

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

JM 3 | MÄRZ  
2018

## Topthema:

**Ist das Kunst oder kann das weg? Die Kunst im Künstlersozialversicherungsrecht**

Ri'inBSG Dr. Ursula Waßer

## Interview:

**Kinderehen – war's das?**

GfBMJV Heiko Maas

## In dieser Ausgabe:

**Fresh Start und zweite Chance für Unternehmer**

Prof. Dr. Markus Würdinger

**Probleme der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit von Cashback-Aktionen gegenüber Verbrauchern**

Dipl.-Jur. Marie Herberger, LL.M. Eur.

**Der „Missing Trader“ im Umsatzsteuerkarussell und vergleichbare Konstellationen aus umsatzsteuerlicher und strafrechtlicher Sicht**

RiLG Dr. Klaus Liebl



# juris PartnerModul

## Betriebliche Altersversorgung

**JETZT NOCH  
BESSER: DIE NEUE  
JURIS RECHERCHE**

partnered by C.F. Müller | De Gruyter | Erich Schmidt Verlag | Verlag Dr. Otto Schmidt

**Die betriebliche Altersversorgung spielt eine immer wichtigere Rolle bei der Ergänzung der Leistungen aus der gesetzlichen Rentenversicherung. Der Gesetzgeber hat in den vergangenen Jahren begonnen, das System der Alterssicherung neu auszurichten.**

Im juris PartnerModul finden Sie neben der aktuellen Rechtsprechung alle in diesem Zuge in Kraft getretenen Gesetzesänderungen, wie das Gesetz zur Förderung der zusätzlichen Altersvorsorge und zur Änderung des Dritten Buches Sozialgesetzbuch oder das RV-Altersgrenzenanpassungsgesetz.

Dank der professionellen Verlinkung aller enthaltenen Werke mit der juris Datenbank recherchieren Sie effizient und komfortabel.

### Inhalt:

- Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung, Schlewing/Henssler/Schipp/Schnitker
  - Die betriebliche Altersversorgung nach dem Betriebsrentengesetz, Goldbach/Obenberger
  - Die Rentenversicherung, rv
  - Entgeltumwandlung, Hanau/Arteaga/Rieble/Veit
  - Handbuch der betrieblichen Altersversorgung, Teil I, ARGE für betriebliche Altersversorgung
  - Handbuch der betrieblichen Altersversorgung, Teil II, ARGE für betriebliche Altersversorgung
  - juris PraxisReport Sozialrecht, Schlegel/Voelzke (Hrsg.)
  - Staatliche Förderung der Altersvorsorge und Vermögensbildung, Horlemann (Hrsg.)
  - Steuerrecht der betrieblichen Altersversorgung, Ahrend/Förster/Rößler
- ⊕ **Rechtsprechung, Gesetze und Literaturnachweise von juris**

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



**jurisAllianz**

Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.

## INHALT

### AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

#### Zivil- und Wirtschaftsrecht

##### **Fresh Start und zweite Chance für Unternehmer**

Prof. Dr. Markus Würdinger S. 90

##### **Probleme der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit von Cashback-Aktionen gegenüber Verbrauchern**

Dipl.-Jur. Marie Herberger, LL.M. Eur. S. 95

##### **Der Aufopferungsanspruch im Wandel der Zeit: Jetzt auch Schmerzensgeld umfasst!**

BGH, Urt. v. 07.09.2017 - III ZR 71/17

RiLG PD Dr. Gunter Deppenkemper, LL.M LL.M S. 100

##### **Mutwilligkeit der Rechtsverfolgung im Mahnverfahren**

BGH, Beschl. v. 10.08.2017 - III ZA 42/16

RiAG Dr. Frank O. Fischer S. 104

##### **Nachträglicher Einbau eines Personenaufzuges auch ohne Zustimmung aller übrigen Wohnungseigentümer?**

BGH, Urt. v. 13.01.2017 - V ZR 96/16

RA Dr. Gero Schneider, M.C.L. S. 105

#### Arbeitsrecht

##### **Der Einsatz von Keyloggern am Dienst-PC – keine anlasslose Dauerüberwachung am Arbeitsplatz**

BAG, Urt. v. 27.07.2017 - 2 AZR 681/16

RA'in und FA'in für Arbeitsrecht und für Sozialrecht Dr. Nathalie Oberthür S. 106

#### Topthema:

#### Sozialrecht

##### **Ist das Kunst oder kann das weg?**

##### **Die Kunst im Künstlersozialversicherungsrecht**

Ri'inBSG Dr. Ursula Waßer

S. 109

# INHALT

## AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

### Verwaltungsrecht

#### **„Drittes Geschlecht“ muss personenstandsrechtlich anerkannt werden**

BVerfG, Beschl. v. 10.10.2017 - 1 BvR 2019/16

Prof. Dr. Friederike Wapler

S. 115

### Steuerrecht

#### **Der „Missing Trader“ im Umsatzsteuerka- russell und vergleichbare Konstellationen aus umsatzsteuerlicher und steuerstraf- rechtlicher Sicht**

RiLG Dr. Klaus Liebl

S. 118

#### **Abgeltungsteuer: Ausfall einer privaten Darlehensforderung als Verlust**

BFH, Urt. v. 24.10.2017 - VIII R 13/15

VRi'inBFH Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel

S. 124

### Strafrecht

#### **Verfahrenseinstellung bei fehlendem Eröffnungsbeschluss**

BGH, Beschl. v. 16.08.2017 - 2 StR 199/17

Wiss. Mit. Carlo Kunz

S. 126

### INTERVIEW

#### **Kinderehen – war's das?**

Interview mit GfBMJV Heiko Maas

S. 128

### BÜCHERSCHAU

#### **Schlegel/Voelzke, juris PraxisKommentar SGG - Sozialgerichtsgesetz**

VRiBSG Prof. Dr. Peter Becker

S. 131

## Kunstvoll



Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Winterhoff,  
Hamburg

„Die Kunst ist eine Vermittlerin des Unaussprechlichen“ – schon diese Erkenntnis Goethes zum Wesen der Kunst deutet darauf hin, dass eine Definition des Kunstbegriffs mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist. Demgemäß hält auch das BVerfG eine trennscharfe Begriffsbestimmung für ausgeschlossen. Es erkennt das Wesen der künstlerischen Betätigung in der freien schöpferischen Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden. Alle künstlerische Tätigkeit ist danach ein Ineinander von bewussten und unbewussten Vorgängen, die rational nicht aufzulösen sind. Beim künstlerischen Schaffen wirken, so das BVerfG, Intuition, Phantasie und Kunstverstand zusammen. Kunst ist damit unmittelbarster Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Künstlers. Die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Kunstfreiheit soll dabei so weit gehen, dass selbst die eigenmächtige Inanspruchnahme oder Beeinträchtigung fremden Eigentums zum Zwecke der künstlerischen Entfaltung in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG fällt (BVerfG, Urt. v. 31.05.2016 - 1 BvR 1585/13).

Praktisch bedeutsam wird der Kunstbegriff u.a. im Bereich des Künstlersozialversicherungsrechts, das immerhin rund 180.000 selbstständige Künstler (und Publizisten) betrifft. Wenn der Kunstcharakter einer bestimmten Tätigkeit zu bejahen ist, gehört der die Tätigkeit Ausübende zum Kreis der versicherungspflichtigen Personen und Unternehmen, die

die künstlerische Tätigkeit verwerten, müssen durch die Künstlersozialabgabe zur Finanzierung der Künstlersozialversicherung beitragen. Das wohl nur wenigen bekannte System der Künstlersozialversicherung stellt Ihnen Frau Dr. Ursula Waßer unter der treffenden Überschrift „Ist das Kunst oder kann das weg?“ genauer vor. In ihrem Beitrag erfahren Sie nicht zuletzt, warum auch die Jury-Mitglieder der Castingshow „Deutschland sucht den Superstar“ sozialversicherungsrechtlich als Künstler einzustufen sind.

Einer Kunst der ganz anderen Art gehen sog. In-Out-Buffer, Missing Trader, Buffer und Distributoren nach. Mit diesen Begriffen werden die Beteiligten an mitunter filigran ausgestalteten Umsatzsteuerkarussellen bezeichnet, durch die dem Staat jährlich Schäden in Milliardenhöhe entstehen. Diese werden dadurch verursacht, dass einer der Beteiligten einen Vorsteuerabzug geltend macht, während der in der Lieferkette vor ihm stehende Akteur seiner Umsatzsteuerpflicht nicht nachkommt. Mit der genauen Ausgestaltung derartiger krimineller Machenschaften, in die oft auch gutgläubige Unternehmen ohne ihr Wissen einbezogen werden, sowie den strafrechtlichen und steuerrechtlichen Konsequenzen einer Beteiligung macht Sie der Beitrag von Dr. Klaus Liebl bekannt.

Auch Rechtsprechung ist bisweilen eine Kunst. Dies gilt allzumal, wenn die dritte Gewalt nicht nur vorhandene Rechtsnormen auszulegen und anzuwenden hat, sondern sich die Frage nach der Zulässigkeit und Notwendigkeit einer richterlichen Rechtsfortbildung stellt. Ein gutes Beispiel dafür bildet eine Entscheidung des BGH, die den auf das Preußische Allgemeine Landrecht zurückzuführenden und mittlerweile gewohnheitsrechtlich anerkannten allgemeinen Aufopferungsanspruch auf Rechtsfolgenseite um einen Anspruch auf Schmerzensgeld erweitert hat. Vorge stellt und kommentiert wird das besagte Urteil von PD Dr. Gunter Deppenkemper.

Schon Otto von Bismarck wusste schließlich: „Politik ist die Kunst des Möglichen“. Im Lichte dieser Erkenntnis haben wir ein Interview mit dem geschäftsführenden Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas zum Thema Kinderehen geführt. Der Gesetzgeber hat derartige Ehen im vergangenen Jahr zwar grundsätzlich verboten, gleichwohl bleiben aber diverse Fragen offen, wie unser Interview zeigt.

Eine angenehme Lektüre der März-Ausgabe der jM wünscht Ihnen – auch im Namen der anderen Herausgeber und Experten – Ihr

Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Winterhoff

## Fresh Start und zweite Chance für Unternehmer

– kritische Anmerkungen zum Richtlinienentwurf der Europäischen Kommission (COM[2016] 723 final)

Prof. Dr. Markus Würdinger

### A. Restschuldbefreiungstourismus als Anlass und Grund für Veränderungen

„Restschuldbefreiung in zwölf Monaten. Was wir bieten: Mit einer Privatinsolvenz in England erlangen Sie mit uns schon nach zwölf Monaten die in Deutschland [...] anerkannte Restschuldbefreiung.“<sup>1</sup> Mit solchen oder ähnlichen Angeboten wird die rasche Restschuldbefreiung im EU-Ausland marketingmäßig beworben. Besonders beliebt ist eine Insolvenzflucht nach Elsass-Lothringen in Frankreich oder nach England.<sup>2</sup> Irland hat jüngst das englische Recht übernommen und könnte nach dem Vollzug des Brexit<sup>3</sup> die dadurch entstehende Lücke schließen und schon jetzt eine Lösung für das Brexit-Risiko in der Beratungspraxis sein. Der Grund und Hintergrund dieses Restschuldbefreiungstourismus (bankruptcy tourism) liegt in der automatischen Anerkennung ausländischer Insolvenzentscheidungen nach der Europäischen Insolvenzverordnung.<sup>4</sup> Der Schuldner verlagert seinen gewöhnlichen Aufenthalt in das „Blitzentschuldungsparadies“ und wechselt auf diese Weise seinen COMI (Centre of Main Interests – Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen). Im Ausland soll nun das Insolvenzverfahren eröffnet werden (Art. 3 Abs. 1 EuInsVO) und das materielle Insolvenzrecht mit den großzügigen Restschuldbefreiungsfristen Anwendung finden (Art. 7 Abs. 1 EuInsVO).<sup>5</sup> Nach erfolgter Restschuldbefreiung kehrt der Schuldner nach Hause in dem Wissen zurück, dass die ausländische insolvenzrechtliche Entscheidung in Deutschland grds.<sup>6</sup> ipso iure anzuerkennen ist (Art. 32 EuInsVO).<sup>7</sup> Dieser Insolvenztourismus bewirkt eine Konkurrenzsituation und einen Wettbewerb zwischen den einzelnen Rechtsordnungen mit der Folge, dass die Mitgliedstaaten, die vom Insolvenztourismus beeinträchtigt sind, die Restschuldbefreiungsfristen zunehmend abgesenkt<sup>8</sup> haben.<sup>9</sup>

In Deutschland brachte das „Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte“<sup>10</sup> mit Wirkung zum 01.07.2014 Veränderungen im Recht der Restschuldbefreiung: Nunmehr ist eine Verkürzung der Wohlverhaltensperiode auf fünf Jahre bei Begleichung der Verfahrenskosten möglich (§ 300 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 InsO) und eine Reduzierung der Restschuldbefreiungsfrist auf drei Jahre, wenn es dem Schuldner zudem gelingt, innerhalb der ersten drei Jahre mindestens 35 % der Gläubigerforderungen zu begleichen (§ 300 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO). Bei dieser Mindestbeteiligungsquote<sup>11</sup> hat sich der deutsche Ge-

setzgeber vom österreichischen Recht beeinflussen lassen,<sup>12</sup> das eine vorzeitige Restschuldbefreiung nach drei Jahren bei einer Mindestbeteiligungsquote von 50 % der Forderungen zum damaligen Zeitpunkt kannte (§ 213 Abs. 1 IO a.F.).

Mittlerweile hat sich aber auch in Österreich das Restschuldbefreiungsrecht wesentlich verändert:<sup>13</sup> Mit Wirkung zum 01.11.2017 wurde die Mindestbeteiligungsquote ab-

- 1 So ein Anbieter abrufbar unter [www.England-Insolvenz.com/](http://www.England-Insolvenz.com/) (zuletzt abgerufen am 04.01.2018) mit Rekurs auf eine individuell festzulegende und deutlich höhere Pfändungsgrenze, Wegfall einer Wohlverhaltensphase und eine größere Zuverlässigkeit als in Deutschland. Zu diesen kommerziellen Schuldnerberatern: Fuchs, Nationale und internationale Aspekte des Restschuldbefreiungs-Tourismus, 2015, S. 9.
- 2 Die Schlagzeilen rund um die Insolvenz über das Vermögen des einstigen Tennistars Boris Becker hat dieses Thema in den Printmedien jüngst prominent platzieren lassen.
- 3 Siehe dazu Lehmann/Zetzsche, JZ 2017, 62, 70; Hess, IPRax 2016, 409.
- 4 Ausführlich Brinkmann/Frevel in: Festschrift für Klamaris, 2016, S. 109; Fuchs, Nationale und internationale Aspekte des Restschuldbefreiungs-Tourismus, 2015, S. 2 ff.; Hergenröder, DZWIR 2009, 309; Mock, KTS 2013, 423.
- 5 Zur „lex fori concursus“: Würdinger, KTS 2017, 445, 446, mit dem Hinweis, dass dieses „Forum-Shopping“ die Strategie eines „law shopping“ nutzt. Zur „strategischen Insolvenz“: Eidenmüller, ZIP 2014, 1197.
- 6 Zum ordre public-Vorbehalt nach Art. 26 EuInsVO a.F.: BGH, Urt. v. 10.09.2015 - IX ZR 304/13; Laukemann, IPRax 2014, 258, und Mankowski, KTS 2011, 185, jeweils m.w.N. Siehe aber auch BFH, Beschl. v. 27.01.2016 - VII B 119/15.
- 7 Siehe bereits vor Inkrafttreten der EuInsVO BGH, Beschl. v. 18.09.2001 - IX ZB 51/00. Siehe ferner BGH, Urt. v. 14.01.2014 - II ZR 192/13. Zum ordre public-Vorbehalt nach Art. 26 EuInsVO a.F.: Laukemann, IPRax 2014, 258, und Mankowski, KTS 2011, 185, jeweils m.w.N.
- 8 Besonders markant ist die Entwicklung in Irland: Siehe dazu den Überblick bei Henning/Allemand in: Festschrift für Pannen, 2017, S. 161, 171.
- 9 Würdinger, KTS 2017, 445, 447 („zweite Spur der Europäisierung“).
- 10 Siehe BT-Drs. 17/11268, S. 1: „Die Dauer des Restschuldbefreiungsverfahrens ist seit dessen Einführung im Jahr 1999 umstritten und sie ist – isoliert betrachtet – im europäischen Vergleich verhältnismäßig lang.“ Zu einer Übersicht hinsichtlich der unterschiedlichen Dauer des Restschuldbefreiungsverfahrens in den Mitgliedstaaten: Henning/Allemand in: Festschrift für Pannen, 2017, S. 161, 178 f.
- 11 Der Regierungsentwurf sah übrigens noch eine Mindestbeteiligungsquote von 25 % vor. Siehe dazu BT-Drs. 17/11268, S. 13, 30, und zur Erhöhung auf Initiative des Rechtsausschusses: BT-Drs. 17/13535.
- 12 Hierzu Nunner-Krautgasser/Anzenberger, ZInsO 2012, 2359; Hergenröder/Alsmann, ZVI 2012, 1.
- 13 Nunner-Krautgasser, ZInsO 2017, 2525; Riel, österr. AnwBl. 2017, 275, spricht von einem „radikalen Systemwandel im Bereich der Entschuldung natürlicher Personen“.

geschafft, sodass nunmehr eine Entschuldung auch bei einer Nullquote<sup>14</sup> möglich ist. Die Dauer der österreichischen Wohlverhaltensperiode (sog. Abschöpfungsverfahren) wurde auf fünf Jahre<sup>15</sup> reduziert (§ 199 Abs. 2 IO).<sup>16</sup> Der vorgelagerte außergerichtliche Ausgleich wurde im Verbraucherinsolvenzverfahren abgeschafft.<sup>17</sup> Eine raschere Restschuldbefreiung ist – wie bisher auch – im Rahmen des vorgeschalteten Zahlungsplans möglich.<sup>18</sup>

## B. Anliegen und Intention des Richtlinienvorschlags der EU-Kommission vom 22.11.2016

### I. Die Ausgangslage

Der EU-Kommission ist der Restschuldbefreiungstourismus ein Dorn im Auge. Seit Langem drängt sie auf eine Verkürzung der Entschuldungsfristen, um das Stigma der Insolvenz zu beseitigen und Unternehmern die Rückkehr in die produzierende Wirtschaft zu erleichtern. Im Jahr 2007 hatte die Kommission eine Mitteilung herausgegeben, die den programmatischen Titel trägt: „Die Stigmatisierung des unternehmerischen Scheiterns überwinden – für eine Politik der zweiten Chance [...]“<sup>19</sup> und in einer Empfehlung vom 12.03.2014<sup>20</sup> heißt es: „Die negativen Auswirkungen eines Konkurses auf Unternehmer sollten begrenzt werden, um ihnen eine zweite Chance einzuräumen. Unternehmer sollten spätestens drei Jahre ... vollständig von ihren im Rahmen eines Konkurses entstandenen Schulden entlastet werden.“<sup>21</sup>

Unter dem Titel „Zweite Chance für Unternehmer“ soll nun eine Richtlinie, die die EU-Kommission am 22.11.2016 vorlegte, Mindeststandards und „materiell-rechtliche Mindestnormen“<sup>22</sup> für das Entschuldungsrecht in den Mitgliedstaaten formulieren und einen Harmonisierungsschub bringen. Im Kern geht es um eine maximal dreijährige Entschuldungsfrist für redliche<sup>23</sup> Unternehmer, die an keine starre Mindestbeteiligungsquote geknüpft werden darf. Dies sehen Art. 19 ff. des Vorschlages für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie 2012/30/EU vor (im Folgenden: RL-E).<sup>24</sup>

Erwägungsgrund 4 RL-E kritisiert den Insolvenztourismus und formuliert das Ziel, Anreize für eine Sitzverlagerung in andere Länder zu verringern. Die Überschuldung natürlicher Personen stelle ein erhebliches wirtschaftliches und soziales Problem dar:<sup>25</sup> „11,4 % der europäischen Bürger sind permanent mit Zahlungen im Rückstand, oftmals für Rechnungen von Versorgungsunternehmen. Dies ist hauptsächlich auf ungünstige makroökonomische Bedingungen im Zusammenhang mit der Finanz- und Wirtschaftskrise (z.B. Arbeitslosigkeit) in

Verbindung mit persönlichen Umständen (z.B. Scheidung, Krankheit) zurückzuführen.“<sup>26</sup> Die EU-Kommission sieht im Insolvenztourismus eine Binnenmarktbeeinträchtigung<sup>27</sup> und stützt daher den Richtlinienvorschlag auf die Kompetenznorm des Art. 114 AEUV sowie Art. 53 AEUV (Erleichterung der Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeiten).

### II. Analyse und Kritik

Die unterschiedliche Ausgestaltung der Restschuldbefreiung in Europa führt zu einem Restschuldbefreiungstourismus, der gerade Schuldner privilegiert, die den finanziellen Hintergrund für einen Auslandswechsel haben und die

14 Siehe dazu im deutschen Recht BGH, Beschl. v. 10.10.2013 - IX ZB 97/12, wonach sogar im Schuldenbereinigungsplanverfahren die Vorlage eines Nullplans oder eines Fast-Nullplans zulässig ist.

15 Ursprünglich war eine Laufzeit des Abschöpfungsverfahrens von nur drei Jahren geplant. Siehe dazu Stephan, VIA 2017, 41 („Das österreichische Privatinsolvenzrecht auf der Überholspur“).

16 Die Erwerbsobliegenheit des Schuldners wird in Zukunft bereits bei den Einleitungshindernissen berücksichtigt (§ 201 Abs. 1 Ziff. 2a). Siehe dazu Mohr, ZIK 2017, 97, 100.

17 § 183 Abs. 2 IO ist entfallen, wonach der Schuldner, der kein Unternehmen betrieb, auch bescheinigen musste, dass ein außergerichtlicher Ausgleich, insbesondere vor einer anerkannten Schuldenberatungsstelle oder einem bevorrechteten Gläubigerschutzverband, gescheitert ist oder gescheitert wäre.

18 Kodek, Zak 2017, 147, 149. Neu ist auch § 194 Abs. 1 IO, wonach der Schuldner keine Zahlungen anzubieten braucht, wenn er in diesem Zeitraum voraussichtlich kein pfändbares Einkommen hat oder dieses das Existenzminimum nur geringfügig übersteigt. Siehe dazu (und für eine weiterhin bestehende Subsidiarität des Abschöpfungsverfahrens gegenüber dem Zahlungsplan) Nunner-Krautgasser, ZInsO 2017, 2525, 2527.

19 KOM(2007) 584 endgültig. Siehe ferner den zweiten Grundsatz des „Small Business Act für Europa“: „Rechtschaffene Unternehmer, die insolvent geworden sind, sollen rasch eine zweite Chance bekommen.“, KOM(2008) 394 endgültig.

20 C(2014) 1500 final.

21 C(2014) 1500 final, S. 10.

22 COM(2016) 723 final, S. 17.

23 Siehe dazu den Entwurf eines Berichts über den Vorschlag für diese Richtlinie (Rechtsausschuss), 2016/0359 (COD), S. 49, Änderungsantrag 79 (Vorschlag für eine Änderung des Art. 19 Abs. 1 RL: Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass redliche überschuldete Unternehmer ...).

24 COM(2016) 723 final.

25 COM(2016) 723 final, S. 5.

26 COM(2016) 723 final, S. 5.

27 COM(2016) 723 final, S. 4: „Eine Verlegung ist auch für Unternehmer mit einer hohen wirtschaftlichen und menschlichen Belastung verbunden, da sie im Sinne der Verordnung (EU) Nr. 2015/848 über Insolvenzverfahren bereits für einen bestimmten Zeitraum in einem Mitgliedstaat niedergelassen sein müssen, bevor sie in diesem Mitgliedstaat eine Entschuldung beantragen können. Eine Verlegung ist für Gläubiger teuer; sie müssen das zusätzliche Risiko berücksichtigen, dass ein Unternehmer in einem anderen Land in kürzerer Zeit entschuldet werden könnte. Darüber hinaus haben kürzere Entschuldungsfristen erwiesenermaßen positive Auswirkungen auf Verbraucher und Anleger, da sie sich schneller wieder am Verbrauchs- und Investitionskreislauf beteiligen können. Dies wiederum fördert das Unternehmertum.“

einen größeren Beitrag zur Gläubigerbefriedigung leisten könnten. Eine europäische Einheitslösung würde diese Ungerechtigkeiten und Ungleichheiten beseitigen.<sup>28</sup>

Aus kompetenzrechtlicher Sicht ist diese Initiative der EU-Kommission nicht ganz unbedenklich, da für eine Vereinheitlichung des materiellen Insolvenzrechts keine Kompetenzgrundlage existiert. Dementsprechend führt Erwägungsgrund 22 der EulnsVO auch treffend aus, dass aufgrund der großen Unterschiede im materiellen Recht ein einziges Insolvenzverfahren mit universaler Geltung für die Union nicht realisierbar ist. Im Schrifttum wird der hinreichende Binnenmarktbezug hinterfragt oder gar bestritten.<sup>29</sup> Jedoch ist Art. 114 AEUV ein weites Feld der Zuständigkeitsbegründung. Jedenfalls wird man die reine Binnenmarktperspektive in der Begründung und Argumentation des Richtlinienentwurfs kritisieren müssen. Diese verkürzt die Komplexität des Themas und ist daher unzureichend. Schließlich bleiben die Dimension der Rechtsdurchsetzung, die Effektivität der Zwangsvollstreckung und die Gläubigerperspektive mitsamt ihrer grundrechtlichen Relevanz und Sprengkraft ausgeblendet.<sup>30</sup>

## C. Die angedachten Richtlinienbestimmungen im Überblick

### I. Der Anwendungsbereich für „überschuldete Unternehmer“

#### 1. Förderung des Unternehmertums

Der Richtlinienentwurf hat die „zweite Chance für Unternehmer“ im Blick. Dementsprechend sollen die Mitgliedstaaten nach Art. 19 Abs. 1 RL-E sicherstellen, dass überschuldete Unternehmer<sup>31</sup> im Einklang mit dieser Richtlinie in vollem Umfang entschuldet werden können. Programatisch heißt es hierzu in der Begründung des Richtlinienentwurfs: „Zur Förderung des Unternehmertums sollten Unternehmer und Führungskräfte nicht stigmatisiert werden, wenn redliche Geschäftspläne scheitern. Natürliche Personen sollten nicht davon abgehalten werden, eine unternehmerische Tätigkeit aufzunehmen, bzw. sollte ihnen eine zweite Chance nicht verwehrt werden. Schätzungen zufolge würden in ganz Europa drei Millionen Arbeitsplätze geschaffen, wenn redliche Unternehmer eine echte zweite Chance für einen geschäftlichen Neuanfang erhielten.“<sup>32</sup>

Titel 1 des RL-E sieht „Allgemeine Bestimmungen“ vor, die – vor die Klammer gezogen – Begriffsbestimmungen und Legaldefinitionen enthalten. Nach Art. 2 Nr. 13 RL-E ist ein „überschuldeter Unternehmer“ eine natürliche Person, die eine gewerbliche, geschäftliche, handwerkliche oder freiberufliche Tätigkeit ausübt und die nicht nur vorübergehend nicht in der Lage ist, ihre Schulden bei Fälligkeit zu begleichen. Eine Ausweitung dieser Legaldefinition erscheint aus

teleologischen Gründen in Anlehnung an die Rechtslage in Frankreich erstrebenswert. Dort werden auch die natürlichen Personen einbezogen, die die genannte Tätigkeit über eine Personen- oder Kapitalgesellschaft ausüben und bei denen Verbindlichkeiten aufgrund einer gesellschaftsrechtlichen Haftung oder einer Bürgenhaftung aufgelaufen sind.<sup>33</sup>

## 2. Stellungnahme und Votum für eine Einheitslösung

Bereits diese Abgrenzungsfragen lassen die Frage aufkommen, ob eine Unterscheidung zwischen Unternehmer und Verbraucher im Recht der Restschuldbefreiung sinnvoll und beifallswert ist. Dieser Eindruck verstärkt sich, wenn man die Begründung des Richtlinienentwurfs genauer analysiert und dabei feststellt, dass die Argumente für einen Fresh Start und für eine rasche Restschuldbefreiung an manchen Stellen allgemein gehalten und nicht nur auf Unternehmer ausgerichtet sind. Warum soll diese „zweite Chance“ nur für Unternehmer und nicht auch für Verbraucher gelten? In der EU wird der Verbraucherschutz in besonderer Weise kultiviert und forciert. Im europäischen Verbraucherprozessrecht ist er durch Schutzgerichtsstände (Art. 17 ff. EuGVVO) flankiert und etabliert; dort geht es darum, den Verbraucher unter bestimmten Voraussetzungen ein prozessuales Heimspiel zu ermöglichen und damit zu ermuntern, am Binnenmarkt teilzunehmen.<sup>34</sup> Auch im Recht der Restschuldbefreiung lässt sich über die Binnenmarktbrücke eine verbraucherfreundliche „Comeback-Lösung“ und „Fresh-Start-Argumentation“ aufbauen, die für eine Teilhabe an den angedachten Harmonisierungsvorschriften spricht: Der Verbraucher würde so rascher in den wirtschaftlichen Ausgaben- und Konsumzyklus

28 Stephan, VIA 2017, 9, 11: Vereinheitlichung der Entschuldungsfristen als „Akt der Gerechtigkeit“.

29 Kritisch etwa Piekenbrock, NZI-Beilage 2017, 36 („Auch wenn fraglich ist, ob diese Thematik einen so starken Bezug zum Binnenmarkt hat, dass sie nicht länger der Verantwortung der Mitgliedstaaten überlassen bleiben kann, [...]“); Kayser, ZIP 2017, 1393 hinsichtlich des Sanierungsrechts.

30 Würdinger, KTS 2017, 445, 466.

31 Siehe bereits Erwägungsgrund 20 der Empfehlung vom 12.03.2014, C(2014) 1500 final, S. 5: „Die Auswirkungen eines Konkurses, insbesondere das soziale Stigma, die rechtlichen Folgen und die dauerhafte Unfähigkeit, Schulden zu bedienen, stellen bedeutende Negativanreize für Unternehmer dar, die ein Unternehmen gründen oder eine zweite Chance erhalten wollen, obwohl erwiesen ist, dass Unternehmer, die Konkurs erlitten haben, beim zweiten Versuch mehr Chancen auf Erfolg haben. Daher sollten Schritte unternommen werden, um die negativen Auswirkungen eines Konkurses für Unternehmer zu verringern, indem nach einer maximalen Zeitspanne ein vollständiger Schuldenerlass vorgesehen wird.“

32 COM(2016) 723 final, S. 7 mit Rekurs auf den Jahresbericht der europäischen KMU 2015/2016, S. 54.

33 Piekenbrock, NZI-Beilage 2017, 36, 37.

34 Kritisch dazu Roth, JZ 2013, 637, 642 m.w.N.



zurückkehren und am Binnenmarkt teilnehmen.<sup>35</sup> In diese Richtung geht auch der Richtlinienentwurf, nach dem eine Übertragung auf Verbraucherinsolvenzen sogar ausdrücklich in Erwägungsgrund 15 empfohlen wird.<sup>36</sup>

Die Mitgliedstaaten können derartige Überlegungen berücksichtigen und müssen ihr Recht der Restschuldbefreiung nicht zwingend zweispurig ausrichten. Sie können gegen eine gesplattene Lösung votieren und die Richtlinie in dem Sinne überschießend umsetzen, dass nicht nur Unternehmer, sondern auch Verbraucher am Fresh-Start-Gedanken in gleicher Weise partizipieren. Jedenfalls ist eine derartige Debatte und Diskussion bei einer erforderlichen Richtlinienumsetzung im nationalen Recht zu erwarten. Es würde um die Frage gehen, ob die Entschuldungsvoraussetzungen anders und strenger ausfallen müssen, wenn den Schulden ein rein privater Konsum zugrunde liegt.<sup>37</sup>

Im Ergebnis verdient ein Unternehmerprivileg im Recht der Restschuldbefreiung keine Zustimmung. Vielmehr sollte der deutsche Gesetzgeber an der Einheitslösung der §§ 286 ff. InsO festhalten.<sup>38</sup> Denn zum einen muss die nationale Lösung dem Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) Rechnung tragen. Eine gesplattene Lösung steht unter einem verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsdruck. Zum anderen sind die nicht unerheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten zu berücksichtigen. Im Einzelfall würde es in praxi bei einer gesplatteten Lösung zu einer Aufteilung nach privaten und sonstigen (unternehmerischen) Forderungen kommen. Die Aufspaltung würde die praktische Wirksamkeit einer zweiten Chance für Unternehmer ernsthaft beeinträchtigen, da „der Unternehmer getrennte Verfahren mit unterschiedlichen Zugangsvoraussetzungen und Entschuldungsfristen durchlaufen müsste“,<sup>39</sup> um sich insgesamt, also sowohl von seinen geschäftlichen als auch von seinen privaten Schulden befreien zu können.

## II. „Volle Entschuldung“ nach höchstens drei Jahren

Nach Art. 19 Abs. 1 RL-E stellen die Mitgliedstaaten einen effektiven Zugang zu einer vollen Entschuldung sicher. „Volle Entschuldung“ bedeutet nach der Legaldefinition des Art. 2 Nr. 14 RL-E den Erlass ausstehender Schulden im Anschluss an ein Verfahren, das eine Verwertung von Vermögenswerten und/oder einen Tilgungs-/Sanierungsplan umfasst. Die derzeitige Regelung im deutschen Recht der Restschuldbefreiung sieht keine Erlasskonzeption vor, sondern folgt in § 301 Abs. 3 InsO einer Einordnung als Naturalobligation, sodass bei einer Befriedigung des Gläubigers (trotz der Restschuldbefreiung) keine Pflicht zur Rückgewähr des Erlangten besteht.

Nicht in Einklang stehen mit einer Konzeption der „vollen Entschuldung“ Mindestbefriedigungsbeträge oder Quoten, von denen die Entschuldung abhängig gemacht wird. Wollen Mitgliedstaaten auch weiterhin die Entschuldung von

einer teilweisen Tilgung abhängig machen, so muss nach Art. 19 Abs. 2 RL-E eine derartige Tilgungspflicht der Lage des einzelnen Schuldners entsprechen und insbesondere in einem angemessenen Verhältnis zum verfügbaren Einkommen während der Entschuldungsfrist stehen. Für Deutschland würde dies eine grundlegende Reform nach der Reform aus dem Jahr 2014 im Recht der Restschuldbefreiung bedeuten: Das Anreizsystem des verkürzten Restschuldbefreiungsverfahrens bei Erfüllung einer Mindestbefriedigungsquote müsste wenige Jahre nach dessen Einführung wieder abgeschafft werden.<sup>40</sup>

Art. 20 RL-E etabliert materielle Mindeststandards und statuiert hierzu eine Entschuldungshöchstfrist: Unternehmer sollten nach höchstens drei Jahren in vollem Umfang entschuldet werden können, ohne dass ein neuer Antrag bei einer Justiz- oder Verwaltungsbehörde gestellt werden muss. Die Mitgliedstaaten können gleichwohl niedrigere Entschuldungsfristen vorsehen, wie das etwa in England oder Irland oder in Frankreich (Elsass-Lothringen) der Fall ist. Auch im deutschen Recht bleiben damit die bestehenden Möglichkeiten der vorzeitigen Restschuldbefreiung (unterhalb einer Dreijahresfrist) z.B. durch einen entsprechenden Insolvenzplan unangetastet. Auch § 300 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 InsO bedarf keiner Revision. Danach wird eine vorzeitige Restschuldbefreiung eröffnet, wenn der Schuldner die Kosten des Verfahrens berichtet hat und im Verfahren kein Insolvenzgläubiger eine Forderung angemeldet hat oder wenn die Forderungen der Insolvenzgläubiger befriedigt sind und der Schuldner die sonstigen Masseverbindlichkeiten berichtet hat.<sup>41</sup> Der BGH hat mit Blick auf den Wortlaut, die Histo-

35 Siehe dazu auch COM(2016) 723 final, S. 7: „Den Verbrauchern zu helfen, sich wieder am wirtschaftlichen Ausgabenzyklus zu beteiligen, ist ein wichtiger Bestandteil gut funktionierender Finanzmärkte und Finanzdienstleistungen für Privatkunden.“

36 Erwägungsgrund 15 RL-E: „Die Überschuldung von Verbrauchern ist wirtschaftlich und sozial äußerst bedenklich und steht mit dem Abbau des Schuldenüberhangs in engem Zusammenhang.“ Siehe ferner COM(2016) 723 final, S. 4: „Darüber hinaus haben kürzere Entschuldungsfristen erwiesenermaßen positive Auswirkungen auf Verbraucher und Anleger, da sie sich schneller wieder am Verbrauchs- und Investitionskreislauf beteiligen können. Dies wiederum fördert das Unternehmertum.“

37 In diesem Sinne Mock, NZI 2016, 977, 982 („ordnungspolitisch sinnvoll“); ebenfalls sympathisierend (aus österreichischer Perspektive): Mohr in: Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavara, Insolvenz- und Sanierungsrecht, Jahrbuch 2013, 2013, S. 25 f.

