

Juris[®] Die Monatszeitschrift

JM 6 | JUNI 2018

Topthema:

Neuausrichtung des Kirchenarbeitsrechts durch den EuGH? Die Rechts-sache Egenberger

Prof. Dr. Stefan Greiner

Interview:

Der elektronische Versand von Dateien ist eine Übergangslösung

Prof. Dr. Stephan Ory

In dieser Ausgabe:

Keine fiktiv berechneten Mängelbeseitigungskosten: zurück zum BGB vor anno 1900?

PD Dr. Gunter Deppenkemper

Quo vadis Arbeitsrecht?

Prof. Dr. Gregor Thüsing

Das Recht auf den gesetzlichen Berichterstatter

Ri Dr. Max Vogel

Quo vadis Migrationsrecht?

RiBVerwG Prof. Dr. Harald Dörig





juris PartnerModul

Datenschutz

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

Seit 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 sowie alle weiteren vom BDSG tangierten Gesetze können mit wenigen Mausklicks aufgerufen werden. Jedem Artikel der DSGVO sind die entsprechenden Erwägungsgründe sowie die entsprechende Norm des neuen BDSG zugeordnet. 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/Stentzel/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.

INHALT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Zivil- und Wirtschaftsrecht

Keine fiktiv berechneten Mängelbeseitigungskosten: zurück zum BGB vor anno 1900? Zugleich eine kritische Anmerkung zu BGH, Urt. v. 22.02.2018 - VII ZR 46/17

PD Dr. Gunter Deppenkemper, LL.M., LL.M. S. 222

Totgesagte leben länger – oder: Bleibt die Containersignatur bei elektronischen Einreichungen zulässig?

OLG Brandenburg, Beschl. v. 06.03.2018 - 13 WF 45/18

Stv. Dir. d. AG Dominik Mardorf S. 228

Das Ende der Negativzinsen im Privatkundengeschäft?

LG Tübingen, Urt. v. 26.01.2017 - 4 O 187/17

RA Dr. Marcus Niermann S. 230

Topthema:

Arbeitsrecht

Neuausrichtung des Kirchenarbeitsrechts durch den EuGH? Die Rechtssache Egenberger

Prof. Dr. Stefan Greiner S. 233

Quo vadis Arbeitsrecht?

Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M. (Harvard), Attorney at Law (New York)

S. 239

Sozialrecht

Angemessenheit der Vorstandsvergütungen einer gesetzlichen Krankenkasse

LSG Stuttgart, Urt. v. 21.06.2017 - L 5 KR 1700/16 KL

PräsLSG a.D. Ernst Merz S. 243

INHALT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Verwaltungsrecht

Das Recht auf den gesetzlichen Bericht- erstatter

Ri Dr. Max Vogel

S. 245

Quo vadis Migrationsrecht?

RiBVerwG Prof. Dr. Harald Dörig

S. 251

Strafrecht

Mord im Straßenverkehr? Die Berliner „Raser-Entscheidung“

BGH, Urt. v. 01.03.2018 - 4 StR 399/17

Dipl. VwWirt Ewald Ternig

S. 258

INTERVIEW

Der elektronische Versand von Dateien ist eine Übergangslösung

Prof. Dr. Stephan Ory

S. 261

„Der EuGH im Arbeitsrecht – Die schwarze Serie geht weiter“



Prof. Dr. Stephan Weth

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

So hat vor über 20 Jahren Abbo Junker einen Beitrag übersprochen, der sich mit den Rechtssachen Paletta, Bötel und Christel Schmidt beschäftigt. Vergangene sei die Ära, da man jede Entscheidung aus Luxemburg mit Ehrfurcht bestaunt habe, als sei der Stein der Weisen nunmehr gefunden (NJW 1994, 2527).

Das Top-Thema dieses Heftes befasst sich mit der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Egenberger, die die Frage aufwirft, ob hier ein neuer Beitrag des EuGH zur schwarzen Serie geschrieben wurde oder ob eine sinnvolle Neuausrichtung des Kirchenarbeitsrechts durch das Gericht stattgefunden hat.

Die Entscheidung behandelt die Frage, wie weit das kirchliche Selbstbestimmungsrecht im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse reicht. Darf der Arbeitgeber die Religionszugehörigkeit zur Einstellungsvoraussetzung machen und zwar unabhängig von der konkret ausgeübten Tätigkeit? Und inwieweit unterliegt der kirchliche Arbeitgeber bei der Festlegung der Einstellungsvoraussetzungen der gerichtlichen Kontrolle? Dürfen die Gerichte wegen des Selbstbestimmungsrechts der Kirche insofern nur eine Plausibilitätskontrolle vornehmen oder gibt es eine darüberhinausgehende Prüfungscompetenz staatlicher Gerichte?

In seiner ausgesprochen gründlichen und überzeugenden Auseinandersetzung mit dem Urteil des EuGH zeigt unser Autor Stefan Greiner, dass die Entscheidung eine ganze Reihe schwieriger, spannender und höchst praxisrelevanter Pro-

bleme aufwirft. Hier soll nur ein Problemfeld herausgegriffen werden.

Das Urteil des EuGH scheint im deutlichen Kontrast zur Rechtsprechung des BVerfG zu stehen, weil der EuGH dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht einen weit geringeren Stellenwert einzuräumen scheint, als das BVerfG, indem er eine sehr weitgehende gerichtliche Überprüfung der kirchlichen Festlegungen durch die Arbeitsgerichtbarkeit fordert. Das ist auch im Hinblick auf Art. 17 AEUV höchst problematisch. Nach dieser Vorschrift achtet die Union den Status, den die Kirchen in den Mitgliedstaaten nach deren Rechtsvorschriften genießen und beeinträchtigt ihn nicht. Wenn aber der EuGH den nationalen Gerichten vorschreibt, in welcher Weise sie durch ihre Rechtsprechung das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen kontrollieren und dann ggf. in dieses eingreifen müssen, kann nicht mehr davon die Rede sein, dass die Union den Status der Kirchen nicht beeinträchtigt. Greiner weist insoweit zu Recht darauf hin, dass der Gedanke naheliegt, der EuGH habe mit seiner Entscheidung „ultra-vires“ gehandelt, die primärrechtliche Kompetenzordnung verletzt und primärrechtswidrig in das mitgliedstaatliche Staatskirchenrecht eingegriffen.

Es stellt sich in der Tat die Frage, welche Folgen das haben könnte. Könnte das ein Anlass für das BVerfG sein, den EuGH – wie mancher es sich wünscht – „endlich einmal in seine Schranken zu weisen“.

Es scheint mir zweifelhaft, ob die Egenberger Entscheidung des EuGH dazu der richtige Anlass wäre, weil schon fraglich ist, ob der EuGH einerseits und das BVerfG andererseits, in der Frage der Prüfungscompetenz der staatlichen Arbeitsgerichtbarkeit wirklich so weit auseinanderliegen. Jedenfalls scheint es mir nicht richtig, davon zu sprechen, das BVerfG beschränke im hier fraglichen Bereich die gerichtliche Kontrolle auf eine Plausibilitätskontrolle (vgl. dazu EuGH, Ur. v. 17.04.2018 - C-414/16 - „Egenberger“ Rn. 31), weil es zweistufig prüft und neben einer Plausibilitätskontrolle in der ersten Stufe in der zweiten Stufe eine Abwägung der kirchlichen Interessen mit den Belangen des Arbeitnehmers vornimmt (vgl. BVerfG, Beschl. v. 22.10.2014 - 2 BvR 661/12).

Der EuGH hat gesprochen, dass BAG muss nun entscheiden, ob es Frau Egenberger eine Entschädigung zuspricht. Es bleibt – wie Greiner zu Recht heraushebt – spannend, ob das BAG die konträren Sichtweisen des EuGH und des BVerfG in Einklang bringen wird. Vielleicht gelinge ja eine salomonische Entscheidung, die eingebettet in die Vorgaben des EuGH, auch die grundgesetzlich gesicherte Kirchenautonomie zur Entfaltung bringe. Das wäre in der Tat zu hoffen. In diesem Sinne

Ihr

Stephan Weth

Keine fiktiv berechneten Mängelbeseitigungskosten: zurück zum BGB vor anno 1900? Zugleich eine kritische Anmerkung zu BGH, Urt. v. 22.02.2018 - VII ZR 46/17

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

Aufgrund der zitierten Entscheidung ist es dem Besteller einer Werkleistung entgegen der jahrzehntelang im Baurecht anerkannten Praxis nicht mehr möglich, das Werk unrepariert zu behalten und über Schadensersatz statt der Leistung die fiktiven Mängelbeseitigungskosten vom Unternehmer als Schaden einzufordern. Die Entscheidung hat größte Relevanz und bedarf auch wegen ihrer Hinweise zur Auswirkung auf bereits eingeklagte Schadensersatzansprüche unverzüglicher Berücksichtigung. Allerdings ist die Begründung der Rechtsprechungsänderung knapp gehalten. Die zugrunde liegenden Fragen des Schadensrechts verdienen aber nähere Betrachtung. Daher sollen die bisherige Praxis mit groben Strichen skizziert und die Rechtsprechungsänderung dogmatisch verortet werden.

A. Sachverhalt

Die Parteien stritten um Schadensersatz, weil von den Beklagten im Außenbereich eines von der Klägerin beauftragten Hausneubaus verlegte Natursteinplatten Risse und Ablösungen aufwiesen. Die Klägerin hatte in der ersten Instanz erfolgreich Vorschuss für die Durchführung der Mängelbeseitigung begehrt. Während des Berufungsverfahrens veräußerte sie das Objekt, woraufhin sie die Vorschussklage auf Schadensersatz in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten umstellte. Die Berufung der Beklagten wurde zurückgewiesen. Die Revision war erfolgreich.

B. Prolog

I. Ein Besteller, der das mangelhafte Werk behält und den Mangel nicht beseitigen lässt, kann seinen Schaden bemessen, indem er im Wege einer Vermögensbilanz die Differenz zwischen dem hypothetischen Wert der durch das Werk geschaffenen oder bearbeiteten Sache ohne Mangel und dem tatsächlichen Wert der Sache mit Mangel ermittelt.¹ Diese weiterhin mögliche Art der Schadensbemessung ist ausschließlich auf Ausgleich des Wertunterschieds gerichtet² und steht einer der Berechnung nach vereinfachten Form der Minderung (vgl. § 638 Abs. 3 Satz 1 BGB) nahe.³

II. Seit Jahrzehnten konnte der Besteller alternativ einen Zahlungsanspruch in Höhe der fiktiven Mängelbeseiti-

gungskosten unabhängig davon, ob er die Mängel beseitigen lassen will, geltend machen.⁴ So sprach der VII. Senat in dem Fall, dass ein Unternehmer sich zum Bau eines Hauses verpflichtete, in diesem aber die Fliesen Risse aufwiesen, deren Auswechseln insgesamt knapp 70.000 DM gekostet hätte, diesen Betrag zu. Es sei der Mangel selbst bereits der Schaden. Sei er im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung noch nicht beseitigt, jedoch die Beseitigung noch möglich, habe der Besteller Anspruch auf Ersatz der für die Mängelbeseitigung erforderlichen Aufwendungen. Abweichend von § 249 Abs. 1 BGB könne er verlangen, dass dieser Schaden mit dem für die Mängelbeseitigung erforderlichen, ggf. mithilfe eines Sachverständigen⁵ geschätzten Geldbetrag abgegolten werde, wobei unerheblich sei, ob der Besteller den Betrag zur Mängelbeseitigung verwende.⁶ Der Schadensersatzanspruch ging also nicht auf den mangelbedingten Wertunterschied,⁷ sondern bis zur Grenze der Unverhältnismäßigkeit (§ 251 Abs. 2 Satz 1 BGB) auf Zahlung der fiktiven Mängelbeseitigungskosten. Denn bereits der Mangel des Werks selbst sei – unabhängig von dessen Beseitigung – der Schaden in Höhe der Beseitigungskosten.⁸ Der Besteller sei weder zu einer Nachbesserung noch zu einer Abrechnung verpflichtet. Er könne den Schadensbetrag auch anderweitig verwenden.⁹ Der An-

1 Vgl. schon BGH, Urt. v. 26.10.1972 - VII ZR 181/71 Rn. 6; ferner BGH, Urt. v. 22.07.2010 - VII ZR 176/09 Rn. 11; Teichmann in: Soergel, BGB, 12. Aufl. 1997, § 635 Rn. 48.

2 So BGH, Urt. v. 22.02.2018 - VII ZR 46/17 Rn. 27.

3 Vgl. Peters/Jacoby in: Staudinger, BGB, 2014, § 634 Rn. 149.

4 Vgl. Kober in: BeckOGK, BGB, 01.02.2018, § 636 Rn. 258 f.; Glanzmann in: RGRK, BGB, 12. Aufl. 1978, § 635 Rn. 11; Peters/Jacoby in: Staudinger, BGB, 2014, § 634 Rn. 150 f. und Anhang I zu § 638 Rn. 45.

5 BGH, Urt. v. 10.04.2003 - VII ZR 251/02 Rn. 16; siehe auch BGH, Urt. v. 10.05.1979 - VII ZR 30/78 Rn. 22; BGH, Urt. v. 06.12.2012 - VII ZR 84/10 Rn. 23.

6 BGH, Urt. v. 10.04.2003 - VII ZR 251/02 Rn. 13; OLG Köln, Urt. v. 10.11.2016 - I-7 U 97/15 Rn. 21; vgl. schon Fischer, Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1903, S. 201 Fn. 1.

