

Juris[®] Die Monatszeitschrift

JM 5 | MAI 2018

Topthema:

Dieselfahrzeuge raus aus den Städten? Das Urteil des BVerwG

VRIVGH a.D. Dr. Rainer Schenk

Interview:

Die Generalanwältin am EuGH stellt die Fälle in einen größeren Kontext

GA*inEuGH Prof. Dr. Juliane Kokott

In dieser Ausgabe:

Die neue Rechtsprechung zum Wechselmodell und ihre Auswirkungen

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

Ansprüche bei unzulässiger Übermittlung von Bonitätsdaten an die SCHUFA

RA und Wiss. Mit. Veris-Pascal Heintz

Die Darlegungs- und Beweislast für böswillig unterlassenen Zwischenverdienst

VRILAG Dr. Jochen Sievers

„Quo vadis“ Steuerrecht?

MRBayStMFLH Dr. Thomas Eisgruber



Schlegel | Voelzke

juris PraxisKommentar

SGBI

Allgemeiner Teil
mit VO (EG) 883/2004

Prof. Dr. Thomas Voelzke

**Online-Kommentar
inkl. E-Book!**

NEU: 3. Auflage 2018

Die Neuauflage berücksichtigt den durch das BTHG mit Wirkung vom 01.01.2018 eingeführten § 28a (Leistungen der Eingliederungshilfe) sowie die neue grundlegende EuGH-Rechtsprechung (Brey, Dano, Alimanovic und García-Nieto) und ihre Folgen. Durch ständige Aktualisierung und die Verlinkung mit der juris Datenbank behalten Sie die weiteren Entwicklungen in Rechtsprechung, Gesetzgebung und Literatur stets im Blick.

www.juris.de/sgbi

Ständige Aktualisierung!

juris[®] Das Rechtsportal

INHALT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Zivil- und Wirtschaftsrecht

Die neue Rechtsprechung zum Wechselmodell und ihre Auswirkungen

W.a. RiAG a.D. Dr. Wolfram Viefhues S. 178

Ansprüche bei unzulässiger Übermittlung von Bonitätsdaten an die SCHUFA

RA und Wiss. Mit. Veris-Pascal Heintz S. 184

Immer Ärger mit dem Nachbarn

BGH, Urt. v. 27.10.2017 - V ZR 8/17

Prof. Dr. Markus Würdinger S. 189

Gewährleistungsausschluss für öffentliche Äußerungen des Verkäufers

BGH, Urt. v. 27.09.2017 - VIII ZR 271/16

Prof. Dr. Michael Jaensch S. 191

Arbeitsrecht

Die Darlegungs- und Beweislast für böswillig unterlassenen Zwischenverdienst

VRiLAG Dr. Jochen Sievers S. 194

Sozialrecht

EuGH erleichtert den Bezug von existenzsichernden Sozialleistungen für ehemals selbständig tätige Unionsbürger in anderen EU-Mitgliedstaaten

EuGH, Urt. v. 20.12.2017 - C-442/16 - „Gusa“

Ri'inBSG Nicola Behrend S. 199

Topthema:

Verwaltungsrecht

Dieselfahrzeuge raus aus den Städten? Das Urteil des BVerwG

VRiVGH a.D. Dr. Rainer Schenk S. 202

Parlamentarischer Informationsanspruch und öffentliche Unternehmen

BVerfG, Urt. v. 07.11.2017 - 2 BvE 2/11

RA Dr. Michael Kleiber und

RA Dr. Jan Felix Sturm S. 208

INHALT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Steuerrecht

„Quo vadis“ Steuerrecht?

MRBayStMFLH Dr. Thomas Eisgruber

S. 210

Aufwendungen für In-vitro-Fertilisation einer in gleichgeschlechtlicher Partnerschaft lebenden, empfängnisunfähigen Frau als außergewöhnliche Belastung

BFH, Urt. v. 05.10.2017 - VI R 47/15

RiBFH Dr. Roland Krüger

S. 215

INTERVIEW

Die Generalanwältin am EuGH stellt die Fälle in einen größeren Kontext

Interview mit GA'inEuGH

Prof. Dr. Juliane Kokott

S. 218

Quo vadis deutsches Recht?



Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel,
Vorsitzende Richterin am Bundesfinanzhof

Die jM lebt am Puls der Zeit. Nach dem legislatorischen Stillstand in Deutschland seit der Wahl im September 2017 ist nun doch noch ein Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode gelungen. Der Weg für legislatorische Neuerungen scheint frei, wohin die Reise geht jedoch angesichts großer politischer Differenzen zwischen den Koalitionspartnern noch unsicher. Die jM informiert den interessierten Leser über die sich abzeichnenden Neuerungen. Ab diesem Heft 5/2018 erscheinen in der Reihe „Quo vadis...?“ regelmäßig Übersichtsbeiträge über ausgewählte Gesetzesvorhaben der neuen Bundesregierung. Mit dem ersten Beitrag in der Reihe geht Thomas Eisgruber der Frage nach, was an steuergesetzlichen Änderungen/Neuerungen durch die neue Bundesregierung zu erwarten ist. Der Koalitionsvertrag lässt eine klare Strukturierung der Steuervorschläge vermissen. Eisgruber gliedert die erkennbaren Aussagen steuertechnisch in geplante Veränderungen des Einkommensteuertarifs, internationale Maßnahmen, Verfahrensrecht, ertragsteuerliche Einzelschritte, Umsatzsteuer sowie Grundsteuer C. Er berichtet aber auch über Gesetzesänderungen außerhalb des Koalitionsvertrags, etwa die Reform der Grundsteuer, die Folgen der Verfassungswidrigkeit von

§ 8c Abs. 1 Satz 1 KStG oder die Besteuerung der digitalen Wirtschaft. Sein Resümee – „Ein Gesamtkonzept gibt es nicht, Widersprüchlichkeiten hingegen schon“ – lässt angesichts eines großen wie grundsätzlichen Reformbedarfs an vielen Fronten spannende Diskussionen erwarten.

Spannend macht die politische Landschaft auch das Topthema dieses Heftes: „Dieselfahrzeuge raus aus den Städten?“ Die Frage nach der Rechtfertigung dafür, bestimmte Straßenzüge oder gar ganze Innenstädte grundsätzlich für Kraftfahrzeuge mit Dieselantrieb zu sperren, scheidet die Geister. Rainer Schenk stellt im Anschluss an die einschlägige Entscheidung des BVerwG vom 27.02.2018 dar, welche Ansprüche betroffene Anwohner im europäischen und im nationalen Recht haben können und in welchen Grenzen Ansprüche auf Fahrverbote für Dieselfahrzeuge in Betracht kommen. Umweltzonenbezogene oder streckenbezogene Verkehrsverbote für Fahrzeuge mit Dieselmotoren sind jedenfalls für eine Übergangszeit dem Grunde nach rechtlich möglich und – jedenfalls in gewissem Umfang – rechtlich unvermeidlich. Die rechtliche Umsetzung von Verkehrsverbote wie die Vollstreckung stattgebender Urteile stellen die politischen Akteure aber vor eine Herausforderung, zumal eine nicht unerhebliche Diskrepanz zwischen der nicht zuletzt unionsrechtlich begründeten Rechtslage und dem Rechtsempfinden weiterer Teile der Bevölkerung zu verzeichnen ist.

Ein weiteres Thema dieses Heftes betrifft zwar weit weniger Bürger als etwaige Dieselfahrverbote, ist aber gleichwohl ein umstrittenes Politikum: die steuerliche Berücksichtigung von Aufwendungen für In-vitro-Fertilisation einer in gleichgeschlechtlicher Partnerschaft lebenden, empfängnisunfähigen Frau. Roland Krüger zeigt hierzu die Sichtweise des BFH auf.

Geeignet, das Gemüt zu erregen sind auch weitere Themen dieses Heftes, etwa die unzulässige Übermittlung von Bonitätsdaten an die SCHUFA oder der Bezug von existenzsichernden Sozialleistungen für Unionsbürger in anderen EU-Mitgliedsstaaten.

Wie immer informiert die jM daneben über neueste Rechtsprechung aus allen Gerichtszweigen. Dieses Heft schließt mit einem Interview der Generalanwältin am EuGH Juliane Kokott, in dem sie über ihre Tätigkeit berichtet.

Viel Freude beim Lesen!

Monika Jachmann-Michel

Die neue Rechtsprechung zum Wechselmodell und ihre Auswirkungen

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

Auch wenn letztlich nur 5 % aller Eltern in Deutschland das paritätische Wechselmodell tatsächlich praktizieren,¹ beschäftigt die Diskussion über das Wechselmodell mit seinen verschiedenen Facetten die familienrechtliche Praxis deutlich häufiger. Dabei betrifft ein echtes paritätisches Wechselmodell nicht nur Fragen der praktischen Betreuung des Kindes – also konkret der Regelung des Umgangs –, sondern hat auch nachhaltige unterhaltsrechtliche Auswirkungen, die in der anwaltlichen Beratung nicht übersehen werden sollten.

Der Beitrag soll einen Überblick geben vor allem für Praktiker, die sich nicht ständig mit diesen Fragen befassen. Denn es gibt – wie die Justizministerinnen und Justizminister der Länder in ihrer Frühjahreskonferenz 2017 festgestellt haben – bislang weder eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für die gerichtliche Anordnung einer Betreuung der Kinder nach Trennung oder Scheidung der Eltern im „Wechselmodell“ als Alternative zum Residenzmodell noch eine adäquate gesetzliche Regelung seiner unterhaltsrechtlichen Folgen.²

A. Das Wechselmodell auf der Ebene des Umgangs/ Sorgerechts

I. BGH, Beschl. v. 01.02.2017 - XII ZB 601/15

Nach bisheriger Ansicht konnte ein solches „echtes“ Wechselmodell nur aufgrund einer einvernehmlichen Regelung der Eltern ausgeübt werden, sollte also vom Gericht nicht gegen den Willen eines Elternteils angeordnet werden können.³

Nach einer jüngeren Entscheidung des BGH kann jedoch ein durch gerichtliche Umgangsregelung auch gegen den Willen des anderen Elternteils angeordnet werden.⁴

Umstritten ist, ob die Begründung des Wechselmodells eine Frage der elterlichen Sorge ist⁵ oder des Umgangs.⁶ Der BGH hat dies letztlich offengelassen, aber klargestellt, dass eine gerichtliche Umgangsregelung, die im Ergebnis zu einer gleichmäßigen Betreuung des Kindes durch beide Eltern im Sinne eines paritätischen Wechselmodells führt, vom Gesetz nicht ausgeschlossen wird. Auch die Ablehnung des Wechselmodells durch einen Elternteil hindert eine solche gerichtliche Regelung für sich genommen noch nicht. Entscheidender Maßstab der Regelung ist vielmehr das im konkreten Einzelfall festzustellende Kindeswohl.⁷

Maßgeblich sind demnach die Erziehungseignung der Eltern, die Bindungen des Kindes und nicht zuletzt die konkreten Rahmenbedingungen (örtliche Nähe, Schule usw.). Eine bestehende Kommunikation- und Kooperationsbereitschaft der Eltern ist dabei unverzichtbare Voraussetzung. Denn es muss klar sein, dass ein Wechselmodell höhere Anforderungen an die Koordinierung stellt als normale Umgangskontakte und sich daher bei streitfreudigen Eltern auch höhere Risiken für mögliche Auseinandersetzungen bietet.

Als nicht zulässig wurde dagegen der Vorschlag bewertet, die notwendige Kooperationsbereitschaft der Eltern erst durch die gerichtliche Anordnung des Wechselmodells zu schaffen.

Praktische Hinweise:

Die persönliche Anhörung des Kindes im Verfahren ist erforderlich.

Der BGH erlaubt auch eine versuchsweise Anordnung in der aktuellen Trennungssituation, ggf. durch eine einstweilige Anordnung.

Der Hinweis des BGH im konkreten Fall, die Haltung des Vaters „auf jeden Fall nur voll paritätisches Wechselmodell“ zeige, dass seine Rechtsverfolgung nicht ausreichend am Kindeswohl orientiert ist, macht deutlich, dass immer Kompromissbereitschaft erforderlich ist! Das Kindeswohl hat Vorrang!

Strebt ein Elternteil nach bereits erfolgter anderweitiger Umgangsregelung ein Wechselmodell an, orientiert sich der Prüfungsmaßstab zudem an den strengen Regeln des

1 Walper, Brühler Schriften zum Familienrecht, Bd. 19, S. 124.

2 Beschl. v. 21./22.06.2017, siehe https://jm.rlp.de/fileadmin/mjv/Jumiko/Fruhhjahrskonferenz_neu/1.1_Gesetzliche_Regelung_des_Wechselmodells_und_seiner_Folgen.pdf (zuletzt abgerufen am 25.03.2018).

3 OLG Brandenburg, Beschl. v. 15.02.2016 - 10 UF 213/14; KG, Beschl. v. 22.05.2015 - 18 UF 133/14; KG, Beschl. v. 14.03.2013 - 13 UF 234/12; OLG Naumburg, Beschl. v. 06.03.2013 - 3 UF 186/12; Marchlewski, FF 2015, 98.

4 BGH, Beschl. v. 01.02.2017 - XII ZB 601/15; ebenso OLG Dresden, Beschl. v. 19.01.2017 - 20 UF 853/16; dazu siehe Hennemann, NJW 2017, 1787, und die Stellungnahme des Vorstandes des Deutschen Familiengerichtstages in FamRZ 2017, 584 = FF 2017, 182.

5 So OLG Brandenburg, Beschl. v. 07.06.2012 - 15 UF 314/11.

6 So KG, Beschl. v. 28.02.2012 - 18 UF 184/09.

7 BGH, Beschl. v. 01.02.2017 - XII ZB 601/15.

§ 1696 BGB und den dort im Interesse des Kindes vorgegebenen hohen Änderungsvoraussetzungen!⁸

II. Seitdem ergangene Entscheidungen der Oberlandesgerichte zum Wechselmodell

Seit der Veröffentlichung der Entscheidung des BGH sind nur wenige obergerichtliche Entscheidungen zu Fällen bekannt geworden, in denen ein Elternteil das Wechselmodell beantragt, der andere Elternteil sich diesem Wunsch aber widersetzt.

1. OLG Brandenburg, Beschl. v. 02.05.2017 - 10 UF 2/17

Ein Wechselmodell kann gegen den Willen eines Elternteils nicht angeordnet werden, wenn die Eltern eine fortdauernde Mediation nur zur Absprache von Umgangsterminen nutzen, sich über den bevorstehenden Wechsel eines Kindes auf eine weiterführende Schule aber nicht austauschen.

Der Sachverhalt:

Aus der Ehe der beteiligten Eltern sind die 2005 und 2010 geborenen Kinder hervorgegangen, die nach der Trennung der Eltern im Mai 2014 zunächst im Haushalt der Mutter verblieben. Nach dem Wegzug der Mutter wechselten die Kinder im Februar 2015 in den väterlichen Haushalt, wo sie seither leben.

Im Dezember 2014 hat die Mutter das vorliegende Verfahren eingeleitet, um das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht zu erhalten. Der Vater hat seinerseits die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts auf ihn beantragt.

Nach Einholung eines Gutachtens hat das Amtsgericht das Aufenthaltsbestimmungsrecht auf den Vater übertragen. Gegen diese Entscheidung wendet sich die Mutter mit der Beschwerde. Sie erstrebe die Einrichtung eines Wechselmodells, das dem Willen der Kinder und ihrem Wohl am besten entspreche und was Jugendamt und Verfahrensbeiständin ebenfalls befürworteten.

Entscheidungsinhalt:

Dem Antrag der Mutter, ein Wechselmodell anzuordnen, wurde nicht entsprochen. Eine paritätische Betreuung durch beide Elternteile entspricht im Vergleich mit anderen Betreuungsmodellen nicht dem Wohl der Kinder am besten.

Ob im Einzelfall die Anordnung eines Wechselmodells geboten sein kann, ist unter Berücksichtigung anerkannter Kriterien des Kindeswohls wie der Erziehungseignung der Eltern, der Bindungen des Kindes, der Prinzipien der Förderung und der Kontinuität sowie unter Beachtung des Kindeswillens zu entscheiden. Ein genereller Vorrang der Bedeutung der Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen gegenüber anderen Kindeswohlkriterien besteht nicht. Voraussetzung ist auch die Kooperations- und Kommunika-

tionsfähigkeit der Eltern, denn bei der praktischen Verwirklichung der geteilten Betreuung ergibt sich ein erhöhter Abstimmungs- und Kooperationsbedarf, auch wenn ein Konsens der Eltern über die Betreuung des Kindes im Wechselmodell nicht erforderlich ist.

Es ist bereits bei der gerichtlichen Anhörung der Eltern deutlich geworden, dass es den Eltern an einer für die Ausübung des Wechselmodells ausreichenden Kooperations- und Kommunikationsfähigkeit fehlt. Zwar haben die Eltern sich zur Verbesserung ihrer Kommunikationsfähigkeit bereits seit Anfang 2015 einer Mediation unterzogen, die allerdings maßgeblich zur Vereinbarung von Umgangsterminen genutzt worden ist. Eine tragfähige, von beiden Elternteilen umgesetzte Umgangsregelung ist jedoch bisher nicht gefunden worden. Im Senatstermin stellte es sich bereits als äußerst mühsam heraus, von den Eltern übereinstimmende Informationen darüber zu erlangen, wann welche Umgangsvereinbarung getroffen und inwieweit diese jeweils umgesetzt wurde. Zudem erfordern die Dienstpläne der Mutter eine ständige Umorganisation der Umgangskontakte.

Im Anhörungstermin entstand der Eindruck, dass der Umgang im Wesentlichen durch die Bereitschaft des Vaters, einmal getroffene Umgangsvereinbarungen zu ändern bzw. notfalls für die Mutter einzuspringen, abgesichert wird. Es ist auch nicht ersichtlich, dass sich die Mutter über die praktischen Erfordernisse bei der Einrichtung eines Wechselmodells konkret Gedanken gemacht hat. Sie konnte über die sportlichen Aktivitäten ihrer Kinder keine genaueren Angaben machen, sondern äußerte nur Vermutungen, dass der Kleine wohl Fußball und der Große wohl Handball spiele. Dem von den Kindern geäußerten Wunsch, die Mutter öfter sehen zu wollen, kann im Rahmen einer Umgangsregelung Rechnung getragen werden.

2. OLG Stuttgart, Beschl. v. 23.08.2017 - 18 UF 104/17

a. Eine gerichtliche Umgangsregelung, die im Ergebnis zu einer gleichmäßigen Betreuung des Kindes durch beide Eltern im Sinne eines paritätischen Wechselmodells führt, kann im Einzelfall auch gegen den Willen eines Elternteils angeordnet werden.

b. Bestehen unstreitig gute Bindungen der Kinder zu beiden Elternteilen und hat der umgangsberechtigte Elternteil bereits bisher einen wesentlichen Teil der Betreuungsleistung übernommen (vorliegend: rund 40 %), so kann die Kindeswohl dienlichkeit des Wechselmodells auch ohne Einholung eines Sachverständigen gutachtens beurteilt werden.

⁸ KG, Beschl. v. 13.04.2017 - 16 UF 8/17; OLG Stuttgart, Beschl. v. 23.08.2017 - 18 UF 104/17; Clausius, FamRB 2017, 137.

Der Sachverhalt:

Die Beteiligten sind die – nie miteinander verheirateten – Eltern von Zwillingen, die nach den Schulferien die dritte Grundschulklasse besuchen werden. Sie üben die elterliche Sorge gemeinsam aus. Die Mutter ist in Teilzeit mit einem Umfang von 75 % als Erzieherin tätig, der Vater betreibt eine Einzelfirma. Beide Elternteile haben wieder neue Partner, mit denen sie aber nicht zusammenleben.

Seit Ende des Jahres 2013 bis zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung am 23.08.2017 praktizierten die Eltern aufgrund einer außergerichtlichen Absprache außerhalb der Schulferien einen erweiterten Umgang in der Form, dass die Kinder alle zwei Wochen von Freitag nach der Schule um 12:00 Uhr bis zum darauffolgenden Mittwochmorgen beim Vater waren. Sie gingen dann vom Vater aus in die Schule. Die Schule ist vom Haushalt der Mutter aus zu Fuß, vom Haushalt des Vaters aus mit dem Bus gut zu erreichen.

Zudem verbrachten sie jeden Dienstagnachmittag ab dem Ende der Kernzeitbetreuung um 16:00 Uhr bis ca. 19:30 Uhr beim Vater. Dies hatte den Hintergrund, dass die Mutter am Dienstagnachmittag von 13:00 Uhr bis 17:00 Uhr im Büro tätig ist und anschließend bis ca. 18:30 Uhr eine Dienstbesprechung hat. Auch den Ferienumgang haben die Eltern einverständlich geregelt.

Entscheidungsinhalt:

Voraussetzung für die Anordnung eines Wechselmodells ist, dass die geteilte Betreuung durch beide Elternteile im Vergleich mit anderen Betreuungsmodellen dem Kindeswohl im konkreten Fall am besten entspricht. Dies ist unter Berücksichtigung anerkannter Kriterien des Kindeswohls wie der Erziehungseignung der Eltern, der Bindungen des Kindes, der Prinzipien der Förderung und der Kontinuität sowie unter Beachtung des Kindeswillens zu entscheiden.

Seit Ende 2013 bis heute praktizierten die Eltern einen erweiterten Umgang. Diese bisherige Regelung, die in der Vergangenheit im Wesentlichen störungsfrei umgesetzt wurde, entspricht einem Betreuungsanteil des Vaters von ca. 42 %.

Unzutreffend ist die Rechtsansicht der Mutter, dass diese funktionierende Umgangsregelung nur aus triftigen, das Wohl der Kinder nachhaltig berührenden Gründen abgeändert werden könne. Dieser in § 1696 Abs. 1 BGB niedergelegte Maßstab gilt nur bei einer gerichtlichen Umgangsregelung oder einer Umgangsvereinbarung in einem gerichtlich gebilligten Vergleich. Anderenfalls ist Maßstab allein, welches Betreuungsmodell dem Kindeswohl am besten entspricht.

Die Kinder haben eine enge und tragfähige emotionale Bindung zu beiden Elternteilen. Beide Eltern sind auch uneingeschränkt erziehungsfähig. Durch die räumliche Nähe der Elternhaushalte werden sowohl der Schulbesuch als auch

Freizeitaktivitäten und Sozialkontakte der Kinder durch ein Wechselmodell nicht beeinträchtigt.

Die Kinder haben sich bei ihrer getrennten Anhörung beide dafür ausgesprochen, dass sie gerne abwechselnd jeweils gleich lang bei Mama und Papa wären. Demgegenüber ist ein fester Lebensmittelpunkt bei einem Elternteil im vorliegenden Fall keine Voraussetzung für das Wohlergehen der Kinder.

Die für die Anordnung eines Wechselmodells unerlässliche Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit der Eltern ist im vorliegenden Fall zu bejahen. Sie haben sich ohne Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe auf einen Ferienumgang sowie auf das praktizierte ausgedehnte Umgangsrecht des Vaters außerhalb der Schulferien verständigt, das seit Ende 2013 weitgehend störungsfrei auch umgesetzt wurde. Dies wäre nicht möglich, wenn die Eltern außerstande wären, sich bezüglich organisatorischer, die Kinder betreffender Fragen zu besprechen.

Die Entscheidung des Beschwerdegerichts konnte ohne die vorherige Einholung eines kinderpsychologischen Sachverständigengutachtens ergehen. Der Sachverhalt, insbesondere auch die Qualität der Bindungen der Kinder an die Eltern, ist hinreichend aufgeklärt. Da die Anordnung eines Wechselmodells im vorliegenden Fall zu einer relativ geringfügigen Ausweitung des Betreuungsanteils des Vaters im Vergleich zu dem bisherigen Umgangsmodell und damit zu keiner wesentlichen Veränderung der Betreuungszeiten führt, würde die Einholung eines Sachverständigengutachtens zudem zu einer unverhältnismäßigen Belastung der Beteiligten, insbesondere auch der Kinder, führen, was mit dem Kindeswohl nicht vereinbar wäre.

3. KG, Beschl. v. 13.04.2017 - 16 UF 8/17

a. Voraussetzungen der Änderung einer gerichtlichen Umgangsregelung, Wechselmodell

Liegt bereits eine gerichtliche Umgangsregelung vor, so ist eine abändernde Regelung nach § 1696 Abs. 1 BGB nur aus triftigen, das Wohl des Kindes nachhaltig berührenden Gründen zu treffen. Bei stark zerstrittenen Elternteilen scheidet die Anordnung eines Wechselmodells aus.

Der Sachverhalt:

Die Eltern haben 2014 vor Gericht einen Umgangsvergleich geschlossen. Der Antrag des Kindesvaters, in Abänderung dieser Regelung ein Wechselmodell anzuordnen, hatte vor dem Familiengericht und in der Beschwerdeinstanz keinen Erfolg.

Entscheidungsinhalt:

Liegt bereits eine gerichtliche Umgangsregelung vor, so ist eine abändernde Regelung nach § 1696 Abs. 1 BGB nur zu treffen, wenn dies aus triftigen, das Wohl des Kindes nachhal-

tig berührenden Gründen angezeigt ist. Solche triftigen Gründe liegen hier nicht vor.

Dabei steht die gute Bindung des Kindes zum Vater nicht infrage. Die seit Jahren andauernde erhebliche Konfliktbelastung der Eltern und deren deutlich eingeschränkte Fähigkeit, angemessen miteinander zu kommunizieren und zu kooperieren, steht jedoch einer Abänderung des bisherigen Umgangsmodells entgegen; erst recht würde die Anordnung eines Wechselmodells unter den obwaltenden Umständen nicht, wie es für eine Abänderung gem. § 1696 BGB erforderlich wäre, zu nachhaltigen Verbesserungen für das Kind führen. Das paritätische Wechselmodell entspricht bei bestehender hoher elterlicher Konfliktbelastung i.d.R. nicht dem Kindeswohl. Denn das Kind wird durch vermehrte oder ausgedehnte Kontakte auch mit dem anderen Elternteil verstärkt mit dem elterlichen Streit konfrontiert und gerät durch den von den Eltern oftmals ausgeübten „Koalitionsdruck“ in Loyalitätskonflikte; hinzu kommt der bei der praktischen Verwirklichung der geteilten Betreuung erhöhte Abstimmungs- und Kooperationsbedarf. Die Anordnung eines Wechselmodells ist grds. ungeeignet, die im Konflikt befangenen Eltern dadurch zu einem harmonischen Zusammenwirken in der Betreuung und Erziehung des Kindes zu veranlassen. Erschwerend kommen hier noch die sehr unterschiedlichen Erziehungshaltungen der Eltern hinzu.

4. Bewertung der bisher ergangenen Rechtsprechung

Die Entscheidungen der Obergerichte machen die Schwierigkeiten deutlich, die vom BGH in seiner Entscheidung zum Wechselmodell⁹ im jeweils konkreten Fall umzusetzen. Ohne die Fähigkeit eines konstruktiven Dialoges zwischen den Eltern sind die gerade beim Wechselmodell bestehenden logistischen Herausforderungen der alltäglichen Ausgestaltung der Kinderbetreuung und Abstimmung hierüber nicht zu bewältigen.

Koordiniert werden müssen – ggf. wechselnde – Arbeitszeiten der Eltern (siehe Dienstpläne, Schichtpläne), Schulzeiten und Freizeit der Kinder, schulische und außerschulische Aktivitäten, Transport der Kinder; auch verlässliche und praktikable Ausfallregelungen für Krankheiten usw. müssen einvernehmlich getroffen werden. Selbst alltägliche Verwerfungen in diesen Planungen lösen regelmäßig Schwierigkeiten aus, die zu Stress zwischen den Eltern und Belastungen für die Kinder führen und im Ergebnis keinesfalls dem Kindeswohl dienen. Ergibt sich aus den im Alltag auftretenden unvermeidbaren praktischen Schwierigkeiten regelmäßig Streit zwischen den Elternteilen, ist für ein Wechselmodell kein Raum.

Die Entscheidung des KG¹⁰ macht zudem deutlich, dass die Vorschrift des § 1696 BGB in der Praxis vielfach übersehen wird. Denn eine Änderung einer bestehenden gerichtlichen Regelung des Umgangs- oder Sorgerechts ist nur aus triftigen, das Wohl des Kindes nachhaltig berührenden Gründen möglich, nicht aber im Hinblick auf reine Elterninteressen.

B. Auswirkungen des Wechselmodells auf die Unterhaltssituation

Wird ein Wechselmodell angestrebt, sollten in der anwaltlichen Beratung auch immer die unterhaltsrechtlichen Konsequenzen sehr deutlich gemacht werden. Denn die Erfahrung lehrt, dass Unzufriedenheit oder gar echter Streit über den Unterhalt sich sehr schnell auch auf die Ebene der Umgangskontakte und der Kinderbetreuung übertragen kann.

I. Materiell-rechtliche Situation beim Kindesunterhalt

Die unterhaltsrechtliche Haftungsverteilung zwischen den Eltern geht in § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB von dem Grundsatz aus, dass ein Elternteil seine gesamte Unterhaltsverpflichtung durch die Betreuung des Kindes erbringt (Eingliederungs- oder Residenzmodell), während der andere Elternteil auf der Basis seines nach unterhaltsrechtlichen Grundsätzen ermittelten bereinigten Einkommens Barunterhalt zahlt, um den finanziellen Bedarf des Kindes abzudecken. Die Höhe des zu zahlenden Unterhaltes ergibt sich dabei in aller Regel aus der Düsseldorfer Tabelle auf der Basis des Einkommens allein des barunterhaltspflichtigen Elternteils.

Der andere – betreuende – Elternteil muss nicht für den Barunterhalt eintreten; sein Einkommen ist für die Bemessung des Barunterhalts irrelevant.¹¹ Daher besteht für ihn auch keine Erwerbsobliegenheit dem Kind gegenüber.

Nach der Rechtsprechung des BGH passt die Vorschrift des § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB nicht auf die Fallgestaltung des echten Wechselmodells und ist daher nicht anwendbar. Daher wird bei einem echten Wechselmodell kein Elternteil durch die geleistete Betreuung vom Barunterhalt für das Kind befreit.¹²

Folglich sind beim Wechselmodell beide Eltern dem Kind gegenüber unterhaltspflichtig, und zwar verschärft haftend nach § 1603 Abs. 2 Satz 2 BGB. Es besteht also nicht nur eine einfache vollschichtige Erwerbsobliegenheit, sondern unter Umständen sogar eine verschärfte Erwerbsobliegenheit. Der Unterhaltsbedarf des Kindes bemisst sich nach den beiderseitigen zusammengerechneten Einkünften der Eltern und umfasst neben dem sich daraus ergebenden Regelbedarf insbesondere die nach den Umständen angemessenen Mehrkosten,¹³ die durch

9 Siehe oben unter A.I.

10 Oben unter A.II.1.

11 „Eine(r) betreut, eine(r) zahlt“ war das provokante Thema von Arbeitskreis 4 des diesjährigen 22. Deutschen Familiengerichtstags, dessen Ergebnisse unter www.dfgt.de/index.php5?did=330 abrufbar sind.

12 BGH, Beschl. v. 05.11.2014 - XII ZB 599/13; BGH, Beschl. v. 20.04.2016 - XII ZB 45/15 - FamRZ 2016, 1053 mit Anmerkung Seiler.

13 Fahrtkosten, konkret darzulegende erhöhte Unterkunftskosten, Sportverein, Musikschule und Tanzunterricht (dazu BGH, Beschl. v. 11.01.2017 - XII ZB 565/15 - NJW 2017, 1676 mit Anmerkung Graba).

die Aufteilung der Betreuung im Rahmen eines Wechselmodells entstehen.¹⁴

Die Haftungsanteile der Eltern sind dabei unter Vorwegabzug des sog. angemessenen Selbstbehalts zu ermitteln.¹⁵ Es ist nicht nur der notwendige Selbstbehalt abzuziehen.¹⁶ Dabei werden die wechselseitigen Ansprüche der beiden Eltern nicht direkt gegeneinander geltend gemacht, sondern es erfolgt eine Saldierung mit der Folge, dass ein unterhaltsrechtlicher Ausgleich zwischen den Eltern typischerweise nur in Form einer den Tabellenunterhalt nicht erreichenden Ausgleichszahlung stattfindet.¹⁷ In diese Saldierung sind auch zusätzliche Leistungen der Eltern z.B. für Sportverein, Fahrtkosten für den Transport der Kinder, Musikschule¹⁸ usw. einzubeziehen.¹⁹ Macht ein Elternteil Eigenaufwendungen für den Bedarf der Kinder – etwa Bekleidung, Schulutensilien oder Taschengeld – geltend, so muss allerdings dargelegt werden, in welchem Umfang man selbst ohnehin diesen Bedarf der Kinder hätte decken müssen.

Grds. wird die Hälfte des Kindergelds bedarfsmindernd bei der Berechnung des Barunterhalts berücksichtigt, also auf die beim Kind anfallenden Kosten verrechnet. Daher wird die auf den Barunterhalt entfallende Hälfte des Kindergelds nach dem oben dargelegten Maßstab der elterlichen Einkommensverhältnisse (§ 1606 Abs. 3 Satz 1 BGB) verteilt. Die andere – auf die Betreuung des Kindes entfallende – Hälfte des Kindergelds wird zu gleichen Teilen auf die Eltern verteilt.²⁰

II. Verfahrensrechtliche Situation beim Kindesunterhalt

Der sorgeberechtigte Elternteil ist nach § 1629 Abs. 1 BGB berechtigt, Kindesunterhalt geltend zu machen. Bei gemeinsamer elterlicher Sorge ermöglicht § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB dem Elternteil, der das Kind in seiner Obhut hat, Unterhalt gegen den anderen Elternteil durchzusetzen, und zwar im Weg der gesetzlichen Vertretung oder der gesetzlichen Verfahrensstandschaft (§ 1629 Abs. 3 BGB).

Allerdings muss der anspruchstellende Elternteil Träger der Obhut i.S.v. § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB sein. Das ist derjenige der Elternteil, bei dem ein eindeutig feststellbares, aber nicht notwendigerweise großes Übergewicht der tatsächlichen Fürsorge für das Kind vorliegt.²¹ Wenn das Kind jedoch paritätisch in beiden Haushalten der Eltern lebt, fehlt es an dieser verfahrensrechtlichen Voraussetzung. Die Beweislast für die eigene überwiegende tatsächliche Fürsorge hat der Elternteil, der Unterhalt für das Kind verlangt.²²

Praktizieren die gemeinsam sorgeberechtigten Kindeseltern ein echtes Wechselmodell und beabsichtigt der eine Elternteil, Barunterhaltsansprüche des Kindes gegen den anderen Elternteil gerichtlich geltend zu machen, so kann er entweder die Bestellung eines Ergänzungspflegers für das Kind herbei-

führen²³ oder einen Antrag nach § 1628 BGB stellen, ihm alleine die Entscheidung über die Geltendmachung von Kindesunterhalt zu übertragen,²⁴ wobei dieser Antrag im Verfahren der einstweiligen Anordnung gestellt wurde.²⁵

Die Gegenansicht verlangt, dass zur Vermeidung von Interessenkonflikten immer ein Ergänzungspfleger einzusetzen sei.²⁶ Teilweise wird ein Wahlrecht zwischen diesen beiden Möglichkeiten bejaht, das nicht durch besondere Kautelen eingeschränkt ist.²⁷

Zwar steht den sorgeberechtigten Eltern gegen die Anordnung der Ergänzungspflegschaft ein eigenes Beschwerderecht zu, weil dadurch in ihr Sorgerecht eingegriffen wird. Üben aber Eltern das paritätische Wechselmodell aus und fehlt ihnen daher verfahrensrechtlich der einer „Obhut“ i.S.v. § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB mit der Folge, dass die Anordnung der Ergänzungspflegschaft zur Durchsetzung von Kindesunterhalt daher nicht ihre Rechtsposition eingreift.²⁸

Ist dagegen auf Antrag eines Elternteils ein Ergänzungspfleger bestellt worden, so kann der andere Elternteil, der das Vorliegen eines paritätischen Wechselmodells bestreitet, über

14 BGH, Beschl. v. 11.01.2017 - XII ZB 565/15 - NJW 2017, 1676 mit Anmerkung Graba; BGH, Beschl. v. 20.04.2016 - XII ZB 45/15 - FamRZ 2016, 1053 mit Anmerkung Seiler; BGH, Beschl. v. 05.11.2014 - XII ZB 599/13 Rn. 18 und BGH, Beschl. v. 12.03.2014 - XII ZB 234/13 Rn. 29.

