

Juris[®] Die Monatszeitschrift

JM 8/9 | AUGUST/SEPTEMBER
2021

Topthema:

„Karlsruhe for future?“:
Der Klimaschutzbe-
schluss des BVerfG vom
24.03.2021

Prof. Dr. Roberto Bartone

In dieser Ausgabe:

Die Betroffenenrechte der
DSGVO im Spannungsfeld
zum Zivilprozessrecht? – Teil 1

VPräsAG a.D. Dr. Jochen Krüger, Wiss. Mit.
Christoph Resch und Dr. Stephanie Vogel-
gesang, LL.M.

§ 299 Abs. 3 ZPO – Beispiel für
ein elektronisches Gesamt-
konzept

Dr. Stephanie Vogelgesang, LL.M. und
Tim Schneider

Unzulässige doppelte Besteue-
rung von Renten und Renten-
versicherungsbeiträgen

RiBFH Dr. Egmont Kulosa

Stealthing: Entwürdigend, aber
auch strafbar?

Wiss. Mit. Christina Ost und
RA und Wiss. Mit. Kai-Daniel Weil





Der Maßstab
für alle Fälle

STAUDINGER online. ENTSCHEIDEND besser.

**Der STAUDINGER BGB-Kommentar:
Unverzichtbare Kompetenz für Justiz, Praxis und Wissenschaft.**

Verlag Dr. Otto Schmidt | De Gruyter

juris – Das Rechtsportal hat das Premium-Werk in die digitale Zukunft transportiert. Der STAUDINGER Online setzt neue Maßstäbe für die juristische Recherche. Der gesamte Kommentar ist mit einem Klick durchsuchbar – überall und jederzeit. Monatliche Aktualisierungen garantieren den Zugriff auf den neuesten Rechtsstand. Entscheidungen, Normen und Premium-Literatur der jurisAllianz sind intelligent verlinkt. Dank der State-of-the-Art-Technologie von juris – Das Rechtsportal arbeiten Sie intuitiv, komfortabel und zeitsparend.

**Entdecken Sie jetzt den STAUDINGER Online exklusiv unter:
staudinger.juris.de**

jurisAllianz 
Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Zivil- und Wirtschaftsrecht

Die Betroffenenrechte der DSGVO im Spannungsfeld zum Zivilprozessrecht? – Teil 1

VPräsAG a.D. Dr. Jochen Krüger, Wiss.

Mit. Christoph Resch und Dr. Stephanie

Vogelgesang, LL.M.

S. 310

§ 299 Abs. 3 ZPO – Beispiel für ein elektronisches Gesamtkonzept

Dr. Stephanie Vogelgesang, LL.M.

und Tim Schneider

S. 314

Der tatsächliche Zugang eines Erben zu dem „Facebook-Konto“ des Erblassers

BGH, Beschl. v. 27.08.2020 - III ZB 30/20

Prof. Dr. Hannes Ludyga

S. 320

Aufklärungspflichten beim Unternehmensverkauf

OLG München, Urt. v. 03.12.2020 - 23 U

5742/19

RA und FA für Handels- u. Gesellschaftsrecht

sowie FA für Gewerblichen Rechtsschutz

Dr. Marc Laukemann

S. 321

Arbeitsrecht

Kopftuchverbot im Berliner NeutrG

BAG, Urt. v. 27.08.2020 - 8 AZR 62/19

Prof. Dr. Burkhard Boemke

S. 323

Topthema:

Verwaltungsrecht

„Karlsruhe for future?": Der Klimaschutzbeschluss des BVerfG vom 24.03.2021

Prof. Dr. Roberto Bartone

S. 326

Einschränkung des unionsrechtlichen Vorlageverfahrens (Art. 267 AEUV)

EuGH, Urt. v. 10.12.2020 - C-620/19

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

mult. Jörg Berkemann

S. 332

INHALT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Rückruf oder Durcherhitzen? Umgang von mit Mikroorganismen belasteten Lebensmitteln

BVerwG, Urt. v. 14.10.2020 - 3 C 10/19

RiVG Dr. Björn Schäfer, z. Zt. Wiss.

Mit. beim BVerwG

S. 335

Steuerrecht

Unzulässige doppelte Besteuerung von Renten und Rentenversicherungsbeiträgen

RiBFH Dr. Egmont Kulosa

S. 337

Anrechnung ausländischer Steuern auf die deutsche Gewerbesteuer

FG Kassel, Urt. v. 26.08.2020 - 8 K 1860/16

RA und FA für Steuerrecht Prof.

Dr. Florian Haase, M.I.Tax

S. 344

Strafrecht

Stealthing: Entwürdigend, aber auch strafbar?

Wiss. Mit. Christina Ost und

RA und Wiss. Mit. Kai-Daniel Weil

S. 346

Vom himmlischen Wohlgefallen...



Prof. Dr. Stephan Weth

Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Prozess- und Arbeitsrecht sowie Bürgerliches Recht an der Universität des Saarlandes

...für das BVerfG, seinen Klimaschutzbeschluss aus dem März und von der irdischen Kritik an demselben ist im vorliegenden Heft zu lesen. Das Wohlgefallen wird in unserer Karikatur thematisiert, die Kritik findet sich im Aufsatz von Roberto Bartone. Unter dem Titel „'Karlsruhe for future': Der Klimaschutzbeschluss des BVerfG vom 24.03.2021" stellt er zunächst den „belebenden Beschluss“, das „epochale Judikat“ vor, mit dem das Gericht den Gesetzgeber verpflichtet hat, über die bisherige Regelung im Klimaschutzgesetz hinaus die Reduktion der Treibhausgasemissionen nicht nur bis zum Jahr 2030, sondern auch für die Zeiträume ab dem Jahr 2031 festzulegen.

Im Hinblick darauf, dass das BVerfG auch in Bangladesch und Nepal lebende Personen als Beschwerdeführer zugelassen hat, untersucht Bartone, ob sich in Fragen des Klimaschutzes grds. jeder der derzeit fast acht Milliarden Bewohner dieser Erde an das BVerfG wenden darf. Unser Autor verneint diese Frage und kommt sehr pointiert zum Ergebnis, wenn einzelstaatliche Maßnahmen isoliert den Klimawandel nicht aufhalten könnten, erscheine es deutlich zu weitgehend, dass einzelne, auf anderen Kontinenten ansässige ausländische Grundrechtsträger ausgerechnet die Bundesrepublik Deutschland ins verfassungsrechtliche Visier nehmen könnten. Da die Bekämpfung des Klimawandels nur im Zusammenwirken auf internationaler Ebene erreicht werden könne, erscheine es kaum plausibel, dass angesichts der durch die chinesische Schwerindustrie hervorgerufene Emissionssituation oder der Brandrodungen in

den Urwäldern Brasiliens die Maßnahmen des deutschen Gesetzgebers auf dem Gebiet des Klimaschutzes zum Gegenstand grenzenlosen verfassungsrechtlichen Individualrechtsschutzes gemacht werden könnten. Zudem würde es zu einer Überforderung des verfassungsrechtlichen Rechtsschutzes führen, wenn alle vom Klimawandel bedrohten Grundrechtsträger die Verletzung ihrer Grundrechte in Deutschland geltend machten.

Angesichts dieser Kritik stellt sich durchaus die Frage, ob das BVerfG mit seinem Klimaschutzbeschluss nicht über das Ziel hinausgeschossen ist und es insoweit einer Nachjustierung bedarf.

Auch im Beitrag von Egmont Kulosa über die unzulässige doppelte Besteuerung von Renten und Rentenversicherungsbeiträgen spielt eine Entscheidung des BVerfG eine wichtige Rolle. Es ist das Urteil v. 06.03.2002, mit dem das Gericht die unterschiedliche Behandlung von Rentnern und Pensionären in der Phase von Renten und Pensionen beanstandet hatte. Es empfiehlt sich, einmal nachzulesen, warum der Autor meint, es zeige sich hier das Paradoxon, dass eine Entscheidung des BVerfG, die eine gleichheitswidrige Benachteiligung des Beamten festgestellt habe, im Ergebnis zu einer Verbesserung der steuerlichen Behandlung des Nichtbeamten geführt habe.

Abschließend möchte ich noch kurz auf den Beitrag zu den Betroffenenrechten der DSGVO im Spannungsfeld zum Zivilprozessrecht hinweisen. Dieser Beitrag geht der höchst spannenden und weitgehend ungelösten Frage nach, ob es im Zivilprozess für die Parteien einen Berichtigungsanspruch nach Art. 16 DSGVO geben kann. Nach dieser Norm hat die betroffene Person das Recht, von dem Verantwortlichen unverzüglich die Berichtigung sie betreffender, unrichtiger personenbezogener Daten zu verlangen. Kann also der Kläger eines Kündigungsschutzverfahrens verlangen, dass die im Tatbestand des Urteils wiedergegebene Behauptung des beklagten Arbeitgebers aus dem Urteil gelöscht wird, weil er nachweislich nicht krank sei? Es liegt auf der Hand, werden viele sagen, dass es einen solchen Berichtigungsanspruch nicht geben kann. Aber warum ist Art. 16 DSGVO, der – wie in dem Beitrag zutreffend ausgeführt wird – mangels tatbestandlicher Ausnahmen an sich auch für den Zivilprozess gilt, hier nicht anwendbar? Dies ist eine ausgesprochen praxisrelevante Frage, die unsere Autoren in ihrem Beitrag ansprechen und lösen.

So viel für heute. Eine schöne und möglichst coronafreie Sommerzeit wünscht Ihnen

Ihr Stephan Weth

Die Betroffenenrechte der DSGVO im Spannungsfeld zum Zivilprozessrecht? – Teil 1*

VPPräsAG a.D. Dr. Jochen Krüger, Wiss. Mit. Christoph Resch und Dr. Stephanie Vogelgesang, LL.M.

A. Ausgangsüberlegungen

Zu den Betroffenenrechten des dritten Kapitels der DSGVO (Art. 12 – 23) gehört z.B. das Recht auf Berichtigung gem. Art. 16 DSGVO. Danach hat die betroffene Person das Recht, von den Verantwortlichen unverzüglich die Berichtigung sie betreffender unrichtiger personenbezogener Daten zu verlangen.

Es erscheint offensichtlich, dass für die gerichtliche Datenverarbeitung und Prozessführung ein derartiger unverzüglicher Berichtigungsanspruch ein erhebliches Problem potenzial darstellen würde. Denn typischerweise ist es gerade Zweck eines Zivilverfahrens, die behauptete, aber bestrittene Richtigkeit einer entsprechenden Tatsachenbehauptung in einem gerichtlichen Verfahren zu überprüfen und darüber zu entscheiden. Genau aus diesem Grund fehlt im Übrigen einer Klage auf Unterlassung oder Widerruf wahrheitswidrigen Prozessvortrags grds. das Rechtsschutzbedürfnis. Der Rechtsschutz ist im anhängigen Prozess selbst zu suchen.¹ Daher stellt sich die Frage, ob es im Zivilprozess einen Berichtigungsanspruch nach Art. 16 DSGVO geben kann.

B. Zur Anwendung der DSGVO auf die Zivilgerichte

Die zuvor skizzierte Fragestellung setzt voraus, dass die DSGVO überhaupt auf die Gerichte und insbesondere die hier interessierende Ziviljustiz anwendbar ist. Dies ist zu bejahen. Aus Erwägungsgrund (EG) 20 zur DSGVO ergibt sich, dass die DSGVO grds. auch für die Tätigkeit der Gerichte und anderer Justizbehörden gilt.² Die Einschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs der DSGVO gem. Art. 2 Abs. 2 Buchst. d) bezieht sich – nur – auf den Bereich der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung.

Gestützt wird dieses Ergebnis – grds. Anwendung der DSGVO auf die Zivilgerichte – durch den Umstand, dass die DSGVO ausdrücklich Fälle oder Umstände benennt, in denen die DSGVO für Gerichte nicht gelten soll. Ein Beispiel dafür ist Art. 9 DSGVO. Dieser untersagt in Art. 9 Abs. 1 DSGVO die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten. Genannt werden in diesem Zusammenhang etwa die religiöse Überzeugung, Gesundheitsdaten oder Daten zur se-

xuellen Orientierung. Gem. Art. 9 Abs. 2 Buchst. f) DSGVO gilt dieses Verbot jedoch ausdrücklich nicht, wenn die Verarbeitung zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen oder bei Handlungen der Gerichte im Rahmen ihrer justiziellen Tätigkeit erforderlich ist. Ein vergleichbares Argument ergibt sich mit Blick auf Art. 55 Abs. 3 DSGVO. Danach sind die Aufsichtsbehörden nicht zuständig für die Aufsicht über die von Gerichten im Rahmen ihrer justiziellen Tätigkeit vorgenommenen Verarbeitungen. Derartige Ausnahmeregelungen setzen die Anwendbarkeit der DSGVO für die Gerichte voraus.³

Gem. Art. 2 Abs. 1 gilt die DSGVO nur für die ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten sowie für die nichtautomatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen. Der Begriff des Dateisystems wird in Art. 4 Nr. 6 DSGVO definiert als jede strukturierte Sammlung personenbezogener Daten, die nach bestimmten Kriterien zugänglich sind. Werden personenbezogene Daten bei Gericht in einer E-Akte gespeichert, liegt eine automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten vor. Bei gerichtlichen Papierakten ist aufgrund der chronologischen Sortierung der Akte von einer strukturierten Sammlung personenbezogener Daten auszugehen.⁴

Auch das BDSG findet – gem. § 1 Abs. 5 BDSG jedoch vorbehaltlich unmittelbarer Geltung der DSGVO – auf die Gerichte Anwendung. Dies folgt für die Gerichte des Bundes aus § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG. Als Organe der Rechtspflege sind die Gerichte des Bundes öffentliche Stellen i.S.d. § 2 Abs. 1 BDSG. Für die Gerichte der Länder, welche öffentliche Stellen i.S.d. § 2 Abs. 2 BDSG sind, gilt das BDSG gem.

* Diese Veröffentlichung ist im Rahmen des Projekts AG 4.0 entstanden. Das Projekt wird aufgrund eines Beschlusses des Deutschen Bundestags durch das BMJV unter Förderkennzeichen ZMV I 5-2518BMJ032 gefördert.

1 Dazu näher Greger in: Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 138 Rn. 7a.

2 Ory/Weth, NJW 2018, 2829, 2830; ausdrücklich Engeler in: Specht/Mantz, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 2019, § 22 Rn. 6; ausführlich auch Leopold, NZS 2018, 357, 358.

3 Zu diesem Umkehrschluss-Argument auch Wiebe/Eichfeld, NJW 2019, 2734; Schmitt/Resch, jM 2020, 134.

4 Biersborn, DRiZ 2019, 18; Wiebe/Eichfeld, NJW 2019, 2734.

§ 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2b BDSG aber nur, soweit der Datenschutz nicht durch Landesgesetz geregelt ist.⁵

C. Konfliktfelder der Betroffenenrechte mit dem Zivilprozessrecht

Angesichts der Ausgangsfrage – Spannungsverhältnis zwischen den Betroffenenrechten des dritten Kapitels und der ZPO – erscheint es sachgerecht, einige Überlegungen zu Inhalt und Funktion der zuvor genannten Betroffenenrechte voranzustellen.

I. Die Betroffenenrechte des dritten Kapitels der DSGVO im Überblick

Bei den Betroffenenrechten des dritten Kapitels (Art. 12 – 23 DSGVO) handelt es sich um Ansprüche und Gestaltungsmöglichkeiten, welche der von einer Datenverarbeitung betroffenen Person zukommen.⁶ Eine Person ist gem. Art. 4 Nr. 1 DSGVO „betroffen“, wenn sie anhand der Informationen, die verarbeitet werden, identifiziert oder zumindest identifizierbar ist. Nur natürliche Personen können „betroffen“ im Sinne der DSGVO sein. Personenmehrheiten sind aus dem Schutzbereich der DSGVO ausgenommen. Sofern jedoch Informationen über die Personenmehrheit auch Rückschlüsse auf einzelne Personen zulassen, können diese „betroffen“ im Sinne der Verordnung sein.⁷

Die Betroffenenrechte bestehen aus Informationspflichten des Verantwortlichen (Art. 13 und Art. 14 DSGVO), den antragsabhängigen Auskunfts-, Lösungs-, Widerspruchs- und Unterlassungsrechten des Betroffenen (Art. 15 – 18, Art. 20 – 22 DSGVO) und der Mitteilungspflicht des Art. 19 DSGVO. Art. 12 DSGVO beinhaltet – quasi „vor die Klammer gezogen“ – allgemeine Transparenz- und Verfahrensregelungen, welche das Vorgehen bei Geltendmachung der weiteren Betroffenenrechte beschreiben.⁸

II. Anmerkungen zur Funktion der Betroffenenrechte

Eine wesentliche Funktion der Betroffenenrechte des dritten Kapitels (Art. 12 – 23 DSGVO) liegt in der Schaffung und Gewährleistung von Transparenz. Dies ergibt sich bereits aus der Überschrift des Abschnitts 1 des Kapitels III: Transparenz und Modalitäten. Nach der Grundkonzeption der DSGVO, die in Art. 5 Abs. 1 Buchst. a) DSGVO zum Ausdruck kommt, gehören Rechtmäßigkeit, Verarbeitung nach Treu und Glauben und die hier erwähnte Transparenz zu den zentralen Grundsätzen für die Verarbeitung personenbezogener Daten.⁹ Nur wenn die Datenverarbeitung in einer für die betroffene Person nachvollziehbaren Weise geschieht, kann diese auch selbstbestimmt entscheiden, ob sie mit der Verarbeitung einverstanden ist.¹⁰ Die Betroffenenrechte geben der betroffenen Person also ein Instrument zur effektiven Kontrolle der sie betreffenden Daten an die Hand, wobei Kontrolle im Sin-

ne einer aktiven Steuerungsbefugnis zu verstehen ist.¹¹ Das dritte Kapitel der DSGVO konkretisiert damit die in Art. 8 der Grundrechte-Charta (GRCh) und Art. 16 des Vertrags über die Arbeitsweise der EU (AEUV) verankerten datenschutzrechtlichen Garantien des Einzelnen. Zugleich wird dem Umstand Rechnung getragen, dass der Zugang zu Informationen Voraussetzung zur Wahrnehmung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ist.¹²

Gem. Art. 52 Abs. 1 GRCh muss jede Einschränkung der Ausübung der in der Charta vorgesehenen Rechte und Freiheiten gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten. Ausnahmen von der Geltung sind nur in bestimmten Fällen möglich. So ordnen einzelne Vorschriften des dritten Kapitels ihre Nichtgeltung unter bestimmten Voraussetzungen selbst an (so z.B. Art. 17 Abs. 3 DSGVO). Weitergehende Beschränkungen können nur durch Rechtsvorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten im Rahmen der Öffnungsklausel des Art. 23 DSGVO vorgenommen werden.

III. Folgen bei Verstößen gegen Betroffenenrechte

Bei Verstößen gegen die Vorschriften des dritten Kapitels gibt Art. 58 Abs. 2 Buchst. a) – j) DSGVO den zuständigen Aufsichtsbehörden einen Katalog an Abhilfebefugnissen an die Hand, die unterschiedliche Reaktionsmöglichkeiten auf Verstöße vorsehen. Diese sind kumulativ anwendbar.¹³

Nach Art. 82 Abs. 1, 2 DSGVO kann die betroffene Person – sofern ihr ein Schaden entstanden ist – Schadensersatz vom Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter verlangen, falls eine nicht der DSGVO entsprechende Verarbeitung vorliegt und eine Exkulpation gem. Art. 82 Abs. 3 DSGVO nicht infrage kommt. Grds. zieht jeder Verstoß, der kausal für einen Schaden ist, eine Haftung des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters nach sich.¹⁴

5 Ory/Weth, NJW 2018, 2829, 2830 m.w.N.

6 Franck in: Gola, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 2.

7 Klar/Kühling in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 4 Abs. 1 Rn. 4.

8 Bäcker in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 12 Rn. 1.

9 Dix in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 2019, Art. 12 Rn. 2 ff.

10 EuGH, Urt. v. 05.05.2011 - C-543/09; vgl. auch Schantz in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, 2017, Rn. 1149.

11 In der englischen Sprachfassung ist in Erwägungsgrund 68 von „control“ die Rede, was übersetzt im Sinne aktiver Kontrolle/Steuerung zu verstehen ist, vgl. Sydow in: Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Einleitung Rn. 113.

12 Dix in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 2019, Art. 12 Rn. 3; vgl. auch Bäcker in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 12 Rn. 4: „Grundrechtsschutz durch Verfahren“.

13 Boehm in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 58 Rn. 20.

14 Bergt in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 82 Rn. 23.

In § 43 Abs. 3 BDSG wird klargestellt, dass gegen Behörden und öffentliche Stellen i.S.d. § 2 BDSG – also auch die Gerichte – zwar keine Bußgelder verhängt werden. Ein Schadensersatzanspruch aus Art. 82 DSGVO bleibt davon jedoch unberührt.¹⁵ Daneben kann bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen auch eine Amtshaftung aus Art. 34 GG, § 839 BGB zur Anwendung kommen.¹⁶

IV. Konflikte der Betroffenenrechte mit dem Zivilprozessrecht

Reibungspunkte zwischen den Betroffenenrechten des dritten Kapitels der DSGVO und dem Zivilprozessrecht lassen sich beispielhaft an den in Art. 15 – 17 DSGVO geregelten Auskunfts-, Berichtigungs- und Löschungsrechten sowie an dem in Art. 21 DSGVO geregelten Widerspruchsrecht aufzeigen.

1. Das Auskunftsrecht, Art. 15 DSGVO

Art. 15 DSGVO nimmt im System der DSGVO quasi die Stellung eines „Magna-Charta“-Grundrechts ein.¹⁷ Ohne die grundlegende Möglichkeit einer Auskunft über eine Datenverarbeitung liefern die anderen Betroffenenrechte ins Leere. Art. 15 DSGVO gilt dem Grunde nach umfassend.

Art. 15 Abs. 1 DSGVO beinhaltet in der Sache nach wohl h.M. zwei selbständige Auskunftsrechte: den eigentlichen Auskunftsanspruch und den Anspruch auf zusätzliche Informationen gem. Art. 15 Abs. 1 Buchst. a) – h) DSGVO.¹⁸ Art. 15 Abs. 3 DSGVO verpflichtet den Verantwortlichen zudem, der betroffenen Person auf deren Wunsch eine Kopie der personenbezogenen Daten zur Verfügung zu stellen. Der Begriff der Kopie ist nicht legaldefiniert, er setzt aber zumindest die Herausgabe verkörperter Daten voraus.¹⁹

Unklarheit herrscht über die Reichweite des Art. 15 Abs. 3 DSGVO.²⁰ In Bezug auf diese Frage wird vertreten, das Recht auf Erteilung einer Kopie sei lediglich ein Hilfsanspruch zu den Auskunftsrechten aus Art. 15 Abs. 1 DSGVO. Nur die personenbezogenen Daten einer konkreten Verarbeitungssituation sowie die in Art. 15 Abs. 1 Buchst. a) – h) DSGVO genannten Angaben seien vom Recht auf Erteilung einer Kopie umfasst.²¹

Demgegenüber steht die Auffassung, der Verantwortliche müsse dem Betroffenen sämtliche ihn betreffenden Daten zur Verfügung stellen, die er in irgendeiner Art und Weise besitzt. Das Recht auf Erteilung einer Kopie gem. Art. 15 Abs. 3 DSGVO sei ein eigenständiges Betroffenenrecht, weshalb es auch nicht auf die gem. Art. 15 Abs. 1 DSGVO mitzuteilenden Angaben beschränkt sei.²²

Ein umfassend verstandenes Recht auf Erteilung einer Kopie im Sinne der zweitgenannten Auffassung wirft jedenfalls Fragen bezüglich der Verträglichkeit mit zivilprozessualen Grund-

sätzen auf. Im deutschen Zivilprozessrecht ist es grds. Aufgabe der Parteien, die für sie günstigen Tatsachen beizubringen und vorzutragen. Plastisch wird insofern vom Beibringungsgrundsatz gesprochen.²³ Verstünde man das Recht auf Erteilung einer Kopie als umfassendes Betroffenenrecht, könnte die betroffene Person mit dessen Hilfe während des Prozesses ausforschen, welche Daten das Gericht und vor allem der Prozessgegner über sie besitzt. Denkbar könnte etwa sein, dass über Art. 15 Abs. 1, 3 DSGVO versucht wird, an gerichtsinterne Voten oder Urteilsentwürfe zu gelangen.²⁴ Als Partei eines Rechtsstreits könnte die betroffene Person so an Informationen und Auskünfte gelangen, die sie bisher nicht besessen hat und auf die sie nach den Vorgaben der ZPO auch keinen oder nur begrenzten Zugriff hätte. In diesem Zusammenhang wird eine Annäherung an das „Discovery“-Verfahren des anglo-amerikanischen Rechts befürchtet.²⁵ Dort müssen die für einen Rechtsstreit relevanten Daten aufbereitet und an den Prozessgegner oder Dritte, die auf diese Daten bis dato keinen Zugriff hatten, weitergegeben werden.²⁶ Eine solche Vorgehensweise hat der deutsche Gesetzgeber in der ZPO jedenfalls nicht vorgesehen. Sie wäre auch im Hinblick auf die prozessuale Waffengleichheit nicht unbedenklich.²⁷ Die Anwendung des

15 Allgemein zur Verantwortlichkeit bei der Datenverarbeitung durch Gerichte Schmitt/Resch, jM 2020, 134 ff.

16 Gola/Piltz in: Gola, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 82 Rn. 28; Bergt in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 82 Rn. 67.

17 So Schmidt-Wudy in: BeckOK, Datenschutzrecht, 35. Edition, Art. 15 Rn. 2, Stand 01.02.2021.

18 Paal in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 15 Rn. 23, 23a; vgl. zu den Einzelheiten näher Engeler/Quiel, NJW 2019, 2201 m.w.N.

19 Franck in: Gola, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 15 Rn. 28.

20 Einen Überblick dazu gibt Paal in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 15 Rn. 33 ff.

21 LArbG Hannover, Urt. v. 09.06.2020 - 9 Sa 608/19; LG Köln, Urt. v. 18.03.2019 - 26 O 25/18; aus der Literatur Paal in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 15 Rn. 33; Wybitul/Brams, NZA 2019, 672, 674; wohl auch Franck in: Gola, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 15 Rn. 27; diese Sichtweise vertritt auch die bayerische Landesdatenschutzaufsicht, vgl. Tätigkeitsbericht der LDA, Bayern 2017/2018, 46 f.

22 LArbG Stuttgart, Urt. v. 20.12.2018 - 17 Sa 11/18; so auch Bäcker in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 15 Rn. 39 ff.; Härtling, CR 2019, 219, 220.

23 Musielak in: Musielak/Voit, ZPO, 18. Aufl. 2021, Einleitung Rn. 37.

24 Koreng in: Taeger/Gabel, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2019, Art. 23 Rn. 38; gleichwohl betont dieser aber, dass solche Fallkonstellationen schwer vorstellbar sind und nur ausnahmsweise vorkommen dürften.

25 Diese Befürchtung äußern Wybitul/Brams, NZA 2019, 672, 676; vgl. zu dieser Frage auch Paal in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 15 Rn. 33a; a.A. demgegenüber Schmidt-Wudy in: BeckOK, Datenschutzrecht, 35. Edition, Art. 15 Rn. 85, Stand 01.02.2021.

26 Näher zum (E)-Discovery-Verfahren Spieß in: Forgó/Helfrich/Schneider, Betrieblicher Datenschutz, 3. Aufl. 2019, Teil XIII Kapitel 2; vgl. auch Brand, NJW 2017, 3558.

27 Zu dieser Problematik Wybitul/Brams, NZA 2019, 672, 676; Brink/Joos, ZD 2019, 483, 486.

Art. 15 DSGVO würde mit Blick auf den geordneten Ablauf eines Zivilprozesses zu erheblichen Problemen führen.

2. Das Recht auf Berichtigung, Art. 16 DSGVO

Art. 16 DSGVO gibt der betroffenen Person das Recht, sie betreffende unrichtige Daten berichtigen (Satz 1) bzw. unvollständige Daten vervollständigen (Satz 2) zu lassen. Ein personenbezogenes Datum ist unrichtig i.S.d. Art. 16 DSGVO, wenn es nicht mit der Realität übereinstimmt.²⁸ Das Kriterium der Richtigkeit ist von objektiven Gesichtspunkten geprägt, weshalb es nur bei Tatsachenangaben vorliegen kann.²⁹ Zur Berichtigung muss der Verantwortliche die unrichtigen Daten in Einklang mit der Realität bringen. Das kann etwa durch eine Löschung oder Ersetzung unrichtiger Angaben geschehen. Bei unvollständigen Angaben hat eine Vervollständigung oder Aktualisierung zu erfolgen.³⁰ Geringfügige Unrichtigkeiten können das Recht auf Berichtigung bereits auslösen.³¹

Art. 16 DSGVO gilt mangels tatbestandlicher Ausnahmen an sich auch im Zivilprozess umfassend. Eine Berichtigung und die damit einhergehende Veränderung der Daten während eines laufenden Verfahrens kann aber zu einer Verfälschung des Akteninhalts führen. Ory/Weth haben bereits zutreffend darauf hingewiesen, dass die ZPO selbst keine „Aktenberichtigung“ vorsehe und dass der gesamte Akteninhalt, auch der vermeintlich „unrichtige“, ggf. in der nächsten Instanz benötigt wird.³² Für eine Berichtigung von Daten besteht im Prozess also kein Raum.

3. Das Recht auf Löschung, Art. 17 DSGVO

Art. 17 Abs. 1 DSGVO sieht vor, dass bei Vorliegen eines der genannten sechs Lösungsgründe die betroffene Person das Recht hat, unverzüglich die Löschung der sie betreffenden personenbezogenen Daten zu verlangen. Die Löschung wird in Art. 4 Nr. 2 DSGVO als Modalität der Verarbeitung genannt. Sie muss zur Folge haben, dass die in den Daten verkörperten Informationen nicht mehr ohne unverhältnismäßigen Aufwand wahrgenommen werden können.³³ Welche Maßnahmen zu ergreifen sind, hängt dabei davon ab, in welcher Form die Daten jeweils vorliegen.³⁴

Während eines Prozesses die Löschung der in der Verfahrensakte enthaltenen personenbezogenen Daten zu verlangen, liefe fundamentalen Prinzipien gerichtlichen Rechtsschutzes zuwider. Für das Recht auf Löschung i.S.d. Art. 17 Abs. 1 DSGVO ist im gerichtlichen Verfahren kein Raum. Die DSGVO erkennt auch selbst an, dass ein Lösungsanspruch in verschiedenen Fällen nicht in Betracht kommen kann. In § 17 Abs. 3 DSGVO finden sich Ausnahmetatbestände, unter denen das Lösungsrecht des Art. 17 Abs. 1 DSGVO nicht anwendbar ist. Art. 17 Abs. 3 Buchst. e) DSGVO stellt dabei

klar, dass Löschung nicht verlangt werden kann, sofern die Verarbeitung erforderlich ist zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen. Mit dieser Regelung soll einem Beweismittelverlust in Fällen vorgebeugt werden, in denen der Verantwortliche die Daten zur Führung eines Rechtsstreits benötigt.³⁵

Keine ausdrückliche Aussage trifft Art. 17 Abs. 3 DSGVO aber zur Verarbeitung personenbezogener Daten durch das Gericht selbst. Unter teleologischen Gesichtspunkten ist jedenfalls festzuhalten, dass die Ausnahme des Abs. 3 Buchst. e) faktisch wertlos wäre, wenn der zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen in Anspruch genommene gerichtliche Rechtsschutz durch die Löschung der personenbezogenen Daten im Prozess selbst verhindert werden könnte. Diese Erwägung spricht dafür, auch die gerichtliche Datenverarbeitung unter Abs. 3 Buchst. e) zu fassen. Sie könnte auch als „rechtliche Verpflichtung, die die Verarbeitung nach dem Recht der Union oder der Mitgliedstaaten, dem der Verantwortliche unterliegt, erfordert, oder zur Wahrnehmung einer Aufgabe, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde“ (Art. 17 Abs. 3 Buchst. b) DSGVO), gesehen werden.

Als rechtlich gesichert können diese Erwägungen insgesamt aber nicht gelten. Dies zeigt bereits ein Vergleich mit Art. 23 Abs. 1 DSGVO. Dieser differenziert ausdrücklich zwischen Beschränkungen zum Schutz der Unabhängigkeit der Justiz und von Gerichtsverfahren (Buchst. f) und Beschränkungen zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche (Buchst. j).³⁶ Die Frage, warum der Schutz der Unabhängigkeit der Justiz und von Gerichtsverfahren in Art. 23 Abs. 1 Buchst. f) DSGVO explizit genannt wird, in Art. 17 Abs. 3 Buchst. e) DSGVO dem-

28 Herbst in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 16 Rn. 8.

29 Reif in: Gola, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 16 Rn. 10 f.

30 Herbst in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 16 Rn. 18.

31 Bereits falsch geschriebene Straßennamen in einer Anschrift können den Berichtigungsanspruch auslösen, vgl. Dix in: Simitis/Hornung/Spietcker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, 2019, Art. 16 Rn. 11.

32 Ory/Weth, NJW 2018, 2829, 2832.

33 So auch Herbst in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 17 Rn. 37.

34 Bei einer Papierakte kann bspw. das Schwärzen mit einem dunklen Filzmalstift genügen, vgl. Nolte/Werkmeister in: Gola, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 17 Rn. 10.

35 Peuker in: Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 17 Rn. 69.

36 Mit der Formulierung „Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche“ (in der englischen Sprachfassung ist von „enforcement of civil law claims“ die Rede) zielt der Gesetzgeber dabei vor allem auf das Verfahren der Zwangsvollstreckung, vgl. Schantz in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, 2017, Rn. 1188.

gegenüber aber höchstens im Wege teleologischer Auslegung hineingelesen werden kann, bleibt jedoch unbeantwortet.

