

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

JM 8/9 | AUGUST/SEPTEMBER  
2017

## Topthema:

### Strafrecht, Religion und Blasphemie: Wie viel Strafrecht brauchen wir?

RA Prof. Dr. Guido Britz

## Interview:

### Rechtsstaat auf dem Vormarsch?

Landesdirektor GIZ Kasachstan/  
Turkmenistan Jörg Pudelka

## In dieser Ausgabe:

### Überhöhte Sachverständigenkosten im Verkehrsunfallprozess und Regress des Haftpflichtversicherers

RiLG Dr. Christoph Kretschmer

### Flucht in die Haftungsbeschränkung – Fluch der Haftungsbeschränkung (Teil 1)

Prof. Dr. Christoph Gröpl

### Unterschiedliche Anforderungen von BGH und BFH an den Rangrücktritt

RA Dr. Udo Michalsky

### Rechtliche Grenzen für Spielhallen

Ri'inBVerwG Dr. Susanne Rublack





# juris PartnerModul

## Vergaberecht

Einführungspreis  
bis 30.06.2018!

partnered by Bundesanzeiger Verlag | De Gruyter | Kohlhammer | Verlag Dr. Otto Schmidt

Das Onlinemodul bündelt die zur Vergaberechtsreform 2016 neu aufgelegte Fachliteratur der jurisAllianz Partner.

In Sekundenschnelle recherchieren Sie die strukturellen Änderungen und Neuregelungen sowie Fragen zu hochaktuellen Themen wie E-Vergabe, Innovationspartnerschaft, Verfahrenswahl u.v.m.

Dank professioneller Verlinkung mit der juris Datenbank greifen Sie auf die relevante Rechtsprechung, Bundes-, Landes- und EU-Recht sowie die verlagsunabhängigen juris Literaturnachweise zu.

### Inhalt:

- E-Vergabe in der Praxis, Noch
- Konzessionsverordnung Kommentar, Müller-Wrede (Hrsg.)
- juris PraxisKommentar Vergaberecht, Heiermann/Summa/Zeiss (Hrsg.)
- Praxiswissen Vergaberecht, Solbach/Bode
- SektVO Kommentar, Müller-Wrede (Hrsg.)
- VergabeNews
- Vergaberecht, Reidt/Stickler/Glahs
- Vergabe von Planungsleistungen, Webeler/Summa/Klaeser (Hrsg.)
- VgV Kommentar, Müller-Wrede (Hrsg.)
- Wasser, Energie, Verkehr, Schütte/Horstkotte/Hünemörder/Wiedemann
- und viele weitere Titel

➕ **Rechtsprechung, Gesetze und Literaturnachweise von juris**



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

# jurisAllianz

Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Zivil- und Wirtschaftsrecht

**Überhöhte Sachverständigenkosten im Verkehrsunfallprozess und Regress des Haftpflichtversicherers**

RiLG Dr. Christoph Kretschmer, z. Zt.

Wiss. Mit. beim BGH

S. 310

**Flucht in die Haftungsbeschränkung – Fluch der Haftungsbeschränkung (Teil 1)**

Prof. Dr. Christoph Gröpl

S. 315

**Unterschiedliche Anforderungen von BGH und BFH an den Rangrücktritt**

RA und FA für Steuerrecht, Handels- und Gesellschaftsrecht sowie Insolvenzrecht

Dr. Udo Michalsky

S. 320

**Gerichtliche Ge- und Verbote zur Abwendung einer Kindeswohlgefährdung**

BGH, Beschl. v. 23.11.2016 - XII ZB 149/16

RA'in Monika Clausius

S. 326

**Umfang der Beweislastumkehr zugunsten des Verbrauchers bei Sachmängeln**

BGH, Urt. v. 12.10.2016 - VIII ZR 103/15

Prof. Dr. Michael Jaensch

S. 328

Arbeitsrecht

**Mitbestimmung bei Einrichtung und Betrieb einer Facebook-Seite**

BAG, Beschl. v. 13.12.2016 - 1 ABR 7/15

RA Dr. Detlef Grimm und RA Dr. Jonas Kühne

S. 330

Sozialrecht

**Kein „Streikrecht“ für Vertragsärzte**

BSG, Urt. v. 30.11.2016 - B 6 KA 38/15 R

Ri'inSG Barbara Geiger, z.Zt. Wiss. Mit.

beim BSG

S. 334

# INHALT

## AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

### Verwaltungsrecht

#### **Rechtliche Grenzen für Spielhallen**

Ri'inBVerwG Dr. Susanne Rublack

S. 336

#### **Entlassung eines Lehrers wegen sexueller Übergriffe**

BVerwG, Beschl. v. 24.01.2017 - 2 B 75/16

RiBVerwG Dr. Andreas Hartung

S. 340

### Steuerrecht

#### **AfA beim Erwerb von Vertragsarztpraxen**

BFH, Urt. v. 21.02.2017 - VIII R 7/14, VIII R 56/14

VRi'inBFH Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel

S. 342

### Topthema:

### Strafrecht

#### **Strafrecht, Religion und Blasphemie:**

#### **Wie viel Strafrecht brauchen wir?**

RA Prof. Dr. Guido Britz

S. 343

### INTERVIEW

#### **Rechtsstaat auf dem Vormarsch?**

Interview mit

Landesdirektor GIZ Kasachstan/  
Turkmenistan Jörg Pudelka

S. 349

## Sympathy For The Devil?



**Prof. Dr. Thomas Voelzke**  
Vizepräsident des Bundessozialgerichts

Die in unserem Top-Thema mit dem Titel „Strafrecht, Religion und Blasphemie: Wie viel Strafrecht brauchen wir?“ ausgebreitete Diskussion der sogenannten Religionsdelikte des StGB mutet zugleich anachronistisch und brandaktuell an. Sicherlich, die Zeiten haben sich geändert: Würden wir das zutiefst pazifistische Bild Nr. 10 des Künstlers George Grosz auf einem Spaziergang über die documenta 14 entdecken, läge der Gedanke an strafrechtliche Konsequenzen völlig fern. Ein weiteres Beispiel: Waren die ironischen Sympathiebekundungen Mick Jagers für den Teufel in den 1960er Jahren noch Gegenstand von Zensurmaßnahmen, untermalt das Lied der Stones heute völlig unbeanstandet zahlreiche Hollywoodfilme. Haben sich also die Grenzen der Toleranz auch weit verschoben, wirft das Spannungsverhältnis zwischen den Freiheitsrechten einerseits und den Religionsdelikten andererseits weiterhin spannende Fragen auf. Dass es sich beim Umgang mit der Religion noch heute um ein ausgesprochen brisantes Thema handelt, wurde dem Unterzeichner besonders bewusst, als er die Karikaturvorschläge für das Titelblatt der aktuellen Ausgabe sichtete. Bei einigen – Ihnen natürlich nicht aus Gründen der Zensur vorenthaltenen – Vorschlägen stellte sich mir die Frage: „Sollte man sich darüber wirklich lustig machen?“ Zu einem Nachdenken über die vielschichtige Problematik regt der Beitrag von Guido Britz sicherlich an.

Einen besonderen Hinweis verdient der zivilrechtliche Beitrag mit dem Titel „Flucht in die Haftungsbeschränkung –

Fluch der Haftungsbeschränkung“ von Christoph Gröpl. In dem auf zwei Teile angelegten Beitrag bezieht der Autor – wie schon aus dem Titel ersichtlich – fundiert und eindeutig Position.

Die Kommunikation über soziale Netzwerke stößt nicht nur deshalb auf ein weltweites Interesse, weil sogar Papst Franziskus, der Dalai Lama und US-Präsident Trump ihre (inhaltlich und qualitativ durchaus unterschiedlichen) Botschaften über Twitter in die Welt streuen. Es kann insofern nicht verwundern, dass auch Unternehmen in sozialen Netzwerken aktiv sind und den Kontakt mit der Öffentlichkeit und ihren Kunden suchen. Dieser Zustand wirft zwangsläufig die Frage nach den Mitbestimmungsrechten der Arbeitnehmervertretungen bei der Einrichtung und dem Betrieb entsprechender Seiten auf. Lesen Sie hierzu auf jeden Fall die informative Anmerkung von Detlef Grimm und Jonas Kühne zur Entscheidung des BAG vom 13.12.2016 (1 ABR 7/15), die sich mit einer Unternehmens-Facebook-Seite beschäftigt.

Das Selbstverständnis der niedergelassenen Ärzte mändert bisweilen zwischen der selbstbewussten Betonung der Zugehörigkeit zu einem „Freien Beruf“ und der kuscheligen Wohlfühlatmosphäre einer gesicherten Honorierung als zugelassener Vertragsarzt. Inwiefern sich in diesen Zusammenhang ein Streikrecht der Vertragsärzte gegen gesetzliche Krankenkassen und die Kassenärztlichen Vereinigungen einfügen lässt, wurde in der Entscheidung des BSG vom 30.11.2016 (B 6 KA 38/15 R) behandelt. Die Anmerkung von Barbara Geiger gibt über die wesentlichen Aspekte Auskunft. Der Beitrag weist interessante Querverbindungen zu einer Besprechung der BFH-Urteile vom 21.02.2017 (VIII R 7/14, VIII R 56/14) durch Monika Jachmann-Michel auf, denn dort wurde vom BFH steuerrechtlich geklärt, ob die Zulassung als Vertragsarzt ein abschreibungsfähiges Wirtschaftsgut ist.

Unter ganz unterschiedlichen Aspekten verschafft uns das mit Jörg Pudelka geführte Interview spannende Einblicke. Einerseits berichtet Pudelka inhaltlich über das Vorgehen der Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit bei rechtsstaatlich ausgerichteten Programmen. Andererseits führt uns sein derzeitiges Einsatzgebiet in Zentralasien in eine Region, die vielen vielleicht erstmals mit der Expo 2017 in Astana ins Blickfeld gerät. Aufgrund des Interviews habe ich die feste Überzeugung gewonnen, dass es sich um sinnvolle Investitionen handelt, die hoffentlich Früchte tragen.

Bei der Lektüre des Heftes viel Freude wünscht Ihnen

Ihr Thomas Voelzke

## Überhöhte Sachverständigenkosten im Verkehrsunfallprozess und Regress des Haftpflichtversicherers

RiLG Dr. Christoph Kretschmer, z. Zt. Wiss. Mit. beim BGH

### A. Einleitung

Nach dem Streit über die Höhe der Mietwagenkosten gibt es einen neuen Dauerbrenner im Verkehrsunfallprozess: Die Kosten des vorgerichtlich vom Geschädigten eingeholten Sachverständigengutachtens zur Ermittlung der Schadenshöhe. Auch hier begehrt der Geschädigte den vollständigen Ausgleich seines unfallbedingt entstandenen Schadens, während die Versicherung des Unfallverursachers häufig einwendet, ein Dritter – hier der Sachverständige statt des Mietwagenunternehmens – wolle sich auf Kosten der Versicherungsgemeinschaft durch überhöhte Rechnungen bereichern.

Die Grundsätze für die Bemessung der Sachverständigenkosten hat der VI. Zivilsenat des BGH in den letzten Jahren in einigen Entscheidungen<sup>1</sup> präzisiert. In der Praxis bestehen dennoch häufig Probleme in der Rechtsanwendung, die es trotz vielfach vergleichbarer Fälle für alle Beteiligten erschweren, das Ergebnis eines Rechtsstreits zu prognostizieren.

Aufgrund der subjektbezogenen Schadensbetrachtung hat der Geschädigte zwar selbst bei einem überhöhten Sachverständigenhonorar i.d.R. einen Anspruch auf Ausgleich gegenüber der gegnerischen Haftpflichtversicherung, wenn die Überhöhung für ihn nicht erkennbar war. Mit einer aktuellen Entscheidung des VII. Zivilsenats<sup>2</sup> hat der BGH jetzt eine Möglichkeit für den Versicherer eröffnet, den Sachverständigen wegen der Überhöhung in Regress zu nehmen und sich die zu viel gezahlten Kosten zurückzuholen.

### B. Erstattungsfähigkeit der Sachverständigenkosten aus Sicht des Geschädigten

#### I. Grundsätze der höchstrichterlichen Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung des BGH ist der Geschädigte grds. berechtigt, einen qualifizierten Gutachter seiner Wahl mit der Erstellung des Schadensgutachtens zu beauftragen. Der Geschädigte kann vom Schädiger nach § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB als erforderlichen Herstellungsaufwand allerdings nur die Kosten erstattet verlangen, die vom Standpunkt eines verständigen, wirtschaftlich denkenden Menschen in der Lage des Geschädigten zur Behebung des Schadens zweckmäßig und notwendig erscheinen. Aller-

dings ist bei der Beurteilung, welcher Herstellungsaufwand erforderlich ist, auch Rücksicht auf die spezielle Situation des Geschädigten, insbesondere auf seine Erkenntnis- und Einflussmöglichkeiten sowie auf die möglicherweise gerade für ihn bestehenden Schwierigkeiten zu nehmen (subjektbezogene Schadensbetrachtung). Der Geschädigte ist grds. auch nicht zu einer Erforschung des ihm zugänglichen Markts verpflichtet, um einen möglichst preisgünstigen Sachverständigen ausfindig zu machen.<sup>3</sup>

### II. Differenzierung der Fallgruppen

Bei der weiteren rechtlichen Beurteilung sind zunächst drei Fälle zu unterscheiden: Eine Honorarvereinbarung zwischen dem Geschädigten und dem Sachverständigen (1.), die vom Geschädigten bereits beglichene Rechnung (2.), sowie die Fallkonstellation, dass keine Preisabrede mit dem Sachverständigen getroffen wurde (3.).

#### 1. Honorarvereinbarung

Haben der Geschädigte und der Sachverständige eine Honorarvereinbarung getroffen, ist der Geschädigte im Innenverhältnis gegenüber dem Sachverständigen grds. zur Zahlung der vereinbarten Vergütung aus § 631 Abs. 1 BGB verpflichtet. Dabei kommt es aufgrund der Vertragsfreiheit – zumindest in den Grenzen der Sittenwidrigkeit oder des Wuchers – nicht darauf an, ob die vereinbarte Vergütung im Vergleich zu den Marktverhältnissen überhöht ist. Dies kann für den Geschädigten zu der misslichen Lage führen, dass er zwar zur Zahlung eines überhöhten Honorars verpflichtet ist, dieses aber ggf. nicht vollständig vom Schädiger bzw. von der gegnerischen Haftpflichtversicherung erstattet bekommt.

Hierbei kommt dem Geschädigten dann aber die subjektbezogene Schadensbetrachtung zugute, die ihn zumindest in gewissem Umfang schützt. Bei dem Geschädigten verbleibt

<sup>1</sup> Insbesondere BGH, Urt. v. 11.02.2014 - VI ZR 225/13; BGH, Urt. v. 22.07.2014 - VI ZR 357/13; BGH, Urt. v. 26.04.2016 - VI ZR 50/15; BGH, Urt. v. 19.07.2016 - VI ZR 491/15; BGH, Urt. v. 28.02.2017 - VI ZR 76/16.

<sup>2</sup> BGH, Urt. v. 01.06.2017 - VII ZR 95/16.

<sup>3</sup> BGH, Urt. v. 28.02.2017 - VI ZR 76/16 Rn. 11 f.; BGH, Urt. v. 19.07.2016 - VI ZR 491/15 Rn. 15 f.

aber das Risiko, dass die Versicherung dennoch nur einen Teilbetrag der Sachverständigenkosten erstattet und der Geschädigte unter Umständen einen Prozess mit ungewissem Ausgang – über häufig nur zweistellige Eurobeträge – gegen den Versicherer führen muss. Die subjektbezogene Schadensbetrachtung wendet das OLG München zudem dann nicht an, wenn die Auswahl des Sachverständigen nicht durch den Geschädigten allein, sondern nach Vermittlung einer Werkstätte oder eines Rechtsanwalts erfolgt („Schadensservice aus einer Hand“). In diesem Fall ist auf deren professionelle Erkenntnismöglichkeiten abzustellen und grds. davon auszugehen, dass kein Sachverständiger ausgewählt wird, der höhere als die in der Branche üblichen Gebührensätze verlangt.<sup>4</sup>

## 2. Beglichene Rechnung

Den Geschädigten trifft im Rahmen des § 249 BGB grds. die Darlegungslast für den erforderlichen Herstellungsaufwand. Dieser Darlegungslast genügt er allerdings regelmäßig durch die Vorlage der von ihm beglichene Rechnung des mit der Begutachtung seines Fahrzeugs beauftragten Sachverständigen, sodass ein einfaches Bestreiten der Erforderlichkeit des Rechnungsbetrages dann grds. nicht ausreicht, um die geltend gemachte Schadenshöhe infrage zu stellen. Der in Übereinstimmung mit der Rechnung und der ihr zugrunde liegenden getroffenen Preisvereinbarung vom Geschädigten tatsächlich erbrachte Aufwand bildet bei der Schadensschätzung nach § 287 ZPO vielmehr ein Indiz für die Bestimmung des zur Herstellung „erforderlichen“ Betrages i.S.v. § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB. In diesem tatsächlich erbrachten Aufwand schlagen sich die beschränkten Erkenntnismöglichkeiten des Geschädigten regelmäßig nieder.<sup>5</sup>

Dies ändert jedoch nichts daran, dass der vom Geschädigten aufgewendete Betrag nicht notwendig mit dem zu ersetzenden Schaden identisch ist. Entscheidend ist dabei, ob für den Geschädigten die mit dem Sachverständigen vereinbarten oder von diesem berechneten Preise erkennbar erheblich über den üblichen Preisen liegen. Dann sind sie nicht geeignet, den erforderlichen Aufwand abzubilden.<sup>6</sup> Unabhängig vom Begleichen der Rechnung führt die subjektbezogene Schadensbetrachtung nicht dazu, dass der Versicherer dem Geschädigten auf Zahlung eines ggf. überhöhten Sachverständigenhonorars haftet, ohne dass die Erforderlichkeit der Sachverständigenkosten nach den dargestellten Grundsätzen und den Anforderungen von § 287 ZPO zunächst genügend dargelegt wird.<sup>7</sup> Eine beglichene Rechnung erleichtert damit dem Geschädigten nur die Darlegung des erforderlichen Herstellungsaufwandes.

Umgekehrt bedeutet eine nicht beglichene Rechnung aber keineswegs, dass der Versicherer nur etwa die ortsübliche Vergütung eines Sachverständigen zu zahlen hätte, auch wenn der Geschädigte eine mögliche Erhöhung der Sach-

verständigenkosten nicht erkennen konnte. Auch wenn es an der Indizwirkung der nicht beglichene Rechnung fehlt, kann dem Geschädigten grds. ein Anspruch auf Ersatz der Kosten für das Schadensgutachten zustehen, wenn und soweit diese nicht deutlich überhöht sind und die Überhöhung für den Geschädigten nicht erkennbar ist.<sup>8</sup>

Wie mit dieser ggf. fehlenden Indizwirkung der nicht beglichene Rechnung in der Praxis umzugehen ist, bleibt in der Rechtsprechung des BGH offen. Der Sachvortrag der Parteien ist hinsichtlich der Sachverständigenkosten im Verkehrsunfallprozess i.d.R. durch Textbausteine geprägt und geht nur selten auf den individuellen Fall ein. Es bleibt unklar, welche Tatsachen der Geschädigte dann noch vortragen soll und kann, um den erforderlichen Herstellungsaufwand näher darzulegen, wenn ein einfaches Bestreiten des Versicherers ausreicht.

## 3. Fehlende Honorarvereinbarung

Sofern der Geschädigte und der Sachverständige keine Preisabrede getroffen haben, gilt für den Vergütungsanspruch des Sachverständigen aus dem Werkvertrag grds. § 632 Abs. 2 BGB mit der Folge, dass die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen ist, die in jedem Fall zu erstatten ist. Mangels konkreter Honorarvereinbarung kommt es dann nicht darauf an, ob der Geschädigte möglicherweise deutlich überhöhte Gutachterkosten erkennen konnte.<sup>9</sup>

Die Anwendung des § 632 Abs. 2 BGB und die Möglichkeit einer Schätzung der üblichen Vergütung hat auch der BGH inzwischen bei einem Fall ohne Preisvereinbarung und Abtretung des Honoraranspruchs anerkannt. Er hat ausgeführt, dass der verständige Geschädigte, der keine Honorarvereinbarung trifft, im Regelfall davon ausgehen wird, dass dem Sachverständigen die übliche Vergütung zusteht.<sup>10</sup> Für die Bemessung der üblichen Vergütung stehen entsprechende Honorarumfragen zur Verfügung, etwa des BVSK<sup>11</sup> oder des VKS,<sup>12</sup> sowie Honorarangaben von Großanbietern, wie der DEKRA oder dem TÜV.<sup>13</sup> Ggf. käme auch die Einholung eines Sachverständigengutachtens in Betracht, wobei

4 OLG München, Beschl. v. 12.03.2015 - 10 U 579/15 Rn. 16.

5 BGH, Urte. v. 22.07.2014 - VI ZR 357/13 Rn. 16.

6 BGH, Urte. v. 22.07.2014 - VI ZR 357/13 Rn. 17.

7 Vgl. BGH, Urte. v. 19.07.2016 - VI ZR 491/15 Rn. 17.

8 Vgl. LG Mannheim, Urte. v. 05.02.2016 - 1 S 119/15 Rn. 9; LG Stuttgart, Urte. v. 29.07.2015 - 13 S 58/14 Rn. 9 f.

9 KG Berlin, Urte. v. 24.11.2016 - 22 U 93/15 Rn. 22; LG Mannheim, Urte. v. 05.02.2016 - 1 S 119/15 Rn. 10.

10 BGH, Urte. v. 28.02.2017 - VI ZR 76/16 Rn. 14.

11 Bundesverband der freiberuflichen und unabhängigen Sachverständigen für das Kraftfahrzeugwesen e.V.

12 Verband der unabhängigen Kfz-Sachverständigen e.V.

13 BGH, Urte. v. 01.06.2017 - VII ZR 95/16 Rn. 23.

fraglich ist, ob dies weitergehende Erkenntnismöglichkeiten liefert, als die Honorarumfragen großer Verbände.

### III. Höhe der Nebenkosten

Hinsichtlich des Grundhonorars – welches regelmäßig nach der Schadenshöhe gestaffelt ist – kann der Geschädigte i.d.R. nicht erkennen, in welcher Höhe ein solches für die Begutachtung eines Unfallschadens üblich ist, sodass bei Anwendung der subjektbezogenen Schadensbetrachtung das vom Sachverständigen in Rechnung gestellte Grundhonorar zu erstatten ist, wenn nicht ein auch für den Laien offensichtliches Missverhältnis zwischen Preis und Leistung vorliegt.

Ein Großteil der rechtlichen Auseinandersetzungen im Bereich des Sachverständigenhonorars im Verkehrsunfallprozess betrifft daher die Berechtigung zur Abrechnung von Nebenkosten, etwa Schreibkosten und Fahrtkosten sowie Aufwendungen für Lichtbilder, Telefon und EDV. Diese Nebenkosten werden teils nach konkretem Aufwand und teils als Pauschalen berechnet und machen oft einen nicht unerheblichen Teil des Sachverständigenhonorars aus. Sie werden von den Versicherern gern mit der Begründung gekürzt, der Geschädigte habe erkennen können, dass die vereinbarten bzw. abgerechneten Nebenkosten überhöht sind.

Der BGH nimmt an, dass dem Geschädigten im Rahmen des Wirtschaftlichkeitsgebots grds. eine gewisse Plausibilitätskontrolle der vereinbarten oder später berechneten Preise obliegt. Der Geschädigte kann dann nur Ersatz der für die Erstattung des Gutachtens tatsächlich erforderlichen Kosten verlangen, deren Höhe der Tatrichter gem. § 287 ZPO schätzen kann.<sup>14</sup>

Dabei entbehrt es etwa einer hinreichend tragfähigen Grundlage, wenn der Tatrichter Nebenkosten in Routinefällen grds. nur i.H.v. 100 € für erforderlich hält und annimmt, dass jeder übersteigende Betrag erkennbar überhöht und deshalb nicht ersatzfähig ist.<sup>15</sup> Ebenfalls nicht nachvollziehbar ist es – wie es das LG Saarbrücken getan hat – die Frage der Erkennbarkeit der Erhöhung an den Bestimmungen des Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetzes (JVEG) festzumachen mit dem Argument, die Regelungen des JVEG seien für jedermann mühelos zugänglich.<sup>16</sup>

Der BGH hat die Revision gegen dieses problematische Urteil zwar zurückgewiesen, es bei der Frage der Erkennbarkeit der Erhöhung allerdings dahinstehen lassen, ob der Geschädigte die Überhöhung aufgrund der Bestimmungen des JVEG erkennen konnte. Er hat es vielmehr revisionsrechtlich lediglich nicht beanstandet, dass die vereinbarten Nebenkosten vom Landgericht als erkennbar deutlich überhöht bewertet wurden. Sowohl bei den Aufwendungen für Fahrten mit dem Auto als auch denen für Fotos, Kopien und Druck handele es sich um Kosten des täglichen Lebens, mit denen ein Erwach-

sener üblicherweise im Alltag konfrontiert sei und deren Höhe er typischerweise auch ohne besondere Sachkunde abschätzen könne.<sup>17</sup>

Ebenfalls revisionsrechtlich hingenommen hat der BGH die weitere Annahme des Landgerichts, dass für die dann gebotene Schätzung der tatsächlich erforderlichen Nebenkosten – mit Ausnahme der Fahrtkosten – die Bestimmungen des JVEG als Orientierungshilfe herangezogen wurden.<sup>18</sup> Dies begegnet keinen Bedenken, soweit es nur um die Schätzung der tatsächlich erforderlichen Kosten geht, wenn feststeht, dass die Nebenkosten für den Geschädigten erkennbar überhöht waren. Da § 287 BGB die Art der Schätzgrundlage nicht vorgibt, ist es anerkannt, dass sich der Tatrichter im Rahmen der Schadensschätzung gesetzlich geregelter Sätze oder in anerkannten Tabellen enthaltenen Erfahrungswerten bedienen kann.<sup>19</sup> Auch bei der für eine Schätzung geeigneten BVSK-Honorarbefragung 2015 wurden die Nebenkosten erstmals konkret vorgegeben, um eine Vergleichbarkeit der Honorare zu ermöglichen. Diese Vorgaben entsprechen teilweise den Sätzen des JVEG,<sup>20</sup> sodass es i.d.R. keinen gravierenden Unterschied macht, von welcher Schätzgrundlage ausgegangen wird.

Für die Frage der Erkennbarkeit der Erhöhung ist allerdings – sofern keine besonderen Umstände vorliegen – im Rahmen der vom BGH geforderten Plausibilitätskontrolle grds. ein großzügiger Maßstab zugunsten des Geschädigten angemessen. Ein Laie, der oftmals erstmals in seinem Leben mit der Einholung eines Kfz-Schadensgutachtens konfrontiert wird, kennt regelmäßig weder die Vorschriften des JVEG noch die üblicherweise berechneten Sätze von Sachverständigen für Nebenkosten. Bei der Frage der Erkennbarkeit kann auch nicht einfach darauf abgestellt werden, dass der Geschädigte etwa weiß, wie hoch im Alltag üblicherweise Fahrtkosten und Preise für Kopien und Lichtbilder sind. Es geht nicht darum, zu welchen Preisen solche Leistungen generell erhältlich sind – etwa Fotoabzüge im Drogeriemarkt –, sondern welche Preise branchenüblich von Sachverständigen

14 BGH, Urt. v. 26.04.2016 - VI ZR 50/15 Rn. 13.

15 BGH, Urt. v. 22.07.2014 - VI ZR 357/13 Rn. 21.

16 LG Saarbrücken, Urt. v. 19.12.2014 - 13 S 41/13 Rn. 39.

17 BGH, Urt. v. 26.04.2016 - VI ZR 50/15 Rn. 14.

18 BGH, Urt. v. 26.04.2016 - VI ZR 50/15 Rn. 18.

19 BGH, Urt. v. 26.04.2016 - VI ZR 50/15 Rn. 18.

20 BVSK-Honorarbefragung 2015: Fahrtkosten von 0,70 €/Kilometer, Fotokosten von 2 € je Lichtbild und 0,50 € je Lichtbild des 2. Fotosatzes, Porto/Telefon mit 15 € pauschal und Schreibkosten von 1,80 € pro Seite und 0,50 € pro Kopie. JVEG: Fahrtkosten von 0,30 €/Kilometer (§ 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 JVEG), Fotokosten von 2 € je Lichtbild und 0,50 € für jeden weiteren Abzug oder Ausdruck (§ 12 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 JVEG), Schreibkosten von 0,90 € je angefangene 1.000 Anschläge (§ 12 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 JVEG) und 0,50 € pro Kopie für die ersten 50 Seiten (§ 7 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 JVEG).



verlangt werden. Der Geschädigte muss dabei keine Kenntnisse über die übliche Kalkulation von Grundhonorar und Nebenkosten von Kfz-Sachverständigen haben, welche auch Gewinnanteile und allgemeine Geschäftskosten enthalten kann.<sup>21</sup> Auch bei den Fahrtkosten kann der Geschädigte nicht wissen, ob der Kalkulation des Sachverständigen nur die reinen Betriebskosten des Kfz zugrunde gelegt sind oder diese auch eine Vergütung für die vom Sachverständigen für die Fahrt aufgewandte Zeit beinhaltet, so wie dieser Zeitaufwand selbst bei einer Abrechnung nach dem JVEG gesondert geltend gemacht werden kann.<sup>22</sup>

#### IV. Einzelbetrachtung oder Gesamtbetrachtung?

Umstritten ist darüber hinaus, ob bei der Frage der Erhöhung der Sachverständigenkosten auf die einzelnen Positionen abzustellen ist oder eine Gesamtbetrachtung vorgenommen werden kann.<sup>23</sup> Können etwa erhöhte Fahrtkosten dadurch gerechtfertigt werden, dass an anderer Stelle – z.B. beim Grundhonorar oder bei den Kosten für Lichtbilder – geringere Preise berechnet werden?

Hier ist zu differenzieren: Geht es um die subjektbezogene Schadensbetrachtung aus Sicht des Geschädigten und die Frage, ob der Geschädigte ein erhöhtes Sachverständigenhonorar erkennen konnte, kann eine Gesamtbetrachtung geboten sein. Ist das Honorar insgesamt nicht überhöht, weil der Sachverständige an anderer Stelle geringere Preise als üblich berechnet, kann dem Geschädigten dies auch nicht zum Vorwurf gemacht werden, selbst wenn einzelne Positionen erkennbar überhöht sind. Der Geschädigte kann nach § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB als erforderlichen Herstellungsaufwand die Kosten erstattet verlangen, die vom Standpunkt eines verständigen, wirtschaftlich denkenden Menschen in der Lage des Geschädigten zur Behebung des Schadens zweckmäßig und notwendig erscheinen. Es würde wirtschaftlich keinen Sinn ergeben, die Beauftragung eines insgesamt günstigeren Sachverständigen abzulehnen, dessen Einzelpositionen teilweise überhöht sind, wenn als Alternative nur Sachverständige in Betracht kommen, die – trotz Bemessung von Einzelpositionen im üblichen Rahmen – insgesamt teurer sind.

Sofern es hingegen um die Schätzung der üblichen Vergütung nach § 632 Abs. 2 BGB mangels Preisvereinbarung und bezahlter Rechnung des Geschädigten geht, ist eine Einzelbetrachtung angebracht. Hier geht es nicht um die Frage, ob der Geschädigte möglicherweise deutlich überhöhte Sachverständigenkosten erkennen konnte. Vielmehr wird hier die Rechnung des Sachverständigen anhand eines objektiven Maßstabs überprüft. Mehr als die übliche Vergütung kann der Sachverständige dann auch bei der Berechnung von Einzelpositionen nicht verlangen, sodass diese ggf. isoliert zu kürzen sind.

#### C. Regress des Versicherers

Aufgrund der subjektbezogenen Schadensbetrachtung kann der Schädiger bzw. seine Haftpflichtversicherung verpflichtet sein, auch objektiv überhöhte Sachverständigenkosten zu erstatten, wenn der Geschädigte die Überhöhung nicht erkennen konnte. Der u.a. für Rechtsstreitigkeiten über Schadensersatzansprüche wegen fehlerhafter Gutachten zuständige VII. Zivilsenat des BGH hat in einem aktuellen Urteil nunmehr erstmals höchstrichterlich entschieden, dass in einem solchen Fall der Versicherer nicht ungeschützt ist, sondern den Sachverständigen in Regress nehmen kann.

##### I. Ausgangsüberlegungen

Für den Regress der Versicherung sind mehrere mögliche Anspruchsgrundlagen denkbar, wobei zunächst zwischen einem eigenen Anspruch der Versicherung und einem Anspruch aus abgetretenem Recht des Geschädigten zu unterscheiden ist. Ein eigener Anspruch der Versicherung könnte zum einen unter dem Gesichtspunkt des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter denkbar sein,<sup>24</sup> was in der vorliegenden Konstellation allerdings nicht richtig passt, da es nicht um eine fehlerhafte Gutachtenerstattung geht,<sup>25</sup> sondern um eine überhöhte Honorarrechnung. Zudem könnte auch an einen Anspruch aus vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB) gedacht werden, was aber ein kollusives Zusammenwirken zwischen dem Geschädigten und dem Sachverständigen zulasten der Versicherung voraussetzen würde.

Im entschiedenen Fall hatte sich die klagende Haftpflichtversicherung sämtliche Ansprüche gegen den Sachverständigen im Zusammenhang mit der Honorarrechnung abtreten lassen und verlangte nun aus abgetretenem Recht von dem Sachverständigen die Zahlung von knapp 400 €, da die Kostenrechnung in diesem Umfang überhöht sei. Im Vorprozess hatte der Geschädigte die Versicherung noch erfolgreich auf Restzahlung des nicht von der Versicherung regulierten Betrages in Anspruch genommen.

Der BGH verneint in seiner Entscheidung eine Nichtigkeit des Vertrags wegen Wuchers (§ 138 Abs. 2 BGB) oder einem wucherähnlichen Rechtsgeschäft (§ 138 Abs. 1 BGB),<sup>26</sup> so-

21 Vgl. auch Ullenboom, NJW 2017, 849, 851 f.

22 Vgl. Bleutge in: Dörndorfer/Neie/Petzold/Wendtland, BeckOK, Kostenrecht, 18. Edition, § 5 JVEG Rn. 2, § 8 JVEG Rn. 16, Stand: 15.05.2017.

23 Für eine Einzelbetrachtung LG Freiburg, Urt. v. 24.11.2016 - 3 S 148/16 Rn. 30, für eine Gesamtbetrachtung OLG München, Urt. v. 26.02.2016 - 10 U 579/15 Rn. 35.

24 Bejahend Ullenboom, NJW 2017, 849, 852.

25 Vgl. hierzu BGH, Urt. v. 13.01.2009 - VI ZR 205/08 Rn. 6.

26 BGH, Urt. v. 01.06.2017 - VII ZR 95/16 Rn. 12 ff.

dass sich nicht bereits aus diesen Gründen ein Anspruch der Versicherung ergibt.