15 BGH, Beschl. v. 11.01.2017 - XII ZB 565/15 - NJW 2017, 1676 mit Anmerkung Graba.

16 Eine Übersicht über die bisherige Verfahrensweise der Oberlandesgerichte gibt Horndasch, FuR 2016, 632.

17 BGH, Beschl. v. 11.01.2017 - XII ZB 565/15 - NJW 2017, 1676 mit Anmerkung Graba.

18 BGH, Beschl. v. 11.01.2017 - XII ZB 565/15 - NJW 2017, 1676 mit Anmerkung Graba.

19 Ein von Rechtsanwalt Hauß, Duisburg entwickeltes Excel-Berechnungstool kann auf der Internetseite www.anwaelte-du.de/wechselmodell-berechnung.html kostenlos heruntergeladen werden.

20 BGH, Beschl. v. 11.01.2017 - XII ZB 565/15 - NJW 2017, 1676 mit Anmerkung Graba; BGH, Beschl. v. 20.04.2016 - XII ZB 45/15 - NJW 2016, 2122 mit Anmerkung Reinken = FamRZ 2016, 1220 mit Anmerkung Maurer.

21 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 18.08.2014 - 18 WF 277/13.

22 OLG Brandenburg, Beschl. v. 13.07.2015 - 3 UF 155/14; vgl. auch OLG Köln, Beschl. v. 21.03.2014 - 4 UF 1/14 m.w.N.

23 OLG Köln, Beschl. v. 21.03.2014 - 4 UF 1/14; vgl. auch OLG Celle, Beschl. v. 20.08.2014 - 10 UF 163/14.

24 OLG Celle, Beschl. v. 20.08.2014 - 10 UF 163/14; OLG Hamburg, Beschl. v. 27.10.2014 - 7 UF 124/14; OLG Frankfurt, Beschl. v. 17.10.2016 - 6 UF 242/16.

25 OLG Frankfurt, Beschl. v. 17.10.2016 - 6 UF 242/16; OLG Hamburg, Beschl. v. 27.10.2014 - 7 UF 124/14 Rn. 8.

26 Götz, FF 2015, 146, 149, und Seiler, FamRZ 2015, 1845, 1850; Seiler, FF 2017, 117, 118; ebenso OLG Köln, Beschl. v. 21.03.2014 - II-4 UF 1/14 und AG Westerstede, Beschl. v. 28.02.2017 - 87 F 7097/16 SO.

27 OLG Hamburg, Beschl. v. 27.10.2014 - 7 UF 124/14 unter Hinweis auf BGH, Beschl. v. 21.12.2005 - XII ZR 126/03.

28 OLG Hamm, Beschl. v. 07.06.2017 - 10 UF 68/17.

eine Beschwerde gegen diese Bestellung gerichtlich klären lassen, ob tatsächlich ein echtes Wechselmodell vorliegt.²⁹

In beiden Fällen ist also dem Unterhaltsverfahren ein anderes Verfahren vorgeschaltet. Mit dem formal richtigen Einwand gegen die Lösung des § 1628 BGB, dass ein von beiden Eltern betreutes Kind einen Barunterhaltsanspruch gegen beide Eltern hat, wird vereinzelt die Überlegung abgeleitet, jedem Elternteil die Befugnis zu übertragen, Unterhaltsansprüche des Kindes gegen den anderen geltend zu machen.³⁰ Dem steht aber die Rechtsprechung des BGH entgegen, die die wechselseitigen Ansprüche des Kindes gegen beide Eltern in einer Saldierung gegenüberstellt und nur einem Elternteil einen entsprechenden Ausgleichsanspruch zubilligt.³¹

III. Mittelbare Auswirkungen auf den Ehegattenunterhalt

Ein Wechselmodell hat auch Auswirkungen auf den Unterhaltsanspruch des Ehegatten nach § 1570 BGB, denn beim echten Wechselmodell gibt es keinen betreuenden Elternteil im Sinne dieser Vorschrift. Daher sind beide Elternteile auch auf der Ebene des Ehegattenunterhaltes vollschichtig erwerbsverpflichtet.³²

C. Wann liegt ein echtes paritätisches Wechselmodell vor?

Die Rechtsprechung geht allerdings nur dann von einem echten paritätischen Wechselmodell bei vollständig gleichwertigen Betreuungsanteilen der Eltern aus.³³

Hierzu müssen die Elternteile nicht nur annähernd zeitlich gleiche Anteile an der Betreuung haben, sondern es muss auch die Verantwortung für die Sicherstellung einer Betreuung gleichermaßen bei beiden Eltern liegen.³⁴ Ob ein Elternteil die Hauptverantwortung für ein Kind trägt und damit seine Unterhaltspflicht bereits durch Erziehung und Pflege erfüllt, ist Sachverhaltsfrage.³⁵ Es genügt ein „eindeutig feststellbares, aber nicht notwendigerweise großes Übergewicht bei der tatsächlichen Fürsorge für das Kind“.³⁶ Dabei kommt der zeitlichen Komponente der Betreuung zwar eine Indizwirkung zu, ohne dass sich allerdings die Beurteilung allein hierauf zu beschränken braucht.³⁷

Das OLG Köln geht bei einer Betreuungszeit der Kinder durch die Kindesmutter von 58 % und den Kindesvater von 42 % nicht von einem echten Wechselmodell, sondern einem Residenzmodell aus.³⁸ Dagegen sieht das OLG Nürnberg die Forderung nach „absolut“ zeitlich gleichwertigen Betreuungsanteilen als überzogen an und geht bei einem prozentualen zeitlichen Betreuungsumfang der Mutter von maximal 52,5 % und der Übernahme der Hälfte der Erziehungsaufgaben noch von einem paritätischen Wechselmodell aus.³⁹

Bei der Bewertung des zeitlichen Einsatzes der Elternteile kann nicht davon ausgegangen werden, dass Übernachtungszeiten grds. weniger zu gewichten wären als Tagzeiten,⁴⁰ weil auch „die Strukturierung des kindlichen Tagesablaufs in den Morgen- und Abendstunden“ eine gewichtige Betreuungsaufgabe darstellt.⁴¹

Von Bedeutung sind auch wichtige organisatorische Aufgaben der Kindesbetreuung wie die Beschaffung von Kleidung und Schulutensilien sowie die Regelung der Teilnahme an außerschulischen Aktivitäten wie Sport- oder Musikunterricht. So kann etwa auch die Bereitschaft zur kurzfristigen Übernahme der Betreuung des Kindes im Krankheitsfall oder bei Absage von Besuchszeiten durch den anderen Elternteil eine Rolle spielen.⁴²

Relevant ist insbesondere die Verlässlichkeit auf die verabredete Betreuung durch den jeweils anderen Elternteil, ob beide sich gleichwertig um die Belange des Kindes kümmern – speziell schulische, medizinische, sportliche und freizeitgestalterische Fragen und deren Organisation.⁴³ So wurde ein Wechselmodell u.a. deswegen verneint, weil der Vater aufgrund seiner Schichtdiensttätigkeit keine festen Betreuungszeiten zusagen konnte, sodass die Mutter gehalten war, sich jederzeit für die Betreuung des Kindes zur Verfügung zu halten.⁴⁴ Relevant ist auch das finanzielle Engagement beider Eltern, ob sie für Dritte wie bspw. Lehrer oder Ärzte als Ansprechpartner für das Kind zur Verfügung stehen und ob sie bereit sind, an der notwendigen Erziehung des Kindes mitzuwirken.⁴⁵

29 OLG Köln, Beschl. v. 23.05.2016 - 10 UF 5/16 (Entscheidung in einer Beschwerde gegen die Bestellung eines Ergänzungspflegers).

30 Spangenberg, NZFam 2017, 1089; vgl. auch Spangenberg, NZFam 2017, 204.

31 Vgl. Wendl/Klinkhammer, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 9. Aufl., § 2 Rn. 449.

32 BGH, Beschl. v. 11.01.2017 - XII ZB 565/15; OLG Dresden, Beschl. v. 29.10.2015 - 20 UF 851/15, 20 UF 0851/15.

33 BGH, Beschl. v. 12.03.2014 - XII ZB 234/13; OLG Frankfurt, Beschl. v. 03.04.2013 - 2 UF 394/12.

34 OLG Frankfurt, Beschl. v. 06.03.2013 - 2 UF 394/12.

35 BGH, Beschl. v. 12.03.2014 - XII ZB 234/13; vgl. auch BFH, Ur. v. 18.04.2013 - V R 41/11 Rn. 21 ff. zu § 64 Abs. 2 EStG.

36 BGH, Beschl. v. 12.03.2014 - XII ZB 234/13 Rn. 17.

37 BGH, Beschl. v. 21.12.2005 - XII ZR 126/03; BGH, Ur. v. 28.02.2007 - XII ZR 161/04 Rn. 16.

38 OLG Köln, Beschl. v. 23.05.2016 - 10 UF 5/16 (Entscheidung in einer Beschwerde gegen die Bestellung eines Ergänzungspflegers).

39 OLG Nürnberg, Beschl. v. 20.12.2016 - 11 UF 673/16.

40 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 18.08.2014 - 18 WF 277/13.

41 BGH, Beschl. v. 12.03.2014 - XII ZB 234/13 Rn. 17.

42 Bruns, NZFam 2017, 723.

43 Simon, jurisPR-FamR 12/2013 Anm. 2.

44 OLG Frankfurt, Beschl. v. 03.04.2013 - 2 UF 394/12; zustimmend Jokisch, FuR 2014, 25, 26; Simon, jurisPR-FamR 12/2013 Anm. 2; bestätigt vom BGH, Beschl. v. 12.03.2014 - XII ZB 234/13.

45 Simon, jurisPR-FamR 12/2013 Anm. 2.

Problematisch sind allerdings die Zeiten der Fremdbetreuung eines Kindes in Kindertagesstätte, Krabbelgruppe, Hort und Schule. In diesen Zeiten befindet sich das Kind entweder entgeltlich oder unentgeltlich in sorgender Betreuung anderer Personen mit der Folge, dass diese Zeiten an sich nicht als von den Eltern erbrachte Betreuungszeiten gerechnet werden können.

Behauptet ein Elternteil im gerichtlichen Unterhaltsverfahren ein Wechselmodell, ist folglich ausreichender und einzelfallbezogener Sachvortrag nicht nur zu den tatsächlichen Betreuungszeiten zwingend geboten, sondern auch zu den sonstigen Belangen der Kinderbetreuung.⁴⁶ Die Darlegungs- und Beweislast trägt der Elternteil, der sich auf die überwiegende Betreuung beruft.⁴⁷

Liegt kein echtes Wechselmodell vor und findet nur ein erweitertes Umgangsrecht statt, bleibt § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB anzuwenden mit der Folge, dass lediglich der das Kind überwiegend betreuende Elternteil seiner Unterhaltspflicht durch Betreuungsleistungen nachkommt, während der andere Elternteil Barunterhalt zu leisten hat, der sich allein nach seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen bestimmt.⁴⁸

46 Bruns, NZFam 2017, 723.

47 OLG Köln, Beschl. v. 21.03.2014 - 4 UF 1/14 m.w.N.; vgl. auch OLG Brandenburg, Beschl. v. 13.07.2015 - 3 UF 155/14.

48 Zur Berücksichtigung zusätzlicher Kosten des umgangsberechtigten Elternteils (Vorhalten eines Kinderzimmers in der Wohnung, zusätzlicher Fahrtkosten, höhere Verpflegungskosten) siehe BGH, Beschl. v. 12.03.2014 - XII ZB 234/13.

Ansprüche bei unzulässiger Übermittlung von Bonitätsdaten an die SCHUFA

RA und Wiss. Mit. Veris-Pascal Heintz

A. Einleitung

Im Geschäftsverkehr stellt sich nahezu immer die Frage, ob ein potenzieller Geschäftspartner seinen Zahlungsverpflichtungen nachkommen wird bzw. ob er hierzu überhaupt in der Lage ist. Es besteht das Bedürfnis, über die Bonität der anderen Partei Bescheid zu wissen, bevor es zur Eingehung vertraglicher Bindungen kommt.¹ Insbesondere bei Kreditgeschäften oder bei der Vereinbarung von Finanzierungshilfen werden im Vorfeld entsprechende Informationen bei einer Auskunft eingeholt.² Aber auch vor dem Abschluss von Mobilfunk- oder Mietverträgen steht regelmäßig eine Bonitätsprüfung. Bei der Bereitstellung von Bonitätsdaten nimmt die SCHUFA Holding AG (im Folgenden: SCHUFA) mit Datensätzen zu 67,2 Mio. natürlichen Personen und 5,3 Mio. Unternehmen eine führende Rolle ein.³ Ist in dem Kreditinformationssystem der SCHUFA ein Negativeintrag hinterlegt, kann das die finanziellen Gestaltungsspielräume des Betroffenen stark einschränken.⁴ Als problematisch erweist es sich, wenn eine negative SCHUFA-Meldung gar nicht hätte abgegeben werden dürfen. Der folgende Beitrag soll aufzeigen, wer unter welchen Voraussetzungen zur Übermittlung von Daten an die SCHUFA befugt ist. Berücksichtigung finden hierbei nicht nur die bisherigen Regelungen im Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), sondern auch die neue Rechtslage nach der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO).⁵ Hieran anknüpfend werden mögliche Ansprüche gegen einen unberechtigten Übermittler beleuchtet.

B. Das Melde- und Auskunftssystem der SCHUFA

I. Überblick

Die SCHUFA ist eine privatwirtschaftlich organisierte Gemeinschaftseinrichtung von Wirtschaftsunternehmen mit Sitz in Wiesbaden.⁶ Am 01.04.1927 unter dem Namen „Schutzgemeinschaft für Absatzfinanzierung“ (später: „Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung“) in Berlin gegründet,⁷ erhielt sie ihre heutige Struktur und Ausrichtung im Jahr 2000.⁸ Das Konzept der SCHUFA besteht da-

1 Beckhusen, Der Datenumgang innerhalb des Kreditinformationssystems der SCHUFA, 2004, S. 19; Ressmann/Serr, NJOZ 2013, 481.

2 Laut eigener Angaben der SCHUFA wird ihr Informationssystem rund 380.000 Mal pro Tag genutzt, online abrufbar unter www.schufa.de/de/ueber-uns/unternehmen/schufa/ (zuletzt abgerufen am 28.03.2018).

3 So die Eigenangaben der SCHUFA, online abrufbar unter www.schufa.de/de/ueber-uns/unternehmen/schufa/ (zuletzt abgerufen am 28.03.2018).

4 AG Ahlen, Urt. v. 08.10.2013 - 30 C 209/13; Tintemann/Möbus/Wiest, VuR 2015, 377, 379.

5 VO (EU) 2016/679 vom 27.04.2016.

6 Gericke in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Strafrechts, 4. Aufl. 2014, 31. Kapitel, Rn. 60; Kamlah, MMR 1999, 395, 396.

7 Beckhusen, Der Datenumgang innerhalb des Kreditinformationssystems der SCHUFA, 2004, S. 23; Richter, SCHUFA – Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung, 1972, S. 1.

8 Krepold in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 41 Rn. 1b.

rin, ihren Vertragspartnern einen „gegenseitige[n] Schutz [...] durch den Zugriff auf die gegenseitig gewonnenen Informationen“ zu bieten.⁹ Das Melde- und Auskunftssystem der SCHUFA ist also von dem Grundsatz der Gegenseitigkeit geprägt: Nur SCHUFA-Vertragspartner sind berechtigt – und überdies sogar verpflichtet –, bonitätsrelevante Informationen über ihre Kunden zu übermitteln.¹⁰ Als Gegenleistung erteilt die SCHUFA ihren Vertragspartnern Auskünfte aus ihrem Datenbestand.¹¹ Da die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten grds. rechtswidrig ist,¹² bedarf die soeben geschilderte Melde- und Auskunftspraxis einer gesetzlichen Legitimation (vgl. § 4 Abs. 1 BDSG/Art. 6 Abs. 1 DSGVO).¹³ Die folgenden Ausführungen gehen deshalb der Frage nach, wann eine Übermittlung von Bonitätsdaten in rechtmäßiger Weise erfolgt. Die Beantwortung jener Frage wirkt sich nämlich unmittelbar auf die Prüfung der möglichen Ansprüche gegen den Übermittler aus.

II. Zulässigkeit der Datenübermittlung

Die rechtlichen Vorgaben an die Zulässigkeit der Datenübermittlung werden sich ab dem 25.05.2018 maßgeblich ändern. Schantz spricht sogar von einer „neuen Zeitrechnung im Datenschutzrecht“.¹⁴ Die Kenntnis der bis zur Anwendung der DSGVO geltenden Rechtslage schadet indes nicht, da die hierzu entwickelten Wertungen entsprechend herangezogen werden können.¹⁵

1. Rechtslage bis zur Geltung der DSGVO

Bis zur Geltung der DSGVO ab dem 25.05.2018 (Art. 99 Abs. 2 DSGVO) ergibt sich die Befugnis zur Datenübermittlung an Auskunftsteilen aus § 28a Abs. 1 BDSG. Die „Einmeldung“ von Bonitätsdaten in das Kreditinformationssystem der SCHUFA hat sich bis dahin an dieser Vorschrift zu messen, da die SCHUFA dem Begriff der „Auskunftei“ unterfällt.¹⁶ Die Übermittlung personenbezogener Daten über eine Forderung an die SCHUFA ist zulässig, soweit die geschuldete Leistung trotz Fälligkeit nicht erbracht ist, die Übermittlung zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle oder eines Dritten erforderlich ist und einer der Erlaubnistatbestände der Nr. 1 bis 5 des § 28a Abs. 1 Satz 1 BDSG erfüllt ist.¹⁷

a. Daten über eine Forderung

Die übermittelten Daten müssen einen Bezug zu einer Forderung aufweisen.¹⁸ Die Forderungsbezogenheit besteht etwa, wenn die Daten eine Aussage zum Zahlungsverhalten des betreffenden Schuldners treffen.¹⁹

b. Nicht erbrachte Leistung trotz Fälligkeit

Ein Nichterbringen der geschuldeten Leistung bietet nur dann Anlass zu einer „Einmeldung“, wenn die Leistungspflicht tatsächlich noch besteht und die Leistung fällig ist.²⁰

Es dürfen keine rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Einwendungen bestehen bzw. erhoben worden sein.²¹ Wann Fälligkeit eintritt, richtet sich nach den Bestimmungen des jeweiligen Vertrages; bei Fehlen einer vertraglichen Abrede wird die Leistung sofort fällig (§ 271 Abs. 1 BGB).²²

c. Berechtigtes Interesse

Zur Ermittlung des berechtigten Interesses der übermittelnden oder empfangenden Stelle an der Datenübermittlung bedarf es nach bisheriger Rechtslage keiner Abwägung mit schutzwürdigen Interessen des Betroffenen.²³ Ausweislich der Begründung des Entwurfs des „Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes“ wurde das Abwägungserfordernis durch die Prüfung der Voraussetzungen der Nr. 1 bis 5 des § 28a Abs. 1 Satz 1 BDSG ersetzt.²⁴ Ein berechtigtes Interesse ist anzuerkennen, wenn die Kenntnis der Daten zum Schutz vor zahlungsunwilligen oder zahlungsunfähigen Schuldnern erforderlich ist.²⁵ Die Übermittlung bonitätsrelevanter Daten an die SCHUFA dient grds. einem solchen Interesse, da die Vertragspartner durch deren Abruf vor Kreditausfällen oder anderen Leistungsstörungen bewahrt werden können.²⁶ Maßgeblich

9 Krepold in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 41 Rn. 1.

10 Beckhusen, Der Datenumgang innerhalb des Kreditinformationssystems der SCHUFA, 2004, S. 44; Kamlah, MMR 1999, 395, 396.

11 Krepold in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 41 Rn. 3.

12 In der DSGVO wird nur noch von „Verarbeitung“ gesprochen. Der Anwendungsbereich ist im Vergleich zum BDSG jedoch nicht eingeschränkt. Die „Erhebung“ und sonstige „Nutzung“ ist von dem Begriff der „Verarbeitung“ mitumfasst, vgl. Plath in: Plath, BDSG/DSGVO, 2. Aufl. 2016, Art. 2 DSGVO Rn. 4.

13 Tintemann/Möbus/Wiest, VuR 2015, 377, 377 f.

14 Schantz, NJW 2016, 1841.

15 Buchner/Petri in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017, Art. 6 Rn. 162.

16 Gola/Klug/Körper in: Gola/Schomerus, BDSG, 12. Aufl. 2015, § 28a Rn. 2; Kamp in: BeckOK, Datenschutzrecht, § 28a BDSG Rn. 36, Stand: 01.02.2016.

17 OLG Saarbrücken, Urt. v. 02.11.2011 - 5 U 187-11/36; AG Ahlen, Urt. v. 08.10.2013 - 30 C 209/13.

18 Ehmann in: Simitis, BDSG, 8. Aufl. 2014, § 28a Rn. 19; Kamlah in: Plath, BDSG/DSGVO, 2. Aufl. 2016, § 28a BDSG Rn. 15.

19 Kamlah in: Plath, BDSG/DSGVO, 2. Aufl. 2016, § 28a BDSG Rn. 15.

20 Kamp in: BeckOK, Datenschutzrecht, § 28a BDSG Rn. 44, Stand: 01.02.2016.

21 Kamp in: BeckOK, Datenschutzrecht, § 28a BDSG Rn. 46 ff., Stand: 01.02.2016.

22 Ehmann in: Simitis, BDSG, 8. Aufl. 2014, § 28a Rn. 19.

23 OLG Frankfurt/M., Urt. v. 16.03.2011 - 19 U 291/10; Mackenthun in: Taeger/Gabel, BDSG, 2. Aufl. 2013, § 28a Rn. 8; kritisch OLG Saarbrücken, Urt. v. 02.11.2011 - 5 U 187/11-36.

24 BT-Drs. 16/10529, S. 14.

25 Kamp in: BeckOK, Datenschutzrecht, § 28a BDSG Rn. 54, Stand: 01.02.2016.

26 OLG Saarbrücken, Urt. v. 02.11.2011 - 5 U 187-11/36 unter Verweis auf BGH, Urt. v. 17.12.1985 - VI ZR 244/84.

für die Beurteilung des berechtigten Interesses im Einzelfall ist jedoch, ob und inwieweit die Meldung geeignet ist, auf die Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungsunwilligkeit des Schuldners schließen zu können.²⁷ Die übermittelten Daten müssen mithin eine eindeutige Aussagekraft besitzen.²⁸

d. Vorliegen eines Erlaubnistatbestands

Kumulativ zu den oben genannten allgemeinen Voraussetzungen muss zudem einer der fünf Erlaubnistatbestände des § 28a Abs. 1 Satz 1 BDSG erfüllt sein.²⁹ Mithilfe jener Fallgruppen hat der Gesetzgeber abschließend festgelegt, wann eine Mitteilung von Bonitätsdaten an eine Auskunftlei gerechtfertigt ist.³⁰ Die Berechtigung zur Datenübermittlung besteht erst, wenn

- die Forderung durch ein rechtskräftiges oder für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil festgestellt worden ist oder ein Schuldtitel nach § 794 ZPO vorliegt (Nr. 1),
- die Forderung nach § 178 InsO festgestellt und nicht im Prüfungstermin bestritten worden ist (Nr. 2),
- der Betroffene – neben weiteren Voraussetzungen (siehe Nr. 4 Buchst. a bis c) – die Forderung nicht bestritten hat (Nr. 4 Buchst. d),
- das der Forderung zugrunde liegende Vertragsverhältnis aufgrund von Zahlungsrückständen fristlos gekündigt werden kann und die verantwortliche Stelle den Betroffenen über die bevorstehende Übermittlung unterrichtet hat (Nr. 5).

Die einzelnen Fallgruppen haben zwei grundlegend verschiedene Ausgangssituationen im Blick. Während nach den Nr. 1 bis 3 das Bestehen der gemeldeten Forderung von einer unabhängigen dritten Stelle (bspw. einem Gericht) festgestellt bzw. ausdrücklich anerkannt ist,³¹ erfordern die Nr. 4 und 5 zunächst einmal nur die einseitige Behauptung des Gläubigers, dass eine Forderung besteht.³² Eine formelle Feststellung der Forderung oder eine Erklärung des Schuldners hinsichtlich der Forderung sehen die Kriterien der Nr. 4 und 5 nicht vor.³³ Da die Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungsunwilligkeit in den Fällen der Nr. 1 bis 3 „belegt“ ist,³⁴ wird die datenschutzrechtliche Zulässigkeit einer hierauf gestützten SCHUFA-Meldung selten infrage gestellt. Weitaus häufiger entsteht allerdings Streit über den Erlaubnistatbestand des § 28a Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BDSG. Diese Zulässigkeitsvariante verlangt, dass der Betroffene nach Eintritt der Fälligkeit der Forderung mindestens zweimal schriftlich gemahnt worden ist (Buchst. a), zwischen der ersten Mahnung und der Übermittlung mindestens vier Wochen liegen (Buchst. b), die verantwortliche Stelle den Betroffenen rechtzeitig vor der Übermittlung der Angaben, jedoch frühestens bei der ersten Mahnung über die bevorstehende Übermittlung unterrichtet (Buchst. c) und der Betroffene die Forderung nicht bestritten hat (Buchst. d).

Mit § 28a Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BDSG wird „dem Gläubiger ein zusätzliches, außerprozessuales Druckmittel zur Forderungs-

durchsetzung an die Hand gegeben“,³⁵ welches nicht selten missbräuchlich verwendet wird. Die Missbrauchsgefahr zeigt sich vor allem vor dem Hintergrund, dass der nach Buchst. c erforderliche Hinweis in aller Regel mit der Mahnung nach Buchst. a verbunden wird und dem Betroffenen so Gelegenheit gegeben werden soll, die Forderung zu begleichen.³⁶ Die Empfänger derartiger Mahnungen sehen sich zumeist unter unangemessenen Druck gesetzt.³⁷ Der juristisch nicht vorgebildete Empfänger müsse davon ausgehen, lediglich zwei Handlungsalternativen zu haben: Entweder die – ggf. zu Unrecht erhobene – Forderung zu begleichen oder einen negativen SCHUFA-Eintrag hinzunehmen. Nach der Rechtsprechung darf mit einer SCHUFA-Meldung nur „gedroht“ werden, wenn der entsprechende Hinweis die gesetzlichen Voraussetzungen einer zulässigen Übermittlung zutreffend referenziert.³⁸ Maßgeblich für die Beurteilung der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit ist somit die konkrete Formulierung des Mahnschreibens. Eine Unterrichtung stellt sich als unsachliche „Drohung“ dar, sofern sie einen Bezug zwischen der bevorstehenden SCHUFA-Meldung und der Nichtbegleichung der Forderung herstellt, ohne – in verständlicher Weise –³⁹ auf die Möglichkeit zu verweisen, die „Einmeldung“ durch einfaches Bestreiten zumindest vorerst abwenden zu können.⁴⁰ Wird eine Datenübermittlung trotz bereits erfolgtem Bestreiten der Forderung dennoch angekündigt, kann dies ebenso als unsachliche „Drohung“ aufgefasst werden.⁴¹

27 OLG Saarbrücken, Urt. v. 02.11.2011 - 5 U 187-11/36 unter Verweis auf BGH, Urt. v. 17.12.1985 - VI ZR 244/84 sowie OLG Düsseldorf, Urt. v. 11.05.2005 - I-15 U 196/04.

28 Kamp in: BeckOK, Datenschutzrecht, § 28a BDSG Rn. 58, Stand: 01.02.2016; Mackenthun in: Taegler/Gabel, BDSG, 2. Aufl. 2013, § 28a Rn. 8.

29 Ressmann/Serr, NJOZ 2013, 481.

30 Kamlah in: Plath, BDSG/DSGVO, 2. Aufl. 2016, § 28a BDSG Rn. 21; Weichert in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, BDSG, 5. Aufl. 2016, § 28a Rn. 28.

31 Kamp in: BeckOK, Datenschutzrecht, § 28a BDSG Rn. 86, Stand: 01.02.2016.

32 Kamp in: BeckOK, Datenschutzrecht, § 28a BDSG Rn. 86, Stand: 01.02.2016.

33 Ressmann/Serr, NJOZ 2013, 481.

34 Gola/Klug/Körfer in: Gola/Schomerus, BDSG, 12. Aufl. 2015, § 28a Rn. 8.

35 Vgl. die Kritik des Bundesrates in: BR-Drs. 548/1/08, S. 9.

36 Kamlah in: Plath, BDSG/DSGVO, 2. Aufl. 2016, § 28a BDSG Rn. 32 m.w.N.

37 OLG Düsseldorf, Urt. v. 09.07.2013 - I-20 U 102/12 mit Anmerkung Abel, DSB 2013, 204; zu den möglichen strafrechtlichen Konsequenzen vgl. Ressmann/Serr, NJOZ 2013, 481, 483.

38 Kamlah in: Plath, BDSG/DSGVO, 2. Aufl. 2016, § 28a BDSG Rn. 32.

39 OLG Düsseldorf, Urt. v. 09.07.2013 - I-20 U 102/12.

40 BGH, Urt. v. 19.03.2015 - I ZR 157/13 mit Anmerkung Vahle, DSB 2015, 270.

41 OLG Celle, Urt. v. 19.12.2013 - 13 U 64/13; LG Darmstadt, Urt. v. 16.10.2014 - 27 O 133/14.

Eine Übermittlung hat darüber hinaus zu unterbleiben, wenn der Übermittler rein tatsächlich nicht in der Lage ist, die Forderung zu melden, z.B. weil er gar nicht zu den Vertragspartnern der SCHUFA gehört (siehe hierzu B.I.). Umstritten ist indes, ob ein Inkassounternehmen eine „Einmeldung“ veranlassen darf, obwohl das Inkassounternehmen nicht selbst Forderungsinhaber ist.⁴² Nach vorzugswürdiger Ansicht müsse das Inkassounternehmen, um zur „Einmeldung“ fremder Forderungen berechtigt zu sein, einen Nachweis erbringen, wonach es sowohl zur Geltendmachung der Forderung als auch zur Datenübermittlung ermächtigt sei.⁴³ Alternativ könne es sich die Forderung abtreten lassen und sie infolgedessen im eigenen Namen geltend machen.⁴⁴

2. Rechtslage unter Geltung der DSGVO

Die DSGVO ersetzt ab dem 25.05.2018 in weiten Teilen das BDSG.⁴⁵ § 28a Abs. 1 Satz 1 BDSG gilt nicht fort.⁴⁶ Die Rechtmäßigkeit einer Datenverarbeitung ist fortan nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 DSGVO zu beurteilen, der verschiedene Erlaubnistatbestände abschließend und erschöpfend aufzählt.⁴⁷ Sofern nicht schon eine Einwilligung des Betroffenen i.S.d. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. a DSGVO vorliegt, kommt für die Übermittlung bonitätsrelevanter Daten an die SCHUFA nur der Tatbestand nach Buchst. f in Betracht.⁴⁸ Gem. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. f DSGVO muss die Datenübermittlung „berechtigten Interessen“ des Verantwortlichen oder eines Dritten dienen, sie muss erforderlich sein und die berechtigten Interessen des Betroffenen dürfen nicht „überwiegen“.⁴⁹

a. Wahrnehmung eines berechtigten Interesses

Dem Begriff des „berechtigten Interesses“ liegt ein weites Verständnis zugrunde.⁵⁰ Anhaltspunkte für die Konkretisierung dieses Merkmals liefert der Erwägungsgrund 47. Dort hat der Verordnungsgeber die Betrugsprävention, wozu auch die Tätigkeit von Auskunftsteilen wie der SCHUFA gehört, als berechtigtes Interesse anerkannt.⁵¹ Für die Tätigkeit der SCHUFA ist ein funktionierendes Kreditinformationssystem essenziell. Aus diesem Grund erfolgt auch die Übermittlung von Bonitätsdaten an die SCHUFA in Wahrnehmung eines berechtigten Interesses.⁵²

b. Erforderlichkeit

Die Datenverarbeitung muss zum Schutz des berechtigten Interesses erforderlich sein.⁵³ Erforderlichkeit liegt mit Blick auf Erwägungsgrund 39 vor, sofern kein milderes, wirtschaftlich gleich effizientes Mittel zur Verfügung steht, den entsprechenden Zweck zu verwirklichen.⁵⁴ In Anbetracht der weit auszulegenden berechtigten Interessen vermag das Kriterium der Erforderlichkeit keine einschränkende Wirkung zu entfalten.⁵⁵ Eine SCHUFA-Meldung wird somit in aller Regel erforderlich sein, um dem berechtigten Interesse an Betrugsprävention zu genügen.

c. Interessenabwägung

Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. f DSGVO sieht im Unterschied zu § 28a Abs. 1 Satz 1 BDSG eine allgemeine Interessenabwägungsklausel vor, die zwar einerseits mehr Flexibilität zulässt,⁵⁶ andererseits aber recht konturlos wirkt.⁵⁷ Hierbei handelt es sich jedoch um kein Novum. Vor Einführung des § 28a BDSG durch das „Gesetz zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes“⁵⁸ ergab sich die Zulässigkeit der Datenübermittlung ebenfalls aus einer Abwägung der berechtigten Interessen der verantwortlichen Stelle, des Dritten bzw. der Allgemeinheit mit den schutzwürdigen Interessen des Betroffenen in jedem Einzelfall.⁵⁹ Die hierzu ergangene Rechtsprechung und die hierbei gefundenen Ergebnisse können insoweit bei der Auslegung des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. f DSGVO entsprechend herangezogen werden.⁶⁰ Als eine weitere Auslegungshilfe können die bewährten Fallgruppen des § 28a Abs. 1 Satz 1 BDSG dienen. Nach Buchner/Petri sehe der bisherige § 28a BDSG nämlich nichts anderes als eine Interessenabwägung vor, wobei mittels der im Einzelnen normierten Negativmerkmale konkret vorgegeben sei, in welchen Konstellationen keine überwiegenden schutzwürdigen Interessen der betroffenen Person anzunehmen seien.⁶¹

42 Zum Streitstand Tintemann/Möbus/Wiest, VuR 2015, 377, 378 f.

43 Tintemann/Möbus/Wiest, VuR 2015, 377, 380.

44 Tintemann/Möbus/Wiest, VuR 2015, 377, 380.

45 Schantz, NJW 2016, 1841.

46 Vgl. Buchner/Petri in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017, Art. 6 Rn. 161.

47 Albers in: BeckOK, Datenschutzrecht, Art. 6 DSGVO Rn. 15, Stand: 01.11.2017; Buchner/Petri in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017, Art. 6 Rn. 1.

48 So auch Buchner/Petri in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017, Art. 6 Rn. 162; Plath in: Plath, BDSG/DSGVO, 2. Aufl. 2016, Art. 6 DSGVO Rn. 18.