38 Hirte in: Festschrift für Pannen, 2017, S. 183, 187. Zur Weiterentwicklung der Verbraucherinsolvenzverfahren (§§ 304 ff. InsO): Stephan, VIA 2017, 9, 12 („Einführung eines wirksamen vorinsolvenzlichen Schuldenbereinigungsverfahrens“).

39 Erwägungsgrund 15 RL-E.

40 Siehe dazu Pape, ZInsO 2017, 2717, 2721 f.

41 Insgesamt zum verkürzten Restschuldbefreiungsverfahren: Ahrens, ZInsO 2017, 2486.

rie und den Sinn und Zweck des Anreizmodells entschieden, dass die tatsächliche Berichtigung der Verfahrenskosten auch dann unverzichtbare Voraussetzung bleibt, wenn keine Insolvenzforderungen und Masseverbindlichkeiten offen sind.<sup>42</sup> Eine Verfahrenskostenstundung reicht nicht aus. Auch diese Judikatur kann bestehen bleiben.

Einschränkungen (durch Zugangsbeschränkung oder Fristverlängerung) werden in Art. 22 RL-E zugelassen, wenn sie durch ein allgemeines Interesse gerechtfertigt sind, insbesondere bei Unredlichkeit oder Bösgläubigkeit, Rechtsmissbrauch und bestimmten Schuldenkategorien (z.B. gesicherte Schulden, aus strafrechtlichen Sanktionen oder deliktischer Haftung entstandene Schulden). Den Mitgliedstaaten eröffnet dies einen großen Gestaltungs- und Ermessensspielraum. Das feinzisierte Recht der Restschuldbefreiung in Deutschland mit dem System von Obliegenheiten und Restschuldsversagungsgründen lässt sich so im Kern aufrecht erhalten und rechtfertigen.

### III. Berufsverbote und Verbotsfristen (Art. 21 RL-E)

Die praktische Wirksamkeit einer reduzierten Restschuldbefreiungsfrist wird eingeschränkt, wenn der Unternehmer aufgrund eines Berufsverbots am Fresh Start gehindert wird. Dies ist bei Verboten, eine gewerbliche, geschäftliche, handwerkliche oder freiberufliche Tätigkeit aufzunehmen oder auszuüben, der Fall.<sup>43</sup> Derartige Berufsverbote für überschuldete Unternehmer, die im Einklang mit der Richtlinie entschuldete werden, sollen daher „kurz ausfallen“.<sup>44</sup> Nach Art. 21 RL-E sollen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass derartige Verbote spätestens bei Ablauf der Entschuldungsfrist außer Kraft treten, ohne dass ein neuer Antrag bei einer Justiz- oder Verwaltungsbehörde gestellt werden muss. Dies würde für das deutsche Gewerbe- und Berufsrecht bedeuten, dass sich der Schuldner (spätestens) ab der Restschuldbefreiung<sup>45</sup> automatisch wieder in geordneten Vermögensverhältnissen befindet.<sup>46</sup>

Abweichend davon können die Mitgliedstaaten aber längere oder unbestimmte Verbotsfristen festlegen, wenn der überschuldete Unternehmer einem Berufsstand angehört, für den besondere ethische Regeln gelten, oder wenn das Verbot von einem Gericht in einem Strafverfahren erlassen wurde (Art. 22 Abs. 4 RL-E). Für diese Bereichsausnahme sollte meines Erachtens de lege ferenda der Automatismus des Art. 21 RL-E („ohne dass ein neuer Antrag bei einer Justiz- oder Verwaltungsbehörde gestellt werden muss“) nicht gelten und durchbrochen werden. Andernfalls wäre die praktische Umsetzung auch in diesen Fällen so zu justieren, dass der Widerruf der Zulassung entsprechend mit einer auflösenden Bedingung zu versehen oder das Berufsausübungsverbot nur bis zum Ende des Insolvenzverfahrens auszusprechen ist.<sup>47</sup>

### D. Stellungnahme und Kritik

Die Europäisierung des wirtschaftlich bedeutsamen Insolvenzrechts<sup>48</sup> schreitet immer weiter voran. Eine Harmonisierung im Recht der Restschuldbefreiung ist vor dem Hintergrund begrüßenswert, dass eine europäische Einheitslösung das Forum-Shopping und den misslichen Insolvenztourismus<sup>49</sup> beseitigen würde.<sup>50</sup>

Die Initiative der Europäischen Kommission ist dennoch nicht unbedenklich, da für eine Vereinheitlichung des materiellen Insolvenzrechts die Kompetenzgrundlage fehlt und die vorgeschlagenen materiell-rechtlichen Mindestnormen den Insolvenztourismus nur abschwächen können. Zudem werden durch eine rasche Restschuldbefreiung ohne Mindestbeteiligungsquoten Anreize und Motivationen für Leistungen des Schuldners – ggf. auch in einem Insolvenzplan – abgesenkt oder gar beseitigt.<sup>51</sup> Pointiert heißt es hierzu in einer kritischen Stellungnahme des Bundesrates zum Richtlinienentwurf: „Je kürzer die Frist ist, desto mehr wird der Schuldner einen Anreiz haben, seine Gläubiger nicht zu befriedigen, sondern die ‚Durststrecke‘ durchzustehen.“<sup>52</sup> Auch der Bundesjustizminister Heiko Maas äußerte sich

42 BGH, Beschl. v. 22.09.2016 - IX ZB 29/16; zu dieser ersten BGH-Entscheidung zum neuen Privatinsolvenzrecht Ahrens, NJW 2017, 21.

43 Ausführlich zum Spannungsfeld zum Insolvenzrecht: Koerfer, Gewerbe- und Berufsrecht im Spannungsfeld zum Insolvenzverfahren, 2016, passim; speziell zu (Zahn-)Ärzten: Bugger, Der Selbstständige in der Insolvenz – Eine insolvenzrechtliche Betrachtung des (zahn-)ärztlichen Berufes, S. 185 ff.

44 COM(2016) 723 final, S. 26.

45 Siehe zum Widerruf der Anwaltszulassung wegen Vermögensverfall BGH, Beschl. v. 29.12.2016 - AnwZ (Brfg) 53/16, wonach die gesetzliche Vermutung des Vermögensverfalls nicht bereits durch einen Beschluss nach § 287a Abs. 1 InsO widerlegt ist.

46 Für eine ausdrückliche Regelung aus Transparenzgründen: Piekenbrock, NZI-Beilage 2017, 36, 38.

47 Piekenbrock, NZI-Beilage 2017, 36, 38.

48 Zum nationalen Recht und insbesondere zur Reform der Insolvenzanfechtung: Würdinger, jM 2017, 272, 277 f.: „Es befindet sich in einem rasanten und interessanten Entwicklungs- und Veränderungsprozess.“

49 Eine europäische Lösung ist etwa auch beim Thema „Sozialtourismus“ begrüßenswert. Siehe dazu Fuchs, ZESAR 2014, 103, 111 mit Rekurs auf den Europäischen Sozialfonds.

50 Missbrauchsfälle beim Insolvenztourismus müssen – wie in der jüngsten Reform angestoßen – zudem innerhalb der EuInsVO zurückgedrängt werden. Siehe die Veränderungen bei Art. 3 Abs. 3 und 4 EuInsVO sowie Erwägungsgrund 30. Dazu gehören ferner die Amtsermittlungspflicht der Gerichte hinsichtlich des COMI (Art. 4 Abs. 1 EuInsVO n.F.) und eine Einfluss- und Kontrollmöglichkeit durch die Gläubiger in Form eines Rechtsbehelfs gegen die Eröffnungsentcheidung des Gerichts (Art. 5 Abs. 1 EuInsVO n.F.). Ausführlich zur Reform: Thole, ZEuP 2014, 39; Konecny, ZIK 2017, 82, 85.

51 Würdinger, KTS 2017, 445, 465.

52 BR-Drucks. 1/1/17, S. 22.

beim 14. Deutschen Insolvenzrechtstag am 30.03.2017 in Berlin kritisch: Er forderte in der Kunst der knappen Klarheit, dass es auch künftig Anreize zur Begleichung der Verfahrenskosten und der Gläubigerforderungen geben müsse und die Rechte der Gläubiger nicht zu kurz kommen dürften.<sup>53</sup> In der Tat gehen schuldbefreiende Regelungsmuster „notwendigerweise mit Einschnitten in materielle Gläubigerrechte“ einher.<sup>54</sup> Gläubigerbefriedigung und Schuldbefreiung stehen in einem Spannungsverhältnis und schließen sich in letzter Konsequenz aus.<sup>55</sup>

Die reine Binnenmarktperspektive, mit der auch die Kompetenznorm des Art. 114 AEUV erschlossen wird, verstellt den Blick auf das Ganze und führt zu Begründungsdefiziten. Der Richtlinienentwurf der EU-Kommission würdigt die Gläubigerperspektive und deren grundrechtliche Relevanz<sup>56</sup>

53 Abrufbar unter [www.bmjv.de/SharedDocs/Reden/DE/2017/03302017\\_Insolvenzrechtstag.html](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Reden/DE/2017/03302017_Insolvenzrechtstag.html) (abgerufen am 04.01.2018): „Ich meine, es muss auch künftig Anreize zur Begleichung der Verfahrenskosten und der Gläubigerforderungen geben. Die Rechte der Gläubiger dürfen nicht zu kurz kommen und Missbrauch muss verhindert werden – darauf werden wir in den Verhandlungen drängen.“

nicht hinreichend. Die Komplexität des Themas lässt nicht durch eine isolierte und exklusive ökonomische Betrachtung<sup>57</sup> abbilden und erschließen. Im Letzten fehlt dem Richtlinienentwurf der erforderliche theoretische Unterbau – ein Kritikpunkt, der im Schrifttum zu Recht auch für die Bestimmungen des Entwurfs über den präventiven Restrukturierungsrahmen<sup>58</sup> ins Feld geführt wird.<sup>59</sup>

54 Ahrens, Das neue Privatinsolvenzrecht, 2016, Rn. 8.

55 Bruns, KTS 2008, 41, 42.

56 Ausführlich Würdinger, KTS 2017, 445, 456 ff., wonach das ökonomische Bild in den verfassungsrechtlichen Rahmen eingepasst werden muss.

57 Zu einer „Ausschöpfung der Wertschöpfungspotenziale“: Madaus, JZ 2016, 548, 550 f. Für einen dezidierten Gläubigerschutz (sogar bei haftungsbeschränkten Gesellschaften (mit Rekurs auf staatliche Schutzpflichten): Gröpl in: Festschrift für Herberger, 2016, S. 371, 389 f.; Gröpl, jM 2017, 315 und jM 2017, 359 („Flucht in die Haftungsbeschränkung – Fluch der Haftungsbeschränkung“).

58 Zur Anwendbarkeit des Restrukturierungsverfahrens auch für unternehmerisch tätige natürliche Personen und zur Gefahr einer „Restschuldbefreiung à gogo“: Bergner/Berg, zfm 2017, 96.

59 Bork, ZIP 2017, 1441; siehe zu einem möglichen Konzept der Solidarität: Würdinger, KTS 2017, 445, 459.

## Probleme der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit von Cashback-Aktionen gegenüber Verbrauchern

Dipl.-Jur. Marie Herberger, LL.M. Eur.

### A. Einleitung

Während in einem ersten Teil der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit von Cashback-Aktionen gegenüber Mitbewerbern am Maßstab des § 4 Nr. 4 UWG i.V.m. § 3 Abs. 1 UWG nachgegangen wurde,<sup>1</sup> wird im Folgenden die Problematik im Verhältnis zu Verbrauchern dargestellt.

### B. Rechtliche Analyse

Im Rahmen der rechtlichen Analyse von Cashback-Aktionen gegenüber Verbrauchern werden einzelne Aktionen näher betrachtet. Anders als bei der wettbewerbsrechtlichen Analyse solcher Aktionen gegenüber Mitbewerbern ist im Verhältnis zu Verbrauchern eine generalisierende Betrachtungsweise nicht möglich.

#### I. § 3 Abs. 3 UWG i.V.m. Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG

Zunächst soll untersucht werden, ob Cashback-Aktionen auf erster Stufe einer Prüfung anhand der „Schwarzen Liste“ in § 3 Abs. 3 UWG i.V.m. dem Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG standhalten.

#### 1. Nr. 7 (Psychologischer Kaufzwang)

Es handelt sich um eine nach Nr. 7 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG unzulässige geschäftliche Handlung, wenn mit der unwahren Angabe geworben wird, bestimmte Waren seien zu bestimmten Bedingungen nur für einen sehr eng begrenzten Zeitraum verfügbar, um den Verbraucher zu einer sofortigen uninformatierten geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen.

Einen solchen Fall stellen möglicherweise Geld-zurück-Aktionen dar, bei denen sich der Anbieter vorbehält, die Aktion vorzeitig zu beenden. Der Verbraucher könnte somit dazu veranlasst werden, das Produkt möglichst schnell zu erwerben, um einer drohenden Beendigung der Geld-zurück-Aktion zuvorzukommen. Als weitere Voraussetzung müsste es sich bei dieser Klausel in den Teilnahmebedingungen freilich um eine unwahre Angabe handeln. Faktisch kann die Geld-zurück-Aktion selbstverständlich vorzeitig beendet werden. Fraglich ist aber, ob dies auch in rechtlich zulässiger Weise geschehen kann.

1 Der genannte Beitrag ist in jM 2018, 57 erschienen.

Dies hängt zunächst davon ab, wie Geld-zurück-Aktionen vertragsrechtlich zu qualifizieren sind. „Geld-zurück“-Versprechen, die Hersteller den Kunden bei Nichtzufriedenheit einräumen, werden als Garantieverprechen (§ 443 BGB) eingeordnet.<sup>2</sup> Der Hersteller übernimmt also die Garantie, d.h. er steht verschuldensunabhängig dafür ein, dass der Kunde bei Unzufriedenheit mit dem Produkt, den Kaufpreis zurück erhält.<sup>3</sup> Die hier zu analysierenden Geld-zurück-Aktionen setzen jedoch keine Unzufriedenheit des Kunden als Bedingung der Kaufpreiserstattung voraus. Der Kaufpreis soll jedem Kunden erstattet werden, der das Produkt gekauft hat und den Kassenbon als Beleg dafür einreicht. Diese Konstellation passt nicht zu einem Garantieverprechen, denn es wird kein Garantiefall vereinbart.<sup>4</sup> Dem Käufer soll vielmehr ohne zusätzliche Voraussetzungen, bedingungslos der Kaufpreis erstattet werden. Es handelt sich bei solchen Geld-zurück-Aktionen daher um eine Auslobung i.S.v. § 657 BGB. Dadurch, dass die Geld-zurück-Aktion beworben wird, setzt der Hersteller durch öffentliche Bekanntmachung eine Belohnung (Rückerstattung des Kaufpreises) für die Vornahme einer Handlung (Kauf des Produktes und Einsendung des Kassenbons) aus. Einer Auslobung steht nicht entgegen, dass eine Vielzahl von Verbrauchern die Handlung vornehmen kann. Zwar ist in § 659 Abs. 1 BGB der Fall mehrfacher Vornahmen der Handlung zugunsten eines Prioritätsgrundsatzes geregelt. Es handelt sich dabei indessen um eine dispositive Norm, von der abgewichen werden kann.<sup>5</sup>

Es stellt sich somit die Frage, ob eine Auslobung in rechtlich zulässiger Weise „vorzeitig“ beendet werden darf oder ob es sich bei einer solchen Ankündigung um eine unwahre Angabe handelt. Nach § 658 Abs. 1 Satz 1 BGB kann eine Auslobung bis zur Vornahme der Handlung widerrufen werden. Dabei ist der Widerruf bis zur Vollendung der Handlung möglich, d.h. der Beginn der Durchführung allein hindert einen Widerruf nicht.<sup>6</sup> Bei Geld-zurück-Aktionen ist ein Widerruf also nicht schon im Zeitpunkt des Produktkaufs ausgeschlossen, sondern für den jeweiligen Verbraucher erst dann, wenn der Kassenbon eingereicht wurde.

Nach § 658 Abs. 2 BGB kann in der Auslobung selbst jedoch auf die Widerruflichkeit verzichtet werden, wobei ein Verzicht im Zweifel in der Bestimmung einer Frist für die Vornahme der Handlung zu sehen ist. Geld-zurück-Aktionen sind generell befristet. Jedoch kann sich der Auslobende trotz Fristbestimmung den Widerruf vorbehalten.<sup>7</sup> Wenn einerseits eine Frist für die Teilnahme gesetzt wird, andererseits aber die vorzeitige Beendigung vorbehalten bleibt, kann nicht von einem Verzicht auf den Widerruf ausgegangen werden. Damit ist ein Widerruf der Auslobung an sich möglich, sodass eine entsprechende Angabe wahr ist.

Nach § 658 Abs. 1 Satz 2 BGB ist der Widerruf allerdings nur wirksam, wenn er in derselben Weise wie die Auslobung be-

kannt gemacht wird oder wenn er durch besondere Mitteilung erfolgt. Das ist dann nicht der Fall, wenn in den Teilnahmebedingungen festgelegt wird, dass es für einen Widerruf „keiner vorherigen Benachrichtigung oder Zustimmung“ bedarf. Eine solche Angabe ist unwahr. Dadurch können Verbraucher zu einer sofortigen uninformierten geschäftlichen Entscheidung veranlasst werden, weil sie sich nicht darauf verlassen können, dass die Aktion zu einem späteren Zeitpunkt bereits ohne ihre Kenntnis beendet wurde. Es handelt sich also im Ergebnis um eine nach Nr. 7 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG unzulässige geschäftliche Handlung.

## 2. Nr. 17 (Preisausschreiben)

Ein Verstoß gegen Nr. 17 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG liegt u.a. dann vor, wenn durch die geschäftliche Handlung in unwahrer Weise angegeben wird, der Verbraucher könne durch eine bestimmte Handlung einen Vorteil erlangen und es diesen Vorteil tatsächlich nicht gibt.

Wird den Verbrauchern durch die Einsendung des Kassenbons (bestimmte Handlung) eine Rückerstattung des Kaufpreises (sonstiger Vorteil) versprochen, obwohl dies tatsächlich nicht erfolgen soll, ist von einer unzulässigen geschäftlichen Handlung auszugehen.

Eine Konstellation dieser Art ist denkbar, wenn eine befristete Gratis-Testen-Aktion versehentlich zu früh gestartet wird.<sup>8</sup> Das stellt grds. einen Verstoß gegen Nr. 17 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG dar. Wenn allerdings die versehentlich zu früh gestartete Aktion in rechtlich zulässiger Weise beendet werden könnte, wäre dies im Sinne der Einheit der Rechtsordnung und zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen zu berücksichtigen. Zu denken ist hier an einen Widerruf oder eine Anfechtung.

Bei befristeten Aktionen ist mangels entgegenstehender Anhaltspunkte davon auszugehen, dass auf die Möglichkeit eines Widerrufs verzichtet wird, § 658 Abs. 2 BGB. In Betracht kommt damit nur eine Anfechtung nach allgemeinen Regeln.<sup>9</sup> Voraussetzung dafür ist, dass überhaupt ein Anfechtungsgrund besteht. Hinzukommen muss eine Anfechtungserklärung, die in derselben Form der öffentlichen Bekanntmachung

2 Lindacher in: Festschrift für Köhler, 2014, S. 445, 446.

3 Zum Begriff der Garantie, Grunewald in: Erman, BGB, 2017, § 443 BGB Rn. 2 ff.

4 Zum Garantiefall, Faust in: BeckOK, BGB, 2017, § 443 BGB Rn. 20.

5 Schulze in: Schulze, BGB, 2017, § 659 BGB Rn. 1.

6 Bergmann in: Staudinger, BGB, 20166, § 658 BGB Rn. 10.

7 Bergmann in: Staudinger, BGB, 20166, § 658 BGB Rn. 18.

8 Vgl. dazu [www.mydealz.de/deals/gzg-fructis-shampoo-und-wunderol-aus-der-serie-schaden-loscher-oder-oil-repair-3-619535](http://www.mydealz.de/deals/gzg-fructis-shampoo-und-wunderol-aus-der-serie-schaden-loscher-oder-oil-repair-3-619535) (zuletzt abgerufen am 14.12.2017).

9 Dazu allgemein Kotzian-Marggraf in: BeckOK, BGB, 2017, § 658 BGB Rn. 6.

wie die Auslobung selbst erfolgen muss. Nur wenn diesen Anforderungen Rechnung getragen wird, kann eine versehentlich zu früh gestartete Aktion in rechtlich zulässiger Weise beendet werden. Ansonsten bleibt es bei einem Verstoß gegen Nr. 17 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG.

### 3. Nr. 21 (Gratisangebote)

Geld-zurück-Aktionen werden häufig auch mit „Gratis-Testen“ beworben. Dann stellt sich nach Nr. 21 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG die Frage, inwiefern mit der Aktion Kosten verbunden sein dürfen. Zulässig sind Kosten, die im Zusammenhang mit dem Eingehen auf das Angebot unvermeidbar sind.

#### a. Portokosten

Während bei einigen Angeboten eine Online-Abwicklung vorgesehen ist, muss bei anderen Angeboten ein Kassenbon per Post eingesandt werden. Bei letzterer Abwicklungsmodalität muss entschieden werden, wer die Portokosten zu tragen hat. Viele Unternehmen haben sich entschlossen, diese Kosten für die Verbraucher zu übernehmen. Allerdings wird dann, wenn ein Online-Rückerstattungs-Formular zur Verfügung steht, die Verbraucher sich aber für eine Abwicklung per Post entscheiden, teilweise keine Kostenübernahme zugesagt.

Zur Beurteilung der Frage, ob dem Verbraucher die Portokosten auferlegt werden dürfen, kommt es darauf an, ob es sich um unvermeidbare Kosten handelt. In der Literatur werden Portokosten als unvermeidbare Kosten eingestuft.<sup>10</sup> Dagegen spricht, dass eine Online-Abwicklung technisch möglich ist und ebenfalls häufig zum Einsatz kommt, sodass Portokosten in der heutigen Zeit an sich vermeidbar sind. Eine Differenzierung könnte indessen daran anknüpfen, ob dem Unternehmer lediglich eine Kopie des Kassenbons zugesendet werden muss oder ob das Original des Kassenbons erforderlich ist. Fordert der Unternehmer nämlich den Original-Kassenbon an, ist eine Online-Abwicklung ausgeschlossen, sodass die Portokosten nicht vermeidbar sind. Fraglich ist dabei, ob der Unternehmer überhaupt ein berechtigtes Interesse daran hat, den Originalkassenbon zu erhalten. Dafür könnte sprechen, dass der Unternehmer so missbräuchliche Mehrfach-Inanspruchnahmen der Geld-zurück-Aktionen mit dem gleichen Kassenbon vermeiden kann. Jedoch sind die Kassenbons durch Geschäft, Bon-Nummer, Datum und Uhrzeit individualisiert, sodass mittels einer Datenbank überprüft werden könnte, ob der gleiche Kassenbon bereits eingesandt wurde. Es ist also kein Grund ersichtlich, wofür der Unternehmer einen Original-Kassenbon benötigt. Sollte er ihn anfordern, so handelt es sich um „an sich“ vermeidbare Kosten. Folglich dürfen den Verbrauchern die Portokosten für eine Teilnahme nicht auferlegt werden. Deshalb sind Geld-zurück-Aktionen, die mit „Gratis-Testen“ werben, unzulässig, wenn dem Verbraucher Portokosten auferlegt werden.

#### b. Dauer der Rückerstattung

Die Unternehmen behalten sich unterschiedliche Fristen für die Rückerstattung des Kaufpreises vor, die von zwei Wochen bis zu zwölf Wochen reichen.

Das führt zu folgender rechnerischer Betrachtung: Wer im Rahmen einer Geld-zurück-Aktion ein Produkt im Wert von 20 € erworben hat und acht Wochen auf die Rückerstattung warten muss, hat – trotz der aktuell niedrigen Zinslage – auf einem Tagesgeldkonto mit 1 %-Verzinsung einen Zinsverlust von 3 Cent. Bei einer wortlautgetreuen Auslegung ist die Aktion für den Verbraucher also nicht „gratis“, „umsonst“ oder „kostenfrei“. Die Rückerstattungsfrist muss somit so ausgestaltet werden, dass sie sich in einem Rahmen hält, der „unvermeidbar“ ist. Alle darüber hinausgehenden Rückerstattungsfristen führen zur Unzulässigkeit der Werbemaßnahme.

#### II. § 4a Abs. 1 Nr. 3 UWG i.V.m. § 3 Abs. 1 UWG

Bedenken gegenüber Geld-zurück-Aktionen können sich auf zweiter Stufe weiterhin daraus ergeben, dass solche Aktionen Verbraucher in lauterkeitsrechtlich bedenklicher Weise anlocken und damit unzulässig beeinflussen.

§ 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG ist einschlägig, wenn die geschäftliche Handlung, also die Geld-zurück-Aktion, als unzulässige Beeinflussung geeignet ist, die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers erheblich zu beeinträchtigen. Eine unzulässige Beeinflussung liegt nach § 4a Abs. 1 Satz 3 UWG vor, wenn der Unternehmer seine Machtposition ausnutzt, indem er Druck ausübt und somit eine informierte Entscheidung wesentlich behindert. Der Begriff der Machtposition wird in der Literatur nicht einheitlich ausgelegt. Einigkeit besteht nur dahin gehend, dass im Interesse eines wirksamen Verbraucherschutzes eine weite Auslegung zu erfolgen hat.<sup>11</sup> Teilweise wird angenommen, dass der Unternehmer im Verhältnis zum Verbraucher grds. überlegen sei.<sup>12</sup> Es wird aber auch die Auffassung vertreten, dass zwar jede Form der Überlegenheit des Unternehmers gegenüber dem Verbraucher erfasst sei, diese jedoch positiv festgestellt werden müsse.<sup>13</sup> Eine Entscheidung dieser Frage ist indessen hier nicht notwendig, denn die potenziel-

10 Micklitz/Schirnbacher in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2015, § 3 UWG Rn. 142; Sosnitza in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, Anhang (zu § 3 Abs. 3), Nr. 21 Rn. 60; Wirtz in: Götting/Nordemann, UWG, 2016, § 3 UWG Rn. 166; Wiltschek in: Festschrift für Griss, 2011, S. 755, 763, zum österreichischen UWG.

11 Heermann in: MünchKomm, Lauterkeitsrecht, 2014, § 4 Nr. 1 UWG Rn. 78.

12 Seichter in: jurisPK, UWG, 2013, § 4 Nr. 1 UWG Rn. 47; a.A. nunmehr Seichter in: jurisPK, UWG, 2016, § 4a UWG Rn. 39.

13 Köhler in: Köhler/Bornkamm, 2017, § 4a UWG Rn. 1.57.

le Machtposition bei Geld-zurück-Aktionen wird jedenfalls nicht zur Ausübung von Druck genutzt. Dieses Merkmal ist nur dann erfüllt, wenn dem Verbraucher der Eindruck vermittelt wird, er müsse mit Nachteilen rechnen, wenn er nicht im Sinne des Unternehmers handle. Das bloße Anbieten von Vorteilen reicht gerade nicht aus.<sup>14</sup>

### III. § 5 Abs. 1 UWG i.V.m. § 3 Abs. 1 UWG

Die Geld-zurück-Aktionen müssen nach § 5 Abs. 1 Satz 1 UWG so ausgestaltet sein, dass sie keine irreführende geschäftliche Handlung darstellen, die den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlassen kann, die er sonst nicht getroffen hätte. Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 UWG ist eine geschäftliche Handlung dann irreführend, wenn sie unwahre oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben über die in Nr. 1 – 7 genannten Umstände enthält. Bei den gegenwärtig anzutreffenden Geld-zurück-Aktionen finden sich in den Teilnahmebedingungen und in der Werbung – soweit ersichtlich – keine unwahren Angaben im Sinne von mit der Realität nicht übereinstimmenden geschäftsrelevanten Informationen.<sup>15</sup>

Möglicherweise sind jedoch bei Geld-zurück-Aktionen sonstige zur Täuschung geeignete Angaben anzutreffen. Problematisch ist, dass i.d.R. keiner der in Nr. 1 – 7 genannten Bezugspunkte einschlägig sein wird.<sup>16</sup> Allerdings könnte es sich um eine exemplarische Aufzählung von Sachverhalten handeln. Zwar ist anders als in § 5 UWG a.F. nicht mehr von „insbesondere“ die Rede. Für eine beispielhafte Aufzählung sprechen aber Sinn und Zweck der Norm, die irreführende geschäftliche Handlungen möglichst lückenlos erfassen soll. Das kann aufgrund des dynamischen Marktgeschehens nur dann gelingen, wenn die Aufzählung für neue Erscheinungsformen offenbleibt.<sup>17</sup> Somit ist ein Rückgriff auf § 5 Abs. 1 Satz 1 UWG möglich.

Ein Verstoß gegen § 5 Abs. 1 Satz 1 UWG liegt vor, wenn damit geworben wird, man könne im Rahmen einer Gratis-Testen-Aktion bestimmte „Shampoos“ des Unternehmens kaufen, sodann aber in der Kategorie „Fragen und Antworten“ am Ende der Aktionsseite im Internet eingeschränkt wird, dass maximal „eine Erstattung pro Person und Konto“ möglich sei. Diese Formulierungen sind als irreführende geschäftliche Handlungen einzustufen. Es wird nämlich – im Plural – damit geworben, dass „Shampoos“ des Unternehmens gekauft werden können. Dass maximal „eine Erstattung pro Person und Konto“ möglich sein soll, kann dahin gehend verstanden werden, dass Personen mit mehreren Konten mehrfach teilnehmen dürfen. Der Verbraucher läuft also Gefahr, im Vertrauen auf die Rückerstattung des Kaufpreises mehrere Shampoos zu erwerben (geschäftliche Entscheidung), was er nicht getan hätte, wenn er gewusst hätte, dass nur der Kaufpreis für ein Shampoo erstattet werden sollte. Das Gegenargument, dass die Unklarheit nur in der Werbung, nicht aber in den offiziellen Teilnahmebedingungen enthalten sei, än-

dert nichts an der Qualifizierung als „irreführend“. Maßgeblich ist das Verkehrsverständnis.<sup>18</sup> Selbst wenn man davon ausgeht, dass einige Verbraucher die Teilnahmebedingungen lesen, so räumt dies einen Irrtum dennoch nicht aus. Der Verbraucher stünde so vor der Frage, ob die offizielle Werbung oder die offiziellen Teilnahmebedingungen bei Widersprüchen Vorrang genießen.

### IV. § 5a Abs. 2 Satz 1 UWG i.V.m. § 3 Abs. 1 UWG

Besonders bei Geld-zurück-Aktionen, die mit kleinen Hinweisaufklebern oder Werbeheftchen arbeiten, besteht die Gefahr, dass dem Verbraucher wesentliche Informationen<sup>19</sup> vorenthalten werden, die er für eine informierte geschäftliche Entscheidung benötigt und ohne die er zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst würde, die er sonst nicht getroffen hätte, § 5a Abs. 2 Satz 1 UWG i.V.m. § 3 Abs. 1 UWG.

#### 1. Hinweis auf Internetseite auf Verpackung

Eine wettbewerbsrechtliche Problemsituation liegt vor, wenn sich auf dem Produkt nur ein Aufkleber mit dem Hinweis befindet, dass sich die Teilnahmebedingungen unter einer bestimmten Internetadresse nachlesen lassen und dem Kunden auf dem Hinweisaufkleber nur der Einlösezeitraum und die Notwendigkeit zur Aufbewahrung von Kaufbeleg und Packung mitgeteilt wird.

Im Jahr 2009 hat der BGH in „Geld-zurück-Garantie II“ entschieden, dass der Hinweis auf der Verpackung, genauere Informationen seien auf einer Internetseite zu finden, nicht genüge. Dies begründete der BGH damit, dass der Kunde im Supermarkt seine Kaufentscheidung vor Ort treffe und i.d.R. keine Möglichkeit habe, im Geschäft die angegebene Internetseite aufzurufen.<sup>20</sup> Richtig ist, dass nach wie vor nicht jeder Kunde in der Lage ist, die Internetseite im Geschäft sofort auf seinem Mobiltelefon aufzurufen. Dies ist den Kunden verwehrt, die entweder kein Mobiltelefon mit sich führen oder zwar ein Mobiltelefon mit sich führen, aber über keinen Internetzugang verfügen. Bezugspunkt ist jedoch der Verkehrskreis, der mit der jeweiligen Werbung erreicht werden

14 Köhler, GRUR 2010, 767, 772.

15 Zum Begriff der unwahren Angabe, Hönn, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 2014, Rn. 158 f.

16 Im Einzelfall könnte ggf. § 5 Abs. 1 Nr. 2 UWG einschlägig sein.

17 Wiring, NJW 2010, 580, 582; so wohl auch Diekmann in: jurisPK, UWG, 2016, § 5 UWG Rn. 18, der von „Hauptfallgruppen“ spricht.

18 BGH, Urt. v. 08.03.2012 - I ZR 202/10.

19 Neben § 5a Abs. 2 UWG ist noch das Transparenzgebot aus § 6 Abs. 1 Nr. 3 TMG zu beachten, vgl. OLG Bamberg, Urt. v. 22.06.2016 - 3 U 18/16. Dies gilt in analoger Anwendung auch im nichtelektronischen Geschäftsverkehr. Zur Thematik der parallelen Anwendung von § 6 TMG neben dem UWG siehe gleichfalls Köhler, NJW 2013, 3473, 3474.

20 BGH, Urt. v. 11.03.2009 - I ZR 194/06 zu § 4 Nr. 4 UWG a.F.

soll, § 5a Abs. 1 UWG. Nur dann, wenn ein Viertel bis ein Drittel des betroffenen Verkehrskreises nicht in der Lage sein sollte, sich mobil online über die Teilnahmebedingungen zu informieren, kann von der Vorenthaltung wesentlicher Informationen gesprochen werden.<sup>21</sup>

Selbst wenn die faktische Möglichkeit besteht, die Webseite vor Ort im Supermarkt aufzurufen, muss die entsprechende Seite zusätzlich so gestaltet sein, dass die wesentlichen Informationen auch auf einem mobilen Endgerät gut lesbar dargestellt werden. Ob dies bei der konkreten Werbung der Fall ist, muss jeweils anhand der Zielgruppe, aktueller Statistiken und der konkreten Gestaltung der Webseite beurteilt werden. Es kann sich dann ergeben, dass trotz des Hinweises auf eine Internetadresse wesentliche geschäftliche Informationen vorenthalten werden, § 5a Abs. 2 Satz 1 UWG i.V.m. § 3 Abs. 1 UWG.<sup>22</sup>

## 2. Hinweis auf Internetseite in TV-Werbung

In der Entscheidung „Geld-zurück-Garantie II“ spielte ebenfalls die Frage eine Rolle, ob in Bezug auf die Teilnahmebedingungen in der Fernsehwerbung der bloße Hinweis auf eine Internetseite genügt oder ob es sich bei dieser Art von Hinweis um eine unlautere geschäftliche Handlung nach § 5a Abs. 2 Satz 1 UWG handelt.

