

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

JM 10 | OKTOBER  
2017

## Topthema:

### Käuferrechte bei Abgasmanipulation

Wiss. Mit. Veris-Pascal Heintz

## In dieser Ausgabe:

### Flucht in die Haftungsbeschränkung – Fluch der Haftungsbeschränkung (Teil 2)

Prof. Dr. Christoph Gröpl

### Türkei: Adieu Gewaltenteilung!

Prof. Dr. Ali Yarayan

## Interview:

### Konkurrenz oder Komplementarität? Das Verhältnis zwischen staatlicher Justiz und Schiedsgerichtsbarkeit

Prof. Dr. Reinhard Gaier

### Fehler bei der Nichtzulassungsbeschwerde zum BSG vermeiden!

VPPräsBSG Prof. Dr. Thomas Voelzke

## Neues zum Arbeitszimmer

VRI'inBFH Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel



# JETZT NOCH EINFACHER SUCHEN MIT JURIS.DE



Intelligenter  
suchen



Besser  
überblicken



Intuitiver  
bedienen

Ihre Suche noch einfacher zu machen – das ist einer der Vorteile der neuen juris Recherche. Mit einer optimalen Treffersortierung, einer verbesserten Kategorisierung der Inhalte mit Werken der gesamten jurisAllianz sowie der intuitiven Schnellsuche kommen Sie ab sofort noch schneller ans Ziel. Überzeugen Sie sich selbst! [www.juris.de](http://www.juris.de)

**juris**® Das Rechtsportal

**jurisAllianz**  
Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Topthema:

Zivil- und Wirtschaftsrecht

**Käuferrechte bei Abgasmanipulation**

Wiss. Mit. Veris-Pascal Heintz S. 354

**Flucht in die Haftungsbeschränkung –  
Fluch der Haftungsbeschränkung (Teil 2)**

Prof. Dr. Christoph Gröpl S. 359

**Ersatz des Verdienstauffalls der Eltern  
bei Nichtbereitstellung eines Betreuungs-  
platzes für ein anspruchsberechtigtes Kind**  
BGH, Urt. v. 20.10.2016 - III ZR 278/15,  
III ZR 302/15 und III ZR 303/15

RA und FA für IT-Recht Wolfgang Kuntz S. 364

**Schnecken-tempo vs. Highspeed-Internet  
– die Datenautomatik in Mobilfunkver-  
trägen**

OLG München, Urt. v. 08.12.2016 - 29 U 668/16  
Stv. Dir. d. AG Peter Hilgert S. 366

Arbeitsrecht

**DRK-Schwester als Leiharbeitnehme-  
rinnen – Spiel über Bande**

BAG, Beschl. v. 21.02.2017 - 1 ABR 62/12  
Prof. Dr. Rolf Wank S. 368

Sozialrecht

**Fehler bei der Nichtzulassungsbeschwerde  
zum BSG vermeiden!**

VPräsBSG Prof. Dr. Thomas Voelzke S. 372

Verwaltungsrecht

**Türkei: Adieu Gewaltenteilung!**

Prof. Dr. Ali Yarayan S. 377

**Keine Geheimhaltung von Gutachter-  
namen im Wissenschaftsbereich**

BVerwG, Beschl. v. 10.01.2017 - 20 F 3/16  
Dr. Stefan Danz S. 384

# INHALT

## AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

### Steuerrecht

#### Neues zum Arbeitszimmer

VRi'inBFH Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel S. 386

### Strafrecht

#### Ist Geben besser als Nehmen?

BGH, Beschl. v. 02.08.2016 - 2 StR 154/16  
Wiss. Mit. Moritz Torgau

S. 390

## INTERVIEW

#### Konkurrenz oder Komplementarität? Das Verhältnis zwischen staatlicher Justiz und Schiedsgerichtsbarkeit

Interview mit  
Prof. Dr. Reinhard Gaier

S. 392

## BÜCHERSCHAU

#### Götsche, Versorgungsausgleich leicht gemacht

W.a. RiAG Christian Breuers

S. 395

## Vermanipuliert?



Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Winterhoff,  
Hamburg

Kaum ein Tag vergeht, an dem die Medien nicht über den Abgasskandal berichten. Die von den Autoherstellern angewandten Techniken sind vielfältig. Mal wird eine Manipulationssoftware eingesetzt, die erkennt, ob sich ein Auto auf dem Prüfstand befindet. Ist dies der Fall, wird die Abgasaufbereitung so optimiert, dass möglichst wenig Schadstoffe ausgestoßen werden. Im Normalbetrieb wird dagegen ein Vielfaches an Schadstoffen emittiert, sodass die zulässigen Grenzwerte überschritten werden. Ein anderes Mal wird ein sog. Thermofenster genutzt, die Abgasnachbehandlung also in Abhängigkeit von der Außentemperatur eingeschränkt, um etwaige Schäden am Fahrzeug zu vermeiden. Auch dies hat zur Folge, dass Schadstoffgrenzwerte nur unter optimalen Bedingungen eingehalten, im Realbetrieb aber mitunter deutlich überschritten werden.

In den Vereinigten Staaten hat sich der vom Abgasskandal besonders betroffene VW-Konzern in gerichtlichen Vergleichen zur Rücknahme betroffener Fahrzeuge und zur Leistung von Entschädigungszahlungen verpflichtet. In Deutschland wird dies demgegenüber unter Hinweis auf eine abweichende Rechtslage abgelehnt. Trifft die dieser Haltung zugrunde liegende Annahme zu? Haben deutsche Autokäufer gegenüber ihrem Händler und/oder Fahrzeughersteller keine Ansprüche auf Rücktritt vom Kaufvertrag bzw. auf Schadensersatz? Damit sind wir beim Top-Thema des Oktoberhefts der jM: Käuferrechte bei Abgasmanipulation. Veris-Pascal Heinz geht in seinem Beitrag der Frage

nach, ob manipulierte Kraftfahrzeuge einen Sachmangel im Sinne des Kaufrechts aufweisen und welche Rechte sich aus einem entsprechenden Mangel ergeben. Dabei geht er unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung insbesondere darauf ein, ob die Nachlieferung eines mangelfreien Fahrzeugs verlangt werden kann und ob ein Rücktritt vom Kaufvertrag in Betracht kommt. Ebenso wird die Möglichkeit einer deliktischen Haftung des Herstellers thematisiert.

Technikaffin ist auch das Thema eines weiteren Beitrags: Mobilfunkbetreiber drosseln nach Verbrauch des vereinbarten monatlichen Datenvolumens die Verbindungsgeschwindigkeit – zum Teil auf ein Niveau, das dem technischen Stand der 1990er Jahre entspricht. Darf ein Mobilfunkbetreiber seinen Kunden diese Reduzierung der Verbindungsgeschwindigkeit „ersparen“, indem nach Erschöpfung des regulären Datenvolumens automatisch kostenpflichtig Zusatzvolumina hinzugebucht werden oder gar ein automatischer Wechsel in einen Tarif mit einem höheren Datenvolumen vollzogen wird? Die durchaus kontroverse Rechtsprechung zu dieser Frage schildert Peter Hilgert in seiner Anmerkung zu einer der einschlägigen Entscheidungen des OLG München.

Nicht minder vielstimmig war die Rechtsprechung bisher zu der Frage, ob der Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz mit einem Schadensersatzanspruch der Eltern für den Fall einhergeht, dass es aufgrund des Fehlens eines entsprechenden Platzes zu Verdienstausschlägen kommt. Der BGH hat in der von Wolfgang Kuntz besprochenen Entscheidung klargestellt, dass die diesbezügliche (Amts-) Pflicht auch zugunsten der Eltern (und nicht nur zugunsten des Kindes) wirkt und sich dabei auch auf deren Erwerbsinteresse bezieht. Praktisch besonders relevant ist an der Entscheidung, dass ihr zufolge ein Anscheinsbeweis für das Vorliegen eines Verschuldens spricht.

Neben weiteren Aufsätzen und Entscheidungsanmerkungen aus verschiedensten Rechtsgebieten enthält das aktuelle Heft schließlich ein lesenswertes Interview mit Bundesverfassungsrichter a.D. Reinhard Gaier zum Verhältnis zwischen staatlicher Justiz und Schiedsgerichtsbarkeit. Angeregt wird darin u.a. eine engere Verzahnung beider Sphären durch ein Vorlageverfahren, in dem ein Schiedsgericht zu Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung eine Entscheidung etwa des BGH einholen kann.

Eine ertragreiche Lektüre der Oktober-jM wünscht Ihnen, auch im Namen der anderen Herausgeber und Experten, Ihr

Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Winterhoff

## Käuferrechte bei Abgasmanipulation

Wiss. Mit. Veris-Pascal Heintz

### A. Einleitung

Im September 2015 gab die US-amerikanische Environmental Protection Agency (EPA) bekannt, dass der Automobilhersteller Volkswagen (VW) bei bestimmten Dieselfahrzeugen eine Manipulationssoftware verwendet habe, um Abgaswerte im Testbetrieb einhalten zu können.<sup>1</sup> In den USA hat sich der VW-Konzern der zivilrechtlichen Aufarbeitung des „Abgasskandals“ gestellt und erklärte sich zu einer umfassenden Entschädigung betroffener Kunden bereit.<sup>2</sup> Deutsche Kunden hatten demgegenüber lange das Nachsehen. In den letzten Wochen und Monaten sprechen jedoch immer mehr deutsche Gerichte den Käufern manipulierter Dieselfahrzeuge Rechte zu. Der folgende Beitrag zeigt unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung auf, welche Ansprüche bestehen könnten.

### B. Kernfrage: Vorliegen eines Sachmangels?

Um die in Betracht kommenden Käuferrechte bestimmen zu können, muss der Frage nachgegangen werden, ob die mit einer Manipulationssoftware versehenen Fahrzeuge mangelbehaftet i.S.d. § 434 Abs. 1 BGB sind. Bei Vorliegen eines Sachmangels ist nämlich stets die Anspruchskonkurrenz zwischen der Mängelhaftung nach den §§ 437 ff. BGB und den übrigen Käuferrechten zu beachten.<sup>3</sup> In der instanzgerichtlichen Rechtsprechung wurde diese Frage – soweit ersichtlich – einhellig bejaht.<sup>4</sup> Die Begründung fiel indes unterschiedlich aus. So haben das LG Kempten und das LG Köln entschieden, dass die Einhaltung der Euro-5-Norm bereits Inhalt einer Beschaffenheitsvereinbarung i.S.d. § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB geworden sei.<sup>5</sup> Wenn ein Fahrzeug die Vorgaben dieser Norm nur im Test-, nicht aber im realen Fahrbetrieb erfülle, liege ein Sachmangel vor.<sup>6</sup>

Das Gros der Gerichte stellt hingegen auf das Fehlen einer Beschaffenheit ab, die bei Sachen gleicher Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB).<sup>7</sup> Das OLG Hamm hat hierzu ausgeführt, dass ein Neuwagen nicht schon dann der üblichen und berechtigterweise von einem Käufer zu erwartenden Beschaffenheit entspreche, wenn dieser technisch sicher und fahrbereit sei sowie über alle Genehmigungen verfüge. Durch die Installation der abgasmanipulierenden Software sei vielmehr eine Abweichung von der bei vergleichbaren Fahrzeugen üblichen Beschaffenheit gegeben.<sup>8</sup> Bei ent-

sprechendem Parteivortrag wurde zur Begründung der Mangelhaftigkeit auch der Umstand herangezogen, dass nach den Auflagen des Kraftfahrt-Bundesamtes (KBA) ein Softwareupdate zwingend erforderlich sei, um nicht den Verlust der Allgemeinen Betriebserlaubnis zu riskieren.<sup>9</sup> Daraus könne geschlossen werden, dass Fahrzeuge ohne Softwareupdate nicht vorschriftsmäßig seien.<sup>10</sup> Ein Käufer dürfe üblicherweise erwarten, ein Fahrzeug zu erwerben, dessen Betriebserlaubnis nicht gefährdet sei oder nur mit Auflagen aufrechterhalten werde.<sup>11</sup>

Die Begründung, wonach bereits ein Verstoß gegen eine Beschaffenheitsvereinbarung vorliegt, ist konsequent. Hierbei werden zwei wesentliche Aspekte berücksichtigt. Einerseits, dass die Einhaltung bestimmter Abgaswerte oftmals schon dadurch zum Bestandteil der vertraglichen Vereinbarung wird, weil in dem Vertragsdokument eine Abgasnorm („Euro 5“) als Teil der Typbezeichnung angegeben wird.<sup>12</sup> Andererseits, dass zahlreiche Automobilhersteller die besondere Umweltverträglichkeit ihrer Fahrzeuge in Prospekten oder

- 1 News Release vom 18.09.2015, online abrufbar unter: [www.epa.gov/newsreleases/epa-california-notify-volkswagen-clean-air-act-violations-carmaker-allegedly-used](http://www.epa.gov/newsreleases/epa-california-notify-volkswagen-clean-air-act-violations-carmaker-allegedly-used) (zuletzt abgerufen am 21.08.2017).
- 2 „VW entschädigt alle Kunden in den USA“ in: Süddeutsche Zeitung vom 20.12.2016, online abrufbar unter: [www.sueddeutsche.de/wirtschaft/abgas-betrug-vw-entschaedigt-alle-kunden-in-den-usa-1.3304187](http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/abgas-betrug-vw-entschaedigt-alle-kunden-in-den-usa-1.3304187) (zuletzt abgerufen am 21.08.2017).
- 3 Westermann in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2016, § 437 Rn. 53 ff.; Weidenkaff in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 437 Rn. 48 ff.; Berger in: Jauernig, BGB, 16. Aufl. 2015, § 437 Rn. 28 ff.
- 4 Vgl. in jüngerer Zeit LG Offenburg, Urt. v. 09.06.2017 - 3 O 240/16; LG Aachen, Urt. v. 08.06.2017 - 12 O 347/16; LG Dortmund, Urt. v. 06.06.2017 - 12 O 228/16; LG Osnabrück, Urt. v. 31.05.2017 - 5 O 2218/16; LG Zwickau, Urt. v. 12.05.2017 - 7 O 370/16; LG Osnabrück, Urt. v. 09.05.2017 - 5 O 1198/16.
- 5 LG Kempten, Urt. v. 29.03.2017 - 13 O 808/16; LG Köln, Urt. v. 02.03.2017 - 2 O 317/16.
- 6 LG Kempten, Urt. v. 29.03.2017 - 13 O 808/16; LG Köln, Urt. v. 02.03.2017 - 2 O 317/16.
- 7 So u.a. LG Offenburg, Urt. v. 09.06.2017 - 3 O 240/16; LG Osnabrück, Urt. v. 09.05.2017 - 5 O 1198/16; LG Würzburg, Urt. v. 28.03.2017 - 72 O 1089/16; LG Arnsberg, Urt. v. 24.03.2017 - 2 O 224/16.
- 8 OLG Hamm, Beschl. v. 21.06.2016 - 28 W 14/16; weiterführend LG Kempten, Urt. v. 29.03.2017 - 13 O 808/16.
- 9 KBA ordnete den Rückruf von 2,4 Mio. VW an, vgl. KBA, Mitteilung vom 16.10.2015, online abrufbar unter: [https://www.kba.de/DE/Presse/Archiv/VW/vw\\_inhalt.html](https://www.kba.de/DE/Presse/Archiv/VW/vw_inhalt.html) (zuletzt abgerufen am 21.08.2017).
- 10 LG Offenburg, Urt. v. 21.03.2017 - 3 O 77/16.
- 11 LG Hagen, Urt. v. 18.10.2016 - 3 O 66/16.
- 12 Vgl. LG Köln, Urt. v. 02.03.2017 - 2 O 317/16.

ähnlichen Materialien bewerben<sup>13</sup> – teils werden schon die Modellbezeichnungen entsprechend gewählt (z.B. „BlueMotion“). Solche Angaben können maßgeblichen Einfluss auf die Kaufentscheidung des Kunden haben. Denn bestimmte Abgaswerte können sowohl einen wertbildenden Faktor darstellen als auch für die Nutzbarkeit des Fahrzeugs in Umwelzonen eine Rolle spielen.<sup>14</sup> Insoweit werden Herstellerangaben, die Eigenschaften der Kaufsache beschreiben, zur Grundlage einer Beschaffenheitsvereinbarung i.S.d. § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB.<sup>15</sup> Auf die Eignung zur gewöhnlichen Verwendung i.S.d. § 434 Abs. 1 Satz Nr. 2 BGB kommt es nach hier vertretener Ansicht gar nicht an, da auf diese nur dann abzustellen ist, wenn keine Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 Abs. 1 Satz 1 BGB) vorliegt und die Eignung zur vertraglich vorausgesetzten Verwendung (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB) gegeben ist.<sup>16</sup>

## C. Die Käuferrechte im Einzelnen

### I. Gewährleistungsrechte

Den Käufern eines Fahrzeugs mit manipulierter Abgassteuerung stehen in erster Linie Gewährleistungsansprüche gem. §§ 437 ff. BGB zur Seite. Bei deren Geltendmachung können sich im Rahmen der Nacherfüllung oder hinsichtlich der Rechtsfolgen des Rücktritts Probleme ergeben.

#### 1. Nacherfüllung

Nach den § 437 Nr. 1, § 439 BGB steht dem Käufer ein Wahlrecht zwischen der Nachlieferung eines mangelfreien Fahrzeugs und der Beseitigung des Mangels zu. Die meisten Kunden werden wohl die Lieferung eines Fahrzeugs ohne Manipulationssoftware verlangen.<sup>17</sup> Für den Verkäufer geht diese Art der Nacherfüllung mit hohen finanziellen Belastungen einher, während eine Nachbesserung durch Aufspielen eines Softwareupdates mit niedrigem Aufwand zu bewerkstelligen wäre.<sup>18</sup> Der Verkäufer hat deshalb ein Interesse daran, die Nachlieferung ablehnen zu können und den Käufer auf die Nachbesserung zu verweisen.

##### a. Unmöglichkeit der Nachlieferung

Eine Ablehnung käme zunächst in Betracht, wenn eine Nachlieferung gem. § 439 Abs. 3 Satz 1, § 275 Abs. 1 BGB unmöglich wäre. Hierbei ist zwischen dem Kauf eines Neuwagens und dem eines Gebrauchtwagens zu differenzieren.

Beim Neuwagenkauf als Gattungskauf i.S.d. § 243 Abs. 1 BGB<sup>19</sup> wird eine Nachlieferung unmöglich, wenn die gesamte Gattung untergegangen ist und nicht mehr hergestellt wird bzw. auf dem Markt nicht mehr verfügbar ist.<sup>20</sup> Ein Untergang der gesamten Gattung lässt sich bei den vom „Abgasskandal“ betroffenen Fahrzeugmodellen aus zwei Umständen herleiten: Einerseits wurde die Serienproduktion

jener Fahrzeuge zwischenzeitlich eingestellt.<sup>21</sup> Andererseits sind alle Fahrzeuge mit dem in der Manipulationssoftware liegenden Mangel behaftet.<sup>22</sup> Eine Nachlieferung wäre allenfalls durch die Überlassung eines Fahrzeugs aus der aktuellen Serienproduktion, bei denen es an einer Manipulationssoftware fehlt, denkbar. Einzelne Gerichte erachten das für möglich.<sup>23</sup> Die Fahrzeuge der neuen Modellreihe seien durch die nur geringen optischen und technischen Veränderungen gegenüber dem Vorgängermodell (noch) der selben Gattung zugehörig.<sup>24</sup> Diese Ansicht stützt sich im Wesentlichen auf eine Klausel in den zum Teil streitgegenständlichen Neuwagen-Verkaufsbedingungen. Demnach habe der Käufer bestimmte Veränderungen der Kaufsache während der Lieferzeit zu dulden, sofern diese unter Berücksichtigung der Interessen des Verkäufers für den Käufer zumutbar seien.<sup>25</sup>

Nach vorzugswürdiger Ansicht kann der Käufer hingegen keine Überlassung eines Fahrzeugs der aktuellen Modellbaureihe verlangen.<sup>26</sup> Der Nacherfüllungsanspruch kann als modifizierter Erfüllungsanspruch nicht weiterreichen als der ursprüngliche Erfüllungsanspruch.<sup>27</sup> Er beschränkt sich vielmehr auf die Lieferung einer gleichartigen und gleichwertigen Sache.<sup>28</sup> Fahrzeuge einer neuen Modellbaureihe weisen Eigenschaften und Merkmale auf, die sich (qualitativ) von der ursprünglich geschuldeten Kaufsache unterscheiden (bessere Leistungsdaten usw.). Die Nachlieferung eines Fahrzeugs aus der aktuellen Serienproduktion würde somit zu einer erheblichen Besserstellung des Käufers füh-

13 Hierauf verweisend LG Krefeld, Urt. v. 14.09.2016 - 2 O 72/16; offengelassen LG Aachen, Urt. v. 08.06.2017 - 12 O 347/16.

14 Fuhrmann, ZJS 2016, 124.

15 LG Kempten, Urt. v. 29.03.2017 - 13 O 808/16; Pammler in: jurisPK, BGB II, 8. Aufl. 2017, § 434 Rn. 52 m.w.N.

16 Weidenkaff in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 437 Rn. 25.

17 Bspw. LG Aachen, Urt. v. 08.06.2017 - 12 O 347/16; LG Zwickau, Urt. v. 12.05.2017 - 7 O 370/16; LG Offenburg, Urt. v. 21.03.2017 - 3 O 77/16.

18 LG Offenburg, Urt. v. 21.03.2017 - 3 O 77/16 (Kosten von unter 100 €).

19 OLG Düsseldorf, Urt. v. 02.03.1995 - 13 U 34/94; nachfolgend LG Darmstadt, Urt. v. 27.03.2017 - 13 O 543/16; LG Hagen, Urt. v. 07.10.2016 - 9 O 58/16.

20 Caspers in: Staudinger, BGB, § 275 Rn. 19; Seichter in: jurisPK, BGB II, 8. Aufl. 2017, § 275 Rn. 20.

21 LG Kempten, Urt. v. 29.03.2017 - 13 O 808/16.

22 LG Offenburg, Urt. v. 21.03.2017 - 3 O 77/16.

23 LG Offenburg, Urt. v. 08.06.2017 - 12 O 347/16; LG Aachen, Urt. v. 08.06.2017 - 12 O 347/16; LG Offenburg, Urt. v. 21.03.2017 - 3 O 77/16.

24 LG Offenburg, Urt. v. 21.03.2017 - 3 O 77/16.

25 So jedenfalls Nr. 6 der Neuwagen-Verkaufsbedingungen der Volkswagen AG, zitiert nach LG Offenburg, Urt. v. 21.03.2017 - 3 O 77/16.

26 LG Kempten, Urt. v. 29.03.2017 - 13 O 808/16; LG Darmstadt, Urt. v. 27.03.2017 - 13 O 543/16; LG Bayreuth, Urt. v. 20.12.2016 - 21 O 34/16.

27 LG Bayreuth, Urt. v. 20.12.2016 - 21 O 34/16; Pammler in: jurisPK, BGB II, 8. Aufl. 2017, § 439 Rn. 21.

28 Weidenkaff in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 439 Rn. 15.

ren.<sup>29</sup> Eine solche Besserstellung ist nicht mit Sinn und Zweck des Gewährleistungsrechts vereinbar,<sup>30</sup> das letztlich auf einen gerechten Ausgleich der Käufer- und Verkäuferinteressen gerichtet ist.<sup>31</sup> Auch aus der oben genannten Klausel der teils streitgegenständlichen Neuwagen-Verkaufsbedingungen ergibt sich nichts anderes. Anders als die Gegenansicht meint, sieht diese Regelung lediglich ein Leistungsbestimmungsrecht des Verkäufers vor.<sup>32</sup> Hieraus lässt sich kein Anspruch des Käufers auf Lieferung eines Fahrzeugs, welches von der ursprünglich vereinbarten Gattung abweicht, herleiten.<sup>33</sup>

Fraglich ist, ob diese Grundsätze ebenso beim Kauf eines Gebrauchtwagens als Stückkauf gelten.<sup>34</sup> Denn es wäre zumindest vorstellbar, ein (jüngeres) Gebrauchtfahrzeug ohne Manipulationssoftware als Ersatz zu liefern. Im Schrifttum wird vertreten, die Nachlieferung sei beim Stückkauf von vornherein unmöglich.<sup>35</sup> Die Leistungspflicht des Verkäufers beziehe sich beim Stückkauf nur auf die verkaufte Sache, jede andere Sache sei von vornherein untauglich, den vertraglich geschuldeten Zustand herzustellen.<sup>36</sup> Der BGH und die überwiegende Meinung im Schrifttum lehnt dies zu Recht ab.<sup>37</sup> Der Gesetzgeber wollte ausweislich der Materialien zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz<sup>38</sup> eine Nachlieferung nicht per se ausscheiden lassen, sondern erachtet sie bei gebrauchten Gütern ausnahmsweise für möglich.<sup>39</sup> Die Kaufsache muss dann aber durch eine gleichartige und gleichwertige ersetzt werden können.<sup>40</sup> Das wird bei einem gebrauchten Fahrzeug regelmäßig nicht der Fall sein, denn der Käufer wollte das von ihm besichtigte und für gut befundene Fahrzeug haben.<sup>41</sup> Auf die rein hypothetische Annahme, dass sich vielleicht ein vergleichbarer Gebrauchtwagen ohne Manipulationssoftware finden ließe, kommt es deshalb nicht an. Eine Nachlieferung ist somit auch beim Gebrauchtwagenkauf unmöglich i.S.d. § 439 Abs. 3 Satz 1, § 275 Abs. 1 BGB.

## b. Unverhältnismäßigkeit der Kosten

Eine mögliche Zurückweisung der Nachlieferung wegen Unverhältnismäßigkeit der Kosten (§ 439 Abs. 3 Satz 1 BGB) kommt nach der hier vertretenen Auffassung nicht in Betracht.<sup>42</sup> Eine bereits unmögliche Art der Nacherfüllung muss nicht noch zurückgewiesen werden. Sollte eine Nachlieferung allerdings doch für möglich erachtet werden, wird man im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung abwägen müssen, ob dem Käufer die Nachbesserung als andere Art der Nacherfüllung zumutbar ist. Hierzu sei auf die Ausführungen unter Ziffer 2 Buchstabe b verwiesen.

## c. Rückgriff auf die Nachbesserung?

Eine Nacherfüllung kommt nur in Gestalt der Nachbesserung durch ein Softwareupdate infrage. Seit Dezember 2016 ist ein solches vom KBA für die bisher betroffenen Fahrzeugmo-

delle zugelassen.<sup>43</sup> Eine Nachbesserung erscheint demnach als grds. möglich, wird in Anbetracht der teils geäußerten Bedenken gegen das Softwareupdate aber nicht dem Begehren der Kunden entsprechen. Es ist daher zu prüfen, ob der Käufer nicht die Nacherfüllung in Gestalt der Nachbesserung „überspringen“ und gleich zurücktreten kann.<sup>44</sup>

## 2. Rücktritt

Der Rücktritt kann grds. erst nach erfolglosem Ablauf einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung erklärt werden (§ 437 Nr. 2, § 323 Abs. 1 BGB). Ein sofortiger Rücktritt ist nur möglich, wenn die Fristsetzung ausnahmsweise entbehrlich ist. In der Rechtsprechung wurden sowohl eine Entbehrlichkeit nach § 440 Satz 1 Fall 3 BGB als auch nach § 326 Abs. 5 BGB diskutiert.

### a. Entbehrlichkeit wegen Unmöglichkeit der Nacherfüllung

Eine Fristsetzung ist nach § 437 Nr. 2, § 326 Abs. 5 BGB entbehrlich, wenn beide Arten der Nacherfüllung unmöglich i.S.d. § 275 Abs. 1 – 3 BGB sind. Die Unmöglichkeit der Nachbesserung muss aber so lange in Zweifel gezogen werden, wie nicht eine entsprechende Überprüfung am konkret streitgegenständlichen Fahrzeug stattgefunden hat<sup>45</sup> oder zumindest ausreichende Anhaltspunkte für die Erfolglosigkeit der Nachbesserung vorgetragen werden können.<sup>46</sup> Die vage Befürchtung bzw. Behauptung, ein Soft-

29 LG Darmstadt, Urt. v. 27.03.2017 - 13 O 543/16; LG Bayreuth, Urt. v. 20.12.2016 - 21 O 34/16.

30 LG Darmstadt, Urt. v. 27.03.2017 - 13 O 543/16.

31 Vgl. Weidenkaff in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 437 Rn. 2.

32 LG Darmstadt, Urt. v. 27.03.2017 - 13 O 543/16.

33 LG Kempten, Urt. v. 29.03.2017 - 13 O 808/16; LG Darmstadt, Urt. v. 27.03.2017 - 13 O 543/16.

34 Vgl. BGH, Urt. v. 07.06.2006 - VIII ZR 209/05.

35 Ackermann, JZ 2002, 378, 379; Huber, NJW 2002, 1004, 1006.

36 Ackermann, JZ 2002, 378, 379.

37 BGH, Urt. v. 07.06.2006 - VIII ZR 209/05; Matusche-Beckmann in: Staudinger, BGB, § 439 Rn. 60 ff.; Weidenkaff in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 439 Rn. 15.

38 BGBl. I 2001, 3138.

39 BT-Drs. 14/6040, S. 209.

40 BGH, Urt. v. 07.06.2006 - VIII ZR 209/05; Westermann in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2016, § 439 Rn. 11.

41 Reinking/Eggert, Der Autokauf, 13. Aufl. 2017, Rn. 3435 ff.

42 Vgl. aber LG Zwickau, Urt. v. 12.05.2017 - 7 O 370/16; LG Offenburg, Urt. v. 21.03.2017 - 3 O 77/16.

43 Handelsblatt vom 21.12.2016, online abrufbar unter: [www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/kba-erteilt-freigabe-vw-darf-restliche-dieselmotoren-umruesten/19162070.html](http://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/kba-erteilt-freigabe-vw-darf-restliche-dieselmotoren-umruesten/19162070.html) (zuletzt abgerufen am 21.08.2017).

44 Vgl. Fuhrmann, ZJS 2016, 124, 126.

45 In diese Richtung auch LG Darmstadt, Urt. v. 27.03.2017 - 13 O 543/16.

46 LG Hagen, Urt. v. 07.10.2016 - 9 O 58/16.



wareupdate ziehe negative Folgewirkungen nach sich, vermag indes noch keine Unmöglichkeit der Nachbesserung zu begründen.<sup>47</sup> Damit ist aber nicht gesagt, dass der Käufer erst noch den Erfolg der Nachbesserung abwarten müsse.<sup>48</sup>

### b. Entbehrlichkeit wegen Unzumutbarkeit der Nacherfüllung

Die Nachbesserung kann für den Käufer unzumutbar sein (§ 440 Satz 1 Fall 3 BGB). Für die Beurteilung, ob die Nacherfüllung für den Käufer unzumutbar ist, sind alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, insbesondere die Zuverlässigkeit des Verkäufers, eine nachhaltige Störung des Vertrauensverhältnisses der Parteien, die Art der Sache und der Zweck, für den der Verbraucher sie benötigt, die Art des Mangels und die Begleitumstände der Nacherfüllung;<sup>49</sup> die Unzumutbarkeit ist allein aus der Sicht des Käufers zu beurteilen, eine Interessenabwägung findet nicht statt.<sup>50</sup> Zunächst könnte die erwähnte Befürchtung möglicher Folgemängel für eine Unzumutbarkeit im vorgenannten Sinne sprechen. Anders als bei der Frage nach der Unmöglichkeit der Nachbesserung, muss der Käufer für die Annahme der Unzumutbarkeit i.S.d. § 440 Satz 1 Fall 3 BGB die Folgemängel nicht als sicher eintretend behaupten.<sup>51</sup> Ein berechtigter Mangelverdacht reicht vielmehr aus.<sup>52</sup> Nach diesseitiger Auffassung wäre ein derartiger Mangelverdacht berechtigt, wenn sich aus (gerichtsbekanntem) Stellungnahmen von Fachleuten oder aus dem Verhalten des Herstellers bei der Abwicklung der Nachbesserung entsprechende Anhaltspunkte für negative Folgewirkungen zeigen.

Im Rahmen der Aufarbeitung des „Abgasskandals“ sind noch weitere Umstände aufgetreten, die eine Nachbesserung als unzumutbar erscheinen lassen. So lässt sich die Unzumutbarkeit insbesondere auf das nachhaltig zerrüttete Vertrauensverhältnis zwischen Kunden und Hersteller stützen. Der Käufer hat wenig Anlass, einem Hersteller in Bezug auf die Abgassteuerung zu vertrauen, der sowohl Behörden als auch weite Kundenkreise über Jahre hinweg systematisch irreführt hat.<sup>53</sup> Dieser Vertrauensverlust schlägt sich auch auf das Verhältnis zwischen dem Käufer und dem (Vertrags-)Händler als Verkäufer durch.<sup>54</sup> Der (Vertrags-)Händler hat aufgrund der Besonderheiten des Vertriebssystems und der Besonderheiten der Mängelbeseitigung für das arglistige Verhalten des Herstellers einzustehen.<sup>55</sup> Zu berücksichtigen ist weiterhin, dass die Mangelhaftigkeit der betroffenen Fahrzeuge von Herstellerseite lange Zeit vehement bestritten wurde.<sup>56</sup>

### c. Ausschluss des Rücktritts?

Gem. § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB ist der Rücktritt ausgeschlossen, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist. Die Bestimmung der Erheblichkeit eines Mangels hängt von einer umfassenden Abwägung der beiderseitigen Interessen im Zeitpunkt der

Rücktrittserklärung ab.<sup>57</sup> Der BGH stellt u.a. auf die Kosten der Nachbesserung im Verhältnis zum Kaufpreis ab; ein Nachbesserungsaufwand von mehr als 5 % des Kaufpreises führe regelmäßig zu der Annahme eines erheblichen Mangels.<sup>58</sup> Die Instanzgerichte erkennen ganz richtig, dass es nicht alleine hierauf ankommen kann.<sup>59</sup> Einem Ausschluss des Rücktritts nach § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB stehen hier mehrere Gründe entgegen: Eine Erheblichkeit wird sowohl indiziert, wenn ein Verstoß gegen eine Beschaffenheitsvereinbarung i.S.d. § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB gegeben ist,<sup>60</sup> als auch, wenn der Mangel einen für den Käufer wesentlichen Qualitätsaspekt betrifft.<sup>61</sup> Beides liegt vor, insbesondere markiert die Einordnung in die Euro-5-Norm einen wesentlichen wertbildenden Faktor. Auch der Umstand, dass das KBA die Mängelbeseitigung angeordnet hat, da ansonsten ein Verlust der Betriebserlaubnis droht, spricht für eine erhebliche Pflichtverletzung.<sup>62</sup> Demgegenüber kann sich die Erheblichkeit nicht mehr auf die (noch) fehlende Verfügbarkeit des Softwareupdates gründen,<sup>63</sup> da dieses – wie erwähnt – spätestens seit Dezember 2016 freigegeben ist.

