

Juris[®] Die Monatszeitschrift

JM 12 | DEZEMBER
2018

Topthema:

„Big NADA is watching you“ – Meldeverpflichtungen von Athleten

RA Dr. Paul Lambertz

In dieser Ausgabe:

Die Autonomie oder die gescheiterte Interdisziplina- rität der Rechtswissenschaft

Univ.-Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Michael
Martinek

Neuere Entwicklungen im Waffenrecht

Dr. Gunther Dietrich Gade

Interview:

Fröhliche (Arbeits-)Rechts- wissenschaft

Prof. em. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hanau





juris PartnerModul

Polizeibehörden

partnered by C.F. Müller | Kohlhammer

In dieser Onlinebibliothek durchsuchen Sie hochkarätige Kommentarliteratur zu den Vorschriften des StGB, des VwVG/VwZG und der VwGO. Weitere Schwerpunkte sind das Polizei- und Ordnungsrecht sowie aktuelle Themen wie Internet- oder politisch motivierte Kriminalität.

Hand- und Lehrbücher zu Kriminalstrategie und -taktik sowie zu brandaktuellen strafrechtlichen Themen sorgen mit einer Vielzahl von Beispielfällen für ein schnelles Verstehen der Zusammenhänge und unterstützen bei der praktischen Anwendung, sei es in der Klausur oder bei der Ermittlungsarbeit. Die Zeitschrift Kriminalistik informiert monatlich zu neuen Entwicklungen. Durch eine umfassende Sammlung von Verfahrensmustern sparen Sie weitere Zeit.

Die Titel sind auf dem neuesten Rechtsstand und berücksichtigen die landesrechtlichen Vorschriften und das EU-Recht. Sie sind für die Online-Nutzung in der bewährten juris Qualität aufbereitet. Dank professioneller Verlinkung mit der juris Datenbank recherchieren Sie effizient und komfortabel.

Inhalt:

- AnwaltKommentar StGB, Heidelberger Kommentar, Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.)
- Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Rebmann/Roth/Herrmann
- Kriminalistik
- Polizei- und Ordnungsrecht, Schenke
- Verwaltungsgerichtsordnung, Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll
- VwVG/VwZG, Sadler
- und viele weitere Titel

+ Rechtsprechung, Gesetze und Literaturnachweise von juris

Mehr Informationen unter: www.juris.de/pm-polizei

Jetzt zum Einführungspreis!



ab 40,50 €/Monat*

zzgl. MwSt.

* Dieser Einführungspreis (10 % Rabatt) gilt bei Bestellung bis 01.10.2019 für das 1. Vertragsjahr.

juris Allianz

Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Topthema:

Zivil- und Wirtschaftsrecht

„Big NADA is watching you“ – Meldeverpflichtungen von Athleten

RA Dr. Paul Lambertz

S. 442

Die Autonomie oder die gescheiterte Interdisziplinarität der Rechtswissenschaft

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

S. 447

Kein Wechsel von Minderung auf den großen Schadensersatz

BGH, Urt. v. 09.05.2018 - VIII ZR 26/17

Prof. Dr. Michael Jaensch

S. 454

Hinreichende Bestimmtheit einer „Saldo-klage“ des Vermieters bei Einstellung unterschiedlicher Forderungen in ein Mietkonto

BGH, Urt. v. 21.03.2018 - VIII ZR 68/17

Dr. Jutta Hartmann

S. 457

Ehegattenunterhalt von Besserverdienern

BGH, Beschl v. 15.11.2017 - XII ZB 503/16

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

S. 460

Arbeitsrecht

Der diskriminierte Chefarzt – Neues aus Luxemburg!

EuGH, Urt. v. 11.09.2018 - C 68/17

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

S. 462

Sozialrecht

Eine Sperrzeit für in Tateinheit stehende Arbeitsablehnungen

BSG, Urt. v. 03.05.2018 - B 11 AL 2/17 R

Ri'nSG Dr. Andrea Bindig

S. 465

INHALT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Verwaltungsrecht

Neuere Entwicklungen im Waffenrecht

Dr. Gunther Dietrich Gade

S. 467

Reichweite und Wirkkraft der Grundrechte im Privatrechtsverkehr

BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018 - 1 BvR 3080/09

RA und Wiss. Mit. Veris-Pascal Heintz

S. 474

Steuerrecht

Ernstliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit von Aussetzungszinsen für den Zeitraum ab 2012

BFH, Beschl. v. 03.09.2018 - VIII B 15/18

RiBFH Dr. Nils Trossen

S. 476

Strafrecht

Alter Wein, aber neue Schläuche: Mittäterschaft und Beihilfe beim Computerbetrug

BGH, Beschl. v. 28.11.2017 - 3 StR 466/17

Wiss. Mit. Carlo Kunz

S. 479

INTERVIEW

Fröhliche (Arbeits-)Rechtswissenschaft

Interview mit:

Prof. em. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hanau

S. 481

Neues zur Drittwirkung von Grundrechten?



Prof. Dr. Stephan Weth

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

Unser Top-Thema befasst sich mit den Meldepflichten von Athleten. Für sie gebe es – so unser Autor Lambertz – keinen Feierabend. Sie seien ständig verpflichtet, ihren beruflichen Verpflichtungen und den Meldeauflagen nachzukommen. Für einen wirkungsvollen Anti-Doping-Kampf sei es nämlich unerlässlich, dass die kontrollierenden Stellen (für deutsche Athleten in aller Regel die NADA) den genauen Aufenthalt der Athleten zu fast jedem Zeitpunkt kennen würden. Die Meldeauflagen seien der Preis, den die vielen sauberen Athleten für die wenigen Betrüger zahlen müssten.

Der Preis, den die Athleten für ihre Berufsausübung zahlen müssen ist hoch. Der Athlet wird gläsern. Er muss für jeden Tag seine jeweiligen Aufenthaltsorte mit genauer Adresse (z.B. Schwimmhalle, Arbeitsstätte) angeben, für jeden Tag einen Ort benennen, an dem er für 60 Minuten für eine Doping-Kontrolle angetroffen werden kann, im Übrigen per SMS erreichbar sein (wenn auch nicht rund um die Uhr). Wenn sich Orte und Zeiten ändern, an denen die Doping-Kontrolle stattfinden kann, muss der Athlet dies zeitnah melden. Die genannten Verpflichtungen der Athleten ergeben sich aus privatrechtlichen Verträgen, die diese mit den Sportverbänden und der NADA abgeschlossen haben und bürden einem Athleten Beeinträchtigungen in der privaten Lebensführung auf. Könnten hier einem Athleten die Grundrechte helfen?

Damit ist eine Frage angesprochen, der sich in einer Anmerkung zum Beschluss des BVerfG v. 11.04.2018 unser Autor Heintz widmet. Es ist die Frage, wie die Grundrechte im Privatrechtsverkehr wirken, ob ihnen unmittelbare oder (nur) mittelbare Drittwirkung zukommt. Dieser Streit schien zugunsten der Lehre von der mittelbaren Drittwirkung entschieden. Danach verpflichten die Grundrechte die Privaten nicht unmittelbar. Sie haben – so die ständige Rechtsprechung – vielmehr auf die privatrechtlichen Rechtsbeziehungen Ausstrahlungswirkung und sind von den Fachgerichten insbesondere über zivilrechtliche Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe bei der Auslegung des Fachrechts zur Geltung zu bringen. Die Grundrechte entfalten hierbei ihre Wirkung als verfassungsrechtliche Wertentscheidungen und strahlen als Richtlinien in das Zivilrecht ein. Nach Auffassung unseres Autors hat das BVerfG mit der besprochenen Entscheidung unnötigerweise eine Diskussion neu entfacht, die bereits als erledigt galt und eine quasi-staatliche Grundrechtsbindung angenommen, bei der sich Grundrechte – etwa im Arbeitsrecht – unmittelbar auf private Rechtsbeziehungen auswirken könnten.

Sicherlich wäre es problematisch, wenn man die Grundrechte im Arbeitsverhältnis als Abwehrrechte des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber positionieren würde. Dafür bietet m.E. die Rechtsprechung des BVerfG aber keine Anhaltspunkte. Im Übrigen scheint es aber sinnvoll, die Frage neu zu diskutieren, wie die Grundrechte im Privatrechtsverhältnis wirken. Gerade im Arbeitsrecht werden zahlreiche Fallkonstellationen gestützt auf grundrechtliche Überlegungen gelöst. Jenseits der Schlagworte scheint mir hier vieles unklar und einer Aufhellung durch eine intensive Diskussion bedürftig.

Ob die genannten Meldeauflagen für Athleten einer Überprüfung an den – unmittelbar oder mittelbar wirkenden – Grundrechten standhalten würden, hängt wohl im Wesentlichen davon ab, ob diese Auflagen wirklich für eine wirksame Dopingkontrolle erforderlich sind. Sollte diese Frage zu bejahen sein, könnte sich die Anschlussfrage stellen, ob nicht Anstrengungen unternommen werden müssten, durch geänderte Technik und/oder Verfahren die Situation für die Athleten erträglicher zu gestalten.

Eine erkenntnisreiche Lektüre der Dezember-Ausgabe wünscht Ihnen

Ihr

Stephan Weth

„Big NADA is watching you“ – Meldeverpflichtungen von Athleten

RA Dr. Paul Lambertz

Doping und (Spitzen-)Sport sind seit jeher leider untrennbar miteinander verbunden. Denn wie auch sonst gilt: Dort wo Menschen gegeneinander antreten, wird es auch Menschen geben, die sich einen unlauteren Vorteil verschaffen wollen. Doch der Kampf gegen das Doping wird mit aller Schärfe geführt, teilweise aber leider auch auf dem Rücken der Athleten. Der Fokus dieses Beitrags liegt auf den umfassenden Meldepflichten der Athleten und den sich aus deren Verletzung ergebenden Konsequenzen für Athleten, Verbände und die Nationale Anti Doping Agentur (NADA).

A. Die Rechtsbeziehung der Akteure des Sports untereinander

Zunächst ist es wichtig zu verstehen, wer wie mit wem (vertraglich) verbunden ist. Im Sport gibt es in Bezug auf die Aufdeckung von Doping drei Beteiligte. Diese drei Beteiligten sind die Athleten, die NADA und die Sportverbände. Diese drei Protagonisten sind unterschiedlich miteinander verbunden.

Zwischen den Athleten und den Verbänden besteht ein sog. Lizenzvertrag. Damit erteilt der jeweilige Verband dem Athleten das Recht, für einen bestimmten Zeitraum in vom ihm legitimierten Wettkämpfen an den Start gehen zu dürfen. Bestandteil dieser Lizenzverträge ist auch immer die Verpflichtung zur Einhaltung der Anti-Doping-Regeln sowie eine Schiedsvereinbarung zwischen Athlet und Verband.

Athlet und NADA sind über den NADA Code vertraglich miteinander verbunden, dessen Geltung der Athlet mit dem Abschluss des Lizenzvertrags anerkennt. Diese Anerkennung des NADA Codes ist gleichzeitig als Angebot gegenüber der NADA zu werten, einen Vertrag sui generis zu begründen, dessen Rechte und Pflichten zwischen Athlet und NADA sich aus dem NADA Code ergeben. Spätestens mit der ersten durchgeführten Doping-Kontrolle nimmt die NADA dieses Angebot des Athleten an.

Sofern ein nationaler Sportverband die NADA mit der Durchführung des sog. Ergebnismanagements beauftragt hat, begründet dies ein direktes vertragliches Schuldverhältnis zwischen NADA und dem jeweiligen Verband. Ergebnismanagement bezeichnet gem. Art. 7.1.1 des NADC¹ den Vorgang ab Kenntnis von einem von der Norm abwei-

chenden oder atypischen Analyseergebnis oder von einem möglichen anderen Verstoß gegen Anti-Doping-Bestimmungen oder von einem möglichen Meldepflichtversäumnis oder einer versäumten Kontrolle bis zur Durchführung eines Disziplinarverfahrens. Eine solche Übertragung dieser Kompetenz ist explizit im NADA Code vorgesehen, Art. 7.1.2 NADC. Im Fall der Feststellung von Meldepflicht- und Kontrollversäumnissen liegt die Zuständigkeit für deren Feststellung jedoch ausschließlich bei der NADA, Art. 7.1.7 NADC.

Hat der Verband das Ergebnismanagement auf die NADA übertragen, ist diese Erfüllungsgehilfe i.S.d. § 278 BGB, denn die NADA übernimmt eine Verbindlichkeit des Verbands.² Sollte die NADA also bei der Durchführung des Ergebnismanagements Rechte des Athleten verletzen, müsste sich dieser an seinen Verband als Vertragspartner und nicht an die NADA wenden.

B. Die essentialia negotii des Anti-Doping-Kampfes

Damit der Kampf gegen das Doping funktionieren kann, müssen die Athleten jederzeit unangekündigt auf die Einnahme verbotener Substanzen getestet werden (können), wobei sich die NADA selbst verpflichtet hat, grds. keine Doping-Kontrollen zwischen 23:00 und 6:00 Uhr durchzuführen.³ Denn nur durch den Überraschungseffekt einer nicht angekündigten Kontrolle können Doping-Verstöße überhaupt entdeckt werden. Es ist daher zum einen unerlässlich, dass die kontrollierenden Stellen, für deutsche Athleten in aller Regel die NADA, den genauen Aufenthalt der Athleten zu fast jedem Zeitpunkt kennen,⁴ als auch zum anderen, dass jeder Athlet verpflichtet ist, an jedem Ort und zu jedem Zeitpunkt für Doping-Kontrollen zur Verfügung zu stehen. Letzteres wird mit der in Art. 4.1 SfM statuierten Athletenpflicht festgeschrieben.⁵

1 NADA Code 2015.

2 Vgl. Schaub in: BeckOGK, § 278 Rn. 91, Stand 01.09.2018.

3 Siehe Kommentar zu Art. 5.3.2 NADC.

4 Vgl. Art. 1 der SfM.

5 Standard für Meldepflichten der Nationalen Anti Doping Agentur Deutschland Version 4.0, 01.07.2017 (SfM).

I. Die Meldeverpflichtung der Athleten

Wie zuvor dargestellt, ist es für den Doping-Kampf unverzichtbar zu wissen, wo Athleten angetroffen werden können, um diese einer Doping-Kontrolle zu unterziehen. Die Athleten sind daher verpflichtet, lückenlos über ihren Aufenthaltsort Bericht zu erstatten. Es ist aber nicht jeder Athlet verpflichtet, Organisationen wie der NADA seinen Aufenthaltsort mitzuteilen. Als Faustregel kann man jedoch sagen, je „besser“ der Athlet ist, desto eher und so mehr Angaben muss er über seinen jeweiligen Aufenthaltsort machen. Welche Angaben zu seinem genauen Aufenthaltsort der einzelne Athlet tatsächlich machen muss, ergibt sich aus seiner Zuordnung zu den sog. Testpools. Derzeit gibt es vier solcher Testpools: Den nationalen Testpool (NTP), den Registered Testing Pool (RTP), den allgemeinen Testpool (ATP) und den Team-Testpool (TTP).

Die NADA bestimmt für jede in ihrem Doping-Kontrollplan aufgenommene Sportart die Kriterien für die Aufnahme eines Athleten in den jeweiligen Testpool. Diese Kriterien werden auf der Homepage der NADA veröffentlicht, Art. 2.1 SfM. Aktuell gibt es folgende Einordnung für die einzelnen Testpools:

Dem RTP gehören Athleten an, die bereits einem internationalen RTP angehören sowie A-Kader-Athleten der Sportarten der Risikogruppe A (hohes Doping-Risiko). Dem NTP gehören A-Kader-Athleten der Sportarten der Risikogruppe B (mittleres Doping-Risiko) und C (geringes Doping-Risiko), alle B-Kader-Athleten der Sportarten der Risikogruppe A sowie alle Athleten des erweiterten Kreises der Mannschaft für die Olympischen Spiele an. Dem ATP werden alle anderen Bundeskaderathleten, die nicht bereits Mitglied des RTP oder NTP sind, zugeordnet. Dem TTP werden alle spielberechtigten Fußballspieler der 1. und 2. Bundesliga, die nicht bereits Mitglied des NTP sind und alle spielberechtigten Eishockeyspieler der DEL, die nicht bereits als Mitglied des RTP, NTP oder ATP gemeldet wurden, zugeordnet. Stand Mai 2016 gab es ca. 500 RTP-, 2.000 NTP-, 5.000 ATP- und 1.500 TTP-Athleten.⁶

Welche Sportart als besonders dopinggefährdet und welche ein eher geringeres Risiko aufweist, wird in einem besonderen Verfahren festgelegt. Dabei werden etwa empirische Daten ausgewertet und bestimmt, wie hoch die rechnerische, tendenzielle Doping-Gefährdung dieser Sportart ist. Es wird bspw. das Verhältnis von positiven Doping-Fällen einer jeden Sportart/Disziplin im Verhältnis zur Anzahl der genommenen Doping-Proben und der kontrollierten Athleten berechnet. Ebenso wird berücksichtigt, wie wahrscheinlich eine Leistungssteigerung durch die Einnahme von verbotenen Mitteln bzw. durch die Anwendung verbotener Methoden ist oder wie hoch der Anreiz zu dopen ist, um sich finanzielle Vorteile aus seiner gesteigerten Leistungsfähigkeit zu verschaffen. Stand Juli 2016 wurden bspw. Rudern, Radsport oder Triathlon der Risikogruppe A, Boxen, Tennis oder Feldhockey der Risikogruppe B und Schach, Billard und Reitsport der Risikogruppe C zugeordnet.⁷

II. Zum Umfang der Meldeverpflichtungen der Athleten

In Abstimmung mit dem jeweiligen nationalen Sportfachverband legt die NADA fest, welcher Athlet welchem Testpool angehört, Art. 2.2 SfM. Diese Zugehörigkeit besteht dann grds. für zwölf Monate, Art. 2.3 SfM. Nach Ablauf dieser Zeit wird die Poolzugehörigkeit neu bewertet.

Der Umfang der Meldepflichten variiert stark zwischen den einzelnen Testpools. Am stärksten sind die Athleten des RTP betroffen, Art. 3.1. SfM. Diese müssen bspw. eine vollständige Postanschrift, eine E-Mail-Adresse, eine Telefonnummer, unter der sie per SMS erreicht werden können und einen Vertreter benennen, um für die NADA erreichbar zu sein. Allerdings geht die Verpflichtung zur Erreichbarkeit nicht so weit, dass der Athlet rund um die Uhr telefonisch erreichbar sein müsste. Auch dem Athleten sind die üblichen Stunden der Nachtruhe zuzugestehen, ohne dass ihm daraus ein Nachteil erwachsen könnte. Weiterhin sind sie verpflichtet, für jeden Tag des Quartals die vollständige Adresse des Ortes anzugeben, an dem sie übernachten werden und an dem sie regelmäßigen Tätigkeiten nachgehen, wie bspw. der Schwimmhalle, der Schule oder der Arbeitsstätte. Geht der Athlet keiner regelmäßigen Tätigkeit nach, muss dies unter Angabe eines Grundes vermerkt werden. Zusätzlich hierzu ist der Athlet verpflichtet, für jeden Tag einen Ort zu bestimmen, an dem er für 60 Minuten für eine Doping-Kontrolle angetroffen werden kann, Art. 3.1.2 SfM. Der Athlet kann diesen Zeitraum frei wählen. Viele Athleten wählen dabei einen möglichst frühen Zeitraum, i.d.R. kurz vor oder nach der üblichen Aufstehzeit, da sie dort in aller Regel sehr sichere Aussagen darüber treffen können, wo sie sich aufhalten werden.

Die Angaben müssen derart genau und detailliert sein, damit der Athlet an jedem Tag des Quartals einschließlich, aber nicht ausschließlich, während des für diesen Tag angegebenen 60-minütigen Zeitfensters für Doping-Kontrollen aufgefunden werden kann.⁸ Die Ortsangabe „Laufen im Schwarzwald“ reicht dabei nach der Kommentierung des Art. 3.1.3 SfM nicht aus. Ist dieses Beispiel selbsterklärend, werden den Athleten jedoch keine weiteren Hinweise gegeben, wie genau ihre Ortsangabe

6 www.nada.de/doping-kontroll-system/beteiligte-am-kontrollprozess/athletinnen-athleten/ (Alle Internetseiten zuletzt abgerufen am 15.10.2018).

7 Übersicht über die Risikogruppen, Stand Juli 2016, abzurufen unter: www.nada.de/fileadmin/user_upload/nada/DKS/160729_Uebersicht_Risikogruppen.pdf.

8 Einen Eindruck, was das für die Athleten bedeutet, können Sie auf der Internetseite der Hahner Zwillinge bekommen: www.hahnertwins.com/de/news/413-unschuldsvermutung.

aussehen muss. Jeder Athlet ist daher gut beraten, seine Angaben so konkret wie möglich zu machen, um möglichen Diskussionen mit der NADA aus dem Weg zu gehen. Ändern sich die angegebenen Orte oder Zeiten, muss der Athlet dafür Sorge tragen, dass die Angaben zeitnah aktualisiert werden, Art. 3.1.4 SfM. Diese Angaben müssen die Athleten in das „Anti-Doping Administration and Management System“ (ADAMS) einpflegen, Art. 9 SfM. ADAMS ist ein webbasiertes Datenmanagementsystem für Dateneingabe, Datenspeicherung, Datenaustausch und Berichterstattung, das die Welt Anti Doping Agentur (WADA) und sonstige Berechtigte – wie bspw. die NADA in Deutschland – bei ihren Anti-Doping-Maßnahmen unter Einhaltung des Datenschutzrechts unterstützen soll. Allerdings kommt es immer wieder dazu, dass die Eingabe in ADAMS nicht möglich ist und die Athleten ihre Angaben auf anderem Weg aktualisieren müssen.⁹ Dies führt zu Frustration bei den Athleten und ist Einfallstor für Meldepflichtverstöße.

Athleten des NTP müssen bis auf Angabe des einstündigen Zeitfensters dieselben Angaben machen wie RTP-Athleten. Ist der Athlet dem ATP zugeordnet, muss er weit weniger streng Rechenschaft über sein Leben abgeben. So reicht es aus, dass dieser Kontaktdaten (E-Mail-Adresse, Telefonnummer und Ähnliches), seinen ständigen Aufenthaltsort, seine regelmäßigen Trainingstermine und Saisonhöhepunkte offenbart, Art. 3.3 SfM.

Für die Mannschaftsportler nimmt ein vorher bestimmter Betreuer/Trainer die Meldung vor. Hierbei müssen wöchentlich der Wochenplan der Mannschaft und die Athleten, die am Training/Wettkampf nicht teilnehmen, genannt werden.

III. Ablauf einer Doping-Kontrolle

Soll der Athlet auf die Einnahme verbotener Mittel getestet werden, beauftragt die NADA Drittunternehmen mit der Durchführung der Proben. Die Kontrolleure treten dabei i.d.R. als Zweier-Team auf. Wer kontrolliert wird, bestimmt die NADA. Über die Durchführung der Kontrolle erstellen die Kontrolleure ein Protokoll, welches an die NADA geschickt wird.

C. Verstöße gegen die Meldepflichten

Es gibt zwei denkbare Möglichkeiten, wie ein Athlet nun gegen seine Meldepflichten verstoßen kann: Entweder sind die Angaben zum Aufenthaltsort (Stichwort: Laufen im Schwarzwald) nach Ansicht der NADA nicht genau genug oder aber der Athlet wird nicht an dem angegebenen Ort angetroffen. In diesen Fällen spricht man dann vereinfacht gesagt von einem Strike. 2017 stellte die

NADA bei 7.015 Trainingskontrollen 331 Strikes fest, wobei es sich im Einzelnen um 49 versäumte Kontrollen, 254 Verstöße gegen die Aktualisierungspflicht und 39 nicht fristgerecht eingereichte Quartalsmeldungen handelte.¹⁰

Jede Kombination von drei Meldepflichtversäumnissen innerhalb eines Zeitraums von zwölf Monaten stellt einen Verstoß gegen den Nationalen Anti-Doping Code dar, Art. 2.4 NADC. Diese kumulierten Verstöße resultieren dann grds. in eine zweijährige Sperre, führen also im Fall eines Profisportlers zu einem Berufsverbot, Art. 10.3.2 NADC. Liegen besondere Umstände vor, kann die Sperre auf ein Jahr reduziert werden.

Bevor eine Sanktion wegen drei Meldeverstößen ausgesprochen wird, werden diese drei Meldeverstößen jedoch noch einmal in einem gesonderten Verfahren auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft. Selbst wenn der Athlet im Vorfeld den einzelnen Strike nicht angegriffen haben sollte, so droht ihm dennoch keine Präklusion, da eine solche Rechtsfolge nicht vorgesehen ist.

Nachdem die NADA das Protokoll einer nicht erfolgreich verlaufenen Doping-Kontrolle erhalten hat, prüft diese in einem Dreier-Gremium, ob sich aus den im Protokoll enthaltenen Informationen ein mögliches Meldepflicht- und/oder Kontrollversäumnis ergibt. Sollte dies der Fall sein, wird der Athlet von der NADA angeschrieben, die ihm die Möglichkeit gibt, sich binnen zwei Wochen zu dem Vorwurf zu äußern. Dem Athleten ist hierbei zu raten, alle ihn entlastenden Fakten zu präsentieren, dies ggf. unter Angabe von Zeugen oder Übersendung von Unterlagen. Denn in diesem frühen Stadium des Disziplinarverfahrens ist es noch verhältnismäßig leicht möglich, zur Verfahrensbeendigung beizutragen.

So konnte bspw. der Handballer Michael Kraus einer Sperre entgehen, weil er und seine Freundin aussagten, sie hätten keine Klingel gehört und der Kontrolleur nicht sagen konnte, dass er die Klingel gehört habe.¹¹ Es kann dem Athleten auch zugutekommen, dass die Kontrolleure nicht alles getan haben, um den Athleten ausfindig zu machen. So wird man von Kontrolleuren erwarten dürfen, dass sie, wenn sie mit ihrem Auto nicht auf eine Anlage gelangen, diese zu Fuß betreten oder aber um das Haus gehen, um zu gucken, ob der Athlet sich nicht im Garten befindet und deshalb die Klingel nicht hören kann. Für die Athleten ist es enorm

⁹ <https://twitter.com/hartungmax/status/1043769111732465665>.

¹⁰ Jahresbericht 2017 der NADA.

¹¹ „Freispruch für Handballer Michael Kraus“, Tagesspiegel 28.08.2014, www.tagesspiegel.de/sport/kein-anti-doping-verstoss-freispruch-fuer-handballer-michael-kraus/10623040.html.

wichtig, dass die von der NADA beauftragten Kontrolleure ihre Arbeit gewissenhaft ausüben, da ihre berufliche Existenz davon abhängt.

Sofern die NADA nach fristgerechter Stellungnahme keine zufriedenstellende Erklärung vom Athleten erhalten hat, verhängt sie einen Strike und informiert den Athleten hierüber. Gleichzeitig wird der Athlet auch über die Möglichkeit der Überprüfbarkeit dieser Entscheidung im Rahmen der sog. administrativen Überprüfung belehrt. Hierbei handelt es sich um ein von der NADA entkoppeltes vorgeordnetes Rechtsmittel. War zunächst der Deutsche Olympische Sportbund die zuständige Instanz für dieses Rechtsmittel, ist dies seit ein paar Monaten eine Rechtsanwaltskanzlei.

Legt der Athlet das Rechtsmittel der administrativen Überprüfung ein, kann die Rechtsmittelinstanz die Entscheidung der NADA aufheben. Lässt sich der Athlet in dieser Rechtsmittelinstanz anwaltlich vertreten und obsiegt der Athlet, stellen die entstandenen Anwaltskosten eine von der NADA zu ersetzende Schadensposition dar, denn die NADA hat mit der fehlerhaften Feststellung eines Strikes ihre vertraglichen Pflichten gegenüber dem Athleten verletzt. Sie kann sich auch nicht damit exkulpieren, dass innerhalb der NADA mehrere Personen über den Fall beraten hätten, denn das Ergebnis der Beratungen war unrichtig. Ebenso ist der Athlet auch aus Schadensminderungsaspekten nicht daran gehindert, einen Anwalt einzuschalten. Wenn schon die Einschaltung eines Anwalts zur Abwicklung eines Verkehrsunfalls angemessen ist, dann erst recht in einem Fall, in dem es um das Berufsleben eines Betroffenen geht.¹² Da es sich um eine hochspezielle Rechtsmaterie handelt, dürften auch Stundenhonorare geltend gemacht werden.¹³

I. Rechtmäßigkeit der Meldeauflagen mittlerweile gerichtlich bestätigt

Die vorgenannten Meldeauflagen wurden vonseiten der Athleten vielfach kritisiert¹⁴ und zuletzt sogar einer gerichtlichen Überprüfung durch den EGMR unterzogen.¹⁵ Geklagt hatten fast 100 französische Athleten und Spielervertretungen. Sie versuchten zu argumentieren, dass diese Meldeauflagen ihr Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, Art. 8 EMRK, und ihrem Recht auf Freizügigkeit, Art. 2 Protokoll 4 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, verletze. Einen Verstoß stellten die Richter indes nicht fest. Sie sahen zwar die massiven Auswirkungen auf die Athleten, doch stellten sie eben auch fest, dass ohne diese Meldeauflagen der Kampf gegen Doping nicht zu führen sei und es zu einem Anstieg der Doping-Problematik führen würde. Dies zu verhindern, werteten die Richter

höher als die Auswirkungen auf die individuellen Rechte der Athleten.

II. Gerichtliche Überprüfbarkeit der Strike-Entscheidung

Nach Abschluss der administrativen Überprüfung ist der Athlet entweder vom Vorwurf der Pflichtverletzung freigesprochen oder aber die Pflichtverletzung ist festgestellt. Will der Athlet sich aber nicht damit abfinden, kann er diese Entscheidung nunmehr einer gerichtlichen Überprüfung zuführen. Wie so oft im Sport, stellt sich nun die Frage, ob die Klage vor den ordentlichen oder vor den Schiedsgerichten erhoben werden muss. Da aber die vertragliche Beziehung zwischen Athlet und NADA keine Schiedsvereinbarung enthält, muss der Athlet vor den ordentlichen Gerichten Rechtsschutz suchen. Auch die von der NADA herausgegebene Musterschiedsvereinbarung begründet keine Schiedsabrede zwischen Athlet und NADA, denn dort ist zum einen nur geregelt, dass alle Streitigkeiten zwischen Verband und Athlet vor dem Deutschen Sportschiedsgericht zu führen sind, und zum anderen, dass die NADA berechtigt ist, gegen den Athleten Schiedsklage zu erheben.¹⁶ Dass aber der Athlet gezwungen wäre, auch gegen die NADA Schiedsklage zu erheben, findet sich nicht in der Schiedsvereinbarung.

Zu unterscheiden ist diese Situation von der erst vor Kurzem vom BGH entschiedenen Konstellation.¹⁷ Dort hatte die NADA, nachdem sie mit einer Entscheidung eines Bundessportverbands in einem Doping-Verfahren nicht einverstanden war, ein Schiedsverfahren vor dem Deutschen Sportschiedsgericht gegen den Athleten angestrengt. Zwischen Athlet und Verband bestand eine Schiedsvereinbarung, dass etwaige Streitigkeiten nach den Regeln der DIS-Schiedsordnung entschieden werden sollte. Nach Abschluss der Schiedsvereinbarung wurde die DIS-Schiedsordnung aber dahin gehend geändert, dass auch die NADA eigenständig ein Verfahren gegen den

12 Anstatt vieler AG Flensburg, Urt. v. 11.07.2011 - 62 C 69/11.

13 In diese Richtung auch DIS-Sportschiedsgericht, Schiedsspruch vom 02.11.2017, DIS-SV-SP-709-17.

14 „Man kann wirklich paranoid werden“, Spiegel Online, 23.11.2017, www.spiegel.de/sport/sonst/doping-tests-in-deutschland-man-kann-wirklich-paranoid-werden-a-1178359.html. „Spitzensportler kritisieren Doping-Meldesystem „Adams“, Thüringer Allgemeine, 25.12.2011, www.thueringer-allgemeine.de/web/zgt/sport/detail/-/specific/Spitzensportler-kritisieren-Doping-Meldesystem-Adams-1375608553.

15 EGMR, Urt. v. 18.01.2018 - 48151/11 und 77769/13.

16 www.nada.de/fileadmin/user_upload/nada/Recht/2018_Muster-Schiedsvereinbarung_Nr.1.pdf.

17 BGH, Beschl. v. 19.04.2018 - I ZB 52/17.

Athleten einleiten konnte. Auf diese neue Regelung hatte sich die NADA berufen, als sie Klage vor dem Deutschen Sportschiedsgericht erhob. Zu Unrecht, wie der BGH entschied, denn durch die nachträgliche Änderung einer in Bezug genommenen Schiedsordnung können der ursprünglich geschlossenen Schiedsvereinbarung keine neue Partei zugefügt werden. Zwar ist die Entscheidung richtig und zu begrüßen, doch dürfte die praktische Relevanz über den konkreten Fall hinaus recht gering sein, denn erstens ist nunmehr in der DIS-Sportschiedsordnung verankert, dass die NADA Schiedspartei sein kann und zum anderen wird auf diese Position der NADA in ihrer aktuellen Musterschiedsvereinbarung explizit hingewiesen.

Einen Strike müsste der Athlet im Wege einer Feststellungsklage (§ 256 ZPO) angreifen. Es ist jedoch fraglich, ob bereits im Fall des Verhängens eines Strikes das notwendige Feststellungsinteresse besteht, denn aus einem Verstoß erwächst ja unmittelbar noch keinerlei rechtliche Konsequenz für den Athleten. Erst wenn drei Strikes binnen zwölf Monaten festgestellt werden und diese Strikes im Rahmen der nachgelagerten Prüfung bestätigt werden, kommt es für den Athleten zu spürbaren Sanktionen.

Ein Feststellungsinteresse besteht grds. nur dann, wenn dem subjektiven Recht des Klägers eine gegenwärtige Gefahr droht, dass der Beklagte ernsthaft bestreitet und wenn das erstrebte Urteil infolge seiner Rechtskraft geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen.¹⁸ Es reicht bereits aus, wenn die abstrakte Möglichkeit besteht, dass Schäden eintreten. Die Rechtsprechung verneint ein berechtigtes Interesse nur dann, wenn aus Sicht des Klägers bei verständiger Würdigung kein Grund besteht, mit dem Eintritt eines Schadens wenigstens zu rechnen.¹⁹ Diesen doch recht weiten Rahmen werden Athleten mit ihrem Begehren, zumindest den zweiten Strike gerichtlich überprüfen zu lassen, wohl füllen können. Denn durch den zweiten Strike wird der Athlet stark psychisch belastet. Er muss jeden Tag damit rechnen, dass er aus Unachtsamkeit einen weiteren Strike verursacht. Die Unsicherheit, ob der festgestellte Verstoß tatsächlich einen Vertragsverstoß des Athleten gegen seine Pflichten darstellt, muss daher für den Athleten so schnell wie möglich rechtsverbindlich beseitigt werden. Es ist dem Athleten nicht zumutbar, bis zum Abschluss der auf den dritten Strike folgenden Entscheidung abzuwarten.