Nach Ansicht des BGH kann nicht abstrakt beurteilt werden, ob dem Verbraucher wesentliche Informationen vorenthalten werden. Der Umfang von Informationspflichten müsse unter Berücksichtigung medienimmanenter Schranken bestimmt werden. Dadurch, dass Fernsehwerbung eine Aktion nur ankündigen könne, ohne dass gleichzeitig die Möglichkeit der sofortigen Inanspruchnahme der Geld-zurück-Aktion bestehe, könne es ausreichen, wenn auf Teilnahmebedingungen in leicht zugänglichen Quellen, wie dem Internet, verwiesen werde. Je nach Anlockwirkung und Komplexität der Teilnahmebedingungen seien unterschiedlich hohe Anforderungen an den Informationsgehalt in der Fernsehwerbung zu stellen. Insbesondere überraschende Teilnahmebedingungen müssten bereits in der Werbung offenbart werden.

Die Bereitstellung wesentlicher Informationen in unklarer Weise ist als Vorenthalten zu qualifizieren (§ 5a Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 UWG). Der Hinweis auf die Teilnahmebedingungen muss daher in der Fernsehwerbung so gestaltet sein, dass er von den Verbrauchern ohne Schwierigkeiten erfasst werden kann. Dabei genügt es, wenn der Hinweis zwar eingeblendet, aber nicht vorgelesen wird. Ob den Verbrauchern zugemutet werden kann, sich die Internetadresse zu merken, hängt von der konkreten Gestaltung der Adresse ab. Besonders dann, wenn eine Internetadresse nur aus dem Unternehmensnamen besteht, geht der BGH davon aus, dass sie schnell erfasst werden kann.<sup>23</sup> Dafür spricht auch, dass der Unternehmensname

genügt, um die entsprechende Internetseite mittels Suchmaschinen aufzufinden. Jedoch werden die Verbraucher gewöhnlich die Fernsehwerbung, die durch die Werbung unterbrochen wurde, zunächst zu Ende schauen und sich frühestens danach um eine Recherche nach den Teilnahmebedingungen im Internet bemühen. Um den Verbrauchern neben der flüchtigen Fernsehwerbung eine Nachschlagemöglichkeit zu bieten, sollte die Internetadresse daher zusätzlich in den Teletext aufgenommen werden. Bei Fernsehwerbung im Internet ist es unschädlich, wenn die Internetadresse in dem Fernsehspot nicht auftaucht, weil hier medienimmanent eine besondere Nähe zum Internet besteht und die Internetadresse bei Interesse sofort in einem neuen Fenster/Tab aufgerufen werden kann.

## 3. Terminologie in den Teilnahmebedingungen

### a. „Eine“ Einlösung pro Haushalt

In den Teilnahmebedingungen einiger Geld-zurück-Aktionen ist die Teilnahmemöglichkeit auf „eine“ Einlösung pro Haushalt beschränkt. Es handelt sich dabei um eine wesentliche Information, die somit in verständlicher Weise dargestellt werden muss.

Das Verständnis hängt von der Bedeutung des Begriffs „Haushalt“ ab. Dieser Begriff hat in verschiedenen wissenschaftlichen Disziplinen einen unterschiedlichen Bedeutungsgehalt. In der Rechtswissenschaft taucht der Begriff des Haushalts an verschiedenen Stellen auf, wobei er je nach Kontext unterschiedlich zu verstehen ist.<sup>24</sup> In der Soziologie wird unter einem Haushalt die deskriptive Bezeichnung für die produktiv-reproduktiven Tätigkeiten einer Hausgemeinschaft von Personen verstanden, zwischen denen nicht notwendigerweise eine familiäre Verbindung bestehen muss.<sup>25</sup> In der Statistik ist der Haushaltsbegriff an die Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft gebunden. Dabei bildet die „Behausung“ aus zähltechnischen Gründen die maßgebliche

21 Zu § 5 UWG Bornkamm in: Köhler/Bornkamm, UWG, 2017, § 5 UWG Rn. 1.99.

22 Dieses wettbewerbsrechtliche Transparenzgebot findet auch im gleichfalls einschlägigen § 6 Abs. 1 Nr. 3 TMG Ausdruck. Wegen des wertungsmäßigen Gleichlaufs dieser Vorschrift mit den wettbewerbsrechtlichen Vorschriften ist eine gesonderte Prüfung im vorliegenden Zusammenhang nicht notwendig.

23 Siehe dazu BGH, Urt. v. 11.03.2009 - I ZR 194/06 zu § 4 Nr. 4 UWG a.F.; a.A. OLG München, Urt. v. 14.09.2006 - 29 U 3848/06 - u.a., weil nicht davon ausgegangen werden könne, dass der ganz überwiegenden Mehrheit der angesprochenen Verbraucher Internet zur Verfügung stehe. Offengelassen von OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 19.10.2006 - 6 U 73/06.

24 Siehe z.B. im Mietrecht § 563 Abs. 1 Satz 1 BGB, im Sachenrecht § 855 BGB oder im Familienrecht § 1356 BGB.

25 Wienold in: Fuchs-Heinritz/Klimke/Lautmann/Rammstedt/Stäheli/Weischer/Wienold, Lexikon zur Soziologie, 2011, S. 274.

Basis. Das „Zusammenwirtschaften“ ist eine nachgeordnete Basis, die vor allem Doppelzahlungen verhindern soll.<sup>26</sup>

Diese semantische Bandbreite zeigt, dass mit der Formulierung „eine Einlösung pro Haushalt“ die Teilnahmemöglichkeit den Verbrauchern nicht verständlich dargestellt wird. Damit werden den Verbrauchern wesentliche Informationen vorenthalten, § 5a Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 UWG. Ohne das Wissen um die Teilnahmemöglichkeit kann der Verbraucher keine informierte geschäftliche Entscheidung treffen. Es besteht die Gefahr, dass er eine Aktion zu oft in Anspruch nimmt, weil er den Haushaltsbegriff zu eng auslegt.

#### b. „Eine“ Einlösung pro Person und Konto

Teilweise ist nur „eine“ Teilnahme pro Person und Konto vorgesehen. Damit wird nicht deutlich, ob eine Person insgesamt nur einmal teilnehmen darf oder je nach Anzahl der verfügbaren Konten auch mehrmals. Durch die gewählte Formulierung wird eine wesentliche Information, nämlich die Anzahl der Teilnahmemöglichkeiten, unklar, unverständlich und zweideutig dargestellt. Durch diese unklare Formulierung der Teilnahmebedingungen droht die Gefahr, dass Verbraucher zu geschäftlichen Entscheidungen veranlasst werden, die sie bei deutlicher Angabe nur einer Teilnahmemöglichkeit nicht getroffen hätten (unlautere geschäftliche Handlung nach § 5a Abs. 2 UWG).

#### V. § 3 Abs. 2 UWG i.V.m. § 3 Abs. 1 UWG

Voraussetzung für einen Verstoß gegen § 3 Abs. 2 UWG i.V.m. § 1 Abs. 1 UWG ist, dass die Geld-zurück-Aktion nicht der unternehmerischen Sorgfalt entspricht und geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten der Verbraucher wesentlich zu beeinflussen. Die unternehmerische Sorgfalt ist der Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt, von dem billigerweise angenommen werden kann, dass ein Unternehmen ihn einhält (§ 2 Abs. 1 Nr. 7 UWG). Bei Koppelungsangeboten wird ein Verstoß gegen die unternehmerische Sorgfalt angenommen, wenn von dem Angebot eine ganz erhebliche Anlockwirkung ausgeht und der Verbraucher zeitlich unter Druck gesetzt wird oder sich das Angebot nur an besonders schutzbedürftige Verbraucher wendet.<sup>27</sup> Überträgt man diese Wertung auf Geld-zurück-Aktionen, so wird deutlich, dass allein die Anlockwirkung keinen Verstoß gegen die unternehmerische Sorgfalt darstellt. Der Zeitdruck spielt dann eine Rolle, wenn der Verbraucher zur Teilnahme an Geld-zurück-Aktionen Fristen einzuhalten hat. Sollten diese Fristen zu kurz sein, kann von einem Verstoß gegen die unternehmerische Sorgfalt ausgegangen werden, weil die Anlockwirkung der Aktion dann dazu ausgenutzt wird, den Verbraucher zu einer Teilnahme zu bewegen, deren Voraussetzungen er sehr wahrscheinlich zeitlich nicht einhalten können.

Besonders schutzbedürftige Verbraucher sind bspw. betroffen, wenn der Kaufpreis von Haftcreme erstattet werden soll. Haftcreme wird typischerweise im fortgeschrittenen Alter benötigt. In solchen Fällen ist darauf zu achten, dass die Anlockwirkung der Aktion das wirtschaftliche Verhalten der Verbraucher nicht wesentlich beeinflusst. Die Teilnahmevoraussetzungen müssen in solchen Fällen in einer Weise ausgestaltet sein, dass der angesprochene Verkehrskreis eine realistische Teilnahmemöglichkeit hat. Das bedeutet z.B., dass die Teilnahmevoraussetzungen nicht zu klein abgedruckt werden dürfen und dass eine Teilnahme auch traditionell per Post möglich sein muss.

#### C. Fazit

Wie bereits im ersten Teil in Bezug auf die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von Cashback-Aktionen gegenüber Mitbewerbern dargestellt, erweisen sich solche Aktionen gleichfalls im Verhältnis zu Verbrauchern als wettbewerbsrechtlich bedenklich.

Angesichts der seit geraumer Zeit üblichen Geld-zurück-Aktionen ist es erstaunlich, dass diese Aktionen so vielen lauterkeitsrechtlichen Einwänden ausgesetzt sind, ohne dass nennenswerte Abmahnaktivitäten bekannt geworden wären. Dies demonstriert in bemerkenswerter Weise, wie Werbung fantasie reich die Grenzen des lauterkeitsrechtlich Zulässigen auslotet. Das liegt wohl daran, dass die Aktionen maßgeblich von den Marketing-Abteilungen entwickelt werden. Jedoch zeigt das hin und wieder zu beobachtende Anpassungsverhalten der Unternehmen zugleich, dass diese gewillt sind, sich lauterkeitsrechtlich korrekt zu verhalten, wenn sich über sie Bedenken einstellen.

<sup>26</sup> Von Schweitzer in: Netzler/Opielka, Sozialpolitik, 1998, S. 141, 145.

<sup>27</sup> Köhler, WRP 2012, 22, 28.

### Der Aufopferungsanspruch im Wandel der Zeit: Jetzt auch Schmerzensgeld umfasst! BGH, Urt. v. 07.09.2017 - III ZR 71/17

RiLG PD Dr. Gunter Deppenkemper, LL.M LL.M

#### A. Problemstellung

Ein Mensch erleidet erhebliche psychische Probleme, weil es im Bereich seines Hauses zu Erderschütterungen wegen Steinkohlebergbaus gekommen war.<sup>1</sup> Ein anderer wird von einem Wehrmachtsarzt falsch behandelt.<sup>2</sup> Schließlich wird ein Dritter

<sup>1</sup> Fall nach BGH, Urt. v. 23.07.2010 - V ZR 142/09.

<sup>2</sup> Fall nach BGH, Urt. v. 13.02.1956 - III ZR 175/54.



bei einer Demonstration von einem Polizeihund gebissen, weil dessen zuvor ordnungsgemäß angebrachter Maulkorb durch den Tritt eines anderen Demonstrationsteilnehmers seitlich verrutscht war.<sup>3</sup> Stets stellte sich die Frage, ob, wenn es an einer ausdrücklichen Regelung z.B. in den Polizeigesetzen fehlt, der Geschädigte die nachteiligen Auswirkungen einer rechtmäßigen Maßnahme entschädigungslos hinnehmen muss. Billigt man ihm einen Ersatzanspruch für seine materiellen Schäden zu, schließt sich die Problematik an, ob er auch Schmerzensgeld (§ 253 BGB) erlangen kann.

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

### I. Sachverhalt

Auch der hier zu besprechenden Entscheidung lag eine rechtmäßige Polizeimaßnahme zugrunde: Nachdem aus einem fahrenden Pkw ein Schuss auf ein Restaurant abgegeben worden war, wurde das mutmaßliche Tatfahrzeug neben einer Tankstelle entdeckt. Polizeibeamten betraten den Verkaufsraum, riefen „Hände aus den Taschen und Hände hoch“ und brachten den Kläger, der gerade Geld aus seiner Hosentasche holte, zu Boden. Bei dieser Maßnahme zur Identitätsfeststellung (§ 163b Abs. 1 StPO) erlitt der Kläger eine Schulterverletzung. Er begehrte auch Schmerzensgeld.

### II. Entscheidungsgründe

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des Aufopferungsanspruchs lagen vor. Daher sei, so der BGH, entscheidungserheblich, „ob der allgemeine Aufopferungsanspruch wegen eines hoheitlichen Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit auf den Ersatz materieller Schäden begrenzt ist“ (Rn. 5). Das lehnt der BGH nunmehr ab.

1. Ausgangspunkt ist seit 1956, dass „nach dem in § 75 EinlALR [Einleitung zum Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794] enthaltenen Rechtsgrundsatz Aufopferungsansprüche nicht nur bei Eingriffen in das Vermögen oder vermögenswerte Rechte, sondern ebenso bei Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit und auch dann gegeben sein können, wenn es sich bei diesen Eingriffen um auf gesetzlicher Bestimmung beruhende Maßnahme gehandelt hat“.<sup>4</sup>

2. Allerdings galt bisher, dass „im Rahmen der auf Grund eines Aufopferungsanspruchs zu gewährenden Entschädigung ein Ausgleich für Schmerzen und sonstige immaterielle Nachteile nicht gewährt werden“<sup>5</sup> könne. Denn nach § 253 BGB in der bis 31.07.2002 geltenden Fassung, die nur aus dem heutigen § 253 Abs. 1 BGB bestand, konnte wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden. Dass das Gesetz nur ganz ausnahmsweise (§§ 847, 1300 BGB) eine billige Entschädigung auch „wegen

des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist“, kenne, und es sich hierbei um Tatbestände handele, in denen durch ein schuldhaftes Verhalten einem Dritten Unbill zugefügt worden und in diesen Fällen die Verpflichtung zur Entschädigungsleistung über den vermögensrechtlichen Schaden hinaus entscheidend in dem Gedanken der Genugtuung mitbegründet sei, zeige, dass nach dem Willen des Gesetzgebers bei allen sonstigen Haftungstatbeständen grds. kein Ausgleich für immaterielle Schäden zu gewähren sei.<sup>6</sup> Diese Folgerung entspreche auch dem Verständnis der §§ 74, 75 EinlALR, auf die das Rechtsinstitut des Aufopferungsanspruchs zurückgehe.<sup>7</sup> Es sei, so der BGH im Jahr 1956, dem Gesetzgeber überlassen, für Fälle des Eingriffs in das Recht des einzelnen auf Leben und körperliche Unversehrtheit eine andersartige Regelung des Entschädigungsrechts zu treffen und den in § 253 BGB normierten, nicht mehr allseits befriedigenden Grundsatz zu verlassen.<sup>8</sup>

3. Zunächst änderte der Gesetzgeber § 253 BGB nicht. Entsprechend hielt die Rechtsprechung an dem 1956 entwickelten Grundsatz fest. Erst 46 Jahre nach diesem Urteil wurde § 253 BGB um seinen heutigen Abs. 2 ergänzt.<sup>9</sup> Die Gesetzesbegründung verweist auf die vorausgegangene materiell-rechtliche Derogation<sup>10</sup> und die Zielrichtung, nunmehr einen allgemeinen Anspruch auf Schmerzensgeld ohne Unterschied, auf welchem Rechtsgrund die Haftung für die Verletzung beruhe, einzuführen. Ein einheitlicher Anspruch solle über die außervertragliche Verschuldenshaftung hinaus auch die Gefährdungshaftung und die Vertragshaftung mit einbeziehen, um Haftungslücken und auch Gerechtigkeitsdefizite – gerade auch bei Körper- und Gesundheitsverletzungen – zu beseitigen.

4. Trotz dieser Zielrichtung sprach die Vorinstanz dem Kläger kein Schmerzensgeld zu. Dabei hatte derselbe Senat des OLG Frankfurt erst 2013 im „Hundebissfall“ erkannt, dass die Gesamtheit der Regelungen nunmehr auf den Willen des Gesetzgebers schließen lasse, dass vor allem bei Körperverletzungen grds. eine Entschädigung für immaterielle Schäden gewährt werden solle. Daher sei sie auch im Rahmen des allgemeinen Aufopferungsanspruchs in den Fällen des § 253 Abs. 2 BGB gefordert.<sup>11</sup> Jetzt – 2017 – lehnte der Senat des

3 Fall nach OLG Frankfurt, Ur. v. 20.08.2013 - 1 U 69/13.

4 BGH, Ur. v. 13.02.1956 - III ZR 175/54 Rn. 7; vgl. auch BGH, Ur. v. 31.01.1966 - III ZR 118/64 Rn. 64.

5 BGH, Ur. v. 13.02.1956 - III ZR 175/54 Rn. 12.

6 BGH, Ur. v. 13.02.1956 - III ZR 175/54 Rn. 13.

7 BGH, Ur. v. 13.02.1956 - III ZR 175/54 Rn. 14.

8 BGH, Ur. v. 13.02.1956 - III ZR 175/54 Rn. 15.

9 Vgl. Art. 2 Nr. 2 des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 19.07.2002 (BGBl. I, 2674).

10 Dazu BGH, Ur. v. 07.09.2017 - III ZR 71/17 Rn. 12 f.; vgl. auch § 198 Abs. 2 Satz 2 GVG.

11 OLG Frankfurt, Ur. v. 20.08.2013 - 1 U 69/13 Rn. 20 (vgl. bei Fn. 4).

Oberlandesgerichts einen Anspruch auf Schmerzensgeld ab, weil der Aufopferungsanspruch eben kein Schadensersatzanspruch, sondern ein Entschädigungsanspruch sei. Die Gesichtspunkte, welche für die Höhe des Ausgleichs von Bedeutung sind, seien nur unselbstständige Elemente und bloße Berechnungsgrundlagen des Aufopferungsanspruchs.<sup>12</sup> Dabei verweist der Senat auf die Entscheidung zur „Bergbauphobie“.<sup>13</sup> Hier belehrt der BGH die Autoren,<sup>14</sup> nach denen in Fällen des § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB die Zahlung eines Schmerzensgeldes verlangt werden könne, „dass der Ausgleichsanspruch ... kein Schadensersatzanspruch ist ...; Voraussetzung für die Verpflichtung des Schädigers zur Zahlung eines Schmerzensgeldes ist jedoch das Bestehen eines Schadensersatzanspruchs (§ 253 Abs. 2 BGB). Fehlt es – wie hier – daran, ist die Vorschrift in § 253 Abs. 2 BGB auch nicht entsprechend anwendbar“.<sup>15</sup>

5. Den Folgerungen der Vorinstanz tritt der BGH mit knappen Worten entgegen. Seine Ausführungen zu § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB bezögen sich auf eine Forderung, die dem Interessenausgleich zwischen Nachbarn diene und auf dem Gedanken von Treu und Glauben im nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis beruhe, der kein Schmerzensgeld umfasse.<sup>16</sup> Die Herleitung des Aufopferungsanspruchs aus § 75 EinlALR zeige jedoch, dass aus seiner Natur keine Beschränkung auf materielle Schäden folge;<sup>17</sup> der aus § 75 EinlALR abgeleitete Grundsatz, dass der Staat denjenigen zu entschädigen habe, der seine besonderen Rechte und Vorteile dem Wohl des Gemeinwesens aufzuopfern genötigt werde, beinhalte auch, dass auch das Sonderopfer zu ersetzen sei, welches bei einem hoheitlichen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit in den daraus folgenden immateriellen Nachteilen bestehe.<sup>18</sup>

Schließlich stehe nicht entgegen, dass der allgemeine Aufopferungsanspruch kein Schadensersatzanspruch sei. Denn es gehe nicht um eine analoge Anwendung des § 253 Abs. 2 BGB, sondern darum, ob die billige und angemessene Entschädigung für ein im Zusammenhang mit einem hoheitlichen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit erbrachtes Sonderopfer von vornherein nur materielle und keine immateriellen Nachteile erfasse. Diese Frage sei – soweit keine (spezial) gesetzlichen Begrenzungen bestehen<sup>19</sup> – zu verneinen.<sup>20</sup>

### C. Kontext der Entscheidung

Nach § 74 EinlALR müssen einzelne Rechte des Bürgers bei einem Interessenwiderspruch den Rechten und Pflichten zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohls nachstehen. § 75 EinlALR hält in einem solchen Fall den Staat an, demjenigen, welcher seine besonderen Rechte – dass meint, seine Rechte in besonderer Weise – und Vorteile dem Wohl des gemeinen Wesens aufzuopfern genötigt wird, zu entschädigen.<sup>21</sup>

Diese Regelungen hatten ihren dogmatischen Hintergrund in der naturrechtlichen fundierten Lehre<sup>22</sup> zum *ius eminens* und der *iura quaestita*.<sup>23</sup> Diese zielte darauf, die weitgehenden Eingriffsmöglichkeiten der Staatsgewalt in das Eigentum des einzelnen Bürgers, die aus dessen persönlichen Verpflichtungsverhältnis gegenüber dem Staatsoberhaupt abgeleitet worden waren,<sup>24</sup> zu beschränken. Wohlerworbene Rechte, mithin solche, die im Rahmen der natürlichen, vorstaatlichen Eigentumsordnung erworben wurden,<sup>25</sup> waren an sich dem Zugriff der Staatsgewalt entzogen.<sup>26</sup> Daher stand ein Eingriff in die individuelle Rechte unter dem Vorbehalt, dass er zur Förderung des – weit definierten – Gesellschaftsvertrags erforderlich sei.<sup>27</sup> Zugleich forderte die Idee des Lastenausgleichs, dass, wenn dem Einzelnen eine besondere Belastung im Hinblick auf das Gemeinwohl zugemutet wird, er dieses Sonderopfer liquidieren kann.<sup>28</sup> In der Praxis wurde § 75 EinlALR alsbald eingrenzend ausgelegt. So wurde durch Kabinettsorder vom 04.12.1831 der Anwendungsbereich auf Ermessensentscheidungen der inneren Verwaltung beschränkt.<sup>29</sup> Ferner wurde aus der Kabinettsorder und der Konzeption der §§ 74, 75 EinlALR gefolgert, dass der Aufopfe-

12 OLG Frankfurt, Urt. v. 26.01.2017 - 1 U 31/15 Rn. 40.

13 Bei Fn. 1.

14 Beispielhaft Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, 13. Aufl. 1994, § 85 II 5b, S. 663.

15 BGH, Urt. v. 23.07.2010 - V ZR 142/09 Rn. 9 (vgl. bei Fn. 2); zustimmend Fritzsche in: BeckOK, BGB, § 906 Rn. 77, Stand: 15.06.2017; Roth in: Staudinger, BGB, 2016, § 906 Rn. 110.

16 BGH, Urt. v. 07.09.2017 - III ZR 71/17 Rn. 18.

17 BGH, Urt. v. 07.09.2017 - III ZR 71/17 Rn. 15.

18 BGH, Urt. v. 07.09.2017 - III ZR 71/17 Rn. 16.

19 Vgl. BGH, Urt. v. 31.01.1966 - III ZR 118/64 Rn. 68.

20 BGH, Urt. v. 07.09.2017 - III ZR 71/17 Rn. 18.

21 Vgl. Ferschl, Der öffentlich-rechtliche Aufopferungsanspruch – Seine Entwicklung und Entwicklungsmöglichkeiten, 1992, S. 10; Jansen, Der Anspruch auf Entschädigung bei Aufopferung und Enteignung, 1961, S. 40.

22 Vgl. beispielhaft Grotius, De iure belli ac pacis II, 14 § 17; dazu Pennitz, Der Enteignungsfall im römischen Recht der Republik und des Prinzipats, 1991, S. 6 ff.

23 Schack, BB 1956, 409; Pirsin in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte II, 1978, herausgegeben von Erler/Kaufmann, „Jura Quaestita“, Sp. 472 ff.

24 Jansen, Der Anspruch auf Entschädigung bei Aufopferung und Enteignung, 1961, S. 40 f.

25 Vgl. Kreft, JA 1975, 457.

26 Niesler, Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte 8 (2006/2007), 128, 129.

27 Böhmer, Der Staat 24 (1985), 157, 167; Bauer, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, 1986, S. 38 f.; Ferschl, Der öffentlich-rechtliche Aufopferungsanspruch – Seine Entwicklung und Entwicklungsmöglichkeiten, 1992, S. 7.

28 Vgl. Würtenberger in: Zur Ideen- und Rezeptionsgeschichte des Preussischen Allgemeinen Landrechts, 1999, S. 55, 57 f.; Grzeszick, Rechte und Ansprüche – Eine Rekonstruktion des Staatshaftungsrechts aus den subjektiven öffentlichen Rechten, 2002, S. 13.

29 RG, Beschl. v. 16.11.1937 - VII 200/36.

rungsanspruch einen rechtmäßigen Eingriff in privates Eigentum oder Vermögenswerte voraussetze,<sup>30</sup> die den Berechtigten aus Allgemeinwohlgründen ungleich mehr als andere belaste. Nach dem Reichsgericht war § 75 EinlALR in Hinblick auf die erwähnte Kabinettsorder ausdrücklich nicht anwendbar, wenn der Eingriff nicht das Eigentum, sondern die Gesundheit oder das Leben des Berechtigten verletzte.<sup>31</sup>

In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts trat mit der „Enteignung“ ein Institut hervor, welches das wesentliche Anwendungsfeld des allgemeinen Aufopferungsanspruchs aufnahm. Diese Entwicklung verstärkte sich, als Anfang des 20. Jahrhunderts zum einen der Kreis der möglichen Enteignungsobjekte erheblich erweitert<sup>32</sup> und ferner als Fall der Enteignung auch Eigentumsbeeinträchtigungen verstanden wurden.<sup>33</sup> Zwar hielt das Reichsgericht daran fest, dass der Aufopferungstatbestand neben der Enteignung einen eigenen Anwendungsbezug habe,<sup>34</sup> doch blieb die Abgrenzung unscharf.<sup>35</sup>

1953 vollzog der BGH dann eine grundlegende Wende. Er maß der Kabinettsorder vom 04.12.1831 nicht mehr die einschränkende Bedeutung wie das Reichsgericht bei:<sup>36</sup> Der in § 75 EinlALR normierte Grundsatz der Entschädigungspflicht des Staates sei gegenständlich nicht beschränkt, sondern umfasse jedes Sonderopfer, das der einzelne an irgendwelchen Rechtsgütern zum Wohle der Allgemeinheit zu erbringen genötigt werde.<sup>37</sup> Erfasst seien daher auch Eingriffe in Leben und Gesundheit, da diese Lebensgüter in ihrer Schutzwürdigkeit hinter den vermögenswerten Rechten in keiner Weise zurückstünden und zum Mindesten in gleicher Weise schutzwürdig seien.<sup>38</sup> Dabei sei die „Entschädigung“ keine Schadensersatzleistung im Sinne des BGB, die sämtliche Vermögensseinbußen umfasse, sondern solle einen Ausgleich für das Opfer bieten, das dem Betroffenen auferlegt ist.<sup>39</sup>

Nunmehr hat der BGH den Umfang des Ersatzes auch auf immaterielle Schäden erstreckt.

#### D. Auswirkungen auf die Praxis

Eine Recherche in den Datenbanken zeigt schnell, dass der Aufopferungsanspruch in seiner (stark) gewandelten Gestalt heute nicht selten thematisiert wird. Gerade bei rechtmäßigen Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit kommt er zum Tragen. Daher ist es ein wichtiger und folgerichtiger Schritt, dass nun auch in diesen Fällen Ersatz für immaterielle Schäden – quasi Schmerzensgeld – gewährt wird: Im Einzelfall – spezialgesetzliche Regelungen gehen weiterhin vor – umfasst der Entschädigungsanspruch auch immaterielle Nachteile.<sup>40</sup>

#### E. Bewertung

Roma locuta – causa finita. Nach den Gründen der Entscheidung von 1956<sup>41</sup> drängte sich auf, Schmerzensgeld in Fällen wie dem „Hundebissfall“ nach der Gesetzesände-

rung analog § 253 Abs. 2 BGB zu gewähren. Zwar setzt die Norm voraus, dass Schadensersatz zu leisten ist. Die unterschiedliche Zielsetzung des Aufopferungsanspruchs, der nach enteignungsrechtlichen Grundsätzen die durch die zu dulddende Einwirkung eingetretene Vermögenseinbuße entschädigen soll, zum Schadensersatzanspruch, der der Wiederherstellung des Zustands dient, der bestünde, wenn die Einwirkung nicht zu der unzumutbaren Beeinträchtigung geführt hätte, musste einer analogen Anwendung aber nicht entgegenstehen. Eine vergleichbare Interessenlage ließe sich mit Hinweis auf die Gesetzesbegründung gut darstellen.<sup>42</sup> Und dem Umstand, dass der Eingriff rechtmäßig war, könnte mit Blick auf die Genugtuungsfunktion im Einzelfall Rechnung getragen werden.

Diese Brücke nahm der BGH aber nicht. Vielmehr spricht er Ersatz des immateriellen Schadens nicht als Schadensersatz, sondern, anders als die Vorinstanz, als Teil der billigen Entschädigung zu. Hintergrund dürften die apodiktischen Worte in der Entscheidung von 2010 sein, dass § 906 Abs. 2 Satz 2 BGG kein Schadensersatzanspruch und daher aus diesem Grunde § 253 Abs. 2 BGB auch nicht entsprechend anwendbar sei.<sup>43</sup> Das schien weitergehend auch darauf zu deuten, dass allgemein beim Aufopferungsanspruch immaterielle Schäden nicht ausgeglichen werden. Ansonsten hätte nahegelegen, dass der BGH den nunmehrigen Ansatz, dass der Aufopferungsanspruch selbst bereits einen solchen Ausgleich beinhalten kann, bereits 2010 erwähnt hätte. Daher erklärt die Entscheidung von 2017, dass sich das Urteil zu § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB – der an sich geradezu als Musterfall des Aufopferungsanspruchs galt – dadurch erkläre, dass hier der Anspruch aus dem Grundstückseigentum abgeleitet sei. Ob diese Differenzierung trägt, darf bezweifelt werden.

30 Vgl. Niesler, Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte 8 (2006/2007), 128, 138.

31 So z.B. RG, Beschl. v. 16.11.1937 - VII 200/36 - „Pockenimpffall“.

32 Vgl. RG, Ur. v. 13.12.1924 - V 121/24; Niesler, Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte 8 (2006/2007), 128, 146 f.; siehe auch BGH, Beschl. v. 10.06.1952 - GSZ 2/52.

33 Vgl. RG, Ur. v. 03.07.1925 - VI 113/25; RG, Ur. v. 11.03.1927 - VI 346/26; Niesler, Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte 8 (2006/2007), 128, 147.

34 RG, Beschl. v. 16.11.1937 - VII 200/36.

35 Vgl. Schack, BB 1956, 409, 419; Kreft, JA 1975, 457, 463.

36 BGH, Ur. v. 19.02.1953 - III ZR 208/51 Rn. 20.

37 BGH, Ur. v. 19.02.1953 - III ZR 208/51 Rn. 22.

38 BGH, Ur. v. 19.02.1953 - III ZR 208/51 Rn. 25.

39 BGH, Ur. v. 19.02.1953 - III ZR 208/51 Rn. 33.

40 Vgl. BGH, Ur. v. 07.09.2017 - III ZR 71/17 Rn. 19.

41 Bei Fn. 15.

42 Vgl. Däubler, JuS 2002, 625, 626; Neuner, JuS 2013, 577, 579; Oetker in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2016, § 253 Rn. 20; Kapsa in: Geigel, Haftpflichtprozess, 27. Aufl. 2015, Kap. 21, Rn. 6; a.A. z.B. Singbartl/Zintl, NJW 2017, 3386; Kohler in: Staudinger, BGB, 2017, A. Einleitung zum Umwelthaftungsrecht, Rn. 101.

43 BGH, Ur. v. 23.07.2010 - V ZR 142/09 Rn. 9.

## Mutwilligkeit der Rechtsverfolgung im Mahnverfahren

BGH, Beschl. v. 10.08.2017 - III ZA 42/16

RiAG Dr. Frank O. Fischer

### A. Problemstellung

In dieser Entscheidung, die eine Rechtsbeschwerde in einem etwas kuriosen Fall betrifft, geht es um Fragen der Prozesskostenhilfe (PKH) im Mahnverfahren.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

#### I. Sachverhalt

Der Antragsteller beantragte den Erlass eines Mahnbescheides über 400.000.000 € (!) gegen das Landesamt für Finanzen als Antragsgegner, und zwar wegen angeblicher Schadensersatzansprüche aus „StrEG/aus Zinsen zum StrEG“. Gleichzeitig beantragte er die Bewilligung von PKH für das Mahnverfahren. Bei der Anhörung nach § 118 Abs. 1 Satz 1 ZPO teilte der Antragsgegner mit, Ansprüche des Antragstellers bestünden nicht, gegen einen Mahnbescheid würde Widerspruch eingelegt werden. Das Amtsgericht wies daraufhin den PKH-Antrag zurück. Das Landgericht wies die dagegen eingelegte sofortige Beschwerde gleichfalls zurück. Da bezüglich des Mahnverfahrens unterschiedliche Auffassungen zur Frage der Zulässigkeit der Prüfung der Erfolgsaussicht sowie zum Umfang dieser Prüfung in Rechtsprechung und Literatur vertreten werden, ließ das Landgericht die Rechtsbeschwerde zu. Der BGH hatte sodann über die für die Rechtsbeschwerde beantragte PKH zu entscheiden.

#### II. Entscheidung

Der BGH lehnt die Bewilligung von PKH für das Rechtsbeschwerdeverfahren ab. Die Rechtsbeschwerde selbst wird dann voraussichtlich gar nicht mehr eingelegt worden sein.

1. Grds. kann zwar keine PKH für das PKH-Verfahren selbst („PKH für PKH“) bewilligt werden, da dies im Gesetz nicht vorgesehen ist. Eine Ausnahme stellt jedoch das Rechtsbeschwerdeverfahren im PKH-Verfahren dar, da es in einem solchen Verfahren nur um Verfahrensfragen der PKH gehen kann.<sup>1</sup> Es darf nämlich nicht, die PKH abgelehnt und die Rechtsbeschwerde wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen werden, vielmehr ist in derartigen Fällen die PKH dann zu bewilligen und der Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren zu entscheiden.<sup>2</sup> Demgemäß konnte hier der PKH-Antrag für das Rechtsbeschwerdeverfahren vom BGH nicht mit der Begründung zurückgewiesen werden, dass eine Bewilligung von „PKH für PKH“ nicht möglich ist.

2. Erfolgsaussicht und fehlende Mutwilligkeit sind auch in der Revisionsinstanz die Voraussetzungen für die Bewilligung von PKH (§ 114 Abs. 1 Satz 1, § 119 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Auf die von den ersten beiden Instanzen thematisierte Frage der Erfolgsaussicht im Mahnverfahren geht der BGH (leider) nicht ein, sondern befasst sich lediglich direkt mit der Mutwilligkeit.

3. Mutwilligkeit liegt nach ständiger Rechtsprechung vor, wenn eine verständige Partei, die ihren Prozess selbst finanzieren müsste, bei vernünftiger Einschätzung der Prozesslage ihre Rechte so nicht verfolgen würde. Dasselbe ergibt sich nunmehr nach der Neufassung des Gesetzes mit etwas anderen Worten aus § 114 Abs. 2 ZPO. Sinnlose Verfahren sollen nicht auf Kosten der öffentlichen Hand finanziert werden. Danach liegen die Voraussetzungen der Mutwilligkeit im hier zu beurteilenden Fall vor: Gegen den Antragsteller liefen Strafverfahren, er wurde verurteilt, ein Verfahren wurde gem. § 154 Abs. 2 StPO eingestellt. Eine Entschädigungspflicht wurde in keinem der Verfahren festgestellt. Damit ist nicht ersichtlich, wie der Antragsteller den Anspruch gegen den Antragsgegner überhaupt begründen könnte. Die Einleitung eines Mahnverfahrens ergibt damit keinen Sinn. Die geplante Rechtsverfolgung erscheint damit als mutwillig. Die Rechtsbeschwerde wird damit erfolglos bleiben, mithin kann dafür keine PKH bewilligt werden.