4. Das Widerspruchsrecht, Art. 21 DSGVO

Art. 21 Abs. 1 Satz 1 DSGVO gibt der betroffenen Person das Recht, aus Gründen, die sich aus ihrer besonderen Situation ergeben, jederzeit gegen die Verarbeitung sie betreffender personenbezogener Daten, die aufgrund von Art. 6 Abs. 1 Buchst. e) oder f) DSGVO erfolgt, Widerspruch einzulegen. Das Widerspruchsrecht richtet sich dabei gegen Verarbeitungen, die an sich rechtmäßig sind.³⁷ Ein allgemeines Widerspruchsrecht gegen sämtliche Verarbeitungen enthält die Vorschrift nicht.³⁸ Sofern die betroffene Person einen entsprechend begründeten Widerspruch eingelegt hat, muss der Verantwortliche die Verarbeitung der Daten einstellen, wenn er nicht zwingende, schutzwürdige Gründe für die Verarbeitung nachweisen kann.³⁹ Sofern die Verarbeitung aber der Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen dient, ist sie weiter zulässig (Art. 21 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 DSGVO).

Für die Einstellung der weiteren Verarbeitung personenbezogener Daten infolge eines Widerspruchs der betroffenen Person ist im gerichtlichen Verfahren jedenfalls kein Raum. Dass der Ordnungsgeber diesen Umstand erkannt hat, lässt die zuvor angesprochene Ausnahme des Art. 21 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 DSGVO zumindest erahnen. Hier gelten aber aufgrund der Wortgleichheit ebenfalls die bereits im Zusammenhang mit Art. 17 Abs. 3 Buchst. e) DSGVO angesprochenen methodischen Schwierigkeiten.

Unsicherheiten ergeben sich zudem aus dem Anwendungsbereich der Vorschrift. Das Widerspruchsrecht und die Ausnahme in Art. 21 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 DSGVO könnten ausweislich des Wortlauts des Art. 21 Abs. 1 Satz 1 DSGVO in gerichtlichen Verfahren überhaupt nur zur Anwendung gelangen, wenn der Erlaubnistatbestand für die gerichtliche Datenverarbeitung in Art. 6 Abs. 1 Buchst. e) oder f) DSGVO zu sehen wäre. Richtigerweise ist Erlaubnistatbestand je-

doch Art. 9 Abs. 2 Buchst. f) DSGVO, der sowohl besondere Kategorien personenbezogener Daten als auch – im Wege eines Erst-Recht-Schlusses – einfache personenbezogene Daten erfasst.⁴⁰ Unter diesem Blickwinkel kann Art. 21 DSGVO tatbestandlich bereits nicht zur Anwendung kommen. Den Anwendungsbereich der Vorschrift letztendlich aber von der (streitbaren) Frage nach dem einschlägigen Erlaubnistatbestand abhängig zu machen, ist aus Gründen der Rechtssicherheit nicht überzeugend. Für die gerichtliche Praxis sind solche Unsicherheiten nicht handhabbar.

V. Zwischenfazit

Die bisherigen Überlegungen bestätigen das Konfliktpotenzial zwischen Betroffenenrechten der DSGVO und dem Zivilprozessrecht. Die daraus resultierenden inhaltlichen Unsicherheiten erschweren die Umsetzung datenschutzrechtlicher Vorschriften in einem Gerichtsverfahren. Die Beseitigung dieser Unsicherheiten bei gleichzeitiger Wahrung datenschutzrechtlicher Vorgaben wird aber eine Kernaufgabe in der nahen Zukunft sein. Die damit verbundenen Fragestellungen und Lösungsansätze werden in Teil 2 des Beitrags näher erörtert.⁴¹ In diesem Zusammenhang sollen auch zwei Argumentationslinien vorgestellt werden, die nach Auffassung der Verfasser das bisherige Analyseergebnis – grds. Vorrang der ZPO-Normen vor den Betroffenenrechten der Art. 12 ff. DSGVO – konzeptionell stützen können:

- (1) Die erkennbare Privilegierung der Funktionsfähigkeit der Justiz durch die DSGVO selbst
- (2) Die geltende ZPO als bereits datenschutzorientiertes Regelwerk

37 Martini in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 21, Rn. 2.

38 Martini in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 21 Rn. 1.

39 Herbst in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 21 Rn. 18.

40 Ausführlich zu dieser Problematik und den dogmatischen Grundlagen Schmitt/Resch, jM 2020, 134, 137 f. m.w.N.

41 Der zweite Teil des Beitrags wird in einer der kommenden Ausgaben der jM veröffentlicht.

§ 299 Abs. 3 ZPO – Beispiel für ein elektronisches Gesamtkonzept*

Dr. Stephanie Vogelgesang, LL.M. und Tim Schneider

A. Anmerkungen zur Themenwahl

Im Mittelpunkt der folgenden Überlegungen steht § 299 Abs. 3 ZPO in der der Fassung vom 01.01.2018.¹ Dabei geht es um Fragen der Akteneinsicht bei elektronisch geführten Prozessakten. Die Norm des 299 Abs. 3 ZPO ist deshalb methodisch und inhaltlich interessant, weil sie – wie noch zu

* Wir danken dem Projekt AG 4.0 für Anregungen. Das Projekt wird aufgrund eines Beschlusses des Deutschen Bundestags durch das BMJV unter Förderkennzeichen ZMV I 5-2518BMJ032 gefördert.

1 Eingeführt durch Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs vom 05.07.2017, BGBl. I, 2208 ff., 2219; zur weiteren Änderung ab 01.07.2021 siehe Fn. 42.

zeigen sein wird – bereits fest im digitalen Gesamtkonzept verankert ist. Viele zivilprozessuale Normen befassen sich dagegen mit Transferfragen, also mit der Frage, wie der Übergang von der Papierakte zur elektronischen Akte gestaltet werden kann. Ein klassisches Beispiel hierfür ist § 298a Abs. 2 ZPO. Darin ist geregelt, wie bei elektronischer Aktenführung Papierdokumente in elektronische Dokumente übertragen werden sollen.

B. Anmerkungen zum rechtlichen Bezugsrahmen

Die Neuregelung des § 299 Abs. 3 ZPO mit Wirkung vom 01.01.2018 lautet wie folgt:

„Werden die Prozessakten elektronisch geführt, gewährt die Geschäftsstelle Akteneinsicht durch Bereitstellung des Inhalts der Akten zum Abruf. Auf besonderen Antrag wird Akteneinsicht durch Einsichtnahme in die Akten in Diensträumen gewährt. Ein Aktenausdruck oder ein Datenträger mit dem Inhalt der Akte wird auf besonders zu begründenden Antrag nur übermittelt, wenn der Antragsteller hieran ein berechtigtes Interesse darlegt. Stehen der Akteneinsicht in der nach Satz 1 vorgesehenen Form wichtige Gründe entgegen, kann die Akteneinsicht in der nach den Sätzen 2 und 3 vorgesehenen Form auch ohne Antrag gewährt werden. Eine Entscheidung über einen Antrag nach Satz 3 ist nicht anfechtbar.“

I. Zur systematischen Einordnung des § 299 Abs. 3 ZPO

§ 299 Abs. 3 ZPO ist im Buch 2 der ZPO „Verfahren im ersten Rechtszug“, Abschnitt 1 „Verfahren vor den Landgerichten“, geregelt. Ausweislich § 78 Abs. 1 Satz 1 ZPO müssen sich die Parteien vor den Landgerichten² durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen. Daraus folgt jedoch nicht, dass das neue Konzept des § 299 Abs. 3 ZPO nur für Rechtsanwälte relevant ist. Gem. § 495 ZPO gelten für das Verfahren vor dem Amtsgericht die Vorschriften über das Verfahren vor dem Landgericht, soweit sich nicht aus einschlägigen Vorschriften Abweichungen ergeben. Dies ist nicht der Fall. Daher gilt die Vorschrift des § 299 Abs. 3 ZPO allgemein auch für Verfahren vor den Amtsgerichten,³ und zwar auch in den Fällen, in denen kein Anwalt eingeschaltet ist. § 299 Abs. 3 ZPO a.F. enthielt insoweit ein anderes Konzept, und zwar insbesondere unter zwei Gesichtspunkten:

- (1) Die Normalform der Akteneinsicht bei elektronischer Aktenführung bestand darin, dass die Geschäftsstelle Akteneinsicht durch Erteilung eines Aktenausdrucks, durch Wiedergabe auf einem Bildschirm oder Übermittlung von elektronischen Dokumenten gewährt (§ 299 Abs. 3 Satz 1 ZPO a.F.).
- (2) Für den elektronischen Zugriff auf den Inhalt der Akte gab es daneben eine Sonderregelung gem. § 299 Abs. 3 Satz 2 ZPO a.F. Danach konnte nach dem Ermessen

des Vorsitzenden Bevollmächtigten, die Mitglied einer Rechtsanwaltskammer sind, der Zugriff auf den Inhalt der elektronischen Akten gestattet werden. Gem. § 299 Abs. 3 Satz 3 ZPO a.F. war dabei sicherzustellen, dass der Zugriff nur durch den Bevollmächtigten erfolgt.

Dieses Konzept ist durch § 299 Abs. 3 ZPO n.F. in den zentralen Punkten geändert worden. Nunmehr ist bei elektronischer Aktenführung die Bereitstellung des Inhalts der Akte zum Abruf die Normalform der Akteneinsicht. Zudem gelten die Regelungen des § 299 Abs. 3 ZPO allgemein. Nicht nur Rechtsanwälte, sondern alle berechtigten Nutzer erhalten einen Online-Zugriff⁴ auf die Gerichtsakten.

II. Zuständigkeitsfragen im Rahmen der Akteneinsicht gem. § 299 Abs. 3 ZPO

Auch bei den Zuständigkeitsfragen im Rahmen der Akteneinsicht haben sich einige Akzentverschiebungen ergeben. Es ist nunmehr die Geschäftsstelle, die gem. § 299 Abs. 3 Satz 1 ZPO n.F. grds. über die konkrete Form der Akteneinsicht entscheidet.⁵ Durch das neue Konzept des § 299 Abs. 3 ZPO ist allgemein die Zuständigkeits- und Entscheidungskompetenz der Geschäftsstelle ins Gewicht fallend vergrößert worden. Denn nur auf „besonderen Antrag“ wird Akteneinsicht durch Einsichtnahme in die Akten in Diensträumen gewährt (§ 299 Abs. 3 Satz 2 ZPO). Ein Aktenausdruck oder ein Datenträger mit dem Inhalt der Akte wird sogar nur auf „besonders zu begründenden Antrag“ übermittelt, wenn der Antragsteller hieran ein berechtigtes Interesse darlegt (§ 299 Abs. 3 Satz 3 ZPO).

Diese Zuständigkeitsverlagerung auf die Geschäftsstelle bedeutet jedoch keinen vollständigen Verzicht auf eine richterliche Kontrolle. Gegen Entscheidungen der Geschäftsstelle ist gem. § 573 Abs. 1 ZPO die Erinnerung statthaft. Über diese muss das Prozessgericht entscheiden.⁶ Dies gilt im Übrigen auch für einen Antrag gem. § 299 Abs. 3 Satz 3 ZPO. Zwar ist eine derartige Entscheidung gem. § 299 Abs. 3 Satz 5 ZPO an sich nicht anfechtbar. In der Kommentarliteratur wird jedoch – unter Hinweis auf die Rechtsschutzgarantie gem. Art. 19 Abs. 4 GG – auch insoweit die Zulässigkeit einer Erinnerung befürwortet.⁷

² Im Übrigen auch vor den Oberlandesgerichten.

³ Vgl. zu den Zuständigkeitsfragen beim Amtsgericht auch: Huber in: Musielak/Voit, ZPO, 18. Aufl. 2021, § 299 Rn. 5; Prütting in: MünchKomm, ZPO, 6. Aufl. 2020, § 299 Rn. 24.

⁴ Als Online-Zugriff wird hier die Bereitstellung des Inhalts der Akten zum Abruf i.S.d. § 299 Abs. 3 Satz 1 ZPO verstanden.

⁵ Dazu und zum Folgenden Bacher in: BeckOK, ZPO, 40. Edition, 2021, § 299 ZPO Rn. 41 f.

⁶ Dazu Bacher in: BeckOK, ZPO, 40. Edition, 2021, § 299 ZPO Rn. 46.

⁷ Bacher in: BeckOK, ZPO, 40. Edition, 2021, § 299 ZPO Rn. 47 – unter Hinweis darauf, dass die in § 573 Abs. 2 ZPO vorgesehene Beschwerde gegen eine richterliche Entscheidung erster Instanz ausgeschlossen ist; vgl. auch Saenger, ZPO, 9. Aufl. 2021, § 299 Rn. 18.

Die Frage, ob Akteneinsicht überhaupt gewährt wird, richtet sich auch bei elektronischer Aktenführung wie bisher nach § 299 Abs. 1 bzw. Abs. 2 ZPO. Für Entscheidungen gem. § 299 Abs. 1 ZPO – dies betrifft Anträge der Parteien – ist insoweit die Geschäftsstelle zuständig.⁸ Gem. § 299 Abs. 2 ZPO entscheidet der Vorstand des Gerichts,⁹ wenn dritten Personen ohne Einwilligung der Parteien die Einsicht in die Akten gestattet werden soll.

III. § 299 Abs. 3 ZPO und der Gedanke des Legal Tech bzw. des Öffentlichkeitsgrundsatzes

Zentrale Grundlage des § 299 Abs. 3 ZPO ist die elektronische Aktenführung. Daraus ergeben sich auch inhaltliche Berührungspunkte zum aktuell verstärkt diskutierten Konzept des Legal Tech. Legal Tech wird als Kurzform für Legal Technology benutzt. Mit diesem Sammelbegriff werden Informationstechniken beschrieben, die im juristischen Bereich eingesetzt werden.¹⁰ Damit soll die juristische Arbeit unterstützt, vereinfacht oder automatisiert werden.¹¹ Legal Tech ist dabei einerseits aufs Engste mit dem – auch in § 299 Abs. 3 ZPO angelegten – Konzept der digitalen Aktenführung verbunden. Andererseits können sich Legal-Tech-Anwendungen als verlässliche Analyse- und Unterstützungswerkzeuge im juristischen Bereich nur dann herausbilden, wenn sie regelmäßig gepflegt und auf den neuesten rechtlichen Stand gebracht werden. Dazu gehört die Auswertung von aktuellen Gerichtsentscheidungen, und zwar auch von möglichst vielen Entscheidungen, um z.B. Tendenzen zu einer h.M. erkennen zu können. Vor diesem Hintergrund erscheint es sachgerecht, die Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen als eigene Fragestellung im Rahmen des § 299 ZPO zu behandeln.¹² In diesem Zusammenhang sind folgende Gesichtspunkte erwähnenswert:

- (1) Aus dem Rechtsstaatsprinzip ergibt sich eine grundsätzliche Verpflichtung der Gerichte zur Veröffentlichung von jedenfalls wesentlichen Gerichtsentscheidungen.¹³
- (2) Im Rahmen des § 299 Abs. 2 ZPO kann ein nach Art. 5 Abs. 3 GG (Wissenschaftsfreiheit) fundiertes Informationsinteresse an einer Entscheidung einen Anspruch i.S.d. § 299 Abs. 2 ZPO begründen.¹⁴
- (3) Ein Antrag auf Überlassung einer anonymisierten Entscheidungsabschrift wird formal nicht von § 299 ZPO erfasst. Er wird vielmehr als Auskunftsbite eigener Art behandelt.¹⁵ Ein derartiges Interesse an einer anonymisierten Urteilsabschrift kann insbesondere bei Verfahren mit Präjudiziencharakter nahe liegen.¹⁶ Mit der Überlassung von anonymisierten Entscheidungsabschriften hat sich der BGH in einem Beschluss vom 05.04.2017¹⁷ näher befasst. Dabei hat er insbesondere herausgearbeitet, warum die Überlassung anonymisierter Entscheidungsabschriften keine Form der Gewährung von

Akteneinsicht gem. § 299 Abs. 2 ZPO darstelle. Die Gewährung von Akteneinsicht – so der BGH – bedeute einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Parteien. Daher habe die Akteneinsicht gewährende Stelle eine Pflicht, die schutzwürdigen Interessen der Parteien gegenüber dem Informationsinteresse der Anfragenden abzuwägen.¹⁸ Bei anonymisierten Entscheidungsabschriften fehlten dagegen essenzielle Teile der Entscheidung, insbesondere die Namen der Beteiligten. Daher sei nach Auffassung des BGH die Wiedergabe anonymisierter Entscheidungsabschriften an Dritte kein Fall der Akteneinsicht.¹⁹ Vielmehr gehe es um die Pflicht der Gerichtsverwaltung zur Publikation veröffentlichungswürdiger Gerichtsentscheidungen. In diesem Zusammenhang betont das Gericht auch den Aspekt, dass Bürger sich zunehmend in einer komplexen Rechtsordnung befänden.²⁰ Sie müssten daher in Erfahrung bringen, welche Rechte sie haben und welche Pflichten ihnen obliegen. Ohne ausreichende Publizität der Rechtsprechung sei dies nicht möglich. In diesem Zusammenhang hebt das Gericht ausdrücklich hervor, dass sich die Weitergabe von gerichtlichen Entscheidungen nicht nur auf die Entscheidungen beschränke, die das Gericht selbst für veröffentlichungswürdig halte. Die Publikationspflicht habe ihre Grundlage auch in dem leitenden Grundsatz des Prozessrechts: der Öffentlichkeit gerichtlicher Verhandlungen und Urteilsverkündungen (§§ 169, 173 GVG). Entsprechende Anfragen aus der Öffentlichkeit würden regelmäßig auch ein öffentliches Interesse belegen.

Damit wird deutlich, dass unabhängig von der systematischen Begründung die Veröffentlichung von Gerichts-

8 Bacher in: BeckOK, ZPO, 40. Edition, 2021, § 299 ZPO Rn. 23.

9 Vorstand ist dabei der Präsident oder der aufsichtführende Richter, vgl. Thole in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2018, Band 4, § 299 ZPO Rn. 22.

10 Wagner, Legal Tech und Legal Robots, Der Wandel im Rechtsmarkt durch neue Technologien und künstliche Intelligenz, 2018, S. 1; dazu auch Vogelgesang/Krüger, jM 2019, 398.

11 Vgl. dazu näher Hartung in: Hartung/Bues/Halbleib, Legal Tech: Die Digitalisierung des Rechtsmarkts, 2018, S. 7 Rn. 17 f.

12 Speziell zum Thema Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen im Rahmen des § 299 ZPO z.B. auch Greger in: Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 299 Rn. 7.

13 Dazu Greger in: Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 299 ZPO Rn. 7 unter Hinweis auf BVerfG, Beschl. v. 14.09.2015 - 1 BvR 857/15.

14 Dazu Huber in: Musielak/Voit, ZPO, 18. Aufl. 2021, § 299 Rn. 3c.

15 Vgl. Deppenkemper in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 12. Aufl. 2020, § 299 Rn. 9.

16 Dazu Huber in: Musielak/Voit, ZPO, 18. Aufl. 2021, § 299 Rn. 3.

17 BGH, Beschl. v. 05.04.2017 - IV AR(VZ) 2/16 - NJW 2017, 1819 ff. mit Anmerkung von Dölling.

18 BGH, Beschl. v. 05.04.2017 - IV AR(VZ) 2/16 Rn. 14, 15.

19 BGH, Beschl. v. 05.04.2017 - IV AR(VZ) 2/16 Rn. 16.

20 So ausdrücklich BGH, Beschl. v. 05.04.2017 - IV AR(VZ) 2/16 Rn. 16.

scheidungen allgemein eine zentrale Aufgabe der Gerichte darstellt. Davon profitieren im Ergebnis nicht nur Legal-Tech-Anbieter, Rechtsanwälte oder Gerichte, die vergleichbare Sachverhalte zu entscheiden haben. Eine großzügige Veröffentlichungspraxis der Gerichte hat auch erkennbar Vorteile für die rechtssuchende Partei selbst. Sie erhält eine bessere Grundlage für eine realistische Bewertung der eigenen Chancen und Risiken.

C. Zu den Auswirkungen des § 299 Abs. 3 ZPO

Die skizzierte Neukonzeption des § 299 Abs. 3 ZPO verbessert auch die Rahmenbedingungen für einen effizienten elektronischen Rechtsverkehr.

I. Vorteile für die gerichtliche Arbeit

Das neue Konzept des § 299 Abs. 3 ZPO verringert zunächst spürbar den Arbeitsaufwand bei den Geschäftsstellen der Gerichte. Nach der bisherigen Regelung gehörten die Wiedergabe auf einem Bildschirm, die Erteilung eines Aktendruckes und die Übermittlung von elektronischen Dokumenten zum Normalkonzept. Dies galt zwingend für alle Nutzer mit Ausnahme der Rechtsanwälte (vgl. § 299 Abs. 3 Satz 1, 2 ZPO a.F.). Insbesondere die beiden letztgenannten Formen der Akteneinsicht sind erkennbar mit zusätzlicher Arbeit verbunden. So musste z.B. bei der Übermittlung von elektronischen Dokumenten die Gesamtheit der Dokumente mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen werden (vgl. § 299 Abs. 3 Satz 4 ZPO a.F.). Dieses Erfordernis entfällt bei einem Zugriff gem. § 299 Abs. 3 Satz 1 ZPO n.F. Die frühere – durchaus auch arbeitsintensive – Alternative der Akteneinsicht durch Erteilung eines Aktendruckes wird nach dem neuen Konzept, wie skizziert, ausdrücklich vom Vorliegen eines berechtigten Interesses abhängig gemacht. Auch die zweite Alternative – Akteneinsicht durch Einsichtnahme in die Akten in Diensträumen – wird nur noch auf besonderen Antrag gewährt.

II. Vorteile für die Nutzer

Auch für die Nutzer bieten die Neuregelungen Vorteile. Bei elektronischer Aktenführung erfolgt die Akteneinsicht i.d.R. dadurch, dass der berechtigten Person mittels einer besonders gesicherten Verbindung über ein öffentliches Telekommunikationsnetz – zumeist Internet – der Abruf gewährt wird.²¹ Dadurch kann der Nutzer die heruntergeladenen Dateien mit individuellen Anmerkungen versehen. Überdies befinden sich die Daten auf dem eigenen Computer des Nutzungsberechtigten. Der Nutzer ist somit nicht auf den Zeitraum beschränkt, der ihm durch das Gericht gewährt wird. Zudem kann über diese Form des Aktenzugriffs bei mehrmaliger Akteneinsicht die sog. Differenzakteneinsicht

rechtlich abgesichert und umgesetzt werden.²² Bei dieser Differenzakteneinsicht werden ausschließlich die seit der letzten Einsichtnahme neu hinzugekommenen Daten angezeigt. Dies stellt mit Blick auf die Arbeitseffizienz für alle Beteiligten eine wesentliche Erleichterung dar. Bei der bisherigen Regelung des § 299 Abs. 3 ZPO konnten gegen ein derartiges Konzept der Differenzakteneinsicht rechtliche Bedenken bestehen. Denn die Übermittlungsnorm des § 299 Abs. 3 Satz 4 ZPO a.F. knüpfte ausdrücklich an das Merkmal „Gesamtheit der Dokumente“ an.

III. Faktische Probleme bei § 299 Abs. 3 ZPO

Das zuvor skizzierte Zugriffskonzept des § 299 Abs. 3 ZPO setzt jedoch voraus, dass dabei auch die technischen Rahmenbedingungen gegeben und gewährleistet sind. Insofern verlangt das Konzept des § 299 ZPO auch einen technisch abgesicherten Rahmen an IT-Sicherheit.

Dass technische Probleme jedoch nicht ausgeschlossen werden können, hat auch der Gesetzgeber erkannt.²³ Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens wurde § 299 Abs. 3 ZPO um einen Satz 4 ergänzt: „Stehen der Akteneinsicht in der nach Satz 1 vorgesehenen Form wichtige Gründe entgegen, kann die Akteneinsicht in der nach den Sätzen 2 und 3 vorgesehenen Form auch ohne Antrag gewährt werden.“ In der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses wurden in diesem Zusammenhang z.B. vorübergehende technische Probleme genannt.²⁴ Die Voraussetzungen des § 299 Abs. 3. Satz 4 ZPO sind zudem auch dann zu bejahen, wenn ein funktionsfähiges Akteneinsichtsportal²⁵ nicht zur Verfügung steht.

D. § 299 Abs. 4 ZPO als Ergänzungsnorm zum Umfang der Akteneinsicht

Inhaltlich wird der hier im Vordergrund stehende § 299 Abs. 3 ZPO durch die Norm des § 299 Abs. 4 ZPO ergänzt.

21 Vgl. Greger in: Zöller ZPO, 33. Aufl. 2020, § 299 ZPO Rn. 4a – vgl. in diesem Zusammenhang auch § 2 Abs. 3 Satz 1, 2 der seit dem 06.03.2020 geltenden Verordnung über die Standards für die Einsicht in elektronische Akten im Strafverfahren (Strafakteneinsichtsverordnung – StrafAktEinV): Der Abruf ist über das Internet möglich. Die Internetseite wird in geeigneter Weise bekanntgemacht.

22 Dazu und zum Folgenden Stellungnahme des Bundesrates, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der elektronischen Akte in Strafsachen und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs, BR-Drs. 236/16, 17.06.2016, S. 13.

23 Dazu und zum Folgenden Bernhardt/Leeb, in: jurisPK Internetrecht, 7. Aufl., 2021, Kapitel 6 Rn. 520.

24 Vgl. BT-Drs. 18/12203, S. 81; dazu auch Bacher in: BeckOK, ZPO, 40. Edition, 2021, § 299 Rn. 45.

25 Bacher in: BeckOK, ZPO, 40. Edition, 2021, § 299 Rn. 45., vgl. zum elektronischen Akteneinsichtsportal Abschnitt VI. dieses Beitrags.

§ 299 Abs. 3 ZPO regelt die organisatorischen und technischen Rahmenbedingungen der Akteneinsicht, § 299 Abs. 4 ZPO konkretisiert den Umfang der Akteneinsicht. § 299 Abs. 4 ZPO gilt weiterhin in unveränderter Form. Danach werden die Entwürfe zu Urteilen, Beschlüssen und Verfügungen, die zu ihrer Vorbereitung gelieferten Arbeiten sowie die Dokumente, die Abstimmungen betreffen, weder vorgelegt noch abschriftlich mitgeteilt.²⁶

Weitgehend ungeklärte Sonderfragen²⁷ stellen sich dabei in Bezug auf die sog. Metadaten.²⁸ Hintergrund des Problems ist der Umstand,²⁹ dass gängige Systeme zur elektronische Aktenführung die Möglichkeit bieten, zusätzlich zu den darin abgelegten Dokumenten weitere dokumentrelevante Informationen abzuspeichern. Derartige Metadaten können z.B. Aufschluss darüber geben, wann und durch wen Dokumente gelesen, verändert oder weitergeleitet wurden. Metadaten sind ihrerseits Daten. Sie dienen dazu, ausgewählte Aspekte von (Primär-)Daten zu beschreiben.³⁰

Es muss daher im Rahmen der elektronischen Akteneinsicht die Frage gestellt werden, ob Metadaten auch Teil der Prozessakte i.S.d. § 299 Abs. 1 ZPO sind. Dies hängt vorrangig von der juristischen Relevanz bzw. der Funktion des jeweiligen Metadatum ab.³¹ So ist der Zeitpunkt, zu dem ein Urteil abschließend zur Akte gebracht wurde, sicherlich ein prozessual notwendiges Datum und damit Teil des Akteneinsichtsrechts der Parteien. Dies zeigt sich besonders deutlich in dem hier nicht weiter erörterten Strafprozess. Im Strafverfahren ist die Versäumung der Absetzungsfrist für ein Urteil (§ 275 StPO) als absoluter Revisionsgrund gem. § 338 Nr. 7 StPO ausgestaltet. Bloße individuelle Anmerkungen eines Richters zur Qualität einer Zeugenaussage außerhalb der förmlichen Entscheidung haben dagegen nur eine interne Vorbereitungsfunktion. Sie gehören damit nicht zur Prozessakte i.S.d. § 299 Abs. 1 ZPO. Dies ergibt sich auch aus dem erkennbaren Konzept des § 299 Abs. 4 ZPO, der vorbereitende Entwürfe zu Entscheidungen von der Vorlagepflicht des Gerichts ausnimmt. Hilfreich erscheint in diesem Zusammenhang der terminologische Ansatz von Müller.³² Dieser unterscheidet idealtypisch zwischen Metadaten, die rechtlich notwendiger Bestandteil einer elektronischen Akte sind und sog. Komfortmerkmalen wie PDF-Lesezeichen, die eine Erschließung der Akte erleichtern sollen. Diese Komfortmerkmale unterfallen grds. nicht dem Akteneinsichtsrecht.

E. Anmerkungen zum datenschutzrechtlichen Bezugsrahmen

Der Übergang von der Papier-Akte zur elektronischen Aktenführung bedeutet oftmals einen ins Gewicht fallenden Zuwachs an datenschutzrechtlichen Problemen. Es stellt sich daher die Frage, ob dies speziell auch für § 299 Abs. 3 ZPO

n.F. gilt. Dies ist im Ergebnis zu verneinen. Zwar wird das allgemeine Thema „Justiz und Datenschutz“ in vielen Grundsatz- und Detailfragen durchaus verstärkt diskutiert. So muss bereits im Ansatz die Frage beantwortet werden, ob z.B. die Regelungen der DSGVO grds. für die gerichtlichen Tätigkeiten gelten. Dies ist jedenfalls für die hier interessierende Ziviljustiz³³ zu bejahen.³⁴ Die DSGVO findet auch auf Gerichte Anwendung, und zwar unabhängig davon, ob es um Verwaltungsaufgaben oder richterliche Spruchfähigkeit geht. Dieses inhaltliche Grundkonzept wird bereits im Erwägungsgrund (EG) 20 DSGVO deutlich. Danach gilt die Verordnung u.a. für die Tätigkeiten der Gerichte. Jedoch kann im Unionsrecht oder im Recht der Mitgliedstaaten festgelegt werden, wie die Verarbeitungsvorgänge und Verarbeitungsverfahren bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch Gerichte im Einzelnen auszusehen haben (EG 20, S. 1). Damit die Unabhängigkeit der Justiz bei der Ausübung ihrer gerichtlichen Aufgaben einschließlich ihrer Beschlussfassung unangetastet bleibt, sollten die Aufsichtsbehörden nicht für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Gerichte im Rahmen ihrer justiziellen Tätigkeit zuständig sein (so ausdrücklich EG 20, S. 2). Mit der Aufsicht über diese Datenverarbeitungsvorgänge sollten besondere Stellen im Justizsystem des Mitgliedstaats betraut werden können (EG 20, S. 3). Dieser Ansatz wird durch Art. 55 Abs. 3 DSGVO ausdrücklich aufgenommen. Danach sind die Aufsichtsbehörden nicht zuständig für die Aufsicht über die von Gerichten im Rahmen ihrer justiziellen Tätigkeit vorgenommenen Verarbeitungen. In den Zuständigkeitsbereich der – normalen – Datenschutzaufsichtsbehörde fällt dagegen ge-

26 Zu spezifischen Fragestellungen im Rahmen des § 299 Abs. 4 ZPO: Saenger, ZPO, 9. Aufl. 2021, § 299 Rn. 17; Seiler in: Thomas/Putzo, ZPO, 42. Aufl. 2021, § 299 Rn. 6.

27 In diesem Zusammenhang Bernhardt/Leeb, in: jurisPK Internetrecht, 7. Aufl. 2021, Kapitel 6 Rn. 516 – 519.

28 Die damit verbundenen Fragen können im Rahmen des Beitrags nicht weiter vertieft werden – vgl. dazu insbesondere Berlit, Schnittstellenbewältigung durch Metadaten bei eJustice und eGovernment: Akten und Dokumentenaustausch – rechtliche Überlegungen, jurPC Web-Dok., 143/2017, Abs. 1 – 66; Krüger/Möllers, MMR 2016, 728 ff.; Bacher, NJW 2015, 2753 ff.

29 Dazu und zum Folgenden Bacher, NJW 2015, 2758.

30 Zum Begriff und zur Funktion von Metadaten näher Krüger/Möllers, MMR 2016, 728.

31 Zu diesem Ansatz und den daraus folgenden Konsequenzen insbesondere Berlit, Schnittstellenbewältigung durch Metadaten bei eJustice und eGovernment: Akten und Dokumentenaustausch – rechtliche Überlegungen, jurPC Web-Dok., 143/2017, Abs. 1 – 66.

32 Dazu und zum Folgenden Müller, NZS 2014, 929 ff., 931.

33 Vgl. dazu näher Ory/Weth, NJW 2018, 2829 ff. bzw. Selmayr in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 55 Rn. 12 – 15.

34 Vgl. zu Sonderfragen im Rahmen des Strafrechts Ory/Weth, NJW 2018, 2829 ff. unter Hinweis auf die Ausnahmeregelung des Art. 2 Abs. 2d DSGVO.

mäß der DSGVO die Tätigkeit der Gerichte in Verwaltungsangelegenheiten.³⁵

Im Rahmen der hier interessierenden Akteneinsicht gem. § 299 Abs. 3 ZPO kommt jedoch eine weitere Besonderheit hinzu. Es ist anerkannt, dass die Regelungen des § 299 ZPO über die Akteneinsicht als Sondernorm grds. die allgemeinen Bestimmungen des Datenschutzrechts verdrängen.³⁶ Gleiches gilt auch mit Bezug auf die Regelungen des Informationsfreiheitsgesetzes (IFG) des Bundes oder der Länder.³⁷

F. Anmerkungen zum einheitlichen elektronischen Akteneinsichtsportal

Wie bereits skizziert ist die Bereitstellung des Inhalts der Akten zum Abruf die Regelform der Akteneinsicht (§ 299 Abs. 3 Satz 1 ZPO). Die Umsetzung dafür beruht auf einem einheitlichen elektronischen Akteneinsichtsportal. Abrufberechtigt sind nach der Konzeption des § 299 Abs. 3 Satz 1 ZPO sowohl die Parteien als auch die Rechtsanwälte.³⁸

Verantwortlich ist die Bund-Länder-Kommission für Informationstechnik in der Justiz (BLK). Diese hat Baden-Württemberg in Kooperation mit dem Informatikzentrum des Landes Baden-Württemberg (IZLBW) für die Umsetzung und den Betrieb dieses bundesweiten Akteneinsichtsportales federführend betraut.³⁹

Die Akteneinsicht bzw. der Aktenaustausch wird über das bundesweite Akteneinsichtsportal wie folgt ablaufen:⁴⁰

Ein Antragsberechtigter beantragt unter Angabe seiner persönlichen Identifikationsnummer (SAFE-ID) Akteneinsicht für ein bestimmtes Verfahren. Die Antragstellung erfolgt bei dem für das Verfahren zuständigen Gericht und kann postalisch oder elektronisch – bei Rechtsanwälten bspw. über das beA – erfolgen. Für die Beantragung ist zwingend eine SAFE-ID erforderlich. Sollte der Antragsteller nicht über eine solche verfügen, legt das Gericht für ihn eine temporäre SAFE-ID an und übermittelt ihm Benutzernamen sowie Passwort für die Anmeldung beim Akteneinsichtsportal. Diese temporäre SAFE-ID gilt dann allerdings ausschließlich für die beantragte Akteneinsicht.