## II. Aufklärungspflichtverletzung des Sachverständigen

Der Rückzahlungsanspruch kann sich nach der neuen Entscheidung jedoch aus einer verletzten Aufklärungspflicht des beklagten Sachverständigen gegenüber dem Geschädigten ergeben.<sup>27</sup>

Der BGH stellt zunächst klar, dass eine Vertragspartei nicht gehalten ist, der anderen Vertragspartei das Vertragsrisiko abzunehmen. Grds. muss in der Marktwirtschaft derjenige, der den Abschluss eines Vertrags beabsichtigt, selbst prüfen und entscheiden, ob dieser für ihn vorteilhaft ist oder nicht. Das bedeutet, dass die Interessen der Vertragsparteien unter Berücksichtigung des Informationsbedürfnisses einerseits und der Zumutbarkeit andererseits abzuwägen sind.<sup>28</sup> Nach § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB besteht bei Anbahnung eines Vertragsverhältnisses allerdings eine Aufklärungspflicht einer Vertragspartei hinsichtlich derjenigen Umstände, die erkennbar für die Willensbildung der anderen Vertragspartei von ausschlaggebender Bedeutung sind, und deren Mitteilung zumutbar ist sowie nach Treu und Glauben erwartet werden kann. Damit wendet der VII. Zivilsenat die vom XII. Zivilsenat aufgestellten Grundsätze aus der Aufklärungspflicht des Vermieters von Kraftfahrzeugen zu deutlich über dem Normaltarif liegenden Tarifen nach einem Verkehrsunfall<sup>29</sup> entsprechend an.<sup>30</sup>

Zur Begründung wird angeführt, dass ein durchschnittlicher Unfallgeschädigter durch einen Verkehrsunfall nicht nur unvermittelt, sondern in aller Regel erstmals in eine Situation gerät, ein Schadensgutachten über sein Kraftfahrzeug einholen zu müssen. Wendet er sich an einen Gutachter, der derartige Gutachten zur Einreichung bei dem gegnerischen Haftpflichtversicherer auf dem Markt anbietet, geht er davon aus, dass ihm im Rahmen einer hundertprozentigen Einstandspflicht das Gutachterhonorar in vollem Umfang erstattet wird. Liegt das vereinbarte Honorar deutlich über dem ortsüblichen Honorar, besteht das Risiko, dass der gegnerische Haftpflichtversicherer die Erstattung teilweise ablehnt, weil die Kosten – bei objektiver Betrachtung – den zur Herstellung erforderlichen Aufwand i.S.d. § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB übersteigen. Der Geschädigte ist in diesem Fall auf eine Auseinandersetzung mit dem gegnerischen Haftpflichtversicherer verwiesen und läuft Gefahr, die Differenz selbst tragen zu müssen.<sup>31</sup>

Demgegenüber weiß ein Gutachter, der nach Verkehrsunfällen Schadensgutachten über Kraftfahrzeuge zur Einreichung bei dem gegnerischen Haftpflichtversicherer erstellt, dass ein deutlich über dem Ortsüblichen liegendes Honorar zu dem genannten Nachteil führen kann, und er weiß auch, dass dem Geschädigten dies i.d.R. nicht bekannt ist, sondern dieser davon ausgeht, dass das Gutachterhonorar ohne Weite-

res in vollem Umfang ersetzt wird. Damit besteht zwischen den Vertragspartnern ein Informationsgefälle. Treu und Glauben gebieten es in einem solchen Fall, dass der Gutachter, der seine Leistungen zu einem Honorar anbietet, das deutlich über dem ortsüblichen Honorar liegt, den (unwissenden) Besteller aufklärt. Die Aufklärungspflicht richtet sich darauf, den Geschädigten auf das Risiko hinzuweisen, dass der Haftpflichtversicherer das vereinbarte Honorar möglicherweise nicht in vollem Umfang erstattet. Es ist dann Sache des Geschädigten, sich kundig zu machen, etwa indem er Kontakt zum gegnerischen Haftpflichtversicherer aufnimmt, weitere Angebote einholt oder sich anwaltlich beraten lässt.<sup>32</sup>

## III. Schaden des Geschädigten

Auf den ersten Blick könnte es naheliegen, den aus abgetretenem Recht des Geschädigten geltend gemachten Anspruch der Versicherung wegen der Verletzung der Aufklärungspflicht am fehlenden Schaden scheitern zu lassen. Der Geschädigte – auf dessen Sichtweise als Zedent es ankommt – hat objektiv keinen Schaden (mehr), da er die Sachverständigenkosten vollständig von der gegnerischen Versicherung erstattet bekommen hat. Der BGH stellt bei der Schadensbetrachtung allerdings zu Recht darauf ab, dass der Schaden bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwischen dem Geschädigten und dem Sachverständigen entstanden ist, weil damit der höhere und hinsichtlich der Erstattungsfähigkeit risikobehaftete Honoraranspruch gegen den Geschädigten begründet wird.<sup>33</sup>

Es stellt sich damit nur noch die Frage, ob der Schaden möglicherweise im Wege der Vorteilsausgleichung dadurch entfällt, dass die Versicherung dem Geschädigten das Honorar nach den Grundsätzen der subjektbezogenen Schadensbetrachtung in vollem Umfang erstattet hat. Bei wertender Betrachtungsweise dient die Erstattungsfähigkeit solcher Kosten unter dem Gesichtspunkt der subjektbezogenen Schadensbetrachtung allein dem Schutz des Geschädigten. Erstattet der Haftpflichtversicherer auf dieser Grundlage dem Geschädigten seinen Aufwand für das Gutachterhonorar, soll dies mithin nicht den wegen Aufklärungspflichtverletzung schadensersatzpflichtigen Gutachter entlasten.<sup>34</sup>

27 Eine entsprechende Aufklärungspflicht hatte zuvor auch bereits das OLG München bejaht und sogar einen schriftlichen Hinweis des Sachverständigen verlangt, OLG München, Ur. v. 26.02.2016 - 10 U 579/15 Rn. 20.

28 BGH, Ur. v. 01.06.2017 - VII ZR 95/16 Rn. 18.

29 BGH, Ur. v. 28.06.2006 - XII ZR 50/04; BGH, Ur. v. 24.10.2007 - XII ZR 155/05; BGH, Ur. v. 25.03.2009 - XII ZR 117/07.

30 BGH, Ur. v. 01.06.2017 - VII ZR 95/16 Rn. 18.

31 BGH, Ur. v. 01.06.2017 - VII ZR 95/16 Rn. 21.

32 BGH, Ur. v. 01.06.2017 - VII ZR 95/16 Rn. 22, 24.

33 BGH, Ur. v. 01.06.2017 - VII ZR 95/16 Rn. 28.

34 BGH, Ur. v. 01.06.2017 - VII ZR 95/16 Rn. 30 ff.

#### IV. Offene Fragen

Ob der Rückzahlungsanspruch der Versicherung tatsächlich besteht, konnte der BGH nicht abschließend beurteilen, da die weiteren Voraussetzungen des Anspruchs mangels hinreichender Feststellungen des Berufungsgerichts noch nicht geprüft werden konnten, sodass der Rechtsstreit an die Vorinstanz zurückverwiesen wurde. Neben der Frage, ob das Honorar tatsächlich deutlich über dem ortsüblichen Honorar liegt, ist zu klären, ob den Sachverständigen auch ein Verschulden trifft und er die deutliche Überhöhung erkennen konnte. Insofern wird sein Verschulden allerdings gem. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB vermutet; die Widerlegung der Vermutung dürfte einem Sachverständigen i.d.R. nicht gelingen.

Im entschiedenen Fall hatte sich die Haftpflichtversicherung die Ansprüche des Geschädigten abtreten lassen. Wichtig für die Praxis wird dabei sein, ob der Versicherer auf eine solche Abtretung einen Anspruch hat und diesen auch durchsetzen kann, indem er aufgrund eines Zurückbehaltungsrechts die Zahlung des vollständigen Sachverständigenhonorars von der Abtretung abhängig machen darf.

Als Anspruchsgrundlage kommt insoweit grds. § 255 BGB in entsprechender Anwendung in Betracht. In einer frühen Entscheidung zu Mietwagenkosten hatte der VI. Zivilsenat die Möglichkeit einer solchen Abtretung von Schadensersatzansprüchen zumindest erwogen, ohne dazu Stellung zu nehmen, ob hierauf auch ein Anspruch der Versicherung bestehen könnte.<sup>35</sup> In einer späteren Entscheidung hat der Senat allerdings ausgeführt, der Schädiger und sein Haftpflichtversicherer könnten nicht die Abtretung eventueller vertraglicher Ansprüche des Mieters gegen den Vermieter verlangen und die Leistung nicht bis zur Abtretung oder bis

zur Erfüllung des aus einem Abtretungsanspruch abgeleiteten Auskunftsverlangens zurückhalten.<sup>36</sup> Dies überzeugt nicht. Es ist nicht einzusehen, warum es vom guten Willen des Geschädigten, der aufgrund der Besonderheiten der subjektbezogenen Schadensbetrachtung privilegiert ist, abhängen soll, ob der gegnerische Versicherer den Sachverständigen in Regress nehmen kann. Entsprechend hat auch das OLG München eine solche Verpflichtung zur Abtretung der Ansprüche des Geschädigten zu Recht bejaht.<sup>37</sup>

#### D. Zusammenfassung

Bei der Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Berechnung der Schadenshöhe nach einem Verkehrsunfall kann der Geschädigte aufgrund der subjektbezogenen Schadensbetrachtung die Sachverständigenkosten i.d.R. auch dann vollständig vom Schädiger bzw. seiner Haftpflichtversicherung ersetzt verlangen, wenn diese objektiv überhöht sind, sofern der Geschädigte die Überhöhung nicht erkennen konnte.

Der gegnerische Versicherer ist dagegen ausreichend geschützt, da er sich vom Geschädigten seine Ansprüche gegen den Sachverständigen abtreten lassen und den Sachverständigen wegen der überhöhten Gutachtenkosten in Regress nehmen kann. Den Sachverständigen trifft grds. eine Aufklärungspflicht dahin gehend, den Geschädigten auf das Risiko hinzuweisen, dass der Haftpflichtversicherer das vereinbarte Honorar möglicherweise nicht in vollem Umfang erstattet.

35 BGH, Urt. v. 07.05.1996 - VI ZR 138/95 Rn. 19.

36 BGH, Urt. v. 15.02.2005 - VI ZR 160/04 Rn. 13.

37 OLG München, Urt. v. 26.02.2016 - 10 U 579/15 Rn. 23; ebenso LG Mannheim, Urt. v. 05.02.2016 - 1 S 119/15 Rn. 18.

## Flucht in die Haftungsbeschränkung – Fluch der Haftungsbeschränkung (Teil 1)\*

### – Plädoyer für eine Haftungsverschärfung insbesondere bei Einpersonengesellschaften

Prof. Dr. Christoph Gröpl

#### A. „Vergesellschaftung“ unternehmerischer Tätigkeit

##### I. Trend zur Haftungsbeschränkung

Der Wirtschaftsverkehr ist, jedenfalls in den industrialisierten postmodernen Staaten, „vergesellschaftet“: Handel wird kaum mehr von Einzelkaufleuten betrieben, Dienstleistungen werden immer seltener von Einzelunternehmern erbracht. Lieferanten sowie Kunden – auch Verbrauchern – treten heute ganz überwiegend privatrechtlich organisatorische Gesellschaften verschiedener Art als Vertragspartner

gegenüber.<sup>1</sup> Dieser Trend hat längst auch die sog. freien Berufe erfasst: Rechtsanwälte, Steuerberater, Notare, Ärzte,

\* Meinen Mitarbeitern Frau Dipl.-Juristin Isabel Leinenbach sowie den Herren Dipl.-Juristen Matthias Heffinger und Yves Georg danke ich für die kritische Durchsicht meines Manuskripts. Der vorliegende Aufsatz entwickelt meinen Beitrag in: v. Oostrom/Weth (Hrsg.), Festschrift für Herberger, 2016, S. 371 – 395, weiter.

1 Zum 01.01.2015 waren in Deutschland rund 16.000 Aktiengesellschaften und 1,1 Mio. GmbHs registriert. Näher: Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht, 8. Aufl. 2016, Rn. 1.84 m.w.N. Vgl. auch Fn. 21.

Ingenieure und andere mehr schließen sich in Sozietäten, Partnerschaften oder (Praxis-)Gemeinschaften zusammen.

Der Zusammenschluss mehrerer Unternehmer in einer Gesellschaft ist keine neue Erscheinung;<sup>2</sup> seit der Antike<sup>3</sup> stellen die Rechtsordnungen Formen für wirtschaftliche Vereinigungen zur Verfügung. Das Verfassungs- und Europarecht anerkennen diese Art der Vereinigungsfreiheit und gewährleisten sie.<sup>4</sup> Damit einher geht vor allem seit rund einem Jahrhundert das Phänomen der Haftungsbeschränkung. Es ist nicht notwendig mit der Bildung von Gesellschaften verbunden, wie die offene Handelsgesellschaft oder die Gesellschaft bürgerlichen Rechts beweisen, aber so alltäglich geworden, dass es kaum mehr hinterfragt wird. Die Beschränkung der Haftung erfolgt durch die Wahl einer entsprechenden Gesellschaftsform, typischerweise entweder einer Kommanditgesellschaft, einer Aktiengesellschaft oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Beschränkt wird dadurch – entgegen dem Wortlaut „GmbH“ – nicht die Haftung der Gesellschaft, die unbeschränkt mit ihrem gesamten Vermögen haftet.<sup>5</sup> Beschränkt wird hingegen die Haftung der dahinter stehenden Gesellschafter, weshalb es sich anbietet, von „haftungsbeschränkenden“, nicht aber von „haftungsbeschränkten“ Gesellschaften zu sprechen.

Die Haftungsbeschränkung der Gesellschafter hat zur Folge, dass Gläubiger der Gesellschaft ihre Forderungen (Primärleistungs- oder Gewährleistungsansprüche und dergleichen) bei der Einzelzwangsvollstreckung, vor allem aber bei Insolvenz der Gesellschaft nicht verwirklichen können (sog. Insolvenzzrisiko).<sup>6</sup> Betroffen sind davon Verbraucher i.S.v. § 13 BGB, daneben auch mittelständische Geschäftspartner (Lieferanten, Subunternehmer usw.), die nicht über die wirtschaftliche Macht verfügen, sich ausreichende Sicherheiten geben zu lassen und Vorleistungen „auf Ziel“ erbringen.

## II. Gründe für Haftungsbeschränkungen

Die Gründe für eine Beschränkung der Haftung liegen auf der Hand: Der Gesellschafter, der nicht aktiv auf die Geschäftsführung eines Unternehmens Einfluss nehmen möchte oder der infolge seiner finanziellen Beteiligung keinen entscheidenden Einfluss nehmen kann, soll die Möglichkeit erhalten, sein finanzielles Risiko in Grenzen zu halten.<sup>7</sup> Hierauf basiert im Bereich der Personengesellschaften die Stellung des Kommanditisten der Kommanditgesellschaft, bei dem die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auf eine bestimmte Haftsumme beschränkt ist.<sup>8</sup> Ähnliches gilt für Kapitalgesellschaften: Bei der Aktiengesellschaft hat der Gesellschafter, der als Aktionär einen Anteil für das Eigenkapital bereitstellt, ein berechtigtes Interesse, seine Haftung angesichts der weisungsfreien Geschäftsführung durch den Vorstand<sup>9</sup> kalkulieren zu können.<sup>10</sup> Eine gewisse Mittelstellung nimmt die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ein, eine vergleichsweise neuartige Gesellschaftsform, die 1892 zuerst im wirtschaftlich

aufstrebenden Deutschen Reich gesetzlich eingeführt wurde.<sup>11</sup> Wie bei der Aktiengesellschaft haftet auch bei ihr gem. § 13 Abs. 2 GmbHG nur das Gesellschaftsvermögen.<sup>12</sup> Allerdings ist bei ihr der Geschäftsführer an die Weisungen der Gesellschafter gebunden;<sup>13</sup> gerade bei mittelständischen oder kleinen Gesellschaften mit beschränkter Haftung sind die Gesellschafter oftmals zugleich Geschäftsführer.

## B. Einpersonengesellschaften

### I. Entwicklung zur „Einmann-GmbH“

Die soeben beschriebenen Hintergründe für Haftungsbeschränkungen in Mehr- oder Vielpersonengesellschaften erscheinen im Ansatz stimmig.<sup>14</sup> Grds. anders stellt sich die Situation dar, wenn ein einzelner Unternehmer seine Haftung beschränkt. Denn hier geht es um die Freizeichnung für eigenes unternehmerisches Handeln – und damit auch für eigene unternehmerische Fehlleistungen. Vor diesem Hintergrund ist dem Handelsrecht beim Einzelunternehmer traditionell eine Begrenzung der Haftung fremd.<sup>15</sup> Demgegenüber schlugen die Praxis und in ihrem Gefolge auch das Gesellschaftsrecht eine andere Richtung ein, an deren Ende die Einpersonenge-

2 Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht, 8. Aufl. 2016, Rn. 2.4.

3 Vgl. nur Kaser/Knützel/Lohsse, Römisches Privatrecht, 21. Aufl. 2017, § 43 Rn. 1 ff.

4 Art. 9 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 12 Abs. 1, Art. 16 EUGRCh; Art. 49, 54 AEUV; Art. 11 EMRK.

5 § 161 Abs. 1 und 2 HGB i.V.m. § 124 HGB; § 1 Abs. 1 Satz 2 AktG; § 13 Abs. 2 GmbHG.

6 Siehe § 1 Satz 1 InsO, aber insbesondere § 26 und § 195 InsO.

7 Zur Geschichte der Haftungsbeschränkung siehe Bruns, Haftungsbeschränkung und Mindesthaftung, 2003, S. 20 ff.

8 § 161 Abs. 1, §§ 171 ff. HGB.

9 Siehe § 76 Abs. 1, § 119 Abs. 2 AktG. Zum Grundsatz der Fremdorganschaft siehe Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 409 ff.

10 § 1 Abs. 1 Satz 2 AktG; § 272 Abs. 1 Satz 1 HGB.

11 Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) vom 20.04.1892 (RGBl. 477), in Kraft getreten am 10.05.1892. Zur Entwicklung Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 986 ff.; Grziwotz in: Priester u.a. (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3, 4. Aufl. 2012, § 1 Rn. 7 ff.

12 Auch bei der Genossenschaft haftet den Gläubigern gem. § 2 des Genossenschaftsgesetzes (GenG) nur das Vermögen der Genossenschaft. Ähnliches gilt für die europäische Aktiengesellschaft (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.

13 Vgl. § 45, § 46 Nr. 6, § 6 GmbHG.

14 Ausführlich insbesondere zur GmbH Fischinger, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, 2015, S. 250 ff.

15 Vgl. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 1245. Zum Grundsatz der unbeschränkten Vermögenshaftung: BGH, Urt. v. 28.02.1989 - IX ZR 130/88 m.w.N.; Bruns, Haftungsbeschränkung und Mindesthaftung, 2003, S. 166.

sellschaft mit beschränkter Haftung ihres Gesellschafters stand. Eine solche „Einmann-GmbH“ entsprach nicht den Vorstellungen des historischen Reichsgesetzgebers.<sup>16</sup> Im Lauf der weiteren Entwicklung war umstritten, ob eine von mehreren Gesellschaftern gegründete GmbH durch Austritt von Gesellschaftern zur „Einmann-GmbH“ schrumpfen durfte, was in der Praxis durch zahlreiche „Strohmann-Gründungen“ befeuert wurde.<sup>17</sup> Unglücklicherweise judizierte der BGH bereits 1956 zugunsten solcher Konstruktionen;<sup>18</sup> der Gesetzgeber reagierte, indem er die Einpersonen-GmbH ab 1981 in § 1 GmbHG ausdrücklich anerkannte.<sup>19</sup> Heute wird die Einpersonengesellschaft sogar unionsrechtlich gefördert<sup>20</sup> und ist ebenso weit verbreitet,<sup>21</sup> wie es die daraus resultierenden Missbrauchsgefahren sind.<sup>22</sup>

Der Gesetzgeber war sich dessen bewusst und schuf zum Schutz der Gläubiger zunächst diverse Vorschriften, etwa das Erfordernis der Sicherheitsleistung im Zuge der Anmeldung der GmbH, die zum Zweck der Marktliberalisierung und Deregulierung wieder abgeschafft wurden.<sup>23</sup> Ziel war es, der Konkurrenz durch Gesellschaftsformen der Public Limited Company (PLC), der Private Limited Company (Ltd.) oder des Limited Liability Partnerships (LLP) nach englischem Recht zu begegnen, die aufgrund der unionsrechtlichen Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV) und der daran anknüpfenden Rechtsprechung des EuGH auch in Deutschland agieren können.<sup>24</sup> So ermöglicht § 5a GmbHG seit 01.11.2008 mit der Rechtsform der „Unternehmergesellschaft – UG – (haftungsbeschränkt)“ eine Gesellschaftsgründung mit einem Stammkapital von nur einem Euro.<sup>25</sup> Darüber hinaus wird im deutschen Recht seit einigen Jahrzehnten sogar die „Keinmann-Gesellschaft“ diskutiert; dabei stellt sich die Frage, ob es möglich ist, dass die GmbH die Geschäftsanteile ihres einzigen Gesellschafters erwirbt.<sup>26</sup> Eine ähnliche Entwicklung durchlebte die Aktiengesellschaft: Waren nach § 2 AktG 1965<sup>27</sup> fünf Gründungsgesellschafter erforderlich, ist seit 1994 auch die Errichtung durch nur eine Person zulässig.<sup>28</sup> Der Mindestnennbetrag des Grundkapitals beläuft sich dabei nach §§ 6 und 7 AktG auf 50.000 €. Überdies erlaubt der Gesetzgeber seit 2013, dass etwa Rechtsanwälte, aber auch Steuerberater und Wirtschaftsprüfer ihre Sozietäten nach § 8 Abs. 4 PartG<sup>29</sup> als Partnerschaften mit beschränkter Berufshaftung (mbB) als Alternative zur englischen LLP führen,<sup>30</sup> allerdings (noch) nicht als „Ein-Personen-Partnerschaften“.<sup>31</sup> Um eine „Ein-Freiberufler-Gesellschaft“ zu erreichen, dürfen insbesondere Rechtsanwälte inzwischen eine „Ein-Rechtsanwalts-GmbH“ sowie eine „Ein-Rechtsanwalts-AG“ gründen.<sup>32</sup>

## II. GmbH & Co. KG und Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) & Co. KG

Längst sind auch Kombinationen von Personen- und Kapitalgesellschaften nicht nur zulässig, sondern im Wirtschaftsver-

kehr gang und gäbe, vor allem die GmbH & Co. KG, eine Kommanditgesellschaft, bei der als Komplementär – d.h. als persönlich eigentlich unbeschränkt haftender Gesellschafter (§ 161 Abs. 2, § 128 HGB) – eine GmbH eingesetzt wird.<sup>33</sup> Das Ergebnis ist eine „Personengesellschaft mit Haftungsbeschränkung“. Damit nicht genug: Eine GmbH & Co. KG kann auch von nur einer Person errichtet und betrieben werden, wenn diese zugleich als einziger Gesellschafter und Geschäftsführer der Komplementär-GmbH sowie als Kommanditist der Kommanditgesellschaft fungiert. Von da aus war es

- 16 Siehe § 1, § 2 Abs. 1 Satz 2, § 4 Abs. 1 Satz 1, § 5 Abs. 1, § 7 Abs. 1 GmbHG vom 20.04.1892 (RGBl. 477), in Kraft getreten am 10.05.1892.
- 17 Schäfer in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 1 GmbHG Rn. 36. Zur Kritik Meyer-Cording, JZ 1978, 10 ff.; Schönle, Die Einmann- und Strohmanngesellschaft, 1957, S. 30, 48.
- 18 BGH, Beschl. v. 09.10.1956 - II ZB 11/56; siehe auch BGH, Urt. v. 14.12.1959 - II ZR 187/57.
- 19 Gesetz vom 04.07.1980 (BGBl. I, 836); siehe BT-Drs. 8/1347, S. 28 f.
- 20 Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 2009/102/EG vom 16.09.2009 (sog. 12. gesellschaftsrechtliche (Ein-Personen-GmbH-)Richtlinie), ABIEU Nr. L 258 S. 20.
- 21 Über 60 % aller neu gegründeten GmbHs sollen Einpersonengesellschaften sein, siehe Wedemann, Gesellschafterkonflikte in geschlossenen Kapitalgesellschaften, 2013, S. 13; Palm, Person im Ertragsteuerrecht, 2013, S. 343 f.
- 22 Siehe nur Verse in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, Anh. zu § 13 GmbHG Rn. 44.
- 23 Streichung von § 7 Abs. 2 Satz 3 GmbHG durch Art. 1 Nr. 8 Buchst. c) MoMiG (Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008, BGBl. I, 2026).
- 24 EuGH, Urt. v. 05.11.2002 - Rs. C-208/00 - „Überseering“; EuGH, Urt. v. 30.09.2002 - Rs. C-167/01 - „Inspire Art“; EuGH, Urt. v. 12.07.2012 - Rs. C-378/10 - „Vale“; vgl. dazu Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht, 8. Aufl. 2016, Rn. 1.59 m.w.N.; Weller/Thomale/Benz, NJW 2016, 2378, 2379.
- 25 § 5a eingefügt in das GmbHG durch Art. 1 Nr. 6 MoMiG (Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008, BGBl. I, 2026).
- 26 Kreuzt in: Lutter/Mertens/Ulmer (Hrsg.), Festschrift für Walter Stimpel, 1985, S. 379 ff. Zum aktuellen Streitstand Schäfer in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 1 GmbHG Rn. 32 m.w.N.
- 27 AktG vom 06.09.1965 (BGBl. I, 1089).
- 28 Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts vom 02.08.1994 (BGBl. I, 1961); siehe dazu BT-Drs. 12/6721, S. 6.
- 29 Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe (Partnerschaftsgesellschaftsgesetz – PartGG) vom 25.07.1994 (BGBl. I, 1744), § 8 Abs. 4 eingefügt durch Gesetz vom 15.07.2013 (BGBl. I, 2386).
- 30 Siehe BT-Drs. 17/10487, S. 1.
- 31 Siehe §§ 1 und 6 PartGG; Entstehung ist grds. auch nicht durch Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters möglich, KG, Beschl. v. 03.04.2007 - 1 W 305/06; vgl. auch Hirtz in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 1 PartGG Rn. 16.
- 32 Für die GmbH siehe §§ 59c ff. BRAO; für die Aktiengesellschaft vgl. BGH, Beschl. v. 10.01.2005 - AnwZ (B) 27/03 u.a.; dazu Römermann, BB 2005, 1135 f.; Kempfer/Kopp, NZG 2005, 582 ff.
- 33 Servatius in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, HGB Anh. Rn. 110.

nur ein kleiner Schritt zur ebenfalls praxiserprobten sog. Einheits-GmbH & Co. KG, bei der der Kommanditist die Anteile der Komplementär-GmbH übernimmt und seine Haftungseinlage durch Übertragung dieser Anteile auf die Kommanditgesellschaft erbringt, sodass die Kommanditgesellschaft am Ende die Anteile ihrer Gesellschafterin, der Komplementär-GmbH, hält.<sup>34</sup> Wem dabei die Aufbringung des Stammkapitals für die Komplementär-GmbH von 25.000 € zu hoch ist, kann stattdessen eine Unternehmungsgesellschaft (haftungsbeschränkt) „einbauen“.<sup>35</sup>

### III. Kritik: Risikoverlagerung auf die Gläubiger

#### 1. Einpersonengesellschaft als *contradictio in adiecto*

Tragen die soeben beschriebenen gesellschaftsrechtlichen Verbrämungen, hinter denen sich nicht selten nur ein einziger Unternehmer verbirgt, nicht bereits zur Täuschung im Rechtsverkehr bei? Impliziert der Begriff „Gesellschaft“,<sup>36</sup> in dem „sich zueinander gesellen“ mitschwingt, nicht auch nach heutigem semantischem Verständnis eine Mehrheit von Personen?<sup>37</sup> Juristen, bei denen womöglich intellektueller Stolz auf die Konstruktion und Verschachtelung von Handelsgesellschaften mitschwingt, mögen ihre Prismenbrillen absetzen und sich auf die Ebene dessen begeben, dem ihr Beruf eigentlich dienen soll: Der durchschnittliche Vertragspartner, gerade der Endverbraucher, wird und darf davon ausgehen, dass eine Gesellschaft zumindest aus zwei (Mit-)Unternehmern besteht<sup>38</sup> und sich somit auch die Haftungsmasse entsprechend erhöht. Es muss nicht daran erinnert werden, dass bereits die rechtliche Verselbständigung einer juristischen Person eine Kopfgeburt darstellt.<sup>39</sup> Angesichts dieses Befundes stellt eine Einpersonengesellschaft einen Widerspruch in sich dar, der dem Einzelunternehmer dazu verhilft, sein Privatvermögen der Haftung zu entziehen.

#### 2. Betriebsaufspaltung

Es mag eingewandt werden, dass die Haftungsfreistellung des Privatvermögens sachgerecht sei, weil sie (einzel-)unternehmerische Initiative fördere und damit dem Wirtschaftswachstum sowie dem Gemeinwohl diene. Die damit verbundene Trennung von Unternehmens- und Privatvermögen<sup>40</sup> impliziert jedoch, dass das unternehmerische Vermögen den Gläubigern auch tatsächlich als Haftungsmasse verbleibt. Bedauerlicherweise hat die Wirtschaftspraxis längst „Auswege“ gefunden, um auch das unternehmerische Vermögen dem Haftungszugriff weitgehend zu entziehen: Die – im Steuerrecht<sup>41</sup> entwickelte – „Betriebsaufspaltung“ ermöglicht es, Vermögenswerte (vor allem Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens) des operativ

tätigen Betriebsunternehmens auf ein davon rechtlich getrenntes Besitzunternehmen (Anlageunternehmen) zu verlagern, das der Betriebsgesellschaft die erforderlichen wesentlichen Betriebsgrundlagen durch Darlehens-, Miet-, Pachtvertrag oder Ähnliches zur (entgeltlichen) Nutzung überlässt (kapitalersetzende Gebrauchsüberlassung und dergleichen).<sup>42</sup> So lässt sich die Haftungsmasse des Betriebsunternehmens, das im Wirtschaftsverkehr nach außen auftritt, minimieren. Den Gläubigern verbleibt im Haftungs- und Insolvenzfall oft nur diese leere Hülle, für die eine Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse oft abgelehnt wird (§ 26 InsO). Demgegenüber bleiben die werthaltigen Wirtschaftsgüter im Besitzunternehmen vor Haftungszugriffen geschützt. Auch auf diese Weise lassen sich – um den Gemeinplatz zu gebrauchen – Verluste sozialisieren und Gewinne privatisieren.

### C. Wirkungslose Gegenmaßnahmen

#### I. Gesetzgeber

Die geschilderten Übel hat der Gesetzgeber bislang nicht grds. beseitigt. In beschränkten Teilbereichen wurden Schutzvorschriften gegen allzu unangemessene Auswüchse kodifiziert, etwa im Bau(träger)wesen<sup>43</sup> oder im Reisever-

34 Servatius in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, HGB Anh. Rn. 111; Werner, DStR 2006, 706 ff.

35 Servatius in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, HGB Anh. Rn. 115.

36 Vgl. althochdeutsch *giselliscraft*, svw. Vereinigung mehrerer Gefährten, freundschaftliches Beisammensein, siehe Duden Bd. 7, Etymologie, 1963, Eintrag „Geselle“.

37 Vgl. Palm, Person im Ertragsteuerrecht, 2013, S. 342 f., mit Verweis auf Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887, S. 835.

38 Dies scheint sogar der BGH zu konzidieren, vgl. BGH, Beschl. v. 09.10.1956 - II ZB 11/56.

39 Vgl. etwa Francisco Suárez' Lehre von der „*persona ficta*“ mit ihrem „*corpus mysticum*“, De legibus I, 6, 7, 25 und I, 6, 17, 27, zitiert bei Palm, Person im Ertragsteuerrecht, 2013, S. 71 ff. Zur juristischen Person im römischen Recht Kaser/Knützel/Lohsse, Römisches Privatrecht, 21. Aufl. 2017, § 17 Rn. 1 ff., 9 ff.

40 Zur Trennungstheorie im Gesellschaftsrecht Bruns, Haftungsbeschränkung und Mindesthaftung, 2003, S. 192 m.w.N.

41 Vgl. dazu unten D.II. (in Teil 2 des Beitrags).

42 Vgl. nur Heidinger in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 32b Rn. 204 i.V.m. Rn. 172; Oppenländer, DStR 1995, 493 ff. Zu den arbeitsrechtlichen Konsequenzen siehe § 134 UmwG.

43 Siehe etwa die Verpflichtungen zu Sicherheitsleistungen nach Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV). Vgl. aber auch die Vorschriften über die Sicherungshypothek für Bauunternehmer nach § 648 BGB sowie zur Bauhandwerkersicherung nach § 648a BGB.

tragsrecht.<sup>44</sup> Darüber hinaus finden sich in § 15a Abs. 1 bis 3 InsO verschärfte Insolvenzantragspflichten der Geschäftsleiter, organschaftlichen Vertreter, Gesellschafter oder Aufsichtsratsmitglieder, die nach § 15a Abs. 4 und 5 InsO strafbewehrt sind. In diesem Zusammenhang sind auch die Insolvenzstraftaten der §§ 283 ff. StGB (Bankrott u.a.) zu nennen. Dies sind jedoch nur „Reaktionsvorschriften“, deren Tatbestände erfüllt werden, wenn die Ansprüche der Gläubiger schon gefährdet oder nicht mehr durchsetzbar sind. Eine strafrechtliche Sanktion gewährt dem Opfer keinen Schadensersatz.

Das GmbH-Recht enthält in Korrespondenz zur Haftungsbeschränkung des § 13 Abs. 2 GmbHG Kapitalerhaltungsvorschriften, insbesondere in den §§ 30 und 31 GmbHG. Deren Ziel besteht jedoch in erster Linie im Schutz des Gesellschaftsvermögens vor dem Zugriff der Gesellschafter, nicht aber in der Bewahrung des Stammkapitals vor wirtschaftlicher Aufzehrung durch Verluste.<sup>45</sup> Das sowie die geringe Höhe des Stammkapitals einer herkömmlichen GmbH von 25.000 € und von nur einem Euro bei einer Unternehmungsgesellschaft verschlechtern die Stellung der Gläubiger weiter.<sup>46</sup>

Abgesehen davon wurde der Schutz des Gesellschaftsvermögens gegen Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen im Jahr 2008 gänzlich ins Insolvenzrecht verlagert.<sup>47</sup> Seither unterliegen diese Darlehen unter den Voraussetzungen des § 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4 und 5 InsO einem Rangrücktritt gegenüber den Forderungen anderer Insolvenzgläubiger. Wurden sie im Jahr vor der Insolvenz an den Gesellschafter zurückgezahlt, ist diese Rückzahlung anfechtbar (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Damit dürfte der betroffene Gesellschafter sein Darlehen zwar verlieren. Den Gesellschaftsgläubigern bringt dies – angesichts der meist prekären Vermögenslage der Gesellschaft – wenig Erleichterung.

## II. Rechtsprechung

### 1. Insolvenzverschleppungshaftung

Die Benachteiligung von Gläubigern durch haftungsbeschränkende Gesellschaften beschäftigt auch die Rechtsprechung. Dabei stellt sich i.d.R. die Frage, wie sich angesichts unzureichenden Haftungskapitals der Gesellschaft die Gesellschafter in Anspruch nehmen lassen. Einen Anknüpfungspunkt bildet die Insolvenzantragspflicht insbesondere des Vorstands oder Geschäftsführers nach § 15a Abs. 1 InsO. Verletzt der Vorstand oder Geschäftsführer diese Pflicht schuldhaft, kann daraus die deliktische Insolvenzverschleppungshaftung aus § 823 Abs. 2 BGB erwachsen.<sup>48</sup> Dabei ist jedoch bereits umstritten, ob § 15a InsO ein Schutzgesetz darstellt.<sup>49</sup> Im Übrigen können Altgläubiger,

d.h. Personen, deren Forderungen bei Eintritt der Insolvenz bereits bestanden, in jedem Fall nur den sog. Quotenschaden geltend machen.<sup>50</sup>

### 2. Existenzvernichtungshaftung

In den Jahren 2001 und 2002 hat der BGH seine Rechtsprechung zur Haftung im „qualifizierten faktischen Konzern“<sup>51</sup> aufgegeben und stattdessen die sog. Existenzvernichtungshaftung entwickelt,<sup>52</sup> die sich auf die Figur der sittenwidrigen Gläubigerbenachteiligung nach § 826 BGB stützt.<sup>53</sup> Sie begründet allerdings eine bloße Innenhaftung der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft, was unmittelbare Ansprüche von (Außen-)Gläubigern ausschließt.<sup>54</sup> Des Weiteren soll § 826 BGB aktiviert werden, wenn eine Gesellschaft ausschließlich gegründet wird, um Gläubiger zu benachteiligen. Indessen erkennt der BGH in diesem Zusammenhang eine Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung grds. nicht an,<sup>55</sup> damit verbleiben nur krasse Ausnahmefälle.<sup>56</sup>

44 § 651k BGB verpflichtet den Reiseveranstalter zum Abschluss von Versicherungen gegen Forderungsausfall durch Insolvenz gegenüber den Reisenden.

