

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

JM 1 | JANUAR  
2018

## Topthema: IT-Sicherheit

### Datensicherheit und IT-Sicherheit in der Justiz

Wiss. Mit. Stephanie Vogelgesang

### Schadsoftware: Ein Problem (auch) für Juristen?

Prof. Dr. Christian Rossow und  
Prof. Dr. Christoph Sorge

## Interview:

### „Die Kunst des Juristen ist die Kunst der Unterscheidung.“

Prof. Dr. Markus Würdinger

## In dieser Ausgabe:

### „Strafbarer“ Vergleich – der § 214a FamFG

W.a. RiAG Andreas Brilla und  
RA'in Evelina Weiß

### Das Betriebsrentenstär- kungsgesetz – Wunderwaffe oder Rohrkrepiierer?

Prof. Dr. Dres. h.c. Peter Hanau

### Elektronische Prüfungen, Antwort-Wahl-Verfahren und der Gesetzesvorbehalt

RiVG Dr. Christoph Jeremias

### Die kommunale Kantine und ihr Kapitalertrag

Ass. iur. Simon Schachinger



# STAUDINGER BGB

**STAUDINGER Online**  
exklusiv bei juris!

## Zu Recht auf unserer Seite

Nur bei juris recherchieren Sie im STAUDINGER Online. Durch die umfassende Verlinkung mit der kompletten juris Datenbank und die monatliche Aktualisierung arbeiten Sie stets rechtssicher.

**Neben der Gesamtausgabe sind jetzt auch folgende Pakete im Teilabonnement online erhältlich:**

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

**Jetzt gratis testen!**

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

**NEU: STAUDINGER Online  
im Teilabonnement**

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

INHALT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Topthema:

Zivil- und Wirtschaftsrecht

**IT-Sicherheit**

**Datensicherheit und IT-Sicherheit in der Justiz**

Wiss. Mit. Stephanie Vogelgesang S. 2

**Schadsoftware: Ein Problem (auch) für Juristen?**

Prof. Dr. Christian Rossow und  
Prof. Dr. Christoph Sorge S. 7

**„Strafbarer“ Vergleich – der § 214a FamFG**

W.a. RiAG Andreas Brilla und RA'in  
Evelina Weiß S. 10

**Urheberrechtsverletzung durch den Verkauf und die Nutzung digitaler Endgeräte**

EuGH, Urt. v. 26.04.2017 - C-527/15  
Stv. Dir. d. AG Peter Hilgert und  
Ri'in Dr. Kathrin Bünnigmann, LL.M., M.A. S. 15

**Rabatt-Coupons im Wettbewerbskampf**

BGH, Urt. v. 23.06.2016 - I ZR 137/15  
Prof. Dr. Holger Buck S. 17

Arbeitsrecht

**Das Betriebsrentenstärkungsgesetz – Wunderwaffe oder Rohrkrepierer?**

Prof. Dr. Dres. h.c. Peter Hanau S. 19

**Arbeitnehmerfreizügigkeit und Unternehmensmitbestimmung**

EuGH, Urt. v. 18.07.2017 - C-566/15 - „Erzberger“  
RA und PD Dr. Gerrit Forst, LL.M. (Cantab.) S. 22

# INHALT

## AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

### Verwaltungsrecht

#### **Elektronische Prüfungen, Antwort-Wahl-Verfahren und der Gesetzesvorbehalt**

RiVG Dr. Christoph Jeremias

S. 25

#### **Richterliche Hinweise und Befangenheit**

BVerwG, Beschl. v. 10.10.2017 - 9 A 16/16

Prof. Dr. Klaus F. Gärditz

S. 30

### Steuerrecht

#### **Die kommunale Kantine und ihr Kapitalertrag**

Ass. iur. Simon Schachinger

S. 32

#### **Änderung der Rechtsprechung zur Behandlung von Gesellschafterdarlehen als nachträgliche Anschaffungskosten i.S.d. § 17 EStG nach Aufhebung des Eigenkapitalersatzrechts**

BFH, Urt. v. 11.07.2017 - IX R 36/15

RiBFH Dr. Ulrich Schallmoser

S. 38

### INTERVIEW

#### **„Die Kunst des Juristen ist die Kunst der Unterscheidung.“**

Interview mit

Prof. Dr. Markus Würdinger

S. 40

## Der 5. Jahrgang



**Prof. Dr. Stephan Weth**

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

Mit dem vorliegenden Heft startet die jM ihren 5. Jahrgang. Thomas Voelzke hat im ersten Heft (Januar 2014) das Ziel der jM, die er als monatlich erscheinende Zeitschrift für alle Rechtsanwender bezeichnet hat, wie folgt beschrieben: „Mit ihrer Themenauswahl wird sich die jM in einem umfassenden Sinne auf eine gezielte Auswahl derjenigen juristischen Informationen erstrecken, deren aktuelle Kenntnis [...] für jeden Juristen, der über den Tellerrand seines Fachgebiets hinausblickt, unerlässlich ist. Durch eine Konzentration auf das Wesentliche wollen wir eine zuverlässige und klare Orientierung im Informationsdickicht vermitteln.“

Ob es in den vergangenen vier Jahren gelungen ist, das in diesen Zeilen enthaltene Versprechen einzulösen, mag jeder Leser selbst entscheiden. Die Reaktionen, die uns aus der Leserschaft erreicht haben, ermuntern uns jedenfalls, den eingeschlagenen Weg fortzusetzen. Ich meine, dass auch in diesem Heft wieder ein breites Spektrum spannender und aktueller juristischer Themen bearbeitet ist.

Im jM-Interview mit Markus Würdinger geht es um den Beruf eines Professors der Rechtswissenschaft, um Juristenausbildung, um Methodenlehre und nicht zuletzt um die „Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“. In der steuerrechtlichen Abteilung behandelt Simon Schachinger die kommunale Kantine und ihren Kapitalertrag und Ulrich Schallmoser beleuchtet die Änderung der Rechtsprechung zur Behandlung von Gesellschafterdarlehen als nachträgliche Anschaffungskosten i.S.d. § 17 EStG.

Verwaltungsgerichte dürfen nicht zum Reparaturbetrieb der Verwaltung verkommen, ist eine bemerkenswerte Aussage in einer Entscheidung des BVerwG vom Oktober 2017. Mit dieser Entscheidung und dem „Drahtseilakt“, den ein Richter bisweilen zwischen einer pflichtgemäßen Hinwirkung auf sachdienliche Prozesshandlungen der Parteien einerseits und der unzulässigen Parteinarbeit zugunsten konkreter Beteiligter, denen prozessual günstige Handlungsoptionen aufgezeigt werden, andererseits bewältigen muss, befasst sich Klaus Gärditz in seiner Anmerkung mit dem Titel „Richterliche Hinweise und Befangenheit“.

Hochschulen gehen zunehmend dazu über, Prüfungen auf elektronischen Wegen abzunehmen. Mit der Frage, welche normative Grundlagen zu verlangen sind, damit die Prüfungsämter elektronische Prüfungen rechtssicher durchführen können, setzt sich Christoph Jeremias auseinander.

In der arbeitsrechtlichen Abteilung behandelt Gerrit Forst unter dem Titel „Arbeitnehmerfreizügigkeit und Unternehmensmitbestimmung“ die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Erzberger. Peter Hanau setzt sich mit dem neuen Betriebsrentenstärkungsgesetz auseinander, das nach seiner Meinung ein innovatives, mutiges, vorsichtiges und ausgewogenes Gesetz ist. Ob es sich bei dem Gesetz um eine Wunderwaffe oder einen Rohrkrepiierer handele, hänge vor allem von der Bereitschaft der Tarifparteien ab, die ihnen von Gesetz zugewiesene Aufgabe zu übernehmen.

Aus der zivilrechtlichen Abteilung sei aus Platzgründen nur auf zwei Aufsätze hingewiesen: „Die Justiz befindet sich inmitten eines historischen Umbruchs ihrer Arbeitsweise.“ So beginnt die Autorin des Top-Themas, Stephanie Vogelgesang, ihren Beitrag, der sich mit dem Übergang der Justiz in das digitale Zeitalter beschäftigt. Für die Justiz sei es unausweichlich, sich mit Fragen der IT-Sicherheit und der Datensicherheit zu befassen. IT-Sicherheit habe in den letzten Jahren immer mehr an Bedeutung gewonnen. Wie sich die Justiz und Anwaltschaft vor Cyberangriffen schützen können, welche wirksamen Schutz- und Gegenmaßnahmen es gibt, ist auch Gegenstand des zweiten Beitrags zu unserem Topthema von Christian Rossow und Christoph Sorge. Leider gebe es keine Patentlösungen, die sämtliche Sicherheitsrisiken entkräfte. Die Autoren geben allerdings praxisgerechte Ratschläge, welche Maßnahmen ergriffen werden können, um den Schutz zu erhöhen.

Ich hoffe, dass die in diesem Heft versammelten Themen das Interesse unserer Leser finden. Im Übrigen gilt auch für den 5. Jahrgang der jM: Kritik und Anregungen unserer Leser sind uns stets willkommen; wir bitten darum!

In diesem Sinne, viel Freude bei der Lektüre!

Ihr Stephan Weth

## Datensicherheit und IT-Sicherheit in der Justiz\*

Wiss. Mit. Stephanie Vogelgesang

### A. Problemstellung

Die Justiz befindet sich inmitten eines historischen Umbruchs ihrer Arbeitsweise. Mit Einführung des ERV-Gesetzes<sup>1</sup>, des EGovG<sup>2</sup> und des neuen<sup>3</sup> Gesetzes zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs<sup>4</sup> (E-Akte-Gesetz) soll das digitale Zeitalter im Bereich der Justiz eingeleitet werden. Insbesondere das 2017 verkündete E-Akte-Gesetz hat für die vorliegende Problematik eine zentrale Bedeutung. Denn für das Strafverfahren<sup>5</sup> ist erstmals verpflichtend die Führung einer E-Akte für neu angelegte Verfahren ab 01.01.2026 vorgesehen. Gleiches gilt auch für die übrigen Verfahrensordnungen, etwa im Zivilprozess<sup>6</sup> oder Arbeitsgerichtsprozess.<sup>7</sup> Dies ist deshalb zu betonen, weil z.B. § 298a ZPO in der ab dem 01.01.2018 geltenden Fassung die elektronische Führung einer Akte bisher nur fakultativ vorsieht.

Auch für die Justiz ist es daher unausweichlich, sich mit Fragen der IT-Sicherheit und der Datensicherheit zu befassen. IT-Sicherheit hat in den letzten Jahren immer mehr an Bedeutung gewonnen. Die IT-Grundschutzkataloge des Bundesamtes für Informationstechnik (BSI), die der Erkennung und Bekämpfung sicherheitsrelevanter Schwächen in der IT-Umgebung dienen sollen, enthalten inzwischen über 1.200 Maßnahmen und beziehen sich meist auf Hard- und Software.<sup>8</sup>

Im Folgenden werden zunächst zentrale Begriffe wie IT-Sicherheit, Datensicherheit und Datenschutz kurz angesprochen. Anschließend werden exemplarisch einzelne potenzielle Gefährdungslagen innerhalb der Justiz skizziert. Im Vordergrund steht dabei der Versuch, die denkbaren Gefährdungslagen zu strukturieren. Denn eines muss allgemein festgehalten und betont werden: Sicherheitsfragen sind der Justiz auch bisher nicht fremd gewesen. Selbst gezielte Angriffe auf analoge Daten sind der Justiz nicht unbekannt. So muss sich bspw. eine 51-Jährige wegen Diebstahls vor Gericht verantworten, weil sie Anfang 2016 ihre Strafakte während der Verhandlung vom Richtertisch zog und die Akte seitdem verschwunden ist.<sup>9</sup>

### B. Anmerkungen zu den einzelnen Begrifflichkeiten

Begriffe wie IT-Sicherheit, Datensicherheit oder Datenschutz lassen sich nicht immer trennscharf abgrenzen und werden teilweise auch unterschiedlich interpretiert.<sup>10</sup>

Der engste Bereich ist der des Datenschutzes. Strukturmerkmale ergeben sich aus § 1 Abs. 1 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) in der zurzeit noch geltenden Fassung. Danach ist der Zweck des Gesetzes, den Einzelnen davor zu schützen, dass er durch den Umgang mit seinen personenbezogenen Daten in seinem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt wird. Im Kern geht es also allein um den Schutz personenbezogener Daten. Datenschutz ist damit Personenschutz. Regelungen mit Blick auf den Umgang mit personenbezogenen Daten

\* Bei dem Beitrag handelt es sich um die aktualisierte schriftliche Fassung des Vortrags „Elektronische Gerichtskommunikation und IT-Recht in der Praxis – Schwerpunkt IT-Sicherheit und Datensicherheit“. Der Vortrag wurde am 23.06.2017 im Rahmen der 3. Informationsveranstaltung zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs in Saarbrücken gehalten. Veranstalter war das saarländische Ministerium der Justiz.

1 Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten vom 10.10.2013 (BGBl. I, 3786).

2 Art. 1 des Gesetzes zur Förderung der elektronischen Verwaltung sowie zur Änderung weiterer Vorschriften vom 25.07.2013 (BGBl. I, 2749).

3 Die ursprünglichen Entwürfe wurden unter dem Titel „Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der elektronischen Akte in Strafsachen und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs“ diskutiert – vgl. z.B. BT-Drs. 18/9416, 17.08.2016.

4 Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs vom 05.07.2017 (BGBl. I, 2208).

5 Art. 2 Nr. 1 a) E-Akte-Gesetz i.V.m. Art. 33 Abs. 6 Nr. 1 E-Akte-Gesetz.

6 Art. 11 Nr. 4 c) E-Akte-Gesetz i.V.m. Art. 33 Abs. 1 bzw. Art. 12 Nr. 1 E-Akte-Gesetz i.V.m. Art. 33 Abs. 6 Nr. 4 E-Akte-Gesetz.

7 Art. 16 Nr. 3 c) E-Akte-Gesetz i.V.m. Art. 33 Abs. 1 bzw. Art. 17 E-Akte-Gesetz i.V.m. Art. 33 Abs. 6 Nr. 5 E-Akte-Gesetz.

8 Vgl. dazu auch IT-Sicherheitsrichtlinie für die Freie Universität Berlin, Version 3.0.2, zuletzt geändert am 07.01.2016, S. 20.

9 Welt.de, „Reichsbürgerin“ muss wegen Diebstahls vor Gericht, 28.03.2017, [www.welt.de/regionales/bayern/article163207620/Reichsbuergerin-muss-wegen-Diebstahls-vor-Gericht.html](http://www.welt.de/regionales/bayern/article163207620/Reichsbuergerin-muss-wegen-Diebstahls-vor-Gericht.html) (zuletzt abgerufen am 06.11.2017); dazu auch Augsburgener Allgemeine, „Reichsbürgerin“ nach Diebstahl ihrer Strafakte erneut vor Gericht, 29.03.2017, [www.augsburger-allgemeine.de/bayern/Reichsbuergerin-nach-Diebstahl-ihrer-Strafakte-erneut-vor-Gericht-id41039146.html](http://www.augsburger-allgemeine.de/bayern/Reichsbuergerin-nach-Diebstahl-ihrer-Strafakte-erneut-vor-Gericht-id41039146.html) (zuletzt abgerufen am 06.11.2017).

10 Dazu Czernik, Unterschied zw. IT-Sicherheit, Datensicherheit, Datenschutz & Informationssicherheit, 13.05.2016, [www.datenschutzbeauftragter-info.de/unterschiede-zwischen-datenschutz-datensicherheit-informationssicherheit-oder-it-sicherheit/](http://www.datenschutzbeauftragter-info.de/unterschiede-zwischen-datenschutz-datensicherheit-informationssicherheit-oder-it-sicherheit/) (zuletzt abgerufen am 06.11.2017).

lassen sich abgesehen vom BDSG auch in den Datenschutzgesetzen der einzelnen Länder (z.B. Saarländisches Datenschutzgesetz – SDSG) sowie der europäischen Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) finden. Rechtstechnisch ist zwischenzeitlich eine Änderung eingetreten. Mit dem Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU – DSAnpUG-EU) vom 30.06.2017<sup>11</sup> wurden nunmehr mit Wirkung vom 25.05.2018 (vgl. Art. 8 Abs. 1 DSAnpUG-EU) die bundesdeutschen datenschutzrechtlichen Regelungen an die DSGVO angeglichen. Das dann geltende Bundesdatenschutzgesetz (BDSG-neu) ist als Art. 1 DSAnpUG-EU ausgestaltet.

Wichtig im Zusammenhang mit der Justiz ist dabei weiterhin der allgemeine Ansatz: Justizdaten sind inhaltlich oftmals nicht nur normale personenbezogene Daten. Sie gehören vielmehr häufig zum Katalog der sog. sensiblen Daten im Sinne der DSGVO.<sup>12</sup> Damit wird Bezug genommen auf die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten gem. Art. 9 DSGVO. Zu diesen besonderen personenbezogenen Daten zählen u.a. religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder Gesundheitsdaten. Der hier skizzierte Zusammenhang zwischen Justizdaten und sensiblen Daten wird dabei auch durch die Ausgestaltung des Art. 9 DSGVO selbst bestätigt. Die Verarbeitung sensibler Daten ist gem. Art. 9 Abs. 1 DSGVO grds. untersagt. Dieses Verbot gilt jedoch nicht in den Fällen des Art. 9 Abs. 2 DSGVO. Zu diesen Ausnahmen gehört gerade auch die Verarbeitung im Rahmen der justiziellen Tätigkeit der Gerichte (vgl. Art. 9 Abs. 2 Buchst. f) DSGVO).<sup>13</sup>

Dieser Systemgesichtspunkt erscheint wesentlich. Denn bei diesen sensiblen Daten muss auch das allgemeine Sicherheitsniveau besonders hoch sein. Insbesondere stellen Beteiligte, wie z.B. das Strafverfahren deutlich zeigt, oftmals ihre Daten nicht freiwillig zur Verfügung. Die Justiz trifft damit Sorgfaltspflichten, die im Ansatz die Pflichten anderer Unternehmen oder Behörden teilweise deutlich übersteigen.<sup>14</sup>

Im Gegensatz zum Datenschutz bezieht sich der Gedanke der Datensicherheit auf jede Form von Daten, also nicht nur auf Daten mit Personenbezug. Unbeachtlich ist auch, ob die Daten elektronisch gespeichert sind oder nicht. Datensicherheit umfasst auch den Schutz von Daten auf Papier. Datensicherheit und Datenschutz sind jedoch eng miteinander verbunden. Hinreichende Datensicherheit ist notwendige Voraussetzung für einen effektiven Datenschutz.

Der zentrale Begriff der IT-Sicherheit betrifft elektronisch gesicherte Informationen und IT-Systeme. Geschützt werden soll die technische Verarbeitung von Informationen – losgelöst von einem Personenbezug. Zur IT-Sicherheit ge-

hört auch die allgemeine Funktionssicherheit, also das fehlerfreie Funktionieren und die Zuverlässigkeit von IT-Systemen.<sup>15</sup> Anders als im englischen Sprachgebrauch umfasst der Begriff „Sicherheit“ im deutschen Sprachgebrauch sowohl die Ausfall- bzw. Unfallsicherheit (Safety), also den Schutz vor unbeabsichtigten Ereignissen, als auch die Sicherheit gegenüber Angriffen (Security).<sup>16</sup>

In der Sache geht es bei der hier angesprochenen Thematik „Datensicherheit und IT-Sicherheit“ vor allem um drei klassische Schutzziele:<sup>17</sup> Vertraulichkeit, Integrität und Verfügbarkeit.

Die Vertraulichkeit ist gewährleistet, wenn nur Personen, die dazu berechtigt sind, von schutzwürdigen Daten Kenntnis erlangen.<sup>18</sup> Die Vertraulichkeit wird in der Justiz bspw. über Zuteilung von Zugriffsrechten gesteuert.

Integrität ist gewährleistet, wenn schutzwürdige Daten unversehrt und vollständig bleiben.<sup>19</sup> Auch die Wahrung der Integrität hat für den Justizbereich besondere Bedeutung. So bestimmt bspw. im Zivilprozess der Kläger, welchen Inhalt eine Klage haben soll (vgl. § 253 ZPO). Der Beklagte entscheidet, ob und inwieweit er sich dagegen wehren will. Dies setzt u.a. voraus, dass die Schriftsätze und Anträge der Parteien inhaltlich nicht nachträglich unbemerkt verändert werden können.

11 BGBl. I 2017, 2097.

12 Vgl. Erwägungsgrund 10 DSGVO.

13 Vgl. zu diesem Gedanken auch Schulz, in: Gola, DS-GVO – Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 9 Rn. 27.

14 Allgemein zum Thema Datenschutz und IT-Zentralisierung der Justiz Dötsch, DRIZ 2017, 206 ff.

15 Czernik, Unterschied zw. IT-Sicherheit, Datensicherheit, Datenschutz & Informationssicherheit, 13.05.2016, [www.datenschutzbeauftragter-info.de/unterschiede-zwischen-datenschutz-datensicherheit-informationssicherheit-oder-it-sicherheit/](http://www.datenschutzbeauftragter-info.de/unterschiede-zwischen-datenschutz-datensicherheit-informationssicherheit-oder-it-sicherheit/) (zuletzt abgerufen am 06.11.2017).

16 Dazu Federrath, Die Praxis der IT-Sicherheit: Ziele, Prioritäten, Status quo, [www.google.de/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&ved=0ahUKEwibpuHngtHUAhXG6xQKHQIIBfkQFghDMAU&url=http%3A%2F%2Fsvs.informatik.uni-hamburg.de%2Fpublications%2F2002\\_%2F2002-12-05FederrathFES.pdf&usq=AFQjC-NHZZGxBot3NkcZld7FRgt5w4v\\_IXQ&cad=rja](http://www.google.de/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&ved=0ahUKEwibpuHngtHUAhXG6xQKHQIIBfkQFghDMAU&url=http%3A%2F%2Fsvs.informatik.uni-hamburg.de%2Fpublications%2F2002_%2F2002-12-05FederrathFES.pdf&usq=AFQjC-NHZZGxBot3NkcZld7FRgt5w4v_IXQ&cad=rja) (zuletzt abgerufen am 06.11.2017).

17 Allgemein zu klassischen IT-Sicherheits-Schutzzielen Petric/Sorge, Datenschutz – Einführung in technischen Datenschutz, Datenschutzrecht und angewandte Kryptographie, 2016, S. 10.

18 Zu Fragen der Vertraulichkeit näher Sorge, Sonderbeilage NJW 2016, 20, unter Hinweis auf Sorge/Gruschka/Lo Iacono, Sicherheit in Kommunikationsnetzen, 2013.

19 Zu Fragen der Integrität näher Sorge, Sonderbeilage NJW 2016, 20, unter Hinweis auf Sorge/Gruschka/Lo Iacono, Sicherheit in Kommunikationsnetzen, 2013.

Verfügbarkeit bezieht sich auf Daten und Verfahren und bedeutet, dass diese zeitgerecht und ortsunabhängig zur Verfügung stehen müssen.<sup>20</sup> Die Verfügbarkeit wurde z.B. Ende Mai 2017 mit der Schadsoftware „WannaCry“ angegriffen.<sup>21</sup> Auch die Verfügbarkeit der IT-Systeme ist essenziell für die sachgerechte Arbeit der Justiz. Nur so kann z.B. gewährleistet werden, dass Gerichtsverfahren auch in angemessener Zeit bearbeitet und beendet werden.

### C. Anmerkungen zu potenziellen Risiken innerhalb der Justiz

Nachdem zuvor das theoretische und materielle Bezugssystem für die Einordnung und Beschreibung von Gefährdungslagen in der Justiz betrachtet wurde, sollen im Folgenden einzelne typische Gefährdungslagen beschrieben und denkbare Schutzmaßnahmen skizziert werden. Im vorgegebenen Rahmen kann es dabei vorrangig nur um die Herausarbeitung von Grundstrukturen gehen und nicht um eine umfassende Einzelanalyse.

#### I. Anknüpfung an Erfahrungen aus der Papierwelt

Bei Fragen der IT-Sicherheit und Datensicherheit kann in vielen Bereichen an die bisherigen Erfahrungen und Schutzmaßnahmen aus der Papierwelt angeknüpft werden. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn Angriffe auf digitale Daten zunächst ohne technische Hilfsmittel erfolgen. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang z.B. der Diebstahl von Datenträgern – wie externen Festplatten, Servern oder Computern. Auch früher schon musste darauf geachtet werden, dass sich in Diensträumen keine fremden Personen allein und unbeaufsichtigt aufhalten. Diese an sich selbstverständliche Grundvorsicht gilt auch weiterhin für das Arbeiten mit Computern.

#### II. Neue Problemlagen

Durch digitales Arbeiten sind allerdings auch – zumindest teilweise – neue Problemlagen gegenüber der Papierwelt entstanden. Dies gilt sowohl in quantitativer als auch in qualitativer Hinsicht.

##### 1. Zum quantitativen Aspekt

Die quantitative Vergrößerung der potenziellen Gefährdungslagen lässt sich relativ rasch aufzeigen. Früher gab es typischerweise für ein Gerichtsverfahren nur die führende Papier-Akte und damit auch nur ein Objekt, das vonseiten des Gerichts geschützt werden musste.

Dieser singuläre Schutz ist bei digitaler Aktenführung grundlegend anders geworden. Es gehört zu den Vorteilen der elektronischen Aktenführung, dass E-Akten leicht und

sekundenschnell kopiert werden können. Dadurch kann z.B. für alle Mitglieder eines Kollegialorgans ein vollständiger elektronischer Aktenauszug erstellt werden. Dies führt aber dazu, dass der Umfang der sensiblen und daher auch zu schützenden Daten schon zahlenmäßig größer geworden ist als in Zeiten der Papier-Akte.

Neue Herausforderungen für ein Sicherheitskonzept entstehen auch dann, wenn mobile Geräte wie Tablets oder Notebooks im Justizbereich eingesetzt werden sollen. Dies bedeutet unter Sicherheitsaspekten: Auch derartige mobile Geräte müssen neuerdings bestmöglich gegen Diebstahl und insbesondere auch gegen Diebstahl von Daten geschützt werden.

##### 2. Zum qualitativen Aspekt

IT-Angriffe können aber auch unter Zuhilfenahme von Technik erfolgen. Das ist sozusagen die neue Qualität der Gefährdungslagen, auf die sich auch die Justiz einstellen muss.

Besonders verbreitet ist dabei die Verwendung von Spionagesoftware (sog. Spyware).<sup>22</sup> Diese wird gezielt eingesetzt, um Daten auszuspähen. Sie kann zum einen über USB-Sticks, E-Mails oder unter Ausnutzung von Sicherheitslücken verbreitet werden. Daneben können Dritte auch gezielt Abhörgeräte in Form von Wanzen oder Keyloggern installieren.

#### D. Einzelne Einfallstore für Angriffe

Im Nachfolgenden sollen vier Einfallstore für mögliche Angriffe vorgestellt werden, die auch im Rahmen der justiziellen Arbeit Relevanz erlangen können.

##### I. Versand dienstlicher Unterlagen über den privaten E-Mail-Account

Eine neue potenzielle Gefährdungslage kann mit dem Stichwort „Versand dienstlicher Unterlagen über den privaten E-Mail-Account“ umschrieben werden.

Konkret ist dabei folgender Ausgangssachverhalt denkbar: Teilweise lesen Richter außerhalb der Diensträume bspw.

20 Zu Fragen der Verfügbarkeit auch Czernik, Unterschied zw. IT-Sicherheit, Datensicherheit, Datenschutz & Informationssicherheit, 13.05.2016, [www.datenschutzbeauftragter-info.de/unterschiede-zwischen-datenschutz-datensicherheit-informationssicherheit-oder-it-sicherheit/](http://www.datenschutzbeauftragter-info.de/unterschiede-zwischen-datenschutz-datensicherheit-informationssicherheit-oder-it-sicherheit/) (zuletzt abgerufen am 06.11.2017).

21 Dazu auch Briegleb, Wochenzusammenfassung Replay: WannaCry, WannaCry, WannaCry, 20.05.2017, [www.heise.de/newsticker/meldung/Wochenzusammenfassung-Replay-WannaCry-WannaCry-WannaCry-3718923.html](http://www.heise.de/newsticker/meldung/Wochenzusammenfassung-Replay-WannaCry-WannaCry-WannaCry-3718923.html) (zuletzt abgerufen am 06.11.2017).

22 Spyware ist eine spezielle Form von Malware (Schadsoftware).

am Abend oder Wochenende ihre Urteile oder Beschlüsse durch. Dies kann dadurch umgesetzt werden, dass die entsprechenden Entscheidungen am Arbeitsplatz ausgedruckt und mitgenommen werden. Vermeintlich komfortabler bzw. praktikabler erscheint der Weg, die Entscheidung von der dienstlichen E-Mail-Adresse aus an die private E-Mail-Adresse zu senden.

Eine Versendung über einen privaten E-Mail-Anbieter birgt allerdings oftmals erhebliche Risiken für die Sicherheit der übersendeten Daten. Wesentlich erscheint in diesem Zusammenhang ein Gesichtspunkt: Anbieter von privaten E-Mail-Adressen gewährleisten bei dem Übermittlungsvorgang meist nicht die Sicherheitsstandards, die bei der Versendung von dienstlichen E-Mails erforderlich sind und die der Dienstherr mit der dienstlichen E-Mail-Adresse vorhält.

Die E-Mail-Kommunikation im Bereich des Landesdatennetzes der saarländischen Justiz erfolgt Ende-zu-Ende-verschlüsselt. Eine solche Ende-zu-Ende-Verschlüsselung stellt sicher, dass die übermittelten Daten von unbefugten Dritten nicht gelesen oder verändert werden können.<sup>23</sup> Die Verschlüsselung zwischen den eigentlichen Kommunikationspartnern ist gewährleistet. Im Klartext liegt die Nachricht nur bei dem Absender und dem Empfänger vor. Eine Ende-zu-Ende-Verschlüsselung wird grds. von privaten E-Mail-Providern nicht angeboten.

Teilweise bieten private E-Mail-Anbieter eine Transportverschlüsselung an. Dabei wird die E-Mail jedoch nur auf den verschiedenen Übersendungsweegen verschlüsselt.<sup>24</sup> Berücksichtigt werden muss in diesem Zusammenhang, dass zwischen dem Versender und dem Empfänger zusätzlich noch ein Postausgangs- und Posteingangsserver eingeschaltet ist. Diese sind aber unter Sicherheitsaspekten als deutliche Schwachstellen einzustufen. Denn auf diesen Servern liegt die E-Mail unverschlüsselt – im Klartext – vor. Auf diesen zwischengeschalteten Servern können E-Mails also von Dritten abgefangen und ausgelesen werden.

Im Ergebnis bietet daher eine derartige Transportverschlüsselung nicht dasselbe durchgängige Schutzniveau wie die vom Dienstherrn eingerichtete Ende-zu-Ende-Verschlüsselung. Aufgrund der aufgezeigten Risiken sollten dienstliche Unterlagen nicht über private-Accounts gesendet werden.

Im Zusammenhang mit dem Thema „Verschlüsselung von E-Mails“ erscheint zudem ein allgemeiner Warnhinweis sachgerecht: Die Betreffzeile einer E-Mail gehört zu den Metadaten.<sup>25</sup> Metadaten sind für die Versendung der E-Mail erforderlich und werden deswegen nicht verschlüsselt – auch nicht bei Verwendung einer Ende-zu-Ende-Verschlüsselung. Daher sollte die Betreffzeile der E-Mail kurz gehalten und die Angabe von persönlichen Daten vermieden werden.

## II. Anschließen von mobilen Datenträgern

Das Anschließen von mobilen Geräten ist eine weitere potenzielle Gefährdungslage, die es so in der Papierwelt nicht gegeben hat.

Allgemein ist die Verwendung von mobilen Datenträgern risikobehaftet. Darauf befindet sich oftmals Schadsoftware. Dies kann auch für neu erworbene USB-Sticks gelten. So hat z.B. IBM versehentlich neue USB-Sticks ausgeliefert, die bereits mit Malware infiziert waren.<sup>26</sup>

Sobald zwischen dem USB-Stick und dem Rechner eine Verbindung hergestellt wird, kann die Schadsoftware von dem externen Gerät unbemerkt auf den Rechner übergehen. Die gleichen Risiken ergeben sich, wenn ein Smartphone als mobiler Datenträger genutzt wird und dieses für einen Datenaustausch an den Rechner angeschlossen wird.

Diese Gefahren können durch eine Geräteauthentifizierung oder eine sog. Geräte-White-List minimiert werden. Dadurch wird sichergestellt, dass auf dem Rechner nur für diesen freigegebene USB-Sticks angeschlossen werden können. Das Anschließen von nicht freigegebenen oder von dem PC nicht erkannten Geräten soll so verhindert werden.

Dafür gibt es im Wesentlichen zwei Umsetzungsmöglichkeiten:

1. Auf dem Rechner wird eine Liste mit Identifikationsnummern von Geräten (Geräte-ID) hinterlegt, die zugelassen werden sollen. Wenn nun ein Gerät an einem USB-Port angeschlossen wird, überprüft der Rechner die Geräte-ID. Nur wenn die Geräte-ID mit einer hinterlegten ID auf der White-List übereinstimmt, lässt der Rechner eine Verbindung zu.
2. Eine andere Möglichkeit besteht darin, dass der Justizrechner mit einem kryptographischen Schlüssel ausgestattet wird. Rechner können nun so eingestellt werden, dass USB-Sticks nur noch dann zugelassen werden, wenn der Computer die Daten auch entschlüsseln kann. Befinden sich auf dem USB-Stick dagegen zusätzlich noch fremde oder ggf. ungesicherte Daten, wird der Rechner diesen Stick nicht zulassen.

<sup>23</sup> Allgemein zur Ende-zu-Ende-Verschlüsselung Sorge, Sonderbeilage NJW 2016, 21.

<sup>24</sup> Allgemein zur Transportverschlüsselung Sorge, Sonderbeilage NJW 2016, 21.

<sup>25</sup> Zum Begriff der Metadaten Krüger/Möllers, MMR 2016, 728 ff.

<sup>26</sup> Schirmacher, Einige USB-Sticks für IBM Storwize offenbar mit Malware infiziert, 02.05.2017, [www.heise.de/security/meldung/Einige-USB-Sticks-fuer-IBM-Storwize-offenbar-mit-Malware-infiziert-3701157.html](http://www.heise.de/security/meldung/Einige-USB-Sticks-fuer-IBM-Storwize-offenbar-mit-Malware-infiziert-3701157.html) (zuletzt abgerufen am 06.11.2017).

Bei größeren Organisationen wie der Justiz eines Bundeslandes könnte sich dabei anbieten, alle Geräte mit dem gleichen Schlüssel auszustatten. Dies hätte den Vorteil, dass die zuvor von einem beliebigen Justizrechner verschlüsselten Daten an jedem einzelnen Justizrechner wieder entschlüsselt werden können.

### III. Aufladen von Smartphones am Dienstrechner

Neuartige Gefährdungslagen entstehen auch durch den zunächst harmlos wirkenden Umstand, dass private Smartphones oftmals am Dienstrechner aufgeladen werden.

Moderne Smartphones verfügen heutzutage über vielfältige Funktionen und werden z.B. auch als externe Datenträger verwendet. Dies bedeutet aber auch, dass Smartphones Träger von Schadsoftware sein können und damit letztlich auch Dienstrechner infizieren können.

Eine Infizierung des Smartphones selbst kann leicht und unbemerkt erfolgen. Diese Gefahrenlage ergibt sich insbesondere dann, wenn das Smartphone häufig mit öffentlichen Netzwerken verbunden ist.

Die Folgerung aus dieser Analyse erscheint eindeutig: Das Aufladen von privaten Smartphones an Dienstrechnern ist mit hohen Risiken verbunden und sollte nicht vorgenommen werden.