### d. Rechtsfolgen – Pflicht zum Nutzungersatz?

Im Fall eines wirksamen Rücktritts sind die empfangenen Leistungen zurückzugewähren (§ 346 Abs. 1 BGB). Fraglich ist, ob der Käufer im Zuge dessen einen Nutzungersatz gem. § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB schuldet. Sofern es sich bei dem Erwerb des Fahrzeugs um einen Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 Abs. 1 BGB handelt, wurde eine Wertersatzpflicht des Käufers teilweise verneint.<sup>64</sup> Diese Auffassung verkennt in zu extensi-

47 A.A. LG Kempten, Urt. v. 29.03.2017 - 13 O 808/16.

48 So aber LG Frankenthal, Urt. v. 12.05.2016 - 8 O 208/15.

49 LG Krefeld, Urt. v. 14.09.2016 - 2 O 83/16; Pammler in: jurisPK, BGB II, 8. Aufl. 2017, § 440 Rn. 45.

50 Matusche-Beckmann in: Staudinger, BGB, § 440 Rn. 23 f.

51 LG Krefeld, Urt. v. 14.09.2016 - 2 O 83/16; nachfolgend LG Würzburg, Urt. v. 28.03.2017 - 72 O 1089/16.

52 LG Krefeld, Urt. v. 14.09.2016 - 2 O 83/16 m.w.N.

53 LG Köln, Urt. v. 18.05.2017 - 2 O 422/16; LG Krefeld, Urt. v. 14.09.2016 - 2 O 83/16.

54 LG Köln, Urt. v. 18.05.2017 - 2 O 422/16; LG Krefeld, Urt. v. 14.09.2016 - 2 O 83/16.

55 LG Krefeld, Urt. v. 14.09.2016 - 2 O 83/16.

56 Pammler in: jurisPK, BGB II, 8. Aufl. 2017, § 440 Rn. 50 m.w.N.

57 Ernst in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2016, § 323 Rn. 248 ff.

58 Vgl. BGH, Urt. v. 28.05.2014 - VIII ZR 94/13.

59 LG Köln, Urt. v. 18.05.2017 - 2 O 422/16.

60 BGH, Urt. v. 06.02.2013 - VIII ZR 374/11; BGH, Urt. v. 17.02.2010 - VIII ZR 70/07.

61 LG Köln, Urt. v. 18.05.2017 - 2 O 422/16; LG Köln, Urt. v. 02.03.2017 - 2 O 317/16.

62 LG Hagen, Urt. v. 18.10.2016 - 3 O 66/16.

63 So noch LG Würzburg, Urt. v. 28.03.2017 - 72 O 1089/16; LG Köln, Urt. v. 02.03.2017 - 2 O 317/16.

64 LG Zwickau, Urt. v. 12.05.2017 - 7 O 370/16; LG Offenburg, Urt. v. 21.03.2017 - 3 O 77/16; LG Regensburg, Urt. v. 04.01.2017 - 7 O 967/16.

ver Auslegung der „Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie“,<sup>65</sup> dass ein Nutzungersatz nur bei einem Nacherfüllungsverlangen nicht geleistet werden muss. Das gilt aber nicht für den Rücktritt,<sup>66</sup> was die Vorschrift des § 474 Abs. 5 Satz 1 BGB klarstellt.<sup>67</sup> Der zu leistende Nutzungersatz berechnet sich in gängiger Praxis anhand des Neuwertes des Fahrzeugs und der zu erwartenden Gesamtleistung nach folgender Formel:<sup>68</sup>

Bruttokaufpreis × gefahrene Kilometer ÷ voraussichtliche Gesamtleistung

## II. Anfechtung

Denkbar wäre eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nach § 123 Abs. 1 BGB. § 123 BGB ist neben dem Gewährleistungsrecht anwendbar, da beide Regelungsbereiche unterschiedliche Schutzrichtungen verfolgen.<sup>69</sup> Der Arglistvorwurf dürfte jedoch im Ergebnis leerlaufen.<sup>70</sup> Die (Vertrags-)Händler hatten wohl kaum Kenntnis von den unternehmensinternen Entscheidungsvorgängen, die zu der Verwendung der Manipulationssoftware geführt haben.

## III. Deliktische Herstellerhaftung

Gegen den Hersteller werden in erster Linie Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV sowie aus § 826 BGB diskutiert.

### 1. Schutzgesetzverletzung

Durch Angabe falscher Abgaswerte fällt den in den „Abgasskandal“ verwickelten Herstellern ein Verstoß gegen das Verbot der Veräußerung, des Anbietens und der Inverkehrgabe ohne gültige Übereinstimmungserklärung in § 27 Abs. 1 EG-FGV zur Last.<sup>71</sup> Dieser Verstoß zieht eine deliktische Haftung nach sich, wenn es sich bei dem Verbot in § 27 Abs. 1 EG-FGV um ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB handelt. Die Schutzgesetzeigenschaft lässt sich auf mehrere gewichtige Argumente stützen, die Harke im Einzelnen sehr anschaulich dargetan hat.<sup>72</sup> Überzeugend ist es, mit dem BGH auf Sinn und Zweck des Art. 26 Abs. 1 der Richtlinie 2007/46/EG<sup>73</sup> abzustellen,<sup>74</sup> auf den die Vorschrift des § 27 Abs. 1 EG-FGV letztlich zurückgeht. Bei der teleologischen Auslegung des Art. 26 Abs. 1 der Richtlinie 2007/46/EG ist die Zielrichtung der Übereinstimmungserklärung zu berücksichtigen.<sup>75</sup> Da sie vorrangig den Schutz des Fahrzeugwerbers bezweckt, kommt dem Verbot in Art. 26 Abs. 1 der Richtlinie 2007/46/EG eine individual-schützende Funktion zu, die in Gestalt des § 27 Abs. 1 EG-FGV in das nationale Recht übertragen wurde.<sup>76</sup>

### 2. Sittenwidrige Handlung

Die Verwendung einer Manipulationssoftware ist als sittenwidriges Verhalten i.S.d. § 826 BGB einzustufen.<sup>77</sup> Ein Ver-

halten ist sittenwidrig, wenn es „gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ verstößt.<sup>78</sup> Die Täuschung über vertragswesentliche Umstände, um einen anderen zum Vertragsschluss zu bewegen, verstößt regelmäßig gegen die guten Sitten.<sup>79</sup> Hier haben die unwahren Angaben über die Abgaskonformität der betroffenen Fahrzeuge nicht zuletzt Einzug in deren Bewerbung genommen.<sup>80</sup> Der Käufer musste beim Erwerb also fälschlicherweise von der Einhaltung der Abgaswerte ausgehen.<sup>81</sup>

## 3. Zurechnung

Dreh- und Angelpunkt der deliktischen Haftung des Herstellers ist die „Verknüpfung mit dem Fehlverhalten natürlicher Personen, denen der Vorgang zum Vorwurf des Verschuldens gereicht“. <sup>82</sup> Zu prüfen ist mithin, ob das Verhalten der Personen, die auf die Entwicklung bzw. den Einsatz der Manipulationssoftware Einfluss genommen haben, dem Hersteller zugerechnet werden kann.

### a. Zurechnung nach § 31 BGB (analog)

Gem. § 31 BGB sind üblicherweise nur Handlungen der verfassungsmäßig bestellten Vertreter zuzurechnen. Die Rechtsprechung hat über den Wortlaut hinaus eine „Repräsentantenhaftung“ für diejenigen Personen entwickelt, denen durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbstständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind, sodass sie die juristische Person im Rechtsverkehr repräsentieren.<sup>83</sup> Es ist davon auszugehen, dass den Personen, die über die Entwicklung und den Einsatz einer

65 Richtlinie 1999/44/EG, ABl. Nr. L 171 vom 07.07.1999, S. 12 ff.

66 BGH, Urt. v. 16.09.2009 - VIII ZR 243/08.

67 Vgl. Weidenkaff in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 474 Rn. 9.

68 OLG Koblenz, Urt. v. 16.04.2009 - 6 U 574/09; LG Köln, Urt. v. 02.03.2017 - 2 O 317/16; LG Krefeld, Urt. v. 14.09.2016 - 2 O 83/16.

69 Ellenberger in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 123 Rn. 1.

70 LG Osnabrück, Urt. v. 09.05.2017 - 5 O 1198/16; Fuhrmann, ZJS 2016, 124, 126 f.

71 LG Kleve, Urt. v. 31.03.2017 - 3 O 252/16; Harke, VuR 2017, 83.

72 Harke, VuR 2017, 83; auf dessen Ausführungen verweisend LG Kleve, Urt. v. 31.03.2017 - 3 O 252/16.

73 ABl. Nr. L 263 v. 09.10.2007, S. 1 ff.

74 BGH, EuGH-Vorlage v. 09.04.2015 - VII ZR 36/14.

75 Harke, VuR 2017, 83, 85.

76 Harke, VuR 2017, 83, 85.

77 LG Dortmund, Urt. v. 06.06.2017 - 12 O 228/16; LG Kleve, Urt. v. 31.03.2017 - 3 O 252/16.

78 Ständige Rechtsprechung seit RG, Urt. v. 11.04.1901 - VI 443/00.

79 Sprau in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 826 Rn. 20.

80 LG Kleve, Urt. v. 31.03.2017 - 3 O 252/16.

81 Vgl. LG Offenburg, Urt. v. 12.05.2017 - 6 O 119/16.

82 Harke, VuR 2017, 83, 87.

83 BGH, Urt. v. 05.03.1998 - III ZR 183/96.

Manipulationssoftware zu entscheiden hatten, eine Stellung im vorgenannten Sinne zukommt.<sup>84</sup> Nach dem BGH hat der Hersteller für deren Verhalten nach § 31 BGB einzustehen, wenn sie den objektiven und subjektiven Tatbestand der deliktischen Anspruchsgrundlage verwirklicht haben.<sup>85</sup> Das ist wohl zu bejahen, denn den leitenden Mitarbeitern dürfte die Tragweite ihres Handelns durchaus bewusst gewesen sein.

#### b. Darlegungs- und Beweislast

Der Käufer, der einen Anspruch auf Herstellerhaftung durchsetzen möchte, steht vor dem Problem, alle anspruchsbegründenden Tatsachen darlegen und ggf. beweisen zu müssen. Über unternehmensinterne Vorgänge wird ein durchschnittlicher Käufer kaum Angaben machen können. Als beweisbelastete Partei steht er außerhalb des von ihm vorzutragenden Geschehensablaufs und hat keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen.<sup>86</sup> Die Instanzgerichte haben deshalb richtigerweise einen Fall der sekundären Darlegungs- und Beweislast anerkannt.<sup>87</sup> Die Vertreter des Herstellerunternehmens wissen, wer die maßgebliche Entscheidung zur Entwicklung und zum Einsatz der Manipulationssoftware getroffen hat oder können sich dieses Wissen verschaffen.<sup>88</sup> Genügt der Hersteller seinen Substantiierungspflichten nicht, ist prozessual davon auszugehen, dass die Entscheidung von seinen gesetzlichen Vertretern angeordnet oder zumindest gebilligt wurde.<sup>89</sup>

#### IV. Anspruchskonkurrenz und richtiger Anspruchsgegner

Nach den oben dargestellten Grundsätzen stehen dem Käufer verschiedene Ansprüche zur Seite. Als mögliche Anspruchsgegner kommen einerseits der (Vertrags-)Händler und andererseits der Hersteller selbst infrage. Wegen des

grundsätzlichen Vorrangs des Gewährleistungsrechts ist dabei primär der jeweilige (Vertrags-)Händler als Verkäufer haftbar zu machen. Die parallel bestehende Händlerhaftung nach deliktsrechtlichen Gesichtspunkten ist jedoch nicht ausgeschlossen. Der BGH erkennt an, dass die Sperrwirkung des Sachmängelrechts im Dreipersonenverhältnis nicht gelte, wenn ein Arglistvorwurf im Raum stehe.<sup>90</sup> Mehrere Instanzgerichte haben deshalb folgerichtig eine Haftung sowohl des (Vertrags-)Händlers als auch des Herstellers angenommen.<sup>91</sup>

#### D. Ausblick

Die hier zitierten Entscheidungen sind – soweit ersichtlich – noch nicht rechtskräftig. Der „Abgasskandal“ wird die Justiz weiter beschäftigen. Das Vorliegen eines Sachmangels kann nach diesseitiger Überzeugung nicht angezweifelt werden. Weiterhin dürfte der BGH nicht von seiner Rechtsprechung zum Nutzungersatz abweichen. Es bleibt abzuwarten, ob die hier referierten Grundsätze zur Unmöglichkeit der Nachlieferung, zur Unzumutbarkeit der Nachbesserung sowie zur deliktischen Herstellerhaftung höchstrichterlich bestätigt werden.

<sup>84</sup> Vgl. LG Dortmund, Urt. v. 06.06.2017 - 12 O 228/16.

<sup>85</sup> BGH, Urt. v. 20.12.2011 - VI ZR 309/10; BGH, Urt. v. 28.06.2016 - VI ZR 536/15.

<sup>86</sup> LG Kleve, Urt. v. 31.03.2017 - 3 O 252/16 m.w.N.

<sup>87</sup> LG Dortmund, Urt. v. 06.06.2017 - 12 O 228/16; LG Offenburg, Urt. v. 12.05.2017 - 6 O 119/16; LG Kleve, Urt. v. 31.03.2017 - 3 O 252/16.

<sup>88</sup> LG Dortmund, Urt. v. 06.06.2017 - 12 O 228/16.

<sup>89</sup> LG Dortmund, Urt. v. 06.06.2017 - 12 O 228/16; LG Kleve, Urt. v. 31.03.2017 - 3 O 252/16; LG Hildesheim, Urt. v. 17.01.2017 - 3 O 139/16.

<sup>90</sup> BGH, Urt. v. 12.01.2011 - VIII ZR 346/09.

<sup>91</sup> LG Dortmund, Urt. v. 06.06.2017 - 12 O 228/16; LG Kleve, Urt. v. 31.03.2017 - 3 O 252/16; LG Karlsruhe, Urt. v. 22.03.2017 - 4 O 118/16.

## Flucht in die Haftungsbeschränkung – Fluch der Haftungsbeschränkung (Teil 2\*)

### Plädoyer für eine Haftungsverschärfung insbesondere bei Einpersonengesellschaften

Prof. Dr. Christoph Gröpl

#### D. Vergleich: Haftungsbeschränkungen im Steuerrecht

Zu den Gläubigern haftungsbeschränkender Gesellschaften gehören nicht nur Privatpersonen, sondern auch der Staat in seiner Rolle als Inhaber von Ansprüchen aus dem Schuldverhältnis (§ 37 Abs. 1 AO). Kapitalgesellschaften (namentlich Aktiengesellschaften und GmbHs) sind Schuldner einer Vielzahl von Steuern sowie anderer öffentlich-

rechtlicher Abgaben, für deren Festsetzung und Erhebung zahlreiche Gesetze auf die Regelungen des Steuerrechts verweisen.<sup>60</sup> Sehr interessant ist hier, dass sich der Staat als

\* Fortführung des in jM 2017, 315 ff. veröffentlichten ersten Teils.

<sup>60</sup> So etwa bei den Kommunalabgaben, siehe nur § 12 des saarländischen Kommunalabgabengesetzes (KAG).

„Fiskus“ nicht mit dem allgemeinen Haftungsregime zufriedengibt.<sup>61</sup>

## I. Geschäftsführerhaftung

Ein scharfes Schwert stellt die Haftung nach § 69 AO i.V.m. § 34 AO dar.<sup>62</sup> Danach haben die gesetzlichen Vertreter juristischer Personen wie auch die Geschäftsführer von nicht rechtsfähigen Personenvereinigungen deren steuerliche Pflichten zu erfüllen; fehlt ein Geschäftsführer, trifft diese Pflicht die Gesellschafter. Bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Pflichtverletzung haften diese Personen für die Steuerschulden der Gesellschaft und die Erfüllung der anderen steuerlichen Pflichten.<sup>63</sup> Damit gibt der Staat zu erkennen, dass er das von ihm aufgestellte privatrechtliche Haftungsregime für unzureichend hält, um die Verwirklichung schuldrechtlicher Ansprüche sicherzustellen.

## II. Betriebsaufspaltung

Auch die Betriebsaufspaltung<sup>64</sup> führt im Steuerrecht schon seit vielen Jahrzehnten nicht zu der von ihren „Erfindern“ beabsichtigten steuerlichen Vermögensabschirmung. Die ständige Finanzrechtsprechung,<sup>65</sup> die vom BVerfG gebilligt wurde,<sup>66</sup> qualifiziert die Einkünfte des – im Grunde vermögensverwaltenden – Besitzunternehmens als gewerblich, wenn zwischen der Betriebsgesellschaft und dem Besitzunternehmen eine sachliche und personelle Verflechtung vorliegt. Damit unterliegen (auch) diese Einkünfte der Gewerbesteuer; die Wirtschaftsgüter des Besitzunternehmens sind als Betriebsvermögen steuerverstrickt, Wertsteigerungen sind namentlich als Veräußerungsgewinne steuerbar.<sup>67</sup> Eine valide gesetzliche Rechtsgrundlage für diese Rechtsfolgen sucht man bislang vergebens, wohl weil die Finanzrechtsprechung für den „Fiskus“ günstig ist.<sup>68</sup>

## E. Verfassungsrechtliche Würdigung

Was sagt die Verfassung zum strukturellen Problem<sup>69</sup> des Forderungsausfalls bei Gläubigern haftungsbeschränkender Gesellschaften? Eine Antwort findet sich im Grundgesetz zunächst nicht. Aus Respekt vor dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) wurde namentlich die Gestaltung der Privatrechtsordnung dem demokratisch direkt legitimierten Bundesgesetzgeber überlassen (Art. 20 Abs. 2 Satz 2, Art. 38, Art. 72 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 und 11 GG). Verbindliche inhaltliche Leitlinien für die Ausgestaltung des Gesellschaftsrechts und des damit zusammenhängenden Haftungsregimes können indes die Grundrechte vorgeben, an die auch der Gesetzgeber als unmittelbares Recht gebunden ist (Art. 1 Abs. 3 GG).<sup>70</sup> In ihrer abwehrrechtlichen Funktion verbieten sie ungerechtfertigte Eingriffe, in ihrer leistungsrechtlichen Funktion halten sie

den Staat u.a. zum Schutz der Grundrechtsberechtigten an. Erstaunlicherweise wird diese Diskussion – soweit ersichtlich – bislang überwiegend im privatrechtlichen Schrifttum geführt.<sup>71</sup>

## I. Abschichtung der grundrechtlichen Wirkrichtungen

Die Haftung einer von Privaten getragenen Gesellschaft sowie von deren Gesellschaftern und Geschäftsführern berührt das öffentlich-rechtliche Grundrechtsverhältnis zwischen dem Einzelnen und dem Staat nicht unmittelbar: Mit Blick auf Art. 1 Abs. 3 GG sind weder die Gesellschaft noch deren Gesellschafter oder Geschäftsführer grundrechtsgebunden. Solange eine Gesellschaft nicht von der öffentlichen Hand beherrscht wird, stellt es keinen Grundrechtseingriff dar, wenn sie zivilrechtliche Forderungen anderer Privatrechtssubjekte nicht erfüllt.<sup>72</sup>

Der Staat wird jedoch objektiv-rechtlich durch die Grundrechte gebunden, wenn er als Gesetzgeber Gesellschaftsrecht setzt: Eröffnet er privaten Unternehmern die Möglichkeit, ihre Haftung gegenüber Gläubigern durch die Zwischenschaltung von Gesellschaften als „Haftungspuffern“ zu minimieren,<sup>73</sup>

61 Die privatrechtlichen Haftungstatbestände gelten auch im Steuerrecht, arg. § 191 Abs. 4 AO; siehe Seer in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, § 6 Rn. 76.

62 Weitere Haftungstatbestände finden sich z.B. in §§ 70 ff. AO, § 42d EStG (Lohnsteuer), § 44 Abs. 5 EStG (Kapitalertragsteuer), § 12 GrStG (Grundsteuer), § 7 Abs. 2 VersStG (Versicherungsteuer).

63 Siehe auch § 191, §§ 218 ff. AO.

64 Siehe hierzu oben sub B.III.2.

65 Zuerst RFH, Urt. v. 24.03.1937 - VI A 495/36; RFH, Urt. v. 15.06.1938 - VI 172/37; übernommen durch BFH, Urt. v. 08.11.1960 - I 131/59 S.; BFH, Urt. v. 28.01.1965 - IV 179/74 U; ausführlich Wagner, Betriebsaufspaltung und Gewerbesteuer, 1999, S. 8 ff.; Montag in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, § 13 Rn. 82 ff.

66 BVerfG, Beschl. v. 14.01.1969 - 1 BvR 136/62; BVerfG, Beschl. v. 12.03.1985 - 1 BvR 571/81 u.a.

67 Zur Organschaft zwischen einer Betriebstochtergesellschaft und der Besitzmuttergesellschaft Dötsch in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, 2. Aufl. 2008, Rn. 150.

68 Vgl. dazu Kudert/Mroz, StuW 2016, 146 ff. – Vgl. aber an versteckter Stelle § 50i Abs. 1 Satz 4 EStG i.d.F. von Art. 31 Abs. 1 des Gesetzes vom 26.06.2013 (BGBl. I, 1809).

69 Siehe dazu sub C.III.

70 Zur Bindung des „Privatrechtsgesetzgebers“ Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 1 Rn. 52 m.w.N.

71 Siehe insbesondere Bruns, Haftungsbeschränkung und Mindesthaftung, 2003, S. 158 ff.; Fischinger, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, 2015, S. 16 ff., 383 f.

72 Demgegenüber sind privatrechtliche Gesellschaften, die von der öffentlichen Hand beherrscht werden, grundrechtsgebunden, siehe BVerfG, Urt. v. 22.02.2011 - 1 BvR 699/06.

73 § 1 Abs. 1 Satz 2 AktG, § 13 Abs. 2 GmbHG usw. Auch bei der Genossenschaft haftet den Gläubigern gem. § 2 GenG nur das Vermögen der Genossenschaft. Ähnliches gilt für die europäische Aktiengesellschaft

muss er den daraus resultierenden, in der Praxis leider häufigen Ausfall von Forderungen dieser Gläubiger in den Blick nehmen, wenn er dadurch in grundrechtliche Schutzbereiche eingreift oder Schutzpflichten verletzt.

## II. Grundrechtliche Schutzbereiche

### 1. Eigentumsgarantie

Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistet das Eigentum, dessen Begriff weit über das bürgerlich-rechtliche Sacheigentum (§ 903 BGB) hinausreicht und auch relative Rechtspositionen erfasst, insbesondere schuldrechtliche Ansprüche (Forderungen) i.S.d. § 241 Abs. 1 BGB,<sup>74</sup> wozu selbstverständlich auch Forderungen gegen eine haftungsbeschränkende Gesellschaft gehören. Der Schutzbereich der Eigentumsgarantie ist berührt, wenn solche Forderungen nicht (mehr) durchsetzbar sind, weil sich das Vermögen der Gesellschaft zur Befriedigung der Gläubiger als unzureichend erweist und die zuvor erwirtschafteten Gesellschaftsgewinne in Form von Ausschüttungen in das abgeschirmte Vermögen der Gesellschafter abgeflossen sind.

### 2. Berufsfreiheit

Die soeben geschilderte Situation tangiert auch den Schutzbereich der Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG, soweit durch gesellschaftsrechtliche Haftungsbeschränkungen Forderungen, die der beruflichen Tätigkeit der Gesellschaftsgläubiger (Zulieferer, gewerbliche Abnehmer, Subunternehmer) entstammen, in Mitleidenschaft gezogen werden:<sup>75</sup> Gerade im mittelständischen Bereich kann der verzögerte Eingang ausstehender Forderungen, ihre erschwerte Durchsetzbarkeit oder gar ihr Ausfall zu massiven Beeinträchtigungen der Wirtschafts- und Liquiditätslage und ggf. auch zur Insolvenz der Gläubiger führen. Dabei wird typischerweise davon auszugehen sein, dass der Mittelstand nicht die Verhandlungsmacht besitzt, sich Sicherheiten von der schuldnerischen Gesellschaft leisten zu lassen.

### 3. Allgemeine Handlungsfreiheit

Soweit Forderungen in Rede stehen, die Gläubigern nicht im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit, sondern im privaten Bereich zustehen, berühren gesetzliche Haftungsbeschränkungen (auch) die Vertragsfreiheit als Ausfluss der Privatautonomie (§ 311 Abs. 1 BGB) im Rahmen der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG.<sup>76</sup> Dabei ist der Gesetzgeber zwar grds. gehalten, den Interessenausgleich zu achten, der durch den übereinstimmenden Willen der Vertragspartner hergestellt wird.<sup>77</sup> Indessen treffen ihn erhöhte Abwägungs- und Ausgleichspflichten, wenn er selbst die Parität der Vertragspartner aus dem Gleichgewicht bringt,

indem er gesellschaftsrechtliche Rechtsformen zur Verfügung stellt, mit denen die hinter der Gesellschaft stehenden Anteilhaber ihre Haftung beschränken können.

## III. Eingriff – Ausgestaltung – Rechtfertigung

### 1. Mittelbarer Grundrechtseingriff

In ihrer abwehrrechtlichen Funktion suchen Grundrechte die Freiheit des Einzelnen zu sichern, indem sie staatliche Eingriffe in ihre Gewährleistungsbereiche verbieten. Zu einem Eingriff kommt es, wenn der Staat durch seinen Gesetzgeber die Ausübung der Eigentumsgarantie, der Berufsfreiheit und der Vertragsfreiheit ganz oder teilweise unmöglich macht.<sup>78</sup> Zielgerichtetheit, Unmittelbarkeit, Rechtsaktförmigkeit und Durchsetzbarkeit mit Zwang (Imperativität) werden dafür nicht mehr gefordert.<sup>79</sup> Daher greift die Begründung zu kurz, wonach der Gesetzgeber den privaten Gläubigern ihre Forderungen gegen die Gesellschaft selbst nicht entziehe und andererseits Forderungen gegen die dahinter stehenden Gesellschafter niemals begründet worden seien. Ebenso wenig tragfähig ist, dass die unmittelbare Ursache undurchsetzbarer Forderungen nicht das Gesellschaftsrecht sei, sondern die mangelnde Leistungsfähigkeit der konkreten Gesellschaft. Diese Argumentationen verfangen allenfalls im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 GG, wo für Eingriffe eine „objektiv unmittelbar berufsregelnde Tendenz“ verlangt wird.<sup>80</sup> Im Übrigen sind sie zu formalistisch: Der Eingriff liegt ja gerade darin, dass der Gesetzgeber Unternehmern – namentlich Einzelunternehmern – die Möglichkeit einräumt, die Haftung durch die Zwischenschaltung einer Gesellschaft zu „puffern“. Daraus

(SE), siehe Art. 1 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 vom 08.10.2001, ABIEG L 294/1, und für die europäische Genossenschaft mit beschränkter Haftung (SCE), siehe Art. 1 Abs. 2 Unterabs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 vom 22.07.2003, ABIEG L 207/1.

74 BVerfG, Beschl. v. 09.01.1991 - 1 BvR 929/89; BVerfG, Beschl. v. 07.12.2004 - 1 BvR 1804/03 - ständige Rechtsprechung und allgemeine Meinung, vgl. nur Jarass in: Jarass/Piero, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 14 Rn. 6.

75 Nach BVerfG, Beschl. v. 11.07.2006 - 1 BvL 4/00 gehört zur Berufsfreiheit auch die Vertragsfreiheit im Bereich beruflicher Betätigung.

76 BVerfG, Beschl. v. 25.01.2011 - 1 BvR 1741/09 - ständige Rechtsprechung; allgemeine Meinung, vgl. nur Jarass in: Jarass/Piero, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 2 Rn. 22 m.w.N.

77 BVerfG, Urt. v. 06.02.2001 - 1 BvR 12/92; BVerfG, Urt. v. 26.07.2005 - 1 BvR 782/94 u.a.; BVerfG, Urt. v. 26.07.2005 - 1 BvR 80/95.

78 Peine in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, 2009, Bd. III, § 57 Rn. 29 ff.; Jarass in: Jarass/Piero, GG, 14. Aufl. 2016, Vorbem. vor Art. 1 Rn. 29.

79 Der „klassische“ Eingriffsbegriff ist durch den „modernen“ Eingriffsbegriff überwunden, siehe statt aller Hillgruber in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, 3. Aufl. 2011, Bd. IX, § 200 Rn. 89 ff. Zum „modernen“ Eingriffsbegriff BVerfG, Beschl. v. 11.06.2006 - 1 BvL 4/00.

80 BVerfG, Beschl. v. 13.07.2004 - 1 BvR 1298/94 u.a.; weitere Nachweise bei Jarass in: Jarass/Piero, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 12 Rn. 15.

resultieren Forderungsausfälle, die nicht in diesem Ausmaß aufräumen, wenn die (Einzel-)Unternehmer ihre Haftung nicht beschränken könnten. Die Unmittelbarkeit eines Eingriffs durch staatlichen Rechtsakt ist zur Aktivierung der Freiheitsgrundrechte nicht erforderlich; mittelbar-faktische Beeinträchtigungen reichen aus.<sup>81</sup> Maßgeblich sind dabei die Zurechenbarkeit der Beeinträchtigung zum staatlichen Bereich und deren Intensität (Schwere). Die Benachteiligung von Gläubigern durch die Statuierung gesetzlicher Haftungsbeschränkungen ist offensichtlich dem Gesetzgeber zuzurechnen. Auch können Haftungsbeschränkungen die Gläubiger in die Krise geratener Gesellschaften schwer, mitunter existenziell treffen. Dabei darf dem Gesetzgeber zwar das Ziel nicht unterstellt werden, Forderungsgläubiger zu beeinträchtigen; eine solche Finalität ist jedoch nach h.M. nicht notwendige Voraussetzung für einen mittelbaren Grundrechtseingriff.<sup>82</sup>

## 2. Keine Grundrechtsumgehung durch Ausgestaltung

Dagegen lässt sich nicht einwenden, der Gesetzgeber dürfe das Privatrecht ausgestalten und verfüge dabei über einen großen Einschätzungsspielraum.<sup>83</sup> Wie zu Recht gesagt wird, begründet die Anerkennung von Gestaltungsaufträgen des Gesetzgebers im grundrechtlichen Kontext die handgreifliche Gefahr, dass die Eingriffsvorbehalte durch dogmatische Umwidmung von Eingriffen in anders oder weniger rechtfertigungsbedürftige, insbesondere nicht den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes unterliegende Ausgestaltungen umgangen werden. Auch die auf ein bestimmtes Ziel hin orientierte normative Steuerung der Freiheitsentfaltung bringe stets auch eine Begrenzung der Freiheit mit sich; Exklusivität von Ausgestaltung und Eingriff bestehe nicht.<sup>84</sup>

## 3. Keine Rechtfertigung

Angesichts dieser grundrechtlichen Ausgangslage sind gesetzliche Haftungsbeschränkungen für Unternehmer rechtfertigungsbedürftig. Dieser Aufgabe hat sich – soweit ersichtlich – bislang weder der Gesetzgeber noch die Rechtsprechung noch das Schrifttum im erforderlichen Maß gestellt. Sie kann auch im Rahmen dieses Beitrags nicht geleistet werden. Angedeutet sei nur so viel: Die Ermöglichung von gesellschaftsrechtlichen „Haftungspuffern“ muss von legitimen Zwecken motiviert sein, etwa der sachangemessenen Begrenzung unternehmerischen Risikos zur Förderung von Wirtschaft und Beschäftigung. Dies mag auf Gesellschafter zutreffen, die keinen Einfluss auf die Geschäftsführung ausüben.<sup>85</sup> Insbesondere für Unternehmer von Einpersonengesellschaften taugt dieser Zweck nicht. Im Übrigen wäre das Mittel – die Haftungsbeschränkung, die bei Untermögensgesellschaften (haftungsbeschränkt) einem Haftungsausschluss gleichkommt – in Abwägung mit den berechtigten Interessen der Forderungsgläubiger diesen jedenfalls nicht zumutbar und damit unverhältnismäßig.

## IV. Staatliche Schutzpflichten

### 1. Grundlegung

Selbst wer Grundrechtseingriffe durch die Ermöglichung gesellschaftsrechtlicher Haftungsbeschränkungen ablehnen wollte, befreit den Gesetzgeber dadurch nicht von seinen grundrechtlichen Bindungen. Denn die sozialstaatlich motivierte Dogmatik der vergangenen Jahrzehnte hat die Grundrechte mit Leistungsfunktionen aufgeladen,<sup>86</sup> die den Staat u.a. verpflichten, sich „schützend und fördernd“ vor die Grundrechtsberechtigten zu stellen.<sup>87</sup> Die daraus entspringenden Schutzpflichten des Staates sind Teil der objektiv-rechtlichen Dimension der Grundrechte.<sup>88</sup>

### 2. Standpunkt der Zivilrechtslehre

Eine bereichsspezifische Relativierung erfahren die grundrechtlichen Schutzpflichten durch die These, dem Gesetzgeber komme im Privatrecht ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Gestützt wird dies durch das Argument, in privatrechtlichen Konfliktlagen seien regelmäßig auf beiden Seiten Grundrechtspositionen berührt<sup>89</sup> – insoweit sind Parallelen zur oben erwähnten Sicht von der Ausgestaltung der Grundrechte erkennbar.<sup>90</sup> Unter Verweis darauf pflegt das zivilrechtliche Schrifttum die verfassungsrechtlichen Probleme der Haftungsbeschränkung als entschärft beiseitezulegen.<sup>91</sup> Es wird sogar propagiert,

81 Siehe Nachweise in Fn.Error! Bookmark not defined..

82 Hillgruber in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, 3. Aufl. 2011, Bd. IX, § 200 Rn. 89, 93; Sachs in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Vor Art. 1 Rn. 86; Kingreen/Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, 32. Aufl. 2016, Rn. 261 ff.

83 Zur Ausgestaltung von Grundrechten BVerfG, Beschl. v. 19.12.2012 - 1 BvL 18/11; BVerfG, Ur. v. 19.02.2013 - 1 BvL 1/11 u.a. Zur Kritik Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl. 2016, Vorbem. vor Art. 1 Rn. 34a m.w.N.; Hillgruber in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, 3. Aufl. 2011, Bd. IX, § 200 Rn. 62 ff.

84 Hillgruber in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, 3. Aufl. 2011, Bd. IX, § 200 Rn. 64 f.

85 Siehe oben sub A.II.

86 Siehe nur Enders, VVDStRL 64 (2005), 7, 29 f.; Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. 2005; Isensee in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, 3. Aufl. 2011, Bd. IX, § 191 (Abwehrrecht und Schutzpflicht) Rn. 146 ff.; Isensee in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, 3. Aufl. 2009, Bd. VII, § 150 (Privatautonomie) Rn. 97 ff.; Badura, Staatsrecht, 6. Aufl. 2015, C 22, jeweils m.w.N.

87 So insbesondere für das Recht auf Leben, siehe nur BVerfG, Ur. v. 16.10.1977 - 1 BvQ 5/77; vgl. auch BVerfG, Ur. v. 01.12.2009 - 1 BvR 2857, 2858/07.

88 Sachs in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Vor Art. 1 Rn. 35 ff., 39 ff. m.w.N.

89 Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl. 2016, Vor Art. 1 Rn. 7 und Art. 1 Rn. 53, jeweils m.w.N.

90 Siehe oben sub E.III.2.

91 Zöllner in: Dauner-Lieb u.a. (Hrsg.), Festschrift für Konzen, 2006, S. 999 ff.; Fischinger, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, 2015, S. 384.

privaten Wirtschaftsteilnehmern, namentlich gestützt auf die Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG, einen Anspruch darauf zu geben, dass der Gesetzgeber ihnen Gesellschaftsformen mit Haftungsbeschränkung zur Verfügung stellt.<sup>92</sup> Beim Gläubigerschutz hält man eine „gewisse Mindestsicherung“ für ausreichend. Abgesehen davon wird auf die Privatautonomie, also die Freiwilligkeit des Vertragsschlusses (§ 311 Abs. 1 BGB) verwiesen, in der ein (Grundrechts-)Verzicht auf staatlichen Schutz liegen soll – es sei denn, dem Vertragspartner bleibe ausnahmsweise aufgrund der Marktsituation keine andere Wahl, als mit einer haftungsbeschränkenden Gesellschaft zu kontrahieren.<sup>93</sup> Bereits dieses Argument dürfte jedoch durch die realen Marktgegebenheiten in sein Gegenteil verkehrt werden, da im Wirtschaftsverkehr kaum noch Unternehmen als Vertragspartner zu finden sind, bei denen die Gesellschafterhaftung nicht beschränkt ist.

### 3. Unterschreitung des Untermaßes

Das BVerfG stellt die Verletzung grundrechtlicher Schutzpflichten durch den Gesetzgeber fest, wenn der Gesetzgeber Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen hat oder wenn die getroffenen Regelungen offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben<sup>94</sup> (sog. Untermaßverbot).<sup>95</sup> Diese Gefahr verneint das privatrechtliche Schrifttum mit dem Argument, der Gesetzgeber habe Regelungen getroffen, um „den Ausschluss der persönlichen Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft erträglich und rechtspolitisch vertretbar zu machen“, auch wenn – immerhin – im selben Atemzug zugegeben wird, dass „keines dieser Mittel [...] probat“ sei.<sup>96</sup>

Nun hat aber die oben angestellte Analyse der zivilrechtlichen Maßgaben und Maßnahmen, den Gläubigerschutz zu gewährleisten, gezeigt, dass vieles im Argen liegt:<sup>97</sup> Der Gesetzgeber schafft erst die Möglichkeit für Unternehmer, haftungsbeschränkende Gesellschaften als „Puffer“ zwischen sich und ihre Gläubiger zu schieben. Die Rechtsprechung diskutiert bloße Reaktionsansprüche, die greifen (sollen), wenn die Forderungen der Gläubiger ausgefallen sind. Das Problem wird nicht an der Wurzel gepackt, nämlich an der Haftungsbeschränkung als solcher. Angesichts der Zahl der jährlichen Insolvenzen<sup>98</sup> gerade in ausgewählten Geschäftsbereichen ist zu konstatieren, dass die vom Gesetzgeber als Ausgleich zur Haftungsbeschränkung ergriffenen Maßnahmen offensichtlich nicht ausreichen, um einen effektiven Gläubigerschutz sicherzustellen. Das „grundrechtliche Maß“ ist „unterschritten“, der Gesetzgeber ist aufgefordert, die Unternehmenswirklichkeit zu analysieren und für Abhilfe zu sorgen.