45 Fischinger, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, 2015, S. 292 f.; Bruns, Haftungsbeschränkung und Mindesthaftung, 2003, S. 201; zu unionsrechtlichen Vorgaben Bruns, Haftungsbeschränkung und Mindesthaftung, 2003, S. 126 ff.

46 Die Thesaurierungsverpflichtung von einem Viertel des Jahresgewinns nach § 5a Abs. 3 GmbHG schafft insbesondere bei nicht florierenden Gesellschaften keine Abhilfe; vgl. Fischinger, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, 2015, S. 294 f.

47 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008 (BGBl. I, 2026). Zum Rechtsvergleich Fischinger, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, 2015, S. 299 ff.

48 BGH, Urt. v. 21.10.2014 - II ZR 113/13; Oetker in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 43 GmbHG Rn. 84.

49 Ablehnend etwa Altmeppen in: Roth/Altmeppen (Hrsg.), GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 43 Rn. 62.

50 Fischinger, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, 2015, S. 298 m.w.N.

51 BGH, Urt. v. 29.03.1993 - II ZR 265/91.

52 BGH, Urt. v. 17.09.2001 - II ZR 178/99, Leitsatz 1; BGH, Urt. v. 25.02.2002 - II ZR 196/00; Verse in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, Anh. zu § 13 GmbHG Rn. 46.

53 Hierzu und zum Folgenden Oetker in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 43 GmbHG Rn. 28 ff.

54 BGH, Urt. v. 28.04.2008 - II ZR 264/06 Rn. 10; Oetker in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 43 GmbHG Rn. 43 ff.

55 BGH, Urt. v. 28.04.2008 - II ZR 264/06 Rn. 16 ff..

56 Sog. Aschenputtelgesellschaften, denen sämtliche Risiken aus einer Unternehmung aufgebürdet werden, ohne ihr die entsprechenden Chancen zuzuteilen; näher dazu Verse in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 13 GmbHG Rn. 29 f.

### 3. Durchgriffshaftung

Schließlich wird – als echte Ausnahme zu § 13 Abs. 2 GmbHG – der Haftungstatbestand der Durchgriffshaftung diskutiert, wonach der Gesellschafter ohne besonderen Verpflichtungsgrund für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet, wenn er die Rechtsform der GmbH missbraucht.<sup>57</sup> Aber auch hier akzeptiert die Rechtsprechung im Wesentlichen nur die Fallgruppe der sog. Vermögensvermischung, die voraussetzt, dass der Gesellschafter die Abgrenzung zwischen Gesellschafts- und Privatmögen verschleiert und deshalb die Kapitalerhaltungsvorschriften leerlaufen lässt.<sup>58</sup> Und selbst wenn ein „Durchgriff“ auf Gesellschafter oder Geschäftsführer gelingt, ist bei mittelständischen Einpersonengesellschaften oft auch deren Vermögenslosigkeit festzustellen. Der gerichtliche Beweis, ob, wann und wie Vermögensgegenstände auf Dritte, namentlich auf enge Familienangehörige, übertragen wurden, der erforderlich ist, um diese Rechtshandlungen anfechten zu können,<sup>59</sup> ist in aller Regel schwer zu führen. Hinzu treten in der Praxis oft unüberwindbare prozessuale Beweisschwierigkeiten.

### III. Zwischenergebnis: unbefriedigender Rechtszustand

Gerade Einpersonengesellschaften dürfen nach geltendem Recht mit äußerst bescheidenem Haftungskapital im Wirtschaftsverkehr agieren. Dies führt für die Gläubiger im Krisenfall häufig zum Ausfall der Forderungen, ohne dass das Gesetz wirksame Haftungstatbestände bereitstellt und ohne dass die Rechtsprechung hilfreiche Haftungsfiguren entwickelt hätte. Damit liegt ein strukturelles Problem vor, mit dem die (meisten) Gläubiger von der Rechtsordnung alleingelassen werden.

[Der Beitrag wird in jM 10/2017 fortgesetzt]

57 Zu diesem und zu damit konkurrierenden Begründungsansätzen siehe Grigoleit, *Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH*, 2006, S. 223 ff.

58 BGH, Urt. v. 14.11.2005 - II ZR 178/03; BGH, Urt. v. 26.07.2007 - II ZR 3/04; Oetker in: Henssler/Strohn (Hrsg.), *Gesellschaftsrecht*, 3. Aufl. 2016, § 43 GmbHG Rn. 37 ff.

59 Vgl. §§ 129 ff. InsO und §§ 1 ff. des Anfechtungsgesetzes (AnfG).

## Unterschiedliche Anforderungen von BGH und BFH an den Rangrücktritt

RA und FA für Steuerrecht, Handels- und Gesellschaftsrecht sowie Insolvenzrecht Dr. Udo Michalsky

### A. Einleitung

#### I. Unterschiedliche Zielsetzungen des BGH und des BFH bei der Frage nach den an eine Rangrücktrittserklärung zu stellenden Anforderungen

In seinem Urteil vom 05.03.2015<sup>1</sup> hat sich der 9. Zivilsenat des BGH grds. mit den Anforderungen befasst, die an eine Rangrücktrittserklärung zu stellen sind, damit diese die bezweckte überschuldungsbeseitigende Wirkung hat. Zudem hat er grundsätzliche Ausführungen zur Rechtsnatur der Rangrücktrittsvereinbarung gemacht. Nur rund sechs Wochen später hat der 1. Senat des BFH mit Urteil vom 15.04.2015<sup>2</sup> die bis dato geltenden Rechtsprechungsgrundsätze zur Rangrücktrittsvereinbarung des BFH fortentwickelt. Beide Entscheidungen sind miteinander zu harmonisieren, damit die Praxis rechtssicher Rangrücktrittserklärungen formulieren kann. Hierzu ist zunächst klarzustellen, welche Fragestellungen den beiden Entscheidungen zugrunde lagen.

Aus Sicht des BGH geht es darum, welche Anforderungen an eine Rangrücktrittsvereinbarung zu stellen sind, damit Verbindlichkeiten im Überschuldungsstatus einer Gesellschaft unberücksichtigt bleiben können, um so die Überschuldung und damit eine Insolvenz zu vermeiden.

Dem gegenüber hatte der BFH die Frage zu beurteilen, unter welchen Voraussetzungen für eine Verbindlichkeit, für die eine Rangrücktrittsvereinbarung getroffen wurde, das Passivierungsverbot des § 5 Abs. 2a EStG gilt oder nicht.

Anders gewendet fragt der BGH nach den Voraussetzungen, unter denen eine Verbindlichkeit im Überschuldungsstatus unberücksichtigt bleiben kann. Der BFH fragt danach, unter welchen Voraussetzungen eine Verbindlichkeit trotz Rangrücktrittsvereinbarung noch passiviert werden kann. Beide Entscheidungen beleuchten die Frage der Passivierung einer Forderung jeweils von der anderen Seite. Bei der Beantwortung der Frage, wie eine Vereinbarung auszugestalten ist, damit die Verbindlichkeit unter steuerlichen Gesichtspunkten weiter zu passivieren ist, in einem Überschuldungsstatus aber nicht mehr berücksichtigt werden

1 BGH, Urt. v. 05.03.2015 - IX ZR 133/14; hierzu Michalsky, jM 2015, 409 ff.; Cranshaw, *jurisPR-InsR* 8/2015 Anm. 1; Berger, ZIP 2016, 1 ff.; Bitter/Heim, ZIP 2015, 644 ff.; K. Schmidt, ZIP 2015, 901 ff.; Grögler/Schneider, *ZInsO* 2015, 1528 ff.; Schäfer, NZI 2015, 320; Bork, *EWiR* 2015, 219 f.; aus steuerlicher Sicht Kahlert, ZIP 2015, 1389 ff.

2 BFH, Urt. v. 15.04.2015 - I R 44/14.



muss, sind zunächst die verschiedenen Blickwinkel beider Gerichte zu beachten: der BFH stellt (naturgemäß) rein steuerrechtliche Überlegungen an, unter welchen Voraussetzungen eine Verbindlichkeit zu passivieren ist. Der BGH macht Gleiches unter dem rein insolvenzrechtlichen Gesichtspunkt. Zu beachten ist weiter, dass es bei der Entscheidung des BFH um die Passivierung in der Steuerbilanz geht. Der BGH befasst sich dagegen mit der Frage, wann eine Verbindlichkeit in einen Überschuldungsstatus einzustellen ist. Der Überschuldungsstatus ist nicht identisch mit der Steuerbilanz, vielmehr handelt es sich um eine Gegenüberstellung von Aktiva und Passiva. Zweck dieses Überschuldungsstatus ist es, festzustellen, ob im Verwertungsfall die Verbindlichkeiten aus dem Vermögen beglichen werden können. Daher sind bei der Bestimmung der Aktiva und Passiva im Überschuldungsstatus die Posten der Steuerbilanz nicht verbindlich.<sup>3</sup>

## II. Folgerungen und Aufgaben für die beratende Praxis

Für die beratende Praxis geht es also um die Gratwanderung, eine Rangrücktrittsvereinbarung so auszugestalten, dass die Verbindlichkeit einerseits im insolvenzrechtlichen Überschuldungsstatus nicht anzusetzen ist, also unberücksichtigt bleiben kann, andererseits aber die Anforderungen zu erfüllen, die erforderlich sind, damit die Verbindlichkeit nicht dem Passivierungsverbot des § 5 Abs. 2a EStG unterliegt.<sup>4</sup>

Was sind die Konsequenzen, wenn die vorbeschriebene Gratwanderung misslingt? Erfüllt die Rangrücktrittsvereinbarung nicht die aus insolvenzrechtlicher Sicht erforderlichen Voraussetzungen einer wirksamen Rangrücktrittsvereinbarung, hat dies zur Konsequenz, dass die betroffene Verbindlichkeit weiter in den Überschuldungsstatus einzustellen ist. Die betreffende Verbindlichkeit des Schuldners ist in diesem Fall zu passivieren. Damit kann es zu einer Überschuldung im insolvenzrechtlichen Sinne kommen, sofern die erforderliche Fortführungsprognose nicht gegeben ist, vgl. § 19 InsO. Hiermit einhergeht die Verpflichtung, einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen; wenn dies nicht geschieht, ist die Verantwortlichkeit des Geschäftsführers für eine Insolvenzverschleppung mit allen daran anknüpfenden zivil- und strafrechtlichen Folgen festzustellen.

Umgekehrt führt eine Rangrücktrittserklärung, die die Voraussetzung des § 5 Abs. 2a EStG erfüllt, dazu, dass die betroffene Verbindlichkeit dem Passivierungsverbot des § 5 Abs. 2a EStG unterliegt. Die Verbindlichkeit darf dann nicht mehr in der Steuerbilanz passiviert werden. Konsequenz ist, dass in Höhe der nicht mehr zu passivierenden Verbindlichkeit ein außerordentlicher, zu versteuernder Gewinn anfällt.

Dies kann je nach steuerlicher Konstellation zu passivierenden Steuerverbindlichkeiten und (zeitlich versetzt) zu Abfluss von Liquidität, und damit am Ende trotz und zugleich wegen einer Rangrücktrittsvereinbarung doch zu einer Insolvenzzureife führen.<sup>5</sup>

Richtig gemacht führt dagegen der überschuldungsvermeidende Rangrücktritt zur rechtmäßigen Unternehmensfortführung ohne steuerschädliche Generierung von Buchgewinnen.<sup>6</sup>

## B. Inhalt der Entscheidungen des BGH und des BFH

### I. Die Anforderungen an eine Rangrücktrittserklärung aus Sicht des BFH

In der Handelsbilanz sind nach § 247 Abs. 1 HGB Schulden dann zu passivieren, wenn der Unternehmer zu einer dem Inhalt und der Höhe nach bestimmten Leistung an einen Dritten verpflichtet ist, die vom Gläubiger erzwungen werden kann und eine wirtschaftliche Belastung darstellt.<sup>7</sup> Nach dem Maßgeblichkeitsgrundsatz des § 5 Abs. 1 Satz 1 EStG gilt dies auch für Zwecke der Steuerbilanz<sup>8</sup> und damit insbesondere auch für die Körperschaft- und Gewerbesteuer (§ 8 Abs. 1 EStG und § 7 Satz 1 GewStG).<sup>9</sup> Demgegenüber sind nach § 5 Abs. 2a EStG Verpflichtungen, die nur zu erfüllen sind, soweit künftig Einnahmen oder Gewinne angefallen sind, erst anzusetzen, wenn die Einnahmen oder Gewinne angefallen sind. Die Vermögenslosigkeit des Schuldners allein führt allerdings nicht dazu, dass eine rechtlich bestehende Verpflichtung aus dem handels- oder steuerrechtlichen Abschluss auszubuchen ist.<sup>10</sup> Denn § 5 Abs. 2a EStG ist aus der Perspektive des Gläubigers zu sehen. Damit ist

3 K. Schmidt in: K. Schmidt, Kommentar zur Insolvenzordnung, 19. Aufl., § 19 Rn. 21.

4 Bitter/Heim, ZIP 2015, 644, 647 weisen zu Recht darauf hin, dass die Praxis nach der Entscheidung des BGH vom 05.03.2015 bei der Formulierung von Rangrücktritten in Zukunft sehr sorgsam vorgehen muss. Grögler/Schneider, ZInsO 2015, 1528, 1528 sprechen davon, dass eine „gelungene“ Rangrücktrittsvereinbarung zwei Teilaufgaben (insolvenzrechtlich und steuerrechtlich) lösen muss. K. Schmidt, ZIP 2015, 901, 903 weist darauf hin, dass der Rangrücktritt tief genug gehen muss, um eine Nichtpassivierung im Überschuldungsstatus zuzulassen und gleichzeitig nicht zu tief gehen darf, um ein Eingreifen des § 5 Abs. 2a EStG zu vermeiden.

5 Grögler/Schneider, ZInsO 2015, 1528, 1528.

6 K. Schmidt, ZIP 2015, 901, 903.

7 BFH, Urt. v. 30.11.2011 - I R 100/10; BFH, Urt. v. 15.04.2015 - I R 44/14 Rn. 8.

8 Krumm in: Blümich, EStG, § 5 Rn. 150; Kahlert, ZIP 2015, 1389, 1389.

9 BFH, Urt. v. 15.04.2015 - I R 44/14 Rn. 8.

10 Ständige Rechtsprechung z.B. BFH, Urt. v. 09.02.1993 - VIII R 29/91; BFH, Urt. v. 15.04.2015 - I R 44/14 Rn. 9.

nicht entscheidend, ob der Schuldner in der Lage ist, die Verbindlichkeit zu tilgen. Maßgeblich ist vielmehr, ob der Gläubiger weiterhin beabsichtigt, seine Forderung geltend zu machen.<sup>11</sup> Ohne eine (rechtliche) Beschränkung des Rückzahlungsanspruchs auf künftige Einnahmen oder Gewinne (d.h. auf künftige Vermögenswerte) erfordert der zutreffende Ausweis des schuldnerischen Vermögens demgemäß die Passivierung der Schulden.<sup>12</sup>

Sieht ein erklärter Rangrücktritt vor, dass der Gläubiger die Befriedigung seiner Gesamtforderung nur aus künftigen Jahresüberschüssen, soweit sie bestehende Verlustvorträge übersteigen, oder ggf. aus einem Liquidationsüberschuss verlangen kann, so handelt es sich um eine Verbindlichkeit, die nur aus künftigen Gewinnen oder einem etwaigen Liquidationsüberschuss erfüllt zu werden braucht. Es fehlt hier an einer gegenwärtigen wirtschaftlichen Belastung.<sup>13</sup> Daher darf diese Verbindlichkeit nicht ausgewiesen werden.<sup>14</sup> Hier greift also das Passivierungsverbot mit der Konsequenz eines zu versteuernden Buchgewinns ein. Die häufiger in Rangrücktrittsvereinbarungen anzutreffende Formulierung, dass der Schuldner verpflichtet ist, die Forderungen aus dem zukünftigen Bilanzgewinn oder einem etwaigen Liquidationsüberschuss zu tilgen, reicht daher nicht aus, um das Passivierungsverbot des § 5 Abs. 2a EStG zu überwinden.<sup>15</sup>

Bei dem Liquidationsüberschuss handelt es sich zwar um das Vermögen, dass im Fall der Liquidation nach Veräußerung der Wirtschaftsgüter und Begleichung aller übrigen Verbindlichkeiten verbleibt. Dementsprechend betreffen die Zahlungspflichten aus einem Liquidationsüberschuss eigentlich bereits das gegenwärtige Vermögen. Allerdings belasten sie das gegenwärtige Vermögen (noch) nicht, da nach dem Grundsatz der Unternehmensfortführung (§ 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB) der Liquidationsfall (noch) nicht berücksichtigt zu werden braucht und die Rücklagen bis zu diesem Zeitpunkt noch in vollem Umfang zur Verlustdeckung und zur Befriedigung der anderen Gläubiger zur Verfügung stehen.<sup>16</sup>

Um das Passivierungsverbot des § 5 Abs. 2a EStG zu vermeiden, ist es aber erforderlich, dass das Vermögen des Schuldners gegenwärtig (und nicht nur zukünftig) belastet ist. Es ist ständige Rechtsprechung des BFH,<sup>17</sup> dass die Vermögenslosigkeit des Schuldners als solche nicht dazu führt, dass eine rechtlich bestehende Verpflichtung aus dem handels- oder steuerrechtlichen Abschluss ausgebucht werden muss. Ist der Rückzahlungsanspruch (rechtlich) nicht auf künftige Einnahmen oder Gewinne (d.h. auf künftige Vermögenswerte) beschränkt, so ist die Passivierung erforderlich, um das schuldnerische Vermögen zutreffend auszuweisen.<sup>18</sup> Besteht nach der Rangrücktrittsvereinbarung die Verpflichtung, die Verbindlich-

keit aus dem sog. freien Vermögen zu tilgen, so ist das gegenwärtige Vermögen des Schuldners nach wie vor belastet.<sup>19</sup> Dem steht auch nicht entgegen, dass der Rangrücktritt zu einer vorübergehenden Nichterfüllbarkeit der Verbindlichkeit aus dem gebundenen Vermögen führt. In der Krise darf die Forderung zwar nur (aber immerhin) aus ungebundenem Vermögen befriedigt werden. Der Gläubiger will aber gerade nicht auf seine Forderung verzichten. Er will nur inhaltlich den Rang der Forderung ändern. Die Forderung bleibt bestehen und ist weiter aus dem ungebundenen sonstigen freien Vermögen zu befriedigen. Sie bleibt damit eine wirtschaftliche Belastung für den Schuldner.<sup>20</sup> Denn die Erfüllung der Verbindlichkeit ist nicht von künftigen Einnahmen oder Gewinnen abhängig, sondern davon, ob der Schuldner ohne die Gefahr einer Insolvenz über hinreichende finanzielle Mittel zur Tilgung der Verbindlichkeit verfügt. Folglich bleibt das gesamte gegenwärtige Vermögen des Schuldners belastet.<sup>21</sup> Damit besteht weder nach dem Handelsrecht noch nach dem § 5 Abs. 2a EStG ein Passivierungsverbot. Die entsprechende Verbindlichkeit ist weiter in der Handelsbilanz und der Steuerbilanz zu passivieren.<sup>22</sup> Eine steuer-schädliche Ausbuchung der Verbindlichkeit wird so vermieden.

11 Kahlert, ZIP 2015, 1389, 1389.

12 Ständige Rechtsprechung z.B. BFH, Urt. v. 09.02.1993 - VIII R 29/91; BFH, Urt. v. 15.04.2015 - I R 44/14 Rn. 9.

13 Kahlert, ZIP 2015, 1389, 1389.

14 BFH, Urt. v. 30.11.2011 - I R 100/10 Rn. 15; BFH, Urt. v. 15.04.2015 - I R 44/14 Rn. 10.

15 BFH, Urt. v. 15.04.2015 - I R 44/14 Rn. 9 und 10.

16 BFH, Urt. v. 15.04.2015 - I R 44/14 Rn. 14.

17 Vgl. z.B. BFH, Urt. v. 15.04.2015 - I R 44/14 Rn. 9.

18 BFH, Urt. v. 15.04.2015 - I R 44/14 Rn. 9.

19 BFH, Urt. v. 15.04.2015 - I R 44/14 Rn. 9; ebenso Grögler/Schneider, ZInsO 2015, 1528, 1533, denen zufolge die vom BGH im Urt. v. 05.03.2015 - IX ZR 133/14 an eine Rangrücktrittsvereinbarung gestellten Anforderungen steuerlich keine nachteiligen Konsequenzen im Sinne eines Passivierungsverbots nach § 5 Abs. 2a EStG haben; auch nach Kahlert, ZIP 2015, 1389, 1390 ist eine Verbindlichkeit, für welche ein Rangrücktritt nach dem neuen Konzept des BGH vereinbart wird, weiterhin in der Steuerbilanz zu passivieren, da durch den Rangrücktritt lediglich eine Änderung der Rangfolge eintritt, der Schuldner aber im Sinne der Rechtsprechung des BFH weiterhin zu einer dem Inhalt und der Höhe nach bestimmten Leistung verpflichtet ist, die vom Gläubiger erzwungen werden kann; vgl. auch Altmeyen in: Roth/Altmeyen, GmbHG, 7. Aufl., § 42 Rn. 50 allgemein zum Rangrücktritt nach § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO n.F.

20 Ebenso Bitter/Heim, ZIP 2015, 644, 647.

21 Kahlert, ZIP 2015, 1387, 1390.

22 Ebenso Bitter/Heim, ZIP 2015, 644, 647, 648 zur Rechtslage vor dem Ergehen des Urteils des BFH vom 15.04.2015 - I R 44/14.

Um aus steuerrechtlicher Sicht ein Passivierungsverbot nach § 5 Abs. 2a EStG und die hieraus folgende Konsequenz eines zu versteuernden außerordentlichen Ertrages zu vermeiden, darf also die Rangrücktrittsvereinbarung nicht vorsehen, dass die Verbindlichkeit nur aus einem zukünftigen Bilanzgewinn und aus einem etwaigen Liquidationsüberschuss zu tilgen ist. Vielmehr muss (zumindest) noch in die Formulierung aufgenommen werden, dass die Verpflichtung besteht, die Verbindlichkeit aus dem sog. freien Vermögen zu tilgen. Aus steuerrechtlicher Sicht sollte eine Rangrücktrittsvereinbarung also, um zu vermeiden, dass die Verbindlichkeit steuerschädlich ausgebucht werden muss, zumindest die Regelung enthalten, dass die Verpflichtung besteht, die Verbindlichkeit aus dem sog. freien Vermögen zu tilgen.<sup>23</sup>

## II. Die Anforderungen an eine Rangrücktrittserklärung aus Sicht des BGH

Aus insolvenzrechtlicher Sicht hat der BGH in seiner grundlegenden Entscheidung vom 05.03.2015<sup>24</sup> den Anwendungsbereich der Rangrücktrittsvereinbarung geklärt. In personeller Hinsicht hat der BGH klargestellt, dass der durch das MoMiG<sup>25</sup> eingeführte § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO über seinen Wortlaut hinaus nicht nur auf den Rangrücktritt von Gesellschaftern, sondern auch auf den Rangrücktritt außenstehender Gläubiger anwendbar ist.<sup>26</sup>

In zeitlicher Hinsicht ist klargestellt, dass die Rücktrittsvereinbarung, wenn sie die Vermeidung einer Insolvenz sicherstellen soll, nicht nur den Zeitraum nach Verfahrenseröffnung, sondern insbesondere auch den Zeitraum vor der Verfahrenseröffnung erfassen muss (vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre).<sup>27</sup> Durch den neu eingeführten § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO war diesbezüglich eine gewisse Rechtsunsicherheit eingetreten, da der Wortlaut des § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO lediglich den Nachrang im Insolvenzverfahren fordert.<sup>28</sup>

Für den Zeitraum vor Insolvenzeröffnung fordert der BGH, dass die Rangrücktrittsvereinbarung als rechtsgeschäftliches Zahlungsverbot mit dem Inhalt ausgestaltet wird, dass die Forderung nur aus ungebundenem Vermögen befriedigt werden darf.<sup>29</sup> Der Gläubiger muss aufgrund der Rangrücktrittsvereinbarung dauerhaft gehindert sein, seine Forderung geltend zu machen, weswegen ein lediglich zeitlich begrenzter Rücktritt unzureichend ist.<sup>30</sup> Es reicht aber aus, den Rangrücktritt auf die Fallgestaltung zu beschränken, dass infolge der Zahlung eine Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit<sup>31</sup> einzutreten droht<sup>32</sup> oder aber eine bestehende Insolvenzreife verstärkt wird. Deshalb ist es zulässig, dem Gläubiger die Möglichkeit zu geben, die Tilgung seiner Forderung zu

verlangen, wenn der Schuldner über hinreichende finanzielle Mittel verfügt, die eine Tilgung der Forderung sicherstellen, ohne dass dadurch ein Insolvenzgrund verwirklicht wird oder verwirklicht zu werden droht.<sup>33</sup> Denn der Gläubiger will ja gerade nicht auf seine Forderung verzichten, sondern die Forderung lediglich inhaltlich dahin ändern, dass sie im Verhältnis zu den übrigen Gläubigern des Schuldners haftendes Kapital darstellt und deshalb an den Forderungsinhaber in der Krise nicht mehr ausbezahlt werden darf. Durch die Rangrücktrittsvereinbarung wird also nur die Rangfolge, nicht aber der Bestand der Forderung geändert.<sup>34</sup>

Für den Zeitraum nach Insolvenzeröffnung darf die Forderung nur im Rang nach den Forderungen sämtlicher „normaler“ Insolvenzgläubiger (i.S.d. § 38 InsO) befriedigt werden.<sup>35</sup> Dabei genügt es abweichend von der Rechtsprechung des BGH zu dem –bis zum Inkrafttreten des MoMiG geltenden – „alten“ Recht,<sup>36</sup> dass sich die Rangrücktrittserklärung darauf beschränkt, dass die Forderung hinter die Forderungen aus § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO zurücktritt, ohne dass die Forderung darüber hinaus mit den Ansprüchen auf Rückgewähr der Einlagen gleichgestellt wird.<sup>37</sup>

23 A.A. Kahlert, ZIP 2015, 1387, 1390, nach dem eine solche Formulierung nicht erforderlich ist.

24 BGH, Ur. v. 05.03.2015 - IX ZR 133/14; hierzu Michalsky, jM 2015, 409 ff.; Cranshaw, jurisPR-InsR 8/2015 Anm. 1; Berger, ZIP 2016, 1 ff.; Bitter/Heim, ZIP 2015, 644 ff.; K. Schmidt, ZIP 2015, 901 ff.; Schäfer, NZI 2015, 320; Grögler/Schneider, ZInsO, 2015, 1528 ff.; Bork, EWIR 2015, 219 f.

25 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008 (BGBl. I, 2026), in Kraft getreten am 01.11.2008.

26 Ausführlich K. Schmidt, ZIP 2015, 901, 903.

27 BGH, Ur. v. 05.03.2015 - IX ZR 133/14 Rn. 16 und Rn. 19; Schäfer, NZI 2015, 320.

28 Schäfer, NZI 2015, 320.

29 BGH, Ur. v. 05.03.2015 - IX ZR 133/14 Rn. 16 m.w.H.

30 BGH, Ur. v. 05.03.2015 - IX ZR 133/14 Rn. 16.

31 Obwohl die Rangrücktrittsvereinbarung eigentlich nur die Überschuldung beseitigen soll, bezieht der BGH auch die Zahlungsunfähigkeit mit ein. Eine den Anforderungen des BGH zur Überschuldungsvermeidung genügende Rangrücktrittsvereinbarung muss daher zugleich bewirken, dass durch eine Zahlung auf die zurückgetretene Forderung keine Zahlungsunfähigkeit eintritt, vgl. BGH, Ur. v. 05.03.2015 - IX ZR 133/14 Rn. 22 und Rn. 25; Grögler/Schneider, ZInsO 2015, 1528, 1530.

32 BGH, Ur. v. 05.03.2015 - IX ZR 133/14 Rn. 25, vgl. auch Rn. 22.

33 BGH, Ur. v. 05.03.2015 - IX ZR 133/14 Rn. 25.

34 BGH, Ur. v. 05.03.2015 - IX ZR 133/14 Rn. 32; Bitter/Heim, ZIP 2015, 644, 645.

35 BGH, Ur. v. 05.03.2015 - IX ZR 133/14 Rn. 16.

36 BGH, Ur. v. 08.01.2001 - II ZR 88/99.

37 BGH, Ur. v. 05.03.2015 - IX ZR 133/14 Rn. 18; Grögler/Schneider, ZInsO 2015, 1528, 1529.

Die Rangrücktrittsvereinbarung soll entweder verhindern, dass ein Insolvenzgrund eingreift, oder aber einen bereits vorhandenen Insolvenzgrund beseitigen. Deshalb erklären der Schuldner und der Gläubiger mit dem Abschluss der Vereinbarung, dass die zurückgetretene Forderung mangels einer Passivierungspflicht in einem Insolvenzstatus die Insolvenz des Schuldners nicht auslösen wird.<sup>38</sup>

Wird der Rangrücktritt nachträglich vereinbart, so handelt es sich nach Ansicht des BGH um einen verfügbaren Schuldänderungsvertrag i.S.d. § 311 Abs. 1 BGB.<sup>39</sup> Die Vereinbarung ändert mit dinglicher Kraft die Rangfolge der Forderung.<sup>40</sup> Hierdurch werden die übrigen Gläubiger begünstigt. Es darf aber nicht im Belieben der Vertragspartner einer Rangrücktrittserklärung liegen, über die öffentlich-rechtliche Insolvenzbeantragungspflicht zu disponieren und einen Insolvenzgrund nach Belieben zu beseitigen oder wieder eingreifen zu lassen. Will man dem Schuldner die Möglichkeit geben, sich mittels einer Rangrücktrittsvereinbarung von seiner eigentlich gegebenen Insolvenzbeantragungspflicht zu befreien, so ist den übrigen Gläubigern im Gegenzug eine gesicherte Rechtsposition zu geben.<sup>41</sup> Rechtstechnisch erreicht der BGH dies dadurch, dass er in der Rangrücktrittsvereinbarung einen Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 Abs. 1 BGB), nämlich zugunsten der übrigen Gläubiger, sieht. Gleiches gilt, wenn die Forderung bereits bei ihrer Begründung einem Rangrücktritt unterworfen wurde.<sup>42</sup> Die Annahme eines Vertrages zugunsten Dritter bewirkt, dass die Rangrücktrittsvereinbarung in dem Fall, dass ein Insolvenzereignis vorliegt, nicht privatautonom durch eine Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner aufgehoben werden kann.<sup>43</sup> Dieses Aufhebungsverbot ist zusammen mit dem vor- und nachinsolvenzlichen Zahlungsverbot<sup>44</sup> kumulative Voraussetzung dafür, dass die Forderung nicht in einen Insolvenzstatus aufgenommen werden muss. Fehlt eines der beiden Elemente, tritt die Wirkung des § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO in Hinblick auf die zurückgetretene Forderung nicht ein. Die Forderung ist dann weiter in den Überschuldungsstatus aufzunehmen.<sup>45</sup>

Mit der Ausgestaltung der Rangrücktrittsvereinbarung als Vertrag zugunsten der übrigen Gläubiger wird bezweckt, diesen in der Insolvenzsituation eine Kompensation dafür zu geben, dass durch die Rangrücktrittsvereinbarung eine ansonsten bestehende Insolvenzbeantragungsverpflichtung beseitigt wird. Deshalb soll diese Rangrücktrittsvereinbarung so lange, solange bei Hinwegdenken der Rangrücktrittsvereinbarung Insolvenzgründe vorliegen, nicht ohne oder gegen den Willen der übrigen Gläubiger aufgehoben werden können. Umgekehrt bedeutet dies, dass ohne oder nach Überwinden der Krise, also wenn die Insol-

venzgründe (noch) nicht oder nicht mehr vorliegen, die Rangrücktrittsvereinbarung ohne Mitwirkung der übrigen Gläubiger aufgehoben werden kann.<sup>46</sup>

Festzuhalten ist, dass das Aufhebungsverbot zusammen mit dem vor- und nachinsolvenzlichen Zahlungsverbot kumulative Voraussetzung dafür ist, dass die betreffende Forderung in einem insolvenzrechtlichen Überschuldungsstatus nicht berücksichtigt werden muss.

### **C. Zusammenführung der Anforderungen der insolvenzrechtlichen Rechtsprechung und der Anforderungen der steuerrechtlichen Regelung sowie der steuerrechtlichen Rechtsprechung an eine Rangrücktrittserklärung**

Auf der einen Seite soll unter steuerlichen Gesichtspunkten mit dem Rangrücktritt ein Passivierungsverbot und die hieraus folgende Konsequenz eines zu versteuernden außerordentlichen Ertrages vermieden werden. Auf der anderen Seite soll aus insolvenzrechtlicher Sicht erreicht werden, die betroffene Verbindlichkeit nicht in einen Überschuldungsstatus einstellen zu müssen. Um beide Ziele zu erreichen, muss sich der Regelungsbereich der Rangrücktrittsvereinbarung sowohl auf den Zeitraum vor als auch auf den nach einer Insolvenzeröffnung erstrecken. Der Rangrücktritt ist inhaltlich so auszugestalten, dass die Forderung des Gläubigers außerhalb des Insolvenzverfahrens nur (insolvenzrechtlicher Aspekt) aus, zugleich aber zumindest (steuerrechtlicher Aspekt) aus ungebundenem, sog. freiem Vermögen, also nicht nur aus einem zukünftigen Bilanzgewinn oder einem etwaigen Liqui-

38 BGH, Urt. v. 05.03.2015 - IX ZR 133/14 Rn. 37.

39 BGH, Urt. v. 05.03.2015 - IX ZR 133/14 Rn. 27 und 32; Schäfer, NZI 2015, 320; Cranshaw, jurisPR-InsR 8/2015 Anm. 1.

40 BGH, Urt. v. 05.03.2015 - IX ZR 133/14 Rn. 32.

41 BGH, Urt. v. 05.03.2015 - IX ZR 133/14 Rn. 37 und 38.

42 BGH, Urt. v. 05.03.2015 - IX ZR 133/14 Rn. 27; Cranshaw, jurisPR-InsR 8/2015 Anm. 1.

43 BGH, Urt. v. 05.03.2015 - IX ZR 133/14 Rn. 35 und 38; Schäfer, NZI 2015, 320; Berger, ZIP 2016, 1, 2. Umgekehrt bedeutet dies aber, dass eine Aufhebung der Rangrücktrittsvereinbarung ohne Mitwirkung der übrigen Gläubiger möglich ist, wenn eine Insolvenzreife des Schuldners nicht oder nicht mehr vorliegt.

44 Zur Klarstellung soll darauf hingewiesen werden, dass das vorinsolvenzliche Zahlungsverbot nur im Fall des Vorliegens eines Insolvenzereignisses gilt.