49 Frenzel in: Paal/Pauly, DS-GVO, 2017, Art. 6 Rn. 27; Plath in: Plath, BDSG/DSGVO, 2. Aufl. 2016, Art. 6 DSGVO Rn. 17.

50 Frenzel in: Paal/Pauly, DS-GVO, 2017, Art. 6 Rn. 28; Reimer in: Sydow, Europäische DSGVO, 2017, Art. 6 Rn. 54.

51 Plath in: Plath, BDSG/DSGVO, 2. Aufl. 2016, Art. 6 DSGVO Rn. 21.

52 Ähnlich Plath in: Plath, BDSG/DSGVO, 2. Aufl. 2016, § 28 BDSG Rn. 36.

53 Reimer in: Sydow, Europäische DSGVO, 2017, Art. 6 Rn. 58.

54 Plath in: Plath, BDSG/DSGVO, 2. Aufl. 2016, Art. 6 DSGVO Rn. 23.

55 In diese Richtung wohl Albers in: BeckOK, Datenschutzrecht, Art. 6 DSGVO Rn. 50, Stand: 01.11.2017; Reimer in: Sydow, Europäische DSGVO, 2017, Art. 6 Rn. 58.

56 Buchner/Petri in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017, Art. 6 Rn. 141.

57 Buchner/Petri in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017, Art. 6 Rn. 142; Roßnagel/Nebel/Richter, ZD 2015, 455, 457.

58 Gesetz vom 29.07.2009, BGBl. I 2009, 2254.

59 Kamp in: BeckOK, Datenschutzrecht, § 28a BDSG Rn. 6, Stand: 01.02.2016, unter Verweis auf BGH, Urt. v. 07.07.1983 - III ZR 159/82.

60 Etwa BGH, Urt. v. 07.07.1983 - III ZR 159/82; OLG Saarbrücken, Beschl. v. 06.10.2005 - 8 UH 323/05.

61 Buchner/Petri in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017, Art. 6 Rn. 162.

III. Zwischenfazit

Die SCHUFA übernimmt als führende deutsche Wirtschaftsauskunftei eine wichtige Funktion auf dem Gebiet der Kreditgeschäfte zur Finanzierung von Konsum- und Gebrauchsgütern.⁶² Der Erfolg der SCHUFA hängt maßgeblich von der Aktualität und Richtigkeit ihres Datenbestandes ab.⁶³ Wesentlichen Anteil hieran haben die Übermittler bonitätsrelevanter Informationen. Um an dem Melde- und Auskunftssystem der SCHUFA partizipieren zu können, müssen Unternehmen durch einen Vertrag angeschlossen sein („Anschlussvertrag“).⁶⁴ Das Tätigwerden der SCHUFA und ihrer Vertragspartner findet in einem datenschutzrechtlich besonders sensiblen Bereich statt,⁶⁵ weshalb sich alle Beteiligten penibel an die oben skizzierten Vorgaben halten sollten, um sich nicht den unter C. aufgezeigten zivilrechtlichen Konsequenzen ausgesetzt zu sehen.

C. Mögliche Ansprüche des Betroffenen gegen den Übermittler

Ein Verstoß gegen die unter B.II. dargestellten Meldevoraussetzungen kann verschiedene Ansprüche des Betroffenen gegen die übermittelnde Stelle begründen. Zu beachten ist, dass die §§ 33 bis 35 BDSG und (wohl auch) die Art. 16 bis 21 DSGVO lediglich Ansprüche gegen die SCHUFA selbst vermitteln können.⁶⁶ Für die folgende Betrachtung bleiben diese deshalb außer Acht.

I. Unterlassung/Widerruf

Eine datenschutzrechtlich unzulässige Datenübermittlung stellt sich als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) dar, das als „sonstiges Recht“ i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB negatorischen Schutz nach den allgemeinen Vorschriften genießt.⁶⁷ Zugleich ist hierin eine Schutzgesetzverletzung zu erblicken, da die einschlägigen datenschutzrechtlichen Normen Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB sind.⁶⁸ Der Betroffene kann insoweit in entsprechender Anwendung des § 1004 BGB die Unterlassung zukünftiger und den Widerruf fortwirkender rechtswidriger Beeinträchtigungen verlangen.⁶⁹ Ein Unterlassungsanspruch besteht allerdings nur, wenn eine Wiederholungs- oder zumindest eine Erstbegehungsgefahr besteht.⁷⁰ Die vorangegangene rechtswidrige Beeinträchtigung begründet i.d.R. eine tatsächliche Vermutung für die Wiederholungsgefahr.⁷¹ Eine Erstbegehungsgefahr kann indes bejaht werden, wenn der Gläubiger die SCHUFA-Mitteilung ernstlich angedroht hat und der Schuldner davon ausgehen muss, dass die rechtswidrige Datenübermittlung unmittelbar bevorsteht.⁷² Der Widerrufsanspruch setzt hingegen das Fortwirken der Beeinträchtigung voraus.⁷³ Die Beeinträchtigung besteht üblicherweise so lange fort, wie die personenbezogenen Daten des Betroffenen noch nicht aus dem SCHUFA-Kreditinformationssystem entfernt worden sind.⁷⁴

II. Schadensersatz

Durch einen negativen SCHUFA-Eintrag kann der Betroffene materielle Vermögenseinbußen erleiden. Der Negativeintrag hat nicht selten zur Folge, dass ein günstiger Kredit versagt oder ein bestehender Kreditvertrag gekündigt wird.⁷⁵ Es stellt sich dann die Frage, inwieweit der Betroffene den Ausgleich solcher oder ähnlicher Schäden i.S.d. §§ 249 ff. BGB verlangen kann.

Eine Schadensersatzpflicht kann sich aus dem Umstand ergeben, dass der Übermittler mit einer unberechtigten SCHUFA-Meldung gegen seine Pflicht, auf die Vermögensinteressen des Vertragspartners Rücksicht zu nehmen, gem. § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB verstoßen hat.⁷⁶ Diese Pflichtverletzung hat der Übermittler grds. zu vertreten (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB), es sei denn, ihm gelingt ein Entlastungsbeweis.

Aber auch das Deliktsrecht hält Schadensersatzansprüche bereit. Bei entsprechendem Verschuldensnachweis ergibt sich eine Haftung gem. § 823 Abs. 1 BGB wegen einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts oder gem. § 823 Abs. 2 BGB wegen der Verletzung datenschutzrechtlicher Vorschriften. Schutz vor einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Beeinträchtigung der Kredit- und Geschäftswürdigkeit durch eine wahrheitswidrige Tatsachenbehauptung könnte zudem § 824 Abs. 1 BGB bieten.⁷⁷ Voraussetzung der deliktischen Haftung nach § 824 Abs. 1 BGB ist zunächst, dass der Gläubiger der SCHUFA „unwahre Tatsachen“ übermittelt. In der Rechtsprechung werden Tatsachen gemeinhin als Vorgänge oder Zustände der Vergangenheit oder Gegenwart definiert, die sinnlich wahrnehmbar in die Wirklichkeit getreten und einer Überprüfung auf ihre Richtigkeit mit Beweismitteln zu-

62 Beckhussen, Der Datenumgang innerhalb des Kreditinformationssystems der SCHUFA, 2004, S. 19.

63 So die Einschätzung der SCHUFA, online abrufbar unter www.schufa.de/de/ueber-uns/unternehmen/so-funktioniert-schufa/ (zuletzt abgerufen am 28.03.2018).

64 Kloepfer/Kutzschbach, MMR 1998, 650, 651.

65 Kloepfer/Kutzschbach, MMR 1998, 650.

66 Vgl. Beckhussen, Der Datenumgang innerhalb des Kreditinformationssystems der SCHUFA, 2004, S. 319 m.w.N.

67 BGH, Urt. v. 07.07.1983 - III ZR 159/82.

68 LG Karlsruhe, Urt. v. 16.10.2014 - 7 O 227/14.

69 Beckhussen, Der Datenumgang innerhalb des Kreditinformationssystems der SCHUFA, 2004, S. 326 m.w.N.

70 Herrler in: Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, § 1004 Rn. 32.

71 BGH, Urt. v. 21.09.2012 - V ZR 230/11; Herrler in: Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, § 1004 Rn. 32.

72 OLG Celle, Urt. v. 19.12.2013 - 13 U 64/13.

73 BGH, Urt. v. 18.01.1952 - I ZR 87/51.

74 BGH, Urt. v. 07.07.1983 - III ZR 159/82.

75 Kamlah/Hoke, RDV 2007, 242.

76 AG Halle (Saale), Urt. v. 28.02.2013 - 93 C 3289/12.

77 Wagner in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2017, § 824 Rn. 3.

gänglich sind.⁷⁸ Maßgeblich für die Einordnung einer Mitteilung als Tatsachenbehauptung ist, wie sich deren Aussageinhalt aus der Perspektive eines objektiv verständigen Empfängers beurteilt.⁷⁹ Eine Negativmeldung an die SCHUFA lässt Rückschlüsse auf die Zahlungsfähigkeit oder Zahlungswilligkeit des Betroffenen zu. Dieser Umstand ist beweisbar und zeigt zumindest einen Tatsachekern auf.⁸⁰ Eine SCHUFA-Eintragung stellt sich also als „unwahr“ dar, sofern der Aussagekern – die Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungsunwilligkeit des Betroffenen – nicht der Realität entspricht. Eine derartige Datenübermittlung ist objektiv geeignet, den Kredit des Betroffenen zu gefährden oder sonstige Nachteile für dessen Erwerb und Fortkommen herbeizuführen.⁸¹ An das Verschulden sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Ausreichend ist fahrlässige Unkenntnis der mitgeteilten Tatsachen.⁸² Zu beachten ist der spezielle Rechtfertigungsgrund des § 824 Abs. 2 BGB, wonach der Übermittler nicht zum Schadensersatz verpflichtet wird, wenn er die Unwahrheit der Mitteilung nicht kannte und er selbst oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse hatte. Dass die Unkenntnis auf (grober) Fahrlässigkeit beruht, steht der Anwendung des § 824 Abs. 2 BGB nicht entgegen.⁸³ Wichtig ist, dass das hiesige Merkmal des „berechtigten Interesses“ keinen anderen Wertungen unterliegt als das berechnete Interesse i.S.d. § 28a Abs. 1 Satz 1 BDSG oder Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 DSGVO (siehe oben unter B.II.1.c) und B.II.2.a).⁸⁴ Die Durchsetzung des Anspruchs gem. § 824 Abs. 1 BGB gestaltet sich in der prozessualen Praxis als schwierig, denn der Betroffene trägt die Beweislast aller Voraussetzungen des Abs. 1.⁸⁵ So muss er u.a. das Verschulden darlegen und beweisen, während der Übermittler recht einfach darlegen und beweisen kann, ein berechtigtes Interesse gem. § 824 Abs. 2 BGB zu verfolgen.⁸⁶

Der außerdem in Betracht kommende Anspruch nach § 7 BDSG kann wegen seines begrenzten Anwendungsbereichs in der Praxis⁸⁷ und angesichts der Novellierung des Datenschutzrechts hier außen vor bleiben.

D. Schlussbetrachtung

§ 28a Abs. 1 Satz 1 BDSG bzw. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 DSGVO geben vor, wann Bonitätsdaten an die SCHUFA gemeldet werden dürfen bzw. unter welchen Voraussetzungen die „Drohung“ mit einem SCHUFA-Eintrag gestattet ist, um den Schuldner doch noch zu einer Leistung zu bewegen. Werden die in diesem Beitrag skizzierten datenschutzrechtlichen Vorgaben nicht eingehalten, stehen dem Betroffenen mehrere zivilrechtliche Ansprüche gegen den Übermittler zur Verfügung. Der Streit um die Rechtmäßigkeit einer Datenübermittlung spielt jedoch nicht nur im Zivilrecht eine Rolle, sondern kann sich auch bei der Frage einer möglichen Strafbarkeit auswirken.⁸⁸ „Einmeldende“ Inkassounternehmen sollten schon deshalb auf eine

Konformität ihrer Geschäftspraktiken mit datenschutzrechtlichen Bestimmungen achten, um sich nicht dem Vorwurf gewerblicher Unzuverlässigkeit ausgesetzt zu sehen.⁸⁹ Wie Vahle in einer Anmerkung zu dem Urteil des BGH vom 19.03.2015 (I ZR 157/13) hervorhebt, bildet das Datenschutzrecht hier „die Richtschnur für die Abgrenzung zwischen zulässigen und unzulässigen Wettbewerbshandlungen, bei denen personenbezogene Daten verwendet werden [sollen]“.⁹⁰

78 BGH, Urt. v. 16.12.2014 - VI ZR 39/14; BGH, Urt. 26.10.1951 - I ZR 8/51; Wagner in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2017, § 824 Rn. 15.

79 Wagner in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2017, § 824 Rn. 10 ff.

80 In der Rechtsprechung werden SCHUFA-Meldungen meist ohne Begründung als Tatsachenbehauptung eingeordnet, siehe BGH, Urt. v. 17.12.1985 - VI ZR 244/84; OLG Frankfurt/M., Urt. v. 06.01.1988 - 17 U 35/87 und 203/87.

81 Staudinger in: HK, BGB, 9. Aufl. 2016, § 824 Rn. 7.

82 Staudinger in: HK, BGB, 9. Aufl. 2016, § 824 Rn. 14; Teichmann in: Jauernig, BGB, 16. Aufl. 2015, § 824 Rn. 10.

83 Staudinger in: HK, BGB, 9. Aufl. 2016, § 824 Rn. 11 m.w.N.

84 Beckhusen, Der Datenumgang innerhalb des Kreditinformationssystems der SCHUFA, 2004, S. 328 m.w.N.

85 Staudinger in: HK, BGB, 9. Aufl. 2016, § 824 Rn. 16.

86 Staudinger in: HK, BGB, 9. Aufl. 2016, § 824 Rn. 16.

87 Quaas in: BeckOK, Datenschutzrecht, § 7 BDSG Rn. 3, Stand: 01.08.2017.

88 Vgl. hierzu Rössmann/Serr, NJOZ 2013, 481, 485.

89 Rössmann/Serr, NJOZ 2013, 481, 484.

90 Vahle, DSB 2015, 270, 271.

Immer Ärger mit dem Nachbarn BGH, Urt. v. 27.10.2017 - V ZR 8/17

Prof. Dr. Markus Würdinger

A. Problemstellung

„Es kann der Frömmste nicht in Frieden bleiben, wenn es dem bösen Nachbarn nicht gefällt.“¹ Diese Worte aus Friedrich Schillers Drama „Wilhelm Tell“ gehören mittlerweile zu den geflügelten Worten des Nachbarrechts. Zu den „Klassikern“, die immer wieder den Zündstoff für Nachbarstreitigkeiten enthalten,² zählen nicht eingehaltene Grenzabstände und Beeinträchtigungen durch das Abfallen von Laub, Nadeln, Blüten und Zapfen. In erster Linie geht es in juristischen Auseinandersetzungen um die Störungsabwehr, vor allem

1 Schiller, Wilhelm Tell, 1804, 4. Akt, 3. Szene. Das Wort „bleiben“ wird üblicherweise abgewandelt in „leben“. Siehe dazu Würdinger, NJW 2009, 732, 733.

2 Lemke, ZAP 2016, Fach 7, 455 („Bäume auf Nachbargrundstücken – Zündstoff für Ärger“). Siehe ferner das Gedicht von Friedrich Rückert: „Erst nach dem Nachbar schaue, // Sodann das Haus dir baue! // Wenn der Nachbar ist ein Schuft, // So baust du dir eine Totengruft“.

um die Beseitigung oder das Zurückschneiden der grenzabstandsverletzenden Bäume. Erst hilfsweise und gleichsam auf der Sekundärebene sind (verschuldensunabhängige) Entschädigungsansprüche bei Beeinträchtigungen, die der Nachbar aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen hinzunehmen hat, von Relevanz.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

So verhielt es sich auch im vorliegenden Fall, der folgende Besonderheit aufwies: Die Ausschlussfristen des Landesnachbarrechts waren bereits abgelaufen, sodass der „gestörte“ Nachbar aus rechtlichen Gründen keine Abwehrmöglichkeit nach § 1004 BGB bzw. § 862 BGB hatte. Er musste vielmehr das „Höhenwachstum der Bäume dulden“.³ Der Kläger machte erhöhte Reinigungskosten infolge des Laubfalls geltend und rekurrierte zudem auf eine Moosbildung, die durch die Verschattung entstand. Auch vor diesem Hintergrund seien erhöhte Reinigungskosten angefallen; mit Blick auf den Schattenwurf der Bäume und den Entzug von Licht seien ihm auch Mehraufwendungen für den Ankauf von Obst und Gemüse entstanden.

Nach der Systematik des § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB bezieht sich die Vorschrift auf Satz 1. Danach steht dem „gestörten“ Eigentümer ein verschuldensunabhängiger Geldanspruch zu, wenn eine wesentliche Beeinträchtigung durch eine ortsübliche Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt wird und nicht durch Maßnahmen verhindert werden kann, die Benutzern dieser Art wirtschaftlich zumutbar sind. Das Gesetz spricht in der Überschrift von einer „Zuführung unwägbarer Stoffe“ und listet Beispiele für derartige Feinimmissionen (Imponderabilien) auf. Die Beeinträchtigung ist dabei rechtmäßig, sodass der Eigentümer die Zuführung solcher Stoffe nicht verbieten kann. Als Kompensation für den verlustig gegangenen Abwehranspruch nach § 1004 BGB bzw. § 862 BGB erhält der betroffene Nachbar den Ausgleichsanspruch des § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB. Dieser Rechtsfortsetzungszusammenhang gilt nach ständiger Rechtsprechung – in analoger Anwendung des § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB – auch dann, „wenn von einem Grundstück im Rahmen privatwirtschaftlicher Benutzung rechtswidrige Einwirkungen auf ein anderes Grundstück ausgehen, die der Eigentümer oder Besitzer des betroffenen Grundstücks nicht dulden, aus besonderen Gründen jedoch nicht gemäß § 1004 Abs. 1 BGB bzw. § 862 BGB unterbinden kann, sofern er hierdurch Nachteile erleidet, die das zumutbare Maß einer entschädigungslos hinzunehmenden Beeinträchtigung übersteigen“.⁴ Der V. Zivilsenat bestätigt diese ständige Rechtsprechung und arbeitet zwei zentrale Erkenntnisse heraus, die auf dem Boden der bisherigen Rechtsprechung stehen:

- Erstens: Beim Abfallen von Laub, Nadeln, Blüten und Zapfen von Sträuchern und Bäumen handelt es sich um „ähnliche Einwirkungen“ i.S.d. § 906 Abs. 1 Satz 1 BGB.⁵ Ein nach-

barrechtlicher Ausgleichsanspruch nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB analog kommt daher nach dem BGH in den Fallgestaltungen des Laubabwurfs infrage. Anders verhalte es sich bei der Thematik der Verschattung (Entzug von Luft und Licht) durch Anpflanzungen auf dem Nachbargrundstück. Diese negativen Einwirkungen (Immissionen) seien keine Einwirkungen i.S.d. § 906 Abs. 1 BGB.⁶ Der Eigentümer habe negative Einwirkungen auch unter Berücksichtigung der Pflichten aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis grds. hinzunehmen, sodass folgerichtig auch ein darauf gestützter nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch gem. § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB analog ausscheide.

- Zweitens: Der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch steht auch dem Nachbarn zu, „der von dem Eigentümer von Bäumen, die den landesrechtlich vorgeschriebenen Grenzabstand nicht einhalten, deren Beseitigung oder Zurückschneiden nicht mehr verlangen kann“, weil die dafür im maßgebenden Landesnachbarrecht vorgesehene Ausschlussfrist abgelaufen ist.⁷ Wer durch Laubabfall von Bäumen des Nachbarn, die den Grenzabstand einhalten, wesentlich beeinträchtigt wird, könne unter Umständen einen Ausgleich in Geld verlangen, obwohl er keinen Anspruch auf Beseitigung der Bäume hat. Warum dies bei Einwirkungen von Bäumen, die den Grenzabstand verletzen, anders sein soll, erschließe sich nicht.⁸

C. Kontext der Entscheidung

Immer wieder ist die Reichweite des sog. nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruchs⁹ oder bürgerlich-rechtlichen Aufopferungsanspruchs¹⁰ Gegenstand höchstrichterlicher Judikate. Neben der Verschuldens- und Gefährdungshaftung bildet die

3 BGH, Urt. v. 27.10.2017 - V ZR 8/17 Rn. 11.

4 BGH, Urt. v. 27.10.2017 - V ZR 8/17 Rn. 10 mit Rekurs auf BGH, Urt. v. 18.12.2015 - V ZR 55/15 Rn. 20 m.w.N.; BGH, Urt. v. 14.11.2003 - V ZR 102/03. Ausführlich Vieweg/Regenfus in: jurisPK, BGB, 8. Aufl. 2017, § 906 Rn. 118 ff.

5 BGH, Urt. v. 27.10.2017 - V ZR 8/17 Rn. 14 mit Rekurs auf BGH, Urt. v. 14.11.2003 - V ZR 102/03.

6 BGH, Urt. v. 27.10.2017 - V ZR 8/17 Rn. 14 mit Rekurs auf BGH, Urt. v. 10.07.2015 - V ZR 229/14 Rn. 15 m.w.N.; Vieweg/Regenfus in: jurisPK, BGB, 8. Aufl. 2017, § 906 Rn. 36 ff.; Fritzsche in: BeckOK, BGB, 44. Edition, § 906 Rn. 31a, Stand: 01.11.2017.

7 BGH, Urt. v. 27.10.2017 - V ZR 8/17 Rn. 11; Bestätigung von BGH, Urt. v. 14.11.2003 - V ZR 102/03.

8 BGH, Urt. v. 27.10.2017 - V ZR 8/17 Rn. 12.

9 BGH, Urt. v. 27.10.2017 - V ZR 8/17 Rn. 10; Vieweg/Regenfus in: jurisPK, BGB, 8. Aufl. 2017, § 906 Rn. 118; Brückner in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2017, § 906 Rn. 179 m.w.N.

10 H. Roth in: Staudinger, BGB, 2016, § 906 Rn. 66; ausführlich Maultzsch, Zivilrechtliche Aufopferungsansprüche und faktische Duldungszwänge, 2006; Ringshandl, Der bürgerlich-rechtliche Aufopferungsanspruch, 2009.

verschuldensunabhängige Störerhaftung¹¹ eine weitere Säule im Anspruchssystem des Nachbarrechts.¹² Ihr kommt in praxi eine überragende Bedeutung zu.¹³ Der BGH bringt mit der vorliegenden Entscheidung Klarheit für den nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch in den „Laubabwurf- und Verschattungsfällen“. Nur die erste Kategorie fällt unter § 906 Abs. 1 BGB („ähnliche Einwirkungen“) und kann daher Ausgleichsansprüche nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB (analog) auslösen. Keine Unterscheidung trifft der BGH für grenzabstandsverletzende Bäume, bei denen der vorrangige Abwehranspruch nur deswegen scheitert, weil die hierfür zu beachtenden Ausschlussfristen des Landesnachbarrechts abgelaufen sind.

D. Auswirkungen für die Praxis

Zu warnen ist vor einem vorschnellen Automatismus, wonach der beeinträchtigte Nachbar stets in den „Laubabwurfällen“ einen Entschädigungsanspruch fruchtbar machen kann und auch tatsächlich entschädigt wird. Es müssen die Voraussetzungen des § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB analog in toto (in Tatbestand und Rechtsfolge) eingreifen. Der BGH verweist auf die Beachtung des Naturschutzrechts¹⁴ und auf Duldungspflichten im Interesse der Allgemeinheit, die gleichsam auf den nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch „durchschlagen“. So hat der BGH im „Ingolstädter Froschteichfall“¹⁵ den Anspruch für ausgeschlossen gehalten, falls das Naturschutzrecht dem Störer verbietet, die Einwirkung auf das Grundstück des Gestörten zu unterlassen oder abzustellen.¹⁶ Von einer vergleichbaren Konstellation ist im vorliegenden Fall auszugehen, wenn die Gemeinde eine Genehmigung, die für eine Fällung der Bäume erforderlich ist, nicht erteilt hat.

Entscheidend ist ferner, dass es sich bei dem Laubabwurf um eine wesentliche Beeinträchtigung handelt und der Nachbar dadurch Nachteile erleidet, die das zumutbare Maß einer entschädigungslos hinzunehmenden Beeinträchtigung übersteigen. Dies ist eine Frage des Einzelfalls. In casu muss dies vom Berufungsgericht noch festgestellt werden. Gewiss fallen nicht unerhebliche Kosten für eine verstärkte Reinigung der Dachrinnen und Abläufe am Haus darunter.¹⁷ Gerade diesen zusätzlichen Aufwand muss der Kläger aber substantiiert vorgetragen; ggf. bedarf es einer Beweisaufnahme und der Einholung eines Sachverständigengutachtens. Keinesfalls können die ohnehin entstandenen Kosten auf den Nachbar abgewälzt werden. Nicht unerheblich ist auch, welche und wie viele Laubbäume in der Nähe bereits existieren.¹⁸ Damit wird deutlich: So klar der dogmatische Rahmen des BGH gezimmert ist, so schwierig und streitanfällig kann das Bild im konkreten Einzelfall bleiben.

E. Bewertung

Die richterliche Rechtsfortbildung und Ausdehnung des verschuldensunabhängigen nachbarrechtlichen Ausgleichsan-

spruchs hin zu einer grundstücksbezogenen Gefährdungshaftung ist nicht unproblematisch.¹⁹ Zustimmung verdient daher die Unterscheidung und Abgrenzung zu negativen Immissionen (Entzug von Licht und Luft), die nicht in den Anwendungsbereich des § 906 Abs. 1 BGB (in direkter wie in analoger Anwendung) fallen. Der Umfang des nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruchs erfährt so eine Begrenzung, die im vorliegenden Fall auch augenfällig Sinn ergibt. Der Grundsatz des „dulde und liquidiere“ wird durch die Entscheidung allerdings weiter zurückgedrängt. Das ist kritikwürdig. Warum der BGH diesen Aspekt nicht hinreichend erläutert,²⁰ bleibt unverständlich.

11 Wenzel, NJW 2005, 241; Rachlitz/Ringshandl, JuS 2011, 970, 971 („Aufopferungshaftung“).

12 Instrukтив Neuner, JuS 2005, 385 und 487.

13 Vieweg/Regenfus in: jurisPK, BGB, 8. Aufl. 2017, § 906 Rn. 18; Brückner in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2017, § 906 Rn. 195.

14 BGH, Ur. v. 27.10.2017 - V ZR 8/17 Rn. 21.

15 BGH, Ur. v. 20.11.1992 - V ZR 82/91; dazu Hensen, ZIP 1993, 163 („Die Frösche von Ingolstadt“).

16 BGH, Ur. v. 27.10.2017 - V ZR 8/17 Rn. 21.

17 BGH, Ur. v. 14.11.2003 - V ZR 102/03.

18 BGH, Ur. v. 27.10.2017 - V ZR 8/17 Rn. 20.

19 Statt vieler H. Roth in: Staudinger, BGB, 2016, § 906 Rn. 69; H. Roth, JZ 2004, 918 („Büchse der Pandora“); Martinek, jM 2014, 358 („mehrfacher Rittberger des BGH“); Würdinger, JZ 2014, 690 m.w.N. und Rekurs auf Goethes „Zauberlehrling“: „Die Gesamtentwicklung zeigt: Der BGH ist nicht nur Interpret des Gesetzes, sondern Architekt eines neuen Haftungssystems.“

20 In diesem Sinne bereits kritisch zu BGH, Ur. v. 14.11.2003 - V ZR 102/03: H. Roth, LMK 2004, 64, 65; Herrler in: Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, § 906 Rn. 37b.

Gewährleistungsausschluss für öffentliche Äußerungen des Verkäufers

BGH, Ur. v. 27.09.2017 - VIII ZR 271/16

Prof. Dr. Michael Jaensch

A. Problemstellung

Im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit ist es den Parteien eines Kaufvertrages unbenommen, die Mängelhaftung des Verkäufers auszuschließen oder zu beschränken. Erfolgt der Ausschluss in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, enthalten § 309 Nr. 8 Buchst. b) und Nr. 7 sowie § 307 Abs. 1 BGB zahlreiche Klippen, die es zu umschiffen gilt.¹ Insbesondere aber setzen das Gesetz durch §§ 444, 476² BGB als auch die Rechtsprechung einer Vereinbarung zum Haftungsausschluss

1 Siehe hierzu Jaensch, jM 2015, 323.

2 Mit Wirkung zum 01.01.2018 wurde § 475 BGB zu § 476 BGB.

Grenzen. Gem. § 444 BGB kann sich ein Verkäufer nicht auf die Ausschlussvereinbarung berufen, sofern er den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Beschaffenheitsgarantie übernommen hat. Zudem legt der BGH Vereinbarungen über einen Gewährleistungsausschluss regelmäßig einschränkend dahin aus, dass sie Beschaffenheitsvereinbarungen nicht erfassen. Somit kann die Haftung nicht für Mängel ausgeschlossen werden, die auf § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB beruhen.³ Infolgedessen kommt der Frage, ob eine Beschaffenheitsvereinbarung vorliegt – und sei es nur implizit –, für die Beurteilung eines Gewährleistungsausschlusses entscheidende Bedeutung zu. Schließlich sind bei einem Verbrauchsgüterkauf die Rechte des Käufers auf Nacherfüllung, Rücktritt und Minderung nach § 437 Nr. 1 und 2 BGB wegen mangelhafter Lieferung vor Mitteilung des Mangels durch den Käufer wegen § 476 BGB nicht abdingbar. Daher könnte einem Gewährleistungsausschluss entgegenstehen, dass der Verkäufer als Unternehmer i.S.v. § 14 BGB aufgetreten ist.

In der vorliegenden Entscheidung geht der BGH der Frage nach, ob nicht nur Beschaffenheitsvereinbarungen (§ 434 Abs. 1 Satz 1 BGB), sondern auch Mängel, die auf eine öffentliche Äußerung des Verkäufers zurückgehen (§ 434 Abs. 1 Satz 3 BGB), von einem Gewährleistungsausschluss auszunehmen sind. Zudem konkretisiert er die Eigenschaft des Verkäufers als Unternehmer.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der beklagte Verkäufer, der zeitgleich noch zwei weitere Kraftfahrzeuge von Familienmitgliedern zum Verkauf anbot, pries in einer Internetanzeige seinen gebrauchten Pkw Opel Adam mit der Ausstattung Slam an. Tatsächlich wies das zum Verkauf stehende Kraftfahrzeug die geringere Ausstattung Jam aus. Die Ausstattung kam weder während der Besichtigung des Wagens noch im schriftlichen Vertrag zur Sprache. Der Pkw wurde schlicht als Opel Adam bezeichnet, für dessen Beschaffenheit der Beklagte die Gewährleistung ausschloss. Nach Übergabe des Kraftfahrzeugs stellte sich heraus, dass es sich bei dem Pkw um einen Opel Adam Jam handelte. Der Käufer erklärte die Minderung und forderte den Verkäufer erfolglos zur Zahlung auf. Die von ihm eingereichte Klage war in den Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben. Der BGH wies die Revision zurück. Einen Anspruch auf Rückzahlung des über den geminderten Kaufpreis hinaus gezahlten Betrags nach § 437 Nr. 2, § 441 Abs. 1, 3 und 4, § 346 Abs. 1 BGB verneint er.

I. Ein Mangel aufgrund § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB liege in Ermangelung einer Beschaffenheitsvereinbarung nicht vor. Diese könne nicht wie nach altem Recht im Zweifel, sondern nur in eindeutigen Fällen angenommen werden. Die Ausstattung des Pkw sei weder ausdrücklich noch konkludent vereinbart. Das Berufungsgericht hatte eine konkludente Beschaffen-

heitsvereinbarung ausgeschlossen, da der beklagte Verkäufer keine besondere Sachkunde für sich in Anspruch genommen hatte, die abweichende Ausstattung für einen Laien erkennbar war und der Kläger ohne Weiteres die ihm wichtige Ausstattung in den Vertrag hätte aufnehmen können.

II. Aufgrund öffentlicher Äußerung des Verkäufers liege zwar ein Mangel nach § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, Satz 3 BGB vor, da der Pkw entgegen der Internetanzeige die Ausstattung Jam aufweist. Die Haftung hierfür sei aber wirksam ausgeschlossen worden. Der Gerichtshof bekräftigt seine Auffassung, dass ein Haftungsausschluss dahin gehend auszulegen sei, dass er nicht das Fehlen einer vereinbarten Beschaffenheit nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB umfasst, da die Beschaffenheitsvereinbarung andernfalls weitgehend ohne Sinn und Wert sei. Diese Rechtsprechung lasse sich aber nicht auf öffentliche Äußerungen des Verkäufers nach § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB übertragen. Jene sei nicht mit einer Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 Abs. 1 Satz 1 BGB) gleichzusetzen, stattdessen zähle sie zur Beschaffenheit, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach Art der Sache erwarten kann (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB). Für diese haftet der Verkäufer kraft Gesetzes und nicht aufgrund vertraglicher Vereinbarung, sodass zwischen der Haftung und einem vertraglichen Haftungsausschluss kein Widerspruch entstehen könne, der im Wege der Auslegung aufzulösen wäre.

Auch könne der vereinbarte Haftungsausschluss nicht aus sonstigen Gründen dahin gehend eingeschränkt ausgelegt werden, dass er eine öffentliche Äußerung des Verkäufers nicht umfasse. Ein redlicher Käufer könne einen umfassenden Haftungsausschluss nur dahin gehend verstehen, dass dieser Vorrang vor früher abgegebenen öffentlichen Äußerungen des Verkäufers haben soll. Demnach seien durch den vertraglichen Ausschluss frühere Äußerungen inhaltlich überholt. Es gehe daher nicht um die Auslegung zweier gleichrangiger Vereinbarungen. Stattdessen bestehe ein Stufenverhältnis zwischen der gesetzlichen Haftung für öffentliche Äußerungen (§ 434 Abs. 1 Satz 3 BGB) und des vertraglichen Haftungsausschlusses. Es liege auch kein besonderes Schutzbedürfnis des Käufers für eine einschränkende Auslegung vor. Das Gesetz und die Rechtsprechung sehen zahlreiche Einschränkungen des Gewährleistungsausschlusses vor. Ein darüber hinausgehendes Schutzbedürfnis bestehe nicht, da der Käufer veranlassen kann, die öffentliche Äußerung des Verkäufers vertraglich festzuschreiben, um sie somit vom Haftungsausschluss auszunehmen.

Schließlich sei der Haftungsausschluss auch nicht aufgrund § 476 Abs. 1 BGB unzulässig, weil kein Verbrauchsgüterkauf vorliege, da der Verkäufer nicht als Unternehmer i.S.v. § 14 Abs. 1 BGB aufgetreten sei. Dies erfordere die Ausübung

³ BGH, Urt. v. 29.11.2006 - VIII ZR 92/06 Rn. 31.

einer gewerblichen Tätigkeit, was ein selbständiges und planmäßiges, auf Dauer angelegtes Anbieten entgeltlicher Leistungen voraussetzt, ohne dass eine Gewinnerzielungsabsicht erforderlich sei. In Anschluss an den EuGH sei die gewerbliche Zweckrichtung aufgrund des Verhaltens der Parteien bei Vertragsschluss objektiv zu bestimmen.⁴ Nicht ausschlaggebend sei, dass der Verkäufer insgesamt drei Fahrzeuge zum Verkauf anbot, sondern zu welchem Zweck diese Fahrzeuge bisher genutzt wurden und aus welchem Anlass sie verkauft werden. Somit sei der Verkauf privat genutzter Fahrzeuge regelmäßig kein Unternehmergeschäft.