Nach positiver Bescheidung des Antrags hinterlegt das Gericht zunächst die E-Akte unter einem bestimmten Link bzw. einer Kennung (ID = Identifikator) auf einem Server des Gerichts oder des Landes. Anschließend wird dem bundesweiten Akteneinsichtsportal ein Datensatz mit folgendem Inhalt übermittelt: Die SAFE-ID (des Antragstellers) bekommt Akteneinsicht unter dem Link bzw. der ID. Auch der Antragsteller erhält eine Nachricht, dass er die E-Akte unter seiner SAFE-ID einsehen kann.

Wenn sich der Antragsteller beim Akteneinsichtsportal mit seiner SAFE-ID anmeldet und auf die ID bzw. den Link der

hinterlegten E-Akte klickt, erfolgt eine Weiterleitung über die Transport Layer Security (TLS) an den Server, auf dem die Akte abgelegt ist. In einem Zeitfenster von 30 Tagen kann der Antragsteller die E-Akte nun nach Maßgabe des Akteneinsichtsrechts aufrufen und/oder ganz bzw. teilweise herunterladen. Eine Aktualisierung des Akteninhalts erfolgt während des Bereitstellungszeitraums nicht. Die Akte hat den Stand des jeweiligen Bereitstellungszeitpunkts.⁴¹

Aus aktuellem Anlass ist darauf hinzuweisen, dass § 299 Abs. 3 Satz 1 ZPO mit Wirkung zum 01.07.2021 nunmehr durch das Gesetz zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 25.06.2021 um eine weitere Möglichkeit ergänzt wurde.⁴² Gem. § 299 Abs. 3 Satz 1 ZPO n.F. kann die Bereitstellung des Inhalts der Akten auch „durch Übermittlung des Inhalts der Akten auf einem sicheren Übermittlungsweg“ geschehen.

G. Zusammenfassung und Ausblick

Die Ausführungen sollten zeigen, dass § 299 Abs. 3 ZPO mit dem Konzept einer digitalen Abrufmöglichkeit des Akteninhalts bereits fest im digitalen Gesamtkonzept des elektronischen Rechtsverkehrs verankert ist.

Daraus ergeben sich jedoch auch organisatorische und inhaltliche Konsequenzen für die Justiz. So ist es notwendig, dass die zuständige Geschäftsstelle selbst mit den erforderlichen Grundtechniken und den inhaltlichen Anforderungen des Aktenabrufs vertraut ist. Dies bedeutet, dass z.B. auch

35 Selmayr in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 55 Rn. 14.

36 Bacher in: BeckOK, ZPO, 40. Edition, 2021, § 299 Rn. 2; Thole in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2018, Band 4, § 299 Rn. 4.

37 Thole in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2018, Band 4, § 299 Rn. 5; vgl. zu datenschutzrechtlichen Fragestellungen auch Bünnigmann in: Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle, ZPO, 78. Aufl. 2020, § 299 Rn. 5.

38 Nähere Einzelheiten speziell für die Rechtsanwälte ergeben sich dazu auch aus dem beA-Newsletter der BRAK, Ausgabe 26/2019 vom 25.07.2019, www.brak.de/zur-rechtspolitik/newsletter/bea-newsletter/2019/ausgabe-26-2019-v-2572019 (zuletzt abgerufen am 05.07.2021).

39 Bund-Länder-Kommission für Informationstechnik in der Justiz, Beschlüsse 97. Sitzung, 12. und 13.05.2015, TOP 17 – Akteneinsichtsportal (Berichtsnummer 19), Nr. 1.

40 Dazu und zum Folgenden Ministerium der Justiz und für Europa Baden-Württemberg, Akteneinsicht und -austausch, www.ejustice-bw.de/pb/Lde/Startseite/Behoerden/Akteneinsicht+und+_austausch (zuletzt abgerufen am 05.07.2021).

41 beA-Newsletter der BRAK Ausgabe 26/2019, 25.07.2019, www.brak.de/zur-rechtspolitik/newsletter/bea-newsletter/2019/ausgabe-26-2019-v-2572019 (zuletzt abgerufen am 05.07.2021).

42 Siehe Gesetz zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 25.06.2021, BGBl. I, S. 2099 ff., 2110.

die Justiz sich vermehrt um Mitarbeiter mit entsprechenden Kompetenzen bemühen muss.

Auch auf Nutzerseite setzt das Konzept des § 299 Abs. 3 ZPO ein Minimum an digitalen Fähigkeiten voraus. Ob dies bereits bei allen potenziellen Nutzern der Fall ist, kann durchaus bezweifelt werden. Wie zuvor ausgeführt richtet sich das elektronische Konzept des § 299 Abs. 3 ZPO nicht mehr ausschließlich an Rechtsanwälte, sondern grds. an jede Prozesspartei.

Letztlich resultieren aus dem skizzierten technischen Ansatz des § 299 ZPO auch weitere inhaltliche Anforderungen. So setzt das dargestellte Grundkonzept des § 299 Abs. 3 Satz 1 ZPO – Gewährung der Akteneinsicht durch Bereitstellung des Inhalts der Akte zum Abruf – voraus, dass dadurch auch der gesamte Akteninhalt erfasst wird. Aus dieser Überlegung ergibt sich eine weitere zentrale Forderung. Es müssen so weit wie möglich sog. Hybridakten vermieden werden. Dies sind Akten, bei denen sich der Akteninhalt sowohl aus elektronischen Dokumenten als auch aus Papierdokumenten zusammensetzt.⁴³ Das Problem besteht darin, dass sich die zuvor skizzierte elektronische Erreichbarkeit nur auf den elektronischen Teil der Akte bezieht. Hybridakten verhindern damit ein einheitliches und umfassendes digitales Konzept. Sie werfen zudem zahlreiche faktische und inhaltliche Grundsatzfragen auf. So kann z.B. in einer Justiz-Cloud nur der elektronisch geführte Aktenteil gespeichert werden.⁴⁴

Daraus ergeben sich erkennbar Probleme insbesondere für den wichtigen Gedanken der Aktenvollständigkeit, der auch bei digitaler Aktenführung weiterhin eine zentrale Rolle spielen muss.⁴⁵

43 Krüger/Sorge/Vogelgesang, JurPC Web-Dok. 48/2017, Abs. 39.

44 Dazu Krüger/Sorge/Vogelgesang, JurPC Web-Dok. 48/2017, Abs. 39 bzw. Bernhardt/Leeb, in: jurisPK Internetrecht, 7. Aufl. 2021, Kapitel 6 Rn. 511.

45 Dazu auch Bernhardt/Leeb, in: jurisPK Internetrecht, 7. Aufl. 2021, Kapitel 6 Rn. 511.

Der tatsächliche Zugang eines Erben zu dem „Facebook-Konto“ des Erblassers BGH, Beschl. v. 27.08.2020 - III ZB 30/20

Prof. Dr. Hannes Ludyga

A. Problemstellung

Das LG Berlin entschied im Dezember 2015, dass Facebook Eltern als Erben den „Zugang zu dem vollständigen Benutzerkonto“ ihrer im Alter von 15 Jahren verstorbenen

Tochter und zu den „darin vorgehaltenen Kommunikationsinhalten“ der Verstorbenen gewähren muss.¹ Der Rechtsstreit vor dem LG Berlin betraf die Klage der Mutter der verstorbenen Tochter gegen das soziale Netzwerk Facebook. Die Tochter war Mitglied bei Facebook und verfügte dort über ein Nutzerkonto.² Sie wurde in einem Berliner U-Bahnhof von einer U-Bahn erfasst und starb kurze Zeit später im Krankenhaus. Die Mutter besaß – so das LG Berlin – die Hoffnung über den Facebook-Account ihrer Tochter, „etwaige Hinweise über mögliche Absichten oder Motive ihrer Tochter für den Fall zu erhalten, dass es sich bei dem Tod der Erblasserin um einen Suizid handelte.“ Da Facebook den Account in einen sog. Gedenkzustand versetzte, konnte die Mutter auf das Nutzerkonto ihrer Tochter nicht zugreifen.³

Facebook übermittelte der Klägerin nach Rechtskraft des Urteils des LG Berlin in „schikanöser Manier“⁴ einen USB-Stick, auf dem eine PDF-Datei mit 14.000 Seiten abgespeichert war. Nach den Angaben von Facebook enthält die PDF-Datei „eine Kopie der ausgelesenen Daten aus dem von der Verstorbenen“ bei der Beklagten geführten Konto. Die Parteien streiten darüber, ob hierdurch die Verpflichtung von Facebook aus dem Urteil des LG Berlin erfüllt ist und „inwieweit die auf dem USB-Stick enthaltenen Daten strukturiert angeordnet sind.“ Der BGH befasst sich im Rahmen eines Zwangsvollstreckungsverfahrens auf Festsetzung von Zwangsgeld gem. § 888 Abs. 1 ZPO mit der Frage, ob Facebook mit der Übermittlung dieses USB-Sticks seine titulierte Verpflichtung zur Zugangsgewährung erfüllt hat.⁵

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der BGH legt den Vollstreckungstitel des LG Berlin aus und analysiert, was unter dem „Zugang zu dem vollständigen Benutzerkonto“ bei Facebook und zu den „darin vorgehaltenen Kommunikationsinhalten“ zu verstehen ist.⁶ Mit zutreffender Argumentation gelangt der BGH zu dem Ergebnis, dass Facebook (Schuldner) mit der Übermittlung des USB-Sticks die Verpflichtung aus dem rechtskräftigen Urteil des LG Berlin nicht erfüllt hat. Die Übermittlung eines USB-Sticks bedeutet keinen direkten Zugang zu dem Konto⁷ und führt zu keiner Erfüllung gem. § 362 Abs. 1 BGB des Zugang-

1 LG Berlin, Urt. v. 17.12.2015 - 20 O 172/15; Walker, LMK 2020, 434336; Ludyga, jM 2016, 442, 446.

2 Raude, RNotZ 2017, 17; Willems, ZfPW 2016, 494, 495; Ludyga, jM 2016, 446; Ludyga, ZEV 2018, 1, 2.

3 LG Berlin, Urt. v. 17.12.2015 - 20 O 172/15 Rn. 4; Ludyga, ZEV 2018, 1, 2.

4 Hoeren, MMR 2020, 185.

5 BGH, Beschl. v. 27.08.2020 - III ZB 30/20; Walker, LMK 2020, 434336.

6 Zu berücksichtigen sind neben dem Tenor der zu vollstreckenden Entscheidung die Entscheidungsgründe, die Antrags- und Klagebegründung sowie der Parteivortrag.

7 BGH, Beschl. v. 27.08.2020 - III ZB 30/20; Walker, LMK 2020, 434336.

sanspruchs der Erben in den Facebook-Account eines Erblassers.⁸ Einen eigentlichen Zugang zum Facebook-Account der Verstorbenen gewährte der Schuldner durch die Zurverfügungstellung des USB-Sticks nicht.⁹ In diesem Zusammenhang wird in der Literatur zu Recht darauf hingewiesen, dass es ein Unterschied ist, „ob man sich in einem Datenbestand von 14000 Seiten zurechtfinden muss, oder ob man sich über eine Startseite mit bestimmten Verlinkungen, Suchfunktionen und optischen Anreizen für ein Weiterklicken leiten lassen und so die Funktionalität des Kontos verstehen und die Kommunikationswege der ehemaligen Kontoinhaberin nachvollziehen kann.“¹⁰ Nur mit äußerst großer Mühe kann sich die Mutter als Gläubigerin durch die 14.000 Seite „durchscrollen“ und sich einen Einblick in den Datenbestand verschaffen.¹¹ Das enorme Datenvolumen erschwert „Scroll- und Suchvorgänge“ erheblich. Die entsprechenden Ladevorgänge sind mit einem großen Zeitaufwand verbunden.¹² Die Übermittlung eines USB-Sticks und die Möglichkeit eines tatsächlichen Abrufens der Daten durch einen Zugang zu dem Facebook-Account ist in juristischer und technischer Hinsicht streng voneinander zu unterscheiden.¹³

Die Gläubigerin und Erbin muss sich nach dem BGH „in dem Benutzerkonto – mit Ausnahme einer aktiven Nutzung – so ‚bewegen‘ können, wie zuvor die Erblasserin selbst.“¹⁴ Es ist der eigentliche Zugang zum Konto zu „gewähren“.¹⁵ Eine solche Betrachtungsweise ist aus erbrechtlicher Perspektive geboten. So ging das Vertragsverhältnis, das miet-, werk- und dienstvertragliche Elemente beinhaltet, zwischen Facebook und der Tochter im Wege der Universalsukzession gem. § 1922 Abs. 1 BGB auf die Mutter über. Dieser Vertrag stellt Vermögen i.S.v. § 1922 Abs. 1 BGB dar.¹⁶

Die Verschaffung des Zugangs zu dem Konto der Verstorbenen für die Gläubigerin ist Facebook nicht unmöglich oder unzumutbar. Facebook könnte einen „read only“-Zugang einrichten oder für die Aufhebung des Gedenkzustands sorgen, durch den der Gläubigerin der Zugang zu dem Benutzerkonto verwehrt wird.¹⁷

C. Kontext der Entscheidung

Es handelt sich um die zweite Entscheidung des BGH zum digitalen Nachlass.¹⁸ Der digitale Nachlass umfasst „Festplatten, Tablet-PCs, Smartphones, CDs, DVDs, USB-Sticks, SD-Karten oder auf Disketten abgespeicherte Daten“ sowie „gespeicherte Daten im Internet oder in der ‚Cloud‘“.¹⁹ Vertragliche Beziehungen des Erblassers mit „E-Mail-Konten, beruflichen oder sozialen Netzwerken, ‚Datingportalen‘, Streaming-Diensten oder Zahlungsdienstleistern im Internet sind ebenfalls Bestandteil des digitalen Nachlasses.“²⁰ Die Aussagen des BGH hinsichtlich des Zugangs zu einem Facebook-Account gelten vom Grundsatz her auch für den Zugang zu den Accounts sonstiger sozialer Medien, von E-Mails oder Clouds.²¹

Vor diesem Hintergrund wird die Entscheidung des BGH vermutlich eine „große Breitenwirkung“ entfalten.²²

D. Auswirkungen für die Praxis

Die sehr sorgfältig begründete Entscheidung des BGH verdient in jeder Form Zustimmung. Die Entscheidung stärkt die Rechtsstellung von Erben in Hinblick auf den Zugang zum digitalen Nachlass.²³ Jenseits dieser Einschätzung wird die Thematik des digitalen Nachlasses die Gerichte weiter beschäftigen.

Das Prinzip der erbrechtlichen Universalsukzession prägt die Argumentation in der Entscheidung des BGH.²⁴ Unklar bleibt nach der Entscheidung des BGH, wie lange Erben das Recht zusteht, sich im Facebook-Account eines Erblassers zu „bewegen“.²⁵ Es ist davon auszugehen, dass die Erben bis zu einer entsprechenden Kündigung „in die Rechtsposition des verstorbenen Nutzers“ eintreten.²⁶

8 Außner, ErbR 2020, 598.

9 Außner, ErbR 2020, 598, 599.

10 Walker, LMK 2020, 434336.

11 Hoeren, MMR 2020, 185, 186.

12 Methmann, MMR 2020, 692.

13 Außner, ErbR 2020, 598, 600.

14 BGH, Beschl. v. 27.08.2020 - III ZB 30/20; Walker, LMK 2020, 434336.

15 BGH, Beschl. v. 27.08.2020 - III ZB 30/20.

16 BGH, Beschl. v. 27.08.2020 - III ZB 30/20; Ludyga, jM 2016, 442, 446.

17 BGH, Beschl. v. 27.08.2020 - III ZB 30/20; Walker, LMK 2020, 434336; Heintz, ZEV 2020, 719.

18 Seidler, NZFam 2020, 983.

19 Ludyga, jM 2017, 414, 415; Deusch, ZEV 2014, 2, 3; Herzog, NJW 2013, 3745; Ludyga, jM 2016, 442, 443.

20 Ludyga, jM 2017, 414, 415; KG, Urt. v. 31.05.2017 - 21 U 9/16 Rn. 45, 60; Herzog, NJW 2013, 3745; Deusch, ZEV 2014, 1, 2.

21 Lieder/Berneith, FamRZ 2020, 1761, 1762; Heintz, ZEV 2020, 719.

22 Walker, LMK 2020, 434336.

23 Lieder/Berneith, FamRZ 2020, 1761, 1762; Seidler, NZFam 2020, 983.

24 Seidler, NZFam 2020, 983.

25 Ayar, GRUR-Prax 2020, 496.

26 Außner, ErbR 2020, 598, 600.

Aufklärungspflichten beim Unternehmensverkauf

OLG München, Urt. v. 03.12.2020 - 23 U 5742/19

RA und FA für Handels- u. Gesellschaftsrecht sowie FA für Gewerblichen Rechtsschutz Dr. Marc Laukemann

A. Problemstellung

Verträgliche Reden garantieren keine redlichen Verträge. Diese Warnung des Philosophen Manfred Hinrich gilt im be-

sonderen Maße im Zusammenhang mit Unternehmenskäufen; ihre Beachtung ist aber im gesamten Vertragsrecht empfehlenswert.

Dass mit dem Abschluss eines Vertrags entsprechende Pflichten der jeweiligen Vertragspartei einhergehen, ist nicht überraschend. Wird ein solches Schuldverhältnis begründet, treten sich Leistung und Gegenleistung gegenüber. So wird beim morgendlichen Kauf des Coffee to go auf dem Weg ins Büro der Bäcker verpflichtet, den heiß aufgebrühten Kaffee an den Kunden zu übergeben. Der Kunde verpflichtet sich demgegenüber dazu, den Kaffee zu bezahlen. Neben diesen sog. Hauptleistungspflicht tritt die Pflicht der Beteiligten, die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils zu berücksichtigen. Redlichkeit ist dabei in jeder Hinsicht eine wichtige Tugend.

Bedeutung kommt diesen in § 241 Abs. 2 BGB geregelten Pflichten aber nicht nur im Rahmen bestehender vertraglicher Schuldverhältnisse zu. Schon vor Vertragsschluss können sich Parteien in einer Weise gegenüberstehen, die es nötig erscheinen lässt, bestehende Schutz- und Nebenpflichten anzunehmen. Die Rede ist hier von einem sog. vorvertraglichen Schuldverhältnis (laut „culpa in contrahendo“), dessen gesetzliche Regelung sich in § 311 Abs. 2 BGB wiederfindet. Dieses wird begründet durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen, bei der Vertragsanbahnung oder einem ähnlichen geschäftlichen Kontakt. Wird zu einem dieser Zeitpunkte etwa ein besonderes Vertrauen von einer Partei in Anspruch genommen bzw. gewährt, so soll bereits hier eine entsprechende Haftung begründet werden.¹

Anknüpfungspunkt für die vorvertragliche Haftung nach § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB können insbesondere bestehende Aufklärungspflichten sein, welchen nicht oder nur unzureichend Rechnung getragen wurde. Besondere Relevanz haben diese im Rahmen eines Unternehmensverkaufs.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

So hatte in dem der Entscheidung des OLG München zugrunde liegenden Fall der Verkäufer einer Kommanditgesellschaft dem Käufer gegenüber Angaben gemacht, welchen im Rahmen der Vertragsverhandlungen wesentliche Bedeutung zukommen sollte. Der Verkäufer der KG gab vor, dass die Geschäftszahlen der Gesellschaft „wieder erheblich ins Plus“ gehen würden und sprach zudem von einem „sehr schnellen return of invest.“² Damit rief dieser beim Käufer eine falsche Vorstellung über die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft hervor. Tatsächlich konnte die Gesellschaft nämlich zu keinem Zeitpunkt Gewinne erzielen. Vielmehr produzierte sie von Anfang an erhebliche Verlus-

te,³ ein positives Betriebsergebnis konnte nicht vorgelegt werden.

Liegen Umstände vor, welche die Überlebensfähigkeit einer Gesellschaft ernsthaft gefährden, etwa eine „drohende oder bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung“⁴ oder Verluste aus vorherigen Jahren,⁵ hat der Verkäufer hierüber bereits vor Vertragsschluss aufzuklären.

Im konkreten Fall hätte der Verkäufer dem Käufer die vom OLG München als vertragswesentlich bezeichneten⁶ Informationen bereits in den Verhandlungen verschaffen müssen. Der Verkäufer war verpflichtet, „den Käufer auch ungefragt über konkrete Vorkommnisse zu informieren, die gewichtige Anzeichen für eine anhaltende Krise der Gesellschaft sind, z.B. erhebliche Zahlungsrückstände, mehrfache Mahnungen und Liquiditätsengpässe. In gleicher Weise muss er gegebenenfalls deutlich und unmissverständlich darüber aufklären, dass und in welcher Höhe die Gesellschaft bisher nur negative Ergebnisse erzielt hatte.“⁷

C. Kontext der Entscheidung

Hintergrund ist die besondere Fallgestaltung beim Unternehmenskauf: Der Kaufinteressent hat als Außenstehender nur bedingt die Möglichkeit, den wirtschaftlichen Wert der Gesellschaft zu bewerten.⁸ Wegen des bestehenden Informationsdefizits ist jener neben Bilanzen und betriebswirtschaftlichen Auswertungen⁹ auch auf die Auskünfte des Verkäufers angewiesen, um sich ein tatsächliches Bild von der Wirtschaftlichkeit des Unternehmens machen zu können. Die „besondere Abhängigkeit von der Vollständigkeit und Richtigkeit der ihm erteilten Informationen vor allem zur Umsatz- und Ertragslage des Unternehmens sowie die regelmäßig weit reichenden wirtschaftlichen Folgen der Kaufentscheidung rechtfertigen es, dem Verkäufer eine gesteigerte Aufklärungspflicht aufzuerlegen und an die hierbei anzuwendende Sorgfalt einen strengen Maßstab anzulegen.“¹⁰

1 Emmerich in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2019, § 311 BGB Rn. 40.

2 OLG München, Urt. v. 03.12.2020 - 23 U 5742/19 Rn. 89 f.

3 OLG München, Urt. v. 03.12.2020 - 23 U 5742/19 Rn. 90.

4 BGH, Urt. v. 04.04.2001 - VIII ZR 32/00; Reichard, GWR 2021, 122.

5 BGH, Urt. v. 28.11.2001 - VIII ZR 37/01.

6 OLG München, Urt. v. 03.12.2020 - 23 U 5742/19 Rn. 97.

7 OLG München, Urt. v. 03.12.2020 - 23 U 5742/19 - Leitsatz 1; Reichard, GWR 2021, 122.

8 BGH, Urt. v. 04.04.2001 - VIII ZR 32/00; OLG München, Urt. v. 03.12.2020 - 23 U 5742/19 Rn. 83.

9 BGH, Urt. v. 04.04.2001 - VIII ZR 32/00.

10 BGH, Urt. v. 04.04.2001 - VIII ZR 32/00.

Diesen Pflichten kam der Verkäufer im Ausgangsfall gerade nicht nach.

D. Auswirkungen für die Praxis

Aufgrund des Informationsdefizits auf Käuferseite im Rahmen eines Unternehmenskaufs treffen den Verkäufer gesteigerte Aufklärungspflichten. Diesen hat er bereits im Rahmen der Vertragsverhandlungen nachzukommen. Insbesondere hat er den Kaufinteressenten zu informieren über

- drohende oder bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung,
- erhebliche Zahlungsrückstände, mehrfache Mahnungen und Liquiditätspässe,
- Verluste aus vorherigen Jahren.

Kommt der Verkäufer diesen Aufklärungspflichten nicht nach, droht ihm eine vorvertragliche Haftung nach § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB, welcher er sich nicht durch vorherige Vereinbarung entziehen kann. Kommt die Frage einer solchen Haftung auf, ist regelmäßig auf Käuferseite bereits ein zumeist nicht unerheblicher Schaden eingetreten. Um dem vorzubeugen, ist schon im Rahmen einer umfassenden Due Diligence¹¹ auf die umfassende und richtige Information durch den Verkäufer zu achten. Hier gilt, um den Juristen und mutmaßlich größten deutschen Dichter Johann Wolfgang von Goethe zu zitieren, der Grundsatz:

*„Was man schwarz auf weiß besitzt,
Kann man getrost nach Hause tragen.“¹²*

E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

Vorliegend konnte sich der Verkäufer auch nicht darauf berufen, dass er seine Haftung durch entsprechende Regelung im Kaufvertrag ausgeschlossen hatte. Zwar kann die Haftung eines Verkäufers für Mängel der Kaufsache grds. durch vertragliche Vereinbarung oder aufgrund gesetzlicher Regelung ausgeschlossen bzw. beschränkt werden; dies gilt jedoch nicht für den vorliegenden Haftungsfall beim Unternehmensverkauf (vgl. § 453 BGB). Zugrunde zu legen ist hier nämlich nicht die Mangelhaftigkeit der Kaufsache, somit die schlechte wirtschaftliche Lage der Gesellschaft selbst. Vielmehr ist Anknüpfungspunkt das Verschulden des Verkäufers bei Vertragsschluss, somit die Verletzung des durch die getätigten Äußerungen begründeten Vertrauens des Käufers.¹³ Da somit Ansprüche aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis nicht als Gewährleistungsansprüche verstanden werden, war ein Ausschluss nicht möglich.¹⁴

Ergänzend sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass sich der Verkäufer auf einen vertraglich vereinbarten Aus-

schluss der Haftung für Mängel nicht berufen kann, wenn er diesen arglistig, somit bewusst und gewollt, verschwiegen hat.¹⁵

11 Eine entsprechende Checkliste findet sich. Haubner in: Ettinger/Jaques, Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand, 3. Aufl. 2021, G Nr. 2 Due Diligence.

12 Faust 1, Studierzimmer. (Schüler).

13 Vgl. BGH, Urt. v. 05.04.1967 - VIII ZR 32/65.

14 Vgl. OLG München, Urt. v. 26.07.2006 - 7 U 2128/06 Rn. 45.

15 Vgl. etwa § 444 BGB, § 276 Abs. 3 BGB.

Arbeitsrecht

Kopftuchverbot im Berliner NeutrG

BAG, Urt. v. 27.08.2020 - 8 AZR 62/19

Prof. Dr. Burkhard Boemke

A. Problemstellung

Kopftücher im Arbeitsrecht haben bereits viele Gerichte beschäftigt.¹ In diesem Fall hatte das BAG im Rahmen eines Entschädigungsanspruches nach § 15 Abs. 2 AGG darüber zu befinden, ob es zulässig ist, eine Bewerberin muslimischen Glaubens abzulehnen, weil sie deutlich gemacht hat, dass sie ihr Kopftuch nicht abnehmen werde. Problem-schwerpunkt bildete hierbei die verfassungskonforme Auslegung des § 2 Berliner NeutrG.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Die Parteien streiten darüber, ob das beklagte Land verpflichtet ist, an die Klägerin eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG wegen Benachteiligung aufgrund der Religion zu zahlen.

Die Klägerin bewarb sich beim beklagten Land im Rahmen eines Quereinstiegs auf eine Stelle als Lehrerin in den Fächern Informatik und Mathematik in der Integrierten Sekundarschule (ISS), dem Gymnasium oder der beruflichen Schule. Sie bezeichnet sich als gläubige Muslima und trägt als Ausdruck ihrer Glaubensüberzeugung ein Kopftuch. Am 11.01.2017 fand ein Bewerbungsgespräch statt, währenddessen die Klägerin

1 EuGH, Urt. v. 14.03.2017 - C-188/15, siehe hierzu auch Boemke, jurisPR-ArbR 25/2017 Anm. 2; BVerfG, Urt. v. 27.01.2015 - 1 BvR 471/10; BVerfG, Urt. v. 14.01.2020 - 2 BvR 1333/17; BAG, Urt. v. 24.09.2014 - 5 AZR 611/12; BAG, Vorlagebeschl. v. 30.01.2019 - 10 AZR 299/18; LArbG Hamm, Urt. v. 08.11.2018 - 18 Sa 639/18, siehe hierzu auch Boemke, jurisPR-ArbR 14/2019 Anm. 4.

ein Kopftuch trug. Der Mitarbeiter der zentralen Bewerbungsstelle S sprach die Klägerin auf die Rechtslage nach dem sog. Berliner Neutralitätsgesetz an. Die Klägerin erklärte, dass sie das Kopftuch nicht im Unterricht ablegen werde. Das Berliner Neutralitätsgesetz legt u.a. in § 2 fest, dass Lehrkräfte innerhalb ihres Dienstes keine sichtbaren religiösen oder weltanschaulichen Symbole, die für die Betrachterin oder den Betrachter die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft demonstrieren und keine auffallenden religiös oder weltanschaulich geprägte Kleidungsstücke tragen dürfen.

Die Klägerin beehrte eine Entschädigung, die ihrer Höhe nach nicht unter drei auf der ausgeschriebenen Stelle erzielbaren Bruttomonatsgehältern liegen sollte. Das Land beantragte Klageabweisung. Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Landesarbeitsgericht das Urteil teilweise aufgehoben und das beklagte Land zur Zahlung einer Entschädigung i.H.v. 5.159,88 Euro verurteilt. Die hiergegen gerichtete Revision des beklagten Landes sowie die Anschlussrevision der Klägerin blieben erfolglos.

II. Die Klägerin habe gegen das beklagte Land gem. § 15 Abs. 2 AGG einen Anspruch auf eine Entschädigung i.H.v. 5.159,88 Euro. Eine Benachteiligung wegen der Religion i.S.v. § 7 Abs. 1 AGG liege vor. Diese sei auch nicht ausnahmsweise nach § 8 Abs. 1 AGG gerechtfertigt gewesen.

1. Die Klägerin habe eine unmittelbare Diskriminierung gem. § 3 Abs. 1 AGG wegen ihrer Religion erfahren. Hierbei liege ein Kausalzusammenhang bereits dann vor, wenn die Benachteiligung i.S.v. § 3 Abs. 1 AGG an einen Grund i.S.v. § 1 AGG anknüpfe oder durch diesen motiviert sei, wobei die bloße Mitursächlichkeit genüge.² Hinsichtlich der Beweislast sehe § 22 AGG eine Erleichterung der Darlegungslast, eine Absenkung des Beweismaßes und eine Umkehr der Beweislast vor. Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweise, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten ließen, trage die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen habe.³ Danach genüge die Partei ihrer Darlegungslast bereits dann, wenn sie Indizien vortrage, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen ließen, dass eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes erfolgt sei.⁴ Auf zweiter Stufe trage sodann der Arbeitgeber die volle Darlegungs- und Beweislast dafür, dass ausschließlich andere Gründe als die in § 1 AGG genannten zu der Benachteiligung geführt hätten.⁵ Die Klägerin habe hinreichende Indizien für eine Diskriminierung aufgrund ihrer Religion beibringen können, weil Herr S unstreitig das Gespräch auf das Kopftuch der Klägerin gelenkt und auf das Kopftuchverbot hingewiesen habe. Es liege deshalb nahe,

dass ihre Bewerbung aus diesem Grund nicht weiter berücksichtigt worden sei.

Das Tragen eines Kopftuches falle auch als sog. forum externum unter den unionsrechtlichen Religionsbegriff i.S.v. § 1 AGG.⁶

2. Diese unmittelbare Benachteiligung sei auch nicht i.S.d. § 8 Abs. 1 AGG zulässig gewesen.

Die Norm sei unionsrechtskonform eng auszulegen. Die Ungleichbehandlung könne danach nicht auf den Grund i.S.v. § 1 AGG gestützt werden, sondern nur auf ein mit diesem Grund im Zusammenhang stehendes Merkmal, das eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstelle.⁷

Auf § 2 Berliner NeutrG könne sich das beklagte Land nicht stützen. Die Norm selbst lasse zwar eine abstrakte Eignung religiöser Symbole, den Schulfrieden zu gefährden, genügen. Allerdings sei die Vorschrift verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass – sofern das Tragen eines solchen Kleidungsstücks nachvollziehbar auf ein als verpflichtend verstandenes religiöses Gebot zurückzuführen sei – zumindest eine hinreichend konkrete Gefahr für den Schulfrieden oder die staatliche Neutralität vorliegen müsse. Eine solche Gefahr habe das beklagte Land aber nicht dargetan.

Hinsichtlich dieser Auslegung sei der Senat an die Entscheidung des BVerfG vom 27.01.2015⁸ gebunden.

Ob die Ausgestaltung des § 2 Berliner NeutrG als abstrakte Eignung religiöser Symbole zur Gefährdung des Schulfriedens den unionsrechtlichen Vorgaben von Art. 10 Abs. 1 und Art. 24 GRCh sowie der Richtlinie 2000/78/EG – entgegen dem verfassungsrechtlich vorgegebenen Rahmen – entspreche, habe vorliegend keiner Entscheidung bedurft. Ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 Abs. 3 AEUV sei daher nicht erforderlich gewesen. Dem Berliner NeutrG fehle jedenfalls die europarechtliche Kohärenz. Das Gesetz selbst differenziere zwischen Lehrkräften und anderen Beschäftigten mit pädagogischem Auftrag in den öffentlichen Schulen nach dem Schulgesetz für das Land Berlin einerseits und Berufsschulen sowie Schulen des zweiten Bildungsweges anderer-

2 BAG, Ur t. v. 23.11.2017 - 8 AZR 372/16 Rn. 20 m.w.N.

3 BAG, Ur t. v. 25.10.2018 - 8 AZR 501/14 Rn. 51 m.w.N.

4 BAG, Ur t. v. 25.10.2018 - 8 AZR 501/14 Rn. 52 m.w.N.

5 BAG, Ur t. v. 23.01.2020 - 8 AZR 484/18 Rn. 36 m.w.N.; BAG, Ur t. v. 26.01.2017 - 8 AZR 73/16 Rn. 26 m.w.N.

6 Vgl. BAG, Ur t. v. 30.01.2019 - 10 AZR 299/18 [A] Rn. 53.

7 Vgl. EuGH, Ur t. v. 07.11.2019 - C-396/18 - „Cafaro“ Rn. 59; EuGH, Ur t. v. 14.03.2017 - C-188/15 - „Bouagnaoui und ADDH“ Rn. 37; EuGH, Ur t. v. 15.11.2016 - C-258/15 - „Salaberria Sorondo“ Rn. 33; EuGH, Ur t. v. 13.11.2014 - C-416/13 - „Vital Pérez“ Rn. 36; EuGH, Ur t. v. 13.09.2011 - C-447/09 - „Prigge u.a.“ Rn. 66; EuGH, Ur t. v. 12.01.2010 - C-229/08 - „Wolf“ Rn. 35.