7 BGH, Urt. v. 06.11.1986 - VII ZR 97/85 Rn. 13.

8 Vgl. die Nachweise bei BGH, Urt. v. 22.02.2018 - VII ZR 46/17 Rn. 30.

9 So BGH, Urt. v. 28.06.2007 - VII ZR 81/06 Rn. 16; auch BGH, Urt. v. 24.05.1973 - VII ZR 92/71 Rn. 36; BGH, Urt. v. 10.05.1979 - VII ZR 30/78 Rn. 22; Teichmann in: Soergel, BGB, 12. Aufl. 1997, § 635 Rn. 40, 45.

spruch bestehe selbst fort, wenn der Gläubiger das Werk veräußerte.¹⁰ Der Schuldner könne nicht damit rechnen, mit einem geringeren Betrag davonzukommen, als die Beseitigung des Mangels erfordere.¹¹ Die Literatur folgte dem: Es sei nicht einzusehen, warum eine Veräußerung dem Schadensersatzpflichtigen zugutekommen solle.¹²

III. Allerdings entwickelte die Rechtsprechung alsbald Ausnahmen: So könne ein Nachunternehmer, der seinerseits von seinem Auftraggeber wegen Mängeln am Werk nicht mehr in Anspruch genommen wird, nach dem Rechtsgedanken der Vorteilsausgleichung gehindert sein, Ansprüche wegen dieser Mängel gegen seinen Auftragnehmer geltend zu machen. Er dürfe nicht bessergestellt werden, als er ohne das schädigende Ereignis stünde.¹³ Ferner könne bei fiktiver Abrechnung die nicht angefallene Umsatzsteuer nicht als Schaden ersetzt verlangt werden, vgl. § 249 Abs. 2 Satz BGB;¹⁴ der Umfang des Schadensersatzes müsse stärker daran ausgerichtet werden, welche Dispositionen der Geschädigte tatsächlich zur Schadensbeseitigung treffe.¹⁵ Insbesondere aber stand die Möglichkeit, den Schadensersatz anhand der Mängelbeseitigungskosten zu berechnen, unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit: Erwiesen sich die erforderlichen Kosten als unverhältnismäßig, so konnte der Besteller wegen des Rechtsgedankens des § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB nur Ersatz des mangelbedingten Minderwerts des Verkehrswerts als der Differenz zwischen dem Wert des Werks mit und ohne Mangel verlangen.¹⁶ Der für das Kaufrecht zuständige V. Senat hat diese Einschränkung übernommen.¹⁷

IV. Aufhorchen ließ dann die grundsätzliche Kritik (RiBGH) Halfmeiers:¹⁸ Er fand, obgleich er die §§ 249 ff. BGB untersuchte, in § 251 BGB eine Anspruchsgrundlage für einen Geldanspruch:¹⁹ Aus der Rechtsfolge „hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen“ folgert Halfmeier, dass diese Norm einen Zahlungsanspruch gewähre.²⁰ Da es auf die Vermögensbilanz im Ganzen gehe, sei zu fragen, wie sich das Vermögen des Bestellers im Ganzen von der Situation unterscheidet, die bestünde, wäre im Wege der Nacherfüllung mangelfrei erfüllt worden. Ist der Besteller der Eigentümer der Sache, sei das der objektive Minderwert der Sache. Entsprechend sei sein einziges durch § 281 BGB geschütztes Leistungsinteresse die Mangelfreiheit des Werks, nicht aber neben dem Werk eine weitere Summe zur freien Verfügung zu erhalten.²¹ Aus den schadensrechtlichen Vorschriften könne kein Anspruch auf Zahlung eines Geldbetrages in Höhe der für die Mängelbeseitigung erforderlichen notwendigen Kosten hergeleitet werden.²² Vielmehr sei ein solcher Anspruch ein materieller Ausgleich für einen vermögensmäßig nicht relevanten Mangelunwert, was nach § 253 BGB unzulässig sei.²³ Auch überzeuge der Hinweis auf die zu schützende Dispositionsfreiheit nicht, da diese von der Rechtsprechung im Bereich von § 249 Abs. 2 BGB, bei Personen- und

Sachschäden, entwickelt worden sei, und ferner keinen Geldanspruch begründen könne, sondern ihn voraussetze. Schließlich bleibe dem Besteller auch die Möglichkeit, den Mangel tatsächlich zu beseitigen und auf dieser Basis abzurechnen bzw. vorab einen Vorschuss zu verlangen, § 637 BGB.

C. Entscheidung BGH, Urt. v. 22.02.2018 - VII ZR 46/17

Nach der Vorgeschichte (siehe oben B.III. und IV.) wundert es nicht, dass der VII. Senat an das Schlagwort der „Überkompensation“ anknüpfte und Halfmeier (der der Sitzgruppe allerdings nicht angehörte) folgte: Die Möglichkeit der Abrechnung fiktiver Kosten wird ausdrücklich verworfen. Ausgangspunkt ist der bekannte Hinweis auf § 281 Abs. 4 BGB.²⁴ Der sog. kleine Schadensersatz gehe auf Ersatz in Geld, soweit der Besteller durch den Mangel einen Vermögensschaden erlitten hat.²⁵ Der Mangel des

10 BGH, Urt. v. 06.11.1986 - VII ZR 97/85 Rn. 5; BGH, Urt. v. 22.07.2004 - VII ZR 275/03 Rn. 10; BGH, Urt. v. 16.12.2004 - VII ZR 257/03 Rn. 53.

11 BGH, Urt. v. 08.11.1973 - VII ZR 86/73 Rn. 25.

12 Peters/Jacoby in: Staudinger, BGB, 2014, § 634 Rn. 150.

13 So BGH, Urt. v. 28.06.2007 - VII ZR 81/06 Rn. 18; ablehnend Peters/Jacoby in: Staudinger, BGB, 2014, § 634 Rn. 155. Vgl. schon OLG Braunschweig, Urt. v. 26.01.1891 (Seuff. Arch. 46 [1891], 272 Nr. 173): Ein Bäcker lieferte einem Verkäufer zu kleine Brötchen, doch konnte dieser mit denen den gleichen Erlös erzielen. Das Oberlandesgericht sprach ihm gleichwohl Schadensersatz zu.

14 Vgl. BT-Drs. 14/7752 Anlage 1, S. 14; Jansen in: HKK, BGB, 2007, Band II/1, §§ 249 – 253, 255 Rn. 51, 99.

15 So BGH, Urt. v. 22.07.2010 - VII ZR 176/09 Rn. 15.

16 BGH, Urt. v. 26.10.1972 - VII ZR 181/71 Rn. 9, 12; BGH, Urt. v. 10.03.2005 - VII ZR 321/03 Rn. 13; BGH, Urt. v. 11.10.2012 - VII ZR 179/11 Rn. 12; Glanzmann in: RGRK, BGB, 12. Aufl. 1978, § 635 Rn. 11.

17 BGH, Urt. v. 04.04.2014 - V ZR 275/12 Rn. 34.

18 Halfmeier, BauR 2013, 320; zustimmend Kniffka in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 6. Teil, Rn. 182, 253; Popescu, BauR 2014, 1685, 1691 ff.; Rodemann, ZfBR 2015, 634, 635; Fuchs, IBR 2013, 130; Geck in: Festschrift für Jochem, 2014, S. 177, 198, 201; kritisch Weyer, NZBau 2013, 269.

19 Vgl. auch Schwarze in: Staudinger, BGB, 2014, § 280 Rn. E 37; zuvor z.B. Schulze, NJW 1987, 3097, 3099; Teichmann in: Soergel, BGB, 12. Aufl. 1997, § 635 Rn. 43; kritisch Weyer, NZBau 2013, 269, 270.

20 Halfmeier, BauR 2013, 320, 321.

21 Halfmeier, BauR 2013, 320, 324; zustimmend Kniffka in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 6. Teil, Rn. 253.

22 Halfmeier, BauR 2013, 320, 322.

23 Halfmeier, BauR 2013, 320, 324.

24 Vgl. BGH, Urt. v. 19.01.2017 - VII ZR 193/15 Rn. 38; BGH, Urt. v. 22.07.2010 - VII ZR 176/09 Rn. 10; Schiemann in: Staudinger, BGB, 2017, § 249 Rn. 180; Schwarze in: Staudinger, BGB, 2014, § 280 Rn. E 37 und § 281 Rn. B 128; Glanzmann in: RGRK, BGB, 12. Aufl. 1978, § 635 Rn. 15; Knütel, BauR 2004, 591, 592 f.

25 Vgl. schon BGH, Urt. v. 19.01.2017 - VII ZR 235/15 Rn. 53, 55.

Werks sei zunächst nur ein Leistungsdefizit, weil das Werk hinter der geschuldeten Leistung zurückbleibe. Lasse der Käufer den Mangel nicht beseitigen, sei der bereits durch den Mangel des Werks selbst entstandene Vermögensschaden festzustellen und in Geld – ggf. nach § 287 ZPO – zu bemessen. Maßgeblich sei das Leistungsinteresse des Bestellers (Rn. 24). Ein Leistungsdefizit mit der Folge der Störung des Äquivalenzverhältnisses könne als ein beim Besteller eingetretener Vermögensschaden bewertet werden (Rn. 33, 41). Pole der Schätzungen des mangelbedingten Minderwerts des Werks seien der Betrag der Minderung einerseits – der Besteller solle beim im Hinblick auf das Verschuldenserfordernis strengeren Voraussetzungen unterliegenden Schadensersatzanspruch nicht schlechter gestellt werden sein, als im Fall der Geltendmachung des Rechts zur Minderung gem. § 634 Nr. 3, § 638 BGB (Rn. 40) – sowie die Vergütung als Maximalwert andererseits (Rn. 42). Dabei komme bspw. eine Schadensbemessung anhand der Vergütungsanteile, die auf die mangelhafte Leistung entfielen, in Betracht (Rn. 42).

D. Kritik

Eine Überkompensation und eine nach allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätzen nicht gerechtfertigte Bereicherung des Bestellers ist zu vermeiden. Das ist Allgemeinut. Die Frage ist nur, ob eine solche Überkompensation bei der bisherigen Möglichkeit der Abrechnung des fiktiven Aufwandes tatsächlich vorliegt. Die Antwort hängt davon ab, ob auch bei der Abrechnung fiktiver Kosten das Erfüllungsinteresse oder nur das (bloße) Wertinteresse des Bestellers geschützt ist.

I. Mit dem Schlagwort des „Leistungsinteresses“ lenkt der VII. Senat den Blick auf § 275 Abs. 3 BGB, wo das Gesetz den Begriff prominent gebraucht.²⁶ Die überwiegende Ansicht versteht unter ihm das Interesse des Gläubigers am Erhalt der Leistung in Natur, wobei auch immaterielle Interessen in Betracht zu ziehen seien.²⁷ Es geht i.d.R. auf den Betrag, den der Gläubiger vom Schuldner im Nichterfüllungsfall als Schadensersatz statt der Leistung beanspruchen kann.²⁸ Ist dieses der Wert, den der Gläubiger für eine vergleichbare Leistung aufwenden müsste,²⁹ so ließe sich plastisch vom Erfüllungsinteresse reden. Ähnlich wird vielfach das Gläubigerinteresse als ein berechtigtes Interesse an einer ordnungsgemäßen Vertragserfüllung bei der Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit i.S.v. § 635 Abs. 3 BGB verstanden.³⁰ Andere Autoren wollen bei einem Anspruch auf Nacherfüllung für die Bestimmung des Leistungsinteresses des Gläubigers von der Wertdifferenz zwischen dem Wert der Sache in mangelfreiem Zustand und dem tatsächlichen Wert der Sache ausgehen.³¹ Auch für § 635 Abs. 3

BGB finden sich Stimmen, die nicht das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung, sondern sein objektives Interesse an einer mangelfreien Vertragsleistung in die Abwägung einstellen wollen.³² Insoweit lässt sich vom maßgeblichen Wertinteresse sprechen.

II. Freilich geht es vorliegend nicht um die primär geschuldete Erfüllung der versprochenen Leistung, sondern um Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Allerdings lassen sich die vom VII. Senat zum betonten „Leistungsinteresse“ angedeuteten Positionen (siehe Ziffer I.) auch hier wiederfinden: Ist der Bezugspunkt für die Bemessung in Geld das Erfüllungs- oder das Wertinteresse?

III. Das BGB und seine Gesetzesmaterialien liefern wenig Anhalt. Der Wortlaut der §§ 249 ff. BGB helfen jedenfalls wenig.³³ Eine Definition des Schadensbegriffs wurde bewusst nicht aufgenommen.³⁴ Insgesamt blieb der Ansatz des BGB, die Naturalrestitution als Regelfall des Schadensersatzes zu konzipieren,³⁵ was in den vorgehenden Kodifikationen ohne Beispiel war, in den Gesetzgebungsmaterialien ohne vertiefte konzeptionelle Begründung.³⁶ Systematische Folgerungen wirken daher konstruiert, zumal die §§ 249 ff. BGB primär für die Haftung wegen unerlaub-

26 Vgl. nur Ernst in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2016, § 275 Rn. 79 ff.; Caspers in: Staudinger, BGB, 2014, § 275 Rn. 92 ff.

27 Lorenz in: BeckOK, BGB, 45. Edition 01.02.2017, § 275 Rn. 54; Riehm in: BeckOGK, BGB, 01.03.2018, § 275 Rn. 192; Westermann in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 275 Rn. 24; Stadler in: Jauernig, BGB, 16. Aufl. 2015, § 275 Rn. 25; Ernst in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2016, § 275 Rn. 79 und 81; Grüneberg in: Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, § 275 Rn. 28; Schmidt-Kessel in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 12. Aufl. 2017, § 275 Rn. 21; Caspers in: Staudinger, BGB, 2014, § 275 Rn. 97.

28 So Ernst in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2016, § 275 Rn. 80; ähnlich Riehm in: BeckOGK, BGB, 01.03.2018, § 275 Rn. 189; Westermann in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 275 Rn. 24; Dauner-Lieb in: NK, BGB, 3. Aufl. 2016, § 275 Rn. 44.