## V. Gleichbehandlung der privaten Gläubiger mit dem „Fiskus“

### 1. Gleichheitsrelevanz

Für eine Prüf- und Handlungspflicht des Gesetzgebers spricht auch der Vergleich mit dem Steuerrecht: Angesichts der oben<sup>99</sup> geschilderten Rigorosität des Staates, seine Steueransprüche über spezifische Haftungstatbestände durchzusetzen (§§ 34, 69 AO), ist die Ungleichbehandlung mit Forderungsgläubigern im Privatrecht evident.<sup>100</sup> Damit erlangt der allgemeine Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG Relevanz.

### 2. Keine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

Ungleichbehandlungen verschiedener Sachverhalte sind nicht generell verfassungswidrig, müssen aber durch hinreichend gewichtige Sachgründe gerechtfertigt werden, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind.<sup>101</sup> Daraus ergibt sich die Frage, ob zwischen den verschiedenen Gläubigergruppen (private Gläubiger versus „Fiskus“) Unterschiede solcher Art oder solchen Gewichts bestehen, dass sie die Ungleichbehandlung bei der Haftungsbeschränkung rechtfertigen können.<sup>102</sup> Mit dem „Steuerfiskus“ tritt dem Steuerpflichtigen der Staat gegenüber, seine Steueransprüche sind öffentlich-rechtlicher Natur.<sup>103</sup> Dieser unterschiedliche Rechtscharakter darf jedoch nicht per se zu einem Vorrecht des Staates vor privaten Forderungsgläubigern führen: Auch wenn Steuern der Finanzierung öffentlicher Aufgaben dienen,<sup>104</sup> haben die zugrunde liegenden Steueransprüche allein da-

92 Hierzu und zum Folgenden Bruns, Haftungsbeschränkung und Mindesthaftung, 2003, S. 165 ff., 174 ff., mit Verweis auf Wiedemann, Gesellschaftsrecht, 1980, S. 667 ff.

93 Fischinger, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, 2015, S. 383 f.

94 BVerfG, Urt. v. 01.12.2009 - 1 BvR 2857, 2828/07 m.w.N.

95 Isensee in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, 3. Aufl. 2011, Bd. IX, § 191 Rn. 303.

96 So Zöllner in: Dauner-Lieb u.a. (Hrsg.), Festschrift für Konzen, 2006, S. 999 ff.; unkritischer Fischinger, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, 2015, S. 384.

97 Siehe oben sub C.I. und II.

98 Im Jahr 2016 mussten 21.700 Unternehmen Insolvenz anmelden; <https://www.creditreform.de/nc/aktuelles/news-list/details/news-detail/insolvenzen-in-deutschland-jahr-2016-3303.html> (zuletzt abgerufen am 24.08.2017).

99 Siehe oben sub D.

100 Siehe oben sub B. und C.

101 BVerfG, Beschl. v. 21.06.2011 - 1 BvR 2035/07; BVerfG, Beschl. v. 19.12.2012 - 1 BvL 18/11.

102 Vgl. allgemein BVerfG, Beschl. v. 17.01.2012 - 2 BvL 4/09.

103 Siehe § 3 Abs. 1, § 33 Abs. 1, § 37 Abs. 1, § 43, § 347 Abs. 2 AO.

104 Vgl. § 2 HGrG und § 2 BHO.

durch keinen höheren Wert. Denn der „Fiskus“ und davon abhängig das System der sozialen Marktwirtschaft leben essenziell vom Erfolg privaten Wirtschaftens, zu dem der private Leistungsaustausch und auch die Durchsetzbarkeit privater Forderungen gehören. Abgesehen davon kann es sich der Einzelne angesichts der Allgegenwart haftungsbeschränkender Gesellschaften nicht mehr aussuchen, Verträge nur mit nicht-haftungsbeschränkten Unternehmen zu schließen.<sup>105</sup> Überdies kann sich die Privilegierung des „Fiskus“ gegenüber privaten Gläubigern auf die Ausübung von deren Grundrechten auswirken, insbesondere auf die Privatautonomie, die Berufsfreiheit sowie die Eigentumsgarantie.<sup>106</sup> Denn der bevorrechtigte Zugriff des „Fiskus“ kann dazu führen, dass private Gläubiger keine Haftungsmasse mehr vorfinden, wenn sie im Rahmen der von der Rechtsprechung entwickelten Institute – ausnahmsweise – Geschäftsführer oder Gesellschafter in Haftung nehmen dürfen.<sup>107</sup> Kurzum: Die Durchbrechung des „Haftungspuffers“ nur zugunsten des „Fiskus“ ist dazu angetan, eine verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigende Bevorzugung zulasten privater Gläubiger darzustellen.

## F. Fazit

Die Haftungsbeschränkung von Unternehmern im Rechtsverkehr durch Zwischenschaltung haftungsbeschränkender „Gesellschaften“, die diese Bezeichnung bei Einpersonunternehmen im Grunde gar nicht verdienen, ist nicht zu akzeptieren. Angesichts des praxisrelevanten Ausfalls von Forderungen privater Gläubiger wirft dieser Zustand auch ernst zu nehmende verfassungsrechtliche Probleme auf. Der Rechtsprechung gelingt es nicht, wirksam Abhilfe gegen den Missbrauch von „Haftungspuffern“ zu schaffen. Der Gesetzgeber scheint diesen Zustand hinzunehmen unter Verweis auf die Bedürfnisse des Wirtschaftsverkehrs und die Konkurrenzfähigkeit des deutschen Gesellschaftsrechts. Spätestens mit der Einführung von Unternehmergesellschaften (haftungsbeschränkt) ist das grundrechtliche Maß an Schutz des Rechtsverkehrs unterschritten worden. Die Gesetzgeber auf nationaler wie unionaler Ebene sind aufgefordert, die Unternehmens- und Insolvenzwirklichkeit einer genauen Analyse zu unterziehen und daran anknüpfend effektive Schritte zum Schutz der Gläubiger in die Wege zu leiten. Eine Möglichkeit wären effektivere Mechanismen zur Sicherung des Haftungskapitals haftungsbeschränkender Gesellschaften und dessen automatische Erhöhung am Maßstab des Umsatzvolumens. Unterstützt werden könnte dies durch Steuererleichterungen, etwa durch die Option zum Aufbau steuerfreier Haftungsrücklagen. Nachzudenken wäre zudem über die Pflicht zum Abschluss einer Forderungsausfallversicherung. Sollten sich diese Maßnahmen als ungeeignet erweisen, wäre darüber

nachzudenken, dass sich haftungsbeschränkende Einperson- oder Strohmanggesellschaften<sup>108</sup> kraft Gesetzes (also automatisch) in voll haftende Einzelunternehmen umwandeln. Insofern kommt der bereits vor vielen Jahrzehnten erhobenen Forderung, die „juristische Persönlichkeit bei der Einmanggesellschaft ganz fallen zu lassen“,<sup>109</sup> ungebrochene Aktualität zu.

105 Sub E.IV.2.

106 Siehe oben sub E.II.

107 Siehe dazu oben sub D.I.

108 Zu „Strohmang-Gründungen“ siehe sub B.I.

109 Schilling, JZ 1953, 161, 165.

## Ersatz des Verdienstausfalls der Eltern bei Nichtbereitstellung eines Betreuungsplatzes für ein anspruchsberechtigtes Kind

BGH, Ur. v. 20.10.2016 - III ZR 278/15, III ZR 302/15 und III ZR 303/15

### RA und FA für IT-Recht Wolfgang Kuntz

#### A. Problemstellung

Der BGH hat mit den oben genannten Urteilen eine zunächst vom LG Leipzig erstmalig behandelte Rechtsfrage nun endgültig entschieden und festgestellt, dass der zuständige Träger der öffentlichen Jugendhilfe seine Amtspflicht verletzt, wenn er einem gem. § 24 Abs. 2 SGB VIII (in der ab dem 01.08.2013 geltenden Fassung) anspruchsberechtigten Kind trotz rechtzeitiger Anmeldung des Bedarfs keinen Betreuungsplatz zur Verfügung stellt. Für das Verschulden des Amtsträgers kommt dem Geschädigten ein Beweis des ersten Anscheins zugute. Die mit dem Anspruch aus § 24 Abs. 2 SGB VIII korrespondierende Amtspflicht bezweckt auch den Schutz der Interessen der personensorgeberechtigten Eltern. In den Schutzbereich der verletzten Amtspflicht fällt auch der Verdienstausfallschaden, den Eltern dadurch erleiden, dass ihr Kind entgegen § 24 Abs. 2 SGB VIII keinen Betreuungsplatz erhält.

Nachdem das LG Leipzig ebenfalls in diesem Sinne entschieden hatte und das OLG Dresden diese Entscheidung aufgehoben und die Klage abgewiesen hatte, steht nun fest, dass es eine auch die Eltern schützende Amtspflicht der Träger der öffentlichen Jugendhilfe gibt, einen Betreuungsplatz für ein Kind zur Verfügung zu stellen und dass ein Verdienstausfallschaden der Eltern grds. ersatzfähig ist.



## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidungen

### I. Die Entscheidung des OLG Dresden

Auch das OLG Dresden<sup>1</sup> hatte eine Amtspflichtverletzung angenommen, die Eltern seien aber nicht geschützte Dritte der Amtspflicht des Trägers. Anspruchsberechtigt nach § 24 Abs. 2 SGB VIII sei allein das betreuungsbedürftige Kind. Der Anspruch zielt ausschließlich auf dessen frühkindliche Förderung. Die erziehungsberechtigten Eltern des Kindes seien vom Schutzbereich dieser Norm nicht umfasst. Anderes ergebe sich auch aus den Gesetzesmaterialien nicht. Von den in § 22 Abs. 2 SGB VIII genannten Förderungsgrundsätzen habe der Gesetzgeber ausdrücklich nur die frühkindliche Förderung in § 24 Abs. 2 SGB VIII erwähnt, nicht aber die Hilfe zur besseren Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Kindererziehung. Im Übrigen wäre der geltend gemachte Verdienstaufschaden selbst dann, wenn die Eltern geschützte Dritte sein sollten, vom Schutzbereich der verletzten Amtspflicht nicht erfasst. Dieser beziehe sich allein auf die frühkindliche Förderung, nicht hingegen auf das Erwerbsinteresse der Eltern.

### II. Die Begründung des BGH

Der Förderungsanspruch steht zwar zunächst alleine dem Kind zu, dies hindert einen Drittschutz zugunsten der Eltern nach den Rechtsprechungsgrundsätzen jedoch nicht, weil die hier im Streit stehende Amtspflicht gerade auch den Zweck hat, ihre Belange wahrzunehmen.

Tageseinrichtungen für Kinder und Kindertagespflege sollen neben Erziehungs-, Bildungs- und Förderungszwecken auch den Eltern dabei helfen, Erwerbstätigkeit und Kindererziehung besser miteinander vereinbaren zu können (§ 22 Abs. 2 Nr. 3 SGB VIII). Diese Förderungsgrundsätze gelten auch für den Anspruch aus § 24 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII. Das hiergegen vorgebrachte Argument, in § 24 Abs. 2 SGB VIII sei nur die frühkindliche Förderung erwähnt und keine generelle Bezugnahme auf § 22 Abs. 2 SGB VIII enthalten, überzeugt nach Ansicht des BGH nicht. Die in § 22 Abs. 2 SGB VIII beschriebenen Förderungsgrundsätze gelten ohne Einschränkung und Differenzierung für den gesamten dritten Abschnitt des zweiten Kapitels des SGB VIII, also auch für § 24 Abs. 2 SGB VIII.

Die auch gegenüber den personensorgeberechtigten Eltern als geschützten Dritten bestehende, mit § 24 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII korrespondierende Amtspflicht, dem Kind bei rechtzeitiger Bedarfsanmeldung ab Vollendung des ersten Lebensjahres einen Betreuungsplatz zur Verfügung zu stellen, erstreckt sich auch auf das Erwerbsinteresse der Eltern. Es entspricht der im Gesetz zum Ausdruck gekommenen Regelaussicht des Gesetzgebers, die Vereinbarkeit von Familie und Erwerbsleben zu verbessern und Anreize für die Erfüllung von Kinderwünschen zu schaffen. Den Eltern ein- bis

dreijähriger Kinder soll eine Erwerbstätigkeit leichter als bisher ermöglicht werden. Hieraus folgt, dass der Verdienstaufschaden, den ein Elternteil infolge der Nichtbereitstellung eines Betreuungsplatzes erleidet, grds. vom Schutzbereich der verletzten Amtspflicht mitumfasst wird.

Dem Geschädigten kommt dabei eine Beweiserleichterung zustatten. Nach der Rechtsprechung des Senats genügt für den grds. dem Geschädigten obliegenden Nachweis des Verschuldens des Amtsträgers der Beweis eines Sachverhalts, der nach dem regelmäßigen Ablauf der Dinge die Folgerung begründet, dass ein Beamter seine Amtspflicht schuldhaft verletzt hat; auf dieser Grundlage besteht zugunsten des Geschädigten in Bezug auf das Verschulden des Amtsträgers ein Beweis des ersten Anscheins. Ein solcher Sachverhalt liegt vor, wenn der zuständige Träger der öffentlichen Jugendhilfe seiner unbedingten Gewährleistungspflicht, einen rechtzeitig beantragten Betreuungsplatz zur Verfügung zu stellen, nicht nachkommt.

Es ist daher Sache des Trägers, den gegen ihn streitenden Anscheinsbeweis zu erschüttern. Auf allgemeine finanzielle Engpässe kann er sich hierbei nicht mit Erfolg berufen, weil der zuständige Träger der öffentlichen Jugendhilfe nach der gesetzgeberischen Entscheidung für eine ausreichende Anzahl an Betreuungsplätzen grds. uneingeschränkt, d.h. insbesondere ohne „Kapazitätsvorbehalt“, eintreten muss.

### C. Kontext der Entscheidungen

Eine Vielzahl von bisherigen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte betrifft die Frage, ob der Träger der öffentlichen Jugendhilfe Aufwendungsersatz analog § 36a Abs. 3 Satz 1 SGB VIII leisten muss, wenn die Eltern sich erfolgreich um eine anderweitige Betreuung ihres Kindes bemühen.

Der VGH Mannheim hat hierzu entschieden, dass der Träger der öffentlichen Jugendhilfe Aufwendungsersatz analog § 36a Abs. 3 Satz 1 SGB VIII zu leisten hat, wenn er nicht imstande ist, dem unter dreijährigen Kind in Erfüllung des Rechtsanspruchs aus § 24 Abs. 2 SGB VIII einen Betreuungsplatz in einer Tageseinrichtung oder in Kindertagespflege zur Verfügung zu stellen.<sup>2</sup> Erstattungsfähig sind dabei i.d.R. diejenigen Aufwendungen, die der Selbstbeschaffer unter Berücksichtigung der Verpflichtung zu wirtschaftlichem Handeln nach Lage der Dinge für erforderlich halten durfte. Abzusetzen sind im Wege des Vorteilsausgleichs etwaige Kostenbeiträge nach § 90 Abs. 1 SGB VIII.

Ähnlich hatte bereits der VGH München entschieden.<sup>3</sup>

1 OLG Dresden, Urt. v. 26.08.2015 - 1 U 320/15.

2 VGH Mannheim, Urt. v. 08.12.2016 - 12 S 1782/15.

3 VGH München, Urt. v. 22.07.2016 - 12 BV 15/719.

Die Gerichte stellen dabei übereinstimmend fest, dass der Umstand, dass der Rechtsanspruch auch durch den Nachweis eines Platzes bei einem freien oder privaten Träger erfüllt werden kann, keine wie auch immer geartete öffentlich-rechtliche Überformung dieses Betreuungsangebots bewirkt. Demzufolge kann die (Selbst-)Beschaffung eines Betreuungsplatzes durch die Eltern eines anspruchsberechtigten Kindes auch keine Erfüllung des gegen den öffentlichen Träger gerichteten Verschaffungsanspruchs aus § 24 Abs. 2 SGB VIII bewirken.

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

Der BGH schließt sich mit der Entscheidung der Ansicht der überwiegenden Kommentarliteratur und zahlreicher Aufsätze<sup>4</sup> zu dem Thema, die zum Teil in der Folge der ersten Entscheidungen des LG Leipzig<sup>5</sup> veröffentlicht wurden, an.

Als Beweiserleichterung für den Anspruchsteller nimmt der BGH einen Anscheinsbeweis an und erteilt der – teilweise vertretenen – Annahme einer unwiderleglichen Vermutung eine Absage. Soweit der BGH vom Träger der öffentlichen Jugendhilfe die Erschütterung des Anscheinsbeweises verlangt, um ein Verschulden ggf. auszuschließen, wird im Prinzip jedoch etwas Unmögliches verlangt, da der BGH selbst einräumt, dass die fehlenden Kapazitäten den Träger nicht entlasten können. Aus welchen Gründen der BGH angesichts dieser Sachlage eine unwiderlegliche Vermutung ausgeschlossen hat, erschließt sich nicht. Die vom BGH gewählte Formulierung provoziert daher eventuell – unnötig – weitere Rechtsstreitigkeiten um die Frage der Exkulpation, für die der BGH in der Entscheidung im Übrigen keine einzige Möglichkeit exemplarisch aufgezeigt hat.

Offen und nicht vom BGH entschieden ist die Frage, ob in Anwendung des § 839 Abs. 3 BGB zunächst der Rechtsweg mit dem Ziel der Erlangung eines Kita-Platzes erschöpft sein muss, bevor ein Schadensersatzanspruch geltend gemacht werden kann.<sup>6</sup>

Offenbleibt auch, welche Anstrengungen Eltern unternehmen und ggf. belegen müssen, um ihrer Schadensminderungspflicht (§ 254 BGB) zu entsprechen.

Eine politische Folge des Urteils ist, dass der Druck insbesondere auf kommunale Träger immer mehr wächst. Angesichts nicht ausreichender Kapazitäten müssten Investitionen in neue Kita-Plätze erfolgen, für die jedoch das Geld auf kommunaler Ebene i.d.R. fehlt. Die BGH-Entscheidung mit der nun konkret im Raum stehenden drohenden Verpflichtung zum Schadensersatz forciert daher dieses politische Problem.

4 Exemplarisch Kuntz, jM 2015, 232.

5 LG Leipzig, Urt. v. 02.02.2015 - 7 O 1455/14, 7 O 1928/14 und 7 O 2439/14.

6 Vgl. Itzel, jurisPR-BGHZivilR 1/2017 Anm. 1, der darauf verweist, dass dies z.B. im Bauantragsrecht verlangt wird.

## Schnecken-tempo vs. Highspeed-Internet – die Datenautomatik in Mobilfunkverträgen OLG München, Urt. v. 08.12.2016 - 29 U 668/16

Stv. Dir. d. AG Peter Hilgert

### A. Problemstellung

Im Gegensatz zu den heimischen DSL-Anschlüssen mit üblicherweise unlimitierter Internetnutzung werden Verträge über die mobile Internetnutzung fast ausschließlich mit einer Volumenbegrenzung angeboten. Gleiches gilt für die Heimnutzung von LTE, welches Highspeed-Internet auch in ländlichen Regionen ohne DSL-Verfügbarkeit ermöglicht. Volumenbegrenzung bedeutet in diesem Zusammenhang, dass für die im Tarif genannte Datenmenge das Highspeed-Internet zur Verfügung steht; dies sind bei LTE zwischen 3 und 375 Mbit/s. Bei Überschreitung dieser Datenmenge ist der Internetzugang weiterhin möglich, allerdings wird die Bandbreite je nach Anbieter auf bis zu 32 kbit/s gedrosselt, was in etwa dem Stand der Technik der neunziger Jahre des letzten Jahrhunderts entspricht.<sup>1</sup> Damit ist nur noch eine rudimentäre Internetnutzung möglich, wie der Abruf von Textnachrichten oder das Betrachten einfacher Internetseiten, jedoch wird schon der Abruf einzelner Bilder zur Geduldprobe, das Betrachten von Videos oder der Download größerer Datenmengen ist unmöglich.

Am Markt werden diverse Tarife mit unterschiedlichen Inklusivvolumina angeboten, nach deren Verbrauch der Nutzer zumeist die Möglichkeit hat, entweder für den laufenden Abrechnungszeitraum weiteres Datenvolumen hinzu zu buchen oder ein Tarifupgrade durchzuführen.<sup>2</sup> Rechtlich problematisch wird es, wenn, wie vorliegend, automatisch bei Überschreiten des Inklusivvolumens ein kostenpflichtiges Zusatzvolumen hinzugebucht wird oder sogar ein automatisches Tarifupgrade durchgeführt wird.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

#### I. Inhalt des vorliegenden Rechtsstreits

Die Wirksamkeit eines solchen in den AGB geregelten Automatismus, der auch als Datenautomatik bezeichnet wird, ist Gegenstand des über zwei Instanzen geführten Rechtsstreits zwischen der Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (vzbv) und der Telefonica Germany GmbH & Co. OHG. Vorgesehen war in deren AGB zum einen das automatische

1 Vgl. [www.lte-anbieter.info/ratgeber/drosselung-lte.php](http://www.lte-anbieter.info/ratgeber/drosselung-lte.php) (zuletzt abgerufen am 18.08.2017).

2 Vgl. [www.lte-anbieter.info/ratgeber/volumen-nachbuchen.php](http://www.lte-anbieter.info/ratgeber/volumen-nachbuchen.php) (zuletzt abgerufen am 18.08.2017).

Zubuchen von jeweils 100 MB Datenvolumen im Abrechnungszeitraum zu je 2 € bei Überschreiten des Inklusivvolumen. Beim dreifachen Überschreiten sollte eine Neutarifizierung mit höherem Datenvolumen und höherem monatlichen Entgelt erfolgen. Über die einzelnen Schritte dieser Datenautomatik sollte eine Benachrichtigung per SMS mit der Möglichkeit zum Widerspruch erfolgen.

Im Rahmen des Bestellvorgangs wurde der Verbraucher auf der Internetseite des beklagten Mobilfunkanbieters mehrfach auf diese als Datenautomatik bezeichneten Regelungen hingewiesen. So erschienen bei der Darstellung der Tarife unterhalb der Angabe zum Datenvolumen in blauer Schrift unterstrichen „+Datenautomatik“ mit einer Verlinkung zu einer Infoseite, wo diese näher erläutert wurde. Des Weiteren befindet sich im unteren Teil ein Textblock, der aus- oder eingeblendet werden kann mit der Überschrift „Weitere Hinweise und Fußnoten einblenden/ausblenden“, wo ebenfalls die Datenautomatik erläutert wird. Am Ende wird dann noch in der Zusammenfassung der jeweiligen Leistungsmerkmale mit einem hochgestellten „i“ als Infozeichen auf die Datenautomatik verwiesen.

## II. Die erstinstanzliche Entscheidung<sup>3</sup>

Das LG München I hat der Unterlassungsklage in vollem Umfang stattgegeben. Die Inhaltskontrolle der Klauseln des beklagten Mobilfunkanbieters zur Datenautomatik sei nicht gem. § 307 Abs. 3 BGB ausgeschlossen, da es sich hierbei nicht um eine reine Leistungsbeschreibung handele. Die Hauptleistungspflicht bestünde darin, dem Verbraucher ein bestimmtes Datenvolumen mit einer bestimmten Bandbreite zur Verfügung zu stellen. Das automatische Tarifupgrade mit einem kostenpflichtigen höheren Datenvolumen sei eine einseitige Änderung des Hauptleistungsversprechens, mit der der Verbraucher ohne seine ausdrückliche Zustimmung in einen anderen Tarif „umgesetzt“ würde. Dies gelte letztendlich auch für das Zusatzvolumen von jeweils 100 MB, da auch hierdurch das ursprünglich vereinbarte Datenvolumen und damit das Hauptleistungsversprechen des Anbieters verändert würde.

Im Rahmen der Inhaltskontrolle sieht das Landgericht eine unangemessene Benachteiligung des Endverbrauchers wegen des Widerspruchs der Datenautomatik zu wesentlichen Grundgedanken der § 312a Abs. 2, § 311 Abs. 1 BGB. Gem. § 311 Abs. 1 BGB sei die Änderung des Inhalts eines Rechtsgeschäfts nur durch Vertrag möglich. Aus Verbraucherschutzgründen werde dies gem. § 312a BGB dahin gehend ergänzt, dass Zusatzangebote ausdrücklich vereinbart werden müssten und konkludente Einigungen ebenso wenig ausreichend seien wie allgemeine AGB-Vereinbarungen, da es dem Verbraucher nicht zuzumuten sei, Zahlungsbestimmungen aufgrund einer einseitigen AGB als vereinbart anzusehen und hierdurch seine ausdrückliche Willenserklä-

rung pauschal zu ersetzen. Vor diesem Hintergrund bedürfe jede Extrazahlung eines entsprechenden Hinweises und einer ausdrücklichen Zustimmung des Verbrauchers. Dem würden die Regelungen zur Datenautomatik nicht gerecht, da es sich sowohl bei dem Zusatzvolumen als auch bei dem Tarifupgrade um optionale kostenpflichtige Zusatzleistungen handele, denen der Endverbraucher nicht ausdrücklich zugestimmt habe. Zudem seien auch die per SMS versandten Hinweise des Mobilfunkanbieters unzureichend.

## III. Das Berufungsverfahren<sup>4</sup>

Die Beklagte hat die Verurteilung hinsichtlich des automatischen Tarifupgrades akzeptiert und greift mit der erfolgreichen Berufung die erstinstanzliche Verurteilung nur insoweit an, als bei Überschreitung der tariflichen Volumenbegrenzung automatisch kostenpflichtig weiteres Datenvolumen zur Verfügung gestellt wird. Das OLG München weist zunächst darauf hin, dass es sich bei der Regelung zur Datenautomatik um zwei unterschiedlich zu betrachtende Klauseln handele, nämlich zum einen um die Regelung zum Tarifupgrade und zum anderen um die über das Zusatzvolumen. Die letztgenannte Regelung verstoße jedoch weder gegen § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB noch gegen § 308 Nr. 5 BGB.

Die gem. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB von der Inhaltskontrolle ausgenommene Hauptleistungspflicht der Beklagten beschränke sich nicht nur auf das Zurverfügungstellen eines bestimmten Datenvolumens mit einer bestimmten Bandbreite, sondern umfasse auch das vom Endverbraucher abrufbare Zusatzvolumen. Insoweit unterschieden sich die von der Beklagten angebotenen Verträge nicht von anderen Dauerschuldverhältnissen, bei denen eine Vertragspartei die Leistungen der Gegenpartei in wechselndem Umfang in Anspruch nehme und zur Erbringung der Gegenleistung nach Maßgabe des jeweiligen Leistungsumfangs verpflichtet sei. Allein der Umstand, dass für die Inanspruchnahme eines bestimmten Datenvolumens pro Abrechnungszeitraum ein Pauschalpreis vorgesehen sei, führe nicht dazu, dass bei Überschreiten dieses Volumens eine neue, nicht bereits von Anfang an vertraglich geschuldete Leistung der Beklagten in Anspruch genommen würde. Vor diesem Hintergrund stelle die Kostenpflicht bei Inanspruchnahme des Zusatzvolumens keinen Verstoß gegen § 312a Abs. 3 Satz 1 BGB dar.

Die Klausel sei auch nicht mangels Transparenz gem. § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB i.V.m. Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam. Ihr sei ohne Weiteres zu entnehmen, dass der Verbraucher nach Erschöpfung des seinem Vertrag entsprechenden Inklusiv-Datenvolumens weitere bis zu 300 MB pro Abrechnungszeit-

<sup>3</sup> LG München I, Urt. v. 11.02.2016 - 12 O 13022/15.

<sup>4</sup> OLG München, Urt. v. 08.12.2016 - 29 U 668/16.

raum in Anspruch nehmen könne und dafür in 100-MB-Schritten jeweils 2 € zu zahlen habe. Dem stünden mögliche Unklarheiten über den Zeitpunkt der SMS-Benachrichtigung über die Überschreitung des Inklusivvolumens nicht entgegen. Dies sei lediglich eine Unklarheit über eine Nebenleistungspflicht, die nicht dazu führe, dass auch die Beschreibung der vertraglichen Hauptleistung selbst oder der dafür zu erbringenden Gegenleistung unklar würden.

### C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung des LG München I über die Unzulässigkeit eines automatischen Tarifupgrades ist auf breite Zustimmung in der Literatur gestoßen.<sup>5</sup>

Die Entscheidung des OLG München über die Zulässigkeit der automatischen Erweiterung des Datenvolumens scheint auf den ersten Blick in Widerspruch zu der Entscheidung des LG Düsseldorf über eine vergleichbare Klausel in den AGB der Firma Vodafone zu stehen.<sup>6</sup> Bei genauer Betrachtung ergeben sich jedoch wesentliche Unterschiede, auf die das LG Düsseldorf teilweise auch hinweist und die eine unterschiedliche Sachbehandlung nachvollziehbar machen. So befanden sich die Regelungen zur Datenautomatik – anders als bei Telefonica – nicht auf der Produktseite im Internet, sondern sie verbargen sich in einer „hochzahligen“ Fußnote zur Preisliste. Auch im Vertragsformular erfolgte im Zusammenhang mit dem Hauptvertragsinhalt kein Hinweis auf die Datenautomatik; dieser ergab sich aus dem Fließtext nach diversen weiteren Erläuterungen ohne jede Hervorhebung. Zudem ist die Klausel bei Vodafone dahin gehend auszulegen, dass die Entscheidung über die Einrichtung des kostenpflichtigen Zusatzvolumens allein dem Anbieter unter Zugrundelegung unklarer Kriterien obliegt. Allein die Übersendung der E-Mail über die Einrichtung des Zusatzvolumens und die sich daran anschließende Weiternutzung durch den Endverbraucher stellt keine Zustimmung zur Vertragsänderung dar.

### D. Auswirkungen für die Praxis

Die vorgenannten Entscheidungen zeigen deutlich, dass Datenautomatik nicht gleich Datenautomatik ist. Die Zulässigkeit solcher Regelungen hängt von der konkreten Ausgestaltung ab.

Unwirksam sind Klauseln, die bei einem einmaligen oder mehrmaligen Überschreiten des Inklusivvolumens ein automatisches Tarifupgrade mit einem kostenpflichtigen höheren Datenvolumen vorsehen. Zu Recht sieht das LG München I hierin eine einseitige Änderung des Hauptleistungsversprechens und damit eine unangemessene Benachteiligung des Endverbrauchers, die den wesentlichen Grundgedanken der § 312a Abs. 2, § 311 BGB widerspricht.

Demgegenüber sind Klauseln, die eine automatische Zubuchung weiteren Datenvolumens für den laufenden Abrechnungszeitraum vorsehen, zulässig, wenn sich die Hauptleistungspflicht des Anbieters nicht nur auf das Zurverfügungstellen eines bestimmten Datenvolumens mit einer bestimmten Bandbreite beschränkt, sondern auch das vom Endverbraucher abrufbare Zusatzvolumen mit umfasst. Dies muss aus der Leistungsbeschreibung des Anbieters deutlich werden, die auch den Volumenumfang, den Preis und die Konditionen für die automatische Zubuchung enthalten muss. Dann liegt ein Dauerschuldverhältnis vor, bei dem der Endverbraucher in wechselndem Umfang Datenvolumen des Internetanbieters in Anspruch nehmen kann, mit der Maßgabe, dass das Entgelt entsprechend dem jeweiligen Leistungsumfang zu entrichten ist. Zu Recht geht das OLG München davon aus, dass die Pauschalierung eines Teils dieses Datenvolumens dieser Betrachtung nicht entgegensteht.

Demgegenüber ist die möglicherweise mangelhafte Information des Endverbrauchers bei Erreichen der Volumengrenze für die Frage der Wirksamkeit der Klausel irrelevant. Diese Information ist eine Nebenpflicht des Anbieters, bei deren Verletzung ggf. die Kostenpflicht des Endverbrauchers entfällt oder dieser Schadensersatzansprüche gegen den Anbieter geltend machen kann.

<sup>5</sup> Vgl. Hofmann/Kulbach, jurisPR-ITR 17/2016 Anm. 2; Junker in: Herberger/Martinek/Rüßmann u.a., jurisPK, BGB, 8. Aufl. 2017, § 312a BGB Rn. 30; Busch in: beck-online.Großkommentar, § 321a BGB Rn. 15, Stand 01.01.2017.

<sup>6</sup> LG Düsseldorf, Urt. v. 14.12.2016 - 12 O 311/15.

## Arbeitsrecht

### DRK-Schwester als Leiharbeiterinnen – Spiel über Bande

BAG, Beschl. v. 21.02.2017 - 1 ABR 62/12

Prof. Dr. Rolf Wank

#### A. Problemstellung

Darf eine nationale Rechtsordnung Beschäftigte von der Leiharbeitsrichtlinie<sup>1</sup> der EU ausnehmen, wenn ihnen ein gleichwertiger Schutz nach Gesellschaftsrecht gewährt wird? Das BAG hatte DRK-Schwester mit dieser Begrün-

<sup>1</sup> Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19.11.2008, ABl. L 327 v. 05.12.2008, S. 9 – 14 (im Folgenden „Richtlinie“ bzw. „RL“).

dung bisher nicht als Arbeitnehmerinnen angesehen. Auf Vorlage des BAG hat der EuGH sie prima facie dem Leiharbeitsrecht unterstellt; das BAG ist dem gefolgt.

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Betriebsrat der Ruhrlandklinik verweigerte die Zustimmung zu einer Einstellung einer DRK-Schwester; die Klinik betrieb daraufhin das Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG. Dafür war entscheidend, ob eine DRK-Schwester Arbeitnehmerin ist. Ihre Gestellung seitens der DRK-Schwesterschaft erfolgt nicht im Wege der Arbeitnehmerüberlassung, sondern aufgrund von Regelungen im Gesellschaftsvertrag, die für alle DRK-Schwestern als Mitglieder des DRK gelten. Nachdem sowohl die Rechtsprechung<sup>2</sup> als auch die überwiegende Meinung in der Literatur<sup>3</sup> Rote-Kreuz-Schwestern in der Vergangenheit stets aus dem Arbeitnehmerbegriff ausgeklammert hatten, entschied der EuGH mit Urteil vom 17.11.2016,<sup>4</sup> auf Vorlage des BAG,<sup>5</sup> es liege nahe, „dass die Mitglieder der Schwesterschaft in Deutschland aufgrund der von ihnen erbrachten Arbeitsleistung geschützt sind, was zu prüfen jedoch Sache des vorliegenden Gerichts ist“.<sup>6</sup> Das BAG war daher verpflichtet, eine unionsrechtskonforme Auslegung vorzunehmen.<sup>7</sup> Mit Recht stellt es fest, dass das aber nicht zu einer Entscheidung contra legem führen dürfe.<sup>8</sup> Das BAG analysiert schulmäßig Wortlaut, Systematik, Entstehungsgeschichte und Sinn und Zweck des AÜG<sup>9</sup> und gelangt folgerichtig zu dem Ergebnis, dass danach dem vom EuGH vorgegebenen Verständnis nichts entgegensteht, die DRK-Schwestern seien Arbeitnehmerinnen i.S.d. AÜG.