8 BVerfG, Beschl. v. 27.01.2015 - 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10 Rn. 83.

seits. Bezüglich Letzterer finde § 2 Berliner NeutrG keine Anwendung, sodass das Tragen religiöser Symbole ohne Weiteres zulässig sei. Die Inkohärenz ergebe sich daraus, dass es nicht nachvollziehbar sei, weshalb sich für diese Schulen kein Bedürfnis ergebe, der Entstehung einer Gefahr für den Schulfrieden oder die staatliche Neutralität durch das Tragen religiöser Symbole vorzubeugen, für die andere Schulen bestehe dieses hingegen schon.

3. Die Höhe der Entschädigung müsse zum einen der Kompensation und zum anderen auch der Prävention dienen. Ein Verschulden setze der Anspruch nicht voraus. Da es auf ein solches nicht ankomme, könne dessen Abwesenheit bzw. dessen Grad auch nicht in der Bemessung der Entschädigungshöhe Berücksichtigung finden.

Die Begrenzung auf drei Bruttomonatsgehälter nach § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG sei als Kappungs- bzw. Höchstgrenze zu verstehen und begegne daher keinen unionsrechtlichen Bedenken.⁹ Danach sei in einem ersten Schritt die Höhe der Entschädigung frei zu ermitteln und diese in einem zweiten Schritt zu „kappen“, sofern der Betrag von drei Bruttomonatsgehältern überschritten sei.

C. Bewertung

Dem Urteil des BAG ist vollinhaltlich zuzustimmen.

I. Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfahren hat oder erfahren würde. Der Vergleich kann also auch zu einer fiktiven Person erfolgen.¹⁰ Auch Bewerber können sich auf das Benachteiligungsverbot berufen (§ 6 Abs. 1 Satz 2 AGG). § 22 AGG erleichtert dem Anspruchsteller die Beweisführung. Es reicht aus, wenn er darlegen und beweisen kann, dass es Indizien gibt, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen und der Anspruchsgegner nicht beweisen kann, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligungen vorgelegen hat.¹¹

II. Zu Recht geht der Senat unter Anwendung dieser Grundsätze davon aus, dass die unmittelbare Benachteiligung hier auf der Religionszugehörigkeit beruhte, wenn Herr S das Gespräch auf das Kopftuch lenkte und auf das diesbezügliche Verbot hinwies.

III. Auch die Ausführung über das Nichtvorliegen eines Rechtfertigungsgrundes nach § 8 Abs. 1 AGG können überzeugen.

Das BAG stellt hierbei auf eine Entscheidung des BVerfG¹² ab, wonach der Schutz des Grundrechts auf Glaubens- und

Bekenntnisfreiheit Lehrerinnen erlaubt, auch bei ihrer beruflichen Tätigkeit grds. ein islamisches Kopftuch zu tragen. Abweichend vom Wortlaut des § 2 Berliner NeutrG ist ein Kopftuchverbot nur dann gerechtfertigt, wenn hierdurch eine konkrete Gefahr für die staatliche Neutralität oder den Schulfrieden besteht.

Zu Recht nimmt das BAG eine Bindungswirkung dieser Entscheidung für den vorliegenden Fall an.

Das Vorbringen des beklagten Landes, dass die Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG nicht bestehe, weil ein Senat des BVerfG in einer Rechtsfrage entschieden habe, obwohl gem. § 16 Abs. 1 BVerfGG das Plenum beider Senate anzurufen gewesen wäre, konnte den Senat des BAG nicht überzeugen. Zwar hatte der zweite Senat des BVerfG 2003¹³ ausgeführt, dass die bloße Möglichkeit einer Gefährdung oder eines Konflikts durch das Auftreten der Lehrkraft eine beamtenrechtliche Pflichtverletzung sein kann. Dies waren aber keine entscheidungserheblichen Erwägungen, es handelte sich lediglich um „obiter dicta“.

Dieser gebotenen verfassungskonformen Auslegung steht auch nicht die Wortlautgrenze oder der Sinn und Zweck von § 2 Berliner NeutrG entgegen. Hierbei stellt das BAG zutreffend auf die Präambel des Berliner NeutrG ab, wonach gerade eine Abwägung gegenläufiger verfassungsrechtlich verankerter Positionen vorgesehen ist.

IV. Zuletzt betont der Senat, dass sich der Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG vom Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 Satz 2 AGG darin unterscheidet, dass nur bei Letzterem ein Nichtvertretenmüssen anspruchshindernd sein soll. Für den Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG besteht diese Einschränkung hingegen nicht. Konsequenterweise gelangt der Senat zum Schluss, dass der Grad an Verschulden bei der Bemessung der Entschädigungshöhe nicht zu berücksichtigen ist.¹⁴

D. Auswirkungen für die Praxis

Mit Blick auf die zahlreich anzutreffenden arbeitsgerichtlichen Entscheidungen zu Schadensersatz- und Entschädigungsansprüchen aus § 15 Abs. 1 und 2 AGG sollte hinsichtlich der Diskriminierungsmerkmale nach § 1 AGG eine besondere Sensibilität bestehen. Insbesondere angesichts

9 Vgl. hierzu ausführlich BAG, Urt. v. 28.05.2020 - 8 AZR 170/19 Rn. 23.

10 BAG, Urt. v. 19.12.2019 - 8 AZR 2/19 Rn. 28.

11 BAG, Urt. v. 25.10.2018 - 8 AZR 501/14 Rn. 51 m.w.N.

12 BVerfG, Beschl. v. 27.01.2015 - 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10 Rn. 83.

13 BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 Rn. 49.

14 So auch bereits in einer früheren Entscheidung BAG, Urt. v. 28.05.2020 - 8 AZR 170/19 Rn. 39.

der Vielzahl der „Kopftuch-Entscheidungen“ kann der sorglose Umgang des Vertreters des beklagten Landes nur überraschen.

Besondere Vorsicht ist schon deshalb geboten, weil ein Entschädigungsanspruch sogar besteht, wenn die unmittelba-

re oder mittelbare Diskriminierung unverschuldet erfolgte. So sind Arbeitgeber auch dann nicht geschützt, wenn ein formelles Gesetz die Diskriminierung zwar gestattet, sich diese Norm aber – wie im hier besprochenen Fall § 2 Berliner NeutrG – als verfassungswidrig erweist.

Verwaltungsrecht

„Karlsruhe for future?": Der Klimaschutzbeschluss des BVerfG vom 24.03.2021

Prof. Dr. Roberto Bartone

A. Einleitung

Mit seinem in jedem Fall belebenden Beschluss aus dem März 2021¹ hat der Erste Senat des BVerfG entschieden, dass § 3 Abs. 1 Satz 2 und § 4 Abs. 1 Satz 3 KSG² i.V.m. Anlage 2 – insofern für jeden verständlich – „mit den Grundrechten unvereinbar“ sei, – und spezifisch für die (ministerialbürokratischen) Juristen – „soweit eine den verfassungsrechtlichen Anforderungen nach Maßgabe der Gründe genügende Regelung über die Fortschreibung der Minderungsziele für Zeiträume ab dem Jahr 2031 fehl[e]“. Der bisherige § 3 Abs. 1 Satz 2 KSG betrifft nur die Reduktion der Treibhausgasemissionen bis zum Jahr 2030. Für die Zeiträume danach sieht § 4 Abs. 6 KSG vor, dass die Bundesregierung im Jahr 2025 jährlich absinkende Emissionsmengen durch Rechtsverordnung festlegt. Der Gesetzgeber wurde nunmehr verpflichtet, spätestens bis zum 31.12.2022 die Fortschreibung der Minderungsziele für Zeiträume ab dem Jahr 2031 nach Maßgabe der Gründe des Beschlusses zu regeln. Gleichzeitig wurde angeordnet, dass § 3 Abs. 1 Satz 2 und § 4 Abs. 1 Satz 3 KSG i.V.m. Anlage 2 anwendbar bleiben. Dabei stützen sich die Richtenden des Ersten Senats im Wesentlichen darauf, dass Klimaschutzmaßnahmen, die gegenwärtig unterbleiben, in Zukunft unter möglicherweise noch ungünstigeren Bedingungen ergriffen werden müssten und dann Freiheitsbedürfnisse und -rechte weit drastischer beschneiden würden.

Die Bundesregierung hat zeitnah mit einem Gesetzentwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des KSG reagiert.³ Während nach der bislang geltenden Regelung des § 3 Abs. 1 Satz 2 KSG bis zum Zieljahr 2030 hinsichtlich der Treibhausgasemissionen im Vergleich zum Jahr 1990 (§ 3 Abs. 1 Satz 1 KSG) eine Minderungsquote von mindestens 55 % gilt, sieht der Regierungsentwurf eine Verschärfung dieser Bestim-

mung vor, nach der eine Minderung der Treibhausgasemissionen bis zum Jahr 2030 um mindestens 65 % (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 KSG-E) und bis zum Jahr 2040 um mindestens 88 % (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 KSG-E) zu erfolgen hat. Zudem sollen nach § 3 Abs. 2 KSG-E bis zum Jahr 2045 die Treibhausgasemissionen so weit gemindert werden, dass Netto-Treibhausgasneutralität erreicht wird (§ 3 Abs. 2 Satz 1 KSG-E), und nach dem Jahr 2050 sollen negative Treibhausgasemissionen erreicht werden (§ 3 Abs. 2 Satz 2 KSG-E).

In verfassungsrechtlicher Hinsicht bildet Art. 20a GG, der als Staatszielbestimmung nach bisherigem und derzeitigem Verständnis keine subjektiven Rechte⁴ vermittelt, den Dreh- und Angelpunkt. Danach schützt der Staat auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung. Dies ist der materiell-rechtliche Ausgangspunkt der Entscheidung. Eine umfassende Analyse des epochalen Judikats unter Berücksichtigung alleine der bisherigen Literatur⁵ würde den Rahmen sprengen. Daher werden maßgebliche Aspekte des Beschlusses schlagwortartig beleuchtet.

1 BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20.

2 Bundes-Klimaschutzgesetz v. 12.12.2019, BGBl. I 2019, 2513.

3 Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Bundes-Klimaschutzgesetzes, BR-Drs. 411/21 v. 14.05.2021 (KSG-E).

4 BVerfG, Beschl. v. 10.05.2001 - 1 BvR 481/01.

5 Siehe hierzu z.B. Appel, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, Tübingen 2005; C. Callies, Rechtsstaat und Umweltstaat, Tübingen 2001; R. Steinberg, Der ökologische Verfassungsstaat, 1998; Kleiber, Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen, Tübingen 2014.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung im Überblick⁶

I. Mit ihren Verfassungsbeschwerden machen die Beschwerdeführer vor allem geltend, der Staat habe mit § 3 Abs. 1 Satz 2 und § 4 Abs. 1 Satz 3 KSG i.V.m. Anlage 2 keine ausreichenden Regelungen zur alsbaldigen Reduktion von Treibhausgasen, vor allem von Kohlendioxid (CO₂), unternommen, die aber erforderlich seien, um die Erwärmung der Erde bei 1,5 °C oder wenigstens bei deutlich unter 2 °C anzuhalten. Dies sei notwendig, weil bei einem Temperaturanstieg um mehr als 1,5 °C Millionen von Menschenleben sowie das Überschreiten von Kippunkten mit unabsehbaren Folgen für das Klimasystem auf dem Spiel stünden. Mit der im KSG geregelten Reduktion von CO₂-Emissionen könne das der Temperaturschwelle von 1,5 °C entsprechende „CO₂-Restbudget“ nicht eingehalten werden. Die zum Teil in Bangladesch und Nepal lebenden Beschwerdeführenden stützen ihre Verfassungsbeschwerden zentral auf grundrechtliche Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und aus Art. 14 Abs. 1 GG, auf ein Grundrecht auf menschenwürdige Zukunft und ein Grundrecht auf das ökologische Existenzminimum, welche sie aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20a GG und aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG ableiten. Hinsichtlich der von den Beschwerdeführern als „Vollbremsung“ bezeichneten künftigen Belastung durch Emissionsminderungspflichten für Zeiträume nach 2030 berufen sich die Beschwerdeführer allgemein auf die Freiheitsrechte.⁷

Das BVerfG hat den Verfassungsbeschwerden teilweise stattgegeben. Es befasst sich zunächst ausführlich mit den derzeit vorhandenen Erkenntnissen zu den vielfältigen Auswirkungen des anthropogenen Klimawandels auf die Umwelt und das Erdklima sowie letztlich auf die Lebensbedingungen der Menschheit. Dabei wird zurückgegriffen auf die Sachstandsberichte und Sonderberichte des Weltklimarats,⁸ der als zwischenstaatlicher Ausschuss, der von dem Umweltprogramm der Vereinten Nationen⁹ und der Weltorganisation für Meteorologie¹⁰ im Jahr 1988 ins Leben gerufen worden¹¹ und von der Generalversammlung der Vereinten Nationen bestätigt wurde.¹² Diese werden vom Senat als zuverlässige Zusammenfassungen des aktuellen Kenntnisstands zum Klimawandel gewertet und werden als solche auch vom Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit, vom Umweltbundesamt oder vom Sachverständigenrat für Umweltfragen wie auch von der EU und auf internationaler Ebene herangezogen.

II. Zunächst stellt das Gericht fest, dass Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG wegen der Gefahren des Klimawandels nicht verletzt sind. Der sachliche Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG – der Schutz des

Lebens und der körperlichen Unversehrtheit – schließe den Schutz vor Beeinträchtigungen durch Umweltbelastungen ein.¹³ Dies gilt nach der vorliegenden Entscheidung für Beeinträchtigungen „gleich von wem und durch welche Umstände sie drohen.“ Die aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG folgende Schutzpflicht des Staates umfasse die Verpflichtung, Leben und Gesundheit vor den Gefahren des Klimawandels, etwa vor klimabedingten Extremwetterereignissen wie Hitzewellen, Wald- und Flächenbränden, Wirbelstürmen, Starkregen, Überschwemmungen, Lawinenabgängen oder Erdbeben, zu schützen. Sie könne eine objektivrechtliche Schutzverpflichtung in Bezug auf künftige Generationen begründen. Da infolge des Klimawandels Eigentum, z.B. landwirtschaftlich genutzte Flächen und Immobilien, etwa aufgrund steigenden Meeresspiegels oder wegen Dürren Schaden nehmen könnten, schließe auch das Grundrecht auf Eigentum aus Art. 14 Abs. 1 GG eine Schutzpflicht des Staates hinsichtlich der Eigentumsgefahren des Klimawandels ein.

Eine Verletzung dieser Schutzpflichten lasse sich angesichts des dem Gesetzgeber bei der Erfüllung zukommenden Spielraums nicht feststellen. Denn nach der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG ist die aus dem objektivrechtlichen Gehalt der Grundrechte folgende Schutzpflicht des Staates erst dann verletzt, wenn die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen hat oder offensichtlich die getroffenen Regelungen und Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das Schutzziel zu erreichen.¹⁴

Der Senat lässt offen, ob grundrechtliche Schutzpflichten den deutschen Staat gegenüber den in Bangladesch und Nepal lebenden Beschwerdeführenden verpflichten, gegen diese drohenden und bereits eingetretenen Beeinträchtigungen durch den globalen Klimawandel vorzugehen.

6 Siehe zum Folgenden die Pressemitteilung des BVerfG Nr. 31/2021 v. 29.04.2021.

7 Siehe zum Vorstehenden die Pressemitteilung des BVerfG Nr. 31/2021 v. 29.04.2021.

8 Zwischenstaatlicher Ausschuss für Klimaänderungen – Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC).

9 United Nations Environment Programme (UNEP).

10 World Meteorological Organization (WMO).

11 Memorandum of Understanding between the UNEP and the WMO on the IPCC v. 08.05.1989.

12 UN General Assembly Resolution 43/53 v. 06.12.1988, Protection of global climate for present and future generations of mankind, E 5, in: General Assembly, 43rd session, Doc A 43/49.

13 Vgl. insoweit z.B. auch Rixen in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 153, 159.

14 Vgl. z.B. BVerfG, Urt. v. 30.11.1988 - 1 BvR 1301/84; BVerfG, Urt. v. 14.01.1981 - 1 BvR 612/72; BVerfG, Beschl. v. 26.07.2016 - 1 BvL 8/15; ferner Burghart in: Leibholz/Rinck, GG, Art. 2 Rn. 513.

Denn die Verletzung einer grundrechtlichen Schutzpflicht könnte im Ergebnis insoweit nicht festgestellt werden.

III. Eine Verletzung der Grundrechte aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG wird indessen insoweit angenommen, als die nach § 3 Abs. 1 Satz 2 und § 4 Abs. 1 Satz 3 KSG i.V.m. Anlage 2 bis zum Jahr 2030 zugelassenen Emissionsmengen die nach 2030 noch verbleibenden Emissionsmöglichkeiten erheblich reduzierten und dadurch praktisch jegliche grundrechtlich geschützte Freiheit gefährdet sei. Als intertemporale Freiheitsicherung schützten die Grundrechte die Beschwerdeführer hier vor einer umfassenden Freiheitsgefährdung durch einseitige Verlagerung der durch Art. 20a GG aufgegebenen Treibhausgasemissionslast in die Zukunft. Der Gesetzgeber hätte Vorkehrungen zur Gewährleistung eines freiheitsschonenden Übergangs in die Klimaneutralität treffen müssen, an denen es bislang fehle.

Die angegriffenen Regelungen entfalteten eingriffsähnliche Vorwirkung auf die durch das Grundgesetz umfassend geschützte Freiheit. Die Möglichkeiten, von dieser Freiheit in einer Weise Gebrauch zu machen, die direkt oder indirekt mit CO₂-Emissionen verbunden sei, stießen an verfassungsrechtliche Grenzen, weil CO₂-Emissionen nach derzeitigem Stand weitestgehend irreversibel zur Erwärmung der Erde beitragen, der Gesetzgeber einen ad infinitum fortschreitenden Klimawandel aber von Verfassungen wegen nicht tatenlos hinnehmen dürfe. Vorschriften, die jetzt CO₂-Emissionen zuließen, begründeten eine unumkehrbar angelegte rechtliche Gefährdung künftiger Freiheit, weil sich mit jeder CO₂-Emissionsmenge, die heute zugelassen werde, die in Einklang mit Art. 20a GG verbleibenden Emissionsmöglichkeiten verringern; entsprechend werde CO₂-relevanter Freiheitsgebrauch immer stärkeren, verfassungsrechtlich gebotenen Restriktionen ausgesetzt sein. Ein umfangreicher Verbrauch des CO₂-Budgets schon bis 2030 verschärfe das Risiko schwerwiegender Freiheitseinbußen, weil damit die Zeitspanne für technische und soziale Entwicklungen knapper werde, mit deren Hilfe die Umstellung von der heute noch umfassend mit CO₂-Emissionen verbundenen Lebensweise auf klimaneutrale Verhaltensweisen freiheitsschonend vollzogen werden könnte.

Aktuelle Emissionsmengenregelungen müssten demzufolge mit dem objektivrechtlichen Klimaschutzgebot des Art. 20a GG vereinbar sein. Grundrechtseingriffe ließen sich verfassungsrechtlich nur rechtfertigen, wenn die zugrunde liegenden Regelungen den elementaren Grundentscheidungen und allgemeinen Verfassungsgrundsätzen des Grundgesetzes entsprächen. Hierzu zähle auch Art. 20a GG. Die Emissionsmengenregelungen dürften zudem nicht zu unverhältnismäßigen Belastungen der künftigen Freiheit der Beschwerdeführenden führen.

Eine Verletzung des Art. 20a GG durch § 3 Abs. 1 Satz 2 und § 4 Abs. 1 Satz 3 KSG i.V.m. Anlage 2 liege derzeit nicht vor. Insbesondere lasse sich unter Berücksichtigung des Spielraums des Gesetzgebers derzeit nicht feststellen, dass die genannten Regelungen das verfassungsrechtliche Klimaschutzgebot aus Art. 20a GG verletzen. Die Vorschriften der § 3 Abs. 1 Satz 2 und § 4 Abs. 1 Satz 3 KSG i.V.m. Anlage 2 genügten jedoch nicht dem aus dem Gebot der Verhältnismäßigkeit folgenden Erfordernis, die nach Art. 20a GG verfassungsrechtlich notwendigen Reduktionen von CO₂-Emissionen bis hin zur Klimaneutralität vorausschauend in grundrechtsschonender Weise über die Zeit zu verteilen. Begründet wird dies damit, dass nicht einer Generation zugestanden werden dürfe, unter vergleichsweise milder Reduktionslast große Teile des CO₂-Budgets zu verbrauchen, wenn damit zugleich den nachfolgenden Generationen eine radikale Reduktionslast überlassen und deren Leben umfassenden Freiheitseinbußen ausgesetzt würde. Weil die Weichen für künftige Freiheitsbelastungen bereits durch die aktuelle Regelung zulässiger Emissionsmengen gestellt würden, müssten die Auswirkungen auf künftige Freiheit aber aus heutiger Sicht verhältnismäßig sein. Auch der objektivrechtliche Schutzauftrag des Art. 20a GG schließe die Notwendigkeit ein, mit den natürlichen Lebensgrundlagen so sorgsam umzugehen und sie der Nachwelt in solchem Zustand zu hinterlassen, dass nachfolgende Generationen diese nicht nur um den Preis radikaler eigener Enthaltensamkeit weiter bewahren könnten.

Der Gesetzgeber habe die Fortschreibung des Treibhausgasreduktionspfads in § 4 Abs. 6 Satz 1 KSG verfassungsrechtlich unzureichend geregelt. Es müsste zumindest geregelt werden, in welchen Zeitabständen weitere Festlegungen transparent zu treffen sind. Mit dem in § 4 Abs. 6 KSG geregelten Vorgehen sei zudem nicht gesichert, dass der weitere Reduktionspfad rechtzeitig erkennbar sei. Die Norm des § 4 Abs. 6 KSG genügt bislang nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen aus Art. 80 Abs. 1 GG und dem Grundsatz des Gesetzesvorbehalts. Der Gesetzgeber müsse jedenfalls die Größe der festzulegenden Jahresemissionsmengen für Zeiträume nach 2030 selbst bestimmen oder nähere Maßgaben zu deren konkreten Bestimmung durch den Ordnungsgeber treffen.

C. Folgerungen

I. Art. 20a als Staatszielbestimmung

In der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG wurde Art. 20a GG als eine Staatszielbestimmung behandelt, die keine subjektiven Rechte vermittelt.¹⁵ Denn es handelt sich

¹⁵ Vgl. z.B. BVerfG, Beschl. v. 10.05.2001 - 1 BvR 481/01; BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 - 1 BvF 2/05.

gerade nicht um ein Grundrecht, wie bereits aus der systematischen Stellung der Norm folgt; auch in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, der die mit der Verfassungsbeschwerde als verletzt rügbaren Rechte aufzählt, wird Art. 20a GG nicht genannt.¹⁶ Dies entspricht dem allgemeinen verfassungsrechtlichen Verständnis, wonach Staatsziele ihrer wesensmäßigen Struktur nach keine anspruchsbegründende Wirkung für den Einzelnen entfalten, sondern grds. nur objektiv-rechtlich zu verstehende Verfassungssätze darstellen, die sich an den Gesetzgeber wenden.¹⁷ Der einzelne Bürger kann also aus Art. 20a GG unmittelbar keine subjektive Rechtsposition ableiten, d.h., auf den Umweltschutzartikel lassen sich keine konkreten, insbesondere gar einklagbaren Rechtsansprüche – insbesondere nicht auf ein bestimmtes staatliches Handeln zum Schutz der Umwelt – gründen.¹⁸ Hiervon geht das BVerfG auch in seiner aktuellen Entscheidung aus, weicht insoweit also nicht von seiner bisherigen Rechtsprechung zu Art. 20a GG ab.

Auf der Linie seiner bisherigen Rechtsprechung führt das BVerfG aus, Art. 20a GG verpflichte den Staat zum Klimaschutz. Allerdings wird diese Aussage erstmals dahin gehend konkretisiert, dass diese Verpflichtung auf die Herstellung von Klimaneutralität ziele. Indem der Gesetzgeber das Paris-Ziel in § 1 Satz 3 KSG zur Grundlage erklärt habe, habe er in Wahrnehmung seines Konkretisierungsauftrags und seiner Konkretisierungsprärogative das Klimaschutzziel des Art. 20a GG zulässig dahin gehend konkretisiert, den Anstieg der globalen Durchschnittstemperatur auf deutlich unter 2 °C und möglichst auf 1,5 °C gegenüber dem vorindustriellen Niveau zu begrenzen. Dies sei der verfassungsgerichtlichen Prüfung zugrunde zu legen. Dabei erkennt das BVerfG, dass Klima- und Erderwärmung globale Phänomene sind und die Probleme des Klimawandels nicht durch die Klimaschutzbeiträge alleine eines Staates gelöst werden können. Der Klimaschutzauftrag des Art. 20a GG habe eine besondere internationale Dimension. Daher verpflichte Art. 20a GG den Staat, eine Lösung des Klimaschutzproblems ebenfalls auf überstaatlicher Ebene zu suchen.

II. „Grundrecht auf ein ökologisches Existenzminimum“ bzw. „Recht auf eine menschenwürdige Zukunft“

Die Entscheidung lässt offen, ob es ein Recht auf das ökologische Existenzminimum oder auf eine menschenwürdige Zukunft gibt, wie es in Anlehnung an das durch Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG gewährleistete menschenwürdige Existenzminimum¹⁹ hergeleitet wird²⁰ mit der Erwägung, das Existenzminimum setze ökologische Mindeststandards voraus. Dies ist nicht unumstritten und stößt zuweilen auf Ablehnung.²¹ Der Erste Senat hat keine ab-

schließende Entscheidung darüber getroffen, ob ein solches Grundrecht existiert, und verneint für den Fall, dass ein solches anzunehmen sei, jedenfalls seine Verletzung durch die angegriffenen Vorschriften des KSG. Bemerkenswert ist, dass insoweit eine ausdrückliche Ablehnung vermieden wurde.

III. Umfang der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und aus Art. 14 Abs. 1 GG

Es ist in der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung anerkannt, dass Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit) nicht nur ein subjektives Abwehrrecht gegen hoheitliche Eingriffe begründet, sondern darüber hinaus als Teil der durch die Grundrechte insgesamt statuierten Werteordnung eine objektiv-rechtliche Komponente hat, aus der eine Schutzpflicht des Staates zugunsten jeglichen Lebens und der körperlichen Gesundheit erwächst.²² Hieraus wird in der vorliegenden Entscheidung abgeleitet, dass die Verpflichtung besteht, Leben und Gesundheit vor den Gefahren des Klimawandels, etwa vor klimabedingten Extremwetterereignissen wie Hitzewellen, Wald- und Flächenbränden, Wirbelstürmen, Starkregen, Überschwemmungen, Lawinenabgängen oder Erdbeben, zu schützen, sodass eine objektivrechtliche Schutzverpflichtung in Bezug auf künftige Generationen besteht. Die aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG folgende Schutzpflicht des Staates umfasst die Verpflichtung, Leben und Gesundheit vor den Gefahren des Klimawandels zu schützen. Diese Schutzpflicht wird auf das durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Eigentum ausgedehnt.

16 BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20.

17 Siehe z.B. Scholz in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20a Rn. 33 m.w.N.; Wolff in: Hömig/Wolff, GG, 12. Aufl. 2018, Art. 20a Rn. 3.

18 Scholz in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20a Rn. 33 m.w.N.; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 18.04.1996 - 11 A 86.95; BVerwG, Urt. v. 06.11.1997 - 4 A 16/97; BVerwG, Beschl. v. 19.12.1997 - 8 B 234/97.

19 Vgl. BVerfG, Urt. v. 09.02.2010 - 1 BvL 4/09.

20 BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20 unter Hinweis auf Rupp, JZ 1971, 401; Waechter, NuR 1996, 321; Callies, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 300 Gärditz in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Art. 20a GG Rn. 78; Buser, DVBl 2020, 1389; Kloepfer, Umweltrecht, 4. Aufl. 2016, § 3 Rn. 70 ff.; Rixen in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 227; Scholz in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20a Rn. 10; ferner von Schirach, Jeder Mensch, 1. Aufl., München 2021.

21 Appel in: Vesting/Korioth (Hrsg.), Der Eigenwert des Verfassungsrechts, 2011, S. 289; Voßkuhle, NVwZ 2013, 1; Epiney in von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 20a Rn. 39; Kluth in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, Art. 20a Rn. 106; alles zitiert nach BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20.

22 Zu Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG siehe z.B. BVerfG, Urt. v. 25.02.1975 - 1 BvF 1/74.

Im vorliegenden Verfahren konnte indessen keine Schutzpflichtverletzung festgestellt werden, da auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung eine Schutzpflichtverletzung nur dann angenommen werden kann, wenn die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen hat oder offensichtlich die getroffenen Regelungen und Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das Schutzziel zu erreichen.²³ Insoweit reichten die angefochtenen Bestimmungen der § 3 Abs. 1 Satz 2 und § 4 Abs. 1 Satz 3 KSG i.V.m. Anlage 2 aus, um den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Erfüllung der aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG erwachsenden Schutzpflicht zu entsprechen. Eine Abkehr von dieser Linie hat die vorliegende Entscheidung demnach nicht gebracht.

IV. Universelle Geltung von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG als Abwehrrechte

Der sachliche Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG umfasst einerseits das Recht auf Leben in einem umfassenden Sinn, andererseits die körperliche Unversehrtheit im biologisch-physischen wie im psychischen Sinn, soweit die Einwirkung zu körperlichen Schmerzen oder mit anderen körperlichen Beeinträchtigungen vergleichbaren Wirkungen führt. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleistet u.a. die Freiheit von Schmerzen, die nicht auf einer Verletzung der körperlichen Integrität beruhen.²⁴

Auf den persönlichen Schutzbereich kann sich jedermann berufen. Denn es handelt sich bei der Gewährleistung des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG um ein Menschenrecht. Das BVerfG bezieht in der vorliegenden Entscheidung die in Bangladesch und Nepal lebenden Beschwerdeführer mit der Erwägung mit ein, dass sich aus Art. 1 Abs. 3 GG keine Beschränkung der Grundrechtsbindung des deutschen Staates auf das Staatsgebiet ergibt, sondern eine umfassende Bindung der deutschen Staatsgewalt an die Grundrechte des Grundgesetzes besteht.²⁵

Bereits in einer früheren Entscheidung ging das BVerfG davon aus, dass der Schutz der Grundrechte nicht an der Staatsgrenze endet.²⁶ „Der Anspruch eines umfassenden, den Menschen in den Mittelpunkt stellenden Grundrechtsschutzes spricht vielmehr dafür, dass die Grundrechte immer dann schützen sollen, wenn der deutsche Staat handelt und damit potenziell Schutzbedarf auslösen kann – unabhängig davon, an welchem Ort und gegenüber wem.“²⁷ „Die Bindung an die Grundrechte nach Art. 1 Abs. 3 GG als individuelle Abwehrrechte beschränkt sich auch nicht auf Konstellationen, in denen der Staat den Betroffenen als mit dem Gewaltmonopol versehene Hoheitsmacht gegenübertritt.“²⁸

Aufbauend hierauf erweitert die vorliegende Entscheidung die Anwendung der Grundrechte nicht nur in ihrer Ausge-

staltung als subjektive Abwehrrechte, sondern auch als objektiv-rechtliche Werteordnung, welche Schutzpflichten des Staates begründet. Wird damit der Weg dafür eröffnet, dass sich grds. jeder der derzeit fast acht Milliarden Bewohner dieser Erde nicht nur dann mit einer Verfassungsbeschwerde an das BVerfG wenden darf, wenn er sich auf die Verletzung eines Grundrechts des Grundgesetzes durch eine der deutschen Staatsgewalten beruft? Wird mit der vorliegenden Entscheidung etwa die Möglichkeit eröffnet, dass alle Weltbürger vor dem BVerfG die Verletzung staatlicher Schutzpflichten, die sich aus dem Grundrechtskatalog ergeben, geltend machen können? Während in früheren Entscheidungen noch auf ein konkretes Handeln der deutschen Staatsgewalt gegenüber Ausländern im Ausland abgestellt wurde,²⁹ genügt nunmehr, dass die von Deutschland ausgehenden Treibhausgasemissionen aktuell jährlich knapp 2 % der weltweiten Treibhausgasemissionen betragen und hierdurch Schutzpflichten auch gegenüber im Ausland lebenden Ausländern begründet werden, wenn nicht notwendigerweise im selben Umfang wie gegenüber Inländern. Zwar formuliert der Senat insoweit noch mit gewissen Kautelen. Allerdings scheint die Büchse der Pandora im Sinne einer uferlosen Verantwortlichkeit der Bundesrepublik in Fragen des Klimaschutzes geöffnet zu sein.

D. Zur Kritik

Fiat iustitia et pereat res publica?: Bei aller unbestreitbaren Dringlichkeit der mit dem Klimaschutz zusammenhängenden Problemen wirft die Entscheidung mehr Fragen auf, als sie zu beantworten vermag.

I. Objektives Staatsziel, staatliche Schutzpflicht oder subjektive Abwehrrechte?

In Bezug auf Art. 20a GG betont der erkennende Senat zwar, dass es sich um eine Staatszielbestimmung handelt, versucht aber gleichwohl, eine Verklammerung mit den Grundrechten in ihrer Eigenschaft als objektive Werteordnung und ihren subjektiv-rechtlichen Gewährleistungen zu

23 Vgl. z.B. BVerfG, Urt. v. 30.11.1988 - 1 BvR 1301/84; BVerfG, Urt. v. 14.01.1981 - 1 BvR 612/72; BVerfG, Beschl. v. 26.07.2016 - 1 BvL 8/15; ferner Burghart in: Leibholz/Rinck, GG, Art. 2 Rn. 513.

