Sachverständigen gem. § 839a BGB ist ausgeschlossen, wenn die behauptete fehlerhafte gutachterliche Stellungnahme nicht entscheidungserheblich war, die Klage vielmehr wegen fehlender objektiver Beweismittel abgewiesen wurde. Ein Beruhen fehlt, wenn das Gutachten für die Entscheidung ohne Bedeutung war, also wenn die Klage z.B. aus Rechtsgründen abgewiesen worden ist oder das Gericht die durch den Sachverständigen an sich zu klärende Beweisfrage offengelassen hat.

IV. Beweislast

Der Kläger trägt die Darlegungs- und Beweislast für alle haftungsbegründenden Tatsachen, insbesondere für die Kausa-

lität zwischen Gutachten und Entscheidung, den Schaden und die Kausalität zwischen Entscheidung und Schaden. Den Kläger trifft die Darlegungs- und Beweislast auch für Tatsachen, aus denen sich ergibt, dass der Sachverständige in objektiver Hinsicht schwer und in subjektiver Hinsicht nicht entschuldbar gegen die Anforderungen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verstoßen hat. Das zwingt ihn, aufklärungsfördernde Beweisanträge zu stellen.

C. Rechtsfolge: Schadensersatzpflicht

Für die haftungsausfüllende Kausalität ist maßgebend, wie der Ausgangsprozess bei Vorlage eines richtigen Gutachtens des Sachverständigen richtigerweise hätte entschieden werden müssen.⁴⁶ Zum ersatzfähigen Schaden i.S.d. § 839a BGB gehört jeder durch das unrichtige Gutachten und die darauf beruhende gerichtliche Entscheidung adäquat verursachte und in den Schutzbereich der verletzten Sachverständigenpflicht fallende Vermögensschaden.⁴⁷

Eine Entscheidung „beruht“ auf dem Gutachten, wenn die Entscheidung des Gerichts ohne das (unterstellt fehlerhafte) Gutachten anders ausgefallen wäre, die Entscheidung also einen anderen Inhalt gehabt hätte. Das Gericht im Regressprozess hat dazu zu prüfen, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtgemäßem Verhalten des Sachverständigen genommen hätten. Der Regressrichter prüft also, wie nach seiner Auffassung der Vorprozess richtigerweise hätte entschieden werden müssen.⁴⁸ Die Feststellung, wie der Prozess richtigerweise hätte entschieden werden müssen, ist abweichend vom Regelbeweismaß des § 286 ZPO nach § 287 ZPO zu treffen, weil es sich um ein Element der schadensausfüllenden Kausalität handelt.⁴⁹

Der zu leistende Schadensersatz soll die Vermögenslage herstellen, die bei pflichtgemäßem Verhalten des Sachverständigen eingetreten wäre. Maßgebend ist die Ansicht des über den Schadensersatzanspruch erkennenden Gerichts. Das ist gesicherte Rechtsprechung des BGH zum Amtshaftungsrecht.⁵⁰ Für die an § 839 BGB angelehnte Haftung nach § 839a BGB kann nichts anderes gelten.⁵¹ Für den Schadensumfang gelten die Beweiserleichterun-

45 BGH, Urt. v. 09.03.2006 - III ZR 143/05 Rn. 10.

46 BGH, Urt. v. 30.08.2018 - III ZR 363/17 Rn. 6; BGH, Urt. v. 09.03.2006 - III ZR 143/05 Rn. 13.

47 BGH, Urt. v. 10.10.2013 - III ZR 345/12 Rn. 36.

48 Vgl. BGH, Urt. v. 28.09.2000 - Z IX ZR 6/99 Rn. 30 (auch zur Änderung der Rechtsprechung); BGH, Urt. v. 13.06.1996 - IX ZR 233/95 Rn. 7.

49 BGH, Urt. v. 24.03.1988 - IX ZR 114/87 Rn. 37.

50 BGH, Urt. v. 11.03.2010 - N III ZR 124/09 Rn. 11.

51 BGH, Urt. v. 30.08.2018 - III ZR 363/17 Rn. 6 gegen Mäsch, AnwBl 2009, 855.

gen des § 287 ZPO. Demnach reicht für die richterliche Überzeugungsbildung eine überwiegende, freilich auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit.⁵² Das wirkt sich auch auf die Darlegungslast des Geschädigten aus. Über die Frage, wie ein vorausgegangener Rechtsstreit ohne den Fehler hätte enden müssen, ist im Regressprozess auch dann gem. § 287 ZPO zu entscheiden, wenn das Ausgangsverfahren nach dem Amtsermittlungsgrundsatz zu führen war.⁵³ An die Darlegung eines hypothetischen Geschehens dürfen ohnedies keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden.

D. Begrenzungen des Anspruchs

I. Ausschluss der Ersatzpflicht gem. § 839a Abs. 2 BGB i.V.m. § 839 Abs. 3 BGB

Die Ersatzpflicht tritt im Sinne des Primärrechtsschutzes nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Das Unterlassen eines Rechtsmittels kann zu einer Haftungsfalle für den im Ursprungsverfahren tätig gewesenenen Rechtsanwalt werden. Die Darlegungs- und Beweislast trägt der Schädiger.⁵⁴

1. Weiter Begriff des Rechtsmittels

Als „Rechtsmittel“ kommen auch solche Behelfe in Betracht, die sich unmittelbar gegen das fehlerhafte Gutachten selbst richten und die bestimmt und geeignet sind, eine auf das konkrete Gutachten gestützte gerichtliche Entscheidung zu verhindern.⁵⁵ Dazu gehört in jedem Falle die Berufung gegen ein erstinstanzliches Urteil bis sämtliche Einwendungen gegen die Richtigkeit des Gutachtens „abgearbeitet“ sind. Erweiternd sind gemeint alle prozessualen Antragsmöglichkeiten im weitesten Sinne. Hierzu zählen alle innerprozessualen Behelfe, etwa gem. §§ 411, 410 ZPO.⁵⁶ An Anträge, den Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung seines Gutachtens zur Anhörung laden, ist unbedingt zu denken.⁵⁷ Für die Frage, ob die Ladung eines Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung des von ihm erstatteten Gutachtens geboten ist, kommt es nicht darauf an, ob das Gericht selbst noch Erläuterungsbedarf sieht.⁵⁸ Das gilt bis zur Grenze des prozessualen Missbrauchs. Die mündliche Befragung und Erläuterung ist ein taugliches Mittel, entweder die Mängel des Gutachtens in befriedigender Weise zu beheben oder diese Mängel so deutlich hervortreten zu lassen, dass dem Gericht die Überzeugung von der Unbrauchbarkeit des Gutachtens vermittelt wird.⁵⁹ Es wird nicht genügen, statt dessen ein Privatgutachten vorzulegen. Das ist allerdings umstritten.⁶⁰ Das Einholen eines Privatgutachtens zählt nach Ansicht des BGH nicht zu den „Rechtsmitteln“ i.S.v. § 839a Abs. 2, § 839 Abs. 3

BGB.⁶¹ Die Einholung eines Privatgutachtens ist dem Betroffenen regelmäßig unzumutbar und kann aus diesem Grund nicht als Rechtsmittel i.S.d. 839a Abs. 2 BGB i.V.m. § 839 Abs. 3 BGB angesehen werden. Auch formelle Beweisangebote auf Einholung eines neuen (Ober-)Gutachtens (vgl. § 412 ZPO) sind ein „Rechtsbehelf“ in diesem erweiterten Sinne.⁶² Die Vorlage eines Privatgutachtens kann die Aussicht erhöhen, dass das Prozessgericht einem Antrag auf Einholen eines neuen (Ober-)Gutachtens folgt. Insgesamt zeigt die Judikatur, dass der mandatierte Anwalt bei einem umstrittenen und klärungsbedürftigen Sachverhalt „hellwach“ sein muss. Hat der Kläger im Vorprozess eine nach § 411 Abs. 4 Satz 2 ZPO gesetzte Frist zur inhaltlichen Stellungnahme (Rüge) versäumt, ist er mit seinem Vorbringen im Regressprozess ausgeschlossen.⁶³

2. Schuldhafter Nichtgebrauch

Der Nichtgebrauch des Rechtsmittels muss dem Geschädigten im Sinne eines „Verschuldens gegen sich selbst“ vorwerfbar sein. Ein Behelf muss möglich, zumutbar und erfolgversprechend sein, damit sein Nichtgebrauch zu einem Anspruchsverlust führt.⁶⁴ Daran kann es bei einer an sich möglichen Nichtzulassungsbeschwerde fehlen, wenn offensichtlich kein Zulassungsgrund gegeben ist.⁶⁵ Bringt sich der Kläger im Vorprozess selbst durch unzulänglichen Sachvortrag oder sonstige Nachlässigkeiten schuldhaft um den Erfolg eines eingelegten Rechtsmittels, kann dies nach § 839 Abs. 3 BGB zum Verlust des Regressanspruchs führen. Ob neben § 839a Abs. 3 ein Mitverschulden gem. § 254 BGB zu beachten ist, mag zweifelhaft sein.⁶⁶

52 BGH, Urt. v. 23.11.2006 - IX ZR 21/03 Rn. 21; BGH, Urt. v. 03.12.1999 - IX ZR 332/98 Rn. 10.

53 BGH, Urt. v. 13.06.1996 - IX ZR 233/95 Rn. 13 unter Aufgabe von BGH, Urt. v. 09.03.1988 - IVb ZB 11/85.

54 BGH, Urt. v. 09.10.2003 - III ZR 342/02 Rn. 15.

55 BGH, Urt. v. 24.10.2019 - III ZR 141/18 Rn. 23.

56 BGH, Beschl. v. 28.07.2006 - III ZB 14/06 Rn. 11; BGH, Urt. v. 05.07.2007 - III ZR 240/06 Rn. 8 ff.

57 BGH, Urt. v. 05.07.2007 - III ZR 240/06 Rn. 8; OLG Frankfurt, Urt. v. 11.01.2017 - 4 U 38/16 Rn. 13; OLG München, Urt. v. 25.07.2013 - 1 U 615/13 Rn. 27.

58 BGH, Urt. v. 10.07.2018 - VI ZR 580/15 Rn. 8; BGH, Urt. v. 21.02.2017 - VI ZR 314/15 Rn. 3.

59 OLG Hamm, Beschl. v. 02.11.2010 - 6 U 131/10 Rn. 16.

60 Bejahend OLG Celle, Urt. v. 20.07.2016 - 4 U 102/13 Rn. 17, 27; OLG Celle, Urt. v. 10.11.2011 - 13 U 84/11 Rn. 18; verneinend vgl. laufender Text.

61 BGH, Beschl. v. 27.07.2017 - III ZR 440/16 Rn. 7 als obiter dictum. Informativ OLG Braunschweig, Urt. v. 19.01.2017 - 2 U 119/14.

62 BGH, Beschl. v. 28.07.2006 - III ZB 14/06 Rn. 11.

63 Vgl. OLG Braunschweig, Urt. v. 19.01.2017 - 2 U 119/14 Rn. 35.

64 BGH, Beschl. v. 30.06.2016 - III ZR 316/15 Rn. 2.

65 Vgl. BGH, Urt. v. 05.07.2007 - III ZR 240/06 Rn. 9.

66 Bejahend OLG Celle, Urt. v. 31.07.2013 - 4 U 15/13 Rn. 46.

Fehlerhaftes Verhalten des mandatierten Rechtsanwaltes muss der Geschädigte sich gem. § 254 Abs. 2 Satz 2, § 278 BGB zurechnen lassen.⁶⁷

II. Verjährung

Im Grundsatz gilt auch für § 839a BGB die infolge der Schuldrechtsreform 2002 von 30 auf drei Jahre reduzierte Regelverjährungsfrist des § 195 BGB.⁶⁸ Die Verjährung beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB) und der Gläubiger, d.h. der Geschädigte, von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB). Grob fahrlässige Unkenntnis wird insoweit der positiven Kenntnis gleichgestellt. Eine Wissenszurechnung des im Erstprozess mandatierten Anwaltes folgt aus § 166 Abs. 1, § 242 BGB.⁶⁹

Nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung hemmt die Inanspruchnahme des Primärrechtsschutzes i.S.d. § 839a Abs. 2, § 839 Abs. 3 BGB in (entsprechender) Anwendung des § 204 Abs. 1 BGB die Verjährung. Das entspricht der ständigen Rechtsprechung des BGH zu § 839 Abs. 3 BGB⁷⁰ und ist aufgrund der in § 839a Abs. 2 BGB angeordneten Verweisung folgerichtig.

67 BGH, Urt. v. 24.10.2019 - III ZR 141/18 Rn. 25.

68 OLG Frankfurt, Urt. v. 11.01.2017 - 4 U 38/16 Rn. 18.

69 Vgl. OLG Frankfurt, Urt. v. 11.01.2017 - 4 U 38/16 Rn. 19.

70 BGH, Urt. v. 12.05.2011 - III ZR 59/10 Rn. 55; BGH, Urt. v. 10.02.2011 - III ZR 37/10 Rn. 35.

Der Fall der konkurrierenden Windmühlen BVerwG, Urt. v. 25.06.2020 - 4 C 3/19

RiBVerwG Dr. Andreas Decker

A. Problemstellung

„Konkurrenz belebt das Geschäft“, sagt der Volksmund. Aber gilt das auch für Windenergieanlagen oder trifft hier nicht die aus der Jagd stammende Weisheit „Den letzten beißen die Hunde“ eher zu, wenn zwei Anlagen so in räumlicher Nähe zueinander errichtet werden sollen, dass letztlich nur eine der beiden Windmühlen uneingeschränkt betrieben werden kann? Müssen sich die Bauherren ggf. arrangieren oder genießt eine Anlage Vorrang und ggf. wel-

che und nach welchen Maßstäben? Vor diesen Fragen stand das BVerwG im Verfahren 4 C 3/19.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der komplexe Sachverhalt des Urteils soll hier auf das Wesentliche reduziert werden. „Aufhänger“ war untypischer Weise eine Entscheidung über die Einschränkung eines Vorbescheids für eine Windenergieanlage im Wege einer Teilrücknahme nach § 48 VwVfG NRW (entspricht § 48 VwVfG des Bundes). Dabei ging es letztlich um die Klärung der Frage, welche von zwei sich gegenseitig beeinträchtigenden Windenergieanlagen auf die jeweils andere Rücksicht nehmen muss.

Die Kläger beantragten am 06.05.2010 einen immissionsschutzrechtlichen Vorbescheid für eine Windenergieanlage, in welchem u.a. über die Zulässigkeit der Anlage unter Turbulenzintensitätsgesichtspunkten entschieden werden sollte, da beabsichtigt war, die Anlage in einem Windpark zu errichten. Die Antragsunterlagen waren am 15.03.2013 vollständig. Unter dem 17.07.2013 erging der Vorbescheid im Wesentlichen antragsgemäß.