Da das Feststellungsinteresse bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vorliegen muss,²⁰ wird es aufgrund der Arbeitsbelastung der Gerichte wohl öfter vorkommen, dass zwischen Feststellung des Strikes und der rechtskräftigen

Beendigung des Gerichtsverfahrens mehr als zwölf Monate liegen. In diesem Fall würde das Feststellungsinteresse entfallen, da aus diesem Strike keine Konsequenzen mehr erwachsen können. Dann sollte der Athlet die Klage für erledigt erklären, um zu vermeiden, unnötig mit Kosten belastet zu werden.

Verhängt die NADA schlussendlich nach nachträglicher Überprüfung der drei Strikes eine Sanktion, steht hiergegen der Weg vor das Deutsche Sportschiedsgericht offen. Nach der Rechtsprechung des BGH in der Causa Pechstein, ist ein solcher Schiedszwang deshalb rechtmäßig, weil er der Durchsetzung eines einheitlichen Doping-Regimes dient.²¹ Das Deutsche Sportschiedsgericht zeichnet sich durch eine im Gegensatz zum internationalen Sportschiedsgerichtshofs CAS offene Schiedsrichterliste aus. Speziell für den Bereich der Doping-Streitigkeiten gibt es seit einiger Zeit eine Liste von besonders für diesen Bereich spezialisierten Schiedsrichtern, sodass die Parteien auf besonders umfangreiches Spezialwissen der Schiedsrichter zurückgreifen können.²²

D. Zusammenfassung

Für Athleten gibt es keinen Feierabend. Sie sind ständig verpflichtet, ihren beruflichen Pflichten nachzukommen. Die Meldeauflagen fordern von den Athleten im besonderen Maße Disziplin und Organisation. Aber das ist der Preis, den die vielen sauberen Athleten für die wenigen Betrüger zahlen müssen. Ohne diese strengen Meldeauflagen wäre der Kampf gegen das Doping nicht zu führen.

Gerät der Athlet jedoch in die Mühlen des Anti-Doping-Apparates und wird zu Unrecht eines Verstoßes gegen die Regeln bezichtigt, sollte er sich hiergegen wehren. Hierzu stehen ihm zahlreiche Möglichkeiten zu. Von der ersten schriftlichen Stellungnahme über die administrative Überprüfung bis hin zum gerichtlichen Verfahren. Es bleibt aber zu hoffen, dass die NADA und ihre Kontrolleure ihre Arbeit in Zukunft so gut machen, dass Athleten nicht zu Unrecht eines Verstoßes bezichtigt werden, sodass Athleten nicht unnötig mit der Wahrung ihrer Rechte belastet werden.

¹⁸ Greger in: Zöller, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 256 Rn. 7.

¹⁹ Bacher in: Vorwerk/Wolf, BeckOK, ZPO, 29. Edition, 01.07.2018, § 256 Rn. 24.

²⁰ BGH, Versäumnisurt. v. 04.05.2006 - IX ZR 190/03.

²¹ BGH, Urt. v. 07.06.2016 - KZR 6/15; siehe hierzu auch Lambertz, jM 2016, 316.

²² Die Liste kann unter www.dis-sportschiedsgericht.de/upload/Anti-Doping-Liste%20Stand%2025.10.2017.pdf abgerufen werden.

Die Autonomie oder die gescheiterte Interdisziplinarität der Rechtswissenschaft

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

A. Einleitung

Wissenschaftliche Interdisziplinarität feiert in zahlreichen außer-juristischen Bereichen eindrucksvolle Erfolge: Die Politikologie rezipiert Modelle, Methoden und Konzepte der Soziologie und der Nationalökonomie und entwickelt sie entscheidend mit; die Paläontologie kooperiert mit der Zoologie, Botanik und der Geologie, um ein umfassendes Bild ausgestorbener Tier- und Pflanzenarten zu entwerfen; die Archäologie bündelt ihre Erkenntnispotenziale mit denen der Geschichtswissenschaft, der Ethnologie, der Anthropologie und der Biologie. Ist es nicht eigenartig, dass sich die Jurisprudenz demgegenüber alles in allem wie ein erratischer Block der Autonomie oder Autarkie in der Wissenschaftslandschaft behauptet? Von Randerscheinungen mit klarem Ausnahmecharakter wie der für das Strafrecht wichtigen „Neurojurisprudenz“ und ihrer interdisziplinären Kooperation mit der medizinischen und biologischen Neurologie sei hier einmal abgesehen. Gewiss ist das Selbstverständnis einer „autonomen“, sich einer interdisziplinären Neuausrichtung weithin versagenden Rechtswissenschaft nicht über alle Zweifel der Fachwelt erhaben. In den vergangenen Jahrzehnten ist diese Position vielmehr oft genug herausgefordert und ist die Jurisprudenz mehrfach zur Interdisziplinarität aufgerufen worden. Dies gilt vor allem für die Privatrechtswissenschaft, die wiederholt zu einer fächerübergreifenden Kooperation mit den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften gemahnt oder gar zu einer wissenschafts- und erkenntnistheoretischen Neuausrichtung angehalten wurde, womit gar die Frage nach der Überlebensfähigkeit der „alten“ Privatrechtswissenschaft in der modernen Gesellschaft und Wirtschaft verbunden werden kann.

Hiervon soll im Folgenden die Rede sein. Eines vorab: Interdisziplinarität sei hier im engeren Sinne einer über das bloße Nebeneinander von Multidisziplinarität hinausgehenden integrativen Nutzung von Methoden und Denkweisen mehrerer Fachrichtungen wie Rechts- und Wirtschafts- und Gesellschaftswissenschaften verstanden. Nach dem Verständnis der Deutschen Forschungsgemeinschaft beschreibt der Begriff „Interdisziplinarität“ die gemeinsame zielgerichtete Bearbeitung wissenschaftlicher Fragestellungen durch Vertreter verschiedener Disziplinen.¹ Mit anderen Worten: Für eine interdisziplinäre Kooperation reicht es nicht aus, dass man voneinander „abschreibt“, einander „berücksichtigt“ oder „verarbeitet“; vielmehr erfordert und bedingt Interdisziplinarität die gemeinsame methodenbewusste Verfolgung einer wissenschaftlichen Problemlösungsstrategie.

B. Die Krise der autonomen Rechtswissenschaft seit den sechziger Jahren

I. Das Spannungsverhältnis zwischen Recht und Wirtschaft

Starke Zweifel an der Rechtswissenschaft als einer autonomen Fachdisziplin haben sich in Deutschland bereits in den sechziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts artikuliert,² angeregt durch Vorläufer in den USA, um sich in den siebziger Jahren breit zu entfalten, teilweise angefeuert durch die tendenziell rechtskritische 68er Bewegung, um aber in den achtziger Jahren vorübergehend abzuflauen. Diese Zweifel nahmen ihren Ausgangspunkt in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften. Sie liegen auf den ersten Blick durchaus auf der Hand, denn einerseits konstituieren Rechtsnormen und Rechtsordnungen maßgebende Daten und Faktoren für das Wirtschaftsleben, andererseits wird das unternehmerische und wirtschaftende Handeln von den außerwirtschaftlichen Mitteln und Kräften des Rechts beeinflusst und mitgestaltet, wobei die Rechtssätze ihrerseits von den wirtschaftlichen Fakten mitbestimmt werden. Immerhin waren ja auch Rechts-, Wirtschafts- und Sozialwissenschaften in den deutschen Universitäten früher oft unter dem Dach „Staatswissenschaften“ in derselben Fakultät vereint, bevor sie sich

1 www.dfg.de/dfg_profil/zahlen_fakten/evaluation_studien_monitoring_studien/bericht_interdisziplinaritaet/ (zuletzt abgerufen am 19.10.2018); vgl. auch Frodeman/Thompson-Klein/Mitcham (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Interdisciplinarity*, 2010; Jungert/Romfeld/Sukopp/Voigt (Hrsg.), *Interdisziplinarität – Theorie, Praxis, Probleme*, 2010; Laudel, *Interdisziplinäre Forschungskoooperation – Erfolgsbedingungen der Institution Sonderforschungsbereich*, 1999.

2 Als eine Art Startschuss können die Verhandlungen auf der Arbeitstagung des Vereins für Socialpolitik im Jahr 1963 angesehen werden, vgl. dazu insbesondere die Beiträge von Stützel, Mestmäcker, Liefmann-Keil, Coing und Raiser in: Raiser/Sauerermann/Schneider, *Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik*, Schriften des Vereins für Socialpolitik NF 33, 1964; vgl. auch Hensel, *Ordnung der Wirtschaft als wissenschaftliches Problem*, *ORDO* XV/XVI, 1965, S. 3 ff.; Buchanan, *Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zu ihren Nachbardisziplinen*, in: Jochimsen/Knobel, *Gegenstand und Methoden der Nationalökonomie*, 1971, S. 88 ff.; Raisch/K. Schmidt, *Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaften*, in: Grimm, *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften*, 1973, S. 143 ff. (2. Aufl. 1976); Zöpel, *Ökonomie und Recht*, 1974; Lehmann, *Wirtschaftliche Erkenntnis und rechtliche Entscheidung – Gedanken zu Problemen der Kooperation zwischen Wirtschaftswissenschaft, Rechtswissenschaft und Rechtspraxis*, Diss., 1979.

arbeitsteilig ausdifferenziert und fachlich zu eigenständigen Disziplinen und Unterdisziplinen verselbständigt haben. Die gegenseitige Durchdringung und das wechselseitige Spannungsverhältnis von Recht und Wirtschaft schienen es dem verantwortungsvollen Juristen seit den sechziger Jahren nicht länger zu erlauben, für das eigene Fach eine separatistische Autonomie zu reklamieren und sich mit dem Diktum von Walter Strauß aus der Nachkriegszeit zu begnügen: „Über Formen und Gestalt der Wirtschaft entscheidet die Rechtsordnung und nicht umgekehrt.“³ In der post-restaurativen Epoche der sechziger Jahre wuchs das Bewusstsein für die Durchdringung und das Spannungsverhältnis von Recht und Wirtschaft, zumal doch zur Rechtswissenschaft neben der Rechtsanwendungslehre auch die Rechtssetzungslehre gehört und sich die Wirtschaftswissenschaft nicht nur als deskriptive, positive Ökonomie der Modellkonstruktion, der Ableitung ökonomischer Gesetze sowie der Aufstellung und Überprüfung von Hypothesen versteht, sondern auch in der Wirtschaftspolitik Mitspracherechte reklamiert. Es ging in der ersten Diskussionsrunde nicht nur um eine freundliche atmosphärische Geste, um die Konfrontation von „demütigen Ökonomen“ mit „hochmütigen Juristen“ abzubauen.⁴

II. Schwache Kooperationsperspektiven

Die Versuche einer neuen Standortbestimmung für das Fach Rechtswissenschaft kamen freilich nicht um den Befund herum, dass dessen erkenntnistheoretische Grundlagen seit der Antike oder doch seit der Rezeption des römischen Rechts philologisch und exegetisch-hermeneutisch orientiert waren und das Selbstverständnis der Jurisprudenz als Interpretationswissenschaft und angewandter Geisteswissenschaft bis ins zwanzigste Jahrhundert hinein kaum infrage gestellt wurde. Die Domäne der Rechtswissenschaft als einer autonomen Fachwissenschaft ist eben die Welt des „Sollens“. Rechtswissenschaft ist Steuerungswissenschaft. Der Autonomiegedanke der Jurisprudenz gründet in ihrem traditionellen Monopol für normatives Ordnungsdenken. Demgegenüber haben sich die Wirtschaftswissenschaften in ihren Ausprägungen als Makro-Ökonomie (Nationalökonomie) und als Mikro-Ökonomie (Betriebswirtschaftslehre, früher Handlungs- oder Handelswissenschaft) historisch als empirische, real-analytische Sozialwissenschaft ausgeformt; ihre Domäne ist die Welt des „Seins“. Sie konzentrieren sich auf das Beschreiben, Erfassen und Begreifen der ökonomischen Realitäten; sie sind Tatsachenwissenschaften.

Im Licht der unterschiedlichen Traditionen verwundert es nicht, dass die erste Diskussionsrunde bereits in den achtziger Jahren mit eher ernüchternden Ergebnissen erlahmte. Die Felder möglicher oder gar tatsächlicher interdisziplinärer Zusammenarbeit erwiesen sich wegen der unterschiedlichen und kaum überbrückbaren epistemologischen und methodo-

logischen Grundlagen als sehr begrenzt. Sowohl für die Nationalökonomie wie für einzelne Disziplinen der Speziellen Betriebswirtschaftslehre (wie etwa Industriebetriebslehre, Handelsbetriebslehre, Bankwirtschaft, Personalwirtschaft, Finanzwirtschaft, Marketing etc.) blieb es zumeist bei der pejorativen Etikettierung als „Hilfswissenschaften“ der Jurisprudenz. Es erstaunt aus heutiger Sicht, dass die Diskussion weithin als ein wissenschaftstheoretischer Streit zwischen Traditionalisten und Modernisten ausgetragen wurde und kaum praktische Beispiele bereits gelungener interdisziplinärer Zusammenarbeit zwischen Juristen und Wirtschaftswissenschaftlern genannt, noch auch nur Projekte und Programme vielversprechender Kooperation vorgestellt wurden; anders ausgedrückt: Man hat zwar viel über Zusammenarbeit oder gar „Interdisziplinarität“ geredet, aber man hat es kaum versucht, sie tatsächlich ins Werk zu setzen. Die Rechtswissenschaft als autonome Fachdisziplin sah sich keineswegs nachhaltig infrage gestellt, sondern hat sich zunächst ohne Weiteres behaupten können. Die Jurisprudenz als normative, exegetisch-hermeneutische Geisteswissenschaft pflegte weithin eine friedliche Koexistenz mit den empirischen, real-analytischen Sozialwissenschaften.

C. Die Herausforderung der Neuen Institutionenökonomik

I. Normative Ansprüche der Neuen Institutionenökonomik

Wenn sich in den letzten Jahrzehnten wieder eine Belebung der Diskussion zur Zusammenarbeit und zum Zusammenwirken von Recht und Wirtschaft verzeichnen lässt, dann ist dies im Wesentlichen auf die Neue Institutionenökonomik zurückzuführen, die in die Wirtschaftswissenschaft eine entscheidene normative Grundierung eingebracht hat und die „das Verhältnis von Recht und Ökonomie in neuem Licht erscheinen lässt“.⁵ Der economic approach to law entfaltet nicht nur eine positive, sondern auch eine normative Dimension.⁶ Während die positive ökonomische Analyse des Rechts auf der Grundlage von Modellen menschlichen Verhaltens die Folgen von Rechtsregeln abzuschätzen versucht, ist die normative ökonomische Analyse des Rechts auf der Grundlage

3 Strauß, *Wirtschaftsverfassung und Staatsverfassung*, 1952, S. 7.

4 Vgl. Handelsblatt vom 08.11.1976; dazu Lehmann, *Bürgerliches Recht und Handelsrecht – eine juristische und ökonomische Analyse*, 1983, S. 19.

5 So schon Behrens, *Über das Verhältnis der Rechtswissenschaft zur Nationalökonomie – Die ökonomischen Grundlagen des Rechts*, in: Boettcher/Helder-Dorneich/Schenk, *Interdisziplinarität – Voraussetzungen und Notwendigkeit*, Jahrbuch für neue politische Ökonomie, 1988, S. 209; vgl. auch Behrens, *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts – Politische Ökonomie als rationale Jurisprudenz*, 1986.

6 Vgl. Bechtold, *Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts*, 2010, S. 316 ff.

der Wohlfahrtstheorie an Aussagen über die optimalen Rechtsregeln orientiert. Damit hat die Wirtschaftswissenschaft neben ihrer klassischen, empirisch real-analytischen „Seins“-Orientierung eine „zweite Säule“ errichtet und sich den Gedanken der Normativität, der Idealität und der Errichtung von „Sollens-Ordnungen“ geöffnet.⁷ Die Neue Institutionenökonomik versteht unter „Institution“ ein System miteinander verknüpfter, formaler und informeller Normen zur Steuerung des menschlichen und unternehmerischen Verhaltens sowie die Instrumente zur Durchsetzung solcher Normen.⁸ Damit erhebt sie wichtige Bereiche des Rechts zu ihrem Forschungsgegenstand und tritt als Steuerungswissenschaft auf.⁹ Die economic analysis of law zielt auf die Dekonstruktion der systematischen, dogmatisch-konstruktiven Rechtswissenschaft als Interpretationswissenschaft ab.¹⁰ Ihr Zentralbegriff sind Vermögens- oder Handlungsrechte (property rights) als Strukturkomponenten menschlicher Verhaltensweisen bei der Verwendung, Nutzung, Ausgestaltung und Veräußerung von Gütern; ihr Mantra ist die Effizienz und die Reduktion von Transaktions- und Informationskosten.

II. Property rights theory; principal agent theory

Mit normativem Anspruch in Konkurrenz zur Rechtswissenschaft treten insbesondere die property rights theory und die principal agent theory auf.¹¹ Indes bleibt die economic analysis of law eigenen Modellen (homo oeconomicus, Effizienz- und Rationalitätsmaxime) verhaftet, die für die Rechtswissenschaft außerhalb ihrer alltäglichen Subsumtionszusammenhänge liegen und allenfalls für rechtspolitische Fragestellungen Relevanz gewinnen mögen. Von Anfang an und im Kern bis heute begegnet die ökonomische Analyse des Rechts außerhalb eines elitären Zirkels selbstreferenzieller Literaten erheblichen Vorbehalten.¹² Das Wort von Karl-Heinz Fezer ist noch in Erinnerung, wonach die „ökonomische Rechtsanalyse und freiheitliches Rechtsdenken“ schlechthin „unvereinbar“ sind und wonach der rational economic man „nicht der Mensch eines verfassungsgestaltenden Privatrechts einer offenen Gesellschaft der Grundrechtsdemokratie“ ist.¹³ Soweit wird man kaum mehr gehen wollen, denn immerhin trägt die Neue Institutionenökonomik in einigen Teilgebieten wie dem Kartellrecht oder dem deliktischen und vertraglichen Schadensersatzrecht zur Verfolgung rechtswissenschaftlicher Erkenntnisinteressen mittelbar bei, weil die ökonomischen Erklärungsmodelle erhellende und läuternde Verständnisperspektiven einbringen.¹⁴ Wer indes nach Beispielen interdisziplinärer Zusammenarbeit bei konkreten Forschungsprojekten sucht, wird zu dem Ergebnis gelangen, dass viel darüber geredet und geschrieben, aber kaum etwas geleistet und vorgezeigt wird. Letztlich hat die Beschäftigung mit der ökonomischen Analyse des Rechts für den Rechtswissenschaftler in Forschung, Lehre und Praxis in erster Linie feuilletonistischen Charakter; es geht um eine erbauliche Feierabendlektüre. Zu einer interdisziplinären Kooperation

fühlt er sich nicht angeregt, weil er mangels ermutigender Exempel befürchtet, dass sie ihm „nichts bringt“.

III. Das Effizienz-Paradigma

Das Effizienz-Paradigma der Neuen Institutionenökonomik vermag die Rechtswissenschaft schon deshalb kaum zu Selbstzweifeln an ihrer Autonomie als eigenständiger Fachwissenschaft zu veranlassen, weil es auf eine imperiale Bevormundung und Indienstnahme der Jurisprudenz ausgerichtet zu sein scheint und es schwerlich eine unzulässige Verkürzung der juristischen Komplexitäten vermeidbar machen dürfte. Die Rechtswissenschaft ist aber nach ihrem Selbstverständnis wie nach den an sie herangetragenem Erwartungen auch um die Verwirklichung anderer, bspw. ethischer, kultureller, sozialer, liberaler oder humaner Werte bemüht und dazu angesichts der Wertungsvielfalt der normativen Ordnungsprogramme aufgerufen.¹⁵ Die Welt, auch die wirtschaftende und unternehmerische Welt, erst recht die Welt der Wirtschaftsordnung und -verfassung kennt zahlreiche Werte und Ideale, Ziele und Aufgaben, die mit dem Effizienz-Paradigma mehr oder weniger krass konfligie-

7 Gemtos, *Methodologische Probleme der Kooperation von Rechts- und Wirtschaftswissenschaften*, 2003, S. 4 ff. m.w.N.

8 Richter/Furobotn, *Neue Institutionenökonomik*, 3. Aufl. 2003, S. 7.

9 Vgl. Posner, *Economic Analysis of Law*, 9. Aufl. 2014, S. 29 ff., 31 ff.; Towfigh/Petersen (Hrsg.), *Ökonomische Methoden im Recht*, 2010, S. 2 ff.; Kirchner, *Ökonomische Theorie des Rechts*, 1997, S. 2 ff.; Kirchgässner, *Homo Oeconomicus*, 3. Aufl. 2008, S. 153 ff.; Schäfer/Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 5. Aufl. 2013; Mestmäcker, *A Legal Theory without Law*, 2007, S. 10 ff.; Janson, *Ökonomische Theorie im Recht*, 2004, S. 19 ff.

10 Vgl. dazu insbesondere Fezer, *Juristenzeitung* 1986, 817 ff., 824: „Die ökonomische Rechtslehre ist ein Irrweg, den zu beschreiten sich das Recht hüten sollte.“

11 Vgl. Towfigh/Petersen (Hrsg.), *Ökonomische Methoden im Recht*, 2010, Kap. 5 und 6; Wenger/Terberger, *WiSt* 1988, 506; Meinhövel, *Defizite der Principal-Agent-Theorie*, 1999; Ebers/Gotsch, *Institutionenökonomische Theorien der Organisation*, in: Kieser, *Organisationstheorien*, 1999, S. 199.

12 Vgl. dazu eindrucksvoll Kiebler/Nagel, *Überlegungen zur Funktion und zum Wandel der Unternehmensverfassung*, in: Kiebler/Kittner/Nagel, *Unternehmensverfassung – Recht und Betriebswirtschaftslehre, Referate und Ergebnisse einer Tagung der Gesamthochschule Kassel vom 22. – 24.09.1982*, 1983, S. 3: „Die Kommunikation zwischen Ökonomen und Juristen auf der hier dokumentierten Tagung wurde durch die interdisziplinäre Orientierung der Teilnehmer erleichtert. Dennoch konnten grundlegende disziplinäre Unterschiede nicht verwischt werden, die auf der Ebene der Theorie der Unternehmung (bzw. des Unternehmens) oder in der Frage der Kontrolle deutlich geworden sind. Wenn über Ziele oder Instrumente der Unternehmensverfassung gesprochen wird, decken sich nicht einmal mehr die Untersuchungsgegenstände.“

13 Fezer, *JZ* 1986, 817, 823.

14 Schäfer/Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts*, 5. Aufl. 2013.

15 Vgl. Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 3. Aufl. 2005.

ren können. Nur in wenige Teilgebiete (wie vor allem das Kartellrecht oder das deliktische und vertragliche Schadensersatzrecht) bringt die Neue Institutionenökonomik förderliche und hilfreiche Teilaspekte zur Verfolgung rechtswissenschaftlicher Erkenntnisinteressen und Gestaltungsaufgaben ein. Dabei muss die Rechtswissenschaft aber ihre Autonomie zu behaupten wissen und jedenfalls eine ausschließliche Unterwerfung unter ökonomische Effizienzkriterien zurückweisen, um sich mit einer bloßen Einbeziehung der ökonomischen Informationen und Postulate in die eigenen Wertungsgesichtspunkte zu begnügen; es bleibt mithin doch immer wieder bei der Ökonomie als „Hilfswissenschaft“.

„Die Rechtsordnung oder zumindest Teile derselben werden [...] von der ökonomischen Analyse des Rechts unter dem Blickpunkt ihrer richtigen instrumentalen Ausgestaltung im Hinblick auf die bestmögliche Erreichung eines bestimmten wirtschaftlichen Ziels betrachtet und insoweit auf ihre Effizienz untersucht.“¹⁶ Dies ist zwar auch juristisch „interessant“, aber es bietet kein Programm für eine Neuausrichtung der Rechtswissenschaft oder zu einem Zusammenwirken mit der Wirtschaftswissenschaft. Es bleibt für sie ein akzidentelles Erkenntnisinteresse, denn eine ihrer Werthaltigkeit und Wertkomplexität bewusste Jurisprudenz kann es sich nicht leisten, allein auf das ökonomische Verhaltensmodell als universelles Erklärungsmodell für menschliches Verhalten zu rekurrieren. Die ökonomische Analyse des Rechts kann als ein willkommenes Hilfsmittel etwa in der Rechtspolitik, in der Gesetzgebungslehre und besonders der Gesetzesfolgenabschätzung begrüßt werden.¹⁷ Für die praktische Rechtsanwendung bleibt sie weithin ornamental. Die Wissensbestände und Verständnishorizonte, die die Theorie der property rights etwa zum Recht des Sacheigentums, des geistigen und gewerblichen Eigentums und der gewerblichen Schutzrechte beiträgt,¹⁸ wie bspw. „Privateigentum führt zu einer effizienteren Ressourcenverwertung als Allgemeineigentum“,¹⁹ lösen keine Rechtsfragen.

Der Jurist fühlt sich zu einer Hinwendung zur Wirtschafts- und Sozialwissenschaft verständlicherweise nur aufgerufen und bereit, wenn davon wenigstens im weiteren Sinne ein Ertrag für die Lösung von Rechtsfragen zu erwarten ist. Versteht man bspw. das Patentrecht als eine spezielle Erscheinungsform eines property rights, dann muss die Neue Institutionenökonomik vom Patentinhaber ein marktgesetzliches, preistheoretischen Erwägungen verpflichtetes Verwertungsverhalten verlangen und erwarten, um die Effekte des Coase-Theorems²⁰ zu aktivieren.²¹ Der Jurist wird es aber respektieren (müssen), wenn der Patentinhaber, warum auch immer, auf ein Verhalten als homo oeconomicus, auf ein „problem of social cost“ und auf eine verschwendungsfreie, Pareto-effiziente Allokation ganz einfach „pfeift“. Selbst wenn und wo Ausprägungen der ökonomischen Theorie des Rechts beachtliche Erkenntnisse in

der Rechtsfindung, insbesondere bei der Normauslegung, der Konkretisierung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen oder bei der Rechtsfortbildung vermitteln, werden solche Erkenntnisse von den Juristen nur „berücksichtigt“ und „einbezogen“; sie sind kaum jemals als Forschungsergebnis einer fachübergreifenden Zusammenarbeit anzusehen. Denn ein wirklich interdisziplinäres „Zusammenwirken“ muss doch als eine über das bloße „Nebeneinanderwirken“ hinausgehende integrative Nutzung von Methoden, Denkweisen der beiden Fachrichtungen Recht und Wirtschaft verstanden werden. „Interdisziplinarität“ meint die gemeinsame zielgerichtete Bearbeitung wissenschaftlicher Fragestellungen durch Vertreter verschiedener Disziplinen.²² Um es nochmals zu betonen: Für eine interdisziplinäre Kooperation reicht es nicht aus, dass man voneinander „abschreibt“, einander „berücksichtigt“ oder „verarbeitet“; vielmehr erfordert und bedingt Interdisziplinarität die gemeinsame methodenbewusste Verfolgung einer wissenschaftlichen Problemlösungsstrategie. Man kann (und sollte) sich ernsthaft fragen, ob sich denn überhaupt allgemein anerkannte, überzeugende und nachhaltige Beispiele für eine juristisch-ökonomische Interdisziplinarität im engeren Sinne ermitteln lassen.

D. Gescheitertes Zusammenwirken von Recht und Wirtschaft

I. More economic approach im Kartellrecht

Der vor allem von der EU-Kommission propagierte more economic approach im EU- und deutschen Kartellrecht, wenn er

16 So Lehmann, Bürgerliches Recht und Handelsrecht – eine juristische und ökonomische Analyse, 1983, S. 28.

17 Vgl. Janson, Ökonomische Theorie des Rechts, 2004, S. 127 ff. zu den Adressaten der ökonomischen Theorie; zur ökonomischen Analyse des Rechts als „Gesetzgebungstheorie“ vgl. auch Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl. 2005, S. 414 ff.

18 Vgl. etwa Leipold, WiSt 1978, 515; Schumann, WiSt 1978, 307; Gotthold, ZHR 144 (1980), 545 ff.; Tietzel, ZWiP 1981, 207 ff.; Buhbe, Ökonomische Analyse von Eigentumsrechten, 1980; Schüller (Hrsg.), Property Rights und ökonomische Theorie, 1983.

19 So Lehmann, Bürgerliches Recht und Handelsrecht – eine juristische und ökonomische Analyse, 1983, S. 35.

20 Die Schrift von Coase, The Problem of Social Cost, Journal of Law and Economics Vol. 3 (1960), 1 ff., gilt bekanntlich als eine Art Initialzündung der Economic Analysis of Law-Bewegung; vgl. aber auch die nicht minder einflussreiche Arbeit von Calabresi, Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, Yale Law Journal Vol. 70 (1961), 499 ff.

21 Vgl. Baumann, Recht und Ökonomie aus Sicht der Wirtschaftswissenschaften, in: Düsseldorf Institut für Wettbewerbsökonomie, Ordnungspolitische Perspektiven, 2015, S. 1 ff.

22 Vgl. dazu Frodeman/Thompson-Klein/Mitcham (Hrsg.), The Oxford Handbook of Interdisciplinarity, 2010; Jungert/Romfeld/Sukopp/Voigt (Hrsg.), Interdisziplinarität – Theorie, Praxis, Probleme, 2010; Laudel, Interdisziplinäre Forschungsk Kooperation – Erfolgsbedingungen der Institution Sonderforschungsbereich, 1999.

je auf „Interdisziplinarität“ angelegt war, steht wohl vor seinem Scheitern. Man versteht unter dem „stärker wirtschaftlichen Ansatz“ die Berücksichtigung ökonomischer Modelle oder – allgemein – der ökonomischen Grundlagen im Kartellrecht. Bei der Handhabung der EU-Wettbewerbsregeln der Art. 101 und 102 TFEU sollen statt der abstrakten Beurteilung von Wettbewerbsauswirkungen unternehmerischen Handelns in klassisch dogmatisch-konstruktiver Aufbereitung nunmehr verstärkt konkrete wirtschaftliche Betrachtungsweisen angestellt werden.²³ Im Bereich der Fusionskontrolle etwa wird seit der Neufassung der Fusionskontrollverordnung bei der Prüfung von Zusammenschlüssen vor allem auf eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs abgestellt, bei der auch die ökonomischen Auswirkungen von Effizienzsteigerungen Beachtung finden. Im Bereich der Missbrauchsaufsicht wird der ökonomische „Effizienzeinwand“ anerkannt. Der more economic approach wird vor allem bei der kartellrechtlichen Beurteilung der Marktabgrenzung, die Marktkonzentration oder bei Prognosemodellen zur Evaluierung von Zusammenschlüssen bemüht. So lassen sich mit dem neuen statistischen Analyseverfahren des variance screening Auffälligkeiten von Preisen und Marktanteilen ermitteln, die die Aufdeckung von Kartellen und insbesondere Preisabsprachen unterstützen können.

Dies klingt zunächst recht vielversprechend. Abgesehen davon aber, dass dieser neue Ansatz wiederum kaum mehr als die „Anwendung“ oder „Berücksichtigung“ ökonomischer Erkenntnisse und Modelle bietet und im Grunde noch von interdisziplinärer Forschung mit eigenen Erkenntnisinteressen weit entfernt ist, setzt sich wohl allmählich die Erkenntnis durch, dass er mit seiner angestrebten Einzelfallorientierung und mit der Ausdehnung der rule of reason letztlich in eine gefährliche Reduktion der Rechtssicherheit und somit per saldo doch wieder in Ineffizienzen der europäischen Wettbewerbspolitik mündet. Die Abwertung der per se-Regeln und die Dekonstruktion der Kartellrechtsdogmatik zeitigt kontraintentionale Effekte der Zurückdrängung von Transparenz, Vorhersehbarkeit und Verlässlichkeit; sie steigert im Ergebnis womöglich unübersehbar die Transaktionskosten, den Verwaltungsaufwand sowie die Kosten der administrativen Informationsbeschaffung. Die beim more economic approach im Vordergrund stehenden Preisbildungsmodelle und Preisbildungsprozesse vermögen eben nicht das gesamte Spektrum der Wettbewerbsprozesse abzubilden, womit der Übertragbarkeit industrie-ökonomischer Modelle enge Grenzen gesetzt sind.²⁴ Abstrakte Modelle lassen sich schwerlich in empirische Simulationen mit gerichtsverwertbaren Tatsachen transformieren.²⁵ Kurz: Der Stern des more economic approach sinkt, noch bevor er eine eindrucksvolle Leuchtkraft auszustrahlen vermochte; wenn der „mehr wirtschaftliche Ansatz“ denn auf ein veritables Zusammenwirken von Recht und Wirtschaft orientiert war, lässt sich sein Scheitern absehen.²⁶

II. Corporate Governance im Kapitalgesellschaftsrecht

Auch die moderne betriebswirtschaftliche Mikro-Ökonomie bietet kaum Ansätze für eine erkenntnistheoretische Synthetisierung mit der Rechtswissenschaft, sondern steht ihr als Parallelwelt gegenüber. Dies zeigt etwa die internationale Corporate Governance-Diskussion im Kapitalgesellschaftsrecht, bei der es um die „Grundsätze guter Unternehmensführung“, also den optimalen Ordnungsrahmen für die Leitung und Überwachung von Unternehmen geht.²⁷ Es ist prima vista durchaus naheliegend, dass sich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften in synergetischer Kooperation zur Entwicklung von unternehmensübergreifenden oder auch unternehmensspezifischen Corporate Governance-Systemen in der Erforschung der Gesamtheit der relevanten Gesetze, Richtlinien, Kodizes, Absichtserklärungen, Unternehmensleitbilder, Unternehmenskulturen und der Usancen der Unternehmensleitung und -überwachung aufgerufen fühlen sollten. Es ist aber unübersehbar, dass sich nicht nur in Deutschland, wo sich die Corporate Governance-Grundsätze inzwischen im regelmäßig aktu-

- 23 Vgl. Schmidtchen, Die Neue Wettbewerbspolitik auf dem Prüfstand, in: Oberender, Effizienz und Wettbewerb, 2005, S. 173; Schmidt/Wohlge-muth, Das Wettbewerbskonzept der EU aus Sicht der Wirtschaftswissenschaften – Wie ökonomisch ist der „more economic approach“?, in: Blanke/Scherzberg/Wegner, Dimensionen des Wettbewerbs, 2010, S. 51; Fuchs, Effizienzorientierung im Wettbewerbs- und Kartellrecht?, in: Fleischer/Zimmer, „Effizienz“ als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht, 2008, S. 69 ff.; Drexel, Wettbewerbsverfassung, in: Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht – Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl. 2009, S. 905; Eilmansberger, ZWeR 2009, 437; Behrens in: Festschrift für Möschel, 2011, S. 115.
- 24 Vgl. Fritzsche in: Festschrift für Kirchner, 2014, S. 465 ff., 483: „Diese Betrachtungen bestätigen, dass ökonomische Erfahrungssätze nicht undifferenziert und ungeprüft in die Rechtsanwendungspraxis übernommen werden dürfen. Sie dürfen sich auch nicht durch eine Entkopplung von der Referenzwissenschaft in ihrem Inhalt verselbständigen. [...] Vielleicht gibt es auch gar keinen belastbaren Erfahrungssatz.“
- 25 Näher dazu Schmidt, Wie ökonomisch ist der „more economic approach“ in der europäischen Wettbewerbspolitik?, Universität Göttingen, Centrum für Europa-, Governance- und Entwicklungsforschung (cege), Report Februar 2007, S. 3; Christiansen, ZWiP 2016, 150; Lademann in: Festschrift für Möschel, 2011, S. 381.
- 26 Vgl. die schon 1974 vorgetragene Kritik zu Wirkungsanalysen und rule of reason-Entscheidungen im Kartellrecht Hoppmann/Mestmäcker, Normenzwecke und Systemfunktionen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1974, S. 8 ff.
- 27 Vgl. dazu Arlt/Bervoets/Grechenig/Kalss, GesRZ Sonderheft 2002, 64; Schewe, Unternehmensverfassung – Corporate Governance im Spannungsfeld von Leitung, Kontrolle und Interessenvertretung, 2005; Hopt/Teubner (Hrsg.), Corporate Governance and Director's Liabilities – Legal, Economic and Sociological Analyses on Corporate Social Responsibility, 1985; Hopt/von Werder, Handbuch Corporate Governance – Leitung und Überwachung börsennotierter Unternehmen in der Rechts- und Wirtschaftspraxis, 2016; Schoppen (Hrsg.), Corporate Governance – Geschichte – Best Practice – Herausforderungen, 2015.

alisierten Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) fixiert finden und ins Aktiengesetz über dessen § 161 zur „Entsprechenserklärung“ Eingang gefunden haben, die Corporate Governance-Bewegung im Grunde als „reines Juristenwerk“ behauptet. Es ist nicht ersichtlich, dass Ergebnisse interdisziplinärer Forschungsprojekte von Juristen und Ökonomen grundlegende Weichenstellungen hierzu beigetragen hätten. Dasselbe gilt für die zahlreichen gesetzlichen Initiativen mit Bezug zur Corporate Governance wie das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG, 1998), das Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zur Transparenz und Publizität (TransPuG, 2002), das Bilanzrechtsreformgesetz (BilReG, 2004) und das Vorstandsvergütungs-Offenlegungsgesetz (VorstOG, 2005).