29 Vgl. BGH, Urt. v. 07.03.2002 - VII ZR 1/00 Rn. 45.

30 Vgl. BGH, Urt. v. 10.11.2005 - VII ZR 64/04 Rn. 14; OLG Hamburg, Urt. v. 19.02.2015 - 4 U 111/13 Rn. 81; OLG Köln, Urt. v. 16.09.2010 - 7 U 158/08; Voit in: BeckOK, BGB, 45. Edition 01.02.2017, § 635 Rn. 14; Sprau in: Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, § 635 Rn. 12; Leupertz/Halfmeier in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 12. Aufl. 2017, § 635 Rn. 8.

31 So Seichter in: jurisPK, BGB, 8. Aufl. 2017, § 275 Rn. 46.

32 Schmidt in: BeckOGK, BGB, 01.02.2018, § 635 Rn. 138 mit 146; Busche in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2018, § 635 Rn. 38.

33 Vgl. Schiemann in: Staudinger, BGB, 2017, Vorbem. zu §§ 249 – 254 Rn. 35.

34 Mot. II, S. 19; Mugdan I, S. 10.

35 Grundlegende Kritik bei Degenkolb, AcP 76 (1880), 1, 4 ff., 10, 13, 20, 68, 74.

36 Vgl. Jansen in: HKK, BGB, 2007, Band II/1, §§ 249 – 253, 255 Rn. 33, 49; Schiemann in: Staudinger, BGB, 2017, Vorbem. zu §§ 249 – 254 Rn. 2, 41.

ter Handlung gefasst waren.³⁷ Nach § 195 TE-OR sollte die in § 191 TE-OR geregelte Naturalrestitution im Vertragsrecht ausgeschlossen sein. § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB wurde zudem erst im Laufe des späteren Gesetzgebungsverfahrens zur Erweiterung der Rechte des Gläubigers³⁸ eingeführt, sodass daraus kaum das (ursprünglich gedachte) Verhältnis der in der Sache schon im Vorentwurf gefundenen Formulierungen der § 249, § 251 Abs. 1 BGB zueinander abgeleitet und gefolgert werden kann, dass ein Anspruch auf Geldersatz bei Nichterfüllung bewusst ausgeschlossen worden sei.³⁹ Vielmehr wurde sogleich erkannt, dass das BGB den Schadensbegriff des § 249 BGB nicht durchzuführen vermocht habe und an vielen Stellen in den bisherigen Sprachgebrauch zurückgefallen sei: Es sei, so v. Thur, „Schadensersatz‘ im BGB unter anderem als Geldersatz aufzufassen“. Überall, wo das BGB von Schadensersatz wegen Nichterfüllung spreche, sei an Geldersatz gedacht worden.⁴⁰ Das entsprach dem bisherigem Verständnis zum Anspruch aus § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB a.F., der – abweichend von § 249 Satz 1 BGB – in aller Regel auf Entschädigung in Geld gerichtet sei,⁴¹ weil durch Naturalrestitution die Erfüllung der vertraglichen Leistung herbeigeführt würde.⁴² Nunmehr aus der Systematik der §§ 249, 251 BGB zu folgern, dass bei einem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nur das Wertinteresse geschützt sein könne, überzeugt wenig, zumal der VII. Senat auf Nachweise aus den Gesetzgebungsmaterialien oder der Literatur der Zeit vollständig verzichtete.

IV. Aber auch das vormals zentrale Argument, die „Dispositionsfreiheit“ des Geschädigten,⁴³ führt nicht weiter: Bisher galt, dass im Gegensatz zum Vorschuss der als Schadensersatz erforderliche Geldbetrag nicht zur Beseitigung des Mangels verwendet zu werden brauchte (B.II.). Es gehöre zu der dem Besteller eingeräumten Freiheit, über die (mangelbehaftete) Sache zu verfügen. Auch dürfte sich nicht zugunsten des Schuldners eine womöglich von ihm selbst bewirkte Hinauszögerung auswirken.⁴⁴ Diese Argumentation unterliegt aber einer klassischen *petitio principii*: Disponieren kann der Besteller über den Anspruch nur, wenn er ihn hat. Wenn er ihn aber hat, kann umgekehrt der Umstand, dass er ihn nicht brauche, weil er alternativ den Vorschuss verlangen und abrechnen könnte (§ 637 BGB), kein Grund sein, den (entstandenen) Anspruch zu versagen.

V. Da Wortlaut, Systematik und Gesetzgebungsgeschichte nur unsichere Argumente geben, weist die Frage nach der Funktion des Schadensersatzanspruchs statt der Leistung in die richtige Richtung zur Beantwortung, was bei Schlechter oder Nichterfüllung der Bezugspunkt des Interesses ist.

1. Die bisherige Rechtsprechung folgte mit der Differenzhypothese der Mommsen zugeschriebenen Begrifflichkeit.⁴⁵ Mommsen sah, dass der römische Ausdruck *id quod*

interest einen Vergleich impliziere, und definierte den Begriff des Interesses als „die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkte ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkt haben würde.“⁴⁶ Es trete das Interesse an die Stelle des ursprünglichen Gegenstandes der Obligation und bilde das Äquivalent für denselben.⁴⁷ Es gelte: „wenn wegen (gänzlicher oder theilweiser) Nichterfüllung einer Obligation ein Aequivalent zu leisten ist, so besteht dieses Aequivalent in dem Interesse, welches der Gläubiger an der Erfüllung der Obligation hat.“⁴⁸ Der Gläubiger habe ein Recht auf die Leistung selbst, dem eben durch die Hingabe des Aequivalents ein Genüge geschehen solle. „Soll aber diesem Recht des Gläubigers wahrhaft ein Genüge geschehen, so muss nothwendig der Werth, den die Leistung für den Gläubiger hat, bei der Berechnung des Aequivalents zu Grunde gelegt werden [...] Es lässt sich hier kein Grund auffinden, weshalb der Gläubiger zu Gunsten des Schuldners, dem allein eine Schuld zur Last fällt, einen Nachtheil erleiden soll, indem er nicht alles Dasjenige erhält, was er im Fall der Erfüllung der Obligation gehabt hätte.“⁴⁹

37 Jakobs/Schubert, Die Beratungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1978, §§ 249 – 252, S. 81 ff.; zur Haftung wegen Nichterfüllung vgl. Jakobs/Schubert, Die Beratungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1978, §§ 249 – 252, S. 103 ff.

38 Prot. II, S. 594 f., 2599 f.; Mugdan II, S. 513 f.; vgl. Jansen in: HKK, BGB, 2007, Band II/1, §§ 249 – 253, 255 Rn. 50.

39 Vgl. die Diskussion bei Jakobs/Schubert, Die Beratungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1978, §§ 249 – 252, S. 86 f., 99 f.; § 219 E I-RJA in der durch die Vorkommission des Reichsjustizamtes 1891 beschlossenen Fassung (bei Jakobs/Schubert, Die Beratungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1978, §§ 249 – 252, S. 97 f.).

40 V. Thur, Jher.Jhrb 46 (1904), 38, 49 Fn. 13.

41 BGH, Urt. v. 26.10.1972 - VII ZR 181/71 Rn. 8; BGH, Urt. v. 08.11.1973 - VII ZR 86/73 Rn. 21; BGH, Urt. v. 22.07.2010 - VII ZR 176/09 Rn. 10; BGH, Urt. v. 11.10.2012 - VII ZR 179/11 Rn. 9; Pastor in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 16. Aufl. 2018, Rn. 2218 a.E.

42 Vgl. Kober in: BeckOGK, BGB, 01.02.2018, § 636 Rn. 257.

43 Vgl. Kober in: BeckOGK, BGB, 01.02.2018, § 636 Rn. 259.

44 BGH, Urt. v. 06.11.1986 - VII ZR 97/85 Rn. 10.

45 Dazu Jansen in: HKK, BGB, 2007, Band II/1, §§ 249 – 253, 255 Rn. 104 ff., 41; Schermaier in: HKK, BGB, 2013, Band III/1, §§ 280 – 285 Rn. 55, 64; Oetker in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2016, § 249 Rn. 18 f.; Schiemann in: Staudinger, BGB, 2017, Vorbem. zu §§ 249 – 254 Rn. 25, 35, § 249 Rn. 4 ff.; Schwarze in: Staudinger, BGB, 2014, § 280 Rn. E 27, 37.

46 Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, 2. Abtheilung, 1855, S. 3, auch S. 11.

47 Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, 2. Abtheilung, 1855, S. 8.

48 Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, 2. Abtheilung, 1855, S. 66.

49 So Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, 2. Abtheilung, 1855, S. 70 f.; Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, 2. Abtheilung, 1855, S. 72, sieht dabei durchaus, dass die Römer den Sachwert und nicht das Erfüllungsinteresse des Gläubigers als Gegenstand der *condemnatio* betrachteten.

Soll dieses Äquivalent (interesse singulare) – also nicht der Sachwert (interesse commune) oder die versprochene Gegenleistung (interesse conventum) – an die Stelle der Leistung selbst treten, liegt nahe, es danach in Geld zu bemessen, was die Leistung dem Gläubiger kostet. So ist der VII. Senat bisher verfahren. Der Anspruch solle „die Nachteile des Bestellers ausgleichen, die ihm durch die mangelhafte Werkleistung entstanden sind. Er tritt an die Stelle des auf mangelfreie Herstellung gerichteten Erfüllungsanspruchs. Wie jener zielt er auf die Herbeiführung des vom Unternehmer geschuldeten werkvertraglichen Erfolgs [...] Dieser Zweck würde unterlaufen, wenn der Unternehmer als Ausgleich für das mangelhafte Werk nur Ersatz der objektiven Minderung des Verkehrswerts schuldet, sofern diese geringer ist als die Kosten für die Mangelbeseitigung“.⁵⁰ Durch den Schadensersatzanspruch aus § 635 BGB a.F. sollte der Besteller in die Lage versetzt werden, den Zustand herzustellen, den der Unternehmer durch seine Leistung hätte herbeiführen sollen.⁵¹ Weil der Besteller die Mängelbeseitigungsaufwendungen erbringen darf, um sein Erfüllungsinteresse zu erlangen, erscheint dieser Aufwand neben dem vereinbarten Preis als Schadensposten, als eine das Leistungsinteresse betreffende Schadensposition.⁵²

2. Davon rückt der VII. Senat nun ab. In Fällen der fiktiven Abrechnung habe sich der nur fiktive Aufwand nicht als Schaden realisiert. Er sei kein Schaden. Vereinfacht gesagt: Allein, dass der Besteller einen Aufwand zur Mängelbeseitigung erbringen könnte, heißt nicht, dass, wenn er ihn nicht getätigt hat, ihm der fiktive Aufwand als Schaden entstanden ist.⁵³ Vielmehr gehe der Anspruch dann auf den Ausgleich der Wertdifferenz, die das Werk wegen des Mangels weniger wert ist, als wenn es mangelfrei wäre. Als Schaden sei die Wertdifferenz auszugleichen, die sich aus der mangelhaften Leistung im Vergleich mit der mangelfreien Leistung als Minderwert der Sache im Vermögen des Bestellers niederschlägt (Wertinteresse).

Der Ansatz, zu dem der VII. Senat damit zurückkehrt, ist der historisch ältere und wurde durch Christian Knütel in seiner Kritik der „Fliesenentscheidung“ (oben B.II.) sowie einer Entscheidung zum Schadensersatz des Käufers bei mangelhafter Kaufsache⁵⁴ in den Fokus gestellt: Zwar scheint er auf ausgetretenen Pfaden zu wandern, wenn er als Inhalt des Schadensersatzanspruchs das (allgemeine) Erfüllungsinteresse sieht.⁵⁵ Dieses definiert er aber im Sinne des Wertinteresses: Dogmatische Grundlage für Knütel ist, dass schon im römischen Recht die Klage des Käufers⁵⁶ (bzw. Bestellers) bei Mängeln nicht auf eine (Nach-)Erfüllungshandlung, sondern grds. auf eine Verurteilung auf Geld (condemnatio pecuniaria) ging (Gai. 4, 48). Mit dem Leistungsurteil wandelte sich die ursprüngliche obligatio in eine (vom Richter zu schätzende) Geldschuld um; die se-

kundäre Geldleistung trat grds. an die Stelle der Primärleistung. Entsprechend war nur die Vollstreckung wegen einer bestimmten Geldsumme möglich. Maßstab der geforderten Schätzung war das Interesse des Klägers (quod interest) in dem Sinne, was ihm an der Sache gelegen ist (d.h. was seinem Nutzen betrifft),⁵⁷ mithin der Mehrwert der mangelfreien Sache⁵⁸ für das Vermögen des Käufers und nicht die Differenz zu seiner hypothetischen Vermögenslage bei pflichtgemäßer Erfüllung. Entsprechend geht das Erfüllungsinteresse im Sinne Knütels auf den (geldwerten) Vorteil, der das Erhalten der geschuldeten Sache dem Gläubiger bedeutet hätte.⁵⁹

VI. Allerdings führt der VII. Senat diesen Ansatz schon nicht stringent durch: Unstreitig ist ja, dass das Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung Erfüllung in natura ausschließt. Für die laufenden Prozesse, in denen Schadensersatz auf Basis der bisherigen Rechtsprechung geltend gemacht wurde, heißt das, dass der Besteller weder fiktiv abrechnen noch Nacherfüllung verlangen kann. Auch der Vorschussanspruch bliebe ihm nach bisher vorherrschender Ansicht versagt, denn nach dieser führe das Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung gem. § 281 Abs. 4 BGB auch dazu, dass der Vorschussanspruch erlösche,⁶⁰ der Anspruch aus § 634 Nr. 2, § 637 BGB setze das Fortbestehen des Nacherfüllungsanspruchs zum Zeitpunkt der Selbstvornahme voraus.⁶¹ In Anschluss an Halfmeier⁶² billigt der VII. Senat

50 BGH, Urt. v. 10.03.2005 - VII ZR 321/03 Rn. 11.

51 BGH, Urt. v. 10.03.2005 - VII ZR 321/03 Rn. 12.

52 Vgl. Schwarze in: Staudinger, BGB, 2014, § 280 Rn. E 4.

53 Vgl. Knütel, BauR 2004, 591, 592 f. – dort auch zum Folgenden.

54 OLG Hamm, Urt. v. 10.03.1995 - 19 U 206/94; dazu Knütel, AcP 202 (2002), 555, 556.

55 Knütel, AcP 202 (2002), 555, 571 f.

56 Vgl. Ernst in: HKK, BGB, 2013, Band III/1, §§ 434 – 445 Rn. 4.

57 Vgl. den Grammatiker Priscian bei Keil, Grammatici latini, 1859, Band 3, S. 159: quod in mea interest (id est in utilitate mea); dazu auch Honsell, Quod interest im Bonae-fidei-iudicium, 1969, S. 12 Fn. 46.