Die Beigeladene legte gegen den Vorbescheid Widerspruch ein, weil sie beabsichtigte, etwa 200 m vom geplanten Standort der Windenergieanlage der Kläger entfernt im selben Windpark ebenfalls eine Windmühle zu errichten. Hierfür beantragte sie etwa 1½ Monate nach den Klägern die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung; ihre Antragsunterlagen waren am 12.06.2013 vollständig eingereicht. Mit Bescheid vom 21.01.2014 erhielt die Beigeladene die beantragte Genehmigung. Mit Bescheid vom gleichen Tag nahm der Beklagte den unter dem 17.07.2013 erteilten Vorbescheid mit Wirkung für die Vergangenheit im Hinblick auf die Turbulenzintensität zurück. Unter Hinweis auf die Teilrücknahme gab er dem Widerspruch der Beigeladenen statt.

Die Kläger haben gegen den Rücknahmebescheid Klage erhoben. Diese hatte in allen Instanzen Erfolg. Das BVerwG hat das Oberverwaltungsgericht darin bestätigt, dass der Vorbescheid nicht zurückgenommen werden durfte, weil er hinsichtlich der Turbulenzintensität rechtmäßig gewesen sei. Der Beklagte habe im Vorbescheid zutreffend der Anlage der Kläger den Vorrang zuerkannt. Im Einzelnen:

I. Zentral war für den Fall der Gesichtspunkt der sog. Turbulenzintensität, eine auch als Nachlaufeffekt bezeichnete Wirkung von Windenergieanlagen. Die Rotorblätter der Anlage entziehen dem Wind Bewegungsenergie, der im Übrigen ungehindert an ihr vorbeiströmt. Auf der windabgewandten Seite entstehen unterschiedliche Windgeschwindigkeiten, die infolge der Rotorbewegung einen Luftwirbel bilden. Auf eine windabgewandte Anlage in geringer Entfernung wirken

damit wechselnde Lasten ein, die zu einem höheren Verschleiß bis hin zu einer Gefährdung der Standsicherheit führen können. Die Beeinträchtigung wird vermieden, wenn bei bestimmten Windrichtungen eine der Anlagen abgeschaltet wird. Dies kann die Anlage sein, die im Wind steht, aber auch die windabgewandte Anlage, die im Trudelbetrieb größere Lasten aufnehmen kann.¹ Aufgrund der räumlichen Nähe und der geplanten Situierung der beiden Windenergieanlagen stand hier fest, dass sie sich gegenseitig stören würden, mithin nicht gleichzeitig (uneingeschränkt) betrieben werden können.

II. Damit rückte die Frage in den Fokus, ob der Beklagte der Windenergieanlage der Kläger zu Recht den Vorrang eingeräumt hatte. Nach Auffassung des BVerwG (und der Vorinstanzen) war das der Fall. Denn stehen zwei immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Anlagen in einer echten Konkurrenzsituation, befinden sich beide (potenziell) sowohl in der Rolle des Störers als auch des Gestörten und stimmt die Art der Störung überein, ist es regelmäßig sachgerecht und damit rechtlich geboten, die Frage des Vorrangs nach dem Prioritätsprinzip zu beantworten. Das Prioritätsprinzip gilt dabei auch im Verhältnis von immissionsschutzrechtlichem Vorbescheid und Genehmigung.

C. Kontext der Entscheidung

I. Wird für eine Windenergieanlage eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung beantragt, dann ist im Genehmigungsverfahren auch die Turbulenzintensität zu prüfen. Das folgt zunächst aus § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG, wonach sicherzustellen ist, dass die sich aus § 5 BImSchG ergebenden Pflichten erfüllt werden. Gem. § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG sind genehmigungsbedürftige Anlagen u.a. so zu errichten und zu betreiben, dass zur Gewährleistung eines hohen Schutzniveaus für die Umwelt insgesamt schädliche Umwelteinwirkungen und sonstige Gefahren, erhebliche Nachteile und erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit und die Nachbarschaft nicht hervorgerufen werden können. Turbulenzen sind Immissionen i.S.v. § 3 Abs. 2 BImSchG, da sie Erschütterungen ähneln.² Es kann sich bei Ihnen nach § 3 Abs. 1 BImSchG um schädliche Umwelteinwirkungen handeln, wenn sie nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizuführen. Die Turbulenzintensität kann Bedeutung auch nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG erlangen. Das gilt einerseits im Hinblick auf die bauordnungsrechtlich erforderliche Standsicherheit der Anlage(n) (z.B. § 15 Abs. 1 Satz 2 BauO NRW 2000), andererseits in Bezug auf die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit,

denn einer nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB im Außenbereich privilegierten Anlage steht der Belang des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BauGB entgegen, wenn sie schädliche Umwelteinwirkungen hervorrufen kann.

Nach § 9 Abs. 1 BImSchG soll auf Antrag u.a. über einzelne Genehmigungsvoraussetzungen entschieden werden, sofern die Auswirkungen der geplanten Anlage ausreichend beurteilt werden können und ein berechtigtes Interesse an der Erteilung des Vorbescheids besteht. Da es sich bei der Turbulenzintensität um eine solche Genehmigungsvoraussetzung handelt, kann hierüber auch im Vorbescheid befunden werden. Der den Klägern erteilte Vorbescheid war daher insofern nicht zu beanstanden.

II. Das Immissionsschutzrecht regelt nicht, welcher genehmigungspflichtigen Anlage Vorrang vor einer gleichartigen genehmigungspflichtigen Anlage einzuräumen ist, wenn – wie hier – beide Anlagen in einer echten Konkurrenzsituation stehen. Nach Auffassung des BVerwG ist es regelmäßig sachgerecht und damit rechtlich geboten, diese Frage nach dem Prioritätsprinzip zu beantworten.³ Denn die Immissionsschutzbehörde muss auf einen Antrag hin tätig werden (vgl. § 22 Satz 2 Nr. 1 VwVfG), hat jedes Verwaltungsverfahren zügig durchzuführen (§ 10 Satz 2 VwVfG) und darf gleichliegende Verfahren nicht ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandeln (Art. 3 Abs. 1 GG), sodass sie einen früher eingegangenen Antrag grds. auch früher zu bearbeiten hat.⁴ Diese Pflicht ist auch für die materiell-rechtliche Frage von Bedeutung, welcher Anlage der Vorrang zukommt. Sie ist ein Ordnungsprinzip,⁵ von dem die Behörde nur mit hinreichenden Gründen abweichen darf. Fehlen solche Gründe, gebührt dem früheren Vorhaben der Vorrang.

III. Aber gilt das Prioritätsprinzip auch im Verhältnis von immissionsschutzrechtlicher Vollgenehmigung zum Vorbescheid? Das BVerwG hat das – entgegen Stimmen in der Literatur⁶ – bejaht und sein Ergebnis mit der Funktion des Vorbescheids als vorweggenommener verbindlicher Ausschnitt aus dem feststellenden Teil einer etwaigen Anlagengenehmigung hergeleitet. Damit kann auch ein Vorbescheid den Vorrang einer Anlage an einem bestimmten Standort hinsichtlich eines

1 Albrecht/Zschiegner, UPR 2019, 90, 91.

2 OVG Koblenz, Urt. v. 26.06.2018 - 8 A 11691/17.

3 OVG Koblenz, Beschl. v. 18.06.2018 - 8 B 10260/18; OVG Koblenz, Beschl. v. 22.02.2019 - 8 B 10001/19; VGH München, Beschl. v. 13.05.2014 - 22 CS 14/851.

4 BVerwG, Urt. v. 15.05.2019 - 7 C 27/17.

5 Rolshoven, NVwZ 2006, 516, 522.

6 Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 2019, Rn. 544 f.

bestimmten Konflikts sichern. Ob er eine solche Entscheidung trifft, ist ggf. durch Auslegung zu bestimmen.

IV. Klärungsbedürftig ist damit, worauf es für die Begründung des Vorrangs ankommt. In Betracht kommen die Antragstellung, der Zeitpunkt, zu dem vollständige und prüffähige Antragsunterlagen vorliegen, der Entscheidungsreife des Genehmigungsantrages und schließlich der Erteilung der Genehmigung selbst. Das BVerwG hat sich für den Zeitpunkt des Vorliegens eines prüffähigen Genehmigungsantrages entschieden. Prüffähige Unterlagen liegen dann vor, wenn die Unterlagen sich zu allen rechtlich relevanten Aspekten des Vorhabens bzw. beim Vorbescheid zu allen zur Entscheidung gestellten Genehmigungsvoraussetzungen verhalten und die Behörde in die Lage versetzen, den Antrag unter Berücksichtigung dieser Vorgaben näher zu prüfen. Folglich sind Unterlagen dann nicht vollständig, wenn sie rechtlich relevante Fragen vollständig ausblenden. Die Unterlagen müssen allerdings nicht schon die Genehmigungsfähigkeit belegen. Es ist also nicht notwendig, dass ein vorzulegendes Gutachten der Prüfung in jeder Hinsicht standhält und keine weiteren fachlichen Fragen aufwirft.⁷

Nach den für das BVerwG bindenden Feststellungen des Obergerichtes hatten die Kläger vor der Beigeladenen den Vorbescheidsantrag auf die Turbulenzintensität erstreckt und auch früher prüffähige Unterlagen eingereicht. Damit kam der Beigeladene – wie der Hase in der Fabel vom Hasen und dem Igel – zu spät.

D. Auswirkungen für die Praxis

Das Urteil vom 21.06.2020 löst die Fälle miteinander unvereinbarer immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftiger Anlagen über das Prioritätsprinzip. Das ist sinnvoll, dürfte aber im Ergebnis wenig überraschend sein, weil die Praxis bisher auch schon so verfuhr. Ob und mit welchen Maßgaben das Prioritätsprinzip zur Lösung anderer Konflikte, wie z.B. im Habitatschutzrecht⁸ oder bei der Festsetzung von Verkaufsflächenobergrenzen (Stichwort: „Windhundrennen“),⁹ sachgerecht ist, spielte für das BVerwG keine Rolle. Folglich können aus dieser Entscheidung keine allgemeinen Maßstäbe zur Anwendung des Prioritätsprinzips auf andere Konstellationen als die entscheidungsgegenständliche gezogen werden.

E. Bewertung

Das Urteil schafft Klarheit für die Praxis und verdeutlicht, dass die Konkurrenz zweier miteinander unvereinbarer Windenergieanlagen auch über das öffentliche Zulassungs-

recht gesteuert wird und kein spezifisch zivilrechtliches Problem ist.¹⁰

7 Siehe zum vergleichbaren Problem im Rahmen von Art. 83 Abs. 1 Nr. 1 BayBO etwa VGH München, Beschl. v. 29.11.2016 - 22 CS 16/2101; VGH München, Beschl. v. 17.01.2017 - 22 ZB 16/95; VGH München, Beschl. v. 14.03.2017 - 22 ZB 16/1466.

8 Dazu BVerwG, Urt. v. 15.05.2019 - 7 C 27/17.

9 Hierzu BVerwG, Urt. v. 03.04.2008 - 4 CN 3/07; BVerwG, Urt. v. 17.10.2019 - 4 CN 8/18.

10 So aber Maslaton, NVwZ 2020, 1437.

Kein „Spam-Filter“ im Landratsamt BVerwG, Urt. v. 06.05.2020 - 8 C 12/19

RiVG Mathias Neu, z. Zt. Wiss. Mit. beim BVerwG

A. Problemstellung

Auf jeder staatlichen Ebene müssen sich Behörden und Volksvertretungen mit mannigfaltigen Anliegen befassen, welche die gesamte ideologische und intellektuelle Bandbreite abdecken. Auch bei ihrem massierten Anfall muss der Adressat eine rechtskonforme Entgegennahme und Bearbeitung aller petitionsrelevanten (Art. 17 GG)¹ Eingaben sicherstellen, wobei er im Lichte des Art. 3 Abs. 1 GG insbesondere auch eine Gleichbehandlung aller Eingaben während des gesamten Verfahrensablaufs sicherstellen muss. Hierzu hat das BVerwG entschieden, dass die nur selektive Weiterleitung von Briefen an Kreistagsabgeordnete durch das Landratsamt als Geschäftsstelle des Kreistags nicht den (verfassungs-)rechtlichen Anforderungen genügt.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Kläger begehrt die Feststellung, dass das Landratsamt des Beklagten verpflichtet war, seine an die Mitglieder des Kreistages adressierten Briefe an diese weiterzuleiten, die er im September 2016 auch an den Landrat, den Ersten Landesbeamten sowie an jedes Mitglied des Jugendhilfeausschusses versandt hatte. Die Schreiben an die Kreistagsmitglieder gingen am 09.09.2016 bei dem Landratsamt des Beklagten ein, das zu-

1 Zur Abgrenzung von einer bloßen Meinungsäußerung i.S.d. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG: Klein in: Maunz/Dürig, GG, 90. Ergänzungslieferung, Februar 2020, Art. 17 Rn. 40 ff. m.w.N.

gleich Geschäftsstelle des Kreistages ist. Sie waren jeweils in einem verschlossenen Umschlag namentlich an die einzelnen Kreisräte unter der Postanschrift des Landratsamts und mit dem Zusatz „PERSÖNLICH/VERTRAULICH“ adressiert.

Die an den Landrat und den Ersten Landesbeamten gerichteten Schreiben wurden diesen am 12. bzw. 13.09.2016 zugeleitet. Sie enthielten u.a. die Aufforderung an die Adressaten, ihre kommunalpolitischen Einflussmöglichkeiten geltend zu machen, um vom Kläger befürchtete illegale Waffenexporte eines auf dem Kreisgebiet ansässigen Kleinwaffenproduzenten zu verhindern. Aufgrund der Gesamtumstände ging der Beklagte davon aus, dass der Inhalt aller Schreiben identisch war.

Ein Teil der an die Kreisräte gerichteten Schreiben ging diesen mit Kenntnis des Beklagten zu. Die übrigen an die Kreisräte gerichteten Schreiben sandte er indessen an den Kläger zurück. Zur Begründung verwies er auf seine Praxis, Schreiben, Informationsbroschüren und ähnliche Einsendungen von Privatpersonen an Kreisräte grds. nicht an diese weiterzuleiten. Allein interne Informationen, Informationen von Unternehmen und Zweckverbänden, an denen der Landkreis direkt oder indirekt beteiligt oder deren Mitglied er sei, sowie Informationen insbesondere von gemeinnützigen Vereinen oder Einrichtungen, die der Landkreis finanziell unterstütze, leite er an die Kreisräte weiter, soweit dies keine unangemessenen Zusatzkosten verursache.

Der Kläger hat daraufhin Klage auf Feststellung erhoben, dass der Beklagte verpflichtet gewesen sei, seine an die Kreisräte gerichteten Schreiben an diese weiterzuleiten. Das Verwaltungsgericht hat der Klage stattgegeben, soweit keine anderweitige Möglichkeit der Kontaktaufnahme bestanden habe. Auf die Berufung des Beklagten hat der Verwaltungsgerichtshof das Urteil geändert und die Klage insgesamt abgewiesen. Die Anschlussberufung des Klägers hat er zurückgewiesen. Die Klage sei insgesamt unbegründet, da eine einfachgesetzliche Rechtsgrundlage für den geltend gemachten Weiterleitungsanspruch nicht einmal für die Kreiseinwohner zu finden sei. Auch ein Anspruch aus Art. 3 Abs. 1 GG scheide aus, da der Beklagte substantiiert dargelegt habe, dass er in der Vergangenheit niemals Schreiben von Privatpersonen an die Mitglieder des Kreistages weitergeleitet habe. Soweit er Schreiben von Unternehmen, Zweckverbänden und sonstigen Institutionen weitergeleitet habe, werde die Ungleichbehandlung durch den besonderen Bezug dieser Schreiben zum Landkreis gerechtfertigt. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG begründe keinen Anspruch auf Mitwirkung öffentlicher Träger an der Meinungsverbreitung und Art. 17 GG begründe Weiterleitungsansprüche nur, wenn ein tauglicher Petitionsadressat vorliege, was hier nicht der Fall sei, da der Kläger sein Begehren an die einzelnen Kreistagsmit-

glieder gerichtet habe. Diese seien jedoch weder Volksvertretung, noch zuständige Stelle i.S.d. Art. 17 GG.