4. Die Tatsache, dass das Landgericht die Rechtsbeschwerde zugelassen hatte, führt nicht quasi automatisch dazu, dass auch PKH für das Rechtsbeschwerdeverfahren zu bewilligen ist. Dies wird zwar oftmals der Fall sein, ist aber nicht zwingend, zumal hier die Mutwilligkeit der Rechtsverfolgung auf der Hand liegt.

#### C. Auswirkungen für die Praxis

Es ist höchstrichterlich entschieden, dass grds. auch für das Mahnverfahren PKH bewilligt werden kann. Wiewohl der Mahnbescheid ohne Anhörung des Antragsgegners erlassen wird, ist bei einem PKH-Antrag für ein Mahnverfahren der Antragsgegner grds. anzuhören. Beim Mahnverfahren ist dem Kriterium der Mutwilligkeit stets gesteigerte Aufmerksamkeit zu widmen. Die Frage, wie genau bei der Prüfung der Erfolgsaussichten im Mahnverfahren vorzugehen ist, wird leider nicht entschieden.

#### D. Bewertung

Der Entscheidung ist zuzustimmen. Hier hätte bereits in den ersten beiden Instanzen auf die Mutwilligkeit abgestellt werden müssen. Dann wäre es, da die Mutwilligkeit recht eindeutig gegeben ist, gar nicht erforderlich gewesen, die Rechtsbeschwerde zuzulassen.

1 BGH, Beschl. v. 19.12.2002 - III ZB 33/02.

2 BGH, Beschl. v. 21.11.2002 - V ZB 40/02.

## Nachträglicher Einbau eines Personenaufzuges auch ohne Zustimmung aller übrigen Wohnungseigentümer?

BGH, Urt. v. 13.01.2017 - V ZR 96/16

RA Dr. Gero Schneider, M.C.L.

### A. Problemstellung

Der BGH hatte sich in der hier besprochenen Entscheidung mit der Frage zu beschäftigen, ob der nachträgliche Einbau eines Personenaufzuges in einem gemeinschaftlich genutzten Treppenhaus durch einen Wohnungseigentümer auf dessen eigene Kosten auch ohne Zustimmung aller übrigen Wohnungseigentümer zur Herstellung von Barrierefreiheit erfolgen kann. Der BGH hatte dabei zu beachten, dass die Barrierefreiheit für ein schwerbehindertes Familienmitglied hergestellt werden sollte, welches sich nur zeitweise in der Wohnung aufhält.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Parteien des Rechtsstreites bilden eine Wohnungseigentümergeinschaft. Der 1936 geborene Kläger ist Eigentümer einer im fünften Obergeschoss befindlichen Wohnung, die er gemeinsam mit seiner Ehefrau bewohnt. In einer Eigentüerversammlung am 11.03.2014 beantragte der Kläger mit weiteren Wohnungseigentümern, welche nunmehr auf Beklagtenseite an dem Rechtsstreit beteiligt sind, den Einbau eines geräuscharmen und energieeffizienten Personenaufzuges auf ihre eigenen Kosten. Dieser sollte in den bislang offenen Schacht in der Mitte des Treppenhauses erbaut werden.

Erstinstanzlich verfolgte der Kläger das Ziel, die Beklagten zur Zustimmung zu verpflichten. Das Amtsgericht hat die Klage auf Verpflichtung zur Zustimmung zum Einbau des Personenaufzuges abgewiesen.

Vor dem Berufungsgericht richtete der Kläger seinen Antrag zuletzt auf eine Duldungspflicht der Beklagten und ergänzte den Antrag dahin gehend, dass die Antragsteller verpflichtet sein sollen, den Aufzug nach Auszug des letzten Antragstellers sachgerecht vollständig zurückzubauen. Hilfsweise beantragte der Kläger eine Beschlussfassung durch das Gericht nach billigem Ermessen.

Der Kläger verweist darauf, dass er auf den Aufzug angewiesen sei, da sich seine zu 100 % schwerbehinderte Enkeltochter an den Wochenenden, Feiertagen sowie bei Krankheit oder sonstigem Ausfall der Eltern bei ihm und seiner Ehefrau aufhalte. Die Schwerbehinderung sei eine komplexe Mehrfachbehinderung, die erhebliche Störungen der Motorik und Koordination beinhalte.

Das Landgericht hat dem Hilfsantrag des Klägers stattgegeben und im Wege der Beschlussfassung entschieden, dass die Wohnungseigentümergeinschaft die Errichtung und den Betrieb eines geräuscharmen, maschinenraumlosen Personenaufzuges in dem Treppenhaus durch den Kläger dulden muss. Die Kosten der Errichtung, des Betriebes sowie einer späteren Beseitigung des Aufzuges sollte der Kläger tragen, wobei es ihm unbenommen sei, mit weiteren Wohnungseigentümern eine GbR zur Errichtung und zum Betrieb des Personenaufzuges zusammenzuschließen. Die Nutzung könne dann auf diejenigen Wohnungseigentümer begrenzt werden, welche sich an den Kosten der Errichtung und Unterhaltung des Aufzuges in angemessener Höhe beteiligen. Zusätzlich soll der Kläger eine Sicherheitsleistung für die spätere Beseitigung des Aufzuges i.H.v. 110 % der hierfür erforderlichen Kosten erbringen, wobei die Höhe der Rückbaukosten der Kläger durch eine detaillierte Kostenschätzung des den Aufzug errichtenden Unternehmens belegen soll.

Auf die Revision der Beklagten hob der BGH die Entscheidung des Landgerichts auf und entschied in der Sache selbst, dass der nachträgliche Einbau eines Personenaufzuges durch einen Wohnungseigentümer auf eigene Kosten grds. nur mit Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer erfolgen kann.

Der BGH führt aus, dass ein Anspruch auf Zustimmung nach § 22 Abs. 2 WEG nicht bestehe. Eine qualifizierte Mehrheit sei in der Eigentüerversammlung vom 11.03.2014 nicht zustande gekommen. Nach Wortlaut, Sinn und Zweck des § 22 Abs. 2 WEG stelle diese Norm lediglich eine Beschlusskompetenz dar, nicht jedoch eine Anspruchsgrundlage.

Der BGH stellt klar, dass eine analoge Anwendung des § 554a Abs. 1 BGB nicht in Betracht komme, da es bereits an einer Planwidrigkeit der Regelungslücke fehlt: Der Gesetzgeber habe sich ausweislich BT-Drs. 16/887, S. 31 f. sowie BT-Drs. 18/10256, S. 9 f. bewusst gegen eine entsprechende Vorschrift im WEG entschieden.

Der BGH stellt ferner fest, dass vorliegend eine Maßnahme i.S.d. § 22 Abs. 1 WEG vorliege. Nach dessen Wortlaut („geschlossen oder verlangt“) sei die Beschlussersetzungsklage nach § 21 Abs. 8 WEG zwar statthaft. Eine Beschlussersetzung sei jedoch nur dann möglich, wenn die Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer entbehrlich sei. Hierfür sei entscheidend, ob den übrigen Wohnungseigentümern ein Nachteil i.S.d. § 22 Abs. 1 WEG i.V.m. § 14 Nr. 1 WEG erwachse, der „über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinausgeht“, wobei jede nicht ganz unerhebliche Beeinträchtigung einen Nachteil bedeute. In diesem Kontext stellt der BGH erneut klar, dass an dieser Stelle grds. eine Prüfung des Einzelfalls maßgeblich sei.

Es seien hierbei auch stets die Grundrechte der Eigentümer zu berücksichtigen. Die regelmäßige Betreuung eines schwerbehinderten Familienmitgliedes führe – auch aufgrund von Art. 6 GG – dazu, dass die Rechte des Klägers im Lichte des Art. 3 Abs. 3 GG auszulegen seien. Der Nachteil müsse dementsprechend über das bei einem geordneten Zusammenleben mit gehbehinderten Menschen unvermeidliche Maß hinausgehen.

Dies sei beim Einbau eines Personenaufzuges der Fall. Diese Maßnahme sei nachteilig und bedürfe der Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer. Denn der Einbau stelle einen nicht unerheblichen Eingriff in die Bausubstanz dar. Zudem könnten sich Verkehrssicherungspflichten auch für die übrigen Wohnungseigentümer ergeben, wenn der Fahrstuhl öffentlich zugänglich werde. Auch sei trotz Hinterlegung eines Rückbaubetrages durch den einbauwilligen Wohnungseigentümer denkbar, dass ein Rückbau zu einem späteren Zeitpunkt aus finanziellen oder technischen Gründen nicht stattfinden könne. Im Gegensatz zu anderen baulichen Maßnahmen, die eine Barrierefreiheit herstellen (Treppenlift oder Rollstuhlrampe) könne ein Personenaufzug damit nicht als temporär angesehen werden.

Zudem scheitere die Beschlussfassung, da mit dem Einbau des Fahrzeuges in das gemeinschaftlich genutzte Treppenhaus ein Sondernutzungsrecht geschaffen werde, das einer Vereinbarung bedürfe. Auf diese Vereinbarung bestehe kein Anspruch, da die Voraussetzungen des § 10 Abs. 2 Satz 3 nicht gegeben seien.

### C. Kontext der Entscheidung

Nach § 21 Abs. 8 WEG besteht die Möglichkeit für die Gerichte, nach billigem Ermessen zu entscheiden, wenn Wohnungseigentümer eine nach dem Gesetz erforderliche Maßnahme nicht treffen. Da die gerichtliche Beschlussersetzung in die Privatautonomie der Wohnungseigentümer eingreift, dürfen Maßnahmen nur insoweit angeordnet werden, als dies zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes unbedingt notwendig ist. Es ist stets – wie auch hier – im Einzelfall zu prüfen, ob und ggf. auf welche Weise es den Wohnungseigentümern ermöglicht werden kann, noch selbst in eigener Regie eine Entscheidung zu treffen.

### D. Auswirkungen für die Praxis

Im Hinblick auf die Beschlussersetzung ist auf Basis der hier besprochenen Entscheidung daher lediglich verallgemeinerungsfähig, dass eine Beschlussersetzung nur dann möglich ist, wenn die Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer entbehrlich ist, was daran zu messen ist, ob

diesen ein Nachteil entsteht, der über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinausgeht. Dies wird i.d.R. eher nicht der Fall sein, sodass Wohnungseigentümern, die wesentliche Bedürfnisse für ihr Wohnungseigentum haben, anzuraten ist, frühzeitig eine einvernehmliche Lösung mit den weiteren Wohnungseigentümern anzustreben. Auch wenn der BGH einen Anspruch auf den Einbau eines Personenaufzuges in Wohnungsgemeinschaftsanlagen im vorliegenden Fall verneint, stellt er dennoch fest, dass eine ordnungsgemäße Interessenabwägung regelmäßig ergeben müsse, dass die Anbringung eines Treppenlifts oder einer Rollstuhlrampe durch die übrigen Wohnungseigentümer zu dulden ist, wenn ein Wohnungseigentümer oder dessen Angehöriger unter einer erheblichen Gehbehinderung leidet.

### E. Bewertung

Das Ergebnis der Entscheidung ist zutreffend, da insbesondere die grundrechtlichen Aspekte der Interessenabwägung zwischen dem einzelnen Wohnungseigentümer und der Wohnungseigentümergeinschaft und den übrigen Wohnungseigentümern umfassend gewürdigt wurden. Es hat sich für den Kläger ein allgemeines Lebensrisiko verwirklicht, das nicht einseitig zulasten der Gemeinschaft aufgelöst werden kann. Dem Kläger muss bewusst gewesen sein, als er eine Wohnung im fünften Obergeschoss gekauft hat, dass diese mit niederschweligen Hilfsmitteln wie einem Treppenlift nicht ohne Weiteres zugänglich gemacht werden kann. Aus dem Grundgesetz lässt sich nicht ableiten, dass die daraus resultierenden Erschwernisse zulasten der übrigen Wohnungseigentümer abzuwenden sind. Deren Wohnungseigentum ist nämlich ggf. ebenfalls schwer veräußerlich und würde mit zusätzlichen Nachteilen und Haftungsrisiken belastet.

## Arbeitsrecht

### Der Einsatz von Keyloggern am Dienst-PC – keine anlasslose Dauerüberwachung am Arbeitsplatz

BAG, Urt. v. 27.07.2017 - 2 AZR 681/16

RA'in und FA'in für Arbeitsrecht und für Sozialrecht  
Dr. Nathalie Oberthür

#### A. Problemstellung

Nicht nur das Privatleben, auch der Arbeitsalltag findet zunehmend im virtuellen Raum statt. Dabei verschwim-

men immer wieder die Grenzen zwischen Berufs- und Privatleben; während einerseits dienstliche Erreichbarkeit auch im privaten Raum gefordert wird, werden andererseits am Arbeitsplatz auch vielfältige private Interessen verfolgt. Gleichzeitig verbessert der technische Standard die Möglichkeiten des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer zu überwachen und mögliches Fehlverhalten aufzudecken. Nicht alles, was technisch machbar ist, ist allerdings auch rechtlich zulässig. Vielmehr sind bei der Überwachung von Arbeitnehmern enge datenschutzrechtliche Grenzen zu beachten.

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Kläger war seit 2011 bei der Arbeitgeberin als Webentwickler beschäftigt. Ihm war die private Nutzung der betrieblichen Hard- und Software untersagt, wenn auch dieses Verbot im betrieblichen Alltag nicht uneingeschränkt gelebt wurde. Im Jahr 2015 installierte die Arbeitgeberin auf ihren dienstlichen PCs eine Software, mit der sämtliche Tastatureingaben protokolliert und in regelmäßigen Abständen Screenshots gefertigt wurden („Keylogger“). Sie informierte die Mitarbeiter hierüber per E-Mail und forderte sie auf, ihr mitzuteilen, wenn sie damit nicht einverstanden seien. Weder der Kläger noch dessen Kollegen erhoben Widerspruch. Die später ausgewerteten Aufzeichnungen ergaben, dass der Kläger den PC auch zu privaten Zwecken genutzt hatte. Er hatte ein Computerspiel programmiert und E-Mail-Verkehr für das Logistikunternehmen seines Vaters abgewickelt. Nach Angaben des Klägers hatte er auf die Programmierung des Computerspiels über mehrere Monate hinweg insgesamt etwa drei Stunden verwandt und sei etwa zehn Minuten täglich, meist in seiner Freizeit, für das Unternehmen seines Vaters tätig gewesen. Die Arbeitgeberin verwies darauf, dass der Kläger ausweislich der Aufzeichnungen des Keyloggers für das Unternehmen seines Vaters 5.221 E-Mails empfangen und 5.835 Nachrichten versandt und auf die Programmierung des Computerspiels erheblich mehr Zeit aufgewandt hatte als die angegebenen drei Stunden.

Das BAG hat der Kündigungsschutzklage in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen stattgegeben. Die von dem Kläger eingeräumte Privatnutzung stelle zwar einen Pflichtenverstoß dar; dieser sei allerdings nicht so gravierend, dass eine Kündigung ohne vorherige Abmahnung gerechtfertigt sei. Die durch die Auswertung des Keyloggers erlangten Informationen über die darüber hinausgehende, offensichtlich exzessive Privatnutzung des dienstlichen PC, die eine außerordentliche Kündigung möglicherweise hätte rechtfertigen können, ließ das BAG unverwertet. Der Einsatz eines Keyloggers – gleichgültig,

ob dieser heimlich oder mit Kenntnis des Arbeitnehmers eingesetzt werde – greife massiv in das Recht des Arbeitnehmers auf informationelle Selbstbestimmung ein. Dieser Eingriff sei nach den Bestimmungen des Datenschutzgesetzes nicht gerechtfertigt gewesen. Ein auf Tatsachen begründeter Verdacht, dass der Kläger gegen das Verbot der Privatnutzung verstoßen habe, habe vor Durchführung der Überwachung nicht vorgelegen. Zwar könnten auch ohne konkreten Anlass Maßnahmen ergriffen werden, um die Einhaltung des Verbots der Privatnutzung zu überprüfen. Eine solche Maßnahme müsse allerdings dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen und dürfe den Arbeitnehmer nicht über Gebühr belasten. Zu diesem Zweck kämen stichprobenartige Überprüfungen durchaus in Betracht, nicht aber die dauerhafte Rundumüberwachung des Arbeitnehmers. Der Einsatz des Keyloggers sei auch nicht durch eine Einwilligung des Klägers gerechtfertigt gewesen; einer freiwillig erteilten datenschutzrechtlichen Einwilligung sei das bloße Unterlassen eines Widerspruchs nicht gleichzusetzen. Da die gerichtliche Verwertung der rechtswidrig erlangten Daten den Eingriff der Arbeitgeberin in die Persönlichkeitsrechte des Klägers weiter vertieft hätte, blieb die Arbeitgeberin mit ihrem Vortrag im Prozess erfolglos, sodass ein die Kündigung rechtfertigender wichtiger Grund nicht angenommen werden konnte.

## C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung vom 27.07.2017 fügt sich nahtlos in die Rechtsprechungslinie des BAG zur Arbeitnehmerüberwachung ein. Sie bestätigt zunächst das bereits in der Entscheidung vom 29.06.2017<sup>1</sup> ausführlich begründete Verhältnis der Regelungen in § 32 Abs. 1 Satz 1 und 2 BDSG. Gemäß § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten zur Aufdeckung von Straftaten nur dann erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass der Arbeitnehmer eine Straftat begangen hat. Aus dem Wortlaut dieser Regelung ist teilweise geschlossen worden, dass eine anlassbezogene Überwachung von Arbeitnehmern nur zur Verfolgung von Straftaten zulässig sei, nicht aber zur Verfolgung von Pflichtverletzungen außerhalb des strafrechtlich relevanten Bereichs; ein Rückgriff auf § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG sei in diesen Fällen ausgeschlossen.<sup>2</sup> Demgegenüber bestätigt das BAG erneut, dass die Erlaubnisnorm des § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG, nach der die Erhebung von Daten zur Durchführung des

1 BAG, Urt. v. 29.06.2017 - 2 AZR 597/16.

2 ArbG Stuttgart, Urt. v. 20.07.2016 - 4 Sa 61/15; Brink, juris-PR-ArbR 36/2016 Anm. 2.

Beschäftigungsverhältnisses zulässig ist, nicht nur zur anlasslosen Überwachung pflichtgemäßen Arbeitnehmerverhaltens, sondern auch zur Rechtfertigung einer anlassbezogenen Datenerhebung herangezogen werden kann, mit der Pflichtverletzungen unterhalb der Schwelle der Strafbarkeit aufgedeckt werden sollen. Zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes muss indes auch in diesen Fällen die Wertung des § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG Berücksichtigung finden, insbesondere muss der Überwachung ein tatsächlicher Verdacht zugrunde liegen, dass der Arbeitnehmer eine Pflichtverletzung begangen hat.

Die Entscheidung vom 27.07.2017 bestätigt weiterhin, dass die anlasslose Dauerüberwachung von Arbeitnehmern grds. unzulässig ist, unabhängig davon, ob diese heimlich oder mit Kenntnis des Arbeitnehmers erfolgt. Überwachungsmaßnahmen, die einer (verdeckten) Videoüberwachung gleichkommen, sind einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterziehen; dabei sind weniger eingriffsintensive Maßnahmen, die keinen vergleichbaren Anpassungsdruck bei dem Arbeitnehmer erzeugen, wie stichprobenartige oder zeitlich begrenzte Kontrollen, stets vorzuziehen. Eine Überwachung durch einen Keylogger kann demnach in Ausnahmefällen zwar zulässig sein, dies aber regelmäßig nur dann, wenn bei tatsachenbasiertem Verdacht keine andere Möglichkeit der Aufklärung in Betracht kommt und die Überwachung auf das notwendige Mindestmaß beschränkt wird.<sup>3</sup>

Zu der Frage, ob Informationen, die unter Verstoß gegen das BDSG erlangt worden sind, im arbeitsgerichtlichen Verfahren verwertet werden dürfen, hat das BAG mit der Entscheidung vom 27.07.2017 einen geringfügig neuen Akzent gesetzt. Die prozessuale Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Daten hängt nach der Rechtsprechung des BAG davon ab, ob dies aufgrund der verfassungsrechtlich geschützten Position des betroffenen Arbeitnehmers zwingend geboten ist.<sup>4</sup> Dabei hat das BAG wiederholt ausgeführt, dass die Bestimmungen des BDSG den Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und am eigenen Bild zwar konkretisieren, für sich genommen jedoch nicht anordnen, dass unter ihrer Missachtung gewonnene Erkenntnisse oder Beweismittel bei der Feststellung des Tatbestands im arbeitsgerichtlichen Verfahren vom Gericht nicht berücksichtigt werden dürften.<sup>5</sup> In der Entscheidung vom 27.07.2017 nimmt das BAG auf diese Entscheidungen Bezug, führt aber weiter aus, dass Erkenntnisse, die der Arbeitgeber im Anwendungsbereich des § 32 Abs. 1 BDSG unter Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung gewonnen hat, allenfalls ausnahmsweise im Rechtsstreit verwertet werden dürfen. Der Verstoß gegen die Vorschriften des BDSG führt deshalb im Regelfall zur prozessualen Unverwertbarkeit der so erlangten Information.

#### D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung bestätigt die zunehmende Bedeutung datenschutzrechtlicher Vorgaben im Arbeitsverhältnis. Auch wenn Datenschutz nicht Täterschutz ist oder sein soll,<sup>6</sup> wird doch die Verletzung datenschutzrechtlicher Grundsätze bei der Überwachung von Arbeitnehmern im Regelfall dazu führen, dass die dadurch gewonnenen Erkenntnisse nicht verwertet werden können. Die Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist deshalb zentrales Element jedweder Überwachung von Arbeitnehmern. Überwachungsmaßnahmen dürfen nur durchgeführt werden, wenn sie einem berechtigten Zweck dienen und die ergriffenen Maßnahmen geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sind, indem insbesondere die das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer am wenigsten beeinträchtigende Maßnahme gewählt wird. Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass nach einer Entscheidung des EGMR vom 05.09.2017<sup>7</sup> die Überwachung von Arbeitnehmern nur dann verhältnismäßig ist, wenn diese vorab „über die Möglichkeit, die Art und das Ausmaß von Kontrollen informiert“ wurden. Ein allgemeiner Hinweis auf mögliche Überwachungsmaßnahmen ist deshalb jedenfalls immer dann erforderlich, wenn, wie in dem vom EGMR entschiedenen Fall, anlasslose Überwachungsmaßnahmen ergriffen werden sollen.

#### E. Bewertung

Die strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen des § 32 Abs. 1 BDSG und die hieraus abgeleiteten prozessualen Konsequenzen führen zu einem angemessenen Ausgleich zwischen den berechtigten Informationsinteressen des Arbeitgebers und den schutzwürdigen Persönlichkeitsrechten der Arbeitnehmer. Das für den 25.05.2018 bevorstehende Inkrafttreten der DS-GVO und des neu gefassten BDSG, das die Regelungen des § 32 Abs. 1 BDSG in § 26 BDSG n.F. insoweit unverändert übernimmt, wird daran nichts ändern. Allerdings werden sich aus der DS-GVO weitergehende Rechtsfolgen aus der Verletzung datenschutzrechtlicher Bestimmungen ergeben, indem etwa Art. 82 Abs. 1 DS-GVO ausdrücklich einen Anspruch des Betroffenen auf den Ersatz materiellen und immateriellen Schadens begründet. Es bleibt abzuwarten, ob und in welchem Umfang die Arbeitsgerichtsbarkeit ihre Rechtsprechung zu dem Ersatz immateriellen Schadens bei Verletzungen des Persönlichkeitsrechts durch Datenschutzverstöße ausweiten wird.

<sup>3</sup> BAG, Urt. v. 27.07.2017 - 2 AZR 681/16.

<sup>4</sup> BAG, Urt. v. 22.09.2016 - 2 AZR 848/15.

<sup>5</sup> BAG, Urt. v. 29.06.2017 - 2 AZR 597/16; BAG, Urt. v. 20.10.2016 - 2 AZR 395/15; BAG, Urt. v. 22.09.2016 - 2 AZR 848/15.

<sup>6</sup> LArbG Köln, Urt. v. 29.09.2014 - 2 Sa 181/14 Rn. 33.

<sup>7</sup> EGMR, Urt. v. 05.09.2017 - 61496/08.



## Ist das Kunst oder kann das weg?

### Die Kunst im Künstlersozialversicherungsrecht

Ri'inBSG Dr. Ursula Waßer

#### A. Soziale Absicherung von Künstlern

Das Jahreseinkommen von Sean Combs (Diddy) schätzt das in den USA erscheinende Wirtschaftsmagazine Forbes für den Zeitraum von Juni 2016 bis Juni 2017 auf rund 130 Mio. US-Dollar, das von Beyoncé auf rund 105 Mio. US-Dollar.<sup>1</sup> Solche Meldungen, ggf. gepaart mit Bildern aus einem glamourösen Luxusleben, stehen oft im Zentrum medialer Aufmerksamkeit, obwohl sie angesichts des statistischen Materials zum Durchschnittseinkommen freischaffender Künstler (und Publizisten) für die meisten von ihnen nicht viel mit der Wirklichkeit gemein haben. Denn danach bleibt eine künstlerische Tätigkeit für viele Freischaffende dauerhaft die sprichwörtlich „brotlose Kunst“, mit der eine Existenzgrundlage kaum zu sichern ist.<sup>2</sup>

Es ist aber nicht allein das geringe Einkommensniveau der aktiven Künstler und Publizisten, das den Gesetzgeber vor 35 Jahren (1983) veranlasste, die Künstlersozialversicherung (KSV) zu schaffen.<sup>3</sup> Vielmehr ist die Kultur- und Kreativwirtschaft ein dynamischer, innovativer Wirtschaftszweig von wachsender volkswirtschaftlicher Bedeutung,<sup>4</sup> dessen Unternehmen technisch versiert und konzeptionell flexibel sind, forschungsnah und innovativ arbeiten und als Ideengeber und Innovationstreiber wirken.<sup>5</sup> Vor allem aber sind Kreativität und Ideenreichtum in Kunst und Publizistik elementare Bausteine einer lebendigen, offenen, toleranten und demokratischen Gesellschaft. Künstlerische und publizistische Beiträge sind im gesellschaftlichen Diskurs unverzichtbar und eine wesentliche Grundlage der Meinungsbildung und Demokratie.

Die Bedeutung einer hinreichenden sozialen Absicherung von Künstlern und Publizisten kann nur vor diesem gesamtgesellschaftlichen Hintergrund bemessen werden. Die KSV bietet heute rund 180.000 selbstständigen Künstlern und Publizisten<sup>6</sup> den sozialen Schutz der gesetzlichen Renten-, Kranken- und Pflegeversicherung. In Anlehnung an die paritätische Finanzierung der allgemeinen Sozialversicherung für Arbeitnehmer wird die KSV solidarisch von den Versicherten und von Kunst bzw. Publizistik verwertenden Unternehmen sowie durch einen Bundeszuschuss finanziert. Selbstständige Künstler und Publizisten zahlen daher nur die Hälfte der Beiträge,<sup>7</sup> die andere Hälfte wird zu 30 %

von den zur Künstlersozialabgabe (KSA) herangezogenen Unternehmern sowie zu 20 % durch den Bundeszuschuss aufgebracht. Die KSV ist damit einzigartig in Europa.

Im Mittelpunkt des KSV-Rechts steht der Begriff der Kunst. Um diesen Begriff wird gestritten, sowohl wenn es um die Zugehörigkeit zum versicherungspflichtigen Personenkreis geht, der in den Genuss der nur hälftigen Beiträge gelangen möchte, als auch in Fällen, in denen sich Unternehmer gegen die Erhebung der KSA wenden. In diesem Zusammenhang ist der Begriff der Kunst zu definieren, abzugrenzen und handhabbar zu machen, und im Folgenden sollen die damit verbundenen Schwierigkeiten unter besonderer Berücksichtigung der dazu ergangenen Rechtsprechung dargestellt werden.

#### B. Die Definition der Kunst oder die Kunst der Definition

Schon die alten Griechen wussten, dass Schönheit (damals weitgehend gleichgesetzt mit Kunst) im Auge des Betrach-

1 <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/283299/umfrage/musiker-und-bands-mit-dem-hoechsten-jahreseinkommen/> (zuletzt abgerufen am 12.01.2018).

2 Vgl. Haak/Schneider, Zur sozialen Absicherung von selbstständigen Künstlern – Eine Bestandsaufnahme, 2012, insbesondere S. 5, 13, 23 f.

3 Die Schaffung der KSV ist vor allem durch den „Künstlerbericht“ der Bundesregierung aus dem Jahr 1975 (BT-Drs. 7/3071) sowie eine entsprechende Untersuchung der wirtschaftlichen Lage freier Publizisten (Fohrbeck/Wiesand, Der Autorenreport 1972) veranlasst worden, in denen der unzureichende soziale Schutz der meisten selbstständigen Künstler und Publizisten dokumentiert ist.

4 Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Broschüre „Künstlersozialversicherung“, Stand: Januar 2016, S. 85. Danach liegt die Bruttowertschöpfung der Kultur- und Kreativwirtschaft mit 67,5 Mrd. € noch vor der chemischen Industrie (40,8 Mrd. € in 2013), der Energieversorgung (50,8 Mrd. € in 2013) und den Finanzdienstleistern (64,8 Mio. € in 2013).

5 Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Broschüre „Künstlersozialversicherung“, Stand: Januar 2016, S. 85.

6 Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Broschüre „Künstlersozialversicherung“, Stand: Januar 2016, S. 3.

7 Gegebenenfalls zzgl. des Zusatzbeitrags zur Krankenversicherung und des Beitragszuschlags für Kinderlose in der sozialen Pflegeversicherung.

ters liegt.<sup>8</sup> Peter Hacks formulierte, der Begriff der Kunst sei so reich, dass es keinen Satz über Kunst gebe, der nicht wahr wäre;<sup>9</sup> Joseph Beuys kreierte den sog. „erweiterten Kunstbegriff“, nach dem die Kreativität, über die jeder freie Mensch verfüge, einen Künstler ausmache, weshalb letztlich jeder Mensch ein Künstler sei;<sup>10</sup> von Pablo Picasso stammt der Satz: „Wenn ich wüsste, was Kunst ist, würde ich es für mich behalten“<sup>11</sup>, und der Satz: „Ist das Kunst oder kann das weg?“ ist im Zusammenhang mit der im Jahr 1986 durch Reinigungskräfte entfernten „Fettecke“ von Joseph Beuys und ähnlichen Kunstskandalen aufgekomen und verdeutlicht anschaulich die Schwierigkeiten, Kunst als solche zu erkennen.<sup>12</sup> Das Dynamische und Offene gehört zum Wesen der Kunst und lässt sich schwer mit ab- und ausgrenzenden Definitionen vereinbaren. Dies veranlasste Helmut Lachenmann zu der Warnung: „Wehe, wenn es uns gelänge, den Begriff zu definieren und damit zu zementieren!“<sup>13</sup>

Die Suche nach Kriterien zur Unterscheidung von Kunst und Nicht-Kunst ist aber im Rahmen des Rechts der KSV unabdingbar, denn die besondere soziale Sicherung nach dem KSVG wird eben nur selbstständigen Künstlern (und Publizisten) gewährt (§ 1 KSVG), und abgabepflichtig sind nur solche Unternehmer, die mit einer gewissen Regelmäßigkeit Entgelte für künstlerische (oder publizistische) Werke oder Leistungen an selbstständige Künstler (bzw. Publizisten) zahlen (§§ 24, 25 KSVG).

### C. Verfassungsrechtliche Konturen des Kunstbegriffs

Bei der Suche nach einer Definition für die Kunst lohnt ein Blick zu anderen Rechtsbereichen, die sich mit Kunst befassen, insbesondere in die Verfassung, denn die Freiheit der Kunst ist in Art. 5 Abs. 3 GG grundrechtlich geschützt. Auch der Grundrechtsschutz verlangt einen abgrenzbaren Schutzbereich. Bei der Frage, inwieweit parallele Begriffsbestimmungen sinnvoll sind, ist aber zu berücksichtigen, dass es sich bei dem Kunstbegriff – gerade weil ihm allgemeinsprachlich kaum Konturen beigemessen werden – um einen juristischen Zweckbegriff handelt, an den das Recht sinnvoll bestimmte Rechtsfolgen anknüpfen kann.<sup>14</sup>

Der Verfassungsrang der Kunstfreiheit steht vor dem Hintergrund der Erfahrungen aus der Zeit des Nationalsozialismus und schließt daher eine von der Staatsgewalt ausgehende wertende Einengung des Kunstbegriffs unter allen Umständen aus. Die Anerkennung der Kunststeigenschaft darf nicht von einer staatlichen Stil-, Niveau- oder Inhaltskontrolle oder von einer Beurteilung der Wirkung des Kunstwerks abhängig gemacht werden.<sup>15</sup>

Vor diesem Hintergrund hat das BVerfG schon in den frühen Entscheidungen zum Kunstbegriff konstatiert, dass sich

nicht an einen gefestigten Begriff der Kunst im außerrechtlichen Bereich anknüpfen lasse, da eine zureichende Bestimmung dieses Begriffs weder der Kunsttheorie zu entnehmen noch durch Selbstreflexionen der ausübenden Künstler über ihr eigenes Tun und über den Gegenstand ihrer Kunst gelungen sei. Vielmehr ziele eine „Avantgarde“ gerade darauf ab, die Grenzen der Kunst zu erweitern. Es gehöre zu den Eigenheiten der Kunst, keine starren Formen und strengen Konventionen zu akzeptieren, sodass jedenfalls ein weiter Kunstbegriff zu respektieren sei, der sich nicht durch einen für alle Äußerungsformen künstlerischer Betätigung und für alle Kunstgattungen gleichermaßen gültigen allgemeinen Begriff umschreiben lasse.<sup>16</sup>

Deshalb knüpft das BVerfG zur Abgrenzung dessen, was vom Grundrechtsschutz der Kunstfreiheit umfasst ist, an die das Wesen der Kunst prägenden, ihr allein eigenen Strukturmerkmale an. Das Wesentliche der künstlerischen Betätigung ist die freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden. Alle künstlerische Tätigkeit ist ein Ineinander von bewussten und unbewussten Vorgängen, die rational nicht aufzulösen sind. Beim künstlerischen Schaffen wirken Intuition, Fantasie und Kunstverstand zusammen; es ist primär

8 Das soll bereits der griechische Flottenkommandant Thukydides etwa 400 Jahre vor Christi Geburt gesagt haben, vgl. [www.aphorismen.de/suche?f\\_autor=3763\\_Thukydides&f...Schönheit](http://www.aphorismen.de/suche?f_autor=3763_Thukydides&f...Schönheit) oder [www.focus.de/fotos/schoenheit-liegt-im-auge-des-betrachters-soll-bereits-der-griechische-flottenkommandant-thukydides-etwa-400-jahre-vor-christi-geburt-gesagt-haben-zwar-hatte-er-sicher-nicht-diese-spanische-schmucktaube-buchon-granadino-im-sinn-haette-es-aber-durchaus-haben-koennen\\_id\\_6484730.html](http://www.focus.de/fotos/schoenheit-liegt-im-auge-des-betrachters-soll-bereits-der-griechische-flottenkommandant-thukydides-etwa-400-jahre-vor-christi-geburt-gesagt-haben-zwar-hatte-er-sicher-nicht-diese-spanische-schmucktaube-buchon-granadino-im-sinn-haette-es-aber-durchaus-haben-koennen_id_6484730.html) (zuletzt abgerufen am 12.01.2018).

9 So angegeben unter <https://de.wikiquote.org/wiki/Kunst> unter „Zitate“, dort benannte Fundstelle: Peter Hacks, Die Maßgaben der Kunst (zuletzt abgerufen am 12.01.2018).