### IV. Angriffe durch Keylogger

Eine besonders effektive Angriffsform stellt der Einsatz von sog. Hardware-Keyloggern dar. Mit Keyloggern<sup>27</sup> können interne Daten direkt und unverschlüsselt beim Nutzer abgefangen werden.<sup>28</sup> Keylogger schneiden die Tastatureingaben bei ihrer Übertragung zum Computer mit. Angreifer können so an Passwörter oder an ganze Entscheidungstexte gelangen.

Das Anbringen eines Hardware-Keyloggers kann sekundenschnell und weitestgehend unbemerkt erfolgen und erfordert kaum technische Kenntnisse. Die dafür erforderliche Hardware kann unkompliziert und vergleichsweise kostengünstig erworben werden.<sup>29</sup> Hardware-Keylogger werden zwischen Computer und Tastatur platziert.<sup>30</sup> Sie können bspw. als externes Gerät zwischen das Kabel der Tastatur und den Computer gesteckt werden. Die mitgeschnittenen Tastatureingaben werden entweder auf dem Keylogger gespeichert oder über das Internet z.B. per E-Mail an den Angreifer übermittelt.

Auch bei Keylogger-Angriffen bieten sich einfache und zugleich wirksame Gegenmaßnahmen an. Es muss darauf geachtet werden, dass sich Unbefugte nicht unbemerkt einem Dienstrechner nähern können. Mitarbeiter sollten daher selbst bei einem nur kurzfristigen Verlassen des Raumes die

Bürotüren gewissenhaft abschließen. Rechner sollten zudem nicht in der Nähe von den Besucherplätzen aufgebaut werden.

### E. Maßnahmen zur Risikominimierung

Aus diesen Analysen und Überlegungen ergeben sich folgende Maßnahmen zur Risikominimierung:

- Zum Schutz vor Angriffen auf Rechnersysteme und digitale Daten kann zunächst an Erfahrungen angeknüpft werden, die bereits aus der Papierwelt bekannt sind.
- Daten bzw. Informationen auf Datenträgern sind unter Verschluss zu halten.
- Der Zutritt Dritter zu den Diensträumen muss während der Dienstzeiten beschränkt und kontrolliert werden.
- Mitarbeiter sollten ihre Bürotüren gewissenhaft abschließen, auch wenn sie ihren Arbeitsplatz nur kurz verlassen.
- Rechner sollten nicht in der Nähe von den Besucherplätzen aufgebaut werden.
- Rechner sollten bei Verlassen des Büros gesperrt werden.

Spezifischen Schutz vor technikbasierten IT-Angriffen bieten bspw. regelmäßige Updates oder Firewalls. Falls Mitarbeiter auf einem portablen Rechner (Tablet oder Notebook) arbeiten, muss die Festplatte aus Sicherheitsgründen verschlüsselt werden.

Externe Zugänge zu dem saarländischen Landesdatennetz sollten über einen abgesicherten VPN-Kanal erfolgen.

### F. Cyberangriffe und Justiz – ein Blick in die Praxis

Allgemein erscheint es wichtig, dass alle in der Justiz Tätigen ein gewisses Maß an natürlicher Vorsicht walten lassen. Aber auch dann wird es notwendig sein, sich geistig und faktisch auf die hier skizzierten neuen Gefährdungslagen einzustellen.

So gab es z.B. im Dezember 2016 einen gezielten Cyberangriff auf die hessische Justiz.<sup>31</sup> Der Angriff mit der Schadsoftware „Goldeneye“ war als Bewerbungsmail getarnt.

27 Das LArbG Hamm bezeichnet Keylogger als Tasten-Protokollierer, vgl. LArbG Hamm, Ur. v. 17.06.2016 - 16 Sa 1711/15 Rn. 88.

28 Dazu und zum Folgenden Vogelgesang/Hessel/Möllers, DuD 2016, 729 ff.

29 Keylogger können z.B. bei Amazon oder eBay bestellt werden. Je nach Ausstattung beginnt der Verkaufspreis bei ca. 40 €.

30 Dazu und zum Folgenden Vogelgesang/Hessel/Möllers, DuD 2016, 730.

31 Dazu und zum Folgenden hessenschau.de, Gefälschte Bewerbungsmail – Cyberangriff auf Justizbehörden, 07.12.2016, [www.hessenschau.de/panorama/gefaelschte-bewerbungsmail-cyberangriff-auf-justizbehoerden,cyberangriff-justiz-100.html](http://www.hessenschau.de/panorama/gefaelschte-bewerbungsmail-cyberangriff-auf-justizbehoerden,cyberangriff-justiz-100.html) (zuletzt abgerufen am 06.11.2017).

Dies ist zu betonen, weil die hessische Justiz gerade Personal suchte und das Anschreiben professionell und in fehlerfreiem Deutsch formuliert waren. Es gab somit keinen offensichtlichen Anhaltspunkt für ein besonderes Misstrauen. Wenn die Sachbearbeiter bei Gericht dann den Anhang öffneten, wurde automatisch Schadsoftware aus dem Internet heruntergeladen.

Bei „Goldeneye“ handelte es sich um eine sog. Ransomware.<sup>32</sup> Bei Infektion sollten alle Daten auf den Rechnern verschlüsselt und für die Justizangehörigen unbrauchbar gemacht werden. Der Entschlüsselungscode sollte erst nach Zahlung eines Lösegelds zur Verfügung gestellt werden. Das Cyberabwehrsystem der Justizbehörden bemerkte den Angriff rechtzeitig und konnte dadurch dauerhaften Schaden vermeiden.

Im Mai 2017 gab es zudem mit der Ransomware „WannaCry“ einen weltweit angelegten Cyberangriff auf Computer<sup>33</sup> und damit auch auf Rechner der deutschen Justiz. Jedenfalls für das Saarland kann festgestellt werden, dass die eingesetzten Schutzmechanismen ausreichend waren, um eine Infektion mit „WannaCry“ zu verhindern.

## G. Fazit

Insgesamt ergibt sich damit folgendes Fazit: Internetkriminalität stellt für die Justiz nicht nur ein theoretisches Problem dar. Die Bedrohung ist im Einzelfall vielmehr real und aktuell. Daher ist IT-Sicherheit auch zu einem wesentlichen Element in einem modernen Justizkonzept geworden. Vorrangiges Ziel der Überlegungen war, eine gewisse Sensibilität für neuartige Gefährdungslagen anzustoßen oder diese Sensibilität jedenfalls zu bekräftigen. Gleichzeitig sollte aber auch verdeutlicht werden, dass Organisationen wie die Justiz drohenden Attacken nicht hilflos ausgeliefert sind. Schon das Vorwegdenken von realistischen Angriffsszenarien ist dabei bereits ein erster und zentraler Baustein für ein effektives Sicherheitsmanagement.

32 Allgemein zur Ransomware Vogelgesang/Möllers, jM 2016, 381 ff.

33 Dazu auch Briegleb, Wochenzusammenfassung Replay: WannaCry, WannaCry, WannaCry, 20.05.2017, [www.heise.de/newsticker/meldung/Wochenzusammenfassung-Replay-WannaCry-WannaCry-WannaCry-3718923.html](http://www.heise.de/newsticker/meldung/Wochenzusammenfassung-Replay-WannaCry-WannaCry-WannaCry-3718923.html) (zuletzt abgerufen am 06.11.2017).

## Schadsoftware: Ein Problem (auch) für Juristen?

Prof. Dr. Christian Rossow und Prof. Dr. Christoph Sorge

### A. Einführung

Auch ohne flächendeckenden elektronischen Rechtsverkehr ist die elektronische Kommunikation jedenfalls außergerichtlich bereits Alltag. Dies ermöglicht eine effiziente und schnelle Kommunikation, hat aber auch Tücken. In einer Anwaltskanzlei könnte sich bspw. folgender Vorgang abspielen:

Eine E-Mail geht ein, an die ein potenzieller Mandant einige Dokumente angehängt hat. Er bittet die Rechtsanwältin um Prüfung der Dokumente und stellt die Erteilung eines Mandats in Aussicht. Zunächst scheint kein Grund zu bestehen, Verdacht zu schöpfen. Doch als eine Kanzleimitarbeiterin die Dokumente öffnet, um sie auszudrucken, wird – zunächst unbemerkt – eine Schadsoftware ausgeführt. Am nächsten Morgen fällt das Problem auf: Wichtige Dateien sind gelöscht worden, ein Erpresser droht mit der Veröffentlichung vertraulicher Unterlagen, oder die Festplatten der Kanzleicomputer sind verschlüsselt und können nur nach Zahlung eines Lösegelds wieder entschlüsselt werden.

Das geschilderte Szenario ist nicht etwa reine Fiktion und auch nicht auf Rechtsanwälte beschränkt. Potenziell kann jeder Rechner, der – sei es per E-Mail oder auch nur über

den Austausch von USB-Sticks – mit anderen kommuniziert, von Schadsoftware befallen werden. Justiz und Anwaltschaft sind hiervon natürlich nicht ausgenommen und werden mit der wachsenden Bedeutung des elektronischen Rechtsverkehrs auch weiterhin in das Visier von Angreifern geraten. Im April 2016 wurde etwa in der Fachpresse über gezielt an Anwaltskanzleien gerichtete E-Mails berichtet, in deren Anhängen Schadsoftware enthalten war.<sup>1</sup> Über das Ausmaß der Folgen ist den Autoren nichts bekannt, doch lässt die verwendete Software sich fernsteuern und für beliebige Aktionen auf den infizierten Rechnern verwenden. Ist ein Rechner erst infiziert, stünden den Tätern somit vielerlei Optionen offen. Auch die Berichterstattung über die Schadsoftware Wannacry,<sup>2</sup> die Privatpersonen und Unternehmen der unterschiedlichsten Branchen betraf, sowie die kurz darauf folgende Schadsoftware Petya<sup>3</sup> zeigt die Bedeutung der Thematik auf.

1 [www.heise.de/-3189778](http://www.heise.de/-3189778) (zuletzt abgerufen am 02.11.2017).

2 [www.heise.de/-3713235](http://www.heise.de/-3713235) (zuletzt abgerufen am 02.11.2017).

3 [www.heise.de/-3757047](http://www.heise.de/-3757047) (zuletzt abgerufen am 02.11.2017).

Der vorliegende Beitrag soll die Risiken beleuchten, die Schadsoftware für Rechtsanwälte und Gerichte mit sich bringt. Zugleich werden Schutzmaßnahmen aufgezeigt, mit denen IT-Anwender diese Risiken drastisch reduzieren können.

## B. Schadsoftware

Schadsoftware, im Englischen Malware (malicious software), ist eine vom Anwender unerwünschte und oft unbewusst installierte Software. Während Schadsoftware in ihren Anfängen vor nunmehr 30 Jahren primär „aus Spaß“ entwickelt wurde, beschäftigen sich heute große Märkte im digitalen Untergrund mit der Entwicklung von Malware aus einer finanziellen Motivation heraus. Den technischen Möglichkeiten einer Malware sind so gut wie keine Grenzen gesetzt und die Angreifer sind i.d.R. sehr kreativ, um ihren Gewinn zu maximieren. Diese Kreativität führt dazu, dass es nicht „die eine“ Malware gibt. Vielmehr bedienen sich Angreifer an einer Palette von Funktionalitäten, die einer Schadsoftware prinzipiell zugänglich sind. Populäre Schadfunktionen sind u.a. Keylogging (das Mitlesen jeglicher Tastatureingaben), Sniffing (Mitlesen der Kommunikation wie z.B. E-Mails), Man-in-the-Browser (Mitlesen und Manipulation der Ein- und Ausgaben eines Browsers), Aufzeichnung des Bildschirms oder der Webcam, der „Diebstahl“ von oder sogar die Manipulation der Daten auf einem Zielsystem.

Diese und viele weitere Funktionalitäten lassen sich nach Belieben kombinieren. Gemeinsam ist allen Funktionalitäten, dass sie von einem Angreifer aus der Ferne gesteuert werden können. So verwenden bspw. sog. Banking-Trojaner Man-in-the-Browser kombiniert mit Keylogging, um zum einen Log-in-Daten eines Online-Banking-Nutzers zu stehlen und zum anderen Banktransaktionen des Nutzers zu manipulieren. Ransomware hingegen setzt Datenmanipulation ein, um die auf einem System befindlichen Dateien durch eine Verschlüsselung unbrauchbar zu machen und erpressen dann den Nutzer, zur Wiederherstellung der verlorenen Dateien einen Geldbetrag zu zahlen. Trojaner (eigentlich: Trojanische Pferde) hingegen verwenden oft Keylogging, Sniffing und Datendiebstahl, um von einem Zielsystem möglichst viele kritische Informationen (z.B. Passwörter, sensitive Dateien etc.) zu stehlen.

Die Art des Zielsystems spielt dabei nur eine untergeordnete Rolle. Während Schadsoftware auf einer Windows-basierten PC-Umgebung derzeit noch am häufigsten aufzufinden ist, sind auch anderweitige Geräte und Betriebssysteme keineswegs immun. Zum einen werden auf PCs zunehmend auch andere Betriebssysteme wie bspw. Linux angegriffen. Zum anderen ist Malware auf Smartphones mittlerweile

sehr attraktiv geworden, da diese Geräte oftmals ebenfalls kritische Daten (neben Dateien und E-Mails z.B. auch den Aufenthaltsort einer Person) enthalten. Zunehmend ist auch das sog. Internet der Dinge anfällig für Schadsoftware, wie bspw. eine per WLAN steuerbare Waschmaschine oder ein mit dem Internet verbundener Fernseher.

Trotz der Gefahr dieser schadhafte Funktionalitäten sind derzeit noch immer nur sehr wenige Systeme ausreichend vor Missbrauch geschützt. Ein Grund für diese allgegenwärtige Gefahr ist die Vielzahl der Wege, wie Schadsoftware (größtenteils unbemerkt) auf ein Zielsystem gelangen kann. Die typischsten Einfallstore für klassische Malware sind (a) aktive E-Mail-Anhänge, die geöffnet werden, (b) Software mit Verwundbarkeiten, die ein Angreifer zwecks Kompromittierung ausnutzen kann, sowie (c) Speichermedien wie USB-Sticks mit potenziell unsicheren Inhalten. Während die Ausnutzung der Schwachstellen in Software oft passiv, z.B. beim Surfen im Internet geschieht, erfordern die anderen beiden Vektoren aktive Handlungen des Benutzers. Die Angreifer sind deshalb auch geübt darin, durch entsprechende Gestaltung von Dateinamen und E-Mail-Inhalten die Benutzer dazu zu motivieren, die Anhänge bzw. Dateien auf dem Speichermedium zu öffnen. Auf Smartphones sind darüber hinaus noch (d) nicht-vertrauenswürdige Apps zu nennen, die sich als Schadsoftware entpuppen können.

## C. Gefahren für Anwaltschaft und Gerichte

Die Beweggründe für Angriffe auf Gerichte, Staatsanwaltschaften und Rechtsanwälte können vielfältig sein. Denkbar sind Zerstörungslust oder der Wunsch nach Vergeltung für belastende Gerichtsentscheidungen, aber auch rationalere Motive. Erlangte Daten an sich können für den Täter wertvoll sein. Ein Angeklagter in einem Strafverfahren kann seine Verteidigungsstrategie aufgrund interner Vermerke der Staatsanwaltschaft anpassen; ein krimineller Börsenspekulant kann hohe Gewinne realisieren, wenn ein aufgefundener Urteilsentwurf ihm einige Stunden vor der Urteilsverkündung Hinweise auf den Ausgang eines Schadensersatzprozesses gegen ein Unternehmen gibt. Auch von der Löschung oder vorübergehenden Nichtverfügbarkeit von Daten kann ein Täter profitieren. Dies gilt etwa, wenn die Wiederherstellung oder das erneute Anfertigen eines Schriftsatzes so lange dauert, dass dadurch eine Frist versäumt wird. Gelänge die unbemerkte Löschung von Dokumenten, könnte letztlich gar ein Urteil auf unvollständige Informationen gestützt werden.

Aber auch der Wert der Daten für das Opfer lässt sich ausnutzen. Ein Täter, der sensible Mandantendaten aus einer Anwaltskanzlei erlangt hat, kann mit der Veröffentlichung

drohen;<sup>4</sup> alternativ – und bereits in großem Stil umgesetzt – kann er die Daten verschlüsseln und die Entschlüsselung erst nach Zahlung eines Lösegelds ermöglichen.<sup>5</sup>

Elektronische Kommunikation ist in Gerichten, Staatsanwaltschaften und Anwaltskanzleien heute bereits Alltag und erleichtert es, die beschriebenen Angriffe durchzuführen. Ähnlich, wie Wirtschaftsunternehmen sich bereits auf Bedrohungen durch Schadsoftware eingestellt haben, muss auch die Justiz Vorkehrungen treffen. Die Einführung bzw. Ausweitung des elektronischen Rechtsverkehrs mag für den Umfang der elektronisch geführten Kommunikation eine Rolle spielen; Angriffe sind aber auch durch bereits heute elektronisch geführte informelle Kommunikation möglich. Jeder, der Daten verarbeitet, die nicht sicher auf einen vertrauenswürdigen Ursprung zurückgeführt werden können, ist potenziell von Schadsoftware bedroht.

Umgekehrt ist die sichere elektronische Kommunikation, wie sie bspw. mit dem besonderen elektronischen Anwaltspostfach möglich wird, keine Lösung für das Problem der Schadsoftware. Der hier gewährleistete Schutz betrifft die Übermittlung von Daten, nicht deren Inhalte – zu denen eben auch Schadsoftware gehören kann.

#### D. Gegenmaßnahmen und Schutzmechanismen

Angesichts des Ausmaßes der Gefahren stellt sich selbstredend die Frage nach wirksamen Schutz- und Gegenmaßnahmen. Leider gibt es hier keine Patentlösung, die sämtliche Sicherheitsrisiken entkräftet. Die Situation lässt sich mit der Sicherheit in einem Pkw vergleichen: Um die Insassen (Benutzer) bestmöglich zu schützen, kommt mit Gurt, Airbag, ABS, ESP, Bremsassistenten und vielem mehr ein abgestimmtes Sicherheitskonzept zum Tragen. Übertragen in die digitale Welt bedeutet dies ebenfalls eine Reihe von technischen und organisatorischen Maßnahmen, die den Schutz erhöhen. Allgemeine Ratschläge können wie folgt zusammengefasst werden:<sup>6</sup>

- **Anti-Viren-Software:** Der Einsatz eines Anti-Viren-Programms bietet einen Grundschutz gegen Schadsoftware, indem die ausgeführten oder heruntergeladenen Dateien auf bekannte Schadfunktionalität geprüft werden. In dieser Stärke liegt auch gleichzeitig ein Schwachpunkt: Bisher unbekannt(e)s Schadsoftware bzw. -verhalten bleiben durch diese Schutzsoftware unerkannt.
- **Software-Updates:** Verwundbarkeiten werden von Software-Entwicklern typischerweise prompt behoben, sobald sie bekannt geworden sind. Um sich vor den bekannten Schwachstellen zu schützen, sollte die eingesetzte Software deshalb stets auf dem aktuellsten Stand gehalten, d.h. mit Updates versorgt werden. Neben

Updates des Betriebssystems und Office-Software sind ebenfalls insbesondere Updates für Browser oder deren Plugins (wie z.B. Java oder Flash) zu berücksichtigen. Nicht benötigte Plugins sollten sogar ganz deaktiviert oder deinstalliert werden.

- **E-Mail-Anhänge und -Inhalte prüfen:** E-Mail-Anhänge stellen ein besonders hohes Risiko dar. Der Empfänger muss sich zuerst vergegenwärtigen, dass viele in der E-Mail enthaltenen Daten (insbesondere der Absender, Betreff und Inhalt) potenziell gefälscht sein können. Deshalb bedürfen auch E-Mails von bekannten Personen oder mit vermeintlich vertrauenswürdigen Inhalten trotzdem Beachtung. Im Zweifelsfall sollte man den Absender telefonisch kontaktieren, um sich zu vergewissern, dass er eine E-Mail tatsächlich gesendet hat. Grds. gilt, dass bestimmte Dateiformate im Anhang nie geöffnet werden sollten. Dazu zählen insbesondere Office-Dokumente mit Scripting-Inhalten (entsprechende Popups warnen davor) und ausführbare Dateien (z.B. „.scr“ oder „.exe“-Dateien in Windows), auch wenn diese in Container-Formaten (z.B. „.zip“) verschachtelt sind.
- **Nicht-vertrauenswürdige Speichermedien vermeiden:** Speichermedien wie z.B. USB-Sticks sind zwar sehr nützlich, um Dateien zwischen Systemen auszutauschen. Doch Schadsoftware kann einerseits auf dem Stick befindliche Dateien infizieren, sodass sich die Malware beim Öffnen dieser Dateien auf einem anderen System dorthin verbreitet. Andererseits können Angreifer USB-Sticks derart präparieren, dass sogar das bloße Einstecken an einen Computer schon schädlich sein. Konkret heißt das: Zufällig gefundene USB-Sticks sollten nie in Gebrauch genommen werden, auch wenn die Neugierde drängt.
- **Schutz gegen Social Engineering:** Gewiefte Angreifer versuchen, per Social Engineering in Unternehmen oder Organisationen einzudringen, indem sie Interna für die Vorbereitung eines Angriffs verwenden. So spähnen sie z.B. zuerst Namen der Mitarbeiter aus, um diese fortan in gefälschten E-Mails zu verwenden. Ein Empfänger, der sich dessen nicht bewusst ist, wird oft nicht erkennen, wenn „etwas

4 Über eine solche Erpressung berichtete die Wirtschaftswoche online am 08.06.2015: [www.wiwo.de/technologie/vernetzt/11862760.html](http://www.wiwo.de/technologie/vernetzt/11862760.html) (zuletzt abgerufen am 02.11.2017).

5 Siehe dazu auch [www.itgovernance.co.uk/blog/over-a-dozen-law-firms-held-hostage-by-ransomware-in-last-few-weeks/](http://www.itgovernance.co.uk/blog/over-a-dozen-law-firms-held-hostage-by-ransomware-in-last-few-weeks/) (zuletzt abgerufen am 02.11.2017).

6 Sehr viel umfangreichere Maßnahmenkataloge, die außer Schadsoftware noch zahlreiche weitere Bedrohungen abdecken, finden sich bspw. in den IT-Grundschutz-Katalogen des Bundesamts für Sicherheit in der Informationstechnik, [www.bsi.bund.de/DE/Themen/ITGrundschutz/ITGrundschutzKataloge/Inhalt/inhalt\\_node.html](http://www.bsi.bund.de/DE/Themen/ITGrundschutz/ITGrundschutzKataloge/Inhalt/inhalt_node.html) (zuletzt abgerufen am 02.11.2017).

nicht stimmt“. Trotz der damit verbundenen Kosten sind Schulungen in diesen Belangen dringend zu empfehlen, wenn ein hohes Schutzniveau gegen Angriffe erreicht werden soll. Dies gilt für alle Mitarbeiter, die potenziell mit schützenswerten Daten in Kontakt gelangen oder den Zugriff darauf beeinflussen können – in einem Gericht etwa nicht nur Gerichtspräsident und Richter, sondern auch Geschäftsstellenmitarbeiter und Pförtner.

- Vorbereitung für den Ernstfall: Solange Kommunikation nach außen vorgesehen ist, lässt sich eine Infektion mit Schadsoftware genauso wenig ausschließen wie andere Sicherheits-Zwischenfälle. Nach Eintreten des Ernstfalls ist ggf. eine rasche Reaktion erforderlich. Je nach konkreten Umständen müssen etwa Beweise gesichert, die Weiterverbreitung der Schadsoftware in der eigenen Organisation verhindert, Sicherungskopien wieder eingespielt, weitere Betroffene und evtl. auch Behörden informiert werden. Welche Schritte jeweils einzuleiten sind und wer in dieser Phase entscheidungsbefugt ist,

bedarf einer vorherigen Planung, um die jederzeitige Handlungsfähigkeit sicherzustellen.

## E. Fazit

Während viele Teilaspekte der sicheren Kommunikation und der Absicherung von IT-Systemen bereits ein sehr hohes Niveau erreicht haben und etwa die Entschlüsselung nach dem Stand der Technik verschlüsselter Daten für einen Angreifer in aller Regel aussichtslos ist, besteht nach wie vor eine reale Bedrohung von IT-Systemen jeglicher Art durch Schadsoftware. Es gibt keinen Grund zu der Annahme, ausgerechnet die Justiz könne verschont bleiben. Auch unabhängig von der Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs muss sich daher jedes Gericht, jede Staatsanwaltschaft, aber auch jeder einzelne Rechtsanwalt mit der Problematik befassen und Vorkehrungen sowohl zur Abwehr von Schadsoftware als auch zur möglichen Reaktion auf erfolgte Infektionen treffen.

## „Strafbarer“ Vergleich – der § 214a FamFG

W.a. RiAG Andreas Brilla und RA'in Evelina Weiß

Mit dem Gesetz zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellungen vom 01.03.2017<sup>1</sup> erfährt auch die familiengerichtliche Praxis mit Wirkung zum 10.03.2017 eine Änderung: § 214a FamFG sieht vor, dass ein Vergleich, den die Beteiligten im Rahmen eines Gewaltschutzverfahrens schließen, unter bestimmten Voraussetzungen gerichtlich bestätigt wird. Korrespondierend dazu stellt § 4 Satz 1 Nr. 2 GewSchG (Gewaltschutzgesetz) einen Verstoß gegen eine bestimmte vollstreckbare Verpflichtung aus einem gerichtlich bestätigten Vergleich unter die Strafandrohung, der Vergleich wird also strafbewehrt. Ob die Ziele des Gesetzgebers damit in angemessener Weise praxistauglich erreicht werden können,<sup>2</sup> ist Gegenstand dieser Erörterung.

### A. Inhalt des Gesetzes

Nach bisheriger Rechtslage zeigte sich im Bereich des Gewaltschutzes insoweit eine Regelungslücke, als ein gerichtlicher Vergleich, mit dem ein Gewaltschutzverfahren beendet wurde, nicht unter die Strafandrohung des § 4 GewSchG fiel. Dieser erfasste vielmehr lediglich eine Gewaltchutzanordnung des Gerichts, deren Missachtung – bereits für sich gesehen – zu einer strafrechtlichen Verfolgung führen konnte.

In der Praxis ließ diese Regelungslücke Vergleiche im Rahmen der Verfahren nach dem GewSchG scheitern. Diese

Rechtslage empfand der Gesetzgeber als unbefriedigend, da sie die geschädigte Person ggf. vom Abschluss eines Vergleichs abhalte, der aber auch in Gewaltschutzsachen durchaus sinnvoll sein könne.<sup>3</sup> Aus diesem Grund entschied sich der Gesetzgeber für die Einführung des § 214a FamFG:

„Schließen die Beteiligten einen Vergleich, hat das Gericht diesen zu bestätigen, soweit es selbst eine entsprechende Maßnahme nach § 1 Absatz 1 des Gewaltschutzgesetzes, auch in Verbindung mit § 1 Absatz 2 Satz 1 des Gewaltschutzgesetzes, hätte anordnen können. Die Bestätigung des Gerichts ist nicht anfechtbar.“

Ergänzend hierzu regelt § 4 Satz 1 Nr. 2 GewSchG nunmehr, dass „mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe auch bestraft wird, wer einer bestimmten vollstreckbaren Verpflichtung aus einem Vergleich zuwiderhandelt, soweit der Vergleich nach § 214a Satz 1 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Verbindung mit § 1 Absatz 1 Satz 1 oder 3 dieses Gesetzes, jeweils auch in Verbindung mit § 1 Absatz 2 Satz 1 dieses Gesetzes, bestätigt worden ist.“

1 BGBl. I 2017, 386.

2 Skeptisch Cirullies/Cirullies, FamRZ 2017, 493; Krumm, FamRB 2017, 153.

3 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/9946, S. 11.

Im Hinblick auf die strafrechtlichen Regelungen wurde § 238 StGB und § 374 StPO geändert. § 238 StGB stellt nunmehr ein potenzielles Gefährdungsdelikt dar, sodass es ausreichend ist, dass die Handlung des Täters in objektiver Weise geeignet ist, eine gravierende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers herbeizuführen. Bislang war stets nicht nur die Möglichkeit, sondern der tatsächliche Eintritt der schwerwiegenden Beeinträchtigung erforderlich, um die Strafbarkeit zu begründen.<sup>4</sup>

Durch die Streichung der Nachstellung aus dem Bereich der Privatklagedelikte i.S.d. § 374 StPO soll das strafwürdige Verhalten im gebotenen Maß zur Aburteilung gelangen.<sup>5</sup>

Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens gab es am Wortlaut des § 214a FamFG wenige Änderungen. Der Regierungsentwurf zum Gesetz sah zunächst vor, dass eine „Maßnahme des Gerichts nach § 1 Absatz 1 Satz 1 oder 3 GewSchG“ Gegenstand des Vergleichs sein soll, während die Neuregelung auf Empfehlung des Bundesrates und des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz von „Maßnahmen nach § 1 Absatz 1 GewSchG“ spricht. Es wird demnach bewusst auf den gesamten § 1 Abs. 1 GewSchG und somit auch auf die zeitliche Beschränkung i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 2 GewSchG verwiesen. Die Vorgabe der Befristung der Anordnung aus Gründen der Verhältnismäßigkeit greift demnach auch für einen Vergleich der Beteiligten mit der Folge, dass eine gerichtliche Bestätigung nicht erfolgen soll, sofern eine erforderliche Befristung fehlt.<sup>6</sup>

## B. Problemaufriss

Der Gesetzgeber geht zu Recht davon aus, dass eine von den Beteiligten einvernehmlich getroffene Regelung teilweise bessere Chancen für die Einhaltung der Verpflichtung seitens des Rechtsverletzers und somit eine tatsächliche Befriedung des Konfliktes bietet, nicht zuletzt weil die Beteiligten den Inhalt der Schutzmaßnahmen selbst bestimmen können und Vergleiche insbesondere bei Konflikten im größeren Zusammenhang – so wie mit Regelungen über den Umgang gemeinschaftlicher Kinder – von Sinnhaftigkeit geprägt sind.<sup>7</sup>

Da die Beteiligten aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben jedoch nicht selbst über die Strafe entscheiden können, ist eine Bestätigung des Vergleichs durch ein Familiengericht erforderlich.<sup>8</sup> Hierbei hat nach der Intention des Gesetzgebers das Gericht zu prüfen, ob es selbst die in dem Vergleich vereinbarten Regelungen als Maßnahme nach § 1 Abs. 1 GewSchG hätte anordnen können, demnach ob die verletzte Person einen Antrag gestellt hat, eine Tathandlung i.S.d. § 1 GewSchG vorliegt und ob die von dem Rechtsverletzer übernommene Verpflichtung hinreichend bestimmt, verhältnismäßig und ggf. befristet ist.<sup>9</sup>

Die neue Regelung fand im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens größtenteils Zuspruch.<sup>10</sup> So wird in Anbetracht der nicht seltenen Erledigung der Gewaltschutzverfahren durch Vergleich in der Strafbewehrung ein notwendiger Schutz der verletzten Person gesehen. Es wird angeführt, dass dem Opfer durch die Neuregelung schon frühzeitig der Schutz des Strafrechts gewährt werde, was zu begrüßen sei.<sup>11</sup> Die Sicherung der Strafbewehrung sei ferner deshalb notwendig, weil die Betroffenen oftmals nicht anwaltlich vertreten seien.<sup>12</sup> Auch in der Literatur finden sich erste positive Resonanzen.<sup>13</sup>

Gegenstimmen äußerten sich dahin gehend, dass die Strafbewehrung des Vergleichs zu einer Festigung des Ungleichgewichts zu einem sehr frühen Zeitpunkt führe, durch die geschaffene Neuregelung der Vergleich in der Praxis noch häufiger zur Beendigung der Verfahren angewendet werde und dies zum Nachteil der verletzten Personen, i.d.R. der von der Gewaltdynamik in Paarbeziehungen geprägten Frauen und Kinder, sein werde.<sup>14</sup> Beachtlich erscheint die

4 Krehl in: Leipziger Kommentar, StGB, 12. Aufl. 2015, § 238 Rn. 63.

5 Vgl. zum Vorstehenden den Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/9946, S. 1.

6 BT-Drs. 18/9946, S. 17; BT-Drs. 18/10654, S. 5.

7 BT-Drs. 18/9946, S. 15.

8 BT-Drs. 18/9946, S. 15.

9 BT-Drs. 18/9946, S. 15.

10 Vgl. Stellungnahme der BAGFW zum Referentenentwurf zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellung vom 04.05.2016 (abrufbar unter [www.bagfw.de/suche/detailansicht-tt-news/article/stellungnahme-der-bagfw-zum-referentenentwurf-entwurf-eines-gesetzes-zur-verbesserung-des-schutz/](http://www.bagfw.de/suche/detailansicht-tt-news/article/stellungnahme-der-bagfw-zum-referentenentwurf-entwurf-eines-gesetzes-zur-verbesserung-des-schutz/), zuletzt abgerufen am 05.10.2017); Generalstaatsanwalt in Bamberg Thomas Janovsky – schriftliche Stellungnahme zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung der Sachverständigen am 09.11.2016 in Berlin (abrufbar unter [www.bundestag.de/blob/479150/d9ddb4d53f40b151877ad839a24f89ef/janovsky-data.pdf](http://www.bundestag.de/blob/479150/d9ddb4d53f40b151877ad839a24f89ef/janovsky-data.pdf), zuletzt abgerufen am 05.05.2017); Stellungnahme Weißer Ring (abrufbar unter [www.weisser-ring.de/file/22617/download?token=ONta1LCL](http://www.weisser-ring.de/file/22617/download?token=ONta1LCL), zuletzt abgerufen am 05.10.2017); Deutscher Juristinnenbund e.V. – schriftliche Stellungnahme zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung der Sachverständigen am 09.11.2016 in Berlin (abrufbar unter [www.djb.de/Kom-u-AS/K3/st16-23/](http://www.djb.de/Kom-u-AS/K3/st16-23/), zuletzt abgerufen am 05.10.2017); Deutscher Familiengerichtstag e.V. – Stellungnahme vom 28.04.2016 (abrufbar unter [www.dfgt.de/resources/SN-VS\\_Stellungnahme\\_GewSchG\\_final.pdf](http://www.dfgt.de/resources/SN-VS_Stellungnahme_GewSchG_final.pdf), zuletzt abgerufen am 05.10.2017).

11 Generalstaatsanwalt in Bamberg Thomas Janovsky – schriftliche Stellungnahme zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung der Sachverständigen am 09.11.2016 in Berlin.

12 Deutscher Juristinnenbund e.V. – schriftliche Stellungnahme zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung der Sachverständigen am 09.11.2016 in Berlin.

13 Vgl. Mosbacher, NJW 2017, 983.

14 Stellungnahme der Zentralen Informationsstelle Autonomer Frauenhäuser vom 03.05.2016 (abrufbar unter [www.autonome-frauenhaeuser-zif.de/sites/default/files/report\\_attachment/zif-stellungnahme\\_referentenentwurf\\_gesetz\\_schutz\\_gegen\\_nachstellungen.pdf](http://www.autonome-frauenhaeuser-zif.de/sites/default/files/report_attachment/zif-stellungnahme_referentenentwurf_gesetz_schutz_gegen_nachstellungen.pdf), zuletzt abgerufen am 05.10.2017).

Kritik, die ein Regelungsbedürfnis (jedenfalls in der nun Gesetz gewordenen Form) infrage stellt:<sup>15</sup> Auch wenn die Beteiligten den Inhalt der Schutzmaßnahmen selbst bestimmen könnten, sei die vergleichsweise Regelung nur dann vom Gericht zu bestätigen, wenn dies eine Maßnahme nach § 1 Abs. 1 GewSchG sein könne. Alle weiteren Regelungen hingegen könne das Gericht, auch wenn dies auf die speziellen Verhältnisse und individuelle Lebenssituationen zugeschnitten sei, nicht bestätigen. Ein Vergleich ergebe zudem regelmäßig nur dann Sinn, wenn die – insbesondere auch prozessualen – Voraussetzungen gerade nicht festgestellt werden können, was nach der Neuregelung jedoch nicht für zulässig erachtet werde.