24 Siehe z.B. Di Fabio in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 55 m.w.N.

25 Vgl. BVerfG, Urt. v. 14.07.1999 - 1 BvR 2226/94; BVerfG, Urt. v. 19.05.2020 - 1 BvR 2835/17.

26 BVerfG, Urt. v. 19.05.2020 - 1 BvR 2835/17.

27 BVerfG, Urt. v. 19.05.2020 - 1 BvR 2835/17.

28 BVerfG, Urt. v. 19.05.2020 - 1 BvR 2835/17.

29 BVerfG, Urt. v. 19.05.2020 - 1 BvR 2835/17; BVerfG, Beschl. v. 18.11.2020 - 2 BvR 477/17

konstruieren. Einem Teil der Verfassungsbeschwerden wird dadurch zum Erfolg in der Sache verholphen, dass über den bisher anerkannten (weiten) Eingriffsbegriff hinaus den zugelassenen Jahresemissionsmengen eine „unausweichliche, eingriffähnliche Vorwirkung auf die nach 2030 bleibenden Möglichkeiten, von der grundrechtlich geschützten Freiheit tatsächlich Gebrauch zu machen“ zugewiesen wird. Abgestellt wird demnach auf „die Gefahr künftiger Grundrechtsbeeinträchtigungen“, die noch nicht eingetreten ist, aber in der Zukunft eintreten wird.³⁰ Allerdings bleibt das Gericht hinsichtlich der betroffenen Grundrechte weitgehend vage, erwähnt aber immerhin Art. 2 Abs. 1 GG als Auffanggrundrecht. Im Tenor des Beschlusses fehlt es – entgegen der Praxis des BVerfG und entgegen dem Erfordernis größtmöglicher Klarheit – an der konkreten Bezeichnung der verletzten Grundrechte („Freiheitsrechte“). Unklar bleibt letztlich, ob der Gesetzgeber mit den aus Sicht des Senats unzureichenden Regelungen in § 3 Abs. 1 Satz 2 und § 4 Abs. 1 Satz 3 KSG i.V.m. Anlage 2 nun seine staatliche Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und aus Art. 14 Abs. 1 GG verletzt hat oder ob ein künftiger Eingriff in den Schutzbereich der genannten Grundrechte vorliegt, der verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt ist.

II. Uferloser Grundrechtsschutz?

In der vorliegenden Entscheidung kommt eine uneingeschränkte Einbeziehung von im Ausland lebenden ausländischen Grundrechtsträgern in Fragen des Klimaschutzes zum Ausdruck. Dabei wird – anders als in früheren Entscheidungen – nicht auf ein konkretes staatliches Handeln abgestellt, sondern auf die Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland an der globalen Klimaerwärmung mit den von der Wissenschaft aufgezeigten Folgen. Von der Vorsicht, die der Zweite Senat des BVerfG noch hinsichtlich des Umfangs des Grundrechtsschutzes von im Ausland lebenden Ausländern in seiner Entscheidung betreffend die Amtshaftungsansprüche bei einem bewaffneten Auslandseinsatz des Bundeswehres hat walten lassen, ist im vorliegenden Beschluss wenig zu erkennen.

Der Gedanke, dass die Entstehung der – einen Anteil von 2 % der Gesamtemissionen auf der Welt ausmachenden – Treibhausgasemissionen auf prinzipiell (z.B. durch Art. 12 Abs. 1 GG oder Art. 14 Abs. 1 GG) grundrechtlich geschütztes Handeln der deutschen Bürger zurückzuführen ist und dem Staat letztlich nur insoweit zugerechnet werden kann, als er dieses klimaschädliche, aber gleichwohl grds. zulässige Handeln zulässt, erfährt in der Entscheidung keine Würdigung. Es steht außer Frage, dass der deutsche Gesetzgeber aufgrund seiner Verpflichtung aus Art. 20a GG alles daran setzen muss, um die im Pariser Abkommen festgelegten Klimaziele zu erreichen. Al-

lerdings kommt es bei den darauf gerichteten Maßnahmen nicht nur auf deren Geeignetheit, sondern gleichfalls darauf an, dass sie gegenüber dem Bürger gerechtfertigt sind und insbesondere den aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) abzuleitenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten. Muss der deutsche Gesetzgeber vor dem Hintergrund der vorliegenden Entscheidung nunmehr bei den an den Zielen des Art. 20a GG ausgerichteten Maßnahmen nicht nur die Grundrechte seiner Bürger beachten, sondern diese mit denjenigen der übrigen Weltbevölkerung in Einklang bringen? Soll künftig ein auf einem anderen Kontinent lebender ausländischer Grundrechtsträger vor dem BVerfG geltend machen können, der deutsche Gesetzgeber habe die Tragweite seiner Grundrechte im Verhältnis zu den Grundrechten inländischer Grundrechtsträger verkannt?

Der vorliegende Beschluss setzt sich nicht tiefer damit auseinander, dass sich die Grundrechtsbindung im Ausland von derjenigen im Inland unterscheiden kann.³¹ „Die umfassende Bindung der deutschen Staatsgewalt an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG) lässt unberührt, dass sich die aus den Grundrechten konkret folgenden Schutzwirkungen danach unterscheiden können, unter welchen Umständen sie zur Anwendung kommen. Das gilt – wie schon für die verschiedenen Wirkungsdimensionen der Grundrechte im Inland – auch für die Reichweite ihrer Schutzwirkung im Ausland. So mögen einzelne Gewährleistungen schon hinsichtlich des persönlichen und sachlichen Schutzbereichs im Inland und Ausland in unterschiedlichem Umfang Geltung beanspruchen.“³²

III. Klimaschutz letztlich doch als einzelstaatliche Sisyphusaufgabe?

Zwar betont das BVerfG, der Klimaschutzverpflichtung stehe nicht entgegen, dass der globale Charakter von Klima und Erderwärmung eine Lösung der Probleme des Klimawandels durch einen Staat allein ausschließe. Weil der deutsche Gesetzgeber den durch Art. 20a GG aufgegebenen Klimaschutz wegen der globalen Natur des Klimawandels allein nicht erreichen könnte, verlange Art. 20a GG Lösungen auf internationaler Ebene zu suchen. Das isolierte Handeln der Bundesrepublik sei für Klimawandel und Klimaschutz offensichtlich nicht umfänglich kausal. Der Klimawandel könne nur dann angehalten werden, wenn weltweit Klimaneutralität erreicht werde. Angesichts des weltweiten Reduktionserfordernisses sei der bei knapp 2 % liegende Anteil Deutschlands an den

30 Siehe auch Calliess, FAZ Nr. 115, 20.05.2021, S. 6.

31 BVerfG, Beschl. v. 18.11.2020 - 2 BvR 477/17.

32 Siehe zum Vorstehenden BVerfG, Beschl. v. 18.11.2020 - 2 BvR 477/17.

weltweiten CO₂-Emissionen für sich genommen eher gering. Seien die Klimaschutzmaßnahmen Deutschlands aber in weltweite Klimaschutzbemühungen eingebunden, seien sie als Teil der Gesamtanstrengung geeignet, das Ende des Klimawandels herbeizuführen. Diesen Erwägungen ist uneingeschränkt beizupflichten.

Allerdings stellt sich dann die Frage, ob mit der „Koppelung“³³ der aus Art. 20a GG folgenden objektiven Handlungspflicht mit der subjektiv-rechtliche Ebene der richtige Weg beschriftet ist. Die Bundesrepublik Deutschland hat die Pflicht, der globalen Erderwärmung und des damit einhergehenden Klimawandels auf internationaler Ebene entgegenzuwirken, erkennt und nimmt sie auch wahr. Die Möglichkeiten der Umsetzung konkreter Maßnahmen sind indessen auf deren Hoheitsgebiet beschränkt.

Wenn aber einzelstaatliche Maßnahmen isoliert den Klimawandel nicht aufhalten können, erscheint es deutlich zu weitgehend, dass einzelne, auf anderen Kontinenten ansässige ausländische Grundrechtsträger ausgerechnet (nur) die Bundesrepublik Deutschland ins verfassungsrechtliche Visier nehmen können. Denn selbst wenn die Bundesrepublik Deutschland in der Klimapolitik den Menschen in anderen Kontinenten gegenüber in gleichem Maße verantwortlich ist wie ihren eigenen Bürgern, könnten ihre isolierten Klimaschutzmaßnahmen nie einen Schutz der Grundrechte von im Ausland lebenden Grundrechtsträgern bewirken. In verfassungsprozessualer Hinsicht bedeutet dies aber, dass mit einem Verfahren vor dem BVerfG das Rechtsschutzziel nicht erreicht werden kann und es jedenfalls am allgemeinen Rechtsschutzinteresse fehlte.

Da die Bekämpfung des Klimawandels nur im Zusammenwirken auf internationaler Ebene erreicht werden kann – hierüber dürfte Einigkeit herrschen –, erscheint es kaum plausibel, dass angesichts etwa der durch die chinesische Schwerindustrie hervorgerufene Emissionssituation oder die Brandrodungen in den Urwäldern Brasiliens die Maßnahmen des deutschen Gesetzgebers auf dem Gebiet des Klimaschutzes zum Gegenstand grenzenlosen verfassungsrechtlichen Individualrechtsschutzes gemacht werden können.

E. Zusammenfassung

Der Klimaschutz, die Verringerung der Erderwärmung und die Bekämpfung des Klimawandels stellen immense Herausforderungen dar, die dringend bewältigt werden müssen. Und sie werden uns auf absehbare Zeit beschäftigen. Zum Klimaschutz wird jeder Staat – einschließlich der Bundesrepublik Deutschland – mit seinen Mitteln nach Kräften beitragen müssen. Ob es sich dabei um Fragen handelt, die im Grundsatz rein politischen Charakter haben,³⁴ oder ob

der Staat mit verfassungsrechtlichen Mitteln zu bestimmten Maßnahmen gezwungen werden kann, insbesondere auch aufgrund von individuellen Rechtsbehelfen, lässt sich nicht ohne Weiteres beantworten.

Gerade angesichts der internationalen Dimension des Klimaschutzes sollte bedacht werden, dass die grenzenlose Ausdehnung des Grundrechtsschutzes und der damit einhergehenden verfassungsprozessualen Rechtsschutzmöglichkeiten zu einer Überforderung und im schlimmsten Fall zum Kollaps des verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes führen kann, wenn alle vom Klimawandel bedrohten Grundrechtsträger die Verletzung ihrer Grundrechte in Deutschland geltend machen wollten.³⁵ Damit droht der Rechtsstaat eine wesentliche Stütze zu verlieren. Denn ohne funktionierende Justiz läuft Grundrechtsschutz ins Leere.

Bei manch einem dürfte die Entscheidung des BVerfG hohe Erwartungen geweckt haben.³⁶ Ob diese – zumindest was die grundrechtliche Umsetzung anlangt – erfüllt werden können, darf bezweifelt werden. Zu hoffen bleibt jedoch, dass es trotz aller verfassungsrechtlicher Unklarheiten gelingt, dem Klimawandel Einhalt zu gebieten. Es ist einfach, dazu nach dem Staat zu rufen, zum achtsamen Umgang mit der Schöpfung ist indessen jeder Einzelne aufgerufen.

33 Vgl. Calliess, FAZ Nr. 115, 20.05.2021, S. 6.

34 Siehe Peters, „Verfassungsgericht ging zu weit“, Süddeutsche Zeitung Nr. 110, 15./16.05.2021, S. 16.

35 Siehe zu diesem Aspekt Britz, jM 2021, 257, 260.

36 Vgl. die Leserbriefe „Keine ‚Klima-Brosamen‘ mehr“, „Weitere Urteile könnten folgen“ und „Erfolg für Fridays for Future“, Süddeutsche Zeitung Nr. 110, 15./16.05.2021, S. 16.

Einschränkung des unionsrechtlichen Vorlageverfahrens (Art. 267 AEUV) EuGH, Urt. v. 10.12.2020 - C-620/19

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

A. Problemstellung

Art. 267 AEUV verpflichtet den nationalen Richter, bei Zweifeln über die Auslegung oder über die Gültigkeit des Unionsrechts sein Verfahren auszusetzen und die Streitfrage zur Entscheidung dem EuGH vorzulegen. Voraussetzung für dessen Zuständigkeit ist, dass der Unionsrechtsakt, dessen Auslegung begehrt wird, im Ausgangsverfahren entscheidungserheblich ist. In aller Regel ergibt sich die Anwendbarkeit aus dem betreffenden Unionsrechtsakt selbst.

Das kann das Primärrecht (EUV, AEUV, GRCh) oder das Sekundärrecht (Verordnungen oder Richtlinien) sein.

Der EuGH hat seit etwa Mitte der 1980er Jahre Art. 267 AEUV (= Art. 234 EG = Art. 177 EWW a.F.) erweiternd ausgelegt. Er hat seine Zuständigkeit auch dann für gegeben angesehen, wenn eine Unionsvorschrift nicht unmittelbar, sondern lediglich mittelbar anzuwenden ist. Der Hauptfall ist, dass das nationale Recht durch Bezugnahme oder Verweisung auf vorhandenes Unionsrecht dieses für den an sich national-rechtlichen Streit für anwendbar erklärt hatte (sog. Hybridnormen).¹ Diese sog. Dzodzi-Rechtsprechung verfestigte sich im Laufe der Jahre.² Der EuGH rechtfertigte die erweiternde Auslegung des Art. 267 AEUV mit der Erwägung, es bestehe ein Interesse der Union daran, dass die aus diesem Unionsrechtsakt übernommenen Bestimmungen in der EU einheitlich ausgelegt werden, um künftige Auslegungsunterschiede der mitgliedstaatlichen Gerichte zu vermeiden.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Im Ausgangsverfahren klagt ein Insolvenzverwalter eines Unternehmens gegen das zuständige Finanzamt, ihm bestimmte steuerliche Auskünfte über das von ihm verwaltete insolvente Unternehmen zu geben. Das Finanzamt stützte seine Weigerung auf §§ 2a, 32b, 32c und § 32e der AO (Fassung 2017).³ Die Vorschriften schreiben den Schutz personenbezogener Daten vor. Dazu wird auch auf Art. 23 Abs. 1 Buchst. j) der Verordnung (EU) 2016/679 vom 27.04.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG verwiesen (DSGVO). Deren Voraussetzungen hielt das Finanzamt als Teil des steuerstrafrechtlichen Steuergeheimnisses für gegeben. Der Insolvenzverwalter sei zudem hinsichtlich der Daten des Insolvenzschuldners ein „Dritter“. Daher könne nicht davon ausgegangen werden, dass der Insolvenzverwalter auf der Grundlage von Rechten handle, welche die betroffene Person (also das verwaltete Unternehmen) ihm übertragen habe.

Der Klage des Insolvenzverwalters auf Auskunft gab das VG Köln im Wesentlichen statt. Die Berufung des Finanzamts wies das OVG Münster als unbegründet zurück.⁴ Im Revisionsrechtszug legte das BVerwG dem EuGH nach Maßgabe des Art. 267 AEUV mehrere Fragen zur Auslegung des Art. 23 Abs. 1 Buchst. j) DSGVO vor.⁵ Die Zuständigkeit des EuGH begründete das BVerwG dazu näher.⁶ Das Gericht stellte vor allem die Frage, ob Art. 23 DSGVO dem Schutz der Interessen der Finanzbehörden diene.

Der EuGH verneint seine Zuständigkeit und erklärt die Vorlage des BVerwG damit für unzulässig. Darin folgt er

im Ergebnis den Schlussanträgen des Generalanwaltes Michael Bobek. Zur Begründung meint der EuGH: Allerdings sei er grds. gehalten, über ihm vorgelegte Fragen zu befinden, wenn diese die Auslegung des Unionsrechts betreffen. Er habe seine Zuständigkeit in der Tat auch in Fällen bejaht, in denen der jeweilige Sachverhalt zwar nicht unter das Unionsrecht und daher vielmehr allein in die Zuständigkeit des Mitgliedstaates falle, dieser aber die betreffenden Unionsvorschriften durch einen Verweis im nationalen Recht auf ihren Inhalt für anwendbar erklärt habe. Für die Berücksichtigung der Grenzen, die der nationale Gesetzgeber der Anwendung des Unionsrechts auf rein interne Sachverhalte, auf die es nur mittelbar kraft des nationalen Gesetzes anwendbar ist, setzen wollte, gelte das innerstaatliche Recht. In diesem Fall seien ausschließlich die Gerichte des Mitgliedstaats zuständig. Das sei hier gegeben. Nach seinem Art. 1 Abs. 1 der DSGVO regle diese Verordnung nur den Schutz personenbezogener Daten natürlicher Personen. Sie erfasse dagegen keine Daten, die juristische Personen betreffen. Art. 23 der DSGVO müsse daher dahin ausgelegt werden, dass er gerade der Gewährleistung der Grundrechte natürlicher Personen diene. Der klagende Insolvenzverwalter vertrete indes mit dem Unternehmen, für das er bestellt sei, eine juristische Person.

C. Kontext der Entscheidung

Die Grenzen der Zuständigkeit des EuGH in den Fällen der nur mittelbaren Anwendung des Unionsrechts waren und sind bis heute recht unklar. Die Generalanwälte des EuGH wandten sich wiederholt und recht energisch gegen eine Ausweitung der Zuständigkeit des EuGH im Rahmen des Vorlageverfahrens.⁷ Der Gerichtshof folgte dem nicht. Er setzte seine Judikatur der erweiternden Auslegung des Art. 267 AEUV unverändert fort. Seine Auffassung betraf

1 Vgl. A. Weiss, EuZW 2012, 733.

2 Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 18.10.1990 - C-297/88 - „Dzodzi“ Rn. 36 f.; EuGH, Urt. v. 17.07.1997 - C-28/95 - „Leur-Bloem“ Rn. 27, 32.

3 § 2a AO 2017 lautet: „Die Vorschriften dieses Gesetzes und der Steuergesetze über die Verarbeitung personenbezogener Daten finden keine Anwendung, soweit das Recht der Europäischen Union, im Besonderen die Verordnung (EU) 2016/679 [...] in der jeweils geltenden Fassung unmittelbar oder nach Absatz 5 entsprechend gilt“.

4 OVG Münster, Urt. v. 14.09.2017 - 15 A 29/17.

5 BVerwG, Beschl. v. 04.07.2019 - 7 C 31/17.

6 Bezugnahme auf EuGH, Urt. v. 16.03.2006 - C-3/04 - „Poseidon Catering“ Rn. 15 f.; EuGH, Urt. v. 18.10.2012 - C-583/10 - „Nolan“ Rn. 45.

7 Vgl. etwa Generalanwalt Mancini in C-166/84; Generalanwalt Darmon in C-297/88 Rn. 12 ff.; Generalanwalt Jacobs in C-28/95 Rn. 23. ff.; Generalanwalt Jacobs in C-306/99 Rn. 42 ff.; Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer in C-1/99 Rn. 28 ff.; Generalanwalt Tizzano in C-267/99 Rn. 22 bis 35.

nicht nur Fälle der unionsrechtlichen Grundfreiheiten,⁸ sondern auch Fälle der gemeinsamen Agrarpolitik, des Verbraucherschutzes, der Steuern, der Sozialpolitik und des Wettbewerbsrechts.⁹ Es liegt also – bei Unschärfen im Detail – eine ständige Rechtsprechung des EuGH vor.

Dabei ließ sich der Gerichtshof für eine erweiternde Auslegung des Art. 267 AEUV vor allem von zwei Aspekten leiten, und zwar fallbezogen zum einen dann, wenn die nationale Regelung die einschlägigen Bestimmungen des Unionsrechts durch Bezugnahme wortgetreu wiedergab¹⁰ oder zum anderen bei der ausdrücklichen oder doch eindeutigen Absicht des nationalen Gesetzgebers, das nationale Recht mit dem Unionsrecht zu harmonisieren. Das letztere Erfordernis sah der EuGH u.a. dann als erfüllt an, wenn die innerstaatlichen Rechtsvorschriften bei der Regelung rein innerstaatlicher Sachverhalte die gleiche Lösung wie das Unionsrecht vorsahen.¹¹ Damit sollte insbesondere eine Diskriminierung der eigenen Staatsangehörigen oder Wettbewerbsverzerrungen vermieden¹² oder in vergleichbaren Sachverhalten ein einheitlicher Rechtsrahmen geschaffen werden.¹³ Dabei dehnte der EuGH den Anwendungsbereich seiner Rechtsprechung immer mehr aus. Insbesondere ging der Gerichtshof in einigen Fällen so weit, vage, mittelbare oder stillschweigende Verweise auf das Unionsrecht als ausreichend zu betrachten.¹⁴ Auch Bezugnahmen auf das Unionsrecht in privatrechtlichen oder von Behörden abgeschlossenen Verträgen hielt er für hinreichend, seine Zuständigkeit zu bejahen.¹⁵ Schließlich stellte der EuGH fest, dass seine Auslegung des „mittelbar“ anzuwendenden Unionsrechts für das nationale Gericht bindend sei.¹⁶

In dem hier referierten Vorlageverfahren hatte Generalanwalt Bobek in seinen Schlussanträgen vom Gerichtshof gefordert, dieser möge seine bisherige extensive Rechtsprechung aufgeben oder sie jedenfalls restriktiv anwenden. Dem ist der EuGH nur in Grenzen und deutlich fallbezogen gefolgt. Einige „schwache“ Ansätze zur Restriktion gab es allerdings schon früher.¹⁷ Man kann nicht sagen, dass der Gerichtshof nunmehr hinreichende Klarheit in die Fragestellung gebracht hat. Er hat sich vielmehr mit einem „Bauernfängertrick“ der vorgelegten Frage entzogen und ist dadurch einer dogmatischen Analyse ausgewichen. Das hat er dadurch erreicht, dass er die zu Art. 23 der DSGVO gestellte Auslegungsfrage mit dem in Art. 1 DSGVO normierten Anwendungsbereich allein auf natürliche Personen gleichsam aufgeladen und damit teleologisch reduziert hat.¹⁸ Das konnte schwerlich der Wille des deutschen Gesetzgebers gewesen sein, ganz unabhängig davon, dass sich der EuGH damit in eine Auslegungsfrage des deutschen „Verweisungsrechts“ eingemischt hat. Es muss daran erinnert werden, dass die inhaltliche Prüfung der genauen Tragweite der Verweisung dem EuGH nicht obliegt.¹⁹

D. Auswirkungen auf die Praxis

Die Auswirkungen auf die Praxis und die weitere Entwicklung der Judikatur des EuGH ist schwer abzuschätzen. Der Gerichtshof hat sich zu einer ausdrücklichen Kehrtwende nicht entschlossen. Es ist im Allgemeinen ohnedies nicht sein Arbeitsstil, in eine grundlegende Erörterung einzutreten, wie Generalanwalt Bobek in seinen Schlussanträgen geraten hatte. So kann man zunächst nur feststellen, dass der EuGH stark fallbezogen im Streitfall seine erweiternde Auslegung des Art. 267 AEUV jedenfalls nicht fortgesetzt hat, vielmehr einer nur mehr oder minder vage oder nur optionalen Bereitschaft des nationalen Gesetzgebers, in unionsrechtsfremden Sachverhalten gleichwohl Unionsrecht zu beachten, eine Absage erteilt hat. Diese Restriktion könnte sich fortsetzen. Die Frage wird aber sein, ob der Gerichtshof dazu noch Gelegenheit erhalten wird, wenn er nach Maßgabe der jetzigen Entscheidung keine klärungsfähigen Vorlagen mehr erhält.

Das Judikat ist für den nationalen Gesetzgeber bedeutsam. Dieser kann eine Vorlage nach Art. 267 AEUV – wenn er dies im Sinne einer Europäisierung seines nationalen Rechts will – nur auslösen, wenn er ohne Wenn und Aber eine klare, soweit kaum interpretationsbedürftige Verweisung in das Unionsrecht normiert. Damit dürften auch Bezugnahmen auf das Unionsrecht in privatrechtlichen Verträgen oder in exekutivischen Entscheidungen nicht ausreichen, die Zuständigkeit des EuGH nach Maßgabe des Art. 267 AEUV zu begründen. Das nationale Gericht wird

- 8 Vgl. EuGH, Urt. v. 15.11.2016 - C-268/15 - „Ullens de Schooten“ Rn. 53.
- 9 Vgl. EuGH, Urt. v. 25.06.1992 - C-88/91 - „Federconsorzi“ Rn. 7; EuGH, Urt. v. 12.07.2012 - C-602/10 - „SC Volksbank România“ Rn. 48; EuGH, Urt. v. 07.11.2013 - C-522/12 - „Isbir“; EuGH, Urt. v. 14.03.2013 - C-32/11 - „Allianz Hungária Biztosító“ Rn. 20.
- 10 Vgl. EuGH, Urt. v. 26.11.2015 - C-345/14 - „Maxima Latvija“ Rn. 12; EuGH, Urt. v. 21.11.2019 - C-203/18 - „Deutsche Post“ Rn. 36.
- 11 Vgl. EuGH, Urt. v. 16.03.2006 - C-3/04 - „Poseidon Chartering“ Rn. 16 f.; EuGH, Urt. v. 07.07.2011 - C-310/10 - „Agafitei“ Rn. 39.
- 12 Vgl. EuGH, Urt. v. 17.07.1997 - C-28/95 - „Leur-Bloem“ Rn. 32.
- 13 Vgl. EuGH, Urt. v. 17.07.1997 - C-130/95 - „Giloy“ Rn. 28; EuGH, Urt. v. 21.07.2016 - C-542/12 - „VM Remonts“ Rn. 18.
- 14 Vgl. EuGH, Urt. v. 07.01.2003 - C-306/99 - „BIAO“ Rn. 92; EuGH, Urt. v. 29.04.2004 - C-222/01 - „British American Tobacco“ Rn. 41.
- 15 Vgl. EuGH, Urt. v. 25.06.1992 - C-88/91 - „Federconsorzi“ Rn. 2 und 3; EuGH, Urt. v. 12.11.1992 - C-73/89 - „Fournier“ Rn. 13, 14 und 22.
- 16 EuGH, Urt. v. 11.01.2001 - C-1/99 - „Kofisa Italia“ Rn. 31; EuGH, Urt. v. 16.03.2006 - C-3/04 - „Poseidon Chartering“ Rn. 18.
- 17 EuGH, Urt. v. 28.03.1995 - C-346/93 - „Kleinwort Benson“ Rn. 20 ff.
- 18 Vgl. ausdrücklich Nr. 14 Satz 2 der Erwägungen zur Verordnung: „Diese Verordnung gilt nicht für die Verarbeitung personenbezogener Daten juristischer Personen und insbesondere als juristische Person gegründeter Unternehmen, einschließlich Name, Rechtsform oder Kontaktdaten der juristischen Person.“
- 19 So bereits EuGH, Urt. v. 18.10.1990 - C-297/88 - „Dzodzi“ Rn. 41 f.

daher sorgsam zu prüfen haben, ob durch den Bezug auf das Unionsrecht dieses nach Inhalt und Anwendung in die nationale Rechtsordnung gleichsam konstitutiv eingeordnet wurde. Nur dann bietet die gesetzgeberische Entscheidung eine Grundlage für eine Vorlage gem. Art. 267 AEUV. Es bleibt einstweilen offen, ob der EuGH à la longue ganz allgemein einen restriktiven Kurs einschlagen wird.

E. Bewertung

Eine wirkliche Kurskorrektur bei nur mittelbarer Maßgeblichkeit des Unionsrechtes war nach den wiederholten Bedenken der Generalanwälte an sich überfällig. Insbesondere sollte die mittelbare Anwendung des Unionsrechtes nicht der Interpretation vager Verweisungsvorschriften überlassen bleiben. Eine klare dogmatische Struktur ist dem EuGH bislang kaum gelungen. Zu fordern ist – wenn man Hybridnormen überhaupt als statische oder dynamische Verweisungen zulässt, dass diese insoweit „unmittelbar“ und „unbedingt“ sind. Das würde auch verfassungsrechtlichen Anforderungen der Rechtsicherheit entsprechen. Die Dzodzi-Rechtsprechung ist eine Anomalie. Sie ist zu einem Zeitpunkt entstanden, als die Zahl der Vorabentscheidungsersuchen moderat war. Das hat sich geändert. Dem EuGH würde heute bei grundlegender Änderung seiner Rechtsprechung eine Entlastung zugutekommen. Den nationalen Gerichten in der Erarbeitung der Vorlage übrigens auch.

Rückruf oder Durcherhitzen? Umgang von mit Mikroorganismen belasteten Lebensmitteln

BVerwG, Urt. v. 14.10.2020 - 3 C 10/19

RiVG Dr. Björn Schäfer, z. Zt. Wiss. Mit. beim BVerwG*

A. Problemstellung

Die Liste der Lebensmittelskandale der vergangenen Jahre ist lang. In regelmäßigen Abständen beherrschen Meldungen über „Gammelfleisch“, mit Pflanzenschutzmitteln oder Salmonellen belastete Eier, Dioxin in Futtermitteln oder den übermäßigen Einsatz von Antibiotika in der Massentierhaltung die Schlagzeilen. Bei den Verbrauchern führt dies zu empfindlichen Reaktionen, da mit Fragen der Lebensmittelsicherheit unmittelbar Gefahren für die eigene Gesundheit verbunden werden. Die Entscheidung des BVerwG betrifft Fälle, in denen es zum Eintrag von Mikroorganismen (z.B. Bakterien, Viren) in die Lebensmittelkette kommt. In diesem

Zusammenhang stellt das BVerwG klar, bis zu welchem Zeitpunkt der Hersteller von Lebensmitteln für deren Sicherheit verantwortlich ist und welche Pflichten ihn bei festgestellten Kontaminationen treffen. Kurz gefragt: Sind die Lebensmittel in jedem Fall vom Markt zu nehmen oder kann die Lebensmittelsicherheit – etwa durch Durcherhitzen – wiederhergestellt werden?

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Klägerin stellt Fleischdrehspieße her und liefert diese in tiefgefrorenem Zustand an Gastronomiebetriebe aus. Dort werden sie erhitzt und portioniert an den Endverbraucher verkauft, z.B. als Döner Kebab. Die Drehspieße sind bei Auslieferung mit dem Hinweis „Vor Verzehr vollständig durchgaren!“ versehen. Nach dem Hygienekonzept der Klägerin werden vor der Auslieferung stichprobenartig Eigenkontrollen vorgenommen und die Proben mikrobiologisch untersucht. Für den Fall eines Salmonellennachweises sind unterschiedliche Maßnahmen vorgesehen, eine zwingende Rücknahme der betroffenen Charge sieht das Konzept der Klägerin aber nicht vor.

Dies beanstandete das Landratsamt und verlangte von der Klägerin, betroffene Erzeugnisse im Fall eines Salmonellenbefalls vom Markt zu nehmen oder zurückzurufen. Hiergegen führte die Klägerin an, die Beprobung im Herstellungsprozess betreffe nur die Prozesshygiene. Unbefriedigende Ergebnisse veranlassten Abhilfemaßnahmen im Herstellungsprozess. Zurückzunehmen seien Lebensmittel nur, wenn sie unsicher seien. Die ausgelieferten Drehspieße erwiesen sich unter normalen Verwendungsbedingungen und bei ordnungsgemäßer Durcherhitzen aber als sicher.

Das zugunsten der Klägerin ergangene Urteil des Verwaltungsgerichts änderte der VGH München und wies die Klage ab. Die hiergegen eingelegte Revision hat das BVerwG zurückgewiesen. Die zwei maßgeblichen Entscheidungsgesichtspunkte fasst das BVerwG wie folgt zusammen: Die Untersuchung anhand eines Lebensmittelsicherheitskriteriums nach Anhang I Kapitel 1 der Verordnung (EG) Nr. 2073/2005¹ setze nicht voraus, dass die Probe einem bereits in den Verkehr gebrachten Lebensmittel entnommen werde. Ergebe die Untersuchung eine Überschreitung der festgelegten Grenzwerte, sei der Lebensmittelunterne-

* Der Autor ist Richter am VG Gießen und derzeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an das BVerwG (3. Revisionsenat) abgeordnet.

¹ Verordnung (EG) Nr. 2073/2005 der Kommission v. 15.11.2005 über mikrobiologische Kriterien für Lebensmittel (ABl. L 338, S. 1), i.d.F. der Verordnung (EU) 2020/205 der Kommission v. 14.02.2020 (ABl. L 43, S. 63).

hmer zur Rücknahme der betroffenen Erzeugnisse verpflichtet.

Im Einzelnen: Die Verordnung (EG) Nr. 2073/2005 ziele auf ein hohes Schutzniveau der Gesundheit der Bevölkerung, weil mikrobiologische Gefahren in Lebensmitteln eine Hauptquelle lebensmittelbedingter Krankheiten darstellten. Hierzu verpflichtete sie die Lebensmittelunternehmer, Untersuchungen anhand mikrobiologischer Kriterien vorzunehmen und bei unbefriedigenden Ergebnissen bereits in Verkehr gebrachte Lebensmittel ggf. zurückzurufen und zu nehmen. Die Verordnung gebe zwei Arten mikrobiologischer Kriterien vor: Solche, anhand derer die Lebensmittel („Lebensmittelsicherheitskriterien“), sowie solche, anhand derer die Funktionsweise des Herstellungsprozesses („Prozesshygienekriterien“) zu überprüfen seien. Zwar seien Lebensmittelsicherheitskriterien auf das in den Verkehr gebrachte Erzeugnis bezogen. Dies habe aber nicht zur Folge, dass die geforderte Untersuchung erst nach Abgabe an den Händler oder Verbraucher durchgeführt werden dürfe. Vielmehr habe der Lebensmittelunternehmer nach Art. 3 Abs. 1 VO (EG) Nr. 2073/2005 auf allen Stufen der Herstellung, der Verarbeitung und des Vertriebs die Einhaltung der Lebensmittelsicherheitskriterien sicherzustellen. Um zu vermeiden, dass aus seinem Verantwortungsbereich stammende Mikroorganismen in die Lebensmittelkette eingebracht würden, müsse der Lebensmittelunternehmer die abgabefertigen Produkte beproben. Liefere er sie aus, bevor die Untersuchungsergebnisse vorlägen, müsse er sie gem. Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 2073/2005 bei einer festgestellten Grenzwertüberschreitung – wie vom Berufungsgericht festgestellt – zurücknehmen.