III. Die Compliance-Bewegung in der betriebswirtschaftlichen Organisation (Business Administration)

Auch die „Compliance“-Bewegung in der betriebswirtschaftlichen Organisation hat sich nur bedingt als ein taugliches fächerübergreifendes Kooperationsfeld für Recht und Wirtschaft erwiesen. Hier ist es die Betriebswirtschaftslehre, die sich der Compliance im Sinne der „Regelkonformität“, d.h. der vorausschauenden und vorausplanenden Einhaltung von Gesetzen und Richtlinien, aber auch von freiwilligen Kodizes in Unternehmen zuwendet und gewiss mit Juristen kooperiert, doch liegt diese Zusammenarbeit dezidiert jenseits interdisziplinärer wissenschaftlicher Forschung. Sie ist auf die betriebswirtschaftlich-praktische Ausformung von Compliance Managementsystemen (CMS) in Unternehmen zur Einhaltung bestimmter Regeln und damit zur Vermeidung von Regelverstößen ausgerichtet.²⁸ Wer den Prüfungsstandard PS 980 des Instituts der Wirtschaftsprüfer in Deutschland für Compliance Managementsysteme mit seinen sieben Grundelementen studiert (Compliancekultur, Complianceziele, Compliancerisiken, Complianceprogramm, Complianceorganisation, Compliancekommunikation und -information sowie Complianceüberwachung und -verbesserung), erkennt leicht, dass die betriebswirtschaftlichen Ziele der Effizienz- und Effektivitätssteigerung sowie der Risikominimierung im Mittelpunkt stehen und eine spezifisch normative Dimension allenfalls schwach ausgeprägt ist – zu schwach für wissenschaftstheoretisch seriöse und valide Ansätze fächerübergreifender Zusammenarbeit. Gewiss mischen Juristen hier gerne mit, aber doch mit anwaltlicher Zielsetzung und ohne interdisziplinäre Forschungsinteressen. Von einem integralen, fächerübergreifenden Zusammenwirken von einer Zurückdrängung der Privatrechtswissenschaft als autonomer Fachdisziplin kann auch hier keine Rede sein.

IV. Das Beispiel des Vertriebsrechts

Als ein weiteres exemplarisches Rechtsgebiet kann das Vertriebsrecht, ein heute besonders wichtiger Teil des privaten

Wirtschaftsrechts, genannt werden. Das Vertriebsrecht beschäftigt sich vor allem mit dem Vertrags- und Kartellrecht der Absatzmittlungsverhältnisse und der vertraglichen Vertriebssysteme etwa der Handelsvertreter, der Fachhändler und Vertragshändler (Eigenhändler), der Kommissionsagenten oder der Franchisenehmer beim Vertrieb von Waren oder Dienstleistungen. Dieses Rechtsgebiet hat sich in den vergangenen 40 Jahren ungemein dynamisch im monografischen Schrifttum und in Einzelbeiträgen wie auch in der Rechtsprechung entwickelt und zu einer Querschnittsmaterie mit hohem systematischen und dogmatisch-konstruktiven Anspruch ausgeformt. Es strahlt bis in den gewerblichen Rechtsschutz, das Lauterkeitsrecht, das Außenhandelsrecht oder auch das Arbeitsrecht aus.²⁹ Noch vor 40 Jahren war nicht einmal der Begriff „Vertriebsrecht“ bekannt; heute wetteifern mehrere Handbücher des Vertriebsrechts mit hunderten von Seiten um die Gunst der Leser, die sich aus Fachjuristen in den Unternehmen („Vertriebsrechtlern“) oder in spezialisierten Abteilungen der Law Firms (Distribution Law) rekrutieren und die „Zeitschrift für Vertriebsrecht“ abonnieren.

Dieses Rechtsgebiet „Vertriebsrecht“ in seiner internationalen Ausrichtung (law of distribution, droit de la distribution, diritto della distribuzione usw.) lädt eigentlich wie wenig andere (vielleicht etwa noch Mergers and Acquisitions) zur juristisch-ökonomischen Kooperation ein: Ließen sich nicht Forschungsprogramme für Juristen und Ökonomen formulieren, die sich mit der Optimierung der Vertriebswegorganisation und -administration (marketing channel administration) oder mit Einzelfragen des Konsumentenschutzes im Internetvertrieb befassen? Ließen sich nicht Projekte gemeinsamer, fächerübergreifender Aufgabenstellung kreieren, in die Vertrags- und Kartellrechtler sowie UWG-Spezialisten von juristischer Seite mit Marketing-Fachleuten, Handelsbetriebswirtschaftlern, Konsumentenforschern von ökonomischer Seite interdisziplinär kooperieren? Gewiss, die Entwicklung des modernen Vertriebsrechts hat in den vergangenen Jahrzehnten ungemein von den Wirtschaftswissenschaften gelernt, was bspw. die „vertikale Vorwärtsintegration“ oder die Instrumente der modernen „distribution channel administration“ angeht. Indes zeigt ein näherer Blick etwa in das umfangreichste Handbuch des

28 Vgl. Zenke/Schäfer/Brocke, Risikomanagement, Organisation, Compliance für Unternehmer, 2015; Wieland/Steinmeyer/Grüniger, Handbuch Compliance-Management – Konzeptionelle Grundlagen, praktische Erfolgsfaktoren, globale Herausforderungen, 2. Aufl. 2015; Moosmayer, Compliance-Praxisleitfaden für Unternehmen, 2010; Hauschka, Corporate Compliance – Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, 2007; Görling/Inderst/Bannenber, Compliance – Aufbau, Management, Risikobereiche, 2010; Behringer (Hrsg.), Compliance kompakt – BestPractice im Compliance-Management, 2010.

29 Dazu Martinek, ZVertriebsR 2012, 1.

Vertriebsrechts, dass es im Vertriebsvertragsrecht bei einer schlichten Informationsverarbeitung betriebswirtschaftlicher Wissensbestände geblieben ist und dass es im Vertriebskartellrecht bei einem bloßen Transfer wettbewerbstheoretischer oder nationalökonomischer Befunde sein Bewenden hat.³⁰ Statt einer synthetisierenden Neuausrichtung, die auf eigenständige Erkenntnisinteressen und Forschungsziele mit gemeinsamen Methoden angelegt wäre, statt der Suche nach integralen gemeinsamen Problemlösungen ist lediglich eine grenzüberschreitende Zusammenarbeit auszumachen, bei der man einander zuhört und voneinander (aber nicht miteinander!) lernt. Dies kann keinen Vorwurf begründen, denn es geht offenbar nicht anders. Und dies reicht immerhin weiter als die bloße Koexistenz unverbindlich und unverbunden nebeneinander herlaufender fachlicher Autarkie. Zu mehr aber reicht offenbar einfach die Schnittmenge der wissenschaftstheoretischen und methodischen Gemeinsamkeiten nicht aus. Wir schaffen nur den Austausch, aber erreichen nicht die synthetisierende Zusammenführung unserer Wissenschaften. Zwar findet eine Zusammenarbeit von, nicht aber zwischen den Disziplinen Rechts- und Wirtschaftswissenschaften statt.

E. Ernüchternde Befunde

I. Juristische und ökonomische Rationalitäten

Wir stehen heute vor dem Ende der zweiten Diskussionsrunde und wieder vor dem ernüchternden Befund, dass wir über eine friedliche Koexistenz von Rechts- und Wirtschaftswissenschaft nur wenig hinauskommen, nur partiell zu einer gegenseitig befruchtenden, einander bereichernden Zusammenarbeit vorstoßen und nicht zu einer synthetisierenden Neuausrichtung vorzudringen vermögen. Eine Kongruenz von rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Rationalitäten erscheint nach wie vor unerreichbar. Es ist nicht ersichtlich, dass interdisziplinäres Arbeiten von Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlern zu einer „Neuformulierung von Problemen unter einem anderen Blickwinkel“ führen könnte,³¹ denn dafür fehlt es an gemeinsamen Anknüpfungspunkten. Von gemeinsamen Forschungsstrategien und fächerübergreifenden Problemstellungen oder gar Problemlösungen ist immer nur in Ansätzen und lediglich theoretisch-abstrakt, kaum jemals praktisch-konkret die Rede.

II. Verbleibende Perspektiven

Der Gedanke einer „verschmelzenden“ Neuausrichtung von Rechts-, Wirtschafts- und Sozialwissenschaften scheitert im Grunde seit Jahrhunderten immer wieder am Methodendualismus von Sein und Sollen. Die epistemologische Apriorität dieses Methodendualismus hat sich als bislang unüberwindbar erwiesen. Rechtswissenschaft einerseits, Wirtschafts-

und Sozialwissenschaften andererseits bleiben antagonistisch disponiert. Die Rechtswissenschaft ist im Kern dem hermeneutischen Programm von Hans-Georg Gadamer „Wahrheit und Methode“ und dem Erklären, Verstehen und Schaffen normativer Sinnbezüge verpflichtet;³² die Wirtschafts- und Sozialwissenschaftler folgen erkenntnis- und wissenschaftstheoretisch alles in allem dem Kritischen Rationalismus von Raimund Popper.³³ Das sind verschiedene Welten, die offenbar eine integrative Synthetisierung nach dem Vorbild etwa der Biophysik, der Literatursoziologie oder der Molekularbiologie nicht gestatten.

Wir sind nach dem vergeblichen Bemühen um eine veritable epistemologische Neuausrichtung der Rechtswissenschaft auf ein schlichtes „Nebeneinander“ mit den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften in gegenseitigem Respekt und zum gegenseitigen Informationsgewinn zurückgeworfen. Positiv gewendet: Die Rechtswissenschaft ist als autonome, selbstbestimmte und unabhängige Wissenschaftsdisziplin nach wie vor unangefochten; sie bleibt freilich aufgerufen, von Hilfswissenschaften wie den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften zu lernen. Vor rund 100 Jahren verstand sich der Begründer der Rechtstatsachenforschung, Arthur Nußbaum, zu der Aussage, dass „die Lehren der Nationalökonomie, abgesehen von ihrem allgemeinen Bildungswert, den Juristen in seinen beruflichen Aufgaben wenig fördern können“.³⁴ Sicherlich erscheint heute ein derartiges Statement überzogen; aber wesentlich weiter sind wir andererseits nicht. Selbstverständlich sollte inzwischen „Einigkeit [...] jedenfalls im Ausgangspunkt herrschen, dass eine hermetische Abschirmung der Rechtswissenschaft gegenüber ihren Nachbarfächern heute weniger denn je in Betracht kommt“.³⁵ Wir arbeiten als Juristen mit den Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlern immerhin auch ohne synthetisierte Erkenntnisinteressen und -methoden zusammen (und umgekehrt), denn wir beziehen unsere Ergebnisse jeweils in die eigenen Forschungsprojekte mit ein, befruchten auch einander, können uns aber kaum zu einem integrativen Miteinander verstehen, selbst nicht im sog. Wirtschaftsrecht.

30 Vgl. dazu die Beiträge von Martinek in: Martinek/Semler/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts, 4. Aufl. 2016.

31 Hierauf hofft Lieth, Die ökonomische Analyse des Rechts im Spiegelbild klassischer Argumentationsrestriktionen des Rechts und seiner Methodenlehre, 2007, S. 21 ff., 23.

32 Gadamer, Wahrheit und Methode – Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, 1960, unveränd. Nachdr. der 3., erw. Aufl. 1975; Gadamer, Hermeneutische Entwürfe – Vorträge und Aufsätze, 2000.

33 Popper, Logik der Forschung, 1934, 11. Aufl. 2005; Popper, Vermutungen und Widerlegungen, 1963; Popper, Objektive Erkenntnis, 1973.

34 Nußbaum, Die Rechtstatsachenforschung, 1914, S. 6 = Rehbinder (Hrsg.), Die Rechtstatsachenforschung von Arthur Nußbaum, 1968, S. 21.

35 So Fleischer in: Engel/Schön, Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 50, 70.

F. Zusammenfassung

Unsere Überlegungen zur Autonomie oder der gescheiterten Interdisziplinarität der Rechtswissenschaft lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Zum Thema der Erforderlichkeit und der Durchführbarkeit einer fächerübergreifenden juristisch-ökonomischen Zusammenarbeit und einer synthetisierenden erkenntnistheoretischen Neuausrichtung der Jurisprudenz hat schon seit den siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts eine rege Diskussion stattgefunden, die aber ergebnislos verlaufen ist. Die Möglichkeiten wahrhaft interdisziplinärer Arbeit im Sinne gemeinsamer zielgerichteter Bearbeitung wissenschaftlicher Fragestellungen sowie gemeinsamer methodenbewusster Verfolgung von wissenschaftlichen Problemlösungsstrategien haben sich schon vor der Jahrtausendwende wegen der unterschiedlichen und kaum überbrückbaren erkenntnistheoretischen und methodologischen Grundlagen als sehr begrenzt erwiesen. Der Rechtswissenschaft als einer normativen und exegetisch-hermeneutischen Disziplin (Interpretationswissenschaft, angewandte Geisteswissenschaft) steht die empirische, realanalytisch-deskriptive Wirtschaftswissenschaft (Sozialwissenschaft) traditionell im Grunde unversöhnlich gegenüber. Bei allen Lippenbekenntnissen zur Interdisziplinarität hat man sich letztlich mit gegenseitiger Information begnügen müssen. Für die Rechtswissenschaft blieb die Wirtschaftswissenschaft (die Nationalökonomie wie die Betriebswirtschaftslehre) eine „Hilfswissenschaft“ zur Datenermittlung; für den Juristen war der Wirtschaftswissenschaftler nur „Sachverständiger“.

Etwa seit der Jahrtausendwende intensiviert sich die Diskussion wieder, wobei nunmehr der Fokus auf einem synthetisierenden Zusammenwirken von Rechtswissenschaft und Neuer Institutionenökonomik liegt. Mit der Neuen Institutionenökonomik (property rights theory, principal agent theory, economic analysis of law) hat die Wirtschaftswissenschaft neben ihrer klassischen, empirisch real-analytischen „Seins“-Orientierung eine „zweite Säule“ errichtet und sich den Gedanken der Normativität, der Idealität und der Errichtung von „Sollens-Ordnungen“ geöffnet. Sie bleibt dabei indes eigenen Modellen (homo oeconomicus, Effizienzmaxime) verhaftet, die für die Rechtswissenschaft außerhalb ihrer Subsumtionszusammenhänge liegen und allenfalls für rechtspolitische Fragestellungen Relevanz gewinnen mögen. Nur in wenigen Teilgebieten (wie Kartellrecht, deliktisches und vertragliches Schadensersatzrecht) trägt die Neue Institutionenökonomik zur Verfolgung rechtswissenschaftlicher Erkenntnisinteressen mittelbar bei. Der imperiale Anspruch der Neuen Institutionenökonomik, die Rechtsordnung und die Rechtswissenschaft ihrer Effizienz- und Rationalitätsmaxime zu unterwerfen, ist – wie etwa der more economic approach in EU-Kartellrecht zeigt – gescheitert. Auch die moderne betriebswirtschaftliche Mikro-Ökonomie bietet kaum Ansätze

für eine erkenntnistheoretische Interdisziplinarität mit der Rechtswissenschaft, sondern steht ihr – wie etwa die Compliance-Bewegung oder die Corporate Governance-Diskussion beweisen – als Parallelwelt gegenüber.

Wir stehen heute wieder vor dem ernüchternden Befund, dass wir über eine friedliche Koexistenz von Rechts- und Wirtschaftswissenschaft nur wenig hinauskommen, lediglich partiell zu einem gegenseitig befruchtenden, einander bereichernden „Nebeneinander“ vorstoßen und nicht zu einem synthetisierenden „Miteinander“ vorzudringen vermögen. Eine Kongruenz von rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Rationalitäten erscheint nach wie vor unerreichbar. Sie scheitert seit Jahrhunderten immer wieder am Methodendualismus von Sein und Sollen. Wir sind nach dem vergeblichen Bemühen um eine veritable epistemologische Interdisziplinarität auf eine schlichte Kooperation in gegenseitigem Respekt und zum gegenseitigen Informationsgewinn zurückgeworfen. Positiv gewendet: Die Rechtswissenschaft ist als autonome Wissenschaftsdisziplin unangefochten; sie bleibt freilich aufgerufen, von Hilfswissenschaften zu lernen.

Kein Wechsel von Minderung auf den großen Schadensersatz

BGH, Urt. v. 09.05.2018 - VIII ZR 26/17

Prof. Dr. Michael Jaensch

A. Problemstellung

Der Käufer einer mangelhaften Sache kann, nachdem er erfolglos eine erforderliche Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat, vom Vertrag zurücktreten oder den Kaufpreis mindern (§ 437 Nr. 2 BGB) und Schadensersatz oder Aufwendungsersatz (§ 437 Nr. 3 BGB) verlangen. Dabei verweist § 437 BGB auf die allgemeinen Vorschriften des Leistungsstörungenrechts. Demnach umfasst der Schadensersatz Ansprüche auf den einfachen Schadensersatz, den Schadensersatz statt der Leistung (kleiner Schadensersatz) und den Schadensersatz statt der ganzen Leistung (großer Schadensersatz). Verlangt der Käufer den kleinen Schadensersatz, behält er die Kaufsache und erhält den Mangelschaden ersetzt. Wählt er den großen Schadensersatz, muss er die Kaufsache zurückgeben und erhält den gesamten Schaden ersetzt. Wie dem Wortlaut von § 437 BGB zu entnehmen ist, stehen dem Käufer Rücktritt und Minderung (Nr. 2) sowie Schadens- und Aufwendungsersatz (Nr. 3) je alternativ zur Wahl, allerdings können die von Nr. 2 umfassten Ansprüche mit denen aus Nr. 3 kumuliert werden. Von ihren Rechtsfolgen passen Minderung und kleiner Schadensersatz sowie Rücktritt und großer Schadensersatz zueinander. Der BGH widmet sich in der vorliegenden

Entscheidung vor allem der Frage, ob der Käufer nach erklärter Minderung zum großen Schadensersatz wechseln kann.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Nachdem die Klägerin ihren Neuwagen sieben Mal zur Reparatur gebracht hatte, erklärte sie aufgrund der Fehleranfälligkeit klageweise die Minderung. Als sie weitere zweimal den Wagen – wiederum erfolgreich – reparieren ließ, stellte sie ihre Klage auf den großen Schadensersatz um. Das Landgericht hat der Klage überwiegend stattgegeben, die hiergegen eingelegte Berufung ist zurückgewiesen worden. Die Revision beim BGH hatte Erfolg. Der Gerichtshof befand, der Klägerin stehe nach Minderung kein großer Schadensersatz zu.

I. Der Gerichtshof verneint einen Mangel nach § 434 Abs. 1 BGB. Allein aus den in der Vergangenheit aufgetretenen, nun aber behobenen Mängeln könne nach den Kriterien zum sog. Montagsauto¹ kein Sachmangel hergeleitet werden. Hiernach sei lediglich zu entscheiden, ob eine Frist zur Nacherfüllung nach § 440 Satz 1 Alt. 3 BGB wegen Unzumutbarkeit entbehrlich ist. Sie ließen aber keine Schlüsse auf die Mangelhaftigkeit eines Montagsautos zu. Es sei dem Käufer zumutbar, den Verdacht der Fehleranfälligkeit durch einen Sachverständigen bestätigen zu lassen, ohne den das Berufungsgericht einen Mangel nicht hätte annehmen dürfen.

II. Der BGH entscheidet in der Sache, da er sich außerstande sieht, den entscheidungsreifen Streit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, um der Klägerin Gelegenheit zur Klageänderung zu geben. Ihr sei es jedoch unbenommen, erneut zu klagen. Im Folgenden unterstellt der Gerichtshof die Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs.

III. Nach Auffassung des BGH sei die Klägerin an ihre wirksam erklärte Minderung gebunden und könne nicht im Wege der Klageänderung den großen Schadensersatz verlangen. Wie der Rücktritt beruhe die Minderung auf einer nach Vorstellung des Gesetzgebers² bindenden Gestaltungserklärung. Vor Übereilung sei der Käufer durch das Fristsetzungserfordernis geschützt. Von der Bindung sei auch dann nicht abzusehen, wenn der Verkäufer sich noch nicht auf das umgestaltete Rechtsverhältnis eingestellt hat. Auch sei es dem Verkäufer nicht aufgrund treuwidrigen Verhaltens verwehrt, sich zu seinen Gunsten auf das ausgeübte Gestaltungsrecht zu berufen, wenn er zuvor die gewählte Gewährleistung verweigert habe, da die Verteidigung gegen einen Anspruch nicht treuwidrig sei.

Nach Minderung sei es nicht möglich, stattdessen oder zusätzlich den großen Schadensersatz geltend zu machen und somit im Ergebnis gegen Herausgabe der Sache den gesamten Kaufpreis zurückzufordern. Zwar könne die Minderung mit dem Schadensersatz kombiniert werden. Dies

sei aber nur im Rahmen des kleinen Schadensersatzes für Vermögenseinbußen möglich, die über den mangelbedingten Minderwert hinausgehen. Wegen desselben Mangels statt oder zusätzlich zur Minderung im Rahmen des großen Schadensersatzes die Rückabwicklung des Vertrages zu verlangen, sei hingegen ausgeschlossen, da das Wahlrecht zwischen Festhalten und Lösen vom Vertrag verbraucht sei. Im Wechsel von Minderung zum großen Schadensersatz liege keine Erweiterung des Anspruchs, sondern durch Aufhebung der Minderung und Rückabwicklung des Vertrages die Verkehrung ins Gegenteil.

Auch könne nicht § 325 BGB analog herangezogen werden, um den Wechsel von Minderung zum großen Schadensersatz zu rechtfertigen. Dies wäre lediglich ein Versuch, zum alten Recht zurückzukehren, welches bis zum Einverständnis des Verkäufers dem Käufer das Recht zusprach, seine Wahl zu ändern (*ius variandi*). § 325 BGB habe lediglich das Ziel, dem Gläubiger Schadensersatz zu gewähren, obwohl er bereits zurückgetreten ist. Eine maximale Käuferflexibilität war nicht beabsichtigt. Für eine Analogie fehle es an der erforderlichen planwidrigen Regelungslücke, da der Gesetzgeber zum Ausgleich der Parteiinteressen den Käufer bewusst vor die bindende Wahl gestellt hat, am Vertrag festzuhalten oder sich von ihm zu lösen.

Schließlich gebiete auch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie keine abweichende Auslegung, zumal sie den Schadensersatz nicht regle. Ihr könne keine Aussage zur Bindungswirkung der Wahl zwischen Minderung und Vertragsauflösung entnommen werden. Letztlich stehe einer richtlinienkonformen Auslegung der Wille des deutschen Gesetzgebers entgegen, welcher Minderung und Rücktritt je als bindendes Gestaltungsrecht ausgestaltet habe. Eine Vorlage zum EuGH erübrige sich daher.

C. Bewertung

I. Entschieden tritt der Senat Ansätzen der Literatur³ entgegen, die von ihm entwickelten Kriterien zur Beurteilung eines Montagsautos auf den Verdachtsmangel anzuwenden. Der Senat definiert ein Kraftfahrzeug als Montagsauto, wenn sich innerhalb eines kürzeren Zeitraums eine Vielzahl herstellungsbedingter Mängel zeigen, sodass das Vertrauen in eine ordnungsgemäße Herstellung des Fahrzeugs ernsthaft erschüttert worden ist.⁴ Die Beurteilung ist tatrichterlich zu klären und wird revisionsrechtlich unterstellt. Ob in Anwendung dieser strengen Kriterien tatsächlich ein Montagsauto vor-

1 BGH, Urt. v. 23.01.2013 - VIII ZR 140/12.

2 BT-Drs. 14/6040, S. 221, 223, 234 f.

3 Erger, NJW 2013, 1485, 1486; Westermann in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2016, § 440 Rn. 8.

4 BGH, Urt. v. 23.01.2013 - VIII ZR 140/12 Rn. 26.

liegt, kann trotz der insgesamt neun Nachbesserungen verschiedener Mängel nicht als sicher gelten. So wurde ein Fahrzeug mit über 47 Einzelmängeln und mehr als sieben Nachbesserungen nicht als Montagsauto bewertet.⁵

II. Es mag verwundern, dass der Senat den Rechtsstreit für entscheidungsreif hält und nach § 563 Abs. 3 ZPO in der Sache selbst entscheidet, statt sie an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Ein Rechtsstreit ist nicht entscheidungsreif, wenn das Berufungsgericht seiner Hinweispflicht nicht genügt hat.⁶ Hätte es erkannt, dass ein Wechsel von Minderung zum großen Schadensersatz nicht möglich ist, hätte es auf eine (erneute) Klageänderung gem. § 533 ZPO hinweisen müssen,⁷ insbesondere weil es dabei um ein Weniger geht,⁸ um aus Gründen der Prozessökonomie, dem auch § 563 Abs. 3 ZPO dient,⁹ einen weiteren Prozess zu verhindern. Hingegen überlässt es der Senat der Klägerin, erneut zu klagen, was der Prozessökonomie entgegenläuft.

Bei einer etwaigen erneuten Klage käme der Klägerin § 213 Alt. 1 BGB zugute. Nach der Vorschrift gilt die Verjährungshemmung gem. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB der auf § 437 Nr. 3 BGB gestützten Schadensersatzklage auch für den von § 437 Nr. 2 BGB umfassten Rückzahlungsanspruch wegen Minderung. § 213 Alt. 1 BGB (sog. elektive Konkurrenz) erfasst die Hemmungswirkung aller in § 437 BGB aufgeführten Rechte, die auf demselben Mangel beruhen, auch wenn einander ausschließende Ansprüche zur Wahl stehen, die auf verschiedenen Gestaltungsrechten beruhen, an deren Ausübung der Käufer gebunden ist.¹⁰ Dies gilt für Ansprüche aus Rücktritt und Minderung¹¹ ebenso wie für Minderung und den großen Schadensersatz. Missglückt ist nur der vom BGH verwendete Begriff der elektiven Konkurrenz. Denn § 213 Alt. 1 BGB gilt, obwohl für Rücktritt und Minderung kein *ius variandi* besteht, welches von einigen¹² als Merkmal der elektiven Konkurrenz angesehen wird.

III. Ausführlich begründet der Senat sein in den Leitsätzen hervorgehobenes Ergebnis, nach erfolgter Minderung könne nicht anstelle oder zusätzlich der große Schadensersatz verlangt werden. Dabei wendet er sich in dogmatischer Tiefe gegen zahlreiche Ansätze der Literatur, dem Käufer erweiterte Kombinationsmöglichkeiten zuzugestehen, worin er das Bestreben erkennt, sich der alten Rechtslage anzunähern, gemäß der der Käufer seine Wahl zwischen Wandelung und Minderung bis zur Zustimmung des Verkäufers ändern konnte.

IV. Für den Gerichtshof kommt eine Vorlage zum EuGH letztlich nicht in Betracht, weil er sich nicht über den erklärten Willen des deutschen Gesetzgebers¹³ hinwegsetzen könne, der die Minderung mit bindender Gestaltungswirkung ausgeformt habe. Dagegen hatte zur Frage des Nutzungersatzes bei Nacherfüllung der „eindeutige Wille des Gesetzgebers“ den Senat nicht von einer Vorlage zum EuGH abgehalten.¹⁴ Erst nach einer entsprechenden Ent-

scheidung des EuGH¹⁵ berief er sich auf den konkret geäußerten Willen des Gesetzgebers zur richtliniengetreuen Umsetzung,¹⁶ um § 439 Abs. 4 (nunmehr Abs. 5) BGB richtlinienkonform zu reduzieren. Ein konkreter Wille zur richtliniengetreuen Umsetzung kann den Materialien auch zur Bindungswirkung von Rücktritt und Minderung entnommen werden.¹⁷ Warum sich eine Vorlage dennoch verbietet, ist nicht ohne Weiteres einzusehen.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung schafft in ihren Kernaussagen Klarheit zur Beurteilung von Montagsautos und dem Verhältnis von Rücktritt und Minderung zum großen und kleinen Schadensersatz. Nachdem durch § 325 BGB die sog. Rücktrittsfälle abgeschafft wurde, mag man nun eine Minderungsfälle des Käufers beklagen. Schutz vor einer voreiligen Entscheidung bietet eine Frist zur Nacherfüllung nämlich dann nicht, wenn diese aufgrund § 323 Abs. 2, § 440 BGB entbehrlich ist. Ebenso könnte von einer eingeschränkten Rücktrittsfälle die Rede sein, denn es ist dem Käufer auch verwehrt, nach erklärtem Rücktritt zu mindern¹⁸ und/oder den kleinen Schadensersatz zu wählen. Der Käufer muss sich die Ausübung seines Gestaltungsrechts wohl überlegen. Trotz allem ist ein Vergleich mit der überwundenen Rücktrittsfälle nicht angebracht. Während es im alten Recht dem Gläubiger nach erklärtem Rücktritt nicht mehr möglich war, einen darüber hinausgehenden Schaden ersetzt zu verlangen, kann der Käufer nach Minderung oder Rücktritt sehr wohl noch weitergehende Vermögenseinbußen als Schadensersatz fordern. Es ist ihm lediglich verwehrt, seine Entscheidung zu revidieren, am Vertrag festzuhalten oder ihn rückabzuwickeln. Er kann aber zusätzlich den kleinen bzw. den großen Schadensersatz verlangen.

5 BGH, Urt. v. 23.01.2013 - VIII ZR 140/12 Rn. 29 f.

6 BGH, Urt. v. 20.02.1997 - I ZR 13/95; Ball in: Musielak/Voit, ZPO, 15. Aufl. 2018, § 563 Rn. 19.

7 So geschehen in der Berufungsinstanz des BGH, Urt. v. 29.04.2015 - VIII ZR 180/14 Rn. 2.

8 Stadler in: Musielak/Voit, ZPO, 15. Aufl. 2018, § 139 Rn. 12.

9 Kessal-Wulf in: BeckOK, ZPO, 28. Edition, § 563 Rn. 10, Stand: 01.03.2018.

10 BGH, Urt. v. 29.04.2015 - VIII ZR 180/14 Rn. 22, 27, 30 ff.

11 BGH, Urt. v. 29.04.2015 - VIII ZR 180/14 Rn. 20.

12 Ball, NZV 2004, 217, 219; Weidenkaff in: Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, § 439 Rn. 5 f.; Westermann in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2016, § 439 Rn. 4 f.

13 BT-Drs. 14/6040, S. 221, 223, 234 f.

14 BGH, Beschl. v. 16.08.2006 - VIII ZR 200/05 Rn. 14 unter Berufung auf BT-Drs. 14/6040, S. 232 f.

15 EuGH, Urt. v. 17.04.2008 - C-404/06 - „Quelle“.

16 BGH, Urt. v. 26.11.2008 - VIII ZR 200/05 Rn. 23 ff. unter Berufung auf BT-Drs. 14/6040, S. 232 f.

17 BT-Drs. 14/6040, S. 221, 223.

18 Vgl. Hinweis des Landgerichts in BGH, Urt. v. 29.04.2015 - VIII ZR 180/14 Rn. 2.

Hinreichende Bestimmtheit einer „Saldo- klage“ des Vermieters bei Einstellung unter- schiedlicher Forderungen in ein Mietkonto

BGH, Urt. v. 21.03.2018 - VIII ZR 68/17

Dr. Jutta Hartmann*

A. Problemstellung

Gem. § 535 Abs. 2 BGB ist der Mieter verpflichtet, dem Vermieter die vereinbarte Miete zu entrichten. Neben der reinen Mietzahlung kann der Mieter zu weiteren Zahlungen verpflichtet sein, wie zu Nebenkostenvorauszahlungen, zur Zahlung eines Betriebskostensaldos, zu Schadensersatz, zu Kautionsraten, zu Zinsen, zu Prozesskosten etc. Alle diese Forderungen werden in das Mietkonto des Mieters eingestellt und dort mit seinen Zahlungen verbucht. Kommt der Mieter – aus welchen Gründen auch immer – seiner Zahlungspflicht (teilweise) nicht nach, wird das Mietkonto schnell unübersichtlich. Die Mietkontenblätter weisen nämlich i.d.R. nicht aus, welche Zahlung der Mieter auf welche Forderung geleistet bzw. worauf der Vermieter die Zahlung seines Mieters verrechnet hat.