Darüber hinaus werde strafrechtlicher Schutz bereits durch die zugrunde liegende Straftat gewährt, zumal es dem Opfer in erster Linie um die Abwehr der (künftigen) Rechtsverletzungen gehe und nicht um die strafrechtliche Verfolgung. Die begrenzte Bedeutung der Strafbewehrung nach § 4 GewSchG werde nicht zuletzt durch das geringe Strafmaß gestützt. Auch die Tatsache, dass die Zustimmung zum Vergleich seitens des Täters von diesem durchaus als Schuldeingeständnis verstanden werden könne, lasse Zweifel an der höheren Akzeptanz des gerichtlich gebilligten Vergleichs aufkommen.<sup>16</sup>

## C. Neuregelung – Anwendung in der Praxis

### I. Bedürfnis nach der Regelung

Die allgemeine Akzeptanz der neuen Regelung vermittelt nach ihrem Aussagegehalt den Eindruck, § 214a FamFG sei geschaffen worden, um einen Missstand oder eine Fehlentwicklung der familiengerichtlichen Praxis zu beseitigen, da entgegen § 36 Abs. 1 Satz 2 FamFG – der vorgibt, dass Familiengerichte in Gewaltschutzverfahren nicht auf eine gütliche Einigung hinwirken sollen – Verfahren im Rahmen des Gewaltschutzgesetzes in nicht unerheblicher Anzahl durch Vergleich beendet werden. Angesichts der Vielzahl in Betracht kommender Umstände, nach denen oft auch wechselseitige Verletzungen infrage stehen, stellt ein Vergleich jedoch tatsächlich nicht selten die sinnvollste – weil insbesondere nachhaltigste – Beilegung des Konfliktes dar, zumal eine einvernehmliche Lösung von den Beteiligten auch häufig selbst – und zwar eigenverantwortlich – gewünscht wird. Und in der Tat scheiterten Vergleichsverhandlungen in der Vergangenheit – wenn auch selten – an der fehlenden Möglichkeit der strafrechtlichen Verfolgung. Insoweit besteht in der Praxis durchaus ein Bedürfnis nach einer – wenngleich besser optionalen – entsprechenden Regelung. Zu Recht stellt sich nun die Frage, ob die Vorgabe des § 36 Abs. 1 Satz 2 FamFG auch angesichts der Möglichkeiten

einer Aussetzung des Verfahrens zugunsten einer Mediation oder einer Übertragung auf den Güterichter aufrechterhalten bleiben soll.<sup>17</sup> Schließlich war sie damals unter der Prämisse, dass die im Vergleich aufgenommene Verpflichtung nicht strafbewehrt war, im Hinblick auf eine effektive Durchsetzung der im GewSchG vorgesehenen Maßnahmen aufgenommen worden.<sup>18</sup>

### II. Anfallender Mehraufwand

Ein Mehraufwand für die familiengerichtliche Praxis wäre nur ausgeschlossen, wenn man § 214a FamFG so auslegen würde, dass lediglich hinsichtlich Inhalt und Bestimmtheit die Voraussetzungen des § 1 GewSchG erfüllt sein müssen, die Anforderungen an die Feststellungen jedoch gegenüber denen für den Erlass eines Beschlusses geringer sein können. Eine solche Auslegung scheint allerdings nur contra legem möglich.<sup>19</sup> Wird sie nicht ernst genommen, drohen sich zudem Unzulänglichkeiten bei der Tatsachenfeststellung in den strafrechtlichen Bereich zu verlagern.<sup>20</sup>

Gleichwohl muss die Regelung nicht zu einem erheblichen Mehraufwand führen, da regelmäßig nur im – in Gewaltschutzsachen eher seltenen – Hauptsacheverfahren eine Beweisaufnahme notwendig erscheinen mag. Im weitaus häufigeren Verfahren wegen einstweiliger Anordnung schafft § 214a FamFG keinen erhöhten Prüfungsaufwand aber auch keine Erleichterung, da die Voraussetzungen des § 1 GewSchG meist ohnehin anhand des glaubhaft gemachten Sachverhalts festzustellen sind.

Denkbar ist zwar, dass aufgrund der neu geschaffenen Möglichkeit die Anzahl der Vergleiche steigen wird und das Gericht von Amts wegen – ein zusätzlicher Antrag für die Bestätigung als solche wird nicht für erforderlich gehalten<sup>21</sup> – die Voraussetzungen des § 1 GewSchG feststellen muss, um eine Entscheidung über die Bestätigung zu treffen. Der Mehraufwand bei der – summarisch durchzuführenden – Prüfung wird aber durch die Zeitersparnis bei der entbehrlichen Abfassung der Entscheidung wohl ausgeglichen werden. Bei gegebener Eilbedürftigkeit und ausreichend glaubhaft gemachtem Vortrag wird die Entscheidung ohnehin bereits ohne mündliche Verhandlung ergehen, so-

15 Stellungnahme des Deutschen Richterbundes vom April 2016, S. 1, 4 – 6 (abrufbar unter [www.drbb.de/fileadmin/docs/Stellungnahmen/2016/DRB\\_160411\\_Stn\\_Nr\\_06\\_Verbesserung\\_des\\_Schutzes\\_gegen\\_Nachstellungen.pdf](http://www.drbb.de/fileadmin/docs/Stellungnahmen/2016/DRB_160411_Stn_Nr_06_Verbesserung_des_Schutzes_gegen_Nachstellungen.pdf), zuletzt abgerufen am 05.10.2017).

16 Vgl. zum Vorstehenden Cirullies/Cirullies, FamRZ 2017, 493.

17 Cirullies/Cirullies, FamRZ 2017, 493, 497.

18 BT-Drs. 16/6308, S. 193.

19 Vgl. BR-Drs. 420/16, S. 11; Cirullies/Cirullies, FamRZ 2017, 493, 495.

20 Krumm, FamRB 2017, 153, 154 f.

21 BT-Drs. 18/9946, S. 19.

dass die Beteiligten gar nicht in den „Genuss“ eines persönlichen Aufeinandertreffens mit der Möglichkeit von Vergleichsgesprächen kommen werden.

### III. Anwendung der neuen Regelung

Liegen die materiellen und prozessualen Voraussetzungen vor, wird das Gericht den geschlossenen Vergleich wahrscheinlich mit folgender Beschlussformel bestätigen: „Der zwischen den Beteiligten geschlossene Vergleich wird – ggf. hinsichtlich Ziff. X – gerichtlich bestätigt.“ Interessant scheint ein Vergleich zur Wortwahl des Gesetzgebers: Während Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich in der Vergangenheit gem. § 1587o BGB a.F. bzw. § 53d FGG a.F. genehmigt und Umgangsregelungen gem. § 52a Abs. 4 FGG a.F. protokolliert werden konnten, gibt es in Umgangs-sachen heute den gerichtlich gebilligten Vergleich (§ 156 Abs. 2 Satz 1 FamFG). Vielleicht um Verwechslungen zu vermeiden, spricht § 214a FamFG nun von der Bestätigung des Vergleichs.

Erfolgt dieser Vergleich in der Verhandlung, wird eine Bezugnahme auf den Sitzungsvermerk ausreichen. Kommt der Vergleichsschluss schriftlich zustande (§ 36 Abs. 3 FamFG, § 278 Abs. 6 ZPO), wird mit der Feststellung des Zustandekommens ggf. auch die gerichtliche Bestätigung erfolgen. Wenngleich nur deklaratorisch empfiehlt sich im Fall der Bestätigung des Vergleichs der Hinweis auf eine mögliche Strafbarkeit gem. § 4 GewSchG.<sup>22</sup> Einer Rechtsbelehrung bedarf es aufgrund von § 214a Satz 2 FamFG für die Sach- und Kostenentscheidung nicht. Wird gleichzeitig der Verfahrenswert festgesetzt, ist allerdings auf eine Belehrung über § 59 FamGGK zu achten.

Unterbleibt die gerichtliche Bestätigung, ist gleichwohl ein Vergleichsschluss möglich, der – wie bisher – zu einem Vollstreckungstitel führt (§ 86 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).<sup>23</sup>

In Betracht kommt daher ein richterlicher Hinweis im Rahmen der mündlichen Verhandlung im Vorfeld der Vergleichsverhandlungen, ob die Voraussetzungen der Bestätigung i.S.d. § 214a FamFG voraussichtlich vorliegen oder ob mangels glaubhaft gemachtem Vortrag der Antragstellerseite oder z.B. wegen einer Verletzung der durch das GewSchG nicht geschützten Rechtsgüter<sup>24</sup> Bedenken bestehen. Dies muss nicht dazu führen, dass die Vergleichsverhandlungen scheitern, es sei denn, der Antragstellerseite kommt es tatsächlich maßgeblich auf die Strafbewehrung der Unterlassungsverpflichtung an. Denn das meist vorherrschende Ziel, nicht weiter verletzt bedroht oder belästigt zu werden, kann das Opfer ebenso über die weiterhin mögliche Vollstreckung des auch gerichtlich nicht bestätigten Vergleichs erreichen: Gem. § 95 Abs. 1

Nr. 4 FamFG i.V.m. § 890 ZPO kann der Weg zu einem Ordnungsgeld, einer Ordnungshaft oder der Vollstreckung durch den Gerichtsvollzieher (§ 96 FamFG) gewählt werden.<sup>25</sup>

Liegen die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung mit Antragstellung bzw. auch noch nach der – oftmals ausbleibenden – Erwidern vor, ergeht eine Schutzanordnung und die Frage des Vergleichsschlusses stellt sich nur nach einem Antrag gem. § 54 Abs. 2 FamFG. Liegen die Voraussetzungen nach der mündlichen Verhandlung vor, hat die Antragstellerseite nun die Wahl, ob sie auf einer Entscheidung besteht oder den Weg über eine vergleichsweise Regelung wählt. Bisher musste sie dabei den vollen bzw. über § 4 GewSchG zusätzlichen strafrechtlichen Schutz aufgeben, wenn eine vergleichsweise Regelung erfolgen sollte. Nun kann dieser Weg leichter beschritten und dazu genutzt werden, ggf. zusätzliche Vereinbarungen zu treffen. Jedenfalls gelangt die Antragstellerseite so schnell zu einer nicht anfechtbaren Regelung, die zudem wahrscheinlich eine höhere Akzeptanz mit sich bringt.

Die Antragsgegnerseite wird sich auf einen Vergleichsschluss trotz Strafbewehrung vielleicht deshalb einlassen, weil auch für sie geeignete Regelungen getroffen werden können, eine günstigere Kostenfolge möglich ist und ansonsten ein Beschluss droht, dessen Makel ihm noch stärker anhaften wird.

Liegen die Voraussetzungen für den Erlass einer Schutzanordnung und damit für die Bestätigung eines Vergleichs allerdings nicht vor, besteht nach wie vor die Möglichkeit eines Vergleichsschlusses, obschon dieser dann nicht gerichtlich bestätigt werden kann, also gleichsam nur noch einen Vergleich zweiter Klasse darstellt. Das lässt die Antragstellerseite zwar nicht schutzlos, birgt aber die Gefahr in sich, dass sich die Antragsgegnerseite dann nicht mehr auf Vergleichsverhandlungen einlässt, zumal wenn sie Gefahr läuft, dass das Gericht doch noch eine Bestätigung ausspricht, die nicht anfechtbar wäre.

Sicherlich kann eine gerichtliche Bestätigung des Vergleichs auch noch nachgeholt werden.<sup>26</sup> Es stellt sich nur die Frage,

22 Da der Vorsatz im strafrechtlichen Sinn sowohl den Inhalt als auch die gerichtliche Bestätigung desselben umfassen muss: Krumm, FamRB 2017, 153, 156.

23 Hammer in: Prütting/Helms, FamFG, 3. Aufl. 2014, § 86 Rn. 17.

24 Zu den geschützten Rechtsgütern vgl. Krüger in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2017, § 1 GewSchG Rn. 12.

25 Krüger in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2017, § 1 GewSchG Rn. 28.

26 Cirullies/Cirullies, FamRZ 2017, 493, 496.

wie lange nach dem Vergleichsschluss dies erfolgen kann.<sup>27</sup> Denn stets ist zu prüfen, ob die materiellen und prozessualen Voraussetzungen noch vorliegen.

#### IV. Kosten

Es stellt sich abschließend die Frage, wie sich der Abschluss eines strafbewehrten Vergleichs in dem Gewaltschutzverfahren auf die Kosten auswirkt.

Hinsichtlich der Kosten des Verfahrens in Gewaltschutzsachen im Rahmen der einstweiligen Anordnung gilt der Gebührentatbestand des Hauptabschnitt 4., Abschnitt 2. der Anlage 1 des FamGKG: Im ersten Rechtszug beträgt die Verfahrensgebühr 1,5 (Nr. 1420 Anlage 1 FamGKG) und ermäßigt sich bei Beendigung des Verfahrens ohne eine Endentscheidung auf 0,5 Gebühren (Nr. 1421 Anlage 1 FamGKG). Da es sich bei der gerichtlichen Bestätigung – gleichwohl eine Entscheidung darüber ergeht – nicht um eine Endentscheidung handelt, reduziert sich die Verfahrensgebühr bei einem gerichtlich bestätigten Vergleich i.S.d. § 214a FamFG auf 0,5 Gebühren. Somit scheint der bestätigte Vergleich kostenrechtlich vorteilhaft zu sein.

Im Hinblick auf die Rechtsanwaltsvergütung ergibt sich allerdings eine Erhöhung: Zu den üblichen Gebühren, die im ersten Rechtszug nach Nr. 3100 VV RVG und Nr. 3104 VV RVG als Verfahrens- und Terminsgebühr anfallen,<sup>28</sup> kommt eine Einigungsgebühr nach Nr. 1003 VV RVG hinzu, wenn die Beteiligten im Termin einen Vergleich schließen. Die Gebühr beträgt 1,0. Wird der Vergleich außergerichtlich geschlossen, beträgt die Gebühr 1,5, Nr. 1000 VV RVG. Bei einem Streitwert von 2.000 € beträgt die Gebühr 150 € netto zuzüglich gesetzlicher Umsatzsteuer, bei einem solchen von 1.000 € noch immer 80 € netto.<sup>29</sup> Für die Einigung fallen daher i.d.R. zusätzlich 95,20 € bis 178,50 € an.

Da der Streitwert in Gewaltschutzsachen nach § 49 Abs. 1 Halbsatz 1 FamGKG 2.000 € beträgt, fallen die Verfahrenskosten hingegen nicht allzu hoch aus. Bei einem Verfahrenswert von 2.000 € beträgt die Gebühr 89 €, Anlage 2 FamGKG. Ist die Gewaltschutzsache Gegenstand eines einstweiligen Verfahrens, reduziert sich der Verfahrenswert zudem nach Maßgabe des § 41 FamGKG i.d.R. um die Hälfte<sup>30</sup> und dementsprechend der Gebührenwert auf 53 €

Aus gebührenrechtlicher Sicht ergibt sich daher, dass der Vergleich nur für nicht anwaltlich vertretene Beteiligte von Vorteil ist, wobei freilich zu bedenken ist, dass bei einer streitigen Entscheidung zusätzliche Kosten für die weitere Instanz entstehen können.

Fraglich ist des Weiteren, ob die übliche Kostenfolge bei einem Vergleich (vgl. § 83 Abs. 1 FamFG) angemessen ist,

wenn eine Bestätigung des Vergleichs nach § 214a FamFG nur möglich ist, wenn die Voraussetzungen auch für den Erlass eines Gewaltschutzbeschlusses vorliegen. Wieso sollte die Antragstellerseite hier eine Kostenaufhebung akzeptieren? Umgekehrt müsste die Antragsgegnerseite bei voller Kostentragung zusätzlich die Kosten des Vergleichs übernehmen. Darin liegt eine weitere Gefahr, weshalb die Vergleichsverhandlungen künftig eher scheitern könnten. Denn die Kostenaufhebung „passt“ vor allem deshalb zum Vergleich, weil dieser i.d.R. auf einer unsicheren Tatsachenbasis geschlossen wird. Eine Lösung könnte allenfalls darin gesehen werden, wenn die Antragsgegnerseite die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der gegeneinander aufzuhebenden Einigungsgebühren trägt.

#### D. Fazit

Die Regelung bietet den großen Vorteil, dass der Vergleich, auch wenn er strafbewehrt wird, den Beteiligten die Möglichkeit eröffnet, mit dem Konflikt abzuschließen. Sträflich muss dieser Weg auch für die Antragsgegnerseite nicht sein, selbst wenn sie sich nun strafbar machen kann, weil eine passgenaue Regelung gefunden werden kann, der nicht der Makel einer „Verurteilung“ anhaftet und zudem jedenfalls die Möglichkeit einer Kostenaufhebung bietet. Es wird also am Verhandlungsgeschick insbesondere des Gerichts liegen, einerseits eine Einschätzung zu einer möglichen Bestätigung zu geben, ohne sich einem Befangenhitsgesuch auszusetzen und andererseits unter Berücksichtigung der jeweiligen Verhandlungsposition im geeigneten Fall auf eine passgenaue vergleichsweise Regelung hinzuwirken, die so weit zu bestätigen ist, soweit die Voraussetzungen dafür vorliegen. Auf die verschiedenen Bedürfnisse der Beteiligten könnte daher tatsächlich durch einen nur teilweise bestätigten Vergleich – soweit er eben die Voraussetzungen des § 1 GewSchG in materiell- und prozessrechtlicher Hinsicht erfüllt – eingegangen werden. So weit – so gut.

27 Vgl. zur Situation bei Nachholung einer Billigung gem. § 156 FamFG bzw. bei Nachholung einer Belehrung gem. § 89 Abs. 2 FamFG: BVerfG, Beschl. v. 09.03.2011 – 1 BvR 752/10; BGH, Beschl. v. 17.08.2011 – XII ZB 621/10; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 19.02.2010 - 5 WF 28/10.

28 Vgl. Heussen/Hamm in: Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, 11. Aufl. 2016, § 55 Rn. 194.

29 Anlage 2 (zu § 13 Abs. 1) zum RVG.

30 Vgl. Dörndorfer/Neie/Petzold/Wendtland in: Beck'scher Online-Kommentar, Kostenrecht, 17. Edition, § 49 Rn. 45, Stand: 13.02.2017.

## Urheberrechtsverletzung durch den Verkauf und die Nutzung digitaler Endgeräte

EuGH, Urt. v. 26.04.2017 - C-527/15

Stv. Dir. d. AG Peter Hilgert und  
Ri'in Dr. Kathrin Bünnigmann, LL.M., M.A.

### A. Problemstellung

Digitale Endgeräte wie bspw. Smartphones, Computer, Smart-TV-Geräte oder Media-Streaming-Player (folgend: Mediaplayer) sind heute aus der Nutzung multimedialer Inhalte nicht mehr wegzudenken. Mit der hier besprochenen Entscheidung stellt der EuGH klar, dass die für die analogen Geräte geltenden Grundsätze auf digitale Endgeräte nicht bzw. nicht uneingeschränkt übertragbar sind. Dies betrifft insbesondere den Verkauf solcher Geräte, durch die die Nutzung urheberrechtswidriger Inhalte erleichtert wird, so wie den Werkgenuss solcher Inhalte.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist ein Rechtsstreit zwischen einer niederländischen Stiftung, die sich für die Rechte von Urheberrechtshabern einsetzt und dem Verkäufer von Mediaplayern, auf denen ein Add-on mit einer Linksammlung vorinstalliert war. Diese Software, die im Internet frei herunterladbar ist, enthielt auch Links zu Werken, die ohne Erlaubnis des Rechteinhabers öffentlich zugänglich gemacht worden waren, was vom Anbieter besonders beworben wurde. Das niederländische Gericht hat das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH sinngemäß u.a. folgende Fragen zur Entscheidung vorgelegt: Handelt es sich um eine „öffentliche Wiedergabe“ i.S.v. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29, wenn eine Person den beschriebenen Mediaplayer verkauft? Wird eine „rechtmäßige Nutzung“ i.S.v. Art. 5 der Richtlinie 2001/29 verneint, wenn ein Endnutzer während des Streamings von urheberrechtlich geschützten Inhalten ohne Erlaubnis auf Webseiten Dritter eine temporäre Kopie fertigt?

Der EuGH sieht allein in dem Verkauf des Mediaplayers aufgrund des Add-ons, welches auch den Zugriff auf ohne Erlaubnis des Rechteinhabers veröffentlichte urheberrechtlich geschützte Werke ermöglicht, eine öffentliche Wiedergabe i.S.v. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29. Zur Erreichung eines hohen Schutzniveaus für die Urheber, welches das Hauptziel der vorgenannten Richtlinie sei, sei der Begriff „öffentliche Wiedergabe“ weit auszulegen. Vorliegend beschränke sich der Händler nicht auf den Verkauf von Geräten zur Wiedergabe von Multimediainhalten, sondern er verschaffe durch das auf dem Gerät befindliche Add-on mit

Hyperlinks auch zu urheberrechtswidrig veröffentlichten Inhalten einer unbestimmten Zahl von Interessenten Zugang zu diesen Werken. Der Anbieter erschließe so die Inhalte gegen den Willen des Rechteinhabers für ein neues Publikum, was diesem, wie sich aus der Werbung ergibt, auch bewusst sei.

Technisch bedingt ist der Werkgenuss durch Streaming immer mit der vorübergehenden Vervielfältigung des geschützten Werks bzw. von Teilen hieraus verbunden. Diese Vervielfältigung wäre ohne Zustimmung des Rechteinhabers nur zulässig, wenn sie unter die Schrankenbestimmung von Art. 5 Abs. 1 und 5 der Richtlinie 2001/29/EG fallen würde, was der EuGH im Ergebnis verneint. Denn die Schrankenbestimmung ist als Sonderfall an fünf kumulative Voraussetzungen geknüpft: die Vervielfältigung muss vorübergehend (1.), flüchtig oder begleitend (2.) sowie ein integraler wesentlicher Bestandteil eines technischen Verfahrens sein (3.), sie muss die rechtmäßige Nutzung ermöglichen (4.) und darf keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung haben (5.).

Der EuGH bezweifelt, dass das urheberrechtswidrige Streaming keine wirtschaftliche Bedeutung habe, sondern geht im Gegenteil davon aus, dass dies zu Umsatzeinbußen aufseiten der Rechteinhaber führt. Zudem sei eine rechtmäßige Nutzung dann ausgeschlossen, wenn der Nutzer in Kenntnis der Sachlage bewusst illegale Angebote nutze. Diese Kenntnis ergebe sich bei den Käufern des hier in Rede stehenden Mediaplayers allein schon daraus, dass dessen Funktion gerade darin bestehe, den Nutzern einen kostenfreien Zugang zu urheberrechtlich geschützten Inhalten zu ermöglichen.

### C. Kontext der Entscheidung

#### I. „Öffentliche Wiedergabe“ durch den Verkauf eines Mediaplayers

Gem. dem Erwägungsgrund 27 der Richtlinie 2001/29/EG ist die bloße Bereitstellung von Geräten, welche eine Wiedergabe ermöglichen oder bewirken, selbst keine Wiedergabe im Sinne dieser Richtlinie. Trotz des eindeutigen Wortlauts kommt der EuGH unter Zugrundelegung des Paradigmas vom hohen Schutzniveau für die Urheber als Hauptziel der InfoSoc-RL zu dem Ergebnis, dass der Verkauf eines Mediaplayers dann unter den Begriff „öffentliche Wiedergabe“ fällt, wenn dessen Konfiguration darauf ausgerichtet ist, dem Käufer auch den Zugang zu rechtswidrig veröffentlichten Werken im Internet wesentlich zu erleichtern. In Fortführung seiner Entscheidung zur Hyperlinksetzung im vorigen Jahr<sup>1</sup> sind für den EuGH die Kriterien „Kenntnis von der Rechtsver-

<sup>1</sup> EuGH, Urt. v. 08.09.2016 - C-160/15 - „GS Media“.

letzung“ und „Gewinnerzielungsabsicht“ von entscheidender Bedeutung für die Frage der Einordnung als öffentliche Wiedergabe. Dass diese Voraussetzungen vorliegen, ergibt sich aus der vorinstallierten Zusatzsoftware, die einen Zugriff auf illegale Inhalte erleichtert und der aggressiven Werbung des Anbieters, welcher die Nutzung dieser Inhalte in besonderer Weise hervorhebt. Dies unterscheidet den vorliegenden Mediaplayer von Konkurrenzprodukten, wie bspw. Amazon Fire TV, die in technischer Hinsicht vergleichbar aufgebaut sind. Auch die vorinstallierte Software, vermutlich „Kodi“<sup>2</sup> mit dem Add-on „Exodus“, welches dann den Zugriff auf Streaming-Inhalte aus legalen und illegalen Quellen ermöglicht,<sup>3</sup> lässt sich im Internet frei herunterladen und problemlos bspw. auch auf dem Mediaplayer Amazon Fire TV oder jedem anderen Mediaplayer/Computer installieren.<sup>4</sup>

## II. Urheberrechtsverletzung durch Streaming

Streaming ist eine Technik, um einen kontinuierlichen Datenstrom bspw. aus dem Internet abzurufen und so z.B. Multimediainhalte auf dem eigenen Endgerät wiederzugeben. Der Endnutzer gebraucht damit einen Videostream in ähnlicher Weise wie ein Fernsehzuschauer oder Kinogänger bzw. einen Audiostream ähnlich wie ein Radiohörer.<sup>5</sup> Unstreitig ist, dass der reine Werkgenuss keine Urheberrechtsverletzung darstellt, selbst wenn der Rechteinhaber der Veröffentlichung nicht zugestimmt hat. Anders als beim Werkgenuss über Analoggeräte ist bei der Nutzung von Digitalgeräten aus technischen Gründen eine Zwischenspeicherung erforderlich, worin der EuGH eine Urheberrechtsverletzung sieht.

Bei Digitalgeräten werden die Daten, hier Audio- und Videodaten, und das Programm, mit dem diese abgespielt werden, in einem Zwischenspeicher abgelegt und von da aus der CPU mit ihrem Rechen- und Steuerwerk zugeführt (sog. Von-Neumann-Architektur bzw. deren Weiterentwicklung).<sup>6</sup> Der Zugriff auf den Zwischenspeicher wird darüber hinaus durch diverse Pufferspeicher (Cache-RAMs) optimiert, um so eine höhere Rechengeschwindigkeit zu erzielen und kurzfristige Ausfälle der Verbindung zu überbrücken.<sup>7</sup> Auch diese temporäre Speicherung von Bruchstücken des Werks ist eine Vervielfältigung, die dem Urheberrechtsschutz unterliegt. Durch die Schrankenbestimmung nach Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG, die fast inhaltsgleich in § 44a UrhG übernommen wurde, wird jedoch sichergestellt, dass nicht sämtliche technischen Vervielfältigungsvorgänge, die im Zuge der Übertragung und Wiedergabe digitaler Inhalte aus technischen Gründen erforderlich sind, dem Vervielfältigungsrecht des Urhebers unterworfen sind.<sup>8</sup> Voraussetzung für die Privilegierung ist u.a. die rechtmäßige Nutzung, wobei lange Zeit streitig war, was unter diesem Begriff zu verstehen ist. Der EuGH hat hier klargestellt, dass diese jedenfalls dann nicht gegeben ist, wenn bewusst auf Werke zugegriffen wird, die

ohne Zustimmung des Rechteinhabers veröffentlicht oder kopiert worden sind. Was auf den ersten Blick plausibel erscheint, führt im Ergebnis zu einem Verbot des urheberrechtswidrigen Werkgenusses, soweit digitale Endgeräte eingesetzt werden, da hierbei immer eine Zwischenspeicherung erforderlich ist. So wird bspw. aus dem legalen Werkgenuss einer urheberrechtswidrig hergestellten Schallplatte (sog. Schwarzpressung) allein dadurch eine Urheberrechtsverletzung, dass der Nutzer eine analoge Komponente seiner Wiedergabeanlage durch ein Digitalgerät, bspw. einen digitalen Funkkopfhörer ersetzt. Gleiches gilt, wenn ein Hörbehinderter vorsätzlich eine Schwarzpressung hört, da seine digitalen Hörgeräte einen On-Chip-Flash-Speicher enthalten, in dem die Daten zwischengespeichert werden. Zudem gibt es bei manchen Geräten einen ständigen Datenstrom (= Streaming) zwischen dem linken und dem rechten Hörgerät zur Auswertung der akustischen Signale.<sup>9</sup> Das Ergebnis ist eine Situation, in der sowohl der technische als auch der juristische Laie die rechtmäßige von der rechtswidrigen Nutzung nicht unterscheiden kann.

## D. Auswirkungen für die Praxis

Die augenscheinlich am Ergebnis orientierte Entscheidung des EuGH ist in der Praxis wenig relevant. Um nicht den Verkauf sämtlicher digitalen Wiedergabegeräte als urheberrechtswidrig einzustufen, wird die Rechtsprechung nicht umhinkommen, die Pönalisierung von Hinweisen in der Werbung auf illegale Nutzungsmöglichkeiten und der Implementierung von Links zu urheberrechtswidrigen Inhalten abhängig zu machen. An der technischen Möglichkeit, Computer, Smartphones oder Smart-TV auch für illegales Streaming zu

2 Näher hierzu: [https://de.wikipedia.org/wiki/Kodi\\_\(Software\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Kodi_(Software)), Stand: 14.11.2017.

3 Himmelein, Kodi-Erweiterung machte Anwender zu Botnetz-Zellen Update, 04.02.2017, [www.heise.de/newsticker/meldung/Kodi-Erweiterung-machte-Anwender-zu-Botnetz-Zellen-3617777.html](http://www.heise.de/newsticker/meldung/Kodi-Erweiterung-machte-Anwender-zu-Botnetz-Zellen-3617777.html) (zuletzt abgerufen am 14.11.2017).

4 Kolokythas, Die besten Add-Ons für Kodi, [www.pcwelt.de/ratgeber/Die-besten-Add-Ons-fuer-Kodi-10064303.html](http://www.pcwelt.de/ratgeber/Die-besten-Add-Ons-fuer-Kodi-10064303.html) (zuletzt abgerufen am 14.11.2017).

5 Hilgert/Greth, Urheberrechtsverletzungen im Internet, 1. Aufl. 2014, Rn. 401.

6 Müller, Rechnerarchitektur, [www.tu-chemnitz.de/informatik/friz/Grundl-Inf/Rechnerarchitektur/Vorlesung/vorlesung\\_1.pdf](http://www.tu-chemnitz.de/informatik/friz/Grundl-Inf/Rechnerarchitektur/Vorlesung/vorlesung_1.pdf) (zuletzt abgerufen am 14.11.2017).

7 Näher hierzu: <https://de.wikipedia.org/wiki/Arbeitsspeicher>, Stand: 14.11.2017.

8 Hilgert/Hilgert, MMR 2014, 85, 86.

9 Exemplarisch hier: Hörgeräteplattform primax der Marke Signia vorm. Siemens, [www.sivantos.com/de/presse/2016/04/08/neue-horgerateplattform-primax-ermoglicht-entspanntes-zuhoren](http://www.sivantos.com/de/presse/2016/04/08/neue-horgerateplattform-primax-ermoglicht-entspanntes-zuhoren) (zuletzt abgerufen am 14.11.2017).

nutzen, ändert sich hierdurch nichts. Auch Hinweise in der Presse und im Internet auf illegale Nutzungsmöglichkeiten werden durch die Entscheidung nicht verboten, soweit nicht gleichzeitig auch auf diese Seiten verlinkt wird.<sup>10</sup>

Die Einstufung des Werkgenusses aus rechtswidriger Quelle mittels Digitalgeräten als urheberrechtswidrig hat ebenfalls – wenn überhaupt – nur geringe praktische Relevanz. Nicht zuletzt ist dies im privaten Bereich nicht nachweisbar, und bei der Internetnutzung benötigt der Rechteinhaber die IP-Adresse des Nutzers, welche beim Streaming nur zwischen Nutzer, (illegalem) Streaming-Portal und ggf. vorhandenem Video-Hoster ausgetauscht wird. Diese werden die IP-Adresse, die ggf. im Rechtsstreit auch als Beweismittel gegen sie verwendet werden könnten, im Zweifel nicht speichern.<sup>11</sup> Aber selbst wenn, wäre es Sache des Rechteinhabers darzulegen und ggf. zu beweisen, dass deren Ermittlung ordnungsgemäß erfolgt ist. Da die IP-Adressen nur temporär zugeordnet werden, hängt die genaue Zuordnung zudem davon ab, dass das illegale Streaming-Portal den genauen Zeitpunkt der Einwahl ins System und die Dauer der Sitzung ordnungsgemäß ermittelt hat.<sup>12</sup>

Zudem sind Privatkopien auch illegal eingestellter Medien- daten gem. § 53 Abs. 1 UrhG dann zulässig, wenn sie nicht aus einer offensichtlich rechtswidrigen Quelle stammen. Eine solche ist nur dann gegeben, wenn eine rechtmäßige Veröffentlichung vernünftigerweise ausgeschlossen werden kann bzw. an der Rechtswidrigkeit keine ernsthaften Zweifel bestehen können, ohne dass den Nutzer hier eine Nachforschungspflicht trifft.<sup>13</sup> Angesichts des umfangreichen legalen Filmangebots, bspw. über Netzkino.de, kommt dies nur bei Blockbustern in Betracht, deren Kinoerfolg allgemein bekannt ist.

10 EuGH, Urt. v. 08.09.2016 - C-160/15.

11 Müller-Riemenschneider/Hermann, EuR 2017, 571, 574.

12 Hilgert/Greth, Urheberrechtsverletzungen im Internet, 1. Aufl. 2014, Rn. 825 f.; Hilgert, MMR 2014, 839, 840.

13 Vgl. BT-Drs. 15/38, S. 39.

## Rabatt-Coupons im Wettbewerbskampf BGH, Urt. v. 23.06.2016 - I ZR 137/15

Prof. Dr. Holger Buck

### A. Problemstellung

Wettbewerbsfreiheit ist das tragende Prinzip unserer Marktwirtschaft. Das tägliche Ringen der Mitbewerber um den Kunden gehört zu der auf dem Grundsatz freien Wettbewerbs beruhenden Wirtschaftsverfassung des Grundge-

setzes. Derjenige Unternehmer, dem es dabei gelingt, den Kaufentschluss des potenziellen Kunden auf sich zu lenken, wird mit geschäftlichem Erfolg belohnt. Er darf indes seinen Erfolg nur mit lauterer Mitteln erreichen. Unlauterer Wettbewerb ist als unzulässig sanktioniert. Fraglich ist, ob das Geschäftsmodell, vom Mitbewerber ausgegebene Rabatt-Coupons einzulösen, indem man denjenigen Verbrauchern, die im eigenen Geschäft fremde Coupons vorlegen, den im Gutschein versprochenen Rabatt gewährt, wettbewerbswidrig ist oder nicht.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der beklagte Drogerie-Filialist warb in jüngerer Zeit wie folgt: „Sehr geehrte Kunden, Rabatt-Coupons auf alles von anderen Drogeriemärkten und Parfümerien können Sie jetzt hier in Ihrer Müller-Filiale auf unser gesamtes Sortiment einlösen“ bzw. „10 %-Rabatt-Coupons von dm, Rossmann und Douglas können Sie jetzt in ihrer Müller-Filiale auf unser gesamtes Sortiment einlösen“. Nach erfolgloser Abmahnung wurde das Drogerie-Unternehmen von der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs wegen Mitbewerberbehinderung und wegen Irreführung der Verbraucher verklagt. Die Klage war zu Recht in allen drei Instanzen erfolglos.<sup>1</sup>

Der BGH prüfte die Unlauterkeit vorrangig unter dem Gesichtspunkt der unlauteren gezielten individuellen Mitbewerberbehinderung. In der während des Laufs des Verfahrens erfolgten Änderung des UWG zum 10.12.2015<sup>2</sup> hinsichtlich der gezielten Mitbewerberbehinderung (§ 4 Nr. 10 UWG a.F. und § 4 Nr. 4 UWG n.F.) sowie hinsichtlich des Relevanzanfordernisses (§ 3 Abs. 2 UWG n.F.) anstelle der bisherigen Spürbarkeitsgrenze (§ 3 Abs. 1 und 2 UWG a.F.) sah der BGH zu Recht keine inhaltliche Änderung der Beurteilungskriterien.<sup>3</sup> Die Unlauterkeit des Behinderungswettbewerbs schützt den Mitbewerber vor gezielten Angriffen gegen ihn oder mehrere Mitbewerber gerichteten Angriffen. Der BGH prüfte das Vorliegen eines Behinderungswettbewerbs anhand der drei von der Rechtspraxis zur Orientierung entwickelten Fallgruppen: unlauteres Eindringen in einen fremden Kundenkreis/Abfangen von Kunden,<sup>4</sup> unlauteres Behindern fremder Werbung<sup>5</sup> und unlauteres Ausnutzen einer fremden Einrichtung.<sup>6</sup> Die Kategorie

1 LG Ulm, Urt. v. 20.11.2014 - 11 O 36/14 KfH; OLG Stuttgart, Urt. v. 02.07.2015 - 2 U 148/14; BGH, Urt. v. 23.06.2016 - I ZR 137/15.