45 Berger, ZIP 2016, 1, 2 Fn. 12.

46 BGH, Urt. v. 05.03.2015 - IX ZR 133/14 Rn. 42; Grögler/Schneider, ZInsO 2015, 1528, 1531; Bornheimer in: Nerlich/Kreplin/Bornheimer, Münchener Anwaltshandbuch Insolvenz und Sanierung, 2. Aufl., § 7 Rn. 87; Kahlert, ZIP 2015, 1389, 1390; K. Schmitt, ZIP 2015, 901, 905.

dationsüberschuss und in der Insolvenz nur im Range nach den Forderungen sämtlicher normaler Insolvenzgläubiger i.S.d. § 38 InsO befriedigt werden darf/muss.<sup>47</sup> Schließlich ist sicherzustellen, dass im Interesse des Schutzes der übrigen Gläubiger das aus der Rangrücktrittserklärung resultierende Zahlungsverbot nach Eintritt der Insolvenzreife des Schuldners nicht mehr ohne Mitwirkung der übrigen Gläubiger aufgehoben werden kann.

Nicht verkannt werden darf, dass die Ausgestaltung der Rangrücktrittsvereinbarung als Vertrag zugunsten Dritter nicht automatisch in jede Rangrücktrittsvereinbarung hineingelesen werden kann/darf.<sup>48</sup> Insbesondere darf im Rahmen der Privatautonomie dem Gläubiger der Inhalt der Rangrücktrittsvereinbarung nicht gegen seinen Willen aufgezwungen werden. Vielmehr können der Gläubiger und der Schuldner im Rahmen dieser Vertragsfreiheit den Inhalt und die Reichweite des Rangrücktritts frei nach ihren Vorstellungen vereinbaren.<sup>49</sup> Es ist daher immer zuerst zu prüfen, was die Vertragsparteien wirklich wollten.<sup>50</sup> In einem zweiten Schritt ist dann zu prüfen, ob dieser gewollte Inhalt der Rangrücktrittsvereinbarung die Voraussetzungen erfüllt, die nunmehr nach der Rechtsprechung an eine Rangrücktrittsvereinbarung zu stellen sind.<sup>51</sup> Hier scheint der BGH anderer Auffassung zu sein, wenn er ausführt, dass im Rahmen einer Rangrücktrittsvereinbarung die Begründung eines selbstständigen Rechts der Gläubiger im Sinne eines Vertrages zugunsten Dritter stets miterklärt wird.<sup>52</sup>

Richtig ist, dass eine Auslegung der Rangrücktrittserklärung nach Sinn und Zweck des von den Vertragsparteien Gewollten häufig ergeben wird, dass ein selbstständiges Recht der Gläubiger i.S.d. § 328 BGB miterklärt werden soll, um das angestrebte Ziel zu erreichen, die betreffende Forderung in einem Überschuldungsstatus unberücksichtigt lassen zu können.<sup>53</sup> Eine solche Auslegung scheidet aber jedenfalls dann, wenn in der Rangrücktrittsvereinbarung die Drittwirkung i.S.d. § 328 BGB zugunsten der anderen Gläubiger ausgeschlossen wird. Dies könnte z.B. durch einen in die Rangrücktrittsvereinbarung aufgenommenen Passus geschehen, nach dem durch die Vereinbarung Rechte und Pflichten nur zwischen den Vertragsparteien begründet werden und Dritte aus der Vereinbarung keinerlei Rechte herleiten können.<sup>54</sup> Vergleichbares gilt in den Fällen, wenn die Rangrücktrittsvereinbarung befristet ist oder Kündigungsmöglichkeiten vorsieht, die unabhängig von einer Insolvenzreife des Schuldners ausgeübt werden können.<sup>55</sup> In diesen Fällen liegt die vom BGH aufgestellte Voraussetzung, dass die Rangrücktrittsvereinbarung nach Eintritt der Insolvenzreife des Schuldners nicht mehr ohne Mitwirkung der übrigen Gläubiger aufgehoben werden kann, nicht vor. Die Forderung wäre weiter in einen Überschuldungsstatus aufzunehmen.<sup>56</sup>

## D. Formulierungsvorschlag

Eine Formulierung<sup>57</sup> könnte danach lauten:

### RANGRÜCKTRITTSVEREINBARUNG

zwischen der Firma

– im Folgenden Schuldnerin genannt –

und

der Firma

– im Folgenden Gläubigerin genannt –

#### 1. Im Rang zurücktretende Forderung

Die Schuldnerin schuldet aus ...vertrag der Gläubigerin einen Betrag i.H.v. \_\_\_\_\_ €.

Zur Vermeidung einer Überschuldung (§ 19 InsO in der jeweils geltenden Fassung) vereinbaren die Schuldnerin und die Gläubigerin das Folgende:

#### 2. Rangrücktritt

Die Gläubigerin tritt hiermit mit den unter Ziffer 1 genannten Forderungen dergestalt im Rang hinter sämtliche Forderungen aller anderen gegenwärtigen und zukünftigen Gläubiger zurück, dass die Gläubigerin sowohl vor als auch nach einer etwaigen Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin erst nach Befriedigung sämtlicher Gesellschaftsgläubiger und nur aus einem die sonstigen Verbindlichkeiten übersteigenden Vermögen der

47 Crezelius, NZI 2015, 459, 460.

48 Kritisch hierzu K. Schmitt, ZIP 2015, 901, 909.

49 Grögler/Schneider, ZInsO 2015, 1528, 1529.

50 Ebenso Bitter/Heim, ZIP 2015, 644, 648; Grögler/Schneider, ZInsO 2015, 1528, 1529; K. Schmitt, ZIP 2015, 901, 904.

51 Grögler/Schneider, ZInsO 2015, 1528, 1532.

52 BGH, Urt. v. 05.03.2015 - IX ZR 133/14 Rn. 38.

53 Grögler/Schneider, ZInsO, 2015, 1528, 1531 weisen zutreffend darauf hin, dass eine Rangrücktrittsvereinbarung im Einzelfall auch ganz anderen Zwecken als einer Überschuldungsvermeidung dienen kann und deshalb nicht in sämtliche Rangrücktrittsvereinbarungen ein Vertrag zugunsten Dritter hineingelesen werden kann.

54 Bitter/Heim, ZIP 2015, 644, 646; Grögler/Schneider, ZInsO 2015, 1528, 1532.

55 Grögler/Schneider, ZInsO 2015, 1528, 1532.

56 Bitter/Heim, ZIP 2015, 644, 647; K. Schmitt, ZIP 2015, 901, 907, 908.

57 Nach zutreffender Ansicht des BGH, Urt. v. 05.03.2015 - IX ZR 133/14 Rn. 24, kann angesichts der Vielzahl der verbreiteten unterschiedlichen Formulierungen von Rangrücktrittsvereinbarungen die Wahl einer bestimmten Vertragsklausel nicht verlangt werden. Vgl. z.B. die Formulierung von Kahlert, ZIP 2015, 1390, 1391, der einen anderen Ansatz verfolgt.

Gesellschaft oder sonstigem freien Vermögen der Gesellschaft oder einem Liquidationsüberschuss und nur im Rang nach den in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 InsO genannten Forderungen Erfüllung der unter Ziffer 1 genannten Forderungen einschließlich Zinsen<sup>58</sup> verlangen darf. Ein Verzicht auf die Forderung wird nicht vereinbart.

### 3. Vertrag zugunsten der Gläubiger der Schuldnerin

Schuldnerin und Gläubigerin vereinbaren die Regelung gemäß Ziffer 2 als Vertrag zugunsten der Gläubiger der Schuldnerin (§ 328 BGB) mit der Folge, dass eine Aufhebung der Regelung unter Ziffer 2 ohne Mitwirkung der Gläubiger der Schuldnerin nur zulässig ist, wenn keine Insolvenzreife der Schuldnerin vorliegt oder die Insolvenzreife der Schuldnerin beseitigt ist.

\_\_\_\_\_, den  
\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_

58 Nach BGH, Urt. v. 05.03.2015 - IX ZR 133/14 Rn. 17 soll der vereinbarte Nachrang auch die Zinsen und sonstigen Nebenforderungen erfassen. Ebenso wie ein Gläubiger im Rahmen der Privatautonomie nur hinsichtlich eines Teils seiner Forderung einen Rangrücktritt vereinbaren kann, muss es auch möglich sein, den Rangrücktritt und damit die vorinsolvenzliche Zahlungssperre auf die Hauptforderung zu beschränken. Im Gegenzug sind dann aber die Zinsansprüche ab dem Zeitpunkt ihrer Entstehung im Überschuldungsstatus zu passivieren; ebenso Bitter/Heim, ZIP 2015, 644, 647. A.A. Cranshaw, jurisPR-InsR 8/2015 Anm. 1, nach dem eine Vereinbarung, die die Zinsen von einem Rangrücktritt ausnimmt, in sich widersprüchlich und daher unwirksam sei.

## Gerichtliche Ge- und Verbote zur Abwendung einer Kindeswohlgefährdung

BGH, Beschl. v. 23.11.2016 - XII ZB 149/16

RA'in Monika Clausius

### A. Problemstellung

Nach § 1666 BGB sind zur Abwendung einer Kindeswohlgefährdung gerichtliche Maßnahmen möglich. Für die praktische Behandlung derartiger, leider nicht seltener, Fälle ist zu fragen, wann eine solche Kindeswohlgefährdung vorliegt und in welchem Rahmen – unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – welche gerichtlichen Maßnahmen ergriffen werden dürfen.

In dem hier besprochenen Beschluss hat sich der BGH zu den nach § 1666 Abs. 3 BGB möglichen gerichtlichen Ge- und Verboten zur Abwendung einer Kindeswohlgefährdung

geäußert. Hierbei hat er hervorgehoben, dass – über die ausdrücklich gesetzlich genannten Maßnahmen hinausgehend – die Gerichte zur Abwendung einer Kindeswohlgefährdung auch weitere Maßnahmen treffen können. Ebenso hat der XII. Senat, unter Rückgriff auf die hierzu bestehende gefestigte Rechtsprechung, die grundsätzlichen Voraussetzungen zur Annahme einer Kindeswohlgefährdung und den zu ihrer Abwendung zulässigen gerichtlichen Maßnahmen formuliert.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

In dem zugrunde liegenden Sachverhalt hatte die allein sorgeberechtigte Mutter mit ihrer siebenjährigen Tochter und ihrem zwölfjährigen Sohn eine Wohnung bei ihrem Lebensgefährten bezogen. Dieser war 2000 und 2004 wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern, sowie 2012 und 2013 u.a. wegen Besitzes kinderpornografischer Schriften zu Freiheitsstrafen verurteilt worden. Es schloss sich eine 2016 endende Führungsaufsicht an, im Rahmen derer ihm verboten war, ohne Begleitung Kontakt zu minderjährigen Mädchen aufzunehmen. Erstinstanzlich wurde der Mutter u.a. das Aufenthaltsbestimmungsrecht für die Tochter entzogen und das Kind fremduntergebracht. Auf ihre Beschwerde hat das Oberlandesgericht die Entscheidung aufgehoben und ihr sowie dem Lebensgefährten Weisungen erteilt, insbesondere das Kind nicht ohne gleichzeitige mütterliche Anwesenheit mit dem Lebensgefährten verkehren zu lassen sowie zwischen 22 Uhr und 8 Uhr den Aufenthalt des Kindes nicht in derselben Wohnung mit dem Lebensgefährten zuzulassen. Mit ihrer Rechtsbeschwerde wandte sich die Mutter gegen die erteilten Weisungen, soweit sie nicht die Fortsetzung einer Familienhilfe betrafen.

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde zurückgewiesen. Zur Begründung führt er aus, dass nach § 1666 Abs. 1 BGB erforderliche Maßnahmen zu treffen seien, wenn das körperliche, geistige oder seelische Wohl eines Kindes gefährdet und die Eltern nicht gewillt oder in der Lage seien, diese Gefahr abzuwenden, wobei jedoch der besondere Schutz zu beachten sei, unter dem die Familie nach Art. 6 Abs. 1 und 2 GG stehe. Für Maßnahmen nach § 1666 BGB bedürfe es einer konkreten Gefährdung des Kindeswohls, d.h. einer gegenwärtigen, in einem solchen Maß vorhandenen Gefahr, dass bei weiterer Entwicklung eine erhebliche Schädigung des Kindeswohls mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sei. An die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts seien umso geringere Anforderungen zu stellen, je schwerer der drohende Schaden wiege. Eine nur abstrakte Gefährdung genüge nicht. Zudem müsse der drohende Schaden für das Kind erheblich sein.

Orientiert an diesen Maßstäben habe das Beschwerdegericht zu Recht eine Kindeswohlgefährdung bejaht, insbesondere folgend aus der Feststellung der erheblichen Gefahr, dass der Lebensgefährte gegenüber dem Kind ähnlich übergreifend werden könne, wie in den seiner Verurteilung zugrunde liegenden Fällen. Bei ihm liege zwar keine Kernpädagogie vor, doch bestehe ein sexuelles Interesse an Mädchen im Alter des betroffenen Kindes. Der mit den früheren Verurteilungen geschaffene Kontrollmechanismus habe mit zeitlichem Ablauf an Wirkung verloren. Durch den Einzug bei dem Lebensgefährten habe die Mutter eine Situation geschaffen, in der – ohne gerichtliche Weisungen – Gelegenheiten für Übergriffe entstehen könnten, zumal sie die Auffassung vertrete, ihr Lebensgefährte sei zu Unrecht strafrechtlich belangt worden.

Auch die vom Beschwerdegericht angeordneten Maßnahmen seien nicht zu beanstanden. § 1666 Abs. 3 BGB stelle lediglich exemplarisch die unterhalb der Schwelle des Sorgerechtsentzugs möglichen Maßnahmen dar, sodass auch andere zur Gefahrenabwehr geeignete Maßnahmen in Betracht kämen, die jedoch bei einem erheblichen Eingriff in die Grundrechte des Betroffenen, eine gesetzliche Grundlage erforderten, aus der sich der Umfang der Beschränkung der Grundrechte klar ergebe. § 1666 Abs. 1 und 3 BGB bilde nur für die in § 1666 Abs. 3 BGB ausdrücklich genannten oder vergleichbaren Maßnahmen eine ausreichende Grundlage.

Die im konkreten Fall erteilten Weisungen seien von § 1666 Abs. 3 Nr. 3 und 4 BGB i.V.m. Abs. 4 BGB gedeckt. Sie seien zur Gefahrenabwehr geeignet, erforderlich und im engeren Sinn verhältnismäßig, d.h. es seien die zur Zweckerreichung mildesten Mittel gewählt worden und der Eingriff sei unter Berücksichtigung der Einzelfallumstände zumutbar. Die Maßnahmen seien geeignet, die Gefahr eines Übergriffs zu verhindern, sodass es auch eines Entzugs der elterlichen Sorge nicht bedürfe. Die Anwesenheit der Mutter sei nicht durch die des zwölfjährigen Bruders ersetzbar, da ihm diese Schutz Aufgabe nicht zugemutet werden könne. Auch technische Überwachungen – wie etwa ein Babyphone – böten nicht den erforderlichen Schutz. Angesichts der schweren möglichen Folgen eines – auch nur einmaligen – Übergriffes seien die Maßnahmen zumutbar. Der Lebensgefährte werde in der Benutzung seiner Wohnung nicht eingeschränkt, da die auf die Abend- und Nachtstunde bezogene Weisung dadurch eingehalten werden könne, dass die Mutter mit den Kindern in eine andere Wohnung ziehe oder dort die fraglichen Stunden verbringe.

### C. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung des BGH richtet sich auf zwei Themenkomplexe, die erhebliche praktische Bedeutung haben. Der

Senat greift zunächst die gefestigte Rechtsprechung zu der Frage auf, wann eine die Rechtsfolgen des § 1666 BGB auslösende Kindeswohlgefährdung vorliegt bzw. in welchem Rahmen sodann gerichtliche Maßnahmen zulässig sind, um dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu genügen. Der BGH und insbesondere das BVerfG hatten in den Jahren 2014 und 2015 zahlreiche Beschlüsse veröffentlicht, die vor dem Hintergrund obergerichtlicher Entscheidungen zu Fällen einer Kindeswohlgefährdung und daraus folgenden Eingriffen in die elterliche Sorge ergangen waren. Unter Heranziehung der aus den 80er Jahren stammende verfassungsgerichtliche Rechtsprechung<sup>1</sup> wurde in diesen Beschlüssen erneut betont, dass nach Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 GG die Familie unter einem besonderen Schutz steht und die Erziehung des Kindes ein natürliches Recht der Eltern ist, d.h. dieses Recht ihnen nicht vom Staat verliehen wurde. Die Eltern sollen prinzipiell frei von staatlichen Einflüssen und Eingriffen eigenverantwortlich entscheiden dürfen, wie sie die Pflege und Erziehung eines Kindes gestalten wollen. Es soll nicht Aufgabe des staatlichen Wächteramtes sein, für eine bestmögliche Förderung des Kindes Sorge zu tragen, sodass auch in Kauf genommen wird, dass Kinder durch elterliche Entscheidungen tatsächliche oder vermeintliche Nachteile erleiden. Die sozio-ökonomischen Verhältnisse der Eltern gehören nach dieser Rechtsprechung grds. zum Schicksal und Lebensrisiko eines Kindes.<sup>2</sup> Dies intendiert gleichermaßen, dass vor einem Eingriff in die elterliche Sorge, Hilfen zur Erziehung umfassend ausgeschöpft werden,<sup>3</sup> die ggf. auch in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren gegenüber dem jeweiligen Leistungsträger eingefordert werden müssen.<sup>4</sup>

Anknüpfungspunkt für Maßnahmen nach § 1666 BGB ist stets jedoch die konkrete Gefährdung des Kindeswohls, zu deren Abwendung die Sorgeberechtigten nicht willens oder in der Lage sind. Bei der Bewertung, ob eine Kindeswohlgefährdung vorliegt, greift der BGH in seiner aktuellen Entscheidung auf die verfestigte Definition zurück, dass es sich um eine konkrete Gefährdung handeln muss, die dann zu bejahen sein soll, wenn eine gegenwärtige in einem solchen Maß vorhandene Gefahr existiert, dass bei weiterer Entwicklung eine erhebliche Schädigung des geistigen oder leiblichen Kindeswohls mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist.<sup>5</sup> Die sich bei der Umsetzung dieser Definition für die Praxis ergebenden Unsicherheiten werden auch durch die nun vorliegende aktuelle Entscheidung

1 BVerfG, Beschl. v. 17.02.1982 - 1 BvR 188/80.

2 BVerfG, Beschl. v. 29.01.2010 - 1 BvR 374/09.

3 BGH, Beschl. v. 22.01.2014 - XII ZB 68/11.

4 BVerfG, Beschl. v. 24.03.2014 - 1 BvR 160/14.

5 BGH, Beschl. v. 15.12.2004 - XII ZB 166/03.

nicht zwingend mit dem Hinweis reduziert, dass das erforderliche Maß der Gefahr<sup>6</sup> nicht abstrakt festgelegt werden könne. Eine Orientierungshilfe kann allenfalls der Verweis sein, dass an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts umso geringere Anforderungen zu stellen sind, je schwerer der drohende Schaden wiegt. Insgesamt jedoch werden auch durch die neue Entscheidung des BGH die gerade bei den Verfahrensbeteiligten in den Ausgangsinstanzen bestehenden Unsicherheiten im Zusammenhang mit der Bewertung von Kindeswohlgefährdungen nicht reduziert.

Deutlich klarer wird der XII. Senat jedoch mit seinem weiteren Hinweis, dass die in § 1666 Abs. 3 BGB aufgelisteten Maßnahmen zur Abwendung einer Kindeswohlgefährdung nicht abschließend sind. Er greift damit die gesetzgeberische Intention bei Einführung des Gesetzes zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls vom 04.07.2008 auf.<sup>7</sup> Im Zuge der damaligen Neuregelung von § 1666 BGB wurden erstmals in Abs. 3 beispielhaft (arg. § 1666 Abs. 3 Satz 1 „insbesondere“) die unterhalb der Schwelle eines Sorgerechtsentzugs möglichen Schutzmaßnahmen dargestellt. Primäre Zielsetzung der gesetzlichen Neuregelung war die angestrebte Bewusstseins Schärfung für eine frühzeitigere Anrufung des Gerichts, um so einen effektiveren Schutz des Kindes, verbunden mit der Einleitung notwendiger Hilfeprozesse, zu gewährleisten. Es sollte eine Abkehr von der bis dahin geübten Praxis des oft stereotyp als Erstmaßnahme gewählten teilweisen oder vollständigen Entzugs der elterlichen Sorge<sup>8</sup> erreicht, d.h. diese nur noch als ultima ratio verstanden werden – um auch dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gerecht zu werden.

Der BGH gibt mit in diesem Teilbereich seiner Entscheidung der Praxis zwar das Signal, sowohl außergerichtlich als auch im prozessualen Stadium eines Kindschaftsverfahrens umfassend zu prüfen, welche Maßnahmen im konkreten Einzelfall als geeignet angesehen werden können, um einer Kindeswohlgefährdung effektiv zu begegnen. Er verweist gleichzeitig aber darauf, dass ebenso wie dem Schutz des Kindes auch den verfassungsgerichtlichen Ansprüchen des von einer Maßnahme erheblich Betroffenen in der Form Rechnung zu tragen ist, dass die konkret gewählte sonstige Maßnahme einer eigenen rechtlichen Grundlage bedarf, wenn sie mit den in § 1666 Abs. 3 BGB beispielhaft statuierten Maßnahmen nicht mehr vergleichbar ist.

6 Zu der Bewertung des Gefahrenbegriffes in analoger Anwendung des Polizei- und Ordnungsrechts vgl. Brosch, Kita aktuell Recht 2016, 52ff. (Teil 1), 82 ff. (Teil 2).

7 BGBl. I 2008, 1188.

8 BT-Drs. 16/6815, S. 12.

## Umfang der Beweislastumkehr zugunsten des Verbrauchers bei Sachmängeln

BGH, Urt. v. 12.10.2016 - VIII ZR 103/15

Prof. Dr. Michael Jaensch

### A. Problemstellung

Zeigt sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang ein Sachmangel, so wird zugunsten des Verbrauchers (im Folgenden: Käufer), der die Sache von einem Unternehmer (im Folgenden: Verkäufer) erworben hat, aufgrund von § 476 BGB vermutet, dass die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war. Dies gilt nur dann nicht, wenn diese Vermutung mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist. Grundsätzlich obliegt dem Käufer die Beweislast für die von ihm geltend gemachten Mängel, § 363 BGB. § 476 BGB enthält zugunsten des Käufers eine Beweislastumkehr, dass der Mangel bereits bei Gefahrübergang vorgelegen hat. Uneinigkeit bestand über die Reichweite der Vermutungswirkung. Der BGH legte § 476 BGB bisher eng aus. Demnach setzt die Regelung einen Mangel voraus, der binnen sechs Monaten nach Gefahrübergang aufgetreten sein muss, was der Käufer darzulegen und zu beweisen hat. § 476 BGB begründet nach bisheriger Auffassung des Gerichtshofs eine lediglich in zeitlicher Hinsicht wirkende Vermutung dafür, dass dieser Mangel oder dessen vertragswidrige Ursache bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorlag.<sup>1</sup> Die Gegenansicht legt § 476 BGB hingegen weit aus und erstreckt die Vermutungswirkung auch auf das Vorliegen des Mangels. Demnach umfasst die Vermutung nicht nur den Zeitpunkt, ab wann ein Sachmangel vorliegt, sondern auch, ob ein Sachmangel überhaupt vorliegt oder – wenn der akute Mangel erst nach Gefahrübergang eingetreten ist (z.B. Motorschaden) – auf einen latenten Mangel (sog. Grundmangel) zurückzuführen ist, der bereits vor Gefahrübergang vorhanden war (z.B. defekter Zahnriemen).<sup>2</sup>

Der Gesetzgeber hat mit § 476 BGB die Regelung von Art. 5 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie<sup>3</sup> umgesetzt.<sup>4</sup> Dieser bezieht gemäß seinem Wortlaut die Vermutungswirkung nur auf den Zeitpunkt der Lieferung.<sup>5</sup> Er ist somit scheinbar en-

1 Ständige Rechtsprechung seit BGH, Urt. v. 02.06.2004 - VIII ZR 329/03 (Zahnriemen).

2 Lorenz, NJW 2004, 3020, 3021; OLG Brandenburg, Urt. v. 08.10.2008 - 13 U 34/08 Rn. 12.

3 Richtlinie 1999/44/EG v. 25.05.1999, ABl. EG L 171 v. 07.07.1999, S. 12 ff.

4 BT-Drs. 14/6040, S. 245.

5 Weiter ist die englische Fassung „any lack of conformity“; hierzu Loo-schelders in: Festschrift 200 Jahre Carl Heymanns Verlag, 2016, S. 93, 96.



ger als § 476 BGB gefasst und erstreckt die Vermutungswirkung nicht auf den Sachmangel oder einen latenten Mangel.<sup>6</sup> Jedoch gelangt der EuGH aus teleologischen und rechtspolitischen Gründen<sup>7</sup> zum Ergebnis, dass der Käufer zwar das Vorliegen der Vertragswidrigkeit, nicht jedoch deren Grund, der dem Verkäufer zuzurechnen ist, zu beweisen hat.<sup>8</sup> Zudem muss der Käufer beweisen, dass die Vertragswidrigkeit binnen sechs Monaten nach Lieferung offenbar geworden ist. Es wird aber laut EuGH vermutet, dass eine binnen sechs Monaten aufgetretene Vertragswidrigkeit zum Zeitpunkt der Lieferung zumindest im Ansatz vorlag.<sup>9</sup> Denn es sei i.d.R. für den Verkäufer viel leichter zu beweisen, dass die Vertragswidrigkeit nicht zum Zeitpunkt der Lieferung bestand.<sup>10</sup> Angesichts dieses Urteils hatte der BGH nunmehr die Gelegenheit, seine Auslegung zur Reichweite der Vermutungswirkung von § 476 BGB zu überdenken.

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Kläger erwarb von der Beklagten, die einen Gebrauchtwagenhandel betreibt, einen gebrauchten Pkw mit Automatikschaltung. Gut vier Monate nach Übergabe schaltete der Wagen in der Einstellung „D“ nicht mehr selbstständig in den Leerlauf. Nach erfolgloser Fristsetzung zur Mängelbeseitigung erklärte der Kläger den Rücktritt und verlangt nunmehr Rückzahlung des Kaufpreises und Schadensersatz. Es konnte nicht festgestellt werden, ob die Fehlfunktion des Getriebes, die auf eine Schädigung des Freilaufs des hydrodynamischen Drehmomentwandlers beruht, auf einen Bedienungsfehler durch den Käufer zurückzuführen ist oder bereits bei Gefahrübergang vorlag. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung ist ohne Erfolg geblieben.

Der BGH gibt der Revision statt und verweist die Sache an das Berufungsgericht zurück. Er sieht sich durch das EuGH-Urteil „Faber“ zur Änderung seiner bisherigen Rechtsprechung im Wege der richtlinienkonformen Auslegung von § 476 BGB in zweierlei Hinsicht veranlasst. Zum einen setzt der Gerichtshof die Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast des Käufers herab, indem dieser nur noch beweisen muss, dass innerhalb von sechs Monaten ein Sachmangel aufgetreten ist. Es wird sodann vermutet, dass der Mangel bereits bei Gefahrübergang vorlag. Hingegen muss der Käufer nicht mehr beweisen, dass der Mangel auf eine Ursache zurückzuführen ist, die in den Verantwortungsbereich des Verkäufers fällt. Zum anderen dehnt der BGH die Reichweite der Vermutung von § 476 BGB aus, die nun auch dahin gehend gilt, dass der Sachmangel, der binnen sechs Monaten nach Gefahrübergang aufgetreten ist, zumindest im Ansatz bei Gefahrübergang vorgelegen hat. Der BGH sieht die richtlinienkonforme Auslegung noch vom Wortlaut des § 476 BGB gedeckt, sodass allein schon das Auftreten des Mangels

die Vermutungswirkung auslöst. Gegenteiliges lässt sich der Gesetzesbegründung nicht entnehmen, auch wenn sich der BGH durch die Kommissionsbegründung zum Vorschlag einer Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, die für die Vermutungswirkung auf den Zeitpunkt der Lieferung abstellt,<sup>11</sup> in seiner bisherigen engen Auslegung bestärkt sieht. Laut Gesetzes-<sup>12</sup> und Kommissionsbegründung wird das Ziel verfolgt, einen Ausgleich für die „unüberwindbare Schwierigkeit“<sup>13</sup> des Käufers zu schaffen, den Erweis zu erbringen, dass die Vertragswidrigkeit zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorlag. Der BGH geht schließlich von dem gesetzgeberischen Willen zur richtlinien-treuen Umsetzung aus. Da der Gesetzgeber sich dazu entschieden hat, die Gewährleistungsrechte in § 437 BGB einheitlich zu regeln, gilt die richtlinienkonforme Auslegung von § 476 BGB überschießend auch für Schadensersatzansprüche.

## C. Bewertung

Bei der bisherigen engen Auslegung von § 476 BGB lief die Beweislastumkehr für im Ansatz vorhandene, aber erst nach Gefahrübergang zutage tretende Mängel weitgehend ins Leere,<sup>14</sup> was dem Sinn und Zweck des Gesetzes zuwiderlief, die Beweisschwierigkeiten des Käufers zu beseitigen.<sup>15</sup> Aufgrund der Herabsetzung der Anforderungen an dessen Darlegungs- und Beweislast sowie der Ausdehnung der Reichweite der Vermutung von § 476 BGB verschiebt sich die dem Käufer obliegende Beweislast nach § 363 BGB im stärkeren Maße als bisher auf den Verkäufer. Greift die Vermutung, hat Letzterer nunmehr den vollen Beweis zu erbringen, dass der Mangel bei Gefahrübergang nicht vorhanden war.<sup>16</sup> Die Tragweite der zweifachen Änderung der Auslegung von § 476 BGB wird vor dem Hintergrund des dem Urteil zugrunde liegenden Sachverhalts deutlich. Der akute Mangel (Fehlfunktion des Getriebes) trat unstrittig erst nach Gefahrübergang auf. Für die Vermutung, der akute Mangel habe schon bei Gefahrübergang vorgelegen, ist daher kein Raum, sodass die Herabsetzung der Anforderungen an die Beweislast nicht

6 Lorenz, NJW 2004, 3020, 3021; Lorenz in: MünchKomm BGB, 7. Aufl. 2016, § 476 Rn. 4; Gsell, JuS 2005, 967, 970 f.

7 Hierzu Ruckteschler, ZEuP 2016, 532, 537 f.

8 EuGH, Urt. v. 04.06.2015 - C-497/13 Rn. 70 - „Faber“.

9 EuGH, Urt. v. 04.06.2015 - C-497/13 Rn. 72 - „Faber“.

10 EuGH, Urt. v. 04.06.2015 - C-497/13 Rn. 54 - „Faber“.

11 KOM(95) 520, 14.

12 BT-Drs. 14/6040, S. 245.

13 KOM(95) 520, 14.

14 Diehl, ZfS 2015, 564, 565.

15 Looschelders in: Festschrift 200 Jahre Carl Heymanns Verlag, 2016, S. 93, 99.

16 BGH, Urt. v. 12.12.2016 - VIII ZR 103/15 Rn. 60 f.; a.A. Sagen/Scholl, JZ 2016, 501, 508 ff.

greift. Darüber hinaus hat der BGH auch die Reichweite der Vermutung um den im Ansatz<sup>17</sup> vorliegenden Mangel erweitert. Da nicht festgestellt werden konnte, ob die Schädigung des Freilaufs des hydrodynamischen Drehmomentwandlers, der zur Fehlfunktion des Getriebes führte, schon bei Gefahrübergang im Ansatz vorlag oder erst später durch Fehlbedienung des Käufers verursacht wurde, wird vermutet, dass die Schädigung schon bei Gefahrübergang vorhanden war. Diese erweiterte gesetzliche Vermutung umfasst Überlegungen zum Grundmangel,<sup>18</sup> sodass es derer nicht mehr bedarf, wie der Gerichtshof zutreffend bemerkt.<sup>19</sup>

Aufgrund der Herabsetzung der Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast sowie die Erweiterung der Reichweite der Vermutungswirkung von § 476 BGB ist zu erwarten, dass zukünftig die Ausschlussgründe für die Beweislastumkehr in den Vordergrund treten werden. Denn die Vermutung gilt nicht, wenn sie mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist. Entsprechende Hinweise des BGH an das Berufungsgericht über die Reichweite der Ausnahme sind dem Urteil nicht zu entnehmen. Liegt Unvereinbarkeit vor, gilt die gesetzliche Vermutung, der Sachmangel habe bei Gefahrübergang vorgelegen, nicht; sie muss somit nicht vom Verkäufer widerlegt werden. Greift die Ausnahmeregelung, obliegt die Beweislast nach § 363 BGB wieder dem Käufer. Jedoch muss der Verkäufer die Voraussetzungen der Unvereinbarkeit beweisen.<sup>20</sup> Die Vermutung ist mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar, wenn die konkrete Erscheinung der Sache oder des Mangels dem Anschein nach einem typischen Geschehensverlauf entspricht, sodass nach allgemeiner Lebenserfahrung auf die nachträgliche Mangelerscheinung geschlossen werden kann.<sup>21</sup> Bei gebrauchten Sachen kann nicht pauschal von einer Unvereinbarkeit mit der Art der Sache ausgegangen werden, stattdessen sind Grad der Abnutzung und Art des Mangels in einer Gesamtschau zu berücksichtigen.<sup>22</sup> Mit der Art des Mangels ist die Vermutung unvereinbar, wenn der Mangel etwa derart offensichtlich ist, dass er auch einem fachlich nicht versierten Käufer aufgefallen wäre, sodass er die Sache nicht entgegengenommen hätte,<sup>23</sup> oder wenn der Mangel auf nachträglich übliche Verschleißerscheinungen zurückzuführen ist.<sup>24</sup> Die Fehlfunktion des Getriebes, die dem Käufer unmittelbar bei Übergabe aufgefallen wäre, lag hier nicht vor. Jedoch könnte der Verkäufer darlegen und müsste beweisen, dass eine Schädigung des Freilaufs einem typischen Geschehensverlauf entspricht, die nach allgemeiner Lebenserfahrung nach Gefahrübergang aufgetreten sein kann. Dies wird allerdings nur anzunehmen sein, wenn die Parteien bereits bei Vertragsschluss von einem rasch eintretenden Verschleiß ausgegangen sind, was etwa bei leicht verderblicher Ware der Fall wäre.<sup>25</sup> Nur wenn dem Verkäufer der Beweis gelänge, wäre es am Käufer, diesen Anschein zu erschüttern, um zur Vermutungswirkung des § 476 BGB zurückzugelangen.<sup>26</sup>

## D. Auswirkungen für die Praxis

Die Grundsatzentscheidung des BGH wird es Verbrauchern erleichtern, ihre Gewährleistungsansprüche geltend zu machen. Nunmehr hat der Käufer nur noch darzulegen, dass innerhalb von sechs Monaten der Mangel aufgetreten ist. Dem Verkäufer obliegt es, entweder den vollen Gegenbeweis zu erbringen, dass der Mangel erst nach Gefahrübergang eingetreten ist oder sich auf die Unvereinbarkeit der Vermutung zu berufen, indem er beweist, dass nach allgemeiner Lebenserfahrung der Mangel typischerweise erst nach Gefahrübergang auftritt, wovon die Parteien bei Vertragsschluss ausgegangen sind.

17 So bereits KOM(95) 520, 14.

18 Lorenz in: MünchKomm BGB, 7. Aufl. 2016, § 476 Rn. 4; Gsell, VUR 2015, 446, 447.

19 BGH, Urt. v. 12.12.2016 - VIII ZR 103/15 Rn. 52.

20 Gsell, JuS 2005, 967, 969; Weidenkaff in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 476 Rn. 9; abweichend Lorenz, NJW 2004, 3020, 3022.