Will der Vermieter den Mieter nun auf Zahlung der Rückstände verklagen, müsste er zunächst jede Zahlung des Mieters mit einer bestimmten Forderung verrechnen, damit der konkrete Streitgegenstand ermittelt werden kann. Die Verrechnung der Zahlungen des Mieters sehen die meisten EDV-Programme zur Verwaltung von Mietkonten jedoch nicht vor, sodass Vermieter diese händisch vornehmen müssten. Um sich diese mühsame Arbeit zu sparen, machen Vermieter oftmals Gesamtrückstände geltend und erheben die sog. Saldoklage.

Der Senat befasst sich in der vorliegenden Entscheidung (erneut) mit der Frage der Zulässigkeit einer solchen „Sal-

doklage“, und entscheidet erstmalig die Frage der Tilgungsreihenfolge bei unregelmäßiger Mietzahlung.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Das Mietverhältnis bestand von August 2013 bis April 2015. Die monatliche Gesamtmiete betrug 749,50 €. Darin waren Nebenkostenvorauszahlungen i.H.v. 146 € monatlich enthalten.

Die Vermieterin verklagte die Mieter auf ausstehende Zahlungen aus dem Zeitraum von Oktober 2013 bis April 2015 i.H.v. 13.544,63 € nebst Rechtshängigkeitszinsen und abzüglich einer am 17.11.2015 erfolgten Betriebskostengutschrift i.H.v. 346,42 €. Bezüglich dieser Gutschrift begehrte sie die Feststellung, dass sich der Rechtsstreit insoweit erledigt hat.

Sie stützte ihre Forderung auf eine – nachfolgend auszugsweise dargestellte – „Mietrückstandsaufstellung“, die in Form einer Tabelle verschiedene Forderungsarten (Bruttomiete, Rückläufergebühren, Mahngebühr sowie Mahngebühr externe Rechtsanwaltsgebühren) erbrachte Zahlungen/Gutschriften und offene Forderungen ausweist und mit einem Saldo i.H.v. 13.198,21 € abschließt.¹

Weitere Angaben zur Verrechnung der erteilten Gutschriften und der geleisteten Zahlung hat die Klägerin nicht gemacht, sich aber in der Berufungsinanz darauf berufen, dass mangels Vortrags der Parteien die gesetzliche Tilgungsreihenfolge des § 366 Abs. 2 BGB greife.

Die Instanzgerichte wiesen die Klage mangels Bestimmtheit i.S.d. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO als unzulässig ab. Im Fall der Erhebung mehrerer Ansprüche seien grds. die für jeden

* Die Autorin ist Justiziarin in der Bundesgeschäftsstelle des Deutschen Mieterbundes in Berlin.

Tabelle „Mietrückstandsaufstellung“ (Auszug):

Monat	zu zahlen	gezahlt	Differenz	Rückstand
Miete Oktober 2013	749,50 €		749,50 €	749,50 €
Rückläufergebühr	3,00 €		3,00 €	752,50 €
Rückläufergebühr	3,00 €		3,00 €	755,50 €
Miete November 2013	749,50 €		749,50 €	1.505,00 €
[...]				
Mahngebühr	2,50 €		2,50 €	1.513,00 €
Miete Dezember 2013	749,50 €		749,50 €	2.262,50 €
Mahngebühr ext. RA-Gebühr	261,30 €		261,30 €	2.523,80 €
[...]				
Gutschrift Betriebskosten		99,98 €	- 99,98 €	10.741,77 €
Miete Dezember 2014	749,50 €		749,50 €	11.491,27 €
Miete Januar 2015	749,50 €		749,50 €	12.240,77 €
Miete Februar 2015	749,50 €	400,00 €	349,50 €	12.590,27 €
[...]				
Gutschrift Betriebskosten		346,42 €	- 346,42 €	13.198,21 €

¹ Aus Platzgründen ist die Tabelle „Mietrückstandsaufstellung“ hier nur auszugsweise abgebildet. Die vollständige Tabelle finden Sie unter BGH, Urt. v. 21.03.2018 - VIII ZR 68/17 Rn. 4.

Anspruch geforderten Teilbeträge anzugeben. Daher müsse sich aus dem Klagevorbringen ergeben, welche in den Klagezeitraum fallenden Ansprüche dem geltend gemachten Betrag zugrunde lägen. Dies sei vorliegend nicht der Fall.

Die gegen dieses Urteil vom Berufungsgericht zugelassene Revision war erfolgreich. Nach Auffassung des Senats handelt es sich bei der erhobenen Zahlungsklage nicht um eine „unzulässige Saldoklage“. Der BGH verweist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück, da dieses keine Feststellungen zur Begründetheit der geltend gemachten Forderungen getroffen habe.

In den Entscheidungsgründen bestätigt der Senat zunächst seine Rechtsprechung, wonach ein Klageantrag (erst) dann hinreichend bestimmt i.S.d. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO ist, wenn er den erhobenen Anspruch konkret bezeichnet und dadurch den Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis absteckt, der Inhalt und Umfang der materiellen Rechtskraft der begehrten Entscheidung erkennbar ist, das Risiko eines Unterliegens des Klägers nicht durch vermeidbare Ungenauigkeit auf den Beklagten abgewälzt wird und die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil keine Fortsetzung des Streits im Vollstreckungsverfahren erwarten lässt.

I. Konkrete Aufschlüsselung des Klageantrags erforderlich bei einheitlichem Gesamtanspruch

Gemessen an diesen Grundsätzen könne zunächst auf eine konkrete Bezifferung der geforderten Einzelbeträge verzichtet werden, wenn ein einheitlicher Gesamtanspruch geltend gemacht werde, von dem nach dem Klägervortrag unter Berücksichtigung geleisteter Zahlungen noch ein Betrag in Höhe der Klageforderung offen ist. Ein solch einheitlicher Gesamtanspruch setze sich ausschließlich aus gleichförmigen, periodisch wiederkehrenden Einzelforderungen zusammen. Hier erübrige sich eine Aufschlüsselung des geltend gemachten Gesamtbetrags dahingehend, welche Zahlung auf welche Einzelforderung angerechnet werde. Denn es mache für die Bestimmung des Streitgegenstands letztlich keinen Unterschied, ob der Kläger hierbei die monatlich geschuldeten Beträge im Einzelnen aufliste und die erbrachten Zahlungen konkreten Monaten zuordne, oder ob er die im streitigen Zeitraum entstandenen Forderungen addiere und hiervon die Gesamtzahlungen in Abzug bringe.

Bei dem durch die Vermieterin geltend gemachten Anspruch handelte es sich jedoch nicht um einen solchen einheitlichen Gesamtanspruch. Die Klageforderung setzte sich nicht ausschließlich aus gleichförmigen, periodisch wiederkehrenden Einzelforderungen zusammen, sondern beinhaltete neben der Nettomiete und den Nebenkostenvoraus-

zahlungen auch Gebühren für Lastschriftrückläufer und Mahnungen sowie außergerichtliche Rechtsanwaltskosten.

II. Allgemeine Anforderungen an das Klagebegehren im Rahmen der Zulässigkeit

Dass vorliegend kein einheitlicher Gesamtanspruch vorliegt, stellt für die Zulässigkeit der Klage jedoch nach BGH kein Hindernis dar. Denn bereits die Identifizierbarkeit des Anspruchs als solcher erfülle laut Senat die gesetzlichen Vorgaben in § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Es genüge daher, dass das Klagebegehren – unterhalb der Stufe der Substantiierung – individualisiert und damit der Streitgegenstand bestimmt sei. Wann diese Anforderungen erfüllt seien, könne nicht allgemein und abstrakt beantwortet werden; vielmehr hingen Art und Umfang der erforderlichen Angaben von den Besonderheiten des anzuwendenden materiellen Rechts und den Umständen des Einzelfalls ab.

Die Klägerin hat ihren Anspruch laut Senat vorliegend hinreichend identifiziert, indem sie den Inhalt des Mietkontos vorgetragen hat. Denn damit habe sie klar zum Ausdruck gebracht, dass sie genau diese – in der Mietrückstandsauflistung gelisteten – Ansprüche zum Gegenstand ihrer Klage machen wollte.

III. Gesetzliche Tilgungsreihenfolge bei unregelmäßiger Mietzahlung

Die Bestimmtheit der Klage scheitere insbesondere auch nicht daran, dass die Klägerin keine Angaben dazu gemacht habe, in welcher Höhe die erteilten Gutschriften und die erfolgten Zahlungen auf die rückständigen Nettomieten, auf Nebenkostenvorauszahlung oder auf die sonstigen in das Mietkonto eingestellten Ansprüche anzurechnen seien. Die Bestimmtheit des Klageantrags müsse vielmehr durch eine sachgerechte Auslegung des Klägervorbringens erfolgen. Zur Bestimmung des Streitgegenstands bei einer Klagehäufung könne demnach auch ohne ausdrückliche Verrechnungs- oder Aufrechnungserklärung des Klägers ein Rückgriff auf die gesetzliche Anrechnungsreihenfolge des § 366 Abs. 2 BGB (analog) in Betracht kommen.

Eine solche stillschweigende Zuordnung entspreche regelmäßig der Interessenlage des Klägers und sei auch im Hinblick auf die Belange des Beklagten angemessen. Denn hierdurch sei gewährleistet, dass sämtlichen Prozessbeteiligten der Inhalt und der Umfang der geltend gemachten Forderungen hinreichend klar sei. Der Beklagte werde in die Lage versetzt, zu beurteilen, ob und in welchem Umfang er sich gegen die geltend gemachten Forderungen zur Wehr setzen wolle.

Bei nicht ausreichenden Zahlungen auf Nettomieten unterschiedlicher Zeiträume ist die Vorschrift des § 366 Abs. 2 BGB laut Senat direkt anzuwenden. Denn die Vorschrift des

§ 366 BGB meine das Schuldverhältnis im engeren Sinne, also die einzelne Forderung, und sei daher auch bei einer Mehrheit von Forderungen aus demselben Schuldverhältnis direkt anwendbar.

Dagegen finde die Norm bei nicht ausreichenden Zahlungen auf die Bruttomiete analoge Anwendung. Denn die Nettomiete und die vertraglich vereinbarte Nebenkostenvorauszahlung, die das Gesamtentgelt des Mieters für die Leistungen des Vermieters bilden, weisen weitgehende rechtliche Eigenständigkeiten auf, die es rechtfertigen, bei unzureichenden Zahlungen des Mieters auf die Bruttomiete die Vorschrift des § 366 BGB analog heranzuziehen.

Diese Grundsätze würden auch dann gelten, wenn es nicht um Zahlungen des Mieters gehe, sondern der Vermieter Gutschriften erteile und gegen diese Forderungen des Mieters mit Mietforderungen aufrechne, ohne zu bestimmen, welche Forderungen gegeneinander aufgerechnet werden sollen.

Für die Tilgung der jeweiligen Bruttomiete bei unzureichenden Zahlungen oder Gutschriften ist nach Auffassung des Senats das Kriterium der geringeren Sicherheit maßgeblich. Dies führt dazu, dass die Zahlung des Mieters zunächst auf die Nebenkostenvorauszahlungsforderung anzurechnen sei, weil diese nach Eintritt der Abrechnungsreife oder erfolgter Abrechnung grds. nicht mehr geltend gemacht werden könne und daher weniger Sicherheit biete als die Nettomietforderung.

Wird nicht nur eine offenstehende Bruttomiete, sondern werden mehrere Bruttomietrückstände geltend gemacht, seien die Kriterien des § 366 Abs. 2 BGB ein weiteres Mal heranzuziehen. Dabei sei stets eine Anrechnung auf die ältesten Rückstände vorzunehmen. Dies ergebe sich daraus, dass die älteren Rückstände zuerst verjährten und daher dem Kläger die geringeren Sicherheiten bieten würden.

C. Kontext der Entscheidung

Nach bisheriger Auffassung der Instanzrechtsprechung und der Literatur war die Klage mangels Bestimmtheit i.S.d. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO bereits unzulässig, wenn sich der Saldo aus unterschiedlich hohen Mietzinsforderungen, Betriebskosten, Mahnkosten, Rechtsanwaltskosten und verschiedenen Gutschriften ergibt bzw. wenn der klagende Vermieter Ansprüche auf Zahlung der vertraglich geschuldeten Nebenkostenvorauszahlungen in die Mietrückstandsaufstellung einbezieht, auf die er nach erfolgter Betriebskostenabrechnung bzw. nach Eintritt der Abrechnungsreife gem. § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB aus materiell-rechtlicher Sicht grds. keinen Anspruch mehr hat, und dabei nicht erklärt, dass er den Klageantrag nun auf den Nachzahlungsbetrag stützen will.²

Dieser Auffassung erteilt der BGH eine Absage. Laut Senat betrifft die Frage der schlüssigen und substantiierten Darlegung der anspruchsbegründenden Tatsachen erst die Begründet-

heit einer Klage, und nicht die für die Ordnungsgemäßheit einer Klageerhebung gem. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO erforderlichen Angaben zur Individualisierung des Streitgegenstands. Auch müsse der Kläger bei der Geltendmachung eines Gesamtbetrages aus mehreren Forderungsarten grds. nicht aufschlüsseln, auf welche Einzelforderungen erfolgte Zahlungen oder erteilte Gutschriften zu verrechnen sind bzw. verrechnet oder aufgerechnet wurden. Dies überspanne die an die Bestimmtheit einer sich aus mehreren Ansprüchen zusammensetzenden Zahlungsklage zu stellenden Anforderungen. Es sei vielmehr unschädlich, dass der Kläger sich nicht ausdrücklich oder nicht vollständig über die Anrechnung erfolgter Zahlungen oder erteilter Gutschriften erkläre, da das Gesetz mit § 366 Abs. 2 BGB eine subsidiäre Verrechnungsreihenfolge bei nicht ausreichenden Teilleistungen des Schuldners auf eine Forderungsmehrheit vorsehe.

D. Auswirkungen für die Praxis

Der Vermieter darf also grds. auch den Gesamtsaldo einer „Mietrückstandsaufstellung“ klageweise geltend machen. Dies macht seine Klage nicht unzulässig. Er läuft allerdings Gefahr, dass seine Forderungen als unbegründet abgewiesen werden und damit – anders als bei einer Klageabweisung als unzulässig – wegen entgegenstehender Rechtskraft grds. nicht mehr eingeklagt werden können. Für den Vermieter gilt daher nach wie vor, dass auf eine genaue Buchhaltung großer Wert zu legen ist. Den Streit um die Tilgungsreihenfolge bei unzureichenden Zahlungen des Mieters auf die Gesamtmiete hat der Senat dahingehend entschieden, dass diese zunächst auf die ältesten geschuldeten Nebenkostenvorauszahlungen anzurechnen sind.

E. Bewertung

Die Entscheidung ist wenig überraschend, denn sie knüpft an die bisherige Rechtsprechung des BGH zur Zulässigkeit von Saldoklagen an.³

Zwar wäre es zur Vereinfachung und Beschleunigung des Rechtsstreits sinnvoll, durch eine nähere Aufgliederung des Klageantrags klare Verhältnisse zu schaffen. Letztendlich lässt der Senat die durch Großvermieter fortlaufend praktizierte Vorgehensweise der Geltendmachung des Gesamt-

² Vgl. LG Kempten, Urt. v. 22.02.2017 - 53 S 1283/16; LG Dortmund, Beschl. v. 18. 5 2015 - 1 S 47/15 mit Anmerkung Börstinghaus, IMR 2015, 390; OLG Brandenburg, Beschl. v. 08.05.2006 - 3 W 18/06; AG Gießen, Urt. v. 10.03.2016 - 48 C 2/16; Blank in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 543 Rn. 141 m.w.N.; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl. 2009, Rn. XIV 49; Zehelein, NZM 2013, 638.

³ Vgl. BGH, Urt. v. 09.01.2013 - VIII ZR 94/12; siehe auch Börstinghaus, jurisPR-BGHZivilR 10/2018 Anm. 2 zu BGH, Urt. v. 21.03.2018 - VIII ZR 84/17.

saldos aber zumindest im Rahmen der Zulässigkeit der Klage zu. Im Rahmen der Begründetheit kommt es dann jedoch gleichwohl darauf an, welche Forderung in welcher Höhe getilgt und damit Gegenstand der Klage ist. Die Mieterschaft sollte daher (weiterhin) den Mut aufbringen, sich gegen unberechtigte Forderungen von bundesweit tätigen großen Wohnungsunternehmen zur Wehr zu setzen.

Ehegattenunterhalt von Besserverdienern BGH, Beschl v. 15.11.2017 - XII ZB 503/16

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

A. Problemstellung

Gerade in gehobenen Einkommensverhältnissen spielt die Berechnung des Ehegattenunterhalts auf der Ebene eines konkreten Bedarfs eine große Rolle. Die hier besprochene Entscheidung des BGH befasst sich in erster Linie mit einem unterhaltsrechtlichen Auskunftsanspruch und zieht erhebliche Veränderungen in der praktischen Behandlung derartiger Fälle nach sich.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Bei niedrigen und bei durchschnittlichen Einkommensverhältnissen wird der Ehegattenunterhalt nach einer Quote des gesamten bereinigten Einkommens beider Ehegatten errechnet (sog. Quotenunterhalt). In diesem Einkommensbereich kann man – so der BGH – davon ausgehen, dass das gesamte Familieneinkommen regelmäßig durch Konsum verbraucht worden ist. Will ein Ehegatte hier eine abweichende Berechnungsweise durchsetzen, muss er diese Vermutung des vollständigen Verbrauches des gemeinsam erzielten Einkommens für den Konsum während der Zeit der Ehe widerlegen.

Eine solche letztlich schematisierte Berechnung des Ehegattenunterhalts nach einer Quote des Gesamteinkommens passt aber nicht mehr bei weit überdurchschnittlich guten wirtschaftlichen Verhältnissen – in Fallbeispielen wird hier gerne die Situation einer geschiedenen Chefärztgattin aufgeführt. Denn die Quotenberechnung geht ja von der Überlegung aus, dass in normalen wirtschaftlichen Verhältnissen die gesamten Einkünfte auch für den Lebensunterhalt tatsächlich verbraucht werden.

Bei gehobenen wirtschaftlichen Verhältnissen findet zwar auch ein deutlicher höherer Verbrauch für einen deutlich höheren und teureren Lebensunterhalt statt. Es bleibt dennoch regelmäßig ein nicht unerheblicher Teil des regelmäßi-

gen Einkommens übrig, der auch i.d.R. in Rücklagen der verschiedensten Arten der Vermögensbildung abgeführt wird. Denn bei überdurchschnittlichen wirtschaftlichen Verhältnissen ist neben einem überdurchschnittlichen Konsum auch eine nicht unerhebliche Vermögensbildung üblich. Der Begriff des Bedarfs orientiert sich aber nur an den für den Lebensunterhalt und den Konsum benötigten und verwandten Mitteln. Folglich bleiben diejenigen Teile des gehobenen Einkommens, die regelmäßig zur Vermögensbildung und nicht für den laufenden Lebensunterhalt verwendet worden sind, bei der Bestimmung des Bedarfs nach den ehelichen Lebensverhältnissen außer Betracht.

Kann der Unterhalt nicht nach der Quote berechnet werden, hat der unterhaltsberechtigte Ehegatte die – durchaus mühsame – Aufgabe, seinen konkreten Bedarf dezidiert darlegen zu müssen. Zwar kann das Gericht im Wege der Schätzung nach § 287 ZPO Einzelpositionen berücksichtigen, die grds. zulässige Schätzung darf jedoch den substantiierten Sachvortrag des Unterhaltsgläubigers nicht ersetzen.¹ Erforderlich ist daher in jedem Fall, dass eine exemplarische Schilderung der einzelnen Ausgaben erfolgt unter Nachweis des entsprechenden Konsumverhaltens.² Konkret muss der unterhaltsberechtigte Ehegatte alle Positionen seines gegenwärtigen persönlichen Bedarfs – orientiert an den ehelichen Lebensverhältnissen – darlegen und im Fall des Bestreitens auch unter Beweis stellen. Dieser Sachvortrag erfolgt regelmäßig dann durch eine lange Liste von Bedarfspositionen.³

Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 15.11.2018 klargestellt, dass auch bei deutlich höheren Einkommensverhältnissen der Ehegatten der berechtigte Ehegatte seinen Unterhalt nach der Einkommensquote berechnen kann. Denn auch in diesen Einkommensbereichen gilt grds. die Überlegung, dass das Einkommen vollständig für den laufenden Unterhalt verbraucht worden ist, um den laufenden – gehobenen – Lebensbedarf abzudecken. Davon ausgehend kann der Unterhalt auf der Basis des Halbteilungsgrundsatzes bemessen werden. Während im normalen Einkommensbereich nach der Lebenserfahrung auf eine Vermutung dafür abgestellt werden kann, dass das gesamte Einkommen für den allgemeinen Lebensunterhalt verbraucht worden ist, greift diese Vermutung hier allerdings nicht mehr. Daher muss der unterhaltsberechtigte Ehegatte in solchen Fällen – so der BGH – auf geeignete Weise subs-

1 OLG Hamm, Beschl. v. 17.10.2013 - 4 UF 161/11.

2 Siehe Clausius in: juris PK-BGB, 2016, § 1578 Rn. 61; Viefhues in: juris PK-BGB, 2016, § 1361 Rn. 92; Vomberg, FF 2012, 436; Born, FamRZ 2013, 1613; Volker, FuR 2014, 256; Eder, FuR 2015, 254; Born, FamFR 2012, 145, 147; Kleffmann, FuR 2017, 300.

3 Born, FamRZ 2013, 1613; vgl. auch die detaillierte Darstellung sowie die gerichtliche Wertung in OLG Hamm, Beschl. v. 21.03.2016 - 4 UF 14/14.

tantiert vortragen, in welchem Umfang die das Familieneinkommen bestimmenden hohen Einkünfte während der Ehe zur Deckung der ehelichen Lebensverhältnisse – also zur Verwendung des Einkommens für den allgemeinen Lebensbedarf – eingesetzt worden sind. Dann ist es Sache des unterhaltspflichtigen Ehegatten, diesen Darlegungen substantiiert zu widersprechen. Geschieht dies, bleibt es bei der Darlegungslast der unterhaltsberechtigten Ehegatten auch für den vollständigen Verbrauch dieser Einkünfte zu Konsumzwecken.⁴

Beispiel:

Der Ehemann verfügt über ein Einkommen von 20.000 €; die Ehefrau hat kein Einkommen. Die Ehefrau kann nicht darlegen und beweisen, dass das gesamte Einkommen regelmäßig zu Konsumzwecken verbraucht worden ist. Vielmehr steht fest, dass man während der Ehe trotz des hohen Einkommens vergleichsweise bescheidener gelebt hat. So wurden monatlich 8.000 € für die Vermögensbildung zurückgelegt und für den Lebensunterhalt regelmäßig nur 12.000 € verwandt. Der Bedarf der Ehefrau nach den ehelichen Lebensverhältnissen bemisst sich dann nach dem Halbteilungsgrundsatz auf die Hälfte dieses Betrages, also auf 6.000 €.

Zudem gab es bisher keine Entscheidung des BGH zu der „Schallgrenze“ zwischen Quotenberechnung und konkreter Bedarfsdarlegung. Allgemein wurde bei „weit überdurchschnittlich guten wirtschaftlichen Verhältnissen“ eine konkrete Bedarfsberechnung verlangt.⁵ Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zu der Frage, von welchem Einkommensbereich konkret an von „weit überdurchschnittlich guten wirtschaftlichen Verhältnissen“ auszugehen ist, war uneinheitlich. Auch die Unterhaltsleitlinien der Oberlandesgerichte haben sich nicht auf ein konkretes Einkommen festgelegt, sondern sprechen meist lediglich von „sehr guten“ Einkommensverhältnissen.

Jetzt dürfen die Tatsachengerichte nach dieser klarstellenden Entscheidung des BGH im Sinne einer tatsächlichen Vermutung davon ausgehen, dass ein Familieneinkommen bis zur Höhe des Doppelten des höchsten in der Düsseldorfer Tabelle ausgewiesenen Einkommensbetrags (also derzeit $2 \times 5.500 \text{ €} = 11.000 \text{ €}$) vollständig für den Lebensbedarf der Familie verwendet worden ist. Folglich kann in diesem Einkommensbereich der Unterhaltsbedarf ohne Darlegung der konkreten Einkommensverwendung schlichtweg nach der Einkommensquote bemessen werden. Der BGH trägt damit ausdrücklich der Tatsache Rechnung, dass es sich beim Unterhalt in der anwaltlichen und gerichtlichen Praxis um ein Massenphänomen handelt und damit eine solche pauschalisierte Betrachtung durchaus sachgerecht ist.

C. Auswirkungen für die Praxis

Für die Praxis bedeutet dies konkret:

- Bis zu dieser Grenze eines Familieneinkommens von 11.000 € kann der berechnete Ehegatte seinen Unterhaltsanspruch nach der Quote berechnen, weil bis dahin eine Vermutung für den vollständigen Verbrauch des Einkommens besteht.
- Oberhalb der Grenze ist eine Quotenberechnung auf der Basis des gesamten Familieneinkommens nur dann möglich, wenn zusätzlich eine vollständige Verwendung auch dieses höheren Einkommens für den Lebensbedarf vom unterhaltsberechtigten Ehegatten dargelegt und ggf. bewiesen wird.
- In diesem höheren Einkommensbereich ist es allerdings auch weiterhin möglich, den komplizierteren Weg zu gehen und den konkreten Bedarf anhand der oben erwähnten Bedarfslisten im Detail darzulegen.

Weiter hat der BGH – abweichend von der bisherigen Rechtsprechung – klargestellt, dass dem unterhaltsberechtigten Ehegatten auch bei einem Familieneinkommen oberhalb dieser Grenze ein Anspruch gegen den anderen Ehegatten auf Auskunft über sein Einkommen zusteht. Nach § 1580 Satz 2 BGB i.V.m. § 1605 Abs. 1 Satz 1 BGB ist die Auskunft zu erteilen, soweit dies zur Feststellung eines Unterhaltsanspruchs oder einer Unterhaltsverpflichtung erforderlich ist. Für das Vorliegen eines Auskunftsanspruchs genügt die Möglichkeit, dass die Auskunft Einfluss auf den Unterhalt hat. Die Erklärung des Ehemannes, er sei „unbegrenzt leistungsfähig“, steht dem Auskunftsanspruch nicht entgegen. Denn – so der BGH – einer solchen Erklärung ist regelmäßig lediglich zu entnehmen, dass der Erklärende darauf verzichtet, den Einwand fehlender oder eingeschränkter Leistungsfähigkeit geltend zu machen. Es ist damit aber nicht geklärt, dass auch der Unterhaltsbedarf ohne Rücksicht auf die Einkommenshöhe ermittelt werden kann.

Diese „Verteidigungslinie“ wurde in einschlägigen Fällen von den sehr gut verdienenden unterhaltspflichtigen Ehegatten regelmäßig aufgebaut, um eine Auskunft verweigern zu können. Dies geschah vielfach in der Befürchtung, dass bei Kenntnis des unterhaltsberechtigten Ehegatten von den tatsächlich noch höheren Einkünften auch noch höhere Unterhaltsforderungen erhoben werden.

4 BGH, Beschl. v. 15.11.2018 - XII ZB 503/16 - unter teilweiser Aufgabe seiner Entscheidung v. 11.08.2010 - XII ZR 102/09.

5 BGH, Urt. v. 18.01.2012 - XII ZR 178/09; BGH, Urt. v. 30.11.2011 - XII ZR 34/09; BGH, Urt. v. 10.11.2010 - XII ZR 197/08; BGH, Urt. v. 11.08.2010 - XII ZR 102/09 Rn. 27; BGH, Urt. v. 09.06.2004 - XII ZR 277/02; BGH, Urt. v. 05.02.2003 - XII ZR 29/00; ausführlich Volker, FuR 2014, 256; Born, FamRZ 2013, 1613; Vomberg, FF 2012, 436; Born, FamRZ 2013, 1613.

Der BGH zieht die Grenze der Erforderlichkeit der Auskunft jetzt deutlich weiter, indem er für den Anspruch die Möglichkeit genügen lässt, dass die Auskunft Einfluss auf den Unterhalt hat. Betont wird dabei vor allem, dass auch bei höheren Einkünften diese Erklärung des Schuldners nicht allein den Bereich seiner Leistungsfähigkeit des unterhaltspflichtigen Ehegatten betrifft, sondern die Kenntnis der Einkommenshöhe auch für den Bedarf des unterhaltsberechtigten Ehegatten von Bedeutung ist. Da der BGH – wie oben dargelegt – dem unterhaltsberechtigten Ehegatten bei einem substantiierten Bestreiten durch den unterhaltspflichtigen Ehegatten allerdings auch die Beweislast für die Höhe des nicht zum Lebensunterhalt verbrauchten Einkommens auferlegt, ist es nur folgerichtig, wenn dem unterhaltsberechtigten Ehegatten auch bei diesen höheren Einkommensverhältnissen ein Auskunftsanspruch zugebilligt wird. Denn anders könnte dieser seiner Darlegungslast gar nicht in ausreichendem Umfang nachkommen. Konkret bedeutet dies aber, dass sich die Auskunftsverpflichtung nicht nur auf das Einkommen beziehen, sondern auch auf die Höhe der regelmäßigen Rücklagen zur Vermögensbildung erstrecken muss. Denn nach § 1580 Satz 2 BGB i.V.m. § 1605 Abs. 1 Satz 1 BGB ist die Auskunft geschuldet, soweit dies zur Feststellung eines Unterhaltsanspruchs oder einer Unterhaltsverpflichtung erforderlich ist.⁶ Sind aber auch diese vom Familieneinkommen in der Vergangenheit erbrachten Rücklagen für die Bedarfsbestimmung von Bedeutung, muss auch darüber bei einer entsprechenden Aufforderung Auskunft erteilt werden.

⁶ Zum Umfang der Auskunftsverpflichtung bei § 1605 BGB siehe Viehues in: juris PK-BGB, 2016, § 1605 BGB Rn. 50 ff. m.w.N.

Arbeitsrecht

Der diskriminierte Chefarzt – Neues aus Luxemburg!

EuGH, Ur. v. 11.09.2018 - C 68/17

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

A. Problemstellung

Der Fall beschäftigt die Gerichte seit 2009 (!) und geht nun mit dem Urteil des EuGH in die nächste höchstrichterliche Runde. Man fragt sich, warum der Streit so erbittert und so grds. geführt wird. Der Sachverhalt ist eigentlich überschaubar: Seit vielen Jahren war der katholische Kläger als leitender Internist in einem katholischen Krankenhaus beschäftigt. Als er nach der Scheidung von seiner ersten Ehefrau seine

neue Lebensgefährtin im August 2008 standesamtlich heiratete, ohne dass seine erste Ehe kirchengerichtlich für nichtig erklärt worden war, und der Arbeitgeber hiervon Kenntnis erlangte, kündigte dieser das Arbeitsverhältnis fristgerecht wegen des Verstoßes gegen die Unauflöslichkeit der Ehe und der damit einhergehenden Verletzung der Loyalitätsobliegenheit. Die Kündigungsschutzklage des Chefarztes war zunächst in allen arbeitsgerichtlichen Instanzen erfolgreich. Erst aufgrund einer Verfassungsbeschwerde des unterlegenen katholischen Arbeitgebers wurde das Urteil des BAG aus dem Jahr 2011¹ durch das BVerfG im Jahr 2014 aufgehoben und die Sache nach Erfurt zurückverwiesen.² Von dort gelangte sie aufgrund eines Vorlagebeschlusses des BAG³ auf die europäische Ebene zum EuGH nach Luxemburg.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Schon nach dem vorbereitenden Votum des Generalanwalts beim EuGH vom 01.06.2018⁴ war absehbar, was nun die Große Kammer des EuGH im Urteil vom 11.09.2018⁵ abschließend festgestellt hat: Das Verbot einer Diskriminierung wegen der Religion kann der Kündigung eines leitenden Arztes aufgrund seiner Scheidung und Wiederheirat entgegenstehen. Die Anforderung, dass ein katholischer Chefarzt den heiligen und unauflösbaren Charakter der Ehe nach dem Verständnis der katholischen Kirche beachtet, stelle, so der Generalanwalt und ihm folgend der EuGH, keine echte berufliche Anforderung und erst recht keine wesentliche und gerechtfertigte berufliche Anforderung i.S.v. Art. 4 Abs. 2 der RL 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 dar.

Zu Beginn seines Urteils stellt der EuGH klar, dass der persönliche Anwendungsbereich der Antidiskriminierungsrichtlinie, soweit er „Kirchen und andere öffentliche oder private Organisationen“ aufzählt, ohne Weiteres auch Einrichtungen wie das kirchliche Krankenhaus erfasst, das in der Rechtsform einer privaten Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach deutschem Recht betrieben wird.⁶ Gesellschaftszweck ist die Verwirklichung von Aufgaben der Caritas als Lebens- und Wesensäußerung der römisch-katholischen Kirche. Der Krankenhaussträger verfolgt nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke und unterliegt der Aufsicht des katholischen Erzbischofs von Köln. Dies reicht dem EuGH für eine institutionelle Verbindung zur Kirche aus, sodass bei derartigen organisierten Kapitalgesellschaften grds. kirchliches Arbeitsrecht zur Anwendung kommen kann.⁷

¹ BAG, Ur. v. 08.09.2011 - 2 AZR 543/10.

² BVerfG, Beschl. v. 22.10.2014 - 2 BvR 661/12.

³ BAG, Beschl. v. 28.07.2016 - 2 AZR 746/14 (A).

⁴ EuGH, Ur. v. 11.09.2018 - C 68/17.

⁵ EuGH, Ur. v. 11.09.2018 - C-86/17 Rn. 57, 58.

⁶ EuGH, Ur. v. 11.09.2018 - C 68/17 Rn. 40.

⁷ Vgl. Gruber, ZMV 2018, 272.