Das BVerwG hat das Urteil des Verwaltungsgerichtshofs geändert und die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Im Übrigen wurde das Urteil auf die Anschlussberufung des Klägers geändert und festgestellt, dass das Landratsamt verpflichtet gewesen sei, sämtliche am 09.09.2016 bei ihm eingegangenen, an die Mitglieder des Kreistages gerichteten Briefe des Klägers an diese weiterzuleiten.

Einleitend weist das BVerwG darauf hin, dass die Annahme des Verwaltungsgerichtshofs, es gebe keine für den Kläger streitende Anspruchsgrundlage, nicht mit Art. 17 GG und Art. 3 Abs. 1 GG in Einklang stehe; es stützt seine Entscheidung jedoch im Ergebnis ausschließlich auf Art. 3 Abs. 1 GG.

Zuvor legt der Senat die Berührungspunkte mit Art. 17 GG dar und moniert, dass der Verwaltungsgerichtshof zu vorschnell von „Bitten“ des Klägers lediglich an die einzelnen Kreisräte, nicht jedoch an den Kreistag selbst, ausgegangen sei, was dem Umstand geschuldet sei, dass nicht alle, in entsprechender Anwendung der §§ 133, 157 BGB auslegungsrelevanten, Umstände berücksichtigt worden seien. So habe der Verwaltungsgerichtshof verkannt, dass das Landratsamt ausweislich des Internetauftritts des Beklagten auch als Geschäftsstelle des Kreistags fungiere und dass die parallele Übersendung gleichartiger Schreiben an alle Kreistagsmitglieder darauf habe hindeuten können, dass der Inhalt der Schreiben sich – zumindest auch und über die Kreisräte – an den Kreisrat selbst gerichtet habe. Dem habe auch nicht entgegengestanden, dass der Kläger keine Resolution des Kreistages gefordert habe. Zu den kommunalpolitischen Einflussmöglichkeiten gehöre nämlich auch das Recht der Kreisräte, eine gemeinsame Befassung und Entscheidung im Plenum herbeizuführen.

Zwar belässt es das BVerwG bei diesen Hinweisen zu einer fehlerbehafteten Auslegung der streitgegenständlichen Schreiben, lässt mangels Entscheidungserheblichkeit ebenso die Frage offen, ob ggf. auch einzelne Kreistagsmitglieder „zuständige Stellen“ i.S.d. Art. 17 GG sein können und ob ein Weiterleitungsanspruch hinsichtlich aller an die Kreistagsmitglieder persönlich adressierten Sendungen unmittelbar aus Art. 17 GG abgeleitet werden kann. Es stellt jedoch in einem obiter dictum erstmals fest, dass der Kreistag eine Volksvertretung i.S.d. Art. 17 GG sei, was aus der systematischen Gesamtschau mit Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG folge, der ungeachtet der Ausweitung des Kommunalwahlrechts in Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG weiter von einer Vertretung des Volkes in den Kreisen und Gemeinden spreche. Der Sinn und Zweck des Art. 17 GG und dessen Unterscheidung zwischen Volksvertretungen und zuständigen Stellen lie-

ge gerade darin, jedermann einen freien und ungehinderten Zugang zum Staat zu gewährleisten. Deshalb komme es für den Begriff der Volksvertretung weder darauf an, ob die Gebietskörperschaft als Staat oder Kommune verfasst sei, noch, wer an den Wahlen zum kommunalen Vertretungsorgan teilnehmen dürfe. Für die Gewährleistung des Petitionsrechts und die Unterscheidung zwischen Volksvertretungen und zuständigen Stellen i.S.d. Art. 17 GG sei entscheidend, dass Letztere nur im Rahmen ihrer jeweiligen sachlichen, örtlichen und instanzialen Zuständigkeit tätig werden könnten. Die Vertretungen dürften sich hingegen mit allen Themen im Rahmen der Verbandskompetenz ihrer Gebietskörperschaft befassen.

Im Anschluss hieran nimmt der Senat den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG in den Blick und stellt zunächst fest, dass die Annahme des Verwaltungsgerichtshofs, Art. 3 Abs. 1 GG könne einen Weiterleitungsanspruch nur im Rahmen der bisherigen Verwaltungspraxis des Beklagten begründen, zu kurz greife, da diese nicht mit Art. 17 GG in Einklang stehe. Die vom Verwaltungsgerichtshof festgestellte Praxis des Beklagten, an die Kreisräte adressierte Schreiben von Privatpersonen grds. nicht an diese weiterzuleiten, hindere nämlich konkret auch den Zugang solcher Schreiben, die ein Petition i.S.d. Art. 17 GG an den Kreistag enthielten. In solchen Fällen sei die Petition vom Kreisrat an den Kreistag weiterzuleiten; sofern kein Petitionsausschuss eingerichtet worden sei, sei sie im Plenum zu behandeln. Eine solch selektive Weiterleitungspraxis, konkret das Anhalten oder Zurücksenden von über einen Kreisrat an den Kreistag gerichteten Bitt- oder Beschwerdeschreiben, sei mit Art. 17 GG nicht vereinbar. Denn das Petitionsgrundrecht vermittele dem Petenten einen Anspruch darauf, dass die angegangene Stelle seine Petition nicht nur entgegennehme, sondern auch deren Inhalt zur Kenntnis nehme und sich nachvollziehbar und diskriminierungsfrei mit dem Anliegen befasse. Nach Abschluss der Prüfung müsse sie die Petition auf nachvollziehbare Weise erledigen. Die Praxis des Beklagten, sämtliche Schreiben von Privatpersonen nicht an die Kreistagsmitglieder weiterzuleiten, verletze das aus der Pflicht zur Entgegennahme der Petition abzuleitende Verbot, den Zugang eines Petitionsschreibens zu verhindern.

Auch hier belässt es das BVerwG jedoch bei diesen Ausführungen und muss sich abermals nicht der Frage annehmen, ob die streitgegenständlichen Schreiben nun als an die Kreisräte adressierte, über sie an den Kreistag gerichtete, Petitionen zu verstehen waren. Denn es gelangt letztlich zum Ergebnis, dass im konkreten Einzelfall bereits ein Weiterleitungsanspruch unmittelbar aus Art. 3 Abs. 1 GG resultiere. Einzelne Briefe hätten jedenfalls ak-

tenkundig ihre Empfänger erreicht, wobei es auch nicht darauf ankomme, ob diese Weiterleitung versehentlich oder bewusst erfolgt sei. Entscheidend sei im Ergebnis, dass sich die Ungleichbehandlung verschiedener Briefe des Klägers nicht sachlich rechtfertigen lasse. Vielmehr habe es der Grundsatz der Gleichbehandlung geboten, alle Kreisräte gleichermaßen in die Lage zu versetzen, den Inhalt der Schreiben des Klägers zu würdigen und zu entscheiden, ob es sich dabei um eine Petition i.S.v. Art. 17 GG handle und an wen diese ggf. gerichtet und weiterzuleiten gewesen sei.

C. Kontext der Entscheidung

Nachdem sich das BVerwG zuletzt 1980² mit petitionsrechtlichen Fragestellungen im kommunalrechtlichen Kontext zu beschäftigen hatte, befasste es sich nun erstmals – wenn auch nicht abschließend – mit den grundlegenden Fragen rund um die Weiterleitungspflicht von Petitionen innerhalb von kollegialen Verwaltungsorganen, die nach einer vorausgegangenen Entscheidung des BVerfG zunächst fachgerichtlich zu klären sind.³ Das BVerwG entwickelte die Rechtsprechung zum Petitionsrecht zudem dahin gehend weiter, dass es erstmals explizit auch die sog. Kommunalparlamente als „Volksvertretung“ i.S.d. Art. 17 GG ansieht, die jedoch ohnehin als „zuständige Stelle“ gelten würden.⁴

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung hat weitreichende Auswirkungen auf alle kollegialen Verwaltungsorgane, namentlich auf die Orts- und Gemeinderäte sowie die Kreistage. Diese werden ihre Verwaltungspraxis entsprechend der aktuellen Leipziger Entscheidung zu überprüfen und ggf. anzupassen haben, damit Petitionen nicht allzu vorschnell in einem behördlichen „Spam-Filter“ landen. Damit hat das BVerwG auch allen ggf. aufkeimenden Ideen zu einem restriktiven Umgang mit querulatorischen oder sonst „arbeitsintensiven“ Petitionen eine grundsätzliche Absage erteilt.

Weiter unbeantwortet bleibt freilich die Frage, ob etwa auch einzelne Kreistagsmitglieder als „zuständige Stelle“ taugliche Petitionsadressaten sein können, gerade dann, wenn diese – wie hier – explizit darum ersucht werden, ihre kommunalpolitischen Einflussmöglichkeiten geltend zu machen.

² BVerwG, Urt. v. 22.05.1980 - BVerwG 7 C 73/78.

³ BVerfG, Beschl. v. 21.06.2019 - 2 BvR 2189/18 - „Richterwahlausschuss Berlin“.

⁴ Vgl. etwa: Brocker in: BeckOK, GG, 43. Edition, Art. 17 Rn. 20 m.w.N., Stand 15.05.2020.

§ 6b Abs. 10 Satz 4 EStG i.d.F. des ATADUmsG-E – nur eine Klarstellung oder doch eine materiell-rechtliche Änderung?

RiLG Dr. Klaus Liebl

A. Einleitung

Das Bundesministerium der Finanzen (BMF) hat mit Bearbeitungsstand vom 24.03.2020 den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie (ATAD-Umsetzungsgesetz – ATADUmsG-E) veröffentlicht.¹ Durch dieses soll – der Gesetzesbezeichnung entsprechend – in erster Linie die Anti-Steuervermeidungs-Richtlinie (ATAD) umgesetzt werden.² Diese enthält ein Paket rechtlich verpflichtender Maßnahmen zur Bekämpfung der Steuervermeidung, welche von allen Mitgliedstaaten gegen gängige Formen aggressiver Steuerplanung angewendet werden müssen. Jenseits dieses gesetzgeberischen Motivs soll zugleich in § 6b Abs. 10 Satz 4 EStG eine Klarstellung erfolgen (vgl. nachfolgend Buchst. B.). Dabei hat § 6b EStG allgemein zum Ziel, die Veräußerungen von nicht mehr benötigten Bestandteilen eines Betriebsvermögens aus ertragsteuerlicher Sicht zu erleichtern. Die hieraus resultierenden Gewinne sollen dem Steuerpflichtigen zur Finanzierung der Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten bestimmter Neuinvestitionen zur Verfügung stehen. Hierdurch sollen Modernisierung und Rationalisierung eines Betriebs, Standortverlegungen, Strukturänderungen oder auch die Änderung von Beteiligungsverhältnissen begünstigt werden.³ § 6b Abs. 10 EStG behandelt dabei speziell die Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften.

Im Hinblick auf die geplante Gesetzesänderung in § 6b Abs. 10 Satz 4 EStG ist jedoch zweifelhaft, ob es sich tatsächlich (nur) um eine Klarstellung handelt. Es ist zu befürchten, dass eine materiell-rechtliche Änderung eintritt, die sogar das gesetzgeberische Ziel von § 6b EStG konterkarieren würde (vgl. nachfolgend Buchst. C.). Dabei wäre aus Gründen der Rechtsklarheit eine andere klarstellende Regelung angezeigt (vgl. nachfolgend Buchst. D.).

B. Die geplante Änderung des § 6b Abs. 10 Satz 4 EStG durch das ATADUmsG-E

Nach dem vorliegenden Referentenentwurf des BMF soll in § 6b Abs. 10 Satz 4 EStG nicht mehr wie bisher auf Abs. 5, sondern auf Abs. 6 des § 6b EStG verwiesen werden. Hierbei handelt es sich nur um eine redaktionelle Klarstellung.⁴ Um dies zu klären, ist vorab der Regelungsinhalt von § 6b EStG im Allgemeinen (vgl. nachfolgend I.) und von § 6b Abs. 10 EStG im Besonderen (vgl. nachfolgend II.) zu klären.

I. Regelungsgehalt von § 6b EStG

Um das oben unter Buchst. A. dargestellte gesetzgeberische Ziel zu erreichen, ermöglicht § 6b EStG die Übertragung stiller Reserven,⁵ die anlässlich der Veräußerung eines Wirtschaftsguts aufgedeckt werden, auf neu angeschaffte bzw. hergestellte Wirtschaftsgüter. Der ein Wirtschaftsgut des Betriebsvermögens veräußernde Steuerpflichtige soll bilanziell so gestellt werden, als befinde sich das veräußerte Wirtschaftsgut nach wie vor in seinem Betriebsvermögen; das veräußerte Wirtschaftsgut soll im Ersatz-Wirtschaftsgut, dem Reinvestitionsobjekt, bilanziell fortbestehen.⁶ Die Versteuerung der stillen Reserven wird durch die Übertragung aber nicht vermieden, sondern lediglich aufgeschoben.

Dabei können stille Reserven nur unter den weiteren Voraussetzungen des § 6b Abs. 4 EStG von bestimmten Wirtschaftsgütern auf bestimmte Ersatz-Wirtschaftsgüter übertragen werden. So können z.B. nur stille Reserven aus dem Verkauf von Grund und Boden wieder auf die Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten von Grund und Boden übertragen werden (vgl. § 6b Abs. 1 Satz 1 und 2 und Abs. 4 EStG). Eine Übertragung

1 Abrufbar unter: www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_IV/19_Legislaturperiode/Gesetze_Verordnungen/ATADUmsG/0-Gesetz.html (zuletzt abgerufen am 11.12.2020). Zur vom Finanzausschuss des Bundesrates vorgeschlagenen, aber nicht erfolgten teilweisen Umsetzung des ATADUmsG im Rahmen des JStG 2020 vgl. BR-Drs. 503/1/20 vom 28.09.2020, S. 62 ff.

2 Vgl. Richtlinie (EU) 2016/1164 vom 12.07.2016 mit Vorschriften zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarktes, ABl. L 193 vom 19.07.2016, geändert durch Art. 1 der Richtlinie (EU) 2017/952 des Rates vom 29.05.2017 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2016/1164 bezüglich hybrider Gestaltungen mit Drittländern, ABl. L 144 vom 07.06.2017.

3 BT-Drs. IV/2400, S. 46, 62; BT-Drs. IV/2617, S. 3 ff.

4 Vgl. Referentenentwurf des ATADUmsG-E unter Fn.1, S. 5 und jüngst auch Empfehlung des Finanzausschusses des Bundesrates zum JStG 2020, BR-Drs. 503/1/20, S. 78.