58 Vgl. Medicus, Id quod interest, 1962, S. 28 ff., 49 ff., 109 ff.

59 Knütel, AcP 202 (2002), 555, 573.

60 Vgl. Rast in: BeckOGK, BGB, 01.02.2018, § 637 Rn. 44; Voit in: BeckOK, BGB, 45. Edition 01.02.2017, § 637 Rn. 1; Kniffka/Krause-Allenstein, Bauvertragsrecht, 2. Aufl. 2016, § 637 Rn. 10; Genius in: jurisPK, BGB, 8. Aufl. 2017, § 634 Rn. 91; Sprau in: Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, § 634 Rn. 7 und § 637 Rn. 1; Leupertz/Halfmeier in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 12. Aufl. 2017, § 634 Rn. 4; Peters/Jacoby in: Staudinger, BGB, 2014, § 634 Rn. 93, 140.

61 Schwenker/Rodemann in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 637 Rn. 2, 8a; Busche in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2018, § 637 Rn. 2 f.; Peters/Jacoby in: Staudinger, BGB, 2014, § 634 Rn. 78; Pastor in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 16. Aufl. 2018, Rn. 2115; vgl. auch BGH, Urt. v. 19.01.2017 - VII ZR 193/15 Rn. 39 mit Hinweis auf Peters/Jacoby in: Staudinger, BGB, 2014, § 634 Rn. 73.

62 Halfmeier, BauR 2013, 520, 524; zu Recht ablehnend Weyer, NZBau 2013, 269, 272.

dem Besteller gleichwohl einen vorzeitigen abrechnungspflichtigen Vorschuss zu, um ihm Nachteile und Risiken einer Vorfinanzierung der Mängelbeseitigung abzunehmen. Es erfordere der umfassende Ausgleich des verletzten Leistungsinteresses, dass der Besteller auch nach Wahl des kleinen Schadensersatzes weiterhin Vorschuss verlangen könne.⁶³ Der Anspruch auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten und auch der Vorschussanspruch sollen aber den Auftraggeber in die Lage versetzen, die eigentlich vom Auftragnehmer geschuldete Nachbesserung ohne den Einsatz eigener Mittel von dritter Seite durchführen zu lassen.⁶⁴ Konsequenterweise bestand beim Schadensersatzanspruch für einen Anspruch auf Vorschuss kein Bedürfnis, da jener von vornherein auf Geld gerichtet ist.⁶⁵ Wenn dieses Interesse nach einem Schadensersatzverlangen aber nicht (mehr) geschützt ist, kann auch der Anspruch auf Vorschuss auch nicht mehr bestehen.

VII. Dem Gesetz liegt im Werkvertragsrecht schon seit 1900 (vgl. § 633 Abs. 2 BGB a.F.) ein zweistufiges Modell zugrunde. Die Gewährleistungsrechte knüpfen an die Pflichtverletzung an, wobei gerade im Werkvertragsrecht der Nichteintritt des geschuldeten Erfolgs⁶⁶ der Standardfall ist. Der Mängelbeseitigungsanspruch ist mit dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch prinzipiell identisch.⁶⁷ Die Schuldrechtsreform ließ dieses Konzept unberührt; im Gegenteil wurde es bewusst auch im Kaufrecht übernommen. Das gab dem für das Kaufrecht zuständigen V. Senat⁶⁸ Anlass, von seiner ursprünglichen Ansicht abzugehen, dass der Anspruch des Käufers, der den kleinen Schadensersatz wählte, auf Ausgleich des Wertunterschieds zwischen der mangelfreien und der mangelhaften Sache ging.⁶⁹ Eine Pflicht zur Übergabe der mangelfreien Kaufsache bestand für den Stückverkäufer zunächst nicht.⁷⁰ Entsprechend konnte sie nicht Grundlage einer Schadensersatzhaftung des Verkäufers sein. Da nunmehr § 437 Nr. 1, § 439 BGB dem Käufer bei Vorliegen eines Mangels einen Anspruch auf Nacherfüllung einräumen, folgte der V. Senat mit ausdrücklichem Hinweis auf die Rechtsprechung des VII. Senats und dem „inhaltsgleichen Nacherfüllungsanspruch“⁷¹ der im Werkvertragsrecht anerkannten Folge, dass im Rahmen des kleinen Schadensersatzes Ausgleich des mangelbedingten Minderwerts oder Ersatz der Mängelbeseitigungskosten verlangt werden könne,⁷² und zwar auch, wenn der Mangel nicht beseitigt werden soll und wenn die Kaufsache verkauft wurde.⁷³ Schließlich könne der Käufer vom Verkäufer die Herstellung des vertragsgemäßen mangelfreien Zustands verlangen. Dieser Gedanke galt im Werkvertragsrecht gem. § 633 Abs. 2 BGB a.F.⁷⁴ schon immer; ergänzend wurde nun in § 634 Nr. 2, § 637 BGB zur bekannten Möglichkeit der Selbstvornahme (§ 633 Abs. 3 BGB a.F.) ein (in der Praxis bereits anerkannter)⁷⁵ Anspruch auf Vorschuss.⁷⁶

Die Gewährleistungsrechte zielen heute also nicht (nur) auf Wahrung eines äquivalenten Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung. Sie schützen primär, anders als im römischen Recht, mit dem modifizierten (Nach-)Erfüllungsanspruch den Anspruch auf Erfüllung in natura. Im Fall der Lieferung eines mangelhaften Werks hat der Besteller seine Primärpflichten aber nicht erfüllt. Der das Interesse an der Leistung schützende Schadensersatzanspruch statt der Leistung geht daher bei Nichterfüllung auf Ausgleich dessen, was der geschuldeten Leistung fehlt, den Erfüllungserfolg, nicht aber nur auf das, was die Leistung objektiv weniger wert ist. Sein Zweck ist es, das privatautonom vereinbarte Verhältnis zwischen Preis und dafür bestellten mangelfreien Werk (= Leistung) durch Geldleistung wiederherzustellen.⁷⁷ Als Surrogat in Geld tritt er „an die Stelle des geschuldeten Erfüllungsanspruchs“.⁷⁸ Warum auch soll der Besteller, der gerade wegen einer für ihn persönlich besonders wichtigen Handwerkstechnik einen Unternehmer teuer beauftragt hat, sich bei einer abweichenden Ausführung nur mit dem objektiv vielleicht kaum messbaren Minderwert als Schadensersatz zufriedengeben? Flankierend bestimmt § 893 Abs. 1 ZPO im Vollstreckungsrecht, dass durch die Vorschriften des Abschnitts das Recht des Gläubigers nicht berührt werde, die Leistung des Interesses zu verlangen.⁷⁹

Das ist kompatibel mit dem Leistungsinteresse i.S.d. § 275 Abs. 3 BGB, wie es vorherrschend verstanden wird (oben

63 BGH, Urt. v. 22.02.2018 - VII ZR 46/17 Rn. 50.

64 BGH, Urt. v. 14.04.1983 - VII ZR 258/82 Rn. 9.

65 BGH, Urt. v. 24.05.1973 - VII ZR 92/71 Rn. 33.

66 BGH, Urt. v. 06.04.2001 - V ZR 394/99 Rn. 11; Schermaier in: HKK, BGB, 2013, Band III/1, vor § 275 Rn. 4, §§ 280 – 285 Rn. 1.

67 Vgl. Forster in: HKK, BGB, 2013, Band III/1, §§ 631 – 651 Rn. 81; Peters/Jacoby in: Staudinger, BGB, 2014, § 634 Rn. 27 f.

68 Siehe auch zum VIII. Senat BGH, Urt. v. 29.04.2015 - VIII ZR 104/14 Rn. 12.

69 BGH, Urt. v. 04.04.2014 - V ZR 275/12 Rn. 32.

70 Ernst in: HKK, BGB, 2013, Band III/1, §§ 434 – 445 Rn. 13, 19.

71 BGH, Urt. v. 15.06.2012 - V ZR 198/11 Rn. 31.

72 BGH, Urt. v. 04.04.2014 - V ZR 275/12 Rn. 33.

73 BGH, Urt. v. 15.06.2012 - V ZR 198/11 Rn. 31; auch BGH, Urt. v. 04.04.2014 - V ZR 275/12 Rn. 33; BGH, Urt. v. 11.12.2015 - V ZR 261/5 Rn. 18.

74 Vgl. Forster in: HKK, BGB, 2013, Band III/1, §§ 631 – 651 Rn. 76 f., 91.

75 BGH, Urt. v. 14.01.2010 - VII ZR 108/08 Rn. 12; Forster in: HKK, BGB, 2013, Band III/1, §§ 631 – 651 Rn. 82.

76 BT-Drs. 14/6040, S. 266.

77 Vgl. Peters/Jacoby in: Staudinger, BGB, 2014, § 634 Rn. 155.

78 BGH, Beschl. v. 11.03.2015 - VII ZR 270/14 Rn. 5; vgl. auch Sprau in: Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, § 634 Rn. 7; Glanzmann in: RGRK, BGB, 12. Aufl. 1978, § 635 Rn. 11; Peters/Jacoby in: Staudinger, BGB, 2014, § 634 Rn. 27 f.

79 Vgl. Gruber in: MünchKomm, ZPO, 5. Aufl. 2016, § 893 Rn. 1.

D.I.),⁸⁰ und ergibt eine schadensrechtliche Umsetzung des primär auf Erfüllung und nur zweitrangig auf Geldleistung zielenden Gewährleistungsrechts. Ferner setzt sich diese Sichtweise nicht in Widerspruch dazu, dass der Besteller, der den Mangel beseitigt, über seinen Schadensersatzanspruch weiterhin vollen Ersatz erhält, was auch der VII. Senat nicht infrage stellt (Rn. 46). Sie dürfte zudem dem gesetzgeberischen Anliegen⁸¹ entsprechen, die im Vertrag vereinbarten Leistungspflichten möglichst durchsetzbar zu machen und damit die Bindung an den Vertrag (*pacta sunt servanda*) zu verwirklichen. Dass der Schadensersatzanspruch häufig weiter reichen wird, als Minderung und Rücktritt, lässt sich daraus rechtfertigen, dass er anders als die Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 und 3 BGB verschuldensabhängig ist (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB).⁸² Soweit daraus im Einzelfall Unbilligkeiten entstünden, bestanden bereits hinreichende Mittel, diesen zu begegnen (oben B.III.). An der bekannten Rechtsprechung hat der Gesetzgeber offensichtlich auch nichts ändern wollen.⁸³

E. Epilog

I. Verfahrensrechtlich hilft der VII. Senat auf die beschriebene Brücke (oben D.VI.), indem er die Umstellung von Schadensersatzanspruch statt der Leistung auf Vorschuss i.S.v. § 637 BGB als bloßen Wechsel der Schadensbemessung § 264 Nr. 3 ZPO bzw. § 264 Nr. 2 ZPO unterwirft, sodass sie nicht als Klageänderung gilt.⁸⁴ In zahlreichen noch laufenden Verfahren haben eingeholte Sachverständigengutachten die Höhe potenzieller Mängelbeseitigungskosten zum Gegenstand; stellt der Besteller als Kläger auf (später abzurechnenden) Vorschuss um, kann dieser anhand des Gutachtens geschätzt werden.

II. Die nunmehr erforderliche Schätzung des Minderwerts wird eher schwieriger sein, als die der Mängelbeseitigungskosten,⁸⁵ zumal die dafür gegebenen Hinweise des BGH kaum weiterhelfen: Die Vergütung des Unternehmers, um den Vergütungsanteil zu mindern, der der Differenz zwischen der erbrachten und der geschuldeten Ausführung entspricht,⁸⁶ eröffnet der Spekulation Tür und Tor. Der Vergütungsanteil ist selten genau bestimmbar und ein Verkehrswert für ein mangelhaftes Werk mangels Markt nicht feststellbar. Auch die vom BGH für Schätzmethoden genannten Fundstellen (Rn. 42) führen nicht wirklich weiter.⁸⁷

III. Die Rechtsprechungsänderung betrifft „Grundstrukturen des bauvertraglichen Schadensersatzes“.⁸⁸ Ob die Neubewertung der §§ 249 ff. BGB auch für das Kaufrecht gilt, bleibt leider zunächst offen. Laut dem VII. Senat beruhe die Änderung der Rechtsprechung auf Besonderheiten des Werkvertragsrechts, sodass er auf eine Vorlage verzichtet hat.⁸⁹

IV. Wenn in unverjährter Zeit ohne entsprechenden Titel auf fiktiv abgerechnete Mängelbeseitigungskosten gezahlt wor-

den ist, wird sich die Frage der Rückzahlung stellen. § 814 BGB dürfte nicht entgegenstehen. Bei einer Änderung der langjährigen Rechtsprechung kann nicht von einer positiven Kenntnis des Schuldners von einer Nichtschuld ausgegangen werden. Erfolgte die Zahlung auf Grundlage eines Vergleichs, ist dieser Rechtsgrund; es könnte aber gem. § 313 BGB ein Wegfall der Geschäftsgrundlage zu prüfen sein.⁹⁰

80 Vgl. zu § 633 Abs. 3 BGB a.F. Teichmann in: Soergel, BGB, 12. Aufl. 1997, § 635 Rn. 47.

81 Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 140 Abs. 1.