Die Ausnahmeregelung in Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 der RL 2000/78 kommt aber einschränkend nur Kirchen und anderen öffentlichen oder privaten Organisationen zugute, „deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht“. Wenn eine Kirche oder eine kirchliche Organisation zur Begründung einer Entscheidung wie der Ablehnung einer Bewerbung auf eine bei ihr zu besetzende Stelle geltend macht, die Religion sei nach der Art der betreffenden Tätigkeit oder den vorgesehenen Umständen ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des von ihr verfolgten Ethos, so muss nach dem Urteil des EuGH eine wirksame gerichtliche Kontrolle stattfinden, um sicherzustellen, dass die in Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 1 RL 2000/78 genannten Kriterien im konkreten Fall erfüllt sind.⁸ Die Bezugnahme auf die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Richtlinie geltenden nationalen Rechtsvorschriften sowie die damals bestehenden einzelstaatlichen Gepflogenheiten erlaube es den Mitgliedstaaten nicht, die Einhaltung der genannten Kriterien einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle zu entziehen. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus Art. 17 AEUV. Darin sei zwar die Neutralität der Union demgegenüber, wie die Mitgliedstaaten ihre Beziehungen zu den Kirchen und religiösen Vereinigungen und Gemeinschaften gestalten, verankert. Die Regelung bewirke aber nicht, dass die Einhaltung der in Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78 aufgestellten Voraussetzungen einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle entzogen werde.⁹

Die Rechtmäßigkeit einer Ungleichbehandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung nach Maßgabe dieser Vorschrift hängt nach Ansicht des EuGH vom objektiv überprüfbaren Vorliegen eines direkten Zusammenhangs zwischen der vom Arbeitgeber aufgestellten beruflichen Anforderung und der fraglichen Tätigkeit ab. Ein solcher Zusammenhang könne sich entweder aus der Art dieser Tätigkeit ergeben – z.B. wenn sie mit der Mitwirkung an der Bestimmung des Ethos der Kirche oder Organisation oder einem Beitrag zu deren Verkündigungsauftrag verbunden sei – oder aus den Umständen ihrer Ausübung, z.B. der Notwendigkeit, für eine glaubwürdige Vertretung der Kirche oder Organisation nach außen zu sorgen.¹⁰ Dabei müsse die berufliche Anforderung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Einklang stehen, d.h. es müsse geprüft werden, ob die Anforderung angemessen sei und nicht über das zur Erreichung des angestrebten Ziels Erforderliche hinausgehe.¹¹

Auch wenn diese Prüfung letztlich Sache des nationalen Gerichts ist, sieht sich der EuGH doch in der Lage und befugt, „auf der Grundlage der Akten des Ausgangsverfahrens und der vor ihm abgegebenen schriftlichen und mündlichen Erklärungen“ schon einige finale Hinweise zu geben.¹² Angesichts der vom Arbeitnehmer ausgeübten beruflichen Tätig-

keiten, nämlich Beratung und medizinische Pflege in einem Krankenhaus und Leitung der Abteilung „Innere Medizin“ als Chefarzt, erscheine die Akzeptanz des Eheverständnisses der katholischen Kirche für die Bekundung des Ethos der Einrichtung nicht notwendig. Dass es sich dabei nicht um eine wesentliche Voraussetzung der beruflichen Tätigkeit handele, werde durch den Umstand bekräftigt, dass ähnliche Stellen Mitarbeitern anvertraut worden seien, die nicht katholischer Konfession seien und folglich nicht derselben Anforderung, sich loyal und aufrichtig im Sinne des Ethos der Einrichtung zu verhalten, unterworfen gewesen seien. Der EuGH schließt mit der Feststellung, dass die streitbefangene Anforderung nicht als i.S.v. Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 1 RL 2000/78 gerechtfertigt erscheint.¹³

C. Kontext der Entscheidung

Der Zusammenhang mit der kürzlich vom EuGH entschiedenen Rechtssache „Egenberger“¹⁴ wird durch eine Reihe von Verweisen im Urteil ausdrücklich hergestellt. Jene Sache betraf eine abgelehnte konfessionslose Bewerberin auf eine befristete Referentenstelle bei einer evangelischen Einrichtung. Im Kern geht es hier wie dort um die Herstellung eines angemessenen Ausgleichs zwischen kirchlichem Selbstbestimmungsrecht und individuellem Diskriminierungsschutz.¹⁵ Der EuGH bleibt der schon zuvor formulierten strengen Linie treu und wiederholt, dass ein objektiv überprüfbarer direkter Zusammenhang zwischen konfessionsbezogener Einstellungs voraussetzung und Tätigkeit bestehen muss. Wesentlich soll die Anforderung sein, wenn die Konfessionszugehörigkeit aufgrund der Bedeutung der beruflichen Tätigkeit für die Bekundung des Ethos oder die Ausübung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts notwendig sei. Es muss also sowohl eine objektive als auch eine qualitativ tätigkeitsbezogene Rechtfertigung gegeben sein.¹⁶ Darin liegt wohl der entscheidende Unterschied gegenüber dem bisherigen kirchenautonomiebezogenen Rechtfertigungsansatz des vom BVerfG gebilligten deutschen Kirchenarbeitsrechts.¹⁷

Im Rahmen einer Missbrauchskontrolle ist zu prüfen, ob in Wahrheit ein sachfremdes Ziel ohne Bezug zum Ethos oder zur

8 EuGH v. 11.09.2018 - C 68/17 Rn. 43.

9 EuGH v. 11.09.2018 - C 68/17 Rn. 48.

10 EuGH v. 11.09.2018 - C 68/17 Rn. 50.

11 EuGH v. 11.09.2018 - C 68/17 Rn. 54.

12 EuGH v. 11.09.2018 - C 68/17 Rn. 56.

13 EuGH v. 11.09.2018 - C 68/17 Rn. 60.

14 EuGH, Urt. v. 17.04.2018 - C-414/16; nachgehend nun BAG, Urt. v. 25.10.2018 - 8 AZR 501/14 (PM Nr. 53/2018).

15 Vgl. Greiner, jM 2018, 233, 236.

16 Zutreffend Greiner, jM 2018, 233, 236.

17 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 22.10.2014 - 2 BvR 661/12, insbesondere Rn. 110 ff.; Greiner, jM 2018, 233, 236.

Entfaltung von Kirchenautonomie verfolgt wird. Gerechtfertigt kann die Anbindung an die Konfessionszugehörigkeit nur sein, wenn der kirchliche Arbeitgeber darlegen kann, dass die geltend gemachte Gefahr einer Beeinträchtigung seines Ethos oder seines Selbstbestimmungsrechts wahrscheinlich und erheblich ist.¹⁸ In beiden Urteilen betont der EuGH schließlich das Erfordernis einer fallbezogenen Verhältnismäßigkeitskontrolle im Hinblick auf die Angemessenheit der beruflichen Anforderung. Die Parallelen zur Rechtsprechung des EGMR zur kündigungrechtlichen Überprüfung von Loyalitätsobliegenheiten sind unverkennbar. Darin wird ebenso tätigkeitsbezogen insbesondere auf die „Verkündungsnähe“ der übertragenen Aufgabe abgestellt.¹⁹ Die europäischen Gerichte bewegen sich daher im Gleichklang mit einer gegenüber dem BVerfG stärkeren Betonung objektiver Rechtskontrolle, die sich an der konkreten Tätigkeit des Arbeitnehmers orientiert.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die nach der Rechtsprechung des EGMR zur relativen Verbindlichkeit von Loyalitätsobliegenheiten keineswegs überraschende Entwicklung hat bereits in der Vergangenheit erste Konsequenzen gehabt. So sind mit Beschluss der Vollversammlung des Verbandes der Diözesen Deutschlands vom 27.04.2015 die kirchenspezifischen Anforderungen an die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im kirchlichen Dienst in Art. 3 bis 5 der „Grundordnung“, der wichtigsten Rechtsquelle des katholischen Kirchenarbeitsrechts, „den vielfältigen Veränderungen in der Rechtsprechung, Gesetzgebung und Gesellschaft angepasst worden“.²⁰ Nach Art. 5 Abs. 2 GrO a.F. sah die Kirche einen schwerwiegenden Loyalitätsverstoß insbesondere im Abschluss einer nach dem Glaubensverständnis und der Rechtsordnung der Kirche ungültigen Ehe. Nach Art. 5 Abs. 2 Nr. 2 c) GrO n.F.²¹ stellt der kirchenrechtlich unzulässige Abschluss einer Zivilehe nur mehr bei katholischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern eine schwerwiegende Loyalitätsverletzung dar, „wenn diese Handlung nach den konkreten Umständen objektiv geeignet ist, ein erhebliches Ärgernis in der Dienstgemeinschaft oder im beruflichen Wirkungskreis zu erregen und die Glaubwürdigkeit der Kirche zu beeinträchtigen; eine solche Eignung wird bei pastoral oder katechetisch tätigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern sowie bei Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, die aufgrund einer *Missio canonica* oder einer sonstigen schriftlich erteilten bischöflichen Beauftragung beschäftigt werden, unwiderlegbar vermutet“. In Art. 5 Abs. 3 GrO heißt es dann weiter, dass bei einem schwerwiegenden Loyalitätsverstoß nach Abs. 2 die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung von der Abwägung der Einzelfallumstände abhängt. „Dem Selbstverständnis der Kirche ist dabei ein besonderes Gewicht beizumessen, ohne dass die Interessen der Kirche die Belange des Arbeitnehmers dabei prinzipiell überwiegen“.

Mit dieser Abwägungsoffenheit trägt die Kirche nunmehr selbst der Notwendigkeit einer praktischen Konkordanz mit Art. 6 Abs. 1 GG Rechnung. Der verfassungsrechtliche Schutz der Zweitehe verlangt nämlich bei der Überprüfung des Kündigungsgrundes durch die staatlichen Arbeitsgerichte auch Rücksicht darauf, dass die kirchlichen Einrichtungen nicht in Einzelfällen unannehmbare Anforderungen an die Loyalität ihrer Arbeitnehmer stellen, die möglicherweise sogar vor den Augen des Papstes nicht bestehen können.²² Diesem Zweck dient gerade die Neufassung des Art. 5 GrO. Wegen der Einschränkung des Personenkreises in Art. 5 Abs. 2 Nr. 2 c) GrO wird der kirchenrechtlich unzulässige Abschluss einer Zivilehe nur noch in Ausnahmefällen als Kündigungsgrund in Betracht kommen.²³ Nach dem seit 2015 geltenden Kirchenarbeitsrecht hätte der Chefarzt wohl keine Kündigung mehr erhalten.²⁴

E. Bewertung

Der EuGH hat mit seinem Urteil für klare Verhältnisse gesorgt und festgestellt, dass nach europäischem Antidiskriminierungsrecht bei aller Respektierung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts eine wirksame Kontrolle durch die staatlichen Gerichte dahingehend stattfinden muss, ob die Kriterien für eine Differenzierung der Loyalitätsanforderungen nach der Konfessionszugehörigkeit gem. Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 RL 2000/78, der durch § 9 Abs. 2 AGG in nationales Recht umgesetzt worden ist, eingehalten wurden. Damit ist das katholische Arbeitsrecht keineswegs „vor die Wand gefahren“ worden.²⁵ Es bleibt Aufgabe des BAG als zuständiges Fachgericht, den konkreten Rechtsfall abschließend zu entscheiden und dabei sowohl die Vorgaben aus Karlsruhe zum nationalen Verfassungsrecht als auch die Vorgaben aus Luxemburg zum europäischen Recht zu berücksichtigen. Dazu bedarf es „ausgleichender Sensibilität“,²⁶ damit das „Fernduell“ der beiden höchsten Gerichte in Deutschland und Europa keine Fortsetzung findet.

18 BAG, Urte. v. 25.10.2018 - 8 AZR 501/14 (PM Nr. 53/2018).

19 Vgl. EGMR, Urte. v. 23.09.2010 - 1620/03 - „Schüth“; EGMR, Urte. v. 03.02.2011 - 18136/02 - „Siebenhaar“; EGMR, Urte. v. 12.06.2014 - 5603/07 - „Fernandez Martinez“.

20 Vorwort von Reinhard Kardinal Marx zum Kirchlichen Arbeitsrecht, Die deutschen Bischöfe Nr. 95, S. 6.

21 Vgl. zur Änderung des Art. 5 GrO Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche, 7. Aufl., § 7 Rn. 39 ff.

22 Vgl. Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche, § 7 Rn. 59; siehe auch BVerfG, Beschl. v. 04.06.1985 - 2 BvR 1703/83 u.a. Rn. 64.

23 Zutreffend Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche, § 7 Rn. 54.

24 Vgl. Thüsing, Interview Welt kompakt, www.welt.de/181501784 (zuletzt abgerufen am 29.10.2018).

25 So aber Schüller in einem Beitrag für den Kölner Stadt-Anzeiger vom 12.09.2018.

26 Vgl. Greiner, jM 2018, 233, 236.

Eine Sperrzeit für in Tateinheit stehende Arbeitsablehnungen

BSG, Urt. v. 03.05.2018 - B 11 AL 2/17 R

Ri'nSG Dr. Andrea Bindig

A. Problemstellung

Der Eintritt einer Sperrzeit hat weitreichende Folgen für Bezieherinnen und Bezieher von Arbeitslosengeld I (Alg). Die Sperrzeit knüpft an ein in § 159 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 7 SGB III gesetzlich bestimmtes versicherungswidriges Verhalten an. Sie tritt kraft Gesetzes ein und führt dazu, dass der Anspruch auf Auszahlung von Leistungen für die Dauer der Sperrzeit – eine, zwei, drei, sechs oder zwölf Wochen – ruht.¹ Weitere Folgen sind die Minderung der Anspruchsdauer,² ein Erlöschen des Anspruchs im Fall einer Sperrzeit von mindestens 21 Wochen unter Beachtung weiterer Voraussetzungen³ sowie Beschränkungen des Sozialversicherungsschutzes im Bereich der Kranken- und Rentenversicherung.⁴

Im August 2018 waren von hochgerechnet 696.648 Leistungsberechtigten im Inland ca. 9,5 % von einer Sperrzeit betroffen, davon allein ca. 27 % im Umfang von zwölf Wochen.⁵ Wie schnell sich Sperrzeiten insgesamt auch über diesen Zeitraum hinaus aufsummieren können, verdeutlicht der vorliegende Fall. Die beklagte Bundesagentur für Arbeit zahlte dem Kläger für zusammenhängend 18 Wochen kein Alg. Grund dafür waren drei zum Teil parallel ablaufende Sperrzeiten im Umfang von drei, sechs und zwölf Wochen. Besondere Brisanz erhalten Fälle wie dieser dadurch, dass der Gesetzgeber durch ein mehrstufiges Sperrzeitkonzept gem. § 159 Abs. 4 Satz 1 SGB III die Dauer der Sperrzeit nach der Anzahl der Arbeitsablehnungen staffelt. Bereits ab der dritten Arbeitsablehnung beträgt die Sperrzeit jeweils zwölf Wochen. Eine Häufung zeitlich paralleler Beschäftigungsangebote, auf die sich Leistungsberechtigte nicht bewerben, kann so numerisch zu einer Abfolge von Ruhens- und Minderungszeiträumen führen. Hierdurch wird der Schutz der Arbeitslosenversicherung ausgehöhlt, obwohl arbeitslose Personen letztlich nur eines der Angebote annehmen können.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der 11. Senat des BSG hat in der von ihm zugelassenen und von der Beklagten eingelegten Revision dieser Gefahr den Gedanken der „Tateinheit“ entgegengesetzt. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der in Sachsen lebende Kläger hatte auf zwei taggleich überreichte Beschäftigungsangebote der Beklagten – einmal als Beikoch in einem

Hotel im Schwarzwald, einmal als Koch in einem Gastronomiebetrieb im Oberallgäu – ebenso wenig reagiert wie auf den dritten, am Tag darauf per Post aufgegebenen Vorschlag, der ein wohnortnahes Stellenangebot als Koch enthielt. Nicht mehr im Streit stand die erste Sperrzeit im Umfang von drei Wochen für die Nichtbewerbung auf das Stellenangebot im Schwarzwald. Die Klagen gegen die zweite und dritte Sperrzeit wies das SG Dresden ab. Auf die Berufung des Klägers hob das LSG Chemnitz diese Urteile und die angefochtenen Bescheide der Beklagten auf. Im Revisionsverfahren war die Revision der Beklagten aus prozessrechtlichen Gründen mit Blick auf die zweite Sperrzeit erfolgreich. Hinsichtlich der dritten Sperrzeit bestätigte das BSG die Entscheidung des Landessozialgerichts jedenfalls im Ergebnis.

Nach der Entscheidung des 11. Senats sind die Voraussetzungen für die Aufhebung des Bescheids über die Bewilligung von Alg ab Beginn der dritten Sperrzeit nicht erfüllt. Dies hätte vorausgesetzt, dass die Ablehnung des (dritten) wohnortnahen Beschäftigungsangebots eine wesentliche Änderung in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen gegenüber denjenigen Verhältnissen darstellt, die zum Zeitpunkt der Bewilligung von Alg vorgelegen haben (§ 48 Abs. 1 SGB X, § 330 Abs. 3 SGB III). Die Voraussetzung der „wesentlichen Änderung“ hat das BSG verneint, denn durch die Ablehnung des dritten Beschäftigungsangebots sei keine Sperrzeit bei Arbeitsablehnung gem. § 159 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB III eingetreten. Das Gericht hat dies aus einer Konkretisierung des sperrzeitrelevanten Verhaltens der „Arbeitsablehnung“ geschlossen, indem es das dritte Beschäftigungsangebot nicht isoliert von den übrigen betrachtete, sondern die nahezu zeitgleichen Vorschläge der Beklagten als „einheitlichen Lebenssachverhalt“ bewertete. Spiegelbildlich sei die Nichtreaktion auf die Angebote nach allgemeiner Lebensanschauung eine einheitliche Verhaltensweise, aus dem nur ein sperrzeitrelevantes Verhalten mit einer ersten Sperrzeit von drei Wochen folge. Dieses Verhalten sei bereits bindend durch die übrigen Sperrzeitbescheide sanktioniert worden.

Das BSG hat die von ihm angewandte „einheitliche Betrachtungsweise“ des versicherungswidrigen Verhaltens für notwendig erachtet, da der arbeitslosen Person bei mehreren Beschäftigungsangeboten eine Gesamtwürdigung und -abwägung abverlangt werde und sie im Ergebnis nur eines der Angebote annehmen könne. Zudem sei ihr eine Prüf- und Be-

1 § 159 Abs. 1 Satz 1 SGB III.

2 § 148 SGB III.

3 § 161 Abs. 1 Nr. 2 SGB III.

4 Voelzke in: Küttner, Personallbuch, 25. Aufl. 2018, Stichwort Sperrzeit, Rn. 40 – 42.

5 Statistik der Bundesagentur für Arbeit, Tabellen – Arbeitslosengeld SGB III (Monatszahlen) Deutschland, Stand: 23.08.2018, Tabellen 1, 12, 13.

denkzeit einzuräumen, deren Dauer jedoch nicht schematisch festgelegt werden könne, sondern von den tatsächlichen Umständen des Einzelfalls abhängen. Dies gelte selbst dann, wenn die Beklagte eine unverzügliche Bewerbung fordere. Begründet hat das Gericht seine Entscheidung mit einem verfassungsrechtlichen Argument: Die Vielzahl von Beschäftigungsangeboten erhöhe das Risiko der Verwirklichung von Sperrzeittatbeständen, was einer besonderen Rechtfertigung mit Blick auf die Wahrung des aus dem Rechtsstaatsprinzip fließenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und der Wahrung des Übermaßverbots bedürfe. Zudem hat der Senat aus der Entstehungsgeschichte insbesondere des § 159 Abs. 4 Satz 1 SGB III, mit dem der Gesetzgeber eine Staffelung von Sperrzeiten nach der Anzahl der hier relevanten Arbeitsablehnungen durch das „Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt“ ab dem Jahr 2003 regelt und dies mit dem zu diesem Zeitpunkt neuen individualisierten Vermittlungskonzept begründet, den Schluss gezogen, dass hieraus für die Beklagte ein gewisser Spielraum im Rahmen der Arbeitsvermittlung folge. Ziel der Sperrzeit auch bei Arbeitsablehnung sei es, typische Obliegenheitsverletzungen der arbeitslosen Person gegenüber der Versicherungsgemeinschaft zu verhindern. Ausgehend von den durch das Landessozialgericht für das Revisionsverfahren gem. § 163 SGG bindend festgestellten Tatsachen seien keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Beschäftigungsangebote der Beklagten auf einem solch individualisierten und sachlich gerechtfertigten Vermittlungskonzept – festgelegt bspw. durch eine Eingliederungsvereinbarung (§ 37 Abs. 2 SGB III) oder durch eine Potenzialanalyse (§ 37 Abs. 1 SGB III) – beruhen.

C. Kontext der Entscheidung

Im Arbeitsförderungsrecht wird § 159 SGB III als eine der Vorschriften bezeichnet, die die Grenzen des versicherten Risikos in der Arbeitslosenversicherung deutlich machen.⁶ Vom Schutz ausgeschlossen ist, wer sich versicherungswidrig verhält bzw. die vom Gesetzgeber in sieben Hauptgruppen geregelten Obliegenheiten verletzt. Obliegenheiten sind nicht durchsetzbar und auch nicht schadensbewehrt, ihre Nichteinhaltung führt jedoch zu leistungsrechtlichen Nachteilen.⁷ Wo die Grenze zwischen dem – noch – versicherten Risiko und der davon ausgeschlossenen Verletzung von Obliegenheiten – in Gestalt der Ablehnung von Beschäftigungsangeboten – verläuft, ist nicht numerisch anhand der Anzahl der Nichtbewerbungen zu beantworten. Dies hat das BSG mit seiner Entscheidung verdeutlicht.

Das Gericht setzt hierbei im Tatsächlichen an, indem es einen Lebenssachverhalt nicht künstlich aufspaltet, sondern ein im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang stehendes Geschehen nach allgemeiner Lebensanschauung

als Einheit betrachtet. Dies erinnert an die Konkurrenzlehre im Strafrecht und hier insbesondere an den zur Tateinheit führenden Begriff der „natürlichen Handlungseinheit“.

Zudem sind die Wertungen des SGB III zu beachten. Sperrzeiten haben weder einen erzieherischen Zweck noch sind sie ein Zwangsmittel oder eine Art von Strafe.⁸ Hinter ihnen steht der Gedanke, dass die Gemeinschaft der Beitragszahler vor einer Manipulation des Risikos der Arbeitslosigkeit geschützt werden soll.⁹ Davon dürfte dann nicht auszugehen sein, wenn Arbeitslose dieses Risiko nicht alleine zu vertreten haben. Mit § 2 SGB III hat der Gesetzgeber gerade ein Zusammenwirken der Agenturen für Arbeit, der Arbeitgeber und der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vorgegeben, das darauf abzielt, eine schon eingetretene Arbeitslosigkeit zu beenden.¹⁰ Auf das Zusammenspiel des mehrstufigen Sperrzeitkonzepts in § 159 Abs. 4 Satz 1 SGB III und dem von der Agentur für Arbeit zu leistenden, in § 2 Abs. 1 Nr. 2 SGB III angelegten individualisierten Vermittlungskonzept hat das BSG in seiner Entscheidung Bezug genommen.¹¹

Der Senat hat schließlich die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Grenzen der Sperrzeit unterstrichen. Mit der Sperrzeit – bei Arbeitsablehnung – greift der Gesetzgeber in den Leistungsanspruch, die freie Wahl des Arbeitsplatzes und in die Freiheitssphäre der arbeitslosen Person ein.¹² Denn Beschäftigungsangebote wie im Fall des Klägers, die die Aufgabe des bisherigen Lebensmittelpunktes voraussetzen, gestalten unmittelbar die Lebensumstände auch außerhalb der Arbeitslosenversicherung im persönlichen Lebensbereich.¹³ Eine Vielzahl zeitgleicher Beschäftigungsangebote würde bei rein numerischer Betrachtung des Sachverhalts der „Nichtbewerbung“ zu einer Mehrzahl von Eingriffen führen. Dies widerspräche der für die Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs erforderlichen Relation zwischen dem Schutz vor Manipulation einerseits und dem – monatelangen – Leistungsentzug andererseits, zumal Arbeitslose selbst bei alternativ unterbreiteten Stellenangeboten nur eines annehmen können.¹⁴

Auf die von der Revision aufgeworfene Frage, ob im Arbeitsförderungsrecht zunächst eine Entscheidung über die erste Sperrzeit ergehen muss, bevor es zum Wiederholungsfall

6 Winkler in: Gagel, SGB II/SGB III, § 159 Rn. 35, Stand: 06/2018.

7 Coseriu in: Eicher/Schlegel, SGB III n.F., § 159 Rn. 84 f., Stand: 09/2013.

8 BT-Drs. V/2291, S. 83; Voelzke in: Küttner, Personalbuch, 25. Aufl. 2018, Stichwort Sperrzeit, Rn. 6.

9 Coseriu in: Eicher/Schlegel, SGB III n.F., § 159 Rn. 83, Stand: 09/2013.

10 Leither in: Eicher/Schlegel, SGB III n.F., § 2 Rn. 1, Stand: 02/2013.

11 BT-Drs. 15/25, S. 31.

12 Valgolio in: Hauck/Noftz, SGB III, § 159 Rn. 28 ff., Stand: 09/2014.

13 Winkler in: Gagel, SGB II/SGB III, § 159 Rn. 36, Stand: 06/2018.

14 Voelzke in: Spellbrink/Eicher, Kasseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts, 2003, § 12 Rn. 311.

kommen kann, kam es dagegen nicht mehr an. Dies erscheint mit Blick darauf, dass eine ausdrückliche Regelung zur „wiederholten Verletzung“ – ähnlich § 31a Abs. 1 Satz 4 SGB II – fehlt, die eine solche vorangehende Feststellung fordert, und dass die Sperrzeit gem. § 159 Abs. 2 Satz 1 SGB III kraft Gesetzes nach dem sperrzeitbegründenden Ereignis kalendermäßig abläuft, eher zweifelhaft.

D. Auswirkungen für die Praxis und Bewertung

Die Entscheidung entlastet Arbeitslose nicht, versicherungsrechtliche Obliegenheiten zu erfüllen, wenn sie Leistungsnach-

teile vermeiden wollen. Die Arbeitsverwaltung muss jedoch im Rahmen eines individuellen Vermittlungskonzepts abwägen, wie viele – alternative – Angebote sie in welchem Zeitraum unterbreitet und wann eine ausreichende Prüf- und Bedenkzeit gewährleistet ist. Welcher Zeitraum noch als einheitlich zu betrachten ist, bedarf einer Entscheidung im jeweiligen Fall. Das BSG hat an dieser Stelle weder für die Arbeitsverwaltung noch für die Tatsachengerichte ein Bewertungsschema zur Verfügung gestellt. Geschuldet ist dies der Komplexität der Arbeitsvermittlung und der Suche nach einer Recht und Gesetz entsprechenden Entscheidung des Einzelfalls.

Verwaltungsrecht

Neuere Entwicklungen im Waffenrecht

Dr. Gunther Dietrich Gade

A. Einführung

Das Waffengesetz (WaffG) steht als Kernmaterie des Waffenrechts in einer engen Wechselwirkung zur sozialen Wirklichkeit und unterliegt einer steten Wandlungsdynamik.

Änderungen des WaffG wirken sich typischerweise unmittelbar auf den Bürger aus und vice versa können gesellschaftliche Fortentwicklungen Anpassungen auf der Rechtsebene auslösen. Auch europäische Rechtsakte mit Bezügen zum Waffenrecht sind Quelle für gesetzgeberische Aktivitäten.¹ Weiterhin kann das WaffG durch die Änderung anderer Gesetze betroffen sein, soweit diese bei der Anwendung des WaffG Wirkung entfalten (etwa Bundesjagdgesetz). Schließlich entwickelt die Rechtsprechung die Wirkdimension des WaffG kontinuierlich fort.

I. Zielsetzung

Die folgende Abhandlung soll die wesentlichen jüngeren Entwicklungen auf dem Gebiet des Waffenrechts zusammenfassen und in ihrer Wirkkraft erläutern. Im Zentrum stehen die Rechtsänderungen des zweiten Gesetzes zur Änderung des Waffengesetzes und weiterer Vorschriften (folgend „2. ÄndG“),² welches mit Wirkung zum 06.07.2017 in Kraft getreten ist. Eine vollständige Darstellung des 2. ÄndG ist im Rahmen dieses Kurzaufsatzes nicht angestrebt.³ Die vorliegende Auswahl orientiert sich an der Praxisrelevanz.

II. Prinzipien des WaffG

Das WaffG regelt den Umgang mit Waffen und Munition unter Berücksichtigung der Belange der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (§ 1 Abs. 1 WaffG). Änderungen desselben können demnach zunächst die Frage betreffen, ob ein Gegenstand überhaupt als Waffe eingestuft wird und welche personale Beziehung zu einer Waffe/Munition Umgang i.S.d. WaffG sein soll.

Ist der Anwendungsbereich des WaffG eröffnet, unterscheidet dieses zwischen verbotenen, erlaubnispflichtigen und erlaubnisfreien Waffen.

Die verbotenen Waffen sind abschließend in § 2 Abs. 3 i.V.m. Anl. 2 Abschn. 1 WaffG aufgeführt. Mit diesen ist jeder Umgang verboten, der verbotswidrige Umgang ist strafbar. Dementsprechend kann als weiterer Anknüpfungspunkt für den Gesetzgeber der Katalog der verbotenen Waffen von einer Gesetzesnovellierung betroffen sein.

Als erlaubnispflichtig werden nach § 2 Abs. 2 i.V.m. Anl. 2 Abschn. 2 Unterabs. 1 Satz 1 WaffG sämtliche Schusswaffen, den Schusswaffen gleichgestellte tragbare Gegenstän-

1 Etwa die Europäische Waffenrichtlinie 91/477/EWG, ABl. EG Nr. 121, S. 20, zuletzt geändert durch Richtlinie (EU) 2017/853 vom 17.05.2017, ABl. L 137, S. 22.

2 Vom 30.06.2017 (BGBl. I, 2133).

3 Umfassende Darstellung bei Gade, WaffG, 2. Aufl. 2018.

de und dazugehörige Munition eingestuft. Diese Erlaubnispflicht wird durch die im Gesetz enthaltenen Ausnahmen von derselben relativiert. Das WaffG unterscheidet zwischen gegenstandsbezogenen und situations- bzw. personenbezogenen Ausnahmen. Die gegenstandsbezogenen Ausnahmen knüpfen vornehmlich an die technische Spezifikation „an sich“ erlaubnispflichtiger Waffen an. Soweit diese dem Gesetzgeber minder gefährlich bzw. kaum deliktsrelevant erscheinen, hält er es für gerechtfertigt, sie hinsichtlich einzelner Umgangsarten von der Erlaubnispflicht freizustellen. Dies trifft etwa auf den erlaubnisfreien Erwerb und Besitz bestimmter gekennzeichnete Kaltgaswaffen („F im Fünfeck“) oder Schreckschuss-, Reizstoff- und Signalwaffen („PTB im Kreis“) zu. Die gegenstandsbezogenen Ausnahmen sind zusammengefasst in Anl. 2 Abschn. 2 Unterabs. 2 WaffG.

Die situationsbezogenen Ausnahmen betreffen nicht die prinzipielle Erlaubnispflicht einer Waffe, sondern stellen bestimmte Einzelkonstellationen des Umgangs erlaubnisfrei. Von besonderer praktischer Bedeutung seien das erlaubnisfreie Führen nach § 12 Abs. 3 Nr. 2 WaffG sowie die Spezialregelung für Jäger nach § 13 Abs. 6 WaffG benannt. Die situationsbezogenen Ausnahmen sind an verschiedenen Stellen im Gesetz zu finden, zentral ist hier § 12 WaffG, aber auch §§ 13, 32 WaffG enthalten wichtige Ausnahmen.

Soweit die Erlaubnispflicht Gegenstand einer Gesetzesänderung ist, werden vornehmlich die Erlaubnisvoraussetzungen und hier typischerweise das Anerkenntnis eines Bedürfnisses zum Umgang mit Waffen/Munition im Zentrum der Neuerung stehen. Gleichermaßen können die im Gesetz enthaltenen Ausnahmen von der Erlaubnispflicht betroffen sein.

Soweit das Gesetz eine Waffe nicht als verboten oder erlaubnispflichtig einstuft, ist sie erlaubnisfrei. Für erlaubnisfreie Waffen greifen neben dem prinzipiellen Alterserfordernis (18 Jahre, § 2 Abs. 1 WaffG) die Ausweispflichten des § 38 WaffG sowie das Führensverbot bei öffentlichen Veranstaltungen nach § 42 Abs. 1 WaffG. Weiterhin sind Hieb- und Stoßwaffen hinsichtlich des Führens prinzipiell (also auch außerhalb öffentlicher Veranstaltungen) verboten, § 42a Abs. 1 Nr. 2 WaffG.

Für den Umgang mit sämtlichen Waffen greift eine generelle Sorgfaltspflicht (§ 36 Abs. 1 WaffG). Die Aufbewahrung von Waffen und Munition muss je nach deren rechtlicher Einordnung besonderen Anforderungen genügen (§ 36 WaffG i.V.m. § 13 AWaffV). Die Aufbewahrungsvorschriften für Schusswaffen sind häufig Gegenstand kontroverser Diskussionen und potenziell Gegenstand gesetzgeberischer Aktivitäten. Schließlich kann der Umgang auch mit erlaub-

nisfreien Waffen weitere Einschränkungen (etwa durch Waffenverbotszonen auf Grundlage des § 42 Abs. 5 WaffG) erfahren.

Wird ein verbots-, erlaubnispflicht- oder anderweitig rechtswidriger Umgang mit Waffen geübt, greifen Ordnungswidrigkeiten- oder Straftatbestände. Auch diese können als ein waffenrechtliches Steuerungselement Gegenstand einer Rechtsänderung sein.

B. Wesentliche Neuerungen

Die Darstellung nimmt Bezug auf die dargestellten Steuerungsmechanismen. Entsprechend werden die Rechtsänderungen im Umfang an ihrer Praxisrelevanz und inhaltlich an den herausgearbeiteten Themenfeldern orientiert dargestellt.

I. Umgang

Hinsichtlich des Umgangs mit Waffen und Munition hat der Gesetzgeber eine ganze Reihe von Neuregelungen geschaffen, welche sich teilweise nachhaltig auf die Praxis auswirken.

1. Bedürfnis von Jägern zum Erwerb vielschüssiger Halbautomaten und von Schalldämpfern

§ 13 WaffG regelt die Bedürfnisvoraussetzungen für Jäger zum Umgang mit Schusswaffen und Munition. Zwar hat der Gesetzgeber § 13 WaffG hinsichtlich des jagdrechtlichen Bedürfnisses jüngst nicht geändert. Gleichwohl ist die Nutzergruppe der Jäger von praxisrelevanten Rechtsentwicklungen tangiert.

a. Vielschüssige Halbautomaten

Bedeutsam ist zunächst die Änderung des § 19 BJagdG im Jahr 2016, welche sich auf die Anerkennung eines jagdrechtlichen Bedürfnisses nach § 13 WaffG auswirkt. Ein solches kommt nach § 13 WaffG nur für Waffen in Betracht, die nicht nach dem BJagdG verboten sind.