C. Bewertung

I. Der BGH bekräftigt seine Rechtsprechung, durch einschränkende Auslegungen Beschaffensvereinbarungen von der Haftungsbeschränkung auszunehmen, um einen inneren Widerspruch zwischen den beiden vertraglichen Regelungen aufzulösen. Dabei unterstellt er, dass eine Beschaffensvereinbarung – anders als noch im alten Recht – den Willen voraussetzt, für die Beschaffenheit einzustehen, da die Vereinbarung aufgrund § 476 BGB nunmehr einen halbzwingenden Charakter aufweist.⁵ Sein Ergebnis überträgt der BGH auf sonstige Kaufverträge, die den §§ 474 ff. BGB nicht unterfallen. Seine Argumentation vermag bereits für Verbrauchsgüterkaufverträge nicht zu überzeugen. Denn § 476 BGB bindet den Verkäufer für alle Mängel nach § 434 BGB gleichermaßen, sei es kraft Vereinbarung oder kraft Gesetzes. Auf einen Einstandswillen kommt es nicht an. Dies gilt umso mehr für sonstige Kaufverträge. Im Gegensatz zur Zusicherung einer Eigenschaft im alten Recht setzt die Beschaffensvereinbarung keinen besonderen Willen des Verkäufers voraus, für das Fehlen der Beschaffenheit einzustehen.⁶ Ein solcher Einstandswille ist nur für die Übernahme einer Garantie erforderlich, wie sich § 444 BGB entnehmen lässt. Da es im Fall einer Beschaffensvereinbarung aufgrund des hierdurch zum Ausdruck gebrachten Einstandswillens widersprüchlich ist, die Haftung auszuschließen, löst § 444 BGB diesen Widerspruch dahin gehend aus, dass er die Garantie vom Haftungsausschluss ausnimmt. Bei einer bloßen Beschaffensvereinbarung liegt aufgrund des nicht erforderlichen Einstandswillens kein Widerspruch zum Haftungsausschluss vor, der im Wege der einschränkenden Auslegung aufzulösen wäre. Will der Käufer erreichen, dass der Verkäufer für das Beschaffen einsteht, darf er sich nicht auf einen Haftungsausschluss einlassen⁷ oder muss auf eine Beschaffensvereinbarung bestehen.

II. Es ist zu begrüßen, dass der BGH seine kritikwürdige einschränkende Auslegung des Haftungsausschlusses für Beschaffensvereinbarungen nicht auf öffentliche Äußerungen des Verkäufers überträgt und somit die für Grundstückskaufverträge ergangene Rechtsprechung⁸ fortsetzt. Zwar schließt er nicht aus, dass weitere Begleitumstände zur

einschränkenden Auslegung eines Haftungsausschlusses führen können, z.B. wenn der Käufer ohne Einwände des Verkäufers bestimmte Anforderungen als kaufentscheidend hervorgehoben hat. Dies wird aber i.d.R. zu einer (konkludenten) Beschaffensvereinbarung führen, sodass bereits aus diesem Grund – folgt man der Rechtsprechung – ein Haftungsausschluss nicht möglich wäre.

III. Da der BGH von Haftungsausschlüssen nur Beschaffensvereinbarungen ausnimmt, und diese auch konkludent getroffen werden können, ist deren Abgrenzung zu öffentlichen Äußerungen des Verkäufers insbesondere bei Beschreibung der Kaufsache im Internet von gesteigerter Bedeutung. Sofern diese Beschreibung später nicht explizit widerrufen oder vertraglich anders geregelt wurde, hatte das OLG Hamm eine konkludente Beschaffensvereinbarung angenommen.⁹ Dem tritt der BGH entgegen. Sofern die öffentliche Äußerung in den Vertragsverhandlungen nicht wieder aufgegriffen wurde und auch sonst keine weiteren Umstände hinzutreten, liegt keine konkludente Beschaffensvereinbarung vor.

IV. Im Hinblick auf den halbzwingenden Charakter der Gewährleistung durch § 476 BGB grenzt der BGH schließlich den Begriff des Unternehmers i.S.v. § 14 BGB vom Privatverkauf ab. Er bestimmt den Zweck der Veräußerung objektiv und berücksichtigt den Anlass des Verkaufs. Die Unternehmereigenschaft wie auch die Eigenschaft als Verbraucher stehen nicht zur Disposition der Parteien. Eine (objektiv unzutreffende) Vereinbarung, es liege ein Händlergeschäft vor, ist eine unzulässige Umgehung nach § 476 Abs. 1 Satz 2 BGB.¹⁰ Diesen objektiven Ansatz hat der BGH jüngst bestätigt.¹¹ Demnach handelt der Verkäufer dann nicht als Unternehmer, wenn er eine privat genutzte Sache zum Kauf anbietet. Die Beschränkungen von § 476 BGB für einen Haftungsausschluss greifen dann nicht.

D. Auswirkungen für die Praxis

In der Praxis halten Haftungsausschlüsse, die den §§ 444, 476 BGB sowie der einschränkenden Auslegung des BGH bei Beschaffensvereinbarungen genügen, der Inhaltskontrolle der § 309 Nr. 7 und 8, § 307 Abs. 1 BGB häufig

4 EuGH, Urt. v. 09.11.2016 - C-149/15 - „Wathelet gegen Garage Bietheres“ - Rn. 32, 34, 44 f.

5 BGH, Urt. v. 12.03.2008 - VIII ZR 253/05 Rn. 13.

6 Westermann in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2016, § 434 Rn. 16.

7 Emmert, NJW 2006, 1765, 1768; Gutzeit, NJW 2007, 1350, 1351.

8 BGH, Urt. v. 22.04.2016 - V ZR 23/15 Rn. 14 ff.

9 OLG Hamm, Urt. v. 21.07.2016 - I-28 U 2/16, 28 U 2/16 Rn. 48, 63; OLG Hamm, Urt. v. 24.09.2015 - I-28 U 144/14, 28 U 144/14 Rn. 62.

10 BGH, Urt. v. 19.07.2017 - VIII ZR 278/16 Rn. 17.

11 BGH, Urt. v. 18.10.2017 - VIII ZR 32/16 Rn. 31, 35.

nicht stand, sofern sie für eine Vielzahl von Fällen vorformuliert wurden. Im vorliegenden Urteil war der Haftungsausschluss hingegen individualvertraglich vereinbart wor-

den. Hätte der BGH die Vereinbarung als Allgemeine Geschäftsbedingung qualifiziert, wäre der umfassende Haftungsausschluss an § 309 Nr. 7 BGB gescheitert.

Arbeitsrecht

Die Darlegungs- und Beweislast für böswillig unterlassenen Zwischenverdienst

VRiLAG Dr. Jochen Sievers

A. Einleitung

Nach § 611 Abs. 1 BGB i.V.m. § 615 Satz 1 BGB kann der Arbeitnehmer die vereinbarte Vergütung verlangen, wenn der Arbeitgeber mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug kommt. Auf den Verzugslohn muss sich der Arbeitnehmer nicht nur tatsächlich erzielten, sondern auch böswillig nicht erzielten Zwischenverdienst anrechnen lassen. Dies ergibt sich sowohl aus § 615 Satz 2 BGB als auch aus § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG. In ihrem Anwendungsbereich geht § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG § 615 Satz 2 BGB als spezielle Regelung vor.¹ Einer genauen Abgrenzung bedarf es in der Praxis nicht, weil sich die Vorschriften zwar vom Wortlaut unterscheiden, aber inhaltlich deckungsgleich sind.²

Für eine Anrechnung ist es nicht ausreichend, dass der Arbeitnehmer eine bloße Chance, Zwischenverdienst zu erzielen, nicht ergriffen hat. Beide Vorschriften kommen nur zur Anwendung, wenn der Arbeitnehmer eine ihm zumutbare Arbeit nicht angenommen hat.

Dies wirft Beweislast- und Kausalitätsprobleme auf, wenn es nicht um das Ausschlagen eines konkreten Angebots des Arbeitgebers geht. Böswilliges Unterlassen kommt auch in Betracht, wenn sich der Arbeitnehmer nicht arbeitssuchend meldet oder sich nicht auf Stellenanzeigen bewirbt, die ihm der Arbeitgeber unterbreitet. In diesen Fällen stellen sich gleich mehrere Fragen: Kann davon ausgegangen werden, dass eine nicht erfolgte Bewerbung erfolgreich gewesen wäre? Wenn dies zu bejahen sein sollte: In welcher Höhe und ab wann wäre Zwischenverdienst angefallen? Welche Partei muss dies darlegen und ggf. beweisen?

Die sich ergebenden praktischen Schwierigkeiten werden besonders deutlich, wenn angenommen wird, der Arbeitnehmer, der sich nicht arbeitssuchend meldet, handele böswillig. Dann kann regelmäßig noch nicht einmal auf eine Stellenausschreibung zurückgegriffen werden. Selbst wenn eine solche vorliegt, ist zumeist bereits ungewiss, ob eine Bewerbung des Arbeitnehmers erfolgreich gewesen wäre. Da viele

Stellenausschreibungen kein konkretes Einstellungsdatum und auch die Höhe des Verdienstes nicht genau angeben, ist weiterhin unklar, in welcher Höhe der Arbeitnehmer ab wann Verdienst erzielt hätte, wenn er sich beworben hätte.

Bevor auf diese dem Prozessrecht entstammenden Fragen eingegangen wird, sollen zunächst die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Anrechnung hypothetisch erzielten Zwischenverdienstes geklärt werden.

B. Tatbestandsvoraussetzungen von § 615 Satz 2 BGB bzw. § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG

Das BAG hat zu beiden Vorschriften allgemeine Grundsätze entwickelt, die in der Literatur außer Streit stehen. Unterschiedliche Auffassungen werden vertreten, wenn es um die konkreten Folgerungen geht, die sich aus den allgemeinen Grundsätzen ergeben.

I. Allgemeine Grundsätze

Der Arbeitnehmer unterlässt böswillig anderweitigen Verdienst, wenn er vorsätzlich ohne ausreichenden Grund Arbeit ablehnt oder vorsätzlich verhindert, dass ihm Arbeit angeboten wird. Die vorsätzliche Untätigkeit muss vorwerfbar sein. Böswilligkeit setzt nicht voraus, dass der Arbeitnehmer in der Absicht handelt, den Arbeitgeber zu schädigen. Es genügt das vorsätzliche Außerachtlassen einer dem Arbeitnehmer bekannten Gelegenheit zur Erwerbsarbeit. Fahrlässiges, auch grob fahrlässiges Verhalten, reicht nicht aus.³

Beide Anrechnungsvorschriften stellen darauf ab, ob dem Arbeitnehmer nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) sowie unter Beachtung des Grundrechts auf freie Arbeitsplatzwahl (Art. 12 GG) die Aufnahme einer anderweitigen Arbeit

1 BAG, Urt. v. 25.10.2007 - 8 AZR 917/06.

2 BAG, Urt. v. 24.09.2003 - 5 AZR 500/02.

3 BAG, Urt. v. 22.03.2017 - 5 AZR 337/16; BAG, Urt. v. 11.01.2006 - 5 AZR 98/05.

zumutbar ist. Maßgebend sind die Umstände des Einzelfalls. Die Unzumutbarkeit der Arbeit kann sich unter verschiedenen Gesichtspunkten ergeben. Sie kann ihren Grund in der Person des Arbeitgebers, der Art der Arbeit oder den sonstigen Arbeitsbedingungen haben. Auch vertragsrechtliche Umstände sind zu berücksichtigen.⁴

Den Arbeitnehmer kann eine Initiativlast zur Unterbreitung eines eigenen Vertragsangebots treffen; er darf nicht in jedem Fall ein zumutbares Angebot abwarten. Geht es nicht um eine Arbeitsmöglichkeit beim bisherigen Arbeitgeber, darf er nicht untätig bleiben, wenn sich ihm eine realistische Arbeitsmöglichkeit bietet. Das kann die Abgabe von eigenen Angeboten mit einschließen.⁵ Mit dieser Aussage ist der 5. Senat stillschweigend von der älteren Rechtsprechung des 9. Senats abgewichen. Dieser hatte ausdrücklich ausgeführt, der Arbeitnehmer sei nicht gehalten, eigene Anstrengungen zu unternehmen, um eine Beschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber zu finden.⁶

Ausgehend von der – jüngeren – Rechtsprechung des 5. Senats besteht demgegenüber eine Obliegenheit des Arbeitnehmers, eigene Anstrengungen zu unternehmen, wenn sich ihm eine realistische Arbeitsmöglichkeit bietet. Hat er die eigenen Anstrengungen unterlassen und kein Arbeitsangebot abgegeben, ist allerdings noch nicht gesagt, dass eine Anrechnung tatsächlich zu erfolgen hat. Weitere Voraussetzung ist, dass das Angebot auch angenommen worden wäre. Andernfalls hätte es der Arbeitnehmer nicht unterlassen, „eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen“. Diese Aussage steht mit der Rechtsprechung des 5. Senats des BAG in Einklang.⁷ Der 5. Senat hebt hervor, dass die Annahme einer Arbeit nicht dasselbe ist wie die Annahme eines Angebots und kein Angebot voraussetzt. Dieser Hinweis bezieht sich nicht auf die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit bei einem Arbeitgeber, sondern auf die Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit, zu der auch eine Obliegenheit bestehen kann.

Liegen diese Voraussetzungen vor, muss sich der Arbeitnehmer hypothetischen Verdienst anrechnen lassen. Dies ist der Verdienst, den der Arbeitnehmer in der betreffenden Zeit zu erwerben böswillig unterlassen hat. Diesen muss sich der Arbeitnehmer nicht zwingend in voller Höhe anrechnen lassen. Anzurechnen ist nur derjenige Zwischenverdienst, den der Arbeitnehmer während der Arbeitszeit erzielt hat, in der er im Annahmeverzugszeitraum bei dem Arbeitgeber Arbeitsleistungen hätte erbringen müssen. Gegenüberzustellen ist somit der Vergütungsanspruch für die Zeit, in der Arbeitsleistungen beim Arbeitgeber zu erbringen gewesen wären, und der Verdienst, den der Arbeitnehmer in dieser Zeit anderweitig hätte erwerben können.⁸

Die erforderliche Vergleichsberechnung ist im Wege einer Gesamtbetrachtung vorzunehmen. Der hypothetische ander-

weitige Verdienst des Arbeitnehmers ist auf die Vergütung für die gesamte Dauer des Annahmeverzugs anzurechnen und nicht nur auf die Vergütung für den Zeitabschnitt, in dem der anderweitige Verdienst hätte erzielt werden können.⁹

II. Konkrete Folgerungen

Das BAG nimmt in bisheriger Rechtsprechung an, allein das Unterlassen der Meldung des Arbeitnehmers bei der Agentur für Arbeit erfülle nicht das Merkmal des böswilligen Unterlassens.¹⁰

Dafür weist der 9. Senat den Arbeitgebern einen anderen Weg, von dem in der Praxis allerdings kaum Gebrauch gemacht wird. Er könne die erforderlichen Handlungen selbst vornehmen und den Arbeitnehmer so in Zugzwang setzen. Als ausdrückliches Beispiel nennt er die Information des Arbeitnehmers über konkrete Stellenangebote. Damit könne er den Arbeitnehmer zu Bewerbungen veranlassen, um ggf. die Ansprüche aus Annahmeverzug kürzen zu können, wenn der Arbeitnehmer auf diese Mitteilung hin vorsätzlich das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses verhindere.¹¹

Ob diese Differenzierung aufrechterhalten werden kann, erscheint zweifelhaft.

1. Unterlassene Meldung bei der Agentur für Arbeit

In der Literatur wird praktisch einhellig die Auffassung vertreten, dass es sich um ein böswilliges Unterlassen handelt, wenn sich der Arbeitnehmer nicht bei der Agentur für Arbeit arbeitssuchend meldet.¹²

Auf den ersten Blick scheint sich dies schon aus den einschlägigen sozialrechtlichen Vorschriften zu ergeben.¹³ Nach § 38 Abs. 1 Satz 1 SGB III haben sich Personen, deren Arbeitsverhältnis endet, spätestens drei Monate vor dessen

4 BAG, Urt. v. 22.03.2017 - 5 AZR 337/16.

5 BAG, Urt. v. 22.03.2017 - 5 AZR 337/16; BAG, Urt. v. 11.01.2006 - 5 AZR 98/05.

6 BAG, Urt. v. 16.05.2000 - 9 AZR 203/99.

7 BAG, Urt. v. 11.01.2006 - 5 AZR 98/05.

8 BAG, Urt. v. 22.03.2017 - 5 AZR 337/16; BAG, Urt. v. 24.02.2016 - 5 AZR 425/15.

9 BAG, Urt. v. 24.02.2016 - 5 AZR 425/15.

10 BAG, Urt. v. 16.05.2000 - 9 AZR 203/99.

11 BAG, Urt. v. 16.05.2000 - 9 AZR 203/99.

12 Linck in: v. Hoyningen-Huene, KSchG, 15. Aufl. 2013, § 11 Rn. 45; Krause in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2016, § 615 BGB Rn. 101; Richardi/Fischinger in: Staudinger, BGB, 2016, § 615 Rn. 173; Bayreuther, NZA 2003, 1365, 1366; Hergenröder in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2016, § 11 KSchG Rn. 19; Biehl in: Ascheid/Preis/Schmid, Kündigungsrecht, 5. Aufl. 2017, § 11 KSchG Rn. 23; Kiel in: Erfurter Kommentar, 18. Aufl. 2018, § 11 KSchG Rn. 9; Henssler in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2016, § 615 Rn. 75.

13 Bayreuther, NZA 2003, 1365, 1366.

Beendigung persönlich bei der Agentur für Arbeit arbeitssuchend zu melden. Unterlässt der Arbeitnehmer dies, tritt eine Sperrzeit von einer Woche ein (§ 159 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 SGB III i.V.m. Abs. 6 SGB III). Dabei wird die rein sozialrechtliche Bedeutung dieser Vorschriften nicht verkannt. Gleichwohl seien sie arbeitsrechtlich von Bedeutung, weil dem Arbeitnehmer arbeitsrechtlich nur das zugemutet werde, was ihm das Gesetz anderweitig ohnehin abverlange.

Dem wird zu Recht entgegengehalten, dem Gesetzgeber sei es um den Schutz der Solidargemeinschaft der Beitragszahler und nicht um die Regelung von Pflichten und Obliegenheiten innerhalb des Arbeitsverhältnisses gegangen.¹⁴ Dies bedarf indes keiner Vertiefung. Denn auch ohne Rückgriff auf die sozialrechtlichen Vorschriften ist nach allgemeinen Grundsätzen von einem böswilligen Unterlassen auszugehen. Wie bereits ausgeführt, erlaubt die neue Rechtsprechung dem Arbeitnehmer nicht mehr, untätig zu bleiben und darauf zu warten, ob etwas passiert. Er muss vielmehr von sich aus realistische Arbeitsmöglichkeiten ergreifen und ggf. auch eigene Angebote abgeben. Wenn dem so ist, liegt für den Arbeitnehmer nichts näher als sich an die Stelle zu wenden, die dazu aufgerufen ist, ihn bei der Stellensuche zu unterstützen. Unterlässt er dies, handelt er böswillig.

2. Unterlassene Bewerbung auf übermittelte Stellenausschreibungen

Unter Beachtung der neuen Rechtsprechung des BAG ist es konsequent, vom Arbeitnehmer auch zu verlangen, sich auf Stellenausschreibungen zu bewerben, die ihm der Arbeitgeber übermittelt hat. Hierfür spricht die Überlegung, dass Stellenausschreibungen von anderen Arbeitgebern nicht dadurch entwertet werden, dass sie vom bisherigen Arbeitgeber recherchiert worden sind.

Es lässt sich allerdings erwägen, ob die Zumutbarkeitsgrenze für den Arbeitnehmer überschritten ist, wenn er sich bereits bei der Agentur für Arbeit arbeitssuchend gemeldet hat.¹⁵ Gegen eine derartige generelle Annahme spricht aber, dass nach der Rechtsprechung eine Einzelfallbetrachtung erforderlich ist. Dies sollte auch für diese Frage gelten. So kann sich eine Unzumutbarkeit im Einzelfall daraus ergeben, dass sich der Arbeitnehmer auf mehrere Stellen beworben hat, die ihm die Agentur für Arbeit aufgezeigt hat.

C. Darlegungs- und Beweislast

Hat sich somit ergeben, dass sowohl die nicht erfolgte Meldung bei der Agentur für Arbeit als auch die nicht erfolgte Bewerbung auf eine vom Arbeitgeber vorgelegte Stellenausschreibung ein böswilliges Unterlassen darstellen können, stellt sich umso dringlicher die Frage, wie die Darlegungs- und Beweislast insbesondere in Bezug auf die Kausalität zu verteilen ist (dazu unter I.).

Denn jeder Seite wird praktisch etwas Unmögliches abverlangt, wenn ihr die Darlegungs- und Beweislast auferlegt wird: Wie soll der Arbeitgeber darlegen können, dass der Arbeitnehmer eine Arbeit hätte annehmen können, wenn er sich arbeitssuchend gemeldet hätte? Umgekehrt: Wie soll der Arbeitnehmer darlegen können, dass er keine Arbeit erhalten hätte, selbst wenn er sich arbeitssuchend gemeldet hätte?

Vor diesem Hintergrund ist in einem zweiten Schritt (II.) zu erwägen, ob der darlegungs- und beweisbelasteten Partei Beweiserleichterungen zugutekommen können.

I. Allgemeine Grundsätze

Im Ausgangspunkt besteht Einigkeit: Der Arbeitgeber hat die Darlegungs- und Beweislast für den Einwand des böswilligen Unterlassens.¹⁶ Nach der Rechtsprechung des BAG soll es allerdings Sache des Arbeitnehmers sein, die mangelnde Zumutbarkeit der Beschäftigung darzulegen.¹⁷

Ausgehend von diesen Grundsätzen wird für die unterlassene Meldung bei der Agentur für Arbeit teilweise angenommen, der Arbeitnehmer müsse darlegen und beweisen, dass Vermittlungsversuche erfolglos geblieben wären.¹⁸ Übertragen auf die nicht erfolgte Bewerbung auf Stellenausschreibungen, die der Arbeitgeber übermittelt hat, bedeutete dies, der Arbeitnehmer müsste darlegen und beweisen, dass Bewerbungen erfolglos geblieben wären.

Andere Stimmen in der Literatur siedeln die Darlegungs- und Beweislast beim Arbeitgeber an. Auch wenn dies praktisch vielfach unmöglich sei, müsse der Arbeitgeber nachweisen, dass der Arbeitnehmer durch die Vermittlung der Agentur für Arbeit eine zumutbare Beschäftigung hätte erlangen können.¹⁹ Übertragen auf die nicht erfolgte Bewerbung auf Stellenausschreibungen, die der Arbeitgeber übermittelt hat, bedeutete dies, der Arbeitgeber müsste darlegen und beweisen, dass Bewerbungen erfolgreich gewesen wären.

Dieser Auffassung ist zu folgen. Die Zuordnung der Darlegungs- und Beweislast beim Arbeitgeber folgt aus allge-

14 Ricken, NZA 2005, 323, 327; Preis in: Erfurter Kommentar, 18. Aufl. 2018, § 615 BGB Rn. 101.

15 In diesem Sinne LArbG Köln, Urt. v. 05.07.2002 - 11 Sa 599/01; LArbG Hamm, Urt. v. 09.04.1975 - 2 Sa 92/75; Henssler in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2016, § 615 Rn. 75; Preis in: Erfurter Kommentar, 18. Aufl. 2018, § 615 BGB Rn. 101.

16 BAG, Urt. v. 25.10.2007 - 8 Sa 917/06.

17 BAG, Urt. v. 22.03.2017 - 5 AZR 337/16; BAG, Urt. v. 24.09.2003 - 5 AZR 500/02.

18 Linck in: v. Hoyningen-Huene, KSchG, 15. Aufl. 2013, § 11 Rn. 45; Linck in: Schaub, Handbuch Arbeitsrecht, 17. Aufl. 2017, § 95 Rn. 93; Bayreuther, NZA 2003, 1365, 1367; wohl auch Krause in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2016, § 615 BGB Rn. 101.

19 Hergenröder in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2016, § 11 KSchG Rn. 19; Biébl in: Ascheid/Preis/Schmid, Kündigungsrecht, 5. Aufl. 2017, § 11 KSchG Rn. 23.

meinen Grundsätzen des Prozessrechts unter Berücksichtigung der Besonderheiten der beiden Anrechnungsnormen.

Ausgehen ist zunächst von der Grundregel des Beweisrechts. Danach trägt der Anspruchsteller die Beweislast für die rechtsbegründenden Tatbestandsmerkmale und der Anspruchsgegner für die rechtshindernden, rechtsvernichtenden und rechtshemmenden Merkmale.²⁰ Die nach § 615 Satz 2 BGB bzw. § 11 Abs. 1 Nr. 2 KSchG gebotene Anrechnung anderweitigen Verdienstes hindert bereits die Entstehung des Anspruchs aus § 615 Satz 1 BGB.²¹ Der Arbeitgeber macht somit eine rechtshindernde Einrede geltend.

Bei dem Anspruch auf Verzugslohn handelt es sich um den ursprünglichen Erfüllungsanspruch.²² Er besteht, weil der Arbeitnehmer seine arbeitsvertraglichen Pflichten erfüllt hat und die Erbringung der von ihm geschuldeten Dienste nur daran scheitert, dass der Arbeitgeber seine zur Erfüllung notwendige Mitwirkungshandlung nicht vorgenommen hat. Nach § 615 Satz 2 BGB bzw. § 11 Abs. 1 Nr. 2 KSchG verliert der Arbeitnehmer seinen Vergütungsanspruch, obwohl er das seinerseits Erforderliche getan hat, der Arbeitgeber dagegen nicht.²³ Die sich daraus ergebende Durchbrechung des Grundsatzes, dass der Arbeitnehmer seinen Anspruch auf die Gegenleistung nicht verliert, wenn sich der Arbeitgeber in Annahmeverzug befindet, ist nur im Ausnahmefall gerechtfertigt. Mit diesem Befund ist eine Verlagerung der Darlegungs- und Beweislast auf den Arbeitnehmer nicht zu vereinbaren.

II. Beweiserleichterungen für den Arbeitgeber?

Das Problem der Darlegung und der Beweisführung hat nun der Arbeitgeber. Dabei muss er zunächst darlegen und ggf. beweisen, dass sich der Arbeitnehmer nicht bei der Agentur für Arbeit gemeldet bzw. nicht auf übermittelte Stellenausschreibungen reagiert hat. Während dies noch ohne größere Schwierigkeiten möglich sein dürfte, ergeben sich bei der weiteren Beweisführung kaum zu überwindende Hindernisse. Dies gilt namentlich für die Frage, ob der Arbeitnehmer bei Erfüllung seiner Obliegenheiten zumutbare Arbeit hätte annehmen können.

1. Unterlassen der Meldung bzw. der Bewerbung

Hier kommen zugunsten des Arbeitgebers die Grundsätze der sekundären Darlegungslast zur Anwendung. Von einer sekundären Darlegungslast wird ausgegangen, wenn die beweisbelastete Partei außerhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufs steht und keine Kenntnis der maßgebenden Tatsachen hat, während der Gegner alle wesentlichen Tatsachen kennt und ihm nähere Angaben zuzumuten sind. In diesen Fällen genügt ein einfaches Bestreiten des Gegners nicht. Vielmehr kann von ihm im Rahmen des Zumutbaren das substantiierte Bestreiten der behaupteten Tatsache unter Darlegung der für das Gegenteil sprechen-

den Tatsachen und Umstände verlangt werden. Erst wenn der Gegner nach § 138 Abs. 2 ZPO seinerseits substantiiert vorgetragen hat, ist es Sache der beweisbelasteten Partei, diesen Vortrag zu widerlegen.²⁴

Im Arbeitsrecht wird insoweit häufig von einer „abgestuften Darlegungs- und Beweislast“ gesprochen. Als Beispiel sei die vom Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung, die auf den Vorwurf der vorgetäuschten Arbeitsunfähigkeit gestützt wird, genannt. Der Arbeitgeber ist für alle Umstände des Kündigungsgrundes darlegungs- und beweispflichtig. Ihn trifft die Darlegungs- und Beweislast auch für diejenigen Tatsachen, die einen vom Gekündigten behaupteten Rechtfertigungsgrund ausschließen. Nach der Rechtsprechung des BAG obliegt dem Arbeitgeber daher nicht nur der Nachweis für das Fehlen des Arbeitnehmers. Er muss auch darlegen und ggf. beweisen, dass der Arbeitnehmer unentschuldigt gefehlt hat und die vom Arbeitnehmer behauptete Krankheit nicht vorliegt. Allerdings hat hierzu der Arbeitnehmer seinerseits nach § 138 Abs. 2 ZPO substantiiert vorzutragen; er muss darlegen, warum sein Fehlen als entschuldigt anzusehen ist. Nur die hierzu vom Arbeitnehmer behaupteten Tatsachen hat der Arbeitgeber zu widerlegen.²⁵

Diese Ausführungen verdeutlichen, dass der Begriff der „abgestuften Darlegungs- und Beweislast“ den Sachverhalt nicht ganz zutreffend beschreibt. Denn an der Beweislast ändert sich nichts, sondern nur an der Darlegungslast.²⁶

Unabhängig von den Begrifflichkeiten kommen die geschilderten Grundsätze auch in den hier zu besprechenden Fallkonstellationen zur Anwendung, weil der Arbeitgeber außerhalb des von ihm darzulegenden Geschehensablaufs steht und keine Kenntnis der maßgebenden Tatsachen hat, während der Arbeitnehmer alle wesentlichen Tatsachen kennt und ihm nähere Angaben zuzumuten sind.

Konkret bedeutet dies, dass der Arbeitgeber zunächst behaupten kann (nicht: mit Nichtwissen bestreiten), der Arbeitnehmer

20 Prütting in: GERMELMANN/MATTHES/PRÜTTING, ArbGG, 9. Aufl. 2017, § 58 Rn. 77.

21 BAG, Urt. v. 22.11.2005 - 1 AZR 407/04.

22 BAG, Urt. v. 27.01.2016 - 5 AZR 9/15.

23 Richardi/Fischinger in: Staudinger, BGB, 2016, § 615 Rn. 167 f.

24 BGH, Urt. v. 06.07.2011 - VIII ZR 340/10; BGH, Urt. v. 17.01.2008 - III ZR 239/06; Dölling, NJW 2013, 3121, 3126; Prütting in: GERMELMANN/MATTHES/PRÜTTING, ArbGG, 9. Aufl. 2017, § 58 Rn. 90.

25 BAG, Urt. v. 22.10.2015 - 2 AZR 569/14; BAG, Urt. v. 17.06.2003 - 2 AZR 123/02.

26 Eine teilweise Verschiebung der Beweislast findet in anderen Fällen statt; so etwa, wenn der Arbeitnehmer Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall verlangt. Hier muss der Arbeitgeber Umstände darlegen und im Bestreitensfall beweisen, die zu ernsthaften Zweifeln an der behaupteten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers Anlass geben. Vgl. BAG, Urt. v. 01.10.1997 - 5 AZR 726/96; BAG, Urt. v. 19.02.1997 - 5 AZR 83/96; BGH, Urt. v. 16.10.2001 - VI ZR 408/00.

habe sich nicht bei der Agentur für Arbeit gemeldet bzw. auf übermittelte Stellenanzeigen beworben. Ein derartiger Vortrag ist zulässig. Er stellt insbesondere keinen Verstoß gegen die prozessuale Wahrheitspflicht dar. Die beweisbelastete Partei ist durch § 138 Abs. 1 ZPO nicht gehindert, Tatsachen zu behaupten, von denen sie keine genauen Kenntnisse hat, sondern die sie nach Lage der Dinge lediglich für wahrscheinlich hält.²⁷ Unzulässig sind lediglich Behauptungen „ins Blaue hinein“. Eine Partei genügt ihrer Darlegungslast, wenn sie Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als in ihrer Person entstanden erscheinen zu lassen. Genügt das Parteivorbringen diesen Anforderungen an die Substantiierung, kann der Vortrag weiterer Einzel Tatsachen nicht verlangt werden.²⁸

Ist ein derartiger Vortrag des Arbeitgebers erfolgt, ist es im Anschluss am Arbeitnehmer, sich konkret einzulassen. Er hat darzulegen, ob er sich bei der Agentur für Arbeit gemeldet und sich auf Stellenausschreibungen beworben hat. Behauptet er dies, sind weitere Konkretisierungen erforderlich. Anzugeben ist, welche Vermittlungsversuche die Agentur für Arbeit unternommen hat und auf welche Stellen sich der Arbeitnehmer mit welchem Ergebnis beworben hat.

Die vom Arbeitnehmer konkret behaupteten Tatsachen muss nun der Arbeitgeber widerlegen.

2. Nichtannahme einer zumutbaren Arbeit

Die letzte Hürde für den Arbeitgeber ist die höchste. Eine Anrechnung findet nur statt, wenn der Arbeitnehmer eine ihm zumutbare Arbeit nicht angenommen hat. Sie kann nur ab dem Zeitpunkt erfolgen, ab dem der Arbeitnehmer die Arbeitsstelle hätte antreten können. Sie ist nur in der Höhe des entgangenen Zwischenverdienstes vorzunehmen. Die hierfür maßgeblichen Tatsachen werden alle von der Beweislast des Arbeitgebers umfasst. Daher stellt sich die Frage, ob ihm Beweiserleichterungen zugutekommen.

a. Anscheinsbeweis

Zunächst ist an die Grundsätze des Anscheinsbeweises zu denken. Der Beweis des ersten Anscheins greift bei typischen Geschehensabläufen ein, also in Fällen, in denen ein bestimmter Tatbestand nach der Lebenserfahrung auf eine bestimmte Ursache für den Eintritt eines bestimmten Erfolgs hinweist. Erforderlich ist ein typischer Geschehensablauf, der die Bildung eines Erfahrungssatzes erlaubt.²⁹

Danach kommen die Grundsätze des Anscheinsbeweises nicht zur Anwendung. Es gibt keinen Erfahrungssatz, dass die Vermittlung der Agentur für Arbeit erfolgreich gewesen wäre, wenn sie in Anspruch genommen worden wäre. Es besteht auch kein Erfahrungssatz, dass eine unterbliebene Bewerbung auf eine Stellenanzeige erfolgreich gewesen wäre.

b. Sekundäre Darlegungslast (abgestufte Darlegungs- und Beweislast)

Es kann auch keine sekundäre Darlegungslast des Arbeitnehmers angenommen werden. Der Arbeitnehmer kennt die maßgebenden Tatsachen ebenso wenig wie der Arbeitgeber. Er kann aus eigener Anschauung keine Angaben dazu machen, wie eine Vermittlung durch die Agentur für Arbeit verlaufen wäre, wenn er sich dort gemeldet hätte. Er weiß auch nicht, was passiert wäre, wenn er sich auf ihm übermittelte Stellenausschreibungen beworben hätte.

c. Schätzung nach § 287 ZPO

Für bestimmte Anspruchsvoraussetzungen sieht § 287 ZPO Beweiserleichterungen dahin gehend vor, dass der Richter Wahrscheinlichkeitsbetrachtungen anstellen und zu Schätzungen greifen darf.³⁰ Die Vorschrift hat vor allem Bedeutung für die Schadensermittlung (Abs. 1), sie gilt allerdings auch für die Höhe einer Forderung (Abs. 2).