2 BGBl. I 2015, 2158.

3 BGH, Urt. v. 23.06.2016 - I ZR 137/15 Rn. 10.

4 Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl., § 4 Rn. 4.25.

5 Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl., § 4 Rn. 4.73.

6 Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl., § 4 Rn. 4.27b.

Einbruch in eine fremde Vertragsbeziehung ist nicht einschlägig. Da mit jedem Wettbewerb eine Beeinträchtigung einhergeht, erfordert die Prüfung stets die positive Feststellung der gezielten Behinderung, die die gegenüberstehenden Interessen der beteiligten Mitbewerber, der Verbraucher und der Allgemeinheit sorgsam abwägen muss.<sup>7</sup> Die Schwelle zur gezielten Behinderung ist überschritten, wenn bei objektiver Würdigung aller Umstände des Einzelfalls bejaht werden muss, dass die Wettbewerbshandlung nicht vorrangig auf die Förderung des eigenen Wettbewerbs gerichtet ist, sondern wenn gezielt der Zweck verfolgt wird, Mitbewerber in ihrer Entfaltung zu behindern, oder wenn die Behinderung dazu führt, dass der Beeinträchtigte seine Leistung am Markt durch eigene Anstrengung nicht mehr in angemessener Weise durchsetzen kann oder schließlich wenn die angegriffene wettbewerbliche Handlung unverhältnismäßig ist.<sup>8</sup> Der BGH hat mit überzeugender Begründung das Einlösen von Fremdcoupons unter allen Gesichtspunkten als lauter qualifiziert.

Dem BGH ist zuzustimmen, dass er ein Eindringen in einen fremden Kundenkreis verneint,<sup>9</sup> und zwar selbst dann, wenn Gutscheine im Rahmen eines Kundenbindungsprogramms oder an Inhaber von Kundenkarten abgegeben wurden. Denn die Aushändigung von Rabattgutscheinen an Verbraucher macht die Empfänger für ihre nächsten Einkäufe noch nicht zu Kunden des die Coupons ausgebenden Unternehmens. Da der Erhalt von Coupons nicht zwanglos in eine Kaufentscheidung münden muss, sondern der Empfänger die Coupons ja wegwerfen, verfallen lassen oder bis zu einer etwaigen Einlösung aufbewahren kann, ist ein Vertragsschluss für das ausgebende Unternehmen weit entfernt, ja gerade alles andere als sicher. Es ist allein die freie Entscheidung des Verbrauchers, wie er mit den Gutscheinen verfährt.

Da es grds. nicht zu beanstanden ist, wenn eigene Werbemaßnahmen mittelbar dazu führen, dass die fremde Werbung ganz oder teilweise verpufft, ist das Werben für die Einlösung fremder Rabattgutscheine unter dem Gesichtspunkt der unlauteren Werbebehinderung nur bei Hinzutreten weiterer Umstände wettbewerbswidrig.<sup>10</sup> Der BGH überzeugt, wenn er diese Kategorie verneint.<sup>11</sup> Es muss dem Fremdcoupons einlösenden Unternehmen freistehen, sich derjenigen Kunden besonders anzunehmen, die vom Mitbewerber mit Gutscheinen und Kundenbindungsmaßnahmen umgarnt werden, und andererseits können die Verbraucher die Coupons ja jederzeit beim ausgebenden Unternehmen einlösen, ohne dass die Werbung für die Einlösung von Fremdcoupons dies verhinderte. Es liegt insoweit eine rechtlich nicht zu beanstandende Wettbewerbshandlung vor.

Die Fallgruppe der unlauteren Ausnutzung einer fremden Einrichtung erfordert, dass eine vom oder für den Mitbewerber geschaffene Einrichtung für eigene Zwecke ausgenutzt wird, ohne dafür ein Entgelt zu entrichten.<sup>12</sup> Daran fehlt es, wie der BGH zutreffend feststellt, weil dem Kunden durch die Werbung mit der Einlösung von Fremdcoupons lediglich eine Alternative zum Einkauf verschafft wird. Ein unmittelbar bevorstehender Geschäftsabschluss des Verbrauchers mit dem die Gutscheine ausstellenden Unternehmen wird nicht verhindert. Zwar hängt sich das Unternehmen, das Fremdcoupons einlöst, an die Werbung des Ausstellers der Gutscheine an und hat sich Druck und Verteilung eigener Gutscheine erspart, aber ein Wettbewerber hat keinen Anspruch darauf, seine Werbung ungestört durchführen zu können.<sup>13</sup> Besondere, eine Unlauterkeit begründende Umstände sind im vorliegenden Fall nicht ersichtlich.

An zweiter Stelle prüfte der BGH, ob eine unlautere irreführende Handlung nach § 5 UWG vorliegt. Das Publikum erkennt, dass die Werbung des die Fremdcoupons annehmenden Unternehmens sich eindeutig nur auf sein Unternehmen bezieht und dass die Werbeaktion die Einlösung fremder Gutscheine erfasst. Dem Publikum wird damit nicht suggeriert, dass eine konzertierte Aktion vorliege, Rabattgutscheine gegenseitig anzuerkennen. Damit scheidet eine Irreführung aus.<sup>14</sup>

### C. Bewertung

Der BGH musste nach alledem die Unlauterkeit anhand der zum UWG entwickelten einschlägigen Fallgruppen verneinen. Daneben war ein Eingriff in das Recht am Unternehmen nicht zu prüfen, denn § 823 BGB ist nur subsidiär anwendbar.<sup>15</sup> Die Entscheidung des BGH überzeugt. Die Voraussetzungen für das Vorliegen einer gezielten Behinderung setzt der BGH auch mit dem Urteil vom 23.06.2016 hoch an. Das Eindringen in den Kundenkreis eines Mitbewerbers ist der Marktwirtschaft immanent und nicht per se

7 Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl., § 4 Rn. 4.11.

8 BGH, Urte. v. 23.06.2016 - I ZR 137/15 Rn. 14 und 30; BGH, Urte. v. 12.03.2015 - I ZR 188/13 Rn. 16; BGH, Urte. v. 22.01.2014 - I ZR 164/12 Rn. 28.

9 BGH, Urte. v. 23.06.2016 - I ZR 137/15 Rn. 16 – 19; BGH, Urte. v. 21.01.2016 - I ZR 274/14 Rn. 22; BGH, Urte. v. 22.01.2014 - I ZR 164/12 Rn. 35; BGH, Urte. v. 24.11.2011 - I ZR 154/10 Rn. 17.

10 BGH, Urte. v. 23.06.2016 - I ZR 137/15 Rn. 21.

11 BGH, Urte. v. 23.06.2016 - I ZR 137/15 Rn. 22 – 24.

12 BGH, Urte. v. 23.06.2016 - I ZR 137/15 Rn. 26; BGH, Urte. v. 22.01.2014 - I ZR 164/12 Rn. 33; BGH, Urte. v. 07.10.2009 - I ZR 150/07 Rn. 15.

13 BGH, Urte. v. 23.06.2016 - I ZR 137/15 Rn. 26.

14 BGH, Urte. v. 23.06.2016 - I ZR 137/15 Rn. 33 f.

15 Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl., § 4 Rn. 4.23.

rechtswidrig. Erst wenn Kunden, die zum Kauf bei dem Unternehmen, das die Coupons ausgibt, entschlossen sind, in ihrer Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt würden, wäre die Unlauterkeit zu bejahen.

Die wettbewerbliche Maßnahme, Fremdcoupons einzulösen, ist bislang nur im Drogeriehandel zu beobachten. Der Preisdruck scheint in dieser Branche so groß zu sein, dass dort auch andere ungewöhnliche Sitten einreißen: dm schickt Mitarbeiter seiner Filialen los, um beim lokalen Kon-

kurrenten Sonderangebote zum Verkauf in der eigenen Filiale einzukaufen, die dm im Standardprozess des eigenen Einkaufs zu diesem Preis nicht würde beziehen können.<sup>16</sup>

16 Spiegel Online vom 25.11.2016 ([www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/dm-kauft-regelmaessig-bei-der-konkurrenz-a-1123116.html](http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/dm-kauft-regelmaessig-bei-der-konkurrenz-a-1123116.html)); manager magazin vom 03.02.2017 ([www.manager-magazin.de/unternehmen/handel/dm-kauft-bei-rossmann-ein-der-krieg-der-drogerie-merkte-a-1132993.html](http://www.manager-magazin.de/unternehmen/handel/dm-kauft-bei-rossmann-ein-der-krieg-der-drogerie-merkte-a-1132993.html)).

## Arbeitsrecht

# Das Betriebsrentenstärkungsgesetz – Wunderwaffe oder Rohrkrepiere?

Prof. Dr. Dres. h.c. Peter Hanau

Das am 17.08.2017 verkündete Gesetz<sup>1</sup> enthält vielfache und neuartige Regelungen zur weiteren Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung, die nicht zugleich, sondern nach und nach wirksam werden. Danach ist die folgende Darstellung gegliedert.

Das Gesetz tritt nicht neben die für die betriebliche Altersversorgung grundlegenden Gesetze (BetrAVG, EStG, SGB), sondern durchdringt sie. Dementsprechend werden im Folgenden zu jedem Abschnitt die durch das Betriebsrentenstärkungsgesetz (BRSG) geänderten Bestimmungen dieser Gesetze angeführt.

## A. Sofortprogramm für niedrig Verdienende, in Kraft am 01.01.2018

### I. Förderbetrag an Arbeitgeber für zusätzliche Leistungen an Versorgungsträger

(Pensionskassen, Pensionsfonds, Direktversicherungen), § 100 EStG

Anwendungsbereich: Altersversorgung von Arbeitnehmern in einem ersten Dienstverhältnis mit höchstens 2.200 € monatlich.

Geringe Höhe: 30 % von Beiträgen zwischen 240 und 480 € jährlich.

Einschränkende Voraussetzung: Leistungen müssen „zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Arbeitslohn“ erbracht werden. Beiträge, die aus einer Entgeltumwandlung stammen, sind nicht begünstigt.<sup>2</sup>

Neuartiges Schnellverfahren: Arbeitgeber darf den Betrag von der abzuführenden Lohnsteuer einbehalten, hilfsweise Erstattung. Dies bezieht sich nicht auf Lohnsteuer für den zugesagten Beitrag, der meist lohnsteuerfrei sein wird, sondern auf die im Ganzen vom Arbeitgeber abzuführende Steuer.

Neue Ausführungsbestimmungen der Finanzverwaltung zur steuerlichen Förderung der betrieblichen Altersversorgung sind am 06.12.2017 ergangen.<sup>3</sup> Sie beziehen sich allerdings noch nicht auf die Nettoentgeltumwandlung betrieblicher Riester-Renten.

## II. Befreiung betrieblicher (wie bisher schon privater) Riester-Renten von Beiträgen zur Kranken- und Pflegeversicherung, § 229 Nr. 5 SGB V

Ausgangslage: Seit 2002 gibt es die durch staatliche Zuschüsse geförderte Riester-Rente. Von Anfang an konnte sie durch privaten Versorgungsvertrag oder mit betrieblicher Altersversorgung finanziert werden. Die Praxis ging aber fast nur den Privatweg, da die betrieblich finanzierten Riester-Renten in vollem Umfang zur Kranken- und Pflegeversicherung beitragspflichtig waren. Die Zahl der privaten Riester-Renten stieg rasch auf 16 Mio., stagniert aber seit ca. zehn Jahren. Die Zahl ruhender Verträge, in die nichts mehr eingezahlt wird, wird auf ein Fünftel geschätzt. Ursache waren zunächst wohl die hohen Kosten der

1 Gesetz zur Stärkung der betrieblichen Altersversorgung und zur Änderung anderer Gesetze (Betriebsrentenstärkungsgesetz) vom 17.08.2017 (BGBl. I, 3214).

2 Amtliche Begründung, BT-Drs. 18/11286, S. 70.

3 BMF-Schreiben vom 06.12.2017 mit Wirkung ab 01.01.2018.

Vertragsbegründung und -abwicklung, zunehmend auch der Rückgang der Zinsen. Die Riester-Rente wurde deshalb schon für tot erklärt („Seehofer-Mantra“). Das BRSG versucht eine Wiederbelebung, indem es die betrieblichen wie bisher schon die privaten Riester-Renten von Beiträgen zur Kranken- und Pflegeversicherung befreit. Man hofft, dass dies zusammen mit der in dem BRSG auf 175 € erhöhten Grundzulage und den jährlichen Zulagen von 300 € für jedes nach 2008 geborene und zu Kindergeld berechtigende Kind dem Riestern einen neuen Schub verleiht, da betriebliche Versorgungsverträge kostengünstiger sein dürften. Als Ausweg aus der Niedrigzinsphase kommt zudem in der betrieblichen Altersversorgung die neu geschaffene reine Beitragszusage (dazu im Folgenden D.) in Betracht. Dementsprechend können nicht einfach die Bedingungen die für privaten Riester-Renten übernommen werden, sondern müssen an die besonderen Gegebenheiten der betrieblichen Altersversorgung angepasst werden.

### **III. Keine Anrechnung betrieblicher Altersversorgung auf die Grundsicherung wegen Alters und Erwerbsminderung („Hartz IV“), § 82 SGB XII**

Ausgangslage: Die Grundsicherung wegen Alters- und Erwerbsminderung ist nach ihrer ganzen Anlage und Zweckbestimmung subsidiär gegenüber allen Sicherungsmöglichkeiten aus eigenem Vermögen und Einkommen. Deshalb werden auch die gesetzlichen Renten auf die Grundsicherung angerechnet. Dieses Prinzip wird nun für die betriebliche Altersversorgung durchbrochen, da sie freiwillig eingegangen wird oder wegen drohender Anrechnung auf die Grundsicherung gerade nicht. Dies soll vor allem Frauen zugutekommen, deren gesetzliche Renten häufig hinter dem Grundbedarf zurückbleiben, sodass bei fehlendem Ausgleich durch Familieneinkommen eine zusätzliche betriebliche Altersversorgung auf die Grundsicherung angerechnet werden müsste.

Höhe des Freibetrages: 100 € monatlich, zuzüglich 30 % eines höheren Beitrages bis zum halben Regelbedarf (zurzeit ca. 200 €).

Denkbare Nutzung für Geringverdiener mit der Aussicht auf Grundsicherung: Einbeziehung in die betrieblichen Systeme der Altersversorgung; Entgeltumwandlung, weil die dadurch verminderte gesetzliche Rente im Gegensatz zur betrieblichen Altersversorgung auf die Grundsicherung angerechnet würde. Fraglich ist, ob betriebliche Versorgungszusagen mit der auflösenden Bedingung verknüpft werden können, dass sie entfallen, wenn sie auf die Grundsicherung angerechnet würden.

### **B. Sofortprogramm für besser Verdienende, ebenfalls in Kraft am 01.01.2018**

Erhöhung der Befreiung der Arbeitgeberbeiträge an Versorgungsträger von der Lohnsteuer auf 8 % der Beitragsbe-

messungsgrenze (West) der Rentenversicherung (2018 p.a. 6.240 €), § 3 Nr. 63 EStG

Die Befreiung von Sozialversicherungsbeiträgen bleibt bei 4 %.

### **C. Vorsichtige Anreize für Arbeitnehmer zur Entgeltumwandlung, §§ 1a, 20, 23, 26a BetrAVG**

#### **I. Obligatorischer Arbeitgeberzuschuss**

Ausgangslage: Die Umwandlung von Bruttoentgelten in betriebliche Altersversorgung wird bisher schon dadurch gefördert, dass Beiträge aus einem ersten Dienstverhältnis an einen Versorgungsträger von Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträgen befreit sind, soweit die Beiträge im Kalenderjahr einen bestimmten Prozentsatz der Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung (West) nicht übersteigen (siehe vorstehend B.). Arbeitgeber und Arbeitnehmer wollten diese Einsparung gerne nutzen und deshalb ist es zum Abschluss vieler Tarifverträge gekommen. Die Rechtfertigung für diese Sparmaßnahme zugunsten der Arbeitgeber wurde in ihren Verwaltungskosten und ihrer subsidiären Haftung bei Ausfall eines Versorgungsträgers nach § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG gesehen. Langsam setzte sich aber die Auffassung durch, dass der Ausfall des gesamten Arbeitgeberbeitrags von ca. 20 % des Bruttoentgelts dafür ein zu hoher Preis war. Die Tarifverträge sahen deshalb zunehmend, aber keineswegs immer, Arbeitgeberzuschüsse zu der durch Bruttoentgeltumwandlung finanzierten Altersvorsorge vor. Dies auch, weil der Nutzen der Bruttoentgeltumwandlung für die Arbeitnehmer schon dadurch gemindert wird, dass sie zu einer Verminderung von Rentenversicherungsleistungen führt.

Abhilfe: Obligatorischer Arbeitgeberzuschuss von 15 % des umgewandelten Beitrages, soweit der Arbeitgeber durch die Entgeltumwandlung Sozialversicherungsbeiträge einspart. Anders als bisher freiwillige Arbeitgeberzuschüsse ist der gesetzlich vorgeschriebene Zuschuss zu dem umgewandelten Entgelt zu zählen.<sup>4</sup> Dies wird wegen des Sachzusammenhanges wohl auch für eine tarifvertragliche Erhöhung über 15 % hinaus gelten müssen.

Vorsichtsmaßnahmen: Geltung erst ab 01.01.2019; für frühere Entgeltumwandlungen erst ab 01.01.2022; abweichende tarifvertragliche Zuschussregelungen (anders wohl Nichtregelungen) bleiben unberührt, eine Verbeugung vor der Tarifautonomie.

<sup>4</sup> So § 1b Abs. 5 Satz 1 BetrAVG n.F. zur Unverfallbarkeit, Ausschussdrucksache 18 (11) 1064, S. 8, zum Steuerrecht.

## II. Automatische Brutto- oder Nettoentgeltumwandlung, wenn der Arbeitnehmer einem Angebot des Arbeitgebers nicht widerspricht (Optionssystem), § 1a, 20, 23, 26a BetrAVG

Ausgangslage: Solche Optionssysteme waren bisher in Deutschland selten und ihre Wirksamkeit zweifelhaft, im angelsächsischen Ausland dagegen verbreitet. Deshalb handelt es sich hier um einen sprachlichen und sachlichen Import. Im Ausland spricht man von einem „Opt-out“-System, da der Arbeitnehmer die Option zur Vermeidung der Entgeltumwandlung hat. In Deutschland ringt die gesetzlich vorgeschriebene Übersetzung immer noch mit der in diesem Fall gesetzwidrigen Vorliebe für angelsächsische Ausdrücke.

Vorsichtsmaßnahme als deutsche Besonderheit: Die automatische Entgeltumwandlung ist nur im Geltungsbereich von Tarifverträgen zulässig. Sie kann allerdings auch von den nicht tarifgebundenen Arbeitgebern angewendet werden, die bei Verbandsbeitritt an den Tarifvertrag gebunden wären. Tarifgebundene und nicht tarifgebundene Arbeitgeber können also die automatische Entgeltumwandlung dadurch herbeiführen, dass sie alle betroffenen Arbeitnehmer in Textform mindestens drei Monate vor der ersten Fälligkeit des umzuwandelnden Entgelts deutlich darauf hinweisen, welcher Betrag und welcher Vergütungsbestandteil umgewandelt werden soll und dass der Arbeitnehmer ohne Angabe von Gründen innerhalb einer Frist von mindestens einem Monat nach dem Zugang des Angebots widersprechen und die Entgeltumwandlung mit einer Frist von höchstens einem Monat beenden kann (§ 20 Abs. 2 BetrAVG).

Nach § 20 Abs. 2 BetrAVG kann das Optionssystem nicht nur in einem Tarifvertrag, sondern auch aufgrund eines Tarifvertrages in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung geregelt werden. Der Tarifvertrag verzichtet damit auf einheitliche Durchsetzung des Optionssystems im ganzen Tarifgebiet.

Vor dem 02.06.2017 auf der Grundlage von Betriebs- oder Dienstvereinbarungen eingeführte Optionssysteme bleiben wirksam.

Mögliche Alternativen: Das Optionssystem kennt nur ein Entweder-oder. Entweder Schweigen durch Zustimmung zu dem Angebot oder (formlos) geäußelter Widerspruch. Es kann aber zweckmäßig sein, den Arbeitnehmern Alternativen zu ermöglichen, z.B. zu Höhe und Dauer der Umwandlung oder dem Verwendungszweck. Im Rahmen des Optionssystems können keine weiteren Alternativen als Ja oder Nein eröffnet werden, doch kann das Angebot neben der Möglichkeit schweigender Zustimmung auch die ausdrückliche Zustimmung zu alternativen Regelungen vorsehen. Dies gilt z.B. für die Verwendung umgewandelter Nettoentgelte für Riesterverträge, zumal die Arbeitnehmer nach § 1a Abs. 3 BetrAVG verlangen können, dass bei einer Entgeltumwandlung die

Voraussetzungen für eine Förderung nach den § 10a, § 82 Abs. 2 EStG erfüllt werden, also für eine Riester-Rente.<sup>5</sup>

## D. Der große Aufreger: die reine Beitragszusage, § 1 Abs. 2, §§ 21 – 25 BetrAVG

Ausgangslage: Nach bisherigem Verständnis in Deutschland gehörte zu einer betrieblichen Altersversorgung neben oder statt den Beiträgen zu einem Versorgungsträger immer die Zusage einer bestimmten Altersleistung durch den Arbeitgeber, mindestens der Verrentung der eingezahlten Beiträge. Das ist gut gemeint, aber schlecht gemacht. Denn die Kosten für die Sicherstellung einer Garantie können teuer sein. In einer über mehrere Jahre geführten Studie<sup>6</sup> hat Professor Dr. Olaf Stotz von der Frankfurt School of Finance & Management folgende Ergebnisse gewonnen:

1. Die Kapitalgarantie in einem langfristigen Sparplan ist aktuell teuer.
2. Die Kosten aktuell liegen i.d.R. bei einem Vielfachen der eingezahlten Anlagebeträge.
3. Je jünger ein Anleger ist, desto höher fallen die Garantiekosten aus.
4. Je niedriger die Zinsen sind, desto teurer wird die Kapitalgarantie.

Zu den langfristigen Sparplänen werden auch die Lebensversicherungen gerechnet.

Wie Stotz bestätigt, ist bei Rentensystemen weltweit ein Trend zu beobachten, der weg von Systemen geht, bei denen Auszahlungssicherheit im Vordergrund steht (defined benefit), hin zu Systemen, die über die Beitragshöhe gesteuert werden (defined contribution). In letzteren Rentensystemen leitet sich der Rentenanspruch aus der zugrunde liegenden Kapitalmarktbeziehung ab. In Australien, welches als fortschrittliches Rentensystem gilt, würden mehr als 90 % der Altersvorsorge über defined contribution-Sparpläne abgedeckt. In den USA könne der Anleger individuell entscheiden, welche Anlageklassen in seinem defined contribution-Sparplan enthalten sein sollen.

Auch in Deutschland ist die Beitragspflicht zunehmend in den Vordergrund getreten, bisher aber immer noch mit einer Mindestleistungspflicht in Höhe der Beiträge verbunden. Das BRSg lässt dies unberührt, ermöglicht aber wahlweise eine „reine Beitragszusage“ ohne bestimmtes Leistungsversprechen. Man erhofft sich davon eine Win-

5 Günstigkeitsvergleich Brutto-Nettoumwandlung bei Hanau/Arteaga/Rieble/Veit, Entgeltumwandlung, 3. Aufl. 2014, S. 256 ff. Das von drei Ministern der Hessischen Landesregierung vorgelegte Konzept einer Deutschlandrente (Stand 2017) sieht, wohl in Ergänzung des BRSg, ein Optionssystem nur für die Riesterrente vor.

6 [www.frankfurtschool.de/home/newsroom/news/2017/april/garantiekosten-index-neu-stotz.html](http://www.frankfurtschool.de/home/newsroom/news/2017/april/garantiekosten-index-neu-stotz.html) (zuletzt abgerufen am 04.12.2017)

win-Situation: weniger Pflichten für Arbeitgeber und Versorgungsträger und mehr Rente für die Arbeitnehmer. Im Einzelnen:

Verpflichtung des Arbeitgebers zu Beiträgen an einen Versorgungsträger, nicht zu einer späteren Rente.

Folgen: u.a. keine bilanziellen Rückstellungen, keine subsidiäre Haftung für Versorgungsträger, keine Verpflichtung zur Anpassung von Anwartschaften und Renten („pay and forget“). Bei Entgeltumwandlung tariflich nicht abdingbare Verpflichtung, 15 % des umgewandelten Entgelts an den Versorgungsträger weiterzuleiten, soweit der Arbeitgeber durch die Entgeltumwandlung Sozialversicherungsbeiträge einspart.

Verpflichtung der Versorgungsträger zu einer „Zielrente“, die sie nach bestem Wissen und Können anstreben sollen, aber nicht garantieren dürfen. Verminderung und Erhöhung laufender Renten möglich.

Aussicht der Arbeitnehmer auf höhere Renten wegen freierer Kapitalanlage; dazu sofortige Unverfallbarkeit von Altersrenten.

Vorsichtsmaßnahme: Auch hier Tarifvertrag erforderlich. Die Tarifparteien müssen sich an Durchführung und Steuerung der reinen Beitragszusage beteiligen.

Nichttarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer können die Anwendung der einschlägigen tariflichen Regelung vereinbaren. § 21 Abs. 3 BetrAVG ergänzt, dass ihnen der Zugang zur durchführenden Versorgungseinrichtung nicht verwehrt werden soll. Auch dürfen dazu keine sachlich unbegründeten nachteiligen Sonderkonditionen vorgegeben werden. Eine Nichtberücksichtigung der Soll-Vorschriften hat nach der Gesetzesbegründung<sup>7</sup> keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit des Tarifvertrages und keine Haftungsfolgen für die tarifschließenden Parteien. Die vorgesehene Regelung stellt aber einen so guten Kompromiss zwischen positiver und negativer Koalitionsfreiheit dar, dass sie verfassungsrechtlich abgestützt werden könnte.

Verhältnis zu bisherigen Zusagen: Die Tarifverträge sollen nach § 21 Abs. 2 BetrAVG bereits bestehende Betriebsrentensysteme angemessen berücksichtigen. Sie müssen insbesondere prüfen, ob Beiträge für eine reine Beitragszusage für eine andere Zusageart verwendet werden dürfen. Dies wird in der Gesetzesbegründung nicht ausdrücklich als unverbindliche Soll-Vorschrift bezeichnet, es liegt aber nahe, die Aussage der Begründung zu den Soll-Vorschriften über die Beteiligung von Außenseitern auch hier heranzuziehen. Der Schutz bestehender Betriebsrentensysteme kann sich aber aus den ihnen zugrunde liegenden Verträgen und dem Verbot unverhältnismäßiger Eingriffe in sie ergeben.

## E. Fazit

Das Gesetz ist innovativ und beschreitet neue Wege zur Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung.

Das Gesetz ist mutig, denn es geht von vielen Grundprinzipien des bisherigen Altersversorgungsrechts ab.

Das Gesetz ist aber auch vorsichtig, insbesondere durch die Bindung der größten Neuerungen, Optionssystem und reine Beitragszusage, an Tarifverträge.

Das Gesetz ist ausgewogen; es verteilt die Anreize zu mehr betrieblicher Altersversorgung auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Bei der reinen Beitragszusage wird die Ausgewogenheit darin gesucht, dass den Arbeitnehmern Chancen und Risiken freierer Kapitalanlage zugewiesen werden. Das ist vertretbar, zumal die Risiken für die Arbeitnehmer durch besondere Regelungen der Versicherungsaufsicht und zusätzliche Aufsicht durch die Tarifparteien gemindert werden. Auch sollen Sicherungspuffer vereinbart werden.<sup>8</sup>

Ob es sich bei dem Gesetz, insbesondere bei Optionssystem und reiner Beitragszusage, um eine Wunderwaffe oder einen Rohrkrepierer handelt, hängt vor allem von der Bereitschaft und Fähigkeit der Tarifparteien ab, die ihnen zugewiesene Verantwortung zu übernehmen. Kommt es nicht dazu, stellt sich die Frage, ob der Staat die Verantwortung übernehmen wird, wie es das Konzept der Deutschlandrente (siehe Fn. 4) vorschlägt.

<sup>7</sup> Ausschussdrucksache 18 (11) 1064.

<sup>8</sup> Dazu auch ein von dem Verfasser und RA Dr. Arteaga dem BMAS erstattetes Rechtsgutachten: [www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/PE/PDF-Presenmitteilungen/2016/rechtsgutachten-sozialpartnermodell-betriebsrente.pdf?](http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/PE/PDF-Presenmitteilungen/2016/rechtsgutachten-sozialpartnermodell-betriebsrente.pdf?__blob=publicationFile) (zuletzt abgerufen am 04.12.2017)

## Arbeitnehmerfreizügigkeit und Unternehmensmitbestimmung

EuGH, Urt. v. 18.07.2017 - C-566/15 - „Erzberger“

RA und PD Dr. Gerrit Forst, LL.M. (Cantab.)

### A. Problemstellung

Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Erzberger, die auf einer Vorlage des KG<sup>1</sup> beruht, befasst sich mit der Vereinbarkeit der deutschen Unternehmensmitbestimmung mit dem Primärrecht, die sie im Ergebnis bejaht.

Nach h.M. im deutschen Schrifttum sind bei der Berechnung der Schwellenwerte von 500 (DrittelbG), 1.000 (MontanMit-

<sup>1</sup> KG, EuGH-Vorlage v. 16.10.2015 - 14 W 89/15.

bestG) und 2.000 (MitbestG) Arbeitnehmern nur Arbeitnehmer mitzuzählen, die in Deutschland beschäftigt sind und sie sind aktiv und passiv wahlberechtigt.<sup>2</sup> Auf die Staatsangehörigkeit dieser Arbeitnehmer kommt es grds. nicht an.<sup>3</sup> Ein in Kehl beschäftigter Franzose würde für die Schwellenwerte der deutschen Unternehmensmitbestimmung grds. mitzählen, ein in Straßburg beschäftigter Deutscher nicht. Begründet wird diese Differenzierung nach dem Beschäftigungsort mit dem Territorialitätsprinzip: Der räumliche Geltungsbereich der deutschen Mitbestimmungsgesetze reicht grds.<sup>4</sup> nicht über die Grenzen der Bundesrepublik hinaus. Dafür gibt es mehrere Gründe: Nur zwei davon sind die Achtung der Souveränität anderer Staaten und die Tatsache, dass Deutschland nicht in der Lage wäre, extraterritorial geltendes deutsches Recht durchzusetzen.<sup>5</sup>

Zwar bestand zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite jedenfalls in der Vergangenheit ein gemeinsames Verständnis, dass die Zweiteilung der Belegschaft nach dem Beschäftigungsort politisch nicht wünschenswert ist.<sup>6</sup> Erst seit einigen Jahren wird die Differenzierung nach dem Beschäftigungsort von Teilen des deutschen Schrifttums aber auch rechtlich als Problem wahrgenommen: Erstens führe die deutsche Unternehmensmitbestimmung zu einer mittelbaren Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit i.S.d. Art. 18 Abs. 1 AEUV bzw. des Art. 45 Abs. 2 AEUV, da wesentlich mehr Arbeitnehmer deutscher Staatsangehörigkeit von der deutschen Unternehmensmitbestimmung erfasst seien als Arbeitnehmer nichtdeutscher Staatsangehörigkeit.<sup>7</sup> Zweitens verletze die deutsche Mitbestimmung die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 Abs. 1 AEUV) der im Inland tätigen Arbeitnehmer, weil diese sich von einem Wegzug abgehalten sehen könnten, da sie den Verlust ihrer Mitbestimmungsrechte nicht hinzunehmen bereit seien.<sup>8</sup>

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die EuGH-Entscheidung weist die Kritik an der deutschen Unternehmensmitbestimmung zurück. Das überrascht nicht, nachdem sich schon der Generalanwalt Henrik Saugmandsgaard Øe in den Schlussanträgen klar in diesem Sinne ausgesprochen hatte.<sup>9</sup>

Im ersten, knapp gehaltenen Teil der Entscheidung befasst der Gerichtshof sich mit der Frage, ob die deutsche Unternehmensmitbestimmung zu einer nicht gerechtfertigten Benachteiligung von Arbeitnehmern führt, die in anderen EU-Staaten beschäftigt sind. Diese Frage misst er ausschließlich an Art. 45 Abs. 2 AEUV, der das allgemeine Verbot der Benachteiligung wegen der Staatsangehörigkeit aus Art. 18 AEUV verdränge. Im Ergebnis verneint der Gerichtshof einen Verstoß gegen Art. 45 Abs. 2 AEUV, weil es an einem hinreichenden Bezug zum Unionsrecht fehle und der Geltungsbereich der Norm deshalb nicht eröffnet sei.<sup>10</sup>

Im zweiten, ausführlicheren Teil der Entscheidung widmet der EuGH sich der Frage, ob die Arbeitnehmerfreizügigkeit der in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmer durch das Territorialitätsprinzip unzulässig beschränkt werde. Auch diese Frage verneint der Gerichtshof im Ergebnis. Das gelte auch für amtierende Arbeitnehmervertreter, die bei einem Wechsel an einen Arbeitsplatz in einem anderen Mitgliedstaat ihr Amt aufgeben müssten. Luxemburg begründet dies mit zwei Argumenten: Erstens könne ein Arbeitnehmer trotz Art. 45 AEUV nicht erwarten, dass sich das rechtliche Umfeld seiner Tätigkeit bei einem Wechsel in einen anderen Mitgliedstaat nicht ändere. Zweitens sei das Recht der Unternehmensmitbestimmung nicht EU-weit harmonisiert und den Mitgliedstaaten sei deshalb ein gewisser Gestaltungsspielraum eröffnet, den die Bundesrepublik durch ihre Mitbestimmungsgesetze nicht überschreite.<sup>11</sup>

## C. Kontext der Entscheidung

Die EuGH-Entscheidung wirkt sich auf mehrere Gerichtsverfahren in Deutschland aus: Fanden die kritischen Stimmen bei den deutschen Gerichten zunächst kein Gehör,<sup>12</sup> entschied im Februar 2015 das LG Frankfurt am Main, dass die im Ausland beschäftigten Arbeitnehmer der Tochter einer nach dem

2 Übersicht zum Meinungsstand bei Henssler in: Ulmer/Habersack/Henssler, MitbestR, 3. Aufl. 2012, § 3 MitbestG Rn. 40 ff.