5 Stille Reserven entstehen immer dann, wenn der Wert eines Wirtschaftsgutes, mit dem er in der Bilanz eines Steuerpflichtigen bilanziert ist, unter dem wahren Wert eines Wirtschaftsgutes liegt, zu dem dieses veräußert werden könnte (vgl. nur Merkt in: Baumbach/Hopt, HGB, 39. Aufl. 2020, § 252 HGB Rn. 13).

6 Vgl. nur Schön, Gewinnübertragungen bei PersGes. nach § 6b EStG, 1986, S. 7 ff.

von stillen Reserven ist darüber hinaus nur bei der Veräußerung von Gebäuden, Binnenschiffen und Aufwuchs auf Grund und Boden mit dem dazugehörigen Grund und Boden möglich, wenn der Aufwuchs zu einem land- und forstwirtschaftlichen Betriebsvermögen gehört (§ 6b Abs. 1 Satz 1 EStG).

Technisch erfolgt die Übertragung der aufgedeckten stillen Reserven durch Abzug dieser von den Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten des Reinvestitionsobjekts. Das Reinvestitionsobjekt wird mit dem nach dem Abzug verbleibenden Restbetrag aktiviert.⁷ Dabei gestattet § 6b Abs. 1 Satz 1 EStG nicht nur die Übertragung der stillen Reserven auf ein Reinvestitionsobjekt, das im Wirtschaftsjahr der Veräußerung angeschafft bzw. hergestellt wurde, sondern für Veräußerungen, die nach dem 31.12.1989 erfolgen,⁸ auch auf im vorangegangenen Wirtschaftsjahr angeschaffte bzw. hergestellte Wirtschaftsgüter (vorgezogene Investitionen). Hierdurch soll berücksichtigt werden, dass Neuanschaffungen bzw. -herstellungen ggf. bereits vor der Veräußerung der Altanlagen erfolgen müssen, um einen störungsfreien Produktionsablauf in Unternehmen sicherzustellen.⁹ In den Fällen einer vorgezogenen Investition erfolgt der Abzug der aufgedeckten stillen Reserven nicht von den Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten des im vorangegangenen Wirtschaftsjahr angeschaffte Reinvestitionsobjekt, sondern von dessen Buchwert am Schluss des Wirtschaftsjahres seiner Anschaffung bzw. Herstellung (§ 6b Abs. 5 EStG). Dies hat zur Folge, dass in diesen Fällen die Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten des Reinvestitionsobjekts insbesondere um Absetzungen für Abnutzungen (sog. Abschreibungen, vgl. § 7 EStG) im Wirtschaftsjahr der vorgezogenen Investition reduziert werden und von diesem reduzierten Wert die aufgedeckten stillen Reserven abgezogen werden.

Unabhängig vom Anschaffungszeitpunkt des Reinvestitionsobjekts ist u.a. für die weitere Abschreibung grds. der Betrag maßgeblich, der für das Reinvestitionsobjekt nach Abzug der aufgedeckten stillen Reserven verbleibt (vgl. § 6b Abs. 6 Satz 1 EStG).¹⁰

II. Erstreckung von § 6b EStG auf die Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften (§ 6b Abs. 10 EStG)

Die steuerliche Begünstigung von Gewinnen wird durch § 6b Abs. 10 Satz 1 EStG auf Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften bis zu einem Betrag i.H.v. 500.000 € erweitert. Voraussetzung hierfür ist u.a., dass es sich bei den betreffenden Steuerpflichtigen um keine Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen, also keine körperschaftsteuerlichen Rechtssubjekte (vgl. § 1 Abs. 1 KStG), handelt.¹¹ Nach § 6b Abs. 10 Satz 1 EStG können in dieser Höhe Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften z.B. auf im Wirtschaftsjahr der Veräußerung oder in den folgenden zwei Wirtschaftsjahren

angeschaffte Anteile an Kapitalgesellschaften oder abnutzbare bewegliche Wirtschaftsgüter übertragen werden.¹²

Durch § 6b Abs. 10 EStG wird das allgemeine Ziel des § 6b EStG erreicht, wonach u.a. die Änderung von Beteiligungsverhältnissen begünstigt werden soll.¹³ Darüber hinaus soll § 6b Abs. 10 EStG als „Mittelstandskomponente“ die Liquidität bei Personenunternehmen für Investitionen weiter verbessern.¹⁴ Schließlich werden durch die Regelung Personenunternehmen (teilweise) mit Körperschaften gleichgestellt; diese profitieren bei der Veräußerung von Kapitalanteilen bereits von der Steuerbefreiung nach § 8b Abs. 2 KStG.¹⁵

Um eine solche Übertragung durchzuführen, erklärt § 6b Abs. 10 Satz 4 EStG u.a. § 6b Abs. 5 EStG für sinngemäß anwendbar. § 6b Abs. 5 EStG regelt dabei, von welchem Betrag die aufgedeckten stillen Reserven abgezogen werden sollen, wenn eine vorgezogene Investition vorliegt (vgl. oben I.). Der Verweis auf § 6b Abs. 5 EStG setzt somit voraus, dass auch im Fall einer vorgezogenen Investition eine Übertragung nach § 6b Abs. 10 EStG möglich ist. Allerdings sieht § 6b Abs. 10 Satz 1 EStG – anders als § 6b Abs. 1 Satz 1 EStG – eine Übertragung auf im vorangegangenen Wirtschaftsjahr angeschaffte bzw. hergestellte Wirtschaftsgüter nicht ausdrücklich vor.

Dieser Widerspruch wird zutreffend dahin gehend aufgelöst, dass die Übertragung von stillen Reserven auch bei der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften auch bei vorgezogenen Investitionen möglich ist.¹⁶ Andernfalls würde der Verweis auf § 6b Abs. 5 EStG leerlaufen. Zudem entspricht diese (erweiterte) Auslegung dem Sinn und Zweck von § 6b Abs. 10 EStG, insbesondere die Liquidität bei Personenunternehmen für Investitionen weiter zu verbessern. Schließlich spricht für eine

7 Zur Möglichkeit der Bildung und Übertragung einer steuerfreien Rücklage auf ein Reinvestitionsobjekt, das in einem Wirtschaftsjahr nach der Veräußerung des die stillen Reserven enthaltenden Wirtschaftsguts angeschafft oder hergestellt wird vgl. § 6b Abs. 3 EStG.

8 Vgl. § 52 Abs. 9 Satz 1 EStG i.d.F. des StReformG 1990.

9 BT-Drs. 11/2536, S. 77.

10 Zu Ausnahmen bei Gebäuden als Reinvestitionsobjekten vgl. § 6b Abs. 6 Satz 2 EStG.

11 Vgl. auch DiBars in: Lademann, EStG, 255. EL 6/2020, § 6b EStG Rn. 184: nur natürliche Personen begünstigt.

12 Zur Übertragungsmöglichkeit auf weitere Wirtschaftsgüter und weiteren Übertragungsvoraussetzungen vgl. § 6b Abs. 10 EStG.

13 BT-Drs. IV/2400, S. 46.

14 Vgl. BT-Drs. 14/6882, S. 33.

15 Vgl. auch BT-Drs. 14/6882, S. 33; Schießl in: Blümich, EStG, KStG, GewStG, 153. EL 6/2020, § 6b KStG Rn. 321.

16 Vgl. u.a. FG München, Urt. v. 27.04.2010 - 12 K 4/06; Loschelder in: Schmidt, EStG, 39. Aufl. 2020, § 6b Rn. 97; Marchal in: Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, 300. EL, 10/2020, § 6b EStG Rn. 163 m.w.N.; Jachmann-Michel in: Kirchhof/Seer, EStG, 19. Aufl. 2020, § 6b EStG Rn. 34 m.w.N.; DiBars, in: Lademann, EStG, 255. EL 6/2020, § 6b EStG Rn. 192; Kanzler in: Leingärtner, Besteuerung der Landwirte, 38. EL 6/2020, Kap. 31, Rn. 158; Kanzler, FR 2002, 117, 125.

solche Auslegung auch die Gesetzeshistorie. Denn bei der Erstreckung von § 6b EStG auf vorgezogene Investitionen durch das StReformG 1990 vom 25.08.1988¹⁷ erfasste diese Änderung u.a. auch die Veräußerung von Kapitalanlagen.¹⁸

Die Finanzverwaltung dagegen verkennt offenbar diese Aspekte und verneint eine Übertragung in den Fällen, in denen das Reinvestitionsobjekt im Wirtschaftsjahr vor der Veräußerung angeschafft wurde. Dies wird damit begründet, dass in § 6b Abs. 10 Satz 1 EStG – anders als in § 6b Abs. 1 Satz 1 EStG – eine solche Übertragungsmöglichkeit nicht erwähnt sei.¹⁹

Ungeachtet dieser rechtlichen Problematik fehlt in § 6b Abs. 10 Satz 4 EStG ein Verweis auf § 6b Abs. 6 EStG. Danach ist ungeachtet vom Anschaffungszeitpunkt des Reinvestitionsobjekts – und damit unabhängig von der zuvor dargestellten Problematik – u.a. für die weitere Abschreibung grds. der Betrag maßgeblich, der für das Reinvestitionsobjekt nach Abzug der aufgedeckten stillen Reserven verbleibt (vgl. auch oben I.). Aus diesem fehlenden Verweis haben sich aber bisher – soweit erkennbar – keine weitergehenden rechtlichen Fragen ergeben. Insoweit ist offenbar allgemein anerkannt, dass nach einer erfolgten Übertragung von stillen Reserven nach § 6b Abs. 10 EStG die künftige Abschreibung etc. nach den Grundsätzen von § 6b Abs. 6 EStG zu erfolgen hat.²⁰

C. Drohende materiell-rechtliche Änderung?

Ausgehend von der zuvor unter B.II. dargestellten Problematik wird nunmehr mitunter zu Recht befürchtet, dass angesichts des bisherigen Verweises auf § 6b Abs. 5 EStG durch die geplante „redaktionelle Klarstellung“ in § 6b Abs. 10 Satz 4 EStG eine materiell-rechtliche Änderung eintritt. Diese würde dadurch ausgelöst, dass mangels künftigen Verweises auf § 6b Abs. 5 EStG mit Wirkung ab dem Veranlagungszeitraum 2020²¹ die Möglichkeit einer vorgezogenen (Re-)Investition entfällt.²² Diese Rechtsfolge würde dem erklärten Ziel von § 6b Abs. 10 EStG widersprechen, die Liquidität von mittelständischen Personenunternehmen zu stärken. Der Referentenentwurf bleibt insoweit auch offen, ob und warum überhaupt eine redaktionelle Klarstellung für erforderlich erachtet wird. Darüber hinaus bleibt unklar, ob das den Referentenentwurf verfassende BMF die mögliche materiell-rechtliche Änderung übersehen oder ggf. – im Sinne der bisher von ihr vertretenen Rechtsauffassung – bewusst in Kauf genommen hat. Ausgehend von der zuvor dargestellten Diskussion wäre vielmehr eine gesetzliche Klarstellung dahin gehend zu erwarten, ob vorgezogene Investitionen – wie bei § 6b Abs. 1 Satz 1 EStG ausdrücklich vorgehen – auch bei § 6b Abs. 10 EStG möglich sein sollen.

D. Lösung des möglichen Konflikts: Klarstellung in zweifacher Hinsicht?

Sofern weiterhin eine redaktionelle Klarstellung durch einen Verweis in § 6b Abs. 10 Satz 4 EStG auf § 6b Abs. 6 EStG für er-

forderlich erachtet werde, sollte zugleich in § 6b Abs. 10 Satz 1 EStG eine weitere Klarstellung erfolgen, dass auch vorgezogene Investitionen begünstigt sind. In diesem Fall wäre dann auch der Verweis in § 6b Abs. 10 Satz 4 EStG auf § 6b Abs. 5 EStG beizubehalten. Dies wäre aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit insbesondere für die praktische Anwendung von § 6b Abs. 10 EStG wünschenswert. Hierdurch könnte die zuvor dargestellte Rechtsfrage abschließend und im Sinne des gesetzgeberischen Ziels einer Stärkung des Mittelstands geklärt werden.

Sollte dagegen das BMF durch die vorgeschlagene „redaktionelle Klarstellung“ gar eine materiell-rechtliche Änderung bewusst in Kauf nehmen und die hier angeregte (weitere) Klarstellung nicht im Regierungsentwurf aufgenommen werden, wäre es aus Gründen der Rechtsklarheit gleichwohl geboten, dies auch so in der Begründung des Gesetzesentwurfs auch ausdrücklich entsprechend darzulegen. Andernfalls besteht die Gefahr, dass eine mögliche materiell-rechtliche Änderung im parlamentarischen Gesetzgebungsprozess unentdeckt bleibt und schließlich ggf. vom Parlament nicht gewollte Rechtsfolgen eintreten.

17 BGBl. I 1988, 1093.

18 Vgl. § 6b Abs. 1 EStG i.d.F. des StReformG 1990; zur Gesetzeshistorie insoweit vgl. auch DiBarn, in: Lademann, EStG, 255. EL 6/2020, § 6b EStG Rn. 76.

19 Vgl. R 6b.2 Abs. 13 EStR; ebenso Rödder/Schumacher, DStR 2001, 1638; Strahl, KÖSDI 2002, 13145, 13147 und auch jüngst der Finanzausschuss des Bundesrates, BR-Drs. 503/1/20 vom 28.9.2020, S. 78.

20 Vgl. insoweit auch § 7a Abs. 9 EStG, der bei Sonderabschreibungen eine vergleichbare Regelung enthält.

21 Vgl. Loschelder in: Schmidt, EStG, 39. Aufl. 2020, § 6b Rn. 97.

22 So ausdrücklich Loschelder in: Schmidt, EStG, 39. Aufl. 2020, § 6b Rn. 97.

Pandemiebedingte Beschränkung der Zwangsvollstreckung gilt nicht für frühere Vollstreckungsmaßnahmen

BFH, Beschl. v. 30.07.2020 - VII B 73/20 (AdV)

Ri'inBFH Dr. Katja Roth¹

A. Problemstellung

Die Corona-Pandemie und die damit einhergehenden Umsatzeinbußen haben zahlreiche Unternehmen in wirtschaftliche

1 Der Beitrag wurde in nichtdienstlicher Eigenschaft verfasst und gibt die persönliche Auffassung der Autorin wieder.

Schwierigkeiten gebracht. Um dieser Entwicklung entgegenzuwirken und um wirtschaftliche Schäden zu verringern, wurde auch im Bereich des Steuerrechts nach Ausgleichsmöglichkeiten gesucht.