In Reaktion auf die restriktive Rechtsprechung des BVerwG hat der Gesetzgeber § 19 Abs. 2 Nr. 2c BJagdG mit Wirkung zum 23.09.2016 geändert und damit klargestellt, dass nicht alle halbautomatischen Büchsen für die Jagd verboten sein sollen, sobald sie nur geeignet seien, Magazine mit mehr als zwei Schuss aufzunehmen.⁴ Diese Waffen sind nicht verboten, ein jagdrechtliches Bedürfnis für diese daher anzunehmen. Verboten ist allein die Jagdausübung mit

⁴ So aber BVerwG, Urt. v. 07.03.2016 - 6 C 60/14 zur Vorgängerregelung.

halbautomatischen Waffen, die mit mehr als drei Patronen geladen sind.

b. Schalldämpfer

Zum jagdrechtlichen Bedürfnis bezogen auf Schalldämpfer enthält die Norm keine Aussage. Nach Nr. 8.1.6 der WaffVwV soll ein Bedürfnis allenfalls in Ausnahmefällen in Betracht kommen. In Abweichung zur WaffVwV wird in einigen Bundesländern – hier wiederum in sehr unterschiedlichem Umfang – ein jagdrechtliches Bedürfnis zum Erwerb und Besitz von Schalldämpfern unter dem Gesichtspunkt des Gesundheitsschutzes anerkannt. Diese uneinheitliche Rechtsanwendung führt zu Rechtsunsicherheit in der Jägerschaft, weshalb davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber de lege ferenda ein jagdrechtliches Bedürfnis für Schalldämpfer umfänglich anerkennen wird.

c. Pflicht zur schriftlichen Anzeige des erlaubnisfreien Langwaffenerwerbs

Mit dem 2. ÄndG wurde schließlich eine neue Anzeigepflicht für die Konstellation des erlaubnisfreien Langwaffenerwerbs aufgrund eines gültigen Jahresjagdscheins (§ 13 Abs. 3 WaffG) in das Gesetz aufgenommen. Nach § 13 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 WaffG hat der Jahresjagdscheininhaber den Langwaffenerwerb binnen zwei Wochen der zuständigen Behörde unter Benennung von Name und Anschrift des Überlassenden schriftlich anzuzeigen. Die Regelung greift § 10 Abs. 1a WaffG auf, wonach diese Pflicht bereits für den Waffenerwerb aufgrund einer Waffenbesitzkarte besteht. Die Erstreckung der Anzeigepflicht auf den erlaubnisfreien Langwaffenerwerb durch Jahresjagdscheininhaber stellt auch für diese Konstellation sicher, dass die Behörde Kenntnis von der Person des Überlassenden und des Erwerbers erhält.

2. Erlaubnisfreies Führen wesentlicher Einzelteile von Schusswaffen, § 12 Abs. 3 Nr. 6 WaffG

Mit dem 2. ÄndG wurde § 12 Abs. 3 Nr. 6 neu in das WaffG eingefügt. Diese Änderung steht in engem Zusammenhang mit den Vorschriften zur sorgfältigen Aufbewahrung von Schusswaffen und Munition (§ 36 WaffG i.V.m. §§ 13, 14 AWaffV). Unter § 13 Abs. 9 AWaffV n.F. (entspricht Abs. 11 a.F.) sind Fälle der „vorübergehenden Aufbewahrung“ behandelt. Diese ist keine Aufbewahrung i.S.d. § 36 WaffG: Typischerweise können die Aufbewahrungspflichten (vor allem die Anforderungen an die Aufbewahrungsbehältnisse) z.B. bei einem Hotelaufenthalt oder sonstigen Konstellationen der „vorübergehenden Aufbewahrung“ gar nicht eingehalten wer-

den. Die Sorgfaltspflichten bemessen sich hier nach den Vorgaben aus § 36 Abs. 1 WaffG (allgemeine Sorgfaltspflicht, vgl. unten 4.a.) i.V.m. § 13 Abs. 9 AWaffV. Nach Nr. 36.2.2015 WaffVwV soll etwa im Rahmen notwendiger Hotelaufenthalte u.a. auch dadurch dem unberechtigten Zugriff Dritter auf die funktionstüchtige Waffe entgegengewirkt werden können, dass der Schusswaffe ein wesentliches (funktionstragendes) Teil entnommen wird. Dies scheint sinnvoll, erwies sich aber unter rechtlichen Gesichtspunkten in der Vergangenheit als problematisch, da wesentliche Einzelteile einer Schusswaffe dieser rechtlich nach Maßgabe von Anl. 1 Abschn. 1 Unterabs. 1 Nr. 1.3 ff. WaffG gleichgestellt sind.

Entnahm also ein Jäger seiner im Hotelzimmer gelagerten Waffe den Verschluss und begab sich mit diesem in den öffentlichen Raum, so führte er den Verschluss ohne den hierfür erforderlichen Waffenschein und machte sich bei strenger Betrachtung strafbar,⁵ obwohl sein Verhalten den Empfehlungen der WaffVwV entsprach.

Diesen Wertungswiderspruch hat der Gesetzgeber mit dem neu geschaffenen § 12 Abs. 3 Nr. 6 WaffG behoben und das Führen eines im Zuge einer vorübergehenden Aufbewahrung entnommenen wesentlichen Einzelteils einer Schusswaffe erlaubnisfrei gestellt.

Weiterhin dürfte nun klargestellt sein, dass sich die Umgangsart des Führens auch auf Einzelteile von Schusswaffen und nicht nur auf Komplettwaffen bezieht.

3. Grenzüberschreitender Verkehr, § 32 Abs. 1a, Anl. 1 Abschn. 2 Nr. 13, 14 WaffG

Änderungen hat das WaffG auch auf dem Gebiet des grenzüberschreitenden Verkehrs mit Schusswaffen und Munition erfahren. Hier knüpft das Gesetz u.a. daran an, ob der grenzüberschreitende Vorgang die (Schengen-)Binnengrenze oder aber die Schengen-Außergrenze tangiert. Von der Begrifflichkeit her unterschied das Gesetz in diesem Zusammenhang zwischen „EU-Mitgliedstaaten“ und „Drittstaaten“. Diese Formulierung war zu eng gefasst, als dass der Wortlaut allein den Raum der EU-Mitgliedstaaten erfasste, tatsächlich aber auf den Schengen-Binnenraum Bezug genommen werden sollte, welcher über den der EU-Mitgliedstaaten hinausgeht. Mit der im Zuge des 2. ÄndG neu ins Gesetz aufgenommenen Definition des Begriffs „Mitgliedstaat“ ist klargestellt, dass neben den EU-Mitgliedstaaten auch die Vertragsstaaten des Schengener Übereinkommens (Norwegen, Island, Liechtenstein und die Schweiz) Mitgliedstaat i.S.d. Gesetzes sind. Gleichzeitig

⁵ Gem. § 52 Abs. 1 Nr. 2b WaffG bzw. § 52 Abs. 3 Nr. 2a WaffG.

wurde der Begriff „EU-Mitgliedstaat“ durch den des Mitgliedstaats ersetzt, wodurch Rechtsklarheit geschaffen wurde.

Ferner hat der Gesetzgeber § 32 Abs. 1a WaffG neu in das Gesetz aufgenommen und damit eine Gesetzeslücke hinsichtlich der Mitnahme von Waffen und Munition aus Deutschland ins Ausland geschlossen. § 32 a.F. WaffG enthielt keinerlei Regelungen zur Mitnahme aus Deutschland. Zur Mitnahme in Drittstaaten bedarf es keiner Regelung, da diese nach Anl. 2 Abschn. 2 Unterabs. 2 Nr. 8 WaffG für jegliche Waffen/Munition erlaubnisfrei ist. Die Mitnahme von Schusswaffen/Munition in andere Mitgliedstaaten war hingegen prinzipiell nach Anl. 2 Abschn. 2 Unterabs. 1 Satz 1 WaffG erlaubnispflichtig.⁶ Da diese Mitnahmekonstellation im WaffG nicht berücksichtigt war und das Gesetz auch keine Sanktion für die erlaubnispflichtwidrige Mitnahme in einen anderen Mitgliedstaat enthielt, wurde sie in der Rechtspraxis als „faktisch erlaubnisfrei“ behandelt. § 32 Abs. 1a WaffG greift die Erlaubnispflicht auf und formuliert die Voraussetzungen, unter denen eine Erlaubnis zur Mitnahme aus Deutschland in einen anderen Mitgliedstaat erteilt wird.

Für den Waffennutzer entfaltet Abs. 1a faktisch die Wirkung einer „neuen“ Erlaubnispflicht.

Relativiert wird diese, insofern die Mitnahme in andere Mitgliedstaaten unter den Voraussetzungen des § 32 Abs. 3 WaffG erlaubnisfrei gestellt ist. Diese Konstellationen der erlaubnisfreien Mitnahme betrafen in der Vergangenheit allein die Mitnahme nach und durch Deutschland. In der inhaltlich unveränderten, sprachlich präzisierten Fassung erstrecken sich die Freistellungstatbestände des Abs. 3 nunmehr auch auf Konstellationen der Mitnahme aus Deutschland in einen anderen Mitgliedstaat. Diese ist für die Nutzergruppen Jäger, Sportschützen und Brauchtumschützen erlaubnisfrei, soweit sie Inhaber eines Europäischen Feuerwaffenpasses (EFP) sind, die Waffen in den EFP eingetragen sind, die Mitnahme dem Bedürfnisgrund (Jagd, Sport oder Brauchtum) dient und der Mitnahmegrund nachgewiesen ist. Liegen diese Voraussetzungen vor, dürfen

- Jäger bis zu drei Langwaffen nach Anl. 1 Abschn. 3 der Kategorien C und D sowie die dafür bestimmte Munition,
- Sportschützen bis zu sechs Schusswaffen nach Anl. 1 Abschn. 3 der Kategorien, B, C oder D und die dafür bestimmte Munition,
- Brauchtumsschützen bis zu drei Einzellader- oder Repeater-Langwaffen nach Anl. 1 Abschn. 3 Kategorien C und D und die dafür bestimmte Munition

erlaubnisfrei aus Deutschland in andere Mitgliedstaaten mitnehmen.

Auch wenn die Mitnahme nach deutschem Recht erlaubnisfrei ist, bleibt das Recht des Zielstaats zu berücksichtigen, nach dem der Vorgang erlaubnispflichtig sein kann.

Liegen die Voraussetzungen für eine erlaubnisfreie Mitnahme nicht vor (Jäger möchte eine Kurzwaffe als Fangschusswaffe mitnehmen), bedarf es einer Erlaubnis, die von der deutschen Behörde in Spalte 4 des EFP eingetragen wird. Die Erteilungsvoraussetzungen richten sich nach § 32 Abs. 1a WaffG. Danach muss der Antragsteller zunächst nach Maßgabe des WaffG zum Erwerb und Besitz der Waffen berechtigt sein. Weiterhin muss die nach dem Recht des anderen Mitgliedstaats erforderliche vorherige Zustimmung vorliegen. Soweit eine Erlaubnis im Zielstaat entbehrlich ist, scheidet diese auch als Erlaubnisvoraussetzung aus. Ob im anderen Mitgliedstaat eine Erlaubnis ausnahmsweise entbehrlich ist, bemisst sich nach dem Recht des Zielstaats. Dieser Umstand dürfte vom Antragsteller zu klären und der Behörde gegenüber darzulegen sein.

Schließlich muss der sichere Transport durch den Antragsteller gewährleistet sein.

Die erlaubnispflichtwidrige Mitnahme aus Deutschland in einen anderen Mitgliedstaat ist strafbar nach § 52 Abs. 3 Nr. 4b WaffG. Der Versuch ist nicht strafbar.

Grenzpolizeiliche Feststellungen dürften typischerweise in Deutschland und damit noch im straffreien Versuchsstadium getätigt werden, weshalb allenfalls Feststellungen bei der Wiedereinreise zu einer Strafbarkeit nach § 52 Abs. 3 Nr. 4b WaffG führen dürften.

Allerdings liegen die Voraussetzungen eines erlaubnisfreien Führens nach § 12 Abs. 3 Nr. 2 WaffG nicht vor, wenn mit dem Führen (hier im Fall des intendierten Grenzübertritts) ein Rechtsverstoß einhergeht.⁷ Im Zuge einer versuchten unerlaubten Mitnahme aus Deutschland in einen anderen Mitgliedstaat dürfte daher regelmäßig ein erlaubnispflichtwidriges Führen vorliegen, welches je nach Waffe strafbar gem. § 52 Abs. 1 Nr. 2b WaffG bzw. § 52 Abs. 3 Nr. 2a WaffG ist.

4. Aufbewahrung von Waffen, § 36 WaffG⁸

Die mit dem 2. ÄndG neu gefassten Aufbewahrungsvorschriften stellen die bedeutsamste jüngere Änderung des WaffG dar.

⁶ Lediglich die in Anl. 2 Abschn. 2 Unterabs. 2 Nr. 7 WaffG benannten Waffen waren von der Erlaubnispflicht ausgenommen.

⁷ Gade, NJW 2015, 3542 ff.

⁸ Ausführlich Gade, WaffG, 2. Aufl. 2018, § 36.

a. Normstruktur

Die vormalig in Abs. 1 Satz 1 enthaltene Generalklausel zum sicheren Umgang mit Waffen und Munition macht nun den gesamten Abs. 1 aus. Gegenständlich erfasst sie sämtliche Waffen und beschränkt sich nicht auf die Aufbewahrung, sondern betrifft jeden Umgang mit Waffen und Munition.

Jeder Waffen- und Munitionsbesitzer hat die erforderlichen Vorkehrungen zu treffen, um das Abhandenkommen von Waffen/Munition sowie den unbefugten Zugriff Dritter auf diese zu verhindern.

Die in Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 des § 36 WaffG a.F. enthaltenen Vorgaben zur Aufbewahrung erlaubnispflichtiger und verbotener Waffen/Munition wurden aus der Norm gestrichen und mit neuem Inhalt in § 13 Abs. 1 – 3 AWaffV zusammengefasst. Zu diesem Zweck wurde die in § 36 Abs. 5 WaffG enthaltene Verordnungsermächtigung so gefasst, dass die genauen Anforderungen an die Aufbewahrung oder die Sicherung von Waffen vollständig in der Rechtsverordnung geregelt werden können. Zukünftig können neue technische Regelwerke in die Aufbewahrungsvorgaben aufgenommen werden, ohne dass es hierfür eigens einer Änderung des WaffG bedarf.

In Abs. 4 hat der Gesetzgeber eine umfassende Besitzstandsregelung für „Altbesitzer“ vorgesehen, die Nachweispflicht der sicheren Aufbewahrung sowie die Pflicht, verdachtsunabhängige Kontrollen zu dulden, bleiben in Abs. 3 der Vorschrift geregelt.

b. Keine Änderungen für bisherige Waffennutzer

Die neuen Aufbewahrungsvorschriften greifen nicht für den „Altbesitz“. Wurden Waffen und Munition bei Inkrafttreten des 2. ÄndG rechtmäßig in Sicherheitsbehältnissen nach Vorgabe der alten Rechtslage aufbewahrt, dürfen diese auch weiterhin genutzt werden, § 36 Abs. 4 WaffG n.F.

Ist eine Waffenaufbewahrung nach der alten Rechtslage zu beurteilen, finden auf diese die im Zeitpunkt vor dem Inkrafttreten des 2. ÄndG geltenden Sanktionsvorschriften des § 53 Abs. 1 Nr. 19, § 52a WaffG a.F. sowie des § 34 Nr. 12 AWaffV a.F. Anwendung, § 36 Abs. 4 Satz 4 WaffG n.F.

Die Besitzstandsregelung erfasst nur die ununterbrochene Weiternutzung eines der alten Rechtslage entsprechenden Aufbewahrungsbehältnisses. Mit jedem Besitzwechsel nach dem Inkrafttreten des 2. ÄndG erlischt der Bestandsschutz, der neue Besitzer unterliegt dann den aktuellen Aufbewahrungsvorschriften.

Der Bestandsschutz gilt auch für den Fall, dass weitere Waffen (nach dem Inkrafttreten der aktuellen Rechtslage) rechtmäßig erworben und in den weitergenutzten Sicher-

heitsbehältnissen aufbewahrt werden. Weiterhin kommen berechnete Personen in den Genuss des Bestandsschutzes, die in häuslicher Gemeinschaft mit dem bisherigen Besitzer leben und dessen Aufbewahrungsbehältnisse mitbenutzen. Darauf, dass die häusliche Gemeinschaft und/oder Mitnutzung bereits vor Inkrafttreten des 2. ÄndG bestanden hat, kommt es nicht an. Ebenso steht der Mitnutzung im Rahmen des Bestandsschutzes nicht entgegen, dass der Mitnutzer erst nach Inkrafttreten des 2. ÄndG Waffenbesitzer wird. Allerdings erstreckt sich der Bestandsschutz für den „Mitnutzer“ lediglich auf die Dauer der gemeinschaftlichen Aufbewahrung.

Auch im Fall des Todes des bisherigen Besitzers kann der Mitnutzer die Aufbewahrungsbehältnisse weiter benutzen, soweit er infolge des Erbfalls Eigentümer des Sicherheitsbehältnisses wird, § 36 Abs. 4 Satz 3 WaffG n.F. Voraussetzung ist, dass im Zeitpunkt des Todes des bisherigen Besitzers die häusliche Gemeinschaft und die gemeinsame Aufbewahrung bestanden haben.

Im Erbfall leitet sich die Berechtigung zur Weiternutzung aus Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 WaffG n.F. ab. Die berechnete Person wird nicht zum bisherigen Besitzer i.S.d. Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 WaffG n.F. Daher kann in dieser Konstellation keine neue gemeinschaftliche Aufbewahrung mit anderen Personen begründet werden.

Aufgrund der umfassenden Besitzstandswahrung dürften sich auch weiterhin zahlreiche Aufbewahrungskonstellationen nach der alten Rechtslage bemessen. Faktisch hat der Gesetzgeber damit für einen langen Zeitraum eine „doppelte Rechtslage“ für diesen praxisrelevanten Regelungskreis zugelassen, was die Rechtslage nicht übersichtlicher macht.

c. Die neuen Aufbewahrungsvorschriften

Das neue Recht hat die Gleichwertigkeitsfiktion von tatsächlich weniger widerstandsfähigen Behältnissen der Sicherheitsstufe B und A mit solchen des Widerstandsgrades 0 aufgegeben. Als Folge ist auch die nach dem alten Recht grds. vorgeschriebene Pflicht zur getrennten Aufbewahrung von Schusswaffen und Munition in A und B Sicherheitsbehältnissen im aktuellen Recht nicht mehr enthalten.

Nach der Neuregelung dürfen Schusswaffen und Munition, deren Erwerb und Besitz der Erlaubnis bedarf, nur noch in Sicherheitsbehältnissen aufbewahrt werden, welche mindestens der Norm DIN/EN 1143-1, Widerstandsgrad 0 (Stand Mai 1997, Oktober 2002, Februar 2006, Januar 2010 oder Juli 2012) entsprechen, § 13 Abs. 1 Nr. 1, 2 AWaffV n.F.

Einer gemeinsamen Aufbewahrung von Schusswaffe und Munition steht nichts entgegen. Ungeachtet dessen hat der Gesetzgeber mit der Neuregelung explizit klargestellt, dass

Schusswaffen stets nur in ungeladenem Zustand aufbewahrt werden dürfen. Soweit eine Schusswaffe aufbewahrt wird, darf sich daher keine Patrone im Patronenlager oder aber im in die Waffe eingeführten Magazin befinden. Damit wird die Rechtsprechung des BVerwG bestätigt, wonach die Aufbewahrung einer durchgeladenen Waffe per se nicht sorgfältig sein könne.⁹

d. Übersicht zu den neuen Aufbewahrungsvorschriften

Behältnis	Erlaubnisfrei zu erwerbende Schusswaffen und Munition	Erlaubnispflichtige Munition	Verbotene wesentliche Teile von Schusswaffen, sonstige verbotene Waffen (die nicht Schusswaffen sind)	Erlaubnispflichtige Langwaffen	Erlaubnispflichtige Kurzwaffen/verbotene Schusswaffen
Verschlussenes Behältnis ohne technische Spezifikation	ja	nein	nein	nein	nein
Stahlbehältnis ohne Klassifizierung mit Schwenkriegelschloss oder gleichwertiger Verschlussvorrichtung	ja	ja	nein	nein	nein
0 mit Gewicht unter 200 Kg	ja	ja	ohne Begrenzung	ohne Begrenzung	bis 5 Stück
0 mit Gewicht über 200 Kg	ja	ja	ohne Begrenzung	ohne Begrenzung	bis 10 Stück
I	ja	ja	ohne Begrenzung	ohne Begrenzung	ohne Begrenzung

e. Berechnung der Waffenanzahl

Soweit die Aufbewahrungsvorschriften nach § 13 Abs. 2 Nr. 3, 4 AWaffV zahlenmäßige Begrenzungen enthalten, ist die Berechnung der Waffenanzahl nach § 13 Abs. 3 AWaffV zu beachten. Danach bleiben bei der Berechnung der Waffenanzahl unberücksichtigt

- wesentliche Teile von Schusswaffen sowie Schalldämpfer und
- Zielvorrichtungen usw. nach Anl. 2 Abschn. 1 Nr. 1.2.4.1, 1.2.4.2,

soweit diese ihrerseits nicht zu einer schussfähigen Waffe zusammengefügt werden können.

II. Waffen- bzw. Munitionsverbote

Bei den Waffen- und Munitionsverboten ist zu differenzieren zwischen generellen (untersagen jeden Umgang) und partiellen (erfassen nur bestimmte Arten des

Umgangs und/oder nur bestimmte Örtlichkeiten) Verbote.

1. Munitionsverbot

Mit dem 2. ÄndG wurde in Anl. 2 Abschn. 1 Nr. 1.5.4 WaffG das bereits bestehende Munitionsverbot in Umsetzung von Vorgaben der EU-Feuerwaffenrichtlinie auf entsprechende Geschosse ausgedehnt.

2. Waffenverbotszonen, § 42 Abs. 5 WaffG

§ 42 Abs. 5 WaffG ermächtigt die Landesregierungen, durch Rechtsverordnung weitere Waffenverbote oder Umgangsbeschränkungen im öffentlichen Raum vorzusehen, soweit an diesen Orten wiederholt entweder Straftaten unter Einsatz von Waffen oder aber bestimmte sonstige (schwerwiegende) Straftaten begangen worden sind und dies auf Tatsachen gestützt auch für die Zukunft angenommen werden muss. Zwar ist Abs. 5 bislang nicht geändert worden, allerdings wird immer häufiger von Polizei und Politik die Einrichtung sog. Waffenverbotszonen auf Grundlage von § 42 Abs. 5 WaffG angeregt. Hintergrund dieser Diskussion ist u.a. eine zunehmend in den Medien thematisierte „Messerkriminalität“. Bisweilen wird gefordert, die strengen Voraussetzungen des § 42 Abs. 5 WaffG fallen zu lassen, um so etwa generelle Waffenverbots-

⁹ BVerwG, Beschl. v. 03.03.2014 - 6 B 36/13.

zonen in der Nähe von Kitas oder Schulen einrichten zu können.¹⁰

Da auch Bahnhöfe und öffentliche Verkehrsmittel von steigender Gewaltkriminalität betroffen sind, hat die Bundespolizei in jüngster Vergangenheit Waffenverbote an Großbahnhöfen erlassen.¹¹ Derzeit kann die Bundespolizei nicht auf das WaffG als Rechtsgrundlage für solche Maßnahmen zurückgreifen. Folgerichtig wurden die Verbote auf polizeirechtlicher Grundlage und auch lediglich temporär erlassen.

III. Unbrauchbar gemachte Waffen

Unbrauchbar gemachte Schusswaffen sind nach Anl. 2 Abschn. 3 Unterabs. 2 Nr. 4 WaffG vom Geltungsbereich des WaffG ausgenommen und unterliegen allein dann einem Führungsverbot (§ 42a Abs. 1 Nr. 1 WaffG), soweit sie optisch den Eindruck einer „scharfen“ Feuerwaffe erwecken. Die technischen Vorgaben zur Unbrauchbarmachung ergeben sich aus der EU-Deaktivierungsverordnung (DVO EU 2015/2403). Diese stellt unmittelbar wirkendes Recht dar und hat die bis zum 2. ÄndG im WaffG enthaltenen nationalen Vorgaben zur Unbrauchbarmachung seit ihrem Inkrafttreten am 08.04.2016 überlagert. Der mit dem 2. ÄndG neu ins WaffG eingefügte Unterabschnitt 6a (§ 39a WaffG) ermächtigt das BMI, nicht zustimmungsbedürftige Rechtsverordnungen zu erlassen, mit denen die Vorgaben der EU-Deaktivierungsverordnung auf nationaler Ebene flankiert und präzisiert werden können. Wurden Waffen vor Inkrafttreten der EU-Deaktivierungsverordnung nach nationalem Recht unbrauchbar gemacht, so bleiben diese weiterhin nach Maßgabe von Anl. 2 Abschn. 3 Unterabs. 2 Nr. 4 WaffG vom Anwendungsbereich desselben ausgenommen.

IV. Straftaten/Ordnungswidrigkeiten

Der Umgang mit verbotenen Elektroimpulsgeräten wird mit dem 2. ÄndG nicht mehr als Ordnungswidrigkeit, sondern als Straftat (Vergehen) nach § 52 Abs. 3 Nr. 1 WaffG geahndet. Der Straftatbestand des § 52a WaffG (vorsätzlicher Verstoß gegen Aufbewahrungsvorschriften und daraus resultierende konkrete Gefahr des Abhandenkommens bzw. des unbefugten Zugriffs Dritter) wurde gestrichen, aber inhaltsgleich in § 52 Abs. 3 Nr. 7a WaffG überführt.

Der Ordnungswidrigkeitentatbestand nach § 53 Abs. 1 Nr. 19 WaffG wurde aufgehoben, Verstöße gegen die Aufbewahrungsvorschriften sind nunmehr nach § 34 Nr. 12 AWaffV ordnungswidrig.

Die erlaubnispflichtwidrige Mitnahme von Schusswaffen/Munition aus Deutschland in einen anderen Mitgliedstaat ist strafbar nach § 52 Abs. 3 Nr. 4b WaffG.

Verstöße gegen die neu in § 38 Abs. 1 Nr. 1e, f WaffG gefassten Ausweisungspflichten für bestimmte Konstellationen des grenz-

überschreitenden Verkehrs mit Waffen/Munition werden als Ordnungswidrigkeit nach § 53 Abs. 1 Nr. 20 WaffG geahndet.

V. Sonstiges

Stets von besonderer Bedeutung sind die jeweils aktuellen Einlassungen der Rechtsprechung zur Anwendung der persönlichen Zuverlässigkeit nach § 5 WaffG als zentraler Voraussetzung für die Erteilung einer waffenrechtlichen Erlaubnis. Die Norm selbst hat im Zuge des 2. ÄndG insofern eine kleinere Modifikation erfahren, als dass im Rahmen der Regelunzuverlässigkeit nach § 5 Abs. 2 Nr. 3 WaffG bereits das Vorliegen von Tatsachen die Regelunzuverlässigkeit begründet, soweit diese die Annahme rechtfertigen, der Antragsteller verfolge verfassungsfeindliche Bestrebungen.

Die aktuelle Rechtsprechung zur persönlichen Zuverlässigkeit unterstreicht den gesetzgeberischen Anspruch, dass nur solchen Personen der Umgang mit Waffen zu gewähren ist, bei denen keine Anhaltspunkte für den rechtswidrigen Gebrauch der Waffe in der Zukunft vorliegen. So sei es zulässig, die in diesem Zusammenhang zu tätige Prognoseentscheidung auf nur einen Vorfall zu stützen, wenn darin ein übergroßes Maß an Unvorsichtigkeit im Umgang mit der Waffe zutage trete.¹² Es bestehe keine Lebenserfahrung und kein Rechtssatz, dass erst ab einer weiteren missbräuchlichen Verwendung von Waffen eine negative Zukunftsprognose gerechtfertigt sei.¹³

Die Unzuverlässigkeit nach § 5 Abs. 1 Nr. 2b WaffG könne ebenso bereits angenommen werden, wenn eine Person vor dem Schusswaffengebrauch eine auch nur geringe Menge Alkohol zu sich genommen habe, die typischerweise mit einer Verhaltensbeeinflussung einhergehe.¹⁴

Weiterhin könne die bloße Gruppenzugehörigkeit einer Person deren waffenrechtliche Unzuverlässigkeit nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 WaffG begründen, soweit zwischen der Annahme der Unzuverlässigkeit und der Gruppenzugehörigkeit eine kausale Verbindung bestehe. Erforderlich sei, dass bestimmte Strukturmerkmale der Gruppe die Annahme rechtfertigen, dass gerade auch die in Rede stehende Person zukünftig Verhaltensweisen i.S.d. § 5 Abs. 1 Nr. 2 WaffG verwirklichen werde.¹⁵

10 So Hessens LMI Beuth gegenüber der Presse.

11 Hamburg (Mai 2018), Berlin (Juni 2018), Dortmund (Juni/Juli 2018), Köln (Juli 2018).

12 Nachweise bei Gade, WaffG, 2. Aufl. 2018, § 5 Rn. 11.

13 VGH München, Beschl. v. 14.11.2016 - 21 ZB 15.648.

14 BVerwG, Urt. v. 22.10.2014 - 6 C 30/13; Kremer, NJW 2015, 1061 ff.

15 Dies gilt für die Rockergruppierungen „Bandidos“ und „Gremium MC“. Ebenso für die „Reichsbürgerbewegung“. Übersicht zur Rechtsprechung bei Gade, WaffG, 2. Aufl. 2018, § 5 Rn. 11a. Vgl. jüngst zum Motorradclub „Outlaws MC Germany“ BVerwG, Beschl. v. 10.07.2018 - 6 B 79.18.

C. Ausblick

Das Waffenrecht wird auch zukünftig von einem steten Fortentwicklungsprozess geprägt sein. In Umsetzung der geänderten EU-Waffenrichtlinie wird das WaffG Anpassungen erfahren, deren inhaltliche Tragweite und rechtstechnische Umsetzung noch nicht präzise absehbar sind. Ungeachtet dessen wird das Waffenrecht im Kontext einer sich dynamisch entwickelnden Sicherheitslage Gegenstand des politischen Diskurses sein, der die Rechtsmaterie nicht unverändert lassen wird.

Reichweite und Wirkkraft der Grundrechte im Privatrechtsverkehr

BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018 - 1 BvR 3080/09

RA und Wiss. Mit. Veris-Pascal Heintz

A. Problemstellung

Die Grundrechte finden ihre „Sinnmitte“ in dem „Schutz der privaten natürlichen Person gegen hoheitliche Übergriffe.“¹ Die Abwehr von Staatsmacht bildet insoweit die primäre Funktion der Grundrechte.² Die Grundrechte erschöpfen sich jedoch nicht in dieser Staat-Bürger-Beziehung, sondern können auch in den Verhältnissen der Privatrechtssubjekte untereinander Wirkung entfalten.³ Die jahrzehntelange Diskussion, ob und inwieweit die Grundrechte im Privatrechtsverkehr Geltung beanspruchen, schien längst zugunsten der von Dürig entwickelten Lehre von der „mittelbaren Drittwirkung“ entschieden zu sein.⁴ Das BVerfG und der BGH hatten sich eindeutig zu jener Theorie bekannt.⁵ Selbst das BAG, das lange Zeit ausschließlich die Gegenthese der „unmittelbaren Drittwirkung“ vertrat, hat sich zwischenzeitlich im Bereich des Individualarbeitsrechts der „mittelbaren Drittwirkungslehre“ angeschlossen.⁶ Die neuere Judikatur des BVerfG, in die sich die vorliegende Entscheidung einreihet, lässt nunmehr aber Zweifel daran aufkommen, ob an dieser Konzeption (unverändert) festzuhalten ist. In der verfassungsrechtlichen Dogmatik zeichnen sich nämlich Tendenzen ab, die Privatrechtsordnung stärker als bisher einer „Konstitutionalisierung“ zu unterwerfen.⁷ Die drohende Verabschiedung des BVerfG von der „gesetzesmediatisierten Konstitutionalisierung“ hin zu einer „gesetzesübersteigenden verfassungsrechtlichen Durchdringung privater Rechtsverhältnisse“ gibt Anlass genug,⁸ einen neuerlichen Blick auf Reichweite und Wirkweise der Grundrechte im Privatrechtsverkehr zu werfen.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Erste Senat des BVerfG hatte über die Urteilsverfassungsbeschwerde eines Mitglieds und Fans des FC Bayern München zu befinden. Dieser war als Mitglied einer „Ultra“-Fanggruppierung in verbale und körperliche Auseinandersetzungen mit Anhängern des MSV Duisburg verwickelt. Gegen den Beschwerdeführer wurde ein Ermittlungsverfahren wegen Landfriedensbruchs eingeleitet. Ihm wurde daraufhin von der Beklagten des Ausgangsverfahrens ein bundesweites Stadionverbot auferlegt. Die Beklagte stützte das Stadionverbot auf ihr Hausrecht und auf die Stadionverbots-Richtlinien (SVRL) des Deutschen Fußballbundes. Trotz der in der Zwischenzeit erfolgten Einstellung des Ermittlungsverfahrens wurde das Stadionverbot – ohne vorherige Anhörung des Beschwerdeführers – aufrechterhalten. Das Amtsgericht wies die Klage ab, die Berufung vor dem Landgericht blieb ebenso erfolglos wie die Revision. Der BGH⁹ nahm unter Berücksichtigung der mittelbar in das Zivilrecht einwirkenden Grundrechte an, dass ein Ausschluss bestimmter Stadionbesucher nicht willkürlich erfolgen dürfe, sondern auf einem sachlichen Grund beruhen müsse. Das BVerfG wies die Verfassungsbeschwerde als unbegründet zurück, da die angegriffenen Entscheidungen der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte – namentlich der des Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG – ausreichend Rechnung getragen haben.

C. Kontext der Entscheidung

Der vorliegende Beschluss markiert den vorläufigen Höhepunkt einer sich seit dem „Fraport-Urteil“¹⁰ abzeichnenden Entwicklung,¹¹ die hier kurz nachgezeichnet werden soll. Der

1 BVerfG, Beschl. v. 08.07.1982 - 2 BvR 1187/80 Rn. 56.

2 Vgl. statt vieler Voßkuhle/Kaiser, JuS 2011, 411.

3 Maurer, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 9 Rn. 20, 36; Guckelberger, JuS 2003, 1151, 1152.

4 Grundlegend Dürig in: Festschrift für Nawiasky, 1956, S. 157 ff.

5 BVerfG, Urt. v. 15.01.1958 - 1 BvR 400/51 Rn. 26 ff.; BVerfG, Beschl. v. 23.04.1986 - 2 BvR 487/80 Rn. 25; BVerfG, Beschl. v. 11.06.1991 - 1 BvR 239/90 Rn. 11; BVerfG, Beschl. v. 09.10.2001 - 1 BvR 622/01 Rn. 35; BGH, Urt. v. 28.04.1986 - II ZR 254/85 Rn. 10 f.; BGH, Urt. v. 30.10.2009 - V ZR 253/08 Rn. 13.