Bezogen auf das Verhältnis der Verordnungen (EG) Nr. 2073/2005 und (EG) Nr. 178/2002² kommt das BVerwG zu dem Ergebnis, dass es im Fall eines unbefriedigenden Ergebnisses i.S.d. Anhang I Kapitel 1 VO (EG) Nr. 2073/2005 nicht des Vorliegens der in Art. 14 VO (EG) Nr. 178/2002 genannten Kriterien an die Lebensmittelsicherheit bedürfe. Zwar sei der Wortlaut des Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 2073/2005 nicht eindeutig. Für eine – nach deutschem Sprachgebrauch – bloße Rechtsfolgenverweisung sprächen aber insbesondere Sinn und Zweck der Verordnung (EG) Nr. 2073/2005. Die in dieser Verordnung, speziell für den Bereich mikrobiologischer Gefahren in Lebensmitteln, festgelegten Lebensmittelsicherheitskriterien würden ihrer praktischen Nützlichkeit („effet utile“) beraubt, wenn erst die allgemeine Lebensmittelsicherheit nach Art. 14 VO (EG) Nr. 178/2002 maßgeblich wäre. Die Verordnung (EG) Nr. 2073/2005 wähle einen präventiven Ansatz, der nicht erst bei einer möglichen Gesundheitsschädlichkeit ansetze. Bereits die inakzeptable Kontaminierung einer Probeneinheit löse

die Rücknahmeverpflichtung gem. Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 2073/2005 aus, ohne dass weitere Prüfungen zum Gesundheitsschutzniveau erforderlich seien.

Dementsprechend – so das BVerwG abschließend – sei im Anwendungsbereich der Verordnung (EG) Nr. 2073/2005 nicht maßgeblich, ob durch eine ordnungsgemäße Durcherhitzung ein ausreichend hohes Gesundheitsschutzniveau erreicht werden und die Drehspieße als sicher i.S.v. Art. 14 Abs. 3 VO (EG) Nr. 178/2002 eingestuft werden könnten.

C. Kontext der Entscheidung

Bei seiner Entscheidung konnte das BVerwG an das Urteil des EuGH vom 13.11.2014 - C-443/14 anknüpfen. Auf die ihm vorgelegte Frage, ob auch Lebensmittelunternehmer, die auf der Vertriebsstufe tätig seien, den Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 2073/2005 unterfielen, antwortete der EuGH, dass das betreffende, in Anhang I Kapitel 1 der Verordnung genannte, mikrobiologische Kriterium auf allen Stufen des Vertriebs, einschließlich des Einzelhandels, erfüllt werden müsse. Hierbei verwies er insbesondere darauf, dass es sich bei dem Erreichen eines hohen Schutzniveaus der Gesundheit der Bevölkerung um ein grundlegendes Ziel des Lebensmittelrechts handele. Damit hat der EuGH eine Auslegung vorgegeben, die die Regelungen der Verordnung (EG) Nr. 2073/2005 möglichst effektiv zur Anwendung bringt. Dem ist das BVerwG in seiner Entscheidung gefolgt.

D. Auswirkungen für die Praxis

Für die Lebensmittelunternehmer wird die Entscheidung des BVerwG zu wirtschaftlichen Mehraufwendungen führen. Wollen sie kostspielige und aufwendige Rückrufe vermeiden, sind sie gehalten, die Ergebnisse der Beprobungen ihrer Lebensmittel abzuwarten, bevor sie sie in den Handel bringen. Hierzu werden Lager- und ggf. Kühlkapazitäten zu schaffen sein. Auf den Verbraucher wirkt sich dies in zweifacher Hinsicht aus: Für ihn bedeutet das Urteil ein „Mehr“ an Lebensmittelsicherheit, das ihm wegen der wirtschaftlichen Auswirkungen auf die Hersteller aber wohl auch etwas kosten wird.

² Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 28.01.2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit (ABl. L 31, S. 1).

Unzulässige doppelte Besteuerung von Renten und Rentenversicherungsbeiträgen

RiBFH Dr. Egmont Kulosa

A. Einführung

Der BFH hat am 19.05.2021 zwei wichtige Entscheidungen zur Verfassungsmäßigkeit der Besteuerung von Altersbezügen (insbesondere Renten aus den gesetzlichen Rentenversicherungen und den berufsständischen Versorgungswerken) getroffen.¹ Schwerpunkt der Entscheidungen ist die Entwicklung von Maßstäben zur Beurteilung der Frage, in welchen Fällen und in welchem Umfang eine frühere Besteuerung der sog. Altersvorsorgeaufwendungen (z.B. Rentenversicherungsbeiträge) die spätere Besteuerung der Altersbezüge aus verfassungsrechtlichen Gründen ausschließt.

B. Rechtlicher Rahmen

I. Rechtslage bis 2004

Bis 2004 hatten die vollkommen unterschiedlichen Altersversorgungssysteme der Beamten auf der einen Seite und der Rentner auf der anderen Seite auch einkommensteuerrechtliche Unterschiede zur Folge. Beamte zahlen keine eigenen Beiträge für ihre Altersversorgung und haben daher natürlich auch nicht die Möglichkeit, solche Beiträge steuerlich abzuziehen. Im Gegenzug müssen sie ihre späteren Pensionen in vollem Umfang versteuern (§ 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG).

Alle anderen Erwerbstätigen müssen hingegen eigene Beiträge für ihre Altersversorgung leisten. Bei Arbeitnehmern übernimmt der Arbeitgeber die Hälfte der Beiträge; dieser Arbeitgeberanteil ist einkommensteuerfrei (§ 3 Nr. 62 EStG). Die andere Hälfte des Rentenversicherungsbeitrags zahlen Arbeitnehmer aus ihrem versteuerten Arbeitslohn. Selbständige müssen sogar ihre gesamte Altersvorsorge aus zunächst versteuertem Einkommen finanzieren. Zwar waren (und sind) die Beiträge dem Grunde nach als Sonderausgaben einkommensteuerlich abziehbar (§ 10 Abs. 1 Nr. 2 EStG). Der Abzug aller Vorsorgeaufwendungen (also einschließlich der Beiträge z.B. zu Kranken-, Pflege-, Arbeitslosen-, Lebens-, Haftpflicht- und Unfallversicherungen) war bis 2004 aber auf einen gemeinsamen Höchstbetrag begrenzt (§ 10 Abs. 3 EStG). Dieser Höchstbetrag war recht niedrig und sank zudem mit steigendem Einkommen. Daher konnte – vor allem bei hohem Einkommen und damit

hohen Beiträgen – letztlich nur ein kleiner Teil der Altersvorsorgeaufwendungen steuerlich abgezogen werden.

Im Gegenzug waren Renten in der Auszahlungsphase aber im Wesentlichen einkommensteuerfrei. Sie unterlagen nur mit ihrem sog. Ertragsanteil der Einkommensteuer (§ 22 Nr. 1 Satz 3 EStG). Dieser Ertragsanteil sollte von seinem Grundgedanken her eine fiktive Verzinsung der geleisteten Rentenversicherungsbeiträge abbilden. Er belief sich bei einem Rentner, der mit 65 Jahren in den Ruhestand getreten war, auf 27 % der ausgezahlten Beträge; die übersteigenden 73 % der Rentenzahlungen blieben also steuerfrei. Angesichts des Grundfreibetrags, der jedem Steuerpflichtigen zusteht, führte dies dazu, dass auch auf hohe Sozialversicherungsrenten in der Praxis niemals Einkommensteuer zu zahlen war, sofern der Rentner keine weiteren Einkünfte bezog.

II. Beanstandung durch das BVerfG

Diese unterschiedliche Behandlung von Rentnern und Pensionären in der Phase des Bezugs von Renten bzw. Pensionen hat das BVerfG im Jahr 2002 beanstandet.² Es hat in der weitestgehenden Steuerfreistellung der Renten bei gleichzeitiger voller Steuerpflicht der Pensionen einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) gesehen.

Ob diese Entscheidung wirklich zwingend war, soll hier dahinstehen. Eventuell hätte man einwenden können, dass Beamte bei einer Betrachtung des gesamten „steuerlichen Lebens“ einkommensteuerrechtlich keinesfalls schlechter gestellt waren als sonstige Erwerbstätige. Denn in der Erwerbsphase mussten sonstige Erwerbstätige erhebliche Teile ihrer Altersvorsorgeaufwendungen aus versteuertem Einkommen erbringen. Sie zahlten also bei gleichem verfügbarem Einkommen mehr Einkommensteuer als Beamte, bei denen von vornherein keine Beiträge anfielen. Da die Steuersätze im Ruhestand – aufgrund des geringeren Einkommens – im Allgemeinen niedriger sind als während der Erwerbsphase, wog der Besteuerungsnachteil der sons-

1 BFH, Urt. v. 19.05.2021 - X R 33/19; BFH, Urt. v. 19.05.2021 - X R 20/19.
2 BVerfG, Urt. v. 06.03.2002 - 2 BvL 17/99.

tigen Erwerbstätigen in der Erwerbsphase schwerer als der Besteuerungsnachteil der Rentner in der Rentenbezugsphase.

III. Neuregelung der Rentenbesteuerung durch das Alterseinkünftegesetz ab 2005

1. Übergang zur nachgelagerten Besteuerung

Die vom BVerfG zum 01.01.2005 geforderte Neuregelung setzte der Gesetzgeber mit dem Alterseinkünftegesetz (AltEinkG) vom 05.07.2004³ pünktlich um. Grundgedanke ist der Übergang zur sog. nachgelagerten Besteuerung. Dies bedeutet, dass nicht nur Beamtenpensionen, sondern gleichermaßen auch sämtliche anderen Altersbezüge der „ersten Schicht“ (Renten aus den gesetzlichen Rentenversicherungen und berufsständischen Versorgungswerken, kapitalgedeckte private Altersvorsorge in Gestalt der sog. „Rürup-Rente“) in vollem Umfang der Einkommensteuer unterliegen (§ 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a) Doppelbuchstabe aa) EStG). Im Gegenzug sind die hierfür erforderlichen Altersvorsorgeaufwendungen grds. in vollem Umfang als Sonderausgaben abziehbar (§ 10 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 EStG).

Für Erwerbstätige, die keine Beamte sind, hat sich die einkommensteuerliche Rechtslage damit im Vergleich zur früheren vorgelagerten Besteuerung grds. verbessert. Denn der finanzielle Vorteil aus der neuen Möglichkeit des steuerlichen Abzugs der Beiträge ist im Allgemeinen höher – und tritt zudem viel früher ein – als der Nachteil aus der vollen Steuerpflicht der späteren Renten. Dies beruht auf dem typischen Steuersatzgefälle zwischen der Erwerbs- und der Rentenbezugsphase. Damit zeigt sich das Paradoxon, dass eine BVerfG-Entscheidung, die eine gleichheitswidrige Benachteiligung der Beamten festgestellt hatte, im Ergebnis zu einer Verbesserung der steuerlichen Behandlung der Nichtbeamten geführt hat.

2. Ausgestaltung der Übergangsregelung

a. Grundproblematik

Viel schwieriger als die – nahezu unstrittige – Grundsatzentscheidung für die nachgelagerte Besteuerung war aber die Diskussion um die Ausgestaltung der notwendigen Übergangsregelung. Eine sofortige volle Besteuerung der Renten wäre nicht möglich gewesen, weil die Rentner ja bisher einen erheblichen Teil ihrer Beiträge aus versteuertem Einkommen aufgebracht hatten. Eine derartige „doppelte Besteuerung“ (sowohl der früheren Beiträge als auch der späteren Renten) ist nach allgemeiner Auffassung verfassungsrechtlich unzulässig. Aber auch auf der Beitragsseite erschien dem Gesetzgeber ein sofortiger voller Abzug aller Altersvorsorgeaufwendungen als haushaltspolitisch

nicht möglich. Hiermit wäre in der Tat eine ganz erhebliche Minderung des Aufkommens an Einkommensteuer verbunden gewesen. Der Gesetzgeber hat daher sowohl für die Rentenbezugs- als auch für die Beitragsseite umfassende Übergangsregelungen erlassen. In diesen Übergangsregelungen liegen die eigentlichen Probleme der neuen Rentenbesteuerung.

b. Übergangsregelung für den Rentenbezug

Das AltEinkG sieht vor, dass jeder Rentner einen individuellen einkommensteuerlichen Freibetrag erhält, der lebenslang festgeschrieben wird. Dieser beläuft sich bei einem Renteneintritt bis 2005 (also auch für „Altrentner“, die bis 2004 faktisch gar nicht besteuert wurden) auf 50 % der Rente. Mit jedem Jahrgang, der nach 2005 erstmals in den Rentenbezug eintritt, mindert sich der für den Freibetrag maßgebende Prozentsatz um zwei Prozentpunkte. Für einen Neurentner des Jahres 2020 beläuft er sich daher auf nur noch 20 % der Rente. Von 2020 bis 2040 mindert sich der Prozentsatz um einen Prozentpunkt pro Jahr, sodass für Personen, die ab 2040 erstmals eine Rente beziehen werden, die volle Steuerpflicht erreicht sein wird. Wer sich bereits im Rentenbezug befindet, behält seinen Freibetrag lebenslang, also auch über das Jahr 2040 hinaus. Rentenerhöhungen bewirken keine Anhebung des Freibetrags, sind also im Ergebnis voll steuerpflichtig (zum Ganzen § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a) Doppelbuchstabe aa) Sätze 2 bis 8 EStG).

Die Übergangsregelung ist also anzuwenden, bis der letzte Rentner, der vor dem Jahr 2040 in den Rentenbezug eingetreten sein wird, verstorben sein wird. Angesichts der heutigen Langlebigkeit eines erheblichen Teils der Bevölkerung und des Umstands, dass auch ein vorgezogener Renteneintritt möglich ist, wird dies wohl nicht vor dem Jahr 2080 der Fall sein. Die Übergangsregelung wirkt daher über einen Zeitraum von 75 Jahren, also über nahezu ein ganzes Menschenalter. Diese Langfristigkeit stellt alles in den Schatten, was es im deutschen Einkommensteuerrecht bisher an Übergangsregelungen gegeben hat. Zum Vergleich: 75 Jahre vor der Verabschiedung des AltEinkG schrieb man das Jahr 1929. Seinerzeit gab es überhaupt erst seit zehn Jahren eine einheitliche Einkommensteuer in Deutschland; das damalige EStG hatte mit dem heutigen aber nahezu keine Gemeinsamkeiten.

c. Übergangsregelung für die Beitragsseite

Zum Sonderausgabenabzug wurden im Jahr 2005 zunächst nur 60 % der Beiträge zugelassen (für Arbeitnehmer sogar

3 BGBl. I 2004, 1427.

nur 10 %, da der steuerfreie Arbeitgeberanteil von 50 % auf die 60 % angerechnet wurde). Dieser Prozentsatz steigt pro Jahr um zwei Prozentpunkte, sodass im Jahr 2025 der volle Sonderausgabenabzug erreicht sein wird. Zur Vermeidung (vermeintlicher) Steuersparmodelle gilt allerdings eine Begrenzung auf den Höchstbeitrag zur knappschaftlichen Rentenversicherung, der momentan bei 25.787 Euro liegt (zum Ganzen § 10 Abs. 3 EStG).

d. Zusammenwirken der beiden Übergangsregelungen

Zumindest auf den zweiten Blick dürfte erkennbar sein, dass die beiden Übergangsregelungen nicht so recht aufeinander abgestimmt sind. Für Renteneintrittsjahrgänge ab 2040 gilt die volle Besteuerung der Renten, obwohl auch diese Personen ihre Beiträge nur 15 Jahre lang (von 2025 bis 2039) voll abziehen konnten. Ein Rentner, der 2040 mit 67 Jahren in den Ruhestand tritt und 45 Jahre lang gearbeitet hat, hat seit 1995 Beiträge gezahlt. In den 30 Jahren von 1995 bis 2024 hat er (teils erhebliche) Teile seiner Beiträge aus versteuertem Einkommen aufgebracht. Das passt nicht mit der vollen Besteuerung seiner Rente zusammen.

Umgekehrt hätte die Besteuerung eines erheblichen Teils derjenigen Rentner, die bis 2005 in den Ruhestand getreten sind, aus verfassungsrechtlicher Sicht durchaus höher ausfallen dürfen als tatsächlich geschehen. Sofern es sich – was bei ca. 90 % der Rentner der Fall ist – um frühere Arbeitnehmer gehandelt hat, stand ihnen neben dem hälftigen steuerfreien Arbeitgeberanteil auch ein gewisser Sonderausgabenabzug zu. Im Ergebnis dürften daher in dieser Gruppe regelmäßig zwischen 70 % und 80 % der Beiträge steuerfrei gewesen sein. Ein Besteuerungsanteil von nur 50 % erweist sich für diese große Gruppe daher als äußerst maßvolle – man könnte auch sagen: lückenhafte – Besteuerung.

Letztlich hat die Politik seinerzeit das aus ihrer Sicht Naheliegende getan: Die große Wählergruppe der im Jahr 2005 vorhandenen Rentner wurde geschont. Die steuerlichen Lasten wurden auf zukünftige Generationen verschoben, die entweder noch nicht wahlberechtigt waren oder für die die Belastung viel zu weit entfernt schien, um auf gegenwärtige Wahlentscheidungen Einfluss zu haben.

C. Verfassungsrechtliche Beurteilung der „neuen“ Rentenbesteuerung durch BFH und BVerfG

I. Verfassungsmäßigkeit der nachgelagerten Besteuerung

In ständiger Rechtsprechung geht der BFH davon aus, dass die grundlegende Systemumstellung von der vorgelagerten

auf die nachgelagerte Besteuerung verfassungsgemäß ist.⁴ Das BVerfG hat sich dem angeschlossen.⁵ Dies war auch nicht anders zu erwarten, da es gerade das BVerfG war, das die gesetzliche Neuregelung angestoßen hatte.

II. Verfassungsmäßigkeit der Grundstruktur der Übergangsregelung

Auch die Grundstruktur der gesetzlichen Übergangsregelung haben BFH und BVerfG – trotz der fehlenden Abstimmung der für die Beitrags- und die Rentenbezugsseite geltenden Teilregelungen – in zahlreichen Entscheidungen als verfassungsgemäß angesehen. Dies gilt insbesondere für die Gleichbehandlung früherer Arbeitnehmer und früherer Selbständiger trotz der großen Unterschiede in der steuerlichen Vorbelastung der von beiden Personengruppen geleisteten Altersvorsorgeaufwendungen.⁶ Ungleichbehandlungen sind angesichts der Komplexität der zu regelnden Materie und der außerordentlich hohen Zahl der betroffenen Steuerpflichtigen grds. solange hinzunehmen, als keine der Vergleichsgruppen einer unzulässigen doppelten Besteuerung unterworfen wird.⁷

III. Verfassungswidrige doppelte Besteuerung in bestimmten Fällen

1. Vorgaben des BVerfG für die Ausgestaltung der erforderlichen Übergangsregelung

Das BVerfG hat zum Schluss seiner Entscheidung, mit der es die frühere Ungleichbehandlung zwischen Sozialversicherungsrenten und Beamtenpensionen beanstandet hatte, in Bezug auf die zu treffende Übergangsregelung formuliert:⁸ „Sowohl bei den weichenstellenden Grundentscheidungen als auch im Hinblick auf Art und Maß vertrauensschützender Übergangsregelungen ist der weite gesetzgeberische Gestaltungsraum nicht unbegrenzt. In jedem Fall sind die Besteuerung von Vorsorgeaufwendungen für die Alterssicherung und die Besteuerung von Bezügen aus dem Ergebnis der Vorsorgeaufwendungen so aufeinander abzustimmen, dass eine doppelte Besteuerung vermieden wird. [...] Im Übrigen ist auch für die Abwägung zwischen den Erfordernissen folgerichtiger Ausrichtung der Einkommensbesteuerung an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Steuerpflichtigen und den Notwendig-

4 Mit ausführlicher Begründung z.B. BFH, Urt. v. 26.11.2008 - X R 15/07 - unter II.2.a.

5 BVerfG, Beschl. v. 29.09.2015 - 2 BvR 2683/11 Rn. 34.

6 BFH, Urt. v. 26.11.2008 - X R 15/07 - unter II.2.b aa; BVerfG, Beschl. v. 29.09.2015 - 2 BvR 2683/11 Rn. 26 ff.

7 BFH, Urt. v. 19.05.2021 - X R 33/19 Rn. 21.

8 BVerfG, Urt. v. 06.03.2002 - 2 BvL 17/99 - unter D.II.

keiten einfacher, praktikabler und gesamtwirtschaftlich tragfähiger Lösungen ein weiter gesetzgeberischer Entscheidungsraum eröffnet.“

Damit ist klar, dass dem Gesetzgeber grds. ein weiter Spielraum für die Ausgestaltung der Übergangsregelung zukommt. Dies rechtfertigt es z.B., dass „Altrentner“ des Jahres 2005 aufgrund des recht hohen Rentenfreibetrags von 50 % weiterhin nicht ihre volle Rente versteuern müssen. Auch die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Gleichbehandlung früherer Arbeitnehmer und früherer Selbständiger trotz erheblicher Unterschiede findet in diesem weiten Spielraum ihre Grundlage.

Aber: Hinsichtlich der Vermeidung einer doppelten Besteuerung formuliert das BVerfG viel strenger. Diese ist „in jedem Fall“ zu vermeiden. Der BFH legt diese Wendung wörtlich und damit strikt aus.⁹ Das BVerfG, dem diese BFH-Rechtsprechung natürlich bekannt ist, hat in den letzten Jahren schon zahlreiche BFH-Entscheidungen zur Übergangsregelung überprüft. Es hat dabei immer daran festgehalten, dass abschließend stets zu prüfen ist, ob es im jeweiligen Einzelfall zu einer doppelten Besteuerung kommt,¹⁰ auch wenn dies bisher niemals entscheidungserheblich geworden ist. Umgekehrt fehlt jeglicher Hinweis des BVerfG darauf, dass es sich bei dem strikten „in jedem Fall“ um ein Formulierungsversehen gehandelt haben könnte und daher keine verfassungsrechtliche Notwendigkeit bestünde, die Prüfung der doppelten Besteuerung einzelfallgenau vorzunehmen.

2. Grundformel für die rechnerische Ermittlung einer etwaigen doppelten Besteuerung

Schon in der bisherigen Rechtsprechung des BFH war geklärt, dass eine unzulässige doppelte Besteuerung nicht gegeben ist, wenn die Summe der voraussichtlichen steuerfrei bleibenden Rentenzuflüsse mindestens ebenso hoch ist wie die Summe der aus versteuertem Einkommen aufgebrauchten Altersvorsorgeaufwendungen.¹¹ Das BVerfG scheint diese Formel ebenfalls zu verwenden.¹²

Mit dieser Formel steht zugleich fest, dass der Vergleichsrechnung das Nominalwertprinzip zugrunde zu legen ist.¹³ Rentenbeträge dürfen daher auch dann in vollem Umfang besteuert werden, wenn sie allein dem Ausgleich einer zwischenzeitlichen Geldentwertung dienen und der wirtschaftliche Wert der zufließenden Rente nicht höher ist als der Wert der früheren – wenngleich nominal geringeren – Beiträge. Dies hat enorme Auswirkungen, da ein Euro, der einem Rentner im Jahr 2021 zufließt, tatsächlich viel weniger wert ist als derjenige Euro (1,95583 DM), den er im Jahr 1960 als Beitrag in die gesetzliche Rentenversicherung eingezahlt hat. Allein durch die – zwar juristisch, nicht aber wirtschaftlich überzeugende – Festlegung auf das Nominalwertprinzip wird das

Risiko einer doppelten Besteuerung für eine Vielzahl von Fällen von vornherein ausgeschlossen. Schwerpunkt des Vorbringens der Kläger im Verfahren X R 33/19 waren daher – mit Teilen der nichtjuristischen Literatur – umfangreiche Angriffe gegen die Anwendung des Nominalwertprinzips. Hiermit konnten sie aber nicht durchdringen, da diese Frage in der Rechtsprechung des BVerfG bereits geklärt ist.

Geklärt ist auch, dass eine mögliche doppelte Besteuerung zwar noch nicht in der Beitragsphase, wohl aber bereits ab dem Beginn des Rentenbezugs geltend gemacht werden kann.¹⁴

3. Ermittlung des steuerfreien Teils der Renteneinkommen

Der BFH hat nun erstmals im Detail entschieden, wie die Berechnungsformel zu füllen ist. Für die Ermittlung der Summe der voraussichtlichen steuerfrei bleibenden Rentenzuflüsse sind allein die kumulierten Rentenfreibeträge des Steuerpflichtigen (unten a.) und aus etwaigen Hinterbliebenenrenten (unten b.) maßgebend. Alle weiteren Abzugsbeträge oder Steuerfreistellungen, von denen (auch) Rentner bei ihrer Einkommensteuerveranlagung profitieren, bleiben hingegen außer Betracht (unten c.).

a. Eigener Rentenfreibetrag des Rentners

Der kumulierte Rentenfreibetrag ergibt sich, wenn der jährliche Rentenfreibetrag mit der im Zeitpunkt des Renteneintritts zu erwartenden durchschnittlichen statistischen weiteren Lebenserwartung des Rentners multipliziert wird. Hierfür ist die im Zeitpunkt des Renteneintritts letztverfügbare Sterbetafel des Statistischen Bundesamts maßgebend.¹⁵

b. Rentenfreibetrag aus etwaigen Hinterbliebenenrenten

Ebenfalls in die Vergleichsrechnung einzubeziehen sind die kumulierten Rentenfreibeträge solcher Personen, die nach dem Tod des Rentners bei Eintritt des statistisch zu

9 Umfassende Zusammenstellung der bisherigen Rechtsprechung zu dieser Frage: BFH, Urt. v. 21.06.2016 - X R 44/14 Rn. 22 ff.

10 BVerfG, Beschl. v. 29.09.2015 - 2 BvR 2683/11; BVerfG, Beschl. v. 30.09.2015 - 2 BvR 1961/10; BVerfG, Beschl. v. 30.09.2015 - 2 BvR 1066/10.

11 Zusammenfassend BFH, Urt. v. 19.05.2021 - X R 33/19 Rn. 22, m.w.N.

12 BVerfG, Beschl. v. 29.09.2015 - 2 BvR 2683/11 Rn. 50.

13 BVerfG, Beschl. v. 29.09.2015 - 2 BvR 2683/11 Rn. 51 ff.; BFH, Urt. v. 19.05.2021 - X R 33/19 Rn. 24 ff.

14 BFH, Urt. v. 21.06.2016 - X R 44/14 Rn. 34 ff.; BFH, Urt. v. 19.05.2021 - X R 33/19 Rn. 22.

15 Zum Ganzen BFH, Urt. v. 19.05.2021 - X R 33/19 Rn. 34 ff.

erwartenden Verlaufs eine von ihm abgeleitete Hinterbliebenenrente beziehen dürften (Witwe, Witwer, Waisen).¹⁶ Im Rahmen einer Abwägung zwischen den beiden einkommensteuerrechtlichen Grundsätzen der wirtschaftlichen Betrachtungsweise einerseits und des Individualprinzips andererseits hat sich der BFH hier für den erstgenannten Grundsatz entschieden.

Dies stellt eine erhebliche Komplizierung dar, da die Prognose der Höhe der Hinterbliebenenrente bereits im Zeitpunkt des Renteneintritts des Steuerpflichtigen vorzunehmen ist. Zu diesem Zeitpunkt wird die Höhe von eigenem Einkommen des Hinterbliebenen, das auf die Hinterbliebenenrente anzurechnen ist (§ 97 Abs. 1 SGB VI, §§ 18a ff. SGB IV), aber nicht einmal näherungsweise feststehen. Auch wird dieser Teil der Entscheidung des BFH zu Mehrarbeit aufseiten der Rentenversicherungsträger führen, da diese in jedem Fall, in dem es zu einem Bezug von Hinterbliebenenrenten kommen könnte, um entsprechende Auskünfte und Berechnungshilfen ersucht werden müssen.

c. Keine Einbeziehung weiterer Abzugsbeträge oder Steuerfreistellungen

Den eigentlichen Kern der aktuellen BFH-Rechtsprechung bildet aber die Aussage, dass über die Rentenfreibeträge hinaus keine weiteren Abzugsbeträge oder Steuerfreistellungen in die Ermittlung des steuerfreien Rentenbezugs einzubeziehen sind.¹⁷ Diese Frage ist sowohl in den Gesetzesmaterialien zum AltEinkG als auch von der Finanzverwaltung bisher gegenteilig beurteilt worden. Für die Praxis ist diese Festlegung des BFH von erheblicher Bedeutung, denn je geringer das Volumen des steuerfreien Rentenbezugs in der Vergleichsrechnung ausfällt, desto eher ergibt sich rechnerisch eine doppelte Besteuerung. Die Schwelle zum Eintritt einer verfassungswidrigen Rentenbesteuerung wird daher in einer wesentlich größeren Zahl von Fällen – und vor allem viel früher – überschritten werden als Gesetzgeber und Finanzverwaltung bisher angenommen haben. Zugleich ist damit klar, dass bei allen ab dem Jahr 2040 in den Rentenbezug eintretenden Personen die Höhe des steuerfreien Rentenbezugs in der Vergleichsrechnung mit Null anzusetzen ist. Bei diesen Personen bewirkt daher jeder aus versteuertem Einkommen geleistete frühere Rentenbeitrag eine unzulässige doppelte Besteuerung.

Ausdrücklich als nicht relevant benennt der BFH in seiner Entscheidung den Werbungskosten-Pauschbetrag für Renten (§ 9a Satz 1 Nr. 3 EStG), den für alle Steuerpflichtigen geltenden Grundfreibetrag (§ 32a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 EStG), den Sonderausgabenabzug für die Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge der Rentner (§ 10 Abs. 1 Nr. 3 EStG), die Beitragsanteile des Rentenversicherungsträgers zur Krank-

enversicherung der Rentner (steuerfrei nach § 3 Nr. 14 EStG) und den Sonderausgaben-Pauschbetrag (§ 10c EStG).

Die vom BFH hierfür gegebenen einfachgesetzlichen und verfassungsrechtlichen Begründungen sind ebenso komplex wie ausführlich. Hier soll daher nur exemplarisch anhand des Grundfreibetrags – dieser hat mit einer Höhe von derzeit knapp 10.000 Euro pro Steuerpflichtigem und Jahr die größte betragsmäßige Auswirkung aller genannten Abzugspositionen – erläutert werden, welche Gedanken den BFH geleitet haben: Der Grundfreibetrag hat – wie alle anderen genannten Abzugsbeträge auch – einen spezifischen Zweck, der zudem verfassungsrechtlich aufgeladen und daher für den einfachen Gesetzgeber nicht dispositiv ist. Er dient der Steuerfreistellung des Existenzminimums (also desjenigen Mindestbetrags an Kosten für Ernährung, Kleidung und Wohnen, den jede in Deutschland lebende Person zwangsläufig aufwenden muss). Dieser Abzug ist verfassungsrechtlich geboten; die Höhe des Grundfreibetrags wird jedes Jahr neu vom Gesetzgeber anhand der detaillierten hierzu aufgestellten Vorgaben des BVerfG ermittelt. Würde dieser Grundfreibetrag darüber hinaus noch herangezogen, um einen doppelten Steuerzugriff auf Altersbezüge und Altersvorsorgeaufwendungen auszugleichen, könnte er seinen eigentlichen Zweck nicht mehr in vollem Umfang erfüllen. Dies wäre unzulässig. Der X. Senat fand diese Begründung eigentlich ziemlich zwingend und hat sich gewundert, dass Gesetzgeber und Finanzverwaltung dies bisher grundlegend anders gesehen haben.

Streng genommen handelt es sich bei all diesen Ausführungen zur Unbeachtlichkeit der weiteren Abzugsbeträge im Rahmen der Vergleichsrechnung aber um ein obiter dictum. Denn der Senat hat die beiden ihm vorliegenden – jeweils von den betroffenen Rentnern eingelegten – Revisionen X R 20/19 und X R 33/19 auch auf der Grundlage seiner strenger Betrachtung zurückgewiesen. Wären der Grundfreibetrag und/oder weitere Beträge ebenfalls als steuerfreier Rentenbezug – zugunsten des Fiskus – in die Vergleichsrechnung einzustellen gewesen, wären die Revisionen natürlich erst recht zurückzuweisen gewesen. In den – recht zahlreichen – bisherigen Entscheidungen zu Fällen, in denen eine doppelte Besteuerung von Altersbezügen geltend gemacht worden war, hatte der BFH daher immer ausgeführt, dass im konkreten Fall unabhängig von einzelnen Details der Berechnungssystematik keinesfalls eine doppelte Besteuerung vorliege. Eine solche richterliche Zurückhaltung wäre auch in den beiden aktuellen

¹⁶ BFH, Urt. v. 19.05.2021 - X R 33/19 Rn. 38 ff.

¹⁷ BFH, Urt. v. 19.05.2021 - X R 33/19 Rn. 61 ff.

Entscheidungen möglich gewesen. Allerdings hatte das – in der mündlichen Verhandlung durch den Staatssekretär und den Steuerabteilungsleiter ungewöhnlich hochrangig vertretene – Bundesfinanzministerium den Senat selbst darum gebeten, nun, 16 Jahre nach dem Inkrafttreten des AltEinkG, endlich Maßstäbe für die erforderliche Vergleichsrechnung zu benennen. Und da der Senat das Ergebnis und die Begründung eigentlich ziemlich zwingend fand (siehe den vorangehenden Absatz), ist er dieser Bitte nachgekommen. Dass der Senat hier trotz formal fehlender Entscheidungserheblichkeit konkrete Maßstäbe benannt und begründet hat, haben Redner aller Fraktionen in der aktuellen Stunde des Deutschen Bundestages am 10.06.2021 begrüßt, was beileibe nicht bei jedem obiter dictum des BFH der Fall ist.

4. Ermittlung des aus versteuertem Einkommen geleisteten Teils der früheren Altersvorsorgeaufwendungen

Dieser Teil der Vergleichsrechnung ist deutlich komplizierter als die – mit Ausnahme der Komponente „Hinterbliebenenrente“ relativ simple – Ermittlung der Summe der steuerfreien Rentenbezüge. Denn bis 2004 wurden sämtliche Vorsorgeaufwendungen (neben den Altersvorsorgeaufwendungen auch z.B. Beiträge zu Kranken-, Pflege-, Arbeitslosen-, Lebens-, Unfall-, Haftpflicht- und privaten Rentenversicherungen) zusammengerechnet und der Abzug dann auf einen gemeinsamen – recht niedrigen – Höchstbetrag begrenzt. Es waren also immer nur Teile der Vorsorgeaufwendungen abziehbar. Daher ist gar nicht möglich, eindeutig zu sagen, in welcher Höhe der Beitrag zur Rentenversicherung damals einkommensteuerlich abgezogen werden konnte.