Eine Beweiserleichterung nach § 287 ZPO kommt nur in Betracht, wenn dem Grunde nach feststeht, dass ein Anspruch besteht. Sie scheidet aus, soweit es um den „eigentlichen“ Anspruchsgrund geht, d.h. um die Anspruchsvoraussetzungen, von denen das Gesetz den Anspruch vorbehaltlich seines Umfangs abhängig macht. Für diese Anspruchsvoraussetzungen bleibt es bei den allgemeinen Beweisregeln. So kann der Umfang geleisteter Überstunden nach § 287 Abs. 2 ZPO i.V.m. Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 ZPO geschätzt werden, wenn feststeht, dass Überstunden auf Veranlassung des Arbeitgebers geleistet worden sind, der Arbeitnehmer aber seiner Darlegungs- oder Beweislast für einzelne Überstunden nicht in jeder Hinsicht genügen kann.³¹

Übertragen auf böswillig unterlassenen Zwischenverdienst bedeutet dies, dass eine Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO erst dann in Betracht kommt, wenn feststeht, dass der Arbeitnehmer eine ihm zumutbare Arbeit hätte annehmen können. Hat sich das Gericht darüber nach § 286 Abs. 1 ZPO die notwendige Überzeugung verschafft, kann bezüglich des Beginns des Arbeitsverhältnisses und der Höhe des Verdienstes eine Schätzung nach Maßgabe des § 287 Abs. 2 ZPO erfolgen. Hierzu wird es in der Praxis nur selten kommen, weil es dem Arbeitgeber in den meisten Fällen nicht gelingen wird, den Vollbeweis zu führen, dass der Arbeitnehmer eine Arbeit erhalten hätte, wenn er sich bei der Agentur für Arbeit gemeldet oder sich auf eine ihm vom Arbeitgeber vorgelegte Stellenausschreibung beworben hätte.

27 BGH, Urt. v. 08.05.2012 - V ZB 56/12; Dölling, NJW 2013, 3121, 3124.

28 BAG, Urt. v. 28.09.2016 - 7 AZR 377/14.

29 BAG, Urt. v. 25.06.2014 - 7 AZR 847/12; BGH, Urt. v. 19.01.2010 - VI ZR 33/09.

30 Vgl. Greger in: Zöller, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 287 Rn. 1.

31 BAG, Urt. v. 13.12.2016 - 9 AZR 574/15.

D. Fazit

Auch für die Anrechnung von hypothetisch erzieltm Zwischenverdienst gilt, dass der Teufel im Detail steckt. Die Diskussion in Rechtsprechung und Literatur konzentriert sich häufig auf die Frage, ob der Arbeitnehmer gehalten ist, sich bei der Agentur für Arbeit zu melden und sich auf ihm vorgelegte Stellenausschreibungen zu bewerben. Die Frage lässt sich relativ leicht bejahen.

Damit fangen die Schwierigkeiten allerdings erst an. Die Verteilung der Beweislast bedarf ebenso der Klärung wie die Frage, was die beweisbelastete Partei vortragen muss, um zum Erfolg zu kommen. Nach hier vertretener Auffassung muss der Arbeitgeber nicht nur darlegen und beweisen, dass der Arbeitnehmer nicht bei der Agentur für Arbeit vorstellig geworden ist bzw. sich nicht auf ihm vorgelegte Stellenausschreibungen beworben hat. Er muss vor allem darlegen und beweisen, dass ein ordnungsgemäßes Verhalten des Arbeitnehmers von Erfolg gekrönt gewesen wäre, d.h., dass er eine ihm zumutbare Arbeit hätte annehmen können.

Darlegungs- und Beweiserleichterungen stellt das Prozessrecht dem Arbeitgeber nur in beschränktem Umfang zur Verfügung. Nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast muss der Arbeitnehmer konkrete Angaben dazu machen, ob er sich bei der Agentur für Arbeit gemeldet bzw. ob er sich beworben hat. Eine Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO kann erfolgen, wenn feststeht, dass der Arbeitnehmer bei ordnungsgemäßem Verhalten eine Stelle erhalten hätte.

Insgesamt erweisen sich die beiden Vorschriften zur Anrechnung hypothetisch erzielten Zwischenverdienstes als stumpfes Schwert für den Arbeitgeber. Dies ergibt sich allerdings nicht aus dem materiellen Recht selbst, sondern aus dem Prozessrecht, dem in diesem Zusammenhang zuweilen zu wenig Beachtung geschenkt wird.

Sozialrecht

EuGH erleichtert den Bezug von existenzsichernden Sozialleistungen für ehemals selbständig tätige Unionsbürger in anderen EU-Mitgliedstaaten

EuGH, Urt. v. 20.12.2017 - C-442/16 - „Gusa“

Ri'inBSG Nicola Behrend

A. Problemstellung

Ob Staatsangehörige anderer EU-Mitgliedstaaten nach einer frühzeitig beendeten abhängigen Beschäftigung, gescheiter-

ten selbständigen Tätigkeit oder erfolglosen Arbeitsuche existenzsichernde Leistungen in anderen Mitgliedstaaten der EU beanspruchen können, ist eine hochumstrittene Frage im europäischen und nationalen Sozialrecht. Die deutsche Sozialgerichtsbarkeit ist hiermit seit Jahren in zahlreichen Rechtsstreitigkeiten, vor allem im einstweiligen Rechtsschutz, befasst.

Ausgangspunkt ist die europäische Unionsbürgerschaft (Art. 20 des Vertrags über die Arbeitsweise der EU AEUV) und die dies umsetzende Unionsbürgerrichtlinie (Richtlinie 2004/38/EG).¹ Deren Regelungen ermöglichen es, ohne aufenthaltsrechtliche Formalitäten in einen anderen Mitgliedstaat einzureisen, um dort eine abhängige oder selbständige Tätigkeit aufzunehmen. Im Jahr 2016 wurden nach dem Freizügigkeitsmonitoring des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge insgesamt 634.036 Zuzüge von Unionsbürgern (bei einer Abwanderung von insgesamt 340.023 EU-Bürgern) nach Deutschland registriert. 14,5 % der zugewanderten Unionsbürger kamen aus den von der Finanz- und Wirtschaftskrise besonders betroffenen süd-europäischen Ländern Griechenland, Italien, Portugal und Spanien. 77,2 % stammten aus Staaten, für die erst seit Kurzem die vollständige Freizügigkeit gilt, insbesondere aus Rumänien, Polen und Bulgarien.²

Von der Wirtschaft wird die Zuwanderung der europäischen Arbeitskräfte zumeist begrüßt. Wegen des Wohlstandsgefälles zwischen den Mitgliedstaaten erhöht sich aber der Druck auf die sozialen Grundversicherungssysteme. Dabei geht es im Kern um die nicht allein auf nationaler Ebene zu lösende Frage,³ wann der „aufnehmende Staat“ als Ort der letzten wirtschaftlichen Aktivität eine Verantwortung für die Existenzsicherung von „gestrandeten“ Unionsbürger hat, die sich – mit befristeter oder unbefristeter – Perspektive von ihrem Herkunftsland getrennt haben, um von ihrer Arbeitnehmerfreizügigkeit bzw. – bei Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit – ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch zu machen.

Die alleinige Zuständigkeit für bedürftigkeitsabhängige Sozial(hilfe)leistungen an Unionsbürger liegt weiterhin bei den Mitgliedstaaten.⁴ Die nationalen Rechtsordnungen

1 Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. 2004 L 158/77.

2 Freizügigkeitsmonitoring, Migration von EU-Bürgern nach Deutschland, Jahresbericht 2016, S. 6 ff.

3 Kingreen, Soziales Recht 2018, S. 1 ff. zu der am 17.11.2017 von den EU-Mitgliedstaaten verabschiedeten „Europäischen Säule sozialer Rechte“, dem Grundsatz eines „Mindesteinkommens“ und zur Schaffung eines europäischen Rechtsrahmens für soziale Grundversicherungssysteme in den Mitgliedstaaten.

4 Vgl. umfassend Marhold in: Festschrift für Eichenhofer, 2015, S. 425 ff.

knüpfen den Zugang zur Sozialhilfe zumeist daran, dass der weitere Aufenthalt trotz des Verlustes der abhängigen bzw. selbständigen Tätigkeit nach den Vorschriften der Unionsbürgerrichtlinie bzw. den dies umsetzenden nationalen Regelungen (weiterhin) rechtmäßig ist.⁵ Dabei werden die Bindungen der Erwerbstätigen an den Aufenthaltsstaat, in dem sie den Mittelpunkt ihrer Lebensbeziehungen haben, auch über das Ende der Erwerbstätigkeit des Unionsbürgers hinaus durch das Unionsrecht geschützt. Das hier besprochene Urteil des EuGH betrifft Sozialhilfeleistungen in Form eines Zuschusses für Arbeitsuchende nach irischem Recht an einen ehemals Selbständigen, die davon abhängen, dass (weiterhin) ein Recht auf Aufenthalt besteht.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der rumänische Staatsangehörige Flora Gusa reiste – zunächst unterstützt durch bereits in Irland lebende Familienangehörige – im Oktober 2007 nach Irland ein und arbeitete dort von Oktober 2008 bis Oktober 2012 als selbständiger Stuckateur. Diese Tätigkeit gab er mit Hinweis auf einen Mangel an Arbeit aufgrund des konjunkturellen Abschwungs auf und stellte sich den zuständigen irischen Behörden als Arbeitsuchender zur Verfügung. Den beantragten Zuschuss für Arbeitsuchende lehnten die irischen Behörden ab. Herr Gusa habe nicht nachgewiesen, dass er weiterhin ein Recht auf Aufenthalt in Irland besitze. Mit der Beendigung seiner selbständigen Erwerbstätigkeit als Stuckateur habe er die Eigenschaft als Selbständiger verloren und erfülle daher nicht mehr die in der Unionsbürgerrichtlinie vorgesehenen Voraussetzungen für die Zuerkennung eines Aufenthaltsrechts. Im gerichtlichen Verfahren legte der irische Supreme Court dem EuGH die Frage vor, ob einem EU-Bürger die Eigenschaft als „Selbständiger“ i.S.v. Art. 7 Abs. 1 Buchst. a) Richtlinie 2004/38/EG und damit sein Aufenthaltsrecht erhalten bleibe, wenn er zunächst vier Jahre lang als Selbständiger in einem anderen EU-Land arbeite, diese Arbeit dann wegen Auftragsmangel einstelle und sich beim zuständigen Arbeitsamt melde.

In seinem Urteil befasste sich der EuGH vor allem mit der Regelung des Art. 7 Abs. 3 Buchst. b) Richtlinie 2004/38/EG, nach der – in deutscher Übersetzung – die Erwerbstätigen-eigenschaft dem Unionsbürger, der seine Erwerbstätigkeit als Arbeitnehmer oder Selbständiger nicht mehr ausübt, erhalten bleibt, wenn er sich bei ordnungsgemäß bestätigter unfreiwilliger Arbeitslosigkeit nach mehr als einjähriger Beschäftigung dem zuständigen Arbeitsamt zur Verfügung stellt. Hierzu stellte er in Übereinstimmung mit den Schlussanträgen des Generalanwalts Wathelet⁶ klar, dass Art. 7 Abs. 3 Buchst. b) Richtlinie 2004/38/EG gleichermaßen auf Arbeitnehmer und Selbständige anzuwenden sei. Dabei kommt der EuGH mit der zunächst herangezogenen Wort-

lautinterpretation zu keinem abschließenden Ergebnis, weil einige Sprachfassungen auf die Ausübung einer Erwerbstätigkeit als Arbeitnehmer und andere auf die neutrale Formulierung „Berufstätigkeit“ abstellen.⁷ Die Bestimmungen des Unionsrechts müssten aber – so der EuGH – im Licht der Fassungen in allen Sprachen der Union einheitlich ausgelegt und angewandt werden, weshalb die Vorschrift nach der allgemeinen Systematik und dem Zweck des Rechtsakts ausgelegt werden müsse. Die Unionsbürgerrichtlinie wolle zwar zwischen Erwerbstätigen und nicht erwerbstätigen Bürgern und Studierenden, nicht jedoch zwischen im Aufnahmemitgliedstaat grds. einheitlich zu behandelnden unselbständig und selbständig erwerbstätigen Unionsbürgern unterscheiden. Auch eine selbständig tätige Person könne sich – vergleichbar einem entlassenen Arbeitnehmer – in einer schwierigen Situation gezwungen sehen, die selbständige Tätigkeit aufzugeben und müsse denselben Schutz genießen. Auch sei es nicht gerechtfertigt, eine Person, die eine mehr als einjährige Erwerbstätigkeit als Selbständiger im Aufnahmestaat ausgeübt und zum Sozialversicherungs- und Steuersystem dieses Mitgliedstaats durch die Entrichtung von Steuern und Abgaben beigetragen habe, gleich zu behandeln wie eine Person, die in diesem Mitgliedstaat erstmals eine Beschäftigung suche, dort jedoch nie eine wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt und nie Beiträge zu diesem System entrichtet habe.

C. Kontext der Entscheidung

In den letzten Jahren richteten nationale Gerichte mehrere Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV an den EuGH, die Auslegungsfragen zu der Unionsbürgerrichtlinie und der VO (EG) 883/2004⁸ zur Verknüpfung von Sozial(hilfe)leistungen und Aufenthaltsrechten betrafen. Hintergrund der Vorabentscheidungsersuchen aus Deutschland sind die Ausschlussklauseln in den existenzsichernden Systemen der Grundsicherung für Arbeitsuchende sowie der Sozialhilfe für Unionsbürger, die kein Aufenthaltsrecht haben oder deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt (§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II, § 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB XII). Während die bisherigen Urteile des EuGH⁹ Sozialleistungen an

5 Vgl. umfassend Thym, NZS 2014, 81 ff.

6 Schlussanträge des Generalanwalts M. Wathelet vom 26.07.2017 vgl. <http://curia.europa.eu>.

7 EuGH, Urt. v. 20.12.2017 - C-442/16 - „Gusa“ Rn. 32 ff. mit Beispielen, u.a. der englischen („after having been employed“) und der französischen Sprachfassung („après avoir été employé“).

8 Verordnung (EG) 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. 2004 L 166/1.

9 EuGH, Urt. v. 11.11.2014 - C-333/13 - „Dano“; EuGH, Urt. v. 15.09.2015 - C-67/14 - „Alimanovic“; EuGH, Urt. v. 08.04.2016 - C-299/14 - „Garcia-Nieto“.

nicht erwerbstätige oder abhängig beschäftigt gewesene Unionsbürger zum Gegenstand hatten, hat sich der EuGH nunmehr mit einem ehemals selbständigen Unionsbürger befasst und dessen Aufenthaltsrecht konkretisiert.

D. Auswirkungen für die Praxis

Das aktuelle Urteil des EuGH zum Erhalt der Erwerbstätigeneigenschaft nach Ende einer selbständigen Tätigkeit ist sowohl für die Verwaltungsgerichte bei der Feststellung des Verlustes der Freizügigkeitsvoraussetzungen (§ 5 Abs. 4 FreizügG/EU)¹⁰ bei Unionsbürgern als auch für die Sozialgerichtsbarkeit bei der Entscheidung über existenzsichernde Sozialleistungen bedeutsam.

Den Erhalt der Selbständigeneigenschaft macht der EuGH davon abhängig, dass „diese [selbständige] Tätigkeit wegen eines ordnungsgemäß bestätigten Mangels an Arbeit, der auf von seinem Willen unabhängigen Gründen beruhte“, aufgegeben wurde und sich der ehemals Selbständige dem zuständigen Arbeitsamt des betreffenden Mitgliedstaats zur Verfügung gestellt hat. Damit wird das Erfordernis des Nachweises zur Arbeitsuche ausdrücklich formuliert und sollte auch in das nationale Recht aufgenommen werden.¹¹ Insofern ist in § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 des FreizügG/EU bisher geregelt, dass das Aufenthaltsrecht aus einer mehr als einjährigen selbständigen Tätigkeit bei deren Einstellung infolge von Umständen erhalten bleibt, auf die der Selbständige keinen Einfluss hatte. Schwierig ist die im konkreten Einzelfall von den Verwaltungs- und Sozialgerichten durchzuführende Prüfung einer „unverschuldeten“ Beendigung der selbständigen Tätigkeit von mehr als einem Jahr. Bejaht wird dies bei einer unverschuldeten Geschäftsaufgabe aus gesundheitlichen Gründen oder wenn eine Geschäftsaufgabe während des gesetzlichen Mutterschutzes erfolgt.¹² Bei einer Betriebsaufgabe aus wirtschaftlichen Gründen wird aber regelmäßig schwer aufzuklären sein, ob unternehmerische Dispositionen oder konjunkturelle Faktoren ursächlich waren.

Zudem haben die Jobcenter und Sozialgerichte die anspruchsvolle Aufgabe, eine „echte“ selbständige Tätigkeit von einer nur vorgespiegelten Tätigkeit zu unterscheiden. Arbeitnehmer und Selbständige verfügen auch bei einer regelmäßigen Wochenarbeitszeit von geringer Stundenzahl über ein hieraus abgeleitetes Freizügigkeitsrecht. Da daneben (aufstockende) existenzsichernde Sozialleistungen ohne aufenthaltsrechtliche Auswirkungen bezogen werden können und dies ein praktisch häufig auftretendes Phänomen ist,¹³ besteht Anlass zu sorgfältiger Prüfung, ob die angegebene Tätigkeit tatsächlich vorliegt. Die Weisungen der Bundesagentur für Arbeit sehen vor, dass neben der Gewerbe- und steuerlichen Anmeldung die Einnahmen und Ausgaben zu überprüfen sowie Nachweise zur Beschaffung des Betriebsvermögens und der

Betriebsausstattung zu verlangen sind. Erschwert wird die Sachaufklärung dadurch, dass das für die Auslegung des Begriffs des Selbständigen im deutschen FreizügG/EU maßgebende EU-Recht keine allgemeine Definition des Selbständigen enthält. Der EuGH definiert diesen Begriff als die tatsächliche Ausführung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung auf unbestimmte Zeit. Die Tätigkeit muss tatsächlich ausgeübt werden, eine Teilnahme am Wirtschaftsleben darstellen und darf – in Anlehnung an die Kriterien zu Arbeitnehmerfreizügigkeit – nicht „völlig untergeordnet und unwesentlich sein“.¹⁴

E. Bewertung

Nach einer Reihe von Entscheidungen, in denen der EuGH zugunsten des Interesses der Mitgliedstaaten an einem Schutz ihrer sozialen Sicherungssysteme entschieden hat, fördert der EuGH mit seiner aktuellen Entscheidung eine Unterstützung von selbständig tätigen Unionsbürgern in Not. In der Argumentation wird überraschend deutlich herausgestellt, welche Gruppen von Unionsbürgern einen Schutz gegen den Verlust ihrer Aufenthaltsrechte im Wohnsitzmitgliedstaat und Anspruch auf Einbeziehung in dessen Sozialsystem „verdienen“ und welche nicht.¹⁵ Soweit darauf verwiesen wird, dass eine andere Auslegung des Art. 7 Abs. 3 Buchst. b) Richtlinie 2004/38/EG zu einer Ungleichbehandlung von Arbeitnehmern und Selbständigen führe, die in gleicher Weise zur Finanzierung des Steuer- und Sozialsystems des Aufnahmemitgliedstaats beigetragen hätten (wobei die fragliche Tätigkeit unter Umständen in beiden Fällen gleich sein könne), überzeugt dies nur bedingt. Zwar sollte mit den europäischen Regelungen – so der EuGH – ein einheitlicher Status für Arbeitnehmer und Selbständige geschaffen werden. Bezogen auf eine Einbeziehung der Selbständigen in die Sozialversicherungssysteme und deren Finanzierung ist die Ausgangslage in den Mitgliedstaaten jedoch höchst unterschiedlich.

10 Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern vom 30.07.2004, BGBl. I 2004, 1950.

11 Vgl. Dienelt in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 12. Aufl. 2018, § 2 Rn. 110 zur bisherigen Begründung mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift.

12 Nr. 2.3.1.2 der Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Freizügigkeitsgesetz/EU vom 03.02.2016.

13 Vgl. Zuwanderungsmonitor des IAB 2/2018, S. 4 f. zur SGB II-Hilfequote bei Bulgaren/Rumänen in 11/2017 von 16,6 %, bei einem auffallend häufigen Anteil von 42,7 % der (erwerbsfähigen) rumänischen und bulgarischen Staatsangehörigen, die neben ihrer abhängigen oder selbständigen Erwerbstätigkeit SGB-Leistungen beziehen (10/2017).

14 Vgl. BSG, Urt. v. 03.12.2015 - B 4 AS 44/15 R Rn. 28 ff. m.w.N.

15 Kramer in: European Law Blog vom 10.01.2018 – „Hence it may be concluded that EU free movement law especially protects mobile Union citizen who ‚earn‘ their social rights by paying their way into their host welfare system“.

Dieselfahrzeuge raus aus den Städten? Das Urteil des BVerwG

VRiVGH a.D. Dr. Rainer Schenk

A. Einleitung

Der Dieselmotor ist in Verruf geraten, weil er NO₂ emittiert. NO₂ soll gesundheitsschädlich sein. Grenzwerte, vor allem der Jahresmittelwert von 40 µg/m³, werden seit Jahren nicht eingehalten. Sind diese Grenzwerte überhaupt ernst zu nehmen? Haben wir diese Bescherung der EU zu verdanken? Ist es gerechtfertigt oder sogar geboten, bestimmte Straßenzüge oder gar ganze Innenstädte grds. für Kraftfahrzeuge mit Dieselantrieb zu sperren, obwohl dies alles andere als populär wäre? Diese Fragen haben die Rechtsprechung seit Jahren beschäftigt. Ein Instrument zur Einhaltung der Grenzwerte für NO₂ ist die Luftreinhalteplanung. U.a. in München, Düsseldorf und Stuttgart ist dieses Ziel bisher nicht erreicht worden. Dagegen haben in letzter Zeit vor allem Umweltverbände erfolgreich Klage zu den örtlichen Verwaltungsgerichten erhoben. Die Länder Baden-Württemberg und Nordrhein-Westfalen haben hiergegen Sprungrevision eingelegt. Das BVerwG hat hierüber am 27.02.2018 entschieden und die Revisionen überwiegend zurückgewiesen.¹ Im Folgenden wird dargestellt, welche Anspruchsgrundlagen für betroffene Anwohner im europäischen und im nationalen Recht in Betracht kommen, wie diese auszulegen und ob sie mit höherrangigem Recht vereinbar sind (B.). In einem zweiten Schritt geht es darum, ob es Ansprüche auf Fahrverbote für Dieselfahrzeuge geben kann, bejahendenfalls innerhalb welcher Grenzen (C.). Schließlich geht es darum, wie stattgebende Gerichtsurteile vollstreckt werden können (D.).

B. Anspruchsgrundlagen für die Betroffenen

Ausgangspunkt ist die Frage, welche materiell-rechtlichen Ansprüche die von Grenzwertüberschreitungen Betroffenen gegenüber dem Träger der Luftreinhalteplanung haben. Erst dann stellt sich die Frage, wie dieser einen Anspruch in Anbetracht des tatsächlichen und rechtlichen Umfelds erfüllen kann und muss. Das BVerwG geht in den Urteilen vom 27.02.2018 (7 C 26/16 und 7 C 30/17) von diesem Ansatz aus. Es stellt fest, dass Unionsrecht und Bundesrecht dazu verpflichten, durch in Luftreinhalteplänen enthaltene geeignete Maßnahmen den Zeitraum einer Überschreitung der geltenden Grenzwerte für NO₂ so kurz wie möglich zu halten. Diese Aussage lässt sich aus dem vorhandenen Normenbestand überzeugend ableiten.

I. Die Richtlinie 2008/50/EG

Grundlegend ist die Richtlinie 2008/50/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.05.2008 über Luftqualität

und saubere Luft in Europa (ABl. EG Nr. L 152, S. 1). In Art. 13 Abs. 1 UAbs. 2 Richtlinie 2008/50/EG heißt es: Die in Anhang XI Richtlinie 2008/50/EG festgelegten Grenzwerte u.a. für NO₂ dürfen von dem dort festgelegten Zeitpunkt an nicht mehr überschritten werden. Im Anhang XI Richtlinie 2008/50/EG festgelegter Zeitpunkt ist der 01.01.2010.² Es handelt sich hierbei um Immissionschutzrecht und insofern um eine Ergebnisverpflichtung.³ Der praktisch bedeutsamste Immissionsgrenzwert für NO₂ ist der Jahresmittelwert von 40 µg/m³.

Art. 22 Abs. 1 Richtlinie 2008/50/EG sah immerhin die Möglichkeit für die Mitgliedstaaten vor, ein Ersuchen zu stellen, die ursprünglich festgelegte Frist unter bestimmten Voraussetzungen zu verlängern, wenn die Grenzwerte u.a. für NO₂ bei Fristablauf nicht eingehalten werden konnten.⁴ Die Frist konnte aber nur um höchstens fünf Jahre verlängert werden, also nicht über den 01.01.2015 hinaus. Der Mitgliedstaat hätte aufzeigen müssen, wie die Einhaltung der Grenzwerte vor Ablauf der neuen Frist erreicht werden kann. Davon hat Deutschland aus naheliegenden Gründen keinen Gebrauch machen können.

Aus Art. 23 Abs. 1 UAbs. 2 Satz 1 Richtlinie 2008/50/EG ergibt sich, dass ein Mitgliedstaat im Fall einer Überschreitung dieser Immissionsgrenzwerte, für die die Frist zur Erreichung bereits verstrichen ist, einen Luftqualitätsplan (= Luftreinhalteplan) erstellen muss. Dieser muss geeignete Maßnahmen enthalten, damit der Zeitraum der Nichteinhaltung so kurz wie möglich gehalten werden kann.⁵ Diese Bestimmung kennt keine Beschränkungen auf bestimmte Schadstoffe und auch keine zeitlichen Beschränkungen.⁶ Dies stellt nicht nur objektives Recht dar, sondern begründet subjektive Rechte für diejenigen, die unmittelbar von der Überschreitung betroffen sind, z.B. für Anwohner.⁷ Es

1 Der Inhalt der Urteile des BVerwG vom 27.02.2018 (7 C 26/16 und 7 C 30/17) kann bisher allein der Presseerklärung des BVerwG PM Nr. 9/2018 vom 27.02.2018 entnommen werden. Die vollständigen Urteilsgründe lagen zum Redaktionsschluss noch nicht vor.

2 Vgl. dazu EuGH, Urt. v. 19.11.2014 - C-404/13 Rn. 25.

3 Vgl. LAI-Ausschuss Luftqualität/Wirkungsfragen/Verkehr, Ausarbeitung „Handlungsbedarf und -empfehlungen zur Einhaltung der NO₂-Grenzwerte“, Stand: 16.02.2016, www.lai-immissionschutz.de/documents/handlungsbedarf_2_1503573109.pdf, S. 8.

4 Vgl. dazu auch EuGH, Urt. v. 19.11.2014 - C-404/13 Rn. 27.

5 Vgl. dazu auch EuGH, Urt. v. 19.11.2014 - C-404/13 Rn. 41, 53.

6 EuGH, Urt. v. 19.11.2014 - C-404/13 Rn. 48.

7 VGH München, Urt. v. 18.05.2006 - 22 BV 05/2462.

gibt auch an verkehrsreichen Straßen nicht selten Randbebauung mit Anwohnern; bspw. sollen allein in Berlin 26.400 Anwohner von Grenzwertüberschreitungen betroffen sein.⁸

Natürliche oder juristische Personen, die unmittelbar von der Überschreitung der Grenzwerte betroffen sind, müssen schon im Interesse eines effektiven Gesundheitsschutzes in der Lage sein, bei den nationalen Behörden – ggf. unter Anrufung der zuständigen Gerichte – zu erwirken, dass ein Luftqualitätsplan (Luftreinhalteplan) im Einklang mit Art. 23 Abs. 1 UAbs. 2 erstellt wird.⁹ Das BVerwG hat diese Rechtsstellung im vor allem wegen seiner Begründung umstrittenen Urteil vom 05.09.2013¹⁰ auf anerkannte Umweltverbände erweitert. Dies ergibt sich nunmehr wohl auch aus § 1 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. a) UmwRG und Anlage 5 Nr. 2.2 zum UVPG für Luftreinhaltepläne, die für Entscheidungen über die Zulässigkeit von Vorhaben einen Rahmen setzen und daher einer strategischen Umweltprüfung bedürfen (§ 35 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 UVPG). Für die Rahmensetzung soll es nach den Intentionen des Gesetzgebers ausreichen, wenn lediglich eine innenrechtliche Bindung besteht, die bei der Vorhabenzulassung zu berücksichtigen ist, sei es auch nur im Wege einer sachgerechten und willkürfreien Koordinierung.¹¹ Dies wird bei Luftreinhalteplänen regelmäßig zu bejahen sein, obwohl die Grenzwerte der 39. BImSchV nicht Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für die Zulassung von Einzelvorhaben sind.¹² Es lag in der Absicht des Gesetzgebers, dem Urteil des BVerwG vom 05.09.2013 Rechnung zu tragen.¹³

Was den Inhalt des Plans angeht, folgt aus Art. 23 Abs. 1 UAbs. 2 Richtlinie 2008/50/EG, dass die Mitgliedstaaten bei der Festlegung der zu erlassenden Maßnahmen zwar über einen gewissen Wertungsspielraum verfügen, es aber jedenfalls ermöglichen müssen, dass der Zeitraum der Nichteinhaltung der Grenzwerte so kurz wie möglich gehalten wird.¹⁴ Art. 23 Abs. 2 Richtlinie 2008/50/EG, wonach die Übereinstimmung mit anderen Plänen – soweit machbar – sicherzustellen ist, die emissionsbezogen ansetzen, nimmt die großräumige Hintergrundbelastung in den Blick; dass dies zu einer „vorsichtigen Interpretation des Begriffs des Grenzwerts“ führen soll,¹⁵ haben bisher weder der EuGH noch sonst ein Gericht angenommen. Dies ist auch nicht naheliegend, wie das Beispiel der TA Luft zeigt, wo die Berücksichtigung der (auch großräumigen) Vorbelastung nichts an der Maßgeblichkeit der Immissionswerte für die Genehmigungsfähigkeit einer lokalen Anlage ändert (vgl. Nr. 4.7.1 der TA Luft).

II. Die Umsetzung in nationales Recht

Die Umsetzung in nationales Recht ist in § 47 Abs. 1 Satz 1, Satz 3 BImSchG und § 27 Abs. 2 i.V.m. § 3 und § 4 der 39. BImSchV (Rechtsverordnung nach § 48a BImSchG) erfolgt. Insofern bestehen keine Unterschiede zwischen nationalem und europäischem Recht.

III. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

Dieses Regelungskonzept verstößt nicht gegen höherrangiges Recht, etwa EU-Primärrecht. Der unionsrechtlich gewollte effektive Schutz vor NO₂ wird als solcher allgemein als für die menschliche Gesundheit erforderlich angesehen. NO₂ wirkt als Reizgas direkt auf die Atemwege sowie auf die Augen. Akut treten Hustenreiz, Atembeschwerden und Augenreizung auf. Die Aufnahme über die Atmung kann unter Schädigung der Atemwege zu weiteren Störungen führen. Eine Zunahme von Herz- und Kreislauferkrankungen wird beobachtet.¹⁶ Eine nicht nur kurzfristige, sondern dauerhafte Exposition ist auch dann für die menschliche Gesundheit schädlich, wenn die Alarmschwelle gem. Art. 2 Nr. 10 und Art. 24 Abs. 1 Satz 1 Richtlinie 2008/50/EG nicht überschritten wird. Darin liegt kein Wertungswiderspruch. Denn bei deren Überschreitung bestehen definitionsgemäß schon bei kurzfristiger Exposition Gesundheitsrisiken. Die EU hat dieses Ziel nicht etwa unter Verstoß gegen Art. 191 Abs. 2 und 3 AEUV einseitig nur bei der Regelung der Luftqualitätsplanung, sondern auch bei der Regelung der Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen verfolgt (Verordnung [EG] Nr. 715/2007 vom 20.06.2007 – 6. Erwägungsgrund). Die EU hat mit dieser Verordnung auch angestrebt, dass sich die Grenzwerte auf das tatsächliche Verhalten der Fahrzeuge bei ihrer Verwendung beziehen (Art. 5 Abs. 1 und 12. Erwägungsgrund). Sie hat die Verwendung von Abschaltvorrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, grds. untersagt (Art. 5 Abs. 2).¹⁷

IV. Die Vorgabe, den Zeitraum der Nichteinhaltung so kurz wie möglich zu halten

Dem EuGH scheint insofern vorzuschweben, dass nur höhere Gewalt im Sinne von zeitweisen unüberwindlichen Schwierigkeiten die Nichteinhaltung der Grenzwerte rechtfertigen kann, aber nur so lange, als dies zur Ausräumung dieser Schwierigkeiten erforderlich ist.¹⁸ Das BVerwG hat im Urteil vom 05.09.2013¹⁹ von einem Minimierungsgebot gesprochen, das nach Maßgabe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit einzuhalten sei. In den Urteilen vom 27.02.2018 –

8 Salomon/Dross/Hornberg, Immissionsschutz 1/2017, 18, 20.

9 EuGH, Ur. v. 19.11.2014 - C-404/13 Rn. 55, 56; VGH München, Ur. v. 18.05.2006 - 22 BV 05/2462 für Feinstaub PM Nr. 10.

10 BVerwG, Ur. v. 05.09.2013 - 7 C 21/12.

11 BT-Drs. 18/9526, S. 34.

12 BVerwG, Ur. v. 24.10.2013 - 7 C 36/11.

13 BT-Drs. 18/9526, S. 24, 35.

14 EuGH, Ur. v. 19.11.2014 - C-404/13 Rn. 57.

15 Linnartz, UPR 2017, 86, 88.

16 Vgl. Internetseite des Umweltbundesamts, Stand: 04.09.2013.

17 Vgl. dazu Führ, NVwZ 2017, 265, 266.

18 EuGH, Ur. v. 19.12.2012 - Rs. C-68/11 Rn. 63.

19 BVerwG, Ur. v. 05.09.2013 - 7 C 21/12 Rn. 59.

7 C 26/16 und 7 C 30/17 – stellt das BVerwG die Bedeutung dieses Grundsatzes bei der Luftreinhalteplanung ebenfalls heraus.²⁰ Die Rechtsprechung des VGH München hat hierzu auf die notwendige Gewichtung der betroffenen Rechtsgüter hingewiesen. Der Schutz der Rechtsgüter Leben und Gesundheit der von den Immissionen betroffenen Wohnbevölkerung (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) ist grds. höher zu gewichten als die dagegen abzuwägenden Rechtsgüter Eigentum und allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG, Art. 2 Abs. 1 GG) der von den ergriffenen Maßnahmen Betroffenen.²¹ Der VGH München hat sich hierzu auf die Rechtsprechung des BVerfG zum Rang des menschlichen Lebens als oberstem Verfassungswert berufen. Richtiger wäre es wohl gewesen, das nationale Recht, das auf zwingenden Vorgaben des EU-Rechts beruht, nicht am Maßstab des Grundgesetzes, sondern an dem des EU-Primärrechts zu messen.²² Dies wären hier die Art. 2 f. bzw. Art. 15 ff. GRCH. Dies würde aber wohl zu keiner anderen Betrachtungsweise führen.