21 Gsell, JZ 2008, 29, 30; vgl. auch Lorenz in: MünchKomm BGB, 7. Aufl. 2016, § 476 Rn. 15 „Erfahrungssatz“.

22 Lorenz in: MünchKomm BGB, 7. Aufl. 2016, § 476 Rn. 16.

23 BGH, Urt. v. 14.09.2005 - VIII ZR 363/04; a.A. Erger, NJ 2015, 405, 406.

24 Lorenz in: MünchKomm BGB, 7. Aufl. 2016, § 476 Rn. 18; greift hingegen die gesetzliche Vermutung, muss der Verkäufer den vollen Beweis erbringen, der Verschleiß sei nach Gefahrübergang eingetreten, BGH, Urt. v. 12.10.2016 - VIII ZR 103/15 Rn. 59 f.

25 Vgl. Gsell, JZ 2008, 29 ff.

26 Gsell, JZ 2008, 29, 30.

## Arbeitsrecht

### Mitbestimmung bei Einrichtung und Betrieb einer Facebook-Seite

BAG, Beschl. v. 13.12.2016 - 1 ABR 7/15

RA Dr. Detlef Grimm und RA Dr. Jonas Kühne

#### A. Problemstellung

Die Internetöffentlichkeit, allen voran soziale Netzwerke, sind Segen und Fluch zugleich. Während wir die Leistungsfähigkeit ihrer Kommunikationskanäle bewundern, erschauern wir angesichts des Drohpotenzials für Persönlichkeitsrechte und Privatsphäre. Nicht einmal gänzliche Internetabstinenz schützt die eigene Anonymität vor den Eigeninitiativen Dritter. Jeder kann jeden vor die Augen der Internetöffentlichkeit ziehen. Suchalgorithmen stellen si-

cher, dass alles was veröffentlicht wird, auch gefunden werden kann – bis weit in die Zukunft hinein.

Es war nur eine Frage der Zeit, bis dieser Problemkomplex auch das Betriebsverfassungsrecht erreicht. Eine Kernaufgabe des Betriebsrates besteht darin, die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer des Betriebes zu schützen. Sein schärfstes Schwert ist das echte Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Inwieweit dieses Mitbestimmungsrecht bei Auftritten des Unternehmens in sozialen Netzwerken Geltung beansprucht, war lange Zeit ungeklärt und hoch umstritten.<sup>1</sup> Am 13.12.2016 hat das BAG eine erste Leitentscheidung gefällt.

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidungen

I. In seinem Beschluss vom 13.12.2016 hatte das BAG zu entscheiden, ob der Konzernbetriebsrat die Löschung oder Umgestaltung einer Facebook-Seite verlangen kann, die ohne seine Zustimmung einseitig durch den Arbeitgeber eingerichtet worden war. Bei der Facebook-Seite handelte es sich um eine einheitliche Präsentation des Gesamtkonzerns. Sie wurde durch ein Team von etwa zehn Arbeitnehmern betreut, die hierzu eine einheitliche Administratorenkennung verwendeten. Ohne weitere Informationen konnte der Arbeitgeber also nicht erkennen, welches Teammitglied welchen Beitrag auf der Facebook-Seite verfasst hatte.

Die Facebook-Seite folgte dem üblichen Aufbau: Auf der Seitenübersicht wurden Beiträge geschaltet, die unterschiedliche Diskussionsthemen vorgaben. Unter diesen Beiträgen konnten Kommentare verfasst und so zum jeweiligen Diskussionsthema Stellung bezogen werden. Eine Besonderheit bestand darin, dass jeder Besucher der Seite berechtigt war, eigene Beiträge zu erstellen, ohne hierfür Administratorenbefugnisse zu benötigen. Diese Beitragsberechtigung hätte der Arbeitgeber theoretisch abschalten können. Dass alle veröffentlichten Beiträge durch jeden Benutzer kommentiert werden konnten, verstand sich hingegen von selbst. Facebook lässt es nämlich nicht zu, dass auch die Kommentierungsberechtigung von Besuchern abgeschaltet wird.

Der Arbeitgeber hatte nie dazu aufgefordert, Kritik an Mitarbeitern auf der Facebook-Seite zu äußern. Dennoch verfasste ein außenstehender Besucher der Facebook-Seite einen Beitrag, in dem er einen identifizierbaren Mitarbeiter des Konzerns persönlich angriff. Der Konzernbetriebsrat forderte daraufhin gerichtlich, die Facebook-Seite abzumelden. Hilfsweise beantragte der Konzernbetriebsrat sinngemäß, die Beitragsberechtigung für außenstehende Besucher abzuschalten. Das ArbG Düsseldorf gab in erster Instanz dem Hauptantrag statt.<sup>2</sup> Auf die Beschwerde des

Arbeitgebers hob das LArbG Düsseldorf diese Entscheidung auf und wies alle Anträge zurück.<sup>3</sup>

II. Das BAG gab der Rechtsbeschwerde des Konzernbetriebsrats teilweise statt. Es wies zwar den Hauptantrag des Konzernbetriebsrats zurück, hielt den Hilfsantrag aber für begründet. Das BAG ging nicht generell davon aus, dass der Betrieb der Facebook-Seite das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG berührt. Es sei nämlich nicht erkennbar, dass die von Facebook zwingend vorgegebenen Funktionen geeignet wären, das Verhalten und die Leistung einzelner im Konzern beschäftigter Arbeitnehmer zu überwachen. Durch die durch das Administratorenteam geschalteten Beiträge auf der Facebook-Seite werden zwar entsprechende Leistungsdaten von Arbeitnehmern technisch erfasst und dokumentiert, nämlich die Leistungen des Administratorenteam selbst. Jedoch lasse sich im vorliegenden Fall das jeweils verantwortliche Teammitglied nicht persönlich identifizieren, da alle Teammitglieder dieselbe Administratorenkennung verwendeten.

Mit dem Problem, dass außenstehende Nutzer Beiträge stets kommentieren und hierbei individualisierbare Arbeitnehmerdaten offenlegen können, und dass es sich beim Kommentierungsrecht ebenfalls um eine durch Facebook zwingend vorgegebene Funktion handelt, setzte sich das BAG bei seiner Entscheidung zum Hauptantrag nicht auseinander. Dies überrascht, wenn man die weitere Entscheidungsbegründung liest.

III. Dem Hilfsantrag gab das BAG statt. Die durch Facebook nicht zwingend vorgegebene Funktion „Besucher-Beiträge“ freizuschalten, hielt es für mitbestimmt. Bei der eröffneten Möglichkeit, Besucher-Beiträge einzustellen, handele es sich nach seiner Auffassung um eine technische Einrichtung i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Dies begründet das BAG damit, dass die Funktion „Besucher-Beiträge“ es den Nutzern von Facebook erlaube, Postings zum Verhalten und zur Leistung der bei den konzernzugehörigen Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer auf der Seite des Arbeitgebers einzustellen. Je nach Inhalt dieser Besucher-Beiträge könnten diese namentlich oder situationsbedingt einem be-

1 Bisher stellte sich der Streitstand wie folgt dar: Für die Mitbestimmtheit einer Unternehmens-Facebook-Seite positionierten sich die Ausgangsinstanz ArbG Düsseldorf, Beschl. v. 27.06.2014 - 14 BV 104/13; Greif, NZA 2015, 1106, 1108; Brink, jurisPR-ArbR 14/2015 Anm. 3; ablehnend hingegen die Beschwerdeinstanz LArbG Düsseldorf, Beschl. v. 12.01.2015 - 9 TaBV 51/14; Lunk, ArbRB 2016, 110; Nebeling/Klump, DB 2015, 746; Nebeling/Klump, DB 2014, 2352; Stück, ZD 2015, 288; Müller, ArbRAktuell 2015, 187.

2 ArbG Düsseldorf, Beschl. v. 27.06.2014 - 14 BV 104/13.

3 LArbG Düsseldorf, Beschl. v. 12.01.2015 - 9 TaBV 51/14.

stimmten Arbeitnehmer zugeordnet werden. Dies ermöglichte dem Arbeitgeber Leistungs- und Verhaltenskontrollen.

Darauf, dass es der Arbeitgeber gar nicht bezwecke, Leistungs- und Verhaltenskontrollen vorzunehmen, komme es nicht an. Ebenso wenig sei entscheidend, dass die Daten durch die Facebook-Seite nicht automatisch erhoben, sondern durch andere Benutzer manuell eingestellt würden. Es genüge, dass die Beiträge mittels der von Facebook eingesetzten Software einer dauerhaften Speicherung und zeitlich unbegrenzter Zugriffsmöglichkeit zugeführt werden. Arbeitnehmer müssten jederzeit damit rechnen, dass Beiträge zu ihrer Leistung oder ihrem Verhalten nicht nur dem Arbeitgeber, sondern einer unbestimmten Anzahl von Personen, die diese Seite aufrufen, offenbart werden. Deshalb seien sie nicht mit einem an den Arbeitgeber gerichteten Beschwerdebrief vergleichbar.

### C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung des BAG wirft unter mehreren Gesichtspunkten Fragen auf.

I. Zunächst sprechen gute Gründe dafür, dass das BAG mit der von ihm gewählten Begründung bereits dem Hauptantrag hätte stattgeben müssen. Schon die Kommentierungsfunktion von Facebook erlaubt es, Postings zum Verhalten und zur Leistung einzelner Arbeitnehmer einzustellen. Eine Beitragsberechtigung bedarf es hierzu nicht. Eine rechtliche Unterscheidung zwischen Beitragsfunktion und Kommentierungsfunktion ist deshalb kaum zu begründen.<sup>4</sup> Konsequenterweise hätte daher bereits die Kommentierungsfunktion das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG auslösen müssen. Da sich die Kommentierungsfunktion nicht abschalten lässt – was das BAG selbst sah<sup>5</sup> –, unterläge jede öffentliche Facebook-Seite zur Unternehmensrepräsentation der Mitbestimmung des Betriebsrates. Schon die dem Arbeitgeber „zwingend vorgegebenen Funktionen“ seiner Facebook-Seite würden die Überwachung von Arbeitnehmern ermöglichen.<sup>6</sup> Zum Schutz des Mitbestimmungsrechts des Konzernbetriebsrats hätte dann die gesamte Facebook-Seite abgeschaltet werden müssen. Bei der vom BAG gewählten Begründung hätte es somit nahegelegen, den Hauptantrag nicht als überschießenden Globalantrag,<sup>7</sup> sondern als umfassend gerechtfertigt anzusehen. Dies hätte jedoch zur Konsequenz, dass jedwede Auftritte von Unternehmen in sozialen Medien als umfassend mitbestimmt anzusehen wären. Ob das BAG soweit gehen wollte, ist nicht ganz klar.<sup>8</sup>

II. Es fragt sich weiter, ob der Arbeitgeber fremden Nutzern Postings auf seinem Internetauftritt ermöglichen könnte, ohne das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates auszulö-

sen. Denkbar wäre etwa, dass der Arbeitgeber individualisierbare Vorwürfe gegen seine Mitarbeiter in Benutzungsrichtlinien verbietet, und Postings, die hiergegen verstoßen, durch das Administratorenteam löschen lässt. Das BAG geht auf diese Fragen nicht ein.

Insbesondere setzt sich das BAG auch nicht mit der Frage auseinander, unter welchen Voraussetzungen Beiträge außenstehender Nutzer, durch die identifizierbare Mitarbeiter persönlich angegriffen werden, dem Arbeitgeber überhaupt zugerechnet werden können. Ihrer Funktion nach dienen Internetauftritte von Unternehmen der Kommunikation über das Gesamtunternehmen und nicht über das Verhalten einzelner Mitarbeiter. Auch der Arbeitgeber wünscht sich keine internetöffentliche Kritik an seinen Mitarbeitern, sondern hofft schon aus Marketingergwägungen auf ein möglichst positives Feedback. Zwar bleibt es dennoch denkbar, dass Kunden die Seite als Plattform für persönliche Angriffe nutzen. Jedoch muss ein Arbeitnehmer, der im Kundenkontakt steht, ohnehin und seit je her mit Kundenbeschwerden über sein Arbeitsverhalten rechnen. Hat sich ein Kunde dazu entschlossen, einen Mitarbeiter öffentlich oder bei dessen Arbeitgeber anzuprangern, findet er im Internet stets zahlreiche geeignete Kommunikationswege und öffentlich einsehbare Plattformen. Die Gefahr, im Internet denunziert zu werden, erscheint heutzutage – leider – als allgemeines Lebensrisiko. Wenn der unzufriedene Kunde ausgerechnet die Facebook-Seite des Arbeitgebers wählt, wird dies oft Zufall sein. Dass ein Internetauftritt des Arbeitgebers die Denunziationsgefahr signifikant erhöht, kann zumindest angezweifelt werden.

III. Die Entscheidung des BAG wirft daneben grundsätzliche Fragen auf. Es wird leider nicht ganz klar, ob das BAG nunmehr schon jede manuelle Speicherung arbeitnehmerbezogener Daten auf digitalen Datenträgern als mitbestimmt ansieht oder ob es weitere Voraussetzungen gibt. Geklärt war zwar seit Langem, dass technische Einrichtungen auch dann der Mitbestimmung unterliegen können, wenn sie Arbeitnehmer-Daten nicht automatisiert erheben, sondern nur manuell eingegebene Arbeitnehmerdaten verarbeiten. Bislang hatte das BAG die Mitbestimmtheit manueller Dateneingaben aber nur

4 Nebeling/Klump, DB 2017, 74.

5 Vgl. BAG, Beschl. v. 13.12.2016 - 1 ABR 7/15 Rn. 33.

6 Anders aber das BAG, Beschl. v. 13.12.2016 - 1 ABR 7/15 Rn. 20.

7 Zum Begriff vgl. z.B. BAG, Beschl. v. 10.03.2009 - 1 ABR 87/07 - Orientierungssatz 1.

8 Ebenso Nebeling/Klump, DB 2017, 74, 75; Grimm in: Tschöpe, Arbeitsrecht Handbuch, 10. Aufl. 2017, Teil 6 F, Rn. 142.

für Fallkonstellation anerkannt, in denen eine automatisierte Verarbeitung der Daten mit einem konkret zur Anwendung kommenden Programm erfolgte.<sup>9</sup> Eine manuelle Datenspeicherung ohne automatisierte Verarbeitung von Leistungs- und Verhaltensdaten wurde hingegen nicht als mitbestimmt angesehen.<sup>10</sup> Die Entscheidung des BAG vom 13.12.2016 erweckt in Teilen den Eindruck, dass die Mitbestimmtheit neuerdings bereits einsetzen soll, wenn sich Arbeitnehmerdaten auf einem vom Arbeitgeber beherrschten Speichermedium „sammeln“, ohne dass noch weitere Voraussetzungen gestellt werden.<sup>11</sup>

Eine solche Deutung hätte beachtliche Konsequenzen. Denn schon die Veröffentlichung einer E-Mail-Adresse des Unternehmens könnte im Lichte solcher Wertungen als mitbestimmt anzusehen sein. Bereits die Kenntnis der E-Mail-Adresse des Unternehmens würde es nämlich Kunden erlauben, Beschwerde-E-Mails über bestimmte, individualisierbare Arbeitnehmer zu verfassen und an den Arbeitgeber zu versenden. Solche E-Mails würden im E-Mail-Programm des Arbeitgebers dauerhaft gespeichert und könnten bei Bedarf jederzeit mit automatischen Suchalgorithmen ausgewertet werden. Dennoch stößt es auf erhebliches Bedenken, das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bereits derart früh einsetzen zu lassen. Der Arbeitgeber müsste sich bis zum Abschluss der Mitbestimmungsverfahren gegenüber jedweder sozialüblichen Internetkommunikation abschotten.<sup>12</sup>

So weit will offenbar das BAG nicht gehen und weist auf einen aus seiner Sicht entscheidenden Unterschied zwischen einer Beschwerde-E-Mail und einer Facebook-Seite hin: Bei Facebook seien die Beschwerden öffentlich zugänglich und für eine unbestimmte Anzahl von Personen einsehbar.<sup>13</sup> Unzweifelhaft stellt die Prangerwirkung einer öffentlichen Anklage im Internet einen besonders intensiven Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht dar. Dass dieser Gesichtspunkt bei der Definition des Anwendungsbereichs von § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG Beachtung finden soll, erschließt sich dennoch nicht von selbst. Der Anwendungsbereich des Mitbestimmungsrechts knüpft nicht an die Intensität, sondern die Art des Eingriffs an. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG soll Arbeitnehmer in erster Linie vor einer technischen Überwachung durch ihren Arbeitgeber schützen und nicht vor einer öffentlichen Bloßstellung.

IV. Bemerkenswert ist der Hinweis des BAG zur Zwangsvollstreckung eines Löschanforderungs des Betriebsrates.<sup>14</sup> Obwohl es sich bei der Löschung einer Facebook-Seite um ein aktives Tun handelt, erfolgt die Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften zur Erzwingung von Unterlassungen (§ 890 ZPO). Im Schwerpunkt ging es dem

Betriebsrat darum, dass der Arbeitgeber den Betrieb der Seite unterlässt. Ein Unterlassen liegt in solchen Fällen auch vor, wenn ein aktives Verhalten erforderlich ist, damit der Schuldner seiner Pflicht, etwas zu unterlassen, gerecht werden kann.

#### D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung des BAG erscheint im Tenor noch unspektakulär. Das BAG hat dem Arbeitgeber aufgegeben, keine Beiträge fremder Nutzer auf seiner Facebook-Seite zuzulassen. Eine Beitragsberechtigung für fremde Nutzer ist auf Unternehmensseiten jedoch ohnehin eher unüblich und die Ausnahme. Deren Mitbestimmtheit dürfte für sich genommen kaum spürbare praktische Auswirkungen haben.<sup>15</sup>

Allerdings ist die Entscheidungsbegründung in mehreren Punkten schwer nachzuvollziehen und eröffnet dadurch Interpretationsmöglichkeiten, die das ohnehin sehr weit gefasste Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG geradezu ausufern lassen könnten. In der Literatur ist die Entscheidung des BAG nicht ohne Grund auf erhebliche Kritik gestoßen.<sup>16</sup> Es bleibt abzuwarten, bis Folgeentscheidungen weitere Klarstellung schaffen. Angesichts der Alltagsrelevanz des Problemkomplexes dürften weitere Verfahren nicht lange auf sich warten lassen.

Allgemein sei betont, dass das Anliegen, Privatpersonen vor einer Bloßstellung im Internet zu schützen, zwar nachvollziehbar und richtig erscheint. Allerdings muss stets mitbedacht werden, dass es angesichts der heute bestehenden technischen Möglichkeiten keinen 100 %igen Schutz vor Internetdenunziationen geben kann. Die technischen Entwicklungen der letzten zehn bis 20 Jahre lassen sich nicht wieder zurückdrehen.

9 BAG, Beschl. v. 23.04.1985 - 1 ABR 39/81; BAG, Beschl. v. 14.09.1984 - 1 ABR 23/82.

10 BAG, Urt. v. 22.10.1986 - 5 AZR 660/85 Rn. 40; Wiese in: GK, BetrVG, 10. Aufl. 2014, § 87 Rn. 531; a.A. Däubler, Anm. AP Nr. 2 zu § 23 BDSG; Schwarze, BB 1983, 202.

11 BAG, Beschl. v. 13.12.2016 - 1 ABR 7/15 Rn. 40.

12 Ähnlich Stück, ZD 2015, 282, 288; Müller, ArbRAktuell 2015, 187.

13 BAG, Beschl. v. 13.12.2016 - 1 ABR 7/15 Rn. 41.

14 BAG, Beschl. v. 13.12.2016 - 1 ABR 7/15 Rn. 17.

15 Nebeling/Klump, DB 2017, 74, 75.

16 Ablehnend Mues, ArbRB 2017, 174, 175; kritisch Nebeling/Klump, DB 2017, 74; Wahlers, jurisPR-ITR 11/2017 Anm. 5; zustimmend hingegen Ley, BB 2017, 1216; Schindele, ArbRAktuell 2017, 254.

## Kein „Streikrecht“ für Vertragsärzte BSG, Urt. v. 30.11.2016 - B 6 KA 38/15 R

Ri'inSG Barbara Geiger, z.Zt. Wiss. Mit. beim BSG

### A. Problemstellung

Glaukt man Umfragen, ist die Stimmung unter Deutschlands niedergelassenen und angestellten ambulant tätigen Ärzten derzeit insgesamt gut. Nach den Ergebnissen des im Auftrag der Kassenärztlichen Bundesvereinigung und dem NAV-Virchow-Bund erstellten „Ärztebarometer 2016“<sup>1</sup> sind mehr als 90 % zufrieden mit ihrer Tätigkeit. Trotzdem ist ein Drittel der Ärzte unzufrieden mit ihrem monatlichen Einkommen und der wirtschaftlichen Situation ihrer Praxis. Es verwundert daher nicht, wenn Ärzte die Möglichkeiten und Grenzen ihrer berufspolitischen Aktivitäten ausloten, um eine bessere Honorierung ihrer Tätigkeit zu erreichen.

Der 6. Senat des BSG hatte zu entscheiden, ob Vertragsärzte zu „Arbeitskampfmaßnahmen“ berechtigt sind, die sich gegen gesetzliche Krankenkassen und gegen ihre eigene Kassenärztliche Vereinigung richten.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Im Herbst 2012 benachrichtigte ein niedergelassener Allgemeinmediziner die Kassenärztliche Vereinigung davon, dass er zusammen mit fünf anderen Kollegen „das allen Berufsgruppen verfassungsrechtlich zustehende Streikrecht“ ausüben und an zwei Tagen seine Praxis schließen werde, um in Form eines „Warnstreiks“ der Forderung nach einem ärztlichen Honorarsystem mit festen Preisen und ohne Mengenbegrenzungen Nachdruck zu verleihen. Die Kassenärztliche Vereinigung erteilte dem Arzt, nachdem er seine Praxis wie angekündigt an zwei Tagen geschlossen hatte, einen disziplinarrechtlichen Verweis. Er habe mit der Praxisschließung schwerwiegend gegen seine Pflichten als Vertragsarzt verstoßen, denn er sei verpflichtet, seine Sprechstunde in den Praxisräumen abzuhalten, und habe auch erkennen können, dass kollektive Ärztestreiks eine Verletzung dieser Pflicht darstellten. Der Arzt fühlte sich in seinen Rechten beeinträchtigt und klagte.

Mit Urteil vom 30.11.2016 bestätigte der 6. Senat des BSG den disziplinarrechtlichen Verweis und entschied, der Arzt habe seine vertragsärztlichen Pflichten durch die Praxisschließung zur Teilnahme an einem „Warnstreik“ schuldhaft verletzt.

Zwar besteht kein ausdrücklich geregeltes Streikverbot für Vertragsärzte. Der 6. Senat des BSG sieht in der Praxisschlie-

Bung aber einen Verstoß gegen die „Präsenzpflicht“ des Vertragsarztes. Danach muss der Vertragsarzt am Vertragsarztstisch seine Sprechstunde halten, wenn er keinen zulässigen Unterbrechungsgrund vorweisen kann.<sup>2</sup> Zulässige Gründe für eine vorübergehende Schließung der Praxis sind bspw. Krankheit, Urlaub oder die Teilnahme an einer ärztlichen Fortbildung.<sup>3</sup> Die Teilnahme an einem „Warnstreik“ ist nach Auffassung des Gerichts kein Anlass, der eine Praxisschließung rechtfertigen kann, da derartige ärztliche „Kampfmaßnahmen“ durch die Bestimmungen des Vertragsarztrechts ausgeschlossen seien.

Der Gesetzgeber habe in einem geschlossenen System die gegenläufigen Interessen der Krankenkassen auf der einen und der Leistungserbringer auf der anderen Seite zum Ausgleich gebracht, um auf diese Weise eine verlässliche Versorgung der Versicherten zu angemessenen Bedingungen unter allen Umständen sicherzustellen. Auch seien eigenständige Konfliktlösungsmechanismen vorgesehen, auf die Vertragsärzte zu verweisen seien. Ob die Grundrechte der Koalitions-<sup>4</sup> und Berufsfreiheit<sup>5</sup> und das Menschenrecht der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit<sup>6</sup> durch das Streikverbot betroffen seien, könne offenbleiben. Etwaige Eingriffe seien zum Schutz von wichtigen Gemeinwohlbelangen, nämlich der Sicherstellung der Versorgung der gesetzlich Versicherten und zur Aufrechterhaltung des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung gerechtfertigt.

### C. Kontext der Entscheidung

Dem BSG geht es um den Schutz des Systems der vertragsärztlichen Versorgung. Der wesentliche Zweck der Strukturelemente des Vertragsarztrechts ist es nach den Ausführungen des Gerichts, Störungen der Patientenversorgung zu verhindern.

Das Gericht nennt in diesem Zusammenhang drei wesentliche Strukturelemente: Erstens die Tatsache, dass grds. keine direkten Rechtsbeziehungen zwischen einzelnen Vertragsärzten und Krankenkassen existieren, zweitens die Übertragung des Sicherstellungsauftrages auf die Kassenärztlichen Vereinigungen und drittens das „Kollektivvertragssystem“.

Unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen den Krankenkassen als Kostenträgern und den Ärzten als Leistungser-

1 Ergebnispräsentation verfügbar auf <http://www.kbv.de/html/aerztebarometer.php>.

2 § 24 Abs. 2 Ärzte-ZV.

3 § 32 Abs. 1 Ärzte-ZV.

4 Art. 9 Abs. 3 GG.

5 Art. 12 Abs. 1 GG.

6 Art. 11 Abs. 1 EMRK.

bringern werden im Vertragsarztrecht vermieden. Sie bestehen i.d.R. allein zwischen den Krankenkassen und den Kassenärztlichen Vereinigungen, die zugleich die Rechte der Vertragsärzte wahrnehmen. Insbesondere werden die Vergütungen zwischen den Krankenkassen und der jeweiligen Kassenärztlichen Vereinigung vereinbart und als Gesamtvergütung für alle in einem bestimmten Zeitraum erbrachten Leistungen von den Krankenkassen bezahlt. Die Verteilung der Gesamtvergütung ist alleinige Aufgabe der jeweiligen Kassenärztlichen Vereinigung. Da es somit kein unmittelbares Austauschverhältnis zwischen Leistung und Bezahlung gibt, bedarf es eines anderen Mechanismus, um eine ordnungsgemäße Versorgung zu gewährleisten. Der den Kassenärztlichen Vereinigungen übertragene Sicherstellungsauftrag<sup>7</sup> nimmt sie in die Pflicht, eine ordnungsgemäße Durchführung der vertragsärztlichen Versorgung zu gewährleisten. Der einzelne Arzt ist in diesen Sicherstellungsauftrag über die (Zwangs-)Mitgliedschaft eingebunden.<sup>8</sup> Er übernimmt durch seinen Beitritt zum System Verantwortung für dessen Erhalt. Im Kollektivvertragssystem<sup>9</sup> wird die Vergütung der vertragsärztlichen Leistungen nicht durch Marktkräfte, sondern durch Verbände gesteuert. Die beteiligten Körperschaften der Krankenkassen und Ärzte regeln die Einzelheiten in eigenverantwortlichem Zusammenwirken als sog. gemeinsame Selbstverwaltung.

Der 6. Senat des BSG stellt in seiner Entscheidung maßgeblich darauf ab, dass dieses System des Vertragsarztrechtes konterkariert wird, wenn sich Vertragsärzte dem vom Gesetzgeber verfolgten Zweck, eine störungsfreie ärztliche Versorgung der Versicherten sicherzustellen, durch „Warnstreiks“ ganz oder auch nur partiell entziehen könnten. Streitigkeiten um die Höhe der Vergütung würden in diesem System durch zeitnahe Entscheidungen von Schiedsämtern gelöst, die gerichtlich überprüfbar seien. Etwaige Grundrechtseingriffe sollen nach Auffassung des BSG jedenfalls gerechtfertigt sein. Dabei spiele die Finanzierbarkeit der vertragsärztlichen Versorgung eine entscheidende Rolle. „Kampfmaßnahmen“ würden zum einen unmittelbar die Versorgung der Versicherten stören und zum anderen die Gefahr von Kostensteigerungen mit sich bringen. „Warnstreiks“ wären nämlich durchaus ein effizientes Mittel, um die Interessen der Ärzte durchzusetzen.

Das BSG verwehrt den Ärzten ein „Streikrecht“ und betont in diesem Zusammenhang die sozialstaatliche Verpflichtung des Gesetzgebers, eine funktionsfähige und bedarfsgerechte Patientenversorgung zu bezahlbaren Preisen zu gewährleisten. Außerdem führt es Vertragsärzten vor Augen, welche zahlreichen Begünstigungen mit ihrem besonderen Status verbunden sind: Der Zugang zum Kreis der Versicherten in der gesetzlichen Krankenversicherung als potenzielle Patienten und sichere, insolvenzgeschützte und auskömmliche Ein-

nahmen von öffentlich-rechtlichen Institutionen als Schuldner. Sie seien – anders als viele andere freiberuflich tätige Berufsgruppen – durch ihre öffentlich-rechtlichen Vergütungsansprüche gegen die Kassenärztlichen Vereinigungen davor geschützt, ihre erbrachten Leistungen nicht, nicht vollständig oder nicht in angemessener Zeit honoriert zu bekommen, was ihnen ein hohes Maß an Planungssicherheit gewährleiste. Innerhalb des Systems seien Vertragsärzte insbesondere aufgrund des ihnen eingeräumten Vorrangs im Bereich der ambulanten ärztlichen Versorgung weitgehend vor Konkurrenz geschützt. Nicht zuletzt seien Vertragsärzte durch das Kollektivvertragssystem davor geschützt, als Einzelne und im Wettbewerb mit anderen Ärzten die Vertragsbedingungen mit marktstarken Krankenkassen aushandeln zu müssen. Eine angemessene Vergütung sei durch das Gesetz vorgegeben.<sup>10</sup> Den Vertragsärzten werde seit Jahrzehnten und bis heute ein Einkommen ermöglicht, das weit über dem Durchschnittseinkommen der pflichtversicherten Arbeitnehmer liege und auch bei einem Vergleich mit anderen Berufsgruppen mit akademischer Qualifikation eine Spitzenstellung gewähre. Den Vertragsärzten bleibe es versagt, einerseits aus den Vorteilen des Systems Nutzen zu ziehen, andererseits aber nach Marktgesetzen agieren zu wollen.

Die Entscheidung bewegt sich auf einer Linie mit Urteilen des BSG zum sog. Kollektivverzicht.<sup>11</sup> Es ist mit den Pflichten eines Vertragsarztes nicht vereinbar, in einem mit anderen Ärzten aufeinander abgestimmten Verfahren auf die Zulassung als Vertragsarzt zu verzichten. Das Gesetz sanktioniert diesen Schritt scharf mit einer sechsjährigen Wiederzulassungssperre.<sup>12</sup> Diese Regelung hat der 6. Senat des BSG für rechtmäßig erachtet und mit der überragenden Bedeutung der Stabilität des Systems der vertragsärztlichen Versorgung argumentiert.

#### D. Auswirkungen für die Praxis

„Warnstreiks“ von Vertragsärzten, die sich gegen die gesetzlichen Krankenkassen oder Kassenärztliche Vereinigungen richten, sind nach der Rechtsprechung des 6. Senats des BSG unzulässig. Das Gericht hat dem Streikverbot mit dieser Entscheidung Konturen gegeben:

Bei aller Bedeutung des Systems der vertragsärztlichen Versorgung legt das BSG Wert darauf, dass dieses System keinen „Maulkorb“ für Vertragsärzte bedeutet. Das Gericht

7 § 75 Abs. 1 Satz 1 SGB V.

8 § 70 Abs. 1, § 72 Abs. 1 Satz 1, § 75 Abs. 1, § 77 Abs. 3 SGB V.

9 § 72 Abs. 2, § 83 Abs. 1 SGB V.

10 § 72 Abs. 2 SGB V.

11 Vgl. etwa BSG, Urt. v. 17.06.2009 - B 6 KA 16/18 R.

12 § 95b Abs. 1 und Abs. 2 SGB V.

stellt klar, dass die Grundrechte der Meinungs- und Versammlungsfreiheit auch Vertragsärzten zustehen und die hiervon umfassten Versammlungen auch auf eine Beeinflussung der Krankenkassen, der Kassenärztlichen Vereinigung oder des Gesetzgebers gerichtet sein können. Eine vorübergehende Praxisschließung als unvermeidliche Folge der Demonstrationsabsicht kann gerechtfertigt sein. Die Abgrenzung zu einem unzulässigen Streik sei dort zu ziehen, wo nicht das auf eine größere Öffentlichkeit abzielende demonstrative Element, sondern das Bestreben im Vordergrund stehe, durch eine Beeinträchtigung der Versorgung der Versicherten Druck auszuüben.

Das Streikverbot gilt nach der Rechtsprechung des Senats auch für angestellte Ärzte, die innerhalb des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung an der Versorgung der Versicherten beteiligt sind. Etwas anderes gilt aber für den Fall, dass angestellte Ärzte durch einen Streik Druck auf ihren Arbeitgeber ausüben wollen. Insoweit seien sie angestellten Krankenhausärzten vergleichbar und damit auch zum Streik berechtigt. Die Berufsverbände seien nicht gehindert, einen Arbeitskampf durchzuführen, der sich allerdings nur auf tariflich regelbare Ziele und nicht auf eine Verbesserung der Honorierung vertragsärztlicher Leistungen richten dürfe.

Eine Absage hat das BSG der Auffassung des Klägers erteilt, der Sicherstellungsauftrag sei durch die zunehmende Möglichkeit des Abschlusses von Selektivverträgen<sup>13</sup> direkt zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern generell obsolet geworden. Diese Möglichkeit bedeute lediglich eine Einschränkung und nicht eine Aufhebung des grds. weiterhin bestehenden Sicherstellungsauftrages der Kassenärztlichen Vereinigungen. Ob und unter welchen Voraussetzungen der Sicherstellungsauftrag etwa für die hausärztliche Versorgung obsolet werden könne, wenn die überwiegende Zahl der Vertragsärzte an Selektivverträgen beteiligt seien, bedürfe gegenwärtig keiner Entscheidung. Das Gericht deutet hier möglicherweise an, dass diese Entwicklung für Teilbereiche der vertragsärztlichen Versorgung im Auge zu behalten ist.

Ob das BSG in dieser Sache das letzte Wort behält, bleibt abzuwarten. Im April 2017 ist gegen die Entscheidung Verfassungsbeschwerden erhoben worden, die unter dem Aktenzeichen 1 BvR 887/17 geführt wird.

<sup>13</sup> Vgl. etwa § 73b SGB V („Hausarztzentrierte Versorgung“) und § 140a SGB V („Besondere Versorgung“).

## Verwaltungsrecht

# Rechtliche Grenzen für Spielhallen

Ri'inBVerwG Dr. Susanne Rublack

## A. Ausgangslage

Seit der Föderalismusreform 2006 sind die Länder für den Erlass von Gesetzen zum Recht der Spielhallen zuständig (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG). Der 2012 in Kraft getretene Erste Glücksspieländerungsstaatsvertrag<sup>1</sup> sieht – anders als der Glücksspielstaatsvertrag 2008 – in §§ 24 bis 26 Anforderungen an Spielhallen vor, die von den Ländern weiter ausgefüllt werden können und für bestehende Spielhallen empfindliche Einschränkungen unter Umständen bis hin zur Aufgabe eines bestimmten Standortes ermöglichen. Die im Staatsvertrag vorgesehene längste Übergangsfrist für Erlaubnisse von Bestandsspielhallen ist am 30.06.2017 abgelaufen (§ 29 Abs. 4 GlüStV).