6 BAG, Beschl. v. 27.02.1985 - GS 1/84 Rn. 48; BAG, Urt. v. 22.10.1986 - 5 AZR 660/85 Rn. 31; BAG, Beschl. v. 07.11.1989 - GS 3/85 Rn. 32; Gornik, NZA 2012, 1399, 1401.

7 Barczak in: Scheffczyk/Wolter, Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Band 4, 2017, S. 96, 107 ff.

8 Barczak in: Scheffczyk/Wolter, Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Band 4, 2017, S. 107.

9 BGH, Urt. v. 30.10.2009 - V ZR 253/08.

10 BVerfG, Urt. v. 22.02.2011 - 1 BvR 699/06.

11 Vgl. Heldt, NVwZ 2018, 813, 818.

Erste Senat des BVerfG hatte in dem „Fraport-Urteil“ der Frage nachzugehen, in welchem Umfang die Kommunikationsgrundrechte gem. Art. 5 Abs. 1, Art. 8 Abs. 1 GG für das zivilrechtliche Hausverbot Bedeutung erlangen.¹² Da die im Ausgangsverfahren verklagte Fraport AG als von der öffentlichen Hand beherrschtes Unternehmen nach Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbar an die Grundrechte gebunden ist, bestand für das BVerfG kein Anlass, sich zur Kollisionslage zwischen Eigentumsgarantie und Versammlungsfreiheit äußern zu müssen. Dennoch kündigte der Senat – losgelöst vom Ausgangsfall – an, dass „die mittelbare Grundrechtsbindung Privater einer Grundrechtsbindung des Staates [...] nahe oder auch gleich kommen [können]“.¹³ In der Entscheidung zum „Bierdosen-Flashmob für die Freiheit“ hat die 3. Kammer des Ersten Senats jene Ankündigung wahr gemacht und unterwarf eine rein private juristische Person einer quasistaatlichen Grundrechtsbindung.¹⁴ Beachtlich ist vor allem, dass sich die Kammer zwar auf die „mittelbare Drittwirkung“ beruft, letztlich aber keine Anbindung über zivilrechtliche Normen herstellt.¹⁵ Hieran zeigt sich recht deutlich, dass sich die Dogmatik von den zivilrechtlichen „Einbruchstellen“ für die Grundrechte zu lösen sucht. Obwohl die Kammer das „sprachliche Gewand der üblichen Terminologie“ verwendet, hat sie faktisch „eine neue Variante der Grundrechtsbindung“, die quasistaatliche Grundrechtsbindung Privater, geschaffen.¹⁶ Mit dem hier zu besprechenden Beschluss des Ersten Senats positioniert sich das BVerfG schließlich zur Privatrechtswirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) und bürdet Privaten bei bestimmten Fallgestaltungen Gleichbehandlungspflichten auf (Rn. 39 ff.; näher dazu unter D.). Der „Stadionverbots-Beschluss“ hat der Debatte um die fortschreitende „Konstitutionalisierung“ des Privatrechtsverkehrs somit eine weitere Nuance hinzugefügt.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidungen in Sachen „Fraport“ und „Bierdosen-Flashmob für die Freiheit“ bestätigen die Befürchtung, wonach die Kollisionslage zwischen dem Eigentumsgrundrecht (Art. 14 GG) bzw. der Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) und der Versammlungsfreiheit (Art. 8 Abs. 1 GG) als grundrechtliche Gegenpositionen künftig „von vornherein auf der Schutzbereichsebene zugunsten des Versammlungsgrundrechts vorentschieden“ ist und das Eigentumsgrundrecht lediglich „noch auf der Rechtfertigungsebene in Bezug auf die Art und Weise der Durchführung der Versammlung berücksichtigt werden [kann]“.¹⁷ Doch nicht nur im Zusammenhang mit dem Versammlungsrecht drohen Private in eine quasistaatliche Grundrechtsbindung einzurücken. Der vorliegende Beschluss verdeutlicht, dass Privatautonomie und Eigentumsrechte in „spezifischen Konstellationen“ auch hinter dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) zu-

rücktreten müssen (Rn. 41). Was unter einer „spezifischen Konstellation“ zu verstehen ist, bleibt weitgehend unklar. Es liegt aber nahe, hierunter Fälle zu fassen, in denen ein gewisses Machtungleichgewicht der Vertragsparteien besteht. Gleichsam steht zu befürchten, dass die Anforderungen an eine „spezifische Konstellation“ in der weiteren Rechtsprechungspraxis nicht allzu hoch ausfallen werden. Zu denken ist nicht nur an Stadionverbote, auch die Verweigerung der Aufnahme in einen privaten Verein wäre nicht mehr ohne Weiteres möglich. Dem (vermeintlich) ungleich Behandelten erwächst somit in einer Vielzahl von Fällen ein Anspruch auf Rechtfertigung der Ungleichbehandlung mit kontextbezogenen sachlichen Gründen (Rn. 45). Es ist wohl zu erwarten, dass die für den Staat geltenden Rechtfertigungsmaßstäbe nach und nach auf Private übertragen werden.¹⁸

Die hier erwähnten Entscheidungen und deren Sachverhalte bieten erste Anhaltspunkte dafür, in welchen Bereichen eine quasistaatliche Grundrechtsbindung Privater in der Zukunft eine Rolle spielen wird.¹⁹ Die möglichen Fallgestaltungen sind mannigfaltig. Insbesondere das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitet wird,²⁰ könnte sich auf die privaten Rechtsbeziehungen unmittelbar auswirken (z.B. im Arbeitsrecht). Nicht umsonst hatte der Beschwerdeführer im vorliegenden Verfassungsbeschwerdeverfahren eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vorgetragen (siehe Rn. 19 ff.). Der Senat ließ in seinem Beschluss allerdings offen, ob das allgemeine Persönlichkeitsrecht oder weitere Grundrechte Beachtung beanspruchen können (Rn. 43).

E. Bewertung

Der Erste Senat des BVerfG hat mit seinen zitierten Entscheidungen eine Diskussion neu entfacht, die bereits als erledigt

12 Baldus in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2017, § 1004 Rn. 27.

13 BVerfG, Ur. v. 22.02.2011 - 1 BvR 699/06 Rn. 59.

14 BVerfG, Beschl. v. 18.07.2015 - 1 BvQ 25/15 Rn. 6; vgl. hierzu auch Schulenberg, DÖV 2016, 55, 57 f.

15 BVerfG, Beschl. v. 18.07.2015 - 1 BvQ 25/15 Rn. 6 f.; Smets, NVwZ 2018, 35, 36.

16 Kniessel/Braun/Keller, Besonderes Polizei- und Ordnungsrecht, 2018, S. 33 f. m.w.N.

17 So das häufig zitierte Sondervotum Schluckebier, siehe BVerfG, Ur. v. 22.02.2011 - 1 BvR 699/06 Rn. 123.

18 Vgl. zum Vorstehenden Grünberger, VerfBlog vom 01.05.2018, verfassungsblog.de/warum-der-stadionverbots-beschluss-weit-mehr-ist-als-nur-common-sense/ (letzter Abruf: 29.06.2018).

19 Barczak in: Scheffczyk/Wolter, Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Band 4, 2017, S. 114.

20 Di Fabio in: Maunz/Dürig, GG, 82. EL Januar 2018, Art. 2 Abs. 1 Rn. 128 mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen.

galt.²¹ Die Problematik, wie die Verbindung zwischen den Grundrechten und dem Zivilrecht konstruktiv zu bewältigen ist, wurde mit der „mittelbaren Drittwirkungslehre“ einer konstruktiven Lösung zugeführt.²² Die hier erwähnten Judikate des Ersten Senats könnten – zumindest auf den ersten Blick – den Eindruck erwecken, dass das BVerfG von dieser Dogmatik nicht abgerückt sei. Das mag rein terminologisch zutreffen. Inhaltlich wurden die Grenzen zwischen einfachem Recht und Verfassungsrecht jedoch verwischt. Privatrechtssubjekte, die selbst Grundrechtsträger sind, werden wachsenden, offen als „staatsgleich“ bezeichneten Rechtfertigungsanforderungen ausgesetzt, die nicht mit Art. 1 Abs. 3 GG in Einklang zu bringen sind.²³ Dieser Entwicklung bedarf es auch vor dem Hintergrund etwaig bestehender Machtungleichgewichte zwischen den Privatrechtssubjekten nicht. Grenzfälle wie die gestörte Vertragsparität oder die Machtusurpation privater Rechtsakteure lassen sich indes „schonender“, d.h. im Wege der „gesetzesmediatisierten Konstitutionalisierung“ lösen, ohne Private einer extensiven, quasistaatlichen Grundrechtsbindung zu unterwerfen. Die Frage der Einschränkung des Privateigentums zugunsten von anderen Grundrechtspositionen sollte viel eher legislativ gelöst und „nicht durch die staatsgleiche Grundrechtsbindung Privater [...] substituiert werden“.²⁴ Nur so kann gewährleistet werden, dass die Eigenständigkeit und der Erkenntnisvorrang des Zivilrechts beachtet wird, Rechtsunsicherheiten beseitigt werden und notwendige Freiheitsräume bestehen bleiben.²⁵

21 So schon Hager, JZ 1994, 373.

22 Guckelberger, JuS 2003, 1151, 1154.

23 Vgl. Barczak in: Scheffczyk/Wolter, Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Band 4, 2017, S. 121.

24 Smets, NVwZ 2016, 35, 38.

25 Vgl. Barczak in: Scheffczyk/Wolter, Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Band 4, 2017, S. 122.

Steuerrecht

Ernstliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit von Aussetzungszinsen für den Zeitraum ab 2012

BFH, Beschl. v. 03.09.2018 - VIII B 15/18

RiBFH Dr. Nils Trossen

A. Problemstellung

Zinsen gibt es nur noch im Steuerrecht! Die Verzinsung spielt im Steuerrecht neben der Abzinsung von Rückstellungen nach § 6 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. e EStG, der Abzinsung von Pen-

sionsrückstellungen nach § 6a EStG,¹ der Abzinsung von unverzinslichen Verbindlichkeiten nach § 6 Abs. 1 Nr. 3 EStG und der Bewertung unverzinslicher Forderungen nach § 12 Abs. 3 Satz 2 BewG im Wesentlichen bei Nachzahlungs- und Erstattungszinsen (§ 233a AO), Stundungszinsen (§ 234 AO), Hinterziehungszinsen (§ 235 AO), Prozesszinsen (§ 236 AO) und Aussetzungszinsen (§ 237 AO) eine Rolle. Die Finanzverwaltung verzinst hier seit fast 50 Jahren Steueransprüche aus dem Steuerschuldverhältnis mit einem Zinssatz von 0,5 % für jeden vollen Monat, also 6 % pro Jahr. Der Kapitalmarktzins liegt jedoch seit 1997 dauerhaft unter 6 %, seit 2005 mit Ausnahme von 2007 unter 4 %. Seit 2015 liegt er nahe Null. Er befindet sich seit ca. 20 Jahren in einem stetigen unter 6 % liegenden Abwärtstrend. Eine tief greifende Änderung bei dieser Zinssituation ist nicht in Sicht.² Denn die Leitzinsen werden nach den jüngsten Ankündigungen der Europäischen Zentralbank voraussichtlich noch bis Mitte Sommer 2019 auf ihrem aktuellen niedrigen Niveau bleiben. Die Verzinsung von Spar- und Termineinlagen wird daher auch weiterhin bei nahe Null liegen.

Die steuerlichen Regelungen zur Verzinsung von Steuer nachforderungen und -erstattungen stehen daher weiterhin im Fokus der Beratungspraxis. Dies gilt insbesondere für die Frage, ob anlässlich eines steuerlichen Einspruchs- oder Klageverfahrens Aussetzung der Vollziehung beantragt werden soll. § 237 AO sieht hierzu vor, dass in der Folge der Gewährung einer Aussetzung der Vollziehung eines Steuerbescheids die vom Steuerpflichtigen nicht gezahlten Beträge zu verzinsen sind. § 238 AO regelt dafür bislang einen Zinssatz von 0,5 % pro Monat oder 6 % p.a.

An der Höhe dieses Zinssatzes werden im Hinblick auf die seit 2015 andauernde Niedrigzinsphase seit längerem erhebliche verfassungsrechtliche Zweifel geäußert.³ Zu der Frage des Zinssatzes bei Nachzahlungszinsen zur Gewerbesteuer sind mittlerweile zwei Verfahren vor dem BVerfG anhängig.⁴ Die Verfahren sind vom BVerfG „groß“ zugestellt worden, d.h. das BVerfG schließt einen Erfolg der Verfahren nicht aus und beabsichtigt, zur Verfassungsmäßigkeit der zugrunde liegenden gesetzlichen Regelungen in der Sache zu entscheiden.

1 Vgl. dazu Hey, FR 2016, 485; Prinz/Keller, DB 2016, 1033; Höfer, DB 2018, 1698 sowie FG Köln, Beschl. v. 12.10.2018 - 10 K 977/17, Az. beim BVerfG 2 BvL 22/17.

2 Vgl. Rüsken, DStZ 2018, 476, 479.

3 Vgl. dazu u.a. Seer, DB 2014, 1945; Hey, FR 2016, 485; Jonas, DStR 2016, 950; Jonas, DStR 2018, 545; Lindwurm, NWB 2018, 1656; Melan, DStR 2017, 2088; Melan, DStR 2018, 545.

4 Verfahren 1 BvR 2237/14, Vorinstanz: OVG Münster, Beschl. v. 10.07.2014 - 14 A 1196/13; Verfahren 1 BvR 2422/17, Vorinstanz: VGH München, Beschl. v. 10.08.2017 - 4 ZB 17.279; vgl. dazu auch Schallmoser, jM 2018, 381, 384.

Nachdem der BFH zunächst in mehreren Revisionsverfahren die Zinshöhe von 6 % in § 238 AO noch bestätigt hatte,⁵ hat sich der IX. Senat des BFH mit einem Aussetzungsbeschluss bezogen auf Nachzahlungszinsen (§ 233a AO) den Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit der Verzinsungsregelungen angeschlossen.⁶ Danach begegnet die die in § 238 AO geregelte Höhe von Nachzahlungszinsen schwerwiegenden verfassungsrechtlichen Zweifeln. Der Zinssatz von 6 % sei als Pauschalierung realitätsfern bemessen und verstoße gegen Art. 3 Abs. 1 GG und das Übermaßverbot des Art. 20 Abs. 1 GG.

Die Finanzverwaltung hat mit BMF-Schreiben vom 14.06.2018⁷ auf den Aussetzungsbeschluss des BFH reagiert und gewährt nunmehr in folgenden Fällen Aussetzung der Vollziehung:

- Für Verzinsungszeiträume ab dem 01.04.2015 (nur) auf Antrag des Steuerpflichtigen, sofern gegen die Zinsfestsetzung Einspruch eingelegt wird.
- Für Verzinsungszeiträume vor dem 01.04.2015 nur, wenn die Vollziehung für den Betroffenen eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte und im Einzelfall ein besonders berechtigtes Interesse des Antragstellers zu bejahen ist.

Mit der Besprechungsentscheidung hat sich nunmehr ein weiterer BFH-Senat der Auffassung des IX. Senats und den (zahlreichen) Stimmen im Schrifttum angeschlossen, dass die in § 238 AO geregelte Zinshöhe schwerwiegenden verfassungsrechtlichen Zweifeln unterfällt.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Im Streitfall war den Steuerpflichtigen hinsichtlich der Einkommensteuerfestsetzung 2007, 2008 und 2010 Aussetzung der Vollziehung gewährt worden. Auf der Grundlage der gewährten Aussetzung der Vollziehung hatte das Finanzamt Aussetzungszinsen nach § 237 AO berechnet und festgesetzt. Die Zinsfestsetzung betraf den Zinszeitraum November 2012 bis September 2016. Die Steuerpflichtigen legten gegen die Zinsfestsetzung Einspruch ein und beantragten die Aussetzung der Vollziehung des Zinsbescheids. Sowohl das Finanzamt als auch das Finanzgericht⁸ lehnten eine Aussetzung der Vollziehung des Zinsbescheids ab. Die Steuerpflichtigen legten gegen die ablehnende Entscheidung des Finanzgerichts die (vom Gericht zugelassene) Beschwerde ein. Sie beehrten weiterhin, den Bescheid über die Zinsfestsetzung wegen ernstlicher Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit insbesondere mit Blick auf die gesetzliche Zinshöhe von 6 % ab 2012 und damit auch für den Zeitraum vor dem 01.04.2015 auszusetzen.

Der BFH hat auch in diesem Verfahren die Vollziehung des Zinsbescheides ausgesetzt. Nach Auffassung des VIII. Senats des BFH beziehen sich die Zweifel an der Verfassungsmäßig-

keit der Zinsfestsetzung nach § 233a AO auch auf den in § 238 Abs. 1 AO festgelegten Zinssatz und damit auch auf die in der Besprechungsentscheidung streitige Festsetzung von Aussetzungszinsen nach § 237 AO. Denn die pauschalierte Festsetzung der Zinshöhe mit 6 % pro Jahr unterliege erheblichen verfassungsrechtlichen Zweifeln:

- Angesicht der seit 2015 bestehenden strukturellen und nachhaltigen Verfestigung des niedrigen Markzinsniveaus überschreitet die pauschalierte Zinshöhe den angemessenen Rahmen der wirtschaftlichen Realität in erheblichem Maß. Daher wirkt die realitätsferne Bemessung der Zinshöhe in Zeiten eines strukturellen Niedrigzinsniveaus wie ein sanktionierender rechtsgrundloser Zuschlag auf die Steuerfestsetzung und verstößt damit gegen Art. 3 Abs. 1 GG.
- Die Typisierung des Zinssatzes lässt sich im Hinblick auf die in der Praxis übliche rein maschinelle Festsetzung von Zinsen mittlerweile auch nicht mehr mit dem Interesse an Praktikabilität und Verwaltungsvereinfachung rechtfertigen. Denn die EDV-gestützte maschinelle Zinsfestsetzung, die in allen Landesfinanzverwaltungen praktiziert wird, ermöglicht unproblematisch eine Anpassung der Zinshöhe an den Marktzinssatz oder den Basiszinssatz i.S.v. § 247 BGB.
- Der Gesetzgeber hat zudem für die Höhe des seit 1961 unveränderten Zinssatzes bislang keine nachvollziehbare Begründung gegeben.⁹
- Auch der Sinn und Zweck der Verzinsung, die Abschöpfung des Nutzungsvorteils, den der Steuerpflichtige in der Folge der verspäteten Zahlung habe, kann die gesetzliche Zinshöhe nicht rechtfertigen. Für den Steuerpflichtigen besteht aufgrund der langjährigen Niedrigzinslage weder die Möglichkeit, die zu zahlenden Zinsen durch Anlage der nicht gezahlten Steuerbeträge oder durch die Ersparnis von Aufwendungen auch tatsächlich zu erzielen.
- Dem Fiskus entsteht auch ein potenzieller Zinsnachteil, weil er den nicht gezahlten Steuerbetrag nicht anderweitig nutzen können. Denn Bund und Länder können sich angesichts des teilweise sogar negativen Zinsniveaus für die Anleihen der öffentlichen Hand praktisch kostenfrei am Kapitalmarkt refinanzieren.
- Auch die in diesem Zusammenhang häufig zitierte Entscheidung des BVerfG vom 03.09.2009¹⁰ rechtfertigt

5 BFH, Urt. v. 01.07.2014 - IX R 31/13; BFH, Urt. v. 14.04.2015 - IX R 5/15 und BFH, Urt. v. 09.11.2017 - III R 10/16.

6 BFH, Beschl. v. 03.09.2018 - VIII B 15/18; vgl. dazu Schallmoser, jM 2018, 381; Rüsken, DStZ 2018, 476; Mack/Gomez, DB 2018, 2014.

7 BMF-Schreiben vom 14.06.2018, BStBl. I 2018, 722.

8 FG Stuttgart, Beschl. v. 16.01.2018 - 2 V 3389/14 mit Anmerkung Büchter-Hole, EFG 2018, 1004.

9 BT-Drs. 3/2573, S. 33; Hey, FR 2016, 485, 489.

10 BVerfG, Beschl. v. 03.09.2009 - 1 BvR 2539/07.

keine andere Entscheidung. Denn diese betrifft Zinszahlungszeiträume vom 2003 bis 2006 und damit Jahre ohne ein strukturell verfestigtes Niedrigzinsniveau. Zum anderen konnte in dem vom BVerfG entschiedenen Fall der Steuerpflichtige die Fehlerhaftigkeit der Steuerfestsetzung ohne weiteres erkennen und hätte eine zeitnahe Änderung herbeiführen können.

Nach Auffassung des VIII. Senats ist die Aussetzung der Vollziehung nicht nur für Zinszeiträume ab 01.04.2015 zu gewähren, sondern auch auf vorangegangene Zeiträume ab 2012. Denn die anhängigen Verfahren vor dem BVerfG betreffen Zinszeiträume ab 2009 bzw. 2011. Zudem ist die im BFH-Urteil vom 09.11.2017¹¹ geäußerte Auffassung, wonach Zinsfestsetzungen für die Jahre vor 2015 verfassungsgemäß seien, vor dem Verfassungsgericht angefochten. Auch für vor dem 01.04.2015 liegende Zeiträume kommt daher eine Aussetzung der Vollziehung in Betracht.

C. Kontext der Entscheidung

Die pauschalierte Verzinsung nach § 238 AO unterliegt damit nach zwei Beschlüssen des BFH schwerwiegenden verfassungsrechtlichen Zweifeln. Von Bedeutung ist die Entscheidung auch deswegen, weil sie sich zum BMF-Schreiben vom 14.06.2018 ersichtlich in Widerspruch setzt. In diesem Schreiben will die Finanzverwaltung Zinsbescheide erst für Zinszeiträume ab 01.04.2015 aussetzen. Der BFH gewährt die Aussetzung aber bereits für frühere Jahre, nämlich bereits für Zinszeiträume ab 2012.

Die Entscheidung ist zudem ein weiterer Anhaltspunkt dafür, dass die Verzinsungsregelung in § 238 AO verfassungsrechtlich in dieser Höhe nicht mehr haltbar sein wird. Aktuell verzinst der Fiskus Erstattungsansprüche mit 6 %, während Steuerpflichtige, die gegen Zinsbescheide über Nachzahlungs- oder Aussetzungszinsen Einspruch einlegen, zunächst keine Zinsen entrichten müssen. Rein fiskalisch gesehen entsteht damit eine erhebliche Schieflage. Ein Landesgesetzgeber hat aus diesem Grund bereits reagiert. Nach Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. b Doppelbuchst. dd KAG BY ist für den im Anwendungsbereich des KAG BY heranzuziehenden Zinssatz nicht mehr § 238 AO maßgebend, sondern die Höhe der Zinsen beträgt zwei Prozentpunkte über dem Basiszinssatz des § 247 BGB.¹² Die Bundesländer Hessen und Bayern haben zudem Initiativen zu einer Absenkung des Zinssatzes auf 0,25 %/Monat, also 3 % p.a., in den Bundesrat eingebracht.¹³ Vor diesem Hintergrund erscheint eine Beibehaltung der bisherigen gesetzlichen Zinsregelung auch über das Jahresende 2018 hinaus als wenig wahrscheinlich. Es ist daher zu hoffen, dass der Gesetzgeber zeitnah, ggf. sogar noch im Rahmen des Gesetzes zur Vermeidung von Umsatzsteuerausfällen beim Handel mit

Waren im Internet und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften (Jahressteuergesetz 2018)¹⁴ eine Änderung des § 238 AO angehen wird. Dass allerdings der Gesetzgeber die Verzinsung vollständig abschaffen wird, auch wenn dies einen begrüßenswerten Betrag zur Steuervereinfachung darstellen würde, ist eher unwahrscheinlich. Denn verfassungsrechtlich geboten ist ein vollständiger Verzicht auf die Erhebung von Zinsen auch in einer strukturellen Niedrigzinsphase nicht.¹⁵

D. Auswirkungen für die Praxis

Aus Beratersicht stellt sich aktuell als weiteres Problem die Frage, wie mit Zinsbescheiden zur Gewerbesteuer umzugehen ist. Ist in dem betroffenen Bundesland das Widerspruchsverfahren abgeschafft worden, muss dem Mandanten die Einlegung der Klage beim Verwaltungsgericht angeraten werden. Einem Antrag, das Verfahren nach § 94 VwGO im Hinblick auf die anhängigen Verfahren beim BVerfG¹⁶ auszusetzen, dürfte das zuständige Verwaltungsgericht regelmäßig nachkommen. Schwieriger ist die Situation in den Bundesländern, in denen zunächst Widerspruch gegen den Zinsbescheid eingelegt werden muss. Hier wird seitens der Kommune immer wieder die Verfahrensrufe nach § 363 AO verweigert, weil § 363 AO im Widerspruchsverfahren nicht anwendbar ist. Hier kann aus Beratersicht gegenüber der zuständigen Kommune nur darauf gedrängt werden, die Bearbeitung des Widerspruchs im Hinblick auf die demnächst zur Entscheidung anstehenden verfassungsgerichtlichen Verfahren und die anstehende gesetzliche Neuregelung vorübergehend nicht fortzuführen.

Offen ist zudem, wie sich diese Entwicklung auf die Festsetzung von Hinterziehungszinsen (§ 235 AO) auswirkt. Nach § 371 Abs. 3 AO und § 398 Abs. 1 Nr. 1 AO setzt die Straffreiheit bzw. Strafverfolgungsfreiheit bei der steuerlichen Selbstanzeige voraus, dass neben der hinterzogenen Steuer auch die Hinterziehungszinsen fristgerecht entrichtet worden sind. Geht man nach Einreichung einer Selbstanzeige gegen den Bescheid über die Festsetzung von Hinterziehungszinsen vor und beantragt im Rahmen eines Einspruchs Aussetzung der Vollziehung, kann es an der freiwilligen und vorbehaltlosen Entrichtung der voll-

11 BFH, Urt. v. 09.11.2017 - III R 10/16.

12 Vgl. Schallmoser, JM 2018, 381, 382.

13 Vgl. BR-Drs. 324/18, 396/18, 397/17.

14 BR-Drs. 372/18; BT-Drs. 19/4455.

15 Vgl. FG Münster, Beschl. v. 31.08.2018 - 9 V 2360/18 E.

16 Verfahren 1 BvR 2237/14, Vorinstanz: OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 10.07.2014 - 14 A 1196/13; Verfahren 1 BvR 2422/17, Vorinstanz: VGH München, Beschl. v. 10.08.2017 - 4 ZB 17.279.

ständigen hinterzogenen Steuerschuld fehlen. Hier sollte kein Risiko eingegangen werden, sondern die Hinterziehungszinsen sollten wie die übrigen hinterziehungsbefahenen Steuerbeträge beglichen werden.¹⁷ Auch wenn aktuell bei Hinterziehungszinsen der Gedanke der Abschöpfung von Liquiditätsvorteilen und nicht der Strafcharakter der Zinsen im Vordergrund steht,¹⁸ könnte der Gesetzgeber sich entscheiden, eine Zinsregelung mit Strafcharakter im Bereich der §§ 370 ff. AO zu schaffen. Es ist daher nicht zwingend, dass bei einer gesetzlichen Reaktion auf die Besprechungsentscheidung und die oben genannte Rechtsprechung eine Änderung der Zinshöhe auch in Bezug auf Hinterziehungszinsen vorgenommen wird.

Schließlich sollte als Berater auch die Situation in den Fällen in den Blick genommen werden, in denen der Mandant Erstattungszinsen zu erwarten hat. Auch wenn sich die Rechtsprechung nur zur Höhe von Nachzahlungs- und Erstattungszinsen geäußert hat, ist gleichwohl auch die pauschalierte Festsetzung von Erstattungszinsen i.H.v. 6 % p.a. vor dem Hintergrund des strukturellen Niedrigzinsniveaus überaus fragwürdig. Hier sollte darauf gedrängt werden, Verfahren zügig zum Abschluss zu bringen und die Festsetzung der Zinsen zu erwirken. Denn sind bereits Bescheide über Erstattungszinsen ergangen, ist der Steuerpflichtige nach § 176 Abs. 1 Nr. 1, § 239 Abs. 1 AO vor einer verbösernden Entscheidung geschützt. Ohne bescheidmäßige Festsetzung von Erstattungszinsen kommt ein Berufen auf die gesetzliche Vertrauensschutzregelung in § 176 Abs. 1 Nr. 1 AO nicht in Betracht.¹⁹

E. Bewertung

Die Entscheidung des VIII. Senats des BFH ist nachdrücklich zu begrüßen. Denn zur Frage der Verfassungswidrigkeit der Zinshöhe nach § 238 AO schwenkt der BFH auf eine einheitliche Linie ein. Er schafft damit zur Frage der Aussetzung der Vollziehung wegen der Verfassungswidrigkeit der zugrunde liegenden gesetzlichen Regelungen Rechtsklarheit. Auch die Finanzgerichte schließen sich dieser Auffassung nunmehr an.²⁰ Weitere Verfahren sind beim BFH unter den Az. III R 25/17, VIII R 36/16, VIII R 19/17, VIII R 25/17, VIII B 128/18, IX R 42/17 und X R 15/17 anhängig. Offen ist allerdings noch, ob der Gesetzgeber noch vor den Entscheidungen des BVerfG tätig wird oder das Problem erst nach einer Entscheidung aus Karlsruhe angegangen wird.

17 So auch Mack/Gomez, DB 2018, 2014, 2018.

18 BFH, Urt. v. 01.08.2001 - II R 48/00; Loose in: Tipke/Kruse, AO/FGO, § 235 AO Rn. 1; Melan, DStR 2018, 1151, 1152.

19 So auch Mack/Gomez, DB 2018, 2014, 2018.

20 Vgl. u.a. FG Münster, Beschl. v. 31.08.2018 - 9 V 2360/18 E.

Strafrecht

Alter Wein, aber neue Schläuche: Mittäterschaft und Beihilfe beim Computerbetrug BGH, Beschl. v. 28.11.2017 - 3 StR 466/17

Wiss. Mit. Carlo Kunz

A. Problemstellung

Die Abgrenzung der Beteiligungsformen nach §§ 25 ff. StGB beschäftigt auch die Judikatur seit jeher. Mittlerweile hat sich hier eine weitläufige Kasuistik herausgebildet. Aus dieser lassen sich Essentialia kondensieren, bei deren Vorliegen grds. von Mittäterschaft ausgegangen werden kann bzw. deren Fehlen eine bloße Beihilfe indiziert. Der BGH hat aktuell seine ständige Rechtsprechung zur Abgrenzung der Beteiligungsformen bestätigt und diese auf moderne Formen der Computerkriminalität hin übertragen.¹

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Entscheidung des LG Osnabrück betraf einen Fall, in welchem eine Bande, der die Mitangeklagten (aber nicht revidierenden) K und T angehörten, mittels Spyware in Form von sog. Trojanern Daten von Bankkunden erlangte.² Den Mitgliedern der Bande gelang es mithilfe dieser Daten und mittels SIM-Karten, die sie auf die Namen der betroffenen Bankkunden aktiviert hatten, Geld von den Konten der betroffenen Bankkunden auf Drittkonten zu überweisen. Diese Drittkonten wurden der Bande von ahnungslosen Dritten zur Verfügung gestellt, denen unter Vorspiegelung falscher Tatsachen der Bedarf eines „deutschen“ Kontos für den Empfang einer Zahlung aus dem Ausland glaubhaft gemacht wurde. Für die Anwerbung dieser Drittkonten zeichneten auch die revidierenden Angeklagten R und D verantwortlich. Beide halfen bei der Vermittlung von Drittkonten, wobei R einen Drittkonteninhaber warb und D bei der Werbung eines Drittkonteninhabers behilflich war und darüber hinaus eine weitere Person anwarb, die ihrerseits einen Drittkontoinhaber anwarb. Bei der Durchführung der Transaktionen auf die Konten, an deren Anwerbung R (mittelbar) beteiligt war, war R hingegen nicht vor Ort. D war bei einem geplanten Transaktionstermin vor Ort; diese Transaktion misslang jedoch. Erst in einem weiteren Versuch – D war nunmehr nicht zugegen – konnte auch diese Transaktion gelingen.

1 BGH, Beschl. v. 28.11.2017 - 3 StR 466/17.

2 Vgl. zum modernen Verfahren des sog. Phishing: Kochheim, Cybercrime und Strafrecht in der Informations- und Kommunikationstechnik, S. 96 f.; ferner Sieber in: Gutachten C zum 69. Deutschen Juristentag, S. C 20.

Auf das von R angeworbene Drittkonto wurden in der Folge 70.000 € überwiesen, dem R wurde dafür von der Bande eine Belohnung von 4.000 € zuerkannt. Durch die beiden Drittkonten, an deren Anwerbung D beteiligt war, wurden zwischenzeitlich 22.000 € und 74.000 € erbeutet. Beide Male erhielt D eine Belohnung in unbekannter Höhe.

Das Landgericht hatte daraufhin sowohl die Angeklagten K und T als auch die revidierenden Mitangeklagten R und D wegen Computerbetruges nach § 263a Abs. 1 StGB verurteilt; R und D dabei in mittäterschaftlicher Begehungsweise nach § 25 Abs. 2 StGB. Der BGH hat auf die Revision von R und D hin den Schuldspruch betreffend R und D abgeändert und auf eine bloße Beihilfe zum Computerbetrug bei R und Beihilfe zum zweifachen Computerbetrug bei D erkannt.

Der Senat bestätigte damit die in ständiger Rechtsprechung herausgebildeten Grundsätze zur Unterscheidung von (Mit-)Täterschaft und Teilnahme: Mittäterschaft ist gegeben, wenn ein Tatbeteiligter mit seinem Beitrag nicht bloß fremdes tatbestandsverwirklichendes Tun fördern will, sondern dieser Beitrag im Sinne arbeitsteiligen Vorgehens Teil einer gemeinschaftlichen Tätigkeit sein soll. Dabei muss der Beteiligte seinen Beitrag als Teil der Tätigkeit des anderen und umgekehrt dessen Tun als Ergänzung seines eigenen Tatanteils wollen. Der gemeinschaftliche Tatentschluss könne durch ausdrückliche oder auch durch konkludente Handlungen gefasst werden. Ob ein Beteiligter ein derart enges Verhältnis zur Tat hat, ist nach den gesamten Umständen, die von seiner Vorstellung umfasst sind, in wertender Betrachtung zu beurteilen. Wesentliche Anhaltspunkte für diese Beurteilung können der Grad des eigenen Interesses am Erfolg der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille hierzu sein, sodass Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich auch vom Willen des Betroffenen abhängen.³ Allerdings erfordert die Annahme von Mittäterschaft nicht zwingend eine Mitwirkung am Kerngeschehen; es kann sogar ein Beitrag im Vorbereitungsstadium des unmittelbar tatbestandlichen Handelns⁴ und ein solcher im Stadium zwischen Vollendung und Beendigung der Tat⁵ genügen.