Auch das weitere Kriterium neben der Arbeitnehmereigenschaft, die „wirtschaftliche Tätigkeit“ des Verleihers, sei erfüllt.<sup>10</sup> Zwar verfolgt das DRK nach § 2 seiner Satzung „nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke“. In der Vergangenheit waren u.a. Beweggründe karitativer Art für die Rechtsprechung ein Argument für die Ausnahme vom Arbeitnehmerbegriff.<sup>11</sup> Doch steht das der Anwendung der Richtlinie nicht entgegen.<sup>12</sup>

Scheint sonach alles in Ordnung, so bedarf es doch einer näheren Betrachtung der Prämissen des EuGH. Der Gerichtshof führt zwar einerseits aus, dass nach seiner Meinung DRK-Schwestern Arbeitnehmerinnen seien; die deutschen Gerichte müssten aber selbst prüfen, ob die Schwestern „aufgrund der von ihnen erbrachten Arbeitsleistung geschützt sind“.<sup>13</sup> Danach sieht es so aus, als ob das BAG auch zu dem Ergebnis kommen dürfte, die DRK-Schwestern seien keine Arbeitnehmerinnen. Nach der Meinung des EuGH kommt es aber nicht darauf an, ob sie nach deutschem Recht Arbeitnehmerinnen sind, sondern ob sich das zwischen der Schwester und der Schwesterschaft bestehende Verhältnis „nicht wesentlich von dem Verhältnis unterscheidet, das zwischen den Arbeitnehmern eines Leiharbeitsunternehmens und diesem be-

steht“.<sup>14</sup> Der EuGH plädiert also für einen ähnlichen Rechtsformzwang, wie man ihn aus dem Verhältnis von unechten Werkverträgen und Leiharbeit kennt.<sup>15</sup>

Problematisch erscheint dies angesichts der ausdrücklichen Bestimmung in Art. 3 Abs. 1 RL. Danach ist „Arbeitnehmer eine Person, die in dem betreffenden Mitgliedstaat nach dem nationalen Arbeitsrecht als Arbeitnehmer geschützt ist“. Warum die Richtlinie diese Verweisung enthält, erklärt der EuGH mit einer keineswegs überzeugenden Begründung.<sup>16</sup> Allerdings definiert Art. 3 Buchst. c) RL den Leiharbeiter als „einen Arbeitnehmer, der mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen hat oder ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen ist ...“.<sup>17</sup> Das führt den EuGH ohne Erklärung des Verhältnisses zwischen Arbeitsverhältnis (Definition nach nationalem Recht) und Beschäftigungsverhältnis (Definition etwa nicht nach nationalem Recht?) dazu, den Hinweis auf das nationale Recht gleich ganz außer Acht zu lassen und allein zu prüfen, ob eine Tätigkeit verrichtet wird, die sich nicht wesentlich von einer Leiharbeitstätigkeit unterscheidet. Der Generalanwalt, dem der EuGH in den meisten Punkten folgt, bekennt offen, dass er den Verweis auf das nationale Recht in Art. 3 Abs. 1 RL nicht ernst nimmt. Eine nationale Definition führe nur zu Rechtsunsicherheit; vielmehr ergebe sich der Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie allein aus der allgemeinen Arbeitnehmerdefinition des EuGH.<sup>18</sup> Die Mitgliedstaaten müssten bei ihrer Definition die Ziele des fraglichen Rechtsakts und die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts wahren.<sup>19</sup> Um die praktische Wirksamkeit der Richtlinie zu sichern, müsse gefragt werden, ob

2 Siehe die Zusammenstellung bei Reichelt, Die arbeitsrechtliche Stellung der Rote-Kreuz-Schwestern, 2000, S. 39 ff.

3 Nachweise zur älteren Literatur bei Reichelt, Die arbeitsrechtliche Stellung der Rote-Kreuz-Schwestern, 2000, S. 54 ff.; zur neueren Literatur L. Schmitt, ZESAR 2017, 167, 168 Fn. 22.

4 EuGH, Urt. v. 17.11.2016 - C-216/15 - „Ruhrlandklinik“.

5 BAG, Beschl. v. 17.03.2015 - 1 ABR 62/12 (A) - „Müller-Wenner“.

6 EuGH, Urt. v. 17.11.2016 - C-216/15 - „Ruhrlandklinik“ Rn. 42 f.

7 BAG, Beschl. v. 21.02.2017 - 1 ABR 62/12 Rn. 25, 28.

8 BAG, Beschl. v. 21.02.2017 - 1 ABR 62/12 Rn. 29.

9 BAG, Beschl. v. 21.02.2017 - 1 ABR 62/12 Rn. 31 ff.

10 Dazu GA Saugmandsgaard, Schlussanträge vom 06.07.2016 Rn. 42 ff.; EuGH, Urt. v. 17.11.2016 - C-216/15 Rn. 44 ff.; BAG, Beschl. v. 17.03.2015 - 1 ABR 62/12 (A) Rn. 50 ff.

11 Reichelt, Die arbeitsrechtliche Stellung der Rote-Kreuz-Schwestern, 2000, S. 103 ff., 169.

12 Siehe auch Wank in: ErfK, 17. Aufl. 2017, § 1 AÜG Rn. 34 f.

13 EuGH, Urt. v. 17.11.2016 - C-216/15 Rn. 42.

14 EuGH, Urt. v. 17.11.2016 - C-216/15 Rn. 38.

15 Wank, RdA 2017, 100, 103 ff.

16 „Methodisch bedenklich“ nach Preis, Individualarbeitsrecht, 5. Aufl., Rn. 167; kritisch auch Ulrici, EuZW 2017, 70, 71.

17 EuGH, Urt. v. 17.11.2016 - C-216/15 Rn. 28.

18 BAG, Beschl. v. 21.02.2017 - 1 ABR 62/12 Rn. 31.

19 BAG, Beschl. v. 21.02.2017 - 1 ABR 62/12 Rn. 34.

das Rechtsverhältnis seinem Wesen nach erheblich anders ist als dasjenige, das Beschäftigte, die nach dem nationalen Recht zur Kategorie der Arbeitnehmer gehören, mit ihren Arbeitgebern verbindet.<sup>20</sup> Nun hat schon Scheuerle<sup>21</sup> festgestellt, dass das „Wesen des Wesens“ als juristischer Topos ungeeignet ist. Die Vergleichbarkeit kann sich auf die Tätigkeit, also auf das äußere Erscheinungsbild, oder auf den gleichwertigen Schutz beziehen. Beide Aspekte von Gleichwertigkeit werden beim Generalanwalt und beim EuGH nicht klar auseinandergehalten. Sowohl der Generalanwalt als auch der EuGH<sup>22</sup> verkennen zudem den Unterschied zwischen einer Auslegung (Verweis auf die Arbeitnehmerdefinition nach nationalem Recht) und einer Missbrauchskontrolle (grds. ebenfalls Definition nach nationalem Recht, solange das nicht missbräuchlich ist).

### C. Kontext der Entscheidung

Der EuGH konnte zu seinem Ergebnis entweder über eine Auslegung der Richtlinie oder über eine Missbrauchskontrolle gelangen. Was er meint, bleibt unklar, nur sein Ergebnis ist eindeutig.

#### I. Auslegung der Richtlinie

Die Richtlinie überlässt die Definition des Leiharbeitnehmers dem nationalen Recht. Sie unterstellt aber denjenigen, der im nationalen Recht als Arbeitnehmer oder wie ein Arbeitnehmer aufgrund seiner Tätigkeit geschützt wird, der Richtlinie. Im Wege der Auslegung muss also das nationale Gericht zunächst prüfen, ob eine bestimmte Personengruppe im Übrigen dem arbeitsrechtlichen Schutz unterliegt. Ist das der Fall, so ist (auch) die Richtlinie anwendbar.

Nun stellen sowohl das BAG<sup>23</sup> als auch der Generalanwalt<sup>24</sup> sowie der EuGH<sup>25</sup> fest, dass die DRK-Schwesterkraft Satzungsrechts denselben Schutz genießen wie Arbeitnehmerinnen. Daraus müsste sich ergeben, dass sie gemäß Auslegung der Richtlinie dem AÜG unterstehen, ohne dass sie im Übrigen im deutschen Recht Arbeitnehmerinnen sein müssen. Diesen Schluss zieht der Generalanwalt aber nicht: Ein gleichwertiger Schutz bestehe zwar, aber er sei nicht dauerhaft gewährleistet, solange der Schutz nur aufgrund der gerade geltenden Vereinssatzung bestehe.<sup>26</sup> Konsequenterweise bedeutet das, dass Art. 3 Buchst. c) RL nicht eingreift. Den DRK-Schwesterkraft wird zwar ein gleichwertiger Schutz gewährt, aber nur kraft Vereinsrechts, nicht abstrakt nach der deutschen Rechtsordnung. Infolgedessen werden die DRK-Schwesterkraft nach dieser Lesart nicht aufgrund Auslegung von der Richtlinie erfasst (Leitgedanke: [Nur] wer im nationalen Recht auch sonst Arbeitnehmer ist, der ist es auch nach der Richtlinie).

Der EuGH greift diesen Denkansatz des Generalanwalts aber nicht auf. Der Generalanwalt stellt darauf ab, ob das deut-

sche Arbeitsrecht abstrakt gesehen DRK-Schwesterkraft arbeitsrechtlichen Schutz gewährt, was er verneint. Demgegenüber bejaht der EuGH,<sup>27</sup> statt auf die Frage der allgemeinen Einordnung im deutschen Recht einzugehen, angesichts der konkreten Regelung eine sonstigen Arbeitnehmerinnen vergleichbare Rechtsstellung. Damit hätte er an dieser Stelle seine Ausführungen beenden können: Bei dieser konkreten Betrachtung ergibt die Auslegung der Richtlinie, dass DRK-Schwesterkraft unabhängig von ihrer sonstigen juristischen Einordnung dem Leiharbeitsrecht unterliegen.

#### II. Missbrauchskontrolle

Nach der Auslegung kann eine zweite Prüfung einsetzen, die Missbrauchskontrolle. Bei folgerichtiger Betrachtung war sie hier verfehlt, da sich die Anwendung des Leiharbeitsrechts beim Ansatz des EuGH schon aus der Auslegung der Richtlinie ergibt. Wenn überhaupt, war nur zu prüfen, ob ein Rechtsmissbrauch vorliegt. Der EuGH verwechselt Rechtsmissbrauchskontrolle mit Auslegung unter Berufung auf den *effet utile*,<sup>28</sup> was zu einer Kompetenzüberschreitung führt. Soweit in der Literatur davon gesprochen wird, es handele sich um einen „Mittelweg“ zwischen autonomer und nationaler Definition,<sup>29</sup> ist das unzutreffend. Für eine nationale Definition lässt der EuGH keinen Raum.<sup>30</sup> Er meint, im Streitfall müsse eben der allgemeine Arbeitnehmerbegriff nach der Rechtsprechung des EuGH gelten.<sup>31</sup> Das ist schon im Ansatz unzutreffend, da es den allgemeinen Arbeitnehmerbegriff des Unionsrechts nicht gibt.<sup>32</sup> Der angebliche allgemeine Arbeitnehmerbegriff des Unionsrechts wurde vom EuGH für das Freizügigkeitsrecht entwickelt, in dem ein weiterer Begriff am Platze sein mag.<sup>33</sup> Abweichend von den bisherigen wenig ergiebigen Aussagen<sup>34</sup> hat der EuGH zuletzt mit den Entschei-

20 BAG, Beschl. v. 21.02.2017 - 1 ABR 62/12 Rn. 36.

21 Scheuerle, AcP 163 (1964), 429 ff.

22 Zutreffend dagegen L. Schmitt, ZESAR 2017, 167, 173.

23 BAG, Beschl. v. 21.02.2017 - 1 ABR 62/12 Rn. 39 – 46.

24 GA Saugmandsgaard, Schlussanträge vom 06.07.2016 Rn. 11, 12, 39.

25 EuGH, Urt. v. 17.11.2016 - C-216/15 Rn. 40 f.

26 GA Saugmandsgaard, Schlussanträge vom 06.07.2016 Rn. 40.

27 EuGH, Urt. v. 17.11.2016 - C-216/15 Rn. 39 f.

28 L. Schmitt, ZESAR 2017, 167, 173; Temming, SR 2016, 158, 165.

29 Heuschmidt/Hlava, AuR 2017, 121, 123.

30 L. Schmitt, ZESAR 2017, 167, 173; Temming, SR 2016, 158, 162.

31 EuGH, Urt. v. 17.11.2016 - C-216/15 Rn. 27, 33.

32 Insofern zutreffend GA Saugmandsgaard, Schlussanträge vom 06.07.2016 Rn. 25; zum Arbeitnehmerbegriff im Unionsrecht Junker, EuZA 2016, 428 ff.; Schlachter, ZESAR 2011, 156; Sagan in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 1 Rn. 11; Temming, SR 2016, 158 ff.; Wank, EuZA 2008, 172 ff.; Wank in: Dietrich/Patzina/Wank, Scheinselbstständigkeit in Deutschland, 2017, S. 235 ff.; Ziegler, Arbeitnehmerbegriffe im Europäischen Arbeitsrecht, 2011.

33 Junker, EuZA 2016, 430 f.

34 Wie in EuGH, Urt. v. 17.11.2016 - C-216/15 Rn. 27.

dungen Agegate<sup>35</sup> und FNV Kunsten<sup>36</sup> die drei maßgeblichen Merkmale: Weisungsbindung, Eingliederung und Unternehmerrisiko, herausgearbeitet.<sup>37</sup> Entscheidend kommt es aber auf die Ziele der konkreten Richtlinie an. Es ist kennzeichnend, dass der EuGH auf die Ziele der Richtlinie erst eingeht, nachdem das Ergebnis für ihn bereits feststeht.<sup>38</sup> Der Generalanwalt formuliert es so, dass die Mitgliedstaaten in Fällen einer Verweisung der Definitionsmacht auf das nationale Recht zwar einen Ermessensspielraum hätten, dieser sei aber durch den *effet utile* beschränkt.<sup>39</sup> In der Praxis führt das dazu, dass der EuGH mit der Zauberformel vom *effet utile*<sup>40</sup> überhaupt nicht zwischen autonomer Begriffsbildung in Fällen ohne Verweisung auf das nationale Recht (Begriffsbildung durch den EuGH) und bloßer Missbrauchskontrolle beim Verweis auf das nationale Recht (Definition durch den EuGH nur im Fall einer Umgehung, sonst nationale Definition) unterscheidet.

Worum es in der Zielrichtung geht, ist unmittelbar verständlich. Die Mitgliedstaaten sollen nicht die Möglichkeit haben, durch eine eigene Definition bestimmten Gruppen von Arbeitnehmern den ihnen zustehenden arbeitsrechtlichen Schutz vorzuenthalten. Darin haben Generalanwalt<sup>41</sup> und EuGH<sup>42</sup> Recht.<sup>43</sup> Eine ganz andere Frage ist aber, ob dieser Schutz nur durch Anwendung eines bestimmten, auf der Richtlinie beruhenden arbeitsrechtlichen Gesetzes erfolgen darf oder ob ein gleichwertiger Schutz auf anderer Rechtsgrundlage ausreicht.<sup>44</sup> Von Missbrauch oder Umgehung kann man nur sprechen, wenn die abweichende Gestaltung Beschäftigten zum Nachteil gereicht. Bei der Prüfung des gleichwertigen Schutzes lässt sich danach unterscheiden, ob eine Gleichwertigkeit im konkreten Fall ausreicht oder ob die nationale Rechtsordnung für eine bestimmte Gruppe von Arbeitnehmern allgemein einen gleichwertigen Schutz vorsehen muss.

Bei einer Missbrauchskontrolle ist also zu prüfen, ob durch eine andere Gestaltung als die nach Arbeitsrecht ein gleichwertiger Schutz erreicht wird, als wenn die betreffende Person nach nationalem Recht Arbeitnehmer ist<sup>45</sup> und von daher dem Leiharbeitsrecht unterliegt.<sup>46</sup> Wenn nun Generalanwalt, EuGH und BAG feststellen, dass genau diese Gleichwertigkeit des Schutzes besteht, liegt keine Umgehung, keine missbräuchliche Gestaltung vor. Das eigentliche Thema war also die genaue Überprüfung, ob DRK-Schwestern nach ihrer gesellschaftsrechtlichen Stellung einen gleichwertigen Schutz genießen.<sup>47</sup> Der EuGH verweist zur Überprüfung der Gleichwertigkeit an das BAG zurück.<sup>48</sup> Das BAG geht unter Rn. 41 bis 46 darauf ein. Die Anwendung des AÜG führt zu Konsequenzen für Individualarbeitsrecht, Betriebsverfassungsrecht, Tarifrecht und Gewerberecht. Insofern kann man zu dem Schluss gelangen, dass der Schutz durch Gesellschaftsrecht hinter dem durch das AÜG zurückbleibt. Wie jedoch das BAG zutreffend ausführt,<sup>49</sup> kommt es in diesem Zusammenhang entsprechend dem Zweck der Richtlinie nur auf einen vergleichbaren indivi-

dualrechtlichen Schutz an.<sup>50</sup> Dieser ist nach der Rechtsprechung gegeben. Somit hätte das BAG bei folgerichtiger Anwendung des EuGH-Urteils jedenfalls für die DRK-Schwestern bei der vorliegenden Vertragsgestaltung die Anwendung des Leiharbeitsrechts mangels Rechtsmissbrauchs verneinen müssen; auf irgendwelchen allgemeinen Arbeitnehmerbegriff des Unionsrechts kommt es nicht an (Leitgedanke: Wer, auch ohne dass Arbeitsrecht für ihn gilt, im konkreten Fall einen dem Arbeitsrecht gleichwertigen Schutz genießt, wird nicht wegen Gesetzesumgehung zum Leiharbeitnehmer).

Während also in einem Fall, in dem ein gleichwertiger Schutz zwar nicht abstrakt nach der nationalen Rechtsordnung, aber konkret für das bestehende Beschäftigungsverhältnis gewährt wird, eine Einbeziehung in die Richtlinie nach deren Auslegung gemäß dem Generalanwalt ausscheidet und eine Missbrauchskontrolle wegen gleichwertigen konkreten Schutzes ebenfalls nicht zur Anwendung des Leiharbeitsrechts führt, meint der EuGH ohne eine stimmige Begründung: Was aussieht wie Leiharbeit, ist auch zwingend Leiharbeit.<sup>51</sup> Gleichwertigkeit bezieht sich der EuGH in diesem Zusammenhang allein auf die gleich aussehende Tätigkeit.

#### D. Auswirkungen für die Praxis

Das der BAG-Entscheidung zugrunde liegende Urteil des EuGH entspricht dessen Tendenz, den Arbeitnehmerbegriff

35 EuGH, Ur. v. 14.12.1989 - C-3/87 - „Agegate“.

36 EuGH, Ur. v. 04.12.2014 - C-413/13 - „FNV Kunsten“.

37 In Übereinstimmung mit dem deutschen Recht, wenn auch der neue § 611a BGB insoweit defizitär ist; dazu Wank, EuZA 2016, 143 ff.; Wank, AuR 2017, 140 ff.; ebenso BSG, Ur. v. 18.11.2015 - B 12 KR 16/13 R.

38 EuGH, Ur. v. 17.11.2016 - C-216/15 Rn. 34.

39 GA Saugmandsgaard, Schlussanträge vom 06.07.2016 Rn. 32 ff.

40 EuGH, Ur. v. 17.11.2016 - C-216/15 Rn. 36.

41 GA Saugmandsgaard, Schlussanträge vom 06.07.2016 Rn. 34.

42 EuGH, Ur. v. 17.11.2016 - C-216/15 Rn. 37.

43 Siehe auch Rebhahn/Schörghofer in: Franzen/Gallner/Oetker, EUArbR, 2016, Art. 3 RL 2008/104/EG Rn. 3.

44 Wank/Maties, NZA 2007, 353, 356 ff.; zu diesem Ansatz Weber, Ist die Rote-Kreuzschwester Arbeitnehmerin ihrer Schwesterschaft?, 2009, S. 90 ff.

45 Zutreffend BAG, Beschl. v. 06.07.1995 - 5 AZB 9/93.

46 Zutreffend BAG, Beschl. v. 21.02.2017 - 1 ABR 62/12 Rn. 49.

47 Mestwerdt, NZA 2014, 281; L. Schmitt, ZESAR 2017, 167, 169; Weber, Ist die Rote-Kreuzschwester Arbeitnehmerin ihrer Schwesterschaft?, 2009, S. 193 ff.; siehe auch Diller, Anmerkung zu BAG, Beschl. v. 06.07.1995 - 5 AZB 9/93 - AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 22; Krause, Mitarbeit in Unternehmen, 2002, S. 415 f.; Wank/Maties, NZA 2007, 353, 357.

48 EuGH, Ur. v. 17.11.2016 - C-216/15 Rn. 42.

49 BAG, Beschl. v. 21.02.2017 - 1 ABR 62/12 Rn. 47.

50 Anders Mestwerdt, NZA 2014, 281, und L. Schmitt, ZESAR 2017, 167, 169, die auch einen entsprechenden kollektivrechtlichen Schutz fordern; zum Kollektivrecht Reichelt, Die arbeitsrechtliche Stellung der Rote-Kreuz-Schwester, 2000, S. 77 ff.

51 GA Saugmandsgaard, Schlussanträge vom 06.07.2016 Rn. 26; EuGH, Ur. v. 17.11.2016 - C-216/15 Rn. 38.

möglichst weit zu verstehen,<sup>52</sup> ohne dass er dabei methodischen Ansprüchen genügt. Die Entscheidung des BAG ist angesichts des im Vorabentscheidungsverfahren ergangenen EuGH-Urteils verständlich. Zwar ist die Prämisse des EuGH unzutreffend, wenn man mit dem EuGH – und anders als der Generalanwalt – einen dem arbeitsrechtlichen gleichwertigen Schutz bejaht; aber das BAG ist auch an unrichtige EuGH-Entscheidungen gebunden. Das BAG hat hier allerdings „über Bande gespielt“ und dem EuGH in seiner Vorlage die gewünschte Lösung nahegelegt,<sup>53</sup> sodass trotz des Prüfauftrags des EuGH kein anderes Urteil zu erwarten war.

Die Rechtsfolgen der Entscheidungen von EuGH und BAG sind erheblich: Für die Gestellung der Schwestern bedarf es nunmehr der Überlassungserlaubnis, und die Überlassung

darf nicht länger dauerhaft, sondern nur noch vorübergehend erfolgen.<sup>54</sup> Ob es sich bei der Überlassungsdauer nur um ein deutsches Problem handelt oder um eines des Unionsrechts, lässt das BAG offen.<sup>55</sup> Die Praxis wird sich auf diese Rechtsprechung einzustellen haben. Der Vorschlag, DRK-Schwestern durch einen neu zu schaffenden § 1 Abs. 3 aus dem AÜG auszunehmen, fand im Gesetzgebungsverfahren keine Mehrheit.<sup>56</sup>

52 Kritisch Junker, EuZA 2016, 428, 430; Temming, SR 2016, 158 ff.

53 Ulrici, EuZW 2017, 870, 71.

54 BAG, Beschl. v. 21.02.2017 - 1 ABR 62/12 Rn. 53 f.; siehe auch L. Schmitt, ZESAR 2017, 167, 174 f.

55 Dazu Stolzenberg, RIW 2017, 45, 47.

56 BAG, Beschl. v. 21.02.2017 - 1 ABR 62/12 Rn. 35.

## Sozialrecht

# Fehler bei der Nichtzulassungsbeschwerde zum BSG vermeiden!

**VPräsBSG Prof. Dr. Thomas Voelzke**

Der Wunsch der Beteiligten eines sozialgerichtlichen Verfahrens, ihre Ansprüche „in Kassel klären zu lassen“, bleibt häufig unerhört, denn die Revision bedarf der Zulassung.<sup>1</sup> Sie ist nur statthaft, wenn sie vom Landessozialgericht im Berufungsurteil, auf Nichtzulassungsbeschwerde vom BSG oder als Sprungrevision vom Sozialgericht zugelassen ist. Fehlt es an einer ausdrücklichen Zulassung, kann das BSG die Revision nicht von Amts wegen zulassen oder die Revision aus anderen Gründen als zulässig behandeln.

Die unzulässige Nichtzulassungsbeschwerde bildet rechtstatastächlich den (bedauerlichen) Regelfall. Es gehört deshalb zum Standard jeglicher Darstellungen zum Recht der Nichtzulassungsbeschwerde, auf das einschlägige statistische Material hinzuweisen: Im Jahr 2016 hat das BSG 1.703 Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren durch Beschluss erledigt. Hiervon verwarf das BSG in 1.505 Fällen die Beschwerde als unzulässig, in 61 Fällen wurde die Beschwerde unter Mitwirkung der ehrenamtlichen Richter als unbegründet zurückgewiesen und lediglich in 137 Fällen war die Nichtzulassungsbeschwerde erfolgreich. In der letztgenannten Zahl sind 47 Fälle, in denen das BSG von der Möglichkeit einer sofortigen Zurückverweisung Gebrauch machte, bereits enthalten.<sup>2</sup>

Hierbei scheitert die Rechtsverfolgung durch die beim BSG zugelassenen Prozessbevollmächtigten regelmäßig nicht an den Formvorschriften im engeren Sinne. Zu beachten ist allerdings immerhin, dass das BSG auch ohne ausdrückliche

Regelung eine schriftliche Begründung fordert, die folglich grds. durch den Bevollmächtigten unterschrieben beim BSG eingehen muss. Dagegen erfordert die Nichtzulassungsbeschwerde etwa keine förmliche Antragstellung, weil das Ziel des Rechtsmittels sich bereits aus dessen Streitgegenstand – nämlich der Anfechtung der Nebenentscheidung über die Nichtzulassung der Revision – ergibt. Allerdings ist es zur Klarstellung des Begehrens durchaus zu empfehlen, bereits in der Beschwerdeschrift einen entsprechenden Antrag zu formulieren, z.B.: „Es wird beantragt, die Revision gegen das Urteil des Landessozialgerichts Schleswig-Holstein vom < Datum - Aktenzeichen - > zuzulassen.“ Die Stellung eines Sachantrags ist hingegen tunlichst zu vermeiden.

Es ist insbesondere unbehilflich, vermeintliche Rechtsanwendungsfehler des Landessozialgerichts aufzuzeigen oder zur Begründung des geltend gemachten Anspruchs weitere Tatsachen vorzutragen. Denn ein in der Praxis häufig zur Unzulässigkeit führender Fehler liegt in der Verkenntung des Streitgegenstandes des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens begründet.<sup>3</sup> Bei dem Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde handelt es sich keinesfalls um eine dritte

1 Zu den Hürden einer Zulassung im finanzgerichtlichen Verfahren: Jachmann-Michel, jM 2015, 426 ff.

2 Zu den statistischen Angaben siehe: Die Tätigkeit des BSG im Jahr 2016, S. 53 ff.

3 So auch Berchtold in: Berchtold/Richter, Prozesse in Sozialsachen, 2. Aufl. 2016, § 8 Rn. 69.



Tatsacheninstanz, sondern um eine strikt begrenzte Prüfung der abschließend geregelten Zulassungsgründe allein anhand der Beschwerdebegründung. Deshalb reicht es nicht aus, wenn eine Auseinandersetzung mit den im Berufungsurteil aufgeführten Argumenten erfolgt. Eine zulässige und begründete Nichtzulassungsbeschwerde setzt vielmehr voraus, dass unter Beachtung der Voraussetzungen des jeweiligen Zulassungsgrundes die Begründungsanforderungen peinlich genau beachtet werden. Das BSG prüft nur ausdrücklich benannte und erläuterte Zulassungsgründe, sodass das Vorbringen den Prüfumfang des BSG begrenzt. Nachfolgend werden einige in der Praxis typischerweise auftretende Begründungsfehler angesprochen.

#### A. Allgemeine Hinweise zu den Begründungserfordernissen

Die entscheidende Hürde für eine erfolgreiche Nichtzulassungsbeschwerde ist in § 160a Abs. 2 Satz 3 SGG niedergelegt, denn danach muss in der Nichtzulassungsbeschwerde die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung, von der das Urteil des Landessozialgerichts abweicht, oder der Verfahrensmangel bezeichnet werden. Vergleichbare Anforderungen an die Begründung von Nichtzulassungsbeschwerden werden auch in den übrigen Verfahrensordnungen aufgestellt (§ 544 ZPO, § 133 VwGO, § 116 FGO, § 72a ArbGG).

Dadurch, dass das Begründungserfordernis der ZulässigkeitsEbene zugeordnet wird, „schaffen“ häufig die dahinter stehenden inhaltlichen Fragestellungen gar nicht erst den Weg bis zu einer Prüfung der Begründetheit des Rechtsmittels. Die Hürden sind hinsichtlich der Anforderungen an die Darlegung oder Bezeichnung von Zulassungsgründen vom BSG hochgesteckt. Da der Zweck des Begründungserfordernisses in einer Entlastung des BSG und der Beschleunigung des Verfahrens liegt, verkennt ein Prozessbevollmächtigter, der das BSG – in der Praxis nicht selten – hinsichtlich der Begründungserfordernisse um „weitere Hinweise bittet“, die insoweit zu stellenden Anforderungen schon im Ansatz.<sup>4</sup>

Hinsichtlich der praktischen Handhabung ist zunächst zu beachten, dass die Nichtzulassungsbeschwerde innerhalb von zwei Monaten ausgehend von der Zustellung des Urteils des Berufungsgerichts zu begründen ist. Zulassungsgründe können vom BSG nur berücksichtigt werden, wenn sie innerhalb der – ggf. einmal um maximal einen Monat verlängerbaren Begründungsfrist – geltend gemacht worden sind. Substantiell neuer Vortrag bleibt nach Ablauf der Frist unberücksichtigt, sodass auf eine erschöpfende Benennung und Darstellung der einzelnen Rügen große Sorgfalt anzulegen ist.

Zwar ist eine umfassende Sachverhaltsdarstellung als notwendiger Bestandteil der Begründung einer Nichtzulassungsbeschwerde durchaus zweifelhaft.<sup>5</sup> Gleichwohl ist

aus Gründen einer beim BSG weithin verbreiteten Praxis anzuraten, der rechtlichen Begründung zumindest eine kurze problemorientierte Sachverhaltsdarstellung voranzustellen. Zwingend ist hierbei von demjenigen Sachverhalt auszugehen, wie ihn das Landessozialgericht im angefochtenen Urteil festgestellt hat. Allerdings ist eine Beschränkung auf diejenigen Teile des Sachverhaltes anzustreben, die für den jeweiligen Zulassungsgrund erheblich sind. Wörtliche Wiedergaben aus dem Tatbestand des Landessozialgerichtsurteils sind in jedem Fall zu vermeiden.

An den Anfang der eigentlichen Begründung sollte die eindeutige Bezeichnung des geltend gemachten Zulassungsgrundes gestellt werden. Mit den rechtlichen Ausführungen zur Begründung der Beschwerde müssen alle dargestellten Einzelvoraussetzungen des jeweiligen Zulassungsgrundes mit klarer Gliederung lückenlos abgehandelt werden. Hierbei ist die Darstellung für jeden Zulassungsgrund eigenständig vorzunehmen. Eine Verquickung der Darstellung zu verschiedenen Zulassungsgründen ist zu vermeiden.<sup>6</sup> Schließlich ist auf Klarheit, Verständlichkeit und Übersichtlichkeit der Darstellung zu achten. Hilfreich ist eine strukturierte gedankliche Gliederung der Ausführungen, die sich in der Gliederung des Textes widerspiegelt.

#### B. Grundsätzliche Bedeutung

Der erforderliche Umfang der Ausführungen zur Darlegung der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache (§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG) hängt entscheidend von den Gegebenheiten des Einzelfalles ab. Liegt klar zutage, dass der Entscheidung des Berufungsgerichts eine grundsätzliche Frage zugrunde liegt, bedarf es ausufernder Ausführungen nicht, solange alle Prüfungspunkte ordnungsgemäß abgearbeitet werden.

Die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache erfordert zunächst die klare und unmissverständliche Bezeichnung einer Rechtsfrage. Die Rechtsfrage sollte in Frageform ausgedrückt und an den Beginn der Ausführungen gestellt werden. Sie wird im Regelfall auf die Auslegung eines gesetzlichen Tatbestandsmerkmals gerichtet sein. Auf die Formulierung der Rechtsfrage muss große Sorgfalt verwendet werden, weil diese Frage den Ausgangspunkt der Prüfung, ob die Revision zuzulassen ist, bildet. Es ist dringend davor zu warnen, die Rechtsfrage in einer ausführlichen Erörterung der Rechtslage zu „verstecken“,

4 Berchtold in: Berchtold/Richter, Prozesse in Sozialsachen, 2. Aufl. 2016, § 8 Rn. 85.

5 Zur Kritik Voelzke in: Schlegel/Voelzke, jurisPK, SGG, 2017, § 160a Rn. 253.

6 Vgl. zu dem Mindestmaß der Geordnetheit des Vortrag BSG, Urt. v. 12.05.1999 - B 4 RA 181/86 B; siehe hierzu auch Becker, SGB 2007, 261, 264.

denn es ist nicht Aufgabe des Revisionsgerichts, aus unklaren Formulierungen selbstständig eine Rechtsfrage zu konstruieren.<sup>7</sup>

Bezogen auf die der Beschwerdebegründung voranzustellende Rechtsfrage tritt in der Praxis häufig das Problem auf, dass bei der Formulierung der Frage nicht hinreichend zwischen den sich aus den Gegebenheiten des Sachverhalts ergebenden Einzelheiten und den sich abstrakt stellenden Rechtsfragen differenziert wird. Eine Tatsachenfrage eröffnet die Revisionszulassung nicht. Mit anderen Worten: Nur abstrakte Rechtsfragen, nicht aber Tatfragen können zur Revisionszulassung führen. Für die Abgrenzung gilt die Faustformel, dass eine Tatsachenfrage auf die Feststellung tatsächlicher Umstände des Einzelfalls gerichtet ist, während die Rechtsfrage auf die Auslegung eines Tatbestandsmerkmals einer Rechtsnorm abzielt.<sup>8</sup> Fragestellungen, bei denen ausdrücklich der Kläger oder dessen persönliche Situation angesprochen werden, sind folglich nicht zielführend.<sup>9</sup> Auf dieser Grundlage kann eine grundsätzliche Bedeutung z.B. der nachfolgenden Frage nicht zukommen: „Erfüllte der Kläger mit der von ihm ausgeübten Tätigkeit X die Anwartschaftszeit (§ 142 SGB III) für einen Anspruch auf Arbeitslosengeld?“.

Bezogen auf die konkret formulierte Rechtsfrage sind deren Klärungsbedürftigkeit, Klärungsfähigkeit und Breitenwirkung aufzuzeigen. Die grundsätzliche Bedeutung lässt sich nur darlegen, wenn mit der Beschwerdebegründung ausgeführt wird, welche Rechtsfrage sich ernsthaft stellt, deren Klärung über den Einzelfall hinaus aus Gründen der Rechtseinheit und Rechtsfortbildung im allgemeinen Interesse erforderlich und deren Klärung durch das Revisionsgericht zu erwarten ist.<sup>10</sup> Hierbei handelt es sich um jeweils unabhängig voneinander vorausgesetzte Untermerkmale der grundsätzlichen Bedeutung mit eigenständigem Bedeutungsgehalt. Durch eine strukturierte Gliederung hervorgehobene und klar voneinander getrennte Ausführungen zu den einzelnen Merkmalen sind zwingend geboten.

Bei den Ausführungen zur Klärungsbedürftigkeit der Rechtsfrage wird in der Praxis häufig übersehen, dass nicht nur erörtert werden muss, ob die Rechtsfrage anhand der vorliegenden höchstrichterlichen Rechtsprechung klar beantwortet werden kann. Vielmehr ist darüber hinaus darzulegen, warum sich – jedenfalls mittelbar – aus den vorliegenden Judikaten keine Beantwortung der Rechtsfrage herleiten lässt. Hierfür genügt die bloße Behauptung, „es sei keine einschlägige Rechtsprechung des BSG ersichtlich“ oder „das BSG habe in seiner bisherigen Rechtsprechung die Frage nicht in der gebotenen Weise entschieden“, nur in zu vernachlässigenden Ausnahmefällen. Vielmehr ist darüber hinaus auch zu fragen, ob zur Auslegung vergleichbarer Regelungen Entscheidungen ergangen sind, die ausreichende Anhaltspunkte für eine Beantwortung der aufgeworfenen Frage ergeben.<sup>11</sup> Diese Begrün-

dungserfordernisse zwingen dazu, sich in jedem Fall umfassend mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung auseinanderzusetzen, die im „Umfeld“ der aufgeworfenen Rechtsfrage anzusiedeln ist. Handelt es sich um die Auslegung von Normen, die auch für andere Bundesgerichte relevant sein können, ist deren aktuelle Rechtsprechung einzubeziehen. Sodann ist mit einem möglichst schlagkräftigen Argument aufzuzeigen, warum eine Lösung der Frage aus der vorliegenden Rechtsprechung nicht hergeleitet werden kann.

Zu Darlegung der Klärungsfähigkeit der Rechtsfrage ist auszuführen, warum das BSG anhand der Gegebenheiten des konkret zu entscheidenden Falls die Rechtsfrage beantworten muss. Hierbei muss zwingend von der Tatsachengrundlage des Berufungsurteils ausgegangen werden, weil § 163 SGG hierfür eine Bindung des BSG entsprechend seiner Funktion als bloße Rechtskontrollinstanz vorsieht. Auch insoweit können die Anforderungen an die Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde sehr hoch sein, denn es ist zur Darlegung der Klärungsfähigkeit abhängig von den Umständen des Einzelfalls ggf. zusätzlich erforderlich, dass ausgeführt wird, warum die Entscheidung des Landessozialgerichts nicht mit einer anderen rechtlichen Begründung bestätigt werden kann.<sup>12</sup>

Probleme werfen in der Praxis schließlich häufig auch die erforderlichen Darlegungen zur sog. Breitenwirkung auf. Die vom Beschwerdeführer formulierte Rechtsfrage darf sich nicht nur im konkret zu entscheidenden Einzelfall stellen, sondern ihr muss allgemeine Bedeutung über den Einzelfall hinaus in einer unbestimmten Vielzahl weiterer Fälle zukommen.<sup>13</sup> Einer eingehenden Begründung bedarf es insoweit insbesondere, wenn eine Rechtsfrage zu auslaufendem oder nicht mehr geltendem Recht bzw. zu Übergangsvorschriften aufgeworfen wird.