3 Angehörige von EU- und EWR-Staaten stehen deutschen Staatsangehörigen gleich, die im Inland beschäftigt sind. Im Verhältnis zu Drittstaaten kann etwas anderes gelten, doch stellen sich die hier behandelten Fragen insoweit nicht, da alle nachfolgenden Überlegungen ihre Grundlage im EU-Recht haben.

4 Bei einer vorübergehenden grenzüberschreitenden Entsendung von Arbeitnehmern können Ausnahmen eingreifen. Das soll hier nicht vertieft werden.

5 Hier soll nicht die Frage vertieft werden, ob Recht, das nicht durchgesetzt wird oder werden kann, überhaupt Recht ist. Siehe dazu insbesondere Hart, *The Concept of Law*, 1961; Dworkin, *Law's Empire*, 1983, und Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1992.

6 BDA/BDI, *Mitbestimmung modernisieren: Bericht der Kommission Mitbestimmung*, 2004, S. 14 f.; DGB, *Stellungnahme des DGB Bundesvorstandes, Abteilung Mitbestimmung und Rechtspolitik zu dem Bericht der Kommission Mitbestimmung von BDA und BDI*, 2004, S. 14 f.

7 Henssler in: Ulmer/Habersack/Henssler, MitbestR, 3. Aufl. 2012, § 3 MitbestG Rn. 41; Hellwig/Behme, AG 2009, 261, 264 f.; Hellwig/Behme, ZIP 2009, 1791, 1793; Hellwig/Behme, ZIP 2010, 871, 872 f., stützen ihre Ansicht auf Art. 18 AEUV; Latzel, *Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung*, 2010, Rn. 138 ff.; Rieble/Latzel, EuZA 2011, 145, 155 f., auf Art. 45 Abs. 2 AEUV; unklar Habersack, AG 2007, 641, 648.

8 Hellwig/Behme, AG 2009, 261, 268 ff.; ähnlich Rieble/Latzel, EuZA 2011, 145, 158.

9 Schlussanträge vom 04.05.2017 Rn. 48 ff. und Rn. 60 ff.

10 EuGH, Urt. v. 18.07.2017 - C-566/15 - „Erzberger“ Rn. 24 ff.

11 EuGH, Urt. v. 18.07.2017 - C-566/15 - „Erzberger“ Rn. 34 und Rn. 36 ff.

12 LG Landau, Beschl. v. 18.09.2013 - HK O 27/13; bestätigt durch OLG Zweibrücken, Beschl. v. 20.02.2014 - 3 W 150/13.

MitbestG mitbestimmten Konzernmutter bei der Berechnung der Schwellenwerte mitzuzählen und an der Wahl zu beteiligen seien.<sup>13</sup> Wenige Monate später entschied das LG Berlin gegenteilig.<sup>14</sup> In der jeweils nachfolgenden Instanz waren die Berliner schneller: Nachdem das KG im Oktober 2015 die Rs. Erzberger dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt hatte, setzte das OLG Frankfurt das inzwischen bei ihm anhängige Verfahren bis zu einer Entscheidung des EuGH aus.<sup>15</sup> Die in Berlin und Frankfurt am Main anhängigen Klagen dürften nach dem Urteil des Gerichtshofs abzuweisen sein.

#### D. Auswirkungen für die Praxis

Für die Praxis der Unternehmensmitbestimmung lautet die Kernaussage der Entscheidung, dass erst einmal alles bleibt, wie es bis zu der Entscheidung des LG Frankfurt am Main war. Abzuwarten bleibt, ob die EuGH-Entscheidung eine politische Debatte über eine mögliche Reform der deutschen Unternehmensmitbestimmung auslösen wird. Aussagekraft hat die Rs. Erzberger daneben für das Betriebsverfassungsrecht: Indirekt bestätigt der EuGH, dass das auch im Betriebsverfassungsrecht geltende Territorialitätsprinzip unionsrechtskonform ist. Dafür spricht zusätzlich, dass es auf der Ebene der EU mit der Richtlinie 2002/14/EG<sup>16</sup> eine Harmonisierungsmaßnahme gibt, die den Mitgliedstaaten nur Mindestvorgaben macht. Nicht im Inland beschäftigte Arbeitnehmer bei der Berechnung der betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerte mitzuzählen oder ihnen das aktive oder passive Wahlrecht zu gewähren, ist in der Richtlinie 2002/14/EG nicht vorgeschrieben.

#### E. Bewertung

Der Entscheidung ist im Ergebnis und in weiten Teilen der Begründung zuzustimmen. Insbesondere entspricht es der langjährigen Rechtsprechung des EuGH, dass Art. 45 AEUV das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV verdrängt.

#### I. Keine mittelbare Diskriminierung im EU-Ausland beschäftigter Arbeitnehmer

Schwach ist allerdings das Argument aus dem ersten Teil der Entscheidung, es fehle der erforderliche Bezug zum Unionsrecht:<sup>17</sup> Auch wenn das grenzüberschreitende Element seit der Entscheidung in der Rs. Saunders aus dem Jahr 1979<sup>18</sup> zum Tatbestand der Arbeitnehmerfreizügigkeit zählt, sind die dafür ausschlaggebenden Kriterien im Detail unklar. Die Argumentation des EuGH führt dazu, dass jeder Einzelfall neu daraufhin überprüft werden muss, ob ein hinreichender Bezug zum Unionsrecht gegeben ist. Richtigerweise ist Deutschland – unabhängig vom konkreten Einzelfall – nicht zur Gleichbehandlung von im Inland beschäftigten Arbeitnehmern und denen, die es nicht sind, verpflichtet: Gleich behan-

deln kann nur, wer handeln kann. Deutschland kann zwar mit seinen Gesetzen tatbestandlich an eine Beschäftigung im Ausland anknüpfen. Es könnte solche Regelungen aber nicht außerhalb des eigenen Staatsgebiets durchsetzen.<sup>19</sup> Die deutsche Unternehmensmitbestimmung auf nicht im Inland beschäftigte Arbeitnehmer auszudehnen, wäre reine Symbolgesetzgebung, könnte der Arbeitnehmerfreizügigkeit aber nicht zu praktischer Wirksamkeit verhelfen.

Deutschland ist zudem nicht der einzige Mitgliedstaat, der über Mitbestimmungsgesetze verfügt.<sup>20</sup> Auch für andere Mitgliedstaaten gilt aber das Territorialitätsprinzip, auch sie können ihre Gesetze nicht außerhalb des eigenen Hoheitsgebiets durchsetzen. Wäre die These richtig, dass die deutsche Mitbestimmung wegen des Territorialitätsprinzips gegen Art. 45 Abs. 2 AEUV verstößt, wäre Entsprechendes auch für die Mitbestimmung aller anderen Mitgliedstaaten anzunehmen. Unter dieser Prämisse könnte ausschließlich die EU eine primärrechtskonforme Mitbestimmungsregelung erlassen, weil kein einzelner Mitgliedstaat seine Gesetze außerhalb des eigenen Hoheitsgebiets durchsetzen und damit das Territorialitätsprinzip überwinden kann. Die Gesetzgebungskompetenz der EU nach Art. 153 Abs. 1 Buchst. f) AEUV würde somit zu einer ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz. Dieses Ergebnis ist jedoch mit dem Wortlaut der Kompetenznorm („ergänzt die Union die Tätigkeit der Mitgliedstaaten“) nicht zu vereinbaren.<sup>21</sup>

#### II. Keine unzulässige Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit

Dem zweiten Teil der Entscheidung ist dagegen wenig hinzuzufügen. Zirkulär ist allerdings die Argumentation des EuGH zu dem von ihm gefundenen Ergebnis, dass auch bei einem amtierenden Arbeitnehmervertreter keine hinreichend gewichtige Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit anzu-

13 LG Frankfurt a.M., Beschl. v. 16.02.2015 - 3-16 O 1/14, 3/16 O 1/14.

14 LG Berlin, Beschl. v. 01.06.2015 - 102 O 65/14 AktG.

15 OLG Frankfurt, Beschl. v. 17.06.2016 - 21 W 91/15.

16 Richtlinie 2002/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.03.2002 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft – Gemeinsame Erklärung des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission zur Vertretung der Arbeitnehmer, ABl. (EG) Nr. L-80 vom 23.03.2002, S. 29 ff.

17 Ähnlich bereits Wißmann in: Wißmann/Kleinsorge/Schubert, MitbestR, 5. Aufl. 2017, Vorbem. MitbestG Rn. 63a; Krause, AG 2012, 485, 492.

18 EuGH, Urt. v. 28.03.1979 - Rs. 175/78 Rn. 11.

19 Siehe bereits Forst in: Gaul/Ludwig/Forst, Europäisches Mitbestimmungsrecht, 2015, § 1 Rn. 224.

20 Für einen Überblick der in der EU bestehenden Systeme der Unternehmensmitbestimmung siehe Forst in: Gaul/Ludwig/Forst, Europäisches Mitbestimmungsrecht, 2015, § 1 Rn. 181 ff. m.w.N.

21 Siehe bereits Forst in: Gaul/Ludwig/Forst, Europäisches Mitbestimmungsrecht, 2015, § 1 Rn. 226.

nehmen ist:<sup>22</sup> Der Arbeitnehmervertreter habe den Verlust seines Mandats hinzunehmen, weil dies Folge „einer legitimen Entscheidung der Bundesrepublik Deutschland [sei], die Anwendung ihrer nationalen Vorschriften im Bereich der Mitbestimmung auf die bei einem inländischen Betrieb tätigen Arbeitnehmer zu beschränken“. Dass die Anwendung des Territorialitätsprinzips auch bei einem amtierenden Arbeit-

nehmervertreter noch eine „legitime Entscheidung“ der Bundesrepublik ist, wäre durch den EuGH aber gerade zu begründen gewesen. Argumente dafür hat der Generalanwalt in Rn. 86 ff. seiner Schlussanträge zusammengetragen.

22 EuGH, Urt. v. 18.07.2017 - C-566/15 - „Erzberger“ Rn. 40; vor allem für diesen Fall a.A. Hellwig/Behme, ZIP 2009, 1791, 1793.

## Verwaltungsrecht

# Elektronische Prüfungen, Antwort-Wahl-Verfahren und der Gesetzesvorbehalt

RiVG Dr. Christoph Jeremias

## A. Einleitung

Über lange Jahre war die Prüfungsrechtspraxis durch die „klassischen“ Arten der mündlichen bzw. praktischen Prüfung auf der einen Seite und der schriftlichen Prüfung auf der anderen Seite geprägt. Diese Prüfungsarten waren seit jeher Gegenstand von Rechtsprechung und Literatur. In jüngerer Zeit gehen insbesondere Hochschulen zunehmend dazu über, Prüfungen (auch) auf elektronischem Wege abzunehmen. Derartige elektronische Prüfungen sind in fast allen Studienfächern denkbar und werden demgemäß auch in zahlreichen Studiengängen – insbesondere auch in den medizinischen<sup>1</sup> – angeboten.<sup>2</sup> Die Rechtsprechung hat sich bislang mit diesem Phänomen und den rechtlichen Rahmenbedingungen für elektronische Prüfungen nur vereinzelt und am Rande beschäftigen müssen. Soweit die elektronischen Prüfungen – wie oftmals – im Antwort-Wahl-Verfahren durchgeführt werden, ist dieses Prüfungsverfahren wiederholt und in verschiedenen Facetten Gegenstand der Rechtsprechung geworden. Der nachfolgende Beitrag wird sich mit der Frage auseinandersetzen, welche normativen Grundlagen zu verlangen sind, damit die Prüfungsämter elektronische Prüfungen rechtssicher durchführen können. Dabei soll zusätzlich das Antwort-Wahl-Verfahren in den Blick genommen werden. Bereits jetzt sei betont, dass grundlegend für den hier verfolgten Ansatz die Differenzierung zwischen der Prüfungsart einerseits und der (bloßen) Form der Prüfung andererseits ist.

## B. Begriff der elektronischen Präsenzprüfung im rechtlichen Sinne

### I. Elektronische Präsenzprüfung

Bei elektronischen Präsenzprüfungen handelt es sich um Prüfungen, bei denen die Prüfungsfragen an einem Computerbildschirm angezeigt werden und die Antworten sogleich an

diesem „stationären“ Computer eingegeben werden. Der Computer wird also nicht bloß als „Schreibmaschinenersatz“ genutzt, sondern als „Prüfungsterminal“. Es handelt sich also i.d.R. um Aufsichtsarbeiten, bei denen die Prüfungsleistung allein mittels elektronischer Medien erbracht wird. In der Sache zielt dieses Verfahren darauf ab, dass die auf einem Bildschirm angezeigten Prüfungsfragen ausschließlich durch das Markieren der von der Anwendungssoftware vorgegebenen Antwortfelder mit einem Eingabegerät beantwortet werden und die Fragen und Antworten ausschließlich als digitale Informationen auf einem Speichermedium verbleiben.<sup>3</sup> Betroffen ist daher nicht allein die Form, in der die Prüfungsleistung erbracht wird, sondern insbesondere die Art und Weise, wie der Prüfling seine Prüfungsleistung zu erbringen hat, also die Prüfungsart selbst.<sup>4</sup>

### II. Elektronische Übermittlung von Prüfungsleistungen

Zu unterscheiden von den elektronischen Präsenzprüfungen im soeben dargelegten Sinne sind Konstellationen, in denen der Prüfling seine Prüfungsleistung – i.d.R. dürfte es sich um

1 Vgl. etwa als Beispiel aus der Rechtsprechung aus jüngster Zeit OVG Lüneburg, Beschl. v. 20.07.2016 - 2 ME 90/16 Rn. 15 ff.

2 Einen Überblick über die Durchführung von elektronischen Prüfungen an der Freien Universität Berlin gibt: Schulz, E-Examinations in a nutshell: Lessons learnt, in: Apostopoulos/Schulz/Coy, GML<sup>2</sup> 2015 – Grundfragen Multimedialen Lehrens und Lernens, 2015, S. 12 ff.

3 VG Hannover, Beschl. v. 10.12.2008 - 6 B 5583/08 Rn. 32, sowie Kalberg, DVBl. 2009, 21 ff. Anders und insoweit zweifelhaft OVG Koblenz, Beschl. v. 19.01.2009 - 10 B 11244/08 Rn. 9, wonach die Schriftlichkeit auch dann noch gewahrt sein soll, wenn auf im Computer gestellte Fragen ebenfalls dort vorgegebene Antwortalternativen per Maus-Klick angekreuzt werden müssen.

4 Vgl. zu dieser Unterscheidung zwischen Prüfungsart und -form etwa § 8 Abs. 2 Buchst. a) der Rahmenstudien- und -prüfungsordnung für Bachelor- und Masterstudiengänge der HTW Berlin vom 02.07.2012.

eine Hausarbeit handeln – auf elektronischem Wege der Prüfungsbehörde übermittelt. Zu unterscheiden ist hier zwischen der Art und Weise der Prüfungsleistung und der durch die Prüfungsordnung ggf. angeordneten Form. Eine Prüfungsordnung kann als Prüfungsleistung eine häusliche Arbeit (Prüfungsart) vorsehen und für diese die Schriftform (Form der Prüfung) verlangen. Die so angeordnete Schriftform verlangt die Vorlage eines Schriftstücks mit persönlicher Unterschrift. Die Fertigung und Übersendung der häuslichen Arbeit auf elektronischem Wege ist nicht in diesem Sinne „schriftlich“.<sup>5</sup> Wenngleich zwischen Schriftform und elektronischer Kommunikation grds. zu unterscheiden ist, gestattet § 3a Abs. 1 und 2 VwVfG<sup>6</sup> – unter näher bezeichneten Voraussetzungen – die durch Rechtsvorschrift angeordnete Schriftform durch die elektronische Form zu ersetzen, und zwar auch für den Bereich des Prüfungswesens (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG).<sup>7</sup> Dies gilt allerdings nur, wenn die Prüfungsordnung diese Möglichkeit, die Schriftform durch die elektronische Form zu ersetzen, nicht ausdrücklich ausschließt, § 3a Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 VwVfG. Liegt ein derartiger Ausschluss nicht vor, sieht die Prüfungsordnung aber Schriftform für die Prüfungsleistung vor, so genügt gem. § 3a Abs. 2 Satz 2 VwVfG ein elektronisches Dokument der elektronischen Form, das mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen ist; dadurch soll erreicht werden, dass den Sicherungsfunktionen der an sich gebotenen Schriftform entsprochen wird.<sup>8</sup> Darüber hinaus kann seit 01.08.2013 gem. § 3a Abs. 2 Satz 4 Nr. 1 VwVfG die angeordnete Schriftform auch dadurch ersetzt werden, dass der Prüfling seine Erklärung über eine geschützte Verbindung („https“) unmittelbar im IT-System der Behörde hinterlegt.<sup>9</sup> Ob und wie weit diese gesetzlichen Möglichkeiten des Ersatzes der vorgesehenen Schriftform für häusliche oder praktische Prüfungsarbeiten realisierbar sind, muss die Praxis erweisen.<sup>10</sup>

Sieht hingegen die Prüfungsordnung keine Schriftform vor, sondern fordert etwa allein eine häusliche Prüfungsarbeit und regelt überdies selbst die Online-Übermittlung dieser zuvor vom Prüfling am eigenen Computer erstellten Prüfungsleistungen (per E-Mail oder auf ähnlichem Wege), so steht einer elektronischen Übermittlung auch ohne Einhaltung der in § 3a Abs. 2 VwVfG aufgeführten speziellen Erfordernisse nichts im Wege. Allerdings muss die Prüfungsbehörde in diesen Fällen durch zusätzliche Maßnahmen (etwa schriftliche Versicherung des Prüflings, dass er die Prüfungsleistung selbst erbracht hat) sicherstellen, dass die Authentizität der Prüfungsleistung gesichert ist.<sup>11</sup>

### **C. Anforderungen des Gesetzesvorbehaltes bei elektronischen (Präsenz-)Prüfungen**

Prüfungen benötigen – dies ist heute allgemein anerkannt – eine gesetzesförmige Rechtsgrundlage. Denn neben dem

Grundsatz des Gesetzesvorrangs gilt auch der Vorbehalt des Gesetzes für das Prüfungswesen. Diese Rechtsauffassung hat sich in Rechtsprechung und Schrifttum durchgesetzt.<sup>12</sup> Normative Grundsatzentscheidungen des Gesetzgebers sind in diesem Rechtsbereich insbesondere wegen der Grundrechtsrelevanz von Prüfungsentscheidungen erforderlich. Da (negative) Prüfungsentscheidungen in aller Regel die grundgesetzlichen Freiheiten der Berufswahl oder der Wahl der Ausbildungsstätte einschränken, ist der Schutzbereich der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) berührt. Auch wenn Einigkeit darüber besteht, dass der Gesetzesvorbehalt im Prüfungsrecht gilt, ist in der Rechtsprechung nicht abschließend geklärt, welche Anforderungen er an die konkrete Regelung des Prüfungswesens stellt.<sup>13</sup> Insbesondere die Frage, welche Leitentscheidungen der parlamentarische Gesetzgeber selbst treffen muss und welche Regelungen dem Verordnungs- oder Satzungsgeber, also etwa der Hochschule für ihre Prüfungsordnungen, überlassen bleiben können, lässt sich nicht pauschal beantworten. Gleichwohl ist, was die eigenverantwortlichen Regelungskompetenzen der Exekutive betrifft, in der Tendenz eine großzügige Haltung der Rechtsprechung zu erblicken.<sup>14</sup> Dies gilt umso mehr für den Bereich der Hochschulen. Denn hier ist bei der Frage, ob eine Regelung des Prüfungsverfahrens in einer Prüfungsordnung den Vorgaben des Gesetzesvorrangs und des Gesetzesvorbehalts genügt, zusätzlich von wesentlicher Bedeutung, dass sich Hochschulen auf ihre auf Art. 5 Abs. 3 GG beruhende Satzungsautonomie berufen können, die ihnen bei der konkreten Ausgestaltung einen relativ großen Gestaltungsspielraum einräumen kann.<sup>15</sup>

5 Vgl. VG Hannover, Beschl. v. 10.12.2008 - 6 B 5583/08 Rn. 32.

6 Abgestellt wird hier auf das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes. Bei Prüfungen auf der Grundlage von Landesrecht kommt es darauf an, ob das jeweilige Landesverwaltungsverfahrensgesetz eine entsprechende Regelung enthält.

7 Siehe dazu auch Zimmermann, WissR 2012, 312, 314.

8 Dazu im Einzelnen: Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, 17. Aufl. 2016, § 3a Rn. 14a. und 17.

9 Dazu Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 3a Rn. 38c.

10 Siehe zu technischen Problemen und Manipulationsgefahr bei elektronischen Prüfungen: Zimmermann, WissR 2012, 312, 317 ff.

11 Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 6. Aufl. 2014, Rn. 428.

12 Grundlegend ist der Beschluss des BVerfG v. 20.10.1981 - 1 BvR 640/80; fortgesetzt und präzisiert durch BVerfG, Beschl. v. 14.03.1989 - 1 BvR 1033/82, 174/84 und BVerfG, Beschl. v. 17.04.1991 - 1 BvR 419/81, 213/83 und - 1 BvR 1529/84, 138/87. Aus der Rechtsprechung des BVerwG insbesondere die Urte. v. 14.07.1978 - 7 C 11/76 und v. 01.12.1978 - 7 C 68/77; Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 6. Aufl. 2014, Rn. 19 m.w.N.

13 Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 6. Aufl. 2014, Rn. 21.

14 Dazu näher Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 6. Aufl. 2014, Rn. 22 f.

15 BVerfG, stattgebender Kammerbeschl. v. 26.06.2015 - 1 BvR 2218/13 Rn. 23 ff.; OVG Lüneburg, Beschl. v. 14.09.2015 - 2 LA 194/15 Rn. 6; VG Hamburg, Urte. v. 14.12.2016 - 2 K 6704/15 Rn. 72 f. Zurückhalten der noch BVerwG, Urte. v. 29.05.2013 - 6 C 18/12.

In Rechtsprechung und Literatur besteht zumindest insoweit Einigkeit, dass die Ausgestaltung des Prüfungsverlaufs in seinen wesentlichen Merkmalen normativ zu regeln ist.<sup>16</sup> Diese Anforderungen beziehen sich nicht nur auf das der Leistungsermittlung dienende Prüfungsverfahren, sondern auch auf die verfahrensmäßige Ausgestaltung der Leistungsbewertung. „Wesentlich“ in diesem Sinne ist nicht zuletzt, auf welche Art und Weise die Prüfung stattfindet.<sup>17</sup> Traditionell wurde durchweg zwischen schriftlichen, mündlichen oder praktischen Prüfungen unterschieden, wobei die Bezeichnung als schriftliche Prüfung bei genauer Betrachtung nicht zuvorderst die Form der Prüfungsleistung, sondern vielmehr die Prüfungsart betrifft. Vom Prüfling wird hierbei gefordert, dass er die ihm gestellte Prüfungsaufgabe – nicht unterbrochen durch weitere Prüfernachfragen oder sonstige Interaktionen – mittels einer dauerhaften, verkörperten Gedankenerklärung beantwortet. Eine ausschließlich elektronische Präsenzprüfung, bei der die Prüfungsfragen auf dem Computerbildschirm angezeigt werden und die Antworten sogleich an diesem „stationären“ Prüfungsterminal eingegeben werden, der Computer also nicht bloß als „Schreibmaschinenersatz“ genutzt wird, ist in diesem Zusammenhang nicht als eine Art schriftliche Prüfung im herkömmlichen Sinne zu verstehen. Zwar kann – wie bereits in anderem Zusammenhang oben unter B.II. dargelegt – gem. § 3a Abs. 2 Satz 4 Nr. 1 VwVfG die Schriftform dadurch ersetzt werden, dass Erklärungen – und damit auch Prüfungsantworten – in einem elektronischen Formular, das von der Behörde in einem Eingabegerät oder über öffentlich zugängliche Netze zur Verfügung gestellt wird, unmittelbar abgegeben werden.<sup>18</sup> Gleichwohl enthält die Nennung einer konkreten Prüfungsart – z.B. in Gestalt einer schriftlichen Prüfung – mehr als die bloße Bestimmung einer zu wählenden Form. Die Art und Weise einer Prüfung (mündlich, praktisch, schriftlich oder elektronisch) betrifft nicht in erster Linie die Einhaltung eines Formzwanges, also die Frage, in welcher Form die Prüfungsleistung gegenüber der Prüfungsbehörde kommuniziert wird.<sup>19</sup> Vielmehr dient die Bestimmung der Prüfungsart gerade der Festlegung, auf welche Art und Weise eine Prüfung in ihrem Ablauf ausgestaltet wird. Für diese die Art und Weise der Prüfung betonende Sichtweise streitet bereits, dass eine „praktische Form“ im deutschen Recht nicht existiert. Noch entscheidender ist jedoch, dass mit der Festlegung einer Prüfungsart das Abfragen unterschiedlicher Kompetenzen (schriftliche Ausdrucksfähigkeit oder mündliche Kommunikationsfähigkeit, konzentriertes ungestörtes Arbeiten an einer Aufgabe oder Interaktionsfähigkeit) verbunden ist. Angesichts ihrer technischen Besonderheiten und Möglichkeiten, die etwa sowohl eine (vom Aufgabensteller durch die Programmgestaltung antizipierte) Interaktion zwischen Prüfer und Prüfling als auch die Ausgestaltung als klassische, interaktionsfreie Aufsichtsarbeit zulässt, und angesichts ihrer Un-

sicherheiten, die Authentizität des Urhebers sicherzustellen und die vom Prüfling abgegebene Prüfungsleistung dauerhaft zu sichern, ist eine elektronische Prüfung als eine andersartige Art der Leistungsermittlung anzusehen.

Nicht überzeugend erscheint deshalb die vom OVG Koblenz bereits 2009 vertretene Ansicht, wonach die „Schriftlichkeit einer Prüfung“ selbst dann noch gewahrt sein soll, wenn der Prüfling die Aufgabenstellung im Computer wahrnehmen und dann per Maus-Klick ankreuzen muss, welche der ebenfalls im Computer ersichtlichen Antworten richtig ist.<sup>20</sup> Diesen Weg hat in jüngster Zeit auch das OVG Lüneburg beschritten, das trotz einer von ihm selbst erkannten „beträchtlichen Dehnung des Begriffes der Schriftlichkeit“ ausführt: „Soweit [nach der Studienordnung] ... ‚schriftliche‘ Erfolgskontrollen ... auch ... rechnergestützt durchgeführt werden können, erweitert dies nur den Begriff der Schriftlichkeit, nicht die Aufzählung von zulässigen Formen. Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift hat also ein Formwechsel nicht stattgefunden ...“.<sup>21</sup> Schließlich will das VG Hannover – gleichsam als „Notanker“ bei fehlender gesonderter normativer Grundlage für elektronische Prüfungen – eine abweichende rechtliche Einordnung einer elektronischen Prüfung als schriftliche Prüfung möglicherweise dann in Betracht ziehen, wenn verfahrensrechtlich festgelegt ist, dass die Aufzeichnungen des Anwendungsprogramms über die eingegebenen Prüfungsfragen im Zusammenhang mit den Markierungen der Antworten und mithilfe eines ausreichend sicheren technischen Nachweises ihrer Authentizität ausgedruckt und bei den Prüfungsunterlagen aufbewahrt werden und dort eingesehen werden können.<sup>22</sup>

Diese Ansätze in der Rechtsprechung vernachlässigen indes, dass es bei der hier interessierenden Frage, ob eine gesonderte Rechtsgrundlage für die Durchführung von elektronischen Prüfungen erforderlich ist, nicht allein um die Einhaltung einer gesetzlich geregelten Form geht. Vielmehr steht die Art und Weise der Prüfungsdurchführung im Vordergrund. Im Hinblick auf diese spezielle Art und Weise der

16 Dazu insbesondere BVerfG, Beschl. v. 14.03.1989 - 1 BvR 1033/82, 174/84.

17 In diese Richtung eventuell auch OVG Lüneburg, Beschl. v. 20.07.2016 - 2 ME 90/16 Rn. 18: „die ... eingeforderte normative Grundlage ist gegeben“.

18 Dazu ausführlich Forgó/Graupe/Pfeiffenbring, *Rechtliche Aspekte von E-Assessments an Hochschulen*, S. 14 ff.

19 In diese Richtung ist wohl auch OVG Lüneburg, Beschl. v. 20.07.2016 - 2 ME 90/16 Rn. 18 zu verstehen: „... die Ablegung einer elektronischen Prüfung [stellt] keine ‚elektronische Kommunikation‘ im Sinne des § 3a VwVfG dar ...“.

20 OVG Koblenz, Beschl. v. 19.01.2009 - 10 B 11244/08 Rn. 9. Vgl. zur strukturelle Unterschiedlichkeit auch Forgó/Graupe/Pfeiffenbring, *Rechtliche Aspekte von E-Assessments an Hochschulen*, S. 37.

21 OVG Lüneburg, Beschl. v. 20.07.2016 - 2 ME 90/16 Rn. 18.

22 VG Hannover, Beschl. v. 10.12.2008 - 6 B 5583/08 Rn. 32.

Prüfungsdurchführung sind elektronische Prüfungen als ein neuartiges Aliud zu qualifizieren, die einer ausdrücklichen normativen Verankerung bedürfen.<sup>23</sup> Eine derartige normative Grundlage etwa in der Prüfungsordnung genügt dann aber; der Normgeber muss im Hinblick auf den Grundsatz des Gesetzesvorbehaltes darüber hinaus nicht noch weitergehend sämtliche Einzelheiten der elektronischen Prüfungsdurchführung regeln. Sofern eine derartige normative Grundlage vorliegt, bestehen keine Bedenken dagegen, dass elektronische Prüfungen durchgeführt werden.<sup>24</sup>

Die prüfungsrechtlichen Anforderungen an die Durchführung einer elektronischen Präsenzprüfung (Ladung zur Prüfung, Konsequenzen von äußeren Störungen, Fragen des Rücktritts aus wichtigem Grund, Fragen des Nachteilsausgleichs, Folgen von Täuschungshandlungen etc.) folgen dann weitestgehend den allgemeinen, für sämtliche Prüfungsarten geltenden Grundsätzen, sodass diesbezüglich in der Praxis kein spezifischer Regelungsbedarf gegeben sein dürfte.<sup>25</sup>

#### **D. Zusätzliche normative Regelungserfordernisse bei der Anwendung des Antwort-Wahl-Verfahrens?**

In zahlreichen Fällen werden elektronische Präsenzprüfungen im Antwort-Wahl-Verfahren durchgeführt. Beim Antwort-Wahl-Verfahren handelt es sich um ein Prüfungsverfahren, bei dem zu einer Frage mehrere vorformulierte Antworten zur Auswahl stehen. Aus diesem Kreis von vorgegebenen Antworten sind vom Prüfling dann eine (single choice) oder mehrere (multiple choice) von ihm als zutreffend erachtete Antworten (herkömmlich durch Ankreuzen) auszuwählen. Es handelt sich damit um ein System geschlossener Fragen, bei denen dem Prüfling kein Antwortspielraum eröffnet ist; im Gegensatz dazu stehen offene Fragen, bei denen der Prüfling frei bei der Formulierung seiner Antwort ist. Prüfungsrechtlich bedeutsam ist beim Antwort-Wahl-Verfahren, dass die eigentliche Prüfertätigkeit – zeitlich vorverlagert – in der Auswahl der Fragen, der Ausarbeitung der richtigen Antworten und ggf. der Festlegung der Bewertungsmaßstäbe besteht.<sup>26</sup>

Auch hier stellt sich die Frage, ob es für diese Art des Prüfungsverfahrens einer ausdrücklichen normativen Ermächtigung bedarf. In der Hochschullandschaft ist die Auffassung verbreitet, dass die Durchführung von Prüfungen im Antwort-Wahl-Verfahren in jedem Fall eine explizite prüfungsrechtliche Absicherung durch Berücksichtigung in der jeweils zugrunde liegenden Prüfungsordnung erfordere.<sup>27</sup> Gestützt wird diese Ansicht durch die Rechtsprechung des OVG Bautzen, nach der für die Anwendung des Antwort-Wahl-Verfahrens eine ausdrückliche normative Verankerung geboten sei.<sup>28</sup>

In dieser Pauschalität ist dem jedoch nicht zuzustimmen. Es bedarf vielmehr allein dann einer expliziten normativen Ermächtigung, wenn die gesamte Prüfertätigkeit auf die Fragestellung vorverlagert wird und damit – wie im Fall zahlrei-

chermedizinischer und pharmazeutischer Prüfungen – zugleich die Prüfertätigkeit vom nach der Prüfungsordnung berufenen Prüfer auf andere – etwa das Institut für medizinische und pharmazeutische Prüfungsfragen (IMPP) – unwiderruflich verschoben wird.<sup>29</sup> Die Rechtsprechung hat in diesem Zusammenhang die das Antwort-Wahl-Verfahren betreffenden normativen Regelungen – auf Rechtsverordnungs- oder Satzungsebene<sup>30</sup> – in den medizinischen und pharmazeutischen Staatsprüfungen als ausreichend akzeptiert.

Für andere berufsbezogene Prüfungen und im Hochschulbereich ist für jeden Einzelfall gesondert zu prüfen, ob das konkret gewählte Antwort-Wahl-Verfahren besonderer normativer Grundlagen bedarf, weil die Prüfertätigkeit – ähnlich den medizinischen und pharmazeutischen Staatsprüfungen – vom nach der Prüfungsordnung berufenen Prüfer auf einen anderen, nämlich den Aufgabensteller, verlagert wurde und dem eigentlich zuständigen Prüfer kein eigener Beurteilungsspielraum mehr verbleibt. Ist dies der Fall, gilt ohne Weiteres – wie bereits erläutert – das Erfordernis einer spezifischen Rechtsgrundlage in der Prüfungsordnung, die dann auch die Festlegung einer absoluten und einer relativen Bestehensgrenze umfassen muss.<sup>31</sup>

23 VG Hannover, Beschl. v. 10.12.2008 - 6 B 5583/08 Rn. 32; Zimmermann, *WissR* 2012, 314; Jeremias, *Prüfungsrechtliche Rahmenbedingungen für elektronische (Präsenz-)Prüfungen*, in: Apostopoulos/Schulz/Coy, *GML*<sup>2</sup> 2015 – Grundfragen Multimedialen Lehrens und Lernens, 2015, S. 56 f.

24 Siehe dazu auch Niehues/Fischer/Jeremias, *Prüfungsrecht*, 6. Aufl. 2014, Rn. 428, 436. Zu den Einzelheiten: Kalberg, *DVBl.* 2009, 21, 24, und Jeremias, *Prüfungsrechtliche Rahmenbedingungen für elektronische (Präsenz-)Prüfungen*, in: Apostopoulos/Schulz/Coy, *GML*<sup>2</sup> 2015 – Grundfragen Multimedialen Lehrens und Lernens, 2015, S. 54 ff.

25 Zu den zusätzlich zu beachtenden Besonderheiten Jeremias, *Prüfungsrechtliche Rahmenbedingungen für elektronische (Präsenz-)Prüfungen*, in: Apostopoulos/Schulz/Coy, *GML*<sup>2</sup> 2015 – Grundfragen Multimedialen Lehrens und Lernens, 2015, S. 58 ff.

26 OVG Münster, Beschl. v. 25.01.2010 - 14 B 1791/09 Rn. 14; Niehues/Fischer/Jeremias, *Prüfungsrecht*, 6. Aufl. 2014, Rn. 589, 885.