An diesem Minimierungsgebot muss sich die Entscheidung der Behörde ausrichten. Erforderlich ist eine Bewertung der zur Emissionsminderung geeigneten und verhältnismäßigen Maßnahmen gerade im Hinblick auf eine zeitnahe Verwirklichung der Luftqualitätsziele. Daraus kann sich eine Einschränkung des planerischen Ermessens ergeben, wenn allein die Wahl einer bestimmten Maßnahme eine baldige Einhaltung der Grenzwerte erwarten lässt. Ein Vorgehen in mehreren Stufen ist zulässig, unter Umständen sogar geboten, aber nur unter der Voraussetzung, dass sich dies auch unter Berücksichtigung des zeitlichen Moments rechtfertigen lässt.²³ Das Zeitmoment gewinnt desto mehr an Gewicht, je länger die Immissionsgrenzwerte bereits überschritten sind. Prinzipiell soll die Zielerreichung innerhalb eines Jahres gelingen.²⁴ Es könnte je nach den Umständen des Einzelfalls auch ein längerer Zeitraum sein, jedenfalls aber nicht mehr als fünf Jahre oder gar zehn bis 15 Jahre.

V. Rechtliche Grenzen für die Festlegung von Maßnahmen in einem Luftreinhalteplan

Das BVerwG betont in den Urteilen vom 27.02.2018, dass bei allen in einen Luftreinhalteplan aufgenommenen Maßnahmen sicherzustellen ist, dass der auch im Unionsrecht verankerte Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt bleibt.²⁵ Dies ergibt sich auch einfachgesetzlich aus der Rechtsnatur des Luftreinhalteplans.

1. Als Grenze muss jedenfalls die Verpflichtung der zuständigen Behörden aus § 40 Abs. 1 Satz 1 und § 47 Abs. 6 Satz 1 BImSchG gesehen werden, die in einen Luftreinhalteplan aufgenommenen Maßnahmen auch umzusetzen. Diese Verpflichtung kann sich nur auf im Wesentlichen materiell rechtmäßige und vollzugsfähige Maßnahmen beziehen.²⁶ Im Streitfall, wenn die Umsetzung einer solchen im Luftreinhalteplan enthaltenen Maßnahme angefochten wird,

müssten die Verwaltungsgerichte dies prüfen.²⁷ Außerdem kann das gesetzlich geforderte Einvernehmen der Straßenverkehrsbehörde bei straßenverkehrlichen Maßnahmen (§ 47 Abs. 4 Satz 2 BImSchG) nur bei deren Rechtmäßigkeit fachaufsichtlich erzwungen werden. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass die Einhaltung eines Immissionsgrenzwerts an einem Ort zwar zu einer Verschlechterung der Immissionsituation an einem anderen Ort, dort aber nicht zu einer Überschreitung dieses Immissionsgrenzwerts führen darf.

2. Der Wertungsspielraum des Trägers der Luftreinhalteplanung wird weiter durch § 47 Abs. 4 Satz 1 BImSchG eingegrenzt, der den unionsrechtlichen Prinzipien des Art. 191 Abs. 2 AEUV entspricht. Die Maßnahmen sind danach entsprechend den Verursacheranteilen und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gegen alle relevanten Emittenten zu richten.²⁸ Es ist also das Verursacherprinzip zu beachten. Ferner findet hier der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bereits einfachgesetzlich Ausdruck.

3. Der Wertungsspielraum des Trägers der Luftreinhalteplanung wird dann eher groß sein, wenn der betreffende Immissionsgrenzwert alternativ mit verschiedenen geeigneten Maßnahmen künftig bald eingehalten werden kann, also entweder mit der einen oder mit der anderen oder mit einer dritten Maßnahme oder mit einer Kombination von Teilen all dieser Maßnahmen. Entscheidend ist nur, dass die Summe der Minderungspotenziale der ergriffenen geeigneten Maßnahmen eine baldige Grenzwertunterschreitung herbeiführt.²⁹ Nur ein eingeschränkter Spielraum bleibt dem Träger der Luftreinhalteplanung jedoch dann, wenn alle tatsächlich und rechtlich möglichen Maßnahmen zusammen immer noch nicht ausreichen, um den betreffenden Immissionsgrenzwert künftig bald einzuhalten. Dasselbe gilt, wenn allein die Wahl einer bestimmten Maßnahme eine baldige Einhaltung der Grenzwerte erwarten lässt.³⁰

20 PM Nr. 9/2018 vom 27.02.2018 Abs. 8, 9.

21 VGH München, Beschl. v. 27.02.2017 - 22 C 16/1427 Rn. 101, 154.

22 BVerfG, Beschl. v. 04.10.2011 - 1 BvL 3/08 Rn. 46.

23 BVerwG, Urte. v. 05.09.2013 - 7 C 21/12 Rn. 60; BVerwG, Urte. v. 27.02.2018 - 7 C 26/16 und 7 C 30/17 - PM Nr. 9/2018 vom 27.02.2018 Abs. 8.

24 VG Stuttgart, Urte. v. 26.07.2017 - 13 K 5412/15 Rn. 159.

25 PM Nr. 9/2018 vom 27.02.2018 Abs. 8.

26 VGH München, Beschl. v. 27.02.2017 - 22 C 16/1427 Rn. 78.

27 BVerwG, Beschl. v. 11.07.2012 - 3 B 78/11.

28 VGH München, Urte. v. 18.05.2006 - 22 BV 05/2462.

29 Hilbert, DVBl. 2016, 1137, 1140.

30 BVerwG, Urte. v. 05.09.2013 - 7 C 21.12; LAI-Ausschuss Luftqualität/Wirkungsfragen/Verkehr, Ausarbeitung „Handlungsbedarf und -empfehlungen zur Einhaltung der NO₂-Grenzwerte“, Stand: 16.02.2016, www.lai-immissionsschutz.de/documents/handlungsbedarf_2_1503573109.pdf, S. 8 (zuletzt abgerufen am 25.03.2018).

C. Anspruch auf Fahrverbote für Dieselfahrzeuge?

Das BVerwG hat die Frage, ob es aufgrund von Immissionsgrenzwertüberschreitungen bei NO₂ einen Anspruch auf Fahrverbote für Dieselfahrzeuge geben kann, in den Urteilen vom 27.02.2018 im Grundsatz bejaht.³¹

I. Tatsächliche Grundannahmen

Dem Umweltbundesamt zufolge³² existieren Grenzwertüberschreitungen von 0 bis 10 µg/m³ bei über 40 % der verkehrsnahen Messstationen, bei ca. 15 % sind die Grenzwertüberschreitungen noch höher, teilweise wesentlich höher.

Festgestellt wurde ferner, dass dem mit Dieselfahrzeugen abgewickelten Straßenverkehr für die NO₂-Belastung der Luft herausragende Bedeutung zukommt.³³ Studien zeigen, dass lokaler Kraftfahrzeugverkehr und Verkehr aus dem städtischen Hintergrund zu 70 % bis 80 % Verursacher der NO₂-Immissionen sind und dass mindestens 80 % dieser NO₂-Immissionen von Dieselfahrzeugen hervorgerufen werden, davon etwa die Hälfte von Diesel-Pkw.

II. Rechtliche Folgerungen

1. Zusätzliche Maßnahmen müssen angesichts dieser Sachlage zwangsläufig am Verkehr mit Dieselfahrzeugen ansetzen, zum einen, um dem Verursacherprinzip des § 47 Abs. 4 Satz 1 BImSchG zu genügen, zum anderen, um den Zeitraum der Nichteinhaltung der Immissionsgrenzwertüberschreitungen so kurz wie möglich zu halten. Gravierend ins Gewicht fällt hier die bereits lange Dauer der Immissionsgrenzwertüberschreitungen. Seit dem 01.01.2010 sind mehr als acht Jahre vergangen. Die zusätzlichen Maßnahmen müssen daher zeitnah eingeleitet und stringent verwirklicht werden. Die Maßnahmen müssen schnell umsetzbar sein.³⁴ Es liegt eigentlich auf der Hand, dass man diesen Vorgaben nur dadurch gerecht werden kann, dass in besonders belasteten Gebieten das Verkehrsaufkommen von Dieselfahrzeugen gesenkt wird.³⁵ Hiervon gehen auch die Urteile des VG Düsseldorf und des VG Stuttgart in tatsächlicher Hinsicht aus, die Gegenstand der Revisionsverfahren waren, die zu den Urteilen des BVerwG vom 27.02.2018 geführt haben;³⁶ an diese tatsächlichen Feststellungen war das BVerwG gebunden (§ 187 Abs. 2 VwGO).

2. Es ist natürlich sachgerecht und ganz i.S.v. Art. 23 Abs. 2 Richtlinie 2008/50/EG und Art. 191 Abs. 2 AEUV und von § 47 Abs. 4 Satz 1 BImSchG, hier auch an kurzfristige Verbesserungen am Ursprung, also an der Fahrzeugflotte, mit Blick auf die NO₂-Emissionen zu denken. Die Verbesserung der tatsächlichen Effektivität der bei der Typgenehmigung erfolgten Emissionsbeschränkung ist ganz im Sinn der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 (vgl. 12. Erwägungsgrund). Die Frage ist nur, ob sich dies kurzfristig umsetzen lässt bzw. ob die Träger der Luftreinhalteplanung hierauf Einfluss nehmen können.

Der VGH München³⁷ hat insofern darauf hingewiesen, dass die Träger der Luftreinhalteplanung und die ihnen nachgeordneten Behörden selbst keinerlei Regelungsbefugnisse haben, mit deren Hilfe sie selbst auf den Schadstoffausstoß von Dieselfahrzeugen Einfluss zu nehmen vermögen. Eine Aufnahme in den Luftreinhalteplan als verbindliche Maßnahme dürfte daher nicht möglich, zumindest nicht effektiv sein.³⁸ Zudem kann die schnellstmögliche Einhaltung der NO₂-Grenzwerte nicht prognostiziert werden. Das Umweltbundesamt legt in der Veröffentlichung „Wirkung der Beschlüsse des Dieselpipfels auf die NO₂-Gesamtkonzentration“³⁹ unterschiedliche Szenarien zugrunde. Auch bei günstigsten Annahmen wird der Immissionsgrenzwert danach nur an wenigen Standorten eingehalten werden können, am besten noch durch Umstieg auf Neufahrzeuge der allerneuesten Schadstoffklasse „Euro 6d-TEMP“. Einer Pressemitteilung des BMUB vom 23.08.2017 zufolge erklärte die Präsidentin des Umweltbundesamts diese ungünstige Prognose damit, dass das Ausgangsniveau der Fahrzeuge viel zu schlecht sei. Euro-5-Diesel ohne Update stießen heute im Schnitt 906 mg Stickstoffoxide pro km aus, bei einem Grenzwert von 180 mg/km. Auch aktuelle Euro-6-Diesel stießen sechsmal mehr Stickstoffoxide aus dem Auspuff aus als zulässig.⁴⁰

3. Im Ergebnis bleibt nur die Schlussfolgerung, dass den Trägern der Luftreinhalteplanung andere Möglichkeiten als eine Verringerung der Zahl der Dieselfahrzeuge, die auf den zu hoch mit NO₂ belasteten Straßen bzw. in ihrem nächsten Umgriff verkehren, nicht zur Verfügung stehen, um das von Rechts wegen vorgegebene Ziel schnellstmöglich zu erreichen. Ein Verkehrsverbot für die Kraftfahrzeuge mit Dieselmotoren unterhalb der Schadstoffklasse Euro 6 wird in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung als derzeit einzige

31 PM Nr. 9/2018 vom 27.02.2018 Abs. 1.

32 Veröffentlichung „Wirkung der Beschlüsse des Dieselpipfels auf die NO₂-Gesamtkonzentration“, Stand: 18.08.2017, www.bmub.bund.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Luft/dieselpipfel_wirkungen_bf.pdf (zuletzt abgerufen am 25.03.2018).

33 VGH München, Beschl. v. 27.02.2017 - 22 C 16/1427 Rn. 116 f.

34 VGH München, Beschl. v. 27.02.2017 - 22 C 16/1427 Rn. 120.

35 LAI-Ausschuss Luftqualität/Wirkungsfragen/Verkehr, Ausarbeitung „Handlungsbedarf und -empfehlungen zur Einhaltung der NO₂-Grenzwerte“, Stand: 16.02.2016, www.lai-immissionsschutz.de/documents/handlungsbedarf_2_1503573109.pdf, S. 2 Kernsatz 8 Teil 1.

36 VG Düsseldorf, Urt. v. 13.09.2016 - 3 K 7695/15 Rn. 43, 44 und VG Stuttgart, Urt. v. 26.07.2017 - 13 K 5412/15 Rn. 234 bis 238.

37 VGH München, Beschl. v. 27.02.2017 - 22 C 16/1427 Rn. 143.

38 VG Stuttgart, Urt. v. 26.07.2017 - 13 K 5412/15 Rn. 310.

39 Veröffentlichung „Wirkung der Beschlüsse des Dieselpipfels auf die NO₂-Gesamtkonzentration“, Stand: 18.08.2017, www.bmub.bund.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Luft/dieselpipfel_wirkungen_bf.pdf (zuletzt abgerufen am 25.03.2018).

40 www.bmub.bund.de/pressemitteilung/diesel-pkw-software-updates-reichen-nicht-aus-fuer-saubere-luft/ (zuletzt abgerufen am 25.03.2018).

Luftreinhalteplanmaßnahme zur schnellstmöglichen Einhaltung der überschrittenen Immissionsgrenzwerte angesehen.⁴¹

4. Das BVerwG hat auf der Grundlage der tatsächlichen Feststellungen in den Urteilen der Vorinstanzen deren rechtliche Schlussfolgerung nicht beanstandet, dass Fahrverbote für Dieselfahrzeuge rechtlich geboten sein können, betont aber auch in diesem Zusammenhang die Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Das BVerwG konkretisiert diesen dahin gehend, dass hinsichtlich der Umweltzone Stuttgart eine phasenweise Einführung von Verkehrsverboten zu prüfen ist, die in einer ersten Stufe nur ältere Fahrzeuge (etwa bis zur Abgasnorm Euro 4) betrifft. Noch konkreter wird die Vorgabe bezüglich der Fahrzeuge der Schadstoffklasse Euro 5. Verkehrsverbote vor dem 01.09.2019 wären danach bei dieser Schadstoffklasse unverhältnismäßig. Die zugrunde liegende Überlegung stellt offenbar darauf ab, dass bis dahin vier Jahre seit der Einführung der Abgasnorm Euro 6 vergangen sind. Außerdem sind gruppenbezogene Ausnahmen erforderlich.⁴²

III. Verbleibende Gestaltungsspielräume für die Träger der Luftreinhalteplanung

Das vom BVerwG im Wesentlichen für zutreffend gehaltene Urteil des VG Stuttgart ist so zu verstehen, dass ein vollständiger Verzicht auf Verkehrsverbote für Kraftfahrzeuge mit Dieselmotoren unterhalb der Schadstoffklasse Euro 6 in der Umweltzone Stuttgart rechtlich nicht zulässig ist. Ein vollständiges Absehen von Verkehrsverboten für Dieselfahrzeuge auf von Immissionsgrenzwertüberschreitungen betroffenen Straßenabschnitten hält auch der VGH München allenfalls in atypisch gelegenen Ausnahmefällen für zulässig.⁴³ Eher denkbar ist möglicherweise ein Verzicht auf Verkehrsverbote bei der modernsten Schadstoffklasse „6d-TEMP“,⁴⁴ eventuell auch ein abgestufter vorläufiger Verzicht auf Verkehrsverbote bei den Schadstoffklassen Euro 5 und 6.⁴⁵ Für die Ausgestaltung im Einzelnen sind den bisher vorliegenden Gerichtsentscheidungen keine zwingenden rechtlichen Vorgaben zu entnehmen. Es handelt sich um planerisches Gestalten und damit um eine Aufgabe, für die Träger der Luftreinhalteplanung besser gerüstet sind als die Verwaltungsgerichte.⁴⁶ Das BVerwG hält lediglich die phasenweise Einführung von Verboten und gruppenbezogenen Ausnahmen namentlich, aber nicht nur für Handwerker für zwingend geboten.⁴⁷ Der VGH München spricht wiederholt von der gebotenen Erstellung eines Konzepts.⁴⁸ Eine genaue Bestimmung der gruppenbezogenen Ausnahmen hat die Rechtsprechung unterlassen, wohl im Hinblick auf die Anerkennung der Gestaltungsspielräume der Verwaltung. Auch im Individualinteresse könnten nach Ansicht des VGH München aus Gründen der Verhältnismäßigkeit Einzel-Ausnah-

men geboten sein.⁴⁹ Schließlich hat der VGH München auf die Bedeutung der Öffentlichkeitsbeteiligung nach § 47 Abs. 5 Satz 2, Abs. 5a Sätze 1 bis 4 BImSchG hingewiesen und die Notwendigkeit von deren Würdigung bei der endgültigen Fassung des Konzepts betont.⁵⁰ Einer Öffentlichkeitsbeteiligung korrespondiert aber eine zumindest eingeschränkte Ergebnisoffenheit (§ 47 Abs. 5a Satz 4 BImSchG).

IV. Rechtliche Umsetzbarkeit von Verkehrsverboten

1. Es bleibt die Frage nach der rechtlichen Möglichkeit der Beschilderung von Verkehrsverboten für Dieselfahrzeuge mithilfe des gegenwärtigen Instrumentariums der StVO; der Ordnungsgeber – das ist nach § 6 Abs. 1 StVG der BMV – wird angesichts der Unpopularität solcher Maßnahmen in absehbarer Zeit wohl nicht tätig werden. Diese rechtliche Möglichkeit hat das BVerwG⁵¹ wie zuvor schon das VG Düsseldorf⁵² und das VG Stuttgart⁵³ bejaht. Heranziehbar sind Regelungen (innerhalb und außerhalb von Umweltzonen) § 40 Abs. 1 Satz 1 BImSchG und § 45 Abs. 4 Halbsatz 1 StVO, ferner insbesondere das Zeichen 251 aus der Anlage 2 zu § 41 StVO mit Zusatzzeichen nach § 39 Abs. 3 StVO „gilt nur für Diesel“. Zudem könnte die Angabe abstrakt-genereller gruppenbezogener Ausnahmen erforderlich werden. Die vom VGH München im Beschluss vom 27.02.2017⁵⁴ aufgezählten Zweifelsfragen stehen im Zusammenhang mit der dortigen Prozesssituation eines Vollstreckungsverfahrens. Im Erkenntnisverfahren lassen sich solche Fragen wohl eher im Sinn einer europarechtskonformen Lösung entscheiden. Zumal der VGH München ausgeführt hat, dass es schlechthin ausgeschlossen sei, dass alternativlos gebotene Schutzmaßnahmen deswegen unterbleiben, weil die StVO keine für deren Umsetzung geboten

41 VGH München, Beschl. v. 27.02.2017 - 22 C 16/1427 Rn. 121, 141, 150; VG Düsseldorf, Ur. v. 13.09.2016 - 3 K 7695/15 Rn. 43; VG München, Ur. v. 21.06.2016 - M 1 K 15/5714; VG Stuttgart, Ur. v. 26.07.2017 - 13 K 5412/15 Rn. 305 f.

42 PM Nr. 9/2018 vom 27.02.2018 Abs. 8.

43 VGH München, Beschl. v. 27.02.2017 - 22 C 16/1427 Rn. 154.

44 www.bmub.bund.de/pressemitteilung/diesel-pkw-software-updates-reichen-nicht-aus-fuer-saubere-luft/, aufgerufen am 01.10.2017.

45 www.bmub.bund.de/pressemitteilung/diesel-pkw-software-updates-reichen-nicht-aus-fuer-saubere-luft/, aufgerufen am 01.10.2017.

46 BVerwG, Ur. v. 05.09.2013 - 7 C 21/12 Rn. 11.

47 PM Nr. 9/2018 vom 27.02.2018.

48 VGH München, Beschl. v. 27.02.2017 - 22 C 16/1427 Rn. 185 ff.

49 VGH München, Beschl. v. 27.02.2017 - 22 C 16/1427 Rn. 160.

50 VGH München, Beschl. v. 27.02.2017 - 22 C 16/1427 Rn. 193 f.

51 PM Nr. 09/2018 vom 27.02.2018.

52 VG Düsseldorf, Ur. v. 13.09.2016 - 3 K 7695/15 Rn. 43, 44.

53 VG Stuttgart, Ur. v. 26.07.2017 - 13 K 5412/15 Rn. 247 ff.

54 VGH München, Beschl. v. 27.02.2017 - 22 C 16/1427 Rn. 170 bis Rn. 179.

tene Verkehrszeichen kennt.⁵⁵ Das VG Stuttgart sieht dies ähnlich.⁵⁶

2. Der Vollzug solcher Verbote ist zwar gegenüber einer Plakettenregelung deutlich erschwert. Dies führt allerdings nach Auffassung z.B. des BVerwG und des VGH München nicht zur Rechtswidrigkeit der Regelung.⁵⁷ Mangelnde Eignung wegen fehlender Überwachbarkeit und daher weitgehender Nichtbeachtung ist zu verneinen. Die verbleibenden Kontrollmöglichkeiten⁵⁸ und die nicht zu unterschätzende Appellfunktion reichen aus, um die Förderlichkeit der Maßnahme für den angestrebten Zweck der schnellstmöglichen substanzialen Verbesserung der Luftqualität zu bejahen.

Das BVerwG hat allerdings die 35. BImSchV (Verordnung zur Kennzeichnung der Kraftfahrzeuge mit geringem Beitrag zur Schadstoffbelastung) so ausgelegt, dass zonen- wie streckenbezogene Verkehrsverbote speziell für Dieselfahrzeuge bei der Luftreinhalteplanung nur nach den Maßgaben der 35. BImSchV möglich sind (Plakettenregelung).⁵⁹ Gestützt auf die Ermächtigungsnorm des § 40 Abs. 3 BImSchG regelt die 35. BImSchV abschließend die Zuordnung von Kraftfahrzeugen zu Schadstoffgruppen und die darauf beruhende Befreiung von Verkehrsverboten (§ 1 Abs. 1 Satz 1, § 2 der 35. BImSchV). Ziel der 35. BImSchV ist nach der amtlichen Begründung die Schaffung einer bundeseinheitlichen Regelung für die Kennzeichnung von Kraftfahrzeugen entsprechend ihrem Schadstoffausstoß. Außerdem soll die Überwachung erleichtert werden.⁶⁰ Das BVerwG hat allerdings im Hinblick auf den Anwendungsvorrang des Unionsrechts diese Einschränkung für unanwendbar gehalten,⁶¹ insofern also eine Direktwirkung oder unmittelbare Wirkung der Richtlinie 2008/50/EG, soweit sie NO₂-Emissionen regelt, im Verhältnis der Betroffenen zum staatlichen Träger der Luftreinhalteplanung zugrunde gelegt. Eine solche Direktwirkung oder unmittelbare Wirkung würde zwar bei rein belastenden Verwaltungsakten im zweipoligen Verhältnis oder im Rechtsverhältnis zwischen Bürgern untereinander auf Bedenken stoßen, kann aber im wie hier dreipoligen Verhältnis auch zum Nachteil Dritter, nämlich der Verkehrsteilnehmer, hingenommen werden.⁶² Abgesehen davon käme wohl auch eine unionsrechtskonforme Auslegung der 35. BImSchV in Betracht.

D. Vollstreckung stattgebender Urteile

Wenn der Träger der Luftreinhalteplanung die Vorgaben des Urteils gar nicht oder – nach Ansicht der Klagepartei – unzureichend umgesetzt hat, stellt sich die Frage, wie dieses Urteil durchgesetzt werden kann. In erster Linie ist an § 172 VwGO zu denken. Danach kann das Vollstreckungsgericht gegen den Träger der Luftreinhalteplanung ein Zwangsgeld bis 10.000 € androhen, nach fruchtlosem Fristablauf festsetzen und von

Amts wegen vollstrecken, ggf. auch mehrmals. § 172 VwGO betrifft unmittelbar nur die Vollstreckung von Verpflichtungen in Zusammenhang mit einem Verwaltungsakt. § 172 VwGO ist hier jedoch analog anwendbar. Es steht ein vom Gesetzgeber nicht bedachtes planerisches Handeln inmitten, das Ähnlichkeiten mit planerischen Entscheidungen mit VA-Charakter aufweist. § 172 VwGO soll die öffentliche Verwaltung gerade in komplexen Vollstreckungsverfahren schützen. Wenn er nicht anwendbar wäre, käme über § 167 Abs. 1 VwGO die Vorschrift des § 888 ZPO (Vollstreckung nicht vertretbarer Handlungen) zur Anwendung.⁶³ Dieser sieht die Festsetzung eines Zwangsgeldes bis 25.000 € oder Zwangshaft vor. Unter bestimmten Voraussetzungen ist § 888 ZPO zwingend anzuwenden. Wenn § 172 VwGO als Vollstreckungsinstrument nicht ausreicht, gebietet nämlich Art. 19 Abs. 4 GG den Rückgriff auf die zivilprozessualen Vorschriften. Dies setzt nach Auffassung des BVerwG voraus, dass etwa aufgrund vorangegangener Erfahrungen, eindeutiger Bekundungen oder mehrfacher erfolgloser Zwangsgeldandrohungen klar erkennbar ist, dass die Behörde auch unter dem Druck des Zwangsgeldes nicht einlenkt.⁶⁴ Nach Auffassung des VG München muss zudem zuvor das Instrumentarium des § 172 VwGO durch wiederholte Androhungen, Festsetzungen und Beitreibungen von Zwangsgeldern ausgeschöpft werden. Im Fall des Münchener Luftreinhalteplans liegen diese Voraussetzungen nach Einschätzung des VG München „noch“ nicht vor.⁶⁵

E. Fazit

Nach alledem ist das Instrument des umweltzonenbezogenen oder streckenbezogenen Verkehrsverbots für Fahrzeuge mit Dieselmotoren jedenfalls für eine Übergangszeit dem Grunde nach rechtlich möglich und – jedenfalls in gewissem Umfang – rechtlich unvermeidlich. Ob die Träger der Luftreinhalteplanung dieser Notwendigkeit entsprechend handeln werden, wie dies dem Rechtsstaatsprinzip entsprechen würde, ist jedoch zumindest ungewiss. Denn hier tritt in besonderer Weise eine Diskrepanz zutage zwischen der nicht zuletzt unionsrechtlich begründeten Rechtslage und dem Rechtsempfinden weiterer Teile der Bevölkerung.

55 VGH München, Beschl. v. 27.02.2017 - 22 C 16/1427 Rn. 184; ähnlich Rn. 163.

56 VG Stuttgart, Ur. v. 26.07.2017 - 13 K 5412/15 Rn. 275.

57 BVerwG PM Nr. 9/2018 vom 27.02.2018 Abs. 10; VGH München, Beschl. v. 27.02.2017 - 22 C 16.1427 Rn. 155.

58 VGH München, Beschl. v. 27.02.2017 - 22 C/16.1427 Rn. 155.

59 PM Nr. 9/2018 vom 27.02.2018 Abs. 5.

60 BR-Drs. 162/06, S. 20 f.

61 PM Nr. 9/2018 vom 27.02.2018 Abs. 5.

62 Ähnlich wie im UVP-Recht vgl. EuGH Slg. 1995-1-2189.

63 VGH München, Beschl. v. 27.02.2017 - 22 C 16/1427 Rn. 67 a.E.

64 BVerfG, Beschl. v. 04.10.2011 - 1 BvL 3/08 Rn. 46.

65 VG München, Beschl. v. 29.01.2018 - M 19 X 17/5464 Rn. 39.

Parlamentarischer Informationsanspruch und öffentliche Unternehmen

BVerfG, Urt. v. 07.11.2017 - 2 BvE 2/11

RA Dr. Michael Kleiber und RA Dr. Jan Felix Sturm

A. Problemstellung

Die Kontrolle der Regierung ist neben der Gesetzgebung eine wesentliche Funktion von Parlamenten. Deswegen steht dem Deutschen Bundestag, seinen einzelnen Abgeordneten und Fraktionen gegenüber der Bundesregierung gem. Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG und Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG ein Frage- und Informationsrecht zu, dem grds. eine Antwortpflicht der Bundesregierung entspricht.¹ Der parlamentarische Informationsanspruch soll ebenso dazu dienen, dem Bundestag und den einzelnen Abgeordneten das für ihre Tätigkeit notwendige Wissen zu vermitteln.² Er bezieht sich allerdings nur auf Angelegenheiten, die in den Verantwortungsbereich der Bundesregierung fallen. Bislang ungeklärt war, ob der Bundestag von der Bundesregierung auch Informationen über Unternehmen in Privatrechtsform beanspruchen kann, die vollständig in Bundeshand liegen (Eigengesellschaften) oder an denen der Bund neben privaten Anteilseignern (gemischt-wirtschaftliche Unternehmen) mehrheitlich beteiligt ist.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Das BVerfG hat mit dem hier besprochenen Urteil diese Frage bejaht und überdies in verschiedener Hinsicht grundlegende Ausführungen zum parlamentarischen Informationsanspruch gemacht, die hier nur ausschnittsweise vorgestellt werden können. Anlass war ein durch mehrere Abgeordnete des Deutschen Bundestages sowie die Fraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN eingeleitetes Organstreitverfahren, in welchem die zum Teil gänzlich verweigerte und zum Teil unvollständige bzw. nicht öffentliche Beantwortung mehrerer parlamentarischer Anfragen zu Angelegenheiten der Deutschen Bahn AG und der Finanzmarktaufsicht in Rede standen.

Zu Beginn seiner Begründungserwägungen hebt das BVerfG zunächst die besondere Bedeutung des Informationsanspruchs des Bundestages für die parlamentarische Demokratie hervor und stellt in diesem Zusammenhang klar, dass der Anspruch auf die Beantwortung gestellter Fragen in der Öffentlichkeit angelegt sei. Jedoch könnten Geheimhaltungsinteressen der Bundesregierung den Grundsatz der Parlamentsöffentlichkeit beschränken. Die Beantwortung parlamentarischer Anfragen unter Anwendung der Geheimschutzordnung³ könne geeignet sein, als milderer Mittel (im Vergleich zu einer Antwortverweigerung) einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Fragerecht der Abgeordneten und konfligierenden Rechtsgütern zu schaffen. Bei Anwendung der Geheimschutzordnung sind Informationen nicht

zur Veröffentlichung in einer Bundestagsdrucksache bestimmt, sondern werden den Parlamentariern in der Geheimschutzstelle des Deutschen Bundestages mit einem bestimmten Geheimhaltungsgrad eingestuft zur Verfügung gestellt. Sie können nicht in den öffentlichen Meinungsbildungsprozess überspielt und vom Wähler nicht zur Grundlage seiner Wahlentscheidung gemacht werden. Wegen dieser Abweichungen vom Regelfall einer öffentlichen Beantwortung erlegt das BVerfG der Bundesregierung eine besondere Begründungspflicht auf, will sie die erfragten Informationen den Abgeordneten lediglich geheim zur Verfügung stellen.⁴

Im Kern seiner Entscheidung stellt das BVerfG sodann fest, dass sich das parlamentarische Informationsrecht nur auf Angelegenheiten beziehen könne, die dem Verantwortungsbereich der Bundesregierung unterliegen. Diesen Verantwortungsbereich bestimmt das BVerfG mit Blick auf Unternehmen, die mehrheitlich oder vollständig in Bundeshand liegen, weit: Zu ihm zählt nicht nur das Handeln der Bundesregierung bzw. nachgeordneter Behörden bei der Wahrnehmung von Einwirkungs- und Kontrollrechten. Vielmehr fallen ebenso sämtliche Tätigkeiten der Unternehmen selbst (und damit auch die unternehmerische Tätigkeit der zu 100 % vom Bund gehaltenen Deutschen Bahn AG) in den Verantwortungsbereich der Regierung.⁵ Das BVerfG geht damit über die bisherige Rechtsprechung verschiedener Landesverfassungsgerichte⁶ hinaus.

Einfachgesetzliche oder vertraglich vereinbarte Verschwiegenheitspflichten als solche können einem parlamentarischen Auskunftsbegehren nicht entgegengesetzt werden, weil die Grenzen des verfassungsrechtlich verbürgten parlamentarischen Informationsrechts ihren Grund im Verfassungsrecht haben müssen. Ebenso wenig lässt sich bei Unternehmen, die vollständig oder mehrheitlich vom Staat gehalten werden, ein auf Art. 12 GG gestützter Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen dem Informationsanspruch entgegenhalten. Denn solche Unternehmen können sich nicht auf materielle Grundrechte berufen.⁷

Allerdings stuft das BVerfG das Interesse des Staates am Schutz vertraulicher Informationen seiner (Beteiligungs-) Unternehmen als Staatswohlbelang ein. Den Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen von Eigengesellschaften bzw. gemischtwirtschaftlichen Unternehmen kommt damit letztlich

1 BVerfG, Beschl. v. 01.07.2009 - 2 BvE 5/06.

2 BVerfG, Urt. v. 18.07.1961 - 2 BvE 1/61; BVerfG, Beschl. v. 13.06.2017 - 2 BvE 1/15 Rn. 85.

3 Geheimschutzordnung des Deutschen Bundestages (Anlage 3 der GO BT, BGBl. I 1980, 1237), zuletzt geändert durch Beschluss des Bundestages vom 28.02.2013, BGBl. I, 548.

4 BVerfG, Urt. v. 07.11.2017 - 2 BvE 2/11 Rn. 200, 206, 209, 257 f.

5 BVerfG, Urt. v. 07.11.2017 - 2 BvE 2/11 Rn. 216, 220, 263, 303.

6 Vgl. VerfGH Sachsen, Beschl. v. 05.11.2009 - Vf. 133-I-08 Rn. 110; VerfGH Bayern, Entscheidung v. 26.07.2006 - Vf. 11-IVa-05 Rn. 422, 431.