### C. Divergenz

Der Zulassungsgrund der Divergenz (§ 160 Abs. 2 Nr. 2 SGG) dient in erster Linie der Wahrung der Rechtseinheit. Der in der Praxis häufig anzutreffende typische Fehler bei der Begründung einer Abweichung tritt auf, weil schon die Merkmale des Rechtsbegriffs Abweichung verkannt werden. Denn eine Abweichung ist nicht schon gegeben,

7 BSG, Beschl. v. 05.02.2014 - B 12 KR 43/13 B; BSG, Beschl. v. 29.11.2016 - B 3 KR 21/16 B Rn. 15.

8 Kummer, Die Nichtzulassungsbeschwerde, 2. Aufl. 2010, Rn. 108 f.

9 Becker, SGB 2007, 261, 267.

10 Vgl. nur BSG, Beschl. v. 16.12.1993 - 7 BA R 126/93; BSG, Beschl. v. 25.07.2011 - B 12 KR 114/10 B.

11 BSG, Beschl. v. 17.04.2012 - B 13 R 347/10 B; BSG, Beschl. v. 31.10.2012 - B 13 R 107/12 B.

12 BSG, Beschl. v. 30.08.2004 - B 2 U 401/03 B; BSG, Beschl. v. 19.12.2013 - B 12 R 49/12 B Rn. 11.

13 Ständige Rechtsprechung: BSG, Beschl. v. 26.06.1975 - 12 BJ 12/75.

wenn das Urteil nicht den Kriterien entspricht, die vom BSG, dem GmS-OGB oder dem BVerfG aufgestellt worden sind. Vielmehr muss herausgearbeitet werden, dass das Berufungsgericht diesen Kriterien widersprochen, also eigene rechtliche Maßstäbe entwickelt hat. Ein abstrakter, den Fall übergreifender Rechtssatz wird vom Berufungsgericht nicht aufgestellt, wenn sich die Ausführungen in der rechtlichen Würdigung der tatsächlichen Umstände des Einzelfalls erschöpfen.<sup>14</sup> Die gängige Formel lautet insoweit, dass nicht die etwaige Unrichtigkeit der Entscheidung im Einzelfall, sondern die Nichtübereinstimmung im Grundsätzlichen die Zulassung der Revision wegen Abweichung begründet.<sup>15</sup> Es genügt deshalb in keinem Fall, lediglich die Entscheidung des Berufungsgerichts nachzuzeichnen, ohne hieraus eine allgemeine Aussage zu destillieren.

Die Voraussetzungen für eine Divergenz sind erfüllt, wenn entscheidungstragende abstrakte Obersätze in einem Urteil des Berufungsgerichts einerseits und Obersätze des BSG, des GmS-OGB oder des BVerfG andererseits miteinander unvereinbar sind.<sup>16</sup> Eine Abweichung von Entscheidungen anderer oberster Bundesgerichte ist für diesen Zulassungsgrund irrelevant. Ein abstrakter Rechtssatz liegt vor, wenn das Gericht einen allgemeinen Obersatz aufstellt, der über den Einzelfall auch für vergleichbare Sachverhalte gelten soll. Aus diesen Untermerkmalen der Divergenz ergibt sich für die praktische Handhabung zweckmäßigerweise, dass an der Spitze der Ausführungen in der Beschwerdebegründung zwei sich widersprechende Rechtssätze ausdrücklich formuliert und gegenübergestellt werden sollten. Im Idealfall können die Rechtssätze sogar jeweils wörtlich den divergierenden Entscheidungen entnommen werden. Es ist in der Begründung die Fundstelle für den Rechtssatz (Seitenangabe des Urteils oder Rn.) anzugeben.

Ist eine wörtliche Wiedergabe der sich widersprechenden Rechtssätze nicht möglich, können die Rechtssätze auch aus den Entscheidungen abgeleitet werden. Dies erfordert allerdings gegenüber der wörtlichen Wiedergabe eines deutlich größeren Begründungsaufwands. Denn es muss herausgearbeitet werden, dass aus der Entscheidung des Berufungsgerichts tatsächlich ein verallgemeinerungsfähiger Rechtssatz schlüssig abgeleitet werden kann, den das Landessozialgericht auch tatsächlich vertreten wollte.<sup>17</sup> Verdeckte Widersprüche müssen derart herausgearbeitet werden, dass die Divergenz deutlich wird.

Da das mit der Beschwerde angefochtene Urteil auf der Abweichung beruhen muss, ist schließlich auch die Entscheidungserheblichkeit der Divergenz darzulegen. Es ist auszuführen, inwiefern die behauptete Divergenz Auswirkung auf die Entscheidung des Rechtsstreits gehabt hat.<sup>18</sup>

## D. Verfahrensfehler

Zur Bezeichnung eines Verfahrensmangels (§ 160 Abs. 2 Nr. 3 SGG) müssen die den Verfahrensmangel (vermeintlich) begründenden Tatsachen substantiiert so dargetan werden, dass sich das BSG allein anhand der Beschwerdebegründung ein Urteil darüber zu bilden vermag, ob die Entscheidung auf dem geltend gemachten Verfahrensmangel beruhen kann.<sup>19</sup> Mit der Beschwerdebegründung muss zusammengefasst schlüssig dargelegt werden, dass die Nichtzulassungsbeschwerde Erfolg haben wird, wenn sich das Vorbringen erweisen lässt.

### I. Allgemeine Anforderungen

Bei der Geltendmachung von Verfahrensrügen ist zu bedenken, dass von vornherein nur Verfahrensmängel in Betracht kommen, auf denen die Entscheidung des Landessozialgerichts beruhen kann. Es muss also grds. bei jedem denkbaren Verfahrensverstoß ausgeführt werden, warum die Möglichkeit einer Beeinflussung der angegriffenen Entscheidung besteht. Hierauf kann verzichtet werden, wenn absolute Revisionsgründe nach § 202 SGG i.V.m. § 547 ZPO geltend gemacht werden. Eine weitere Ausnahme vom Kausalitätserfordernis gilt regelmäßig für den Fall, dass der Beteiligte verfahrensfehlerhaft daran gehindert gewesen ist, an der mündlichen Verhandlung teilzunehmen.<sup>20</sup>

Hinsichtlich der Darlegungen zur Entscheidungserheblichkeit ist in der Praxis häufig zu beobachten, dass die Auswirkungen auf die Entscheidungsfindung auf der Grundlage der Rechtsauffassung des Beschwerdeführers erörtert werden. Dies führt – selbst wenn der Beschwerdeführer die besseren Argumente auf seiner Seite hat – zur Unzulässigkeit der Rüge, denn Prüfungsmaßstab für die Feststellung von Verfahrensfehlern ist immer die Rechtsauffassung des Berufungsgerichts. Es ist folglich darzulegen, dass und warum die Entscheidung des Landessozialgerichts ausgehend von dessen materieller Rechtsansicht auf dem Mangel beruhen kann, dass also die Möglichkeit einer Beeinflussung des Urteils besteht.<sup>21</sup>

Unter verschiedenen Aspekten (Fehlen von Entscheidungsgründen, Anspruch auf rechtliches Gehör usw.) taucht in

14 BSG, Beschl. v. 29.11.1989 - B 7 BA r 130/88; BSG, Beschl. v. 25.09.2002 - B 7 AL 142/02 B.

15 BSG, Beschl. v. 27.01.1999 - B 4 RA 131/98 B.

16 Zu Einzelheiten Voelzke in: Schlegel/Voelzke, jurisPK, SGG, 2017, § 160 Rn. 120 ff.

17 BSG, Beschl. v. 27.01.1999 - B 4 RA 131/98 B.

18 Karmanski in: Roos/Wahrendorf, SGG, § 160a Rn. 80.

19 BSG, Ur t. v. 29.09.1975 - 8 BU 64/75; BSG, Ur t. v. 28.08.1991 - 7 BA r 50/91.

20 BSG, Beschl. v. 26.06.2007 - B 2 U 55/07 B Rn. 13.

21 Voelzke in: jurisPK, SGG, 2017, § 160 Rn. 140.

Nichtzulassungsbeschwerden immer wieder der Vortrag auf, das Landessozialgericht sei in seiner Entscheidung auf ein bestimmtes Vorbringen nicht oder nicht ausreichend eingegangen. Ein derartiger Vortrag führt nur ganz ausnahmsweise zum Erfolg, weil die Rechtsprechung des BSG insoweit von dem zutreffenden Grundsatz ausgeht, dass das Gericht sich unter Beschränkung auf den Gegenstand des Verfahrens kurzfassen und nicht jeden Gesichtspunkt, der erwähnt werden könnte, behandeln muss. Soll eine derartige Rüge zum Erfolg führen, muss zumindest dargelegt werden, dass sich das Gericht überhaupt nicht mit einer von den Beteiligten aufgeworfenen, entscheidungserheblichen und ggf. streitigen Rechtsfrage befasst hat.<sup>22</sup>

Um dem (vertretenen) Beteiligten im Beschwerdeverfahren seine Rechtsposition hinsichtlich derjenigen Mängel zu erhalten, die das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozesshandlung betreffen, muss der Prozessbevollmächtigte bereits im Berufungsverfahren Verfahrensmängel sofort rügen und die Rüge in der mündlichen Verhandlung nochmals zu Protokoll zu geben.<sup>23</sup> Den Hintergrund für diese Rügeobliegenheit bildet der Umstand, dass die §§ 556, 295 ZPO über § 202 SGG mit der Folge entsprechende Anwendung finden, dass der Verfahrensmangel geheilt wird, wenn der Beteiligte auf die Befolgung der Vorschrift verzichtet hat oder wenn er in der nächsten mündlichen Verhandlung den Mangel nicht gerügt hat, obwohl er erschienen ist und ihm der Mangel bekannt sein musste. Der rechtskundig vertretene Beteiligte, der ausschließlich zur Sache verhandelt, verliert sein Rügerecht endgültig. In der Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde ist also zwingend zusätzlich darzustellen, dass eine Heilung des Verfahrensmangels nicht eingetreten ist. Derartiger Ausführungen bedarf es ausnahmsweise nicht, wenn Vorschriften verletzt sind, auf deren Befolgung der Beteiligte nicht wirksam verzichten kann.<sup>24</sup> Zu den verzichtbaren Verfahrensvorschriften gehört allerdings auch der für die Praxis der Nichtzulassungsbeschwerden besonders bedeutsame Anspruch der Beteiligten auf rechtliches Gehör.<sup>25</sup> Die Rügeobliegenheit besteht aber selbstverständlich nur, wenn der Verfahrensverstöß dem Beteiligten vor der Entscheidung des Berufungsgerichts bekannt wird.

## II. Sachaufklärungsrüge

In der Praxis der Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren beim BSG nimmt die Sachaufklärungsrüge eine Spitzenposition ein. Gerade diese Rüge unterliegt allerdings gewichtigen Einschränkungen, denn auf eine Verletzung des § 103 SGG (Aufklärung des Sachverhalts von Amts wegen) kann eine Nichtzulassungsbeschwerde nur gestützt werden, wenn sie sich auf einen Beweisantrag bezieht, dem das Berufungsgericht ohne hinreichende Begründung nicht gefolgt ist (§ 160 Abs. 2 Nr. 3 Halbsatz 2 SGG). Es soll deshalb beispielhaft auf einige typische Fehlerquellen bei der

Erhebung einer derartigen Rüge hingewiesen werden. Gerade bei der Bezeichnung dieser Rüge ist die Abarbeitung des dafür geltenden Prüfkatalogs zwingend einzuhalten. Soll ein Verstoß gegen die richterliche Sachaufklärung gerügt werden, müssen in der Beschwerdebegründung folgende Prüfungsschritte lückenlos dargestellt werden:<sup>26</sup>

- Es muss ein für das Revisionsgericht ohne Weiteres auffindbarer Beweisantrag bezeichnet werden, dem das Landessozialgericht nicht gefolgt ist. Der Beweisantrag muss grds. im Protokoll oder in den Gründen des angefochtenen Urteils aufgeführt sein.
- Außerdem muss die Rechtsauffassung des Landessozialgerichts wiedergegeben werden, aufgrund derer bestimmte Tatfragen als klärungsbedürftig hätten erscheinen müssen.
- Ferner sind in der Beschwerdebegründung die von dem betreffenden Beweisantrag berührten Tatumstände darzulegen, die zu weiterer Sachaufklärung Anlass gegeben hätten.
- Die Beschwerdebegründung muss das voraussichtliche Ergebnis der unterbliebenen Beweisaufnahme wiedergeben.
- Schließlich muss geschildert werden, dass und warum die Entscheidung des Landessozialgerichts auf der angeblich fehlerhaft unterlassenen Beweisaufnahme beruhen kann, das Landessozialgericht mithin bei Kenntnis des behaupteten Ergebnisses der unterlassenen Beweisaufnahme von seinem Rechtsstandpunkt aus zu einem anderen, dem Beschwerdeführer günstigeren Ergebnis hätte gelangen können.

Zwar gilt aufgrund der Geltung des Untersuchungsgrundsatzes im sozialgerichtlichen Verfahren grds., dass das Gericht den Sachverhalt von Amts wegen erforscht, ohne an das Vorbringen und die Beweisanträge der Beteiligten gebunden zu sein. Das Ausmaß der erforderlichen Ermittlungen steht im Ermessen des Tatsachengerichts,<sup>27</sup> sodass die Beteiligten zur interessengerechten Verfolgung ihres Begehrens grds. keine Beweisanträge stellen müssen. Allerdings gewährleistet nur der formgerecht gestellte und bis zur letzten mündlichen Verhandlung aufrechterhaltene Beweisantrag, dass Mängel in der Sachverhaltsaufklärung auch im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren geltend gemacht werden können.<sup>28</sup>

22 BSG, Urf. v. 10.08.1995 - 11 RA 91/94; BSG, Beschl. v. 08.12.2016 - B 2 U 123/16 B Rn. 6.

23 Becker, SGB 2007, 328, 330.

24 Hierzu Greger in: Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 295 Rn. 4 f.

25 BSG, Beschl. v. 12.04.2000 - B 9 V 57/99 B.

26 BSG, Beschl. v. 12.12.2003 - B 13 RJ 179/03 B Rn. 5; BSG, Beschl. v. 19.11.2007 - B 5a/5 R 382/06 B Rn. 5.

27 B. Schmidt in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, § 103 Rn. 4.

28 Zur Wahrung der Rechtsposition durch einen Beweisantrag Voelzke in: jurisPK, SGG, § 160 Rn. 244 - 249.

Innerhalb der Prüfungsfolge für die Sachaufklärungsrüge ist der Frage, warum sich das Landessozialgericht gedrängt sehen musste, dem Beweisantrag zu folgen, besondere Aufmerksamkeit zu widmen. Hierbei ist in einem ersten Schritt eine Auseinandersetzung mit denjenigen Gründen, mit denen das Landessozialgericht den Beweisantrag abgelehnt hat, erforderlich. Auszugehen ist von dem Grundsatz, dass das Tatsachengericht von einer Beweisaufnahme nur unter engen Voraussetzungen absehen bzw. einen Beweisantrag ablehnen darf.<sup>29</sup> Das Berufungsgericht muss einem Beweisantrag zusammengefasst nur dann nicht folgen, wenn es auf die ungeklärte Tatsache nach seiner Rechtsauffassung nicht ankommt, wenn sie als wahr unterstellt werden kann, wenn das Beweismittel völlig ungeeignet oder unerreichbar ist, wenn die behauptete Tatsache oder ihr Fehlen bereits erwiesen oder wenn die Beweiserhebung wegen Offenkundigkeit überflüssig ist.<sup>30</sup> Es ist also in der Beschwerdebegründung z.B. darzulegen, dass und warum das Beweismittel entgegen der Auffassung des Landessozialgerichts nicht ungeeignet war oder dass und warum das Landessozialgericht die behauptete Tatsache bzw. ihr Fehlen nicht bereits als erwiesen ansehen durfte. Erfolg haben derartige Darlegungen insbesondere dann, wenn der Nachweis geführt werden kann, dass der Entscheidung des Berufungsgerichts eine unzulässige vorweggenommene Beweiswürdigung zugrunde liegt.<sup>31</sup>

In einem zusätzlichen Schritt ist in der Beschwerdebegründung sodann auszuführen, welche Gründe die Beweiserhebung positiv als geboten erscheinen lassen. Hierbei ist von dem zuletzt gestellten Beweisantrag einerseits und den bereits erhobenen Beweisen andererseits auszugehen. Es muss deshalb dargelegt werden, warum die bisher gewonnenen Beweisergebnisse dem Gericht die erforderliche Überzeugung vom Vorliegen der entscheidungserheblichen Tatsachen nicht verschaffen konnten.

## E. Fazit

Für die eingangs erwähnte geringe Erfolgsquote der beim BSG eingereichten Nichtzulassungsbeschwerden können zwei Hauptgründe ausgemacht werden: Zum einen ist in vielen Fällen eine ungenügende Auseinandersetzung einiger Prozessbevollmächtigter mit den Grundlagen der Begründungserfordernisse im Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde und den einschlägigen materiell-rechtlichen Fragen zu beklagen. Zum anderen hat das BSG in den letzten Jahrzehnten durch eine breite Kasuistik zu den aus § 160 Abs. 2 Satz 3 SGG abzuleitenden Anforderungen die Begründungserfordernisse in einer Weise ausdifferenziert, dass die gestellten Anforderungen nur mit ganz erheblichem Aufwand gemeistert werden können. Dabei ist zum Teil der Zweck der Begründungserfordernisse aus dem Blick geraten.<sup>32</sup> Beide Faktoren sind allerdings nicht in Stein gemeißelt: Während einerseits eine gründliche Vorbereitung und Ausarbeitung der Beschwerdebegründung durch die Prozessbevollmächtigten ein „nobile officium“ sein sollte, wahrt andererseits nur das Augenmaß bei der Formulierung der Anforderungen an die Begründungspflicht durch das Revisionsgericht das verfassungsrechtliche Gebot eines effektiven Rechtsschutzes!

29 Dazu BSG, Beschl. v. 06.02.2007 - B 8 KN 16/05 B Rn. 10.

30 BSG, Beschl. v. 24.04.2014 - B 13 R 325/13 B Rn. 14; B. Schmidt in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, § 103 Rn. 8; Voelzke in: jurisPK, SGG, 2017, § 160 Rn. 237.

31 Vgl. etwa BSG, Urt. v. 25.10.2012 - B 9 SB 14/12 B Rn. 11; BSG, Beschl. v. 24.04.2014 - B 13 R 325/13 B Rn. 15.

32 Zur Kritik Voelzke in: jurisPK, SGG, 2017, § 160 Rn. 252 ff.

## Verwaltungsrecht

# Türkei: Adieu Gewaltenteilung!

Prof. Dr. Ali Yarayan

Mit knapper Mehrheit (51,4 %) hat die türkische Bevölkerung am 16.04.2017 in einem Referendum über eine Verfassungsänderung abgestimmt. Gegenstand dieses Gesetzes zur Änderung der Verfassung der Türkischen Republik mit der Nr. 6771 vom 21.01.2017, veröffentlicht im Türkischen Amtsblatt am 11.02.2017 mit der Nr. 29976, war die Einführung eines Präsidialsystems. Diese Änderung verstößt aber gegen geltendes und unabänderliches Verfassungsrecht der Türkei

und insbesondere gegen das Gewaltenteilungsprinzip, so dass es verfassungswidriges Verfassungsrecht<sup>1</sup> darstellt.

1 Zum Begriff der verfassungswidrigen Verfassungsänderung siehe Turhan, Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri (Verfassungswidrige Verfassungsänderungen), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Zeitschrift der Juristischen Fakultät der Ankara-Universität), Bd. 33, 1976, Ausgabe 1 – 4, 68 ff.

## A. Gewaltenteilungsprinzip

Das Gewaltenteilungsprinzip ist in der Präambel der türkischen Verfassung (tVerf) verankert und genießt über die Art. 2 und 4 tVerf einen Unabänderlichkeitsschutz – ähnlich der Ewigkeitsgarantie in Art. 79 Abs. 3 GG. Dabei schreiben Art. 4 tVerf i.V.m. Art. 2 tVerf und die Präambel vor, dass das Gewaltenteilungsprinzip nicht nur nicht abgeändert werden darf, sondern deren Änderung darf noch nicht einmal vorgeschlagen werden.<sup>2</sup>

## B. Verstoß der Verfassungsänderung gegen das Gewaltenteilungsprinzip

### I. Formeller Prüfungsumfang des Verfassungsgerichts

Der Wortlaut des Art. 148 Abs. 1 Satz 2 tVerf gewährt dem Verfassungsgericht hinsichtlich Verfassungsänderungen lediglich eine formelle Prüfungsbefugnis. Dies bedeutet zuvörderst das Recht zur Prüfung, ob die Verfassungsänderung unter Einhaltung der in Art. 175 tVerf genannten formellen Voraussetzungen erfolgt ist, mithin etwa von mindestens einem Drittel der Gesamtzahl der Mitglieder der Großen Nationalversammlung der Türkei schriftlich vorgeschlagen bzw. ein solcher Vorschlag von mindestens Dreifünfteln der Gesamtzahl der Mitglieder der Großen Nationalversammlung der Türkei angenommen wurde.

Entgegen diesem Gesetzeswortlaut des Art. 148 Abs. 1 Satz 2 tVerf hatte das Verfassungsgericht in seiner Entscheidung zum „Kopftuch-Gesetz“ vom 05.06.2008 entschieden, dass Art. 175 tVerf als verfassungsrechtliche Ermächtigungsnorm, die Beschränkung dieser Ermächtigung in Art. 4 tVerf sowie das Prüfungsrecht hinsichtlich der diese Ermächtigungen überschreitenden Verfassungsänderungen durch das Verfassungsgericht nach Art. 148 tVerf in einer Gesamtschau zu bewerten sind.<sup>3</sup> Insofern hat das Verfassungsgericht dargelegt, dass nicht nur auf die in Art. 175 tVerf genannten Mehrheiten abgestellt werden dürfe, sondern der Verfassungsänderungsvorschlag dieser Mehrheiten den in den Art. 1 bis 4 tVerf genannten Staatsformen und Prinzipien entsprechen müsse.<sup>4</sup> Dies ergebe sich daraus, dass der Verfassungsgeber in Art. 4 tVerf bereits die Unterbreitung eines gegen die Art. 1 bis 3 tVerf – einschließlich der in der Präambel genannten Prinzipien – verstößenden Verfassungsänderungsvorschlags untersagt hat. Hierdurch hat das Verfassungsgericht auch eine materielle Prüfung vorgenommen.

Diesen Prüfungsumfang hat das Verfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 07.07.2010 bestätigt.<sup>5</sup>

Demgegenüber hat das Verfassungsgericht in einer neueren Entscheidung vom 03.06.2016 dargelegt, dass es seinen Prü-

fungsumfang auf die rein formelle Prüfung entsprechend dem Wortlaut des Art. 148 Abs. 1 Satz 2 tVerf beschränke.<sup>6</sup> Daher gingen die Oppositionsparteien hinsichtlich der am 16.04.2017 zum Referendum vorgelegten Verfassungsänderung davon aus, dass das Verfassungsgericht auch diesbezüglich keine materielle Prüfung vornehmen würde.

Allerdings verhält es sich nach diesseitiger Ansicht so, dass sowohl die Art. 1 bis 4 tVerf als auch Art. 148 Abs. 1 Satz 2 tVerf Verfassungsrang haben. Eine rein formelle Prüfungskompetenz des Verfassungsgerichts hätte zur Folge, dass die ebenfalls mit Verfassungsrang ausgestatteten Prinzipien in den Art. 1 bis 3 tVerf trotz des Änderungsverbotes in Art. 4 tVerf ausgehöhlt werden könnten. Denn der Verfassungsgeber wäre dann in der Lage, unter Einhaltung aller formellen Aspekte und Stimmerefordernisse trotz des Änderungsverbotes in Art. 4 tVerf sämtliche inhaltlichen Änderungen an der Verfassung vorzunehmen, ohne unbedingt die Art. 1 bis 4 tVerf selbst in ihrem Wortlaut zu ändern.

Wie sich aus den genannten Verfassungsartikeln ergibt, hat der Verfassungsgeber aber einerseits Wert auf die Prüfungskompetenz des Verfassungsgerichts nur hinsichtlich eventueller Formmängel gelegt. Andererseits hat es die Staatsprinzipien in den Art. 1 bis 3 tVerf postuliert und weiterhin ihre Unabänderlichkeit, ja sogar das Verbot eines entsprechenden Änderungsvorschlages in Art. 4 tVerf belassen. Daher sind nach diesseitiger Ansicht nach Möglichkeit beide Verfassungskomplexe zu beachten. Daher ist Art. 148 Abs. 1 Satz 2 tVerf systematisch im Zusammenhang mit den Art. 1 bis 4 tVerf zu beurteilen und im Wege der teleologischen Reduktion – anders als es das Verfassungsgericht im Jahr 2010 getan hat<sup>7</sup> – der Prüfungsumfang grds. auf Formmängel zu beschränken, allerdings mit der Ausnahme, dass es sich nicht um inhaltliche Verstöße gegen die Art. 1 bis 4 tVerf handelt. Mit anderen Worten bedeutet dies, dass das Verfassungsgericht nach diesseiti-

2 Siehe hierzu auch Bıçak/Arslan, Constitutional Law in Turkey, 2016, S. 33 ff.

3 Entscheidung des türkischen Verfassungsgerichts v. 05.06.2008 - 2008/16 - Ur.-Nr. 2008/116.

4 Entscheidung des türkischen Verfassungsgerichts v. 05.06.2008 - 2008/16 - Ur.-Nr. 2008/116.

5 Entscheidung des türkischen Verfassungsgerichts v. 07.07.2010 - 2010/49 - Ur.-Nr. 2010/87; so auch schon in den Entscheidungen des Verfassungsgerichts v. 18.06.1987 - 1987/9 - Ur.-Nr. 1987/15; v. 02.07.2007 - 2007/72 - Ur.-Nr. 2007/68 sowie v. 27.11.2007 - 2007/99 - Ur.-Nr. 2007/86; ebenso Abdülhakimoğulları/Baykan, Anayasal Değişiklerinin Yargısal Denetimi (Gerichtliche Prüfung von Verfassungsänderungen), Ankara Barosu Dergisi (Zeitschrift der Rechtsanwaltskammer Ankara) 2012, Bd. 3, 18, 28.

6 Entscheidung des türkischen Verfassungsgerichts v. 03.06.2016 - 2016/54 - Ur.-Nr. 2016/117.

7 Entscheidung des türkischen Verfassungsgerichts v. 07.07.2010 - 2010/49 - Ur.-Nr. 2010/87.

ger Ansicht in Bezug auf Verfassungsänderungen, die die Prinzipien nach den Art. 1 bis 3 tVerf betreffen, formelle und materielle Prüfungen vornehmen kann. Hinsichtlich aller anderen Verfassungsänderungen bleibt es indes bei der formellen Prüfungskompetenz des Verfassungsgerichts nach Art. 148 Abs. 1 Satz 2 tVerf. Angesichts der Entscheidung des Verfassungsgerichts aus dem Jahr 2016<sup>8</sup> ist aber nicht davon auszugehen, dass das Verfassungsgericht durch eine teleologische Reduktion des Art. 148 Abs. 1 Satz 2 tVerf diese Unterscheidung vornehmen würde; vielmehr würde es die Verfassungsänderung aus dem Jahr 2017 lediglich formell prüfen.

## II. Materieller Prüfungsumfang des Verfassungsgerichts

Würde das Verfassungsgericht entweder – wie etwa in den Jahren 2008<sup>9</sup> und 2010<sup>10</sup> geschehen – Verstöße gegen Art. 1 bis 4 tVerf als Formverstöße ansehen oder – wie diesseits vertreten – im Wege der teleologischen Reduktion des Art. 148 Abs. 1 Satz 2 tVerf die Prüfungskompetenz hinsichtlich sämtlicher Verfassungsänderungen auf Formmängel beschränken mit Ausnahme der Art. 1 bis 4 tVerf, so würde es feststellen, ob die verfassungsändernden Normen aus dem Jahr 2017<sup>11</sup> gegen das Gewaltenteilungsprinzip nach der Präambel der türkischen Verfassung i.V.m. Art. 2 tVerf verstoßen und somit verfassungswidrig sind. Käme das Verfassungsgericht zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit, so wäre die Rechtsfolge einer formell zustande gekommenen Verfassungsänderung nicht deren Nichtigkeit. Vielmehr wäre das Verfassungsgericht auf entsprechenden Antrag hin berechtigt, die Aufhebung der verfassungsändernden Normen zu beschließen.<sup>12</sup>

Zum Gewaltenteilungsprinzip hatte das türkische Verfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 07.07.2010 für Recht befunden, dass das „Änderungsgesetz hinsichtlich einiger Vorschriften der Verfassung der Republik Türkei“ vom 07.05.2010 mit der Gesetzes-Nr. 5982 nicht gegen die Art. 1 bis 3 tVerf verstößt und damit nicht aufzuheben ist.<sup>13</sup> Das Verfassungsgericht hat dabei u.a. auch folgende Feststellungen getroffen:

„Die Gewaltenteilung als Verfassungsgedanke und Teil des Grundsatzes der Staatsbeschränkung werden in der Regel mit dem Rechtsstaatsprinzip in Zusammenhang gebracht. Tatsächlich sind aber die Grundsätze des Rechtsstaats und der Gewaltenteilung zwei unterschiedliche Gesichter des Verfassungsgedankens. Dieser Gedanke hat zum Zwecke der Beschränkung der Staatsgewalt zugunsten der Grundrechte und -freiheiten zwei Hauptinstrumente vorgesehen. Das erste ist die Gewaltenteilung, mit der die Aufteilung der Staatsgewalt auf verschiedene Organe zur Missbrauchsvermeidung bezweckt wird, das andere wiederum ist das Rechtsstaatsprinzip, mit dem die Nutzung der Staatsbefugnisse an das Recht geknüpft wird, um die Willkür in der Leitung zu beenden. [...]

Da es nicht nur eine Bedeutung und eine Anwendungsform der Gewaltenteilung gibt, ist es natürlich, dass sich aufgrund der spezifisch historischen und politischen Gegebenheiten unterschiedliche Praktiken entwickelt haben. Keine dieser Ausformungen kann als höherwertiger als eine andere angesehen werden. In unseren Verfassungen ist das Gewaltenteilungsprinzip in unterschiedlichen Formen geregelt worden. [...]

In Absatz 4 der Präambel ist die Rede davon, dass die Gewaltenteilung ‚nicht eine Vorrang gewährende Reihenfolge der Staatsorgane bedeutet, sie aus dem Gebrauch bestimmter Befugnisse und Pflichten des Staates besteht und eine hierdurch begrenzte zivilisierte Arbeitsteilung und Zusammenarbeit ist‘.

Das Verfassungsgericht hat auch in verschiedenen Urteilen entschieden, dass die Gewaltenteilung ‚nicht die Bedeutung eines Vorrangs in der Reihenfolge zwischen Staatsorganen bedeutet und sie aus dem Gebrauch bestimmter Befugnisse und Pflichten des Staates besteht und eine hierdurch begrenzte Arbeitsteilung und Zusammenarbeit darstellt, die einen Vorrang nur in der Verfassung und den Gesetzen hat‘ (Urt. v. 20.05.1997 - 1997/36 - Urt.-Nr. 1997/52; Urt. v. 12.12.1996 - 1996/64 - Urt.-Nr. 1996/47; Urt. v. 04.07.1995 - 1995/35 - Urt.-Nr. 1995/26) sowie dieser Grundsatz ‚nicht nur die Übertragung der Legislative, Exekutive und Judikative auf unterschiedliche Organe bedeutet, sondern manchmal auch eine einzelne Gewalt unter verschiedenen Organen aufgeteilt werden kann‘ (Urt. v. 01.06.2005 - 2004/60 - Urt.-Nr. 2005/33).

Daher kann solange nicht davon gesprochen werden, dass die Gewaltenteilung bedeutungslos geworden oder beseitigt worden ist, solange kein System vorgesehen ist, das das demokratische System beseitigt und sämtliche Gewalten in einer Hand vereint oder die anderen Organe unter die Kontrolle eines Organs stellt.“

8 Entscheidung des türkischen Verfassungsgerichts v. 03.06.2016 - 2016/54 - Urt.-Nr. 2016/117.

9 Entscheidung des türkischen Verfassungsgerichts v. 05.06.2008 - 2008/16 - Urt.-Nr. 2008/116; siehe auch Aydın, 1982 Anayasasına Göre Anayasa Değişikliklerinin Şekil Bakımından Denetimi (Formelle Prüfung von Verfassungsänderungen nach der Verfassung von 1982), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Zeitschrift der Juristischen Fakultät der Gazi-Universität), Bd. 14, 2010, Ausgabe 1, 215, 236.

10 Entscheidung des türkischen Verfassungsgerichts v. 07.07.2010 - 2010/49 - Urt.-Nr. 2010/87.

11 Gesetz zur Änderung der Verfassung der Türkischen Republik mit der Nr. 6771 v. 21.01.2017, veröffentlicht im Türkischen Amtsblatt am 11.02.2017 mit der Nr. 29976.

12 Entscheidung des türkischen Verfassungsgerichts v. 05.06.2008 - 2008/16 - Urt.-Nr. 2008/116.

13 Entscheidung des türkischen Verfassungsgerichts v. 07.07.2010 - 2010/49 - Urt.-Nr. 2010/87.

Wengleich das Verfassungsgericht keine detaillierten Kriterien für das Vorliegen einer Bedeutungslosigkeit bzw. einer Beseitigung der Gewaltenteilung aufgestellt hat, werden diese jedenfalls dann angenommen, wenn das politische System die Kontrolle aller anderen Organe durch ein Organ ermöglicht; ab welchem Grad dies wiederum gegeben sein soll, wird vom Verfassungsgericht nicht dargelegt. Ausgehend hiervon ist vorliegend zu prüfen, ob die mit dem Referendum vom 16.04.2017 gebilligte Verfassungsänderung durch das Gesetz zur Änderung der Verfassung der Türkischen Republik mit der Nr. 6771 vom 21.01.2017, veröffentlicht im Türkischen Amtsblatt am 11.02.2017 mit der Nr. 29976, die Gewaltenteilung bedeutungslos macht oder beseitigt, indem etwa die Exekutive die Legislative und Judikative unter seiner Kontrolle hat. In diesem Fall läge ein Verstoß gegen die Art. 2 und 4 tVerf vor. Denn hiernach dürfen auch die in der Präambel genannten Grundprinzipien und somit die Gewaltenteilung weder geändert noch deren Änderung vorgeschlagen werden. Nachfolgend wird im Einzelnen dargelegt, aus welchen Gründen die besagte Verfassungsänderung die Gewaltenteilung bedeutungslos macht.

## 1. Rechtliche Stellung der Legislative

Die Wahlen des Parlaments und des Präsidenten werden taggleich stattfinden (Änderungs-Art. 77 Abs. 1 tVerf),<sup>14</sup> mit der Folge, dass der Wähler aller Wahrscheinlichkeit nach seine Stimmen dem Präsidentschaftskandidaten und der Partei geben wird, deren Mitglied der Präsidentschaftskandidat ist.<sup>15</sup> Die Amtszeit des Präsidenten und die Legislaturperiode des Parlaments werden jeweils fünf Jahre betragen (Änderungs-Art. 77 Abs. 1 und Änderungs-Art. 101 Abs. 2 tVerf).

In der Geschichte der Türkischen Republik ist es üblich, dass der Ministerpräsidentenkandidat auch der Vorsitzende seiner Partei ist. Daher ist davon auszugehen, dass der zukünftige Präsident auch Vorsitzender seiner Partei sein wird, da mit der Verfassungsänderung die Bestimmung weggefallen ist, wonach die Beziehungen des Präsidenten zu seiner Partei mit seiner Wahl enden (Aufhebung des bisherigen Art. 101 Abs. 4 tVerf).<sup>16</sup> Hierdurch wäre der Präsident auch Vorsitzender der stärksten Fraktion im Parlament. In der Funktion als Parteivorsitzender kann er – wie es bisher üblich war – selbst auch die Liste der zur Wahl aufgestellten Abgeordneten festlegen. Folge hiervon ist, dass der Präsident auch eine starke Stellung im Parlament innehaben kann. Der amtierende Präsident der Republik Recep Tayyip Erdoğan wurde etwa am 21.05.2017 bereits zum Vorsitzenden seiner Partei AKP wiedergewählt.