10 So angegeben z.B. unter [https://de.wikipedia.org/wiki/Erweiterter\\_Kunstbegriff](https://de.wikipedia.org/wiki/Erweiterter_Kunstbegriff) m.w.N. (zuletzt abgerufen am 12.01.2018).

11 So angegeben z.B. unter [www.kunstzitate.de/bildendekunst/kuenstlerueberkunst/picasso\\_pablo.htm](http://www.kunstzitate.de/bildendekunst/kuenstlerueberkunst/picasso_pablo.htm); oder <https://zitatezumnachdenken.com/pablo-picasso/10647> (zuletzt abgerufen am 12.01.2018).

12 Vgl. hierzu z.B. [www.stuttgarter-nachrichten.de/inhalt.kaputte-kunst-ist-das-kunst-oder-kann-das-weg.3ad82459-89ca-43df-8cf6-9c21701db0a2.html](http://www.stuttgarter-nachrichten.de/inhalt.kaputte-kunst-ist-das-kunst-oder-kann-das-weg.3ad82459-89ca-43df-8cf6-9c21701db0a2.html) (zuletzt abgerufen am 12.01.2018).

13 Helmut Lachenmann in einem Interview mit der ZEIT am 29.04.2004: [www.zeit.de](http://www.zeit.de) › DIE ZEIT Archiv › Jahrgang 2004 › Ausgabe: 19.

14 Vgl. dazu Schriever in: Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, 2004, S. 709, 711.

15 BVerfG, Beschl. v. 27.11.1990 - 1 BvR 402/87 unter Hinweis auf BVerfG, Beschl. v. 03.06.1987 - 1 BvR 313/85; BVerfG, Beschl. v. 07.03.1990 - 1 BvR 266/86; vgl. auch Burghart in: Leibholz/Rinck, GG, 74. Lieferung 07.2017, Art. 5 GG Rn. 1026; Schriever in: Festschrift Sozialrecht – eine Terra incognita, 2009, S. 155, 162 ff.

16 Z.B. BVerfG, Beschl. v. 17.07.1984 - 1 BvR 816/82 unter Hinweis auf BVerfG, Beschl. v. 10.05.1972 - 1 BvR 286/65.

nicht Mitteilung, sondern Ausdruck, und zwar unmittelbarster Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Künstlers.<sup>17</sup>

## D. Der Begriff der Kunst im Recht der KSV

### I. § 2 Satz 1 KSVG

Auch im Recht der KSV hat der Gesetzgeber bewusst auf eine inhaltliche Definition verzichtet und lediglich eine formale Einordnung vorgenommen, um jede Qualitätsbewertung zu vermeiden. Nach § 2 Satz 1 KSVG ist Künstler im Sinne dieses Gesetzes, wer Musik, darstellende oder bildende Kunst schafft, ausübt oder lehrt.<sup>18</sup> Danach wird die Eigenschaft eines Künstlers anhand seiner Tätigkeit identifiziert. Mit den benannten drei Tätigkeitsformen – das Schaffen, Ausüben und Lehren – wird künstlerisches Tun umfassend einbezogen. Zur Frage, auf welche Inhalte das Tun gerichtet sein muss, um es der Kunst zuzuordnen, beschränkt sich die Vorschrift auf die Benennung von drei Bereichen der Kunst (Musik, darstellende und bildende Kunst).<sup>19</sup>

### II. Der „Bericht der Bundesregierung über die wirtschaftliche und soziale Lage der künstlerischen Berufe (Künstlerbericht)“ 1975

Die damit gesetzlich vorgegebene Orientierung an einer Typologie der Ausübungsformen knüpft an den „Bericht der Bundesregierung über die wirtschaftliche und soziale Lage der künstlerischen Berufe (Künstlerbericht)“ aus dem Jahr 1975<sup>20</sup> an. Dort werden Berufsbezeichnungen und dazugehörige Tätigkeiten aufgeführt, die zur Zeit der Erstellung dieses Berichtes nach allgemeiner Verkehrsauffassung dem Bereich der Kunst zugeordnet wurden. Nach den Materialien zum KSVG soll der Begriff der Kunst auf jeden Fall die dort aufgeführten künstlerischen Tätigkeiten umfassen.<sup>21</sup> Der Kunstbegriff im KSVG ist deshalb an Tätigkeiten und Berufsfeldern orientiert, die inhaltlich der Kunst zuzurechnen sind, wenn sie den Gattungsanforderungen eines bestimmten Kunsttyps (Musik, Theater, Gemälde etc.) gerecht werden. Qualität oder Werk- bzw. Gestaltungshöhe sind dabei keine berücksichtigungsfähigen Kategorien.

Der Künstlerbericht 1975 gibt allerdings nur die damalige Verkehrsauffassung zum Bereich der Kunst wieder und ist deshalb nicht abschließend. Bei der Einordnung von Tätigkeiten, die es bei der Erstellung des Berichts noch nicht gab<sup>22</sup> oder die nur von einer so kleinen Gruppe ausgeübt wurden, dass sie vermutlich außer Betracht geblieben sind,<sup>23</sup> hilft er nicht unmittelbar weiter. Der Senat hat zuletzt in einer Entscheidung vom 29.11.2016<sup>24</sup> betont, dass der Künstlerbericht mit seinen Katalogberufen lediglich eine Einordnungshilfe ist, anhand derer selbstständig nachzuvollziehen ist, ob die zu beurteilende Tätigkeit nach den für die Aufstellung des Künstler-

berichts maßgebenden Kriterien einem der drei Bereiche künstlerischer Tätigkeit zuzuordnen ist und ob sie weder als Traditions- und Brauchtumpflege noch als (Kunst-)handwerkliche Tätigkeit – oder auch weil sie dem technischen oder sportlichen Bereich zuzuordnen ist – aus dem Schutzbereich des KSVG ausgeschlossen ist. Würde der Bericht die Vielfalt und Dynamik in der Entwicklung künstlerischer oder publizistischer Berufstätigkeit missachten und neuartige Kunstformen ausschließen, stünde dies dem bewusst offengehaltenen Kunstbegriff des § 2 KSVG entgegen.<sup>25</sup>

Die Künstlersozialkasse veröffentlicht auf ihrer Internetseite einen aktualisierten Künstlerkatalog,<sup>26</sup> der sich am Künstlerbericht von 1975 orientiert und um die – insbesondere nach der Rechtsprechung des BSG – neu hinzugekommenen Tätigkeiten und Berufsfelder erweitert, aber naturgemäß ebenfalls nicht abschließend ist.

### III. Weitere Abgrenzungen und ausgewählte Entscheidungen des BSG

In der Praxis bestehen die Schwierigkeiten häufig in der Klärung der Frage, ob die streitbefangene Tätigkeit einer der im Künstlerbericht oder im aktuellen Künstlerkatalog der Künstlersozialkasse bereits aufgeführten künstlerischen Tätigkeit zuzuordnen ist. Dies entscheidet die Rechtsprechung i.d.R. anhand des Schwerpunkts der konkreten Tätigkeit im Einzelfall. So war bereits mehrfach die Frage zu entscheiden, ob es sich um eine der Kunst zuzuordnende Form des Tanzes oder um eine sportliche Betätigung handelt,<sup>27</sup> im handwerklichen Bereich ist zwischen Kunst und Kunsthandwerk abzugrenzen,<sup>28</sup> gelegentlich ist auch eine Abgrenzung zur Traditions- und

17 BVerfG, Beschl. v. 24.02.1971 - 1 BvR 435/68; vgl. ferner BVerfG, Beschl. v. 17.07.1984 - 1 BvR 816/82; BVerfG, Beschl. v. 07.03.1990 - 1 BvR 266/86; 83; BVerfG, Beschl. v. 27.11.1990 - 1 BvR 402/87; BVerfG, Beschl. v. 15.03.1960 - 2 BvG 1/57.

18 Nach § 2 Satz 2 KSVG ist Publizist im Sinne dieses Gesetzes, wer als Schriftsteller, Journalist oder in ähnlicher Weise publizistisch tätig ist oder Publizistik lehrt.

19 Vgl. dazu Schriever in: Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, 2004, S. 709, 714; Schriever in: Festschrift: Sozialrecht – eine Terra incognita, 2009, S. 155, 162 ff.

20 Abgedruckt in BT-Drs. 7/3071, S. 7.

21 BT-Drs. 7/3071, S. 7.

22 Z.B. das Webdesign, vgl. BSG, Urte. v. 07.07.2005 - B 3 KR 7/04 R.

23 Z.B. die Kalligrafie, vgl. BSG, Urte. v. 15.11.2007 - B 3 KR 13/07 R.

24 BSG, Urte. v. 29.11.2016 - B 3 KS 2/15 Rn. 24 unter Hinweis auf BSG, Urte. v. 25.11.2015 - B 3 KS 3/14 R Rn. 15 m.w.N.

25 Vgl. BT-Drs. 8/3172, S. 21 zu § 2; BT-Drs. 9/26, S. 18 zu § 2.

26 Kann unter [www.kuenstlersozialkasse.de](http://www.kuenstlersozialkasse.de) als PDF heruntergeladen werden.

27 BSG, Urte. v. 07.12.2006 - B 3 KR 11/06 R; BSG, Urte. v. 25.11.2015 - B 3 KS 3/14 R.

28 Vgl. BSG, Urte. v. 28.02.2007 - B 3 KS 2/07 R - „Tätowierer“; BSG, Urte. v. 20.03.1997 - 3 RK 15/96 - „Musikinstrumentenbauer“; BSG, Urte. v. 24.06.1998 - B 3 KR 13/97 R - „Feintäschner“.

Brauchtpflege erforderlich<sup>29</sup> und soweit es um die Erteilung von Unterricht geht, steht nicht immer die Lehre der Kunst im Vordergrund, weil die künstlerische Betätigung auch Mittel zu pädagogischen oder therapeutischen Zwecken sein kann.<sup>30</sup> Die folgenden Ausführungen geben einen Überblick über die dazu ergangene Rechtsprechung.

## 1. Tanz als darstellende Kunst

Im Bereich des zur darstellenden Kunst gehörenden Tanzens ist im Künstlerbericht 1975 ausschließlich der Balletttanz aufgeführt. Die Rechtsprechung hatte sich deshalb mehrmals mit der Frage zu beschäftigen, ob auch andere Tanzrichtungen zur Kunst gehören oder ob sie im konkreten Einzelfall der Ausübung von Sport oder der Freizeitgestaltung zuzuordnen sind.

### a. Tango Argentino

Eine grundlegende Entscheidung zu dieser Abgrenzung hat das BSG im Urteil zum Tango Argentino<sup>31</sup> getroffen. Wesentlich ist danach die Differenzierung zwischen Tanzauftritten, die als Bühnendarbietungen grds. der darstellenden Kunst oder der Unterhaltungskunst zuzurechnen sind und damit zum Wirkungsbereich des Tanztheaters gehören und auf der anderen Seite dem Tanz, der als Breitensport, Freizeitsport, Turniertanzsport und Ähnliches der sportlichen Betätigung zuzurechnen ist. Die Abgrenzung zwischen Sport und Kunst richtet sich nach der Verkehrsauffassung, die anhand aller Umstände des Einzelfalls zu ermitteln ist, insbesondere z.B. danach, ob es für die Tätigkeit Regeln, Regelwerke und Wertmaßstäbe von Sportverbänden gibt, ob sportliche Wettkämpfe, Turniere, Meisterschaften und Ähnliches durchgeführt werden, ob die Veranstaltungen nach Art und Austragungsort dem Sport zuzurechnen sind, ob die Tätigkeit von Sportvereinen oder -verbänden zur Ausübung im Breitensport angeboten wird etc. Tango gibt es sowohl als Bühnentango, der von Berufstänzern auf der Bühne mit einstudierten Choreografien aufgeführt wird, als auch in wettkampfmäßiger Ausübung nach einem anerkannten Regelwerk mit Turnieren und Meisterschaften. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall war die Klägerin zu etwa 30 % selbst als Tänzerin und zu ca. 70 % als Tanzlehrerin tätig. Der Tanzunterricht, der mithin den Schwerpunkt ihrer Tätigkeit bildete, diente jedoch nicht der Ausbildung der Schüler für den Bühnentanz, sondern dem Breiten- oder Freizeitsport und dem Turniertanzsport, sodass ihre Tätigkeit insgesamt dem Bereich des Sports zuzurechnen war. Auf den Umfang der Kreativität und des Gestaltungsspielraums der Klägerin kam es daher nicht an.

### b. Kreativer Tanz

In einem Fall, in dem die Klägerin schwerpunktmäßig Kinder im Alter zwischen drei und zehn Jahren in „Kreativem

Tanz“ unterrichtete, hatte das BSG nochmals Gelegenheit, sich mit einer Lehrtätigkeit zu beschäftigen.<sup>32</sup> Es entschied, dass es sich nur dann um „Lehre von Kunst oder Musik“ handelt, wenn Kenntnisse, Fähigkeiten oder Fertigkeiten vermittelt werden, die der Ausübung bzw. Schaffung von Kunst oder Musik dienen, wenn also die Lehrtätigkeit darauf abzielt, die Schüler zur aktiven Kunst- bzw. Musikausübung zu befähigen. Der Unterricht, den die Klägerin erteilte, diente demgegenüber vorrangig der Stärkung der Persönlichkeit, der Förderung des Sozialverhaltens und der Kreativität der Kinder, denn im Vordergrund standen Sensibilisierungs- und Wahrnehmungsübungen, Isolationstechnik, kreatives freies Tanzen nach Musik verschiedenster Musikrichtungen und Kulturen und die Förderung der Fantasie. Darin sah das BSG keine „Lehre von darstellender Kunst“ und hat damit seine zuvor sehr umfassende Einbeziehung von Unterricht mit einem Mindestmaß an künstlerischer Gestaltung ausdrücklich aufgegeben.

### c. Jazztanz und Hip-Hop

Daran konnte das BSG auch im Fall einer selbstständigen Tanzlehrerin<sup>33</sup> anknüpfen, die in zwei Tanzschulen Jazztanz, Modern Dance, Hip-Hop und Ballett unterrichtete und dabei die Choreografien und die Programmgestaltung für die Auftritte ihrer Schüler entwickelte. Die Schüler präsentierten die Tänze regelmäßig als Bühnenaufführungen und nahmen zum Teil auch an Bühnentanzwettbewerben teil. Die Wettbewerbe unterschieden sich allerdings erheblich von üblichen Sportwettkämpfen, weil sie nicht dem starren Regelwerk des Deutschen Tanzsportverbandes unterlagen, sondern nach eigenen, überwiegend künstlerischen Maßstäben wie Ausdruck, Interpretation und Choreografie bewertet und nicht in einer Sporthalle, sondern auf einer Bühne ausgetragen wurden. Beide Tanzschulen waren zudem anerkannte Vorausbildungsschulen für den Bühnentanz. Bei der Einordnung der Tätigkeit der Klägerin als künstlerische Lehrtätigkeit stellte das BSG klar, dass sich der Bühnentanz in seiner heutigen Form nicht mehr auf einen bestimmten Stil, auch nicht auf das klassische Ballett, reduzieren lässt. Grundsätzlich können alle zeitgenössischen Tanzformen als Bühnentanz dargeboten oder als Sport ausgeübt werden. Für die Abgrenzung kommt es darauf an, ob die darstellerischen oder die sportlichen Elemente überwiegen.

29 Vgl. z.B. BSG, Urt. v. 12.05.2005 - B 3 KR 13/04 R - „japanische Teezeremonie“.

30 BSG, Urt. v. 01.10.2009 - B 3 KS 3/08 R; BSG, Urt. v. 01.10.2009 - B 3 KS 2/08 R.

31 BSG, Urt. v. 07.12.2006 - B 3 KR 11/06 R.

32 BSG, Urt. v. 01.10.2009 - B 3 KS 3/08 R.

33 BSG, Urt. v. 25.11.2015 - B 3 KS 3/14 R.

#### d. Country- und Westertanz

In einer Entscheidung zur Abgabepflicht eines Country- und Westertanzvereins nach dem KSVG hat das BSG den dort ausgeübten Country- und Westertanz dem Breiten- und Wettkampfsport zugeordnet.<sup>34</sup> Der Deutsche Olympische Sportbund hat diesen Tanz offiziell als Wettkampfsportart anerkannt, und entsprechende Vereine können Mitglied im Landessportbund werden. In dem klagenden Verein stand der Country- und Westertanz nicht als künstlerische, sondern als sportliche Tätigkeit im Vordergrund. Hauptzweck des Vereins waren die Brauchtumpflege, die Freizeitgestaltung und die Hobbypflege. Nach einer Gesamtschau dieser Umstände hat das BSG daher die Abgabepflicht des Vereins verneint.

### 2. Unterhaltungskunst als Teil der darstellenden Kunst

Mehrfach waren unterschiedliche Beiträge zu Fernsehshows Gegenstand von gerichtlichen Entscheidungen im Bereich der darstellenden Kunst.

#### a. Deutschland sucht den Superstar (DsdS)

Für die Castingshow „Deutschland sucht den Superstar“ (DsdS) war zu beurteilen, ob die vier Jury-Mitglieder, die die künstlerischen Leistungen der Teilnehmer kommentierten und den Fernsehzuschauern für deren telefonische Abstimmung Empfehlungen gaben, künstlerisch tätig waren.<sup>35</sup> Die Unterhaltungskunst unterliegt in besonderem Maße einem ständigen Wandel, neuen Zeitströmungen und künstlerischen Stilrichtungen, weshalb ständig neue Unterhaltungsformate herausgebildet werden. DsdS gehört zum sog. Factual Entertainment, der „faktenbezogenen Unterhaltung“, die sich durch die Darstellung und Inszenierung menschlicher Schicksale und einer Mischung aus Unterhaltung und Information auszeichnet. Das BSG bewertete die Tätigkeit der Jury-Mitglieder als künstlerisch, weil sie nach dem Konzept von DsdS als Castingshow neben den Beiträgen der Moderatoren und Kandidaten untrennbarer Bestandteil dieses neuartigen Formats von Unterhaltungskunst ist. Die Jury steht nicht „neben“ dem Unterhaltungsteil; sie ist vielmehr Teil der Unterhaltung, weil sie selbst erheblich zur Unterhaltung beiträgt. Insbesondere wurde von den Jury-Mitgliedern nicht nur das Einbringen von Fachwissen, sondern gerade von unterhaltenden, skurrilen, witzigen, provozierenden etc. Kommentaren erwartet. Eine Niveauekontrolle lässt auch dabei das KSVG nicht zu.

#### b. Dschungelcamp

Entsprechend stufte die Rechtsprechung auch die Mitwirkung an der Dschungelcamp-Fernsehsendung „Ich bin ein Star – holt mich hier raus“ als Kunst ein.<sup>36</sup> In diesem Verfahren wurde allerdings im Wesentlichen um andere Vo-

raussetzungen der Abgabepflicht des Unternehmens gestritten.

#### c. Let's Dance – Dancing on Ice

Demgegenüber hat das BSG die Beiträge von ebenfalls in einer Unterhaltungsshow mitwirkenden professionellen Tänzern („Let's Dance“) bzw. Eistänzern („Dancing on Ice“) nicht als künstlerische Tätigkeiten angesehen, denn nicht jeder, der im Zusammenhang mit einer Fernsehshow eine eigenständige Leistung erbringt, wird dadurch automatisch zum Unterhaltungskünstler.<sup>37</sup> Entscheidend war auch hier der Schwerpunkt der Tätigkeit, den schon das Landessozialgericht in der Präsentation des Tanzsports gesehen hat. Denn die professionellen (Eis-)Tänzer sollten den prominenten Teilnehmern der Shows in erster Linie den Standard- und Lateintanz bzw. Schrittfolgen und Figuren nach den Regeln des internationalen (Eis-)Tanzwettbewerbs vermitteln. Anschließend führten sie die eingeübten Tänze mit den prominenten Teilnehmern der Show im Paartanz vor, wurden durch eine prominente Jury bewertet, und das Publikum konnte darüber abstimmen. Der Unterhaltungswert der TV-Shows lag im Wesentlichen in der Inszenierung der prominenten Teilnehmer, die sich an den Wertmaßstäben des Turniertanz- bzw. Eistanzsports durch eine prominent besetzte Jury messen lassen mussten.

#### d. Berufssportler in der Werbung

Den Auftritt von Profiboxern in Werbespots ordnet das BSG nicht als künstlerische Tätigkeit ein.<sup>38</sup> Sie werden nicht wegen ihrer darstellerischen Fähigkeiten, sondern wegen ihrer Bekanntheit als Werbeträger engagiert und vermarktet daher in der Werbung ihre Persönlichkeitsrechte. Ob dies anders zu beurteilen ist, wenn ein Profisportler eine Rolle in einem Kino- oder Fernsehfilm übernimmt, war noch nicht zu entscheiden.

### 3. Bildende Kunst

Zum Bereich der bildenden Kunst gehören insbesondere die Entscheidungen zur Einordnung von Fotografie und Design als Kunst bzw. Nichtkunst.

#### a. Werbefotografie

Fotografie kann als Handwerk oder als künstlerische Tätigkeit ausgeübt werden. Werbefotografie ist grds. der bildenden Kunst im Sinne des KSVG zuzuordnen,<sup>39</sup> denn Werbe-

34 BSG, Urt. v. 08.10.2014 - B 3 KS 6/13 R.

35 BSG, Urt. v. 01.10.2009 - B 3 KS 4/08 R.

36 BSG, Urt. v. 02.04.2014 - B 3 KS 3/12 R.

37 BSG, Urt. v. 28.09.2017 - B 3 KS 1/17 R - bisher nur als Pressemitteilung und Terminbericht veröffentlicht.

38 BSG, Urt. v. 24.01.2008 - B 3 KS 1/07 R.

39 BSG, Urt. v. 25.11.2010 - B 3 KS 1/10 R.

fotografen sind im Künstlerbericht der Bundesregierung 1975 in der Berufsgruppe der „Fotodesigner“ gemeinsam mit künstlerischen Fotografen, Lichtbildnern und Kameraleuten aufgeführt.<sup>40</sup> Zudem sind Unternehmen, die Werbung und Öffentlichkeitsarbeit für Dritte betreiben, nach § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 KSVG sowie solche, die in einem gewissen Umfang Eigenwerbung betreiben, nach § 24 Abs. 1 Satz 2 KSVG grds. zur Zahlung der KSA verpflichtet.

#### **b. Kameralleute**

Auch Kameralleute werden regelmäßig künstlerisch bzw. publizistisch tätig, wenn sie im Bereich der elektronischen Berichterstattung oder in der Film- und Videoproduktion künstlerische oder publizistische Beiträge zu einem Gesamtwerk leisten.<sup>41</sup> Im Künstlerbericht von 1975 findet sich im Bereich „Bildende Kunst/Design“ die Berufsgruppe „Fotodesigner/Bildjournalisten“, in der u.a. die Tätigkeit von Kameralenten erfasst ist.<sup>42</sup> Bildjournalisten, Bildberichterstatter und Pressefotografen werden regelmäßig auch publizistisch tätig, wobei die Übergänge zwischen Kunst und Publizistik in dieser Berufsgruppe fließend und oft nicht trennscharf voneinander abgrenzbar sind.<sup>43</sup> Obwohl der Einsatz audiovisueller Techniken weit fortgeschritten ist, lagen dem BSG keine substantiellen Erkenntnisse vor, dass sich das Berufsbild von Kameralenten nach der allgemeinen Verkehrsauffassung derart geändert haben könnte, dass dieser Beruf auf eine rein handwerkliche/technische, durch Automaten ersetzbare Tätigkeit reduziert werden könnte, zumal im entschiedenen Fall für den technischen Bereich Assistenten zuständig waren.

#### **c. Mode- oder Industriedesign**

Der Schwerpunkt der Tätigkeit ist auch bei den Designern entscheidend, denn diese sind dann als Künstler im Sinne des KSVG anzusehen, wenn sie ihre Entwürfe mindestens überwiegend durch die Vergabe von Lizenzen verwerten.<sup>44</sup> Die Produzententätigkeit – und mithin nicht die Tätigkeit als Designer – steht allerdings regelmäßig dann im Vordergrund, wenn die Güter nach den Entwürfen vom Designer selbst oder in seinem Namen gefertigt und vermarktet werden. So lag es in einem Fall, in dem die Klägerin selbst zwar hauptsächlich Entwürfe fertigte, ihre Tätigkeit aber dennoch der einer „Damen- und Herrenschneidermeisterin“ nach der Handwerksordnung und daher nicht dem künstlerischen Bereich zuzuordnen war, weil sie ihre Entwürfe selbst durch Praktikanten und freie Mitarbeiter produzierte.<sup>45</sup> Ihr Einkommen bezog sie mithin aus der Vermarktung der Produkte, die sie selbst vornahm. Eine handwerkliche Tätigkeit ist nur dann als künstlerisch einzuordnen, wenn der Betroffene mit seinen Werken in einschlägigen fachkundigen Kreisen als „Künstler“ anerkannt

und behandelt wird und deshalb den Bereich der rein handwerksmäßigen Berufsausübung verlassen hat. Auch die Tätigkeit einer Modedesignerin, die als Gesellschafterin innerhalb der Gesellschaft allein für das Modedesign zuständig war, als solche hochwertige Braut- und Festmoden entwarf und anschließend selbst herstellen ließ und verkaufte, war aus diesen Gründen keine künstlerische Tätigkeit.<sup>46</sup>

#### **d. Möbeldesign – Raum- und Farbgestaltung – Innenarchitektur**

Architekten und Innenarchitekten werden – trotz erheblicher kreativer Komponenten ihrer Tätigkeit – nach der Verkehrsanschauung in der Gesamtschau ihrer Tätigkeit dem Handwerk zugeordnet.<sup>47</sup> Auch Kunsthandwerk gehört i.d.R. zum Handwerk und nicht zur Kunst im Sinne des KSVG. Kunsthandwerker können als bildende Künstler im Sinne des KSVG anerkannt werden, wenn sie sich auf das reine Entwerfen der äußeren Gestalt von Gegenständen (einschließlich der Farbgebung) nach ästhetischen Gesichtspunkten beschränken. Also auf die Gestaltung der „schönen Form“ und wenn sie die kommerzielle Nutzung ihrer Entwürfe Dritten gegen Entgelt (z.B. Lizenzgebühren) überlassen.

#### **e. Tätowierer**

Die Tätigkeit eines Tätowierers hält das BSG trotz kreativer Komponenten nicht für Kunst, weil der Schwerpunkt auf dem Einsatz manuell-technischer Fähigkeiten liegt.<sup>48</sup> Die Tätigkeit ist daher dem (Kunst-)Handwerk zuzuordnen, auch wenn dieses nicht in der Handwerksordnung verzeichnet ist. Nur wenn sich die Tätigkeit auf das Entwerfen der Motive beschränkt, ohne die Tätowierung selbst auszuführen, kann sie der Kunst (dem Bereich des Designs) zugeordnet werden. Wird die Tätowierung auch durchgeführt, kommt es nicht darauf an, ob der Tätowierer nach eigenen oder fremden Motiven arbeitet.

40 BT-Drs. 7/3071, S. 7.

41 BSG, Ur. v. 29.11.2016 - B 3 KS 2/15 R.

42 BT-Drs. 7/3071, S. 7, zu der Berufsgruppe der Foto-Designer/Bildjournalisten sind im Künstlerbericht 1975 folgende Tätigkeiten erfasst: Künstlerischer Fotograf, Lichtbildner, Werbefotograf, Kameramann, Bildberichterstatter, Pressefotograf.

43 Vgl. BSG, Ur. v. 27.03.1996 - 3 RK 10/95 - BSGE 78, 118 = SozR 3-5425 § 26 Nr. 2 - Pressefotograf.

44 BSG, Ur. v. 10.03.2011 - B 3 KS 4/10 R; BSG, Ur. v. 21.06.2012 - B 3 KS 1/11 R.

45 BSG, Ur. v. 10.03.2011 - B 3 KS 4/10 R.

46 BSG, Ur. v. 21.06.2012 - B 3 KS 1/11 R.

47 BSG, Beschl. v. 26.03.2014 - B 3 KS 6/13 B - zum Möbeldesigner, Raum- und Farbgestalter, Innenarchitekt.

48 BSG, Ur. v. 28.02.2007 - B 3 KS 2/07 R.

## f. Kalligraf

Die Kalligrafie hat das BSG dem Bereich der bildenden Kunst zugerechnet.<sup>49</sup> Der Kläger gestaltete Glückwünsche, Segenssprüche oder Logos in arabischer Kundschrift. Er war auf Märkten tätig, stellte seine Werke u.a. in einer Galerie aus und verkaufte Originale, Drucke und Postkarten in einer Fachbuchhandlung für Islam und Orient. Während die Künstlersozialkasse meinte, auch in der arabischen Schrift dürfe der einzelne Buchstabe nur unwesentlich gestalterisch verändert werden, betonte das BSG den Stellenwert der Kalligrafie insbesondere im arabischen und ostasiatischen Raum, wo sie nicht nur der Überlieferung von Texten durch bloßes Abschreiben dient, sondern ihrem Wesen nach Schmuckelement mit erheblichem eigenschöpferischem Anteil ist. Die Tätigkeit des Klägers bewertete das BSG als Kunst, da er „von einem zugrunde liegenden Schriftzeichen losgelöste Bilder und Grafiken mit eigenständiger Identität und Aussagekraft“ geschaffen hat. Kalligrafie kann aber auch dem Handwerk zugeordnet werden, wenn die manuell-technische Fertigkeit nach vorgegebenen Schriftzeichen im Vordergrund steht (wie z.B. regelmäßig bei den in der Handwerksrolle aufgeführten Vergoldern, Glas- und Porzellanmalern, Stoffmalern und Ähnliches).

## 4. Musik

Im Bereich der Musik deckt der Künstlerkatalog nahezu alle Musikrichtungen ab, sodass diesbezüglich kaum Streitigkeiten entstehen. Aufgeführt werden beispielsweise Komponisten einschließlich Librettisten und Musikbearbeiter, Dirigenten, Chorleiter, Tonmeister, Instrumentalisten, Sänger und Unterhaltungsmusiker unterschiedlichster Musikrichtungen sowie Musikpädagogen.

Ein Kursangebot für Kleinkinder im Alter bis zu sechs Jahren zur „musikalischen Früherziehung“ (bzw. „Musikgarten-Kurse“) hat das BSG – parallel zu dem bereits oben erwähnten Fall zum „Kreativen Tanz“<sup>50</sup> – nicht der Musikpädagogik zugeordnet, da die Kinder in den Kursen nicht zur eigenständigen Musikausübung befähigt werden sollten.<sup>51</sup> Zwar wurden musikalische Gestaltungsmittel wie Gesang und instrumentale Klangerlebnisse im Kursverlauf eingesetzt; der Unterricht diente aber in erster Linie dem Kommunikations- oder Kreativitätstraining der Kinder und damit den pädagogischen Zwecken.

## E. Schlussbetrachtung

Die Kunst der Definition liegt darin, die Offenheit und Kreativität der Kunst mit rechtlichen Kategorien zu erfassen. Hilfreich ist dabei, dass der Kunstbegriff im KSV-

Recht ein Zweckbegriff ist, an den das KSVG sinnvoll bestimmte Rechtsfolgen knüpfen kann. Da Ausgangspunkt der Zuordnung zur Kunst nicht ein bestimmtes Produkt, sondern die ausgeübte Tätigkeit ist, sind Abgrenzungen zu Tätigkeiten in nicht-künstlerischen Bereichen anhand einer nach den Gesamtumständen des Einzelfalls vorzunehmenden an der allgemeinen Verkehrsauffassung orientierten Bewertung des Schwerpunkts der Tätigkeit vorzunehmen.

Als unentbehrliche Stütze der sozialen Sicherung von Künstlern und Publizisten, die so in Europa einzigartig ist, kann die KSV in diesem Jahr ihr 35-jähriges Bestehen zu Recht feiern. Im Hinblick auf den unverzichtbaren Beitrag von Kunst und Publizistik für eine lebendige Demokratie und eine offene Gesellschaft sind ihr noch viele weitere gesunde Lebensjahre zu wünschen.

49 BSG, Urt. v. 15.11.2007 - B 3 KS 3/07 R.

50 BSG, Urt. v. 01.10.2009 - B 3 KS 3/08 R.

51 BSG, Urt. v. 01.10.2009 - B 3 KS 2/08 R.

## Verwaltungsrecht

### „Drittes Geschlecht“ muss personenstandsrechtlich anerkannt werden

BVerfG, Beschl. v. 10.10.2017 - 1 BvR 2019/16

Prof. Dr. Friederike Wapler

#### A. Problemstellung

Das Geschlecht eines Kindes ist gem. § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG nach der Geburt im Geburtenregister zu beurkunden. Die Verordnung zum PStG sieht hierfür bislang nur die Einträge „weiblich“ oder „männlich“ vor (PStG-VwV Nr. 21.4.3 Satz 1). Seit dem Jahr 2013 wird der Geschlechtseintrag gem. § 22 Abs. 3 PStG offengelassen, wenn das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht eindeutig zugeordnet werden kann. Mit der Verfassungsbeschwerde wurden diese Regelungen angegriffen, da sie mit den Grundrechten intergeschlechtlicher Personen nicht vereinbar seien.

#### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die beschwerdeführende Person war nach der Geburt als weiblich in das Geburtenregister eingetragen worden, ent-

wickelte jedoch eine dauerhafte intergeschlechtliche Identität. Sie beantragte bei dem zuständigen Standesamt, ihren Geschlechtseintrag in „inter“ oder „divers“ zu berichtigen. Das Standesamt hielt es nicht für möglich, ein drittes Geschlecht in das Geburtenregister einzutragen, da dies gesetzlich nicht vorgesehen sei. Die Fachgerichte schlossen sich dieser Auffassung an.<sup>1</sup> Das BVerfG gab der Verfassungsbeschwerde statt. § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG i.V.m. § 22 Abs. 3 PStG sind mit dem Grundgesetz unvereinbar, soweit sie eine Pflicht zur Angabe des Geschlechts begründen und dabei neben der Eintragung als „männlich“ oder „weiblich“ keinen dritten Geschlechtseintrag vorsehen. Der Gesetzgeber muss bis zum 31.12.2018 eine verfassungsgemäße Regelung schaffen.

### **I. Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)**

Die geschlechtliche Identität wird als wesentliche Grundlage der Persönlichkeitsentfaltung von dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützt.<sup>2</sup> Nach gefestigter medizinischer Erkenntnis bildet sich das Geschlecht eines Menschen nicht ausschließlich in den Kategorien „männlich“ und „weiblich“. Vielmehr gibt es Varianten der Geschlechtsentwicklung, die zu einer dauerhaften Geschlechtsidentität jenseits von Mann oder Frau führen können, und weder als Krankheit noch als Fehlbildung zu werten sind. Auch die Intergeschlechtlichkeit fällt daher als eigenständige geschlechtliche Identität in den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

Der Senat hält des Weiteren an seiner Rechtsprechung fest, wonach der personenstandsrechtliche Geschlechtseintrag keine Marginalie ist, sondern – sofern das Geschlecht überhaupt rechtlich registriert wird – „Identität stiftende und ausdrückende Wirkung“ entfaltet.<sup>3</sup> Eine falsche Zuordnung im Personenstandsregister begründet demnach einen Grundrechtseingriff. Die bloße Möglichkeit, den Geschlechtseintrag offenzulassen, hilft dem nach Ansicht des Senates nicht ab: Der fehlende Geschlechtseintrag könne vielmehr so gelesen werden, als sei die betroffene Person geschlechtslos, als sei ihr Geschlecht noch nicht geklärt oder als sei der Eintrag vergessen worden. Indem das Personenstandsrecht die selbst empfundene Identität der intergeschlechtlichen Person nicht hinreichend anerkenne, werde ihre selbstbestimmte Persönlichkeitsentwicklung und -entfaltung spezifisch gefährdet.