7 BVerfG, Urt. v. 07.11.2017 - 2 BvE 2/11 Rn. 212 f., 238 ff.

doch Verfassungsrang zu, sodass sie das parlamentarische Informationsrecht grds. begrenzen können. Die Bundesregierung hat dem Bundestag die Voraussetzungen eines Informationsverweigerungsrechts allerdings substantiiert darzulegen. Insbesondere daran fehlte es bereits bei der Beantwortung mehrerer Fragen.⁸

Zum Umfang des Informationsanspruchs stellt das BVerfG fest, dass alle erfragten Informationen mitzuteilen sind, über die die Bundesregierung verfügt oder die sie mit zumutbarem Aufwand in Erfahrung bringen kann. Sie ist verpflichtet, die ihr zur Verfügung stehenden rechtlichen und faktischen Einwirkungsmöglichkeiten zur Informationsbeschaffung zu nutzen.⁹

Auf die Urteilspassagen zum Komplex der Finanzmarktaufsicht soll hier nur am Rande eingegangen werden: Auch die Finanzmarktaufsicht liegt im Verantwortungsbereich der Bundesregierung, soweit sie von nachgeordneten Behörden wie der BaFin (nicht aber der unabhängigen Bundesbank) ausgeübt wird. Eine Antwortverweigerung in diesem Bereich könne ggf. durch die nunmehr verfassungsgerichtlich anerkannten Staatswohlbelange der Funktionsfähigkeit staatlicher Aufsicht über Finanzinstitute, der Stabilität des Finanzmarktes und des Erfolgs staatlicher Stützungsmaßnahmen in der Finanzkrise gerechtfertigt werden. Auch insoweit scheiterte die streitgegenständliche Verweigerung bzw. nicht öffentliche Erteilung von Antworten aber meist an dem Erfordernis einer konkreten und nachvollziehbaren Darlegung des Ablehnungs- bzw. Geheimhaltungsgrundes.¹⁰

C. Kontext der Entscheidung

Bislang war anerkannt, dass sich der Verantwortungsbereich der Bundesregierung zumindest auf die Tätigkeit der ihr unmittelbar nachgeordneten Behörden erstreckt, bei denen der Regierung das fachaufsichtliche Instrumentarium aus umfassenden Informations- und unbeschränkten Weisungsrechten zur Verfügung steht.¹¹ Solche Kontroll- und Steuerungsmechanismen fehlen ihr bei öffentlichen Unternehmen, weswegen die Verantwortung der Regierung für öffentliche Unternehmen weniger eindeutig war. Nunmehr steht fest, dass auch sämtliche Tätigkeiten von Unternehmen, die sich vollständig oder mehrheitlich in der Hand des Bundes befinden, vom Verantwortungsbereich der Bundesregierung umfasst sind. Das Gericht greift zur Begründung dessen auf den Gedanken zurück, dass die Erfüllung von Aufgaben des Staates durch (vollständig oder mehrheitlich) in öffentlicher Hand liegende Unternehmen in Privatrechtsform der demokratischen Legitimation bedarf.¹² Auch Art. 87e GG, wonach die Eisenbahnen des Bundes „als Wirtschaftsunternehmen“ geführt werden, bedeutet keine Freistellung der unternehmerischen Tätigkeit der Deutschen Bahn AG von dem Erfordernis demokratischer Legitimation.¹³

Mit seiner Entscheidung setzt das BVerfG ferner seine Rechtsprechungslinie aus der Fraport- sowie der Atomausstieg-Ent-

scheidung¹⁴ fort, wonach Unternehmen, bei denen der Staat mehr als 50 % der Anteile hält, nicht grundrechtsfähig, sondern vielmehr grundrechtsgebunden sind. Dies gilt – entgegen einigen Stimmen in der Literatur¹⁵ – auch für die Deutsche Bahn AG, die weder grundrechtsberechtigt ist noch einen sonstigen abwehrrechtlichen Status gegenüber gemeinwohlorientierten Einwirkungen auf die Unternehmensführung besitzt.¹⁶

Die fehlende Grundrechtsfähigkeit hat allerdings nicht zur Folge, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse öffentlicher Unternehmen gänzlich schutzlos zu stellen. Denn am Schutz vertraulicher Informationen seiner Unternehmen hat der Staat ein verfassungsrechtlich anerkanntes öffentliches Interesse. Das BVerfG ordnet dieses Interesse dem Staatswohl zu, bemerkt jedoch zugleich, dass ein fiskalisches Interesse am Geheimnisschutz mit anderen Staatswohlbelangen wie der Bedrohung der Sicherheit oder gar des Bestandes des Bundes oder eines Landes vom Gewicht her nicht vergleichbar sei.¹⁷ Die Zuordnung des Geschäftsgeheimnisschutzes öffentlicher Unternehmen zur Fallgruppe des Staatswohls hat noch eine weitere Implikation: Bundesregierung und Bundestag ist das Staatswohl gemeinsam anvertraut. Der Bundestag ist kein außenstehender Dritter, vor dem Informationen zu Staatswohlzwecken geheimzuhalten sind.¹⁸ Dass der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sogar einer Auskunftserteilung unter Anwendung von Geheimschutzvorkehrungen entgegenstehen könnte, erscheint danach schwer vorstellbar.¹⁹

D. Auswirkungen für die Praxis

Der Bundesregierung wird es künftig noch schwerer fallen, auf parlamentarische Anfragen hin Informationen gar nicht

8 BVerfG, Ur. v. 07.11.2017 - 2 BvE 2/11 Rn. 256, 281 ff., 296, 301.

9 BVerfG, Ur. v. 07.11.2017 - 2 BvE 2/11 Rn. 249 f., 304.

10 Vgl. BVerfG, Ur. v. 07.11.2017 - 2 BvE 2/11 Rn. 309, 312, 330, 337, 345 f., 350, 356.

11 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 01.07.2009 - 2 BvE 5/06; BVerfG, Beschl. v. 13.06.2017 - 2 BvE 1/15 Rn. 90; BVerfG, Ur. v. 07.11.2017 - 2 BvE 2/11 Rn. 215.

12 BVerfG, Ur. v. 07.11.2017 - 2 BvE 2/11 Rn. 219. In Rn. 217 wird sogar unabhängig von der erfüllten Aufgabe die „Legitimationsbedürftigkeit erwerbswirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand“ angenommen.

13 BVerfG, Ur. v. 07.11.2017 - 2 BvE 2/11 Rn. 265 ff.

14 BVerfG, Ur. v. 22.02.2011 - 1 BvR 699/06; BVerfG, Ur. v. 06.12.2016 - 1 BvR 2821/11.

15 Vgl. G. Jochum, NVwZ 2005, 779, 781 m.w.N.

16 BVerfG, Ur. v. 07.11.2017 - 2 BvE 2/11 Rn. 269 ff.

17 BVerfG, Ur. v. 07.11.2017 - 2 BvE 2/11 Rn. 284.

18 BVerfG, Ur. v. 07.11.2017 - 2 BvE 2/11 Rn. 247.

19 Vgl. demgegenüber zur Möglichkeit, besonders geheimhaltungsbedürftige Informationen zu geheimdienstlichen Quellen vollständig zu verweigern, BVerfG, Beschl. v. 13.06.2017 - 2 BvE 1/15 Rn. 125. Danach erkennt das BVerfG die erhöhte Wahrscheinlichkeit der Informationsweitergabekauspähung, die auch bei Anwendung der Geheimschutzordnung unvermeidlich ist, durchaus an. Indes ist das Gewicht der Gründe bei Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen öffentlicher Unternehmen wohl in aller Regel geringer als bezüglich der genannten geheimdienstlichen Informationen.

bzw. nicht öffentlich mitzuteilen. Die insoweit vom BVerfG geschärften Begründungsanforderungen für Antwortverweigerungen bzw. für eine nicht öffentliche Beantwortung werden auch in den 16 Landesparlamenten auf Interesse stoßen.

E. Bewertung

Mit seiner Entscheidung stärkt das BVerfG das parlamentarische Fragerecht. Es zieht den Verantwortungsbereich der

Bundesregierung grds. weit und erstreckt ihn auf die Tätigkeit öffentlicher Unternehmen. Zugleich wird ein Antwortverhalten erschwert, das gewissermaßen schmallippig bzw. auf Grundlage der Geheimschutzordnung nicht öffentlich auf parlamentarische Anfragen antwortet. In Zeiten einer größer werdenden Zahl an Oppositionsparteien im Parlament bedeutet dies freilich auch einen erhöhten Aufwand für die Verwaltung, die zu erwartende zunehmende Anzahl an Anfragen angemessen zu beantworten.

Steuerrecht

„Quo vadis“ Steuerrecht?

MRBayStMFLH Dr. Thomas Eisgruber

Nachdem nun endlich eine neue Bundesregierung ihre Arbeit beginnt, stellt sich die Frage, welche steuerpolitischen Aufgaben sie sich als Aufgaben gestellt hat und welche sich ihr stellen werden.

A. Steuern im Koalitionsvertrag und andere Aufgaben

Im Koalitionsvertrag vom 07.02.2018¹ sind die steuerpolitischen Pläne im sechsten von insgesamt 14 Kapiteln, dort im 2. Unterpunkt mit dem Titel „Finanzen und Steuern“² dargelegt. Das ist leider nicht der einzige Ort, an dem steuerliche Maßnahmen niedergelegt sind. Manche steuerlichen Maßnahmen tauchen in Zusammenhang mit anderen Zielen auf, manche werden an verschiedenen Stellen wiederholt. Die Palette der Steuervorschläge reicht von ganz abstrakten Vorstellungen bis hin zu genau ausgearbeiteten Vorschlägen, für die bereits Haushaltswirkungen beziffert sind.

Dieser Beitrag versucht, die Aussagen steuertechnisch zu gliedern. Zudem wird versucht, weitere Gesetzgebungsmaßnahmen darzustellen, die unabhängig von den im Koalitionsvertrag vereinbarten Zielen notwendig sein werden.

B. Geplanten Veränderungen des Einkommensteuerarfs

I. Absenkung des Solidaritätszuschlags

Im die allgemeinen Ziele beschreibenden II. Kapitel („Eine neue Dynamik für Deutschland“) wird unter „Gute Arbeit, breite Entlastung und soziale Teilhabe sichern“ (Kapitel V)

die Abschaffung Solidaritätszuschlag als Ziel genannt, allerdings nur „in einem deutlichen ersten Schritt für rund 90 Prozent der Soli-Zahler“. Dies soll durch eine Freigrenze mit einer Gleitzone realisiert werden.

Im dem VI. Kapitel („Erfolgreiche Wirtschaft für den Wohlstand von morgen“) beigefügten Finanztableau ist diese Maßnahme mit 10 Mrd. € beziffert. Diese Pläne könnten allerdings durch die Rechtsprechung überholt werden. Für das Jahr 2007 hat der BFH³ die Fortgeltung noch als verfassungskonform betrachtet. Es wurde in diesem Urteil aber klargestellt, dass der Solidaritätszuschlag als Ergänzungsabgabe kein dauerhaftes Instrument der Umverteilung bleiben dürfe.⁴ Der Solidaritätszuschlag wird deshalb dann ver-

1 Ein neuer Aufbruch für Europa – Eine neue Dynamik für Deutschland – Ein neuer Zusammenhalt für unser Land – Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, Berlin, 07.02.2018 (Koalitionsvertrag 2018).

2 Koalitionsvertrag 2018, S. 66 – 71.

3 BFH, Urt. v. 21.07.2011 - II R 52/10.

4 Hidien/Tehler, StBW 2010, 458; Birk, FR 2010, 1002; Meßbacher-Hönsch, HFR, 2011, 1011.

jM-Reihe „Quo vadis...?“

Auf Grundlage des Koalitionsvertrags für die 19. Legislaturperiode zwischen CDU, CSU und SPD erscheinen – beginnend mit dieser Ausgabe – regelmäßig Übersichtsbeiträge in der jM über ausgewählte Gesetzgebungsvorhaben der Bundesregierung.

fassungswidrig, wenn sich die Verhältnisse, die für seine Einführung maßgebend waren, grundlegend ändern, etwa weil der mit der Erhebung verfolgte Zweck erreicht ist. Da seit dem für das Urteil des II. Senats maßgeblichen Veranlagungszeitraum bereits wieder elf Jahre vergangen sind, könnte diese Frage durchaus wieder Gegenstand eines Verfahrens werden.

II. Der Programmsatz „Keine Erhöhung der Steuerbelastung der Bürger“

Direkt nach den Ausführungen zum Solidaritätszuschlag folgt dann der Programmsatz „Keine Erhöhung der Steuerbelastung der Bürger“. Dies scheint zum einen eine seltsam unscheinbare Stelle für eine solche Aussage. Zum anderen wird sie durch andere Pläne, etwa die geplante Einführung einer Grundsteuer C, faktisch überschrieben. Sie gilt wohl auch nicht uneingeschränkt für Unternehmen. Denn die allgemeinen Forderungen zum Bereich Finanzen und Steuern wiederholen zwar die schrittweise Abschaffung des Soli, nicht aber das „Nichtsteuererhöhungsgebot“. Konkretisiert wird dies nur insoweit, als weiterhin alle zwei Jahre einen Bericht zur Entwicklung der kalten Progression vorgelegt werden soll und der Einkommensteuertarif im Anschluss entsprechend bereinigt. In diesem Zusammenhang soll auch eine Anpassung der pauschalen Steuerfreibeträge für Menschen mit einer Behinderung geprüft werden.

C. Internationale Maßnahmen

I. Allgemein

Ausdrücklich gilt das „Nichtsteuererhöhungsgebot“ nicht für große Konzerne. Namentlich Google, Apple, Facebook und Amazon sollen „gerecht besteuert“ werden.

Der Koalitionsvertrag hat die internationale Besteuerung klar im Visier. Die einzelnen Maßnahmen sind dabei aber in ihrer Zielrichtung nicht einheitlich. So werden zum einen Gefahren international gesehen, die wenig differenziert beschrieben werden. Als gemeinsam zu bekämpfen betrachtet man

- Steuerdumping,
- Steuerbetrug,
- Steuervermeidung und
- Geldwäsche.

Gegen Steuerbetrug und Steuervermeidung soll eine gerechte Besteuerung von Internetkonzernen umgesetzt werden, die Verhinderung von Steuerhinterziehung durch Schließung von Steuerschlupflöchern und Steueroasen umgesetzt werden. Als Mittel werden an späterer Stelle das Vorantreiben einer fiskalischen Kontrolle, der wirtschaftliche Koordinierung in der EU und der Eurozone sowie der Kampf gegen Steuerbetrug und aggressive Steuervermei-

dung genannt. Vorschläge aus den Mitgliedstaaten und von der EU-Kommission sollen dafür geprüft werden.

II. GKKB und Finanztransaktionsteuer

Neben diesen sehr vagen Aussagen enthält der Vertrag zwei klare Bekenntnisse:

- Die Unterstützung einer gemeinsamen, konsolidierten Bemessungsgrundlage (GKKB). Diese soll mit Mindestsätzen bei den Unternehmensteuern begleitet werden. Um dies umzusetzen, soll gemeinsam mit Frankreich eine Initiative ergriffen.
- Die Einführung einer substanziellen Finanztransaktionsteuer soll zum Abschluss gebracht werden.

III. BEPS und ATAD-Richtlinien

Ausdrücklich wird die BEPS-Initiative (Base Erosion and Profit Shifting) der OECD unterstützt, ohne einzelnen Maßnahmen dabei herauszugreifen. Daneben steht das Bekenntnis, die Verpflichtungen aus der EU-Anti-Steuervermeidungsrichtlinie⁵ umzusetzen. Dies ist nach Auffassung des Koalitionsvertrags „im Interesse des Standorts Deutschland“. Konkret genannt werden

- eine zeitgemäße Ausgestaltung der Hinzurechnungsbesteuerung,
- die Ergänzung der Hybridregelungen und
- die Anpassung der Zinsschranke.

Zu den ersten beiden Punkten gibt es bereits Bund-Länder-Arbeitsgruppen. Die Hinzurechnungsbesteuerung hat dabei insbesondere zwei offene Fragen:

- Soll der aktuell bestehende Aktivkatalog des § 8 Abs. 1 AStG durch einen Passivkatalog entsprechend der ATAD-Richtlinie (Anti-Tax Avoidance Directive) ersetzt werden? Dagegen wehren sich die Verbände vehement, allerdings nicht aus einem besonderen steuertheoretischen Grund, sondern aus der Tatsache, dass der ATAD-Katalog Dividenden den passiven Einkünften zurechnet und insofern sich der Status verschlechtern würde.
- Kann der Niedrigsteuersatz von 25 % nach § 8 Abs. 3 AStG fortgeführt werden? Dieses Problem besteht schon seit einiger Zeit. Es ist schwer vermittelbar, dass 25 % ein schädlicher Niedrigsteuersatz ist, wenn die Körperschaftsteuer nur 15 % beträgt und in einigen Gemeinden auch bei Berücksichtigung der Gewerbesteuer eine Belastung von 25 % nicht erreicht wird. Andererseits hat das Argument des drohenden Steuerausfalls eine entsprechende Anpassung verhindert. Es ist aber schwer vorstellbar, dass insbesondere nach der Absenkung des amerikanischen Steuersatzes durch die US-Tax-Reform der Satz von 25 % aufrechterhalten werden kann. Insofern ist es schwer ver-

5 Die im Koalitionsvertrag genannten Verpflichtungen ergeben sich aus der ersten ATAD-Richtlinie ([EU] 2016/1164).

ständig, dass diese Frage im Koalitionsvertrag unbeantwortet bleibt, obwohl die Ausgestaltung Hinzurechnungsbesteuerung ausdrücklich erwähnt wird.

Die Hybridregelungen sind wesentlich komplexer. Der Koalitionsvertrag geht davon aus, dass die bestehenden Regelungen, etwa § 4i und § 4j EStG, ergänzt werden müssen. Die bisherigen Arbeiten zeigen aber, dass die Problemlage sehr komplex ist. Die Umsetzung dieses Auftrags wird zu sehr komplizierten Diskussionen führen. Zudem wurde durch die ATAD 2⁶ bei den hybriden Regeln noch weitere Abgrenzungen vorgenommen. Dafür ist allerdings eine längere Umsetzungsfrist gewährt worden. Es wird aber sinnvoll sein, die Regelungen zu den hybriden in einem Gesetzesvorhaben umzusetzen.

Die Anpassung der Zinsschranke an die ATAD sind nur marginaler Natur.

D. Verfahrensrecht

Die Vorschläge verfahrensrechtlicher Natur bleiben alle vage. Viele Vorschläge betreffen die Kompetenzen der Länder. Die Aussage, dass man das Angebot an die Bürger für eine elektronische Kommunikation mit der Finanzverwaltung ausbauen will, ist nicht durch Gesetzesänderungen erreichbar. Theoretisch ginge diese allerdings bei der Absicht, die Einführung einer vorausgefüllten Steuererklärung für alle Steuerpflichtigen bis zum Veranlagungszeitraum 2021 anzustreben.

Allgemein will die neue Regierung einen gerechten Steuervollzug – von der Steuererhebung bis zur Steuerprüfung. Als konkreten Vorschlag wird allerdings nur genannt, dass sämtliche aus einer Straftat erlangten Vermögenswerte und alle rechtswidrigen Gewinne konsequent eingezogen werden sollen. Es ist nicht klar, wie dies durch das Steuerrecht geleistet werden soll.

Im Zusammenhang mit dem Bürokratieabbau wird das Streben nach zeitnahen Betriebsprüfungen genannt. Wie das umgesetzt werden soll, insbesondere in Anbetracht der Tatsache, dass die Betriebsprüfung in die Kompetenz der Länder fällt, wird nicht näher spezifiziert.

Überraschend findet auch das Bundeszentralamt für Steuern Erwähnung, dessen „Rolle“ gestärkt und weiterentwickelt werden soll. Eine Fortentwicklung soll hin zu einer zentralen Anlaufstelle für steuerliche Fragen und verbindliche Auskünfte für „Gebietsfremde“ werden.

E. Ertragsteuer

I. Gewinneinkünfte/Gewinnermittlung

1. Neuer § 6b für Landwirte?

Im IX. Kapitel „Lebenswerte Städte, attraktive Regionen und bezahlbares Wohnen“ soll es als Teil der „Wohnraum-

offensive“ für Landwirte offensichtlich eine Erweiterung des § 6b EStG geben.

Die Maßnahme enthält allerdings einige Fragezeichen. Für die Gewinnung von Wohnbauland von Landwirten sollen Reinvestitionsmöglichkeiten in den Mietwohnungsbau steuerlich wirksam sein. Das ist schwer einzuordnen. Denn Reinvestitionsbegünstigungen setzen voraus, dass im betrieblichen re-investiert wird. Wenn der Landwirt aber auf seinem landwirtschaftlichen Grund Mietwohnungen nur baut und anschließend vermietet, werden keine stillen Reserven aufgedeckt. Wenn er aber veräußert, reinvestiert er ja gerade nicht in Wohnraum. Die Maßnahme steht unter einem verfassungsrechtlichen Prüfungsvorbehalt.

2. GewSt bei Mieterstrommodellen

Im 3. Unterkapitel „Energie“ wird dargestellt, dass für Wohnungsbaugesellschaften Mieterstrommodelle ermöglicht werden soll. Bisher gefährdet eine solche Gesellschaft ihre gewerbesteuerliche Befreiung nach § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG, wenn sie selbst Strom (z.B. durch Solaranlagen) produziert, da sie dann nicht mehr ausschließlich eigenen Grundbesitz oder neben eigenem Grundbesitz eigenes Kapitalvermögen verwalten.

3. Wagniskapital

Für Wagniskapital soll das Besteuerungsverfahren vereinfacht werden. Dafür sollen steuerliche Anreize über die bisherigen Maßnahmen hinaus geschaffen werden, ohne dies näher zu spezifizieren.

4. Dienstwagenbesteuerung

Im 4. Unterkapitel „Verkehr“ wird unter der Überschrift „Mobilität und Umwelt“ die Absicht bekundet, dass bei der pauschalen Dienstwagenbesteuerung für E-Fahrzeuge (Elektro- und Hybridfahrzeuge) einen reduzierten Satz von 0,5 % des inländischen Listenpreises eingeführt werden soll. Die entsprechende Änderung des § 6 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 EStG wäre in jedem Fall technisch anspruchlos.

II. Überschusseinkünfte

1. Zinsen

Abgeschafft werden soll die Abgeltungsteuer auf Zinserträge. Zu Dividenden enthält der Koalitionsvertrag allerdings nichts. Zudem wird die Abschaffung von der Etablierung des automatischen Informationsaustausches abhängig gemacht. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass auf dieser abstrakten Ebene bereits die Gefahr von Umgehungen gesehen wird, die dann konsequenterweise verhindert werden sollen.

⁶ Richtlinie (EU) 2016/1164.

2. Vermietung und Verpachtung

Für den frei finanzierten Wohnungsneubau soll bis Ende 2021 eine (befristete) Sonderabschreibung (wieder-)eingeführt werden. Sie soll 5 % über vier Jahre betragen und soll zusätzlich zur linearen AfA gewährt werden.

Ebenfalls im IX. Kapitel, aber unter der Unterschrift „Innovation und Wirtschaftlichkeit beim Bauen“ ist für die Förderung der energetischen Gebäudesanierung ein Wahlrecht zwischen einer Zuschussförderung und einer Minderung des zu versteuernden Einkommens vorgesehen. Eine betragsmäßige Größe enthält der Vorschlag nicht.

III. Andere ertragsteuerliche Pläne

1. Ehrenamt

Für die Förderung des zivilgesellschaftlichen Engagements und des Ehrenamts sollen Ehrenamtliche steuerlich entlastet werden.⁷

2. Kindergeld

Das Kindergeld als bewährte und wirksame familienpolitische Leistung werden wir in dieser Legislaturperiode pro Kind um 25 € pro Monat erhöhen – in zwei Teilschritten (zum 01.07.2019 um 10 €, zum 01.01.2021 um weitere 15 €). Gleichzeitig steigt der steuerliche Kinderfreibetrag entsprechend.

3. Baukindergeld

Ebenfalls neu belebt wird das Baukindergeld. Für den Erwerb einer Immobilie gibt es zehn Jahre lang 1.200 € je Kind. Dafür gilt aber wieder eine Einkommensgrenze. Die maßgebliche Einkommensgrenze⁸ von 75.000 € erhöht sich pro Kind um 15.000 € pro Jahr. Im Detail werden hier viele Fragen zu klären sein. Man kann dabei aber auf die Erfahrungen aus § 10e EStG zurückgreifen.

F. Umsatzsteuer

Für die Umsatzsteuer sind einige kleinere Maßnahmen geplant. Als Bürokratieentlastung sollen neugegründete Unternehmen in den ersten beiden Jahren von der monatlichen Voranmeldungspflicht befreit werden.

Das Erhebungs- und Erstattungsverfahren der Einfuhrumsatzsteuer soll optimiert werden. Dies bleibt allerdings ein bloßer Programmsatz. Als Umsetzung wird nur die Kooperation mit den Bundesländern erwähnt.

Unter den Überschriften „Kultur- und Kreativwirtschaft“ und „Medien, Medienvielfalt und Medienkompetenz“⁹ sind zwei weitere Maßnahmen dargestellt. So will sich die Bundesre-

gierung auf europäischer Ebene für die Anwendung des ermäßigten Mehrwertsteuersatzes bei gewerblich gehandelten Kunstgegenständen, E-Books, E-Papers und anderen elektronischen Informationsmedien einsetzen. Für Verlage und Journalisten soll der ermäßigte Mehrwertsteuersatz erhalten werden.

G. Grundsteuer C

Als weitere Maßnahme der „Wohnraumoffensive“ ist die Einführung einer Grundsteuer C geplant.¹⁰ Im Rahmen der Unternehmensteuerreform wurde darunter noch die Möglichkeit eines weiteren Grundsteuersatzes für gewerblich genutzte Grundstücke verstanden.

Diesmal geht es um Brachflächen, die offensichtlich so hoch besteuert werden sollen, dass Eigentümer dazu gedrängt werden, die Grundstücke zu bebauen oder zu verkaufen. Das soll aber auch zunächst noch verfassungsrechtlich geprüft werden.

H. Gesetzesänderungen außerhalb des Koalitionsvertrags

I. Infolge von EU-Recht

Am 21.06.2017 hat die Europäische Kommission einen weiteren Richtlinien-Entwurf für eine Anzeigepflicht für grenzüberschreitende Besteuerungsmodelle vorgelegt. Zeitnah zum Koalitionsvertrag am 13.03.2018 hat man sich im ECOFIN (Rat für Wirtschaft und Finanzen) über den Richtlinientext geeinigt. Danach ist nun den Namen des Steuerpflichtigen anzugeben. Damit wird die Anzeige nicht nur für eine mögliche (Abwehr-)Gesetzgebung nutzbar, sondern auch direkt bei der Veranlagung des Steuerpflichtigen.

Bereits im November wurde hierfür eine Arbeitsgruppe eingesetzt, die bereits Eckpunkte erarbeitet hat. Strittig ist derzeit vor allem, ob die Anzeigepflicht auf grenzüberschreitende Gestaltungen beschränkt bleibt, so wie es die Richtlinie vorsieht oder – aus Gründen des EU-Rechts – eine Ausweitung auf rein nationale Gestaltungen notwendig ist. Die Kommission sieht eine Anzeige rein nationaler Gestaltungen nicht als verpflichtend an, andererseits stehe aber einer Regelung durch die Mitgliedstaaten auch nichts entgegen.

⁷ Koalitionsvertrag 2018, S. 119.

⁸ Maßgeblich soll dafür ein „zu versteuerndes Haushaltseinkommen“ sein.

⁹ Im XIII. Kapitel Zusammenhalt und Erneuerung – Demokratie beleben, 2. Kunst, Kultur und Medien; Koalitionsvertrag 2018, S. 173 und 175.

¹⁰ Bisher gibt es nur die Unterteilung für landwirtschaftliche Flächen (Grundsteuer A) und für alle anderen bebauten oder bebaubaren Grundstücke (Grundsteuer B).

II. Abwehr von Modellen zur Vermeidung von Grunderwerbsteuer

Bei der Grunderwerbsteuer gibt es immer wieder Gestaltungen, bei denen Anteile an grundbesitzenden Gesellschaften übertragen werden (Share Deals). Den entsprechenden Erwerbsvorgängen ist gemeinsam, dass auf mindestens 95 % der Anteile an einer Gesellschaft abgestellt wird. Solange die Übertragung der Anteile nicht mindestens 95 % umfasst, fällt keine Grunderwerbsteuer an.

Durch steigende Grunderwerbsteuersätze erlangen diese Modelle immer höhere Bedeutung, weshalb es grds. Einigkeit besteht, dass solche Gestaltungen gesetzlich bekämpft werden sollen. Dazu gibt es noch keinen Lösungsvorschlag. Es ist aber zu erwarten, dass Gesetzesvorschläge dazu im Laufe dieser Legislaturperiode eingebracht werden.

III. Reform der Grundsteuer

Die Reform der Grundsteuer wird bereits seit Langem diskutiert. Derzeit wird die Grundsteuer auf der Basis der Einheitswerte nach den Wertverhältnissen zum 01.01.1964 bzw. in den neuen Ländern zum 01.01.1935 erhoben. Die Verfassungsmäßigkeit wird deshalb infrage gestellt.

Es sind derzeit beim BVerfG mehrere Verfahren¹¹ zur Verfassungsmäßigkeit der Grundsteuerbemessungsgrundlage anhängig. Am 16.01.2018 fand die mündliche Verhandlung zur Verfassungsmäßigkeit der Einheitsbewertung und damit der Grundsteuer statt. Es ist nicht unwahrscheinlich, dass das BVerfG die Verfassungswidrigkeit der Einheitsbewertung feststellt. Dann wird eine gesetzliche Neuregelung unausweichlich. Das Urteil des BVerfG wird bis Juni 2018 erwartet.

Schon jetzt gibt es Streit darüber, wie die künftige Grundsteuer ausgestaltet sein soll. In Betracht kommt eine Bemessungsgrundlage auf Basis des (gerechteren) Verkehrswerts des Grundstücks oder aufgrund wertunabhängiger Kriterien, die leichter und weniger streitanfällig ermittelt werden könnten.

IV. Neuregelung von Verlustvorträgen bei der Übertragung von Körperschaften

Durch das BVerfG¹² wurde die Regelung des § 8c Satz 1 (bzw. Abs. 1 Satz 1) KStG als verfassungswidrig festgestellt, nach der bereits eine Übertragung von mehr als 25 % zu einem zumindest anteiligen Untergang der vorgetragenen Verluste führen kann. Mit einer Übergangsfrist bis zum 31.12.2018 wurde dem Gesetzgeber aufgegeben, eine verfassungskonforme Regelung zu finden, da ansonsten die Regelung rückwirkend seit Einführung nicht mehr angewendet werden darf.

Die ausführliche, aber nicht widerspruchsfreie Begründung hat zu einer intensiven wissenschaftlichen Diskussion ge-

führt,¹³ insbesondere zu der Frage, ob auch § 8c Satz 2 (bzw. Abs. 1 Satz 2) KStG verfassungswidrig ist, ob dies auch nach Einführung der Konzernklausel und der Stille-Reserven-Regeln gilt, oder ob zumindest die Einführung des § 8d EStG heilende Wirkung auf den Regelungskomplex hat.

Verschärft wurde die Situation dadurch, dass inzwischen das FG Hamburg¹⁴ dem BVerfG § 8c Satz 2 KStG vorgelegt hat. Dies hat neben den grundsätzlichen Fragen, wie eine Neuregelung des § 8c KStG aussehen könnte, zu dem Problem geführt, ob vor einer Neuregelung die Entscheidung des Verfassungsgerichts abzuwarten sei, oder schon aus Grund der engen Übergangszeit zeitnah eine Gesetzesänderung herbeigeführt werden wird.

Auch in dieser Frage hat bereits eine Arbeitsgruppe den Fragenkomplex aufgearbeitet. Da nun eine arbeitsfähige Regierung gebildet ist, können nun auch politisch die notwendigen Grundfragen entschieden werden.

V. US-Tax-Reform

Die US-Tax-Reform ist die größte Veränderung in Amerika seit 1986. Sie ist in seiner ganzen Wirkung auf die Wirtschaft und die Wettbewerbsfähigkeit auch des Steuerstandorts Deutschlands noch nicht vollkommen erfasst. Ganz sicher ist jedoch, dass der Niedrigsteuersatz des § 8 Abs. 3 AStG von 25 % in Anbetracht eines Regelsteuersatzes in den USA von 21 % nicht mehr zeitgemäß ist. Es ist keine gewagte Aussage, dass diese Reform im Zeitalter der Globalisierung auch zu wesentlichen Veränderungen des deutschen Steuerrechts führen wird.

VI. Besteuerung der digitalen Wirtschaft

Kurz vor Redaktionsschluss hat nun die OECD einen Zwischenreport zu ihrem Actionpoint 1 „Digital Business“ veröffentlicht.¹⁵ Die EU-Kommission will eine Gesetzesinitiative vorlegen und 3 % Umsatzsteuer für Internetkonzerne vorschlagen, die weltweit mindestens 750 Mio. € Umsatz machen sowie einen Online-Umsatz von mindestens 50 Mio. € in der EU.

11 BVerfG Az. 1 BvL 11/14, 1 BvL 12/14, 1 BvL 11/15, 1 BvR 639/11, 1 BvR 889/12.

12 BVerfG, Beschl. v. 29.03.2017 - 2 BvL 6/11.

13 Z.B. Rödder/Schumacher, Ubg 2018, 5 – 9; Haarmann, BB 8/2018, I; Hörhammer, FR 2018, 49.

14 FG Hamburg, Vorlagebeschl. v. 29.08.2017 - 2 K 245/17.

15 OECD (2018), Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264293083-en> (zuletzt abgerufen am 28.03.2018).

Der Bundesfinanzminister hat auf dem G20-Treffen in Buenos Aires sich für eine stärkere Besteuerung von Internetkonzernen wie Google stark gemacht: „Die internationale Gemeinschaft muss Antworten finden auf die Herausforderungen der Digitalisierung, die Besteuerung der digitalen Wirtschaft gehört dazu.“

Die lange Diskussion um diese Frage hat vor allem gezeigt, dass das Problem komplex ist. Grds. kristallisieren sich zwei Lösungsansätze heraus:

- **Virtuelle digitale Betriebsstätte**
Diese Lösung wäre grds. mit den allgemeinen Grundsätzen der internationalen Aufteilung von Gewinnen nach dem Arm-length-Prinzip kompatibel. Diese Betriebsstätte wird aber sehr komplex zu bestimmen und noch komplexer zu handhaben sein. Denkbar ist das nur bei einer bestimmten Größe der Umsätze. Ein überzeugendes Konzept ergibt sich auch nicht aus dem Zwischenbericht der OECD.
- **Ausgleichsteuer auf bestimmte digitale Leistungen**
Als Übergangslösung und nur ab bestimmten Umsatzgrößen soll eine indirekte Steuer eigener Art erhoben werden. Die Lösung scheint auf den ersten Blick einfacher umsetzbar zu sein, im Detail zeigen sich aber viele ungelöste Fragen.

Die Diskussion ist ganz am Anfang. Klar ist, dass es einerseits keine überzeugende Lösung gibt, andererseits der politische Druck, die großen Internetkonzerne wie Google, Amazon und Facebook zu besteuern, übermächtig erscheint. In jedem Fall wird dies ein bestimmendes Thema dieser Legislaturperiode sein. Durch die jüngsten Ereignisse haben sich die Dinge nochmals beschleunigt.

Das Problem wird sein, dass eine allgemeine EU-Richtlinie leichter zu formulieren sein wird, als ein zu vollziehendes Gesetz. Ohne weltweite Abstimmung wird die Umsetzung sehr streitanfällig sein.

I. Fazit

Diese Legislaturperiode wird möglicherweise steuerpolitisch viel spannender werden, als es der Koalitionsvertrag verspricht. Dieser Beitrag erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Die Wirkungen des Brexit wurden gar nicht weiter untersucht, da derzeit noch viel zu unklar ist, wie die Konditionen aussehen werden.

Die in diesem Vertrag angesprochenen Ziele erscheinen sehr unausgewogen und von höchst unterschiedlicher Umsetzungsdauer und Komplexität. Ein Gesamtkonzept gibt es nicht, Widersprüchlichkeiten hingegen schon.

Aber aufgrund vieler aufgelaufener Probleme besteht aber unabhängig der getroffenen politischen Vereinbarung der Regierungsparteien großer und vor allem auch sehr grundsätzlicher Reformbedarf.

Aufwendungen für In-vitro-Fertilisation einer in gleichgeschlechtlicher Partnerschaft lebenden, empfangnisunfähigen Frau als außergewöhnliche Belastung BFH, Urt. v. 05.10.2017 - VI R 47/15

RiBFH Dr. Roland Krüger

A. Problemstellung

Sterilität (Unfruchtbarkeit) ist eine Krankheit, die nicht nur heterosexuelle, sondern auch lesbische Frauen treffen kann. Der Kinderwunsch bleibt unerfüllt. Betroffene Frauen können jedoch mithilfe medizinischer Maßnahmen, insbesondere der sog. In-vitro-Fertilisation (IVF), die Folgen ihrer Unfruchtbarkeit umgehen und dennoch schwanger werden.