Sowohl der Präsident als auch die Große Nationalversammlung der Türkei haben jeweils die Möglichkeit, Neuwahlen anzuordnen (Änderungs-Art. 116 Abs. 1 und 2 tVerf); während der Präsident diese Entscheidung selbst trifft und kei-

nes Grundes bedarf, benötigt das Parlament hierzu eine Dreifünftelmehrheit, d.h. die Stimmen von mindestens 360 der insgesamt 600 Abgeordneten (Änderungs-Art. 75 und 116 Abs. 1 tVerf). Um diese Anzahl zu erreichen, wird schon rechnerisch ein Teil der Stimmen der Abgeordneten der Regierungspartei notwendig sein; dies dürfte angesichts der Treue der Abgeordneten zu dem sie als Abgeordnetenkandidaten auf die Liste aufgenommenen Parteivorsitzenden und Präsidenten unwahrscheinlich sein.

Ordnet das Parlament wiederum in der zweiten Amtszeit des Präsidenten Neuwahlen an, so hat dieser das Recht, erneut zu kandidieren. Somit hat der Präsident die Möglichkeit, knapp 15 Jahre anstatt zehn Jahre zu regieren (Änderungs-Art. 116 Abs. 3 und 5 tVerf).

Im Übrigen kann lediglich der Präsident den Entwurf für das Haushaltsgesetz dem Parlament vorlegen, das dann darüber beraten und beschließen kann. Das Recht, über einen eigenen Entwurf zum Haushaltsgesetz zu entscheiden, hat das Parlament nach den neuen Bestimmungen der Verfassung nicht mehr (Änderungs-Art. 161 Abs. 3 – 5 tVerf). Dies steht aber im Widerspruch zu den Feststellungen des Verfassungsgerichts in seiner Entscheidung vom 02.11.2016,<sup>17</sup> wenn es dort wie folgt heißt:

„In der auf dem Gewaltenteilungsprinzip beruhenden demokratischen Regierungsform ist die Feststellung des Haushalts, die der Exekutive die Befugnis zur Einnahmengenerierung und Ausgabenvornahme gewährt, eine der Hauptaufgaben des aus den Volksvertretern bestehenden Gesetzgebungsorgans. [...] Das Haushaltsrecht steht nach den Art. 87, 160, 162 und 164 der Verfassung der Großen Nationalversammlung der Türkei (TBMM) zu.“

Durch die am 16.04.2017 zum Referendum vorgelegte Verfassungsänderung wird das Parlament nur noch über den Haus-

14 Für alle hier mit „Änderungs-Art.“ gekennzeichneten Bestimmungen der türkischen Verfassungsänderung mitsamt der deutschen Übersetzung siehe [www.zr2.jura.uni-erlangen.de/forschungsstelle-fuer-tuerkisches-recht/materialien%20und%20dokumente/referendum-tuerkei-text-der-verfassungsänderung.pdf](http://www.zr2.jura.uni-erlangen.de/forschungsstelle-fuer-tuerkisches-recht/materialien%20und%20dokumente/referendum-tuerkei-text-der-verfassungsänderung.pdf).

15 So auch Gözler, Elveda kuvvetler ayriligi, elveda anayasa (Auf Wiedersehen Gewaltenteilung, auf Wiedersehen Verfassung), [www.anayasa.gen.tr/elveda-anayasa-v2.pdf](http://www.anayasa.gen.tr/elveda-anayasa-v2.pdf) (zuletzt abgerufen am 14.06.2017), der darauf hinweist, dass durch die taggleiche Wahl eine Einheit zwischen Legislative und Exekutive verwirklicht werde. Ziel der Verfassungsänderung sei es diesbezüglich zu gewährleisten, dass der Präsident und die Mehrheit im Parlament der gleichen politischen Partei angehören.

16 Aufgehobener Art. 101 Abs. 4 tVerf: Die Beziehung des zum Präsidenten der Republik Gewählten zu seiner Partei endet, sofern eine solche besteht, und seine Mitgliedschaft in der Großen Nationalversammlung der Türkei findet sein Ende.

17 Entscheidung des Verfassungsgerichts v. 02.11.2016 - 2015/61 - Ur.-Nr. 2016/172.



haltsentwurf des Präsidenten und somit der Exekutive beschließen können, womit das Parlament – wie das Verfassungsgericht im Jahr 2016 festgestellt hatte – eine seiner Hauptkontrollmöglichkeiten über die Exekutive aufgibt. Daran ändert es auch nichts, dass das Parlament formal die Möglichkeit zur Ablehnung des Haushaltsentwurfes des Präsidenten hat. In einem solchen Ablehnungsfall würde kein Haushalt festgestellt werden, vielmehr würde dann der Haushalt des Vorjahres mit entsprechenden Preisanpassungen auch für das neue Jahr gelten (Änderungs-Art. 161 Abs. 5 tVerf).

Neben dieser Rechteinbuße sind auch die Auskunfts- und Kontrollrechte des Parlaments gegenüber der Exekutive eingeschränkt worden, da etwa das Recht zur mündlichen Anfrage bzw. Interpellation weggefallen sind (Änderungs-Art. 98 tVerf). Beibehalten sind indes noch das Recht des Parlaments zur parlamentarischen Untersuchung, zur Plenarverhandlung, zum parlamentarischen Ermittlungsverfahren und zur schriftlichen Anfrage (Änderungs-Art. 98 Abs. 1 tVerf).

Abschließend sei genannt, dass der Präsident die Gesetze verkündet und das Recht hat, Gesetze zur erneuten Verhandlung an das Parlament zurückzuweisen (Änderungs-Art. 104 Abs. 5 und 6 tVerf). Ein solchermaßen zurückgewiesenes Gesetz kann dann vom Parlament nur mit der absoluten Mehrheit der Gesamtzahl der Abgeordneten angenommen werden; erforderlich wären in einem solchen Fall daher mindestens 301 Stimmen. Ein solches Mehrheits-erfordernis bestand vor dieser Verfassungsänderung nicht.

Nach alledem kann festgehalten werden, dass die Verfassungsreform die Kompetenzen des Parlaments gegenüber der Exekutive deutlich geschwächt haben. In der Literatur wird daher sogar zum Teil davon gesprochen, dass das Parlament unter der Kontrolle des Präsidenten stehen wird.<sup>18</sup>

## 2. Rechtliche Stellung der Exekutive

Die Verfassungsreform sieht das Amt des Ministerpräsidenten nicht mehr vor; stattdessen obliegt ab der nächsten Präsidentschaftswahl die ausführende Gewalt dem Präsidenten der Republik (Änderungs-Art. 104 Abs. 1 tVerf). Dieser erhält weitreichendere Befugnisse als der bisherige Ministerpräsident und der bisherige Präsident zusammen; dies folgt aus einer Gesamtschau der bisherigen Art. 104 und 112 sowie dem Änderungs-Art. 104 tVerf. Solche weiterreichenden Befugnisse des neuen Präsidenten der Republik wären etwa folgende:

- Benachrichtigung des Parlaments zur Innen- und Außenpolitik (Änderungs-Art. 104 Abs. 4 tVerf);
- Ernennung und Entlassung der Stellvertreter des Präsidenten (Änderungs-Art. 104 Abs. 8 tVerf);
- Ernennung und Entlassung der obersten Leiter der öffentlichen Verwaltung (Änderungs-Art. 104 Abs. 9 tVerf);

- Bestimmung der nationalen Sicherheitspolitik und Treffen der erforderlichen Maßnahmen (Änderungs-Art. 104 Abs. 13 tVerf);
- Erlass von Präsidialverordnungen zu Angelegenheiten der Befugnisse des Präsidenten (Änderungs-Art. 104 Abs. 17 tVerf) und
- Erlass von Verwaltungsverordnungen zur Gewährleistung der Ausführung der Gesetze unter der Bedingung, diesen nicht zu widersprechen (Änderungs-Art. 104 Abs. 20 tVerf).

Festzuhalten ist, dass der Verfassungsänderungstext keine Beschränkung der Anzahl der Stellvertreter des Präsidenten und der Minister enthält (Änderungs-Art. 104 Abs. 8 tVerf). Ferner wird es dem Präsidenten der Republik auch möglich sein, Einfluss auf die öffentliche Verwaltung zu nehmen, indem er die obersten Behördenleiter ernennt und entlässt (Änderungs-Art. 104 Abs. 9 tVerf). Am weitestgehenden ist indes die Befugnis, in allen Bereichen seiner Kompetenz und somit etwa im Bereich der gesamten ausführenden Gewalt und der nationalen Sicherheitspolitik Präsidialverordnungen zu erlassen, die Gesetzeskraft haben (Änderungs-Art. 104 Abs. 17 tVerf). Solche Präsidialverordnungen können nicht im Bereich der Einschränkung von Grundrechten und der Rechte und Pflichten von Personen sowie der politischen Rechte erlassen werden (Änderungs-Art. 104 Abs. 17 Satz 2 tVerf); dies sind etwa die Religions- und Gewissensfreiheit, die Meinungs- und Meinungsäußerungsfreiheit, die Pressefreiheit, die Vereinsfreiheit, die Versammlungsfreiheit, das Eigentumsrecht, das Recht auf rechtliches Gehör, die Garantie des gesetzlichen Richters, das Recht auf schulische Bildung sowie das Recht zur Gründung von Gewerkschaften und zum Abschluss von Tarifverträgen.

Vorrangige Geltung vor diesen Präsidialverordnungen haben aber Parlamentsgesetze und die Verfassung; dies gilt sowohl für bereits bestehende als auch zukünftige Parlamentsgesetze und Verfassungsnormen. Berücksichtigt man jedoch, dass der im ersten Wahlgang gewählte Präsident zugleich der Vorsitzende einer politischen Partei und damit Vorsitzender der größten Fraktion im Parlament sein kann, erscheint es unwahrscheinlich, dass das Parlament gegen den Willen des Präsidenten ein Gesetz erlassen wird.

Auch im Bereich der Erklärung des Notstandes wird der Präsident weitergehendere Befugnisse haben, als er sie bisher hatte. Bisher war der Präsident zwar auch berechtigt, den Notstand zu erklären, benötigte hierzu aber die entsprechende vorherige Entscheidung des Ministerrats (bisheriger Art. 104 Abs. 2 Buchst. a) tVerf). Da es nach der

<sup>18</sup> So Gözler, *Elveda kuvvetler ayriligi, elveda anayasa* (Auf Wiedersehen Gewaltenteilung, auf Wiedersehen Verfassung), [www.anayasa.gen.tr/elveda-anayasa-v2.pdf](http://www.anayasa.gen.tr/elveda-anayasa-v2.pdf) (zuletzt abgerufen am 14.06.2017).

Neuregelung keinen Ministerrat mehr geben wird, wird auch ein zugrunde liegender Ministerratsbeschluss hinfällig (Änderungs-Art. 119 tVerf), sodass der Präsident alleine den Notstand erklären kann.

Die Neuregelung der Verfassung bringt ferner eine Einschränkung der strafrechtlichen Verfolgbarkeit des Präsidenten im Vergleich zur bisherigen Regelung mit sich (Änderungs-Art. 105 tVerf). Die strafrechtliche Verantwortung des Präsidenten, die nach bisheriger Lage nur bei Landesverrat eingriff, ist zwar nicht mehr nur auf diese Straftat beschränkt, bedarf aber nach der neuen Lage nicht nur wegen Straftaten bei der Ausübung seines Amtes, sondern wegen jeder beliebigen Straftat für die Antragstellung zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens 301 Stimmen der Abgeordneten. Für die Einleitung des Ermittlungsverfahrens selbst wären 360 Stimmen erforderlich und für die Überleitung des Verfahrens zum Verfassungsgericht, das strafrechtlich als Staatsgerichtshof fungiert, insgesamt 400 Stimmen (Änderungs-Art. 105 Abs. 1, 2 und 4 sowie Änderungs-Art. 75 tVerf). Ein beim Staatsgerichtshof anhängiges Verfahren wäre dann innerhalb von maximal sechs Monaten abzuschließen (Änderungs-Art. 105 Abs. 4 tVerf). Diese Voraussetzungen für eine strafrechtliche Verantwortung des Präsidenten gelten auch nach der Beendigung der Amtszeit des Präsidenten weiter (Änderungs-Art. 105 Abs. 7 tVerf).

Schließlich ist der Präsident nach der Neuregelung auch berechtigt, zwölf der 15 Mitglieder des Verfassungsgerichts zu bestimmen. Die anderen drei Mitglieder des Verfassungsgerichts werden vom Parlament ernannt werden (Änderungs-Art. 146 tVerf). Nach bisheriger Verfassungslage war der Präsident ebenfalls berechtigt, zwölf der derzeit 17 Mitglieder des Verfassungsgerichts zu benennen (Aufgehobener Art. 146 tVerf). Der maßgebliche Unterschied liegt aber darin, dass der Präsident nach bisheriger Verfassungslage nicht die ausführende Gewalt innehat, aber nach der Verfassungsänderung ab der nächsten Präsidentschaftswahl als maßgebliches Exekutivorgan zwölf Richter am Verfassungsgericht wählen wird, die im Fall einer strafrechtlichen Anklage gegen ihn über seinen Fall zu entscheiden hätten.

Abschließend sei noch festgehalten, dass der Präsident nach der Neuregelung vier der 13 Mitglieder des Rates der Richter und Staatsanwälte bestimmen wird (Änderungs-Art. 159 tVerf), der u.a. für die Ernennung, Versetzung und Entlassung von Richtern und Staatsanwälten zuständig ist. Weitere sieben Mitglieder werden vom Parlament gewählt, wohingegen der Justizminister und der Staatssekretär des Justizministeriums ebenfalls Mitglieder des Rates der Richter und Staatsanwälte sind. Letztere zwei ernannt ebenfalls der Präsident direkt (Änderungs-Art. 104 Abs. 8 und 9 tVerf). Im Rahmen seiner Funktion als Vorsitzender der stärksten Fraktion im Parlament kann er zudem auch bei

der Wahl der sieben vom Parlament zu benennenden Mitglieder des Rates der Richter und Staatsanwälte entsprechenden Einfluss ausüben.

Im Ergebnis kann hiernach festgehalten werden, dass der Präsident ab der nächsten Präsidentschaftswahl sowohl ausschließlich und mit äußerst starken Exekutivkompetenzen ausgestattet sein wird als auch die Möglichkeit der effektiven Einflussnahme auf die Legislative und die Judikative haben wird.

### 3. Rechtliche Stellung der Judikative

Die bisherige Verfassung der Türkischen Republik stellte fest, dass die Befugnis zur Rechtsprechung im Namen des türkischen Volkes von unabhängigen Gerichten ausgeübt wird (Bisheriger Art. 9 tVerf);<sup>19</sup> mit der Verfassungsreform ist eine Erweiterung dieser Formulierung dahin gehend erfolgt, dass die Gerichte auch unparteiisch sind (Änderungs-Art. 9 tVerf).

Es ist jedoch möglich, dass nach der Verfassungsreform ein stärkerer Einfluss der Exekutive auf die Rechtsprechung ausgeübt werden kann als bisher. Denn nach bisherigem Verfassungsrecht oblag die ausführende Gewalt insbesondere dem Ministerpräsidenten, der keine Verfassungsrichter und Richter oder Staatsanwälte am Hohen Rat der Richter und Staatsanwälte ernennen konnte. Mit der Verfassungsänderung hat aber der Präsident, dem ab der nächsten Präsidentschaftswahl die ausführende Gewalt obliegen wird (Änderungs-Art. 104 Abs. 1 tVerf), die entsprechenden Möglichkeiten zur Ernennung von Richtern und Staatsanwälten. Hierdurch wird die Exekutive entweder direkt in der Person des Präsidenten oder indirekt mittels des Parlaments auf die Besetzung des Verfassungsgerichts und des Rates der Richter und Staatsanwälte Einfluss nehmen können. Die Unabhängigkeit bzw. Unparteilichkeit der Gerichte (Änderungs-Art. 9 tVerf) könnte hierdurch weniger gewährleistet sein als die bisherige Verfassungssituation, bei der der Ministerpräsident als Kopf der Exekutive keinen Richter oder Staatsanwalt ernennen konnte. Nach der Neuregelung kann aber der Präsident die entsprechenden Richter und Staatsanwälte wählen. Hinzu kommen noch die o.g. direkten und indirekten Ernennungsmöglichkeiten der Richter am Verfassungsgericht durch den Präsidenten der Republik.

Daher kann nach alledem festgehalten werden, dass die Verfassungsreform gemäß dem Gesetz zur Änderung der Verfassung der Türkischen Republik mit der Nr. 6771 vom 21.01.2017 die Unabhängigkeit der Rechtsprechung von der Exekutive deutlich einschränken wird. In der Literatur

<sup>19</sup> Aufgehobener Art. 9 tVerf: Die Befugnis zur Rechtsprechung wird im Namen des türkischen Volkes von unabhängigen Gerichten ausgeübt.

ist teilweise davon die Rede, dass die Judikative unter der Kontrolle des Präsidenten stehen wird.<sup>20</sup>

#### 4. Resümee zur Gewaltenteilung nach der Verfassungsänderung

Die aufgezeigten Einschränkungen in den Kompetenzen der Legislative, die Erweiterung der Befugnisse der Exekutive samt der Möglichkeit, Präsidialverordnungen mit Gesetzeskraft zu erlassen, nur selbst dem Parlament einen Haushaltsentwurf vorlegen zu dürfen, alleine den Notstand erklären zu können, direkt und indirekt die Mitglieder am Verfassungsgericht und dem Rat der Richter und Staatsanwälte zu ernennen sowie rechtlich nur eingeschränkt und faktisch sehr unwahrscheinlich vom Parlament kontrolliert werden zu können, führen zu der Schlussfolgerung, dass die Legislative und Judikative unter der Kontrolle der Exekutive stehen werden. Hierdurch wird die Gewaltenteilung – anders als noch in der Entscheidung des Verfassungsgerichts aus dem Jahr 2010 –<sup>21</sup> bedeutungslos werden. Denn bei der Beurteilung der Gewaltenteilung kommt es nicht darauf an, von welchen Rechten und Befugnissen die drei Gewalten faktisch Gebrauch machen werden, sondern wie die rechtlichen Befugnisse unter den drei Gewalten ausgestattet sind. Mithin ist auf Basis der rechtlichen Verfassungslage die Bewertung vorzunehmen, ob eine Bedeutungslosigkeit der Gewaltenteilung gegeben ist oder nicht. Nach diesseitiger Sicht ist dies aufgrund der oben dargestellten Umstände der Fall. Daher verstoßen die entsprechenden Bestimmungen der Verfassungsänderung gegen das Gewaltenteilungsprinzip (Art. 2 tVerf in Verbindung mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung gemäß der Präambel der Verfassung sowie Art. 4 tVerf).<sup>22</sup> Sie stellen somit verfassungswidriges Verfassungsrecht dar.

#### III. Antragsberechtigung und Antragsfristen

Zur Antragstellung hinsichtlich der abstrakten Normenkontrolle berechtigt sind der Präsident der Republik und mindestens ein Fünftel der Mitglieder der Großen Nationalversammlung der Türkei (Art. 148 Abs. 2 Satz 2 tVerf). Einen entsprechenden Klageantrag zum Verfassungsgericht haben aber weder der Präsident noch ein Fünftel der Abgeordneten gestellt.

Die Antragsfrist ist zudem, gleich ob eine formelle oder materielle Prüfungscompetenz des Verfassungsgerichts angenommen wird, verstrichen. Für die Antragstellung besteht nämlich, sofern man eine Prüfungscompetenz lediglich hinsichtlich der Form bejaht, eine Frist von zehn Tagen ab der Verkündung der Verfassungsänderung im Türkischen Amtsblatt (Art. 148 Abs. 2 Satz 3 tVerf). Dies gilt auch dann, wenn das Gesetz zwar im Türkischen Amtsblatt verkündet wurde, hierzu aber noch ein Referendum stattfinden wird, da in Art. 148 Abs. 2

Satz 3 tVerf die Rede davon ist, dass nach Ablauf von zehn Tagen ab der Verkündung der Verfassungsänderung keine Klage wegen Formmängeln erhoben werden kann.<sup>23</sup>

Eine andere Antragsfrist würde dann gelten, wenn hinsichtlich der Prüfungscompetenz des Verfassungsgerichts in Bezug auf Formmängel (Art. 148 Abs. 1 Satz 2 tVerf) eine teleologische Reduktion dahin gehend vorgenommen würde, dass das Verfassungsgericht bezüglich Änderungen der Art. 1 bis 3 tVerf stets eine materielle Prüfungscompetenz hat. Denn in diesem Fall wäre die auf Formmängel bezogene zehntägige Klagefrist des Art. 148 Abs. 2 Satz 3 tVerf nicht einschlägig. Dann wäre allerdings binnen 60 Tagen ab der Verkündung des Gesetzes im Türkischen Amtsblatt Klage zum Verfassungsgericht zu erheben (Art. 151 tVerf).<sup>24</sup>

Vorliegend wurde das am 16.04.2017 zum Referendum vorgelegte Gesetz zur Änderung der Verfassung der Türkischen Republik mit der Nr. 6771 vom 21.01.2017 am 11.02.2017 im Türkischen Amtsblatt mit der Nr. 29976 verkündet. Da weder binnen zehn noch binnen 60 Tagen Klage zum Verfas-

20 So auch Gözler, *Elveda kuvvetler ayrılığı, elveda anayasa* (Auf Wiedersehen Gewaltenteilung, auf Wiedersehen Verfassung), [www.anayasa.gen.tr/elveda-anayasa-v2.pdf](http://www.anayasa.gen.tr/elveda-anayasa-v2.pdf) (zuletzt abgerufen am 14.06.2017).

21 Entscheidung des türkischen Verfassungsgerichts v. 07.07.2010 - 2010/49 - Ur.-Nr. 2010/87.

22 So auch Gözler, *Elveda kuvvetler ayrılığı, elveda anayasa* (Auf Wiedersehen Gewaltenteilung, auf Wiedersehen Verfassung), [www.anayasa.gen.tr/elveda-anayasa-v2.pdf](http://www.anayasa.gen.tr/elveda-anayasa-v2.pdf) (zuletzt abgerufen am 14.06.2017), der davon spricht, dass mit dieser Verfassungsänderung ein System des Gewaltenmonopols geschaffen werde.

23 So auch etwa Onar, 1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu (Verfassungsänderungsproblem in der Verfassung von 1982), *Ankara 1993*, 172; und Şen, 1961 ve 1982 Anayasalarında Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi (Gerichtliche Kontrolle von Verfassungsänderungen in den Verfassungen aus den Jahren 1961 und 1982), *Atatürk Üniversitesi Erzincan HFD (Zeitschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Atatürk-Universität Erzincan)*, 1998, Bd. 2, 87, 112; nach a.A. (siehe etwa Abdülhakimoğulları/Baykan, *Ankara Barosu Dergisi [Zeitschrift der Rechtsanwaltskammer Ankara]* 2012, Bd. 3, 18, 33 f. und siehe auch Aydın, 1982 Anayasasına Göre Anayasa Değişikliklerinin Şekil Bakımından Denetimi [Formelle Prüfung von Verfassungsänderungen nach der Verfassung von 1982], *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi [Zeitschrift der Juristischen Fakultät der Gazi-Universität]*, Bd. 14, 2010, Ausgabe 1, 215, 242) kann gegen Verfassungsänderungsgesetze trotz ihrer Verkündung im Türkischen Amtsblatt dann keine Klage zum Verfassungsgericht erhoben werden, wenn diese im Rahmen eines Referendums dem Volke zur Abstimmung vorgelegt wird. Denn erst mit bejahender Volksabstimmung erhalte das Verfassungsänderungsgesetz seine Wirksamkeit. Letztere Auffassung steht im klaren Widerspruch zum Gesetzeswortlaut in Art. 148 Abs. 2 Satz 3 tVerf und hat auch keine Stütze in systematischer, historischer oder teleologischer Hinsicht, weshalb sie abzulehnen ist.

24 Art. 151 tVerf: Das Recht auf unmittelbare Erhebung einer Anfechtungsklage vor dem Verfassungsgericht erlischt sechzig Tage nach der Verkündung des zur Aufhebung begehrten Gesetzes, der Rechtsverordnung mit Gesetzeskraft oder der Geschäftsordnung im Amtsblatt.

sungsgericht erhoben worden ist, greift die Ausschlussfrist des Art. 148 Abs. 2 Satz 3 tVerf bzw. des Art. 151 tVerf.

### C. Fazit

Die am 16.04.2017 dem türkischen Volk zur Abstimmung vorgelegte Verfassungsänderung enthält gravierende Einschränkungen des Gewaltenteilungsprinzips, sodass diese materiell verfassungswidriges Verfassungsrecht darstellt. Allerdings kann jedenfalls wegen Ablaufs der zehn- bzw. 60-tägigen Klagefrist (Art. 148 Abs. 2 Satz 3 bzw. Art. 151 tVerf) keine Klage mehr auf Aufhebung der Verfassungsänderung zum Verfassungsgericht eingereicht werden. Angesichts des im Jahr 2016 stattgefundenen Rückzugs des Verfassungsgerichts auf die Position, Verfassungsänderungen lediglich auf Formmängel hin prüfen zu dürfen, erschien eine Klage ohnehin wenig Erfolg versprechend.

Jedenfalls wird nach der Verfassungsänderung in der Türkei an den berühmten Satz von Charles de Montesquieu erinnert:<sup>25</sup> „Freiheit gibt es auch nicht, wenn die richterliche Befugnis nicht von der legislativen und von der exekutiven Befugnis geschieden wird. Die Macht über Leben und Freiheit der Bürger würde unumschränkt sein, wenn jene mit der legislativen Befugnis gekoppelt wäre; denn der Richter wäre Gesetzgeber. Der Richter hätte die Zwangsgewalt eines Unterdrückers, wenn jene mit der exekutiven Gewalt gekoppelt wäre.“

Wie wird es dann bei diesen Einschränkungen der Gewaltenteilung und der Machtfülle des Präsidenten um die Freiheit in der Türkei bestellt sein?

<sup>25</sup> Montesquieu, *De l'esprit des lois* (Vom Geist der Gesetze), 1748, 2. Buch, 6. Kapitel: Über die Gewaltenteilung.

## Keine Geheimhaltung von Gutachternamen im Wissenschaftsbereich

BVerwG, Beschl. v. 10.01.2017 - 20 F 3/16

Dr. Stefan Danz\*

### A. Problemstellung

Es gilt als akademischer Brauch, dass ein Gutachter bei der Erstellung von Gutachten, mit denen die fachliche Eignung von Fachkollegen bewertet wird, darauf vertrauen kann, dass ohne seine Zustimmung sein Name nicht offenbart wird. Von Bedeutung ist dies vor allem im Rahmen von Berufungsverfahren, für das die Landeshochschulgesetze – so bspw. § 78 Abs. 3 Satz 2 Thüringer Hochschulgesetz (ThürHG) – die Einholung von Gutachten (i.d.R. auswärtiger) Professoren vorschreiben. Mit der Zusicherung der Vertraulichkeit

ist die Erwartung verbunden, dass nur unter dieser Bedingung Wissenschaftler – vor allem in kleineren Fachgebieten – bereit seien, über einen (zukünftigen) Kollegen eine offene und ungeschönte Beurteilung abzugeben.<sup>1</sup>

Die damit verbundene Einschränkung beim Akteneinsichtsrecht wird zum Teil auch durch die Verfahrensgesetze der Länder bestätigt. So sehen einige Ländergesetze ausdrückliche Ausnahmen vor, wonach entweder das Gesetz insgesamt für Berufungsverfahren keine Anwendung findet<sup>2</sup> oder zumindest das Akteneinsichtsrecht ausgeschlossen ist.<sup>3</sup> Diese Einschränkung gilt jedenfalls für das Bewerbungsverfahren selbst.<sup>4</sup> Bereits in der Vergangenheit hatten verschiedene Obergerichte entschieden, dass ein so weitgehender Geheimnisschutz nicht für ein verwaltungsgerichtliches Konkurrentenverfahren um eine Professorenstelle gelten könne.<sup>5</sup> Mit einer durchaus vergleichbaren Sachlage hatte sich nunmehr – eingebettet in einem Zwischenverfahren – der für die Rechtmäßigkeit von Sperrvermerken zuständige Fachsenat des BVerwG nach § 99 Abs. 2 VwGO zu befassen.

Anlass des Verfahrens war die Fusion einer niedersächsischen Fachhochschule mit einer Universität, aus der die jetzige Stiftung Leuphana Universität Lüneburg hervorgegangen ist. Nach § 5 des Fusionsgesetzes war es möglich, dass die Dienstaufgaben der von der Fachhochschule übernommenen Hochschullehrer nach Art und Umfang den an der Universität tätigen angeglichen werden – und damit das Amt eines Universitätsprofessors übertragen wird –, wenn im Einzelfall festgestellt wird, dass die von ihnen erbrachten wissenschaftlichen Leistungen in der anwendungsbezogenen Forschung dies rechtfertigen. Die Entscheidung hierüber oblag dem Präsidium der Universität auf der Grundlage des Berichtes einer internen Evaluierungskommission sowie eines externen Gutachtens. Der Kläger des Ausgangsverfahrens, ein beamteter Professor der ehemaligen Fachhochschule, hatte einen solchen Antrag gestellt, der nach Durchführung der Evaluation abgelehnt wurde. In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren legte die beklagte

\* Der Autor ist Justiziar an der Friedrich-Schiller-Universität Jena.

<sup>1</sup> Wolff/Stemmer, *WissR* 47 (2014), 361, 365 f.

<sup>2</sup> § 2 Abs. 2 Nr. 6 ThürVwVfG.

<sup>3</sup> § 2 Abs. 3 Nr. 4 NdsVwVfG, § 2 Abs. 3 Nr. 3 HmbVwVfG. In Bayern heißt es lediglich, dass das Verwaltungsverfahrensgesetz bei Leistungs-, Eignungs- und ähnlichen Prüfungen von Personen nur gilt, soweit nicht die Besonderheiten des Prüfungsverfahrens entgegenstehen (Art. 2 Abs. 3 Nr. 2 BayVwVfG). Daneben sehen auch einzelne Landeshochschulgesetze vor, dass in Berufungsverfahren von dem Recht auf Akteneinsicht die Gutachten selbst, oder soweit diese ganz oder teilweise wiedergegeben werden, ausgeschlossen sind (§ 78 Abs. 11 ThürHG, § 38 Abs. 5 NRW HG).

<sup>4</sup> Wolff/Stemmer, *WissR* 47 (2014), 361, 367.

<sup>5</sup> VGH Kassel, Beschl. v. 21.07.1983 - 1 TE 14/83; OVG Hamburg, Beschl. v. 08.07.1986 - Bs III 432/86; a.A. VG Düsseldorf, Beschl. v. 18.02.1998 - 2 L 5476/97 - wiedergegeben bei Hartmer, *FuL* 1999, 150.

Universität die Verwaltungsvorgänge einschließlich des auswärtigen Fachgutachtens vor, die Namen des Gutachters wie auch der Mitglieder der Kommission wurden jedoch unkenntlich gemacht. Nach einer gerichtlichen Aufforderung zur Offenlegung erließ das zuständige Landesministerium eine Sperrerkklärung nach § 99 Abs. 1 VwGO mit der Begründung, dass die Namen ihrem Wesen nach geheimzuhalten seien. Nachdem bereits das OVG Lüneburg auf Antrag des Klägers die Rechtswidrigkeit der Sperrerkklärung feststellte, hatte nunmehr das BVerwG über die hiergegen von der Universität erhobene Beschwerde zu entscheiden.

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Mit dem Beschluss hat der Fachsenat des BVerwG die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts bestätigt, sodass die beklagte Universität die Namen der Mitglieder der Kommission und des Fachgutachters nunmehr offenzulegen hat und das Gericht der Hauptsache den Einwänden des Klägers gegen die (fachliche) Zusammensetzung und die Auswahl des externen Gutachters nachgehen kann.

Damit ist auch die Entscheidungserheblichkeit der Offenlegung indiziert, an deren Feststellung durch das Ausgangsgericht der Fachsenat, sofern nicht offensichtlich fehlerhaft, ohnehin gebunden ist.<sup>6</sup> Bei der personellen Besetzung sind sowohl die fachliche Kompetenz zu beachten als auch (persönliche) Befangenheitsgründe auszuschließen, sodass mögliche Verfahrensfehler die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung der Kommission begründen könnten. Eine solche Feststellung kann naturgemäß nur getroffen werden, wenn zuvor die Namen offengelegt werden.

Diesem rechtlichen Interesse an einer Namenstransparenz stehen die durch das Gesetz eingeräumten Weigerungsgründe nicht entgegen, insbesondere sind die Namen der Gutachter- und Kommissionsmitglieder nicht ihrem Wesen nach geheimzuhalten. Land und Universität hatten die Geheimhaltung mit einem (öffentlichen) Interesse an der Sicherstellung der Handlungsfähigkeit der Hochschulen begründet, da ohne die Wahrung der Vertraulichkeit die Gefahr bestehe, dass die beauftragten Personen sich nicht mehr oder zumindest nicht mehr so offen über Bewerber äußerten und daher deren Unabhängigkeit nicht mehr ausreichend gewährleistet sei. Da die Hochschulen im Rahmen solcher oder vergleichbarer Verfahren, in denen eine fachliche Einschätzung erforderlich ist, auf Auskünfte und Einschätzung durch Fachkollegen angewiesen seien, gebe es daher ein (öffentliches) Interesse an Anonymität.

An die „wesensmäßige“ Geheimhaltungsbedürftigkeit ist aber, so der Fachsenat, ein strenger Maßstab anzulegen, der insbesondere durch grundrechtlich geschützte Interessen markiert ist und vor allem personenbezogene Daten

Dritter, die ein durch die informationelle Selbstbestimmung gesichertes Interesse an Geheimhaltung besitzen, umfasst. Gemessen an dem hohen öffentlichen Interesse eines umfassenden Rechtsschutzes und einer effektiven gerichtlichen Kontrolle der Verwaltungsentscheidungen, der durch vollständige und ungeschwärzte Aktenvorlage verwirklicht wird, bedarf das individuelle Geheimhaltungsinteresse einer besonderen Rechtfertigung.<sup>7</sup>

Die „akademische Regel“, wonach die Anonymität von Gutachtern vorausgesetzt werde, genügt diesen Anforderungen nicht. So ist schon mit Blick auf die Praxis der Konkurrentenstreitigkeiten in Berufungsverfahren, in denen Namen der Gutachter regelmäßig und ohne Einschränkung offengelegt werden,<sup>8</sup> zweifelhaft, ob dieses Prinzip tatsächlich – in Verwaltungsprozessen – gelebt wird. Vor allem vermag das Argument der Qualitätssicherung das BVerwG nicht zu überzeugen, denn von einem Gutachter muss man erwarten dürfen, dass er in der Lage ist, die wissenschaftliche Leistung des zu Begutachtenden nach nachvollziehbaren Kriterien differenziert zu bewerten und seine Meinung auch offen zu verteidigen, da die kritische Würdigung fachlicher Ansichten den Inbegriff des wissenschaftlichen Diskurses darstellt. Zwar unterscheidet sich die Auseinandersetzung mit einer einzeln vorgetragenen wissenschaftlichen Veröffentlichung von einer wertenden Gesamtschau, nicht zuletzt, da Letzteres Auswirkungen auf die weiteren beruflichen Perspektiven des zu begutachteten Betroffenen hat und damit ein weitaus größeres Potenzial für eine kritische Würdigung bietet, es sei aber – so die These des BVerwG – auch nicht erkennbar, dass eine Namenstransparenz geeignet wäre, Fachgutachter davon abzuhalten, Gutachten zu übernehmen oder ihnen aus einer kritischen Begutachtung und Bewertung Nachteile für deren berufliches Wirken erwachsen würden.<sup>9</sup> Selbst wenn (auch) ein Wissenschaftsbetrieb nicht frei von persönlichen Empfindlichkeiten ist und atmosphärische Störungen bei der zukünftigen Zusammenarbeit von Personen, die die wissenschaftliche Kompetenz unterschiedlich bewerten, nicht auszuschließen seien, gebe dies gleichwohl einem akademisch konnotierten Geheimhaltungsinteresse keinen Vorrang. Nicht zuletzt unterscheidet sich diese Bewertungssituation nicht von der Bewertung einer Qualifizierungsschrift in einem Habilitationsverfahren, für das die Offenlegung – jedenfalls im Prozess – auch verfassungsgerichtlich anerkannt ist.<sup>10</sup> Somit spricht mehr da-

6 BVerwG, Beschl. v. 28.03.2006 - 20 F 1/05.

7 BVerwG, Beschl. v. 19.06.2013 - 20 F 10/12.

8 So bspw. zuletzt VG Ansbach, Beschl. v. 25.08.2015 - AN 2 E 15.000143; so auch Wolff/Stemmer, WissR 47 (2014), 361, 367 f.