Das Land Berlin hatte schon vor Verabschiedung des Glücksspieländerungsstaatsvertrages auf die steigende Zahl der Spielhallen in bestimmten Bezirken mit einem Spielhallengesetz<sup>2</sup> reagiert. Es trat im Juni 2011 in Kraft und wurde durch das im April 2016 in Kraft getretene Min-

destabstandsumsetzungsgesetz<sup>3</sup> ergänzt, das die Auswahl zwischen Bestandsspielhallen regelt, die bislang den geforderten Mindestabstand von 500 m zwischen Spielhallen nicht einhalten und zu nahe an Minderjährigeneinrichtungen liegen. In den übrigen Bundesländern sind ebenfalls Landesgesetze zur Regelung von Spielhallen verabschiedet worden.<sup>4</sup> Das Gesamtbild der Anforderungen an Spielhallen ist – innerhalb des vom Glücksspielstaatsvertrag gezogenen Rahmens – recht heterogen.

<sup>1</sup> Erster Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland, vgl. z.B. GVBl. BE 2012, 193.

<sup>2</sup> Gesetz zur Regelung des Rechts der Spielhallen im Land Berlin (Spielhallengesetz Berlin – SpielhG BE) vom 20.05.2011, GVBl. BE, 223, zuletzt geändert durch Gesetz vom 22.03.2016 (GVBl. BE, 117).

<sup>3</sup> Gesetz zur Umsetzung des Mindestabstands nach dem Spielhallengesetz Berlin für Bestandsunternehmen (Mindestabstandsumsetzungsgesetz Berlin – MindAbstUmsG BE) vom 22.03.2016, GVBl. BE, 117.

<sup>4</sup> Übersicht unter [gluecksspiel.uni-hohenheim.de](http://gluecksspiel.uni-hohenheim.de).



Nachdem die gesetzlichen Verschärfungen eine Vielzahl von Gerichtsverfahren von Spielhallenbetreibern ausgelöst hatten, hatte das BVerwG über mehrere Revisionen gegen klagabweisende Urteile zum Spielhallenrecht in Berlin und in Rheinland-Pfalz zu entscheiden, mit denen die Verfassungsmäßigkeit der landesrechtlichen Regelungen und ihre Vereinbarkeit mit Unionsrecht<sup>5</sup> infrage gestellt wurden. Es hat mit Urteilen vom 16.12.2016 sämtliche Revisionen zurückgewiesen<sup>6</sup> und die zur Prüfung gestellten Anforderungen an Spielhallen für verfassungsgemäß gehalten. Das BVerfG hat mit Beschluss vom 07.03.2017 Verfassungsbeschwerden von vier Spielhallenbetreiberinnen aus Berlin, Bayern und dem Saarland, die ungeachtet der Rechtsschutzmöglichkeiten vor den Verwaltungsgerichten unmittelbar gegen die dortigen Regelungen eingelegt worden waren und vom BVerfG als weitgehend zulässig angesehen worden sind, zurückgewiesen.<sup>7</sup> Damit ist im Grundsatz klargestellt, dass die Länder zum Erlass derartiger Einschränkungen für Spielhallen befugt sind. Die Automatenwirtschaft kündigt an, weiter gerichtlich gegen die Umsetzung landesrechtlicher Einschränkungen vorgehen zu wollen. Deshalb wird das Thema die Verwaltungsgerichte auch in Zukunft beschäftigen.

## B. Besondere Suchtgefahr des Automatenspiels

Das Glücksspiel an Automaten in Spielhallen nimmt nach wie vor einen Spitzenplatz bei den Suchtgefährdungen im Glücksspielbereich ein. Gleichzeitig nahm bislang die Anzahl von Spielhallenstandorten und von Mehrfachspielhallen – also Komplexen mit mehreren dicht beieinanderliegenden Spielhallen – und nehmen die Umsätze mit Geldspielgeräten in Spielhallen zu. Zwischen der deutlichen Zunahme und Nutzung des Angebotes an Geldspielgeräten in Spielhallen und der Zunahme an Suchtproblemen besteht ein Zusammenhang. Das belegen Studien aus den letzten Jahren wie der Evaluierungsbericht zur Fünften Novelle der Spielverordnung 2010 (BR-Drs. 881/10), die regelmäßigen Glücksspiel-surveys der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung und die sog. PAGE-Studie 2011.<sup>8</sup> In den letzten Jahren ist insbesondere der Anteil junger Spieler deutlich gestiegen. Die Altersgruppe der 18- bis 25-Jährigen stellt diejenige mit dem größten Spieleranteil an Geldspielgeräten dar. Ausdrücklich hält das BVerfG fest, dass die hohen Anteile der Spieler an Geldspielgeräten an der Gesamtzahl pathologischer Spieler sowie der hohe Marktanteil und das erhebliche Wachstum des Spiels in Spielhallen über die letzten Jahre die Annahme nachweisbarer schwerer Gefahren für die spielsüchtigen oder von Spielsucht bedrohten Personen, ihre Familien und die Gemeinschaft rechtfertigen. Es erkennt den Landesgesetzgebern innerhalb ihres Einschätzungs- und Prognose-spielraums weitgehende Möglichkeiten zu, auf diese Gefahren zu reagieren.

## C. Was dürfen die Länder regeln?

Der 2006 in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG als Ausnahme von der Bundeskompetenz eingefügte Kompetenztitel für das „Recht der Spielhallen“ ermächtigt die Länder, die gewerberechtlichen Anforderungen an den Betrieb und die Zulassung von Spielhallen zu regeln. Das schließt die räumlichen Bezüge von Spielhallen zu ihrem Umfeld (z.B. den Abstand zu anderen Einrichtungen aus Gründen der Spielsuchtprävention) ein. Dem Bund ist nach der Neuordnung der Gesetzgebungsbefugnisse durch die Föderalismusreform die Zuständigkeit zur Regelung der produktbezogenen Anforderungen an die Beschaffenheit, die Vermarktung und Aufstellung von Spielgeräten sowie an die – in der historischen Entwicklung des Spielhallenrechts neben der Spielhallenerlaubnis gesondert entstandene – standortübergreifende sog. Aufstellererlaubnis verblieben.

BVerwG und BVerfG haben unter Auswertung der Materialien der Föderalismuskommission die von den Revisions- bzw. Verfassungsbeschwerdeführerinnen und in der Literatur zum Teil vertretene Auffassung zurückgewiesen, dass die Länderbefugnis für Spielhallenregelungen normativ-rezeptiv auf den Regelungsbereich der bisherigen bundesrechtlichen Rechtsgrundlage für Spielhallen in § 33i GewO begrenzt sei.<sup>9</sup> Eine derartige Begrenzung wäre schon verfassungsdogmatisch problematisch und findet für das „Recht der Spielhallen“ keinerlei Rückhalt in der Entstehungsgeschichte der Föderalismusreform.

## D. Mindestabstand zwischen Spielhallen, Verbundverbot

In Berlin darf eine Spielhalle nur zugelassen werden, wenn sie mindestens 500 m von weiteren Spielhallen entfernt ist. An jedem Spielhallenstandort darf darüber hinaus nur eine Spielhalle bestehen, was die Erlaubnisfähigkeit der bisher zunehmend verbreiteten sog. Verbundspielhallen (Mehrfachkomplexe) ausschließt (§ 2 Abs. 1 SpielhG BE). In anderen Bundesländern

5 Auf die in den angesprochenen Revisionsverfahren von den Klägerinnen geltend gemachten, vom 8. Revisionsssenat nicht geteilten unionsrechtlichen Einwände kann hier aus Platzgründen nicht eingegangen werden.

6 BVerwG, Urt. v. 16.12.2016 - 8 C 6/15, 8 C 7/15, 8 C 8/15, 8 C 4/16, 8 C 5/16 und 8 C 8/16. Im Folgenden wird als Leitentscheidung das Urteil im Verfahren 8 C 6.15 zugrunde gelegt. Das Verfahren 8 C 4/16 betraf das Spielhallenrecht in Rheinland-Pfalz, alle übrigen das Land Berlin.

7 BVerfG, Beschl. v. 07.03.2017 - 1 BvR 1314/12; vgl. nun auch BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 31.03.2017 - 1 BvR 8/13.

8 Vgl. zu alledem BVerfG, Beschl. v. 07.03.2017 - 1 BvR 1314/12 u.a. Rn. 137 ff. m.w.N.

9 BVerwG, Urt. v. 16.12.2016 - 8 C 6/15 Rn. 21 ff.; BVerfG, Beschl. v. 07.03.2017 - 1 BvR 1314/12 u.a. Rn. 100 ff.

gelten zum Mindestabstand ganz unterschiedliche Regelungen, die Berliner Regelung gehört zu den strengsten. Da die bestehenden Spielhallen in Berlin aufgrund der deutlichen Verdichtung des Spielhallenangebotes in den letzten Jahren diese Anforderungen derzeit vielfach nicht einhalten und die Betreiber mit Verbundspielhallen kostengünstiger wirtschaften können als mit Einzelspielhallen, kam der Frage der Verfassungsmäßigkeit der Abstandsregelung und des Verbundverbots besondere Bedeutung zu.

Die höchstrichterlichen Entscheidungen haben einen Mindestabstand von 500 m und das Verbot mehrerer Spielhallen an einem Standort im Hinblick auf das Regelungsziel des Landesgesetzgebers, Suchtgefahren zu begegnen und Spielern nach dem Verlassen einer Spielhalle eine Bedenkzeit für die Beendigung oder Fortsetzung ihres Spiels („Abkühlphase“) einzuräumen, als verfassungsrechtlich gerechtfertigte und insbesondere verhältnismäßige Einschränkung der Berufsfreiheit der Spielhallenbetreiber (Art. 12 GG) angesehen. Das Verbundverbot soll außerdem einem „Las Vegas-Effekt“ der Massierung des Spielangebots entgegenwirken. Die Verfassungsmäßigkeit beider Regelungen wird durch – in den Revisionsverfahren tatrichterlich festgestellte – Ausweichmöglichkeiten der Betreiber auf andere Standorte im Geltungsbereich der Regelung und durch die Möglichkeit gesichert, im Einzelfall eine Ausnahmeregelung zu gewähren.

Das BVerfG misst die Abstands- und Verbundverbotsregelung innerhalb der Anforderungen an Einschränkungen der Berufsfreiheit auch an einem verfassungsrechtlichen Konsequenzfordernis. Das gesetzgeberische Ziel der Spielsuchtbekämpfung müsse auch im Hinblick auf Glücksspielbereiche, in denen gesteigerte fiskalische Interessen der Länder bestehen, konsequent verfolgt werden. Das wäre nicht der Fall, wenn die Reduzierung der Zahl von Spielhallen künftig durch eine Ausweitung des Automatenspiels und die Vermehrung der Standorte von Spielbanken und deren Dependancen konterkariert würde.<sup>10</sup>

### **E. Mindestabstand zu Kinder- und Jugendeinrichtungen**

Minderjährige dürfen schon aufgrund des Jugendschutzgesetzes Spielhallen nicht betreten (§ 6 Abs. 1 JuSchG). Erhebliche Auswirkungen auf die Anzahl möglicher Spielhallenstandorte haben Länderregelungen, die darüber hinaus eine Erlaubnis von Spielhallen innerhalb eines bestimmten Mindestabstandes oder in der Nähe von Einrichtungen für Kinder und Jugendliche grds. ausschließen. Der Kreis der erfassten Einrichtungen und die Bemessung des Mindestabstandes sind auch hier je nach Bundesland unterschiedlich. Die Regelung in Berlin, wonach Spielhallen nicht in räumlicher Nähe – bei bestehenden Spielhallen: weniger als 200 m entfernt –

von solchen Einrichtungen erlaubt werden dürfen (§ 2 Abs. 1 Satz 4 SpielhG BE, § 5 Mindestabstandsumsetzungsgesetz – MindAbstUmsG), ist ebenso verfassungsgemäß wie etwa die rheinland-pfälzische Abstandsregelung von 500 m Luftlinie zu Minderjährigeneinrichtungen (§ 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 LGlüG RP),<sup>11</sup> da sie dem „Reiz des Verbotenen“ von Spielhallen für Minderjährige und deren Gewöhnung an die Verfügbarkeit eines solchen Spielangebots in ihrem alltäglichen Lebensumfeld entgegenwirken. Das BVerfG hält insoweit nicht einmal eine Abweichungs- und Ausnahmemöglichkeit im Einzelfall für geboten.

### **F. Auswahl zwischen bestehenden Spielhallen**

Gegenstand der Revisionsverfahren zum Berliner Landesrecht war auch die Auswahlregelung des Mindestabstandsumsetzungsgesetzes Berlin von 2016. Dieses sieht ein detailliertes Verfahren mit Kriterien und Fristen für die Auswahl bestehender Spielhallenstandorte und -betriebe zur Wahrung der neuen Mindestabstände vor und wird – soweit Spielhallen die qualitativen Anforderungen einhalten – letztlich in einem softwareunterstützten Losentscheid zwischen gleichrangig konkurrierenden Betrieben münden (§ 7 MindAbstUmsG). Spielhallen, die fristgerecht eine neue Erlaubnis beantragt haben, gelten bis sechs Monate nach Bekanntgabe der Auswahlentscheidung als erlaubt (§ 2 Abs. 3 MindAbstUmsG). Dieses Auswahlverfahren ist derzeit in Berlin noch nicht abgeschlossen. Das BVerfG hat das Auswahlverfahren grds. als verfassungsrechtlich unbedenklich bewertet. Die in der Literatur zuweilen kritisch betrachtete Einführung eines Losentscheides in ein rechtlich gesteuertes Zulassungsverfahren („Zufall als Rechtsprinzip?“) erwies sich in diesem Fall als verfassungsgemäß, weil nur Antragsteller in den Losentscheid einbezogen werden, die sämtliche materiell-rechtlichen Anforderungen an Spielhallen und ihre Betreiber einhalten. Der Gesetzgeber muss die Auswahlentscheidung weder an den Kriterien der Anciennität der Betriebe noch der Priorität ihrer Erlaubnisanträge orientieren noch muss er bei der Auswahl gewichten, wie viele Spielhallen bislang an dem jeweiligen Standort betrieben wurden oder wie viele Spielgeräte in ihnen aufgestellt sind. Bemerkenswert ist angesichts der hohen Grundrechtsrelevanz der Auflösung von Standortkonkurrenzen und der Konkurrenzen von Spielhallen an einem ausgewählten Standort, dass das BVerfG es nicht dem Gesetzgeber vorbehalten hat, die Auswahlkriterien festzulegen.<sup>12</sup> Damit bleibt es in den Ländern, in denen der Gesetzgeber keine Vorgaben macht, nach wie vor den zu-

<sup>10</sup> BVerfG, Beschl. v. 07.03.2017 - 1 BvR 1314/12 u.a. Rn. 147.

<sup>11</sup> Landesglücksspielgesetz – LGlüG – vom 22.06.2012, GVBl. RP, 166, zuletzt geändert durch Gesetz vom 18.08.2015 (GVBl. RP, 190).

<sup>12</sup> BVerfG, Beschl. v. 07.03.2017 1 - BvR 1314/12 u.a. Rn. 183 ff.

ständigen Behörden überlassen, sachgerechte Kriterien und ein entsprechendes Auswahlverfahren festzulegen. Die Standortkapazität ist dabei allerdings bestmöglich aususchöpfen; Neubewerber können nach der Entscheidung des BVerfG neben Bestandsspielhallen einbezogen werden.<sup>13</sup>

### G. Anzahl und Aufstellungsweise der Spielgeräte

Zu den wirtschaftlich einschneidendsten Regelungen im Berliner Spielhallengesetz gehört die Herabsetzung der in einer Spielhalle zulässigen Höchstzahl von Geldspielgeräten von bisher – seit der Liberalisierung in der Spielverordnung von 2005 – zwölf (§ 3 Abs. 2 SpielV)<sup>14</sup> auf acht (§ 4 Abs. 2 Satz 1 SpielhG BE). Dass damit für die Betreiber Einnahmen von bis zu einem Drittel der höchstzulässigen Anzahl von Geräten wegfallen, schränkt die Berufsfreiheit ebenfalls in verhältnismäßiger Weise ein. Die Reduzierung von Geräten vermindert den Anreiz zu übermäßigem Spielen und dient damit wegen des vom Gesetzgeber zulässigerweise angenommenen Zusammenhangs zwischen dem Umfang des vorhandenen Glücksspielangebots und der Entstehung von Spielsucht der Suchtprävention. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewährleistet keine bestimmte Rentabilität von Spielhallen.<sup>15</sup> Verfassungsgemäß ist auch ein landesrechtlicher Mindestabstand zwischen Spielgeräten und das Verbot, Geräte in Zweiergruppen aufzustellen, da der Berliner Gesetzgeber hiermit auf ein in der Praxis weitverbreitetes und von Suchtexperten als spielergefährdend herausgestelltes Phänomen des gleichzeitigen Bespielens mehrerer Geräte durch eine Person reagiert hat, das in besonderer Weise einen Kontrollverlust des Spielers nahelegt.

### H. Sonstige Anforderungen an den Spielhallenbetrieb

Das BVerwG hatte sich darüber hinaus mit mehreren weiteren Vorschriften des Spielhallengesetzes Berlin über den Spielhallenbetrieb zu befassen, die die Werbung für Spielhallen beschränken, die Sperrzeit von bislang einer auf acht Stunden ausweiten, die unentgeltliche Abgabe von Speisen und Getränken untersagen und die Gerätehöchstzahl bei entgeltlicher Abgabe auf drei vermindern sowie zur Stellung einer Aufsichtsperson für jede Spielhalle, zur Berücksichtigung von sog. Selbstsperrern, zur Durchführung von Identitätskontrollen und zu suchtpreventiven Informationen an die Spieler verpflichten. Gegen all diese Regelungen bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken, da sie offenkundig dem Spielerschutz und der Bekämpfung und Prävention von Spielsucht dienen.

### I. Übergangsregelungen für Bestandsspielhallen

Spielhallen, für die vor dem Stichtag 28.10.2011 – dem Beschluss der Ministerpräsidentenkonferenz über die Ände-

rung des Glücksspielstaatsvertrages – eine Erlaubnis erteilt war, gelten nach § 29 Abs. 4 des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrages für eine Übergangsfrist von fünf Jahren, bei Erlaubniserteilung vor dem Stichtag für eine Frist von einem Jahr als mit dem Staatsvertrag vereinbar. Das vor der Einführung von Spielhallenregelungen in den Glücksspielstaatsvertrag geschaffene Spielhallengesetz Berlin sah einheitlich und stichtagsunabhängig eine Übergangsfrist von fünf Jahren vor, die am 31.07.2016 abgelaufen und derzeit nur für diejenigen Bestandsspielhallen verlängert ist, für die Anträge im Sonderverfahren zur Auswahl nach dem Mindestabstandsumsetzungsgesetz gestellt worden sind (siehe oben). Das BVerfG hat sowohl den Stichtag der Ministerpräsidentenkonferenz als auch die Übergangsfristen für Alterlaubnisse verfassungsrechtlich gebilligt.<sup>16</sup>

Das BVerwG hat zwischenzeitlich mit Urteil vom 05.04.2017 (8 C 16/16)<sup>17</sup> entschieden, dass ein Betreiberwechsel während der Übergangsfrist unschädlich ist. Diese ist rein betriebsbezogen und dient dem Schutz von Investitionen im Vertrauen auf den Fortbestand der Alterlaubnisse.

### J. Automatenspiel in Gaststätten und Spielbanken

Den Einwänden der Spielhallenbetreiber, die für sie geltenden Einschränkungen verletzen das Gleichheitsgebot aus Art. 3 Abs. 1 GG, weil sie gegenüber Betreibern von Gaststätten mit Spielgeräten und von Spielbanken ohne hinreichenden Grund schlechter gestellt würden, ist weder das BVerwG noch das BVerfG gefolgt. In Gaststätten besteht kein generelles Zutrittsverbot für Minderjährige und bestehen bislang keine Anforderungen an die Aufstellungsweise (Mindestabstand, Sichtschutz) von Geräten; bis 10.11.2019 sind dort drei, ab diesem Datum zwei Geräte zulässig (§ 3 Abs. 1 SpielV). Spielbanken wiederum verfügen typischerweise über große Automatenäle mit Geldspielautomaten, deren Bauart nicht den Anforderungen an den Spielerschutz unterliegen wie bei Geräten für Spielhallen. Gleichwohl sind die Regelungsunterschiede im Verhältnis zu Spielhallen nach den Entscheidungen des BVerwG und des BVerfG verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, da Gaststätten wegen der geringeren Anzahl von Spielgeräten, der dort größeren Sozialkontrolle durch Nichtspieler sowie ihrer Prägung durch den Verzehr von Speisen und Getränken und Spielbanken wegen der begrenzten Anzahl von Standorten bzw. Dependancen ein ge-

13 BVerfG, Beschl. v. 07.03.2017 1 - BvR 1314/12 u.a. Rn. 185.

14 BGBl. I 2006, 280.

15 BVerfG, Beschl. v. 07.03.2017 - 1 BvR 1314/12 u.a. Rn. 166.

16 BVerfG, Beschl. v. 07.03.2017 - 1 BvR 1314/12 u.a. insbesondere Rn. 196 ff.

17 In Kürze veröffentlicht.

ringeres Gefährdungspotenzial im Hinblick auf die Entziehung von Spielsucht aufweisen.

## K. Ausblick

Mit den hier dargestellten höchstrichterlichen Entscheidungen sind wichtige Fragen des neuen Spielhallenrechts geklärt worden. Dadurch haben die Landesgesetzgeber, die zuständigen Aufsichtsbehörden und auch die privaten Akteure auf dem Glücksspielmarkt mehr Rechtssicherheit gewonnen. Weitere Fragen dürften an die Verwaltungsgerichte herangetragen werden, wenn die Länder ihre Regelungen kontinuierlich in die Praxis umsetzen und einige Betreiber ihre Erlaubnis verlieren oder ihnen erstmalig beantragte Erlaubnisse versagt werden.

## Entlassung eines Lehrers wegen sexueller Übergriffe

BVerwG, Beschl. v. 24.01.2017 - 2 B 75/16

RiBVerwG Dr. Andreas Hartung

### A. Problemstellung

Nach § 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BeamtStG kann ein Beamter auf Probe eines Landes entlassen werden, wenn er sich in der Probezeit nicht bewährt hat. Für diese Feststellung der Nichtbewährung kann es auch auf Umstände ankommen, die bereits Gegenstand eines Strafverfahrens waren. Dann ist fraglich, ob die Verwaltungsbehörde und sodann die Verwaltungsgerichte an ein den Beamten freisprechendes Strafurteil in dem Sinne gebunden sind, dass der Beamte die ihm im Strafverfahren vorgeworfenen Handlungen tatsächlich nicht begangen hat. Im vorliegenden Fall geht es um den Vorwurf sexueller Übergriffe eines Lehrers.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der 1967 geborene Kläger wurde im September 2005 unter Berufung in das Beamtenverhältnis auf Probe zum Studienrat zur Anstellung ernannt und an einem staatlichen Gymnasium beschäftigt. Im Juli 2006 teilte ein im August 1992 geborener Schüler der Leitung der Schule mit, er sei vom Kläger im Sommer 2005 bei Aufhalten in Sommerlagern eines Sportvereins, für den der Kläger auch als Trainer tätig war, wiederholt im Genitalbereich berührt worden. Das Amtsgericht verurteilte den Kläger im Oktober 2008 wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern in fünf selbstständigen Fällen, jeweils in Tateinheit mit sexuellem Missbrauch von Schutzbefohlenen, in zwei Fällen zudem in Tateinheit mit sexuellem Missbrauch widerstandsunfähiger Personen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren. Der Kläger habe bei drei Trainingslagern im Som-

mer 2005 an einem Jungen, dessen Alter ihm bekannt gewesen sei, sexuelle Handlungen vorgenommen, nachdem er es organisiert habe, dass er mit diesem Jungen, dessen Angaben glaubhaft seien, in einer engen Kammer eines Zeltes gemeinsam geschlafen habe. Anfang März 2010 hob das Landgericht das Urteil des Amtsgerichts auf und sprach den Kläger – rechtskräftig – frei. Zur Begründung verwies das Gericht darauf, es habe nicht mit der für eine strafgerichtliche Verurteilung erforderlichen Sicherheit feststellen können, dass es zu den dem Kläger zur Last gelegten sexuellen Übergriffen gegenüber dem Jungen gekommen sei.

Anschließend nahm das Ministerium das für die Dauer des Strafverfahrens ausgesetzte Entlassungsverfahren wieder auf und verfügte die Entlassung des Klägers aus dem Beamtenverhältnis auf Probe mit der Begründung, dem Kläger fehle die erforderliche charakterliche Eignung für eine Tätigkeit als Lehrkraft im Gymnasialschuldienst. Das Verwaltungsgericht wies die hiergegen vom Kläger erhobene Klage ab. Aufgrund des bereits vom Ministerium in Auftrag gegebenen psychiatrischen Fachgutachtens sei davon auszugehen, dass beim Kläger eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit (größer als 60 %) für eine pädophile Neigung bestehe. Auf die Berufung des Klägers hat der Verwaltungsgerichtshof das Urteil des Verwaltungsgerichts und die Entlassungsverfügung des Ministeriums aufgehoben. Nach den Ausführungen des vom Verwaltungsgerichtshof bestellten Sachverständigen leide der Kläger nicht an einer sexuellen Präferenzstörung in Form der Pädophilie. Bei der Bewertung müssten die inkriminierten Sachverhalte wegen der Unschuldsvermutung außer Betracht bleiben. Nach einem rechtskräftigen Freispruch sei das Äußern eines Schuldverdachts gegen den Betroffenen mit dem Grundsatz der Unschuldsvermutung, die eine besondere Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips sei und damit Verfassungsrang habe, unvereinbar. Beim Gutachten des Ministeriums handele es sich um ein Parteigutachten, das ersichtlich von einem gewünschten Ergebnis getragen sei. Auch die die Verfügung selbstständig tragende Annahme der fehlenden charakterlichen Eignung des Klägers sei rechtsfehlerhaft. Die von Ministerium vorgebrachten Zweifel an der charakterlichen Eignung des Klägers bewegten sich im Bereich bloßer Mutmaßungen. Zwar habe das Ministerium für die von ihm angenommenen Grenzverletzungen im Lehrer-Schüler-Verhältnis konkrete Verhaltensweisen des Klägers benannt. Aber auch diese rechtfertigten die Entlassung des Klägers wegen mangelnder charakterlicher Eignung ohne vorherige Abmahnung nicht.

### C. Kontext der Entscheidung

Auf die Beschwerde des beklagten Freistaats gegen die Nichtzulassung der Revision durch den Verwaltungsgerichtshof hat das BVerwG das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Ent-

scheidung an den Verwaltungsgerichtshof zurückverwiesen (§ 133 Abs. 6 VwGO).

### I. Rechtskraft des freisprechenden Strafurteils/ Bedeutung der Unschuldsvermutung

Anders als § 24 Abs. 1 Satz 1 BeamStG knüpft die Entscheidung über die Bewährung eines Beamten auf Probe während der Probezeit aufgrund von § 10 Satz 1 und § 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BeamStG nicht an ein rechtskräftiges Strafurteil eines deutschen Gerichts an. Grds. sind andere Gerichte an die Wertungen des Sachverhalts durch das freisprechende Strafgericht nicht gebunden, soweit es bei ihren Verfahren nicht um die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Betroffenen geht. Eine solche Bindung besteht nur, wenn und soweit der Gesetzgeber dies ausdrücklich angeordnet hat. Dies gilt z.B. für § 190 Satz 2 StGB oder für § 14 Abs. 2 BDG, nicht aber für die hier fragliche Beurteilung der Entlassung eines Probebeamten wegen fehlender Bewährung in der Probezeit. Jenseits solcher Fälle einer gesetzlich ausdrücklich angeordneten Bindungswirkung ist die materielle Rechtskraft des Strafurteils auf den Tenor beschränkt und steht der Zulässigkeit von zukünftigen strafrechtlichen Sanktionen gegen denselben Täter wegen derselben Tat entgegen. Auf die Entscheidungsgründe bezieht sich die Wirkung der Rechtskraft dagegen nicht. Nach der Rechtsprechung des BGH muss sich auch das in einem späteren Strafverfahren entscheidende Gericht hinsichtlich der Würdigung des Geschehens ohne Bindung an das frühere Urteil eine eigene Überzeugung verschaffen. Dies gilt z.B. für die Frage einer etwaigen Bindungswirkung der Feststellungen eines rechtskräftigen Urteils gegen den Täter eines Betäubungsmitteldelikts im weiteren Strafverfahren gegen einen Gehilfen.<sup>1</sup>

Die Unschuldsvermutung, die ihre Wurzeln im Rechtsstaatsprinzip hat und in Art. 6 Abs. 2 EMRK ausdrücklich hervorgehoben wird, schützt den Beschuldigten vor Nachteilen, die Schuldpruch oder Strafe gleichkommen, denen aber kein rechtsstaatliches prozessordnungsgemäßes Verfahren zur Schuldfeststellung und Strafzumessung vorausgegangen ist, nicht jedoch vor Rechtsfolgen, die keinen Strafcharakter haben.<sup>2</sup> Dazu zählt auch die Beurteilung der gesundheitlichen und charakterlichen Eignung eines Beamten auf Probe im Rahmen von § 10 Satz 1 und § 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BeamStG. Sie dient der Sicherung der Leistungsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung, indem die Lebenszeitverbeamtung von solchen Probebeamten ausgeschlossen wird, die sich in der Probezeit nicht bewährt haben. Auch nach Maßgabe der Kriterien des EGMR<sup>3</sup> handelt es sich bei der Entlassung eines Probebeamten wegen fehlender Bewährung in der Probezeit nicht um ein Strafverfahren. Weder ordnet das innerstaatliche Recht der Bundesrepublik das Geschehen als Strafverfahren ein noch spricht die Na-

tur des Vergehens für ein Strafverfahren noch hat die Rechtsfolge Strafcharakter oder will abschrecken.

### II. Verfahrensfehler

Die Frage, ob das Berufungsurteil an einem Mangel i.S.v. § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO leidet, beurteilt sich nach dem materiell-rechtlichen Standpunkt des Berufungsgerichts, auch wenn dieser unrichtig sein sollte.<sup>4</sup> Dementsprechend musste das BVerwG bei der Entscheidung über das Vorliegen eines Verfahrensmangels die Rechtsansicht des Verwaltungsgerichtshofs zugrunde legen, dass die „inkriminierten Sachverhalte“ wegen der Rechtskraft des freisprechenden Strafurteils und der Unschuldsvermutung nicht zu berücksichtigen sind. Aber selbst auf der Basis dieser unzutreffenden Rechtsansicht verstößt das Berufungsurteil gegen § 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Dem Gericht obliegt danach die Verpflichtung, der Überzeugungsbildung den im Verfahren festgestellten Sachverhalt vollständig und richtig zugrunde zu legen. Insbesondere darf das Gericht nicht einzelne entscheidungserhebliche Tatsachenfeststellungen oder Beweisergebnisse bei der Würdigung des Sachverhalts außer Acht lassen, insbesondere nicht Umstände übergehen, deren Entscheidungserheblichkeit sich ihm hätte aufdrängen müssen.<sup>5</sup>

Ausgehend von seiner Rechtsansicht zur Rechtskraft des Strafurteils sowie zur Unschuldsvermutung hätte der Verwaltungsgerichtshof diejenigen für die Beurteilung der Bewährung relevanten Aspekte in seine Erwägungen mit einbeziehen müssen, die nicht Bestandteil des eigentlichen strafrechtlichen Vorwurfs des sexuellen Missbrauchs von Kindern waren. Dies gilt insbesondere für den für die in Rede stehenden Straftatbestände irrelevanten Umstand, dass der Kläger dem 13-jährigen Jungen jeweils vorgeschlagen hatte, während der Trainingslager des Sportvereins bei ihm in einem recht beengten Zelt zu übernachten. Denn diese Verhaltensweise des Klägers deutet auf einen eignungsrelevanten Mangel an gebotener körperlicher Distanz des Klägers zu den ihm anvertrauten Kindern hin.

### III. Erneutes Berufungsverfahren

In dem erneuten Berufungsverfahren muss der Verwaltungsgerichtshof nunmehr durch eine eigenständige Beweisaufnahme klären, ob der Kläger an einem ihm anvertrauten Jungen sexuelle Handlungen vorgenommen hat. Lässt sich diese Frage nicht mit der erforderlichen Gewissheit klären, ist zu

1 BGH, Beschl. v. 09.03.2010 - 4 StR 640/09 Rn. 3.

2 BVerfG, Beschl. v. 29.05.1990 - 2 BvR 254, 1343/88; BVerfG, Beschl. v. 16.05.2002 - 1 BvR 2257/01 und BVerfG, Beschl. v. 29.10.2015 - 2 BvR 388/13 Rn. 31 m.w.N.

3 EGMR, Urf. v. 08.06.1976 - 5100/71 - „Engel u.a./Niederlande“.

4 BVerwG, Beschl. v. 23.01.1996 - 11 B 150/95.

5 BVerwG, Beschl. v. 18.11.2008 - 2 B 63/08 Rn. 27.

prüfen, ob andere Umstände den von der Behörde gezogenen Schluss der mangelnden Bewährung des Klägers in der Probezeit rechtfertigen. Nach § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO ist die Prüfung der Rechtmäßigkeit eines belastenden Verwaltungsakts nicht auf die Gründe beschränkt, die die Behörden ihre Begründung i.S.v. § 39 Abs. 1 VwVfG aufgeführt hat. Aufzuklären sind dabei insbesondere die Umstände der gemeinsamen Übernachtung in einem Zelt unter beengten Verhältnissen.

#### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Zum einen macht der Beschluss deutlich, dass die Bedeutung freisprechender Strafurteile begrenzt ist, soweit es nicht mehr um die Zulässigkeit strafrechtlicher Sanktionen geht, sondern die Verfahren anderen öffentlichen Interessen dienen. Zum anderen betont der Beschluss erneut die insbesondere auch für das Disziplinarverfahren bestehende Verpflichtung der Gerichte (§ 13 BDG), entsprechend § 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO sämtliche Umstände zu berücksichtigen, damit die innere Überzeugungsbildung des Gerichts auf einer tragfähigen Tatsachengrundlage beruht. Schließlich ist der Hinweis des BVerwG an den Verwaltungsgerichtshof von fallübergreifender Bedeutung, dass es auch Verhaltensweisen eines Lehrers gibt, die ohne vorigen Hinweis des Dienstherrn auf ihre Unangemessenheit („Abmahnung“) den Schluss auf die Nichtbewährung während der Probezeit rechtfertigen.

### Steuerrecht

#### **AfA beim Erwerb von Vertragsarztpraxen** BFH, Urt. v. 21.02.2017 - VIII R 7/14, VIII R 56/14

**VRi'inBFH Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel**

##### **A. Problemstellung**

Tritt ein Arzt die Nachfolge eines ausscheidenden niedergelassenen Arztes an, sei es im Rahmen einer Einzelpraxis oder als Mitglied einer Gemeinschaftspraxis, beruht dies regelmäßig auf einer entgeltlichen Übertragung der – ggf. anteiligen – Arztpraxis wie auch der Vertragsarztzulassung. Aus einkommensteuerlicher Sicht stellt sich dabei insbesondere die Frage, inwieweit der Erwerber seine Aufwendungen im Kontext der Nachfolgeregelung abschreiben kann. Dies hängt vor allem davon ab, ob die „Vertragsarztzulassung“ ein abschreibungsfähiges Wirtschaftsgut ist und ob sie als Bestandteil der Arztpraxis oder separat übertragen wird.