27 Vgl. etwa nur Forgó/Graupe/Pfeiffenbring, *Rechtliche Aspekte von E-Assessments an Hochschulen*, S. 19; Hochschule Hannover, *E-Prüfungen nach Antwort-Wahl-Verfahren rechtssicher durchführen*, [www.elsa.uni-hannover.de/fileadmin/luh/content/elearning/practicalguides2/e-pru\\_fungsrecht.pdf](http://www.elsa.uni-hannover.de/fileadmin/luh/content/elearning/practicalguides2/e-pru_fungsrecht.pdf); Universität Hamburg, Referat 31 – Handreichung Nr. 11: *Rechtliche Besonderheiten von Antwort-Wahl-Verfahren (Multiple Choice) als Prüfungsart*, Stand: Dezember 2014, [www.uni-hamburg.de/campuscenter/studienorganisation/formulare-informationsmerkblaetter/handreichung-11-antwort-wahl-verfahren.pdf](http://www.uni-hamburg.de/campuscenter/studienorganisation/formulare-informationsmerkblaetter/handreichung-11-antwort-wahl-verfahren.pdf).

28 OVG Bautzen, Beschl. v. 10.10.2002 - 4 BS 328/02 Rn. 11 ff. und OVG Bautzen, Beschl. v. 25.05.2010 - 2 B 78/10 Rn. 6 ff.

29 BVerfG, Beschl. v. 17.04.1991 - 1 BvR 1529/84 Rn. 53 ff.; OVG Münster, Beschl. v. 04.10.2006 - 14 B 1035/06 Rn. 13 ff. und OVG Münster, Beschl. v. 11.11.2011 - 14 B 1109/11 Rn. 14 ff.

30 BVerfG, Beschl. v. 14.03.1989 - 1 BvR 1033/82 und BVerwG, Urt. v. 18.05.1982 - 7 C 24/81.

31 OVG Bautzen, Beschl. v. 25.05.2010 - 2 B 78/10 Rn. 11 ff.

Einer speziell auf das Antwort-Wahl-Verfahren zugeschnittenen, über die sonst erforderlichen Grundlagen hinausgehenden gesetzlichen Regelung bedarf es hingegen jedenfalls dann nicht, wenn keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die vom Prüfer korrigierte Klausur nicht auch von ihm selbst erstellt wurde. In diesem Fall ist weder zu fordern, dass die Möglichkeit einer Prüfung im Antwort-Wahl-Verfahren normativ ausdrücklich Erwähnung findet, noch, dass absolute und relative Bestehensgrenzen<sup>32</sup> normativ festzulegen sind. Denn bei einer derartigen Konstellation darf – wie sonst auch bei schriftlichen Prüfungsleistungen mit offenen Fragestellungen – die Klausur nach dem individuellen Bewertungsschema des jeweiligen Prüfers bewertet werden.<sup>33</sup> Auch wenn die Prüfungsordnung ein Zwei-Prüfer-Prinzip vorsieht, folgen daraus nicht zwingend erhöhte Anforderungen an die gesetzliche Regelungsdichte. Dieses Prinzip setzt nicht voraus, dass bereits die Aufgabenstellung durch zwei Prüfer gemeinsam zu erfolgen hätte. Notwendig ist lediglich, dass zwei Prüfer die Prüfungsleistung beurteilen.<sup>34</sup> Auch wenn beim Antwort-Wahl-Verfahren die eigentliche Prüfertätigkeit bereits in maßgeblicher Weise vorverlagert ist, weil sie in der Auswahl des Prüfungsstoffes, der Ausarbeitung der Fragen und der Festlegung von Antwortmöglichkeiten besteht,<sup>35</sup> folgt daraus nicht zwingend, dass Prüfer hier nur derjenige sein kann, der die Fragen und Antwortmöglichkeiten ausarbeitet.<sup>36</sup> Sind die Bestehensgrenzen und einzelnen Notenstufen nicht verbindlich bereits in der Prüfungsordnung festgelegt, verfügt auch der Zweitprüfer trotz vom Erstprüfer erstellter Antwort-Wahl-Aufgaben – genauso wie dieser – über einen eigenen Beurteilungsspielraum, weil er dann die Grenzen des Bestehens und die einzelnen Anforderungen für das Erreichen einer Notenstufe eigenständig – also unabhängig vom Erstprüfer – bestimmen kann.<sup>37</sup> Allerdings darf im Hinblick darauf, dass dem Zweitprüfer auch beim Antwort-Wahl-Verfahren ein eigener Beurteilungsspielraum verbleiben muss, nicht bereits mit dem Bearbeitungshinweis auf der Klausur eine Offenlegung der vom Erstprüfer für richtig erachteten Punktvorgaben für die einzelnen Aufgabenteile an die Prüflinge erfolgen. Denn fühlte der Zweitprüfer sich hieran gebunden, so läge ein Beurteilungsfehler vor.<sup>38</sup> Fühlte der Zweitprüfer sich hieran nicht gebunden, so läge gleichwohl ein Verfahrensfehler vor, weil die Prüflinge sich auf die ihnen offengelegte (vermeintliche) Gewichtung der Aufgaben hätten verlassen dürfen, sodass hiervon im Rahmen des nachgehenden Bewertungsverfahrens aus Vertrauensschutzgesichtspunkten nicht mehr abgewichen werden dürfte.<sup>39</sup>

Im Ergebnis ist es Prüfungskommissionen oder einzelnen Prüfern auch bei Fehlen einer hinreichend „steuerungsfähigen“ gesetzlichen Vorgabe oder einer von einer gesetzlichen Ermächtigung getragenen Rechtsverordnung bzw. Satzung daher nicht verwehrt, die von ihnen persönlich zu bewertenden Leistungen der Prüflinge gleichsam autonom im Antwort-

Wahl-Verfahren zu ermitteln.<sup>40</sup> Fehlt es an einer – nach dem Vorstehenden – grds. verzichtbaren expliziten normativen Regelung und wird die Prüfung als elektronische Prüfung im Antwort-Wahl-Verfahren abgenommen, ist gleichwohl in jedem Fall sicherzustellen, dass der zuständige Prüfer selbst seiner Pflicht zur eigenverantwortlichen und unabhängigen Prüfertätigkeit genüge tut. Diese Pflicht wird bereits dann verletzt, wenn bei Aufgaben im Antwort-Wahl-Verfahren die konkrete Auswahl der Aufgaben- und Fragestellungen nicht durch den zuständigen Prüfer selbst, sondern durch Dritte – etwa einen Fachkoordinator – oder gar automatisiert durch einen Computer unter Rückgriff auf einen lediglich unter Beteiligung Dritter erstellten Fragenpool erfolgt. Ein derartiges Prozedere begegnet nur dann prüfungsrechtlich keinen Bedenken, wenn der konkret zuständige Prüfer die von einem Dritten oder automatisiert getroffene Aufgabenauswahl vor Beginn der Prüfung billigt und damit seiner Pflicht zur eigenverantwortlichen und unabhängigen Prüfertätigkeit (vorverlagert) nachkommt.

## E. Fazit

Bei der Durchführung von elektronischen Prüfungen ist sicherzustellen, dass eine ausreichende Rechtsgrundlage für diese Art der Prüfung gegeben ist. Findet sich eine solche Rechtsgrundlage etwa in der Prüfungsordnung, so folgen

32 Vgl. dazu nur Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 6. Aufl. 2014, Rn. 588 ff., 596.

33 OVG Münster, Beschl. v. 11.11.2011 - 14 B 1109/11 Rn. 14 ff., 23; VG Hamburg, Urt. v. 14.12.2016 - 2 K 6704/15 Rn. 41 f. Offengelassen noch von OVG Münster, Beschl. v. 04.10.2006 - 14 B 1035/06 Rn. 6 ff.

34 OVG Münster, Beschl. v. 11.11.2011 - 14 B 1109/11 Rn. 22.

35 OVG Bautzen, Beschl. v. 10.10.2002 - 4 BS 328/02 Rn. 8 und OVG Bautzen, Beschl. v. 09.03.2017 - 5 B 50/17 Rn. 6; OVG Münster, Beschl. v. 04.10.2006 - 14 B 1035/06 Rn. 14.

36 So aber OVG Bautzen, Beschl. v. 10.10.2002 - 4 BS 328/02 Rn. 8 und VG Köln, Urt. v. 31.07.2014 - 6 K 3175/13 Rn. 27 ff., wobei allerdings in dem dortigen Fall die Prüfungsordnung regelte, dass zwei Prüfende die Aufgabe gemeinsam zu erstellen haben (Rn. 37). In diese Richtung auch noch OVG Münster, Beschl. v. 04.10.2006 - 14 B 1035/06 Rn. 14, 24, weil das Zwei-Prüfer-Prinzip bei der Anwendung des Antwort-Wahl-Verfahrens zur Folge haben dürfte, dass sich alle an der Benennung beteiligten Prüfer an den in typischer Weise vorverlagerten Prüfertätigkeiten beteiligen müssten.

37 OVG Münster, Beschl. v. 11.11.2011 - 14 B 1109/11 Rn. 22 f. Vgl. ferner den Ansatz des VG Berlin, Urt. v. 13.08.2012 - 3 K 204/10 Rn. 33, wonach der Zweitprüfer auch erst nach der Durchführung der Prüfung die vom Erstkorrektor im Antwort-Wahl-Verfahren erstellten Prüfungsfragen (nachträglich) billigen könne.

38 OVG Münster, Beschl. v. 11.11.2011 - 14 B 1109/11 Rn. 23.

39 Dieses Problem übersieht wohl OVG Münster, Beschl. v. 11.11.2011 - 14 B 1109/11 Rn. 23.

40 Anders OVG Bautzen, Beschl. v. 10.10.2002 - 4 BS 328/02, betreffend eine Diplomvorprüfung im Studiengang Wirtschaftsinformatik; VG Hannover, Beschl. v. 10.12.2008 - 6 B 5583/08; VG Potsdam, Urt. v. 29.01.2007 - 12 K 2137/04; Forgó/Graupe/Pfeiffenbring, Rechtliche Aspekte von E-Assessments an Hochschulen, S. 19.

die prüfungsrechtlichen Anforderungen an die Durchführung einer elektronischen Prüfung unter besonderer Beachtung der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und der Chancengleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG) weitestgehend den allgemeinen prüfungsrechtlichen Anforderungen. Wird die elektronische Prüfung im Antwort-Wahl-Verfahren abgenommen und wird dabei die eigentliche Prüfertätigkeit nicht auf Dritte verlagert, ist eine spezielle Rechtsgrundlage für Prüfungen im Antwort-Wahl-Verfahren nach zutreffender Ansicht nicht erforderlich.

## **Richterliche Hinweise und Befangenheit** BVerwG, Beschl. v. 10.10.2017 - 9 A 16/16

**Prof. Dr. Klaus F. Gärditz**

### **A. Problemstellung**

Richterliche Entscheidungsfindung erfordert Neutralität und Distanz zu den Parteien. Ungeachtet dessen sieht das deutsche Prozessrecht in der Richterbank keinen bloßen Beobachter adversarischen Parteihandelns, sondern einen Akteur im Prozess, der im Rahmen eines weiten Verfahrensermessens aktiv dazu beiträgt, Entscheidungsreife herbeizuführen: Verwaltungsgerichte haben den Sachverhalt von Amts wegen ohne Bindung an Beweisanträge aufzuklären (§ 86 Abs. 1 VwGO), aktiv die mündliche Verhandlung vorzubereiten, um den Prozess sachgerecht zu strukturieren (§§ 87, 87b VwGO), und hierzu jeweils sachdienliche Hinweise zu geben, auch um die Korrektur von Unklarheiten und Formfehlern zu erreichen (§ 86 Abs. 3 VwGO). Die Möglichkeiten, behördliche Verfahrensfehler während eines anhängigen gerichtlichen Verfahrens bis zum Abschluss der letzten mündlichen Verhandlung zu heilen (§ 45 Abs. 2 VwVfG), den Prozess hierzu auszusetzen (§ 4 Abs. 1b Satz 3 UmwRG) und Ermessenserwägungen noch im Prozess zu ergänzen (§ 114 Satz 2 VwGO), verwickeln das Gericht unvermeidbar in die Reparatur fehlerbehafteter Verwaltungsentscheidungen. Bisweilen ist daher die pflichtgemäße Hinwirkung auf sachdienliche Prozesshandlungen der Parteien einerseits und die unzulässige Parteinarbeit zugunsten konkreter Beteiligter, denen prozessual günstige Handlungsoptionen aufgezeigt werden, andererseits bisweilen ein Drahtseilakt.

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

Ausgangspunkt der vorliegenden Entscheidung des 9. Senats des BVerwG war ein offensiver Hinweisbeschluss der Berichterstatterin in einem erstinstanzlichen Klageverfahren vor dem BVerwG. Diese hatte darauf hingewiesen, dass im Rahmen der Beurteilung des angegriffenen Planfeststellungsbeschlusses ein noch ausstehender wasserrechtlicher Fachbeitrag

sinnvoll sein könne. Eine Nachholung würde aber die Frage einer erneuten Öffentlichkeitsbeteiligung aufwerfen. Für die wasserrechtliche Prüfung sei zwar noch keine Standardmethode anerkannt, aber es lägen bereits konkrete Leitfäden vor, auf die hingewiesen werde. Im Übrigen müsse die Behörde darauf achten, dass ein ergänzender Fachbeitrag auch das Grundwasser sowie kleinere Gewässer einbeziehe. Der Kläger hat diesen Hinweis als eine einseitige Parteinarbeit des Gerichts zugunsten der Beklagten interpretiert und die Berichterstatterin sowie den Senatsvorsitzenden wegen Befangenheit abgelehnt (§ 54 Abs. 1 VwGO i.V.m. § 42 Abs. 1 ZPO).

Das BVerwG hat den Befangenheitsantrag im Ergebnis abgelehnt und hierbei die rechtlichen Grenzen zulässiger richterlicher Hinweise konkretisiert. Ein Befangenheitsantrag ist begründet, wenn das Verhalten einer Richterin oder eines Richters objektiv geeignet ist, bei vernünftiger Würdigung aller Umstände Misstrauen gegen die Unparteilichkeit zu begründen.<sup>1</sup> Dies sei – so vorliegend das BVerwG – jedenfalls dann der Fall, wenn eine Richterin oder ein Richter, „ohne Stütze im Verfahrensrecht, die Äquidistanz zu den Parteien aufgibt und sich zum Berater einer Seite macht“.<sup>2</sup> Prozessrechtlich vorgesehene Handeln rechtfertigt allerdings grds. nicht die Besorgnis der Befangenheit.<sup>3</sup> Richterliche Hinweise und Anregungen seien Aufgabe des erkennenden Gerichts und rechtfertigten daher grds. keine Befangenheitsablehnung, selbst wenn hierdurch die Prozesschancen einer Partei beeinflusst werden.<sup>4</sup> „Jedoch darf sich das Gericht nicht durch Empfehlungen zur Fehlerbehebung zum Berater der Behörde machen.“<sup>5</sup> Die Koordinaten werden vom Senat abgesteckt: Untersuchungsgrundsatz, prozessuale Hinweis- und Aufklärungspflichten sowie Heilungsmöglichkeiten im Prozess seien prozessrechtlich vorgesehen und dienten allen Parteien gleichermaßen, weil diese ihr prozessuales Handeln hierauf einrichten könnten.<sup>6</sup> Mit Blick auf die Gebote des fairen Verfahrens, der richterlichen Neutralität und der Gewaltengliederung sei „gleichwohl eine Zurückhaltung der Gerichte bei der Mitwirkung“ notwendig. Die Verwaltungsgerichte dürften nicht zum „Reparaturbetrieb“ der Verwaltung verkommen.<sup>7</sup> Die frühere Regelung des § 87 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7

1 Etwa BVerfG, Beschl. v. 03.03.1966 - 2 BvE 2/64; BVerfG, Beschl. v. 25.01.1972 - 2 BvA 1/69; BVerwG, Urt. v. 05.12.1975 - VI C 129/74; Kimmel in: Posser/Wolff, VwGO, 2. Aufl. 2014, § 54 Rn. 25; Krausnick in: Gärditz, VwGO, 2013, § 54 Rn. 30; Wysk in: Wysk, VwGO, 2. Aufl. 2016, § 54 Rn. 11.

2 BVerwG, Beschl. v. 10.10.2017 - 9 A 16/16 Rn. 2.

3 Kimmel in: Posser/Wolff, VwGO, 2. Aufl. 2014, § 54 Rn. 29; Schmidt in: Eyermann, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 54 Rn. 12.

4 So auch Czybulka/Kluckert in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl. 2014, § 54 Rn. 72; Schenke in: Kopp/Schenke, VwGO, § 54 Rn. 11b und § 86 Rn. 27.

5 BVerwG, Beschl. v. 10.10.2017 - 9 A 16/16 Rn. 6.

6 BVerwG, Beschl. v. 10.10.2017 - 9 A 16/16 Rn. 7 f.

7 BVerwG, Beschl. v. 10.10.2017 - 9 A 16/16 Rn. 9.

VwGO a.F., die ein aktives Hinwirken auf eine Fehlerheilung noch vorsah, sei gerade aufgehoben worden.<sup>8</sup> Auch wenn das BVerwG gemessen hieran mit nachvollziehbaren Gründen vorliegend eine Befangenheit ablehnt, lässt doch der ausführliche und mit latenten Warnungen gespickte Beschluss durchscheinen, dass das prozessuale Agieren der Berichterstatterin die Grenzen des Zulässigen ausgereizt hat.

### C. Auswirkungen für die Praxis

Praktisch wichtig sind vor allem die vom BVerwG konkretisierten Grenzen zulässiger Hinweise und Anregungen. Obgleich das geltende Prozessrecht dem Verwaltungsgericht durchaus eine aktive Rolle zuweist, ein sachdienliches Verhalten der Parteien im Prozess anzuregen, bleibt richterliche Neutralität unverzichtbar, die wiederum einer einseitigen Wahrnehmung der Hinweispflicht entgegensteht<sup>9</sup> und richterliche Zurückhaltung verlangt. Diese wird aufgegeben, wenn das Gericht aktiv darauf hinzuwirken versucht, eine Verwaltungsentscheidung möglichst zu „retten“ und hierzu der Verwaltung als Partei faktisch Rechtsbeistand leistet. Das Zurückhaltungsgebot ist gerade dort ernst zu nehmen, wo der Umgang mit den Falltatsachen – wie vor allem im Planungs-, Planfeststellungs- und Anlageneignungsrecht – besonders anspruchsvoll sowie fehleranfällig ist und sich daher eine intensivere Interaktion des Gerichts mit den Parteien kaum vermeiden lässt.

### D. Bewertung

Der sehr sorgfältig und ausgewogen begründete Beschluss des BVerwG überzeugt in seiner Begründung, gerade dort, wo er die Grenzen richterlicher Hinweise skizziert.

#### I. Gewaltengliederung und effektiver Rechtsschutz

Die richterliche Neutralität ist eine in der Gewaltengliederung angelegte Funktionsbedingung von Rechtsprechung schlechthin, weil eine Streitentscheidung durch eine neutrale Instanz vor allem Distanz zu den Beteiligten und ihren Interessen voraussetzt.<sup>10</sup> Rechtsprechung ist zudem nachträgliche Kontrolle abgeschlossener Handlungen und schließt eine aktive Zukunftsgestaltung aus.<sup>11</sup> Dies gilt auch für das Verhältnis zur Verwaltung, die zwar mit der Möglichkeit einer Heilung fehlerbehafteter Verwaltungsentscheidungen legitime öffentliche Interessen – nicht zuletzt die Gesetzlichkeit des Verwaltungshandelns (Art. 20 Abs. 3 GG) – verfolgt, insoweit aber im Prozess als Partei auftritt und nicht als Verbundpartner des Gerichts. Zugleich betont das BVerwG zutreffend, dass eine gerichtliche Beratung einer Behörde im Prozess als Parteinarbeit die Fairness des Verfahrens und – als dessen Bestandteil<sup>12</sup> – die Waffengleichheit beeinträchtigen kann. Neutralität ist insoweit zugleich Bestandteil des Anspruchs auf effektiven

Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG). Diese Schlüsselnorm stellt das Verwaltungsprozessrecht vorrangig in den Dienst, subjektive Rechte durchzusetzen; die objektive Gesetzlichkeit der Verwaltung kann nur innerhalb der subjektiven Rechtsschutzfunktionen mitverwirklicht werden,<sup>13</sup> lässt sich aber nicht selbstständig<sup>14</sup> und erst recht nicht gegen die rechtssuchende Partei ausspielen. Gerichte können weder prospektiv bzw. proaktiv mitgestalten noch eine Mitverantwortung für rechtmäßige Verwaltungsentscheidungen übernehmen. Eine gerichtliche Rechtsberatung der Verwaltung im Prozess, um eine Brücke zu bauen, eine Verwaltungsentscheidung prozessbegleitend zu korrigieren, ist hiermit unvereinbar.

#### II. Strukturelle Schief lagen des Verwaltungsprozessrechts

Unabhängig hiervon weist der Fall freilich auf Brüche hin, die bereits im geltenden Verwaltungsprozessrecht angelegt sind: Sowohl das Verwaltungsverfahrens- als auch das Verwaltungsprozessrecht drängen Gerichte in eine aktive Rolle im Verwaltungsverfahren. Regelungen wie § 45 Abs. 2 VwVfG, § 114 Satz 2 VwGO oder § 4 Abs. 1b Satz 3 UmwRG verlagern Konflikte, die eigentlich im Verwaltungsverfahren abschließend ausgetragen werden sollten, zeitlich wie funktional in den Prozess. Die funktionsnotwendige Distanz zur Verwaltung schrumpft,<sup>15</sup> die Formalisierungsleistungen, die nicht nur das Verwaltungsverfahren, sondern gerade auch ein davon abgesetzter Verwaltungsprozess erbringen sollen, werden im Interesse verfahrensblinder Ergebnisrichtigkeit erodiert. Der unionsrechtlich veranlasste<sup>16</sup> Fortfall der materiellen Präklusion im Bereich umweltrelevanter Fachplanungen und Anlagenzulassungen erschwert es, Konflikte abzuschichten.<sup>17</sup> Die funktionalen Grenzen zwischen Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verwaltung bzw. zwischen Prozess und Verwaltungsverfahren verschwimmen, wenn das erkennende Gericht innerhalb letztlich unabgeschlossener („fließender“) Vorgänge

8 BVerwG, Beschl. v. 10.10.2017 - 9 A 16/16 Rn. 10.

9 Schenke in: Kopp/Schenke, VwGO, § 86 Rn. 27.

10 Vgl. BVerfG, Urt. v. 02.05.1984 - 2 BvH 1/84; BVerfG, Urt. v. 06.02.2001 - 1 BvR 12/92.

11 Rennert, DVBl 2015, 793, 800.

12 Vgl. BVerfG, Urt. v. 30.03.2004 - 2 BvR 1520/01; BVerfG, Urt. v. 19.03.2013 - 2 BvR 2628/10; Meyer in: Karpenstein/Mayer, EMRK, 2. Aufl. 2015, Art. 6 Rn. 115.

13 Vgl. Krebs in: Festschrift für Menger, 1985, S. 191 f.; Mangold/Wahl, Die Verwaltung 48 (2015), 1, 17.

14 Schmidt-Aßmann, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsschutzes, 2015, S. 67.

15 Möllers, The Three Branches, 2013, S. 147.

16 EuGH, Urt. v. 15.10.2015 - C-137/14 - „Europäische Kommission/ Deutschland“.

17 Hierzu Franßen, DVBl 1998, 413, 420 f.; Gärditz, EurUP 2015, 196, 198; Geismann/Schulz, NuR 2014, 624.

intervenierte und hierdurch proaktiv sozialgestaltend wirkt.<sup>18</sup> In den hierdurch entstehenden prozessrechtlichen Gemengelagen werden dann auch Kontraste zwischen richterlichen Hinweisen und beratender Parteinarbeit unschärfer.

Die Distanz und Neutralität der rechtsprechenden Gewalt wird zudem normalerweise dadurch stabilisiert, dass ein Instanzenzug zur Verfügung steht, der eine arbeitsteilig-sukzessive Konzentration des Prozessstoffes auf zu entscheidende Rechtsfragen ermöglicht und – gerade in der Revision (§ 137 Abs. 2 VwGO) – die befassten Gerichte von neutralitätsgefährdenden Interaktionszwängen fortschreitend entlastet. Namentlich ist eine Fehlerheilung nur bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz möglich (§ 45 Abs. 2 VwVfG). Umso sicherer die Tatsachenbasis ist und funktional-zeitliche Entfernung vom Verwaltungsverfahren gewonnen wird, umso eher kann sich das Gericht von einer aktiven Rolle der gestalteri-

schen Prozessleitung auf eine passive Entscheidungsfunktion zurückziehen, in der es nicht mehr in den Sog administrativer Reparaturversuche gerät. Damit wird aber erneut eine allgemeine Dysfunktionalität des geltenden Prozessrechts deutlich: die erst- und damit zugleich letztinstanzliche Zuständigkeit des BVerwG im komplexen sowie hochgradig fehleranfälligen infrastrukturbezogenen Fachplanungsrecht (§ 50 Abs. 1 Nr. 6 VwGO). Es fehlt hier schlicht eine distanzierte Instanz, die nicht mehr in die Aufklärung des Sachverhalts sowie in die mögliche Korrektur fehlerbehafteter Entscheidungen eingebunden ist, sondern sich schlicht auf die revisionsgerichtliche Prüfung von Rechtsfragen beschränken kann.

18 Rennert, DVBl 2015, 793, 800; eingehend Gärditz, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts?, 2016, S. 36 ff.

## Steuerrecht

# Die kommunale Kantine und ihr Kapitalertrag

Ass. iur. Simon Schachinger

Steuern haben für das Funktionieren des Gemeinwesens fundamentale Bedeutung. Ohne Steuereinnahmen können öffentliche Aufgaben nicht wahrgenommen werden. Die öffentliche Hand nimmt jedoch nicht nur auf der Einnahmenseite die zentrale Rolle ein, sondern findet sich zuweilen auch in der Position des Steuerpflichtigen wieder. Während einerseits eine vermehrte Privatisierung ehemals hoheitlich ausgeübter Aufgaben, insbesondere aus dem Bereich der Daseinsfürsorge, wahrzunehmen ist, drängen öffentliche Träger andererseits immer öfter in Tätigkeitsfelder vor, die vormals dem privaten Sektor vorbehalten waren. Motive sind häufig die Schaffung zusätzlicher sozialer und kultureller Angebote – etwa in Gestalt kommunaler Schwimmbäder oder Kantinen bzw. staatlicher Museen –, aber auch die Erschließung zusätzlicher Einnahmequellen in Zeiten klammer Gemeindekassen.

Juristische Personen des öffentlichen Rechts, allen voran Kommunen, treten dabei mithilfe sog. Betriebe gewerblicher Art (BgA) in direkte Konkurrenz zu privatwirtschaftlichen Unternehmen. Der BgA ist keine Rechtsform, sondern dient der steuerlichen Kategorisierung einer wirtschaftlichen Betätigung. Wenngleich die hoheitliche Tätigkeit der öffentlichen Träger für die Steuerpflicht unbeachtlich ist,<sup>1</sup> gebietet die Wettbewerbsneutralität<sup>2</sup> die steuerliche Gleichbehandlung unternehmerischen Wirkens.<sup>3</sup> Durch die andernfalls entstehende steuerliche Privilegierung ihrer wirtschaftlichen Betätigung entstünden Wettbewerbsvorteile der öffentlichen Hand gegenüber privaten Unternehmen, die sich mit einem deutlich kosteneffizienteren Konkurrenten konfrontiert sähen.<sup>4</sup>

Die Folge dieser Gleichheitsbestrebung ist eine Besteuerung wirtschaftlicher Aktivitäten juristischer Personen des öffentlichen Rechts mit Körperschaft-, Kapitalertrag-, Gewerbe- und Umsatzsteuer. Betroffene juristische Personen des öffentlichen Rechts sind vor allem Gebietskörperschaften (Bund, Länder und Gemeinden), aber auch Rundfunkanstalten oder Industrie- und Handelskammern. Die Besteuerung von BgA ist ein flächendeckendes Phänomen. Was für große und personell entsprechend gut ausgestattete Trägerkörperschaften einen zwar erhöhten, aber zu bewältigenden Verwaltungsmehraufwand bedeutet, wird insbesondere für die 11.054 – in der Mehrzahl kleinen – Kommunen<sup>5</sup> als kleinste organisatorische Einheit zu einer Herausforderung.<sup>6</sup> Zugleich stellen die Kommunen den mit Abstand größten und relevantesten Anteil an BgA.<sup>7</sup> Das Recht der Gemeinden, sich wirtschaftlich zu betätigen, folgt unmittelbar aus dem kommunalen Selbst-

1 Vgl. BFH, Urt. v. 28.01.1988 - V R 112/86.

2 Verfassungsrechtlich in Art. 3, 12 GG verankert; vgl. BVerfG, Urt. v. 26.10.1976 - 1 BvR 191/74.

3 Vgl. BT-Drs. 7/1470, S. 336; BFH, Urt. v. 10.12.1992 - V R 3/88.

4 Zu weiteren, auch anreiztheoretischen Gesichtspunkten vgl. Hüttemann, FR 2009, 308; vertiefend Hidien in: Hidien/Jürgens, Die Besteuerung der öffentlichen Hand, 2017, § 2 Rn. 176 ff.

5 Stand: 01.01.2017, Statistische Jahrbücher für die Bundesrepublik Deutschland.

6 Zu Kritik an den kaum mehr administrierbaren Vorgaben vgl. Gastl in: Hidien/Jürgens, Die Besteuerung der öffentlichen Hand, 2017, § 6 Rn. 190.

7 Nachfolgend wird daher der Begriff Kommune/Gemeinde stellvertretend für öffentliche Trägerkörperschaften allgemein verwendet.

verwaltungsrecht (Art. 28 Abs. 2 GG). Daneben finden sich Einzelheiten zur Zulässigkeit der Ausgestaltung in den jeweiligen Eigenbetriebsverordnungen der Länder. Steuerrechtlich gehen diesen jedoch EStG und KStG vor.<sup>8</sup>

Im Folgenden wird zunächst ein Überblick über die Besteuerung von BgA gegeben, um sich dann auf die Kapitalertragsbesteuerung zu konzentrieren und sich in diesem Rahmen der Gewinnermittlung sowie verfahrensrechtlichen Besonderheiten zu widmen. Dabei wird die aus der rechtlichen Unselbstständigkeit des BgA folgende Grundproblematik der Kapitalertragsbesteuerung aufgezeigt und das dazu geschaffene komplexe Regelungsgefüge unter Bezugnahme auf aktuelle Fragestellungen erläutert.

## A. Überblick über die Besteuerung von BgA

BgA sind Einrichtungen, die einer nachhaltigen wirtschaftlichen Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen außerhalb der Land- und Forstwirtschaft dienen und sich wirtschaftlich herausheben, wobei eine Gewinnerzielungsabsicht und die Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr nicht erforderlich sind (§ 4 Abs. 1 KStG). Dabei schließen sich hoheitliche Tätigkeit und BgA aus (vgl. § 4 Abs. 6 Satz 2 KStG). Unerheblich ist, ob ein BgA einer Gemeinde in diese als sog. Regiebetrieb eingegliedert ist oder als sog. Eigenbetrieb geführt wird.

### I. Einkommens- und Gewerbesteuer

Soweit Gemeinden BgA betreiben, sind diese gem. § 1 Abs. 1 Nr. 6 KStG körperschaftsteuer- und – wenn dies mit Gewinnerzielungsabsicht geschieht – gewerbsteuerpflichtig.<sup>9</sup> Für die Körperschaftsteuer ist die Absicht, Gewinn zu erzielen, nicht erforderlich (§ 4 Abs. 1 Satz 2 KStG). So werden z.B. kommunale Nahverkehrsunternehmen häufig nicht ausgabendeckend und damit ohne Gewinnerzielungsabsicht betrieben. Entgegen seiner früheren Rechtsprechung behandelt der BFH grds. die Kommune und nicht den BgA als Steuersubjekt, da dieser mangels eigener Organe und Handlungsfähigkeit im Rechtsverkehr nicht Subjekt der Körperschaftsteuerpflicht sein könne.<sup>10</sup>

### II. Kapitalertragsteuer

Bei BgA ohne eigene Rechtspersönlichkeit führen der nicht den Rücklagen zugeführte Gewinn, eine nachfolgende Auflösung der Rücklagen für Zwecke außerhalb des BgA und verdeckte Gewinnausschüttungen zu Einkünften aus Kapitalvermögen (§ 20 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. b) EStG).<sup>11</sup> Der Kapitalertragsteuer wird damit der Gewinn unterworfen, den die Gemeinde für Zwecke außerhalb des BgA verwenden kann, z.B. Überschüsse aus einem Müllentsorgungsbetrieb, die in den Ausbau von Hochwasserschutz investiert werden (können). § 20 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. b) EStG normiert eine Ausschüttungsfiktion, da der BgA als rechtlich unselbst-

ständige Einheit den Gewinn nicht auf die Trägergemeinde übertragen kann. So soll die Vermögensübertragung an die Gemeinde mit der privatwirtschaftlichen Ausschüttung an Anteilseigner synchronisiert werden.<sup>12</sup>

## B. Gewinnermittlung

Die Kapitalertragsteuerpflicht besteht größenunabhängig, wenn der Gewinn durch Betriebsvermögensvergleich ermittelt wird, im Übrigen bei Überschreitung der jährlichen Umsatzschwelle von 350.000 € oder Gewinnschwelle von 30.000 € (§ 20 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. b) Satz 1 EStG). Der verwendungs- bzw. rücklagefähige Gewinn, der der Kapitalertragsteuer unterworfen wird, entspricht dem handelsrechtlichen Jahresüberschuss (§ 275 HGB) bzw. dem Unterschiedsbetrag nach § 4 Abs. 1 Satz 1 EStG.<sup>13</sup>

### I. Berücksichtigung von Verlusten

Der laufende Gewinn ist um die Beträge für den Ausgleich von Verlusten aus früheren Wirtschaftsjahren zu kürzen. Dabei ist für jeden von einer Kommune unterhaltenen BgA das Einkommen gesondert zu ermitteln und die Körperschaftsteuer gesondert gegenüber der Gemeinde festzusetzen (§ 1 Abs. 1 Nr. 6 KStG).<sup>14</sup> Dadurch werden die durch die Abschnittsbesteuerung zunächst unberücksichtigt gebliebenen Fehlbeträge (Jahresverluste) desselben BgA aus früheren Veranlagungszeiträumen angerechnet; ein Verlustausgleich zwischen mehreren BgA findet hingegen nur unter engen Voraussetzungen statt.

### 1. Zusammenfassung mehrerer BgA

Eine Zusammenfassung mehrerer BgA ist möglich, wenn die Betriebe gleichartig sind, einander ergänzen oder wenn zwischen diesen Betrieben nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse objektiv eine enge technisch-wirtschaftliche Verflechtung von einigem Gewicht besteht.<sup>15</sup> Der so nunmehr seit 2009 in § 4 Abs. 6 KStG<sup>16</sup> normierte sog. steuerliche Querverbund wird vielfach als Arbeitsbeschaffungsprogramm für kommunale Steuerabteilungen, Finanzverwaltung und Gerichte kritisiert.<sup>17</sup>

8 BFH, Urt. v. 27.04.2000 - I R 12/98.

9 Vgl. BFH, Urt. v. 22.08.1984 - I R 102/81.

10 Grundlegend BFH, Urt. v. 13.03.1974 - I R 7/71; zum Kritikstand vgl. den Überblick bei Märtens in: Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 4 Rn. 25 – 28a.