9 Unter Bezugnahme auf Bull, WissR 20 (1987), 111, 118, der auf eigene Motive der Gutachter, wie Einflussnahme auf Auswahlentscheidungen und „Freundschaftsdienste“ verweist.

10 BVerfG, Beschl. v. 04.11.2010 - 1 BvR 3389/08, 174 ff.; BVerwG, Urt. v. 16.03.1994 - 6 C 1/93.

für, dass dies auch in einem „Quasi-Prüfungsverfahren“<sup>11</sup> zu gelten hat. Werden Gutachter außerhalb ihrer (grundrechtlich) geschützten Privatsphäre tätig und stellen ihre Expertise in den Dienst der Wissenschaftsverwaltung, dürfen sie nicht annehmen, dass die im Verwaltungsverfahren gewährte Anonymität bis in das verwaltungsgerichtliche Verfahren reicht.

Ist somit schon nicht erkennbar, dass die Funktion des Verfahrens durch eine Offenlegung gefährdet wird, kann im Übrigen auch das Wohl des Landes als weiterer Hinderungsgrund für eine Offenlegung nicht betroffen sein. Weder das Bildungswesen insgesamt noch die Funktionsfähigkeit der Hochschulen erfahren durch die Bekanntgabe der Namen eine Beeinträchtigung, die in Ausmaß und Bedeutung der – hierfür erforderlichen – Gefährdung der Funktionsfähigkeit des Landes und der Bedrohung der inneren Sicherheit nahekommt.

### C. Auswirkungen für die Praxis

Die Namen der Mitglieder einer Entscheidungskommission und eines Fachgutachters sind nicht i.S.v. § 99 Abs. 2 Satz 2 Alt. 3 VwGO ihrem Wesen nach geheimzuhalten, so der – leicht verkürzte – Leitsatz zu der Entscheidung. Diese klare Aussage bezieht sich zunächst nur auf das streitgegenständliche Evaluierungsverfahren. Vergleichbare Beurteilungssituationen gibt es im Wissenschaftsbereich aber vielfach, weshalb der Entscheidung eine über den konkreten Fall hinausgehende Bedeutung für die akademische Selbstverwaltung zukommt, insbesondere für die schon in der Entscheidung angesprochenen Berufungsverfahren. Das BVerwG betont zugleich auch, dass dieser strenge Maßstab nicht für die Verwaltungsverfahren selbst gilt, sodass aus der Entscheidung im Umkehrschluss

keine etwaigen Bewerberansprüche abgeleitet werden können. Der effektive Rechtsschutz gebietet es jedoch, dass (spätestens) im Verwaltungsprozess die Namen von Gutachtern offenzulegen sind, sodass Hochschulen sich auch nicht mehr auf einen entgegenstehenden akademischen Brauch berufen können. Soweit daher in der Vergangenheit Gutachtern die vollständige Anonymität zugesichert wurde, gilt dies zukünftig nicht mehr im Hinblick auf mögliche Rechtsschutzverfahren. Inwiefern dies Auswirkungen auf die Bereitschaft zur Übernahme von Gutachten hat, bleibt abzuwarten. Zwar ist insbesondere die Zahl an Konkurrentenstreitigkeiten im Vergleich zu den Bewerbungsverfahren insgesamt immer noch gering, sie nimmt aber stetig zu, womit auch die Gutachter selbst zunehmend in den Fokus geraten.

### D. Bewertung

Das BVerwG hat seine gefestigten Abwägungskriterien zur Verweigerung einer Aktenvorlage konsequent auf den Wissenschaftsbereich übertragen. Das verfassungsrechtlich geschützte Rechtsschutzinteresse des Einzelnen und das öffentliche Interesse an effektiver gerichtlicher Kontrolle können danach weder durch überkommene akademische Traditionen noch die Sorge um das akademische Klima verkürzt werden. Auch wenn der Vergleich mit einem Habilitationsverfahren, in der es um eine überprüfbare, singuläre Prüfungsbewertung und gerade nicht um eine fachliche Gesamteinschätzung geht, hier vielleicht etwas zu kurz greift, ist die Entscheidung insgesamt folgerichtig und damit ist ihr im Ergebnis auch zuzustimmen.

<sup>11</sup> Detmer, WissR 28 (1995), 1, 22.

## Steuerrecht

# Neues zum Arbeitszimmer

VRI'inBFH Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel

### A. Ausgangssituation

Nach dem Beschluss des Großen Senats des BFH vom 27.07.2015 (GrS 1/14), wonach der Begriff des häuslichen Arbeitszimmers eine (nahezu) ausschließliche Nutzung für betriebliche/berufliche Zwecke voraussetzt und eine anteilige Abziehbarkeit der beruflich veranlassten Kosten eines teilweise auch für private Zwecke genutzten häuslichen Arbeitszimmers nicht in Betracht kommt,<sup>1</sup> hat der BFH in mehreren Urteilen die Grundsätze zur Abziehbarkeit von Arbeitszimmerkosten für Fallgestaltungen fortgeschrieben,

in denen nicht nur ein Steuerpflichtiger ein Arbeitszimmer ausschließlich für eine berufliche Tätigkeit nutzt.

<sup>1</sup> Danach sind Aufwendungen für einen in die häusliche Sphäre des Steuerpflichtigen eingebundenen Raum, der sowohl zur Erzielung von Einkünften als auch – in mehr als nur untergeordnetem Umfang – zu privaten Zwecken genutzt wird, insgesamt nicht abziehbar. Dazu Jachmann-Michel, jM 2016, 211; dem Großen Senat folgend die Urteile des BFH, Ur. v. 16.02.2016 - IX R 23/12; BFH, Ur. v. 16.02.2016 - IX R 20/13; BFH, Ur. v. 16.02.2016 - IX R 21/13; BFH, Ur. v. 17.02.2016 - X R 1/13.

Im Folgenden werden diese neuen Rechtsprechungslinien nachgezeichnet.

Maßgeblich für die Abziehbarkeit der Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer ist § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b Satz 1 EStG. Danach sind Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer sowie die Kosten der Ausstattung nicht als Betriebsausgaben abzugsfähig. Das gilt nicht, wenn die betriebliche oder berufliche Nutzung des Arbeitszimmers mehr als 50 % der gesamten betrieblichen oder beruflichen Tätigkeit beträgt oder wenn für die betriebliche oder berufliche Tätigkeit kein anderer Arbeitsplatz zur Verfügung steht (§ 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b Satz 2 EStG). In diesem Fall wird die Höhe der abziehbaren Aufwendungen auf 1.250 € begrenzt; die Beschränkung der Höhe nach gilt nicht, wenn das Arbeitszimmer den Mittelpunkt der gesamten betrieblichen und beruflichen Betätigung bildet (§ 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b Satz 3 EStG). Diese Regelung gilt gem. § 9 Abs. 5 Satz 1 EStG entsprechend für den Werbungskostenabzug.

## B. Private Mitnutzung

Konsequenz der genannten Rechtsprechung des Großen Senats des BFH ist, dass Aufwendungen für Küche, Bad und Flur, die in die häusliche Sphäre eingebunden sind und zu einem nicht unerheblichen Teil privat genutzt werden, auch dann nicht als Betriebsausgaben/Werbungskosten berücksichtigt werden, wenn ein anerkennungsfähiges häusliches Arbeitszimmer existiert.<sup>2</sup>

Weiter können Aufwendungen für einen in die häusliche Sphäre eingebundenen Raum, der mit einem nicht unerheblichen Teil seiner Fläche auch privat genutzt wird („Arbeitsecke“) nicht als Betriebsausgaben/Werbungskosten berücksichtigt werden. Dabei genügt die Abtrennung durch ein Regal nicht, um aus einem einheitlichen Raum zwei Räume zu machen. Ein steuerlich berücksichtigungsfähiges Arbeitszimmer unterscheidet sich von einer nicht berücksichtigungsfähigen Arbeitsecke durch eine feste bauliche Abgrenzung gegen die privat genutzten Teile der Wohnung.<sup>3</sup> Kein häusliches Arbeitszimmer i.S.d. § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b EStG – weil schon kein Zimmer – ist ein büromäßig eingerichteter Arbeitsbereich, der lediglich durch einen Raumteiler vom Wohnbereich abgetrennt ist.<sup>4</sup>

Der Begriff des häuslichen Arbeitszimmers bezeichnet dabei einen Raum, der seiner Ausstattung nach der Erzielung von Einnahmen dient, seiner Lage, Funktion und Ausstattung nach in die häusliche Sphäre des Steuerpflichtigen eingebunden ist und vorwiegend der Erledigung gedanklicher, schriftlicher, verwaltungstechnischer oder organisatorischer Arbeiten dient. Ein solcher Raum ist typischerweise mit Büromöbeln eingerichtet, wobei der Schreibtisch regelmäßig das zentrale Möbelstück bildet.<sup>5</sup>

Die Abzugsbeschränkung des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b EStG gilt nicht, wenn der innerhalb des privaten Wohnbereichs betrieblich genutzte Raum des Steuerpflichtigen über ein betriebsstättenähnliches Gepräge verfügt. Aufwendungen für solche betrieblich genutzten Räume können vielmehr unbeschränkt als Betriebsausgaben gem. § 4 Abs. 4 EStG abziehbar sein, wenn sich der betriebliche Charakter des Raums und dessen Nutzung anhand objektiver Kriterien feststellen lassen. Der für die Abzugsbeschränkung in § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b EStG maßgebliche Grund der möglichen privaten Mitbenutzung gilt für diese Räume nicht. Denn bereits aus ihrer Ausstattung (z.B. als Werkstatt) und/oder wegen ihrer Zugänglichkeit durch dritte Personen lässt sich eine private Mitbenutzung ausschließen.<sup>6</sup>

Anknüpfend an den eingangs genannten Beschluss des Großen Senats hat der VIII. Senat des BFH jedoch den Betriebsausgabenabzug auch für einen in die häusliche Sphäre eingebundenen Raum, der nicht dem Typus des häuslichen Arbeitszimmers entsprechend eingerichtet war, wegen seiner nicht nur untergeordneten privaten Mitbenutzung ausgeschlossen.<sup>7</sup>

Maßgeblich für die Linie des Großen Senats des BFH und die daran anknüpfenden Judikate ist das Zusammentreffen von beruflicher und privater Nutzung in einem Raum. Dabei kommt eine Abgrenzung (ggf. Schätzung) des beruflichen Nutzungsanteils nicht in Betracht.

Hiervon zu unterscheiden sind Fallgestaltungen, in denen mehrere Steuerpflichtige ein Arbeitszimmer nutzen (dazu C.), ein Steuerpflichtiger parallel zwei Arbeitszimmer nutzt (dazu D.) oder ein Steuerpflichtiger ein häusliches Arbeitszimmer für die Erzielung von Einkünften mehrerer Einkunftsarten nutzt (dazu E.).

## C. Nutzung eines Arbeitszimmers durch mehrere Steuerpflichtige

Der Formulierung in § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b EStG (ggf. i.V.m. § 9 Abs. 5 EStG) ist zunächst nicht zu entnehmen, dass das Wort „ein“ als Zahlwort zu verstehen wäre, vielmehr gilt im EStG auch hinsichtlich der Nutzung eines häuslichen Arbeitszimmers der Grundsatz der Individualbesteuerung.<sup>8</sup>

2 BFH, Urt. v. 17.02.2016 - X R 26/13.

3 BFH, Urt. v. 13.12.2016 - X R 18/12; BFH, Urt. v. 17.02.2016 - X R 32/11.

4 BFH, Urt. v. 22.03.2016 - VIII R 10/12.

5 Ständige Rechtsprechung, etwa BFH, Urt. v. 08.09.2016 - III R 62/11.

6 BFH, Urt. v. 08.09.2016 - III R 62/11.

7 BFH, Urt. v. 22.03.2016 - VIII R 24/12.

8 BFH, Urt. v. 15.12.2016 - VI R 53/12; anders noch BFH, Urt. v. 20.11.2003 - IV R 30/03 und BFH, Urt. v. 23.09.2009 - IV R 21/08.

Ausgangspunkt der Prüfung der Abzugsvoraussetzungen für ein häusliches Arbeitszimmer ist also der einzelne Steuerpflichtige.

Nutzt der Steuerpflichtige das Arbeitszimmer (nahezu) ausschließlich zur Erzielung von Einnahmen, so sind die gesamten auf das Arbeitszimmer entfallenden Aufwendungen dem Grunde nach Werbungskosten. Dies setzt wegen des Erfordernisses der (nahezu ausschließlichen) betrieblichen/beruflichen Nutzung des häuslichen Arbeitszimmers insbesondere voraus, dass dem jeweiligen Steuerpflichtigen in dem Arbeitszimmer ein Arbeitsplatz in einer Weise zur Verfügung steht, dass er ihn für seine betriebliche/berufliche Tätigkeit in dem konkreten Umfang und in der konkret erforderlichen Art und Weise tatsächlich nutzen kann.<sup>9</sup>

Die Aufwendungen sind zeitanteilig zu kürzen, wenn der Steuerpflichtige erst während des Jahres eine Tätigkeit aufnimmt und dann ein häusliches Arbeitszimmer einrichtet oder während des Jahres – etwa wegen Eintritts in den Ruhestand – die Tätigkeit endgültig einstellt. Keine Kürzung ist hingegen vorzunehmen, wenn der Steuerpflichtige das Zimmer zeitweise nicht nutzt, etwa während des Urlaubs, Krankheit, Wochenenden oder mangels Aufträgen. Maßgeblich ist allein, dass der Steuerpflichtige ein häusliches Arbeitszimmer vorhält. Dabei dürfen Zeiten der Nichtnutzung nicht der außerberuflichen Nutzung zugerechnet werden.<sup>10</sup>

Nutzen Miteigentümer ein Wirtschaftsgut gemeinsam zur Erzielung von Einkünften, kann jeder die seinem Anteil entsprechenden und von ihm getragenen Aufwendungen (z.B. Absetzung für Abnutzung, Schuldzinsen) als Werbungskosten abziehen, denn jeder setzt die gesamten auf seinen Anteil entfallenden Anschaffungs- oder Herstellungskosten zur Einkünfterzielung ein. Entsprechendes gilt für Mietzahlungen für eine durch Ehegatten oder Lebenspartner gemeinsam gemietete Wohnung. Auf den tatsächlichen jeweiligen Nutzungsumfang des Arbeitszimmers kommt es demgemäß nicht an.<sup>11</sup> Diese Grundsätze gelten auch für die Abziehbarkeit von Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer.

Nutzen also mehrere Steuerpflichtige ein häusliches Arbeitszimmer gemeinsam, kann jeder der Nutzenden seine Kosten einkünftermindernd geltend machen, sofern die Voraussetzungen des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b Satz 2 EStG in seiner Person vorliegen. Die betriebliche/berufliche Mitbenutzung des Arbeitszimmers durch einen anderen Steuerpflichtigen stellt in Bezug auf den Steuerpflichtigen, der den Abzug der Erwerbsaufwendungen für das Arbeitszimmer geltend macht, keine Privatnutzung dar.

Damit können auch mit der Begrenzung „der abziehbaren Aufwendungen“ auf 1.250 € in § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b Satz 3

EStG nur die Aufwendungen des (jeweiligen) Steuerpflichtigen „für ein häusliches Arbeitszimmer“ gemeint sein.

Insbesondere der Wortlaut des Gesetzes gibt keine Grundlage dafür, den Abzugsbetrag von 1.250 € für den Steuerpflichtigen (anteilig) zu kürzen, weil auch ein anderer Steuerpflichtiger das Arbeitszimmer ausschließlich für eine betriebliche oder berufliche Tätigkeit nutzt. Eine Aufteilung des Abzugsbetrags auf mehrere Steuerpflichtige bei gemeinsamer Nutzung eines häuslichen Arbeitszimmers sieht das Gesetz gerade nicht vor. Dem Gesetzeswortlaut lässt sich nicht entnehmen, dass dem Steuerpflichtigen der Abzugsbetrag von 1.250 € nur bei alleiniger Nutzung des Arbeitszimmers in voller Höhe zustehen soll.

Der Höchstbetrag in § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b Satz 3 EStG ist also personenbezogen zu verstehen. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass bei der Berücksichtigung von Kosten für ein beruflich genutztes häusliches Arbeitszimmer eine Ausnahme von der Individualbesteuerung gemacht werden soll.

#### **D. Parallele Nutzung mehrerer Arbeitszimmer**

Nutzt ein Steuerpflichtiger mehrere Arbeitszimmer parallel, kommen die für die Nutzung eines Arbeitszimmers durch zwei Steuerpflichtige entwickelten Grundsätze zum Tragen. Der Aufwandsabzug ist nicht auf den Abzug der Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer, wohl aber – unabhängig von der Anzahl der von dem Steuerpflichtigen genutzten häuslichen Arbeitszimmer – auf den gesetzlichen Höchstbetrag begrenzt. Der nicht einkünfte-, wohl aber personenbezogene Höchstbetrag in § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b Satz 3 EStG beschränkt den Abzug der Betriebsausgaben für den Steuerpflichtigen in typisierender Weise und damit unabhängig von der Zahl der tatsächlich genutzten häuslichen Arbeitszimmer auf 1.250 €. Der dem Steuerpflichtigen entstandene Aufwand wird unabhängig von der Anzahl der von ihm genutzten Arbeitszimmer bis zum Höchstbetrag von 1.250 € typisierend abgegolten. Er kann seine Aufwendungen nur bis zum gesetzlichen Höchstbetrag abziehen, wenn er in einem Veranlagungszeitraum zwei Arbeitszimmer im gleichen Haushalt oder (z.B. durch einen Umzug veranlasst) zeitlich gestaffelt zwei Arbeitszimmer in zwei verschiedenen Haushalten nutzt. Aber auch dann, wenn der Steuerpflichtige im gleichen Veranlagungszeitraum (parallel) mehrere Arbeitszimmer in verschiedenen Haushalten nutzt, begrenzt der gesetzliche Höchstbetrag den Ausgabenabzug.<sup>12</sup>

9 BFH, Urt. v. 15.12.2016 - VI R 53/12 und VI R 86/13.

10 BFH, Urt. v. 26.03.2009 - VI R 15/07.

11 BFH, Urt. v. 15.12.2016 - VI R 86/13 m.w.N.

12 BFH, Urt. v. 09.05.2017 - VIII R 15/15.



### E. Nutzung eines Arbeitszimmers im Rahmen mehrerer Einkunftsarten

Dem Ausgangsfall der eingangs genannten Entscheidung des Großen Senats wiederum nicht vergleichbar ist die Nutzung eines Arbeitszimmers durch einen Steuerpflichtigen im Rahmen mehrerer Einkunftsarten, wengleich auch hier eine Aufteilung nach zeitlichen Nutzungsanteilen im Raum steht.

In dem vom VIII. Senat entschiedenen Fall VIII R 52/13<sup>13</sup> nutzte der Kläger einen Raum seiner Mietwohnung als typisches Arbeitszimmer ausschließlich für betriebliche/berufliche Zwecke. Er war in Vollzeit nichtselbstständig tätig. Daneben betätigte er sich schriftstellerisch und erzielte Einkünfte aus selbstständiger Arbeit. Er machte Betriebsausgaben für das häusliche Arbeitszimmer in Höhe des Höchstbetrags von 1.250 € gem. § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6 Buchst. b) EStG bei seinen Einkünften aus selbstständiger Arbeit geltend.

Dem Grunde nach abzugsfähig sind Arbeitszimmeraufwendungen gem. § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b Satz 2 EStG nur, wenn für die betriebliche oder berufliche Tätigkeit im Rahmen einer Einkunftsart kein anderer Arbeitsplatz zur Verfügung steht, nicht aber, soweit das Arbeitszimmer im Rahmen einer weiteren Tätigkeit genutzt wird, für die ein anderer Arbeitsplatz zur Verfügung steht.

Im Streitfall bildete das häusliche Arbeitszimmer nicht den Mittelpunkt der gesamten betrieblichen und beruflichen Betätigung des Klägers (§ 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b Satz 3 EStG) und ihm stand für die Erzielung von Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit ein Arbeitsplatz i.S.d. § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b Satz 2 EStG in den Räumen seines Arbeitgebers zur Verfügung. Der Kläger konnte somit den Betriebsausgabenabzug dem Grunde nach gem. § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b Satz 2 EStG beanspruchen, soweit die Aufwendungen für das häusliche Arbeitszimmer anteilig den Einkünften aus selbstständiger Arbeit zuzuordnen waren und den Höchstbetrag von 1.250 € nicht überstiegen.

Sind die Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer – wie im Streitfall – dem Grunde nach abziehbar, so sind sie in einem zweiten Schritt entsprechend den tatsächlichen Nutzungsanteilen auf die verschiedenen Einnahmequellen aufzuteilen, dies unabhängig davon, ob die Aufwendungen im Rahmen aller Einkunftsarten dem Grunde nach abzugsfähig sind. Hieran hat sich auch durch den eingangs genannten Beschluss des Großen Senats nichts geändert. Denn dieser betrifft nur die Nichtaufteilbarkeit von Aufwendungen für ein gemischt genutztes Arbeitszimmer, das sowohl für private Wohnzwecke als auch beruflich zur Einkünfterzielung genutzt wird. Wesentlicher Aspekt dabei ist insbesondere

auch, dass der private Nutzungsanteil für das Finanzamt kaum – jedenfalls nur durch Eindringen in die Privatsphäre des Steuerpflichtigen – nachprüfbar ist. Demgegenüber sind die Angaben des Steuerpflichtigen zur zeitlichen Nutzung im Rahmen verschiedener Einkunftsarten gerade bei einer beruflichen Vollzeittätigkeit und einer freiberuflichen Nebentätigkeit auf Grundlage eines Abgleichs mit anderen Informationen leichter auf ihre Plausibilität hin überprüfbar.

Hievon war auch die Vorinstanz ausgegangen und hatte festgestellt, dass im Streitjahr 2008 der Raum sowohl für die Tätigkeit des Klägers aus selbstständiger Arbeit als auch aus nichtselbstständiger Arbeit genutzt wurde und hat die Aufwendungen für das häusliche Arbeitszimmer im Schätzungswege hälftig den Einkünften aus selbstständiger Arbeit zugeordnet. Unzutreffend hatte das Finanzgericht aber – auf Grundlage rechtmäßig geschätzter hälftiger zeitlicher Nutzungsanteile im Rahmen beider Einkunftsarten – einen Abzug der den Einkünften aus selbstständiger Arbeit zuzurechnenden Aufwendungen für das Arbeitszimmer nur in Höhe des hälftigen gesetzlichen Höchstbetrags gem. § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b Satz 2 Halbsatz 2 EStG für möglich gehalten.

Eine Aufteilung des Höchstbetrags kommt jedoch nicht in Betracht. Nach der Entscheidung des X. Senats vom 16.07.2014 (X R 49/11) gibt es keinen gesetzlichen Anhaltspunkt und keinen Grund, den Höchstbetrag einkünftebezogen zu verstehen. Der Höchstbetrag von 1.250 € ist einem Steuerpflichtigen einerseits nicht mehrfach zu gewähren, wenn ein Arbeitszimmer im Rahmen mehrerer Einkunftsarten genutzt wird, für die jeweils kein anderer Arbeitsplatz zur Verfügung steht.<sup>14</sup> Er ist aber andererseits bei Nutzung eines Arbeitszimmers für mehrere Einkunftsarten nicht aufzuteilen und den jeweils verwirklichten Einkunftsarten in Teilhöchstbeträgen zuzuordnen, sondern kann durch die dem Grunde nach abzugsfähigen und auf verschiedene Einkunftsarten entfallenden Aufwendungen in voller Höhe ausgeschöpft werden.<sup>15</sup>

13 Vorentscheidung: FG Sachsen, Urt. v. 24.04.2013 - 1 K 781/11.

14 BFH, Urt. v. 16.07.2014 - X R 49/11 Rn. 57; BMF-Schreiben vom 02.03.2011, BStBl. I 2011, 195 Rn. 20.

15 So auch die BMF-Schreiben vom 07.01.2004, BStBl. I 2004, 143 Rn. 16 im ersten Beispiel und vom 02.03.2011, BStBl. I 2011, 195 Rn. 20.

## Ist Geben besser als Nehmen?

BGH, Beschl. v. 02.08.2016 - 2 StR 154/16

Wiss. Mit. Moritz Torgau

### A. Problemstellung

Mit seiner aktuellen Entscheidung hat der BGH erneut Stellung zu einem Thema bezogen, welches in Rechtsprechung und Literatur stets zu Diskussionen Anlass gibt. Denn die Abgrenzung von Diebstahl und Betrug zählt zu den Grundproblemen des Besonderen Teils des StGB. In der Praxis findet dieses Thema seinen Niederschlag nicht nur im „klassischen“ Strafrecht, sondern auch in anderen Bereichen. Exemplarisch genannt sei das Versicherungsrecht.<sup>1</sup>

Der Beschluss des Zweiten Senats befasst sich mit der Abgrenzung von „Trickdiebstahl“ gegenüber Sachbetrug bei einem mehraktigen Geschehensablauf. Mithin ist eine Fallkonstellation angesprochen, bei welcher die rechtliche Einordnung des Geschehens besondere Probleme aufwerfen kann.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Nach zutreffender Ansicht wird – bei identischem Tatobjekt – ein Exklusivitätsverhältnis von Diebstahl und Betrug angenommen.<sup>2</sup> Diese Exklusivität folgt aus dem Umstand, dass es sich beim Diebstahl um ein Fremdschädigungs- und beim Betrug um ein Selbstschädigungsdelikt handelt. Konsequenz ist, dass eine Abgrenzung zwischen Diebstahl und Betrug zu erfolgen hat, da beide nicht „zeitgleich“ erfüllt sein können. Maßgeblich für die erforderliche Differenzierung ist die Unterscheidung zwischen der Wegnahme als tatbestandliche Voraussetzung des Diebstahls und dem freilich ungeschriebenen Merkmal der Vermögensverfügung als Teil des Betrugstatbestandes. Die Wegnahme setzt den Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams voraus, wobei der Gewahrsam als tatsächliche Sachherrschaft interpretiert wird.<sup>3</sup> Die Vermögensverfügung hingegen setzt ein Tun, Dulden oder Unterlassen des Getäuschten voraus, welches sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.<sup>4</sup> Bildlich gesprochen muss der Täter im Fall der Wegnahme die Sache von sich aus, ohne Mitwirkung des Opfers, an sich nehmen. Beim Betrug ist hingegen ein Mitwirkungsakt des Opfers dergestalt notwendig, dass dem Täter die Sache freiwillig herausgegeben wird, also das Opfer eine Handlung vornimmt.<sup>5</sup> Kurz zusammengefasst: Es geht um die Abgrenzung von Geben und Nehmen.

Die Abgrenzung gerade in den vorliegenden Fällen hat über den Begriff des Einverständnisses zu erfolgen. Ein Einverständnis des Gewahrsamsinhabers in den vom Täter vorgenommenen Gewahrsamswechsel schließt die Wegnahme

aus.<sup>6</sup> Die Vorstellung des Opfers muss zum maßgeblichen Zeitpunkt auf eine Gewahrsamsverschiebung und nicht nur eine Lockerung des Gewahrsams gerichtet sein.<sup>7</sup> Ähnlich erfolgt die Abgrenzung von Raub (§ 249 StGB) und räuberischer Erpressung (§§ 253, 255 StGB). Auch im Rahmen des Raubes spielt die Wegnahme als Tatbestandsmerkmal des Diebstahls für die Abgrenzung eine wichtige Rolle.<sup>8</sup> Ausgehend von der unterschiedlichen Betrachtung des Verhältnisses<sup>9</sup> von § 249 StGB zu §§ 253, 255 StGB durch Rechtsprechung und Literatur haben sich konsequenterweise auch unterschiedliche Abgrenzungskriterien herausgebildet. Die Rechtsprechung grenzt in diesem Zusammenhang schon immer nach dem äußeren Erscheinungsbild ab, wohingegen die Literatur auf die innere Willensrichtung des Opfers abstellt.<sup>10</sup>

Auch wenn die Abgrenzung zwischen diesen Selbstschädigungs- und Fremdschädigungsdelikten auf der skizzierten Basis praktikabel erscheint, werden die entwickelten Kriterien mitunter einer Belastungsprobe unterzogen. Vorliegend geht es um die Sachverhaltsvariante, in welcher der Täter sich eine Sache durch Täuschung verschafft und dann später die bereits bei ihm vorhandene Sache nicht mehr an den Berechtigten herausgibt; also ein sog. Trickdiebstahl. Ein „Trickdiebstahl“ ist grds. dann gegeben, wenn der Getäuschte seinen Gewahrsam durch die Täuschung des Täters an dem Gegenstand lediglich lockert, aber nicht aufgibt, dadurch freilich die spätere Wegnahme durch den Täter erleichtert.<sup>11</sup> Die Besonderheit an dieser Konstellation ist, dass es sich um ein mehraktiges Geschehen handelt, dessen zutreffende rechtliche Einordnung durchaus Schwierigkeiten bereiten kann.

Der Entscheidung des BGH<sup>12</sup> lag folgender Sachverhalt zugrunde: T fragt O, ob er sich dessen Mobiltelefon für ein

1 Näher hierzu Langheid/Wandt/Krischer in: MünchKomm, VVG, 420. Kaskoversicherung, Rn. 34 – 38. Versicherungsrechtlich ist es unter dem Gesichtspunkt des Versicherungsschutzes von Bedeutung, ob die versicherte Sache gestohlen wurde oder durch eine Handlung des Versicherungsnehmers im Rahmen eines Betruges verloren gegangen ist.

2 Kindhäuser in: NK, StGB, § 263 Rn. 205; Eser/Bosch in: Schönke/Schröder, StGB, § 242 Rn. 36.

3 Eser/Bosch in: Schönke/Schröder, StGB, § 242 Rn. 22, 23; Kindhäuser in: NK, StGB, § 242 Rn. 27.

4 Kindhäuser in: NK, StGB, § 263 Rn. 197; Perron in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rn. 55.

5 Fischer, StGB, § 263 Rn. 71; Kindhäuser in: NK, StGB, § 263 Rn. 201.

6 Fischer, StGB, § 242 Rn. 22; Lackner/Kühl, StGB, § 242 Rn. 14.

7 Kindhäuser in: NK, StGB, § 263 Rn. 205; Eser/Bosch in: Schönke/Schröder, StGB, § 242 Rn. 36.

8 Lackner/Kühl, StGB, § 249 Rn. 1; Eser/Bosch in: Schönke/Schröder, StGB, § 249 Rn. 2.

9 Näher hierzu: Fischer, StGB, § 249 Rn. 2; Lackner/Kühl, StGB, § 255 Rn. 2.

10 Lackner/Kühl, StGB, § 255 Rn. 2; Eser/Bosch in: Schönke/Schröder, StGB, § 249 Rn. 2.

11 Eser/Bosch in: Schönke/Schröder, StGB, § 242 Rn. 35; Kindhäuser in: NK, StGB, § 263 Rn. 205.

12 BGH, Beschl. v. 02.08.2016 - 2 StR 154/16.

kurzes Telefonat „ausleihen“ dürfe. O geht aufgrund dieser Bemerkung davon aus, dass er sein Mobiltelefon nach dem Gespräch wieder zurückerhalten würde und händigt es dem T aus. T steckt jedoch nach seinem Telefonat das Mobiltelefon ein. Auf ein Herausgabeverlangen des O reagiert er nicht. Vielmehr macht er dem körperlich unterlegenen O klar, dass er lieber gehen sollte. Daraufhin nimmt O von seinem Herausgabeverlangen Abstand.

Der Zweite Senat geht nun davon aus, dass solche Fallvarianten durch § 242 StGB erfasst sind und verneint die von der Vorinstanz angenommene Strafbarkeit des Täters wegen Betruges nach § 263 StGB. Der Schuldspruch wird analog § 354 StPO in eine Strafbarkeit wegen Diebstahls gem. § 242 StGB korrigiert. Ausgehend von der bisherigen Rechtsprechung judiziert des BGH, dass für die Abgrenzung zwischen Trickdiebstahl und Sachbetrug neben dem äußeren Erscheinungsbild auch die innere Willensrichtung des Opfers maßgeblich ist.<sup>13</sup> Der für diese Beurteilung maßgebliche Zeitpunkt ist nach Auffassung des BGH<sup>14</sup> bei einem mehraktigen Geschehensablauf der Zeitpunkt, in welchem der Getäuschte die tatsächliche Herrschaft über die Sache verliert. Die vollständige Aufgabe des Gewahrsams zugunsten des Täters verlangt nämlich, dass der Getäuschte auf die Sache nicht mehr einwirken kann.<sup>15</sup> Folgerichtig stellt der BGH fallspezifisch daher auf die zeitlich zweite Handlung – nämlich das Einstecken des Mobiltelefons in die Tasche – und nicht auf die Übergabe des Mobiltelefons durch das Opfer ab. Dem lässt sich insoweit zustimmen, als dass es sich bei dem Einstecken in die Jacke um die Bildung einer sog. Gewahrsamsenkave handelt. Eine solche liegt nämlich dann vor, wenn noch im Macht- bzw. Zugriffsbereich des ursprünglichen Gewahrsamsinhabers der Täter die Sache dergestalt an sich genommen hat, dass dem Wegschaffen der „Beute“ kein relevantes Hindernis mehr entgegensteht.<sup>16</sup> Durch das Einstecken des Mobiltelefons in die Jackentasche wird dem Getäuschten mithin die Möglichkeit genommen, auf „sein“ Mobiltelefon weiter zuzugreifen. Das Herausgeben des Telefons durch den Getäuschten an den Täter zum Telefonieren stellt nach Ansicht des BGH folglich nur eine Gewahrsamslockerung dar. Eine solche liegt jedenfalls dann vor, wenn der Gegenstand in der Herrschaftssphäre des Opfers verbleibt oder dieses nach wie vor eine Zugriffsmöglichkeit auf den Gegenstand hat.<sup>17</sup> Täuscht der Täter daher im Vorfeld das Opfer über seine wahren Absichten und gibt dieses den Gegenstand heraus, ist eine solche Herausgabe „nur“ eine bloße Gewahrsamslockerung und noch kein Gewahrsamswechsel.<sup>18</sup> Der Getäuschte behält trotz der durch den Täter erfolgten Täuschung zumindest Mitgewahrsam an dem Gegenstand. Eine Gewahrsamsübertragung findet zu diesem Zeitpunkt gerade nicht statt. Dies erscheint einleuchtend, da der Getäuschte bei der Herausgabe des Mobiltelefons der Meinung war, dass er das Gerät nach dem Telefonat durch den Täter wieder zurückerlangt. Der Getäuschte hatte dagegen nicht die Vorstellung, dass durch die Übergabe der Gewahrsam an dem Mobiltelefon verloren gehe.

So einleuchtend diese Argumentation auch ist, zwingend ist sie keinesfalls. Denn bereits der erste Akt des Geschehens ließe sich dergestalt fokussieren, dass sich der Täter durch eine Täuschung in den (Allein-)Besitz des Mobiltelefons bringt. Immerhin handelt es sich um einen eher kleinen Gegenstand, der sich sodann in den Händen des Täters befindet. Die Willensrichtung des Opfers wäre aus dieser Perspektive gerade wegen des erzeugten Irrtums ohne weitere Relevanz. Die täuschungsbedingte, aber gleichwohl willentliche Übertragung des Gewahrsams generiert die im Betrugstatbestand erforderliche Vermögensverschiebung.

### C. Bewertung

Der BGH setzt in seiner Entscheidung seine bisherige Rechtsprechung<sup>19</sup> zur Abgrenzung von Diebstahl und Betrug konsequent fort. Für die Praxis sind damit maßgebliche Leitplanken aufgestellt. Dass die grundsätzliche Weichenstellung weitere Konsequenzen hat, liegt auf der Hand. Denn bei Bewertung des Verhaltens des Täters als Diebstahl kommen bspw. Qualifikationen nach § 244 StGB in Betracht. Demgegenüber kennt der § 263 StGB solche Qualifikationen nicht. Die Abgrenzung kann daher zu einem erhöhten Strafrahmen (§ 244 StGB) führen oder eben nicht (§ 263 StGB).<sup>20</sup>

Zusammenfassend lässt sich also festhalten, dass der maßgeblichen inneren Willensrichtung<sup>21</sup> noch ein äußeres Erscheinungsbild zur Seite gestellt wird, was die Rechtssicherheit fördert. Freilich wird die Abgrenzung von Diebstahl und Betrug eine Einzelfallentscheidung bleiben. Insbesondere ist durch die Entscheidung keine letztverbindliche Vorlage zur notwendigen Differenzierung geschaffen worden. So sieht bspw. Fischer<sup>22</sup> gerade die Fälle der Gewahrsamslockerung, in denen sich Fragen des Verfügungsbewusstseins und der Unmittelbarkeit überschneiden, als besonders problematisch und damit schwierig an. Resümierend lässt sich deshalb festhalten, dass die Thematik in Rechtsprechung und Literatur ein Dauerbrenner bleiben wird.