Der BFH musste deshalb eine wertende Zuordnung vornehmen, welche Beitragsarten bei retrospektiver Betrachtung in den früheren Veranlagungszeiträumen als vorrangig abziehbar gelten und die Höchstbeträge daher ausgenutzt haben. Hier ist er zu dem Ergebnis gekommen, dass alle Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung vorrangig abziehbar waren und untereinander gleichrangig sind.¹⁸ Dies gilt auch für solche Beiträge in private Versorgungssysteme, die den Beiträgen zur gesetzlichen Sozialversicherung gleichgestellt sind (z.B. berufsständische Versorgungswerke; private Krankenversicherung, soweit sie eine Basisversorgung gewährleistet). Alle anderen Vorsorgeaufwendungen gelten im Rahmen der retrospektiven Zuordnungsentscheidung als nur nachrangig abziehbar. Dies betrifft insbesondere die – unter Umständen sehr hohen – Beiträge Selbständiger zu kapitalbildenden Rentenversicherungen. Gerade deren Herausnahme erschien dem Senat aber als geboten, weil die Leistungen aus diesen

Rentenversicherungen weiterhin nur sehr gering besteuert werden.

Diese retrospektive Zuordnung der geleisteten Beiträge ist im Einzelfall äußerst kompliziert. Denn die Höchstbeträge für den Abzug sind bei Arbeitnehmern bis 2004 einkommensabhängig – und daher in jedem Jahr sowie bei jedem Steuerpflichtigen unterschiedlich hoch – gewesen. Auch sind die Beitragssätze und Beitragsbemessungsgrenzen für die einzelnen Sparten der gesetzlichen Sozialversicherung häufig geändert worden. Es wird aber mit Sicherheit schon bald Berechnungshilfen (z.B. in Gestalt von Vorlagen für gängige Tabellenkalkulations-Software) geben, die die Einzelfallberechnung wesentlich vereinfachen werden. Dies wird durch die Entscheidung des BFH ermöglicht, nur die Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung (und gleichgestellte Aufwendungen) als vorrangig abziehbar anzusehen. Denn dadurch genügt zur Ermittlung der aus versteuertem Einkommen geleisteten Altersvorsorgeaufwendungen i.d.R. die Vorlage des Rentenversicherungsverlaufs, aus dem sich sämtliche Beitragszahlungen und beitragspflichtige Einnahmen ergeben. Da die Höhe der Beitragssätze zu den einzelnen Sparten der Sozialversicherung bekannt ist, kann mithilfe einer entsprechenden Tabellenkalkulations-Vorlage relativ leicht die maßgebende Endgröße ermittelt werden. Der von unterschiedlicher Seite gegen die Finanzverwaltung erhobene Vorwurf, sie verlange von den Rentnern die Aufbewahrung und Vorlage sämtlicher Einkommensteuerbescheide der gesamten Zeit der Erwerbstätigkeit, geht damit ins Leere. Die Vorlage von Steuerbescheiden wird in aller Regel nicht erforderlich sein, um eine doppelte Besteuerung hinreichend genau ermitteln oder ausschließen zu können.¹⁹

5. Ermittlung der doppelten Besteuerung für den einzelnen Veranlagungszeitraum

Sollte sich in der Vergleichsrechnung ein doppelt besteuert Rentenbetrag ergeben, handelt es sich dabei um eine Größe, die auf die gesamte Rentenlaufzeit bezogen ist. Da die Einkommensteuer aber für jeden Veranlagungszeitraum (Kalenderjahr) gesondert festgesetzt wird, ist eine Umrechnung auf den einzelnen Veranlagungszeitraum erforderlich. Der Gesamtbetrag der doppelten Besteuerung ist daher nach dem Verhältnis der jeweils steuerfreien Jahresbeträge auf die einzelnen Veranlagungszeiträume zu verteilen.²⁰ Ob dabei eine Baga-

¹⁸ BFH, Urt. v. 19.05.2021 - X R 33/19 Rn. 66 ff.

¹⁹ Zu weiteren Einzelfragen der Darlegungs- und Nachweisanforderungen vgl. BFH, Urt. v. 21.06.2016 - X R 44/14 Rn. 52 ff.

²⁰ BFH, Urt. v. 19.05.2021 - X R 20/19 Rn. 81.

tellgrenze zu berücksichtigen ist, hat der Senat ausdrücklich offengelassen.²¹ Aber sicherlich wird der BFH dem BVerfG keinen Fall vorlegen, in dem sich für das jeweilige Streitjahr rechnerisch lediglich eine doppelte Besteuerung von einigen wenigen Euro ergibt.

D. Personengruppen, die von einer möglichen doppelten Besteuerung besonders stark betroffen sein werden

I. Selbständige

Früher selbständig Tätige sind stärker betroffen als frühere Arbeitnehmer, weil nur Arbeitnehmer einen steuerfreien Arbeitgeber-Anteil zum Rentenversicherungsbeitrag erhalten haben. Daher stellen frühere Selbständige auch die einzige Gruppe dar, in der es bereits gegenwärtig zu doppelten Besteuerungen kommen kann.

II. Gutverdienende

Gutverdienende konnten bis 2004 einen deutlich geringeren Teil ihrer Altersvorsorgeaufwendungen als Sonderausgaben abziehen als Geringverdiener. Sie haben daher einen höheren Teil ihrer Beiträge aus versteuertem Einkommen geleistet und sind stärker von doppelten Besteuerungen betroffen.

III. Unverheiratete

Unverheiratete sind stärker betroffen als Verheiratete, weil bei Verheirateten auch der Rentenfreibetrag aus einer Hinterbliebenenrente des überlebenden Ehegatten einzubeziehen ist. Dieser Effekt ist umso stärker, je jünger der Ehegatte ist.

IV. Männer

Männer sind wegen ihrer – wohl auf ihrem typischerweise immer noch ungesunderen Lebenswandel beruhenden – statistisch signifikant geringeren Lebenserwartung rechnerisch deutlich früher und gravierender von einer doppelten Besteuerung betroffen als Frauen. Sie zahlen dieselben Beiträge wie Frauen (und haben daher denselben Betrag aus versteuertem Einkommen geleistet), beziehen wegen ihrer geringeren Lebenserwartung aber einen geringeren Rentengesamtbetrag, sodass auch die Summe ihrer Rentenfreibeträge geringer ist als bei einer gleich alten Frau mit gleich hohem Erwerbseinkommen.

Manche dieser Kriterien („selbständige gutverdienende unverheiratete Männer“) mögen dem heutigen Zeitgeist als politisch ziemlich unkorrekt erscheinen. Aber das Steuerre-

cht ist nun einmal so, wie es ist, und der BFH betreibt keine Politik. Die hier beschriebenen mathematischen Effekte sind nur die Auswirkung dessen, dass diejenigen Bevölkerungsgruppen, die spiegelbildlich zu den Vorgenannten stehen, in einigen Bereichen des Sozialversicherungs- und Steuerrechts – aus guten und teils verfassungsrechtlich gebotenen Gründen – begünstigt werden.

V. Künftige Rentnerjahrgänge

Der entscheidende Faktor für die Höhe des Risikos einer doppelten Besteuerung von Altersvorsorgeaufwendungen ist aber das Alter des jeweiligen Steuerpflichtigen, da der Rentenfreibetrag mit jedem neuen Rentnerjahrgang abgeschmolzen wird. Bei Personen, die in den ersten Jahren nach dem Inkrafttreten des AltEinkG (2005) in den Rentenbezug eingetreten sind, dürfte eine doppelte Besteuerung angesichts der Höhe des für diese Personen lebenslang geltenden Rentenfreibetrags auch in Extremfällen ausgeschlossen sein. Die jüngst vom BFH entschiedenen Fälle – ebenso wie alle vorangehenden Entscheidungen – betrafen gut verdienende selbständige Männer (alle genannten Eigenschaften sind – wie vorstehend dargelegt – „Risikofaktoren“ für eine doppelte Besteuerung) der Renteneintrittsjahrgänge 2007 bzw. 2009. In keinem Fall hat sich eine doppelte Besteuerung ergeben (bzw. im Verfahren X R 20/19 hätte die geringfügige rechnerische doppelte Besteuerung durch Anwendung der hierfür vorgesehenen gesetzlichen Öffnungsklausel komfortabel kompensiert werden können).

Umgekehrt werden Personen, die in den 1970er Jahren geboren sind, also um das Jahr 2040 herum in den Rentenbezug eintreten werden, wohl in jedem Fall – und betragsmäßig durchaus erheblich – doppelt besteuert werden, wenn das geltende Recht nicht geändert wird. Sie werden ihre Rente voll versteuern müssen, haben aber einen nennenswerten Teil ihrer Altersvorsorgeaufwendungen aus versteuertem Einkommen entrichtet.

Für die Renteneintrittsjahrgänge, die zwischen diesen – recht eindeutig zu beurteilenden – Extremen liegen, wird man keine allgemeine Prognose anstellen können, weil Eintritt und Umfang einer doppelten Besteuerung vollständig von den individuellen Verhältnissen abhängig sind. Als grobe Faustformel kann man aber abschätzen, dass es bei männlichen früheren gut verdienenden Selbständigen wohl etwa ab dem Renteneintrittsjahrgang 2015 nicht nur in Einzelfällen zu einer doppelten Besteuerung kommen dürfte. Bei früheren Arbeitnehmern

²¹ BFH, Urt. v. 19.05.2021 - X R 20/19 Rn. 82.

wird wohl ab dem Renteneintrittsjahrgang 2025 weitgehend flächendeckend mit doppelten Besteuerungen zu rechnen sein, wobei die konkreten Beträge anfänglich noch eher gering sein werden.

Anrechnung ausländischer Steuern auf die deutsche Gewerbesteuer

FG Kassel, Urt. v. 26.08.2020 - 8 K 1860/16

RA und FA für Steuerrecht Prof. Dr. Florian Haase, M.I.Tax*

A. Problemstellung

Es ist bemerkenswert, dass ausgerechnet die inlandsradierte Gewerbesteuer die „Wurzel allen Übels“ vieler Problemstellungen des internationalen Steuerrechts ist. Dies zeigt sich z.B. an der Problematik der Sondervergütungen im DBA-Recht, der Kürzung von Schachteldividenden aus Drittstaaten für Zwecke des § 9 Nr. 7 GewStG a.F., an der Frage, ob der Hinzurechnungsbetrag nach § 10 AStG der Gewerbesteuer unterliegt und an vielem mehr. Nirgends zeigt es sich aber deutlicher als bei der Frage, ob nach den § 34c EStG, § 26 KStG¹ eine Anrechnung ausländischer Steuern auf die Gewerbesteuer zu erfolgen hat. Diese Frage wurde nach bislang ganz h.M. verneint, und zwar unabhängig davon, ob im konkreten Fall ein DBA besteht oder nicht. Der Grund ist denkbar einfach: Anders als EStG und KStG enthält das GewStG schlicht keine Anrechnungsnorm. Der Generalverweis in § 7 Satz 1 GewStG hilft hier nicht weiter, weil die § 34c EStG, § 26 KStG keine Normen der Einkommensermittlung sind.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Im vorliegenden Urteil des FG Kassel wird mit diesem Grundsatz gebrochen. Es war eine deutsche GmbH an zwei kanadischen Kapitalgesellschaften unterhalb der Beteiligungsschwelle des § 9 Nr. 7 GewStG beteiligt. Die GmbH bezog in den Streitjahren fast ausschließlich Dividenden, die mit einer kanadischen Quellensteuer belegt waren und ging im Inland keiner weiteren Tätigkeit nach. Insofern wurden die Dividenden körperschaftsteuerlich folgerichtig nach § 8b Abs. 1 und 5 KStG behandelt, für gewerbesteuerliche Zwecke erfolgte eine Hinzurechnung nach § 8 Nr. 5 GewStG. Das Finanzamt lehnte die begehrte Anrechnung der kanadischen Quellensteuer auf die deutsche Gewerbe-

steuer unter Hinweis auf den o.g. Grundsatz, es fehle an einer Anrechnungsnorm, ab.

Das FG Kassel kam zu der Überzeugung, dass gleichwohl eine Anrechnung der kanadischen Quellensteuer auf die Gewerbesteuer zu erfolgen habe. Zentral für die Urteilsfindung war die Tatsache, dass es sich im Streitfall um einen DBA-Fall handelte und dass das DBA-Kanada im sog. Methodenartikel zur Vermeidung der Doppelbesteuerung bei grenzüberschreitenden Streubesitzdividenden eine Anrechnung ausländischer Steuern auf die „Steuern vom Einkommen“ eines Steuerpflichtigen des Ansässigkeitsstaats (hier Deutschland) vorsah. Aus dem Umstand, dass das deutsche Steuerrecht anders als im EStG und KStG keine nationale Anrechnungsnorm für Zwecke der Gewerbesteuer enthalte, zog das Finanzgericht den Schluss, es handele sich um eine planwidrige Regelungslücke, die im Wege der Analogie zu füllen sei. In praktischer Hinsicht kam dem Finanzgericht dabei zugute, dass die GmbH keine weiteren nennenswerten inländischen Einkünfte erzielte. Insofern stellte sich die Frage nicht, wie der sog. Anrechnungshöchstbetrag bei der Anrechnung auf die Gewerbesteuer zu ermitteln wäre. Das Finanzgericht machte allerdings deutlich, dass die anerkannten Beschränkungen der Anrechnungsmethode auch bei der Anrechnung auf die Gewerbesteuer zu beachten wären.

C. Kontext der Entscheidung

Es gibt, soweit ersichtlich, bislang keine Finanzgericht- oder gar BFH-Entscheidungen, die das Thema der Anrechnung ausländischer Quellensteuer materiell-rechtlich näher thematisiert, geschweige denn im positiven Sinne beantwortet hätten.² Der Umstand der fehlenden Anrechnungsmöglichkeit wurde zwar immer beklagt, aber allseits als *lex lata* akzeptiert. Für Körperschaften stellt sich die Frage körperschaftsteuerlich ohnehin nur bei Streubesitzbeteiligungen, weil ansonsten unabhängig vom Be-

* Herr Haase ist Partner und Niederlassungsleiter im Hamburger Büro von Rödl & Partner sowie Inhaber der Professur für Steuerrecht, insbesondere Internationales und Europäisches Steuerrecht, an der HSBA Hamburg School of Business Administration.

1 Hinzu kommt für Kapitalerträge im Privatvermögen noch § 32d Abs. 5 EStG.

2 Hingegen gibt es durchaus auch schon bisher Rechtsprechung zu der Frage, in welchem Verfahren eine mögliche Anrechnung ausländischer Steuern geltend zu machen wäre (d.h. im Verfahren gegen den Gewerbesteuerbescheid oder im Verfahren gegen den Gewerbesteuermessbescheid). Den Meinungsstand hierzu hat das FG Kassel in den Entscheidungsgründen nachgewiesen (vgl. dazu insbesondere BVerwG, Beschl. v. 12.08.2014 - 9 B 23.14).

stehen eines DBA § 8b Abs. 1 KStG die Anrechnung sperrt.³

Ganz überraschend kommt das Finanzgericht-Urteil dennoch nicht, weil es eine parallele untergerichtliche Rechtsprechung zur Frage des Abzugs ausländischer Steuern von der inländischen Bemessungsgrundlage gibt. So war im Urteil des FG Hannover vom 18.03.2020⁴ zwischen den Beteiligten die Frage streitig, ob ausländische Quellensteuern auf nach § 8b KStG steuerfreie Streubesitzdividenden gem. § 7 Satz 1 GewStG i.V.m. § 26 Abs. 6 KStG und § 34c Abs. 2 EStG bei der Ermittlung des Gewerbeertrags, also der Bemessungsgrundlage abziehbar sind. Revision ist hier eingelegt, sodass der BFH das letzte Wort haben wird.⁵ Auch im vorliegenden Streitfall ist die höhere Instanz angerufen worden.⁶

D. Auswirkungen für die Praxis

Wenn der BFH das Urteil des FG Kassel halten würde oder künftig anderweitig die Rechtsprechung des FG Kassel Schule machen würde, wäre das nicht weniger als eine kleine Revolution. Über die Anrechnung ausländischer Quellensteuern hinaus wären die gleichen Grundsätze nämlich folgerichtig in sämtlichen Fällen der Anrechnung ausländischer Steuern (d.h. auch bei im Veranlagungswege erhobenen ausländischen Steuern) anzuwenden, was massive Auswirkungen auf die deutschen Steuereinnahmen haben würde, denn bislang hat die Anrechnung ausländischer Steuern auf die Einkommensteuer und Körperschaftsteuer keine (auch keine mittelbaren) Folgewirkungen für die Ermittlung des Gewerbeertrags. Die Anrechnungsvorschriften setzen erst nach der Gewinnermittlung an, weil es sich um Steuerermäßigungsvorschriften handelt. Sie lassen die Rechtsfolge des § 7 Satz 1 GewStG unberührt.

E. Bewertung

Die Gewerbesteuer ist bekanntlich die „heilige Kuh“ des deutschen Ertragsteuerrechts. Der Föderalismus und seine steuerpolitischen Interessengruppen schützen gewerbesteuerliche Vorschriften in ihrem Bestand selbst dann beharrlich, wenn kein sachlicher Grund für sie erkennbar ist. So würde eine Anerkennung der Anrechnung auf die Gewerbesteuer ganz erhebliche Lücken in die Kassen der Kommunen reißen, was von diesen selbstredend nicht gutgeheißen werden wird. Andererseits weist das FG Kassel zutreffend darauf hin, dass sachlich kein Grund erkennbar ist, warum man eine Anrechnung für Zwecke der Gewerbesteuer anders behandeln sollte als für Zwecke der Einkommensteuer oder Körperschaftsteuer. Eine solche Anrechnung wäre auch meines Erachtens indes überaus wünschenswert und schlicht „an der Zeit“.

Eine andere Frage ist allerdings, ob eine Anrechnung auch auf die Gewerbesteuer auf Basis des gegenwärtigen Rechts geboten ist – und diese Frage ist meines Erachtens zu verneinen. Das FG Kassel setzt sich zwar in den Rn. 36 – 57 seines Urteils dezidiert mit vielen Aspekten auseinander, die es sicherlich auch allesamt zu bedenken und gewichten gilt. Zu einem – ehernen – Grundsatz des deutschen Verständnisses des DBA-Rechts sagt das Urteil indes nichts, und zwar zu der Tatsache, dass die DBA und das nationale Steuerrecht im Grundsatz zwei voneinander getrennte Regelungskreise sind. Die DBA schränken nach ganz h.M. lediglich bestehende Besteuerungsrechte ein, sie begründen aber keine solchen. Wenn DBA daher eine Besteuerung ermöglichen oder eine bestimmte Rechtsfolge anordnen, so gilt dies – jedenfalls nach bisheriger Lesart – stets nur, soweit das nationale Recht auch eine entsprechende Vorschrift parat hält, die die Besteuerungsmöglichkeit oder Rechtsfolge unter einem DBA ausfüllt. Insofern ist dem Finanzgericht – jedenfalls nach bisheriger und meines Erachtens zutreffender Lesart – zu widersprechen, wenn es in den §§ 34c, 26 KStG nur das „Wie“ der Anrechnung sieht.

Das nationale Recht bleibt in mannigfaltiger Weise hinter dem zurück, was das Abkommensrecht ermöglicht. So sieht bspw. die dem Art. 11 Abs. 2 OECD-MA 2017 entsprechende Vorschrift meist ein deutsches Quellensteuerrecht auf Outbound-Zinsen vor, obwohl § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. c) Doppelbuchst. a) EStG dies nur für den Fall der Grundpfandrechtlichen Besicherung aufnimmt. Auch ist z.B. die Grundsteuer oft in den deutschen DBA als vom Abkommen erfasste Steuer genannt, selbst wenn dort Doppelbesteuerungen aufgrund des strikten Inlandsbezugs allenfalls theoretisch vorkommen können. Die darin zum Ausdruck kommende Trennung der Rechtskreise kann und sollte nicht aufgegeben werden, weil sie grundlegend für die DBA-Anwendung ist. Vor diesem Hintergrund gehen auch die anklingenden Überlegungen des FG Kassel zum Treaty Override fehl: Die fehlende Anerkennung der Anrechnung auf die Gewerbesteuer ist kein Treaty Override, weil das DBA diese Anrechnung lediglich ermöglicht, aber nicht erzwingt. Und eine etwaige nationale Norm, die eine Anrechnung vorsehen würde, auch wenn das DBA eine solche nicht gestatten würde, wäre auch kein Treaty Override, weil das nationale Recht im positiven Sinne weitergehende Rechtsfolgen selbstverständlich unilateral zugun-

3 § 8b Abs. 5 KStG gilt insoweit nicht als Besteuerung, auch wenn die nichtabzugsfähigen Betriebsausgaben im Ergebnis wie eine Steuer wirken.

4 FG Hannover, Ur. v. 18.03.2020 - 6 K 20/18.

5 Az. beim BFH: I R 16/20.

6 Az. beim BFH: I R 8/21.

ten des Steuerpflichtigen vorsehen kann. Ein Treaty Override kommt insoweit immer nur hinsichtlich derjenigen Abkommensvorschriften in Betracht, die das deutsche Besteuerungsrecht einschränken.

Damit zusammen hängt auch der meines Erachtens zweite Kernaspekt, den das FG Kassel zwar angesprochen, aber abweichend von der hier vertretenen Auffassung beantwortet hat. Es geht um das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke, was Voraussetzung jeder Analogie ist. Meines Erachtens liegt hier keine planwidrige, sondern geradezu eine planvolle Regelungslücke vor. Zum einen gilt dies in zeitlicher Hinsicht. Die vorliegende Problematik bestand nämlich schon immer, seit es die Anrechnungsvorschriften gibt. Sie ist im Jahr 2008 in Gestalt des § 32d Abs. 5 EStG auch noch einmal manifestiert worden. Der Gesetzgeber hätte mehrfach und ausreichende Gelegenheit gehabt, eine Anrechnung ausländischer Steuern auf die Gewerbesteuer einzuführen. Er hat es nicht getan. Das ist misslich, aber zulässig.

Es lässt sich auch nicht behaupten, die Gewerbesteuer sei abkommensrechtlich „übersehen“ worden. Denn bei Anwendung der Steuerfreistellungsmethode wirkt sich eine DBA-Freistellung wegen § 7 Satz 1 GewStG auch auf den Gewerbeertrag aus. Die damit eintretende Ungleichbehandlung mit der Anrechnungsmethode ist ebenso misslich, aber zulässig. Die Anrechnungsmethode führt auch anderweitig gleich in mehrfacher Hinsicht dazu, dass eine Doppelbesteuerung nicht immer vermieden, sondern manchmal nur vermindert wird. Dies zeigt sich bei Phasenverschiebungen, bei Anrechnungsüberhängen, bei der per-country-limitation, bei den nicht immer leicht zu erbringenden Nachweiserfordernissen usw.

Drittens ist die Nichtanrechnung ausländischer Steuern auf die Gewerbesteuer eindeutig der legislative Ausdruck der Schonung des Haushaltes der Kommunen. Es ist eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung, die nicht durch die Judikative korrigiert werden darf, so sehr auch eine Anrechnung auch auf die Gewerbesteuer wünschenswert wäre.

Strafrecht

Stealth: Entwürdigend, aber auch strafbar?

Wiss. Mit. Christina Ost und RA und Wiss. Mit. Kai-Daniel Weil

A. Einleitung: Stealth – was ist das?

Erst im Herbst 2016 hat der deutsche Gesetzgeber eine umstrittene Reform des Sexualstrafrechts vorgenommen, welche mit der griffigen Parole „Nein heißt Nein“ vor allem die Medien beschäftigte und insbesondere durch die Geschehnisse in der sog. Kölner Silvesternacht von 2016 auf 2017 beflügelt wurde.¹ Die hierdurch vorgeblich bezweckte und ohne Unterlass proklamierte notwendige Lückenschließung im Bereich des (Sexual-)Strafrechts steht seitdem auf dem Prüfstand. Denn das mit dem Auftauchen oder Fokussieren neuartiger Erscheinungsformen wie bspw. dem Catcalling,² Upskirting³ oder eben auch Stealthing scheinbar zwangsläufig einhergehende Rufen nach Sanktionierung bzw. Verschärfung primär des bestehenden Strafrechts scheint nicht leiser zu werden – im Gegenteil.

Dementsprechend soll das Phänomen des Stealthing schlaglichtartig näher beleuchtet und mit Blick auf eine

mögliche Neufassung des § 177 StGB unter dem Gesichtspunkt einer Strafbarkeit untersucht werden.

Unter dem sog. Stealthing ist – ausgehend von dem englischen Begriff stealth, welcher gemeinhin als List oder Heimlichkeit übersetzt werden kann – das folgende, zweifelsohne für die Betroffenen entwürdigende Verhalten zu

1 So auch Hoven, NStZ 2020, 578.

2 Dies meint die Forderung nach einem neuen Tatbestand für die Strafbarkeit verbaler sexueller Äußerungen, vgl. zur Petition www.openpetition.de/petition/online/es-ist-2020-catcalling-sollte-strafbar-sein. Und allgemein hierzu www.zeit.de/2020/52/catcalling-frauen-sexuelle-belaestigung-straftatbestand-deutschland?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com (jeweils zuletzt abgerufen am 06.07.2021).

3 Hierfür wurde mit § 184k StGB – Geltung ab dem 01.01.2021 – sogar ein neuer Tatbestand in das Strafgesetzbuch eingeführt. Dies erläutert, Creifelds, Rechtswörterbuch, Upskirting. Zum gesamten Themenkomplex Gramlich/Lütke, MMR 2020, 662 ff.

verstehen.⁴ Man stelle sich einen einvernehmlichen Geschlechtsakt zwischen zwei Personen vor, welcher zumindest aus Sicht der oder des Penetrierten unter der Bedingung der Nutzung eines Präservativs steht. Während des Aktes entledigt sich nunmehr einer der Beteiligten ohne Wissen und Zustimmung des jeweils anderen des Kondoms und es kommt ggf. sogar zu einer ungeschützten Ejakulation im Körper der oder des Penetrierten. Kernfrage: Ist die nicht konsensuale Entledigung des Verhütungsmittels und der damit einhergehende ungeschützte Beischlaf strafbar?

B. Die Rechtslage nach § 177 StGB

In den Blick zu nehmen bei Sondierung der Rechtslage ist zunächst die Norm des § 177 StGB mitsamt den im November 2016 erfahrenen Neuerungen. Als hiervon geschütztes Rechtsgut ist nach einhelliger Ansicht die sexuelle Selbstbestimmung anzusehen, also „die Freiheit der Person über Zeitpunkt, Art, Form und Partner sexueller Betätigung nach eigenem Belieben zu entscheiden“.⁵ Der Tatbestand, welcher seit der Reform mit „Sexuellem Übergriff, sexueller Nötigung und Vergewaltigung“ betitelt ist, wurde von ehemals fünf auf nunmehr neun Absätze aufgebläht.⁶ Die vormaligen Absätze 1 bis 5 der a.F. finden sich, in Teilen sprachlich und inhaltlich reformiert, in den jetzigen Absätzen 5 bis 9 wieder, sodass es sich (lediglich) bei den aktuellen Absätzen 1 bis 4 um tatsächliche Neuerungen handelt. Ebendiese Absätze knüpfen nämlich allesamt an den mit der vorgenannten Formel „Nein heißt Nein“ populär gewordenen und nunmehr expressis verbis im Tatbestand enthaltenen Willen des Opfers an; was der Wortlaut von § 177 Abs. 1 StGB verdeutlicht: „Wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.“ Ausgehend hiervon steht und fällt eine Strafbarkeit mit dem (erkennbaren) entgegenstehenden Willen des Opfers.⁷ Dieser muss „zum Tatzeitpunkt entweder ausdrücklich (verbal) erklärt oder konkludent – zum Beispiel durch Weinen oder Abwehren der sexuellen Handlung – zum Ausdruck gebracht“ worden und für einen neutralen Dritten erkennbar sein.⁸ Es bedarf also einer objektiv erkennbaren äußeren Manifestierung des Willens;⁹ der Grund für den Vorbehalt ist hingegen irrelevant.¹⁰ Gleiches gilt für die Motive der oder des Handelnden.¹¹

Überdies hat der Gesetzgeber ein weiteres Schlagwort in Gesetzesform gegossen; insbesondere § 177 Abs. 2 Nr. 2

StGB knüpft die Strafbarkeit an die Zustimmung des Opfers, was faktisch bedeutet: Nur ein zustimmendes „Ja heißt Ja“.¹² Oder mit anderen Worten: Ein erkennbares „Nein“ und ein nicht geäußertes „Ja“ des Opfers sind jeweils Voraussetzung für die geschilderte Kriminalisierung. Im Übrigen setzt § 177 Abs. 2 StGB gewissermaßen das Bestehen eines Machtgefälles zwischen Täter und Opfer voraus: Der Täter muss die jeweils konkretisierte Unterlegenheit des Opfers für eine sexuelle Handlung ausnutzen oder es zur Duldung oder Vornahme einer solchen genötigt haben.¹³ Hinsichtlich der nunmehrigen Absätze 5 bis 9 ist exemplarisch zu erwähnen, dass die Vergewaltigung, also eine sexuelle Handlung, die – wie bspw. der Beischlaf – mit dem Eindringen in den Körper verbunden ist, weiterhin als sog. Regelbeispiel in § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB enthalten ist.¹⁴

Als weitere relativ neue Norm ist § 184h StGB („Begriffsbestimmungen“) zu nennen. Hierdurch sollte freilich kein weiterer Tatbestand mit eigenständiger Kriminalisierungsfunktion geschaffen werden. Vielmehr soll dieser Tatbestand insbesondere dem Bestimmtheitsgebot und bezogen auf § 177 StGB dem Schuldprinzip dienend¹⁵ einige Begrifflichkeiten näher erläutern, denn nach § 184h Nr. 1 StGB sind „sexuelle Handlungen nur solche, die im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit sind“. Folglich gilt im Hinblick auf § 177 Abs. 1 StGB, dass fundiert beurteilt werden muss, wann und mit welcher sexuellen Handlung die Grenze der Erheblichkeit überschritten und sodann entgegen des Willens des Opfers gehandelt wird. Unerhebliche Abweichungen vom Willen des Opfers

4 Vgl. Creifelds, Rechtswörterbuch, Stealthing; Franzke, BRJ 2019, 114.

5 Fischer, StGB, § 177 Rn. 2.

6 Kritisch hierzu Renzikowski in: MünchKomm, StGB, § 177 Rn. 10 ff.

7 Zu damit einhergehenden Problemen im Rahmen der Gesetzesanwendung Hoven/Weigend, JZ 2017, 182 ff.; Hoven/Weigend, NSTz 2020, 578 f.

8 BT-Drs. 18/9097, S. 22 f. Siehe auch Hoven, NSTz 2020, 578.

9 Hoven, NSTz 2020, 578, 579 f., welche zugleich aufzeigt, dass das Verhalten bestenfalls weder ambivalent noch widersprüchlich sein sollte. Der Widerwille muss äußerlich – bestenfalls eindeutig – erkennbar sein. Siehe auch Ziegler in: BeckOK, StGB, § 177 Rn. 9, 10.

10 BT-Drs. 18/9097, S. 23. So auch Ziegler in: BeckOK, StGB, § 177 Rn. 10.

11 Hoven, NSTz 2020, 578, 579.

12 Fischer, StGB, § 177 Rn. 6. Siehe bereits Renzikowski/Schmidt, KriPoZ 2018, 325, 326.

13 Hierzu Fischer, StGB, § 177 Rn. 19 ff.; Hoven, NSTz 2020, 578, 581 f.

14 Hoven, NSTz 2020, 578, 583 f.

15 Renzikowski in: MünchKomm, StGB, § 177 Rn. 46: „Durch diese Klausel sollen unbedeutende Berührungen und bloße Geschmacklosigkeiten und Belästigungen ausgeschlossen werden.“ Andernfalls wäre dies mit Blick auf den Strafrahmen – Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren – durchaus kritisch zu sehen.

führen nicht zur Strafbarkeit.¹⁶ Kurzum: Zur Vermeidung einer generellen Stigmatisierung des Sexuellen setzen die §§ 174 ff. StGB und mithin auch § 177 StGB für das Vorliegen einer sexuellen Handlung bezogen auf das Rechtsgut Folgendes voraus: Es muss eine im objektiven Sinne sexuelle Handlung vorliegen, die tatbestands- sowie rechtsgutsbezogen und demnach normativ nach Art, Bedeutung, Intensität, Dauer und Beziehung der Beteiligten von einiger Erheblichkeit ist.¹⁷ Wird dies verneint, käme bspw. § 184i StGB („sexuelle Belästigung“¹⁸) als eine weitere Neuerung im Zuge der Reform aus dem Jahre 2016 zur Begründung einer Strafbarkeit subsidiär in Betracht.

C. Strafbarkeit des Stealthing?

Vor diesem Hintergrund die Kernfrage: Ist Stealthing strafbar nach § 177 StGB?¹⁹

Wie bereits erläutert, liegt der Fokus auf dem Willen des Opfers. Die „Nein heißt Nein“-Formel generiert Probleme: Wie wird dieser maßgebliche Wille ermittelt bzw. was wird hiervon erfasst? Welcher Zeitpunkt ist für die Willensbildung relevant? Kann das Opfer seinen Willen ändern mit welchen Konsequenzen für den „Täter“? Primäre Frage ist daher, wie der strafbegründende erkennbar entgegenstehende Wille des Opfers näher charakterisiert werden kann. Entsprechend des von § 177 StGB geschützten Rechtsgutes der sexuellen Selbstbestimmung ist ein im Kontext sexueller Handlungen zum Ausdruck gebrachter Wille einer Person zwangsläufig ebenfalls umfassend zu verstehen: Er beinhaltet die Freiheit der Person über Zeitpunkt, Art, Form und Partner der sexuellen Handlung nach eigenem Belieben zu entscheiden.²⁰ Andernfalls korrelieren Rechtsgut und der maßgebliche Wille nicht, was zu Wertungswidersprüchen führen würde.²¹ Konkret bedeutet dies, dass der Rechtsgutsinhaber die Entscheidungsmacht über das Ob und Wie einer sexuellen Handlung hat.²² Der Wille bezieht sich – untechnisch gesprochen – somit auf eine Art Gesamtwille respektive ein Willenspaket. Dieser stellt eine bewusste Entscheidung für oder gegen eine bestimmte sexuelle Handlung dar; mitsamt aller geschilderten, damit einhergehenden bzw. konkretisierenden Aspekte rund um den Willen.²³

Was aber bedeutet dies konkret für das Stealthing? Dazu soll von dem eingangs erwähnten Sachverhalt ausgegangen werden: A und B einigen sich, miteinander Vaginalverkehr unter Benutzung eines Kondoms zu haben. A dringt daraufhin zunächst in B geschützt ein. Während des Geschlechtsverkehrs entfernt A, von B unbemerkt, das Kondom. Anschließend dringt A erneut in B ein und vollzieht den vaginalen Geschlechtsverkehr bis er ejakuliert.²⁴ B hat hier vor dem Geschlechtsverkehr unmissverständlich und

ausdrücklich folgenden (Gesamt-)Willen gebildet und A gegenüber geäußert: „Ja“ zum geschützten Vaginalverkehr mit A; und konkludent: „Nein“ zu etwaigen Abweichungen hiervon; es sei denn es erfolgt eine erkennbare ausdrückliche oder konkludente Änderung des Willens und mithin ein erneutes „Ja“.²⁵ Für sie ist insbesondere die Verwendung des Kondoms eine „essentielle Bedingung“²⁶ dafür, überhaupt Geschlechtsverkehr zu haben, also die „conditio sine qua non“²⁷ für das generelle „Ja“.