Die Vertragsarztzulassung ist ein höchstpersönliches, öffentlich-rechtliches Statusrecht. Sie vermittelt dem Inhaber insbesondere die Berechtigung, gesetzlich krankenversicherte Patienten behandeln und die Leistungen gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen abrechnen zu dürfen. Sie wird in zulassungsbeschränkten Gebieten in einem sog. Nachbesetzungsverfahren (§ 103 Abs. 3a SGB V) vom Zulassungsausschuss erteilt und kann vom Zulassungsinhaber nicht direkt an einen Erwerber veräußert werden. Gleichwohl enthalten Praxisübertragungsverträge häufig Regelungen zur Überleitung der Zulassung auf den Praxiserwerber, insbesondere eine Verpflichtung zur Mitwirkung des Zulassungsinhabers im Nachbesetzungsverfahren. Dabei können die vertraglichen Vereinbarungen dahin gehend auszulegen sein, dass die Vertragsarztpraxis Gegenstand der Übertragung ist oder ggf. nur die Vertragsarztzulassung.

##### **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidungen**

Der BFH hat die Rechtslage zur Abschreibungsberechtigung beim Erwerb von Vertragsarztpraxen in zwei aktuellen Urteilen geklärt. Er hat mit Urteil vom 21.02.2017 (VIII R 7/14) konkretisiert, nach welchen Kriterien sich bestimmt, ob Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung der Erwerb der gesamten Praxis nebst Praxiswert oder (ausnahmsweise) lediglich der Erwerb einer Vertragsarztzulassung ist. Im Urteil VIII R 56/14 vom selben Tag hat er entschieden, dass ein (ausnahmsweise) allein – anstatt einer Arztpraxis – erworbener wirtschaftlicher Vorteil aus einer Vertragsarztzulassung – anders als der Praxiswert insgesamt – nicht abschreibbar ist.

I. Im Fall VIII R 7/14 erwarb eine fachärztliche Gemeinschaftspraxis die Vertragsarztpraxis eines als Einzelunternehmer tätig gewesenen Kassenarztes. Der Kaufpreis für die Praxis orientierte sich an den durchschnittlichen Einnahmen aus der Untersuchung und Behandlung der gesetzlich und privat versicherten Patienten zuzüglich eines Zuschlags. Kennzeichnend für die fachärztliche Einzelpraxis war, dass ihre Patienten sie im Wesentlichen aufgrund von Überweisungen anderer Ärzte aufsuchten; diese sog. Zuweiserbindungen war ein entscheidender wertbildender Faktor. Die Gemeinschaftspraxis übernahm einige Mitarbeiter der Einzelpraxis und das Patientenarchiv sowie das veraltete Praxisinventar zur Entsorgung. Die Parteien gingen davon aus, dass frühere Patienten der Einzelpraxis die Gemeinschaftspraxis aufsuchen würden. Die Gemeinschaftspraxis wollte ihre Tätigkeit jedoch nicht in den Räumen des bisherigen Praxisinhabers ausüben. Der Einzelpraxisinhaber übernahm im Kaufvertrag die Verpflichtung, im Nachbesetzungsverfahren an der Erteilung der Zulassung an eine Gesellschafterin der Gemeinschaftspraxis mitzuwirken.

Wird eine Vertragsarztpraxis mit den zugehörigen materiellen und immateriellen Wirtschaftsgütern der Praxis, d.h. vor allem des Praxiswerts, als sog. Chancenpaket erworben, ist der Vorteil aus der Zulassung als Vertragsarzt untrennbar im Praxiswert enthalten. Der Praxiswert ist ein abschreibbares immaterielles Wirtschaftsgut. Diese Grundsätze hat der BFH im Urteil vom 21.02.2017 (VIII R 7/14) auch auf den Fall angewandt, dass eine Gemeinschaftspraxis eine Einzelpraxis unter der Bedingung erwirbt, die Vertragsarztzulassung des Einzelpraxisinhabers werde im Nachbesetzungsverfahren einem Gesellschafter der Gemeinschaftspraxis erteilt. Maßgebliches Indiz für einen beabsichtigten Erwerb der Praxis als Chancenpaket ist dabei, dass der vereinbarte Kaufpreis dem Verkehrswert der Praxis entspricht oder diesen übersteigt. Der Umstand, dass die Gemeinschaftspraxis im Streitfall nicht beabsichtigte, die ärztliche Tätigkeit in den bisherigen Räumen des Einzelpraxisinhabers fortzusetzen, stand der Annahme des Erwerbs der Einzelpraxis samt aller wertbildenden Faktoren nicht entgegen. Danach ging der BFH im Verfahren VIII R 7/14 vom Erwerb der Einzelpraxis samt des Praxiswerts aus. Auf dieser Grundlage bejahte der BFH die AfA-Berechtigung auf den Praxiswert und die übrigen erworbenen Wirtschaftsgüter der Praxis. Entsprechend hat er die entgegenstehende finanzgerichtliche Entscheidung aufgehoben und die Sache an das Finanzgericht zurückverwiesen, um die Höhe der geltend gemachten Abschreibungsbeträge auf den Praxiswert zu überprüfen.

II. Im Verfahren VIII R 56/14 schloss der Inhaber einer Einzelpraxis mit einem Neugesellschafter einer Gemeinschaftspraxis einen sog. Praxisübernahmevertrag. Auch dieser stand unter der Bedingung der erfolgreichen Überleitung der Vertragsarztzulassung auf den Erwerber. Der Verkäufer verpflichtete sich insbesondere, ein entsprechendes Nachbesetzungsverfahren einzuleiten und an der Überleitung der Zulassung auf den Erwerber mitzuwirken. Zudem

verlegte er seine Vertragsarztpraxis für eine kurze Zeit an den Ort der Gemeinschaftspraxis, wurde aber tatsächlich nicht für die Gemeinschaftspraxis tätig.

In diesem Fall sahen Finanzgericht und BFH nicht die Einzelpraxis samt Praxiswert als Gegenstand des Vertrages an. Der Neugesellschafter hatte nur den wirtschaftlichen Vorteil aus der auf ihn überzuleitenden Vertragsarztzulassung gekauft, da er weder am Patientenstamm der früheren Einzelpraxis noch an anderen wertbildenden Faktoren ein Interesse hatte. Anders als noch das Finanzgericht verneinte der BFH jedoch die Frage, ob der Erwerber auf das – ausnahmsweise isoliert erworbene – immaterielle Wirtschaftsgut des wirtschaftlichen Vorteils aus einer Vertragsarztzulassung Abschreibungen vornehmen kann. Die Vertragsarztzulassung als selbstständiges Wirtschaftsgut kann nicht abgeschrieben werden, weil sie keinem Wertverzehr unterliegt. Da der Inhaber eine ihm unbefristet erteilte Vertragsarztzulassung, solange er sie innehat, gleichbleibend in Anspruch nehmen und den aus ihr resultierenden wirtschaftlichen Vorteil im Rahmen eines Nachbesetzungsverfahrens gem. § 103 SGB V durch eine Überleitung der Zulassung auf einen Nachfolger verwerten kann, erschöpft sich der Wert dieses immateriellen Wirtschaftsgutes (wirtschaftlicher Vorteil aus der Vertragsarztzulassung) nicht in einer bestimmten/bestimmbaren Zeit. Der BFH verneinte hier die AfA-Berechtigung des Erwerbers in vollem Umfang.

### C. Auswirkungen für die Praxis

Die Übertragung einer Vertragsarztpraxis berechtigt den Erwerber nur dann, AfA auf den Praxiswert und das miterworbene Inventar vorzunehmen, wenn Erwerbsgegenstand die gesamte Arztpraxis ist und nicht nur eine Vertragsarztzulassung.

## Strafrecht

# Strafrecht, Religion und Blasphemie: Wie viel Strafrecht brauchen wir?

RA Prof. Dr. Guido Britz

## A. Einleitung

Wegen Blasphemie sei er zu zwei Jahren Haft ohne Bewährung verurteilt worden, konnte der Printpresse entnommen werden.<sup>1</sup> Es geht um den vorherigen Gouverneur von Jakarta – „Ahok“ genannt – und wir befinden uns im Jahre

2017. Der Koran soll in einem „kriminellen Akt“ der Gotteslästerung von ihm angegriffen worden sein. Der Vorgang

<sup>1</sup> Fährders, Triumph der Islamisten, FAZ vom 10.05.2017.

mutet indessen geradezu mittelalterlich an. Ist doch die Strafbarkeit wegen Blasphemie als „Zungensünde“ und „crime imaginaire“ bzw. „Verbrechen ohne Opfer“ beginnend mit der Aufklärung aus den Strafgesetzbüchern westlich-kultureller Provenienz peu à peu eliminiert worden; wengleich die Strafbarkeit wegen Gotteslästerung in gewandelter Form in Deutschland zunächst noch bis ins 20. Jahrhundert erhalten blieb. Trotz des damit seit längerem erreichten liberalen Niveaus wird aktuell in Frankreich,<sup>2</sup> aber auch periodisch in Deutschland durchaus ernsthaft über eine Renaissance debattiert.<sup>3</sup> Die Intention französischer Protagonisten ist es, das Provokationspotenzial blasphemischer Äußerungen – in welcher Form auch immer – gewissermaßen strafrechtlich zu blockieren, um etwaige Anschläge wie bei „Charlie Hebdo“ auf diese repressive Art zu verhindern. In der Tat lässt sich in den Zeitläuften ausreichend Fall- und damit Anschauungsmaterial finden.<sup>4</sup> Denn Gotteslästerung und weltliches Strafrecht und gerade auch in dieser Allianz waren vor allem in Zeiten politischer und gesellschaftlicher Spannungen ein durchaus erprobtes, wengleich natürlich mehr als ambivalentes (Kampf-)Mittel. Dies wirft die grds. Frage auf, in welchem Verhältnis Strafrecht und Religion stehen und stehen sollen. Mithin weist die aktuelle Debatte in Frankreich um eine erneute Strafbarkeit der Blasphemie sofort über das eigentliche Thema hinaus. Es geht um den Umfang, aber auch um die Grenzen strafrechtlichen Schutzes im Bereich von Religions- oder Weltanschauungsdelikten.

## B. Zum aktuellen strafrechtlichen Schutz

Im Elften Abschnitt des Besonderen Teils des StGB sind als sog. Religionsdelikte<sup>5</sup> diejenigen Straftaten aufgeführt, die sich auf Religion und Weltanschauung beziehen.<sup>6</sup> Es handelt sich um die gleichermaßen historisch beladenen wie in praxi unsichtbaren<sup>7</sup> Vorschriften<sup>8</sup> der §§ 166 bis 168 StGB. Aus Gründen der Übersichtlichkeit und der Kategorisierung kann zwischen den sog. Störungsdelikten – also der Störung der Religionsausübung (§ 167 StGB), einer Bestattungsfeier (§ 167a StGB) und der Totenruhe (§ 168 StGB) – einerseits sowie dem als Äußerungsdelikt beschriebenen Straftatbestand des § 166 StGB andererseits unterschieden werden. Letzgenannte Strafnorm lässt sich in einer Zusammenschau mit § 167 StGB allgemein, aber auch gerade mit Blick auf die Blasphemie als Gravitationszentrum innerhalb des problematischen Systems der sog. Religionsdelikte begreifen. In seiner ursprünglichen Fassung von 1871 pönalisierte die Strafvorschrift des § 166 RStGB mit einer Gefängnisstrafe von bis zu drei Jahren u.a.<sup>9</sup> direkt die Gotteslästerung:

„Wer dadurch, daß er öffentlich in beschimpfenden Äußerungen Gott lästert, ein Ärgernis gibt, ... wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren bestraft.“

Mit dem 1. StrRG vom 25.06.1969 erhielt die Strafnorm ihr aktuelles Gesicht.<sup>10</sup> Aus den Motiven ist ersichtlich, dass die strafrechtliche Flankierung der verfassungsrechtlich verbürgten Freiheiten nach Art. 4 Abs. 1, 2 GG intendiert war. Zu schützendes Rechtsgut sollte der öffentliche Friede<sup>11</sup> in seiner religiösen und weltanschaulichen Ausprägung durch den Toleranzgedanken sein. Von solchen ohnehin brüchigen Vorgaben des historischen Gesetzgebers ist man heute weit entfernt. Unabhängig von Detailproblemen sind nämlich das Rechtsgut<sup>12</sup> und die Deliktsform<sup>13</sup>

2 De Saint Victor, Blasphemie. Geschichte eines „imaginären Verbrechens“, 1. Aufl. 2017, S. 99 ff. m.w.N. Kritisch: Pawlik, Beleidigte religiöse Gefühle als Tatbestand, FAZ vom 20.06.2017.

3 Lorenzen, Die Strafbarkeit der Gotteslästerung, 1939; Klee, DRiZ 1938, 378 ff.; Kiewitz, Die Strafbarkeit der Gotteslästerung nach § 166 StGB und den Entwürfen zu einem StGB, 1969; Schilling, Gotteslästerung strafbar?; Fischer, StGB, § 166 Rn. 1, 2b m.w.N. zur Frage der Erweiterung des Straftatbestands gerade auch mit Blick auf die Gotteslästerung.

4 Beispiele bei de Saint Victor, Blasphemie. Geschichte eines „imaginären Verbrechens“, 1. Aufl. 2017, S. 44, 47 ff., 99: Chevalier de La Barre, Molière, Houellebecq.

5 Zum Begriff der sog. Religionsdelikte und dessen Problematik: Dippel in: LK, StGB, Vor § 166 Rn. 1.

6 Freilich sind im Elften Abschnitt die sog. Religionsdelikte nicht abschließend erfasst. Zu berücksichtigen sind nämlich u.a. § 243 Abs. 1 Nr. 4, § 304, § 306 Abs. 1 Nr. 1, § 132a, § 133 Abs. 2 StGB, § 7 Abs. 1 Nr. 10 VStGB.

7 Zur allenfalls homöopathischen kriminalpolitischen Relevanz: Hörnle, Gutachten C zum 70. Deutschen Juristentag, Kultur, Religion, Strafrecht – Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft, S. C 39 m.w.N.; Hörnle in: MünchKomm, StGB, § 166 Rn. 5; Tag in: Hk-GS, § 166 Rn. 3; Fischer, StGB, § 166 Rn. 1; vgl. aber auch schon Zipf, NJW 1969, 1944.

8 Dem Befund strafpraktischer Bedeutungslosigkeit kontrastiert wiederum das enorme (strafrechts-)wissenschaftliche Interesse, das den Religionsdelikten seit Langem in unterschiedlichen Facetten entgegengebracht wird; vgl. bspw. die Literaturnachweise bei Dippel in: LK, StGB, Vor §§ 166, 167a, 168.

9 Die Regelung von § 166 RStGB (1871) enthielt insgesamt drei Alternativen: die Gotteslästerung, die öffentliche Beschimpfung einer der christlichen Kirchen oder anderer mit Korporationsrechten innerhalb des Bundesgebiets bestehenden Religionsgemeinschaften oder deren Einrichtungen oder Gebräuche sowie die Verübung beschimpfender Unfugs in einer Kirche oder in einem anderen zu religiösen Versammlungen bestimmten Ort.

10 Vgl. hierzu bspw.: Dreher, StGB, 31. Aufl. 1969, § 166 Rn. 1 m.w.N.

11 Zur Genese des Rechtsguts in der Reformdebatte: Dippel in: LK, StGB, § 166 Rn. 6. Zum Schutz des Gemeinschaftsfriedens durch §§ 166, 167 n.F.: Zipf, NJW 1969, 1944.

12 Zum Diskussionsstand: Tag in: Hk-GS, § 166 Rn. 2 m.w.N.

13 Hierzu: Dippel in: LK, StGB, § 166 Rn. 2 ff. m.w.N.



heftig umstritten. Umgekehrt ist jedoch seit und mit dem 1. StrRG unmissverständlich klargestellt, dass die Gotteslästerung als solche nicht mehr strafbar ist.<sup>14</sup> Oder um es mit Zipf zu sagen: „Gott“ ist aus dem Religionsstrafrecht verschwunden.<sup>15</sup>

Der durch die Strafnorm des § 166 StGB, welche wiederum in der Nähe des § 130 StGB lokalisiert werden kann,<sup>16</sup> vermittelte und sich in den beiden Absätzen zudem überschneidende Schutz bezieht sich auf das Beschimpfen. In Absatz 1 geht es um den Inhalt eines religiösen bzw. weltanschaulichen Bekenntnisses anderer, nicht nur natürlicher Personen, in Absatz 2 um im Inland bestehende Kirchen, Religionsgemeinschaften oder Weltanschauungsvereinigungen einschließlich ihrer Einrichtungen und Gebräuche. In beiden Varianten muss die Beschimpfung öffentlich geschehen oder durch die Verbreitung von Schriften. Zudem muss sie stets geeignet sein, den öffentlichen Frieden zu stören. Ausgehend von diesen Regelungen inkriminiert die Vorschrift des § 167 StGB – mit gleicher Schutzrichtung – zunächst in Absatz 1 die absichtliche und grobe Störung von Zeremonien in Form von Gottesdiensten, gottesdienstähnlicher oder entsprechender Handlungen von Kirchen, Religionsgemeinschaften oder Weltanschauungsvereinigungen. Strafrechtlich geschützt ist aber auch der Ort der Zeremonie vor dem Verüben beschimpfenden Unfugs. Gewissermaßen als Sonderform der Zeremonie genießt schließlich die Bestattungsfeier unabhängig von religiösen oder weltanschaulichen Bindungen nach § 167a StGB gesonderten Schutz vor absichtlichen oder wissentlichen Störungen. Schließlich geht es in den vier Tatbeständen des § 168 StGB um den indessen nicht lückenlosen Schutz<sup>17</sup> menschlicher Überreste sowie den Schutz<sup>18</sup> solcher Stätten, an denen sich solche qua gesellschaftlicher Riten oder Konventionen gewöhnlicherweise befinden können.<sup>19</sup> Freilich weisen die letztgenannten Strafvorschriften der §§ 167a, 168 StGB keinen Bezug zu Religion oder Weltanschauung auf, sodass sie trotz ihrer systematischen Stellung einer eigenen Rechtfertigung zugänglich sind.<sup>20</sup>

Bereits der nur kursorische Überblick zeigt, dass trotz vordergründiger Schlüssigkeit das Schutzsystem der §§ 166 ff. StGB diverse Schwierigkeiten und Inkonsistenzen aufweist; unabhängig vom spezifischen historischen Ballast. Übergreifend muten die Straftatbestände vor dem Hintergrund einer modernen welt- und kulturoffenen Gesellschaft auch antiquiert und angestaubt an.<sup>21</sup> Augenwischendes Stauen kann sich zudem einstellen, wenn vergegenwärtigt wird, dass man sich im Kernstrafrecht befindet. In Frageform: Weshalb ist – wenn Strafrecht überhaupt zur Anwendung kommen soll – die Störung einer Bestattungsfeier eine Straftat und keine Ordnungswidrigkeit? Zu deutlich ist daneben die nach wie vor greifbare religionsbezogene Zentrierung.

### C. Ein Blick in die Rechtsprechung

Ein Blick in die Rechtsprechung führt zwangsläufig zunächst in die Historie. Denn in prominenter Art und Weise vermochte die Vorschrift des § 166 StGB a.F. in den 20er und 30er Jahren des letzten Jahrhunderts die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit auf sich zu ziehen. Es handelte sich nach mancher Diktion um den<sup>22</sup> bekanntesten Kunstprozess der Neuzeit.<sup>23</sup> Wegen verschiedener Zeichnungen – u.a. das Bild Nr. 10, Christus am Kreuz mit einer Gasmasken vor dem Gesicht und mit Soldatenstiefeln an den Füßen<sup>24</sup> – hatten sich der nicht gerichtsunerfahrene<sup>25</sup> (Dada-)Künstler George Grosz und dessen Verleger Wieland Herzfelde vor Gericht zu verantworten. Das dreijährige Verfahren durchlief nach einer Verurteilung durch das Schöffengericht wiederholt die freisprechende Instanz und beschäftigte das RG insgesamt zwei Mal.<sup>26</sup> Bekannt ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung des RG vom 27.02.1930.<sup>27</sup> Das erwähnte Bild Nr. 10 mit der Unterschrift „Maul halten und weiter dienen“ konnte demnach alleine in den Anwendungsbereich der ersten Variante der drei Mischtatbestände<sup>28</sup> des § 166 StGB a.F. fallen und demzufolge eine strafbare Gotteslästerung darstellen. Neben der Frage, ob auch bildliche Darstellungen unter den Anwendungsbe- reich der Norm fielen,<sup>29</sup> ging es zentral darum, ob seitens

14 Zur Abschaffung der Strafbarkeit der Gotteslästerung durch das 1. StrRG: Zipf, NJW 1969, 1944; Dippel in: LK, StGB, Vor § 166 Rn. 9; Tag in: HK-GS, § 166 Rn. 1. Zur Straflosigkeit der Blasphemie: Fischer, GA 1989, 445, 456.

15 Zipf, NJW 1969, 1944.

16 Zur Verortung des § 166 StGB im Vorfeld des § 130 StGB: Tag in: HK-GS, § 166 Rn. 3; Fischer, StGB, § 166 Rn. 2a.

17 Ponalisiert ist die Wegnahme oder das Verüben beschimpfenden Unfugs.

18 Unter Strafe gestellt sind die Zerstörung, das Beschädigen sowie das Verüben beschimpfenden Unfugs.

19 In § 168 Abs. 2 StGB werden genannt: Aufbewahrungs-, Beisetzungs- und öffentliche Totengedenkstätten.

20 Instruktiv: Dippel in: LK, StGB, Vor § 166 Rn. 11, 21 m.w.N.

21 Ähnlich: Hörnle in: MünchKomm, StGB, § 166 Rn. 2.

22 Es dürfte sich nicht um den, sondern einen der bekanntesten Kunstprozesse der Neuzeit handeln. Zu denken ist nämlich bspw. an die Fälle Beltracchi, Kujau, Vasters oder Malskat.

23 Von Becker, NJW 2005, 559 (unter Bezugnahme auf Neugebauer).

24 So die Beschreibung des RG; vgl. RG, Ur. v. 27.02.1930 - II 750/29.

25 Zur Verurteilung von Grosz wegen Beleidigung der Reichswehr: Weck, NJW 1994, 1929; von Becker, NJW 2005, 559, 560.

26 Zum Verfahrensgang: von Becker, NJW 2005, 559, 561 f.

27 RG, Ur. v. 27.02.1930 - II 750/29.

28 Hierzu: Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. 1931, S. 376: „Das Gesetz enthält in wenig glücklicher Vereinigung drei wesentlich verschiedene Delikte.“

29 Die Vorinstanz hatte dies verneint, da bildliche Darstellungen nicht unter den Begriff der Äußerung fielen; hierzu: RG, Ur. v. 27.02.1930 - II 750/29.

der Angeklagten vorsätzlich intendiert war, beim unbefangenen Betrachter den Eindruck zu erwecken, als solle die Person Christi an sich, ihrem Wesen nach, gekennzeichnet und herabgewürdigt werden.<sup>30</sup> Nach Zurückverweisung durch das RG wurde dies durch die Strafkammer im erneut freisprechenden Urteil vom 04.12.1930 verneint;<sup>31</sup> eine Entscheidung, die vom RG sodann nicht mehr beanstandet wurde.

Bereits die Sichtung der Registerbände zur sog. Amtlichen Sammlung macht deutlich, dass sich das Urteil des II. Strafsenats des RG zur spezifischen Thematik „Gotteslästerung vs. Kunst und Satire“<sup>32</sup> in eine Vielzahl von Entscheidungen zu den Religionsdelikten der §§ 166 ff. StGB im Allgemeinen sowie zu § 166 StGB im Besonderen einreicht;<sup>33</sup> ein Befund, der Hervorhebung verdient.<sup>34</sup> In der Mehrzahl der Entscheidungen ging es zwar primär lediglich um die Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale der Strafnorm. Freilich schimmern auch zeitgenössische Konventionen ebenso durch wie gesellschaftliche Entwicklungen, Verwerfungen und Kontroversen. Exemplarisch kann auf die Frage der Strafbarkeit wegen Gotteslästerung wegen eines Frühjahrsgedichts hingewiesen werden.<sup>35</sup> Hing diese doch in concreto davon ab, ob Christus durch den Vergleich seines Leidens mit Katzengeschrei in den Staub gezogen wird,<sup>36</sup> oder ob nicht demgegenüber die Beschreibung eines eher allgemeinen Wehs intendiert war.<sup>37</sup> Verfassungsrechtliche Implikationen im Hinblick auf die grundrechtlichen Gewährleistungen nach Art. 4, 5 GG, wie sie heute ebenfalls zu diskutieren wären, stellten sich hingegen nicht. Ein weiteres Beispiel bietet ein inkriminierter Presseartikel mit einer Kapitalismuskritik in Form der zehn Gebote mit einem „antireligiösen, unsittlichen und zum Teil geradezu unflätigen Inhaltes“.<sup>38</sup> Allerdings verwies der III. Strafsenat die Sache in die Instanz zurück, da § 166 StGB a.F. nicht bzw. nicht ohne Weiteres die religiöse Lehre oder Bestandteile hiervon schütze.<sup>39</sup>

Eine keinesfalls auf Vollständigkeit angelegte Kurzanalyse der aktuellen Rechtsprechung<sup>40</sup> dokumentiert, dass die Vorschrift des § 166 StGB trotz einer messbaren praktischen (Fast-)Bedeutungslosigkeit jedenfalls nicht ohne jegliche Relevanz ist. So liegt einer Verurteilung nach § 166 StGB durch das AG Köln im Jahr 2016 die harsche Äußerung zugrunde: „Der Islam gehört zu Deutschland wie Scheiße auf den Esstisch.“<sup>41</sup> Mit Blick auf die Fäkal-sprache sah das Gericht die Äußerung nicht durch das Grundrecht der Meinungsfreiheit als gedeckt an. Zudem wurde gerade im Kontext der politischen Diskussion – Terrorismus durch den sog. IS, Vorbehalte gegen Zuwanderer muslimischen Glaubens in der Bevölkerung – eine Eignung, den öffentlichen Frieden zu stören, ausgemacht. In durchaus ähnlicher Weise verurteilte das AG Lüdinghausen wegen der beiden Heckscheibenaufschriften:

„Wir pilgern mit Martin Luther auf nach Rom! Die Papst-sau Franz umbringen.“ sowie: „Kirche sucht moderne Werbeideen. Ich helfe. Unser Lieblingskünstler: Jesus – 2000 Jahre rumhängen und noch immer kein Krampf!“<sup>42</sup> Die sog. Eignungsklausel wurde seitens des Gerichts mit der interessanten Überlegung ausgefüllt, dass bei fehlender Ahndung die betroffenen Christen nicht mehr darauf vertrauen könnten, dass die Ausübung ihres Glaubens in Rechtssicherheit gewährleistet sei, vielmehr eine Verunsicherung entstehen könne, ob man noch frei von Ängsten in der Gemeinschaft mit seinem Glauben leben könne.<sup>43</sup> Ohne eine sicherlich erforderliche Analyse dieser

30 RG, Urt. v. 27.02.1930 - II 750/29.

31 Maßgeblich war die Wertung, dass der Text „Maul halten und weiter dienen“ nicht der Figur Christi zugerechnet werden konnte; vgl. von Becker, NJW 2005, 559, 562.

32 Dieses verfassungsrechtlich besetzte Spannungsfeld beschrieb das RG (Urt. v. 27.02.1930 - II 750/29) wie folgt: „Dabei bezeichnet das Berufungsgericht die Bilder selbst als Satire und Tendenzfeststellung und erkennt damit an, daß es dem Angeklagten nicht nur auf das künstlerische, sondern daneben auch auf andere, politische oder sonstige, Zwecke, ankam.“

33 Ganz anders der Befund beim Blick in die Registerbände der sog. Amtlichen Sammlung des BGH. Bspw. findet sich in den ersten 40 Bänden nur eine Entscheidung zu § 166 StGB. Es handelt sich um die lesenswerte Entscheidung in BGHSt 9, 140 ff., die inhaltlich, sprachlich und argumentativ ein Zeitdokument par excellence darstellt. Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter (2002), S. 297; Beisel, Die Kunstfreiheitsgarantie des Grundgesetzes und ihre strafrechtlichen Grenzen (1997), S. 360.

34 Eine wünschenswerte Analyse dieser Rechtsprechung nicht nur unter juristischen, sondern auch unter sozialwissenschaftlichen und historischen Gesichtspunkten steht aus. Festzuhalten ist, dass diese Entscheidungen des RG in eine Zeit fallen, in welcher Religion und Religiosität noch eine bedeutende gesellschaftliche und kulturelle Rolle spielten. Die heute zu verzeichnenden Befunde der sog. Entkirchlichung oder des Verfalls der Kirchenbindung waren nicht existent.

35 RG, Urt. v. 11.01.1927 - I 843/26. Die inkriminierten Zeilen lauten: Wenn der Wind im Frühling bläbt von Nord/heißt er Knospentod und Blütenmord./Auf den Dächern schreien die Katzen Weh/Wie der Herr im Garten Gethsemane.

36 RG, Urt. v. 11.01.1927 - I 843/26.

37 RG, Urt. v. 11.01.1927 - I 843/26.

38 RG, Urt. v. 04.02.1895 - 4610/94.

39 RG, Urt. v. 04.02.1895 - 4610/94.

40 Neben den sogleich angesprochenen Entscheidungen auch: VG München, Urt. v. 06.04.2016 - M 7 K 15.200, in welcher auch auf § 166 StGB eingegangen wird. Eine Analyse der Rechtsprechung zu § 166 findet sich auch bei: Fischer, StGB, § 166 Rn. 9, 12.

41 AG Köln, Urt. v. 10.08.2016 - 523 Ds 154/16.

42 AG Lüdinghausen, Urt. v. 25.02.2016 - 9 Ds-81 Js 3303/15-174/15.

43 Es handelt sich der Sache nach um überwiegend präventive Strafzwecküberlegungen. Ob dies mit dem Inhalt der Eignungsklausel kompatibel ist, muss stark bezweifelt werden. Dass sich katholische Christen durch die Heckscheibenaufkleber zu Gewalttätigkeiten hinreißen ließen, kann darüber hinaus nahezu ausgeschlossen werden. Mithin ist sehr fraglich, ob der Straftatbestand erfüllt gewesen sein kann.

Entscheidungen vorzunehmen, wird hinreichend deutlich, dass die Auslegung der Strafnorm nicht selten in einem verfassungsrechtlichen Spannungsfeld angelegt sein muss. Hinzu kommt, dass die interpretatorische Konkretisierung einzelner Tatbestandsmerkmale und vor allem die zur Einschränkung<sup>44</sup> gedachte sog. Eignungsklausel, welche auf einer ersten Ebene den Taterfolg des Delikts beschreiben soll, erhebliche Schwierigkeiten bereiten können.<sup>45</sup>

#### D. Zur Diskussion um § 166 StGB

Der kriminalpraktischen wie -statistischen Bedeutungslosigkeit der Religions- und Weltanschauungsdelikte kontrastiert ein latentes Öffentlichkeitsinteresse.<sup>46</sup> Die Pönalisierung in diesem Bereich tangiert nämlich persönliche wie gesellschaftliche Sensibilitäten, welche wiederum auf divergierende Grundüberzeugungen zurückzuführen sind. Die polarisierende Diskussion um die Abschaffung oder die Erweiterung des strafrechtlichen Schutzes hat somit stets eine Dimension, welche jenseits der strafrechtsdogmatischen wie verfassungsrechtlichen (Fach-)Debatte liegt. Umgekehrt bilden die (kriminal-)politischen Kontroversen die aktuellen gesellschaftlichen Zustände wie deren Veränderungs- und Entwicklungspotenzial ab.<sup>47</sup> Es handelt sich hierbei um den sich wandelnden, aber gerade deshalb nicht zu vernachlässigenden gesellschaftlichen Kontext von Normen. Pointiert ließe sich demnach formulieren, dass es bei den Vorschriften der §§ 166 ff. StGB nicht alleine um Strafrecht als solches geht. Zu Recht wurde von Zipf in diesem Zusammenhang, freilich aus anderer Perspektive, konstatiert, dass es sich bei den Straftatbeständen der §§ 166, 167 StGB um eine Visitenkarte des Strafgesetzgebers handle, aus der Entscheidendes über die Grundeinstellung zu den Grenzen des Strafrechtsschutzes und der Individualrechtsentfaltung abzulesen sei.<sup>48</sup> Sofern in der aktuellen Debatte allerdings speziell die Strafvorschrift des § 166 StGB als „Blasphemie-Paragraf“ bezeichnet wird,<sup>49</sup> liegt zuweilen jenseits von gezielter Plakativität eine sachliche Fehlinterpretation vor, welche unter Umständen bewusst gewählt ist, um die Norm gewissermaßen postfaktisch zu diskreditieren. Denn Blasphemie ist – wie dargelegt – seit Langem nicht mehr strafbar. Der Tatbestand des § 166 StGB lässt sich allenfalls als Überrest der Gotteslästerung<sup>50</sup> beschreiben.

Die eigentliche Frage ist freilich, ob und inwiefern das Äußerungsdelikt des § 166 StGB in einer sich kosmopolitisch und multikulturell definierenden Gesellschaft noch eine Berechtigung haben kann. Es waren und sind Bestrebungen vorhanden, das limitierende Tatbestandsmerkmal „geeignet, den öffentlichen Frieden zu stören“ zu streichen.<sup>51</sup> In der Konsequenz bedeutete dies u.a. die

Wiedereinführung der Strafbarkeit der Blasphemie.<sup>52</sup> Aber auch ansonsten würde der Straftatbestand als „beleidigungsähnliches Delikt“<sup>53</sup> eine Bekräftigung und Aufwertung erfahren. Unter Berücksichtigung verfassungsgerichtlicher Vorgaben, wonach Strafnormen greifbar dem Schutz anderer oder der Allgemeinheit dienen müssen<sup>54</sup> und zusätzlich der Grundsatz des ultima ratio<sup>55</sup> zu beachten ist, wird hingegen die Existenzberechtigung der Vorschrift des § 166 StGB verneint und für eine Abschaffung der Norm plädiert.<sup>56</sup> In der Begründung maßgeblich ist hierbei, dass der Schutzzweck des öffentlichen Friedens zur Legitimation der Strafnorm nicht taugt, und zwar weder in Form der Vermeidung künftiger Gewalttätigkeiten noch in Form eines Tole-

44 OLG Karlsruhe, NStZ 1986, 363 f.; Fischer, GA 1989, 445, 454 f.; Fischer, StGB, § 166 Rn. 14a.

45 Ein weiteres Beispiel bildet die Entscheidung des LG Bochum, NJW 1989, 727, 728. Eine Friedensgefährdung durch eine Flugblattaktion bei Studenten soll deshalb ausgeschlossen sein, da die Adressaten in der Lage waren oder hätten sein sollten, den Inhalt des inkriminierten Flugblattes intellektuell zu verarbeiten.

46 Dippel in: LK, StGB, Vor § 166 Rn. 19.

47 Ein Vergleich zur Debatte um die Ehe und deren (vermeintlich) zeitgemäße Interpretation drängt sich geradezu auf. Die Frage der Gleichstellung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften ist demnach nicht nur eine Diskussion um Begriffe und deren Inhalt. Was „Ehe“ sein soll, ist auch und gerade eine gesellschaftliche bzw. gesellschaftspolitische Frage, die individuelle Überzeugungen tiefgreifender Substanz tangiert.

48 Zipf, NJW 1969, 1944.

49 Grau, Gotteslästerung ist ein Menschenrecht, Cicero vom 31.05.2015; Hörnle, ZRP 2015, 62; Hillgruber, ZRP 2015, 62.

50 Hörnle in: MünchKomm, StGB, § 166 Rn. 2.

51 BT-Drs. 13/10666, 14/4558; BR-Drs. 367/86, 460/98; Hillgruber, ZRP 2015, 62; kritisch: Fischer, StGB, § 166 Rn. 2b; Waldhoff, Gutachten D zum 68. DJT, 2010, S. D 164.