Eine Rechtfertigung des Eingriffs schließt der Senat aus. Das Grundgesetz gebiete weder, das Geschlecht im Personenstandsrecht überhaupt zu erfassen, noch, dabei ausschließlich die Kategorien „männlich“ und „weiblich“ vorzusehen. Dafür lasse sich insbesondere nicht der Wortlaut des Art. 3 Abs. 2

Satz 1 GG anführen, der von „Männern und Frauen“ spricht. Diese Regelung verfolge das Ziel, eine historisch gewachsene gesellschaftliche Benachteiligung von Frauen zu beseitigen, schließe aber die Anerkennung weiterer Geschlechter nicht aus. Auch Belange Dritter sprächen nicht gegen die Anerkennung eines dritten Geschlechts: Personen mit eindeutig weiblicher oder männlicher Identität werde nichts weggenommen, wenn eine weitere Kategorie hinzukommt. Staatliche Ordnungsinteressen kämen als Rechtfertigung ebenfalls nicht in Betracht. Insbesondere beeinträchtige die Anerkennung eines dritten Geschlechts nicht die Dauerhaftigkeit oder Eindeutigkeit des Personenstandsregisters – im Gegenteil hält der Senat die positive Eintragung eines dritten Geschlechts für klarer als die mehrdeutige fehlende Angabe.

### **II. Diskriminierung aufgrund des Geschlechts (Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG)**

Soweit das Personenstandsrecht der beschwerdeführenden Person verwehrt, mit einem dritten Geschlecht eingetragen zu werden, begründet es zudem eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und verstößt somit gegen Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG. Der Begriff des Geschlechts i.S.d. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG umfasst nach seinem Wortlaut nicht nur Männer und Frauen, sondern schützt auch Menschen, die sich keiner dieser Kategorien zugehörig fühlen. Die beschwerdeführende Person wird gegenüber Männern und Frauen ungleich behandelt, da sie nicht ihrem Geschlecht gemäß personenstandsrechtlich registriert werden kann. Eine Rechtfertigung scheidet nach dem oben Gesagten aus.

### **C. Kontext der Entscheidung und Bewertung**

Der Senat äußert sich in diesem Beschluss erstmals zu den Grundrechten intergeschlechtlicher Menschen. In der Sache entwickelt er die bisherige verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zum Schutz der Geschlechtsidentität konsequent weiter. Insbesondere findet sich der aus den Entscheidungen zum TSG bekannte Zusammenhang zwischen Geschlecht und Selbstbestimmungsrecht deutlich wieder.<sup>4</sup>

1 AG Hannover, Beschl. v. 13.10.2014 - 85 III 105/14; OLG Celle, Beschl. v. 21.01.2015 - 17 W 28/14; BGH, Beschl. v. 22.06.2016 - XII ZB 52/15.

2 BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005 - 1 BvL 3/03 Rn. 49; BVerfG, Beschl. v. 18.07.2006 - 1 BvL 1, 12/04 Rn. 64; BVerfG, Beschl. v. 27.05.2008 - 1 BvL 10/05 Rn. 37 ff.; BVerfG, Beschl. v. 11.01.2011 - 1 BvR 3295/07 Rn. 51 ff.

3 BVerfG, Beschl. v. 10.10.2017 - 1 BvR 2019/16 Rn. 45; siehe hierzu schon BVerfG, Beschl. v. 15.08.1996 - 2 BvR 1833/95; BVerfG, Beschl. v. 18.07.2006 - 1 BvL 1, 12/04 Rn. 66 ff.; BVerfG, Beschl. v. 27.05.2008 - 1 BvL 10/05 Rn. 38 f.

4 BVerfG, Beschl. v. 27.05.2008 - 1 BvL 10/05 Rn. 38, 40; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 11.01.2011 - 1 BvR 3295/07 Rn. 54 ff.



Durchgehend zieht der Senat das selbst empfundene Geschlecht<sup>5</sup> und die eigene Zuordnung<sup>6</sup> der beschwerdeführenden Person als maßgeblich für die personenstandsrechtliche Eintragung heran. Der Beschluss schließt damit an die bisherige Linie an, die das Geschlecht als ein komplexes Zusammenspiel aus biologischen, psychischen und sozialen Faktoren begreift, darin aber der eigenen Empfindung die ausschlaggebende Bedeutung für die rechtliche Anerkennung zuweist.<sup>7</sup> Die jenseits von männlich und weiblich liegenden Geschlechtsidentitäten auch in die Auslegung des Diskriminierungsverbotes aufgrund des Geschlechts gem. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG einzubeziehen, ist vor diesem Hintergrund nur folgerichtig.

## D. Auswirkungen für die Praxis

### I. Unmittelbare Wirkungen der Entscheidung

Bis zu einer Neuregelung sind alle personenstandsrechtlichen Verfahren auszusetzen, in denen die antragstellenden Personen eine andere Geschlechtsbezeichnung als „männlich“ oder „weiblich“ begehren.<sup>8</sup> Der Entscheidungstenor bezieht sich hingegen nicht auf die Option, den Geschlechtseintrag nach der Geburt offenzulassen. Diese Verfahren müssen folglich nicht ausgesetzt werden. Gleiches gilt für die in der Rechtsprechung anerkannte Möglichkeit, einen bestehenden Geschlechtseintrag nachträglich wieder zu beseitigen.<sup>9</sup>

Da intergeschlechtliche Personen gerade nicht als „geschlechtslos“ einzuordnen sind, können sie nach der jüngsten Reform des Eherechts problemlos heiraten. Ihre Paarbeziehung zu einem Mann oder einer Frau ist verschiedengeschlechtlich i.S.d. § 1353 Abs. 1 Satz 1 BGB. Der Wortlaut der Norm erfasst nicht nur personenstandsrechtlich männliche oder weibliche Personen.<sup>10</sup>

### II. Anforderungen an eine Neuregelung

Die bis Ende 2018 vorzulegende Neuregelung kann sowohl einen dritten personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrag vorsehen als auch künftig ganz auf dieses Merkmal verzichten. Beide Möglichkeiten bewertet der Senat ausdrücklich als verfassungskonform.<sup>11</sup>

Der personenrechtliche Geschlechtseintrag steht in systematischem Zusammenhang zu zahlreichen Rechtsnormen, die auf das Geschlecht Bezug nehmen. So ist er die Grundlage der abstammungsrechtlichen Zuordnung von Elternschaft (§§ 1591 ff. BGB), er findet sich in Dokumenten wie dem Pass (§ 4 Abs. 1 PassG) und der elektronischen Gesundheitskarte (§ 291 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 SGB V) und wird bei zahlreichen Institutionen und in Statistiken

routinemäßig erfasst.<sup>12</sup> Dem Gesetzgeber ist in jedem Fall zu raten, den Auftrag des BVerfG für eine umfassende Sichtung und Reform der geschlechtsbezogenen Rechtsnormen zu nutzen. Neben den Belangen intergeschlechtlicher Menschen sollte er dabei auch die Interessen transgeschlechtlicher Personen sowie die familienrechtlichen Folgeprobleme in den Blick nehmen. Die herausgehobene Bedeutung der eigenen Empfindung und Zuordnung verbietet zudem, den personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrag – wenn man denn an ihm festhalten möchte – von medizinischen Diagnosen und Begutachtungen abhängig zu machen.<sup>13</sup>

Ein erhebliches grund- und menschenrechtliches Problem wirft die medizinische Praxis auf, intergeschlechtliche Kinder unmittelbar nach der Geburt operativ und medikamentös dem männlichen oder weiblichen Geschlecht „anzugleichen“. Zwar rät die Bundesärztekammer seit dem Jahr 2015 zu äußerster Zurückhaltung bei medizinisch nicht indizierten geschlechtsverändernden Operationen und Medikationen, dennoch sind sie nach wie vor verbreitet.<sup>14</sup> Angesichts der erheblichen Auswirkungen auf die körperliche Unversehrtheit einschließlich der Fortpflanzungsfähigkeit, die sexuelle Selbstbestimmung und die Entwicklung der geschlechtlichen Identität ist eine Regelung dieser Materie im ärztlichen Berufsrecht nicht ausreichend. Ähnlich wie die Sterilisation Minderjähriger (§ 1631c BGB) sollte die elterliche Einwilligung in medizinisch nicht indizierte geschlechtsverändernde Behandlungen im BGB ausdrücklich ausgeschlossen werden.<sup>15</sup> Die Eingriffe wären dann aufzuschieben, bis die betroffene Person selbst über sie entscheiden kann.

5 BVerfG, Beschl. v. 10.10.2017 - 1 BvR 2019/16 Rn. 43.

6 BVerfG, Beschl. v. 10.10.2017 - 1 BvR 2019/16 Rn. 42, 56, 57.

7 BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005 - 1 BvL 3/03 Rn. 50; BVerfG, Beschl. v. 18.07.2006 - 1 BvL 1, 12/04 Rn. 64; BVerfG, Beschl. v. 11.01.2011 - 1 BvR 3295/07 Rn. 51; vgl. auch Dreier in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 2 Abs. 1 Rn. 72.

8 BVerfG, Beschl. v. 10.10.2017 - 1 BvR 2019/16 Rn. 66.

9 BGH, Beschl. v. 22.06.2016 - XII ZB 52/1; zuvor schon OLG Celle, Beschl. v. 21.01.2015 - 17 W 28/14.

10 So aber Erbarth in: BeckOGK, BGB, § 1353 Rn. 1, 20 f., Stand: 01.11.2017.

11 BVerfG, Beschl. v. 10.10.2017 - 1 BvR 2019/16 Rn. 65.

12 Zu Einzelheiten vgl. Gössl, NJW 2017, 3648.

13 Vgl. zum Vorstehenden und zu möglichen Regelungsalternativen Althoff/Schabram/Follmar-Otto, Geschlechtervielfalt im Recht, 2017, S. 30 ff., 43 ff., 63 ff.

14 Bundesärztekammer, Deutsches Ärzteblatt 2015, A 1-A12; zur Praxis vgl. Klöppel, Zur Aktualität kosmetischer Genitaloperationen, 2016.

15 Vgl. zur Kritik an der gegenwärtigen Praxis die Empfehlung des Deutschen Ethikrates, BT-Drs. 17/9088, S. 58 f.; Spickhoff in: Spickhoff, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 1631c BGB Rn. 3.

## Der „Missing Trader“ im Umsatzsteuerkarussell und vergleichbare Konstellationen aus umsatzsteuerlicher und steuerstrafrechtlicher Sicht

RiLG Dr. Klaus Liebl\*

### A. Einleitung

Von europaweit agierenden Banden organisierte sog. Umsatzsteuerkarusselle<sup>1</sup> verursachen in Deutschland und den anderen Mitgliedstaaten der EU nach wie vor einen gravierenden Steuerschaden. Der Grund hierfür ist insbesondere die Umsatzbesteuerung von Warenlieferungen zwischen Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten.

Zentraler Baustein solcher Umsatzsteuerkarusselle ist der sog. Missing Trader. Dieser wird lediglich zur Hinterziehung von Umsatzsteuern in eine Lieferkette eingebaut und existiert meist nur auf dem Papier. Abzugrenzen sind solche „Missing Trader“ u.a. von „Strohmann“-Konstruktionen. In diesen tritt im Außenverhältnis ein „Strohmann“ gegenüber anderen Unternehmen auf, wobei das Handeln des „Strohmanns“ von einer dahinter stehenden Person gesteuert wird. Daneben sind auch sog. Abdeckrechnungen gängige Praxis. Bei diesen stellt ein Dritter Rechnungen für einen sog. Schwarzeinkauf aus, damit der Erwerber dieser Ware diese offiziell in seiner Buchhaltung erfassen kann.

Dabei sind die oben genannten Konstruktionen auch für legal handelnde Unternehmen nicht nur von rein theoretischer Natur. Sie können recht rasch praktische Konsequenzen haben, wenn Unternehmen – ohne dies zu wissen oder auch nur zu ahnen – von einem „Missing Trader“ oder einem „Strohmann“ Waren erwerben und versuchen, aus den ihnen hierfür ausgestellten Rechnungen einen Vorsteuerabzug zu begehren. Decken die Finanzbehörden solche Konstruktionen auf, werden die Finanzbehörden nicht selten versuchen, einen Vorsteuerabzug aus diesen Rechnungen zu versagen bzw. bereits erstattete Vorsteuern zurückzuverlangen und es drohen steuerstrafrechtliche Ermittlungen. Dabei ist für die beteiligten Unternehmen oftmals nicht einmal klar, welche Konstellation konkret vorliegt und welche Folgen sich hieraus ergeben.

Der vorliegende Beitrag soll daher helfen, die unterschiedlichen Konstellationen zu erkennen (B.) sowie die umsatzsteuerlichen (C.) und steuerstrafrechtlichen (D.) Folgen darzustellen. Dabei ist aber zu beachten, dass eine Legaldefinition von „Missing Trader“, „Strohmann“, Abdeckrechnung etc. nicht existiert, die Grenzen mithin jeweils

fließend sind und damit die rechtlichen Folgen sich jeweils unterscheiden können.

### B. „Missing Trader“ und vergleichbare Konstruktionen

#### I. „Missing Trader“

Der in einem Umsatzsteuerkarussell eingesetzte „Missing Trader“ existiert regelmäßig nur auf dem Papier und entfaltet tatsächlich keinerlei wirtschaftliche Tätigkeit. Er hat lediglich den Zweck, bei den Finanzbehörden den Eindruck zu erwecken, dass es sich bei einem „Missing Trader“ um ein gewöhnliches Unternehmen handelt, das Waren von einem Unternehmen aus einem anderen Mitgliedstaat der EU erwirbt (sog. In-Out-Buffer) und diese Waren umgehend an einen weiteren Unternehmer im Inland weiterveräußert (sog. Buffer). Die Ware wird vom Buffer anschließend – ggf. über weitere Buffer – an ein weiteres Unternehmen im Inland (sog. Distributor) und von dort an ein Unternehmen in einem anderen Mitgliedstaat der EU veräußert. Ggf. wird hierdurch das Umsatzsteuerkarussell erneut in Gang gesetzt. Alternativ wird die Ware – die in einer Vielzahl von Karussellen tatsächlich existiert – vom Buffer im Inland an den Endverbraucher veräußert.

Der am Anfang der Kette im anderen Mitgliedstaat ansässige In-Out-Buffer erklärt gegenüber den dort zuständigen nationalen Finanzbehörden wegen der angeblichen Warenlieferung an den „Missing Trader“ eine steuerfreie innergemeinschaftliche Lieferung (§ 4 Nr. 1 Buchst. b, § 6a UStG). Der „Missing Trader“ weist aufgrund des „Verkaufs“ dieser Ware an einen inländischen Buffer dagegen in seinen Rechnungen Umsatzsteuer aus, ohne aber die Ware tatsächlich zu liefern bzw. über diese verfügen zu können und die in seinen Rechnungen ausgewiesenen Umsatzsteuern gegenüber der für ihn zuständigen Finanzbehörde anzumelden bzw. an diese abzuführen. Der Buffer beantragt aus den vom „Missing Trader“ in

\* Der Beitrag wurde in nichtdienstlicher Eigenschaft verfasst und gibt die persönliche Auffassung des Autors wieder.

1 Zum ausführlichen Aufbau eines Umsatzsteuerkarussells vgl. nur [www.umsatzsteuerkarusselle.de/](http://www.umsatzsteuerkarusselle.de/) und BFH, Beschl. v. 29.11.2014 - V B 78/04.

seinen Rechnungen gesondert ausgewiesenen Umsatzsteuern einen Vorsteuerabzug. Der Buffer verhält sich dabei steuerlich unauffällig. Er meldet aufgrund der Warenlieferungen an den Distributor bzw. andere Buffer selbst in einem entsprechenden Umfang Umsätze an, sodass sich Umsätze und Vorsteuern in etwa ausgleichen. Der Distributor erklärt aufgrund des Verkaufs der Ware ins europäische Ausland eine steuerfreie innergemeinschaftliche Lieferung, bei der keine Umsatzsteuer entsteht. Er beantragt aus der Rechnung des Buffers einen Vorsteuerabzug. Hierdurch entsteht ein sog. Vorsteuerüberhang, den die für den Distributor zuständige Finanzbehörde an diesen erstattet. Durch dieses System schöpft den „Gewinn“ aus dem Umsatzsteuerkarussell der „Missing Trader“ ab. Er führt trotz Umsatzsteuerausweis und der vom Buffer an ihn gezahlten Umsatzsteuer diese nicht an die zuständige Finanzbehörde ab. Der Buffer selbst erleidet keinen Verlust, da er die an den „Missing Trader“ u.a. entrichtete Umsatzsteuer – einschließlich eines geringen Rohgewinnaufschlages – vom Distributor oder alternativ vom Endverbraucher erhält. Der Distributor wiederum finanziert die an den Buffer zu entrichtende Umsatzsteuer durch die Vorsteuererstattung der für ihn zuständigen Finanzbehörde und den von ihm erhaltenen Verkaufspreis.

Solche Umsatzsteuerkarusselle treten oftmals im Bereich des Handels mit Elektroartikeln auf. Dort können aufgrund der hohen Einzelpreise der Waren mit entsprechenden Stückzahlen entsprechend hohe Umsätze erzielt werden. Durch diese steigt das Volumen der Steuerhinterziehung und macht ein Umsatzsteuerkarussell umso attraktiver. I.d.R. handeln jedenfalls die unmittelbar vor und nach dem „Missing Trader“ agierenden Unternehmen in Kenntnis sämtlicher Umstände oder verschließen davor jedenfalls bewusst die Augen. Mitunter werden auch gutgläubige Unternehmen in die Ketten als Buffer eingebunden, um die tatsächlichen Verhältnisse vor den Finanz- und Strafverfolgungsbehörden zu verschleiern. Die Buffer können somit gut- oder bösgläubig sein. Oftmals werden sich ihnen aber die tatsächlichen Umstände aufdrängen müssen.

## II. „Strohmann“

Eine von einem Umsatzsteuerkarussell abzugrenzende Konstellation liegt in den Fällen vor, in denen ein „Strohmann“ durch einen Hintermann veranlasst wird, im Außenverhältnis gegenüber einem anderen Unternehmen aufzutreten und diesem gegenüber eine Lieferung bzw. sonstige Leistung zu erbringen. Hierfür stellt der „Strohmann“ auch Rechnungen mit einem gesonderten Umsatzsteuerausweis aus. Tatsächlich aber werden die Waren von einem Dritten beschafft, der Waren lediglich über „Strohmannen“ an den Leistungsempfänger liefert und die „Strohmannen“ für diese Zwecke steuert; der Dritte tritt im Außenverhältnis weder

gegenüber dem Unternehmer noch gegenüber den Finanzbehörden auf. Über die „Strohmannen“ vereinnahmt der Dritte sämtliche Umsätze und erzielt den wirtschaftlichen Erfolg aus diesen Geschäften.

Der Dritte will durch diese Konstruktion neben Umsatzsteuern auch Einkommen- und Gewerbesteuern für die von ihm tatsächlich ausgeführten Umsätze und erzielten Gewinne vermeiden. Zugleich soll der Erwerber der Ware nicht erfahren, von wem die Ware tatsächlich geliefert wurde. Solche „Strohmann“-Konstruktionen treten oftmals im Bereich von Altmetall- oder Abfallverwertungsunternehmen auf. Dort lässt sich die Herkunft der angelieferten Waren meist nicht zweifelsfrei klären und aufgrund des stetig wechselnden Lieferantenkreises können die „Strohmannen“ auch leicht ausgetauscht werden, ohne dass der Leistungsempfänger einen Verdacht schöpft.

## III. Abdeck- und Scheinrechnungen

Eine mit „Strohmannen“ vergleichbare Konstellation liegt bei sog. Abdeckrechnungen vor. In diesen Fällen erwirbt ein Unternehmen Ware oder eine Leistung, wobei aber der tatsächlich Liefernde bzw. Leistende gegenüber den Finanzbehörden nicht in Erscheinung treten möchte, um hierdurch Steuern zu vermeiden. Um diesen tatsächlichen Aufwand aber in der Buchhaltung erfassen zu können, beschafft sich der Leistungsempfänger – ggf. über den tatsächlichen Lieferanten – Abdeckrechnungen einer anderen Person. Diese schreibt lediglich die Rechnungen, ohne aber die Lieferung bzw. Leistung tatsächlich ausgeführt zu haben.

Der primäre Zweck solcher Abdeckrechnungen ist es, eine unauffällige Buchhaltung zu generieren und hierdurch die Finanzbehörden und andere Dritte über die tatsächliche Herkunft einer Ware bzw. Leistung zu täuschen. Bei Abdeckrechnungen liegt also ein tatsächlicher Aufwand vor, der durch eine inhaltlich unrichtige Rechnung in der Buchhaltung „abgedeckt“ werden soll. In aller Regel sind alle Beteiligten auch über den Umfang und die steuerliche Motivation der Abdeckrechnungen informiert.

Anders als Abdeckrechnungen dokumentieren dagegen Scheinrechnungen einen tatsächlich nicht durchgeführten Geschäftsvorfall. Durch solche Scheinrechnungen werden also Betriebsausgaben in der Buchhaltung erfasst, um hierdurch Ertragsteuern und – bei einem entsprechenden Umsatzsteuerausweis – die Umsatzsteuerzahllast des die Rechnung verwendenden Unternehmens zu mindern.

## C. Umsatzsteuerliche Folgen

Ob und welche umsatzsteuerlichen Folgen nunmehr in der jeweiligen Konstellation eintreten, hängt entscheidend da-

von ab, ob ein Unternehmen i.S.v. § 2 UStG vorliegt bzw. ob eine Lieferung bzw. Leistung ausgeführt wird (I.). Danach entscheidet sich, auf Grundlage welcher Vorschrift die eine Rechnung ausstellende Person Umsatzsteuer schuldet (II.) und ob der Rechnungsempfänger überhaupt zum Vorsteuerabzug berechtigt ist (III.).

## I. Unternehmereigenschaft

Ein Unternehmer ist jeder, der eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbstständig ausübt (§ 2 Abs. 1 Satz 1 UStG), wobei gewerblich und beruflich jede Tätigkeit ist, die nachhaltig und zur Erzielung von Einnahmen ausgeübt wird, auch wenn eine Gewinnerzielungsabsicht nicht vorliegt (§ 2 Abs. 1 Satz 3 UStG).

An diesen Voraussetzungen wird es bei einem „Missing Trader“ i.d.R. fehlen, wobei ein Unternehmen aber nicht bereits dann zum „Missing Trader“ wird, wenn er seinen steuerlichen Pflichten nicht nachkommt.<sup>2</sup> Allerdings existieren „Missing Trader“ in aller Regel nur „auf dem Papier“. Die „Missing Trader“ können selbst zu keinem Zeitpunkt über die angeblich an den Buffer gelieferte Ware verfügen oder diese an den Buffer liefern.<sup>3</sup> Regelmäßig trägt ein „Missing Trader“ auch keinerlei wirtschaftliches Risiko, da er selbst kein Abnahme- und damit Kapitalrisiko trägt. Er wurde auch nicht mit dem Ziel gegründet, durch eine selbstständige Tätigkeit Einnahmen zu erzielen. Zweck des „Missing Traders“ ist vielmehr, in Rechnungen gesondert Umsatzsteuer auszuweisen, um hierdurch dem Rechnungsempfänger, dem Buffer, einen Vorsteuerabzug aus diesen Rechnungen zu ermöglichen und damit den Fiskus zu schädigen. Beim „Missing Trader“ wird es daher schon regelmäßig an einer Unternehmereigenschaft fehlen.<sup>4</sup>

Aber selbst dann, wenn ein „Missing Trader“ als Unternehmer i.S.v. § 2 UStG angesehen werden sollte,<sup>5</sup> wären den im Rahmen des Umsatzsteuerkarussells getätigten Geschäften aufgrund der gängigen Gestaltung von Umsatzsteuerkarussellen alleine zum Zweck der Steuerhinterziehung und damit lediglich zum Schein die steuerlichen Folgen zu versagen (§ 41 Abs. 2 Satz 1 AO).<sup>6</sup> Denn der „Missing Trader“ und der Buffer werden sich regelmäßig über den Scheincharakter des Rechtsgeschäfts einig sein: In den gängigen Umsatzsteuerkarussellen ist zu keinem Zeitpunkt beabsichtigt, dass der „Missing Trader“ tatsächlich über die Ware verfügt und diese an den Buffer liefert. Somit wird das Erklärte nicht gewollt und es wird nur der äußere Anschein eines Rechtsgeschäfts hervorgerufen, sodass ein steuerlich unbeachtliches Scheingeschäft vorliegt.<sup>7</sup>

Werden dagegen sog. Strohmänner zwischen einen Hintermann und den Leistungsempfänger zwischengeschaltet, ist dagegen zu differenzieren. Tritt der „Strohmann“ im Ver-

hältnis zum Leistungsempfänger selbstständig und im eigenen Namen auf und bleibt der Hintermann – im Verhältnis zum Leistungsempfänger – im Hintergrund, wird der „Strohmann“ regelmäßig als Unternehmer anzusehen sein. Der Leistungsempfänger wird auch regelmäßig an den „Strohmann“ für die erbrachten Leistungen Zahlungen an diesen leisten. Umsatzsteuerlich kommt es daher jedenfalls dann zu einer Lieferung zwischen dem Dritten und dem „Strohmann“ auf der einen Seite und zwischen dem „Strohmann“ und seinem Kunden auf der anderen Seite, wenn der „Strohmann“ aus dem der Leistung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis berechtigt und verpflichtet werden soll (vgl. § 3 Abs. 3 und 11 UStG).<sup>8</sup>

Vereinbaren dagegen der Hintermann und der Leistungsempfänger – ausdrücklich oder stillschweigend –, einen „Strohmann“ einzusetzen, um die Lieferungen des Hintermanns an den Leistungsempfänger vor Außenstehenden zu verschleiern, damit der Hintermann Steuern hinterziehen kann, ist das „vorgesobene“ „Strohmann“-Geschäft – wie beim „Missing Trader“ – dagegen steuerlich unbeachtlich (§ 41 Abs. 2 AO). Diese Folge tritt bereits dann ein, wenn der Leistungsempfänger aufgrund der konkreten Umstände davon ausgehen muss, dass es sich bei dem ihm gegenüber auftretenden Unternehmer um einen „Strohmann“ handelt, der keine Verpflichtungen aus dem Rechtsgeschäft übernehmen will und dementsprechend keine eigenen Leistungen versteuern will. In einem solchen Fall ist das „Strohmann“-Geschäft nur vorgeschoben und die Rechtswirkungen sollen gerade nicht zwischen dem „Strohmann“ und dem Leistungsbezieher, sondern unmittelbar zwischen diesem und dem Hintermann eintreten.<sup>9</sup> Die vom „Strohmann“ erstellte Rechnung ist in diesen Fällen als Abdeckrechnung zu qualifizieren. Dieser ist daher auch nicht als Unternehmer anzusehen, da er jedenfalls die von ihm abgerechnete Leistung tatsächlich nicht ausgeführt und nur zum Schein abgeschlossen hat.<sup>10</sup> Eine unternehmerische Tätigkeit entsteht allenfalls in dem Umfang, wie der Ersteller der Abdeckrechnung für das „Rechnungsschreiben“ eine entsprechende Vergütung oder Gegenleistung

2 BFH, Urt. v. 26.11.2014 - XI R 37/12 m.w.N.

3 Vgl. auch Thietz-Bartram, DB 2013, 418, 419.

4 Gehm, StraFo 2015, 441.

5 Vgl. BFH, Urt. v. 05.08.2010 - V R 13/09.

6 Vgl. auch Fleckenstein-Weiland in: Reiß/Kraeusel/Langer/Wäger, UStG, § 14c Rn. 117.

7 BFH, Urt. v. 28.01.1998 - IX R 23/94; BFH, Beschl. v. 20.05.1998 - III B 9/98.

8 Vgl. ausführlich BFH, Urt. v. 10.09.2015 - V R 17/14 m.w.N.; BGH, Beschl. v. 29.01.2015 - 1 StR 216/14.

9 Vgl. BFH, Urt. v. 20.10.2016 - V R 36/14 m.w.N.; BGH, Urt. v. 09.04.2013 - 1 StR 586/12.

10 Vgl. auch BGH, Urt. v. 06.02.2014 - 1 StR 578/13.

erhält.<sup>11</sup> Der tatsächlich leistende Unternehmer ist dagegen derjenige, der gegenüber den Behörden nicht in Erscheinung treten will. Von einem „Missing Trader“ bzw. Umsatzsteuerkarussell unterscheiden sich solche Konstellationen in tatsächlicher Hinsicht insbesondere darin, dass die Ware vom Leistungsempfänger nicht mehr weiter „gedreht“ wird, sondern von diesem zu unternehmerischen Zwecken weiterverwendet werden soll.

Kommt es dagegen zu keinerlei Lieferung bzw. sonstigen Leistung an den Rechnungsempfänger, auch nicht durch einen Hintermann, liegt eine – steuerlich ebenfalls unbeachtliche – Scheinrechnung vor.

## II. Steuerschuldner

Da der „Missing Trader“ und die eine Abdeckrechnung bzw. eine Scheinrechnung ausstellende Person – jedenfalls in Bezug auf die in der Rechnung abgerechneten Leistungen – keine unternehmerische Tätigkeit bzw. ein Scheingeschäft ausüben, schulden diese die von ihnen in der jeweiligen Rechnung unberechtigt ausgewiesene Umsatzsteuer nach § 14c Abs. 2 Satz 2, § 13a Abs. 1 Nr. 4 UStG.<sup>12</sup> Die danach geschuldete Umsatzsteuer haben sie nach § 18 Abs. 4b UStG anzumelden. Diese Rechtsfolgen treten auch bei einem steuerlich unbeachtlichen „Strohmann“-Geschäft ein. Auch wenn sich die Sachverhalte im Detail unterscheiden, kommt es in umsatzsteuerlicher Hinsicht somit oftmals zu identischen Rechtsfolgen.

Liegt allerdings ein umsatzsteuerlich anzuerkennendes „Strohmann“-Geschäft vor und ist deswegen ein „Strohmann“ als Unternehmer anzusehen, entsteht keine Steuerschuld nach § 14c UStG. Der „Strohmann“ hat jedoch die von ihm erzielten Umsätze – wie jeder andere Unternehmer auch – gegenüber dem für ihn zuständigen Finanzamt nach § 18 Abs. 1 bis Abs. 3 UStG anzumelden.

Während in den oben genannten Konstellationen weitestgehend geklärt ist, dass die unberechtigt ausgewiesene Steuer nach § 14c Abs. 2 UStG geschuldet wird, ist nicht immer hinreichend klar, wer insoweit als Steuerpflichtiger für diese nach § 14c Abs. 2 UStG geschuldeten Umsatzsteuern in Betracht kommt. Unproblematisch sind dabei die Fälle, in denen der in der Rechnung genannte Rechnungsaussteller daran mitgewirkt hat, die Rechnung zu erstellen, oder ihm das Handeln eines Dritten nach den Grundsätzen der Anscheins- und Duldungsvollmacht zuzurechnen ist.<sup>13</sup> Derjenige, der durch eine Rechnung mit einem unberechtigten Steuerausweis das Steueraufkommen gefährdet oder schädigt, muss hierfür einstehen.<sup>14</sup>

Es ist daher nach richtiger Auffassung nur folgerichtig, dass auch denjenigen, der eine Gutschrift i.S.v. § 14 Abs. 2 Satz 2 UStG als angeblich leistendes Unternehmen erhält, ohne die darin abgerechnete Leistung tatsächlich erbracht zu haben, die Folgen des § 14c Abs. 2 UStG treffen.<sup>15</sup> Schließlich

kann er der Gutschrift widersprechen und damit deren Wirkung als Rechnung i.S.v. § 14 UStG verhindern (§ 14 Abs. 2 Satz 3 UStG).<sup>16</sup> Dagegen müssen diese Folgen nicht zwingend denjenigen treffen, der die Gutschrift erstellt und an den angeblich leistenden Unternehmer versendet hat,<sup>17</sup> zumal dieser deswegen auch nicht in den Genuss eines Vorsteuerabzuges aus solchen Gutschriften gelangt.<sup>18</sup>

Etwas anderes ist dagegen anzunehmen, wenn mehrere Personen vereinbaren, Rechnungen mit einem unberechtigten Steuerausweis i.S.v. § 14c Abs. 2 UStG zu erstellen, auch wenn in den Rechnungen keine oder aber nur eine der die Vereinbarung treffenden Person als Rechnungsaussteller genannt ist. § 14c Abs. 2 UStG ist als Gefährdungstatbestand besonderer Art ausgestaltet und soll Missbräuche durch die Ausgabe von Rechnungen mit offenem Steuerausweis in Bezug auf den Vorsteuerabzug entgegenwirken.<sup>19</sup> Es kann daher nicht entscheidend sein, wer in der Rechnung als Aussteller genannt ist, sondern es ist vielmehr maßgeblich, wer an der Erstellung der Rechnung mitgewirkt und damit die Gefährdung des Steueraufkommens verursacht hat.<sup>20</sup> An der Erstellung einer Rechnung können daher bei Umsatzsteuerkarussellen auch die im Hintergrund agierenden Täter,<sup>21</sup> bei Abdeckrechnungen der Hintermann bzw. Leistungsempfänger und bei Scheinrechnungen auch der Rechnungsempfänger derart mitwirken, dass diese ebenfalls als Rechnungsaussteller anzusehen sind. Dies mag in der Praxis mitunter schwer feststellbar und daher mit Nachweisschwierigkeiten verbunden sein, darf aber nicht dazu führen, immer „nur“ den in der Rechnung genannten Aussteller als Steuerpflichtigen i.S.v. § 14c Abs. 2 UStG anzusehen.<sup>22</sup>

## III. Vorsteuerabzug

Soweit nach den oben genannten Grundsätzen die in den Rechnungen ausgewiesene Umsatzsteuer nach § 14c Abs. 2

11 Ablehnend FG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 29.11.2007 - 6 K 1713/06; Madauß, NZWiSt 2014, 457.

12 Vgl. auch EuGH, Urt. v. 31.03.2013 - C-643/11 m.w.N.

13 BFH, Urt. v. 07.04.2011 - V R 44/09; FG Münster, Urt. v. 12.09.2017 - 15 K 1089/15 U m.w.N.

14 BFH, Urt. v. 30.03.2006 - V R 46/03.

15 Streitig, vgl. BGH, Urt. v. 03.12.2013 - 1 StR 579/13; FG Münster, Urt. v. 09.09.2014 - 15 K 2469/13 m.w.N. auch zum Streitstand.

16 A.A. Thietz-Bartram, DB 2013, 418, 419 m.w.N.

17 So auch ohne Einschränkung FG Münster, Urt. v. 09.09.2014 - 15 K 2469/13 m.w.N.; FG München, Urt. v. 28.06.2016 - 2 K 3248/13.

18 Vgl. dazu nachfolgenden Abschnitt.

19 BFH, Beschl. v. 17.07.1996 - V B 23/96.

20 Vgl. auch BFH, Urt. v. 30.03.2006 - V R 46/03; BFH, Urt. v. 07.04.2011 - V R 44/09; „Nicht nur, wer die betreffende Rechnung eigenhändig erstellt hat“.