16 Hoffmann, NSTZ 2019, 16, 17; Ziegler in: BeckOK, StGB, § 177 Rn. 9a. Vgl. auch bereits Fn. 15.

17 Ziegler in: BeckOK, StGB, § 184h Rn. 3 ff. Siehe auch Hörnle in: MünchKomm, StGB, § 184h Rn. 18 ff., welche zudem betreffend die Erheblichkeit zwischen Erwachsenen und Kindern und Jugendlichen differenziert.

18 Siehe Hoven, NSTZ 2020, 578, 578, 585 f.

19 Dies verneinend und im Ergebnis eine Strafbarkeit als Körperverletzung oder Beleidigung prüfend Franzke, BRJ 2019, 114 ff.

20 KG, Beschl. v. 27.07.2020 - (4) 161 Ss 48/20 (58/20) Rn. 23, 34, 37 f., 40, 42. Vgl. auch Linoh, jurisPR-StrafR 11/2019 Anm. 5. Anders – lediglich kaprizierend auf die Handlung, also scheinbar den Vollzug des Beischlafs, unter Ausblendung der weiteren Begebenheiten – scheinen dies bspw. Fischer, StGB, § 177 Rn. 9b und Heger in: Lackner/Kühl, StGB, § 177 Rn. 5, zu sehen. Überspitzt formuliert, würde diese Betrachtung, allein entscheidend sei der Wille zum Beischlaf ohne Berücksichtigung von Zeitpunkt, Art, Form und Partner, gleichwohl Folgendes mit sich bringen: Der einmal geäußerte Wille zum Beischlaf würde sodann – unterstellt, das Opfer würde dies, bspw. aufgrund verbundener Augen, nicht bemerken – den Geschlechtsverkehr mit einer unbegrenzten Anzahl von Partnern umfassen. Mit anderen Worten: Selbst Massenvergewaltigungen wären vom anfänglichen Willen des Opfers gedeckt. Da dies nicht gewollt sein kann, ist der Wille zwangsläufig umfassend zu verstehen. Weiterhin kann beispielhaft angeführt werden, dass dies auch für Sachverhalte gilt, bei denen der Wille wiederum nur den (sofortigen) geschützten Vaginalverkehr (mit dem konkreten Sexualpartner) umfasst, der Penetrierende allerdings zum Analverkehr übergehen würde, vgl. Heger in: Lackner/Kühl, StGB, § 177 Rn. 5.

21 Dies verdeutlicht bereits ein Blick auf die neue Norm des § 184h StGB, da dort explizit auf das jeweils geschützte Rechtsgut abgestellt wird.

22 Vgl. KG, Beschl. v. 27.07.2020 - (4) 161 Ss 48/20 (58/20) Rn. 22.

23 Hoven, NSTZ 2020, 578, 579.

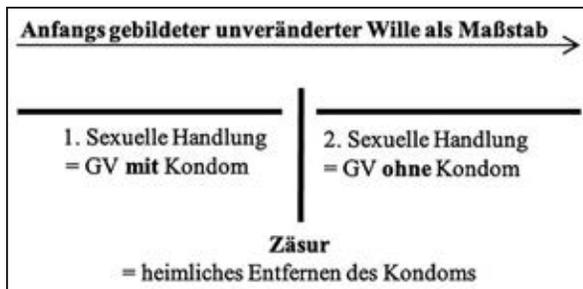
24 Viele Fälle des Stealthing werden in etwa so geschildert, siehe etwa AG Tiergarten, Urt. v. 11.12.2018 - (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18) und KG, Beschl. v. 27.07.2020 - (4) 161 Ss 48/20 (58/20); Brodsky, Columbia Journal of Gender and Law 2017, 183, 187; ZEIT Campus Online 12.01.2018 „Stealthing – Stellungswechsel, Gummi ab“, www.zeit.de/campus/2018-01/stealthing-sexualtraftat-rechtslage-opfer-taeter?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com (zuletzt abgerufen am 06.07.2021).

25 Der Wille des Opfers wird durch den Wortlaut des § 177 Abs. 1 StGB zu einem objektiven Tatbestandsmerkmal. Der Rückgriff auf die Rechtsfigur des tatbestandsausschließenden Einverständnisses (oder gar der rechtfertigenden Einwilligung) ist daher obsolet.

26 So ausdrücklich Herzog in: Festschrift für Fischer, 2018, S. 351, 355; Hoffmann, NSTZ 2019, 16, 17) spricht vom „integralen Element der nur so und nicht anders gebilligten Sexualbeziehung“.

27 Herzog in: Festschrift für Fischer, 2018, S. 351, 356. Siehe auch KG, Beschl. v. 27.07.2020 - (4) 161 Ss 48/20 (58/20) Rn. 24.

Findet vor diesem Hintergrund überdies Berücksichtigung, dass der vom Opfer gebildete Wille der sexuellen Handlung entgegenstehen muss, lässt sich der zuvor geschilderte Fall grafisch wie folgt skizzieren:



Es wird deutlich, dass die sexuellen Handlungen durchweg als Maßstab der Strafbarkeit durch den zu Beginn von B gebildeten (Gesamt-)Willen flankiert werden. Es sind somit ebendiese Handlungen chronologisch anhand des Willens und der erläuterten Schwelle der Erheblichkeit auf eine Strafbarkeit nach § 177 Abs. 1 StGB zu überprüfen. Mit anderen Worten: Es gilt den Sachverhalt dahin gehend rechtlich zu begutachten, ob (1.) (mindestens) eine sexuelle Handlung vorliegt,²⁸ welche (2.) aufgrund ihrer Erheblichkeit dem Willen des Opfers (3.) erkennbar entgegensteht.

Wird das vorliegende Geschehen derart und zunächst mit Fokus auf den Willen (1.) differenziert, stellt das heimliche Entfernen des Kondoms eine Zäsur²⁹ dar, sodass zwei unabhängig voneinander jeweils am Willensmaßstab zu messende sexuelle Handlungen entstehen:³⁰ der Geschlechtsverkehr mit Kondom und der Geschlechtsverkehr ohne Kondom.³¹ Demgemäß sind beide Handlungen am (Begleit-)Willen des Opfers zu messen: Während die erste sexuelle Handlung unzweifelhaft einvernehmlich erfolgte, denn es wurde absprachegemäß ein Präservativ verwendet, war dies bei der zweiten Handlung gerade nicht mehr der Fall. Dieses heimliche Entfernen des Kondoms und der sich anschließende ungeschützte Geschlechtsverkehr stehen dem zu Beginn durch das Opfer geäußerten Willen nämlich entgegen. Zwar schützt das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung auch die Freiheit des Opfers, jederzeit seinen Willen zu ändern, und zwar unabhängig von einer zuvor erteilten Zustimmung zu einer bestimmten sexuellen Handlung.³² Hiervon kann in Fällen des Stealthing jedoch gerade nicht ausgegangen werden. Vielmehr hat das Opfer vor Beginn des Geschlechtsverkehrs seinen (Gesamt-)Willen gebildet und diesen auch nach der Zäsur in Gestalt des Entfernen des Kondoms nicht geändert, da es aufgrund der Heimlichkeit zu einer Willensänderung nicht im Stande war.³³ Es mangelt bereits an der erforderlichen Tatsachenkenntnis,³⁴ sodass festzuhalten ist, dass zwar eine Willensänderung jederzeit denkbar erscheint; gleichwohl setzt dies selbstredend eine tatsächliche Änderung

des Willens voraus. Mit anderen Worten: Haben sich die Beteiligten eines Geschlechtsverkehrs vorab auf die Verwendung eines Präservativs verständigt, ist bei lebensnaher Betrachtung auch keine wiederholte erneute Verständigung über die dauerhafte Verwendung eines Kondoms zu fordern,³⁵ sofern der geänderte Wille der oder des Penetrierten nicht im Verlauf des Geschehens erkennbar geäußert wird. Insofern können sich die Beteiligten auf die Gültigkeit der vorigen Verständigung verlassen. Eine ständige Kontrolle oder Ähnliches zu erwarten, wäre lebensfremd und würde das geschützte Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung konterkarieren.³⁶ Denn das „bloße Geschehenlassen fremden Handelns erfüllt nicht die [...] Voraussetzung einer bewussten Zustimmung“, da dies denklösig dazu führt, „dass die [...] kurz vorher vorgenommene unbedingte Grenzsetzung, für deren Aufhebung kein Anhaltspunkt gegeben ist, ohne jedes nachvollziehbare Zutun ihrerseits negiert würde.“³⁷ Dies kann nicht ernsthaft gewollt sein.

28 Zum Begriff der sexuellen Handlung exemplarisch Wolters/Noltenius in: SK-StGB, § 177 Rn. 10. In diesem Kontext ist zu erwähnen, dass § 184h StGB den Begriff der sexuellen Handlung gerade nicht definiert, vgl. hierzu auch Ziegler in: BeckOK, StGB, § 177 Rn. 2 ff.

29 Herzog in: Festschrift für Fischer, 2018, S. 351, 357. Vgl. auch Linoh, jurisPR-StrafR 11/2019, Anm. 5; KG, Beschl. v. 27.07.2020 - (4) 161 Ss 48/20 (58/20) Rn. 48.

30 KG, Beschl. v. 27.07.2020 - (4) 161 Ss 48/20 (58/20) Rn. 35 f.

31 Ebenso Herzog in: Festschrift für Fischer, 2018, S. 351, 355; Schumann/Schefer in: Festschrift für Kindhäuser, 2019, S. 811, 819. Offengelassen für den Geschlechtsverkehr ohne Kondom – da auf die sich anschließende ungeschützte Ejakulation abgestellt wurde – diesem aber zuneigend KG, Beschl. v. 27.07.2020 - (4) 161 Ss 48/20 (58/20) Rn. 24 f., 27 ff. Da es freilich einerseits nicht zwangsläufig zu einer solchen Ejakulation im Körper kommen muss, da das Entfernen bspw. vom Opfer zuvor bemerkt werden könnte und es andererseits auch nicht ausgeschlossen werden kann, dass bereits zuvor Sperma in den Körper eindringt, liegt nach hiesiger Ansicht auch in dem Vollzug des ungeschützten Beischlafs eine sexuelle Handlung vor. So wohl auch Hoven, vgl. <https://taz.de/Stealthing-Urteil-des-Amtsgerichts-Kiel/!5727073/> (zuletzt abgerufen am 06.07.2021) betreffend ein die Strafbarkeit des Stealthing verneinendes Urteil des AG Kiel. Gleiches gilt demnach – erst recht – für die etwaige Ejakulation.

32 BT-Drs. 18/9097, S. 23.

33 Brodsky, Columbia Journal of Gender and Law 2017, 183, 190 umschreibt diesen Willen so: „the victim consented to touch by a condom, not touch by the skin of the penis“.

34 Kritisch hierzu Franzke, BRJ 2019, 114, 118 f.

35 Hoven, NStZ 2020, 578, 581; Linoh, jurisPR-StrafR 11/2019, Anm. 5. A.A. Franzke, BRJ 2019, 114, 117 f. Insofern ist – unter Berücksichtigung des andauernden Gesamtwillens – auch die Problematik einer etwaigen Täuschung irrelevant. In diesem Sinne auch KG, Beschl. v. 27.07.2020 - (4) 161 Ss 48/20 (58/20) Rn. 38 ff., 44; Ziegler in: BeckOK, StGB, § 177 Rn. 9a.

36 Ausführlich dazu Herzog in: Festschrift für Fischer, 2018, S. 351, 356 f. Siehe auch KG, Beschl. v. 27.07.2020 - (4) 161 Ss 48/20 (58/20) Rn. 42 f.

37 KG, Beschl. v. 27.07.2020 - (4) 161 Ss 48/20 (58/20) Rn. 42.

Des Weiteren muss mit Blick auf das Erfordernis der Erheblichkeit (2.)³⁸ Beachtung finden, dass der Täter sich in solchen Konstellationen nicht nur über die berechtigten Interessen des Opfers bewusst hinwegsetzt und den Sexualpartner hierdurch als bloßes Objekt behandelt.³⁹ Darüber hinaus ist beim Geschlechtsverkehr ohne Kondom keine mechanische Barriere⁴⁰ mehr zwischen Täter und Opfer vorhanden. Die ungehemmte Berührung der Schleimhäute und (spätestens) die etwaige Ejakulation⁴¹ im Körper bergen zweifelsohne das Risiko einer ungewollten Schwangerschaft und/oder⁴² der Ansteckung mit einer sexuell übertragbaren Krankheit. Insofern stellt der ungeschützte Geschlechtsverkehr ein Mehr an sexueller Handlung bzw. ein Aliud⁴³ im Gegensatz zum Geschlechtsverkehr mit Kondom dar,⁴⁴ sodass sich insbesondere Art und Bedeutung der sexuellen Handlung evident verändert haben. Untermuert wird dies dadurch, dass in aller Regel das generelle Ja zum vaginalen Verkehr an die Nutzung eines Präservativs zur Minimierung der vorgenannten Risiken geknüpft sein dürfte (Safer Sex). Demzufolge ist durch das heimliche Entfernen des Kondoms die Erheblichkeitsschwelle überschritten, sodass eine erhebliche sexuelle Handlung vorliegt, welche dem Willen des Opfers entgegensteht.⁴⁵

Hinsichtlich der Erkennbarkeit des entgegenstehenden Willens (3.) kann ebendiese in Fällen des Stealthing schon aufgrund der vorigen beiderseitigen, ausdrücklichen oder konkludenten Verständigung, den Geschlechtsverkehr nur mit Kondom zu vollziehen, angenommen werden.⁴⁶ Da nämlich der einheitliche Lebensvorgang des Geschlechtsverkehrs von dem zu Beginn geäußerten und sodann unveränderten Willen des Opfers begleitet wird, kann hinsichtlich des vaginalen Verkehrs ohne Kondom auf die vor Beginn des Geschlechtsverkehrs getroffenen Dispositionen abgestellt werden.⁴⁷ Weil zudem das Entfernen des Präservativs in Fällen des Stealthing heimlich ohne Wissen des Sexualpartners geschieht, ist ferner davon auszugehen, dass dem Täter der entgegenstehende Wille bewusst ist, er diesen durch das heimliche Vorgehen also fast zielgerichtet umgehen möchte.⁴⁸

Abschließend ist zu erwähnen, dass in den Konstellationen des Stealthing grds. auch das Regelbeispiel des § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB erfüllt sein dürfte.⁴⁹ Denn der mit dem Eindringen in den Körper des Opfers verbundene Vollzug des ungeschützten Beischlafs eventuell zu Zwecken einer damit vielfach einhergehenden sinnfreien Machtdemonstration, dürfte für die Opfer auch insbesondere aufgrund der vorgenannten (Gesundheits-)Risiken besonders erniedrigend, wenn nicht gar traumatisierend sein.⁵⁰ Anknüpfend an den Gesamtwillen und die Zäsur in Gestalt des Abstreifens des vereinbarten Kondoms kann hierbei keine Reduktion des Willens auf die Handlung als solche erfolgen,⁵¹ sodass die

Regelwirkung im Rahmen einer vorzunehmenden Abwägungsentscheidung nur schwerlich zu entkräften sein dürfte.

D. Fazit: Entwürdigend und auch strafbar, aber...

Zusammenfassend kann konstatiert werden, dass beim Phänomen des Stealthing eine erhebliche sexuelle Handlung gegen den erkennbar entgegenstehenden Willen des Opfers vorgenommen wird, sodass hiermit grds. eine Strafbarkeit nach § 177 Abs. 1, 6 StGB einhergeht. Allerdings darf nicht verkannt werden, dass im tatsächlichen dynamischen Geschehen trotz grundsätzlicher Poenalisierung Grenzen erreicht werden können. Insbesondere der Nachweis der Tat – also des nicht konsensualen ungeschützten vaginalen Verkehrs bzw. die Entledigung des Präservativs – kann zur prozessualen Hürde werden. Die regelmäßig intimen Tatsituationen können dazu führen, dass sich die belastende Aussage des Opfers und die bestreitende Aussage des Täters ebenso diametral wie inkompatibel entgegenstehen, sodass eine Glaubwürdigkeitsbetrachtung der Personen und eine Glaubhaftigkeitsanalyse ihrer Aussagen erfolgen müssen.⁵² Obwohl dies kein Automatismus ist, ist es naheliegend, dass es schwierig ist, eine bestreitende Einlassung des Täters unter Berücksichtigung des in dubio pro reo Grundsatzes zu relativieren. Einstellung nach § 170

38 Hierzu Hoffmann, NSTZ 2019, 16, 17. Ziegler in: BeckOK, StGB, § 177 Rn. 5, führt einige Beispiele an.

39 KG, Beschl. v. 27.07.2020 - (4) 161 Ss 48/20 (58/20) Rn. 26.

40 Herzog in: Festschrift für Fischer, 2018, S. 351, 354. Siehe auch KG, Beschl. v. 27.07.2020 - (4) 161 Ss 48/20 (58/20) Rn. 27 f.

41 Ob es zur Ejakulation kommt, ist letztlich für die Frage der Strafbarkeit zunächst nach hiesiger Ansicht nicht zwangsläufig entscheidend.

42 Hiervon erfasst sind selbstredend auch männliche homosexuelle Paare, vgl. Franzke, BRJ 2019, 114; Hoffmann, NSTZ 2019, 16, 17.

43 Linoh, jurisPR-StrafR 11/2019 Anm. 5, C. 1.

44 Hoven, NSTZ 2020, 578, 581.

45 So auch Ziegler in: BeckOK, StGB, § 177 Rn. 9a.

46 Hierzu KG, Beschl. v. 27.07.2020 - (4) 161 Ss 48/20 (58/20) Rn. 45 ff. A.A. Schumann/Schefer in: Festschrift für Kindhäuser, 2019, S. 811, 820.

47 KG, Beschl. v. 27.07.2020 - (4) 161 Ss 48/20 (58/20) Rn. 33, 41. Siehe auch Linoh, jurisPR-StrafR 11/2019, Anm. 5.

48 So auch KG, Beschl. v. 27.07.2020 - (4) 161 Ss 48/20 (58/20) Rn. 33.

49 Linoh, jurisPR-StrafR 11/2019, Anm. 5; KG, Beschl. v. 27.07.2020 - (4) 161 Ss 48/20 (58/20) Rn. 50. Anders scheinen dies (wohl) Hoffmann, NSTZ 2019, 16, 17 f. und Hoven, NSTZ 2020, 578, 584, zu sehen.

50 Vgl. Franzke, BRJ 2019, 114, 114 f., 122.

51 So aber scheinbar Hoven, NSTZ 2020, 578, 584. Wie hier Linoh, jurisPR-StrafR 11/2019 Anm. 5, welcher zutreffend anmerkt, dass gerade in Fällen einer erfolgten Ejakulation auch eine Abwägung der Umstände des Vorliegens des Regelbeispiels wird bestätigen müssen.

52 Siehe auch Kinzig, Noch im Namen des Volkes?, S. 33 f.; Wolters/Noltenius in: SK-StGB, § 177 Rn. 15.

Abs. 2 StPO oder Freispruch sind die Konsequenz.⁵³ Aus der Sicht eines Opfers dürfte dies freilich dem Erlebten und den damit einhergehenden psychischen wie ggf. körperlichen Konsequenzen wenig zuträglich sein. Eine Anzeige und die hiermit verbundenen Risiken sollten gleichwohl eingegangen werden. Denn dem entwürdigenden und zugleich strafbaren Verhalten kann – will man eine Formalisierung des Sexuellen bspw. durch Vertragsschluss (per App) verhindern⁵⁴ – bestmöglich nur durch umgehende Beweissiche-

rung im Strafverfahren begegnet werden. Im Strafverfahren wurden zudem Instrumente des spezifischen Opferschutzes entwickelt und implementiert.

⁵³ Hierzu Kinzig, Noch im Namen des Volkes?, S. 33.

⁵⁴ Vergleichbares wurde nach der Gesetzesreform in Schweden bereits diskutiert, vgl. exemplarisch www.sueddeutsche.de/leben/gesetzes-aenderung-in-schweden-ja-nein-vielleicht-1.4035036; www.tageschau.de/ausland/schweden-sexgesetz-101.html (jeweils zuletzt abgerufen am 06.07.2021).

DIE AUTOREN

Dr. Jochen Krüger



Vizepräsident des Amtsgerichts a.D.

Nach seiner Tätigkeit als Vizepräsident des AG Saarbrücken ist Herr Krüger seit 2015 wissenschaftlicher Mitarbeiter beim Lehrstuhl für Rechtsinformatik an der Universität des Saarlandes und Lehrbeauftragter an der Universität des Saarlandes. Weiterhin ist er

langjähriges Mitglied der Großen Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes.

Dr. Stephanie Vogelgesang, LL.M.



Geschäftsführerin des Saarbrücker Zentrums für Recht und Digitalisierung

Frau Vogelgesang ist Geschäftsführerin des Saarbrücker Zentrums für Recht und Digitalisierung und Gesellschafterin der Defendo IT GmbH. Daneben ist sie Lehrbeauftragte an der Universität des Saarlandes (FB Rechtswissenschaften und Informatik) sowie an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer.

Christoph Resch



Wissenschaftlicher Mitarbeiter

Studium der Rechtswissenschaften an der Universität des Saarlandes von 2012 bis 2018 mit Schwerpunkt IT-Recht und Rechtsinformatik. Von 2014 bis 2018 studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Prozess- und Arbeitsrecht sowie Bürgerliches Recht

(Prof. Dr. Stephan Weth). Seit 2018 wissenschaftlicher Mitarbeiter ebenda sowie Lehrtätigkeit im Bereich Zivilrecht.

Tim Schneider



Studentischer Mitarbeiter

Tim Schneider studiert Rechtswissenschaften an der Universität des Saarlandes und ist an dieser Universität seit 2019 studentischer Mitarbeiter am Lehrstuhl für Rechtsinformatik.

Prof. Dr. Roberto Bartone



Richter am Finanzgericht

Studium der Rechtswissenschaften und Referendariat in Saarbrücken. Mehrjährige Tätigkeit als Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Rudolf Wendt (Staats- und Verwaltungsrecht, Wirtschafts-, Finanz- und Steuerrecht) und Promotion zum Dr. iur. 1996 Eintritt in den höheren

Dienst der saarländischen Finanzverwaltung. Seit 2000 Richter am Finanzgericht des Saarlandes und seit 2018 Mitglied des Verfassungsgerichtshofs des Saarlandes. 2007 bis 2009 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Bundesverfassungsgericht (Dezernat Prof. Dr. Osterloh). Seit 2013 Honorarprofessor an der Universität des Saarlandes (Steuerrecht). Gastdozent an der Bundesfinanzakademie (seit 1998).

Dr. Egmont Kulosa

Richter am Bundesfinanzhof

Herr Kulosa ist seit 2010 Mitglied und seit 2018 stellvertretender Vorsitzender des u.a. für die Rentenbesteuerung zuständigen X. Senats des Bundesfinanzhofs. Zuvor Ausbildung für den gehobenen Dienst der Finanzverwaltung Nordrhein-Westfalen, Jura-Studium in Münster, Tätigkeiten am Institut für Steuerrecht der Universität Münster, als Richter am Finanzgericht Münster und als Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Bundesfinanzhof.

Christina Ost



Wissenschaftliche Mitarbeiterin

Studium der Rechtswissenschaften bis 2019 an der Universität des Saarlandes mit Schwerpunkt deutsche und internationale Strafrechtspflege, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht. Seit 2020 wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht einschließlich Wirtschaftsstrafrecht und Strafprozessrecht von Prof. Dr. Marco Mansdörfer (Universität des Saarlandes), sowie Ausübung von Lehrtätigkeiten im Bereich des Strafrechts. Ebenfalls seit 2020 Promotionsvorhaben im Wirtschaftsstrafrecht ebenda.

Kai-Daniel Weil



Rechtsanwalt und Wissenschaftlicher Mitarbeiter

Studium der Rechtswissenschaften bis 2017 an der Universität des Saarlandes mit Schwerpunkt deutsche und internationale Strafrechtspflege, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht. Von 2017 bis 2019 Referendariat am Saarländischen Oberlandesgericht; zugleich wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie von Prof. Dr. Heinz Koriath (Universität des Saarlandes), sowie Ausübung von Lehrtätigkeiten im Bereich des Strafrechts. Seit 2019 wissenschaftlicher Mitarbeiter ebenda mit Promotionsvorhaben. Seit Juli 2020 zudem Rechtsanwalt in der Kanzlei Abel & Kollegen in St. Ingbert.

IMPRESSUM

Herausgeber: Vizepräsident des BSG Prof. Dr. Thomas Voelzke, Kassel
Vors. Richterin am BFH Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel, München
Vizepräsident des OLG 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
Rechtsanwalt und Prof. (em.) Dr. 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 Unternehmensjuristen

partnered by Bundesanzeiger Verlag | C.F. Müller | De Gruyter | Deutscher Anwaltverlag | dfv Mediengruppe | Erich Schmidt Verlag | IWW Institut | Reguvis Fachmedien | Verlag Dr. Otto Schmidt

Als Legal Counsel tragen Sie die Verantwortung für den Ruf und auch die Wirtschaftlichkeit Ihres Unternehmens. Sie stellen täglich die Einhaltung bestehender Compliance-Regeln sicher und bewahren damit Ihr Unternehmen vor stetig steigenden Haftungsrisiken; Schadensersatzklagen erreichen heute nicht selten Streitwerte in Millionenhöhe.

Mit dem juris PartnerModul Unternehmensjuristen sind Sie immer auf der sicheren Seite: Die intelligente, intuitiv bedienbare juris Recherchelösung informiert Sie automatisch und regelmäßig über die aktuelle Rechtsentwicklung. Das Online-Modul verschafft Ihnen außerdem einen enormen Zeitgewinn bei der Klärung unklarer oder strittiger Sachverhalte und hilft, interne Prozesse, insbesondere bei der Vertragsgestaltung, zu beschleunigen.

In der digitalen Bibliothek recherchieren Sie online zeit- und ortsunabhängig alle für Sie relevanten Themengebiete, national und international:

- Arbeitsrecht, AGB und Vertragsrecht
- Datenschutz und Datennutzung
- Gesellschaftsrecht und Konzernrecht
- Markenrecht und Wettbewerbsrecht

Innovative Arbeitshilfen: juris für Microsoft Word® und Compliance-Monitor

Mit dem im Modul enthaltenen neuen Office Add-In juris für Microsoft Word® können Sie direkt in Ihrer Textverarbeitung auf juris zugreifen. Mustertexte oder Formularbausteine fügen Sie per Klick passgenau in Ihr bestehendes Word®-Dokument ein. Das System prüft dabei automatisch die Aktualität des Formulars hinsichtlich der zugrundeliegenden Normen und meldet Ihnen, wenn Neuregelungen zu berücksichtigen sind.

www.juris.de/pm-unternehmensjuristen

STAUDINGER online. ENTSCHEIDEND besser.

Der STAUDINGER ist die Referenz unter den BGB-Kommentaren. Wissenschaftlich zuverlässig und praxisnah informiert er über alle Änderungen und Entwicklungen im Zivilrecht.

Dank hochrangiger Autoren aus Forschung und Praxis erhalten Sie eine fundierte und im Detail präzise Kommentierung des BGB, inklusive Einführungsgesetz, wichtigen Nebengesetzen und des Internationalen Privatrechts (IPR) – meinungsstark und lösungsorientiert. Der von den Verlagen **Dr. Otto Schmidt und De Gruyter** herausgegebene Großkommentar setzt sich vorausdenkend mit der relevanten Rechtsprechung auseinander und stellt die Auswirkungen auf aktuelle und potentielle Rechtsfragen sachlich dar.

Die speziell für die digitale Nutzung produzierte Online-Ausgabe überzeugt durch zahlreiche zusätzliche Vorteile gegenüber der bekannten Printfassung. Die Inhalte sind für Sie täglich 24 Stunden und von jedem Ort der Welt verfügbar. Sie haben dank intelligentem Aktualisierungskonzept immer den neuesten Rechtsstand im Zugriff. Durch die exklusive und nahtlose Einbindung in juris – Das Rechtsportal durchsuchen Sie den kompletten STAUDINGER Online in wenigen Sekunden mit nur einem Klick.

Gleichzeitig profitieren Sie nicht nur von der direkten Verfügbarkeit zitierter Entscheidungen, Normen oder der Premium-Literatur der jurisAllianz, sondern auch von der State-of-the-Art-Recherche-Technologie von juris. Umfassende digitale Funktionen wie Schnellzugriff, Favoriten, Suchfilter oder Zitierfunktion steigern Ihre Effizienz und beschleunigen Ihre Fallbearbeitung wesentlich.

Der STAUDINGER Online ist optimiert für die Nutzung in Kanzleien, Notariaten und Unternehmen. In Justiz und Wissenschaft ist er als einer der meistzitierten BGB-Großkommentare ohnehin unverzichtbar.

www.staudinger.juris.de

juris PraxisKommentar Internetrecht, Das Recht der Digitalisierung, Neuauflage 2021

Hrsg.: Prof. Dr. Dirk Heckmann, Mitglied des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, Direktor im Bayerischen Forschungsinstitut für Digitale Transformation bidt.digital, Lehrstuhl für Recht und Sicherheit der Digitalisierung, Technische Universität, München, und Dr. Anne Paschke, Gastwissenschaftlerin am TUM Center for Digital Public Services, TU München, Lehrbeauftragte am Hasso-Plattner-Institut, Universität Potsdam

Die Neuauflage des fortan von Herrn Prof. Dr. Dirk Heckmann und Frau Dr. Anne Paschke gemeinsam herausgegebenen Werks berücksichtigt die relevanten Gesetzesentwicklungen, beispielsweise die Umsetzung der Urheberrechtsrichtlinie, und bietet Informationen zu Corona-bedingten Änderungen, etwa zum Thema Homeoffice in Pandemiezeiten.

Neu in der 7. Auflage sind unter anderem folgende Themen:

- Neue Kapitel zur Regulierung der technisch-organisatorischen Infrastruktur der Digitalisierung und zu Online-Plattformen
- Aktuelle Informationen zur Urheberrechts-Richtlinie
- Der sich rasant fortentwickelnde Bereich des digitalen Handels:
 - Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (RL 2019/770)
 - Richtlinie zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche in Umsetzung der EU-Richtlinie zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union (RL 2019/2161)
- Informationen zum Onlinezugangsgesetz und zur digitalen Verwaltungspraxis
- Neue europäische normativer E-Justice-Entwicklungen mit dem Entwurf weiterer Regelungen

(u. a. die E-CODEX-Verordnung) im Zuge des Elektronischen Rechtsverkehrs

- Nutzung von Videokonferenzen in gerichtlichen Verfahren
- Vorstellung des umfangreichen Diskussionspapiers „Modernisierung des Zivilprozesses“ der Arbeitsgruppe der OLG- und BGH-Präsident/innen
- Brandaktuelle Themen wie die SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung
- Die zum 01.01.2021 in Kraft getretene StGB-Novelle („Sechzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Modernisierung des Schriftbegriffs und anderer Begriffe sowie Erweiterung der Strafbarkeit nach den §§ 86, 86a, 111 und 130 des Strafgesetzbuches bei Handlungen im Ausland (StrÄndG 60)“ – BGBl I 2020, 2600)

Verbesserter Zugang dank neuer Kapitelstruktur

Der juris PraxisKommentar Internetrecht wurde für die Neuauflage strukturell überarbeitet: Kapitel 1 enthält nun als Allgemeiner Teil gebündelt Informationen zu Recht und Rechtspolitik der Digitalisierung sowie zur Verantwortlichkeit der Diensteanbieter (ehemaliges Kapitel 10).

Fortlaufende Online-Aktualisierung durch renommierte Autoren

Alle Autoren verfolgen die Entwicklung der maßgeblichen Gesetze, Verordnungen und Entscheidungen permanent und fügen Aktualisierungen fortlaufend und zeitnah in die Kommentierung ein. So arbeiten Sie mit dem juris PraxisKommentar Internetrecht immer auf dem neuesten Rechtsstand.

www.juris.de/internetrecht



Jetzt noch besser zu Recht kommen!

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

Sie durchsuchen mit wenigen Klicks mehr als 40 Top-Titel führender Fachverlage der jurisAllianz – intelligent verlinkt und laufend aktualisiert – von A wie Anwaltkommentar bis Z wie Zöller. Zahlreiche Formulare mit Checklisten, Vorlagen und Mustertexten unterstützen Sie optimal bei Ihrer Fallbearbeitung. Mit juris arbeiten Sie stets rechtssicher und sparen nicht nur Zeit, sondern auch bares Geld.

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

- Anwaltkommentar RVG, Schneider/Wolf
 - Anwaltsgebühren Spezial, AGS
 - Arbeitsrecht Handbuch, Tschöpe
 - Das neue Gebührenrecht für Rechtsanwälte 2021, Schneider
 - Das Prozessformularbuch, Vorwerk
 - FamFG, Prütting/Helms
 - Handbuch Versicherungsrecht, van Bühnen
 - Kanzleimarketing, Hoeflmayr
 - OWi-Sachen im Straßenverkehrsrecht, Beck/Berr/Schäpe
 - SGG Sozialgerichtsgesetz, Breitzkreuz/Fichte
 - Wohnungswirtschaft und Mietrecht, WuM
 - Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, FamRZ
 - Zeitschrift für die Anwaltspraxis, ZAP
 - ZPO Zivilprozessordnung, Zöller
 - und viele weitere Titel
- ⊕ **Gesetze, zitierte Rechtsprechung und Literaturnachweise**

Jetzt **kostenfrei und unverbindlich** testen unter:
www.juris.de/davzusatz

ab **51,75 €**/Monat

zzgl. MwSt.





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