82 Vgl. BGH, Urt. v. 19.01.2017 - VII ZR 235/15 Rn. 42.

83 Zutreffend Weyer, NZBau 2013, 269, 271 f.

84 BGH, Urt. v. 22.02.2018 - VII ZR 46/17 Rn. 53; a.A. BGH, Urt. v. 13.11.1997 - VII ZR 100/97 Rn. 11; Busche in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2018, § 637 Rn. 25; Peters/Jacoby in: Staudinger, BGB, 2014, § 634 Rn. 93.

85 Weyer, NZBau 2013, 269 f.

86 BGH, Urt. v. 09.01.2003 - VII ZR 181/00 Rn. 21.

87 Vgl. Genius in: jurisPK, BGB, 8. Aufl. 2017, § 638 Rn. 18; Peters/Jacoby in: Staudinger, BGB, 2014, § 634 Rn. 113 f. zur Minderung und Rn. 115 u.a. mit dem Hinweis, ein möglicher und verlässlicher Anhaltspunkt könne dabei jener Betrag sein, der zur Beseitigung der Mängel aufgewendet werden müsste.

88 So der Titel Halfmeiers Aufsatz, BauR 2013, 320.

89 BGH, Urt. v. 22.02.2018 - VII ZR 46/17 Rn. 70.

90 Vgl. Marburger in: Staudinger, BGB, 2015, § 779 Rn. 71; auch BGH, Beschl. v. 11.02.2015 - XII ZB 66/14 Rn. 27.

Totgesagte leben länger – oder: Bleibt die Containersignatur bei elektronischen Einreichungen zulässig?

OLG Brandenburg, Beschl. v. 06.03.2018 - 13 WF 45/18

Stv. Dir. d. AG Dominik Mardorf

A. Problemstellung

Die im elektronischen Rechtsverkehr (ERV) so wichtige qualifizierte elektronische Signatur kommt in mehreren Spielarten vor: Entweder können mit ihr – technisch gesehen – einzelne Dateien oder Nachrichten signiert werden oder aber mehrere Dateien, die in einem Ordner oder in einer Nachricht zusammengefasst sind. Werden mehrere Dateien zusammengefasst signiert, spricht man von einer „Containersignatur“. Dieses Signaturverfahren war in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bis Ende 2017 als zulässig anerkannt.¹

1 BGH, Beschl. v. 14.05.2013 - VI ZB 7/13 Rn. 10 f. mit Nachweisen; zuvor: BFH, Urt. v. 18.10.2006 - XI R 22/06; BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 - 2 C 16/09 Rn. 15.

Mit dem Inkrafttreten der Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung (ERVV)² am 01.01.2018 wurde die Containersignatur durch deren § 4 Abs. 2 für unzulässig erklärt. Dieser lautet:

(2) Mehrere elektronische Dokumente dürfen nicht mit einer gemeinsamen qualifizierten elektronischen Signatur übermittelt werden.

Dagegen regt sich nun Widerstand. Das OLG Brandenburg hat den Anwendungsbereich der Norm in der oben genannten Entscheidung teleologisch eingeschränkt.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Ausgangspunkt war ein familienrechtliches Beschwerdeverfahren, dessen Inhalt hier ohne Bedeutung für die Sache ist. Jedenfalls hatte der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin bei der Übermittlung an das Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach die Dateien, die die Beschwerdeschrift und die Anlage enthalten, nicht einzeln mit qualifizierten elektronischen Signaturen versehen, sondern eine Containersignatur angebracht. Trotz des von Amts wegen zu beachtenden Verbotes in § 4 Abs. 2 ERVV hat das OLG Brandenburg die Beschwerde für zulässig erachtet und in der Sache entschieden, da nach seiner Ansicht das Verbot, mehrere elektronische Dokumente mit einer gemeinsamen qualifizierten elektronischen Signatur zu übermitteln, zumindest bei der Papieraktenführung, einer auf sein Regelungsziel bezogenen einschränkenden Auslegung bedarf, um nicht gegen das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) zu verstoßen. Denn Beschränkungen des Zugangs zu einer weiteren Instanz müssten mit den Belangen einer rechtsstaatlichen Verfahrensordnung vereinbar sein und dürften den einzelnen Rechtsuchenden nicht unverhältnismäßig belasten. Darin finde die Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers ihre Grenze.³ Diese Grenze werde durch § 4 Abs. 2 ERVV nur eingehalten, wenn er einschränkend ausgelegt werde. Die Zulässigkeit eines Rechtsmittels dürfe nicht verneint werden, wenn die Containersignatur die Überprüfung der Authentizität und Integrität der zur Einlegung des Rechtsmittels übermittelten elektronischen Dokumente zulasse. Diese Überprüfung sei möglich, wenn – wie im hier zu beurteilenden Fall – das Ergebnis der Integritätsprüfung der Containersignatur, das Verzeichnis der gemeinsam übersandten Dateien und die Zuordnung der Dateizeichnungen zu den Schriftsätzen auf Papiausdrucken verzeichnet seien, die ebenso wie die ausgedruckten Schriftsätze zu den Gerichtsakten genommenen würden.

Dies könne zwar bei einer elektronischen Aktenführung anders sein, da dort nach Auffassung der verordnungsetzenden Bundesregierung die nachträgliche Prüfung der Signatur insbesondere bei mehrere Verfahren betreffenden elektronischen Dokumenten im Zuge der geplanten ver-

bindlichen Einführung der elektronischen Akte unmöglich würde. Mangels einer führenden elektronischen Akte spiele diese Erwägung im hier vorliegenden Fall aber keine Rolle.

C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung gehört zu den ersten Entscheidungen, die nach dem Inkrafttreten der Neufassung des § 130a ZPO und der inhaltsgleichen § 14a FamFG, § 32a StPO, § 46c ArbGG, § 55a VwGO, § 65a SGG, § 52a FGO zum 01.01.2018 veröffentlicht wurden. Durch das Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten vom 10.10.2013⁴ wurde der ERV neu geregelt und durch dessen zwangsweise Eröffnung durch Bundesrecht auf wesentlich breite Beine gestellt. Nur die vorübergehende Abschaltung des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs (beA)⁵ hat verhindert, dass der ERV bisher in der Fläche stärker angekommen ist. Gleichwohl gibt es durch die Verfahrensrechtsänderungen bereits jetzt eine Vielzahl von spannenden Fragen zu klären.⁶

Mit der Eröffnung des ERV durch Bundesrecht bedurfte es auch einer ergänzenden Bundes-Rechtsverordnung, die die Einzelheiten des ERV regelte. Um deren Inhalt wurde zwischen Bund und Ländern intensiv gerungen. Der Wunsch der Länder, in dieser Verordnung festzulegen, dass in einer Nachricht nur elektronische Dokumente für ein – und nicht für mehrere – Verfahren übermittelt werden dürfen,⁷ hat in § 4 Abs. 2 ERVV nur einen mittelbaren Niederschlag gefunden.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Auswirkungen der Entscheidung für die Praxis sind – selbst wenn man der Argumentation des Oberlandesgerichts grds. folgt – nicht so gravierend, wie es auf den ersten Blick erscheint. Die Entscheidung betrifft explizit nur das Rechtsmittelverfahren. Auch bedarf sie einer weiteren Einschränkung.

E. Bewertung

Was das OLG Brandenburg in seiner Weisheit nämlich übersehen hat, ist die Tatsache, dass der ERV keine Einbahnstraße ist. Einer seiner Mehrwerte liegt darin, dass elektronische Dokumente der einen Partei vom Gericht elektronisch an die

2 Vom 24.11.2017, BGBl. I, 3803.

3 BVerfG, Beschl. v. 02.03.1993 - 1 BvR 249/92.

4 BGBl. I, 3786.

5 Die Bundesrechtsanwaltskammer hat Ende 2017 entschieden, beA wegen Sicherheitslücken für zunächst unbestimmte Zeit vom Netz zu nehmen.

6 Wer sich darüber informieren will, findet einen aktuellen Überblick auf www.erv-rechtsfrage.de/.

7 Mardorf, jM 2017, 405 ff. (vgl. 9. Gebot).

andere Partei – auch ohne elektronische Aktenführung – weitergeleitet werden können. Explizit ist dies nun in § 169 Abs. 5, § 174 ZPO geregelt. Auch unter diesem Gesichtspunkt ergibt das Verbot der Containersignatur durchaus Sinn. Häufig kann nämlich nicht die gesamte Nachricht, sondern nur ein Teil der übermittelten elektronischen Dokumente weitergeleitet werden. Bspw. dürfen bei den im Familienverfahren häufig vorkommenden Anträgen auf Verfahrenskostenhilfe die Erklärungen der Parteien über ihre persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse sowie die dazugehörigen Belege dem Gegner grds. nicht zugänglich gemacht werden, vgl. § 117 Abs. 2 Satz 2 ZPO. Sind aber der Schriftsatz und die Erklärung der Partei über ihre persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse durch eine Containersignatur verbunden, führt die fehlende Weiterleitung der Erklärung der Partei über ihre persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse zur Unwirksamkeit der Containersignatur. Eine elektronische Zustellung ist damit nicht mehr möglich. Gleiches gilt, wenn mittels des Containers mehrere elektronische Dokumente zu unterschiedlichen Verfahren eingereicht werden. Auch hier dürften diese nur teilweise – nämlich in den sie betreffenden Verfahren – weitergeleitet werden, was elektronisch ohne Zerstörung der Signatur nicht möglich ist. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Verwendung der Containersignatur auch unter Zugrundelegung der Rechtsauffassung des OLG Brandenburg verboten bleibt, es sei denn,

- es werden elektronische Dokumente zu einem (Rechtsmittel-)Verfahren eingereicht,
- die alle an die Gegenseite weitergeleitet werden dürfen.

Dies mag in einer Vielzahl von Fällen so möglich sein, aber ehrlich gesagt: Wer will sich als Anwalt mit diesen Nebensächlichkeiten beschäftigen, wenn kostenlose Signaturtools zwischenzeitlich eine Stapelsignatur⁸ ermöglichen und damit der Aufwand der Signierung der einzelnen Dokumente auf das Niveau der Containersignatur fällt?

Daher mein Rat: Finger weg von der Containersignatur.

8 Siehe Mardorf, jM 2017, 405.

Das Ende der Negativzinsen im Privatkundengeschäft?

LG Tübingen, Urt. v. 26.01.2017 - 4 O 187/17

RA Dr. Marcus Niermann

A. Problemstellung

Das besprochene Urteil des LG Tübingen ist das erste Urteil eines deutschen¹ Gerichts zur Zulässigkeit von negativen Einlagezinsen im Privatkundengeschäft.

Gerade in Deutschland als Sparnation handelt es sich hierbei um ein hochemotionales Thema.² Entsprechend aufgeweckt war auch die Medienresonanz, die dem Urteil folgte.

In juristischer Hinsicht ist besonders die AGB-rechtliche Zulässigkeit der Anpassung eines variablen Einlagezinssatzes in den nominell negativen Bereich, über die das Landgericht hier zu entscheiden hatte, in der Fachliteratur in den letzten Monaten hochumstritten gewesen.³ Das Urteil wurde daher mit Spannung erwartet.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Verbraucherzentrale Baden-Württemberg verlangte von der Volksbank Reutlingen die Unterlassung der Verwendung ihres Erachtens unwirksamer AGB; verfahrensrechtlich eingekleidet war das Problem vorliegend also in eine Unterlassungsklage nach § 1 UKlaG. Bei diesen AGB handelte es sich um den Preisaushang der Bank, in dem für drei streitgegenständliche Kontomodelle Negativzinsen ausgewiesen waren: Für ein Tagesgeldkonto mit täglicher Verfügbarkeit ohne Zahlungsverkehrseignung (-0,5 % ab 10.000 € Einlage), ein Kündigungsgeldkonto ohne feste Laufzeit mit einer Kündigungsfrist von 90 Tagen (-0,35 %, ab 25.000 € Einlage) sowie ein Festgeldkonto (gestaffelt nach Einlagedauer -0,25 bis -0,1 %, ab 25.000 € Einlage). Der Preisaushang wurde von der Bank zwischen dem 17.05. und dem 26.06.2017 genutzt; infolge des Drucks von Verbraucherzentrale und Medien wurden die Negativzinsklauseln wieder zurückgezogen.⁴ Zum Prozess kam es aber dennoch, da die Volksbank Reutlingen keine Unterlassungserklärung für die Zukunft abgeben wollte.

Das Landgericht gab der Klage statt und untersagte es der Volksbank, künftig die angegriffenen AGB (oder inhalts-

1 Im Ausland gab es hingegen schon zuvor Urteile hierzu, so bspw. in Österreich: OGH, Urt. v. 21.03.2017 - 10 Ob 13/17k (allerdings zum Aktivgeschäft), abrufbar unter www.ris.bka.gv.at (zuletzt abgerufen am 13.04.2018).

2 Die Kombination aus einer besonders hohen Sparquote und der besonderen Beliebtheit von Bankeinlagen als Anlageform führt zu einem (potenziell) flächendeckenden Durchschlagen negativer Einlagezinsen auf breite Bevölkerungsschichten, vgl. Niermann, Steuerliche Behandlung negativer Zinsen auf Bankeinlagen, 2018, Einleitung m.w.N.

3 Ablehnend bspw. Tröger, NJW 2015, 657; Binder/Ettensberger, WM 2015, 2069, 2072; zustimmend bspw. Langner/Müller, WM 2015, 1979; Hingst/Neumann, BKR 2016, 95.

4 Vgl. „Die erste Bank zieht Negativzinsen zurück“, faz.net vom 28.06.2017, www.faz.net/aktuell/finanzen/volksbank-reutlingen-zieht-negativzins-zurueck-15080109.html (zuletzt abgerufen am 13.04.2018).

gleiche) zu verwenden. Die Negativzinsen ermöglichen den Klauseln im Preisaushang hielten für alle drei Kontomodelle der AGB-Kontrolle nicht stand. Es handele sich jeweils sowohl um eine unangemessene Benachteiligung der Kunden wegen Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung (§ 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB) als auch um überraschende Klauseln (§ 305c BGB). Das Landgericht stützte dies darauf, dass die Preisaushänge auch für Altverträge gelten sollten; eine Geltung nur für Neuverträge – d.h. solche Verträge, bei denen bereits bei Vertragsschluss auf die Möglichkeit negativer Zinsen hingewiesen wurde – hätte es für zulässig gehalten.