Vor diesem Hintergrund hat das BMF mit Schreiben vom 19.03.2020² zur Vermeidung unbilliger Härten unter Tz. 3 geregelt, dass bis zum 31.12.2020 von Vollstreckungsmaßnahmen bei allen rückständigen oder bis zu diesem Zeitpunkt fällig werdenden Steuern, die von den Landesfinanzbehörden im Auftrag des Bundes verwaltet werden, abgesehen werden soll, wenn dem Finanzamt (FA) aufgrund einer Mitteilung des Vollstreckungsschuldners oder auf andere Weise bekannt wird, dass der Vollstreckungsschuldner unmittelbar und nicht unerheblich betroffen ist. Außerdem wurde bestimmt, dass in den betreffenden Fällen die im Zeitraum ab dem Zeitpunkt der Veröffentlichung dieses Schreibens bis zum 31.12.2020 verwirkten Säumniszuschläge für diese Steuern zum 31.12.2020 zu erlassen sind.

Allerdings geht aus dem BMF-Schreiben nicht ausdrücklich hervor, ab wann es von den Finanzbehörden zu beachten ist, für welche Vollstreckungsmaßnahmen es gelten soll und ob es sich auch auf Vollstreckungsmaßnahmen bezieht, die bereits vor dessen Veröffentlichung erlassen worden waren.

Nicht angesprochen werden auch Vollstreckungsmaßnahmen, die aufgrund eines Beitreibungersuchens nach dem EUBeitrG³ veranlasst wurden, das die Amtshilfe zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den anderen Mitgliedstaaten der EU bei der Beitreibung von Forderungen im Zusammenhang mit Steuern und Abgaben regelt.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Im Besprechungsfall richtete ein EU-Mitgliedstaat ein Beitreibungersuchen an das Bundeszentralamt für Steuern und bat um Beitreibung gegenüber der Antragstellerin festgesetzter und im Jahr 2019 fälliger, der Körperschaftsteuer vergleichbarer Steuern. Das Bundeszentralamt für Steuern leitete das Vollstreckungersuchen an die Hessische Finanzverwaltung weiter, woraufhin das FA über den in dem einheitlichen Vollstreckungstitel ausgewiesenen Betrag zusätzlich Säumniszuschlägen und Vollstreckungskosten unter dem 05.02.2020 die streitgegenständlichen Pfändungs- und Einziehungsverfügungen gegen zwei Banken erließ. Als Gläubiger war das Land Hessen ausgewiesen. Die X-Bank erkannte die Pfändung an und überwies am 06.03.2020 und am 02.04.2020 jeweils einen Teilbetrag an das FA. Die Z-Bank teilte mit, dass die Pfändung hinsichtlich einer Forderung in näher bezeichneter Höhe grds. anerkannt werde, dass das Konto jedoch bereits vorrangig verpfändet sei.

Eine Aussetzung der Vollziehung wurde nicht gewährt. Außerdem lehnte es das FA am 01.04.2020 ab, auf der Grundlage des BMF-Schreibens vom 19.03.2020 bis zum 31.12.2020 von der Vollstreckung abzusehen, weil dieses nur Geschädigte im Bundesgebiet und nur die von den Landesfinanzbehörden verwalteten Steuern betreffe.

Das Finanzgericht setzte die Vollziehung der Pfändungs- und Einziehungsverfügungen mit Beschluss vom 19.05.2020⁴ hinsichtlich der Einziehung bis zu einem Monat nach Zustellung einer das Klageverfahren abschließenden Entscheidung, längstens bis zum Eintritt der Bestandskraft der Verfügungen, aus und hob sie hinsichtlich der Pfändung mit Wirkung ab Leistung einer Sicherheit bis zum selben Zeitpunkt auf. Außerdem gab das Finanzgericht dem FA auf, gegenüber den Banken unverzüglich für die Zukunft die Vollziehung der Einziehung auszusetzen und – sobald die Sicherheitsleistung eingegangen ist – unverzüglich auch die Vollziehung der Pfändungen aufzuheben. Gegen den Beschluss des Finanzgerichts haben sowohl die Antragstellerin als auch das FA Beschwerde eingelegt.

II. Der BFH wies die Beschwerde der Antragstellerin zurück, die Beschwerde des FA hatte hingegen Erfolg. Der BFH hob den Beschluss des Finanzgerichts auf und lehnte den AdV-Antrag ab. Nach summarischer Prüfung hatte der BFH keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Pfändungs- und Einziehungsverfügungen.

1. Zunächst bejahte der BFH die allgemeinen Voraussetzungen der Amtshilfe im Bereich der Beitreibung nach dem EU-BeitrG sowie die sachliche und örtliche Zuständigkeit des FA. Er hatte auch keine Zweifel an der Bestimmtheit der Verwaltungsakte, zumal sich aus der beigefügten Rückstandsauflistung ergab, dass das Land Hessen bzw. das FA aufgrund eines Beitreibungersuchens des EU-Mitgliedstaats tätig geworden war.

Die Einwendungen der Antragstellerin gegen die formalen Voraussetzungen des Beitreibungersuchens hielt der BFH für unsubstantiiert. In diesem Zusammenhang wies er darauf hin, dass der dem Ersuchen beigefügte einheitliche Vollstreckungstitel nach § 9 Abs. 1 Satz 3 EUBeitrG als vollstreckbarer Verwaltungsakt gelte, weshalb die ersuchte Behörde nicht kontrollieren müsse, ob dieser mit der Bescheidlage im ersuchenden Mitgliedstaat übereinstimme.

2. Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Pfändungs- und Einziehungsverfügungen ergaben sich für den BFH auch nicht daraus, dass das FA das BMF-Schreiben vom 19.03.2020 nicht direkt oder analog zugunsten der Antragstellerin angewandt hatte.

² IV A 3 – S 0336/19/10007 - BStBl. I 2020, 262.

³ BGBl. I 2011, 2592.

⁴ FG Kassel, Beschl. v. 30.07.2020 - 4 V 540/20.

a. Der beschließende Senat wies zunächst auf die BFH-Rechtsprechung zur Auslegung einer Verwaltungsvorschrift hin, wonach es nicht maßgeblich ist, wie die Finanzgerichte die Verwaltungsanweisung verstehen, sondern wie die Verwaltung sie verstanden hat und verstanden wissen wollte. Die Finanzgerichte dürfen daher Verwaltungsanweisungen nicht nach den allgemeinen Auslegungsmethoden selbst auslegen, sondern nur darauf überprüfen, ob die Auslegung durch die Behörde möglich ist.⁵ Ist in einer Norm, in einer Norm ersetzenden Verwaltungsvorschrift oder in einem Erlass kein Zeitpunkt angegeben, ab dem die Regelung gelten soll, und lässt sich ein derartiger Zeitpunkt auch nicht durch Auslegung ermitteln, tritt die Regelung regelmäßig mit ihrer Bekanntgabe in Kraft.

b. Da in dem BMF-Schreiben kein Zeitpunkt angegeben war, ab dem die Regelungen gelten sollten, ging der BFH davon aus, dass der maßgebliche Zeitpunkt, ab dem die Verwaltung in Vollstreckungsangelegenheiten Zurückhaltung üben will, die Veröffentlichung des BMF-Schreibens (in elektronischer Form) am 19.03.2020 ist. Dafür sprach auch die Verwendung des Begriffs „Absehen“ von Vollstreckungsmaßnahmen, der nach der Auffassung des BFH darauf hindeutet, dass Maßnahmen gemeint sind, die noch nicht durchgeführt wurden. Dagegen könne dem Schreiben nicht entnommen werden, dass Vollstreckungsmaßnahmen, die vor dessen Veröffentlichung ergriffen worden seien, wieder aufzuheben oder rückabzuwickeln seien.

c. Der BFH sah weder einen Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 63 ff. AEUV, weil auch Inländer in einer vergleichbaren Situation eine AdV nicht unter Berufung auf dieses Schreiben erreichen könnten, noch eine nach Art. 63 AEUV unzulässige Diskriminierung. Auch ein Verstoß gegen Art. 3 GG wurde im summarischen Verfahren verneint. Vielmehr widerspreche es dem Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung, das BMF-Schreiben generell auf vor dem 19.03.2020 ergriffene Maßnahmen der Zwangsvollstreckung anzuwenden und damit Schuldner, die vor und unabhängig von der Corona-Pandemie und den staatlichen Beschränkungen ihre Steuer- und Abgabenschulden nicht getilgt hätten, besserzustellen als diejenigen, die ihren Zahlungsverpflichtungen nachgekommen seien. Allerdings wies der BFH darauf hin, dass nicht unter das BMF-Schreiben fallende Vollstreckungsschuldner nicht rechtsschutzlos gestellt seien, sondern insbesondere § 258 AO⁶ gelte. Außerdem war für den BFH entscheidend, dass nach dem BMF-Schreiben nur von der Vollstreckung abgesehen werden „soll“ und diese daher in besonders gelagerten Fällen durchgeführt werden könne. Die Antragstellerin sei bereits zum 31.12.2019 und damit vor Ausbruch der Corona-Pandemie überschuldet gewesen, sie habe nach eigenen Angaben mit dem Geld Schiffshypothekendarlehen bedienen wollen und keine Angaben gemacht, wie eine Tilgung der Forderungen des EU-Mitgliedsstaats nach dem 31.12.2020 möglich sein solle.

Auch im Übrigen stand nach summarischer Prüfung der Erfüllung des Beitreibungersuchens und der Vollstreckung nichts entgegen. Nach Auffassung des BFH war die Vollstreckung weder unbillig noch störte sie die öffentliche Ordnung Deutschlands. Sie verstoße nicht gegen den *ordre public* i.S.d. Art. 6 EGBGB und sei nicht geeignet, i.S.d. Art. 18 EUBeitrRL⁷ erhebliche wirtschaftliche oder soziale Schwierigkeiten in Deutschland zu bewirken. Ferner habe die für den Auslandssachverhalt darlegungs- und beweispflichtige Antragstellerin nicht substantiiert dargelegt, weshalb der Steueranspruch auf einem verfassungswidrigen Gesetz beruhe, und einen mangelnden Zugang des Bescheids lediglich unsubstantiiert behauptet.

C. Kontext der Entscheidung

In dem BMF-Schreiben wird keine Rechtsgrundlage genannt, auf die die Vollstreckungserleichterungen gestützt werden. Dies ist insofern erstaunlich, als der Staat zu einer gleichmäßigen Festsetzung und Erhebung der Steuern verpflichtet ist (§ 85 Abs. 1 Satz 1 AO) und davon nur im Rahmen einer gesetzlichen Grundlage abgesehen werden darf.⁸

Der Inhalt des BMF-Schreibens legt es jedoch nahe, dass die pandemiebedingten Vollstreckungserleichterungen auf § 258 AO gestützt werden sollten, weil wirtschaftliche Schäden, die durch die Corona-Pandemie verursacht werden, als unbillige Härte definiert werden. Nach § 258 AO kann die Vollstreckungsbehörde die Vollstreckung einstweilen einstellen, beschränken oder eine Vollstreckungsmaßnahme aufheben, soweit die Vollstreckung im Einzelfall unbillig ist. Nach der Rechtsprechung des BFH ist eine Unbilligkeit in diesem Sinne dann anzunehmen, wenn die Vollstreckung oder eine einzelne Vollstreckungsmaßnahme dem Vollstreckungsschuldner einen unangemessenen Nachteil bringen würde, der durch kurzfristiges Zuwarten oder durch eine andere Vollstreckungsmaßnahme vermieden werden könnte.⁹

Ob bei Vorliegen einer unbilligen Härte vorübergehend von Vollstreckungsmaßnahmen abzusehen ist, hat die Verwaltung unter pflichtgemäßer Ausübung ihres Ermessens zu entscheiden.¹⁰ Dieses Ermessen kann zwar grds. durch eine

5 BFH, Urt. v. 26.09.2019 - V R 36/17; vgl. auch BFH, Urt. v. 16.01.2020 - VI R 49/17.

6 Nach § 258 AO kann die Vollstreckungsbehörde die Vollstreckung einstweilen einstellen oder beschränken oder eine Vollstreckungsmaßnahme aufheben, soweit die Vollstreckung im Einzelfall unbillig ist.

7 Richtlinie 2010/24/EU des Rates vom 16.03.2010 über die Amtshilfe bei der Beitreibung von Forderungen in Bezug auf bestimmte Steuern, Abgaben und sonstige Maßnahmen, ABIEU. 2010 Nr. L 84, 1.

8 Vgl. dazu im Einzelnen BFH, Beschl. v. 28.11.2016 - GrS 1/15.

9 Vgl. z.B. BFH, Urt. v. 31.05.2005 - VII R 62/04.

10 Vgl. z.B. BFH, Urt. v. 11.12.2007 - VII R 52/06.

Verwaltungsvorschrift intendiert werden. Allerdings regelt das BMF-Schreiben nicht eindeutig, ab wann es gelten soll bzw. welche Vollstreckungsmaßnahmen erfasst sein sollen, was wiederum im Hinblick auf die Rechtssicherheit für betroffene Vollstreckungsschuldner und eine gleichmäßige Handhabung der Billigkeitsmaßnahme nach § 258 AO erforderlich gewesen wäre. Dementsprechend hatte der BFH die zeitliche Reichweite des BMF-Schreibens in der Besprechungsentscheidung im Wege der Auslegung zu ermitteln. In inhaltlicher Hinsicht hat er das BMF-Schreiben nicht geprüft, weil im Streitfall die Vollstreckungsmaßnahmen bereits vor dessen Bekanntgabe ergriffen worden waren.

Soweit sich die Besprechungsentscheidung mit den Voraussetzungen einer Amtshilfe aufgrund eines Beitreibungersuchens befasst, bestätigt sie, dass der ersuchte Mitgliedstaat den der Vollstreckung zugrunde liegenden Steuerbescheid grds. nicht überprüft. Zuständig für Einwendungen gegen die Forderung an sich ist nach § 13 Abs. 2 Satz 1 EUBeitrG vielmehr der ersuchende Mitgliedstaat.¹¹

D. Auswirkungen für die Praxis

Ein Vollstreckungsschuldner, der sich nicht auf das BMF-Schreiben berufen kann, weil die an ihn gerichtete Vollstreckungsmaßnahme bereits vor dessen Bekanntgabe ergriffen wurde, ist nicht schutzlos. Er hat auch in diesem Fall die Möglichkeit, die einstweilige Einstellung oder Beschränkung der Vollstreckung gem. § 258 AO zu beantragen. Nur trägt der Vollstreckungsschuldner dann die Feststellungslast dafür, dass die Vollstreckung im Einzelfall unbillig ist, und die Vollstreckungsbehörde hat ihr Ermessen im Einzelfall auszuüben. Die mit einer Vollstreckung stets einhergehenden Belastungen genügen für eine Billigkeitsmaßnahme allerdings in keinem Fall.

E. Bewertung

In der Besprechungsentscheidung hält der BFH an seiner Rechtsprechung zur Auslegung von Verwaltungsvorschriften fest. Diese richtet sich auch weiterhin nicht nach den allgemeinen Auslegungsmethoden, die für allgemeingültige Rechtsvorschriften anzuwenden sind, sondern danach, wie die Verwaltung sie verstanden hat und verstanden wissen wollte. Das Finanzgericht ist dementsprechend in seiner Prüfung darauf beschränkt, ob die Auslegung durch die Behörde möglich ist.¹²

11 Vgl. auch Art. 14 Abs. 1 RL 2010/24/EU und BFH, Urt. v. 28.11.2017 - VII R 30/15.

12 Vgl. z.B. auch BFH, Urt. v. 26.09.2019 - V R 36/17; BFH, Urt. v. 26.06.2019 - VIII R 43/15; BFH, Urt. v. 21.07.2016 - X R 11/14.