11 Eingeführt durch StSenkG vom 23.10.2000, BStBl. I 2000, 1428 und UntStFG vom 20.12.2001, BStBl. I 2002, 35.

12 Vgl. BT-Drs. 14/2683, S. 114 f.

13 Vgl. BMF vom 11.09.2002, BStBl. I 2002, 935 Rn. 22.

14 Vgl. BFH, Urt. v. 13.03.1974 - I R 7/71.

15 BFH, Urt. v. 10.07.1962 - I 164/59 S.

16 JStG 2009 vom 19.12.2008, BGBl. I 2008, 2794.

17 Hüttemann, FR 2009, 308, 311.

## 2. Ausschluss dauerdefizitärer Tätigkeiten

Wirtschaftliche Tätigkeiten, die bewusst so angelegt sind, dass mit ihnen auf Dauer nur Verluste erzielt werden, bilden jeweils einen gesonderten BgA.<sup>18</sup> Bei diesen Dauerverlustgeschäften (§ 8 Abs. 7 Satz 2 KStG) fehlt es an der für die steuerliche Berücksichtigung von Verlusten erforderlichen Gewinnerzielungsabsicht.<sup>19</sup> Solche Verluste sind grds. nicht mit Gewinnen anderer BgA verrechenbar, sofern nicht ausnahmsweise eine einheitliche gewerbliche Betätigung vorliegt. Eine Beurteilungseinheit würde zu einer indirekten Begünstigung der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand führen. Öffentliche Träger erfüllen nämlich weit überwiegend Gemeinwohlaufgaben, denen häufig unmittelbar keine Einkünfte gegenüberstehen. Die Steuerlast von mit Gewinnerzielungsabsicht unterhaltenen BgA ließe sich erheblich beeinflussen, indem bspw. die Gewinne aus einer Hochschulklinik mit Verlusten aus einer darin betriebenen öffentlichen Cafeteria gemindert würden. Dies liefe dem Besteuerungsziel – dem Konkurrentenschutz – zuwider.<sup>20</sup>

Dafür, ob ein Betrieb strukturell defizitäre Tätigkeiten verfolgt, ist jede wirtschaftliche Betätigung im Rahmen der sog. Segmentierung einzeln zu prüfen. Bei verschiedenen, wirtschaftlich eigenständigen oder nach der Verkehrsauffassung trennbaren Betätigungen ist nicht einheitlich der Gesamtsaldo für die gesamte Tätigkeit zu betrachten, sondern für die jeweilige Betätigung gesondert zu prüfen, ob die erforderliche Gewinnerzielungsabsicht vorliegt.<sup>21</sup>

Die Segmentierung findet auch dann statt, wenn eine Kommune mehrere wirtschaftliche Tätigkeiten in einer rechtlichen Gestaltung, etwa einer Personenhandelsgesellschaft, zusammenfasst (sog. Mitunternehmer-BgA).<sup>22</sup> Eine Mitunternehmerschaft bildet zwar grds. nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG einen einheitlichen Gewerbebetrieb. Wirtschaftlich eigenständige oder nach der Verkehrsanschauung abtrennbare Tätigkeiten, die privat – d.h. außersteuerlich, im Kontext der BgA namentlich hoheitlich – veranlasst sind, beeinflussen das Ergebnis der nur im Übrigen als Einheit anzusehenden Mitunternehmerschaft jedoch nicht.<sup>23</sup>

## II. Steuerliche Zulässigkeit von Gewinnrücklagen

Gewinne, die den Rücklagen des BgA zugeführt werden, unterfallen nicht den Einkünften aus Kapitalvermögen (§ 20 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. b) EStG). Als Zuführung zu den Rücklagen gilt grds. jedes Stehenlassen von Gewinnen als Eigenkapital für Zwecke des BgA, unabhängig davon, ob dies in Form der Verbuchung als Gewinnrücklage, als Gewinnvortrag oder unter einer anderen Position des Eigenkapitals erfolgt.<sup>24</sup> Durch Bildung einer Rücklage lässt sich somit grds. die Belastung mit Kapitalertragsteuer vermeiden oder jedenfalls verschieben.

Richtete sich die Zulässigkeit einer Rücklagenbildung nach früherer Verwaltungsauffassung in erster Linie nach dem

kommunalen Haushaltsrecht,<sup>25</sup> so kommt es nach neuerer Sicht des BMF darauf an, ob die Rücklagenbildung für die nachhaltige Erfüllung der Zwecke des BgA notwendig ist.<sup>26</sup> Dazu ist die konkrete Mittelverwendung für bestimmte Vorhaben glaubhaft zu machen. Der steuerliche Gestaltungsspielraum wurde so erheblich begrenzt.

Diese einschränkende Verwaltungsauffassung ist jedoch auf Eigenbetriebe als rechtlich unselbstständige, aber organisatorisch und haushaltsmäßig verselbstständigte Einrichtungen der Kommunen nicht anzuwenden. Nach den Eigenbetriebsverordnungen der Länder werden sie im Haushalt gesondert ausgewiesen und als Sondervermögen der Gemeinden verwaltet.<sup>27</sup> Da hier im Gegensatz zu den in die Trägergemeinde unmittelbar eingegliederten Regiebetrieben gewährleistet ist, dass diese auf den erzielten Gewinn nicht ohne Weiteres zugreifen kann, kommt es auf eine betriebliche Notwendigkeit der Rücklagenbildung nicht an.<sup>28</sup>

Noch nicht höchstrichterlich geklärt ist, ob für Regiebetriebe nicht dasselbe gelten muss.<sup>29</sup> § 20 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. b) EStG sieht eine Notwendigkeit der Mittelreservierung nicht vor. Die einschränkende Verwaltungssicht<sup>30</sup> greift in die haushalterische Autonomie der Kommunen ein und bereitet zugleich praktische Unsicherheiten, wenn die Finanzverwaltung unbestimmte Rechtsbegriffe wie den der Verwendung innerhalb eines „angemessenen Zeitraums“ verwendet, deren Auslegung für den Normadressaten freilich offenbleibt.<sup>31</sup>

## III. Auflösung von Rücklagen

### 1. Auflösung zu betriebsfremden Zwecken

Die spätere Auflösung von Rücklagen zu Zwecken außerhalb des BgA führt zu einem kapitalertragsteuerpflichtigen Gewinn

18 BMF vom 12.11.2009, BStBl. I 2009, 1303 Rn. 62.

19 Vgl. Märtens in: Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 4 Rn. 123.

20 Vgl. Jürgens in: Hidién/Jürgens, Die Besteuerung der öffentlichen Hand, 2017, § 5 Rn. 672.

21 BFH, Urt. v. 15.11.2006 - XI R 58/04.

22 Vgl. z.B. die Zusammenfassung von Regiebetrieben einer Kommune in einer GmbH & Co. KG: FG München, Urt. v. 21.07.2015 - 6 K 3113/11 (Revision BFH, VIII R 43/15).

23 BFH, Urt. v. 25.06.1996 - VIII R 28/94.

24 BMF vom 11.09.2002, BStBl. I 2002, 935 Rn. 23; BMF vom 09.01.2015, BStBl. I 2015, 111 Rn. 34.

25 Vgl. BMF vom 11.09.2002, BStBl. I 2002, 935 Rn. 23.

26 BMF vom 08.08.2005, BStBl. I 2005, 831 Rn. 23; BMF vom 09.01.2015, BStBl. I 2015, 111 Rn. 35.

27 Vgl. exemplarisch § 5 Abs. 1 Satz 1 EBV BY; § 9 Abs. 1 Satz 1 EigVO NRW.

28 BFH, Urt. v. 16.11.2011 - I R 108/09; nunmehr auch BMF vom 09.01.2015, BStBl. I 2015, 111 Rn. 34.

29 So FG Düsseldorf, Urt. v. 18.03.2016 - 6 K 2099/13 KE (Revision BFH, VIII R 15/16); vgl. auch FG Hessen, Urt. v. 24.03.2015 - 4 K 1187/11 (Revision BFH, VIII R 42/15).

30 BMF vom 09.01.2015, BStBl. I 2015, 111 Rn. 35.

31 Vgl. Gastl in: Hidién/Jürgens, Die Besteuerung der öffentlichen Hand, 2017, § 6 Rn. 126.

(§ 20 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. b) Satz 2 Halbsatz 1 EStG). Diese Folge ist konsequent, da die Mittel nun der Gemeinde (wieder) zur freien Verfügung stehen. Die Auflösung der Rücklagen ist insoweit mit einer Gewinnausschüttung vergleichbar.<sup>32</sup>

## 2. Umwandlungsbedingte Auflösungsfiktion

Die Rücklagen gelten auch in Fällen der Einbringung nach §§ 20 ff. UmwStG und dem Formwechsel nach § 25 UmwStG als aufgelöst (§ 20 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. b) Satz 2 Halbsatz 2 EStG).<sup>33</sup> Durch die Fingierung der Rücklagenauflösung<sup>34</sup> entsteht ein kapitalertragsteuerpflichtiger Gewinn. Begründet wird dies damit, dass die Rücklagen infolge des Umwandlungsakts der übernehmenden Kapitalgesellschaft und nicht mehr dem BgA zustehen.<sup>35</sup> Die Anwendung der als „Klarstellung“<sup>36</sup> bezeichneten Auflösungsfiktion<sup>37</sup> wirft zahlreiche Fragen auf.

### a. Regelungscharakter der Auflösungsfiktion

Die Auflösungsfiktion gem. § 20 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. b) Satz 2 Halbsatz 2 EStG entfaltet nicht lediglich klarstellende (so die Gesetzesbegründung),<sup>38</sup> sondern konstitutive Wirkung. Die Einbringung eines BgA in eine Kapitalgesellschaft führte ohne sie nicht eo ipso zur Auflösung der im BgA enthaltenen Gewinnrücklagen.

Bei der Einbringung eines BgA findet keine dem Einbringungsvorgang vorausgehende Ausschüttung an die Trägerkörperschaft mit der Folge der Rücklagenauflösung statt.<sup>39</sup> Mangels rechtlicher Selbstständigkeit des BgA ist eine tatsächliche Ausschüttung nicht möglich. Stattdessen gehen bei Einbringung eines Betriebs in eine Kapitalgesellschaft die eingebrachten Wirtschaftsgüter unmittelbar auf diese über.<sup>40</sup> Eine Ausschüttung wird gem. § 20 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. b) Satz 1, Satz 2 Halbsatz 2 EStG nur fingiert.

Zweck der Kapitalertragsbesteuerung von BgA ist der Gleichlauf der Besteuerung eines BgA mit der einer Kapitalgesellschaft. Dieser Gleichlauf kann bei Einbringungsvorgängen jedoch nicht vollständig hergestellt werden. Da es bei der Kommune keine der Besteuerung des Anteilseigners vergleichbare Besteuerungsebene gibt, muss entweder eine Besteuerungslücke in Kauf genommen werden oder mit der Einbringung des BgA eine zwingende und unmittelbare Besteuerung stattfinden. Denn eine spätere Ausschüttung der eingebrachten Gewinnrücklagen kann sowohl an die einbringende Kommune als auch an eine einbringende Kapitalgesellschaft im Rahmen einer Einlagenrückgewähr steuerfrei erfolgen. Bei der Einbringung des Betriebs einer Kapitalgesellschaft in eine andere Kapitalgesellschaft werden jedoch spätestens dann die im eingebrachten Betriebsvermögen enthaltenen Gewinnrücklagen besteuert, wenn sie an die Anteilseigner der einbringenden Gesellschaft ausgekehrt werden. Diese Besteuerungsebene fehlt bei einer öffentlichen Trägerkörper-

schaft. Erreichen die Gewinnrücklagen diese im Rahmen der Einlagenrückgewähr erst einmal steuerfrei, so wird es auch später zu keiner Besteuerung mehr kommen. Die Schlussfolgerung, die Gewinnrücklagen müssten mit der Einbringung stets als aufgelöst gelten und der Kapitalertragsteuer unterworfen werden, führt aber nicht zu dem gewünschten Besteuerungsgleichlauf von Einbringungen eines BgA und einer Kapitalgesellschaft. Denn während auf diese Weise die Gewinnrücklagen des BgA mit Sicherheit besteuert würden, ist bei der Einbringung durch eine Kapitalgesellschaft noch offen, ob es überhaupt jemals zu einer Ausschüttung und infolge dessen zur Kapitalertragsbesteuerung kommen wird. Ebenso können die thesaurierten Gewinne nämlich auf Ebene der aufnehmenden Gesellschaft verbleiben, um dort reinvestiert oder durch Verluste aufgezehrt zu werden.

Für Einbringungsfälle ab dem 01.12.2006 ist dieses Dilemma zugunsten einer sofortigen umwandlungsbedingten Rücklagenbesteuerung aufgelöst (§ 20 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. b) Satz 2 Halbsatz 2 EStG). Für frühere Veranlagungszeiträume kann eine Auflösungsfiktion hingegen nicht in die Norm hineininterpretiert werden, da ein damit verfolgter Besteuerungsgleichlauf ohnehin nicht erreicht werden kann.<sup>41</sup>

### b. Einbringung von Regiebetrieben

Die einbringungsbedingte Rücklagenauflösung (§ 20 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. b) Satz 2 Halbsatz 2 EStG) setzt tatbestandlich die Einbringung von Unternehmensteilen (§ 20 UmwStG) voraus. Einbringung ist die Übertragung von Wirtschaftsgütern von dem einbringenden Rechtsträger auf eine Kapitalgesellschaft gegen Gewährung von Gesellschaftsanteilen. Für die Einbringung von Unternehmensteilen ist erforderlich, dass alle funktional wesentlichen Betriebsgrundlagen in einem einheitlichen Vorgang auf die übernehmende Kapitalgesellschaft übertragen werden. Ein Wirtschaftsgut zählt dann zu

32 Vgl. Intemann in: Herrmann/Heuer/Raupach, EStG, § 20 Rn. 370, Stand 02/2014.

33 Eingefügt durch JStG 2007 vom 13.12.2006, BGBl. I 2006, 2878.

34 Orth bezeichnet sie als einen „(Als-ob) Ausschüttungs-Ersatztatbestand“, DB 2007, 419, 423.

35 BT-Drs. 16/2712, S. 49 f.; Ratschow in: Blümich, EStG, § 20 Rn. 344a, Stand 08/2015.

36 Vgl. BT-Drs. 16/2712, S. 49 f.

37 Anwendbar ab 01.12.2006 (Art. 20 Abs. 5 JStG 2007), vgl. FG Münster, Urt. v. 14.11.2012 - 10 K 3378/09 Kap Rn. 46 (Revision BFH, VIII R 75/13); a.A. Ratschow in: Blümich, EStG, § 20 Rn. 344a, Stand 08/2015, der eine unbeschränkte Rückwirkung annimmt.

38 BT-Drs. 16/2712, S. 49 f.

39 A.A. BMF vom 09.01.2015, BStBl. I 2015, 111 Rn. 40; Storg in: Hidién/Jürgens, Die Besteuerung der öffentlichen Hand, 2017, § 15 Rn. 61.

40 Vgl. FG Münster, Urt. v. 14.11.2012 - 10 K 3378/09 Kap Rn. 53 (Revision BFH, VIII R 75/13).

41 Vgl. FG Münster, Urt. v. 14.11.2012 - 10 K 3378/09 Kap Rn. 58 (Revision BFH, VIII R 75/13).

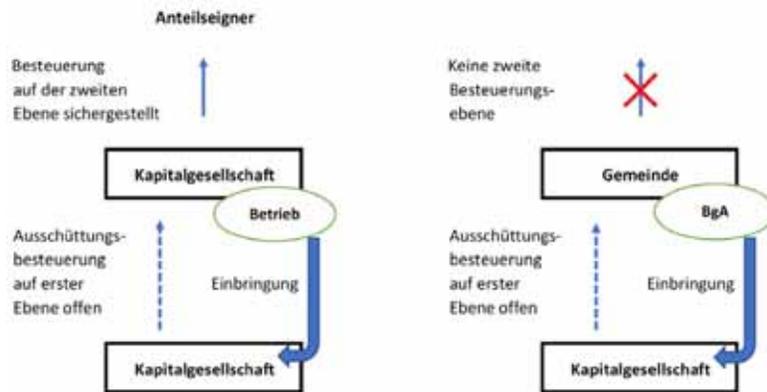


Abbildung: Ausschüttungsebenen nach Einbringung eines privatwirtschaftlichen Betriebes gegenüber Einbringung eines BgA

den wesentlichen Betriebsgrundlagen des einzubringenden Betriebs, wenn es für die (Fort-)Führung dieses Betriebs funktional erforderlich ist, weil es zur Erreichung des Betriebszwecks notwendig ist und ein besonderes Gewicht für die Betriebsführung besitzt oder dem Betrieb sein besonderes Gepräge gibt.<sup>42</sup> Die Einbringung eines Betriebs als Ganzes erfordert die Übertragung einer Sachgesamtheit in der sie verbindenden Organisation.<sup>43</sup> Danach dürfte die Einbringung eines Eigenbetriebs, der über Sondervermögen verfügt und organisatorisch selbstständig ist, ohne Weiteres möglich sein. Schwieriger erscheint dies bei Regiebetrieben.

Anders als Eigenbetriebe sind Regiebetriebe nicht nur rechtlich unselbstständige, sondern auch organisatorisch abhängige Einheiten der Trägergemeinde, die finanzwirtschaftlich kein Sondervermögen darstellen. Einnahmen von Regiebetrieben fließen unmittelbar in den kommunalen Haushalt und Ausgaben werden unmittelbar aus dem Haushalt bestritten.<sup>44</sup> Ausgehend hiervon erscheint es zweifelhaft, inwieweit bei Einbringung eines Regiebetriebs dessen wesentliche Betriebsgrundlagen übertragen werden. Gehört nämlich die personelle und funktionelle Organisationsstruktur (etwa städtische Beamte, Büros und EDV) des administrativ von der Gemeinde abhängigen Regiebetriebs sowie die von ihr bereitgestellten finanziellen Mittel im konkreten Einzelfall zu den unverzichtbaren Betriebsgrundlagen des BgA<sup>45</sup> – was in aller Regel der Fall sein dürfte –, bleiben wesentliche Betriebsgrundlagen des übertragenen Regiebetriebs bei der Gemeinde zurück. Gleiches gilt, wenn hoheitliche Wirtschaftsgüter, wie etwa der Marktplatz für den BgA Wochenmarkt, wesentliche Betriebsgrundlagen eines von der Gemeinde betriebenen Regiebetriebs darstellen und bei der Gemeinde – im Regelfall aufgrund der öffentlich-rechtlichen Widmung nicht anders möglich – zurückbleiben.<sup>46</sup> Mangel Übertragung eines Betriebs oder Teilbetriebs, d.h. einer aus eigenen Mitteln funktionsfähigen Einheit, wäre die Tatbestandsvoraussetzung der Einbringung von Unternehmensteilen (§ 20 UmwStG) nicht erfüllt.

Der Regiebetrieb wird in § 20 UmwStG nicht als einbringungsfähiger Betrieb genannt. Dies gilt für BgA allgemein, dennoch ist anerkannt, dass sie Gegenstand einer Einbringung sein können.<sup>47</sup> Gestützt wird dies u.a. auf die Erwähnung von BgA im Rahmen der Besteuerung des Einbringungsgewinns infolge einer späteren Anteilsveräußerung (§ 22 Abs. 4 Nr. 1 UmwStG).<sup>48</sup> Dort ist jedoch nur von BgA allgemein die Rede, sodass deren Erwähnung für die Frage, ob neben Eigen- auch Regiebetriebe eingebracht werden können, keine Aussagekraft hat. Generell findet eine Differenzierung zwischen Eigen- und Regiebetrieben überhaupt nicht statt. So geht auch das FG Münster, das sich zuletzt mit der Einbringung eines Regiebetriebs in eine Kapitalgesellschaft beschäftigte, über die Frage der Anwendbarkeit des § 20 UmwStG mit einem kurzen Hinweis auf die allgemein angenommene Anwendbarkeit hinweg.<sup>49</sup>

Dafür, dass auch die Übertragung eines Regiebetriebs auf eine Kapitalgesellschaft zu einer Rücklagenauflösung führt, spricht der Telos der umwandlungsbedingten Rücklagenauflösung (§ 20 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. b) Satz 2 Halbsatz 2 EStG). Sinn und Zweck der Vorschrift ist die Auflösung von Gewinnrücklagen, wenn diese für Zwecke außerhalb des BgA verwendet werden. Anhaltspunkte für die Absicht einer unterschiedlichen Behandlung von Regie- und Eigenbetrieben

42 BFH, Urt. v. 10.11.2005 - IV R 7/05.

43 Vgl. Schmitt in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwStG, 7. Aufl. 2016, § 20 Rn. 13; vgl. auch BMF vom 11.11.2011, BStBl. I 2011, 1314 Rn. 20.06.

44 BFH, Urt. v. 11.09.2013 - I R 77/11 Rn. 15.

45 Vgl. Menner in: Haritz/Menner, UmwStG, 4. Aufl. 2015, § 20 Rn. 65.

46 Vgl. Storg, der für hoheitliche Wirtschaftsgüter jedoch eine Ausnahme machen will, in: Hidién/Jürgens, Die Besteuerung der öffentlichen Hand, 2017, § 15 Rn. 58 f.

47 Statt aller Schmitt in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwStG, 7. Aufl. 2016, § 20 Rn. 16; Nitzschke in: Blümich, UmwStG, § 20 Rn. 40, Stand 03/2015; Orth, DB 2007, 419, 421.

48 § 21 Abs. 3 Nr. 1 UmwStG a.F.

49 FG Münster, Urt. v. 14.11.2012 - 10 K 3378/09 Kap Rn. 52 (Revision BFH, VIII R 75/13).

sind nicht ersichtlich.<sup>50</sup> Bei der Verwendung des dynamischen Verweises auf die Einbringung von Unternehmensteilen nach § 20 UmwStG als Tatbestandsvoraussetzung für die Rücklagenauflösung dürfte mit der einhelligen Meinung davon ausgegangen worden sein, dass die Übertragung eines Regiebetriebs eine Einbringung i.S.d. § 20 UmwStG darstellt und damit die Rücklagen als aufgelöst gelten.

Die äußerste Grenze der Auslegung wird indes durch den Gesetzeswortlaut bestimmt, der ausdrücklich eine Einbringung nach dem UmwStG fordert. An einer solchen fehlt es für Regiebetriebe. Ob der BFH sich in der Revision der Entscheidung des FG Münster<sup>51</sup> zu einer auf den Regelungszweck abstellenden Rechtsfortbildung entschließen wird, bleibt abzuwarten.

## C. Verfahrenstechnik

### I. Steuerabzug vom Kapitalertrag

Für die Gewinne und verdeckten Gewinnausschüttungen eines BgA ist ein Kapitalertragsteuerabzug vorzunehmen (§ 43 Abs. 1 Nr. 7c EStG). Die auf sie entfallende Kapitalertragsteuerbelastung beträgt 15 % (§ 43a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG).<sup>52</sup>

Grds. ist Schuldner der Kapitalertragsteuer immer der Gläubiger der Kapitalerträge (§ 44 Abs. 1 Satz 1 EStG). Der Steuerabzug ist durch den Schuldner der Kapitalerträge für Rechnung des Gläubigers vorzunehmen (§ 44 Abs. 1 Satz 3 EStG). Wie der Arbeitgeber bei der Lohnsteuer für den Arbeitnehmer erfüllt der Schuldner der Kapitalerträge dabei durch Einbehalt und Abführung der Kapitalertragsteuer eine fremde Steuerschuld.

Bei den Kapitaleinkünften aus BgA fallen nun aber Gläubiger (die Kommune als „Anteilseigner“) und ihr Schuldner (der BgA) zusammen. Dass trotz der Identität von Gläubiger und Schuldner überhaupt ein Steuerabzug vom Kapitalertrag möglich ist, wird durch § 43 Abs. 2 Satz 1 EStG klargestellt, wonach ein Steuerabzug für Kapitalerträge von BgA ausnahmsweise auch dann vorzunehmen ist, wenn Gläubiger und Schuldner der Kapitalerträge dieselbe Person sind.<sup>53</sup> Der BgA gilt als Schuldner, die Gemeinde als Gläubigerin der Kapitalerträge (§ 44 Abs. 6 Satz 1 EStG). Auch auf Verfahrensebene wird damit eine gesetzliche Fiktion aufgestellt und von der zivil- und handelsrechtlichen Sicht abgewichen, nach der mangels eigener Rechtspersönlichkeit des BgA gar kein Gläubiger-Schuldner-Verhältnis vorliegt.

Die Kommune als Gläubigerin der fingierten Kapitalerträge aus ihren BgA ist Schuldnerin der darauf entfallenden Kapitalertragsteuer. Zwar ließe § 44 Abs. 1 Satz 1 EStG den Umkehrschluss zu, der BgA als Schuldner der Kapitalerträge sei ausnahmsweise auch Schuldner der Kapitalertragsteuer.<sup>54</sup> Danach werden die BgA-Kapitaleinkünfte nämlich von dem ansonsten geltenden Grundsatz ausgenommen, nach wel-

cher der Gläubiger der Erträge stets Schuldner der Kapitalertragsteuer ist. Der BgA selbst kann aber kein Steuersubjekt sein. Vielmehr sind die allgemeinen Regelungen entsprechend anzuwenden (§ 44 Abs. 6 Satz 4 EStG), sodass es im Ergebnis dabei bleibt, dass der Gläubiger der Kapitalerträge der Steuerschuldner ist.<sup>55</sup> Das umständliche Normgefüge ist letztlich allein Folge der Gläubiger-Schuldner-Fiktion, die den Steuerabzug überhaupt erst ermöglicht.<sup>56</sup>

## II. Haftung für Steuerschulden

Der BgA haftet für die Kapitalertragsteuer nur insoweit, als sie auf verdeckte Gewinnausschüttungen oder auf die nachträgliche Aufdeckung stiller Reserven durch die Veräußerung sperrfristbehafteter Anteile nach einer Einbringung (§ 22 Abs. 4 UmwStG) entfällt (§ 44 Abs. 6 Satz 5 EStG). Mangels einer Verweisung auf die allgemeine Haftung der Schuldner der Kapitalerträge (§ 44 Abs. 5 Satz 1) haftet der BgA nicht weitergehend (vgl. § 44 Abs. 6 Satz 4 EStG).<sup>57</sup> Eine Haftung der Kommune für nicht abgeführte Steuern kommt nicht in Betracht, weil sie selbst Schuldnerin der Kapitalertragsteuer ist.<sup>58</sup> Gegen die Gemeinde ist aber eine sog. Nachforderung zulässig (§ 44 Abs. 6 Satz 4 EStG i.V.m. Abs. 5 Satz 2 EStG).<sup>59</sup> Eine Nachforderung wird vom Finanzamt durch Nachforderungsbescheid (§ 167 Abs. 1 Satz 1 AO i.V.m. § 155 AO) erhoben, wenn die Kapitalertragsteuer nicht ordnungsgemäß einbehalten oder abgeführt worden ist. Dabei kann die Kommune auch mit ihrem Vermögen außerhalb des BgA in Anspruch genommen werden.<sup>60</sup>

## D. Fazit

Die Erträge wirtschaftlicher Betätigungen der Kommunen aus BgA werden aus Gründen der Wettbewerbsneutralität wie Gewinne privatwirtschaftlicher Unternehmen der Kapitalertragsteuer unterworfen. Um dies trotz der rechtlichen Unselbstständigkeit von BgA zu ermöglichen, stellt ein komplexes Normgefüge mehrere gesetzliche Fiktionen auf und

50 Vgl. BT-Drs. 16/2712, S. 49 f.

51 Revision BFH, VIII R 75/13.

52 Bis einschließlich Veranlagungszeitraum 2008 betrug der Steuersatz 10 %.

53 Vgl. BMF vom 09.01.2015, BStBl. I 2015, 111 Rn. 62.

54 So im Ergebnis, aber ohne Begründung Lindberg in: Blümich, EStG, § 44 Rn. 3, Stand 11/2016.

55 Vgl. BFH, Urt. v. 16.11.2011 - I R 108/09 Rn. 11.

56 Vgl. BT-Drs. 14/2683, S. 117.

57 Vgl. auch Hasselmann in: Littmann/Bitz/Pust, EStG, § 44 Rn. 45, Stand 12/2015.

58 Vgl. Lindberg in: Blümich, EStG, § 44 Rn. 30, Stand 11/2016.

59 § 44 Abs. 6 Satz 4 EStG, geändert durch JStG 2007 vom 13.12.2006, BGBl. I 2006, 2878, gültig für Kapitalerträge ab dem 01.01.2002; wegen der Rückwirkungsproblematik vgl. FG Münster, Urt. v. 14.11.2012 - 10 K 3378/09 Kap Rn. 29 (Revision BFH, VIII R 75/13).

60 BMF vom 09.01.2015, BStBl. I 2015, 111 Rn. 64.

macht den BgA auf diese Weise für kapitalertragsteuerliche Zwecke zu einer „virtuellen Kapitalgesellschaft“.<sup>61</sup> Die Kapitalertragsteuer wird im Wege des Steuerabzugs durch den BgA auf Rechnung der Kommune abgeführt.

In Anbetracht der Komplexität und Tragweite der Regelung verwundert es nicht, dass ihre Anwendung und Auslegung zu Verunsicherung führt. Die Verlustnutzungsmöglichkeiten innerhalb von BgA, die Zulässigkeit der Bildung von Gewinnrücklagen in Regiebetrieben wie auch die Anwendung der umwandlungsbedingten Auflösungsfiktion von Gewinnrücklagen bereiten in der Praxis Schwierigkeiten. Dabei hat der Steuerabzug der fingierten Kapitalerträge bundesweit gravierende administrative und haushalterische Auswirkungen auf tausende Kommunen und andere Trägerkörperschaften. Anstehende Revisionsentscheidungen des BFH<sup>62</sup> werden hoffentlich Klarheit bringen.

61 Seer/Wendt, DStR 2001, 825.

62 Revision BFH, VIII R 75/13, VIII R 42/15, VIII R 43/15, VIII R 15/16.

## Änderung der Rechtsprechung zur Behandlung von Gesellschafterdarlehen als nachträgliche Anschaffungskosten i.S.d. § 17 EStG nach Aufhebung des Eigenkapitalersatzrechts BFH, Urt. v. 11.07.2017 - IX R 36/15

RiBFH Dr. Ulrich Schallmoser

### A. Problemstellung

Im Rahmen der steuerrechtlichen Ermittlung eines Verlusts aus der Auflösung von Kapitalgesellschaften (§ 17 Abs. 1, 4 EStG) sind auch nachträgliche Anschaffungskosten (§ 255 Abs. 1 Satz 2 HGB) des Gesellschafters auf die Beteiligung zu berücksichtigen. Zu nachträglichen Anschaffungskosten führten nach bisheriger Rechtsprechung des BFH neben offenen und verdeckten Einlagen bspw. auch der Ausfall eines Gesellschafterdarlehens oder die Zahlung des Gesellschafters auf eine Bürgschaft bei Wertlosigkeit des gegen die Gesellschaft gerichteten Rückgriffsanspruchs, wenn die Hingabe des Darlehens oder die Übernahme der Bürgschaft durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst war. Für die Beurteilung, ob eine solche „Finanzierungshilfe“ als gesellschaftlich veranlasst (und damit steuerlich berücksichtigungsfähig) angesehen werden konnte, hatte der BFH darauf abgestellt, ob sie i.S.d. § 32a Abs. 1 und 3 GmbHG a.F. „eigenkapitalersetzend“ war; der BFH sprach insoweit von „funktionellem Eigenkapital“. Rechtsgrundlage dieser steuerrechtlichen Bewertung war mithin, dass bilanzrechtlich Fremdkapital in bestimmten Fällen wie haftendes Eigenkapital zu behandeln war; diese im GmbHG a.F. verankerte rechtliche Einordnung

hatte der BFH auf das Steuerrecht übertragen und ihr mit einer Ausweitung des Begriffs der nachträglichen Anschaffungskosten im § 17 EStG Rechnung getragen.

Durch das MoMiG<sup>1</sup> ist das Eigenkapitalersatzrecht aufgehoben und ersetzt worden durch den gesetzlichen Nachrang sämtlicher Gesellschafterfinanzierungen im Insolvenzfall (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO). In Rechtsprechung und Literatur wurde seitdem kontrovers diskutiert, welchen Einfluss die Aufhebung des Eigenkapitalersatzrechts für die Auslegung von § 17 EStG und die Annahme nachträglicher Anschaffungskosten des Gesellschafters auf die Beteiligung haben kann: Während die Finanzverwaltung<sup>2</sup> und zum Teil auch die Finanzgerichte<sup>3</sup> an den bisherigen Grundsätzen festgehalten haben, lehnte der wohl überwiegende Teil der Literatur – unter Entwicklung verschiedenster Denkansätze – eine Beibehaltung der auf dem Eigenkapitalersatzrecht beruhenden Grundsätze ab.<sup>4</sup> Der BFH hat in der Besprechungsentscheidung – annähernd neun Jahre nach dem Inkrafttreten des MoMiG – diese Frage nunmehr geklärt.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Kläger hatte sich zu einem Zeitpunkt, als er noch Angestellter in der GmbH seines Vaters war, für diese verbürgt. Später wurden dem Kläger die GmbH-Anteile im Wege der vorweggenommenen Erbfolge übertragen. Im Jahr 2011 musste der Kläger die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH beantragen; das Amtsgericht lehnte den Antrag mangels Masse ab. Noch im Jahr 2011 leistete der Kläger aufgrund der von ihm eingegangenen Bürgschaften Zahlungen an verschiedene Kreditinstitute. In seiner Einkommensteuererklärung machte der Kläger den Ausfall der vom Vater übernommenen Stammeinlage sowie nachträgliche Anschaffungskosten auf die GmbH-Beteiligung aus der Inanspruchnahme von Bürgschaften geltend. Das Finanzamt lehnte die Berücksichtigung der Aufwendungen aus der Inanspruchnahme der vom Kläger geleisteten Bürgschaften ab, da sich die GmbH im Zeitpunkt der Bürgschaftsübernahme nicht in einer Krise befunden habe. Das Finanzgericht hat der Klage im hier streitigen Umfang stattgegeben. Hiergegen richtete sich die Revision des Finanzamts. Das BMF ist dem Rechtsstreit beigetreten.

1 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008 (BGBl. I, 2026).

2 BMF-Schreiben vom 21.10.2010, BStBl. I 2010, 832.

3 Siehe etwa FG Köln, Urt. v. 20.03.2014 - 3 K 2518/11; FG Köln, Urt. v. 30.09.2015 - 3 K 706/12; FG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 28.05.2015 - 4 K 7114/12.

4 Siehe hierzu etwa Bordewin/Brandt, EStG, § 17 Rn. 302; Schmidt, EStG, 36. Aufl., § 17 Rn. 174; Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 17 Rn. C 308; Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 17 EStG Rn. 201b; Lademann, EStG, § 17 Rn. 243; Hölzle, DStR 2007, 1185, 1190; Groh, FR 2008, 264, 267; Bode, DStR 2009, 1781, 1782; Moritz, DStR 2014, 1636, 1640, 1641; Heuermann, NZG 2009, 841, 845; Fuhrmann/Potsch, DStR 2012, 835, 838.

Der BFH wies die Revision als unbegründet zurück; das Finanzgericht habe im Ergebnis zu Recht die Aufwendungen des Klägers im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme aus den Bürgschaften als nachträgliche Anschaffungskosten (i.H.v. 60 % des Nennwerts des ausgefallenen Rückgriffsanspruchs) bei der Berechnung seines Auflösungsverlusts berücksichtigt.

Der BFH ging davon aus, dass das Eigenkapitalersatzrecht nach seiner Abschaffung nicht mehr als Grundlage für einen normspezifisch weiten Anschaffungskostenbegriff dienen könne. Der an die Stelle des Eigenkapitalersatzrechts getretene gesetzliche Grundsatz des Nachrangs von Gesellschafterfinanzierungen im Insolvenzfall (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO) reiche hierfür nicht aus, da er schon die Breite der Anwendungsfälle des § 17 EStG nicht abzudecken vermag: Die Auflösung einer Kapitalgesellschaft im Zuge einer Insolvenz ist – neben der Veräußerung und der (insolvenzfremden) Liquidation auf Beschluss der Gesellschafter – nur eine von mehreren Möglichkeiten, den Tatbestand der Norm zu erfüllen. Eine – dann lediglich im Wege der Analogie mögliche – Anwendung dieses Grundsatzes auf diese weiteren Anwendungsfälle würde nicht genügen.