Hinsichtlich des Angeklagten R sah der Senat die Anforderungen für eine Mittäterschaft – entgegen dem Landgericht – nicht erfüllt. Es reiche nicht aus, dass R eine „entscheidende Rolle“ bei der Anwerbung eines Drittkontoinhabers zugekommen sei und dass dieses Konto „ein für die Tatbegehung wesentlicher Aspekt“ war; weiterhin reiche es nicht aus, dass R auch ein „eigenes Interesse an der Tat“ hatte, weil er einen Teil der Beute habe erlangen wollen. Diese Merkmale alleine konnten nach Auffassung des Senats bei R keine Tatherrschaft begründen, da die Beiträge weit im Vorfeld der eigentlichen Tat lagen und R auch in die unmittelbare Tatausführung nicht eingebunden gewesen sei. R habe durch die Vermittlung vielmehr fremdes tatbestandliches Tun gefördert und sein Beitrag sei

nicht im Sinne arbeitsteiligen Vorgehens als Teil einer gemeinschaftlichen Tätigkeit zu werten. R war auch – nach den Feststellungen des Landgerichts – nicht Mitglied der Bande, sodass auch nicht auf diesem Wege hergeleitet werden könne, dass er alleine durch seine Vermittlungstätigkeit in eine gleichberechtigt verabredete arbeitsteilige Tatausführung eingebunden war.⁶ In Ermangelung jeglicher Tatherrschaft führe somit auch die erlangte „Vermittlungsprovision“ zu keiner anderen Beurteilung.⁷

Hinsichtlich des Angeklagten D kam der Senat zum gleichen Ergebnis. Der Tatbeitrag des D – der ebenfalls nicht Mitglied der Bande war – erschöpfe sich lediglich in der Kontaktvermittlung im Vorfeld. Hierdurch könne keine Tatherrschaft begründet werden. Auch die Anwesenheit bei einem – erfolglosen – Transaktionsversuch könne keine andere Bewertung zeitigen.⁸ Sowohl bei R als auch bei D läge mithin nur eine Beihilfe zum (bei D zweifachen) Computerbetrug vor.⁹

C. Bewertung

Die Entscheidung führt die bisherige Rechtsprechung zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme fort. Gerade mit Blick auf die zunehmenden Phänomene der Computerkriminalität¹⁰ kommt dem Beschluss jedoch entscheidende Bedeutung zu. Denn gerade bei der Begehung von Computer- und Internetdelikten kommt ein Zusammenwirken mehrerer Beteiligter immer häufiger vor;¹¹ auch eine sog. Beutebeteiligung vieler Beteiligter. Ferner agieren in diesen Konstellationen auch Tatbeteiligte in unmittelbarer (Tat-)Nähe zum Opfer, was eine eindeutige Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme erschwert. Daher ist die Entscheidung begrüßenswert. Der BGH beschränkt das Kriterium der Tatherrschaft weiterhin grds. auf die unmittelbare Tatausführung und lässt – unabhängig von der Opfernähe der Beteiligten und einer Beteiligung an der Beute – nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen eine Vorfeldbeteiligung genügen. Das dürfte zukünftig die Beurteilung der Qualität der Tatbeteiligung auch bei modernen Formen der (Cyber-)Kriminalität erleichtern.

3 Ständige Rechtsprechung: vgl. etwa BGH, Urt. v. 23.03.1994 - 3 StR 664/93.

4 BGH, Beschl. v. 19.08.2014 - 3 StR 326/14 Rn. 7; BGH, Urt. v. 08.01.1992 - 3 StR 391/91.

5 BGH, Beschl. v. 14.06.1989 - 3 StR 156/89.

6 Vgl. dazu in Fällen einer Kuriertätigkeit beim Handelstreiben mit Betäubungsmitteln BGH, Urt. v. 28.02.2007 - 2 StR 516/06.

7 BGH, Beschl. v. 28.11.2017 - 3 StR 466/17 Rn. 13 f.

8 BGH, Beschl. v. 28.11.2017 - 3 StR 466/17 Rn. 15.

9 BGH, Beschl. v. 28.11.2017 - 3 StR 466/17 Rn. 16.

10 Die Fallzahlen bezogen auf Cybercrime im engeren Sinne sind von 2015 auf 2016 um über 80 % auf gut 82.000 Straftaten angestiegen, Cybercrime Bundeslagebild 2016, BKA, S. 5.

11 Die Tendenz des Anteils der sog. organisierten Kriminalität ist bei Delikten des Cybercrime steigend, Cybercrime Bundeslagebild 2016, BKA, S. 9.

Fröhliche (Arbeits-)Rechtswissenschaft

Peter Hanau war mit großer Leidenschaft Hochschullehrer und hat Generationen junger Juristen für das Arbeitsrecht begeistert, u.a. durch sein mit Adomeit verfasstes Lernbuch „Arbeitsrecht“. Dessen Kennzeichen waren die Lehrgedichte, die durch heitere Darbietung des Stoffes den Studierenden das Lernen erleichtern sollten. Sein Schrifttum umfasst zahlreiche Veröffentlichungen mit einer großen Bandbreite von Themen, durch die er die Arbeitsrechtswissenschaft und das Arbeitsrecht in der Bundesrepublik Deutschland mitgeprägt hat.

Weth: Lieber Herr Hanau, in Ihrem Büchlein „Fröhliche Rechtswissenschaft“ (2009) findet sich der Passus: „Wissenschaft und Fröhlichkeit sind freilich nicht leicht zu verbinden. Nach traditioneller Auffassung gerade in Deutschland ist Wissenschaft nicht fröhlich, sondern ernst und, wenn wirklich bedeutend, unverständlich. [...] Diese traditionelle Auffassung ist nicht ungefährlich. Sie kann dazu führen, dass Unbedeutendes oder sogar Unrichtiges für richtig und wissenschaftlich gehalten wird, nur weil es unverständlich und düster ist.“ Dieses Zitat legt die Frage nahe: Gibt es eine fröhliche Rechtswissenschaft, wie sieht sie aus und was kann sie bewirken?

Hanau: Die Rechtswissenschaft ist fröhlich, wenn sie Freude, Lachen oder Staunen macht, etwa durch Reime, Rätsel, Witz, Spott, Satire, ungewöhnliche Fragen wie die, ob zwischen Faust und Mephisto und Don Quijote und Sancho Panza ein Arbeitsverhältnis bestand (wohl zu bejahen). Klassiker ist das Werk, mit dem R. von Jhering im 19. Jahrhundert die Begriffsjurisprudenz lächerlich machte: „Scherz und Ernst in der Jurisprudenz“. Entfernter Namenspatron ist Friedrich Nietzsche, der unorthodoxe Gedanken, teilweise in Reimen, als „Fröhliche Wissenschaft“ auswies (1881-1886). Neuere Beispiele findet man an überraschenden Stellen wie der Festschrift zum 50. Geburtstag des BSG.

Die Wirkungen können vielfältig sein, u.a. als Florettfechten in juristischen Auseinandersetzungen und als pädagogisches Mittel, für das sich die Empfänger gelegentlich durch eigene Verse revanchieren. Als wirkungslos hat sich allerdings der Versuch erwiesen, nicht moralisierend, sondern freundlich belehrend durch eine moderne Version von Kants kategorischem Imperativ („Bedenke, dass alles oder jedenfalls das Meiste herauskommt und handle deshalb so, dass es in der nächsten Woche im SPIEGEL stehen könnte“) auf den bis in höchste Kreise verbreiteten Glauben einzuwirken, erlaubt sei, was nicht herauskommt.

Sie beschäftigen sich nun seit vielen Jahren mit dem Arbeitsrecht. Was sind aus Ihrer Sicht die wichtigsten Entwicklungen? Wo gibt es eklatante Fehlentwicklungen?

Die wichtigsten Entwicklungen sind in der kurzen Chronik 60 Jahre BAG (2014) zusammengefasst: Das Arbeitsrecht folgte von Anfang an zum Schutz der Arbeitnehmer zwei verschiedenen Richtungen, Einschränkung der individuellen und Ausbau der kollektiven Betätigungs- und Vertragsfreiheit. Beides bestimmte auch Grundlegung und Weiterentwicklung der Rechtsprechung des BAG, traf aber in beiden Richtungen auf Hindernisse. Der Ausbau des kollektiven Rechts wurde bis 1995 durch die Beschränkung der Koalitionsfreiheit und des auf ihr beruhenden Tarif- und Arbeitskämpfrechts auf einen Kernbereich gehemmt, während die Einschränkung der Arbeitsvertragsfreiheit bis zu der 2002 erfolgten Einbeziehung des Arbeitsvertrages in das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen trotz innovativer Ansätze Stückwerk bleiben musste. Nachdem diese beiden Hindernisse beseitigt waren, konnte und musste es zu einem Neustart der Rechtsprechung kommen, zu neuen Schritten in die alte Richtung. Dazu kommt mehr und mehr das europäische Arbeitsrecht, das dem deutschen eine überraschende Reformbedürftigkeit attestiert, sogar dadurch, dass es den Kirchen die Gretchenfrage an Stellenbewerber und Arbeitnehmer „Wie hast du's mit der Religion?“ nur bei einer Beschäftigung im kirchlichen Kernbereich gestattet.

Fehlentwicklungen liegen vor, wo es zu wenig, zu viel oder kontraproduktives Arbeitsrecht gibt. Zu wenig Arbeitsrecht gibt es vor allem, wenn es schutzbedürftige Beschäftigtengruppen gar nicht erfasst, weil sie nicht als Arbeitnehmer gelten. Dies betrifft vor allem die mit der Digitalisierung zunehmende Gruppe der nicht durch Weisungsgebundenheit persönlich, sondern von ihrem Arbeitsentgelt wirtschaftlich Abhängigen. Im Sozialversicherungsrecht, das vor dem gleichen Problem steht, weitet der Gesetzgeber den Schutzbereich langsam aus, doch sind die Sozialgerichte ungedul-

Prof. em. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hanau



Ehrenpräsident des deutschen Arbeitsgerichtsverbandes

Von 1971 bis 2000 Inhaber des Lehrstuhls für Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht an der Universität zu Köln, deren Rektor er von 1986 bis 1989 war. Nach der Emeritierung weitere Tätigkeit am Institut für Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (IDEAS).

dig geworden und entwickeln zunehmend eigene Kriterien und Indizien für eine unselbstständige Tätigkeit. Manche Landessozialgerichte sind nun unsicher, was von der gesetzlichen Abgrenzung (§ 7 Abs. 1 SGB IV) noch übrig ist und haben das BSG um Klärung gebeten, zu der der zuständige 12. Senat unter dem Vorsitz des Präsidenten Prof. Dr. Schlegel bereits angesetzt hat. Davon könnten wichtige Impulse auf das Arbeitsrecht ausgehen, das insoweit noch auf der Stelle tritt, weil § 611a BGB die bisherige Rechtsprechung zum Arbeitnehmerbegriff unter Denkmalschutz gestellt hat. Das in diese Bestimmung gelangte Merkmal der Fremdbestimmtheit ist allerdings vieldeutig und könnte zum Einfallstor für Neues werden. An diesem Tor wird im Schrifttum auch schon kräftig gerüttelt.

Zu viel zwingendes Arbeitsrecht gibt es, wo die Vertragsbedingungen nicht von dem Arbeitgeber diktiert, sondern im einzelnen ausgehandelt werden. Das AGB-Recht (§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB) gewährt in solchen Fällen Vertragsfreiheit, das Arbeitsrecht aber nicht. Daran hat man sich gewöhnt, doch wird es durch den Brexit in Frage gestellt, da es anscheinend schwerfällt, die in Frankfurt a.M. erhofften Banker und ihre Arbeitgeber in London von den Vorzügen des deutschen Arbeitsrechts zu überzeugen.

Das Arbeitsrecht ist kontraproduktiv, wenn seine Regelungen zwar einigen Arbeitnehmern nützen, anderen Arbeitnehmern und solchen, die es werden wollen, aber schaden. Aktuelles Beispiel ist die „Brückenteilzeit“, die Arbeitnehmern ohne besondere Begründung ein Recht auf befristete Teilzeitarbeit gibt. Dies wird als sozialer Fortschritt gerühmt, drängt aber die Arbeitnehmer, die die „Brückenteilzeit-Arbeitnehmer“ vertreten, häufig wohl gegen ihren Willen, ebenfalls in befristete Teilzeitverhältnisse, die bisher als üble Form prekärer Arbeitsverhältnisse galten. Zwischen beiden Personengruppen muss wohl ein besserer Ausgleich gefunden werden.

Thomas Dieterich, der ehemalige Präsident des BAG, hat im Hinblick auf die Wirtschaft einmal formuliert, das verlässliche deutsche Arbeitsrecht sei ein deutlicher Standortvorteil. Ist das wirklich so?

Das kommt darauf an. Sucht man den Vorteil darin, dass Unternehmen wegen unseres Arbeitsrechts in Deutschland bleiben oder gar hierher kommen, wird man nicht leicht fündig werden. Stellt man aber darauf ab, welche Auswirkungen unser Arbeitsrecht auf die hier bestehenden Arbeitsverhältnisse hat, wird man es als stabilisierenden und motivierenden Faktor für Arbeitgeber und Arbeitnehmer ansehen können, da es beiden Rechtssicherheit und Anreiz zu optimalem Einsatz gibt.

Ihr Schüler und Nachfolger Ulrich Preis hat jüngst davon gesprochen, die in vielen Bereichen bestehende strukturelle Schwäche der Gewerkschaften führe zu-

nehmend zu gesetzgeberischen Ersatzhandlungen. Gibt es – aus Ihrer Sicht – eine solche strukturelle Schwäche und wie gefährlich ist sie für die deutsche Wirtschaft?

Für die Gewerkschaften geht es vor allem um strukturelle Probleme bei der Gewinnung von Mitgliedern. Ihre manchmal teuer erkaufte Erfolge in der Auseinandersetzung mit den Arbeitgebern kommen vielen nicht organisierten Arbeitnehmern zugute, obwohl sie sich an den Kosten nicht beteiligen. Zudem führt die zunehmende Zersplitterung der Beschäftigung im Zuge von Globalisierung und Digitalisierung dazu, dass den Gewerkschaften der Zugang zu den Arbeitnehmern schwerer und ihr Einfluss geringer wird. Wenn die nicht organisierten Arbeitnehmer das merken, suchen sie Abhilfe meist nicht in einer Stärkung der Gewerkschaften durch Beitritt, sondern erwarten sie vom Staat, der sich dem nicht entziehen kann. Das Entweder-Oder, Verbände oder Staat, lässt sich durch Mischformen abmildern, wie sie sich mit den Allgemeinverbindlicherklärungen seit langem und dem Mindestlohn seit kurzem bewährt haben.

Die Entwicklungen im Arbeitsrecht sind durch vielfältige Einflussfaktoren geprägt. Dazu zählen u.a. die Änderung der Lebensbedingungen (z.B. Digitalisierung) und die Aktivitäten des Gesetzgebers und der Rechtsprechung. Dabei scheint das Verhalten des Gesetzgebers ambivalent. Auf der einen Seite zahlreiche neue Gesetze und Gesetzesänderungen – teilweise in handwerklich schlechter Qualität – auf der anderen Seite bleiben wichtige Bereiche konsequent unregelt (z.B. das Arbeitskampfrecht) bzw. bedürfen unbedingt einer einheitlichen Regelung (Stichwort: Arbeitsgesetzbuch). Ist hier eine Neuorientierung des Gesetzgebers erforderlich?

Aus Ihrer Frage spricht der Rechtswissenschaftler, der auf Klarheit und Regelhaftigkeit der Rechtslage aus ist. Damit sympathisiere ich, zumal es peinlich ist, wenn man ausländische Kollegen, die sich für das deutsche Arbeitsgesetzbuch interessieren, auf die Beck'sche Textsammlung verweisen muss. Die Praxis sieht das freilich anders. Von dem bekannten Bundestagsabgeordneten Wolfgang Bosbach bekam ich auf meine Bitte, er möge sich für ein Arbeitsvertragsgesetz einsetzen, nur einen Seufzer zur Antwort: Es sei schon schwer genug, schlechte Gesetze zu verhindern; gute, noch dazu weit ausladende, zu schaffen, sei fast unmöglich. Die Gewerkschaften dürften es sogar gut finden, dass der Arbeitskampf nicht gesetzlich geregelt ist, weil ihnen das mehr Freiraum gibt. Dabei ist diese Freiheit mit einem automatischen Missbrauchsschutz verbunden, der bisher funktioniert hat: drohende Arbeitsplatzverluste in der Wirtschaft, öffentlicher Gegendruck in der Daseinsvorsorge. Die Gewerkschaften haben dafür ein Gespür.

Lassen Sie uns einen Blick auf die Arbeitsgerichtsbarkeit werfen. Die Präsidentin des BAG Ingrid Schmidt hat jüngst im jM-Interview vertreten, die gesamte Arbeitsgerichtsbarkeit habe einen sehr ansehnlichen Beitrag zum sozialen Frieden und zum wirtschaftlichen Gedeihen erbracht. Würden Sie dem zustimmen?

Ja.

Sie haben einmal geschrieben „Neue Richter – neues Recht“ und damit gemeint, dass bei der Neubesetzung einer Vorsitzendenstelle an einem Senat des BAG sich nicht selten die Rechtsprechung des Senats ändere. Mich bewegt die Frage, ob nicht die Rechtsprechung des BAG sich zu häufig ändert und darunter die Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit des Ergebnisses von Prozessen leidet. Wäre hier weniger mehr?

Neuer Richter war in dem Anlassfall Thomas Dieterich, der 1994 als neuer Präsident des Bundesarbeitsgerichts den Vorsitz im Ersten Senat übernahm, der in der ersten Sitzung unter seiner Leitung eine fünf Monate zuvor getroffene Entscheidung revidierte (siehe Dieterichs ungemein aufschlussreiche Autobiografie Ein Richterleben im Arbeits- und Verfassungsrecht, 2016, S. 239 ff.). Dieterich widersprach meiner Beobachtung nicht, fügte aber hinzu: „Alte Richter, altes Recht“. Er musste es wissen. So halten sich Tradition und Fortschritt in der Rechtsprechung die Waage, zumal auch hier Vertrauensschutz durch Rückwirkungsbeschränkung möglich ist.

Was sind die Besonderheiten der Arbeitsgerichtsbarkeit, die sie von den anderen Gerichtsbarkeiten abhebt?

In Gerichtsverfassung, Verfahrensrecht, Streitgegenständen und Prozessparteien vieles, im Geist wenig. Vielleicht ist die Arbeitsgerichtsbarkeit lebensnäher.

Wie jenseits der gesetzlichen Versorgung das Alter finanziell abgesichert werden kann, ist ein heißdiskutiertes Thema. Sind wir insoweit mit dem Betriebsrentenrecht auf einem guten Weg?

Wolfgang Blomeyer, hervorragender Kenner der Materie, bezeichnete die gesetzliche Ausgestaltung der betrieblichen Altersvorsorge als Gazelle mit Klumpfuß. Das war noch zurückhaltend, denn es gab und gibt eine ganze Reihe von Klumpfüßen, insbesondere im Steuer-, Sozialversicherungs- und Verwaltungsverfahrensrecht. Bei der Entgeltumwandlung hat es der Gesetzgeber sogar geschafft, Arbeitgeber und Arbeitnehmer ungerechtfertigt zu benachteiligen, die Arbeitgeber durch die persönliche Haftung bei dem Ausfall von Versorgungsträgern, die Arbeitnehmer bei der Bruttoentgeltumwandlung durch den zwar abdingbaren, aber im Gesetz (§ 3 Nr. 63 EStG) angelegten Verlust der Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung. Das Betriebs-

rentenstärkungsgesetz von 2017 will dies durch die Einführung der reinen Beitragszusage ändern, doch hat diese das Gesetz noch nicht in die Praxis verlassen, da die dafür erforderlichen Tarifverträge fehlen. Die Praxis behilft sich einstweilen mit Ersatz- und Umgehungslösungen.

Wenden wir uns der Juristenausbildung zu. Kommt dem Fach Arbeitsrecht in der Juristenausbildung besondere Bedeutung zu?

Alle Fachvertreter halten ihr Fach für besonders bedeutsam. Für das Arbeitsrecht spricht immerhin, dass es den wichtigsten Lebensabschnitt der meisten Menschen im einzelnen regelt. Die Ausbildungsordnungen tragen dem in verschiedenem Umfang Rechnung, aber nicht genug für dieses menschenfreundliche Rechtsgebiet.

Woher rührte Ihr Spaß an der Ausbildung des juristischen Nachwuchses?

Der Spaß des Dozenten kommt von dem Spaß der Studenten, um den ich mich immer bemüht habe. Auch mein Motto „So viel Lob wie möglich, so viel Tadel wie nötig“ hat Studenten, Absolventen und mir Freude gemacht.

Ist die Juristenausbildung auf einem guten Weg?

Das hängt von dem Beurteilungskriterium ab. Ein objektives, wenn auch nicht allein entscheidendes, Kriterium ist die Nachfrage nach Juristen, denn wer will schon einen schlecht ausgebildeten Juristen haben? Nach Jahrhunderten der Juristenschwemme scheint nun ein Juristenmangel zu bestehen, beruhend auch auf der fortschreitenden Verrechtlichung aller Lebensgebiete. Offenbar gilt die Juristenausbildung also als brauchbar.

Was kennzeichnet einen guten Juristen?

Die Antworten mehrerer Kollegen, denen ich diese gar nicht einfache Frage vorgelegt habe, glichen der Antwort, die ein amerikanischer Richter auf die Frage gegeben haben soll, was (strafbare) harte Pornografie sei: „I can't define it, but I can tell it when I see it.“ Das hilft schon weiter, muss aber für die einzelnen juristischen Berufe konkretisiert werden. Kennzeichen guter Rechtswissenschaft sind neue Fragen und neue Antworten auf alte Fragen. Indizielle Bedeutung für alle Juristen dürften die Ergebnisse der Staatsexamen haben.

Eine letzte Frage: Sie haben Ihr berufliches Leben dem Arbeitsrecht gewidmet. War das die richtige Entscheidung?

Für mich sicher, hoffentlich auch für das Arbeitsrecht.

Lieber Herr Hanau, ich bedanke mich herzlich für das interessante Gespräch.

Das Interview wurde geführt von Prof. Dr. Stephan Weth.

Dr. Paul Lambertz



Rechtsanwalt

Studium der Rechtswissenschaften an der Universität in Heidelberg. Das anschließende Referendariat absolvierte er beim Oberlandesgericht Hamm. Nach dem Zweiten Juristischen Staatsexamen promovierte er zu dem sportrechtlichen Thema der Nominierung im Sport. Seit 2011 ist

Paul Lambertz als Rechtsanwalt zugelassen und berät seine Mandanten vornehmlich in den Bereichen des Gesellschafts- und Sportrechts. Neben seiner Tätigkeit als Rechtsanwalt ist Herr Lambertz Schiedsrichter beim Deutschen Sportschiedsgericht. Herr Lambertz arbeitet bei DWF Germany in Köln.

Univ.-Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Martinek



Professor an der Universität des Saarlandes

Herr Martinek ist seit mehr als 30 Jahren Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung sowie Direktor des Instituts für Europäisches Recht an

der Universität des Saarlandes. Er ist Mitherausgeber des juris-Praxiskommentars zum BGB und ständiger Mitarbeiter der jM.

Dr. Gunther Dietrich Gade



Lehrender an der Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung

Nach dem Studium der Rechtswissenschaften an der Eberhard-Karls-Universität in Tübingen legte Herr Gade 1997 das Erste Juristische Staatsexamen in Baden-Württemberg ab. Von 1998 bis 2001 war er als Wissenschaftlicher Mitarbeiter an

der Friedrich-Schiller-Universität Jena tätig und promovierte 2001. Es folgte das Zweite Juristische Staatsexamen in Schleswig-Holstein. Von 2004 bis 2008 arbeitete Herr Gade in verschiedenen Funktionen im höheren Dienst der Bundespolizei. Seit 2008 ist er hauptamtlich Lehrender an der Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung im Fachbereich Bundespolizei in Lübeck.

IMPRESSUM

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

Expertengremium: Vors. Richter am BGH a.D. Wolfgang Ball, Lemberg
Rechtsanwalt Prof. Dr. Guido Britz, St. Ingbert
Vizepräsident des LAG a.D. Prof. Dr. Heinz-Jürgen Kalb, Köln
Richter am BVerwG a.D. Prof. Dr. Harald Dörig, Erfurt
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 eingendet 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

**NEU: juris PartnerModul Polizeibehörden
partnered by C.F. Müller | Kohlhammer**

Mit dieser Onlinebibliothek erhalten Sie den Überblick sowohl über verwaltungs- als auch strafrechtliche Bereiche. Sie durchsuchen hochkarätige Kommentarliteratur zu den Vorschriften des StGB, des VwVG/VwZG und der VwGO. Weitere Schwerpunkte sind das Polizei- und Ordnungsrecht sowie aktuelle Themen wie Internet- oder politisch motivierte Kriminalität. Auch die Schnittstellen zum Verfassungs- und Wirtschaftsstrafrecht werden berücksichtigt.

Hand- und Lehrbücher zu Kriminalstrategie und -taktik sowie zu brandaktuellen strafrechtlichen Themen sorgen mit einer Vielzahl von Beispielfällen für ein schnelles Verstehen der Zusammenhänge und unterstützen bei der praktischen Anwendung, sei es in der Klausur oder bei der Ermittlungsarbeit.

Die Zeitschrift Kriminalistik liefert, monatlich aktuell, fundierte Informationen zu Themen wie Kriminalpolitik, Kriminologie, Kriminaltechnik, polizeiliche Aus- und Fortbildung und Rechtsmedizin. Durch eine umfassende Sammlung von Verfahrensmustern lässt sich wertvolle Zeit sparen.

Die Titel sind auf dem neuesten Rechtsstand und berücksichtigen die landesrechtlichen Vorschriften und das EU-Recht. Sie sind für die Online-Nutzung in der bewährten juris Qualität aufbereitet. Dank der professionellen Verlinkung mit der juris Rechtsprechung, dem juris Bundesrecht und den verlagsunabhängigen juris Literaturnachweisen recherchieren Sie effizient und komfortabel.

Jetzt zum Einführungspreis für das 1. Vertragsjahr bis 01.10.19: 1. Nutzer 40,50 € / Monat (Preis pro Monat für den 1. Nutzer zzgl. MwSt., 12-Monats-Abo); jeder weitere Nutzer 12,15 € / Monat (Preis pro Monat für den 2. – 10. Nutzer zzgl. MwSt., 12-Monats-Abo)

www.juris.de/polizei

**NEU: juris PartnerModul Sportrecht partnered by
De Gruyter | dfv Mediengruppe | Erich Schmidt
Verlag | Verlag Dr. Otto Schmidt**

In dieser Onlinebibliothek finden Sie Erläuterungen und Analysen der wichtigsten sportrechtlichen Entscheidungen. Sie recherchieren im aktuell einzigen Kommentar zum Fußball-Strafrecht sowie in wichtigen Titeln für Praktiker im Veranstaltungs- und Vereinsrecht.

Mit der professionellen juris Suchtechnologie lösen Sie Ihre Rechtsfragen zu Sportpolitik, Sportwetten, Sportvertragsrecht, Doping, Verbandsrecht und der Vergabe von Übertragungsrechten mit wenigen Mausklicks.

Das Onlinemodul enthält mit der Causa Sport eine der führenden Zeitschriften im Bereich des Sportrechts im deutschsprachigen Raum. Außerdem arbeiten Sie mit dem ersten Handbuch in Deutschland, das sich explizit mit Rechten, Vermarktung und Organisation des Profifußballs befasst.

Sie finden Erläuterungen und Analysen zu den wichtigsten – teilweise auch unveröffentlichten – sportrechtlichen Entscheidungen. Das Veranstaltungsrecht wird im Zusammenhang mit seinen zivilrechtlichen, öffentlich-rechtlichen und strafrechtlichen Perspektiven diskutiert. Daneben nutzen Sie ausgewiesene Praktiker-Literatur zum Verbands- und Vereinsrecht.

Alle Dokumente sind in der bewährten juris Qualität aufbereitet und untereinander sowie mit der juris Datenbank verlinkt.

1. Nutzer 29,00 € / Monat (Preis pro Monat für den 1. Nutzer zzgl. MwSt., 12-Monats-Abo); jeder weitere Nutzer 8,70 € / Monat (Preis pro Monat für den 2. – 10. Nutzer zzgl. MwSt., 12-Monats-Abo)

www.juris.de/sportrecht

STAUDINGER Online powered by juris



NEU: AGB-Kontrolle – Mangelhaftigkeit des Leasinggegenstands – Verlust und Zerstörung des Leasinggegenstands – Leasing und Steuerrecht

Der Leasingvertrag ist weiterhin ein hochbedeutendes Investitions- und Finanzierungsinstrument. Die anhaltende praktische Bedeutung spiegelt sich in den zahlreichen gerichtlichen Entscheidungen, die zu dieser Thematik auch in den vergangenen Jahren ergangen sind.

Die Neubearbeitung 2018 bietet eine gründliche Aufarbeitung der in den letzten Jahren ergangenen Rechtsprechung des BGH und der Instanzgerichte sowie der literarischen Stellungnahmen. Im Vordergrund der Neubearbeitung stehen unter anderem

- die verstärkte Berücksichtigung steuerrechtlicher Bezüge
- die AGB-Kontrolle zum Beispiel von Bearbeitungsentgelten und der Überwälzung von Überführungs- und Zulassungskosten
- der Schutz des Verbrauchers
- die Rechtslage bei Mangelhaftigkeit, Verlust und Zerstörung des Leasinggegenstandes.

Preis 1. Nutzer 169,00 € / Monat (Preis pro Monat für den 1. Nutzer zzgl. MwSt., 12-Monats-Abo);

Preis 2. – 10. Nutzer jeweils 25,00 € / Monat (Preis pro Monat für den 2. – 10. Nutzer zzgl. MwSt., 12-Monats-Abo)

www.juris.de/staudinger

juris Webinare

Einführung in die juris Recherche

05.12.2018, 14:00 – 15:00 Uhr

12.12.2018, 14:00 – 15:00 Uhr

19.12.2018, 14:00 – 15:00 Uhr

Zur Anmeldung und weiteren Terminen:

www.juris.de/webinare

IN EIGENER SACHE

Liebe Leserinnen und Leser der jM, für Ihre Treue und Ihr Vertrauen, die Sie uns im Jahr 2018 entgegengebracht haben, bedanken wir uns sehr herzlich. Wir freuen uns auf eine erfolg-reiche Fortsetzung im nächsten Jahr!

Ihren Angehörigen und Ihnen wünschen wir im Namen der Geschäftsführung und Mitarbeiter von juris fröhliche Weihnachten und einen guten Start in ein glückliches und gesundes Jahr 2018!

Ihre juris GmbH



juris PartnerModul

Sportrecht

Jetzt neu!

partnered by De Gruyter | dfv Mediengruppe | Erich Schmidt Verlag | Verlag Dr. Otto Schmidt

In diesem Onlinemodul finden Sie Erläuterungen und Analysen der wichtigsten sportrechtlichen Entscheidungen. Sie recherchieren im aktuell einzigen Kommentar zum Fußball-Strafrecht sowie in wichtiger Praktiker-Literatur zum Veranstaltungs- und Vereinsrecht.

Mit der juris Suchtechnik lösen Sie Fragen zu Sportpolitik, Sportwetten, Sportvertragsrecht, Doping, Verbandsrecht oder Übertragungsrechten mit wenigen Klicks. Die Onlinebibliothek enthält eine der führenden Zeitschriften zum Thema; außerdem Fachliteratur explizit zum Fußball-Strafrecht und zu Rechten, Vermarktung und Organisation des Profifußballs. Wichtige Praktikerwerke zum Veranstaltungs- und Vereinsrecht vervollständigen das Angebot.

Inhalt:

- Causa Sport, CaS
 - Das Fußballstrafrecht des Deutschen Fußball-Bundes (DFB), Hilpert
 - Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, Hüttemann
 - Handbuch des Veranstaltungsrechts, Bisges (Hrsg.)
 - Handbuch Fußball-Recht, Stopper/Lentze (Hrsg.)
 - Handbuch zum Vereinsrecht, Stöber/Otto
 - Vereinssatzungen, Röcken
 - und weitere Titel
- + Gesetze, zitierte Rechtsprechung und Literaturnachweise von juris



Mehr Informationen unter: www.juris.de/pm-sportrecht

ab 29,00 €/Monat

zzgl. MwSt.

jurisAllianz

Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.



juris PartnerModul

Transportrecht

Inklusive Seerecht!

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

Jeder Transport unterliegt Vorschriften aus den Bereichen des Zivilrechts, des öffentlichen Rechts und auch des Strafrechts. Die unzähligen gesetzlichen Bestimmungen und die sich daraus ergebenden Pflichten stellen hohe Ansprüche an die Beratungspraxis.

Das juris PartnerModul hilft zu allen Themen des Transports schnell und sicher weiter, ob auf der Straße, in der Luft oder auf dem Seeweg.

Mit wenigen Klicks durchsuchen Sie Kommentierungen der einschlägigen Vorschriften. Sie informieren sich täglich über aktuelle nationale und internationale Entwicklungen. Die optimale digitale Aufbereitung und die Verlinkung mit der juris Datenbank ermöglicht Ihnen ein komfortables Arbeiten bei maximaler Zeitersparnis.

juris PartnerModul **Transportrecht** enthält u.a.:

- Güterkraftverkehrsrecht, Hein/Eichhoff/Pukall/Krien
- Handelsgesetzbuch (HGB) – Band 4, Heymann/Horn
- Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht, Kronke/Melis/Kuhn
- Internationales Handelsrecht, IHR
- Speditions-, Fracht- und Lagerrecht, Andresen/Valder
- WaStrG, Heinz

juris PartnerModul **Transportrecht premium** enthält u.a. zusätzlich:

- Bruck/Möller VVG – Band 6, Baumann/Beckmann/Johannsen u.a.
- Seehandelsrecht Band 1, Ramming
- Staub Handelsgesetzbuch: HGB – Band 12, Canaris/Habersack/Schäfer
- Staub Handelsgesetzbuch: HGB – Band 14, Canaris/Habersack/Schäfer
- und viele weitere Titel

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

Mehr Informationen unter:

www.juris.de/pm-transportrecht | www.juris.de/pm-transportrechtpremium



ab **59,00 €**/Monat

zzgl. MwSt.

juris Allianz

Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.