Aufwendungen für die Erstausbildung sind keine Werbungskosten

BFH, Urt. v. 12.02.2020 - VI R 17/20 (VI R 64/12)

Ri Dr. Max Vogel

A. Problemstellung

Der Werbungskostenabzug von Ausbildungsaufwand gehört zu den Dauerbrennern des Einkommensteuerrechts und wird auch außerhalb von Fachkreisen rege diskutiert. Dabei ist die Qualifikation des Ausbildungsaufwands als Werbungskosten für den steuerpflichtigen Auszubildenden von entscheidender Bedeutung, weil er während seiner Ausbildung regelmäßig keine oder nur geringe Einkünfte erzielt. Der Auszubildende profitiert deshalb von der steuerlichen Berücksichtigung des Ausbildungsaufwands nur, wenn diese in den Jahren seiner Ausbildung zu Verlusten führt, die er nach § 10d Abs. 2 EStG in spätere Jahre vortragen kann. Letzteres setzt aber voraus, dass der Ausbildungsaufwand zu den Werbungskosten (Betriebsausgaben) gehört, und scheidet insbesondere im Fall der Qualifikation als Sonderausgabe (§ 10 Abs. 1 Nr. 7 EStG) aus.

Kern der Auseinandersetzung ist die – rechtlich und politisch – umstrittene Frage, welche Folgen aus dem Umstand zu ziehen sind, dass Aufwendungen für die eigene Ausbildung typischerweise nicht rein beruflich veranlasst sind, sondern regelmäßig auch der persönlichen Weiterentwicklung dienen. Problematisch ist dies, weil die jeweiligen Veranlassungsbeiträge unteilbar miteinander vermengt sind und der Aufwand deshalb nur einheitlich der beruflichen oder der privaten Sphäre zugerechnet werden kann.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Zu entscheidender Sachverhalt

Der BFH hatte über die Revision einer Psychologin zu entscheiden, die nach ihrem Abitur ihr Bachelorstudium aufgenommen hatte. Dieses schloss sie im Streitjahr (2006) zunächst mit dem Bachelor erfolgreich ab und nahm im unmittelbaren Anschluss daran ein Masterstudium der Neuro- und Verhaltenswissenschaften auf. Im Streitjahr erzielte die Klägerin lediglich Einnahmen aus einer studentischen Nebentätigkeit, die deutlich unter dem Grundfreibetrag blieben.

Im Einspruchsverfahren gegen ihren Einkommensteuerbescheid, in dem das Finanzamt die Steuer erklärungsgemäß auf 0 € festgesetzt hatte, machte die Klägerin Aufwendun-

gen für ihr Bachelor- und ihr Masterstudium als vorab entstandene Werbungskosten geltend. Das Finanzamt stellte daraufhin fest, dass keine gesonderte Feststellung des verbleibenden Verlustvortrags durchzuführen sei, weil ein solcher nicht bestehe. Die hiergegen gerichtete Klage vor dem FG Düsseldorf hatte Erfolg.¹

II. Kernaussagen des Gerichts

Auf die Revision des Finanzamts hob der BFH die Vorentscheidung auf und gab der Klage (nur) teilweise statt. Aufwendungen des Steuerpflichtigen für seine Berufsausbildung oder sein Studium seien nach § 9 Abs. 6 EStG in der rückwirkend ab dem Veranlagungszeitraum 2004 geltenden Fassung des Beitreibungsrichtlinie-Umsetzungsgesetzes (BeitrRLUmsG)² nur dann Werbungskosten, wenn der Steuerpflichtige zuvor eine Erstausbildung (Berufsausbildung oder Studium) abgeschlossen habe oder wenn eine Erstausbildung im Rahmen eines Dienstverhältnisses stattfinde. Dies sei im Streitfall nur hinsichtlich des Masterstudiums der Klägerin, nicht aber im Hinblick auf ihr Bachelorstudium der Fall.

III. Begründung des Gerichts

Der VI. Senat des BFH führt zur Begründung aus, im Streitfall sei § 9 Abs. 6 EStG i.d.F. des BeitrRLUmsG maßgeblich, nachdem dieses in Kraft getreten und rückwirkend ab dem Veranlagungszeitraum 2004 anzuwenden sei. Hinsichtlich der Aufwendungen der Klägerin für das Bachelorstudium fehle es an dessen Voraussetzungen für den Werbungskostenabzug, weil es sich bei dem Studium um eine Erstausbildung außerhalb eines Dienstverhältnisses handele. Das BVerfG habe entschieden, dass der Ausschluss des Werbungskostenabzugs von solchen Aufwendungen verfassungsgemäß sei.

Dagegen handele es sich bei dem Masterstudium der Klägerin nicht um eine Erstausbildung, weil die Klägerin mit dem Bestehen ihres Bachelorstudiengangs ein Erststudium i.S.d. § 9 Abs. 6 EStG i.d.F. des BeitrRLUmsG abgeschlossen habe. Die Aufwendungen der Klägerin für das Masterstudium seien beruflich veranlasst gewesen und daher nach den allgemeinen Grundsätzen als vorweggenommene Werbungskosten zu berücksichtigen. Für die Auslegung des § 9 Abs. 6 EStG sei das kindergeldrechtliche Verständnis der Begriffe Berufsausbildung und Erststudium in § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG unerheblich.³

C. Kontext der Entscheidung

Die Besprechungsentscheidung steht am Ende einer wechselvollen Entwicklung, die bis in das Jahr 2002 zu-

rückreicht: Bis dahin hatte der BFH in ständiger Rechtsprechung zwischen den als Werbungskosten abzugsfähigen Fort- und Weiterbildungskosten sowie den Berufsausbildungskosten differenziert, die außerhalb eines Ausbildungsverhältnisses nur im Rahmen des Sonderausgabenabzugs Berücksichtigung fanden.⁴ Unter Änderung seiner Rechtsprechung stellte der BFH fortan maßgeblich auf den konkreten Veranlassungszusammenhang ab, der bei jedweder berufsbezogenen Bildungsmaßnahme erfüllt sein könne.⁵

In Reaktion auf diese Rechtsprechungsänderung versuchte der Gesetzgeber – vor allem wegen befürchteter Steuerausfälle in Höhe von etwa 1,5 Mrd. € – mit Gesetz vom 21.07.2004,⁶ die Änderung der Rechtsprechung einzugrenzen.⁷ Mit dem neu eingeführten § 12 Nr. 5 EStG (a.F.) sollte eine Differenzierung zwischen den (nur im Rahmen des Sonderausgabenabzugs abzugsfähigen) Kosten für die erstmalige Berufsausbildung und das Erststudium auf der einen Seite sowie (als Werbungskosten voll abziehbaren) Aufwendungen für sonstige berufliche Bildungsmaßnahmen auf der anderen Seite eingeführt werden. Diese Neuregelung ließ der BFH in der Folge jedoch praktisch ins Leere laufen.⁸

Daraufhin führte der Gesetzgeber durch das BeitrRLUmsG – rückwirkend ab Veranlagungszeitraum 2004 – § 9 Abs. 6 EStG ein. Danach sind Aufwendungen des Steuerpflichtigen für seine erstmalige Berufsausbildung oder für ein Erststudium, das zugleich eine Erstausbildung vermittelt, keine Werbungskosten, wenn diese nicht im Rahmen eines Dienstverhältnisses stattfinden. Damit sollte die vorherige Rechtslage „klarstellend“ wiederhergestellt werden.⁹ Der VI. Senat des BFH hielt die Vorschrift jedoch – anders als der VIII. Senat des BFH¹⁰ – für verfassungswidrig und legte sie nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG dem BVerfG vor: § 9 Abs. 6 EStG verstoße gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) in seinen Ausprägungen als Gebot der Besteuerung nach der finanziellen Leistungsfähigkeit und als Gebot der Fol-

1 FG Düsseldorf, Urt. v. 25.11.2011 - 1 K 2819/08 F.

2 Gesetz vom 07.12.2011, BGBl. I 2011, 2592.

3 Vgl. Kanzler, FR 2020, 324, 325 zu der daraus resultierenden widerstreitenden Interessenlage zwischen dem Auszubildenden und seinen Eltern.

4 Vgl. die Nachweise in BFH, Urt. v. 17.12.2002 - VI R 137/01 Rn. 12 ff.

5 BFH, Urt. v. 17.12.2002 - VI R 137/01 Rn. 26.

6 BGBl. I 2004, 1753.

7 BT-Drs. 15/3339, S. 2, 10.

8 Vgl. u.a. BFH, Urt. v. 18.06.2009 - VI R 14/07; BFH, Urt. v. 28.07.2011 - VI R 5/10.

9 BT-Drs. 17/7524, S. 5.

10 BFH, Urt. v. 05.11.2013 - VIII R 22/12 Rn. 13.

gerichtigkeit; von der Verfassungswidrigkeit der rückwirkenden Geltungsanordnung sei der Senat dagegen nicht überzeugt.¹¹

Das BVerfG hat daraufhin entschieden, dass § 9 Abs. 6 EStG mit dem Grundgesetz vereinbar ist.¹² Die Ungleichbehandlung von Erstausbildungen und Erststudien außerhalb eines Dienstverhältnisses gegenüber anderen Ausbildungen sei nicht willkürlich. Der Gesetzgeber habe die entsprechenden Aufwendungen als wesentlich privat (mit-)veranlasst qualifizieren und den Zusammenhang mit einem konkreten späteren Beruf als typischerweise gering ausgeprägt bewerten dürfen. Selbst bei einer stark auf einen bestimmten späteren Beruf ausgerichteten Erstausbildung liege eine private Mitveranlassung vor, weil die Ausbildung erstmalig die Voraussetzungen für eine selbstbestimmte Lebensführung schaffe und Kompetenzen vermittele, die allgemein die Lebensführung des Auszubildenden beeinflusse. Die Differenzierung zwischen Erstausbildung und weiteren Ausbildungen sei sachlich gerechtfertigt, weil die Gründe für das Absolvieren weiterer Ausbildungen derart heterogen seien, dass sie sich einer typisierenden Erfassung als maßgeblich privat (mit-)veranlasst entzögen. Bei Erstausbildungen innerhalb eines Dienstverhältnisses biete der objektiv feststellbare Veranlassungszusammenhang mit der gegenwärtigen Erwerbstätigkeit einen sachlichen Differenzierungsgrund. Mit der Besprechungsentscheidung folgt dem nun der VI. Senat des BFH.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Grundfrage nach den Grenzen des Werbungskostenabzugs von Ausbildungsaufwand ist mit der gesetzgeberischen Grundentscheidung des § 9 Abs. 6 EStG und der Bestätigung ihrer Verfassungsmäßigkeit durch das BVerfG, die der VI. Senat nun nachvollzieht, vorerst beantwortet. Zudem haben die zwischenzeitlichen Ergänzungen in § 9 Abs. 6 Satz 2 – 5 EStG durch das Zollkodex-Anpassungsgesetz,¹³ mit denen der Begriff der Berufsausbildung als Fall der Erstausbildung konkretisiert wurde, die streitanfälligen, aber gleichwohl früher geläufigen Gestaltungen durch das Absolvieren einer Kurzausbildung¹⁴ weitgehend geklärt. Nach alldem dürfte in den allermeisten Fällen kein Streit mehr über den Werbungskostenabzug von Ausbildungsaufwand entstehen.

Anders ist dies jedoch bei Berufsausbildungen, die in (weiterem) Zusammenhang mit einem konkreten Dienstverhältnis stehen.¹⁵ Zu denken ist hier insbesondere an die – kostenträchtige – Ausbildung zum Verkehrsflugzeugführer, die nicht selten mit der (unter gewissen Vorbehalten stehenden) Zusage der Übernahme in ein Arbeits-

verhältnis nach Erhalt der Pilotenlizenz verknüpft ist. Hier wird sich zeigen, ob die Rechtsprechung den Terminus „im Rahmen eines Dienstverhältnisses“ zukünftig großzügiger auslegen wird als bisher.¹⁶ Zugleich bleibt abzuwarten, ob sich in der Praxis Gestaltungen durchsetzen, bei denen bereits während der Ausbildung ein ausbildungsbezogenes Dienstverhältnis – ggf. ohne Lohnzahlung in der Ausbildungsphase¹⁷ – begründet wird. In der aktuellen Krise (nicht nur) der Luftverkehrswirtschaft dürfte allerdings die Bereitschaft der Fluggesellschaften, zukünftige Piloten bereits bei Beginn ihrer Ausbildung in ein Arbeitsverhältnis zu übernehmen, im besten Fall schwach ausgeprägt sein.

E. Bewertung

Ob die Entscheidung des BFH einen Schlusstrich¹⁸ unter das Thema „Ausbildungsaufwand“ setzt oder doch nur einen vorläufigen Endpunkt¹⁹ bildet, wird sich zeigen. Auch wenn die nun bestätigte Regelung des § 9 Abs. 6 EStG – wie jede Typisierung – mit Abstrichen bei der Einzelfallgerechtigkeit und in der Dogmatik einhergeht, sind doch ihre positiven Seiten nicht zu vernachlässigen: So vermeidet § 9 Abs. 6 EStG es, neuartige oder generalistische Studiengänge dadurch zu benachteiligen, dass auf eine konkrete berufliche Veranlassung abgestellt wird, die dort – anders als etwa bei einem Lehramtsstudium – nur schwer greifbar ist.²⁰ Zugleich wird mit der Privilegierung von Ausbildungen im Rahmen eines Dienstverhältnisses die dualistische Ausbildung gestützt, die angesichts des Facharbeitermangels wieder zunehmend an Bedeutung gewinnt. Last, but not least: Die insoweit nun mit der Besprechungsentscheidung als – endgültigem oder vorläufigem – Abschluss der wechselvollen Entwicklung des Themas gewonnene Rechtsklarheit ist alles andere als gering zu schätzen.

11 Siehe z.B. BFH, Beschl. v. 17.07.2014 - VI R 61/11.

12 BVerfG, Beschl. v. 19.11.2019 - 2 BvL 22-27/14.

13 Gesetz vom 22.12.2014, BGBl. I 2014, 2417.

14 Vgl. nur BFH, Ur. v. 28.02.2013 - VI R 6/12 Rn. 19 (Flugbegleiterin); BFH, Ur. v. 27.10.2011 - VI R 52/10 Rn. 16 (Rettungsanwärter).

15 Vgl. Köster, DStZ 2020, 152, 160 f.

16 FG Kiel, Ur. v. 04.09.2013 - 2 K 159/11 Rn. 67 (rechtskräftig.); vgl. auch BFH, Beschl. v. 17.07.2014 - VI R 72/13 Rn. 19; a.A. FG Münster, Ur. v. 04.04.2014 - 14 K 4281/11 F Rn. 23, anhängiges Verfahren beim BFH unter VI R 50/14 (derzeitig ruhend); Bergkemper in: Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 9 EStG Rn. 610.

17 BFH, Ur. v. 19.04.1996 - VI R 15/93 Rn. 9; BFH, Ur. v. 24.09.1985 - IX R 96/82 Rn. 16; Thürmer in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 9 EStG Rn. 697a.