21 Vgl. auch Fleckenstein-Weiland in: Reiß/Kraeusel/Langer/Wäger, UStG, § 14c Rn. 42.

22 Einschränkend aber wohl BFH, Beschl. v. 17.07.1996 - V B 23/96.

UStG geschuldet wird („Missing Trader“, Abdeck- und Scheinrechnung), berechtigt diese Rechnung zu keinem Vorsteuerabzug, da die ausgewiesene Steuer nicht auf einer erfolgten Lieferung oder sonstigen Leistung beruht.<sup>23</sup> Dies gilt sogar dann, wenn tatsächlich eine Lieferung an den Rechnungsempfänger vorliegen sollte, die zutreffende Leistungsbeziehung (z.B. Abdeckrechnung, „Missing Trader“) aber verschleiert wurde. In diesen Fällen fehlt es an einer Rechnung vom tatsächlich leistenden Unternehmen, welche die formalen Voraussetzungen für den Vorsteuerabzug erfüllen würde (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UStG i.V.m. §§ 14, 14a UStG); ein Vorsteuerabzug ist jedoch nur möglich, wenn Rechnungsaussteller und leistender Unternehmer identisch sind.<sup>24</sup>

Allerdings kann aufgrund von Vertrauensschutzgesichtspunkten ein Vorsteuerabzug als Billigkeitsmaßnahme gem. §§ 163, 227 AO zu gewähren sein.<sup>25</sup> Dies kann z.B. der Fall sein, wenn ein Unternehmer unbemerkt von einem „Missing Trader“ Waren erwirbt und die Ware, ohne dass sich der Leistungsempfänger dessen bewusst ist, von einem das Karussell steuernden Hintermann geliefert wird. In dem Fall sind der leistende Unternehmer und der Rechnungsaussteller nicht identisch. Ein solcher Vertrauensschutz setzt voraus, dass der den Vorsteuerabzug begehrende Leistungsempfänger alle Maßnahmen getroffen hat, die vernünftigerweise von ihm verlangt werden können, um sich von der Richtigkeit der Angaben in der Rechnung zu überzeugen, und seine Beteiligung an einem Betrug ausgeschlossen ist.<sup>26</sup> Der Rechnungsempfänger kann dann auf die Rechtmäßigkeit dieser Umsätze vertrauen, ohne Gefahr zu laufen, sein Recht auf Vorsteuerabzug zu verlieren,<sup>27</sup> sodass das der Finanzbehörde insoweit im Rahmen von §§ 163, 227 AO zustehende Ermessen sogar auf Null reduziert sein kann.<sup>28</sup>

Im umgekehrten Fall kann aber ein Vorsteuerabzug ausgeschlossen sein, wenn sämtliche Voraussetzungen für einen Vorsteuerabzug erfüllt sind. Der Vorsteuerabzug ist zu versagen, wenn aufgrund objektiver Umstände feststeht, dass der Leistungsempfänger wusste oder wissen konnte bzw. wissen musste, dass er sich durch den Ankauf der Ware an einem Umsatz beteiligt, der in eine Umsatzsteuerhinterziehung einbezogen war.<sup>29</sup> Eine solche Folge trifft in Umsatzsteuerkarussellen wenigstens auch das einem Buffer nachgeordnete Unternehmen, das nicht in einer unmittelbaren Lieferbeziehung zum „Missing Trader“ steht<sup>30</sup> und ggf. weitere in der Kette eingebundene Unternehmen.<sup>31</sup> In diesen Fällen stimmen zwar jedenfalls leistendes Unternehmen und Rechnungsaussteller überein. Allerdings ist aus Gründen der Missbrauchsbekämpfung der Vorsteuerabzug in diesen Fällen dennoch zu versagen.<sup>32</sup> Dabei ist auf das Wissen bzw. „Wissenmüssen“ des Leistungsempfängers im Zeitpunkt der Ausführung der Lieferung bzw. der sonstigen Leis-

tung abzustellen und nicht auf das bei Abgabe einer Umsatzsteuer-Voranmeldung bzw. Jahressteuererklärung.<sup>33</sup>

#### D. Steuerstrafrechtliche Folgen

Die dargestellten Konstellationen haben aber nicht nur umsatzsteuerliche, sondern regelmäßig auch steuerstrafrechtliche Folgen, da meist eine Steuerhinterziehung vorliegt (I.). Dabei ist aber nicht immer hinreichend klar, wer der Täter (§ 25 StGB) und wer nur Gehilfe (§ 27 StGB) einer solchen Steuerstraftat ist (II.).

#### I. Steuerhinterziehung nach § 370 AO

Derjenige, der nach den oben genannten Grundsätzen als Unternehmer („Strohmann“) oder nach § 14c Abs. 2 UStG Steuern schuldet („Missing Trader“, Abdeck- und Scheinrechnungsschreiber) und diese nicht gegenüber den zuständigen Finanzbehörden anmeldet oder hierüber unrichtige Angaben macht und dadurch die an sich festzusetzenden Umsatzsteuern verkürzt, begeht eine Steuerhinterziehung (§ 370 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 AO).<sup>34</sup> Das Nicht-Zahlen von Steuern ist dagegen grds.<sup>35</sup> nicht strafbar.<sup>36</sup>

In den Fällen, in denen die Steuer nach § 14c UStG geschuldet wird, macht sich der Rechnungsaussteller zugleich wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung des Rechnungsempfängers strafbar, der zu Unrecht aus diesen Rechnungen in seinen Umsatzsteuer-Voranmeldungen bzw. seiner Umsatzsteuer-Jahreserklärung einen Vorsteuerabzug beantragt. Sind dem Rechnungsempfänger die tatsächlichen Umstände im Hinblick auf die Steuerschuld nach § 14c UStG nicht bekannt bzw. nimmt er diese nicht wenigstens billigend in Kauf, macht

23 Vgl. u.a. EuGH, Urt. v. 31.03.2013 - C-643/11 m.w.N.; BFH, Urt. v. 16.09.2015 - XI R 47/13 m.w.N.

24 BFH, Urt. v. 10.09.2015 - V R 17/14 m.w.N.

25 Vgl. nur BFH, Vorlagebeschl. v. 06.04.2016 - V R 25/15.

26 BFH, Beschl. v. 07.10.2015 - V B 152/14 m.w.N.

27 EuGH, Urt. v. 06.07.2006 - C-439/04 und C-440/04.

28 Vgl. BFH, Vorlagebeschl. v. 06.04.2016 - V R 25/15 m.w.N.

29 Vgl. nur EuGH, Urt. v. 18.12.2014 - C 131/13 m.w.N.; BFH, Urt. v. 12.09.2014 - VII B 99/13; BGH, Beschl. 05.02.2014 - 1 StR 422/13 m.w.N.

30 BGH, Urt. v. 02.09.2015 - 1 StR 239/15 m.w.N. (Erwerb der Ware vom Buffer); BFH, Urt. v. 19.05.2010 - XI R 78/07.

31 Zur „Infizierung“ der gesamten Lieferkette vgl. Gehm, StraFo 2015, 441, und auch Kemper, NZWiSt 2015, 441, 443 f. unter Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH.

32 Vgl. nur EuGH, Urt. v. 18.12.2014 - C 131/13 m.w.N.

33 BGH, Urt. v. 19.11.2014 - 1 StR 219/14; BGH, Urt. v. 02.09.2015 - 1 StR 239/15 m.w.N.

34 Vgl. nur jüngst BGH, Beschl. v. 07.09.2016 - 1 StR 57/16 und BGH, Beschl. v. 13.10.2016 - 3 StR 352/16.

35 Zur Ausnahme vgl. § 26c UStG.

36 Vgl. auch BGH, Beschl. v. 06.04.2016 - 1 StR 431/15.

er sich allerdings aufgrund eines Tatbestandsirrtums (§ 16 StGB) nicht strafbar und der Rechnungsaussteller begeht keine Beihilfe zu dessen Steuerhinterziehung. Jedoch macht sich derjenige, der den Rechnungsempfänger aufgrund überlegenen Wissens zu Unrecht zu einem Vorsteuerabzug veranlasst – und somit ggf. die Hintermänner bzw. Rechnungsaussteller – wegen mittelbarer Täterschaft strafbar (§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO i.V.m. § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB).<sup>37</sup> Hätte sich dem Rechnungsempfänger allerdings aufdrängen müssen, dass eine Steuerverkürzung vorliegt, liegt trotz eines Tatbestandsirrtums eine bußgeldbewehrte leichtfertige Steuerverkürzung vor (§ 378 AO). Diese setzt voraus, dass der Leistungsempfänger die Sorgfalt außer Acht lässt, zu der er nach den besonderen Umständen des Einzelfalls und seinen Fähigkeiten und Kenntnissen verpflichtet und imstande ist.<sup>38</sup>

Strafrechtlich handelt es sich – unabhängig von einer Beihilfe oder einer mittelbaren Täterschaft – jeweils um zwei materiell-rechtlich unabhängige Taten (§ 53 StGB), sie bilden aber eine Tat im prozessualen Sinne (§ 264 StPO).<sup>39</sup> Bei der Strafzumessung ist aber zugunsten des Täters zu berücksichtigen, dass der Steuerschaden nur einmal eingetreten ist und sich dieser nicht verdoppelt.<sup>40</sup>

Die Folgen einer Steuerhinterziehung sind Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe. Die Verjährungsfrist beträgt fünf Jahre (§ 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB). Liegt der Betrag der Steuerhinterziehung pro Tat bei mehr als 50.000 € werden Steuern in einem großen Ausmaß verkürzt und es liegt regelmäßig ein besonders schwerer Fall einer Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 3 Nr. 1 AO vor.<sup>41</sup> Dieser sieht eine Strafandrohung von sechs Monaten bis zehn Jahren Freiheitsstrafe vor und die Verjährungsfrist beträgt zehn Jahre (§ 376 Abs. 1 AO).

Unabhängig vom Betrag der hinterzogenen Umsatzsteuer wird in Fällen eines Umsatzsteuerkarussells regelmäßig ein besonders schwerer Fall der Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 3 Nr. 5 AO vorliegen. Um ein solches Karussell zu betreiben, werden sich regelmäßig mindestens drei Personen miteinander mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer fortgesetzt Umsatzsteuern zu hinterziehen, sodass eine für den Tatbestand des § 370 Abs. 3 Nr. 5 AO u.a. erforderliche Bande gegeben sein dürfte.<sup>42</sup>

## II. Täterschaft und Teilnahme

Wird eine unrichtige Umsatzsteuer-Voranmeldung oder Jahressteuererklärung abgegeben (§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO), ist allgemein anerkannt, dass jede Person als (Mit-)Täter (§ 25 Abs. 2 StGB) in Betracht kommen kann, unabhängig davon, ob sie selbst zur Abgabe der Voranmeldung bzw. Jahressteuererklärung nach den Steuergesetzen verpflichtet ist; bei § 370 AO handelt es sich um kein Sonderdelikt, dass nur durch einen Steuerpflichtigen begangen werden könnte.<sup>43</sup>

Als (Mit-)Täter kann sich somit neben einem „Strohmann“ bzw. einem Rechnungsaussteller (§ 14c UStG, „Missing Trader“, Abdeckrechnungs- bzw. Scheinrechnungsschreiber) auch ein Dritter und damit ein Hintermann wegen Steuerhinterziehung strafbar machen. Sollte beim Hintermann eine Mittäterschaft ausscheiden, wird regelmäßig wenigstens eine Beihilfe zur Steuerhinterziehung des „Strohmanns“ bzw. Rechnungsausstellers vorliegen.

Wird dagegen keine Voranmeldung oder Jahressteuererklärung abgegeben (§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO), kommt als Täter lediglich derjenige in Betracht, der zur Abgabe einer solchen Erklärung verpflichtet ist und somit nur der Steuerpflichtige selbst (§ 33 AO), dessen gesetzlicher Vertreter (§ 34 AO) oder ein Verfügungsberechtigter i.S.v. § 35 AO; ein Verfügungsberechtigter i.S.v. § 35 AO hat die Pflichten eines gesetzlichen Vertreters, soweit er sie rechtlich und tatsächlich auch erfüllen kann. Die durch §§ 33 bis 35 AO begründete Pflicht kann – anders als die Abgabe einer unrichtigen Voranmeldung oder Jahressteuererklärung (§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO) – einem anderen Tatbeteiligten nicht nach den Grundsätzen der Mittäterschaft zugerechnet werden.<sup>44</sup> Die Frage, wem eine originäre Steuerklärungspflicht obliegt, ist insbesondere bei den „Strohmann“-Konstruktionen relevant. Ist ein „Strohmann“ als Unternehmer (§ 2 UStG) anzusehen und gibt dieser entgegen § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO keine Voranmeldungen bzw. Jahressteuerklärungen ab, kann ein Hintermann im Hinblick auf die vom „Strohmann“ hinterzogenen Steuern nur dann als Täter angesehen werden, wenn er – vergleichbar einem faktischen Geschäftsführer<sup>45</sup> – als Verfügungsberechtigter i.S.v. § 35 AO auftritt. Als Verfügungsberechtigter ist jeder anzusehen, der nach dem Gesamtbild der Verhältnisse rechtlich und wirtschaftlich über Mittel, die einem anderen zuzurechnen sind, verfügen kann und als solcher nach außen auftritt.<sup>46</sup> Hierbei ist es aber ausreichend, wenn der Verfügungsberechtigte lediglich gegenüber einer „begrenzten Öffentlichkeit“, z.B. in einer Gesellschafterversammlung, gegenüber den „Strohmannen“ bzw. deren Steuerberatern auftritt und das Auftreten gegenüber der „allgemeinen Öffentlichkeit“ einer weisungsabhängigen Person überlässt;<sup>47</sup> ein Auftreten gegenüber den Finanzbehörden durch den Verfügungsbe-

37 BGH, Beschl. v. 19.12.2012 - 1 StR 165/12.

38 BGH, Urt. v. 17.12.2014 - 1 StR 324/14 m.w.N.

39 BGH, Urt. v. 17.02.1998 - 5 StR 624/97.

40 BGH, Urt. v. 21.08.2014 - 1 StR 209/14; BGH, Beschl. v. 12.10.2016 - 1 StR 210/16.

41 BGH, Urt. v. 27.10.2015 - 1 StR 373/15.

42 BGH, Beschl. v. 22.03.2001 - GSSt 1/00.

43 Vgl. nur BGH, Urt. v. 09.04.2013 - 1 StR 568/12.

44 BGH, Urt. v. 09.04.2013 - 1 StR 586/12.

45 Vgl. dazu nur BGH, Urt. v. 13.12.2012 - 5 StR 407/12; Madauß, NZWiSt 2016, 268, 269.

46 BFH, Urt. v. 05.08.2010 - V R 13/09 m.w.N.

47 BFH, Urt. v. 05.08.2010 - V R 13/09 m.w.N.

rechtigten ist gerade nicht erforderlich. Diese Weisungsabhängigkeit muss jedoch mindestens für eine „begrenzte Öffentlichkeit“ erkennbar sein.<sup>48</sup> Durch eine solche Verfügungsberechtigung ist der Hintermann neben dem „Strohmann“ ebenfalls zur Abgabe von entsprechenden Voranmeldungen bzw. Jahressteuererklärungen verpflichtet.<sup>49</sup>

Kann eine solche Verfügungsbefugnis nicht festgestellt werden, kann sich der Hintermann wegen der vom „Strohmann“ begangenen Steuerhinterziehung dagegen nur wegen einer Beihilfe hierzu strafbar machen.<sup>50</sup> Allerdings ist in solchen Fällen anerkannt, dass die beim Hintermann zum Ausdruck kommende kriminelle Energie bei der Strafzumessung erheblich strafscharfend bewertet werden kann,<sup>51</sup> so dass die Tat des Hintermanns trotz Beihilfe ggf. sogar schärfer geahndet werden kann als die des „Strohmanns“.

Bei Anwendung dieser Grundsätze darf aber nicht außer Acht gelassen werden, dass der Hintermann ggf. selbst als Unternehmer eine Lieferung bzw. sonstige Leistung gegenüber dem „Strohmann“ erbringt (vgl. oben Tz. B.II. und C.I.), die er regelmäßig nicht erklärt. In diesen Fällen würde sich der Hintermann – unabhängig von einer etwaigen Verfügungsberechtigung nach § 35 AO im Hinblick auf das Unternehmen des „Strohmanns“ – wegen Hinterziehung von Steuern zu eigenen Gunsten strafbar machen.

Zudem sind die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze bei „Strohmannen“ nicht unreflektiert auf die Fälle zu übertragen, in denen eine Steuerschuld nach § 14c UStG geschuldet wird („Missing Trader“, Abdeckrechnungs- bzw. Scheinrechnungsschreiber). In diesen Fällen beruht die Steuerpflicht auf dem Ausstellen einer Rechnung, in der unberechtigterweise Umsatzsteuer ausgewiesen wurde. Nach den oben genannten – steuerlichen – Grundsätzen (vgl. Tz. C.II.) kann aber auch ein Hintermann – zusammen mit anderen Personen – als Aussteller einer solchen Rechnung und damit als Steuerschuldner angesehen werden. In diesen Fällen müsste nicht mehr bestimmt werden, ob ein Hintermann Verfügungsberechtigter i.S.v. § 35 AO ist.

## E. Fazit

Der Beitrag hat nunmehr anhand gängiger Fallgestaltungen aufzuzeigen versucht, welche umsatzsteuerlichen und strafrechtlichen Konsequenzen u.a. bei der Zwischenschaltung eines „Missing Traders“ auftreten. Dabei sind die oben dargestellten Fallgestaltungen und verwendeten Begrifflichkeiten nicht als Dogma zu verstehen. In der Praxis hat sich gezeigt, dass verschiedene Modelle auch beliebig kombiniert werden, indem z.B. ein „Strohmann“ in einem Umsatzsteuerkarussell als „Missing Trader“ oder als Buffer eingesetzt wird, oder ein Umsatzsteuerkarussell mangels Kenntnis der gesamten Lieferkette unerkannt bleibt. Es ist daher anhand des konkreten be-

kannten bzw. aufklärbaren Sachverhalts festzustellen, ob überhaupt Unternehmen im umsatzsteuerlichen Sinn aufgetreten sind, ob und zwischen wem Leistungsbeziehungen bestehen und ob die konkrete Leistungsbeziehung womöglich in ein größer angelegtes Karussell eingebettet ist. Danach entscheidet sich, nach welchen Vorschriften Umsatzsteuern geschuldet werden und inwieweit überhaupt ein Anspruch auf einen Vorsteuerabzug besteht bzw. ob ein solcher aus Vertrauens Gesichtspunkten zu gewähren ist. Mit Blick auf die Strafbarkeit ist besonderes Augenmerk darauf zu legen, wen eine Steuerklärungspflicht trifft und wer daher bei der unterlassenen Abgabe von Voranmeldungen bzw. Steuererklärungen als Täter oder „nur“ als Gehilfe in Betracht kommt.

48 BGH, Urt. v. 09.04.2013 - 1 StR 586/12.

49 BGH, Urt. v. 13.12.2012 - 5 StR 407/12.

50 BGH, Urt. v. 13.12.2012 - 5 StR 407/12.

51 BGH, Urt. v. 09.04.2013 - 1 StR 586/12.

## Abgeltungsteuer: Ausfall einer privaten Darlehensforderung als Verlust

BFH, Urt. v. 24.10.2017 - VIII R 13/15

VRi'inBFH Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel

### A. Problemstellung

Mit der Abgeltungsteuer gilt ab 2009 im Rahmen der Einkommensteuer ein Sonderregime für die Einkünfte aus Kapitalvermögen. Dessen wesentlicher Bestandteil ist die umfassende steuerliche Erfassung aller Wertzuwächse im Privatvermögen.<sup>1</sup> Dabei wurden in § 20 Abs. 2 EStG auch die Gewinne aus Veräußerungsvorgängen bezüglich Kapitalanlagen i.S.v. § 20 Abs. 1 EStG in die Besteuerung einbezogen und damit nach allgemeinen Grundsätzen auch die entsprechenden Veräußerungsverluste.<sup>2</sup> Gerade dieser Bruch mit der bisherigen Nichtsteuerbarkeit der „Quelle“ im Rahmen der Überschusseinkunftsart des § 20 EStG birgt vielfache Systemfragen, insbesondere nach der Berücksichtigung von Verlusten aus einem Wegfall des Kapitalstamms. Hinsichtlich des Ausfalls einer privaten Darlehensforderung hat der BFH durch die Besprechungsentscheidung für Klarheit gesorgt, indem er den Verlust aus einem insolvenzbedingten Ausfall einer privaten Kapitalforderung i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG anerkannt hat (§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7, Satz 2, Abs. 4 EStG).

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Kläger hatte einem Dritten 2010 ein verzinsliches Darlehen gewährt. Ab August 2011 erfolgten die vereinbarten

1 BT-Drs. 16/4841, S. 56.

2 Vgl. BFH, Urt. v. 12.01.2016 - IX R 48/14.



Rückzahlungen nicht mehr. Über das Vermögen des Darlehensnehmers wurde 2012 das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Kläger meldete die noch offene Darlehensforderung zur Insolvenztabelle an und machte den Ausfall der Darlehensforderung ohne Erfolg bei Finanzamt wie Finanzgericht als Verlust bei den Einkünften aus Kapitalvermögen geltend.

Die Revision hatte Erfolg, sie führte zur Aufhebung der finanzgerichtlichen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Finanzgericht (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO). Das Finanzgericht ist rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, dass der streitbefangene Forderungsausfall nicht zu einem steuerlich zu berücksichtigenden Verlust i.S.d. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 EStG i.V.m. Satz 2 und Abs. 4 EStG führt.

Nach Auffassung des BFH zieht auch der endgültige Ausfall einer Kapitalforderung i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG in der privaten Vermögenssphäre einen steuerlich anzuerkennenden Verlust gem. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7, Satz 2, Abs. 4 EStG nach sich. Denn mit der Einführung der Abgeltungsteuer<sup>3</sup> sollte eine vollständige steuerrechtliche Erfassung aller Wertveränderungen im Zusammenhang mit Kapitalanlagen erreicht werden.<sup>4</sup> Dafür wurde die traditionelle quellentheoretische Trennung von Vermögens- und Ertrags Ebene für Einkünfte aus Kapitalvermögen aufgegeben. Folge dieses Paradigmenwechsels ist, dass nach Einführung der Abgeltungsteuer der endgültige Ausfall einer Kapitalforderung i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG zu einem gem. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7, Satz 2, Abs. 4 EStG steuerlich zu berücksichtigenden Verlust führt. Insoweit ist eine Rückzahlung der Kapitalforderung, die – ohne Berücksichtigung der in § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG gesondert erfassten Zinszahlungen – unter dem Nennwert des hingegebenen Darlehens bleibt, dem Verlust bei der Veräußerung der Forderung gleichzustellen, wenn endgültig feststeht, dass (über bereits gezahlte Beträge hinaus) keine weiteren Rückzahlungen (mehr) erfolgen werden.

Dem traditionell engen Veräußerungsbegriff trägt § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG Rechnung, der einer Veräußerung verschiedene Ersatztatbestände gleichstellt, um alle Wertveränderungen im Zusammenhang mit Kapitalanlagen zu erfassen. Danach ist u.a. auch die Rückzahlung von privaten Darlehensforderungen nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 EStG i.V.m. Satz 2 EStG steuerbar. Aus dieser Gleichstellung folgt, dass die Fälle der Veräußerung und Rückzahlung im Rahmen der Gewinnermittlung gem. § 20 Abs. 4 EStG den gleichen Grundsätzen unterliegen.

Eine Veräußerung i.S.d. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 EStG ist die entgeltliche Übertragung des – zumindest wirtschaftlichen – Eigentums auf einen Dritten. Zwar fehlt es bei einem Forderungsausfall an dem für eine Veräußerung in diesem Sinne notwendigen Rechtsträgerwechsel. Aus der Gleichstellung der Rückzahlung mit dem Tatbestand der Veräußerung

einer Kapitalforderung in § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG folgt jedoch, dass auch eine endgültig ausbleibende Rückzahlung zu einem Verlust i.S.d. § 20 Abs. 4 Satz 1 EStG führen kann.

Dies verlangt auch das Gebot der Folgerichtigkeit. Denn führt die Rückzahlung der Kapitalforderung über dem Nennwert zu einem Gewinn i.S.d. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7, Satz 2, Abs. 4 EStG, muss auch eine Rückzahlung unter dem Nennwert zu einem steuerlich zu berücksichtigenden Verlust führen. Zudem zieht auch die Übertragung wertloser Wirtschaftsgüter ohne Gegenleistung einen Veräußerungsverlust nach sich,<sup>5</sup> sodass auch insoweit eine Gleichstellung des Ausfalls einer Rückzahlung geboten ist. Wirtschaftlich betrachtet macht es keinen Unterschied, ob der Steuerpflichtige die Forderung noch kurz vor dem Ausfall zu Null veräußert, oder ob er sie – weil er keinen Käufer findet oder auf eine Quote hofft – behält. In beiden Fällen erleidet der Steuerpflichtige eine Einbuße seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, die die gleiche steuerliche Berücksichtigung finden muss.

Wie die Veräußerung ist die Rückzahlung ein Tatbestand der Endbesteuerung. Danach liegt ein steuerbarer Verlust aufgrund eines Forderungsausfalls erst dann vor, wenn endgültig feststeht, dass (über bereits gezahlte Beträge hinaus) keine (weiteren) Rückzahlungen (mehr) erfolgen werden. Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners reicht hierfür i.d.R. nicht aus. Etwas anderes gilt, wenn die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt worden ist oder aus anderen Gründen feststeht, dass keine Rückzahlung mehr zu erwarten ist.

Im Zeitpunkt der Tatbestandsverwirklichung errechnet sich die Höhe des Rückzahlungsverlusts nach § 20 Abs. 4 EStG als Unterschied zwischen den Einnahmen aus den Rückzahlungen nach Abzug der Aufwendungen, die im unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit dem Ausfall der Forderung stehen, und den Anschaffungskosten.

Da die Entscheidung des Finanzgerichts im Streitfall auf anderen Rechtsgrundsätzen beruht, war sie aufzuheben. Die Sache war aber nicht spruchreif. Ob die streitbefangenen Rückzahlungen bereits im Streitjahr endgültig ausgeblieben sind und die oben dargelegten Voraussetzungen für die Berücksichtigung des Verlusts des Klägers erfüllt sind, konnte der Senat auf Grundlage der Feststellungen des Finanzgerichts, das hierzu von seinem Standpunkt aus keine Feststellungen treffen musste, nicht überprüfen. Das Finanzgericht wird die notwendigen Feststellungen im zweiten Rechtsgang nachzuholen haben.

3 Unternehmensteuerreformgesetz 2008 v. 14.08.2007, BGBl. I 2007, 1912.

4 Vgl. BT-Drs. 16/4841, S. 33, 55 ff.

5 Zur Anteilsübertragung BFH, Urt. v. 12.05.2015 - IX R 57/13.

### C. Auswirkungen für die Praxis

Der BFH hat im Besprechungsurteil den Verlust aus einem Forderungsausfall im Rahmen von § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG anerkannt. Die wirtschaftliche Situation des Forderungsinhabers beim Ausfall seiner Forderung erinnert an den Inhaber einer notleidenden Option.<sup>6</sup> Diesem wird kein wirtschaftlich sinnloses Verhalten zur Verlustrealisierung zugemutet.<sup>7</sup> Der BFH legt § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a EStG dahin gehend aus, dass ein Vorteil bei Termingeschäften auch erlangt wird, wenn der Inhaber eine Option verfallen lässt, da in § 20 Abs. 2 EStG auch eine negative Differenz als Vorteil erfasst werde.<sup>8</sup> Er beruft sich insoweit auf das Gebot der Folgerichtigkeit.<sup>9</sup> „Vorteil ist danach auch der Nachteil“.<sup>10</sup> Beim Ausfall einer Forderung bedeutet dies: „Rückzahlung ist auch die nur teilweise Rückzahlung oder die Rückzahlung von Null“. Der Gesetzeswortlaut „Rückzahlung“ lässt diese systematische Auslegung zu. Insoweit ist eine Rückzahlung der Kapitalforderung, die – ohne Berücksichtigung der in § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG gesondert erfassten Zinszahlungen – unter dem Nennwert des hingegebenen Darlehens zurückbleibt, dem Verlust bei der Veräußerung der Forderung gleichzustellen.

Der Tatbestand der Rückzahlung nach § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG kann sich so steuerlich sowohl belastend<sup>11</sup> als auch begünstigend<sup>12</sup> auswirken. Endgültig ausbleibende Rückzahlungen können zu einem Verlust führen.<sup>13</sup> Dieser Rückzahlungsverlust kann beim Totalausfall wegen der Berücksichtigung der Aufwendungen, die im unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit dem Ausfall der Forderung stehen (§ 20 Abs. 4 EStG), sogar die Darlehensvaluta übersteigen.

Wesentlich für die Berücksichtigung eines Verlusts aus einem (teilweisen) Forderungsausfall ist dessen Endgültigkeit. Wie die Veräußerung ist die Rückzahlung ein Tatbestand der Endbesteuerung. Danach liegt ein steuerbarer Verlust aufgrund eines Forderungsausfalls erst dann vor, wenn endgültig feststeht, dass keine (weiteren) Rückzahlungen (mehr) erfolgen werden. Insoweit hat der BFH aber klargestellt, dass die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners hierfür i.d.R. nicht ausreicht, aber etwas anderes gilt, wenn die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt worden ist oder aus anderen Gründen feststeht, dass keine Rückzahlung mehr zu erwarten ist.<sup>14</sup> Welche Gründe das im Einzelnen sein können, wird noch zu entscheiden sein.

Da der VIII. Senat lediglich über den endgültigen Ausfall einer Kapitalforderung i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG in der privaten Vermögenssphäre zu entscheiden hatte, bleibt offen, inwieweit die Grundsätze auf vergleichbare Konstellationen eines die sog. Quelle betreffenden Verlustes übertragbar sind. Gleichwohl werden sich künftig diese Fragen stellen, insbesondere im Kontext von Gesellschafterdarlehen und anderen Finanzie-

rungshilfen des Gesellschafters zugunsten seiner Gesellschaft sowie bei Auflösungsverlusten aus unwesentlichen Beteiligungen. Es bleibt abzuwarten, inwieweit der VIII. Senat des BFH den mit der Anerkennung des Verlustes aus dem Ausfall einer Darlehensforderung eingeschlagenen Weg hier weitergeht.

6 Vgl. auch Jansen, DStR 2016, 2730, 2734.

7 So bereits zu § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG: BFH, Urt. v. 26.09.2012 - IX R 50/09; BFH, Urt. v. 10.11.2015 - IX R 20/14; vgl. zur neuen Rechtslage in § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a EStG: BFH, Urt. v. 12.01.2016 - IX R 48/14; BFH, Urt. v. 12.01.2016 - IX R 49/14; BFH, Urt. v. 12.01.2016 - IX R 50/14; BFH, Urt. v. 20.10.2016 - VIII R 55/13.

8 BFH, Urt. v. 12.01.2016 - IX R 48/14 Rn. 18; BFH, Urt. v. 12.01.2016 - IX R 49/14 Rn. 14; BFH, Urt. v. 12.01.2016 - IX R 50/14 Rn. 12.

9 BFH, Urt. v. 12.01.2016 - IX R 48/14 Rn. 20; BFH, Urt. v. 12.01.2016 - IX R 49/14 Rn. 16; BFH, Urt. v. 12.01.2016 - IX R 50/14 Rn. 14.

10 BFH, Urt. v. 26.09.2012 - IX R 50/09 Rn. 16.

11 Z.B. in Disagio-Fällen, vgl. BT-Drs. 16/4841, S. 56.

12 Z.B. in Verlustfällen, vgl. BT-Drs. 16/10189, S. 66.

13 BFH, Urt. v. 24.10.2017 - VIII R 13/15.

14 Vgl. BFH, Urt. v. 25.01.2000 - VIII R 63/98; BFH, Urt. v. 27.11.2001 - VIII R 36/00; BFH, Urt. v. 12.12.2000 - VIII R 22/92; BFH, Urt. v. 13.10.2015 - IX R 41/14.

## Strafrecht

### Verfahrenseinstellung bei fehlendem Eröffnungsbeschluss

BGH, Beschl. v. 16.08.2017 - 2 StR 199/17

Wiss. Mit. Carlo Kunz

#### A. Problemstellung

Der BGH<sup>1</sup> hob eine Entscheidung des LG Aachen im Hinblick auf eine verfahrensfehlerhafte (Nicht-)Eröffnung teilweise auf und stellte das Verfahren insoweit ein. In diesem Zusammenhang stellte der Senat fest, dass es zu einer wirksamen Eröffnung des Hauptverfahrens regelmäßig einer schriftlich fixierten Entscheidung des insoweit auch zuständigen Gerichts bedürfe. Eine lediglich beschlossene Übernahme und Verbindung zu einem (zeitgleich) in ordnungsgemäßer Weise eröffneten Verfahren genüge diesen Anforderungen mithin nicht.

#### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Gegen den Angeklagten existierten zwei Verfahren: eines wegen einer Tat vom 10.05.2016 (Tat 1) und eines wegen einer Tat vom 15.02.2016 (Tat 2). Wegen Tat 1 war von der Staatsanwaltschaft Anklage zum LG Aachen erhoben worden. Das Verfahren hinsichtlich Tat 2 befand sich beim AG Düren im

1 BGH, Beschl. v. 16.08.2017 - 2 StR 199/17.

Zwischenverfahren. Das Amtsgericht übersandte daraufhin „zur Prüfung einer Übernahmbereitschaft“ das Verfahren an das Landgericht. Das Landgericht beschloss in der Folge, wegen Tat 1 die Anklage zur Hauptverhandlung zuzulassen und das Hauptverfahren zu eröffnen. Ferner wurde die Besetzung der Kammer mit zwei Berufsrichtern und zwei Schöffen beschlossen. Zusätzlich verband das Landgericht das übersandte Verfahren hinsichtlich Tat 2 zu dem beim Landgericht geführten Verfahren (betreffend Tat 1) zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung. Die dem Verfahren hinsichtlich Tat 2 zugrunde liegende Anklageschrift findet im Eröffnungsbeschluss weder eine Erwähnung noch ist später diesbezüglich ein Eröffnungsbeschluss ergangen.<sup>2</sup> Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Tat 1 zu einer Einzelfreiheitsstrafe von einem Jahr und zehn Monaten und wegen Tat 2 zu einer Einzelfreiheitsstrafe von zehn Monaten verurteilt, woraus eine Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren gebildet wurde. Eine Strafaussetzung zur Bewährung wurde versagt.