Der BFH hat sich in der Besprechungsentscheidung bei der Auslegung des in § 17 Abs. 2 Satz 1 EStG erwähnten Begriffs der Anschaffungskosten nunmehr – entgegen dem früheren normspezifisch weiten Verständnis – allein am Handelsrecht (§ 255 HGB) orientiert und diesen ausschließlich zivilrechtlich interpretiert; einer darüber hinausgehenden, originär steuerrechtlichen Interpretation hat der Senat eine Absage erteilt. Den (nachträglichen) Anschaffungskosten einer Beteiligung könnten danach künftig grds. nur solche Aufwendungen des Gesellschafters zugeordnet werden, die nach handels- und bilanzsteuerrechtlichen Grundsätzen zu einer offenen oder verdeckten Einlage in das Kapital der Gesellschaft führen.<sup>5</sup> Darunter fielen insbesondere Nachschüsse i.S.d. §§ 26 ff. GmbHG, sonstige Zuzahlungen nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB wie Einzahlungen in die Kapitalrücklage,<sup>6</sup> Barzuschüsse<sup>7</sup> oder der Verzicht auf eine noch werthaltige Forderung.<sup>8</sup> Aufwendungen aus Fremdkapitalhilfen wie der Ausfall eines vormals „krisenbedingten“, „krisenbestimmten“ oder „in der Krise stehen gelassenen“ Darlehens oder der Ausfall mit einer Bürgschaftsregressforderung führten demgegenüber grds. nicht mehr zu Anschaffungskosten der Beteiligung. Etwas anderes könne sich ergeben, wenn die vom Gesellschafter gewährte Fremdkapitalhilfe aufgrund der vertraglichen Abreden mit der Zuführung einer Einlage in das Gesellschaftsvermögen wirtschaftlich vergleichbar sei – etwa bei einem Gesellschafterdarlehen, dessen Rückzahlung auf Grundlage der von den Beteiligten getroffenen Rangrücktrittsvereinbarung (§ 5 Abs. 2a EStG) im Wesentlichen denselben Voraussetzungen unterliege wie die Rückzahlung von Eigenkapital.<sup>9</sup> Aufwendungen des Gesellschafters, die – wie im Streitfall – aus der Inanspruchnahme aus einer Gesellschafterbürgschaft herrührten, seien – unabhängig da-

von, ob die Bürgschaft krisenbestimmt oder in der Krise der Gesellschaft übernommen worden ist – im zeitlichen Anwendungsbereich des MoMiG aber grds. nicht mehr den nachträglichen Anschaffungskosten der Beteiligung zuzurechnen.

Der BFH sah es aus Gründen des Vertrauensschutzes als erforderlich an, die bisherigen Grundsätze zur Berücksichtigung von nachträglichen Anschaffungskosten aus eigenkapitalersetzenden Finanzierungshilfen weiter anzuwenden, wenn der Gesellschafter eine eigenkapitalersetzende Finanzierungshilfe bis zum Tag der Veröffentlichung des Urteils (am 27.09.2017) geleistet hat oder wenn eine Finanzierungshilfe des Gesellschafters bis zu diesem Tag eigenkapitalersetzend geworden ist. Der Senat war zwar der Meinung, eine Fortgeltung der bisherigen Grundsätze würde „eine erhebliche Rechtsunsicherheit bewirken“; mit der nunmehr gefundenen Lösung war unter Berücksichtigung der bisherigen Praxis allerdings auch nicht zu rechnen, sodass eine Vertrauensschutzregelung durchaus sachgerecht erscheint.

### C. Auswirkungen für die Praxis

Die Besprechungsentscheidung dürfte gravierende Auswirkungen auf die Gesellschafterfinanzierung von „kleineren“ Kapitalgesellschaften, insbesondere von Einmann-GmbH's haben. Denn wenn nach der geänderten Rechtsprechung der Ausfall von Gesellschafterdarlehen oder die Inanspruchnahme als Bürge für Verbindlichkeiten der Gesellschaft (überhaupt) nicht mehr zu nachträglichen Anschaffungskosten i.S.d. § 17 Abs. 1, 4 EStG führen, muss der Gesellschafter – ggf. auch frühzeitig – entscheiden, ob die Eigenkapitalausstattung der Gesellschaft ausreichend ist bzw. ob gegebene Fremdmittel im Fall der Insolvenz oder Liquidation der Gesellschaft als nicht mehr steuerlich relevant angesehen werden könnten. Selbst mit Rangrücktritt versehene Gesellschafterdarlehen sind steuerlich nicht mehr ohne Weiteres zu berücksichtigen; vielmehr ist es insoweit erforderlich, dass die Voraussetzungen des § 5 Abs. 2a EStG erfüllt sind. Im Rahmen des § 17 EStG sind mithin – von der Kapitalerhöhung abgesehen – nur noch solche Aufwendungen berücksichtigungsfähig, die nach handels- und bilanzsteuerrechtlichen Grundsätzen zu einer offenen oder verdeckten Einlage in das Kapital der Gesellschaft führen. Ob dies für jedwede Einlage, insbesondere auch für Einlagen „in letzter Minute“ gilt, wird der BFH in den noch anhängigen Verfahren IX R 5/15, IX R 6/15 und IX R 7/15 zu entscheiden haben.

5 BFH, Urt. v. 27.01.2016 - X R 33/13.

6 BFH, Urt. v. 27.04.2000 - I R 58/99; BFH, Urt. v. 14.03.2011 - I R 40/10.

7 BFH, Urt. v. 28.04.2004 - I R 20/03, zum Sanierungszuschuss als verdeckte Einlage.

8 BFH, Beschl. v. 09.06.1997 - GrS 1/94; BFH, Urt. v. 20.04.2005 - X R 2/03.

9 BFH, Urt. v. 30.11.2011 - I R 100/10.

## „Die Kunst des Juristen ist die Kunst der Unterscheidung.“

Markus Würdinger ist seit 2012 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Europäisches und Internationales Privatrecht sowie Zivilprozessrecht an der Universität des Saarlandes. Sein Schrifttum umfasst zahlreiche Veröffentlichungen zu Themen des Bürgerlichen Rechts, des deutschen und europäischen Zivilprozess- und Insolvenzrechts, des Internationalen Privatrechts und der Juristischen Methodenlehre. Er gehört zur jüngeren Generation der Rechtsprofessoren. Die jM hat mit ihm über seinen Beruf, die Rechtswissenschaft, die Methodenlehre und die Juristenausbildung gesprochen.

**Weth: Lieber Herr Würdinger, natürlich bin ich befangen. Aber auch nach den vielen Berufsjahren, die ich hinter mich gebracht habe, würde ich immer noch sagen, dass der Beruf des Professors der schönste juristische Beruf ist. Was meinen Sie?**

Würdinger: Ja, es ist vor allem eine spannende Tätigkeit, da die Betätigungsfelder in Forschung und Lehre vielfältig sind. In besonderer Weise gilt für den Beruf des Juraprofessors: Abwechslung erfreut! Denn der Juraprofessor arbeitet rechtsdidaktisch, rechtsdogmatisch und rechtspraktisch. Dazu gehören Lehr- und Prüfungstätigkeiten wie etwa Vorlesungen, Seminare, mündliche Prüfungen, die Erstellung sowie die Korrektur von Examensklausuren, aber auch wissenschaftliche Vorträge, Konferenzen und Tagungen im In- und Ausland, nationale und internationale Vernetzungen sowie die Betreuung und Begutachtung von Master- und Doktorarbeiten und die Gremienarbeit innerhalb der Universität und Fakultät. Wichtig und wesentlich sind zudem die wissenschaftlichen Publikationen wie etwa Monografien, Kommentierungen, Aufsätze, Urteilsanmerkungen und Rezensionen. Zudem gewinnt die Einwerbung von Drittmitteln auch in der Rechtswissenschaft eine immer stärkere Bedeutung. Nicht zuletzt sollte jeder Juraprofessor aber auch die Brücke zur Rechtspraxis schlagen, z.B. durch Rechtsgutachten, eine richterliche Nebentätigkeit oder eine Dozententätigkeit in der Aus- und Weiterbildung. Das verhindert den akademischen Tunnelblick und kommt so auch den Studierenden zugute. Rechtsdogmatik und Rechtspraxis gehören zusammen. Die Dogmatik entwickelt sich in der Rechtswissenschaft immer auch am Problem und am Fall. Gute und gelingende Jurisprudenz zeigt und bewährt sich in der überzeugenden praktischen Anwendung.

**Beruf oder Berufung? Was trifft in Ihrem Fall zu?**

Um Professor werden zu können, muss man in einem Berufungsverfahren erfolgreich gewesen sein. Der Zufall spielt neben dem Können gewiss auch eine große Rolle. Max We-

ber hat dazu einmal bemerkt: Ich kenne kaum eine Laufbahn auf Erden, wo er eine solche Rolle spielt. Es ist im echten Wortsinn eine Berufung. Es muss sie meines Erachtens aber auch inhaltlich sein und lebenslang bleiben. Der Juraprofessor entscheidet weitgehend selbst, wann er arbeitet, wo er arbeitet und wie er arbeitet. Das hört sich natürlich fantastisch an! Wissenschaft braucht diese Freiheit. Sie erfordert viel „akademisches Sitzfleisch“ und ein hohes Maß an Selbstdisziplin. Ohne die Dunkelstunden der Einsamkeit gibt es keine exzellente Wissenschaft! Das kommt unübertroffen gut und klar in dem eindrucksvollen Roman „Die Vermessung der Welt“ aus der Feder von Daniel Kehlmann zur Sprache, wo es sinngemäß heißt: Ein Mensch allein am Schreibtisch. Ein Blatt Papier vor sich... . Wenn dieser Mensch nicht aufgibt, bevor er versteht. Das sei vielleicht Wissenschaft.

Das Schöne ist für mich, dass man als Rechtswissenschaftler zu jeder Zeit und an jedem Ort denken und schreiben kann. Das Pensum ist bei den meisten enorm. Eine einfache juristische Recherche oder ein Blick auf das Publikationsverzeichnis der Lehrstuhlhomepage zeigt jedem Außenstehenden, wie hoch das individuelle Publikationspensum ist. Für mich jedenfalls ist dies kein Nine-to-five-Job!

**Woher rührt Ihr Spaß an der Ausbildung des juristischen Nachwuchses?**

An Universitäten geht es immer um die Zukunft. Das gilt für die Materien, mit denen wir uns beschäftigen, aber auch für die Menschen, die wir begleiten. Ich sage meinen Studierenden immer: Sie sind die Zukunft! Jeder, der sich um Bildung und Ausbildung müht, trägt etwas zu dieser Zukunft bei. Was gibt es Schöneres? Gute Juristinnen und Juristen brauchen keine Angst vor der Zukunft zu haben. Sie haben eine gute Zukunft. Davon bin ich felsenfest überzeugt. Mir macht die didaktische Aufbereitung des Rechtsstoffes und das Rechtsgespräch mit den Studierenden viel Freude, so mühevoll es manchmal auch sein kann.

### Prof. Dr. Markus Würdinger



Professor an der Universität des Saarlandes

Markus Würdinger ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Europäisches und Internationales Privatrecht sowie Zivilprozessrecht an der Universität des Saarlandes.

Wenn es dann auch noch gelingt, ein wenig Humor in den Rechtsalltag zu mischen, dann bereitet der Beruf wirklich viel Freude.

### **Ist die Juristenausbildung auf einem guten Weg?**

Sie ist auf einem guten Weg, wenn sie an der Ausbildung zum Einheitsjuristen mit einer staatlichen Prüfung festhält. Das ist ihr Qualitätsiegel! Über die Anzahl der Klausuren und die Prüfungsinhalte lässt sich trefflich streiten. Wichtig ist aus meiner Sicht, dass wir auf eine stärkere Grundlagen- und Methodenkompetenz Wert legen und die europäische und internationale Dimension schärfen. Zudem müssen wir uns gegen eine Bologna-Juristenausbildung mit einer Niveauabsenkung stemmen. Der universitäre Schwerpunktbereich sollte so justiert werden, dass das Studium nicht unnötig in die Länge gezogen wird, die Abschlüsse vergleichbar sind und die Universitäten nicht zu viele Kräfte in diesen Bereichen binden. Im Übrigen müssen die Vorlesungen und Lehrveranstaltungen gut und niveauvoll sein. Wenn das gelingt, dann ist die Juristenausbildung jenseits von Reformdiskussionen und Strukturveränderungen auf einem guten Weg.

### **Muten wir dem Nachwuchs nicht zu viel zu?**

Ja und nein. Einerseits ist jeder juristischer Beruf sehr anspruchsvoll, so dass wir ein anspruchsvolles Studium brauchen, um die Studierenden gut aufzustellen und vorzubereiten. Insofern müssen wir unseren Studierenden viel zumuten. Das Jurastudium ist ein schwieriges und herausforderndes Studium. Es geht dabei um mehr als um eine reine Rechtskunde. Und damit komme ich zum anderen. Im Vordergrund muss die Anleitung zum selbstständigen juristischen Denken und Arbeiten stehen. Studierende müssen juristische Transfer- und eigene Denkleistungen erbringen können. Die Transferkompetenz ist entscheidend! Das zeichnet gerade das universitäre und rechtswissenschaftliche Studium aus. Es geht also nicht nur um juristisches Wissen, sondern auch und vor allem um juristisches Verständnis, Können und Bildung. Wir müssen den Studierenden helfen, die zunehmende Komplexität zu reduzieren, den Rechtsstoff kritisch zu reflektieren und auf merkfähige Fundamente zurückzuführen. Und die Prüfungen müssen – wie schon gesagt – genau das abbilden: Es muss weniger um Spezial- und Einzelwissen gehen und mehr um Grund- und Kontextwissen sowie Methoden- und Transferkompetenz.

### **Was können Professoren tun, um den Studierenden zu helfen, ihr Studium mit Erfolg zu bewältigen?**

Ich war als Student dankbar, wenn ich auf gute akademische Lehrer traf, die Mut machten und motivierten. Der

gute Juradozent ist ein Vermittler zwischen den Welten – zwischen dem abstrakten Lernstoff und den konkreten Persönlichkeiten, die vor ihm sitzen. Er muss die Türen zum Gesetz öffnen. Dies zu schaffen ist nicht leicht und bleibt eine ständige Herausforderung. Das bedeutet aber keinesfalls, dass die Vorlesung zu einer anspruchslosen Wohlfühlveranstaltung verkommen darf. Die Vorlesung muss die Studierenden intellektuell fordern und manchmal auch überfordern.

### **Welche Bedeutung kommt nach Ihrer Auffassung der Juristischen Methodenlehre zu?**

Die Juristische Methodenlehre ist so etwas wie ein Navigator. Die Materialfülle und der Informationsüberfluss machen es immer schwieriger, Rechtsgebiete insgesamt zu überblicken und juristische Streitfragen zu erfassen. Das ist nicht nur ein Problem, das Studierende haben. Es ist das Problem in der Rechtspraxis schlechthin. Nur wer methodisch denkt, kann Komplexes reduzieren. Ohne diese Begabung, die wesentlichen Informationen zu filtern, droht dem Rechtsanwender das, was Mephistopheles in Goethes Faust so treffend beschreibt: „Dann hat er die Teile in seiner Hand – Fehlt leider nur das geistige Band.“ Die Methodenlehre ist ein geistiges Band, das juristischen Texten immer mehr abhandenzukommen droht.

### **Das allseits bekannte Wort von Julius von Kirchmann „Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zur Makulatur“ stammt aus seinem Vortrag „Über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“. Was halten Sie von dieser These?**

Dieses Bonmot hat sich bis heute gehalten. Es ist irgendwie amüsant und gibt immer wieder Anlass, kritisch über die Rechtswissenschaft als Wissenschaft nachzudenken. Karl Larenz hat mit einem Vortrag „Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“ das falsche Wissenschaftsbild, das von Kirchmann zugrunde legt, entlarvt und das Aufgabenfeld der Rechtswissenschaft ganz gut umschrieben. Meines Erachtens sind drei Säulen prägend: die Auslegung und Rechtsfortbildung des geltenden Rechts, die Suche nach dem besseren Recht und die Vereinheitlichung und Systematisierung des Rechtsstoffs. Darum müssen wir Juristen uns in besonderer Weise. Und so gesehen ist die Rechtswissenschaft natürlich eine Wissenschaft. Eine Wissenschaft, die einen Großteil meiner Arbeitszeit in Anspruch nimmt und mir sehr viel Mühe, aber auch sehr viel Freude bereitet.

### **Was heißt denn das konkret?**

Im Recht tauchen immer wieder neue Fragen auf, die beantwortet werden müssen. Gewiss: Der Gesetzgeber re-

gelt den Rahmen und die Rechtsprechung entscheidet. Aber die Rechtswissenschaft bereitet die Entscheidungsfindung z.B. durch fundierte Aufsätze mit methodischem Tiefgang vor und wirkt so auf die zentralen Strukturveränderungen des Rechts ein. Und dann müssen alle Einzelheiten auch systematisch erfasst und geordnet werden. Hier kommt die Bedeutung von Kommentierungen ins Spiel.

### **Zum Beispiel?**

Gerade habe ich im Zwangsvollstreckungsrecht eine klassische Großkommentierung im Stein/Jonas abschließen können. Hier waren hunderte von Entscheidungen, Aufsätze und Monografien zu sichten, um fast einhundert Paragraphen des Zivilprozessrechts auf einen aktuellen Kommentierungsstand zu bringen, kritisch zu hinterfragen und dabei auch eigene Stellungnahmen und Thesen einzubringen. Zu meiner großen Freude bin ich mittlerweile auch Mitherausgeber des juris-Praxiskommentars BGB – ein Kommentar, der ausschließlich von Saarbrücker Professoren herausgegeben wird. Immerhin ist es der erste Onlinekommentar, „ein atmender Kommentar“ – wie Kollege Maximilian Herberger es einmal ausgedrückt hat. Dieser Kommentar besticht aus meiner Sicht durch zwei wesentliche Merkmale: Zum einen durch seine laufende Aktualität. Als Beispiel hierfür möge das ab dem 01.01.2018 geltende neue Bauvertragsrecht dienen. Die entsprechenden Änderungen des BGB sind bereits Anfang Mai 2017 verkündet worden, sodass die Autoren des Kommentars schon zeitnah nach der Verkündung zahlreiche Aktualisierungshinweise, Überarbeitungen und Neukomentierungen für die Leser eingearbeitet haben. Zum anderen überzeugt der Kommentar durch seine einzigartige Verlinkung, die es ermöglicht, per Mausclick Normen oder zitierte Rechtsprechung und Literatur sofort aufzurufen und unmittelbar für die Wissenschaft oder Rechtspraxis zu verarbeiten. Hier zeigt sich die Verklammerung von Theorie und Praxis in besonderer Weise.

### **Wie wird sich aus Ihrer Sicht die Rechtswissenschaft und Rechtspraxis durch die Digitalisierung verändern? Werden dadurch in Zukunft viele Stellen für Juristen wegfallen?**

Die Digitalisierung hat die vierte industrielle Revolution gebracht und wird die Arbeitswelt grundlegend und nachhaltig verändern. Das gilt auch für den juristischen Bereich. Man denke nur an den elektronischen Rechtsverkehr und die elektronische Akte. Aber keine Sorge: Einsparpotenziale und Rationalisierungseffekte gibt es meines Erachtens nur für automatisierte und standardisierte juristische Abläufe und Verfahren. Für komplexe Rechtsangelegenheiten wird

kein Subsumtionsautomat Juristen den Rang streitig machen. Juristen bleiben auch in einer technisierten Welt unverzichtbar. Ich meine sogar, dass die Digitalisierung gerade für Juristen neue Arbeitsplätze bringen wird. Viele neue juristische Fragen entstehen. Die juristische Komplexität wird zunehmen und ein qualifizierter Rechtsrat ist auch hier essenziell. Juristen brauchen in diesem Bereich gewiss ein technisches Vorverständnis und Knowhow. Aber dennoch ist auch hier der klassisch ausgebildete Jurist gefragt. Die Rechtswissenschaft muss die Veränderung der neuen Arbeitswelt durch die Digitalisierung positiv begleiten. Dies muss mit juristischem Tiefgang und methodengeleitet geschehen. Denn neue dogmatische Probleme kann nur derjenige überzeugend lösen, der sich in den alten Strukturen bewegen kann und sich neugierig auf das Neue ausrichtet. Gute Juristen von heute müssen also keine Angst vor der Digitalisierung und der veränderten Arbeitswelt von morgen haben.

### **Und was sind die wichtigsten Eigenschaften eines Juristen?**

Juristen sind zunächst einmal nicht so langweilig und trocken, schwerfällig und elitär wie manche glauben. Gute Juristinnen und Juristen zeichnen sich durch eine bestechende Klarheit in der Analyse, durch Kreativität, Fantasie und Präzision aus. Sie können meisterhaft systematisieren, vortrefflich strukturieren und vor allem: Sie können Komplexität reduzieren und auf den wesentlichen Punkt kommen. Die Kunst der Juristen ist nämlich die Kunst der Unterscheidung. Es geht darum, Wesentliches vom Unwesentlichen zu unterscheiden. Gute Juristinnen und Juristen können Rechtsfragen und Probleme gekonnt fokussieren und präzise einordnen. Sie sind immer auch Menschen, die methodisch und strukturiert denken. Zudem müssen Sie sich in guten Entscheidungen bewähren und sind daher auf tragfähige Lösungen ausgerichtet, mögen die Lebenssachverhalte und Fragestellungen auch noch so vielfältig und kompliziert sein.

### **Zum guten Schluss: Mit welchen Worten würden Sie einen Nachwuchsjuristen motivieren?**

Ich will es gerne augenzwinkernd mit einem bekannten Ausspruch von Thomas Carlyle versuchen: „Arbeite und lerne, und du kannst gar nicht verhindern, dass du etwas wirst.“

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

Das Interview wurde geführt von Professor Dr. Stephan Weth.

## DIE AUTOREN

## Stephanie Vogelgesang



Referentin bei dem saarländischen Ministerium der Justiz und Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität des Saarlandes

Studium der Rechtswissenschaften und Referendariat in Saarbrücken mit Stationen bei der Staatskanzlei des Saarlandes und dem Bundesverfassungsgericht. Referentin für den Bereich elektronischer Rechtsverkehr bei dem Ministerium der Justiz – Saarland. Daneben akademische Mitarbeiterin bei der juris-Stiftungsprofessur für Rechtsinformatik an der Universität des Saarlandes und dem Center for IT-Security, Privacy and Accountability (CISPA). Lehrbeauftragte an der Universität des Saarlandes (Fachbereich Rechtswissenschaften und Informatik) und an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer.

## Andreas Brilla



Weiterer Aufsicht führender Richter am Amtsgericht

Richter am Amtsgericht (waR), Fachbereichsleiter für das Familien- und Betreuungsgericht am Amtsgericht Mannheim. Nach dem Studium in Heidelberg und kurzer Tätigkeit in einer Großkanzlei seit 2003 in der baden-württembergischen Justiz, zunächst als Staatsanwalt und Richter am Amtsgericht (Familiengericht), dann in verschiedenen Kammern des Landgerichts Mannheim. Seit der Erprobung am Oberlandesgericht Karlsruhe 2011 wieder im Familienrecht tätig.

## Prof. Dr. Christian Rossow



Universitätsprofessor am Center for IT-Security, Privacy and Accountability

Nach dem Informatik-Studium in Amsterdam folgte 2013 die Promotion ebenda. Seit 2014 am Center for IT-Security, Privacy and Accountability (CISPA) Leiter der Forschungsgruppe „Systemsicherheit“. 2016 zum Professor auf

Lebenszeit an die Universität des Saarlandes berufen. Spezialisierung auf IT-Sicherheitsmechanismen, insbesondere für den Schutz vor Schadsoftware oder digitalen Überlastangriffen. Mitglied des Academic Advisor Network von Europol und einschlägige Kooperationen mit Strafverfolgungsbehörden wie dem FBI.

## Evelina Weiß



Rechtsanwältin

Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Konstanz von 2010 bis 2015. Zweites Staatsexamen April 2017. Seit Juni 2017 Rechtsanwältin bei Rittershaus Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB.

## Prof. Dr. Christoph Sorge



Professor an der Universität des Saarlandes

Nach dem Studium der Informationswirtschaft und der Promotion in Informatik, beides in Karlsruhe, war Christoph Sorge als Research Scientist bei den NEC Laboratories Europe beschäftigt. Es folgte ein Ruf auf die Juniorprofessur für Sicherheit in Netzwerken an der Universität Paderborn. Seit 2014 ist Herr Sorge Inhaber der juris-Stiftungsprofessur für Rechtsinformatik an der juristischen Fakultät der Universität des Saarlandes sowie Mitglied des Center for IT-Security, Privacy and Accountability (CISPA). Er befasst sich mit Themen an der Schnittstelle Recht und Informatik, insbesondere im Bereich des Datenschutzes und der IT-Sicherheit.

## Professor Dr. Dres. h.c. Peter Hanau



Professor (em.) an der Universität zu Köln

Promotion 1963 und Habilitation 1968 bei Prof. Dr. Gamillscheg. 1968 bis 1971 Professor für Privatrecht an der Freien Universität Berlin. Seit 1971 Professor für Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht an der Universität zu Köln. 1986 bis 1992

Mitglied der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages. 1986 bis 1989 Rektor der Universität zu Köln. Von 1990 bis 1999 Präsident des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes, seitdem Ehrenpräsident. 2000 Emeritierung; Fortsetzung der wissenschaftlichen Arbeit im Institut für Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht. Arbeitsgebiete: alle Bereiche des Arbeitsrechts; Schnittstellen von Arbeits- und Sozialrecht; Reform des Arbeitsmarkts; betriebliche Altersversorgung und Arbeitszeitkonten.

## Dr. Christoph Jeremias



Richter am Verwaltungsgericht

Seit 2008 Richter am Verwaltungsgericht Berlin, dort in der u.a. für Informationsfreiheitsrecht, Parteienrecht und Staatsangehörigkeitsrecht zuständigen Kammer tätig, zuvor wiederholt in einer für Prüfungs-, Hochschul- und Hochschulzulassungsrecht zuständigen Kammer. Herr Jeremias ist Co-Autor eines Buches zum Prüfungsrecht und Dozent bei Seminaren zum Prüfungsrecht.

Jeremias ist Co-Autor eines Buches zum Prüfungsrecht und Dozent bei Seminaren zum Prüfungsrecht.

## Simon Schachinger



Assessor iuris

Studium der Rechtswissenschaft an der Humboldt-Universität zu Berlin und dem University College Dublin (2009-2015). Anschließend wissenschaftlicher Mitarbeiter bei der Sozietät Flick Gocke Schaumburg. Referendariat am Kammergericht Berlin mit Stationen beim Bundesministerium der Finanzen, der Rechtsanwaltskanzlei Gleiss Lutz und dem deutschen Generalkonsulat in Miami (2015-2017). Seit 2017 Doktorand im Steuerrecht.

Studium der Rechtswissenschaft an der Humboldt-Universität zu Berlin und dem University College Dublin (2009-2015). Anschließend wissenschaftlicher Mitarbeiter bei der Sozietät Flick Gocke Schaumburg. Referendariat am Kammergericht Berlin mit Stationen beim Bundesministerium der Finanzen, der Rechtsanwaltskanzlei Gleiss Lutz und dem deutschen Generalkonsulat in Miami (2015-2017). Seit 2017 Doktorand im Steuerrecht.

## IMPRESSUM

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

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

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

**Medieninhaber und Verlag:** juris GmbH, Juristisches Informationssystem für die Bundesrepublik Deutschland, 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

5. Jahrgang

## IN EIGENER SACHE

### 5 Jahre juris – Die Monatszeitschrift (jM)

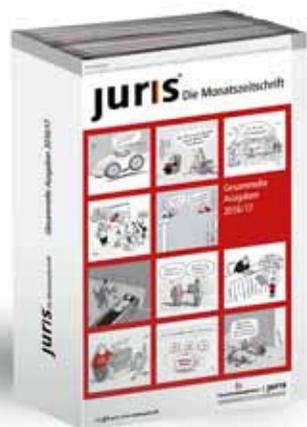
Die Herausgeber von juris – Die Monatszeitschrift (jM) und juris sind vor fünf Jahren mit der Idee angetreten, eine Zeitschrift zu entwickeln, die einmal monatlich aktuell, konzentriert und auf hohem Niveau über juristische Themen informiert und unsere Leserinnen und Leser anregt, sich über den Tellerrand ihres eigenen Fachgebietes hinaus auf den aktuellen Rechtsstand zu bringen.

Die jM wird umfangreich in Rechtsprechung und juristischen Publikationen zitiert. Zu ihren Beziehern gehören u. a. alle Mitglieder des Deutschen Anwaltvereins sowie sämtliche deutsche Gerichte; hinzu kommt eine intensive Online-Nutzung.

Wir danken daher all unseren Leserinnen und Lesern für ihr Vertrauen und freuen uns auf viele weitere interessante Ausgaben!

Ihre juris GmbH

### jM-Einbanddecke 2016/2017



Über unseren jurisAllianz-Partner Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm können ab dem 08.01.2018 für die monatlich erscheinende Fachzeitschrift jM Einbanddecken bestellt werden.

Der Preis der Einbanddecke (Ausl.-Nr.: HR201069) für die 22 Hefte der Jahrgänge 2016/2017 inkl. Jahresverzeichnis beträgt 15 € inkl. MwSt. Telefonische Bestellungen via 089 / 2183 7928 oder per E-Mail an: kundenservice@hjr-verlag.de

## Staudinger Online partnered by juris GmbH

Neben der Gesamtausgabe ist nun auch der Bezug von Teilpaketen möglich. Die Online-Module bieten Ihnen eine sichere Argumentationshilfe, wenn andere Informationen nicht mehr weiterhelfen. Besonders vorteilhaft sind die regelmäßigen Online-Aktualisierungen der Kommentierung und die umfassende Verlinkung mit der juris Datenbank. So bearbeiten Sie Ihre Mandate effizient, rechtssicher und lösungsorientiert.

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



### STAUDINGER Online Bankrecht

Enthält 12 ausgewählte Staudinger-Bände mit fundierten Erläuterungen der für das Bankrecht relevanten BGB-Vorschriften inklusive Geld-, Wertpapier- und Kondiktionenrecht. Die Staudinger-Kommentierungen behandeln die zivilrechtlichen Fragen zum Bankrecht und lösungsorientiert: von der Kontoführung über den bargeldlosen Zahlungsverkehr bis zum Kreditgeschäft (Verbraucherkredite, Unternehmenskredite, Konsortialfinanzierungen und Beantwortung schwieriger Fragen auf dem Gebiet des Geldrechts).

### STAUDINGER Online Immobilienrecht

Enthält 11 ausgewählte Staudinger-Bände mit fundierten, lösungsorientierten Erläuterungen der BGB-Vorschriften zu Immobilienrecht und WEG inklusive Werkvertrags- und Maklerrecht.

Die Kommentierungen bearbeiten sämtliche denkbaren Probleme im Rahmen des immobilienrechtlichen Mandats analytisch und mit eigenständigen Lösungsvorschlägen für noch nicht geklärte oder umstrittene Rechtsfragen. Sei es bei komplexen beurkundungsrechtlichen Fragen, sei es bei der dogmatisch vertieften Erläuterung zur Begründung, Veränderung und Aufhebung von Wohnungseigentum oder der wichtigen und rechtlich häufig schwierig zu bearbeitenden Kreditsicherung durch Grundschuld oder Hypothek.

### STAUDINGER Online Kreditsicherheiten

Enthält 7 ausgewählte Staudinger-Bände mit fundierten, lösungsorientierten Erläuterungen der für das Kreditsicherungsrecht relevanten BGB-Vorschriften inklusive Geldrecht. In Zeiten des ungebremsen Immobilienbooms wächst der Bedarf nach sicheren rechtlichen Lösungen und Sicherheiten für die zu vergebenden Kredite.

Der Staudinger liefert zu diesen für die Rechts- und Bankberatung häufig komplexen Fallgestaltungen umfassende, verständliche und rechtssichere Informationen, egal, ob es sich um Kreditsicherheiten, Kreditlaufzeit, Zinsbindung, Widerrufsrecht, Vorfälligkeitsentschädigung, Restschuld oder Umschuldungskredit handelt.

### STAUDINGER Online Miet- und WEG-Recht

Bietet Ihnen sowohl die topaktuellen Neubearbeitungen 2018 des Mietrechts als auch die Neukommentierung des WEG. Die Kommentierungen sind auf Ihre Bedürfnisse im Miet- und Wohnungseigentumsrecht zugeschnitten.

Zusätzlich enthalten: die aktuelle Staudinger-Kommentierung zum AGG sowie die Kommentierung u. a. zu Pacht und Landpacht.

### Informationsforen und Veranstaltungen

Termine 2018: [www.juris.de/veranstaltungen](http://www.juris.de/veranstaltungen)

### NEU: juris PraxisReport Öffentliches Baurecht

Herausgeber: Prof. Dr. Johannes Handschumacher, RA und FA für Bau- und Architektenrecht

Der ab Januar 2018 monatlich erscheinende juris PraxisReport Öffentliches Baurecht umfasst alle Themen des formellen und materiellen Öffentlichen Baurechts und des korrespondierenden Verfahrensrechts. Es wird auch das einschlägige Landesrecht berücksichtigt. Konkret werden folgende Bereiche abgedeckt:

- Bauplanungsrecht
- Bauordnungsrecht
- Erschließungsbeitragsrecht
- Straßenrecht

Der PraxisReport wendet sich an Gerichte, Baubehörden in Bund, Ländern und auf kommunaler Ebene, Aufsichtsbehörden, Rechtsanwälte, insbesondere Fachanwälte für Bau- und Architektenrecht, Hochschulen und Anbieter von Fortbildungen, große Unternehmen mit eigener Bau(rechts)-abteilung. Mehr unter: [www.juris.de/praxisreport](http://www.juris.de/praxisreport)

### juris Webinare

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

#### Einführung in die neue juris Recherche

11.01.2018,	14:00 – 15:00 Uhr
18.01.2018,	10:00 – 11:00 Uhr
25.01.2018,	14:30 – 15:30 Uhr
01.02.2018,	10:00 – 11:00 Uhr
08.02.2018,	14:00 – 15:00 Uhr

#### Einführungs-Webinar für Neukunden

10.01.2018,	14:00 – 15:00 Uhr
17.01.2018,	14:00 – 15:00 Uhr
24.01.2018,	11:00 – 12:00 Uhr
31.01.2018,	11:00 – 12:00 Uhr
07.02.2018,	14:00 – 15:00 Uhr

#### Fortgeschrittenen-Webinar

10.01.2018,	10:00 – 11:00 Uhr
31.01.2018,	14:00 – 15:00 Uhr

Schlegel | Voelzke

juris PraxisKommentar

# SGBX

Sozialverwaltungsverfahren  
und Sozialdatenschutz

Bernd Mutschler  
Prof. Dr. Ingo Palsherm

Online-Kommentar  
inkl. E-Book!

## NEU: 2. Auflage

Die Neuauflage berücksichtigt u. a.

- das Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie vom 23.06.2017 und
- das Gesetz zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen vom 30.10.2017.

Zukünftige Änderungen der datenschutzrechtlichen Vorschriften (§§ 67-85a SGB X; EU-DSGVO) sind ebenfalls bereits in die Kommentierung einbezogen. Weitere Aktualisierungen werden fortlaufend eingearbeitet. So arbeiten Sie immer auf dem neuesten Rechtsstand.

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

Ständige Aktualisierung!

# JETZT NOCH EINFACHER SUCHEN MIT JURIS.DE



Intelligenter  
suchen



Besser  
überblicken



Intuitiver  
bedienen

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

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

**juris**® Das Rechtsportal

**jurisAllianz**  
Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.