18 Vgl. Kanzler, FR 2020, 324, 324.

19 Vgl. Gehm, NJW 2020, 458, 458.

20 Ismer, DStR 2020, 681, 684.

„The Special One“ – der Anwalt für besondere Fälle

Herr Fischer ließ sich nach zwei „Lehrjahren“ als angestellter Anwalt 1978 als Einzelanwalt in Frankfurt nieder und blieb – abgesehen von einem kurzen, aber erfolglosen „Kleinsoziätsversuch“ – bis zur kürzlich erfolgten Rückgabe seiner Zulassung Einzelkämpfer. Er schreibt regelmäßig für Fachzeitschriften – auch für die jM –, engagierte sich u.a. im DAV und belegte in den Rankings der „Arbeitnehmer-Anwälte“ Spitzenplätze. 1987 gründete er zusammen mit Fachkolleg(inn)en den Verein „Hessische Fachanwälte für Arbeitsrecht“ mit dem Ziel, unbeeinflusst von Verbandsinteressen anwaltspezifischen Interessen im Arbeitsrecht und in der Arbeitsgerichtsbarkeit mehr Nachdruck zu verleihen. Dieses Engagement verbindet ihn mit dem in Heft 6/2020 interviewten Kollegen Jobst Hubertus Bauer, wengleich sie vor Gericht als Vertreter der Parteien oft die Klängen kreuzten. Umso reizvoller ist es, gemeinsames und trennendes aufzuspüren.

Kalb: Lieber Herr Fischer, als wir uns Ende des letzten Jahrhunderts bei Veranstaltungen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes kennenlernten, gab es die Spezies „Fachanwalt für Arbeitsrecht“ noch nicht lange. Sie waren von Anfang an einer der profiliertesten Vertreter dieser Zunft auf Arbeitnehmerseite. Wie sind Sie eigentlich zur Anwaltschaft und konkret zum Arbeitsrecht gekommen?

Fischer: Als mein Vater kurz vor Beendigung seines 50 Jahre währenden Beschäftigungslebens im öffentlichen Dienst – weit überwiegend im „Arbeitsamt“ (möglicherweise pflege ich deshalb auch heute noch diesen Begriff zu benutzen) – doch noch zum Amtmann befördert wurde, war nicht nur er beglückt, sondern ich auch. Wir beide wollten, dass ich an diese Laufbahn anknüpfe. Bis in die Mitte der Referendarzeit hinein wäre mir nie eingefallen, Rechtsanwalt zu werden. Dann aber entdeckte ich, dass es mir mehr Spaß macht und dass es mir mehr liegt, Interessen zu vertreten, als diese abzuwägen und über sie zu richten. In meinem im Sommersemester 1968 (!) begonnenen Jurastudium an der FU Berlin hörte ich einen jungen Privatdozenten namens Reinhard Richardi, einen mit Eiern beworfenen Professor namens Bernd Rütters und einen ostwestfälischen Landsmann von mir, Friedhelm Farthmann, damals Bundestagsabgeordneter später dann Arbeitsminister in Nordrhein-Westfalen und zuständig für die völlige Umgestaltung des Betriebsverfassungsrechtes, die 1972 zu dem heute noch geltenden Gesetz führte. Damit war ich für das Arbeitsrecht gewonnen. Allerdings musste ich dann doch wählen zwischen dieser neuen Liebe und meiner Begeisterung für das Wettbewerbsrecht. Aus politischen, sozialen und familienhistorischen Gründen

entschied ich mich dann für das Arbeitsrecht. Diese Entscheidung wurde von den meisten meiner Kommilitonen und Freunde nicht verstanden. Sie fragten mich: „Warum willst Du unbedingt Armenanwalt werden. Das Arbeitsrecht ist doch Schmalspurrecht, willst Du für immer in dieser Nische hocken?“ Ich blieb standhaft und habe es nicht bereut, nicht zuletzt auch deshalb, weil das Arbeitsrecht größtenteils forensisches Recht ist und mir der Auftritt vor Gericht immer Spaß gemacht hat. Arbeit ohne Spaß ist aus meiner Sicht ein Irrtum. Und finanziell völlig erfolglos war ich glücklicherweise nicht.

Halten Sie rückblickend die Einführung einer Fachanwaltschaft eigentlich für sinnvoll?

Ja, ich halte sie für sehr sinnvoll, sie hätte aus meiner Sicht noch wesentlich früher kommen können. Auch ich war privilegiert, weil ich ohne Prüfung „geadelt“ wurde. Es reichte ein Bestätigungsschreiben des damaligen BAG-Präsidenten Kissel, dass ich mich im Arbeitsrecht auskenne. Das Auskennen im Arbeitsrecht ist natürlich immer relativ, auch mein eigenes. Hier die notwendigen Abgrenzungen vorzunehmen ist sicherlich nicht einfach: Sind die Kriterien zu streng, werden Anwälte vom Arbeitsrecht abgeschreckt, sind sie zu lasch, ist der Effekt für die Mandanten gering. Ich glaube aber, im Individualarbeitsrecht sind die Maßstäbe einigermaßen angemessen. Für das kollektive Arbeitsrecht glaube ich dasselbe nicht. Das liegt aber auch daran, dass hier die Fallzahlen und die potenziellen Mandanten deutlich geringer sind. Aber dennoch meine ich, sagen zu dürfen, dass das kollektive Arbeitsrecht die Königsdisziplin innerhalb unserer Branche ist.

Sie sind in Ihrem anwaltlichen Berufsleben nie Mitglied einer Großkanzlei gewesen, sondern immer „Einzelkämpfer“ geblieben. Gibt es dafür besondere Gründe und hat der Einzelanwalt noch Zukunft?

Ulrich Fischer



Ulrich Fischer kann man in Anlehnung an den Fußball als Strategen mit besonderer Begabung bezeichnen, der sich vor allem als „Anwalt der Lokführer“ (FAZ 2007) einen Namen gemacht hat. 2003 erstritt er für die GDL einen Überraschungssieg, weil das Hessische Landesarbeitsgericht den Lokführerstreik abweichend vom Prinzip der Tarifeinheit erlaubte. In dem langjährigen Tarifkonflikt hat er sich beharrlich und mit Erfolg für das Streikrecht der Lokführer eingesetzt.

Ich kann, glaube ich, für mich in Anspruch nehmen, zu Beginn meines Studiums entdeckt zu haben, dass ich eher ein „Einzelgänger“ und später erkannt zu haben, dass ich ein „Einzelkämpfer“ und kein Teamplayer bin, obwohl ich gerne einer gewesen wäre. Aber da ich keiner bin, bleibt mir nur der Einzelanwalt, der für mich den Vorteil hatte, dass ich nicht in großen Strukturen sozusagen zwischen den Mühlsteinen aufgerieben wurde. Ich musste auch nicht Stunde um Stunde, Tag um Tag in Sitzungen, Meetings und ähnlichen unproduktiven Konstellationen Lebenszeit vernichten. Die auch für den Anwalt nicht ganz unwichtige professionelle Kommunikation habe ich mir dadurch schaffen können, dass ich mit einigen Kollegen, ebenfalls Einzelanwälte, in einem engen fachlichen und kollegialen Austausch stand, der auch bei Terminkollisionen hilfreich war.

Der Einzelkämpfer kann nun einmal nur als Einzelanwalt Anwalt sein. Das war auch ein Alleinstellungsmerkmal – nämlich sich selbstständig, ohne Rückgriff auf andere durchsetzen zu können – und dem Mandanten das Gefühl zu geben, dass man mit seiner ganzen Persönlichkeit hinter ihm und dem Mandat steht. Deshalb bin ich der Meinung, dass es im Grunde ein Trauerspiel ist, dass es auch im Arbeitsrecht nur noch so wenige Einzelanwälte gibt. Bei jeder Gelegenheit habe ich die Trommel für meine Existenzform gerührt. Ich habe den Eindruck gewonnen, dass heute vielfach die Risikobereitschaft nicht mehr vorhanden ist, die man natürlich in einer solchen Konstellation braucht.

Sie können auf eine lange anwaltliche Berufserfahrung zurückblicken. Was war die interessanteste Sache, an der Sie gearbeitet haben?

Ja, es gab in den 45 Jahren einige hochinteressante Sachen, zur Wahrheit gehört aber auch, dass es auch viel „kleine Münze“ gab. Ich habe sie mit dem Kürzel „AKAZ“ versehen: Abmahnung, Kündigung, Aufhebungsvertrag, Zeugnis. Aber dieses „Brot-und-Buttergeschäft“ erlaubte es mir, anspruchsvolle Verfahren im kollektiven Arbeitsrecht, insbesondere im Bereich der Betriebsverfassung im Sinne einer Mischkalkulation quer zu finanzieren. Denn der Betriebsräte vertretende Anwalt kann nicht darauf hoffen, wie sein anwaltlicher Gegenpart, mit einer Honorarvereinbarung für seine segensreiche Tätigkeit belohnt zu werden.

Der interessanteste Komplex in meinen Anfangsjahren war die Vertretung der IG-Metall im Arbeitskampf um die 35-Stundenwoche, die bekanntlich mit dem Rühthers/Leber Kompromiss endete. Hier habe ich für das Aussperrungsverbot der Hessischen Landesverfassung gestritten und auch im Nachgang vor dem BAG einige Verfahren absolviert.

In den letzten ca. 15 Jahren war es natürlich der „GDL/Deutsche Bahn“-Konflikt. Dieser hat mich, das muss ich

zugeben, manchmal bis an die Grenze meiner psychischen und physischen Leistungsfähigkeit als Einzelanwalt gebracht.

Über welches Mandat haben Sie sich am meisten geärgert?

An einen wirklichen erinnerungswürdigen Ärger über ein spezielles Mandat kann ich mich nicht erinnern. Aber, ob Sie es glauben oder nicht: Richtig geärgert habe ich mich über die Reaktionen auf das letztgenannte Mandat. Denn ich musste die Erfahrung machen, dass sich mit der Übernahme der Vertretung der GDL meine bisherige Mandantschaft aus dem Bereich der DGB-Gewerkschaften fast vollständig verloren habe. Man liebt den Verrat, aber hasst den Verräter. Nach diesem Motto bin ich scheinbar behandelt worden. Denn da die GDL Mitglied des DGB-Tarifunion war und ist, wird sie in anderen Gewerkschaftskreisen als Spalter-Gewerkschaft etikettiert. Mehrfach bin ich befragt worden, wie ich es wagen könne, so eine Gewerkschaft zu vertreten. Und die Tatsache, dass die Arbeitgeberverbände Hand in Hand mit dem DGB das Tarifeinheitsgesetz, das ich mit Verfassungsbeschwerden und einer noch anhängigen Menschenrechtsbeschwerde in Straßburg bekämpft habe, durchgepaukt haben, spricht eine eindeutige Sprache.

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

Die Veränderungen sind gravierend: Bereits mit der Einführung des Telefax hat sich die Schlagzahl immens erhöht und die Reaktionszeit sich drastisch verkürzt. Die Digitalisierung hat diese Tendenz deutlich gesteigert. Ich habe leider auch die Erfahrung gemacht, dass die Ansprüche und Anforderungen der Mandanten immer größer geworden sind und die Dankbarkeit bei Erfolgen immer kleiner. Die Zahl der Einzelanwälte ist gravierend gesunken, es sind Anwaltsfabriken entstanden, nichts für mich. Ob meine Einschätzung objektiv richtig ist, dass auch der Idealismus des Anwalts, für eine gute Sache zu streiten, für den Mandanten einzustehen, auch gegen Widerstände, geringer und die Verlockung des Geldes stärker geworden ist, vermag ich ehrlich gesagt nicht zu beurteilen. Aber subjektiv habe ich sie.

Bedauern Sie es, dass es bis heute trotz einiger Anläufe nicht gelungen ist, das Arbeitsrecht zu kodifizieren und ein Arbeitsgesetzbuch zu schaffen?

Ja, das bedauere ich sehr. Ich habe mich immer dann, wenn das Thema auf die Tagesordnung kam dahingehend zu Wort gemeldet, dass ich eine solche Initiative für dringend geboten halte. Aber ich habe feststellen müssen, dass es auf diesem Terrain eine Vielzahl von Playern gibt, die an einer solchen Kodifizierung keinerlei Interesse haben, aus den

unterschiedlichsten Gründen, meistens Gründen in Bezug auf die eigenen Interessen. Interessanterweise sind es oft „progressive Kreise“, die einen solchen Fortschritt ablehnen. Ich bin fest davon überzeugt, dass das deutsche Arbeitsrecht in der globalen Konkurrenzsituation der Rechtssysteme einen viel besseren Stand hätte, wenn wir interessierten Staaten und Gesetzgebern ein kompaktes System vorlegen könnten. So scheint mir, dass das anglo-amerikanische System, das sicherlich auch einige Vorzüge, meines Erachtens aber mehrere Nachteile hat, sich immer weiter ausdehnen kann.

Ist das deutsche Arbeitsrecht aus Ihrer Sicht als „Arbeitnehmeranwalt“ ein Standortnachteil oder umgekehrt – wie es ein BAG-Präsident einmal formuliert hat – ein deutlicher Standortvorteil im globalen Wettbewerb?

Aus meiner Sicht ein klarer Vorteil. Zum einen im Binnenverhältnis: Ich bin davon überzeugt, dass ohne unser Arbeitsrecht in seiner Dynamik von 1949 bis heute die wirtschaftlichen Erfolge, die wir haben feiern können, nicht möglich gewesen wären. Im Außenverhältnis ergeben sich natürlich Zweifel, weil der deutsche Weg schon ein ziemlich spezieller ist und es nicht ganz einfach ist, ausländischen Arbeitgebern und Investoren diesen Weg schmackhaft zu machen. Aber ich glaube, dass die Zahl der möglicherweise durch das Arbeitsrecht abgeschreckten ausländischen Investoren, verglichen mit denen, die mit ihrem Investment zufrieden sind, gering ist.

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

Ehrlich gesagt sehe ich keinen wirklich dringenden aktuellen Handlungsbedarf in wesentlichen Fragen. Ich sehe mehr Bedarf dafür, dass sich der Gesetzgeber nach Jahrzehnten der intensiven Regulierung zukünftig deutlich mehr zurückhält. Denn zu viel Regelung kann das Gegenteil von gut bedeuten, nämlich schlecht.

Sie haben im Laufe Ihrer Karriere und besonders in der Zeit der Lokführerstreiks die Arbeitsgerichtsbarkeit bundesweit kennengelernt. Gibt es regionale Unterschiede und wie beurteilen Sie deren Funktion insgesamt?

Als ich anfang, waren die Arbeitsrechtsanwälte dadurch privilegiert, dass sie bundesweit auftreten konnten. Ich war schon in jungen Jahren zwischen Flensburg und Lörach tätig. Ich stimme der Aussage meines jahrzehntelangen, teilweise erbitterten Kontrahenten und dennoch hochgeschätzten Kollegen Jobst-Hubertus-Bauer zu, dass sich die regionalen Unterschiede deutlich abgeschwächt

haben. Sie bestehen aber noch. Zum einen zwischen Nord, Süd und Ost, zum anderen zwischen den Großstädten und den mit allem Respekt sog. Provinzstädten. Ich hatte zu Beginn meiner Berufstätigkeit mindestens 20 Jahre lang mit dem Vorurteil zu tun, dass viele Gerichte gegen Rechtsanwälte aus der „Anwalts-Krawallstadt“ Frankfurt genüsslich pflegten: links, frech und die behagliche Ruhe störend.