Der BGH hat auf die Revision des Angeklagten hin das Urteil des LG Aachen hinsichtlich des Vorwurfs zur Tat 2 aufgehoben, das Verfahren insoweit eingestellt und den Ausspruch über die Gesamtstrafe aufgehoben. Es fehle – so der Senat – mit Blick auf Tat 2 an einem wirksamen Eröffnungsbeschluss. Die Eröffnungsentscheidung der Strafkammer beziehe sich ausdrücklich nur auf die Anklage zur Tat 1. Der von der Strafkammer gleichzeitig beschlossenen Übernahme und Hinzuverbindung des noch im Zwischenverfahren befindlichen amtsgerichtlichen Verfahrens zu Tat 2 könne auch nicht die Bedeutung einer konkludenten Eröffnung des Hauptverfahrens beigemessen werden.<sup>3</sup> Zwar genüge im Rahmen von § 203 StPO zur Eröffnung des Hauptverfahrens auch eine schlüssige und eindeutige Willenserklärung des Gerichts, die Anklage nach Prüfung und Bejahung der Eröffnungsvoraussetzungen zur Hauptverhandlung zuzulassen.<sup>4</sup> Allerdings bedürfe es im Hinblick auf die Bedeutung des Eröffnungsbeschlusses als Grundlage des Hauptverfahrens regelmäßig einer schriftlichen Fixierung der Entscheidung.<sup>5</sup>

Weiterhin konstatiert der BGH, dass der Beschluss zur Hinzuverbindung des amtsgerichtlichen Verfahrens wegen Tat 2 nicht die Wirkung eines Beschlusses über die Zulassung der in dem übernommenen Verfahren erhobenen Anklage und über die Eröffnung des Hauptverfahrens habe. Dem Verbindungsbeschluss sei nämlich nicht mit der erforderlichen Sicherheit zu entnehmen, dass das LG Aachen hinsichtlich der übernommenen Anklage die Eröffnungsvoraussetzungen geprüft und angenommen hat.<sup>6</sup>

Schließlich sei eine wirksame Eröffnung des Hauptverfahrens hinsichtlich Tat 2 auch nicht in der – unbeanstandeten – Verlesung beider Anklageschriften zu erblicken, in welcher der Vorsitzende sogar hinsichtlich Anklageschrift bezüglich Tat 2 irrtümlich festgestellt hat, dass diese durch Beschluss der Strafkammer vom 16.09.2016 zur Hauptverhandlung zugelassen

und das Hauptverfahren vor der 2. Strafkammer eröffnet worden sowie eine Verbindung zu dem zuvor beim Landgericht geführten Verfahren erfolgt seien. Hierin sei keine wirksame Dokumentation einer – grds. möglichen – Nachholung des Eröffnungsbeschlusses in der Hauptverhandlung<sup>7</sup> zu sehen, da die Strafkammer lediglich mit zwei Berufsrichtern verhandelte, eine Eröffnungsentscheidung hingegen durch die Strafkammer in ihrer Besetzung außerhalb der Hauptverhandlung, also mit drei Berufsrichtern ohne Schöffen, zu treffen sei.<sup>8</sup>

### C. Bewertung

Die Entscheidung des BGH ist zu begrüßen. Sie betont erneut<sup>9</sup> die Bedeutung eines wirksamen Eröffnungsbeschlusses. Dieser ist – insbesondere mit Blick auf die Rechtssicherheit in einem strafgerichtlichen Verfahren – als vital zu bezeichnen. Die rechtliche Stellung des Angeklagten hat mit Blick auf den Eröffnungsbeschluss bereits darin eine Schwächung erfahren, dass nach höchstrichterlicher Rechtsprechung<sup>10</sup> ein unterbliebener Eröffnungsbeschluss noch während der Hauptverhandlung nachgeholt werden kann.<sup>11</sup> Hier wird den Interessen des Angeklagten dadurch entsprochen, dass gem. §§ 217 ff. StPO eine Aussetzung der Hauptverhandlung verlangt werden kann; denn vor Zustellung des Eröffnungsbeschlusses wird keine Ladungsfrist in Lauf gesetzt.<sup>12</sup> Hierauf ist der Angeklagte hinzuweisen. Ein lediglich zu spät ergehender Eröffnungsbeschluss führt somit nicht zur Verfahrenseinstellung. Im Unterschied dazu muss aber das gänzliche Fehlen desselben die Verfahrenseinstellung nach sich ziehen.<sup>13</sup>

Zwar bringt dies den Angeklagten in die unliebsame Lage, sich wiederum einer Hauptverhandlung ausgesetzt zu sehen; denn die Einstellung zeitigt nahezu zwangsläufig eine neu zu erhebende Anklage. Jede weitere Herabsenkung von Anforderungen an einen wirksamen Eröffnungsbeschluss käme aber einer weitergehenden Entwertung des Zwischenverfahrens als solchem gleich.<sup>14</sup>

2 Vgl. zum Gang des Verfahrens: BGH, Beschl. v. 16.08.2017 - 2 StR 199/17 Rn. 4.

3 BGH, Beschl. v. 16.08.2017 - 2 StR 199/17 Rn. 5.

4 BGH, Beschl. v. 16.08.2017 - 2 StR 199/17 Rn. 6 m.w.N.

5 BGH, Beschl. v. 16.08.2017 - 2 StR 199/17 Rn. 6.

6 BGH, Beschl. v. 16.08.2017 - 2 StR 199/17 Rn. 7 m.w.N.

7 Zu den Möglichkeiten der Nachholung vor respektive ab der Vernehmung zur Sache, siehe Wenske in: MünchKomm, StPO, 1. Aufl. 2016, § 207 Rn. 48 f. respektive Rn. 52 f.

8 BGH, Beschl. v. 16.08.2017 - 2 StR 199/17 Rn. 9 m.w.N.

9 So bereits BGH, Beschl. v. 04.08.2016 - 4 StR 230/16.

10 BGH, Beschl. v. 18.03.1980 - 1 StR 213/79.

11 Siehe hierzu bereits Fn. 7.

12 BGH, Beschl. v. 18.03.1980 - 1 StR 213/79 Rn. 17, nachgewiesen bei Schneider in: KK, StPO, § 207 Rn. 21.

13 So auch Schneider in: KK, StPO, § 207 Rn. 21.

14 Wenske in: MünchKomm, StPO, § 207 Rn. 50 f. m.w.N., insbesondere: Meyer-Goßner, JR 1981, 214, 216 f.

## Kinderehen – war's das?

Die Minderjährigenehen – vulgo: Kinderehen – drohten als Begleiterscheinung der Flüchtlingswelle zum Problemfall der deutschen Justiz zu werden, weshalb sich der Bundestag aufgrund einer Verständigung in der Großen Koalition vom Herbst 2016 mit einem am 01.06.2017 beschlossenen Gesetz zum Einschreiten veranlasst sah. Konnte bislang das Familiengericht nach § 1303 Abs. 2 BGB unter bestimmten Voraussetzungen eine Befreiung von dem regulären Ehemündigkeitsalter von 18 Jahren erteilen, wenn der Antragsteller das 16. Lebensjahr vollendet hatte, ist diese Dispensmöglichkeit nunmehr abgeschafft. Ehen unter Beteiligung von Minderjährigen, die das 16. Lebensjahr bereits vollendet haben, werden nach Anhörung durch die Familiengerichte aufgehoben (§ 1314 Abs. 1 Nr. 1 BGB), wenn weder eine Bestätigung erfolgt, noch ein Härtefall gegeben ist (§ 1315 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a) und b) BGB). Hat der Verlobte im Zeitpunkt der Eheschließung das 16. Lebensjahr nicht vollendet, ist seine Ehe per se unwirksam. Nach der Neufassung des Art. 13 Abs. 3 EGBGB gelten die gleichen Rechtsfolgen für ausländische Ehen. Eine wichtige Einschränkung sieht die Überleitungsvorschrift Art. 229 § 44 Abs. 4 EGBGB vor: die nach ausländischem Recht wirksame Ehe ist geheilt, wenn der minderjährige Ehegatte 18 Jahre vor Inkrafttreten des Gesetzes geboren ist (Nr. 1) oder die Ehe bis zu seiner Volljährigkeit geführt wurde und bis zu diesem Zeitpunkt kein Ehegatte seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatte (Nr. 2).

**Martinek:** Herr Minister, mit der ausnahmslosen Heiratssetzung des Ehemündigkeitsalters auf 18 Jahre scheint das Gesetz den Jugendlichen von 16 und 17 Jahren pauschal die Fähigkeit abzusprechen, das Wesen der Ehe zu begreifen und insoweit eine freie Willensentscheidung zu treffen. Muss man hierin nicht einen unzulässigen Eingriff in die Eheschließungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 GG sehen?

Maas: Die Ehegarantie nach Art. 6 Abs. 1 GG muss nach der Rechtsprechung des BVerfG durch den Gesetzgeber ausgestaltet werden. Er darf dabei natürlich nur verhältnismäßige Regelungen treffen, die der Bedeutung des Grundrechts Rechnung tragen. Die Neufassung von § 1303 BGB hat sich am Wohl der betroffenen Minderjährigen orientiert. An die Eheschließung sind erhebliche Rechtsfolgen geknüpft, wie insbesondere Unterhaltspflichten oder der Versorgungsausgleich. Minderjährige sind nicht ohne weiteres in der Lage, diese Rechtsfolgen zu überblicken. Das sprach dafür, die Ehemündigkeit an die allgemeine Geschäftsfähigkeit anzugleichen. Zudem hat die gerichtliche Praxis ergeben, dass Anträge von

Minderjährigen auf Befreiung vom Ehemündigkeitserfordernis oftmals nicht wirklich auf ihrer freien Entscheidung beruhten, sondern auf mehr oder minder ausgeprägtem Druck des familiären Umfelds. Auch das war ein Argument, die bisherige Ausnahmeregelung zu streichen.

Und schließlich zeigt die Statistik, dass in Deutschland kein erhebliches Bedürfnis für Minderjährigenehen besteht. Im Jahr 2015 wurden in Deutschland lediglich 92 Minderjährigenehen registriert.

**Auf Kommunal- und vereinzelt sogar auf Landesebene wurde das Wahlrecht mit 16 Jahren eingeführt. Den Führerschein kann man bundesweit mit 17 Jahren erwerben und auch das Alter für die Studien- bzw. Berufswahl wurde durch die Verkürzung der Schulzeit von 13 auf 12 Jahre herabgesetzt. Misst der Gesetzgeber hinsichtlich des Entwicklungsstandes von Jugendlichen womöglich mit zweierlei Maß?**

Der Gesetzgeber findet hier zu Recht unterschiedliche Lösungen. Ob Jugendliche eine Ehe eingehen oder einen Führerschein machen, ist doch nicht das gleiche.

**Als Ausnahmefälle für das Eingreifen der Härtefallregelung des neuen § 1315 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 b) BGB nennt die Regierungsbegründung eine krankheitsbedingte Suizidgefahr oder eine lebensbedrohliche Erkrankung. Der Bundesrat hatte am 12.05.2017 empfohlen, weitere soziale und psychologische Belange sowie das Kindeswohl zu berücksichtigen. Dieser Vorschlag wurde von der Bundesregierung verworfen, weil sie nicht in Einklang mit dem gesetzgeberischen Ziel der Rechtsklarheit stehe. Fällt damit nicht das am Einzelfall orientierte Kindeswohl der Rechtsklarheit zum Opfer?**

Die im Gesetz enthaltene Regelung ist das Ergebnis intensiver Beratungen. Im Vordergrund der Härtefallregelung steht neben dem Minderjährigenschutz das Ziel, Rechtsklarheit darüber zu schaffen, dass die Aufhebung der Minderjährigenehe den gesetzlichen Regelfall bilden soll. Die

### Heiko Maas



Geschäftsführender Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz

Herr Maas war von 2012 bis 2013 stellvertretender Ministerpräsident im Saarland und wurde im Dezember 2013 zum Bundesjustizminister ernannt.

Vorschrift bietet der Rechtsprechung die Flexibilität, die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, da sie keine abschließende Aufzählung möglicher Härtefälle vorsieht.

**Die Folgen einer Aufhebung nach den §§ 1313 ff. BGB richten sich weitgehend nach den Vorschriften über die Scheidung der Ehe (§ 1318 BGB), so dass wesentliche Ansprüche (Versorgungsausgleich, Güterrechts-, Erb- und Unterhaltsansprüche) bestehen bleiben können. Die Unwirksamkeit nach Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB dagegen führt durch ihre ex-tunc-Wirkung zum Verlust sämtlicher Ansprüche. Muss § 1318 BGB nicht auf unwirksame Ehen analog angewandt werden, um den Grundsatz der vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls (Art. 3 UN-KRK) zu respektieren und eine Benachteiligung von Minderjährigen unter 16 Jahren zu verhindern?**

Nein. Für eine Analogie bedarf es einer planwidrigen gesetzlichen Regelungslücke, die hier nicht gegeben ist. Im Gesetzgebungsverfahren wurden zwei Regelungsmöglichkeiten intensiv diskutiert: Zum einen gab es die Überlegung, allen Ehen, die unter Beteiligung eines Minderjährigen geschlossen wurden, ohne gerichtliche Prüfung jede Rechtswirkung zu versagen. Dem stand das Modell einer gerichtlichen Prüfung jeder Minderjährigenehe gegenüber. Die jetzige gesetzliche Regelung ist auch ein Kompromiss zwischen diesen beiden Regelungsmöglichkeiten. Der Gesetzgeber hat sich letztlich dazu entschlossen, die besonders jungen und daher besonders schutzwürdigen Minderjährigen einem Aufhebungsverfahren mit entsprechenden Anhörungen (und möglichem familiärem Druck) nicht auszusetzen.

Diese Minderjährigen sind auf der Rechtsfolgenseite auch nicht schutzlos gestellt. Sofern aus der Verbindung ein Kind hervorgegangen ist, bestehen bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen im Übrigen Unterhaltsansprüche der Minderjährigen nach § 1615 Abs. 1 BGB. Das Kind hat nach Anerkennung oder gerichtlicher Feststellung der Vaterschaft ebenfalls den vollen Unterhaltsanspruch gegen den Vater des Kindes.

**Was ist eigentlich mit „Unwirksamkeit“ gemeint? Wird die Ehe eines unter 16-Jährigen als Nichtehe (matrimonium non existens) eingeordnet oder trifft der Gesetzgeber hier eine Grundsatzentscheidung zur Wiedereinführung der sog. Nichtigkeitslösung, die mit der Eherechtsreform zum 01.06.1998 abgeschafft wurde?**

Die gesetzliche Regelung ist eindeutig: Eine Ehe, die unter Beteiligung eines unter 16-jährigen Minderjährigen ge-

schlossen wurde, ist nach deutschem Recht von Beginn an ohne jegliche Rechtswirkung.

**Ist die Annullierung eines im Ausland wirksam entstandenen höchstpersönlichen Rechtsgeschäfts nicht im Hinblick auf den international-privatrechtlichen Grundgedanken der prinzipiellen Gleichwertigkeit aller Privatrechtsordnungen fragwürdig, so dass diese Regelung die Völkerverständigung beeinträchtigen könnte?**

Ein weiterer anerkannter Grundsatz des internationalen Privatrechts ist der ordre public-Vorbehalt, wonach die Anwendung ausländischen Rechts nicht zur Verletzung von fundamentalen Wertvorstellungen im Inland führen darf. Soweit die Anwendung ausländischen Rechts der inländischen Werteordnung zuwiderläuft, verteidigt unsere Rechtsordnung diese Werte dadurch, dass das ausländische Recht im Inland nicht angewendet wird. Den Maßstab bilden vor allem die Grundrechte als wichtigste Vorschriften unserer Rechtsordnung. Bei Kinderehen steht die Gefahr im Raum, dass einer der Eheschließenden bei der Heirat so jung war, dass er seine Eheschließungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 GG nicht in freier Selbstbestimmung ausüben konnte. Das Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen führt diesen Gedanken konsequent fort: Die Ehemündigkeitsvorgaben des deutschen Rechts werden bei Kinderehen generell durchgesetzt.

**Der Zentralrat der Muslime äußerte sich in seiner Stellungnahme zum Aufhebungsgebot des Art. 13 Abs. 3 Nr. 2 EGBGB wie folgt: „So berechtigt es ist, tatsächlich unter Zwang geschlossene Ehen aufzuheben [...], so unberechtigt ist es aber, junge Paare zur Aufhebung ihrer bereits geschlossenen Ehe zu zwingen“. Was sagen Sie dazu?**

Die Verbände sind im Gesetzgebungsverfahren beteiligt worden. Unterschiedliche Auffassungen wurden vorgebracht und auch gewürdigt. Für mich ist klar: Eine Ehe unter Beteiligung einer Person unter 16 Jahren ist nicht akzeptabel. Das Gesetz dient dem Schutz von Minderjährigen.

**Die Aberkennung der Ehelichkeit kann für die Beteiligten – insbesondere bei gemeinsamen Kindern – nach ihren religiösen Wertungen als verwerflich und nicht hinnehmbar angesehen werden. Könnte das Nichtigkeitsverdikt zu einem Integrationshindernis werden und Ausprägung von Parallelgesellschaften fördern?**

Das sehe ich nicht so. Ich denke eher, dass eine klare Formulierung unserer Wertvorstellungen im Interesse der von früher Verheiratung bedrohten Minderjährigen ist. Ent-

sprechend hat sich der Gesetzgeber dazu entschieden, mit dem Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen ein bußgeldbewehrtes Trauungsverbot für alle Minderjährigen einzuführen, das gerade für rein religiöse Eheschließungen gilt. Hiermit soll verhindert werden, dass Minderjährige trotz des Verbotes staatlicher Ehen zu einer nach ihren Vorstellungen hinreichenden religiösen oder traditionellen Verbindung veranlasst werden. Der Schutz der sehr jung verheirateten Minderjährigen kann auch nicht allein deswegen enden, weil aus der Verbindung ein Kind hervorgegangen ist.

Entscheidend ist, dass wir Jugendliche durch starke soziale Unterstützung und gute Bildung vor dem Abgleiten in Parallelgesellschaften bewahren.

**Sollte das (teilweise) minderjährige Ehepaar selbst bereits Kinder haben, zöge das Nichtigkeitsverdict den nachträglichen Wegfall der rechtlichen Vaterschaft nach sich, wodurch die Grundrechte der aus der Verbindung hervorgegangenen Kinder verletzt werden könnten. Wird hier die Intention des Gesetzgebers nicht in ihr Gegenteil verkehrt?**

Hier geht es um die Fälle, in denen ein Kind in eine Ehe geboren wurde, die unter Beteiligung eines unter 16-Jährigen geschlossen wurde. Das Gesetz stellt die Betroffenen nicht schutzlos. Die Vaterschaft kann in den betroffenen Fällen durch den Vater anerkannt oder gerichtlich festgestellt werden. Mit Anerkennung oder gerichtlicher Feststellung der Vaterschaft hat das Kind gegenüber seinem Vater alle aus dem Eltern-Kind-Verhältnis folgenden Rechte.

**Ist eine von einem Beteiligten unter 16 Jahren geschlossene Ehe in Deutschland unwirksam, so bleibt sie im Ausland wirksam („hinkende Ehe“). Da anders als im Aufhebungsverfahren kein richterliches Urteil ergeht, das in anderen Ländern Anerkennung**

**finden könnte, leben diese Ehen wieder auf, sobald die Minderjährigen mit ihren Ehepartnern weiterwandern. Endet damit das Ziel des Gesetzes, dem Schutz der Minderjährigen zu dienen und Kinderehen auf internationaler Ebene zu ächten, an der Grenze?**

Nein. Aus Sicht der deutschen Rechtsordnung bleiben Kinderehen auch dann unwirksam, wenn die Betroffenen in einen anderen Staat reisen. Jeder Staat regelt selbst, wie er mit Ehen ausländischen Rechts in seiner Rechtsordnung umgehen will. Der deutsche Gesetzgeber hat die Aufgabe, die Rechtslage in Deutschland zu gestalten. Dabei können wir unsere grundlegenden Überzeugungen nicht davon abhängig machen, ob andere Staaten sie teilen. Das Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen stellt sicher, dass in- und ausländische Kinderehen vor deutschen Gerichten und Behörden im Ergebnis keinen Bestand haben. Das ist auch die Grundlage dafür, dass den in Deutschland befindlichen Betroffenen konkrete Hilfe geleistet werden kann. Schon hierfür lohnt sich der Einsatz des deutschen Gesetzgebers.

Doch auch über unsere Grenzen hinaus setzen wir mit der klaren Verurteilung von Kinderehen ein wichtiges Signal. Und wir sind nicht allein: In vielen anderen europäischen Staaten gibt es in jüngerer Zeit Gesetzesreformen, mit denen ausländische Kinderehen bekämpft werden. Deutschland engagiert sich darüber hinaus auf internationaler Ebene in vielfältiger Weise für die Ächtung von Kinderehen.

**Herr Minister, ich bedanke mich herzlich für das aufschlussreiche Interview.**

Das Interview wurde geführt von Univ.-Prof. Dr. Dr. Dr. hc. mult. Michael Martinek, M.C.J. (New-York Univ.), Hon.-Prof. (Johannesburg).

## Schlegel/Voelzke, juris PraxisKommentar SGG - Sozialgerichtsgesetz



Herausgegeben von Prof. Dr. Rainer Schlegel und  
Prof. Dr. Thomas Voelzke

juris, 1. Aufl. 2017, E-Book inkl. Druckausgabe (2.128  
Seiten) und 12-monatigem Online-Zugang, 198 €  
oder als Online-Abo für 1 bis 3 Nutzer ab 14,00 €/ Monat  
(inkl. Druckausgabe und E-Book)

### VRiBSG Prof. Dr. Peter Becker

Noch ein SGG-Kommentar!? Nachdem es jahrelang als ge-  
bundenen SGG-Kommentar nur den Meyer-Ladewig gab,  
dann der HK-SGG, der Jansen, der Hintz/Lowe, der Breit-  
kreuz/Fichte und schließlich der Roos/Wahrendorf hinzuka-  
men, stellt sich nun, wenn ein weiterer vorgelegt wird, un-  
weigerlich die Frage: Wofür?

Die Verortung in der Reihe der juris PraxisKommentare ist  
ein deutlicher Fingerzeig: Es geht nicht um einen weiteren  
Kommentar auf dem einen oder anderen Anwalts- oder  
Richtertisch oder sogar nur in der Gerichtsbibliothek – denn  
mehr ist angesichts eines Preises von 198 € für das gebun-  
dene Werk nicht realistisch. Es geht um die Abrundung der  
juris PraxisKommentare, die sich im Sozialrecht einen sehr  
guten Namen gemacht haben und mittlerweile alle Teile  
des Sozialgesetzbuchs umfassen, in prozessrechtlicher Hin-  
sicht. Denn für einen regelmäßigen Nutzer dieser Kommen-  
tare in ihrer elektronischen Form mit Verlinkung usw. klaffte  
hier bisher eine Lücke.

Die äußere Form, der Aufbau des Kommentars und der ein-  
zelnen Kommentierungen entsprechen den bekannten  
Schemata der jurisPK-Reihe, was die Orientierung und den  
Zugang – sowohl in der Print- als auch in der elektroni-  
schen Version – erleichtert. Der relativ große Kreis der über  
30 Autorinnen und Autoren beschränkt sich, abgesehen  
von zwei Hochschullehrern mit richterlicher Erfahrung  
(Prof. Dr. Axer, Prof. Dr. Pitz), auf Richterinnen und Richter

aller Instanzen der Sozialgerichtsbarkeit, was eine solide  
handwerkliche Arbeit garantiert.

Die inhaltliche Durchsicht ist bei einem derartigen Werk  
eher zufällig: Bei dem in den Tatsacheninstanzen nicht un-  
wichtigen § 109 (Anhörung eines bestimmten Arztes)  
wirkt es im Lichte eines zusammenwachsenden Europas  
sowie zahlloser Grenzpendler etwas zu kurz, wenn ohne  
weitere Begründung die Beauftragung eines im Ausland  
tätigen Arztes als grundsätzlich unzulässig angesehen  
wird (Rn. 12). Sehr differenzierend demgegenüber ist die  
Kommentierung zu § 51 (Rechtsweg), vgl. z.B. zum Haus-  
verbot Rn. 307.

Ausgehend von der oben betonten Bedeutung des jurisPK-  
SGG in seiner elektronischen Version ist ein entscheidender  
Prüfungspunkt seine Aktualität: Was ist passiert seit seiner  
online-Stellung am 15.07.2017 bis zum Verfassen dieser  
Zeilen am 08.01.2018? Einiges, wie die exemplarische Be-  
trachtung zeigt: § 65a über elektronische Dokumente ist  
auf dem ab 01.01.2018 geltenden Stand kommentiert und  
hier wird die Stärke des Kommentars in seiner elektroni-  
schen Version deutlich: Die älteren Fassungen sind ebenso  
verfügbar und selbstverständlich auch der Fassungsver-  
gleich. Ebenfalls umgesetzt sind viele kleine Änderungen  
des SGG wie z.B. in § 51 Abs. 1 Nr. 7 oder in § 120 (Akten-  
einsicht), obwohl diese erst zum 01.01.2018 in Kraft getre-  
ten sind, oder die Aufnahme des neuen § 209. Bei anderen  
Paragrafen, z.B. § 136 Abs. 2, § 140 Abs. 4, ist dies leider  
noch nicht der Fall. Daneben gibt es zahlreiche größere und  
kleinere Aktualisierungen der Ursprungskommentierung  
seit dem 15.07.2017.

Hier zeigt sich die wahre Stärke des Kommentars in seiner  
elektronischen Version und die Herausforderung für die  
Autorinnen und Autoren sowie Herausgeber: Immer auf  
dem aktuellen Stand zu sein, ist die Chance für und das  
Markenzeichen eines solchen Kommentars und zugleich  
die Erwartung an ihn. Werden die aufgezeigten und ver-  
mutlich vorhandenen anderen kleinen Schwächen im  
Rahmen der nächsten Aktualisierungen behoben und dem  
Kommentar die notwendige ständige Pflege angedeiht, so  
wird sich der jurisPK-SGG ebenso wie die anderen Kom-  
mentare dieser Reihe durchsetzen und zu einem unver-  
zichtbaren Standardkommentar werden, der mit seiner  
Aktualität neue Maßstäbe setzt. Zu wünschen ist es ihm,  
denn er füllt eine wesentliche Lücke und seine Einbezie-  
hung in das Onlineangebot von juris ist uneingeschränkt  
zu begrüßen.

Die einleitende Frage ist damit auch beantwortet: Den  
jurisPK-SGG braucht jeder, der online mit einer soliden, ver-  
lässlichen Kommentierung in höchster Aktualität arbeiten  
will.

### Prof. Dr. Markus Würdinger



Professor an der Universität des Saarlandes

Markus Würdinger ist seit 2012 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Europäisches und Internationales Privatrecht sowie Zivilprozessrecht an der Universität des Saarlandes. Sein Schrifttum umfasst über 120 Veröffentlichungen zu rechtsdogmatischen, rechtspraktischen und rechtsdidaktischen Themen des Bürgerlichen Rechts, des deutschen und europäischen Zivilprozess- und Insolvenzrechts, des Internationalen Privatrechts und der Juristischen Methodenlehre.

### Marie Herberger, LL.M. Eur.



Diplom-Juristin

Nach dem Studium der Rechtswissenschaft an der Universität des Saarlandes mit Schwerpunkt Deutsches und europäisches Arbeits- und Sozialrecht folgte das Masterstudium am Europa-Institut der Universität des Saarlandes; danach wissenschaftliche Hilfskraft und zur Zeit Promotion am Lehrstuhl Prof. Dr. Würdinger. Die Autorin bloggt unter [www.klartext-jura.de](http://www.klartext-jura.de) zu studienrelevanten Themen.

### Dr. Ursula Waßer



Nach den juristischen Staatsexamina war Frau Dr. Ursula Waßer von 1994 bis 2000 als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Arbeits- und Sozialrecht an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg tätig, an der sie im Januar 1999 ihre Promotion ablegte. Nach einem anschließenden Jahr Tätigkeit als angestellte Rechtsanwältin in Halle wurde Frau Waßer 2002 zur Richterin auf Probe beim

Sozialgericht Halle, im Mai 2006 zur Richterin auf Lebenszeit am Sozialgericht Halle und im Februar 2009 zur Richterin am Landessozialgericht Sachsen-Anhalt ernannt. Seit 2013 gehört sie dem u.a. für gesetzliche Krankenversicherung und Streitigkeiten aus dem Künstlersozialversicherungsgesetz zuständigen 3. Senat des Bundessozialgerichts an.

### Dr. Klaus Liebl



Richter am Landgericht

Diplom-Finanzwirt (FH) Dr. iur. Klaus Liebl war bis 2007 bei der Finanzverwaltung im gehobenen Dienst unter anderem als Umsatzsteuer-Sonderprüfer tätig. Nach Abschluss seiner Promotion im Jahr 2010 und der zweiten Juristischen Staatsprüfung im November 2011 arbeitete er bis November 2013 als Rechtsanwalt. Nunmehr ist er in der bayerischen Justiz beschäftigt. Dort war er bis März 2017 Staatsanwalt und ist derzeit als Richter am Landgericht Mitglied einer Wirtschaftsstrafkammer. Er ist zudem Autor zahlreicher juristischer Publikationen.

### 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. Dr. Heinz-Jürgen Kalb, Köln  
Richter am BVerwG Prof. Dr. Harald Dörig, Leipzig  
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Martinek, Universität des Saarlandes, Saarbrücken  
Weiterer aufsichtsführender Richter am AG a. D. Dr. Wolfram Viefhues, Oberhausen

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

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

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

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

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

**Bezugspreis:** Im Jahresabonnement 180,- € zuzüglich Versandkosten incl. Online-Zugang unter [juris.de](http://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****Betriebliche Altersversorgung**

partnered by C.F. Müller | De Gruyter | Erich Schmidt Verlag |  
Verlag Dr. Otto Schmidt

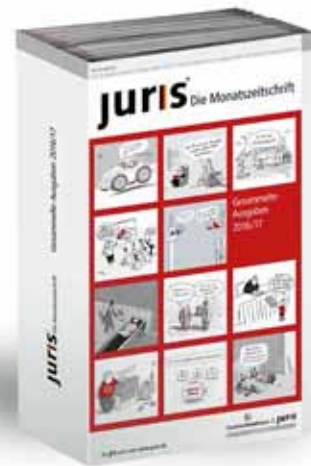


Das Recht der privaten Altersvorsorge, der betrieblichen Altersversorgung und der gesetzlichen Rentenversicherung ist für seine Komplexität bekannt und oft selbst für Spezialisten schwer zu überblicken. Das juris PartnerModul Betriebliche Altersversorgung liefert schnell und zielführend Gestaltungslösungen zum gesamten Spektrum aktueller Förderinstrumente.

Die betriebliche Altersversorgung spielt eine immer wichtigere Rolle bei der Ergänzung der Leistungen aus der gesetzlichen Rentenversicherung. Der Gesetzgeber hat in den vergangenen Jahren begonnen, das System der Alterssicherung neu auszurichten. Im juris PartnerModul finden Sie neben der aktuellen Rechtsprechung alle in diesem Zuge in Kraft getretenen Gesetzesänderungen, wie das Gesetz zur Förderung der zusätzlichen Altersvorsorge und zur Änderung des Dritten Buches Sozialgesetzbuch sowie das RV-Altersgrenzenanpassungsgesetz.

Das BetrAVG wird ausführlich kommentiert, inklusive der einschlägigen Regelungen der privaten Altersvorsorge, der betrieblichen und gesetzlichen Altersversorgung sowie des Altersvermögens-, Alterseinkünfte- und Eigenheimrentengesetzes. Schnittstellen zu allen angrenzenden Rechtsgebieten (Sozialversicherungsrecht, Handels- und Bilanzrecht,

Steuer- und Versicherungsrecht) sind berücksichtigt. Fragen zum Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetz, zum Fünften Vermögensbildungsgesetz, zum Wohnungsbau-Prämien-gesetz und zu Vermögensbeteiligungen werden mit wenigen Mausklicks beantwortet. Die als Ergänzung zur gesetzlichen Altersversorgung immer bedeutsamer werdende Entgeltumwandlung wird in ihrem arbeits-, steuer-, insolvenz- und sozialversicherungsrechtlichen Umfeld analysiert. Alle Werke 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 finden alle Beteiligten, sei es aus Versicherung, Finanzdienstleistung, Rechtsberatung oder Verwaltung, effizient und komfortabel zur gesuchten Information. Mehr unter: [www.juris.de/pm-bav](http://www.juris.de/pm-bav)

**jM-Einbanddecke 2016/2017**

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

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

## juris PraxisReport Öffentliches Baurecht



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

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

- Bauplanungsrecht
- Bauordnungsrecht
- Erschließungsbeitragsrecht
- Straßenrecht

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

**Kostenlose juris Webinare für Einsteiger, Fortgeschrittene und Umsteiger, die noch unsere bisherige Rechercheoberfläche nutzen.**

Erleben Sie in diesen Webinaren unser völlig neues Design und freuen Sie sich auf eine hoch intuitive Bedienbarkeit.

Diese Webinare beleuchten die vielfältigen Vorteile der neuen Recherche-Oberfläche und gehen konkret auf die speziellen Änderungen gegenüber der bisherigen Suche ein.

Aktuelle Termine für unsere juris Webinare finden Sie online unter: [www.juris.de/webinare](http://www.juris.de/webinare)

### Informationsforen und Veranstaltungen

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

### Informationsveranstaltung Saarbrücken

14.03.2018, 09:30 – 12:00 Uhr

### Informationsveranstaltung Berlin

20.03.2018, 09:30 – 12:00 Uhr  
13:30 – 16:00 Uhr

### Informationsveranstaltung Potsdam

21.03.2018, 09:30 – 12:30 Uhr

### Informationsveranstaltung Kiel

18.04.2018, 09:30 – 12:30 Uhr  
13:30 – 16:00 Uhr

### DAV GF-Konferenz, Berlin

09.03.2018

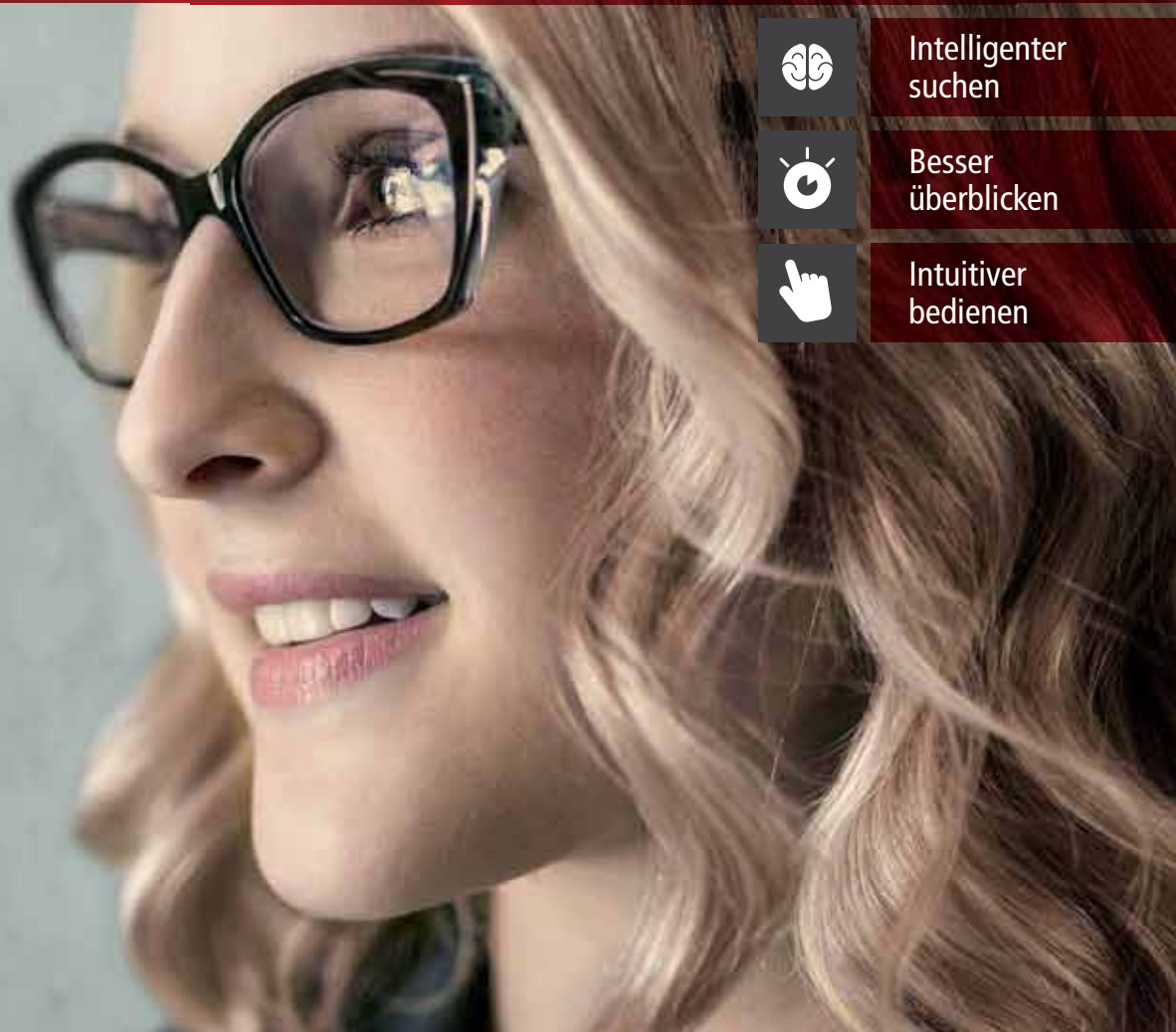
### Frankfurter Anwaltforum, Frankfurt

16.03.2018

### Forum Junge Anwaltschaft, Timmendorfer Strand

16. – 17.03.2018

# JETZT NOCH SCHNELLER FINDEN MIT JURIS.DE



Intelligenter  
suchen



Besser  
überblicken



Intuitiver  
bedienen

Ohne Umwege immer direkt zum Ergebnis – das ist einer der Vorteile der neuen juris Recherche. Starten Sie direkt, ohne komplizierte Einstellungen oder Filter – die intelligente Schnellsuche erkennt automatisch Urteil, Norm oder Fundstelle. Und mit dem neuen übersichtlichen Design behalten Sie stets den Überblick über alle Ihre Treffer. Überzeugen Sie sich selbst!

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

**juris**® Das Rechtsportal

**jurisAllianz**

Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.



# STAUDINGER BGB

STAUDINGER Online  
exklusiv bei juris!

## Zu Recht auf unserer Seite

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

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

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

**Jetzt gratis testen!**

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

Jetzt neu: §§ 1 – 64 WEG