Zwar sei der Preisaushang an sich als Preisabrede der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB entzogen. Dennoch verstoße der Preisaushang gegen § 307 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 BGB, weil er Negativzinsen auch gegenüber Altkunden ermögliche. Denn er ändere insoweit unzulässigerweise durch eine Umkehr der Zahlungspflichten den Vertragscharakter. Die Regelungen lägen somit nicht mehr innerhalb des billigen Ermessens nach § 315 BGB.

Selbst wenn man dies anders sehen wolle, liege letztlich jedenfalls eine überraschende Klausel vor, da der Verbraucher bei bereits abgeschlossenen Einlageverträge nicht mit einem Übergang von Positiv- zu Negativzinsen gerechnet habe und damit auch nicht habe rechnen müssen.

C. Kontext der Entscheidung

Der ökonomische Hintergrund der erst in den letzten Jahren vermehrt auftretenden Negativzinsen im Einlagengeschäft der Banken liegt in der extremen Niedrigzinspolitik der EZB, die zu einem seit Sommer 2014 negativen Zinssatz der Einlagefazilität von mittlerweile -0,40 % geführt hat.⁵ Da in der Folge auch die Interbankenzinssätze deutlich in den negativen Bereich gefallen sind,⁶ fehlt es den Banken an ausreichenden Möglichkeiten einer rentablen, insbesondere kurzfristigen, Geldanlage. Überschüssige Liquidität verursacht im Gegenteil Kosten.⁷ Während manche Banken diese Zusatzkosten indirekt durch Gebührenerhöhungen – für Abhebungen, Überweisungen etc. – auf alle Kunden verteilen, packen andere das Problem bei der Wurzel, indem sie die Negativzinsen jedenfalls an große Einlagen weitergeben und sich so gleichzeitig gegen übermäßige zusätzliche Liquidität wehren.

In rechtlicher Hinsicht wurde mit der Durchdringung des Phänomens negativer Zinsen erst in den letzten Jahren begonnen.⁸

Die Möglichkeit der einseitigen Zinsfestsetzung für Banken ergibt sich aus sog. Zinsanpassungsklauseln, i.d. R aus Nr. 12 Abs. 1, 5 AGB Banken,⁹ sofern nicht – wie im Besprechungsfall – spezifische Klauseln vereinbart sind. Die jeweilige Zinsfestsetzung basiert somit auf zwei Vertragsbedingungen, die beide den AGB-Begriff des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB erfüllen: Erstens auf der Zinsanpassungsklausel selbst und zweitens auf der darauf beruhenden Festsetzung des konkreten (hier negativen) Zinssatzes im Preisaushang. Die Zinsfestsetzung im Preisaushang unterliegt zudem – unabhängig vom AGB-Recht – den Bindungen des § 315 BGB, wonach eine einseitige Leistungsbestimmung billigem Ermessen genügen muss.¹⁰ Nur die letzten beiden Aspekte wurden im vorliegenden Urteil behandelt: Das Landgericht war daran gehindert, die Zinsanpassungsklauseln selbst zu prüfen, da es insoweit an den Antrag gebunden war (§ 8 Abs. 1, 5 UKlaG, § 308 ZPO),¹¹ der ausdrücklich nur die Preisaushangsklauseln umfasste. Ob die Zinsanpassungsklauseln einer solchen Prüfung standgehalten hätten, wäre am Maßstab des § 308 Nr. 4 BGB zu beurteilen gewesen.¹²

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Praxis wird aus der vorliegenden Entscheidung vorerst den Schluss zu ziehen haben, dass Negativzinsen auf solche Kunden begrenzt werden müssen, denen diese Möglichkeit bei Vertragsschluss offengelegt wurde. Leider hat

5 Vgl. zur Entwicklung des Zinssatzes der Einlagefazilität die Statistik der EZB-Zinssätze, abrufbar unter www.bundesbank.de.

6 So betrug der Eine-Woche-EURIBOR am 12.03.2018 -0,379 %. Aktuelle Werte abrufbar unter <http://de.euribor-rates.eu/aktuelle-euribor-werte.asp>.

7 Klose, WD 2013, 824, 824 f.

8 Vgl. Zellweger-Gutknecht, ZfPW 2015, 350, 350 f. mit Hinweisen auf einige erste Einschätzungen zu den verschiedenen Problemerkisen. Siehe zudem die Monografien von Kollmann, Negative Zinsen – eine rechtsökonomische Analyse, 2016, mit besonderem Fokus auf dem negativen Basiszinssatz nach § 247 BGB, sowie speziell zur steuerlichen Behandlung Niermann, Steuerliche Behandlung negativer Zinsen auf Bankeinlagen, 2018. Vgl. auch Niermann, jM 2016, 426.

9 Servatius in: Langenbucher/Bliesener/Spindler, Bankrechts-Kommentar, 35. Kap., Rn. 140; Schürmann/Langner in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 70 Rn. 23.

10 Peterek in: Kümpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl. 2011, Rn. 8.110.

11 Micklitz/Rott in: MünchKomm, ZPO, § 5 UKlaG Rn. 5.

12 Vgl. zu den genauen Anforderungen BGH, Urt. v. 10.06.2008 - XI ZR 211/07; BGH, Urt. v. 17.02.2004 - XI ZR 140/03.

die Volksbank keine Rechtsmittel eingelegt, sodass mit einer baldigen höchstrichterlichen Klärung nicht zu rechnen ist.

Rechtspolitisch sind diese Aussichten enttäuschend. Denn negative Zinsen sind ein probates Mittel, die geldpolitischen Kosten, die den Banken vonseiten der EZB entstehen, zielgenau an diejenigen weiterzugeben, die hieran einen überproportional großen Anteil tragen. Stattdessen ist nun zu befürchten, dass die Banken weiter an der Gebührenschaube drehen und somit die geldpolitischen Kosten auf alle Kunden verteilen – und zwar überproportional auf ältere Mitbürger, die gebührenausschüttende Dienstleistungen wie papiermäßige Überweisung oder Abhebungen am Schalter mutmaßlich besonders häufig in Anspruch nehmen.

E. Bewertung

Das Urteil schließt die Erhebung negativer Einlagezinsen überzeugenderweise nicht generell aus. Die Einschränkung bei Bestandsverträgen erscheint jedoch zu weitgehend.¹³

Die Bestimmung des (negativen) Zinssatzes durch Preisausgang hätte der Inhaltskontrolle meines Erachtens gar nicht unterworfen werden dürfen. Denn es handelt sich hierbei um eine Preisbestimmung. Eine solche unterfällt anerkanntermaßen nicht der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle, da ein privatautonom vereinbarter Preis für eine bestimmte Leistung niemals eine Abweichung von Rechtsvorschriften darstellen kann, § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB.¹⁴ Das Landgericht erkennt dies in seinem Urteil zunächst ausdrücklich an.¹⁵ Sodann unterwirft es die Preisbestimmung aber doch der Inhaltskontrolle, weil sie auch von Kunden, bei deren Vertragsschluss auf die Möglichkeit negativer Einlagezinsen nicht hingewiesen war, negative Zinsen verlange.¹⁶ Das Gericht begründet jedoch nicht, warum dieser Umstand dazu führen sollte, dass es sich nicht mehr um Preisbestimmungen handelt. Selbst wenn es sich beim Negativzins um eine Vergütung für die Verwahrungsleistung der Bank statt für die Kapitalüberlassung des Bankkunden handeln sollte – hierzu näher sogleich – ändert dies nichts daran, dass eine kontrollfreie Preisabsprache vorliegt.¹⁷

Die eigentliche Frage hätte somit sein müssen, ob die Bank sich mit der Festlegung der negativen Zinsen noch innerhalb des billigen Ermessens nach § 315 BGB hielt.¹⁸ In diesem Zusammenhang folgt das Landgericht der bereits zuvor verschiedentlich in der Literatur geäußerten Ansicht, wonach die Grenze billigen Ermessens bei nominell negativen Zinsen überschritten sei. Es fehle an der für § 315 BGB grds. erforderlichen prinzipiellen Einigung über

die Begründung der Leistungspflicht, die dann später einseitig konkretisiert werden könne.¹⁹

Diese Auffassung erfasst jedoch die wirtschaftliche Natur mitsamt der im Rahmen eines Einlagevertrages wechselseitig verfolgten Interessen von Bank und Bankkunde nur unvollständig. Auch bei positiven Zinsen besteht ein Interesse des Bankkunden an der Verwahrung und ggf. auch Verfügbarhaltung seines Geldes auf seinem Bankkonto.²⁰ Zudem entfällt das Finanzierungsinteresse der Bank nicht vollständig, nur weil der Zins in den negativen Bereich sinkt.²¹ Vielmehr handelt es sich um einen graduellen Prozess.²² Das Auftreten von Negativzinsen ergibt sich lediglich daraus, dass der Marktpreis für Liquidität unter den Marktpreis für die Kapitalverwahrung sinkt und Letzterer damit nicht mehr komplett von Ersterem kompensiert wird.²³ Ein grundlegender qualitativer Unterschied liegt nicht vor, vielmehr unterscheiden sich nominell negative Zinsen nur graduell von positiven Zinsen.²⁴ Eine Leistungspflicht war damit im Grundsatz bereits begründet.

Vor diesem Hintergrund vermag es nicht zu überzeugen, der Bank die Anpassung des Zinssatzes anhand der realen wirtschaftlichen Marktverhältnisse zu verwehren. Denn die Zinsanpassungsklausel enthält genau diese Befugnis; würde sie sich nicht an tatsächlichen Marktzinsen orientieren, wäre sie bereits selbst unwirksam.²⁵

13 A.A. Korff, jurisPR-BKR 2/2018, Anm. 4: LG Tübingen hätte Negativzinsen noch weitergehender ausschließen sollen.

14 BGH, Urt. v. 07.11.2014 - V ZR 305/13 (ständige Rechtsprechung); Grüneberg in: Palandt, BGB, § 307 Rn. 46.

15 LG Tübingen, Urt. v. 26.01.2017 - 4 O 187/17 Rn. 60 ff.

16 LG Tübingen, Urt. v. 26.01.2017 - 4 O 187/17 Rn. 63 ff.

17 Ebenso Weber in: BeckOGK, BGB, § 488 Rn. 226.2, Stand: 01.12.2017; Kropf, WM 2017, 1185, 1188 ff.

18 So auch Tröger, NJW 2015, 657, 659. Das Landgericht führt § 315 BGB lediglich innerhalb der Klauselprüfung gleichsam als Hilfsbegründung an, LG Tübingen, Urt. v. 26.01.2017 - 4 O 187/17 Rn. 67.

19 LG Tübingen, Urt. v. 26.01.2017 - 4 O 187/17 Rn. 67; Tröger, NJW 2015, 657, 659; im Ergebnis ebenso Edelmann, BB 2018, 394, 396 f.

20 Langner/Müller, WM 2015, 1979, 1980; Philipowski, MvStR 2014, 823, 824.

21 Freitag in: Staudinger, BGB, 2015, § 488 Rn. 51a; Grundwald/Walter/Zipse, BKR 2016, 450, 454.

22 Vgl. mit Analyse anhand der einzelnen wirtschaftlichen Zinsfaktoren Niermann, Steuerliche Behandlung negativer Zinsen auf Bankeinlagen, 2018, B.II.2.e)aa); hierzu auch Zellweger-Gutknecht, ZfPW 2015, 350, 367 ff.

23 Ebenso Langner/Brockner, WM 2017, 1917, 1922.

24 Freitag in: Staudinger, BGB, 2015, § 488 Rn. 51a; a.A. Coen in: BeckOGK, BGB, § 246 Rn. 32.4: „Aliud“, Stand: 01.12.2017.

25 Siehe Fn. 12.

Neuausrichtung des Kirchenarbeitsrechts durch den EuGH? Die Rechtssache Egenberger

Prof. Dr. Stefan Greiner

A. Einleitung

Das kirchliche Arbeitsrecht war in den letzten Jahren Gegenstand einer ganzen Reihe gerichtlicher Auseinandersetzungen. Auf unterschiedlichen Themenfeldern kommt es zu Konflikten zwischen kirchlicher Autonomie und individuellen Freiheitsrechten, vor allem hinsichtlich des Streikrechts in kirchlichen Einrichtungen,¹ der Loyalitätsobliegenheiten im kirchlichen Dienstverhältnis² und einer konfessionsabhängigen Einstellungspraxis. Zur Frage der Loyalitätsobliegenheiten hat 2014 das BVerfG grds. Stellung genommen³ und entgegen der Auffassung des BAG⁴ die hohe Bedeutung der kirchlichen Autonomie (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV) in einem umfassenden Sinne entschieden bekräftigt. Der verwandten Frage einer konfessionsabhängigen Einstellungspraxis widmet sich aus antidiskriminierungsrechtlichem Blickwinkel nun die am 17.04.2018 ergangene EuGH-Entscheidung in der Rechtssache Egenberger.⁵

Das Egenberger-Urteil des EuGH steht in erkennbarem Kontrast zur Rechtsprechung des BVerfG, denn der EuGH entwirft letztlich ein Gegenmodell zum traditionellen Verständnis des deutschen Kirchenarbeitsrechts: An die Stelle der tradierten autonomen kirchlichen Entscheidungskompetenz für eine konfessionsabhängige Einstellungspraxis⁶ rückt das Postulat einer antidiskriminierungsrechtlichen Detailkontrolle durch die mitgliedstaatliche Arbeitsgerichtsbarkeit; diese soll als „unabhängige Stelle“⁷ den Freiheitskonflikt zwischen Kirchenautonomie und individuellem Grundrecht lösen.