Bei der IVF werden einer Frau Eizellen entnommen, außerhalb des Körpers mit dem Samen eines Mannes befruchtet und anschließend in die Gebärmutter eingeführt. Begrifflich wird zwischen der homologen und der heterologen IVF unterschieden. Homolog bedeutet, dass die künstliche Befruchtung bei einem verschiedengeschlechtlichen Ehepaar mit Eizellen und Samen des Ehepaares durchgeführt wird. Unter den Begriff heterolog fallen grds. alle anderen Formen der IVF, also die Befruchtung einer fremden Eizelle mit dem Samen des Ehemannes, Befruchtung eigener Eizellen der Ehefrau mit dem Samen eines fremden Mannes, künstliche Befruchtungen bei nicht verheirateten Paaren, bei gleichgeschlechtlichen Paaren und bei einer unverheirateten Frau. Künstliche Befruchtungen bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften mit Eizellen und Samen des Paares werden wegen der Identität von sozialen und genetischen Eltern aber oft ebenfalls als homolog oder als quasi homolog bezeichnet.¹

Eine Maßnahme der Fortpflanzungsmedizin wie die IVF ist mit erheblichen Kosten verbunden. Der BFH hat diese Kosten nunmehr auch bei Frauen, die in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft leben, unter bestimmten Voraussetzungen als außergewöhnliche Belastung anerkannt.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Sachverhalt

Die Klägerin lebte im Streitjahr (2011) in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft, die seinerzeit noch nicht einge-

¹ Siehe auch die Begriffsbestimmung unter 1.5. der (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion des Wissenschaftlichen Beirats der Bundesärztekammer (Novelle 2006), Deutsches Ärzteblatt 2006, 1392, 1394.

tragen war. Aufgrund ihrer primären Sterilität (Unfruchtbarkeit) konnte sie ohne medizinischen Eingriff nicht schwanger werden. Aus diesem Grund ließ sie im Streitjahr in einer dänischen Klinik eine IVF unter Verwendung von Samenzellen eines Spenders durchführen. Durch die Behandlung entstanden der Klägerin Kosten i.H.v. insgesamt 8.498,85 €, die sie in ihrer Einkommensteuererklärung als außergewöhnliche Belastung geltend machte.

Finanzamt und Finanzgericht erkannten die Aufwendungen nicht als außergewöhnliche Belastung an. Die Klägerin hatte erst vor dem BFH Erfolg.

II. Rechtliche Würdigung des BFH

Der BFH sah die Voraussetzungen des § 33 EStG als erfüllt an. Nach dieser Vorschrift wird die Einkommensteuer auf Antrag ermäßigt, wenn einem Steuerpflichtigen zwangsläufig größere Aufwendungen als der überwiegenden Mehrzahl der Steuerpflichtigen gleicher Einkommensverhältnisse, gleicher Vermögensverhältnisse und gleichen Familienstandes erwachsen. Aufwendungen entstehen einem Steuerpflichtigen zwangsläufig, wenn er sich ihnen aus rechtlichen, tatsächlichen oder sittlichen Gründen nicht entziehen kann, soweit die Aufwendungen den Umständen nach notwendig sind und einen angemessenen Betrag nicht übersteigen (§ 33 Abs. 2 Satz 1 EStG).

Nach ständiger Rechtsprechung des BFH erwachsen einem Steuerpflichtigen Krankheitskosten aus tatsächlichen Gründen zwangsläufig. Dabei kommt es nicht auf die Art und die Ursache der Erkrankung an.² Im Hinblick auf die für den Abzug nach § 33 EStG erforderliche Zwangsläufigkeit wird insoweit auch nicht danach unterschieden, ob ärztliche Behandlungsmaßnahmen der Heilung dienen oder lediglich einen körperlichen Mangel ausgleichen, umgehen oder kompensieren sollen.³

Dies gilt nach der durch den BFH bereits im Jahr 2007 geänderten Rechtsprechung im Grundsatz auch für Maßnahmen zur Sterilitätsbehandlung durch IVF bei einer (nicht verheirateten) empfängnisunfähigen Frau.⁴ Denn die Empfängnisunfähigkeit einer Frau ist – unabhängig von ihrem Familienstand – eine Krankheit. Dementsprechend erkennt der BFH in ständiger Rechtsprechung Aufwendungen für die künstliche Befruchtung als Behandlung bei Sterilität an.

Voraussetzung für die Anerkennung der Aufwendungen als außergewöhnliche Belastung ist allerdings weiterhin, dass die den Aufwendungen zugrunde liegende Behandlung mit der innerstaatlichen Rechtsordnung im Einklang steht. Denn eine nach deutschem Recht verbotene Behandlung kann keinen zwangsläufigen Aufwand i.S.d. § 33 Abs. 1 EStG begründen.⁵ Aufwendungen für verbotene Behandlungsmaßnahmen sind selbst dann nicht zwangsläufig,

wenn sie nicht straf- oder bußgeldbewehrt sind oder wegen eines Strafausschließungsgrundes nicht geahndet werden.

Als außergewöhnliche Belastung sind daher Kosten für eine künstliche Befruchtung nur zu berücksichtigen, wenn die aufwandsbegründende Behandlung insbesondere nicht gegen das deutsche Embryonenschutzgesetz (ESchG) verstößt und mit den Richtlinien der Berufsordnungen für Ärzte im Einklang steht.⁶

Die fehlende Erstattungsfähigkeit der Aufwendungen für die IVF durch die (gesetzliche) Krankenversicherung steht der Anerkennung der entsprechenden Aufwendungen als außergewöhnliche Belastung dabei aber nicht entgegen; sie ist vielmehr gerade Voraussetzung für den Abzug der Aufwendungen gem. § 33 EStG.⁷ Denn nach ständiger Rechtsprechung sind Aufwendungen nicht zwangsläufig i.S.v. § 33 EStG, wenn sie durch die zumutbare Inanspruchnahme anderweitiger Ersatzmöglichkeiten hätten abgewendet werden können.⁸ Zu solchen Ersatzmöglichkeiten gehören insbesondere Erstattungsansprüche gegen eine Krankenversicherung.

Die von der Klägerin getragenen Aufwendungen für die IVF konnten nach diesen Grundsätzen als außergewöhnliche Belastungen abgezogen werden.

Die Klägerin war aufgrund ihrer Empfängnisunfähigkeit zweifellos krank. Die IVF war eine zur Behandlung dieser Krankheit erforderliche medizinische Leistung. Zwar konnte durch die IVF die Sterilität der Klägerin nicht geheilt werden. Dies ist für die Anerkennung von Krankheitskosten jedoch auch sonst nicht notwendig. Für viele Krankheiten gibt es auch heute noch keine medizinische Heilung, man denke nur an AIDS oder verschiedene Krebserkrankungen. Dennoch sind Aufwendungen zur Linderung auch solcher Krankheiten und ihrer Folgen natürlich nach § 33 EStG abziehbar. Von der Linderung einer Krankheit kann schon dann gesprochen werden, wenn die ärztliche Tätigkeit auf die Abschwächung oder eine partielle oder völlige Unterbindung oder Beseitigung von Krankheitsfolgen gerichtet ist oder für ein ausgefallenes Organ einen Ersatz bezweckt. So heilt auch die IVF nicht die Unfruchtbarkeit, sie umgeht diese aber und beseitigt ihre Folgen. Die ausgefallene Körperfunktion wird durch eine medizinische Maßnahme ersetzt. Die Krankheitsfolgen der Unfruchtbarkeit, nämlich die Kinderlosigkeit, werden nicht nur gelindert, sondern ganz beseitigt.

² BFH, Urt. v. 02.09.2010 - VI R 11/09; BFH, Urt. v. 13.02.1987 - III R 208/81.

³ BFH, Urt. v. 16.12.2010 - VI R 43/10.

⁴ BFH, Urt. v. 10.05.2007 - III R 47/05.

Der Anerkennung der Krankheitskosten stand nicht entgegen, dass die IVF mit heterologem Samen durchgeführt wurde.⁹ Im Fall einer gleichgeschlechtlichen (Frauen-)Partnerschaft ist eine künstliche Befruchtung unter Verwendung homologen Samens, d.h. des Samens des Ehemannes oder des Partners in stabiler Partnerschaft, ohnehin ausgeschlossen. Das betroffene Paar ist vielmehr auf die Verwendung von heterologem Samen, d.h. Spendersamen, angewiesen.

Unschädlich war auch, dass die Klägerin in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft lebte. Hierzu hat der BFH zunächst darauf hingewiesen, dass schon nach bisheriger Rechtsprechung Aufwendungen einer empfangnisunfähigen, in einer festen bzw. fest gefügten Partnerschaft lebenden Frau ohne Rücksicht auf ihren Familienstand für Maßnahmen zur Sterilitätsbehandlung durch IVF als außergewöhnliche Belastung abziehbar sind.¹⁰ Voraussetzung ist jedoch stets, dass die Behandlung in Übereinstimmung mit den Richtlinien der ärztlichen Berufsordnungen vorgenommen wird. Für die Prüfung dieser Frage ist i.d.R. die Richtlinie heranzuziehen, die von der Ärztekammer des die Behandlung durchführenden Arztes erlassen wurde. Wird die Behandlung im Ausland durchgeführt, ist es ausreichend, wenn der Steuerpflichtige diese zumindest in einem Bundesland hätte durchführen können. Dies war hier der Fall, weil die Richtlinien der ärztlichen Berufsordnungen des Freistaats Bayern sowie der Länder Berlin und Brandenburg der bei der Klägerin vorgenommenen Kinderwunschbehandlung nicht entgegenstanden. Auch in Hessen hätte die Klägerin die Behandlung vornehmen können.¹¹

C. Bewertung und Folgen der Entscheidung

Das Besprechungsurteil „entspricht“ dem Zeitgeist und der rechtlichen Gleichstellung des Zusammenlebens verschiedengeschlechtlicher und gleichgeschlechtlicher Partner bis hin zur Ehe. Das Urteil ist aber nicht nur dem Zeitgeist geschuldet. Es fügt sich in die bestehende Dogmatik und Rechtsprechung zur Anerkennung von Krankheitskosten als außergewöhnliche Belastungen ein.

Darüber hinausgehende Weiterungen sind mit dem Besprechungsurteil im Übrigen nicht verbunden. Der BFH stellt in der Entscheidung ganz klar darauf ab, dass die Aufwendungen für die IVF als „Krankheitskosten“ außergewöhnliche Belastungen darstellen. Wäre die Klägerin nicht empfangnisunfähig und damit nicht krank gewesen, wäre eine Berücksichtigung der Aufwendungen für die IVF nach § 33 EStG nicht in Betracht gekommen. Insbesondere wären der Klägerin die Aufwendungen nicht deshalb zwangsläufig i.S.v. § 33 EStG entstanden, weil sie in

einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft lebte und daher von ihrer Partnerin kein Kind empfangen konnte. Aufwendungen erwachsen dem Steuerpflichtigen nur zwangsläufig, wenn er sich ihnen aus rechtlichen, tatsächlichen oder sittlichen Gründen nicht entziehen kann. Das ist der Fall, wenn die Gründe der Zwangsläufigkeit derart von außen auf die Entschließung des Steuerpflichtigen einwirken, dass er ihnen nicht ausweichen kann, er also tatsächlich keine Entscheidungsfreiheit hat, bestimmte Aufwendungen vorzunehmen oder zu unterlassen. Liegt eine maßgeblich vom menschlichen Willen beeinflusste Situation vor, so handelt es sich dagegen um keine Zwangslage in diesem Sinne.¹² Aufwendungen erwachsen einem Steuerpflichtigen also nicht zwangsläufig, wenn sie auf einer frei gewählten Lebensgestaltung beruhen.¹³ Eine solche frei gewählte Lebensgestaltung stellt auch das Leben in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft dar. Dies gilt selbst dann, wenn die Aufwendungen einen grundrechtlich geschützten Bereich wie die Verwirklichung des Kinderwunschs bei sexueller Selbstbestimmung (Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 3 Satz 1, Art. 6 Abs. 1 GG) betreffen.

Zum Abschluss sei noch darauf hingewiesen, dass auch die Kosten einer Adoption nicht als außergewöhnliche Belastungen anerkannt werden. Dies gilt auch im Fall einer primären Sterilität.¹⁴ Denn eine Adoption ist weder eine medizinische Leistung noch einer solchen gleichzustellen. Die Aufwendungen für eine Adoption erwachsen dem Steuerpflichtigen darüber hinaus nicht aus tatsächlichen Gründen zwangsläufig. Der Entschluss zur Adoption beruht vielmehr auf der freiwilligen Entscheidung, ein Kind anzunehmen. Er ist als Mittel zur Verwirklichung eines individuellen Lebensplans dem Bereich der durch den Einzelnen gestaltbaren Lebensführung zuzurechnen.

5 BFH, Urt. v. 17.05.2017 - VI R 34/15.

6 BFH, Urt. v. 10.05.2017 - III R 47/05; BFH, Urt. v. 21.02.2008 - III R 30/07; BFH, Urt. v. 17.05.2017 - VI R 34/15.

7 BFH, Urt. v. 21.02.2008 - III R 30/07.

8 Z.B. BFH, Urt. v. 20.09.1991 - III R 91/89; BFH, Urt. v. 18.06.1997 - III R 84/96.

9 Siehe dazu auch BFH, Urt. v. 16.12.2010 - VI R 43/10 für den Fall einer heterologen künstlichen Befruchtung bei einem verheirateten Paar.

10 BFH, Urt. v. 10.05.2007 - III R 47/05; BFH, Urt. v. 21.02.2008 - III R 30/07.

11 Siehe BFH, Urt. v. 05.10.2017 - VI R 2/17.

12 BFH, Urt. v. 17.07.2014 - VI R 42/13.

13 K. Heger in: Blümich, EStG, § 33 Rn. 110.

14 BFH, Urt. v. 10.03.2015 - VI R 60/11; kritisch aber z.B. Loschelder in: Schmidt, EStG, 36. Aufl., § 33 Rn. 35 „Adoption“.

Die Generalanwältin am EuGH stellt die Fälle in einen größeren Kontext

Juliane Kokott ist seit 2003 Generalanwältin am Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH). Zuvor war sie Professorin an mehreren deutschen Universitäten, zuletzt hatte sie an der Universität St. Gallen einen Lehrstuhl für Völkerrecht, Internationales Wirtschaftsrecht und Europarecht. In unserem Interview berichtet sie über ihre Tätigkeit.

Dörig: Liebe Frau Kokott, jeder kundige Jurist kennt den EuGH in Luxemburg, aber welche Aufgabe hat eigentlich eine Generalanwältin? Sind Sie für die Strafverfolgung auf europäischer Ebene zuständig?

Kokott: Entgegen landläufiger Meinung ist ein Generalanwalt kein Staatsanwalt. Die elf Generalanwälte am EuGH sind vielmehr unabhängige Rechtsgutachter, die den Gerichtshof in anhängigen Fällen beraten und neue Entwicklungen in der Rechtsprechung anstoßen können. Dabei tragen sie auch zur Transparenz der Entscheidungen bei – und sie sollen für deren Kohärenz sorgen. Und das gelingt ihnen auch: Ich finde es wirklich bemerkenswert, dass sich aus der Arbeit der Mitglieder des Gerichtshofes mit ihren ganz unterschiedlichen Hintergründen, nämlich 28 verschiedenen Rechtsordnungen, dennoch eine so kohärente Rechtsprechung entwickelt hat.

Hier arbeiten Praktiker, Professoren, manchmal Politiker, und dennoch ist diese kohärente Linie unserer Rechtsprechung entstanden. Dazu tragen die Generalanwälte ganz maßgeblich bei. Und sie stellen, nach französischem Vorbild, auch eine Brücke zur Lehre dar. Während die Richter sich auf die konkrete Entscheidung, auf den vorliegenden Einzelfall jetzt und hier beziehen, sollen die Generalanwälte den Fall auch im größeren Kontext betrachten.

Wie sind Sie im Jahr 2003 in Ihr jetziges Amt gekommen? Haben Sie schon als Studentin von einer Aufgabe auf europäischer Ebene geträumt?

Als Studentin hätte ich mir niemals träumen lassen, eines Tages ein solches Amt innezuhaben. Allerdings habe ich mich bereits seit Beginn meines Studiums besonders für das internationale und europäische Recht interessiert. So konnte ich mir schon bald auch eine Karriere außerhalb Deutschlands vorstellen. Ich bin dann von verschiedenen Stationen in Genf, über Washington und Harvard schließlich nach Luxemburg gekommen. Auf meinem Weg konnte ich viele wertvolle Erfahrungen sammeln.

Für das Amt der Generalanwältin habe ich mich jedoch nicht explizit beworben. Ich weiß überhaupt nicht, ob dies mittlerweile möglich ist. Es war vielmehr so, dass die Justizministerin mich damals anrief. Zunächst war ich

überrascht, dass sie auf mich gekommen war, denn zu diesem Zeitpunkt unterrichtete ich an der Universität St. Gallen in der Schweiz. Sie hatte mich wohl durch eine Internetrecherche gefunden und danach bei Kollegen und anderen Wissenschaftlern Meinungen über mich eingeholt. In Deutschland ist es üblich, Staatsrechtslehrer für das Amt des Generalanwalts vorzuschlagen. Mein Vorhänger, Herr Siegbert Alber, war allerdings Politiker und der ehemalige deutsche Richter am Gerichtshof, Herr Günter Hirsch, war Richter. Thomas von Danwitz, der derzeitige Richter am Gerichtshof, ist jedoch wie ich auch Universitätsprofessor.

Welchen Verfahren vor dem EuGH haben Sie sich in jüngerer Zeit gewidmet? Lässt sich da ein Schwerpunkt Ihrer Arbeit erkennen?

Die Themengebiete, mit denen ich mich tagtäglich am EuGH beschäftige, sind sehr weit gefächert. Das macht auch den besonderen Reiz der Arbeit in Luxemburg aus. Von Diskriminierungsfragen im Arbeitsleben über komplexe Probleme des Steuerrechts bis hin zum Umweltrecht und zum Ausländerrecht ist alles dabei.

Obwohl somit keine inhaltliche Spezialisierung vorgesehen ist, kann es aus Effizienzgründen selbstverständlich vorkommen, dass ein ähnlich gelagerter Fall erneut dem Generalanwalt zugeteilt wird, der bereits den vorhergehenden Fall bearbeitet hat. Schließlich wird dadurch auch dem Ziel der Entwicklung einer kohärenten Rechtsprechung Rechnung getragen. Hinzu kommt, dass auf 28 Richter nur elf Generalanwälte kommen und somit die Wahrscheinlichkeit, dass bestimmte Themen wiederkehren, bei uns Generalanwälten größer ist. Zu den Themen, die mich persönlich besonders interessieren, gehören Fragen der Religionsfreiheit, des Steuerrechts, des Umweltrechts und des Völkerrechts. Mit diesen Fragen beschäftige ich mich schon seit über 30 Jahren.

GA'inEuGH Prof. Dr. Juliane Kokott



Generalanwältin am Gerichtshof der Europäischen Union

Am 07.10.2003 trat Juliane Kokott auf Vorschlag der deutschen Bundesregierung als dritte Frau in der Geschichte des EuGH als Generalanwältin die Nachfolge von Siegbert Alber an.

Wie unterscheidet sich die Arbeit einer Generalanwältin von der einer Richterin am EuGH?

Die Richter sprechen das Urteil. Die Generalanwältinnen werden im Vorfeld der Urteilsfindung tätig, indem sie öffentlich ihre Gutachten – sog. Schlussanträge – abgeben. Die Generalanwältinnen treten nach außen vielleicht etwas stärker in Erscheinung, weil ihre öffentlichen Schlussanträge allein unter ihrem Namen erscheinen, während die Richter im Kollegium gemeinsam entscheiden. Aber letztlich entscheiden eben die Richter. Die Richter müssen im Kollegium entscheiden. Somit muss der einzelne Richter Überzeugungsarbeit leisten, um seine Auffassung durchzusetzen. Seine Arbeit ist kommunikativer, auch weil alles mündlich beraten, jeder Satz diskutiert wird – es werden Kompromisse gesucht. Die Generalanwältinnen hingegen können ihre Auffassung aus einem Guss darlegen, müssen nicht um Formulierungen kämpfen, können selbst darauf achten, dass jeder Satz zum anderen passt. Und so hat jede Aufgabe ihren eigenen Reiz.

Ich durfte Ende 2017 an einem Expertenforum am EuGH teilnehmen. Wie wichtig ist Ihnen der Austausch mit nationalen Richtern, Anwälten und Entscheidungsträgern in der Verwaltung?

Sehr wichtig. Der Gerichtshof ist nur ein Element im europäischen Rechtsschutzsystem, welches gleichzeitig aus allen Gerichten der Mitgliedstaaten besteht. Über das Vorabentscheidungsverfahren kommt es zu einem formellen Dialog der Richter. Aber auch mit den anderen Rechtsanwendern und Praktikern müssen wir in den Dialog treten, um unsere Arbeit an die Rechtswirklichkeit zurückzubinden und über Probleme der Praxis in den Mitgliedstaaten zu erfahren.

Neben dem EuGH gibt es ja noch den Europäischen Menschenrechtsgerichtshof in Straßburg. Ist der EGMR das europäische Verfassungsgericht, an dessen Urteile Sie gebunden sind?

Nein. Die EU ist ja formal nicht Mitglied der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). Deshalb sind wir auch an die Urteile des Straßburger Gerichtshofs nicht im eigentlichen Sinne des Wortes „gebunden“. Aber wir orientieren uns regelmäßig an der Straßburger Rechtsprechung und kooperieren eng mit unseren dortigen Kollegen. In der Charta der Grundrechte der Europäischen Union ist außerdem vermerkt, dass sich die Auslegung der EU-Grundrechte in den allermeisten Fällen am Inhalt der EMRK zu orientieren hat.

Vor welchen Herausforderungen steht aus Ihrer Sicht unsere freiheitliche Rechtsordnung in Europa, wenn Sie an die Verbreitung fundamentalistischen Gedankenguts denken? Darf es eine islamische Paralleljustiz geben?

Die Herausforderungen sind groß, insbesondere vor dem aktuellen Hintergrund, in dem vereinzelte Urteile des EuGH in manchen Ländern auf Akzeptanzprobleme stoßen. Aber ich bin sehr zuversichtlich, dass der EuGH mit der Autorität, die er sich in langen Jahren erarbeitet hat, diese Aufgabe meistern wird.

Eine islamische Paralleljustiz darf es natürlich auf keinen Fall geben. Wer in Europa lebt, hat sich an unsere Rechtsordnung und an unsere gemeinsamen europäischen Grundwerte zu halten, die auf Rechtsstaatlichkeit, Toleranz, gegenseitigem Respekt und dem Grundsatz der Gleichberechtigung beruhen.

Liebe Frau Kokott, Sie sind ja nicht nur eine der hochrangigsten Juristinnen Europas, sondern auch Ehefrau und Mutter von sechs Kindern. Wie schaffen Sie das? Wollen Sie Frauen dazu ermutigen, Karriere und Familie nicht als Gegensatz zu sehen?

Kinder und Karriere – das ist natürlich auch eine Energiefrage. Mein Mann und ich sind damit gesegnet. Mein Mann arbeitet manchmal auch eine Nacht durch, wenn es beruflich sein muss und kommt dann morgens kurz für eine Stunde, um die Kinder in den Kindergarten und die Schule zu bringen. Außerdem verstehen wir uns als ein Team.

Viele Akademikerinnen dachten früher, sie könnten als Mutter z.B. nie Professorin werden. Insbesondere diesem speziellen Kreis von Frauen und dem entsprechenden männlichen Umfeld wollte ich zeigen, dass es eben doch geht. Selbstverständlich müssen für die Vereinbarkeit von Familie und akademischer Karriere jedoch die Rahmenbedingungen stimmen: unkomplizierte, flexible und erschwingliche (!) Kinderbetreuungsmöglichkeiten sind von unschätzbarem Wert. Der Familienzusammenhalt – unkomplizierte, hilfsbereite Freunde und Verwandte – sind sehr wichtig. Wie man in Afrika ja sagt: Um ein Kind zu erziehen, braucht man ein ganzes Dorf.

Meine persönliche Erfahrung zu Kindern und Karriere schließlich ist: je früher, je einfacher: Meine ersten beiden Kinder habe ich als Habilitandin bekommen. Da war die Zeit zwischen Arbeit und Familie leichter aufzuteilen als nach meiner Berufung zur Professorin, als ich größere berufliche Verantwortung trug und mein drittes, viertes und fünftes Kind bekam. Während meiner Lehrtätigkeit war die Zeiteinteilung wiederum einfacher als anschließend als Generalanwältin und Mutter von sechs Kindern.

Ich danke Ihnen für das gewinnbringende Gespräch.

Das Interview wurde geführt von RiBVerwG Prof. Dr. Harald Dörig.

Dr. Rainer Schenk



Vorsitzender Richter am Bayerischen Verwaltungsgerichtshof a.D.

Von 1994 bis 2017 Richter am Bayerischen Verwaltungsgerichtshof, seit 2007 als Vorsitzender Richter. Mitautor des Praxishandbuchs des Bauplanungs- und Immissionsschutzrechtes sowie der Kommentare Sieder/Zeitler zum WHG und zum BayWG.

Dr. Wolfram Viefhues



Weiterer Aufsicht führender Richter am Amtsgericht a.D.

Familienrichter von 1980 bis 2015 und Mitglied der Wissenschaftlichen Vereinigung für Familienrecht. Herr Viefhues hält regelmäßig Vorträge an der Deutschen Richterakademie, ist aktiv in der Fortbildung für Anwälte und Notare und kann

auf zahlreiche Veröffentlichungen vor allem zum Familienrecht verweisen. Er war teilweise abgeordnet an das OLG Düsseldorf (IT- und Organisationsreferat) und Leiter der bundesweiten Unterarbeitsgruppe der Bund-Länder-Kommission „Elektronische Kommunikation im Versorgungsausgleich“. Er ist seit der Gründung Mitglied des geschäftsführenden Vorstandes des Deutschen EDV-Gerichtstages und Vorsitzender der gemeinsamen Kommission elektronischer Rechtsverkehr. Der jM ist er als Experte verbunden.

Veris-Pascal Heintz



Rechtsanwalt und Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität des Saarlandes

Herr Heintz studierte von 2007 bis 2013 Rechtswissenschaft an der Universität des Saarlandes mit dem Schwerpunkt „Deutsches und internationales Steuerrecht“. Seinen juristischen Vorbereitungsdienst absolvierte er im Bezirk des Pfälzischen Oberlandesgerichts Zweibrücken mit Stationen in Berlin und beim Bundesverfassungsgericht. Seit April 2017 ist er als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Hannes Ludyga tätig. Seit Mitte Februar 2018 übt er gleichzeitig den Anwaltsberuf in eigener Kanzlei aus.

Dr. Jochen Sievers



Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht

Seit 1996 Richter in der Arbeitsgerichtsbarkeit und seit 2011 Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht in Köln. Mitautor des juris PraxisReport Arbeitsrecht bespricht er regelmäßig Entscheidungen aus dem individuellen und kollektiven Arbeitsrecht sowie dem Prozessrecht. Darüber hinaus kommentiert er das TzBfG und das EFZG.

DIE AUTOREN

Dr. Thomas Eisgruber



Ministerialrat im Bayerischen Staatsministerium der Finanzen, für Landesentwicklung und Heimat

Herr Eisgruber ist seit 1987 in der Bayerischen Finanzverwaltung tätig. 2006 wurde er zum Referatsleiter im Bayerischen Staatsministerium der Finanzen, für Landesentwicklung und Heimat ernannt. Weitreichende Erfahrung in

Lehre und Vortrag erlangte er während seiner Tätigkeit als nebenamtlicher Dozent an der Bayerischen Beamtenfachhochschule in Herrsching und als Kursleiter in der Referendarausbildung, sowie durch seine laufenden Vortragstätigkeiten. Er ist Referent des Studiengangs LL.M. Unternehmensteuerrecht an der Universität Köln. Außerdem ist er Herausgeber des NWB Kommentars zum Umwandlungssteuergesetz und Mitherausgeber der ISR sowie u.a. Autor im Kirchhof Kompaktkommentar, bei Hermann/Heuer/Raupach und Verfasser diverser Aufsätze in Fachzeitschriften.

IMPRESSUM

Herausgeber: Vizepräsident des BSG Prof. Dr. Thomas Voelzke, Kassel
Vors. Richter 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
Geschäftsführer: Samuel van Oostrom, Johannes Weichert, Aufsichtsratsvorsitzender: Ministerialdirigent Dr. Matthias Korte

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

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

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

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

Bestellungen: Über jede Buchhandlung und beim Verlag

Satz: Datagroup Int., Timisoara

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

ISSN: 2197-5345
5. Jahrgang

juris PraxisKommentar SGB I
Allgemeiner Teil mit VO (EG) 883/2004
3. Auflage 2018



Herausgeber: Prof. Dr. Thomas Voelzke,
 Vizepräsident des Bundessozialgerichts

Der von Prof. Dr. Thomas Voelzke als Bandherausgeber betreute juris PraxisKommentar SGB I / VO (EG) 883/2004 verbindet die Grundlagen des nationalen mit denen des europäischen Sozialrechts. Er kommentiert systematisch und praxisorientiert mit dem Allgemeinen Teil des SGB die Grundlagen und umfassende Klammer des Gesamtwerks Sozialgesetzbuch und mit der VO (EG) 884/2004 die zentrale europäische Koordinierungsnorm.

Das Werk erläutert die im SGB I zusammengefassten Grundlagen des Sozialrechts, die sozialen Rechte, wie insbesondere die Ausbildungs- und Arbeitsförderung, die Sozialversicherung, den Schutz und Förderung der Familie, die sozialen Entschädigungsleistungen und die Grundsätze und Regeln der Leistungserbringung.

Mit der Verordnung (EG) 883/2004 umfasst die Kommentierung eine wichtige Regelung zur Koordinierung

der sozialen Systeme für alle Bürgerinnen und Bürger der Europäischen Union, die auch in den EWR-Staaten und der Schweiz verbindlich ist. Damit berücksichtigt der Kommentar die zunehmenden internationalen Bezüge innerhalb der nationalen sozialen Sicherungssysteme und erleichtert damit den Einstieg in das europäische Sozialrecht.

Kommentierter Gesetzesstand: Die Neuauflage berücksichtigt seit Erscheinen der 2. Auflage 2011 eine Vielzahl neuer Gesetze und bringt die Kommentierungen auf den aktuellen Gesetzesstand. Die neuesten berücksichtigten Änderungen, sind u.a. das

- Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen (Bundesteilhabegesetz – BTHG) mit Wirkung vom 01.01.2018 (BGBl I 2016, 3234)
- Gesetz zur Neuregelung des Mutterschutzrechts (MuSchRNRG) vom 23.05.2017 mit Wirkung vom 01.01.2018 (BGBl I 2017, 1228)
- eIDAS-Durchführungsgesetz (eIDASDG) vom 18.07.2017 mit Wirkung vom 29.07.2017 (BGBl I 2017, 2745)
- Gesetz zur Stärkung der betrieblichen Altersversorgung und zur Änderung anderer Gesetze (Betriebsrentenstärkungsgesetz) vom 17.08.2017 mit Wirkung vom 01.01.2018 (BGBl I 2017, 3214)

Durch die laufende Aktualisierung der Online-Version behalten Sie die Entwicklungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur immer im Blick. Online-Kommentar und E-Book erlauben außerdem den Zugriff auf zahlreiche weiterführende Informationen sowie zitierte Urteile, Normen und Literaturnachweise.

Der Kommentar wendet sich insbesondere an die Sozial- und Arbeitsgerichtsbarkeit, Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen der Sozialverwaltungen in Bund, Ländern und Kommunen; Fachanwälte für Sozialrecht; Sozialverbände.

Mehr unter: www.juris.de/sgbi

jM-Einbanddecke 2016/2017



Über unseren jurisAllianz Partner Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm sind für die monatlich erscheinende Fachzeitschrift jM Einbanddecken bestellbar. 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 Lex Steuerrecht (Bundesrecht)

Dieser Band bietet alle für das Steuerrecht relevanten Vorschriften. Der Band Steuerrecht enthält alle wichtigen deutschen Steuergesetze und Durchführungsverordnungen sowie die einschlägigen Verfahrensvorschriften. Berücksichtigt werden wichtige Änderungsgesetze, insbesondere: Erbschaftsteuerreformgesetz, Gesetz zur steuerlichen Förderung von Elektromobilität im Straßenverkehr, Gesetz zur Umsetzung der Änderungen der EU-Amtshilferichtlinie und von weiteren Maßnahmen gegen Gewinnkürzungen und -verlagerungen, Gesetz zum Schutz vor Manipulationen an digitalen Grundaufzeichnungen. Diese Zusammenstellung erfüllt die Anforderungen, die der Steuerpraktiker in der gesamten Bandbreite seiner Tätigkeit an eine Textsammlung stellt. Mehr unter: www.juris.de/Lex

juris Webinare

Als Teilnehmer eines juris Webinars besuchen Sie eine Online-Schulung – bequem und zeitsparend direkt vom eigenen Schreibtisch aus. In unserem virtuellen Seminarraum sehen Sie den Bildschirm des Referenten und verfolgen seine Präsentation in Echtzeit direkt in der Datenbank. Über verschiedene Wege, z.B. über Voice-over-IP oder via Chat, stehen Sie im direkten Kontakt mit dem Seminarleiter, können Fragen stellen oder auch mit den anderen Teilnehmern kommunizieren.

Umsteiger-Webinar

Für alle Kunden und Nutzer, 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.

09.05.2018, 14:00-15:00 Uhr

23.05.2018, 10:00-11:00 Uhr

Einführung in die NEUE juris Recherche

Für alle Neukunden und Nutzer, die schon unsere neue juris Recherche nutzen:

10.05.2018, 14:00-15:00 Uhr

16.05.2018, 14:00-15:00 Uhr

24.05.2018, 11:00-12:00 Uhr

31.05.2018, 14:00-15:00 Uhr

Fortgeschrittenen-Webinar

02.05.2018, 14:00-15:00 Uhr

16.05.2018, 10:00-11:00 Uhr

30.05.2018, 14:00-15:00 Uhr

Aktuelle Termine für unsere juris Webinare finden Sie unter: www.juris.de/webinare



juris PartnerModul

Datenschutz

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

Zum 25. Mai 2018 greifen weitreichende Änderungen in der täglichen Datenschutzpraxis. Bei Verstößen gegen den Datenschutz werden künftig erhebliche Bußgelder fällig. Mangelnde Sorgfalt bei der Einhaltung der neuen Regelungen wird sich unmittelbar und negativ auf den Unternehmenserfolg auswirken.

Die im juris PartnerModul Datenschutz enthaltene Kommentarliteratur stellt das BDSG vor und nach dem Stichtag ausführlich gegenüber. Die einschlägigen Regelungstexte der Landesdatenschutzgesetze, die Datenschutzbestimmungen des TMG und TKG und alle weiteren vom BDSG tangierten Gesetze können mit wenigen Mausklicks aufgerufen werden. Jedem Artikel der DSGVO werden die entsprechenden Erwägungsgründe sowie die entsprechende Norm des neuen BDSG zugeordnet und ausführlich kommentiert. Mögliche Problempunkte, Fehlerquellen und Risiken werden herausgearbeitet, Spezialbereiche vertieft und konkrete Lösungsmöglichkeiten für die Praxis angeboten.

Inhalt

- BDSG/DSGVO, Plath (Hrsg.)
- Datenschutz-Grundverordnung, Gierschmann/Schlender/Stenzel/Veil (Hrsg.)
- Datenschutz-Grundverordnung, Härting
- Datenschutz-Grundverordnung, Heidelberger Kommentar, Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman
- DS-GVO/BDSG, Schaffland/Wiltfang
- Privacy in Germany, PinG
- und viele weitere Titel

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



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

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

jurisAllianz

Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.

JETZT NOCH EINFACHER SUCHEN MIT JURIS.DE



Intelligenter
suchen



Besser
überblicken



Intuitiver
bedienen

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

www.juris.de

juris® Das Rechtsportal

jurisAllianz
Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.