Gäbe es die Arbeitsgerichtsbarkeit nicht, müsste sie auf der Stelle erfunden werden, und zwar mit Rückwirkung!

Sie haben Ihre Anwaltstätigkeit vor kurzem beendet. Von einem Ruhestand sind Sie gleichwohl weit entfernt. Dafür sorgen Ihre vielfältigen Interessen, vor allem auch im Bereich Literatur und Recht. Wie geht es weiter?

So etwa 15 Jahre vor dem von mir geplanten Berufsausstieg habe ich mir, anknüpfend an mein Interesse an der deutschen Geschichte von 1918 bis 1945 ein „Spielbein“ geschaffen, nämlich die Beschäftigung mit der Schnittstelle von Kultur und Recht in diesem Zeitraum. So habe ich schon in dieser Abklingphase meiner beruflichen Tätigkeit einige Aufsätze z.B. zu Kurt Weill und Bertold Brecht, zu Paul Hindemith und zu Hans Fallada veröffentlicht. Und nun habe ich das Privileg, aus diesem Spielbein mein Standbein zu machen. Abgeschlossen habe ich bereits größere Studien/Büchlein über die urheberrechtliche Verfilmungsgeschichte der „Dreigroschenoper“ und die Rechtsanwälte im Romanwerk von Hans Fallada. Ein Lieblingsprojekt seit Jahrzehnten steht kurz vor dem Abschluss. Es befasst sich mit dem inneren Spannungsverhältnis Franz Kafkas in seiner Rolle als Versicherungsbeamter in der Arbeiterunfallversicherung für das Königreich Böhmen zu Prag und als Unternehmer und persönlich haftender Gesellschafter der Firma „Prager Asbestwerke Hermann und Co.“. Ich hoffe, dass ich für solche exotischen „Spinnereien“ einen Verlag finde. Wenn nicht, dann bleibt mir die Genugtuung, dass mir die Arbeit bei der Recherche und bei der Vertiefung in die Persönlichkeit Kafkas glückliche Stunden bereitet hat.

Aber ich behalte mir auch vor, mich ab und zu noch in arbeitsrechtlichen Angelegenheiten zu Wort zu melden, wenn mir dieses in Zeiten einer zunehmenden „Cancel-Kultur“ gestattet wird.

Herzlichen Dank, lieber Herr Fischer, für Ihre erfrischend offenen Antworten. Bleiben Sie gesund und „unruhig“!

Das Interview wurde geführt von

VPräsLARbG a.D. Prof. Dr. Heinz-Jürgen Kalb

Prof. Dr. Markus Würdinger



Professor an der Universität Passau

Markus Würdinger war von 2012–2019 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Europäisches und Internationales Privatrecht sowie Zivilprozessrecht an der Universität des Saarlandes in Saarbrücken. Seit 2019 ist er Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht an der Universität Passau. Sein Schrifttum umfasst über 150 Veröffentlichungen.

Dr. Stephanie Vogelgesang



Postdoktorandin und Lehrbeauftragte

Frau Vogelgesang ist Postdoktorandin beim CISPA Helmholtz-Zentrum für Informationssicherheit in Saarbrücken und Geschäftsführerin der Defendo GbR – Hessel, Rebmann & Vogelgesang. Daneben ist sie Lehrbeauftragte an der Universität des Saarlandes (FB Rechtswissenschaften und Informatik) sowie an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer.

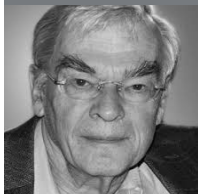
Prof. (em.) Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Martinek, Master of Comparative Law (New York), Hon.-Prof. (Johannesburg), Hon.-Prof. (Wuhan)



Rechtsanwalt

Herr Martinek war mehr als 30 Jahre lang Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung sowie Direktor des Instituts für Europäisches Recht an der Universität des Saarlandes. Seit seiner Emeritierung 2019 ist er vor allem als Rechtsanwalt, Schiedsrichter und Gutachter sowie als Gastprofessor an mehreren ausländischen Universitäten tätig. Er ist Mitherausgeber des juris-Praxiskommentars zum BGB und ständiger Mitarbeiter der jM.

Prof. Dr. iur. Dr. phil. Dr. h.c. mult. Jörg Berkemann



Richter am Bundesverwaltungsgericht a.D.

Herr Berkemann war von 1984 bis 2002 Richter am BVerwG. Er lehrt als Honorarprofessor für Öffentliches Recht an der Universität Hamburg und als Lehrbeauftragter an der Bucerius Law School (Hamburg). Seine juristischen Tätigkeitsschwerpunkte liegen im öffentlichen Planungs-, Umwelt- und Prozessrecht, im Unionsrecht, in der Verfassungsgeschichte und in der Geschichte der Neuzeit. Sein Spezialgebiet ist deutsch-jüdische Geschichte.

Dr. Klaus Liebl



Richter am Landgericht

Diplom-Finanzwirt (FH) Dr. jur. Klaus Liebl war bis 2007 bei der Finanzverwaltung im gehobenen Dienst unter anderem als Umsatzsteuer-Sonderprüfer tätig. Nach Abschluss seiner Promotion im Jahr 2010 und der zweiten Juristischen Staatsprüfung im November 2011 arbeitete er bis November 2013 als Rechtsanwalt. Nunmehr ist er bei der bayerischen Justiz beschäftigt. Dort war er bis März 2017 Staatsanwalt und ist derzeit als Richter am Landgericht Mitglied einer Wirtschaftsstrafkammer. Daneben hat er zahlreiche juristische Publikationen verfasst.

IMPRESSUM

Herausgeber: Vizepräsident des BSG Prof. Dr. Thomas Voelzke, Kassel
Vors. Richter in 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, Am Römerkastell 11, 66121 Saarbrücken, Tel.: 0681 5866-0, Fax: 0681 5866-239, E-Mail: jM@juris.de
Geschäftsführer: Samuel van Oostrom, Johannes Weichert, Aufsichtsratsvorsitzende: Ministerialdirigentin Eva-Lotta Gutjahr

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

8. Jahrgang

juris PartnerModul Steuerstrafrecht

Bundesanzeiger Verlag | C.F. Müller | Erich Schmidt Verlag | IWW Institut | Stollfuß Medien | Verlag Dr. Otto Schmidt

Mit dem verlagsübergreifenden juris PartnerModul Steuerstrafrecht beraten Sie Ihre Mandanten auf dem vielseitigen Gebiet des nationalen und internationalen Steuerstrafrechts jederzeit auf höchstem Niveau.

Eingebunden in die führende Rechercheplattform juris – Das Rechtsportal, vereint das Online-Angebot die Herausgeber- und Autorenkompetenz der jurisAllianz Partner zum gesamten materiellen und formellen Steuerstraf- sowie Steuerordnungswidrigkeitenrecht. Mit wenigen Klicks erhalten Sie passgenaue Lösungsvorschläge für die erfolgreiche Beratung in jedem Verfahrensstadium.

Durch die Kombination renommierter Premium-Literatur mit der täglich aktualisierten juris Entscheidungs- und Vorschriftensammlung verfolgen Sie die relevante Rechtsentwicklung intuitiv und komfortabel. Sekundenschnell recherchieren Sie Gestaltungsempfehlungen und Handlungsalternativen zum kompletten steuerlichen Verfahrensrecht, unter anderem:

- Betriebsprüfung
- Durchsuchung und Beschlagnahme
- Kostenrecht
- Ermittlungsverfahren
- Rechtsschutz nach AO/FGO
- Steuerfahndung
- Steuerstrafverfahren
- Strafgerichtliche Verhandlung

Mehr Infos und zum Gratistest unter:
www.juris.de/pm-steuerstrafrecht

juris PraxisKommentar**Elektronischer Rechtsverkehr Gesamtausgabe**

Hrsg. Prof. Dr. Stephan Ory und Prof. Dr. Stephan Weth, Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Prozess- und Arbeitsrecht sowie Bürgerliches Recht, Universität des Saarlandes, Saarbrücken, Institut für Arbeits- und Sozialrecht, Universität des Saarlandes, Saarbrücken

Die Digitalisierung der Kommunikationsmittel innerhalb der Justiz - der Elektronischen Rechtsverkehr - nimmt an Fahrt auf. Für alle Beteiligten – Gerichte und Behörden einerseits sowie Rechtsanwälte, Notare und Bürgern andererseits – stellen sich in der Praxis zahlreiche Fragen und Herausforderungen. Hier hilft der neue, fortlaufend aktualisierte juris PraxisKommentar Elektronischer Rechtsverkehr.

Eine wissenschaftliche Begleitung des elektronischen Rechtsverkehrs existierte bislang nicht. Der neue juris PraxisKommentar schließt diese Lücke: Die erfahrenen Autorinnen und Autoren kommentieren die verfahrensrechtlichen Vorschriften der verschiedenen Gerichtsbarkeiten in vier Bänden auszugsweise und mit klarem Fokus auf den Elektronischen Rechtsverkehr.

Die Gesamtausgabe:

- Band 1 Allgemeiner Teil, Ory
- Band 2 Zivilverfahren, Weth
- Band 3 Öffentlich-rechtliche Verfahren, Müller
- Band 4 Strafverfahren, Kesper/Radke

Sie als Anwender erhalten eine Mischung aus handbuchartigen Elementen und Normkommentierungen in der bewährten Struktur der juris

PraxisKommentare. Im Rahmen des einzigartigen Aktualisierungskonzepts werden aktuelle und zukünftige Entwicklungen sowie insbesondere die wachsende Zahl an Entscheidungen zeitnah aufgegriffen.

Weitere Infos unter: www.juris.de/jpk-erv

Staudinger Online powered by juris

Verlag Dr. Otto Schmidt – De Gruyter

Innovation und Tradition perfekt vereint: Seit 1898 informiert der Staudinger BGB Kommentar wissenschaftlich zuverlässig und praxisnah über alle Änderungen und Entwicklungen im Zivilrecht. juris – Das Rechtsportal stellt als einziger Anbieter das gesamte Werk als digitale Fassung zur Verfügung: vollumfänglich und vollständig, in juris Qualität verarbeitet, permanent aktualisiert.

Neben der umfassenden Kommentierung des BGB finden Sie Kommentierungen zu wichtigen Nebengesetzen und ausführliche Erläuterungen zum europäischen und internationalen Privatrecht. Zusätzlich zu Entscheidungsergebnissen werden Gründe und Gegengründe sowie Lösungsvorschläge zu Streitfragen oder noch ungeklärten Rechtsfragen angeboten.

Als STAUDINGER Online Nutzer profitieren Sie von der umfassenden und intelligenten Verknüpfung der Inhalte des Kommentar-Klassikers mit zitierter Rechtsprechung, Normen und Literatur in der juris Datenbank. Durch monatliche Online-Aktualisierungen arbeiten Sie immer auf dem neuesten Stand des Rechts. EXKLUSIV: juris verlinkt den Staudinger verlagsübergreifend mit renommierten Standardwerken wie dem Erman BGB Kommentar, dem juris PraxisKommentar BGB, den Zeitschriften FamRZ, MDR und SGB sowie vielen weiteren Titeln.

Das Gesamtwerk umfasst in seiner vollständigen Online-Grundausstattung über 70.000 Seiten in 114 Bänden.

- Buch 1 Allgemeiner Teil
- Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse
- Buch 3 Sachenrecht
- Buch 4 Familienrecht
- Buch 5 Erbrecht
- EGBGB Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
- EGBGB/IPR Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch/IPR
- Eckpfeiler des Zivilrechts

Alle seit 2015 überarbeiteten Bände sind als Archiv vorhanden. Das Expertenteam aus 139 hochqualifizierten Kommentatorinnen und Kommentatoren garantiert eine für Wissenschaft und Praxis gleichermaßen leistungsfähige wie höchst informative Kommentierung.

Mit dem STAUDINGER Online nutzen Sie alle Vorteile der juris Recherche:

- Ortsunabhängig: 24/7 verfügbar von jedem Ort der Welt
- Rechtssicher: Monatliche Online-Aktualisierungen, höchste Qualität und Verlässlichkeit
- Vollständig: Verlagsübergreifendes Angebot, maximale Meinungsvielfalt
- Zeitsparend: Intuitive Bedienbarkeit und intelligente Verknüpfung des Großkommentars mit zitierter Rechtsprechung, Normen und Literatur

Neben der STAUDINGER Gesamtausgabe ist auch der Bezug folgender Teilpakete möglich:

- STAUDINGER Online Bankrecht
- STAUDINGER Online Immobilienrecht
- STAUDINGER Online Kreditsicherheiten
- STAUDINGER Online Miet- und WEG-Recht

www.juris.de/staudinger

juris Recherche-Webinare

Im virtuellen Seminarraum verfolgen Sie die Präsentation unserer Recherche-Profis in Echtzeit direkt in der Datenbank. Sie können über Voice-over-IP oder im Chat Fragen stellen. Mithilfe der juris Webinare erfahren Sie immer wieder neue Tricks und Kniffe im Umgang mit der juris Rechercheoberfläche. Jeweils angepasst auf Ihren Kenntnisstand und Bedarf bieten wir folgende Themenbereiche an: Nutzen Sie unser kostenfreies Webinar-Angebot auch im Homeoffice und melden Sie sich gleich an:

www.juris.de/webinare



NEU!

JURIS PRELEX DIE DIGITALE GESETZGEBUNGSBIBLIOTHEK

Ihre Vorteile mit juris PreLex

- Frühzeitige Information über Rechtsänderungen
- Persönlicher Benachrichtigungsservice
- Automatische Prüfung kommunaler Satzungen

juris PreLex

Mit juris PreLex verfolgen Sie den gesamten Entstehungsprozess von Gesetzen und Verordnungen aktuell und intuitiv. Sie finden die relevanten Werdegangs-Dokumente sowie das Gesetz selbst ganz einfach per Mausklick. Dank intelligenter Filtermöglichkeiten und individuellen Benachrichtigungsdiensten behalten Sie stets den vollen Überblick.

Persönlichen Gratistest direkt freischalten: www.juris.de/prelex

ab **39,00 €**/Monat

zzgl. MwSt.

juris[®] Das Rechtsportal

Zusammen unschlagbar juris **DAV**



Das exklusive Recherche-Angebot für DAV-Mitglieder

Als DAV-Mitglied genießen Sie bei juris einen ganz besonderen Status. Durch die enge Kooperation mit dem Deutschen Anwaltverein erhalten Sie exklusive Inhalte und Sonderkonditionen. Mit der komfortablen und intuitiv bedienbaren Online-Recherche bearbeiten Sie auch komplexe Mandate schnell, effizient und mit höchster Rechtssicherheit.

Mehr Informationen und Gratistest unter:
www.juris.de/dav



ab **75,00 €**/Monat

zzgl. MwSt.

juris[®]


Deutscher Anwaltverein