Die Entscheidung überrascht vor allem deshalb, weil sie das erkennbare Spannungsverhältnis zur Kompetenzordnung des Art. 17 AEUV kaum diskutiert. Diese Primärrechtsnorm weist den Mitgliedstaaten eine durch unionsrechtliche Harmonisierung unbeeinflusste Kompetenz zur Regelung des Verhältnisses von Kirche und Staat zu; für die Union handelt es sich nach zutreffender Deutung um eine „negative Kompetenznorm“, um eine „Bereichsausnahme vom Unionsrecht“ in Statusfragen.⁸ Der EuGH agiert insofern offenbar mit dem nur angedeuteten Vorverständnis, dass diese Primärrechtsnorm lediglich das unmittelbare Verhältnis von Staat und Kirche betrifft, jedoch keine Befreiung der Kirchen z.B. von antidiskriminierungsrechtlichen Vorgaben des Unionsrechts im Verhältnis zu Beschäftigten kirchlicher Ein-

richtungen bewirkt.⁹ Tatsächlich lassen sich beide Fragen aber nicht trennen, denn jede unionsrechtliche Normierung, die einen durch das mitgliedstaatliche Recht anerkannten Autonomieraum der Kirchen beschneidet, verletzt – sofern der „Status“ i.S.d. Art. 17 AEUV betroffen ist – denknützlich zugleich die durch Art. 17 AEUV gesicherte mitgliedstaatliche Kompetenz zur Ausgestaltung des Verhältnisses von Staat und Kirche.

Spannend bleibt, wie das nun zur Entscheidung über den Ausgangsrechtsstreit berufene BAG die konträren Sichtweisen des EuGH und des BVerfG miteinander in Einklang bringen wird. Vielleicht gelingt ja eine salomonische Entscheidung, die, eingebettet in die Vorgaben des EuGH, auch die grundgesetzlich gesicherte Kirchenautonomie zur Entfaltung bringt. Sollte dies nicht gelingen, droht die erneute Befassung des BVerfG und damit ein spektakulär eskalierter Jurisdiktionskonflikt im europäischen Mehrebenensystem.

B. Sachverhalt und Kernaussagen der Entscheidung

Zum besseren Verständnis seien hier Sachverhalt des Ausgangsrechtsstreits und Kernaussagen des EuGH-Urteils kurz referiert: Das Evangelische Werk für Diakonie und Entwicklung e.V., eine Einrichtung in Trägerschaft der Evangelischen Kirche Deutschlands (EKD), schrieb im November

1 BAG, Urt. v. 20.11.2012 - 1 AZR 179/11.

2 Dazu BAG, Urt. v. 08.09.2011 - 2 AZR 543/10; nachfolgend BVerfG, Beschl. v. 22.10.2014 - 2 BvR 661/12; zuletzt: BAG, Vorlagebeschl. v. 28.07.2016 - 2 AZR 746/14 (A), anhängig beim EuGH als Rs. „IR“, C-68/17.

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

4 BAG, Urt. v. 08.09.2011 - 2 AZR 543/10.

5 EuGH, Urt. v. 17.04.2018 - C-414/16 - „Egenberger“.

6 Dazu allgemein Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche, 7. Aufl. 2015, S. 83 ff.; Thüsing, Kirchliches Arbeitsrecht, 2006, S. 15 f.

7 Rn. 46 des Egenberger-Urteils (isolierte Verweisungen auf Rn. beziehen sich im Folgenden immer auf das Egenberger-Urteil).

8 Ausführlich Classen in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 63. EL Dezember 2017, Art. 17 AEUV Rn. 3 ff., 33; zur Differenzierung zwischen „Status“ und „Tätigkeit“ Classen in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 63. EL Dezember 2017, Art. 17 AEUV Rn. 28 ff.; a.A. etwa Waldhoff in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 17 Rn. 13.

9 Vgl. Rn. 58.

2012 eine befristete Referentenstelle aus. Tätigkeitsinhalt war nach der Stellenbeschreibung die Begleitung des internationalen Übereinkommens der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von rassistischer Diskriminierung. Im dreijährigen Befristungszeitraum sollte der Stelleninhaber u.a. einen Parallelbericht zum deutschen Staatenbericht erarbeiten, Stellungnahmen und Fachbeiträge publizieren, die Diakonie nach außen gegenüber der Politik, Öffentlichkeit und Menschenrechtsorganisationen vertreten und am Meinungsbildungsprozess innerhalb der evangelischen Kirche mitwirken. Im Einklang mit § 3 der Richtlinie über die berufliche Mitarbeit in der EKD wurden als Einstellungs voraussetzungen u.a. die Mitgliedschaft in einer evangelischen oder einer der Arbeitsgemeinschaft christlicher Kirchen in Deutschland angehörenden Kirche sowie die Identifikation mit dem diakonischen Auftrag genannt, die Angabe der Konfession im Lebenslauf wurde erbeten.

Die konfessionslose Frau Egenberger bewarb sich auf die Stelle; ihre Bewerbung verblieb zwar nach einer ersten Sichtungsrunde im Bewerbungsverfahren, sie wurde jedoch zu keinem Vorstellungsgespräch eingeladen. Letztlich eingestellt wurde ein Bewerber, der in seiner Bewerbung kenntlich gemacht hatte, er sei ein „in der Berliner Landeskirche sozialisierter evangelischer Christ“. Gestützt auf § 15 Abs. 2 AGG machte nun Frau Egenberger vor der deutschen Arbeitsgerichtsbarkeit einen Entschädigungsanspruch wegen religionsbezogener Diskriminierung geltend. Erstinstanzlich wurde dem nur teilweise stattgegeben, zweitinstanzlich die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Das von Frau Egenberger mit der Revision angerufene BAG legte die Entscheidung dem EuGH gem. Art. 267 AEUV zur Vorabentscheidung vor,¹⁰ da die Entscheidung von einer unionsrechtskonformen Auslegung des kirchenspezifischen Rechtfertigungsgrundes in § 9 Abs. 1 AGG und somit von der Auslegung des Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78 (Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie) abhängige; zudem komme es auch auf die Auslegung des Art. 17 AEUV an. Die Vorlagefragen zielten dementsprechend darauf ab, ob Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78 es zulässt, dass ein kirchlicher Arbeitgeber verbindlich selbst bestimmen kann, ob eine bestimmte Religion eine „wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung“ im Sinne der genannten Richtlinienorm darstellt, ferner darauf, welche Anforderungen sich bei Verneinung der ersten Frage hinsichtlich des Rechtfertigungsgrundes der „wesentlichen, rechtmäßigen und gerechtfertigten beruflichen Anforderung“ i.S.d. Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78 stellen, und schließlich, ob aus einer möglichen Richtlinienwidrigkeit des § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG die Unanwendbarkeit der Vorschrift auch im Verhältnis von kirchlichem Arbeitgeber und Stellenbewerber folgt.

Der EuGH verneint die erste Vorlagefrage und leitet aus Art. 9 RL 2000/78 sowie Art. 47 EUGrRCh die Notwendigkeit ab,

dass nicht die Kirchen, sondern unabhängige Gerichte die Entscheidung über das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes i.S.d. Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78 treffen müssen; diese Entscheidung könne – trotz Art. 17 AEUV – kein Gegenstand mitgliedstaatlich anerkannter kirchlicher Autonomie sein, da andernfalls die Kontrolle der Einhaltung der in Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78 genannten Kriterien „völlig ins Leere ginge“,¹¹ wenn sie letztverbindlich den notwendig parteiischen Kirchen als Akteuren einer beabsichtigten Ungleichbehandlung anvertraut würde. Konsequentermaßen benennt das Urteil detaillierte Anforderungen hinsichtlich des Rechtfertigungsmaßstabs (dazu ausführlich unten D.). Und schließlich folgert es aus der primärrechtlichen Fundierung – und zwar sowohl im Hinblick auf Art. 21 EUGrRCh als auch (bemerkenswerterweise) Art. 47 EUGrRCh –, dass eine entgegenstehende Rechtsvorschrift des nationalen Rechts im Privatrechtsstreit unangewendet bleiben muss. Im Hinblick auf Art. 21 EUGrRCh ist dies eine konsequente Fortführung der seit der Mangold-Entscheidung¹² entwickelten Grundsätze für primärrechtskonkretisierende Sekundärrechtsakte. Bemerkenswert und perspektivisch von hoher Bedeutung ist die Ausweitung auf Art. 47 EUGrRCh; dies könnte für eine Tendenz des EuGH sprechen, das Postulat der Nichtanwendbarkeit richtlinienwidriger Umsetzungsakte im Privatrechtsverhältnis auf alle Richtlinien zu erstrecken, die Freiheits- und Verfahrensrechte des Individuums sichern.¹³ Dies wäre eine in den praktischen Wirkungen gar nicht zu überschätzende Universalisierung der zum Antidiskriminierungsrecht entwickelten Grundsätze. Vorrangig gegenüber dem Nichtanwendungs postulat ist allerdings stets die unionsrechtskonforme Auslegung nationalen Rechts, auch entgegen einer langjährigen ständigen Rechtsprechung.¹⁴

C. Verhältnis des europäischen Rechts zum deutschen Staatskirchenrecht

Misst man das Urteil an der Systematik des Unionsrechts, fällt als markanter primärrechtlicher Eckpunkt der in der Entscheidung fast beiläufig erwähnte¹⁵ Art. 17 AEUV auf, der angesichts der höchst unterschiedlichen Traditionen in den EU-Mitgliedstaaten¹⁶ Raum für Vielfalt lässt und statu-

10 BAG, Vorlagebeschl. v. 17.03.2016 - 8 AZR 501/14 (A).

11 Rn. 46.

12 EuGH (Große Kammer), UrT. v. 22.11.2005 - C-144/04 - RdA 2007, 169 mit Anmerkung Kuras.

13 Vgl. ausführlich zur Problematik Preis/Temming, NZA 2010, 185, insbesondere 190; Mörsdorf, EuR 2009, 219, 234 ff., weiterhin Greiner in: Nomos-Kommentar, Gesamtes ArbR, 2016, § 1 KSchG Rn. 48.

14 Rn. 73 f. unter Verweis auf EuGH, UrT. v. 19.04.2016 - C-441/14 - „Dansk Industri“ Rn. 34.

15 Vgl. die knappen Darlegungen in Rn. 50, 56 ff., 81.

16 Zu diesem Hintergrund etwa Waldhoff in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 17 AEUV Rn. 3 ff.

iert, dass die Union „den Status, den Kirchen und religiöse Vereinigungen oder Gemeinschaften in den Mitgliedstaaten nach deren Rechtsvorschriften genießen, [achtet] und [...] ihn nicht [beeinträchtigt]“, ferner, dass die Union „in gleicher Weise den Status, den weltanschauliche Gemeinschaften nach den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften genießen, [achtet]“. Diese zentrale primärrechtliche Aussage und das darin zum Ausdruck gebrachte Telos, ein in Deutschland bislang realisiertes kooperatives Verhältnis von Staat und Kirche ebenso unbeeinträchtigt durch europäische Rechtsakte zu ermöglichen wie das z.B. in Frankreich gewachsene laizistische Trennungsmode¹⁷, spielt für den EuGH im Egenberger-Urteil bedauerlicherweise keine relevante Rolle: Art. 17 AEUV formuliere lediglich einen Grundsatz der „Neutralität der Union demgegenüber, wie die Mitgliedstaaten ihre Beziehungen zu den Kirchen [...] gestalten“. ¹⁸ Eine Bindung der europäischen Gesetzgebung oder Rechtsprechung wird daraus aber nicht abgeleitet und insbesondere keine Auslegung des Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78 im Lichte des Art. 17 AEUV erwogen. Hätte der EuGH Art. 17 AEUV den Stellenwert zugemessen, der ihm nach Wortlaut, Historie, Systematik und Telos zukommt, ¹⁹ hätte er Art. 4 RL 2000/78/EG primärrechtskonform so auslegen müssen, dass dieser mangels Unionskompetenz das in Deutschland gewachsene Staatskirchenrecht mit seiner erheblichen Kirchenautonomie gerade bei einer konfessionsabhängigen Einstellungspraxis nicht zu beschränken vermag, jedenfalls sofern angesichts des Tätigkeitsinhalts der „Status“ der kirchlichen Einrichtung i.S.d. Art. 17 AEUV betroffen ist. ²⁰ Diese mitgliedstaatlichen Pluralismus gewährleistende Ratio kommt auch sekundärrechtlich in Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG zum Ausdruck, wenn dort der Respekt vor den zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Richtlinie bestehenden einzelstaatlichen Gepflogenheiten bekundet wird. Der EuGH misst dem ohne nähere Begründung schlicht keine Bedeutung zu. ²¹

Nicht fern liegt angesichts dessen der Gedanke, der EuGH habe mit seiner Entscheidung „ultra vires“ gehandelt, die primärrechtliche Kompetenzordnung verletzt und primärrechtswidrig in das mitgliedstaatliche Staatskirchenrecht eingegriffen. Sollte die Sache erneut zum BVerfG gelangen, müsste somit erneut – und vielleicht konfliktträchtiger denn je – das Verhältnis zwischen nationalem Verfassungsrecht und unionsrechtlicher Gestaltungskompetenz geklärt werden.

D. Rechtfertigungsmaßstäbe

I. Normenbefund

Für die praktische Umsetzung der im Egenberger-Urteil formulierten Grundsätze leitend ist allerdings die sekundärrechtliche Binnensystematik des Art. 4 RL 2000/78/EG: Er be-

inhaltet in Abs. 1 einen allgemeinen Rechtfertigungsgrund, der Ungleichbehandlungen unter der Voraussetzung zulässt, dass es sich bei der merkmalsbezogenen Unterscheidung um eine „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ handelt, die im Hinblick auf einen „rechtmäßigen Zweck“ „angemessen“ sein muss. Abs. 2 beinhaltet einen offenkundig – in Umsetzung von Art. 17 AEUV – als Privilegierung der Kirchen zu verstehenden weiteren Rechtfertigungsgrund. ²² Eine Ungleichbehandlung wegen Religion oder Weltanschauung ist demnach gerechtfertigt, wenn es sich bei der merkmalsbezogenen Unterscheidung um „eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation“ handelt. Die semantische Verknüpfung von „Anforderung“ und „Ethos der Organisation“ legt dabei nahe, dass es Sache der kirchlichen Autonomie sein soll, die Anforderungen (kontrollfrei) anhand ihres Ethos zu definieren.