13 Satzger, Jura 2017, 871.

14 BGH, Beschl. v. 02.08.2016 - 2 StR 154/16.

15 Eser/Bosch in: Schönke/Schröder, StGB, § 242 Rn. 38; Lackner/Kühl, StGB, § 242 Rn. 15.

16 Kundlich, JA 2017, 428, 431; Eser/Bosch in: Schönke/Schröder, StGB, § 242 Rn. 39.

17 Kundlich, JA 2013, 552, 553; Hefendehl in: MünchKomm, StGB, § 263 Rn. 316.

18 BGH, Beschl. v. 02.08.2016 - 2 StR 154/16; BGH, Urt. v. 16.01.1963 - 2 StR 591/62.

19 U.a.: BGH, Urt. v. 17.12.1986 - 2 StR 537/86; BGH, Beschl. v. 10.01.2012 - 4 StR 632/11.

20 Näher hierzu: Kundlich, JA 2013, 552, 553.

21 Eser/Bosch in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rn. 63; BGH, Urt. v. 02.05.1952 - 4 StR 867/51.

22 Fischer, StGB, § 263 Rn. 77.

## Konkurrenz oder Komplementarität? Das Verhältnis zwischen staatlicher Justiz und Schiedsgerichtsbarkeit

Mit „Konkurrenz oder Komplementarität?“ war eine Veranstaltung überschrieben, zu der das BMJV zusammen mit der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) im Juni nach Karlsruhe eingeladen hatten. Diskutiert wurde über das problematische Verhältnis zwischen staatlicher Justiz und Schiedsgerichtsbarkeit, die häufig als Konkurrenten gesehen werden. Im Zusammenhang damit werden die Schiedsgerichte nicht selten für die deutlich rückläufigen Verfahrenseingänge bei der Justiz verantwortlich gemacht. Einer der Referenten bei der Veranstaltung war Reinhard Gaier, der jedoch einen anderen Erklärungsansatz gewählt hat. Für ihn sind Schiedsgerichte und staatliche Gerichte nicht Konkurrenten, sondern machen den Rechtsuchenden orientiert an deren Interessen unterschiedliche Angebote zur Rechtsverwirklichung. Beide sollen in einem einheitlichen System institutioneller Rechtsverwirklichung ihren Platz finden, dabei ganz spezifische Funktionen übernehmen und in Teilen auch zusammenwirken.

**Ball:** In letzter Zeit wird darüber diskutiert, ob wir es in Deutschland nicht mit einer wachsenden Privatisierung der Justiz zu haben, die immer stärker zu rückläufigen Verfahrenseingängen bei der staatlichen Justiz führt.

Gaier: Dass die Zahl der Neueingänge in Zivilsachen seit zwei Jahrzehnten kontinuierlich zurückgeht, lässt sich nicht in Frage stellen. Die Statistik, die das Bundesamt für Justiz zur Geschäftsentwicklung der Zivilsachen veröffentlicht hat, spricht eine deutliche Sprache: Insgesamt waren 2015 in der ersten Instanz nur noch 66 % und in der zweiten Instanz nur noch 62 % der Verfahren verglichen mit dem Geschäftsjahr 1995 anhängig. Mit anderen Worten: Die staatliche Justiz hat im Bereich der Zivilrechtsstreitigkeiten innerhalb der letzten beiden Dekaden mindestens ein Drittel an Verfahren verloren. Aber damit lässt sich noch nicht sagen, dass die „private Konkurrenz“ zur staatlichen Justiz die Ursache für den Verfahrensrückgang ist.

**Warum nicht?**

Mir sind keine verlässlichen Untersuchungen zu den Gründen des Verfahrensrückgangs bekannt. Das bislang verfügbare Zahlenmaterial kann allerdings die Annahme schwerlich belegen, wonach insbesondere Schlichtungswesen und Schiedsgerichtsbarkeit Ursache des Verfahrensrückgangs bei den Gerichten sein sollen. Schlichtungsstellen gab es in Deutschland bislang nur punktuell in einzelnen Branchen, so etwa den Versicherungsombudsmann; flächendeckend können wir hier mit größeren Fallzahlen erst in Zukunft konfron-

tiert sein, wenn das im vergangenen Jahr erlassene Verbraucherstreitbeilegungsgesetz (VSBG) greifen sollte. Noch weniger taugt die Schiedsgerichtsbarkeit für Schuldzuweisungen; sie ist der falsche Gegner, wenn man das bekannte „blame game“ spielen will. Die vergleichsweise geringe Zahl an Schiedsverfahren erreicht nicht annähernd ein Volumen, das den Wegfall von immerhin fast einer dreiviertel Million erstinstanzlicher Zivilverfahren verglichen mit 1995 erklären könnte. So meldete etwa die DIS 2016 nicht mehr als 172 neu eingegangene Verfahren.

**Wenn die „privaten Wettbewerber“ nicht Ursache für die Verfahrensrückgänge sein sollen, was ist dann deren Rolle im Verhältnis zu den staatlichen Gerichten?**

Staatliche Justiz einerseits und Schiedsgerichte andererseits möchte ich nicht als Konkurrenten sehen. Die Annahme eines Konkurrenzverhältnisses scheint mir überholt; denn dies ignoriert, dass in einem freiheitlichen Staat unterschiedliche Anforderungen der Rechtsuchenden auch unterschiedliche Angebote zur Rechtsverwirklichung erfordern. Für mich ist es daher überzeugender, von einem einheitlichen System institutioneller Rechtsverwirklichung auszugehen, in dem die staatliche Justiz, aber auch die Schiedsgerichte und das Schlichtungswesen ihren Platz finden, dabei ganz spezifische Funktionen übernehmen und in Teilen auch zusammenwirken. Für mich passt hierfür das Bild von „smart justice“: Verschiedene Akteure wirken zusammen und vernetzen sich, um ein Justizsystem zu schaffen, das fairer, gerechter und effektiver ist. Dieses Zusammenwirken bedarf allerdings zu seiner Optimierung noch eines verstärkten Dialogs, vielleicht auch einer Kooperation zwischen den Akteuren.

**Sie meinen also, dass die Rechtsuchenden zwischen verschiedenen Angeboten zur Rechtsverwirklichung wählen sollen. Nach welchen Maßstäben wird diese Wahl getroffen?**

### Prof. Dr. Reinhard Gaier



Richter des Bundesverfassungsgerichts a.D.

Herr Gaier war zunächst Richter im Landgerichtsbezirk Darmstadt und anschließend Richter am OLG Frankfurt. Im Jahr 2000 wurde er Richter am BGH und war von 2004 bis 2016 als Richter des BVerfG tätig. Er ist seit 2008 Honorarprofessor an der Leibniz Universität Hannover.

Es lässt sich nicht leugnen, dass Schiedsgerichte im Vergleich zur staatlichen Justiz gerade aus Sicht von Wirtschaftsakteuren nicht selten die besseren Angebote zur Rechtsverwirklichung präsentieren können. Wir sollten uns darüber im Klaren sein, dass Richter die Zivilverfahren bis heute noch mit den prozessualen Instrumentarien des späten 19. Jahrhunderts bewältigen müssen. Noch deutlicher werden die Defizite unseres Verfahrensrechts aus der Gründerzeit, wenn die Nutzung moderner Informationstechnologie in den Blick genommen wird.

### **Und die staatlichen Gerichte können den Angeboten der Schiedsgerichtsbarkeit nichts entgegensetzen?**

Ohne Zweifel gibt es auch Vorteile, mit denen die staatliche Justiz gegenüber der Schiedsgerichtsbarkeit aufwarten kann: Der Gang durch die Instanzen kostet zwar Zeit, gewährleistet aber auch, dass der Fall von mehreren Richterkollegien beurteilt und im besten Fall auch von mehreren Anwälten bearbeitet werden kann; dies sollte eine abgewogene, wohl bedachte Entscheidung eher garantieren können als ein erst- und gleichzeitig letztinstanzlicher Schiedsspruch. Gerade grundlegende Entscheidungen durch den BGH berücksichtigen zudem eine vorangehende wissenschaftliche Diskussion, setzen sich mit dem Meinungsumfeld auseinander und stellen sich anschließend durch Veröffentlichung der Kritik aus Wissenschaft und Praxis; dies zwingt zu sorgfältiger und exakter Begründung und stärkt die Überzeugungskraft der Entscheidung. Schließlich gewährleisten die strikte Unabhängigkeit staatlicher Gerichte und deren rigides Befangenheitsregime effektiv die Neutralität der Richter.

### **Darf der Staat als Gesetzgeber die Entscheidung zugunsten „seiner Gerichte“ beeinflussen?**

Es gehört zu den Regeln unseres liberal verfassten Staates, dass er Privatautonomie und Vertragsfreiheit respektiert und daher die Wahl zwischen den Angeboten staatlicher Justiz und denen der Schiedsgerichte der freien Entscheidung der Rechtsuchenden überlässt. Die Rechtsuchenden sollen nach ihren eigenen Interessen entscheiden und den für sich besseren Weg wählen können. Dazu müssen sie einvernehmlich nach verschiedenen Parametern entscheiden; grob gesprochen ist zu wählen zwischen kurzer Verfahrensdauer und gesteigerter Richtigkeitsgewähr, zwischen Geheimhaltung und öffentlichem Diskurs, zwischen stärkerer Sachkunde und effektiver Neutralität der Richterbank und endlich zwischen bereichsspezifischen und allgemeinen Rechtskenntnissen der Entscheidenden.

### **Bei der Auseinandersetzung über Rolle und Bedeutung der Schiedsgerichte wird aber nicht selten befürchtet, die Abkehr der Rechtsuchenden vom Gang**

### **zu den Gerichten schaffe ein Problem für den Rechtsstaat.**

Das sehe ich nicht so. Für die Schiedsgerichtsbarkeit – wie auch für die Schlichtungsstellen – gilt, dass der Staat durch Verfassungsrecht im Ansatz nicht gehindert ist, zur Rechtsverwirklichung auch private Institutionen zuzulassen – und zwar ungeachtet seines Rechtsprechungsmonopols und seiner rechtsstaatlichen Verantwortung, auch für die Durchsetzung festgestellter zivilrechtlicher Forderungen zu sorgen. Gemäß dem Grundsatz „in dubio pro libertate“ ist im Gegenteil zu beachten, dass der Staat es vor der Allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG rechtfertigen muss, wenn er in die Privatautonomie eingreifen und etwa getroffene Schiedsabreden nicht anerkennen will.

### **Gibt es gar keine Grenzen, die der Staat den Schiedsgerichten ziehen muss?**

Anlass und Rechtfertigung für Restriktionen der Schiedsgerichtsbarkeit bestünden dann, wenn von ihr tatsächlich Gefahren für die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege ausgehen könnten. Das ist aber – jedenfalls derzeit – nicht so. Angesichts der bekannten Fallzahlen führt die Schiedsgerichtsbarkeit nicht zum Aderlass der staatlichen Justiz.

### **bleiben nicht ohnehin Aufgaben, die den staatlichen Gerichten vorbehalten sind?**

Die Klärung von Rechtsfragen mit grundsätzlicher Bedeutung, die Fortbildung des Rechts und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung sind Aufgaben der Rechtspflege, die allein der staatlichen Justiz vorbehalten sind und vorbehalten bleiben. Ein Schiedsverfahren kann weder zur Klärung von Rechtsfragen mit grundsätzlicher Bedeutung führen noch Beiträge zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung leisten. Dies ergibt sich aus zwei Umständen: (1.) werden Schiedsverfahren im Regelfall nicht aufgrund von Rechtsfragen ausgeurteilt, sondern vielmehr nach Aufklärung streitiger Tatsachenfragen entschieden; vor allem aber steht (2.) die häufig nicht disponible Geheimhaltung der Schiedsverfahren einer Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen selbst dann entgegen, wenn das konkrete Verfahren hierzu ausnahmsweise doch Anlass gibt. Insbesondere Rechtsfortbildung kann sich nicht im Verborgenen vollziehen, während grundlegende Entscheidungen stets der Publizität bedürfen und sich einer offenen wissenschaftlichen Diskussion stellen müssen.

### **Es soll also nach Ihrer Meinung überhaupt keine Probleme für die Rechtspflege durch die Tätigkeit von Schiedsgerichten geben?**

So pauschal will ich das nicht sehen. Wie schon erwähnt, ist nicht die Menge der Schiedsverfahren problematisch, eher

zum Problem wird aber ein bereichsspezifischer Entzug von Rechtsstreitigkeiten, der für bestimmte Sektoren des zivilen Wirtschaftsrechts dazu führen kann, dass der staatlichen Justiz das benötigte Fallmaterial zur Fortentwicklung und Vereinheitlichung des Rechts vorenthalten wird. Beklagt wird insbesondere, dass Streitigkeiten aus dem Bereich der M&A-Transaktionen kaum noch zu den Gerichten gelangen, weshalb sich zum Unternehmenskauf keine einschlägige Rechtsprechung finden lasse. Selbst Fälle, in denen ein Grund für die Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO gegeben wäre, erreichen den BGH nicht.

#### **Welche Nachteile können damit verbunden sein?**

Kritisch ist ein solch „sektorales Entscheidungsmonopol“, weil die Bedeutung gerade der Rechtsfortbildung nicht hoch genug geschätzt werden kann: Nur eine kontinuierliche Rechtsfortbildung führt zu einem dynamischen Rechtssystem, das es vermag, den schnellen und umwälzenden Veränderungen des modernen Wirtschafts- und Gesellschaftslebens zu folgen – und hierauf mit angemessenen rechtlichen Lösungen antworten kann. Dass die Rechtsfortbildung in § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO als Grund für die Zulassung der Revision vorgesehen ist, zeigt die Bedeutung, die der Gesetzgeber dieser Funktion der Rechtsprechung belegen will. Effektive Rechtsfortbildung gelingt aber nur bei einer ausreichenden Menge an Fallmaterial; denn nur dann können Rechtsfragen in verschiedenen Konstellationen geprüft und ausdifferenziert beantwortet werden.

#### **Wie könnte dieser Fehlentwicklung begegnet werden?**

Man muss sich das Bild von „smart justice“ in Erinnerung rufen. Obgleich in einer modernen, liberalen Gesellschaft private Institutionen – wie eben die Schiedsgerichtsbarkeit – bei der Rechtsverwirklichung berechtigterweise mitwirken und wichtige Funktionen übernehmen, agieren sie doch im Verbund mit der staatlichen Justiz. Die staatliche Justiz hat insoweit eine doppelte Aufgabe: sie sorgt (1.) für die Verwirklichung und Durchsetzung des Rechts im Einzelfall, insbesondere dann, wenn Schiedsgerichte mangels Konsens der Parteien keine Legitimität für ihre Tätigkeit beanspruchen können, und (2.) ist die staatliche Justiz auch mit Blick die Schiedsgerichtsbarkeit verantwortlich für die im allgemeinen Interesse liegende Entwicklung des Rechts durch dessen Fortbildung und Vereinheitlichung. Die staatliche Justiz schafft so das Recht, das die Schiedsgerichtsbarkeit administriert und an dem sich im Übrigen auch die Schlichtung orientieren muss.

#### **Was heißt das konkret?**

Es könnte etwa an die Einführung eines Vorlageverfahrens gedacht werden, mit dem ein Schiedsgericht die Ent-

scheidung des staatlichen Gerichts über eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung einholen kann. Auf diese Weise lässt sich sicherstellen, dass die staatlichen Gerichte hinreichendes Fallmaterial erreicht, um in allen Sektoren der Rechtsordnung für Rechtsfortbildung und für Rechtssicherheit zu sorgen. Um dieses Ziel zügig zu erreichen, könnte an eine direkte Vorlage an den BGH gedacht werden, zumal das Verfahren – einer Revision nicht unähnlich – nur auf die Beantwortung einer konkreten Rechtsfrage gerichtet wäre; die Entscheidung in der Sache selbst muss dagegen dem Schiedsgericht vorbehalten bleiben.

#### **Wie verträgt sich das mit der privatautonom getroffenen Schiedsvereinbarung?**

Da die Parteien einvernehmlich das Schiedsverfahren gewählt haben, muss ihnen auch die Entscheidung überlassen bleiben, ob eine Vorlage an das staatliche Gericht erfolgen soll; sie darf vom Schiedsgericht daher nur angeordnet werden, wenn beide Seiten zustimmen. Auf diese Weise wird ein Taktieren mit Verzögerungseffekten vermieden; die Parteien entscheiden selbst, ob sie eine zügige Entscheidung einer Antwort auf grundsätzliche Rechtsfragen vorziehen wollen.

#### **Können nicht auch Schiedsrichter grundsätzliche Rechtsfragen klären und das Recht fortbilden?**

Dass Schiedsrichter aufgrund ihrer beruflichen Qualifikationen und nach ihren persönlichen Fähigkeiten zu Grundsatzentscheidungen und zu Rechtsfortbildung in der Lage sind, steht für mich außer Frage, allerdings hindern sie die Umstände des Schiedsverfahrens – insbesondere dessen fehlende Publizität – daran, dies zu tun. Hier kann die staatliche Justiz Unterstützung leisten und gleichzeitig mehr Transparenz und Berechenbarkeit in die Schiedsverfahren tragen. Vielleicht kann die Option, das höchste Zivilgericht zur Klärung grundlegender Rechtsfragen hinzuzuziehen, auch ein Argument sein, um die Entscheidung für einen Schiedsstandort Deutschland zu fördern. Schließlich kann auf diesem Weg auch das brisante Problem einer Vorlage direkt aus dem Schiedsverfahren an den EuGH gelöst werden; denn im Unterschied zu einem Schiedsgericht wäre ein staatliches Gericht zur Einleitung des Vorabentscheidungsverfahrens berechtigt, der BGH – nach Maßgabe des Art. 267 AEUV – sogar verpflichtet.

#### **Ich bedanke mich herzlich für das interessante Gespräch.**

Das Interview wurde geführt von VRIBGH a.D. Wolfgang Ball.

## Götsche, Versorgungsausgleich leicht gemacht

Deubner Verlag, 2017, Loseblatt inkl. Online-Modul, 149,00 € (zzgl. einmaliger VK-Pauschale i.H.v. 5,90 € und USt.), ISBN 978-3-88606-894-4

W.a. RiAG Christian Breuers

Knapp acht Jahre nach dem Inkrafttreten der Strukturreform des Versorgungsausgleichs ist in der familiengerichtlichen Praxis zu beobachten, dass viele Rechtsanwender – Fachanwälte wie Familienrichter gleichermaßen – eine nähere Auseinandersetzung mit dem „neuen“ Recht des Versorgungsausgleichs nach wie vor scheuen. Zu abschreckend wirken die unterhalts-, sozial- und steuerrechtlichen Schnittstellen des Versorgungsausgleichs und die betriebswirtschaftlichen und versicherungsmathematischen Zusammenhänge. Auch die mitunter entsprechend schwer verständlichen Entscheidungen des BGH und der Oberlandesgerichte erleichtern den Zugang zum Versorgungsausgleich nicht gerade.

Mit „Versorgungsausgleich leicht gemacht“ stellt Frank Götsche eine umfassende Arbeitshilfe zur Verfügung, mit der man die genannten Hemmschwellen überwinden und die enormen Haftungsrisiken, die der Versorgungsausgleich birgt, minimieren kann. Denn das Werk hält, was der Titel verspricht.

Die aus einem Band bestehende Loseblattsammlung enthält in Teil 1 eine übersichtliche Inhaltsangabe und ein detailliertes Stichwortverzeichnis. In dem sich anschließenden umfangreichen Praxisleitfaden (Teil 2) erläutert Götsche in insgesamt 45 Kapiteln alle praxisrelevanten materiellen und verfahrensrechtlichen Fragen des Versorgungsausgleichs.

In den ersten Kapiteln stellt der Autor die Grundlagen des Versorgungsausgleichsrechts dar; dabei werden auch Wechselwirkungen mit anderen Familiensachen und Abgrenzungsprobleme angesprochen. In der gebotenen Kürze geht Götsche auch auf den Rechtszustand vor dem 01.01.2009 und die Überleitungsbestimmungen ein, was vor allem für die jüngeren Rechtsanwender hilfreich ist, die das alte Recht des Versorgungsausgleichs nicht mehr kennengelernt haben. Im Anschluss an die Grundlagen werden die Probleme bei der internen und externen Teilung erschöpfend besprochen. Es folgen nicht weniger ausführliche Erläuterungen zum Wertausgleich nach der Scheidung und zu den Konstellationen, in denen ausnahmsweise kein Ausgleich stattfindet. Sehr ausführlich sind insbesondere die Hinweise zu Vereinbarungen über

den Versorgungsausgleich: nach allgemeinen Hinweisen zu VA-Vereinbarungen geht Götsche auf den Formzwang ein, stellt – mit Blick auf die anwaltliche Beratungspraxis – Gestaltungsmöglichkeiten dar und zeigt in einem weiteren Kapitel inhaltliche Grenzen von Vereinbarungen auf. Dass Götsche bei seinen Ausführungen insbesondere die praktische Fallbearbeitung im Blick hat, sieht man auch daran, dass sich mehrere Kapitel und zahlreiche Unterabschnitte des Praxisleitfadens mit verfahrensrechtlichen Fragen befassen – einschließlich des Verfahrens in Anpassungs- und Abänderungsverfahren. Abgerundet wird der Praxisleitfaden mit Hinweisen zu steuerrechtlichen Aspekten des Versorgungsausgleichs.

Die sehr übersichtlich nach Themen gegliederte und verständlich formulierte Darstellung ist auf das Wesentliche beschränkt. Rechtsprobleme werden prägnant dargestellt und mit Fundstellen belegt. Götsche verzichtet aber darauf, jeden Meinungsstreit in epischer Breite zu erörtern und zu kommentieren. Dadurch werden die Leser in die Lage versetzt, die Probleme schnell zu erfassen ohne den Überblick zu verlieren. Wer sich eingehender mit einer bestimmten Rechtsfrage befassen möchte, gelangt dank der vielen Rechtsprechungszitate schnell zum Ziel. In dem gesamten Praxisleitfaden werden die Ausführungen durch eine Vielzahl von Praxishinweisen ergänzt, in denen Götsche seine langjährige Erfahrung als Familienrichter am Amts- und Oberlandesgericht weitergibt. Hinzu kommen zahlreiche Checklisten und Mustertexte für Anträge in gerichtlichen Verfahren und für die außergerichtliche Korrespondenz mit Mandanten, deren Ehepartnern und den Versorgungsträgern.

Die Arbeitshilfen werden durch Teil 3 der Loseblattsammlung vervollständigt, der Tabellen mit den für den Versorgungsausgleich benötigten Rechengrößen enthält. Nicht zuletzt aufgrund der vielfältigen Arbeitshilfen ist „Versorgungsausgleich leicht gemacht“ nicht nur familienrechtlichen Einsteigern zu empfehlen, sondern erleichtert als Ergänzung zu den klassischen Kommentaren und Lehrbüchern auch erfahrenen Rechtsanwälten, Notaren, Familienrichtern oder Sachbearbeitern der Versorgungsträger die Bearbeitung von Versorgungsausgleichssachen.

Wer in Zeiten elektronischer Medien keine Loseblattsammlungen mehr nachsortieren möchte oder auf gedruckte Literatur gänzlich verzichtet, kann auf ein Online-Modul zugreifen, das den gesamten Inhalt des Werkes einschließlich der Mustertexte umfasst und Zugang zu den gesetzlichen Grundlagen und zur einschlägigen Rechtsprechung im Volltext ermöglicht.

Unter dem Strich: ein gelungenes Werk.

### Veris-Pascal Heintz



Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität des Saarlandes

Herr Heintz studierte von 2007 bis 2013 Rechtswissenschaft an der Universität des Saarlandes mit dem Schwerpunkt „Deutsches und internationales Steuerrecht“. Seinen juristischen Vorbereitungsdienst absolvierte er im Bezirk des Pfälzischen Oberlandesgerichts Zweibrücken mit Stationen in Berlin und beim Bundesverfassungsgericht. Seit April 2017 ist er als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Hannes Ludyga tätig.

### Prof. Dr. Christoph Gröpl



Professor an der Universität des Saarlandes

Nach dem Studium der Rechtswissenschaften mit wirtschaftswissenschaftlicher Zusatzausbildung in Bayreuth, Genf und München folgten der juristische Vorbereitungsdienst in Regensburg und die Promotion an der Universität München. Danach Referent im Bayerischen Staatsministerium der Finanzen. 1997 erhielt Herr Gröpl den Bayerischen Habilitations-Förderpreis und habilitierte 2000 an der Universität Regensburg. Seit 2003 ist er Professor an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes mit den Forschungsschwerpunkten Staats- und Verwaltungsrecht, insbesondere Finanzrecht.

### Prof. Dr. Thomas Voelzke



Vizepräsident des Bundessozialgerichts

Herr Voelzke leitet den für die Grundsicherung für Arbeitsuchende zuständigen 4. und den für den Bereich der Arbeitsförderung zuständigen 11. Senat des Bundessozialgerichts. Als Honorarprofessor an der Humboldt Universität zu Berlin hält er regelmäßig Vorlesungen zum Sozialrecht. Den Schwerpunkt seiner Vortrags- und Veröffentlichungstätigkeit bilden das Arbeitsförderungsrecht, die Versicherungs- und Beitragspflicht in der Sozialversicherung und die Grundsicherung für Arbeitsuchende. Herr Voelzke ist Herausgeber der jM sowie mehrerer Kommentare zum Sozialrecht einschließlich der juris Praxiskommentare SGB und SGG.

### Prof. Dr. Ali Yarayan



Honorarprofessor für Bürgerliches Recht, insbesondere Wirtschaftsrecht, Türkisches Recht und Rechtsvergleichung an der Universität Erlangen-Nürnberg

Herr Yarayan forscht und lehrt als Leiter der Forschungsstelle für türkisches Recht an der Universität Erlangen-Nürnberg zum türkischen Recht, oft in Rechtsvergleichung mit dem deutschen Recht. In dieser Funktion verfasst er auch Sachverständigengutachten für deutsche Gerichte zum türkischen Recht. Aufgrund seiner gleichzeitig ausgeübten Anwaltschaft hat er zudem den notwendigen Blick für die Praxis.

### Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel



Vorsitzende Richterin am Bundesfinanzhof

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

### IMPRESSUM

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

**Expertengremium:** Vors. Richter am BGH a.D. Wolfgang Ball, Lemberg  
Rechtsanwalt Prof. Dr. Guido Britz, Homburg  
Vizepräsident des LAG a.D. Dr. Heinz-Jürgen Kalb, Köln  
Richter am BVerwG Prof. Dr. Harald Dörig, Leipzig  
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Martinek, Universität des Saarlandes, Saarbrücken  
Weiterer aufsichtsführender Richter am AG a. D. Dr. Wolfram Viefhues, Oberhausen

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

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

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

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

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

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

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

**Satz:** Datagroup Int., Timisoara

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

**ISSN:** 2197-5345



## Relaunch der juris Rechercheoberfläche

Wir haben unsere juris Rechercheoberfläche weiter für Sie verbessert. Seit dem 21. September 2017 können Sie die neuen Funktionen des Rechtsportals für Ihre tägliche Arbeit nutzen. Die neue Recherche zeichnet sich durch ein völlig neues Design und eine hoch intuitive Bedienbarkeit aus. Verbesserte Such- und Filterfunktionen ermöglichen ein noch schnelleres Auffinden relevanter Inhalte. Damit ist und bleibt juris Ihr zuverlässiger Navigator durch die Flut an Rechtsinformationen.

Seit mehr als 30 Jahren bieten wir unseren Kundinnen und Kunden eine umfangreiche und stets aktuelle Sammlung an digitalen Rechtsinformationen. Die sorgfältige Aufbereitung von Dokumenten, ergänzt durch die fachkundliche Verlinkung einzelner Inhalte, ermöglicht unseren Anwendern einen schnellen und einfachen Zugang zu sämtlichen relevanten Informationen. Um diesem Qualitätsanspruch auch in Zukunft gerecht zu werden, haben wir unser Rechercheportal juris.de visuell sowie funktionell überarbeitet und für Tablets optimiert.

### Neue Recherche visuell: verbesserte Darstellung von Inhalten

Auf den ersten Blick fällt das veränderte Oberflächendesign der Rechercheoberfläche auf. Um eine noch zielgerichtetere und effizientere Recherche zu ermöglichen, haben wir den Navigationsbereich modernen Nutzergewohnheiten angepasst. Hierzu haben wir die Inhalte neu kategorisiert und die Darstellung bereits abonniertes Werke verbessert. Dies erleichtert den Überblick über sämtliche verfügbaren Informationen. Zudem ermöglicht die optimierte Typographie ein entspannteres Lesen.

### Neue Recherche funktionell: schnellere Auffindbarkeit von Rechtsinformationen

Die neue Suchoberfläche verfügt über verbesserte Such- und Filterfunktionen. Diese vereinfachen die Re-

cherche in vielen Rechtsgebieten, Regionen bzw. Gerichtsbarkeiten und führen Sie dadurch noch schneller zu relevanten Ergebnissen. Der integrierte Expertenmodus ermöglicht eine noch zielgenauere Suche.

### Neue Recherche mobil: optimiert für Tablets

Darüber hinaus haben wir die Rechercheoberfläche für ein benutzerfreundliches Arbeiten auf Touchscreens optimiert. Dabei haben wir Funktionen integriert, die bei unseren Nutzern durch den täglichen Umgang mit anderen mobilen Anwendungen bereits intuitiv verankert sind: Eine intelligente Anordnung von Navigationselementen resultiert in kürzeren Klickwegen und ermöglicht eine effizientere, vollumfassende Recherche – jederzeit und an jedem Ort.

juris startete vor mehr als 30 Jahren mit einer onlinegestützten Dialog-Anwendung, für die seinerzeit Programmierkenntnisse notwendig waren. Seitdem hat unser Rechtsportal einen kontinuierlichen Wandel durchlebt: Neben der technischen Weiterentwicklung haben wir unser Angebot fortlaufend um zusätzliche Inhalte wie Kommentare, Zeitschriften, Handbücher und Arbeitshilfen sowie maßgeschneiderte Kundenmodelle ergänzt. Dies setzt eine weitreichende und zuverlässige Verlinkung der einzelnen Inhalte voraus. Um diesen Service zu gewährleisten, geben mehr als 1.900 juris Autoren täglich ihr Bestes.

In Kooperation mit den Mitgliedern der jurisAllianz – Dr. Otto Schmidt, De Gruyter, Erich Schmidt, C.F. Müller, Hüthig Jehle Rehm, Stollfuß Medien, Bundesanzeiger Verlag und der dfv Mediengruppe sowie 30 weiteren Verlagspartnern – ist juris mit mehr als 1.200 verfügbaren Titeln zu einem der führenden Anbieter von digitalen Rechtsinformationen in Deutschland aufgestiegen.

Wir hoffen, dass unser Update Sie überzeugt. Sollten Sie Anregungen für weitere Verbesserungen haben, kommen Sie bitte gerne auf uns zu.

Seien Sie auch in Zukunft versichert, dass wir unser Angebot fortlaufend für Sie weiterentwickeln.

### **Einfach immer aktuell: juris Lex Europarecht und Vergaberecht**

Der Band juris Lex Vergaberecht vereint bundes- und landesrechtliche Vorschriften rund um die Vergabe öffentlicher Aufträge. Mit der Vergaberechtsreform 2016 gab es im Vergaberecht weitreichende inhaltliche Änderungen. In die neu gefasste Vergabeverordnung wurden die Regelungen zur Leistungsvergabe integriert. Die ganz neu hinzugekommene Konzessionsvergabeverordnung und die Vergabestatistikverordnung sowie die erst zukünftig gültige Unterschwellenvergabeordnung, die Abschnitt 1 der VOL/A ersetzen wird, sind ebenfalls enthalten. Komplettiert wird der Band durch die landesrechtlichen Bestimmungen zu den jeweiligen Tariftreue- und Vergabegesetzen und den entsprechenden Regelungen zu den Nachprüfungsverfahren und Vergabekammern.

Der Band juris Lex Europarecht vereint die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaften mit den Regelungen zur nationalen und europäischen Politik. Er beinhaltet die zentralen Vorschriften zur Währungsunion, zum Europäischen Parlament und zum Europarat. Dieser Band bietet zudem die wichtigsten Verordnungen zur Gerichtsbarkeit und dem Zivilverfahrensrecht innerhalb der Europäischen Union. Abgerundet wird das Angebot durch die Regelungen über die Rechtsstellung aller Unionsbürger und die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten.

Die neuen Sammlungen beinhalten wie alle juris Lex-Gesetzesbibliotheks-Ausgaben ein integriertes E-Book. Selbstverständlich erhalten Sie jede juris Lex-Ausgabe auch als reine E-Book-Lösung.

Alle juris Lex-Sammlungen bieten Ihnen einen einzigartigen Produkt- und Qualitätsservice: den kostenfreien juris Lex-Aktualisierungsscheck. Er informiert Sie mittels individueller QR-Codes oder durch Eingabe der URL über die Aktualität Ihrer Sammlung. Einfach den QR-Code direkt mit Ihrem Smartphone einscannen. Mit einer Online-Registrierung erhalten Sie auf

Wunsch eine automatische Benachrichtigung bei Erscheinen aktualisierter Gesetzesfassungen sowie den kostenfreien Download der aktuellen E-Book-Version Ihrer juris Lex-Sammlung für den Amazon-Kindle-Reader oder die Kindle Lese-App. Die jeweils aktuelle E-Book-Version stellen wir Ihnen ein Jahr kostenfrei nach Erscheinen Ihrer Sammlung bereit. Mehr unter: [www.juris.de/Lex](http://www.juris.de/Lex)

### **Verlagsübergreifendes Wissen unter einem Dach: neue juris PartnerModule**

Zum Verbund der jurisAllianz gehören die Verlage Dr. Otto Schmidt, De Gruyter, Erich Schmidt, C.F. Müller, Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm, Stollfuß Medien, Bundesanzeiger Verlag und dfv Mediengruppe. Das Netzwerk marktführender Unternehmen aus dem Bereich der juristischen Fachinformationen nutzt die Stärken aller und schafft für die Kunden ein interessantes und vielfältiges Angebot.

Folgende neue juris PartnerModule wurden vor Kurzem gelauncht:

- Außenwirtschaftsrecht premium
- Datenschutz
- Zivil- und Zivilprozessrecht premium
- Sozialrecht Grundsicherung
- Sozialrecht Krankenversicherungsrecht
- Sozialrecht Pflegerecht
- Sozialrecht Unfallversicherung und
- Berufskrankheiten

Mehr unter: [www.juris.de/shop](http://www.juris.de/shop)

### **juris Webinare und Veranstaltungen**

Um an unseren unverbindlichen und kostenlosen juris Webinaren teilzunehmen, benötigen Sie einen Internetanschluss, einen installierten Flash-Player und einen Computer mit Lautsprechern, Kopfhörern oder Headset. Infos zum Ablauf, Termine und zur Anmeldung: [www.juris.de/webinare](http://www.juris.de/webinare)

Aktuelle Termine unserer Informationsforen finden Sie unter: [www.juris.de/veranstaltungen](http://www.juris.de/veranstaltungen)

Herberger | Martinek | Rüßmann | Weth | Würdinger  
juris PraxisKommentar

# BGB

## Gesamtausgabe

8. Auflage 2017

Online-Kommentar  
inkl. E-Book!

### NEU: Gesamtausgabe – jetzt vollständig!

Der juris PraxisKommentar BGB ist der erste juristische Kommentar, der für die Online-Nutzung konzipiert wurde. Er ist intelligent und umfassend mit der tagesaktuellen juris Datenbank verknüpft. Alle Bände können Sie zusätzlich als E-Book herunterladen, um offline zu arbeiten. Mit unserem neuen, nochmals verbesserten Aktualisierungsprozess sind Sie garantiert immer auf dem neuesten Rechtsstand.

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

### Tägliche Aktualisierung

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

Freymann | Wellner

juris PraxisKommentar

# Straßenverkehrsrecht

StVG | StVO | Zivilrecht |

Ordnungswidrigkeiten- und Strafrecht |

StVZO | FeV | FZV

**NEU: Einstieg über  
Mandatssituation**

## NEU: Der Richterkommentar!

Die Autorinnen und Autoren dieses neuen juris PraxisKommentars prägen die verkehrsrechtliche Rechtsprechung maßgeblich mit. Umfassend und praxisnah kommentieren sie das StVG, die StVO, die zivilrechtlichen Grundlagen und das relevante Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht. Durch die ständige Online-Aktualisierung und die umfassende Verlinkung mit der juris Datenbank arbeiten Sie rechtsicher und sparen wertvolle Zeit.

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

**Ständige Online-Aktualisierung!**

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