52 Vgl. hierzu: Fischer, NStZ 1988, 159 ff.; Fischer, GA 1989, 445, 456; Fischer, StGB, § 166 Rn. 2b, 14b.

53 So: Pawlik in: Festschrift für Küper, 2007, S. 411, 421.

54 BVerfG, Beschl. v. 09.03.1994 - 2 BvL 43/92; BVerfG, Beschl. v. 26.02.2008 - 2 BvR 392/07.

55 Zum ultima ratio-Grundsatz: BVerfG, Urt. v. 25.02.1975 - 1 BvF 1/74; BVerfG, Urt. v. 28.05.1993 - 2 BvF 2/90; BVerfG, Beschl. v. 26.02.2008 - 2 BvR 392/07.

56 Hörnle, Gutachten C zum 70. Deutschen Juristentag, Kultur, Religion, Strafrecht – Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft, S. C 42; Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, 2005, S. 356; für eine Abschaffung auch: Rox, Schutz religiöser Gefühle im freiheitlichen Verfassungsstaat, 2012, S. 353 ff.; Rox, JZ 2013, 30, 34; Renzikowski, NJW 2014, 2539, 2540; Fischer, NStZ 1988, 159, 165; Fischer, StGB, § 166 Rn. 1b; vgl. aber auch: Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter (2002), S. 297; Beisel, Die Kunstfreiheitsgarantie des Grundgesetzes und ihre strafrechtlichen Grenzen (1997), S. 360.

ranzschutzes noch in Form des Schutzes eines Klimas der Toleranz.<sup>57</sup> Auch mögliche Individualrechtsgüter wie bspw. die Grundrechte aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG<sup>58</sup> oder Rechte auf Anerkennung und Identität erscheinen nicht geeignet, eine strafrechtliche Regulierung ausreichend zu begründen.<sup>59</sup> Insbesondere die analytische Auseinandersetzung mit dem schillernden Begriff des öffentlichen Friedens in seinen durch die Norm des § 166 StGB selbst vorgegebenen Funktionen<sup>60</sup> mündet in die Bewertung, dass der Tatbestand sich gänzlich auflöst.<sup>61</sup> Denn die als Taterfolg gegenüber der weiten Tathandlung des Beschimpfens konzipierte Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens und damit im Kern der öffentliche Friede als solcher taugen weder als Rechtsgut<sup>62</sup> noch als Restriktion.<sup>63</sup>

Trotz dieser fast heftigen Angriffe auf die Vorschrift des § 166 StGB blieb die Legislative bislang gelassen. Zwischen den Kritikern der Strafnorm und solchen, die eine Ausdehnung der Strafbarkeit proklamieren,<sup>64</sup> hat sich demzufolge eine merkwürdige Pattsituation eingestellt. In dieses Vakuum stößt die direkte oder indirekte Forderung nach (Wieder-)Einführung der Strafbarkeit der Blasphemie.<sup>65</sup> Sie ist eine Konsequenz in Reaktion auf den religiös verbrämten islamistischen Terrorismus, welcher die Welt zurzeit beschäftigt. Wären – so die Überlegung – nämlich bspw. die sog. Mohammed-Karikaturen<sup>66</sup> strafbar, könnte dies präventiv wie repressiv zur Entschärfung von möglicherweise auftretenden und sodann gewalttätig verlaufenden Konflikten beitragen.<sup>67</sup> Den Gegenpol bildet die laizistisch unterlegte Forderung nach einem „Recht auf Blasphemie“.<sup>68</sup> Entscheidend in der auf spezifisch strafrechtlichen Schutz konzentrierten Debatte ist die Frage, ob und inwiefern die Verletzung religiöser bzw. weltanschaulicher Gefühle eine Strafnorm zu legitimieren vermag. Bislang wird dies zu Recht abgelehnt. Zum einen wird angeführt, dass ein subjektives Gefühl, unbeeinträchtigt bekennen zu können, nicht Rechtsgut des § 166 StGB sein könne, und dass ein kollektiver Gefühlsschutz dem Strafrecht ohnehin fremd sei.<sup>69</sup> Zum anderen wird ein persönlicher Identitätsschutz mit Blick nur auf einen religiösen oder weltanschaulichen Hintergrund grds., aber auch gerade wegen dieser Selektivität nicht für ausreichend erachtet, ein strafrechtliches Verbot begründen zu können.<sup>70</sup> Hinzu kommen verfassungsrechtliche Überlegungen, wonach Gefühle kein mögliches Objekt einer staatlichen Schutzpflicht sein können.<sup>71</sup> Zu berücksichtigen sind zudem die Grundrechte der Meinungs- und Kunstfreiheit, welche einen strafrechtlich intendierten Schutz religiöser oder weltanschaulicher Überzeugungen gegenüber kritischen bis abfälligen Äußerungen deutlich limitieren.

## E. Fazit

Was bleibt? Bereits in ihrer gegenwärtigen Fassung ist die Existenz der Vorschrift des § 166 StGB äußerst kritisch zu sehen. Ihre Ausdehnung in Richtung Blasphemie ist nicht zuletzt verfassungsrechtlich wohl ausgeschlossen. Freilich bedeutet dies nicht, dass ein „Recht auf Blasphemie“ bestünde. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass mit den Strafnormen der §§ 185 ff., 240, 241, 130, 304 StGB sonstige Straftatbestände einschlägig sein können, die gerade in Konstellationen aggressiver Beschimpfungen im Zusammenhang mit religiösen bzw. weltanschaulichen Bekenntnissen grds. anwendbar sind.<sup>72</sup> Unterhalb dieser Schwelle sind indessen Religion- oder Bekenntnisbeschimpfungen als sozialadäquat in einer freiheitlich verfassten multikulturellen Gesellschaft zu tolerieren. In diesem Bereich angesiedeltes Strafrecht ist fehl am Platze.<sup>73</sup>

- 57 Zu den Einzelheiten: Hörnle, Gutachten C zum 70. Deutschen Juristentag, Kultur, Religion, Strafrecht – Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft, S. C 38 f.; Renzikowski, NJW 2014, 2539, 2540. Kritisch zu den neuen Schutzgütern: Dippel in: LK, StGB, § 166 Rn. 7.
- 58 Es geht um Bekenntnisfreiheit und das Recht auf ungestörte Religionsausübung.
- 59 Hörnle, Gutachten C zum 70. Deutschen Juristentag, Kultur, Religion, Strafrecht – Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft, S. C 39 ff.
- 60 Fischer zufolge hat die Eignungsformel drei Funktionen: Gefahrmäßbestimmung, Definition des Rechtsguts, Restriktion; vgl.: Fischer, GA 1989, 445, 453.
- 61 Fischer, GA 1989, 445 ff., 457.
- 62 Fischer, GA 1989, 445 ff., 455 ff.
- 63 Fischer, GA 1989, 445 ff., 454 f.; Hörnle, NJW 2012, 3415, 3417.
- 64 Hillgruber, ZRP 2015, 62.
- 65 Vgl.: de Saint Victor, Blasphemie. Geschichte eines „imaginären Verbrechens“, 1. Aufl. 2017, S. 103 ff., 112 f.
- 66 Zur Strafbarkeit anti-islamischer Propaganda am Beispiel des Films „Innocence of Muslims“: Hörnle, NJW 2012, 3416.
- 67 De Saint Victor, Blasphemie. Geschichte eines „imaginären Verbrechens“, 1. Aufl. 2017, S. 99 ff., 112 f.
- 68 Hierzu: Pawlik, Beleidigte religiöse Gefühle als Tatbestand, FAZ vom 20.06.2017; de Saint Victor, Blasphemie. Geschichte eines „imaginären Verbrechens“, 1. Aufl. 2017, S. 108.
- 69 Fischer, GA 1989, 445 ff., 461.
- 70 Hörnle, Gutachten C zum 70. Deutschen Juristentag, Kultur, Religion, Strafrecht – Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft, S. C 41.
- 71 Seelmann in: Siepp pp., Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen, 2012, S. 171 ff., 177; Stern, Der Strafgrund der Bekenntnisbeschimpfung, 2011, S. 81 ff.; Stübinger in: NK, StGB, § 166 Rn. 3.
- 72 In diese Richtung: Hörnle, Gutachten C zum 70. Deutschen Juristentag, Kultur, Religion, Strafrecht – Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft, S. C 40; Fischer, GA 1989, 445 ff., 468; Tag in: Hk-GS, § 166 Rn. 3.
- 73 Oder wie Mill formuliert: Alles, was durch die Regeln des Anstands unterbunden werden kann, ist wirksamer als das, was nach einem Eingreifen des Gesetzgebers verlangt.

## Rechtsstaat auf dem Vormarsch?

Als Bundesunternehmen unterstützt die Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) die Bundesregierung bei der Erreichung ihrer developmentpolitischen Ziele und führt darüber hinaus auch Programme der internationalen Zusammenarbeit für weitere Auftraggeber aus der ganzen Welt durch. Die GIZ ist in mehr als 130 Ländern aktiv, in Zentralasien seit Anfang der 1990er Jahre. Die Gesellschaft hat ihren Sitz in Bonn und Eschborn. Weltweit beschäftigt die GIZ etwa 17.300 Mitarbeiter. Das Geschäftsvolumen betrug im Jahr 2015 über 2 Mrd. Euro.

**Voelzke: Lieber Herr Pudelka, Sie sind Landesdirektor Kasachstan/Turkmenistan und Leiter des Regionalprogrammes zur Förderung der Rechtsstaatlichkeit in Zentralasien bei der GIZ. Damit arbeiten Sie in einer Region, die vielen unserer Leser nur wenig bekannt sein dürfte. Ich selbst habe etwa erst kürzlich bei der Vorbereitung eines eigenen Einsatzes als „deutscher Experte“ erfahren, dass Kasachstan das neuntgrößte Land der Erde ist. Wie sind Sie zu Ihrer spannenden beruflichen Position gekommen?**

Pudelka: Zunächst habe ich nach dem 2. Staatsexamen die Richterlaufbahn eingeschlagen. Ich habe am VG und SG Berlin gearbeitet und mich mit Fragen des Beamten-, Ausländer-, Vertriebenen- und Sozialhilferechts beschäftigt. Bereits in dieser Zeit hatte ich – wohl auch aufgrund meiner russischen Sprachkenntnisse – hin und wieder an der Betreuung ausländischer Delegationen zum Verwaltungsgericht teilgenommen. Im Jahr 2007 ergab sich dann die Gelegenheit an einem EU-Projekt zur Vertiefung der rechtlichen Kooperation zwischen der EU und Russland mitzuwirken. Hierfür ließ ich mich freistellen und tauschte somit für 18 Monate als Dienstoff Berlin mit Moskau. Nach meiner Rückkehr nach Berlin befasste ich mich dann mit Asylbewerberleistungen und Sozialhilfe am SG Berlin, von wo aus ich dann 2009 in ein Projekt zur Rechtsstaatsförderung in Tadschikistan wechselte. Im Laufe der Zeit übernahm ich – ab 2011 – die Leitung des Regionalprogrammes Zentralasien und seit 2015 die Leitung des Landesbüros Kasachstan, das auch Turkmenistan mit betreut.

**Werden Sie irgendwann in den Justizdienst zurückkehren?**

Im Jahr 2016 musste ich mich leider aus dem Richterdienst des Landes Berlin entlassen lassen, da das Land Berlin – entgegen der Praxis anderer Bundesländer, erst recht entgegen der Praxis anderer EU-Länder und sogar entgegen eigener einschlägiger Sollvorschriften – meine Freistellung für dieses im Auftrag des Bundes durchgeführte Projekt zur

Rechtsstaatsförderung nicht verlängerte. Das hatte mich zu dieser Zeit sehr enttäuscht, denn andere EU-Staaten, etwa Frankreich, sehen es als erstrebenswert an, wenn Franzosen international im öffentlichen Interesse tätig sind. Dies scheint für deutsche Justizverwaltungen so nicht zu gelten. Französische Kollegen berichten regelmäßig, dass die Bereitschaft zu Auslandsaufenthalten gar explizit gefördert wird.

**Können Sie unseren Lesern erläutern, welche Ziele die GIZ mit dem Programm zur Rechtsstaatsförderung im Einzelnen in Zentralasien verfolgt? Welche Schwerpunkte werden gesetzt – liegen diese eher auf einer Beratung in Angelegenheiten der Gesetzgebung, oder sind sie im Bereich der Verwaltung oder Rechtsprechung angesiedelt?**

Wir wollen die Länder Zentralasiens im Auftrag der Bundesregierung bei ihren Rechtsreformen auf dem Weg zu mehr Rechtsstaatlichkeit unterstützen. Rechtsstaatlichkeit ist ein Schlüsselfaktor für nachhaltige Wirtschaftsentwicklung: Investiert wird vor allem dort, wo es transparente, zuverlässige Regeln gibt, die man im Streitfall auch vor unabhängigen Gerichten durchsetzen kann. So zu erreichende Rechtssicherheit kommt der Entwicklung der heimischen Wirtschaft der zentralasiatischen Länder ebenso zu Gute, wie der Investitionstätigkeit aus dem Ausland.

Angesetzt wird hierbei in allen von Ihnen genannten Bereichen. In der Gesetzgebung werden vor allem Reformvorhaben im Zivil- und Öffentlichen Recht beraten. Verwaltungsreformen werden durch Beratung von Verwaltungsverfahrensgesetzen und Verwaltungsorganisationsfragen unterstützt. Schließlich werden Fortbildungen für richterliches und nichtrichterliches Personal durchgeführt; eine besondere Rolle spielt hierbei auch die Methode richterlicher Entscheidungsfindung.

### Jörg Pudelka



Landesdirektor GIZ Kasachstan/  
Turkmenistan

Jörg Pudelka war seit 2002 als Richter in der Berliner Justiz tätig. Seit 2009 arbeitet er in verschiedenen Positionen für die GIZ in Zentralasien. Derzeit leitet er dort ein Programm zur Förderung der Rechtsstaatlichkeit.

Da die Entwicklung trotz gemeinsamen sowjetischen Erbes in den Ländern Zentralasiens doch unterschiedlich verläuft, versuchen wir uns natürlich an den in den Strategien der Partnerländer festgelegten Prioritäten zu orientieren. Diese setzen ganz regelmäßig auf wirtschaftliche Entwicklung. Hier liegt die Herausforderung dann zumeist darin, den Zusammenhang von rechtsstaatlicher Entwicklung und nachhaltiger Wirtschaftsentwicklung zu verdeutlichen.

**Die „Einfädeler“ in die Strategien der Partnerländer erfordert sicherlich viel Fingerspitzengefühl. Mit welcher Art von konkreten Maßnahmen versucht die GIZ, die gesteckten Ziele umzusetzen?**

Die Maßnahmen sind, wie bereits angedeutet, unterschiedlich. Sie hängen vom Land, vom jeweiligen Partner und natürlich von den Reformstrategien der Länder ab. Momentan nimmt in fast allen Ländern die Gesetzgebungsberatung zur Schaffung moderner Verwaltungsverfahren- und -prozessgesetze wesentlichen Raum ein. Hierzu muss man wissen, dass beide Rechtsgebiete relativ neu sind. Zu Zeiten der Sowjetunion gab es kein entwickeltes Verwaltungsrecht. Es gibt hierzu sogar die anekdotisch anmutende Aussage eines sowjetischen Rechtswissenschaftlers, der einmal gesagt hat, dass die Sowjetunion kein Verwaltungsrecht brauche, weil der Sowjetmensch nichts habe, worüber er mit dem Staat streiten könne. Dies zeigt, dass in vielen Fällen ein entsprechender Gesetzgebungsprozess auch erst angestoßen werden muss. Entsprechende Lobbyarbeit findet vielfach über Konferenzen oder Publikationen statt, zu denen dann vor allem auch deutsche Rechtsexperten herangezogen werden.

Daneben gibt es regelmäßige Fortbildungen für Richter aber auch nichtrichterliches Personal, Konferenzen und Workshops zu aktuellen Themen, teilweise auch Studienreisen für Partnerfachkräfte nach Deutschland oder in andere EU-Länder. Ebenfalls beteiligen wir uns an der Erstellung moderner Lehliteratur und Kommentare.

**Das sind ja wirklich anspruchsvolle Aktivitäten! Sind bei der Erreichung der Ziele bereits Fortschritte festzustellen?**

Selbstverständlich gibt es Fortschritte; diese fallen je nach Land jedoch unterschiedlich aus. So ist etwa die Reformierung des Zivil- und Zivilprozessrechts weitgehend erfolgreich abgeschlossen. Alle zentralasiatischen Länder verfügen über moderne Gesetze; Turkmenistan hat sich hierbei – anders als die anderen vier Länder – stark am deutschen Vorbild orientiert; die anderen Länder sind eher dem GUS-Modell gefolgt, das letztlich jedoch auf das römische Recht zurückführbar ist. Im zivilrechtlichen Bereich steht daher

derzeit die Implementation der Reformen an, also die Schulung der Rechtsanwender, damit die auf dem Papier guten Gesetze auch entsprechend in der Praxis angewandt werden. Im Verwaltungsrecht stehen wir noch weiter am Anfang: Hier sind wir überwiegend noch in der Gesetzgebungsberatung.

**Mussten bei der Durchführung des Programms auch Rückschläge hingenommen werden?**

Mit Rückschlägen ist natürlich immer zu rechnen. Meistens sind diese jedoch nicht von langer Dauer oder bedeuten kein endgültiges Aus für ein bestimmtes Reformprojekt. Auch einmal erarbeitete Vorschläge werden häufig früher oder später wieder aufgegriffen. Ein Beispiel hierfür ist etwa die Beratung des Verwaltungsverfahrensrechts in Usbekistan. Hier berät die GIZ bereits seit vielen Jahren; vor einigen Jahren wurde sogar ein Gesetzesentwurf bereits von der Unterkammer des Parlaments verabschiedet, letztlich aber von der Oberkammer des Parlaments verworfen. Seit dem Amtsantritt des neuen Präsidenten hat sich der allseits zu spürende Aufbruch aber auch in der Justiz bemerkbar gemacht: alte Konzepte kommen wieder zu Tage, werden weiter bearbeitet und weiter verbessert. So liegt etwa derzeit ein modernisierter Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes für Usbekistan vor, der noch dieses Jahr verabschiedet werden soll.

**Für unsere Leser in Deutschland ist Ihre tägliche Arbeit wahrscheinlich nur schwer vorstellbar. Deshalb: Können Sie mir ein konkretes Beispiel für eine erfolgreiche Maßnahme der GIZ in Zentralasien nennen?**

Ganz konkret sind etwa in Kirgisien nach mehrjähriger Beratung der GIZ im letzten Jahr das Verwaltungsverfahrensrecht reformiert und eine Verwaltungsgerichtsordnung erarbeitet worden. Beide Gesetze sind mittlerweile in Kraft. Es finden umfangreiche Fortbildungsveranstaltungen auch unter Beteiligung deutscher Juristen statt, um die Gesetzesanwendung zu befördern.

Ein anderes Beispiel: in Turkmenistan ist am 03.06.2017 ein Verwaltungsverfahrensrecht verabschiedet worden, das dem deutschen sehr ähnlich ist und sicherlich als das modernste Verwaltungsverfahrensrecht im postsowjetischen Raum bezeichnet werden kann. Es enthält etwa den Verwaltungsaktsbegriff nach deutschem Vorbild; Vertrauensschutzgesichtspunkte werden bei der Aufhebung von Verwaltungsakten zu berücksichtigen sein. Begründungen und Rechtsbehelfsbelehrungen werden obligatorisch eingeführt. Ein Widerspruchsverfahren, das auch die Möglichkeit der Überprüfung der Zweckmäßigkeit getroffener Verwaltungsentscheidungen beinhaltet, wird verpflichtend vor der Anrufung eines Gerichts eingeführt.

Durch die Abgabe von Stellungnahmen und Erbringung von Gutachten konnte in Kasachstan bereits mehrfach auf Grund internationaler Rechtserfahrung ein kasachischer Gesetzesentwurf (zuletzt etwa hinsichtlich Vertretungsrechten im Zivilprozess) rechtsstaatlichen Kriterien entsprechend geändert werden.

**Wie rekrutieren Sie das Personal für Ihre Aufgaben in Zentralasien? Ich stelle mir das sehr schwierig vor.**

Wir schreiben unsere Stellen aus und führen mit den Bewerbern, die sich nach einer Vorauswahl durchsetzen, ein Auswahlverfahren durch. Die Ausschreibungen erfolgen auf der Internetseite der GIZ, zunehmend aber auch in juristischen Fachzeitschriften. Schwierigkeiten, mit denen wir bei der Personalgewinnung zu kämpfen haben, sind einerseits die relative Unbekanntheit unserer Region in Deutschland, andererseits die Sprachbarrieren. Man muss wissen, dass Englisch in Zentralasien keine verbreitete Sprache ist. Ohne russische Sprachkenntnisse ist es oft schwierig, Fachberatung zu leisten. Übersetzer helfen nicht immer weiter. Es gibt also immer Personen, die eher nach innen gerichtet an Konzepten und Entwürfen arbeiten und Personen mit russischen Sprachkenntnissen, die dann mehr nach außen gerichtet direkt mit den Partnern arbeiten.

Zur relativen Unbekanntheit der Region kommt hinzu, dass manch einer auch Angst vor der Nachbarschaft zu Afghanistan hat. Allerdings muss man sagen, dass die Grenze relativ undurchlässig ist und es in allen zentralasiatischen Hauptstädten nicht gefährlicher ist als in einer durchschnittlichen europäischen Hauptstadt. Manche Städte stehen in entsprechenden Statistiken sogar deutlich besser da.

**Welche Rolle spielen eigentlich deutsche „Experten“ in diesem Zusammenhang? Wie werden diese eingesetzt?**

Neben den Langzeitfachkräften, die sich also auf Dauer vor Ort aufhalten, setzen wir in weit größerem Maße sog. Kurzzeitexperten ein. Deren Gewinnung ist für uns auch nicht immer leicht. Einerseits spielen die bereits genannten Gesichtspunkte eine Rolle, andererseits ist offenbar vielfach die Arbeitsbelastung in der deutschen Justiz recht hoch, die ein derartiges Nebenengagement erschwert.

**Über welche Qualifikationen sollte ein solcher Kurzzeitexperte denn verfügen, damit sich ein Einsatz für beide Seiten lohnt?**

Uns ist natürlich insbesondere an solchen Experten gelegen, die wissenschaftliche oder praktische Erfahrungen mitbringen und bereit sind, sich auch auf das zu reformierende Rechtssystem eines Landes einzulassen. Dies ist bei einer einmaligen Konferenzteilnahme sicherlich weniger notwendig als etwa bei einer fortgesetzten Gesetzesberatung, wo etwa alle zwei bis drei Monate ein Beratungstermin stattfindet und auch zwischendurch vielleicht der ein oder andere Normentwurf zu durchdenken ist. Diese Arbeiten finden übrigens größtenteils auf Deutsch statt; die GIZ trägt hier für die Übersetzungen Sorge. Um es klar zu sagen: Wir sind immer an qualifizierten und vor allem interessierten Richtern, Anwälten und Verwaltungsbeamten interessiert, die sich eine Teilnahme an Beratungstätigkeit vorstellen können. Häufig sind solche Tätigkeiten auch für die deutschen Experten bereichernd: einerseits lernt man ein anderes Rechtssystem kennen, andererseits erschließt man sich aber auch Land und Leute in Regionen, die man sonst vermutlich eher weniger bereist hätte. Und die Region hat etwa mit den alten Städten der Seidenstraße (Samarkand, Buchara, Chiwa u.s.w.) auch kulturell einiges zu bieten.

Wir sind über entsprechende Rückmeldungen von interessierten Juristen immer froh, z.B. auch gerne über unsere Facebook-Seite (Rule of Law - Central Asia), die auch weitergehende Informationen enthält.

**Ich stelle mir Ihre Arbeit spannend und abwechslungsreich vor. Haben Sie auch einmal eine gefährliche oder bedrohliche Situation erlebt?**

Glücklicherweise nicht. Die zentralasiatische Region ist, was die Sicherheit angeht, nicht problematisch. Das gilt für die großen Städte ebenso, wie für die meisten ländlichen Regionen. Noch vor einigen Jahren war es manchmal gewöhnungsbedürftig, Inlandsflüge zentralasiatischer Fluggesellschaften zu nutzen. Aber auch dies hat sich nachhaltig gewandelt. Die Länder begreifen derzeit den Aufbau funktionierender Fluggesellschaften mit modernen Flugzeugen geradezu als eine Frage nationalen Prestiges, so dass sich auch hier immer mehr europäische Erwartungen erfüllen lassen.

**Lieber Herr Pudelka, ich bedanke mich sehr herzlich für die interessanten Einblicke, die Sie uns in diesem Gespräch gewährt haben.**

Das Interview wurde geführt von VPräsBSG Prof. Dr. Thomas Voelzke.

**Dr. Christoph Kretschmer**



Richter am Landgericht

Studium der Rechtswissenschaften in Freiburg, Promotion bei Prof. Dr. Andreas Voßkuhle, anschließend Referendariat am Landgericht Detmold. Eintritt in den höheren Justizdienst 2008, nach Stationen bei der Staatsanwaltschaft Karlsruhe, am Amtsgericht Ettlingen und im Wissenschaftsministerium Baden-Württemberg von 2013 bis 2016 Richter am Landgericht Mannheim in einer Zivilkammer; derzeit abgeordnet an den Bundesgerichtshof als Wissenschaftlicher Mitarbeiter.

**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.

**Dr. Udo Michalsky**



Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht, Handels- und Gesellschaftsrecht sowie Insolvenzrecht

Nach Studium und Referendariat in Saarbrücken und Tätigkeit am Lehrstuhl Prof. Dr. Hönn seit 1994 als Rechtsanwalt zugelassen. Partner in der Kanzlei Abel und Kollegen PartGmbH, St. Ingbert/Koblenz. Seine Tätigkeitsschwerpunkte liegen im Gesellschafts-, Insolvenz- und Steuerstrafrecht. Seit 1999 wird er zudem als Insolvenzverwalter in Unternehmensinsolvenzen bestellt. Er ist Dozent an der ASW Berufsakademie Saarland im Bereich Handels- und Gesellschaftsrecht und Autor zahlreicher wissenschaftlicher Veröffentlichungen.

**Dr. Susanne Rublack**



Richterin am Bundesverwaltungsgericht

Seit 2015 Richterin am Bundesverwaltungsgericht und dem 8. und 10. Revisionsenat (u.a. Vermögens-, Wirtschaftsverwaltungs-, Finanzdienstleistungs-, Kommunal-, Kammerrecht, Recht der freien Berufe) zugewiesen. Zuvor war sie Richterin am OVG Schleswig. Promotion im Umweltvölkerrecht, anschließende mehrjährige Tätigkeit beim Unabhängigen Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein sowie – als Verwaltungsrichterin – Abordnung zum BVerfG.

**Prof. Dr. Guido Britz**



Rechtsanwalt und Professor an der Universität des Saarlandes

Neben der Tätigkeit als Strafverteidiger ist Herr Britz Direktor des Instituts für Wirtschaftsstrafrecht, Internationales und Europäisches Strafrecht sowie Lehrbeauftragter an der Universität des Saarlandes für Straf-, Strafprozessrecht, Internationales und Europäisches Strafrecht. Er ist zudem Mitautor in dem renommierten Münchener Anwaltshandbuch „Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen“ sowie in Radtke/Hohmann „StPO – Kommentar zur Strafprozessordnung“. Der jM ist er als Mitglied des Expertengremiums 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



### Neue Bände der roten Reihe juris Lex juris Lex Regulierungsrecht - Energieum- weltrecht (Bundes- und Europarecht)

Das Regulierungsrecht umfasst in einer Kombination aus öffentlichem Recht, Privatrecht und Sonderkartellrecht alle Regelungen zur staatlichen Regulierung von sektorspezifischen Marktmechanismen. Der Band Energieumweltrecht enthält alle relevanten Vorschriften auf europäischer und nationaler Ebene zur Regulierung der Energieversorgung mit umweltrechtlichem und immissionsschutzrechtlichem Bezug.

Er enthält umfassende Regelungen zum Recht der erneuerbaren Energien und bietet zahlreiche Vorschriften zum Immissionsschutz- und Emissionshandelsrecht. Die damit verbundenen Energie-steuergesetze runden das Gesamtpaket ab.

Dieser Band ergänzt die Bände juris Lex Regulierungsrecht Post, Bahn und Kommunikation und juris Lex Regulierungsrecht Energiewirtschaftsrecht.

### juris Lex Regulierungsrecht – Energiewirt- schaftsrecht (Bundes- und Europarecht)

Das Regulierungsrecht umfasst in einer Kombination aus öffentlichem Recht, Privatrecht und Sonderkartellrecht alle Regelungen zur staatlichen Regulierung von sektorspezifischen Marktmechanismen. Der Band Energiewirtschaftsrecht vereint Bundes- und europarechtliche Vorschriften zur Regulierung der Netzindustrien zur Gas- und Stromversorgung.

Er enthält alle wesentlichen Normen zum Energie-recht, zur entsprechenden Netznutzung und zum Stromhandel. Komplettiert wird das Angebot durch zahlreiche Verbraucherschutzrechtliche Verordnungen.

Dieser Band ergänzt die Bände juris Lex Regulierungsrecht Post, Bahn und Kommunikation und juris Lex Regulierungsrecht Energieumweltrecht.

### juris Lex Regulierungsrecht – Post, Bahn und Kommunikation (Bundes- und Europarecht)

Das Regulierungsrecht umfasst in einer Kombination aus öffentlichem Recht, Privatrecht und Sonderkartellrecht alle Regelungen zur staatlichen Regulierung von sektorspezifischen Marktmechanismen. Der Band Post, Bahn und Kommunikation vereint Bundes- und europarechtliche Vorschriften zur Regulierung der Monopolmärkte des Eisenbahnverkehrs und Postwesens und bietet zudem alle relevanten Vorschriften zum Telekommunikations- und Telemedienrecht, einschließlich des Jugendschutzgesetzes und der dazugehörigen Durchführungsverordnung.

Dieser Band ergänzt die Bände juris Lex Regulierungsrecht Energiewirtschaftsrecht und juris Lex Regulierungsrecht Energieumweltrecht.

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



### Staudinger Online BGB powered by juris

NEU: BGB-Formvorschriften und notarielles Beurkundungsverfahren

Die Kommentierung behandelt sowohl die materiellrechtlichen Formvorschriften des BGB (§§ 125-129 BGB) wie das Beurkundungsverfahren des BeurkG (§§ 1-53 BeurkG). Sie bietet einen zusammenfassenden Überblick über Formzwecke und Umfang der einzelnen Formvorschriften, über Voraussetzungen und Wirkungen der einzelnen Formen von der Beurkundung über Schriftform und elektronische Form bis zur Textform. Das notarielle Beurkundungsverfahren ist sehr aktuell, ausführlich und praxisorientiert behandelt.

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

### Der „Schlegel/Voelzke“ zum SGG von juris ERSTAUFLAGE 2017



Bandherausgeber: Prof. Dr. Rainer Schlegel, Präsident des BSG, Prof. Dr. Thomas Voelzke, Vorsitzender Richter am BSG

Der neue juris PraxisKommentar zum Sozialgerichtsgesetz verbindet und vervollständigt den bewährten und vielfach zitierten juris PraxisKommentar SGB mit den Erläuterungen zum Sozialgerichtsprozess.

Kommentierter Gesetzesstand: 15.07.2017

- EU-KontopfändungsVO-DurchführungsG v. 21.11.2016 - BGBl. I 2016, 2591
- Gesetz zur Änderung des Sachverständigenrechts u.a.G. (SachvRuaÄndG) vom 11.10.2016 - BGBl. I 2016, 2222
- Zukünftige Änderungen durch das Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten (ERVGerFöG) v. 10.10.2013 - BGBl. I 2013, 3786 mit Auswirkungen zum 01.01.2018 und 01.01.2022 werden bereits mit berücksichtigt.

Aktualisierungen werden fortlaufend eingearbeitet. Online-Kommentar und E-Book erlauben außerdem den Zugriff auf die zahlreichen weiterführenden Informationen in der juris Datenbank sowie den Abruf zitierter Urteile, Normen und Literaturnachweise im Volltext. [www.juris.de/ssg](http://www.juris.de/ssg)

### juris Webinare

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

#### Basis I Einführung in die juris Recherche

- 02.08.2017, 14:00-15:00 Uhr
- 09.08.2017, 14:00-15:00 Uhr

- 06.09.2017, 14:00-15:00 Uhr
- 13.09.2017, 11:00-12:00 Uhr
- 27.09.2017, 14:00-15:00 Uhr

#### Basis II Personalisierungsfunktionen

- 23.08.2017, 11:00-12:00 Uhr

#### Fortgeschrittenen-Webinar

- 31.08.2017, 10:00-11:00 Uhr
- 21.09.2017, 14:00-15:00 Uhr

#### Normen-Webinar

- 07.09.2017, 10:00-11:00 Uhr

#### Webinar für Kommunen

- 25.08.2017, 10:30-11:30 Uhr

#### Informationsforen und Veranstaltungen

Weitere Termine: [www.juris.de/veranstaltungen](http://www.juris.de/veranstaltungen)

#### Informationsforum Erfurt

- 06.09.2017

#### Informationsforum Potsdam

- 13.09.2017

#### Landesanwaltstag Sachsen-Anhalt

- 25. – 26.08.2017

#### Landesanwaltstag Mecklenburg-Vorpommern

- 15.09.2017

#### KGST Forum Kassel

- 18. – 20.09.2017

#### EDV-Gerichtstag Saarbrücken

- 20.09.2017

#### Jenaer Anwaltstag

- 29.09.2017

Schlegel | Voelzke

juris PraxisKommentar

# SGGG

## Sozialgerichtsgesetz

Prof. Dr. Rainer Schlegel  
Prof. Dr. Thomas Voelzke

Online-Kommentar  
inklusive E-Book +  
gebundene Ausgabe!

### Der „Schlegel/Voelzke“ zum SGG

**Jetzt online!** Der neue juris PraxisKommentar gibt rechtssichere und zugleich wissenschaftlich fundierte Antworten auf alle Kernfragen des Sozialgerichtsprozesses. Kommentierter Gesetzesstand: 15.07.2017

Zukünftige Änderungen durch das ERVGerFöG sind bereits berücksichtigt. Aktualisierungen werden fortlaufend eingearbeitet. So arbeiten Sie immer auf dem neuesten Stand des Rechts.

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

Ständige Online-Aktualisierung!

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



## Jetzt NEU: juris DAV Zusatzmodul

Profitieren Sie jetzt noch mehr von der exklusiven Kooperation von DAV und juris. Speziell für Sie als Mitglied des Deutschen Anwaltvereins haben wir ein neues rechtsgebietsübergreifendes Kommentar- und Zeitschriftenmodul entwickelt.

Mit dem neuen juris DAV Zusatzmodul recherchieren Sie in über 30 Top-Titeln führender Fachverlage der jurisAllianz – von A wie Anwaltkommentar bis Z wie Zöller. Sie arbeiten wie gewohnt auf Augenhöhe mit allen deutschen Richterinnen und Richtern und gewinnen Zeit und Rechtssicherheit. Zahlreiche Formulare mit zusätzlichen Checklisten, Vorlagen und Textbausteinen unterstützen Sie optimal bei Ihrer Fallbearbeitung.

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

- Anwaltkommentar RVG, Schneider/Wolf
- Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht, Tschöpe
- Das Prozessformularbuch, Vorwerk
- FamFG, Prütting/Helms
- Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, Krasney/Udsching/Groth
- Handbuch Versicherungsrecht, van Bühren
- Kanzleimarketing, Hoeflmayr
- OWi-Sachen im Straßenverkehrsrecht, Beck/Berr (Begr.)/Schäpe
- SGG Sozialgerichtsgesetz, Breitzkreuz/Fichte
- Wohnungswirtschaft und Mietrecht, WuM
- Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, FamRZ
- ZPO Zivilprozessordnung, Zöller
- und viele weitere Titel

➕ **Bundesrecht und zitierte Rechtsprechung**

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



**juris**

  
 DeutscherAnwaltVerein