Der EuGH sieht dies freilich anders und leitet aus der Trias „wesentlich, rechtmäßig und gerechtfertigt“ in Zusammenschau mit der allgemeinen Verfahrensgarantie (Art. 9, 10 RL 2000/78/EG, primärrechtlich: Art. 47 EUGrdRCh) ab, dass es einer Kontrolle der Anforderungen durch die unparteiische Spruchpraxis der mitgliedstaatlichen Gerichte bedürfe; anderenfalls gehe „die Kontrolle der Einhaltung dieser Kriterien völlig ins Leere“. ²³ Ein großes Fragezeichen kann man dabei vor allem hinter die Vermischung der Verfahrensgarantie mit der materiell-rechtlichen Frage setzen, denn bei Lichte besehen können sich Verfahrensgarantien stets nur auf unabhängig von ihnen bestehende materielle Rechtspositionen beziehen; der EuGH zieht die Verfahrensgarantie allerdings heran, um zu begründen, dass es eine durch Verfahren zu sichernde individuelle Rechtsposition überhaupt existiert. ²⁴ Für die Sichtweise des EuGH mag dagegen ergänzend die – von ihm allerdings nicht erörterte – Binnensystematik des Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78 angeführt werden: Möglicherweise zeigt sein UAbs. 2, der Kirchen die autonome Festlegung von Loyalitätsanforderungen in bestehenden Arbeitsverhältnissen gestattet, dass die strengere Formulierung in UAbs. 1 zur kon-

17 Vgl. Waldhoff in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 17 AEUV Rn. 3.

18 Rn. 58.

19 Ausführlich Classen in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 63. EL Dezember 2017, Art. 17 AEUV Rn. 6 ff.

20 Zu dieser Differenzierung – auch hinsichtlich Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78: Classen in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 63. EL Dezember 2017, Art. 17 AEUV Rn. 59, 61.

21 Rn. 54.

22 Instruktiv zum Verhältnis beider Absätze bereits Thüsing/Fink-Jamann/v. Hoff, ZfA 2009, 153, 163 f.

23 Rn. 46.

24 Rn. 48, 49.

fessionsbezogenen Bewerberauswahl tatsächlich eine unabhängige gerichtliche Kontrolle voraussetzt – wobei die Frage der Vereinbarkeit dieses sekundärrechtlichen Postulats mit Art. 17 AEUV (siehe oben C.) zu stellen und nach hier vertretener Meinung zu verneinen wäre.

II. Konkretisierte Rechtfertigungsmaßstäbe des EuGH

Hinsichtlich der Handhabung des Kontrollmaßstabs „wesentlich, rechtmäßig und gerechtfertigt“ (ergänzt um „verhältnismäßig“)²⁵ betont der EuGH einfürend, dass es – auch angesichts der Bedeutung von Art. 17 AEUV und Art. 10 EUGrRCh²⁶ – um die Herstellung eines angemessenen Ausgleichs zwischen kirchlichem Selbstbestimmungsrecht und individuellem Diskriminierungsschutz gehen müsse. Die Maßstäbe sind aber streng:

- Die Rechtfertigung muss an der Art der fraglichen Tätigkeit oder den Umständen ihrer Ausübung gemessen werden²⁷ – es muss „objektiv überprüfbar“ ein „direkter Zusammenhang“ zwischen konfessionsbezogener Einstellungs voraussetzung und Tätigkeit bestehen²⁸ (objektiv tätigkeitsbezogener Rechtfertigungsansatz).
- „Wesentlich“ sei dabei die Anforderung, wenn die Konfessionszugehörigkeit „aufgrund der Bedeutung der [...] beruflichen Tätigkeit für die Bekundung dieses Ethos oder die Ausübung des Rechts dieser Kirche [...] auf Autonomie“ notwendig sei²⁹ (qualitativ tätigkeitsbezogener Rechtfertigungsansatz).
- Es fehle an der „Rechtmäßigkeit“ der Anforderung, wenn in Wahrheit ein „sachfremdes Ziel ohne Bezug zum Ethos“ oder der Entfaltung von Kirchenautonomie verfolgt werde³⁰ (Missbrauchskontrolle).
- „Gerechtfertigt“ sei das Kriterium der Konfessionszugehörigkeit, wenn die Kirche darlegen könne, dass „die geltend gemachte Gefahr einer Beeinträchtigung ihres Ethos oder ihres Rechts auf Autonomie wahrscheinlich und erheblich ist“.³¹
- Schließlich greife eine allgemeine Verhältnismäßigkeitsbindung, die letztlich auf eine Erforderlichkeitskontrolle (mildestes Mittel) konzentriert scheint.³²

Konkret lässt sich daraus ableiten, dass die bislang im deutschen Kirchenarbeitsrecht überwiegend für möglich gehaltene Festlegung, dass sämtliche Tätigkeiten bei einem kirchlichen Träger der Konfessionszugehörigkeit bedürfen,³³ diskriminierend und nicht zulässig wäre. Dies unterscheidet den objektiv tätigkeitsbezogenen Rechtfertigungsansatz des EuGH vom bislang im deutschen Kirchenarbeitsrecht anerkannten kirchenautonomiebezogenen Rechtfertigungsansatz – eine tektonische Verschiebung im Kirchenarbeitsrecht. Die geforderte qualitative Betrachtung der einzelnen Tätigkeit zeigt, dass es demnach Kategorien von Tätigkeiten gibt, für die eine Konfes-

sionsbindung als Einstellungs voraussetzung per se ausscheidet.³⁴ Das Element der Missbrauchskontrolle verdeutlicht, dass der Tätigkeitsbezug zu Ethos oder Kirchenautonomie objektiv plausibel sein muss und nicht lediglich vorgeschoben sein darf. Genauso selbstverständlich und plausibel scheint, dass mildere Mittel nicht ersichtlich sein dürfen; dies ist Konsequenz der Verhältnismäßigkeitsbindung (zum Fehlen milderer Mittel bei „Ethos“-bezogenen Anforderungen sogleich unter III.). Was für das Kriterium „gerechtfertigt“ in der Substanz neben den anderen Kriterien übrig bleibt, scheint nach den Ausführungen des EuGH unklar: Richtigerweise dürfte dies lediglich als Oberbegriff zu verstehen sein, der die Prüfung der anderen Kriterien zusammenfasst und als Ergebnis das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtfertigungsgrundes formuliert. Im Ganzen ist der hier für die konfessionsbezogene Einstellungspraxis formulierte objektiv tätigkeitsbezogene Rechtfertigungsansatz des EuGH mit seiner zentralen Orientierung an der Bedeutung der jeweiligen Tätigkeit für Ethos und Autonomie des kirchlichen Trägers nicht weit entfernt von der Kategoriebildung des EGMR in der verwandten Frage der Loyalitätsobliegenheiten.³⁵

III. Was bedeutet das für die Praxis?

Welche Änderungen das Egenberger-Urteil für die Einstellungspraxis in kirchlichen Einrichtungen mit sich bringt, ist bislang nicht klar und wird entscheidend von der ausgleichenden Sensibilität des vorlegenden und nun zur Umsetzung berufenen 8. BAG-Senats abhängen.

1. Ethische Prägungen im karitativen Bereich, bei inhaltlicher Außenkommunikation und Mitarbeiterführung

In der öffentlichen und der rechtswissenschaftlichen Diskussion kursieren bereits unterschiedliche Deutungen.

25 Vgl. Rn. 68.

26 Rn. 50.

27 Rn. 62.

28 Rn. 63.

29 Rn. 65.

30 Rn. 66.

31 Rn. 67.

32 Rn. 68.

33 Vgl. Thüsing in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2015, § 9 AGG Rn. 13; Joussem, RdA 2003, 32, 37; de Wall, ZevKR 2007, 310, 319 f.; Germann/de Wall in: Gedächtnisschrift für Blomeyer, 2004, S. 549, 575.

34 Mit ähnlicher Tendenz im Schrifttum bereits etwa: Stein in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, 2008, § 9 Rn. 33, 36.

35 Vgl. dazu – mit Unterscheidung insbesondere nach der „Verkündungsnähe“ der Tätigkeit – EGMR, Urt. v. 12.06.2014 - 56030/07 - „Fernández Martínez“ Rn. 131; EGMR, Urt. v. 03.02.2011 - 18136/02 - „Siebenhaar“ Rn. 46; EGMR, Urt. v. 23.09.2010 - 425/03 - „Obst“ Rn. 48 – 51; EGMR, Urt. v. 23.09.2010 - 1620/03 - „Schüth“ Rn. 69; EGMR, Urt. v. 20.10.2009 - 39128/05 - „Lombardi Vallauri“ Rn. 41.

Ganz falsch scheint mir das Bonmot Jobst-Hubertus Bauers auf dem Europarechtlichen BAG-Symposion (20.04.2018), beim ärztlichen Personal in einem kirchlichen Krankenhaus könne es per se nicht mehr auf Konfessionszugehörigkeit ankommen – schließlich sei es dessen Aufgabe zu heilen und nicht zu beten. Verkannt wird dabei, dass der Arzt gerade kein „Medizinhandwerker“ ist, sondern wesentlicher Teil der ärztlichen Tätigkeit die Herbeiführung ethisch abgewogener Behandlungsentscheidungen und nicht zuletzt auch die Kommunikation mit Patienten und deren Angehörigen ist. Ein Arzt, der persönlich daran glaubt, dass Gott die Welt in ihrer dynamischen Entwicklung trägt und will, dass daraus die individuelle Würde jedes Menschen resultiert, der Patient somit sein geschwisterlich verbundener Nächster ist und schließlich der Tod nicht das Ende, sondern der Übergang zum ewigen Leben ist, entscheidet und kommuniziert anders als ein Arzt, der die Existenz der Welt als Ergebnis von Zufällen und den Menschen als merkwürdig funktionsfähige Verklumpung von Aminosäuremolekülen begreift. Gerade in weltanschaulich sensiblen Entscheidungs- und Kommunikationssituationen sollte aber ein kirchliches Krankenhaus von Wettbewerbern unterscheidbar sein – und vielleicht hat dies dann sogar Rückwirkungen auf den Umgang der Patienten und ihrer Angehöriger mit der Erkrankung und den Heilungsverlauf.

Die dafür erforderliche innere Nähe zu Glaubensinhalten geht über das Postulat eines „aufrichtigen und loyalen“ Verhaltens i.S.d. Art. 4 Abs. 2 UAbs. 2 RL 2000/78 weit hinaus;³⁶ sie basiert auf der vollen Identifikation des ärztlichen Personals mit den kirchlichen Glaubensinhalten und sollte somit auch weiterhin eine konfessionsabhängige Bewerberauswahl legitimieren können. Ein Einwand liegt allerdings nahe: Persönliche Glaubensüberzeugungen hängen keineswegs untrennbar mit der Konfessionszugehörigkeit zusammen. Es mag Kirchenmitglieder geben, die viel weniger „gläubig“ sind als manche Nichtmitglieder. Auch sind Glaubensüberzeugungen im Laufe eines Lebens wandelbar, und der Zweifel gehört untrennbar zum Glauben. Ein immer wieder aufzufrischendes persönliches Glaubensbekenntnis zur Beschäftigungsvoraussetzung zu machen, wäre aber ein ungleich stärker belastender Eingriff in die persönliche Sphäre und damit keine praktikable Alternative. So bleibt letztlich nur die Anknüpfung an das eher formale Kriterium der durch eine konfessionelle Bindung geprägten Biografie des Stellenbewerbers, da mit dieser immerhin die erhöhte Chance einer inneren Nähe zu zentralen Glaubensüberzeugungen des kirchlichen Trägers verbunden ist.

Im Ergebnis dürfte das Egenberger-Urteil des EuGH eine konfessionsorientierte Bewerberauswahl auch künftig immer dann zulassen, wenn sich die Notwendigkeit einer in-

neren Nähe des Beschäftigten zu kirchlichen Glaubensinhalten objektiv nachvollziehbar darlegen lässt. Dies ist keinesfalls auf die Mitwirkung an der Liturgie oder pädagogische Aufgabenbereiche (also „verkündigungsnahe“ Tätigkeiten im Sinne der EGMR-Judikatur zu den Loyalitätsobliegenheiten) beschränkt. Strebt eine kirchliche Einrichtung für eine ausgeschriebene Position eine konfessionsorientierte Bewerberauswahl an, sollte künftig im Stellenprofil die inhaltliche Relevanz der konfessionellen Bindung transparent gemacht werden. Neben allen karitativen Tätigkeitsfeldern sollte dies auch dann gelingen, wenn eine Aufgabe mit der Kommunikation auf ethikorientierten Themenfeldern verbunden ist: Denn ob jemand mit oder ohne innere Nähe zu Glaubensinhalten bspw. für die Kirche an einem politikberatenden Beirat zur Medizinethik mitwirkt, macht einen erkennbaren Unterschied. Gelingen sollte die Darlegung auch generell bei Positionen mit (Personal-)Leitungsverantwortung, denn die innere Identifikation mit der religiös motivierten Ethik sollte im kirchlichen Kontext stets unmittelbaren Einfluss auf die Mitarbeiterführung und Konfliktlösung haben.³⁷ Auch für die im Ausgangsverfahren der Rechtssache Egenberger umstrittene Besetzung der Referentenstelle sollte die geforderte Darlegung gelingen, mag die ursprüngliche Stellenbeschreibung³⁸ auch ziemlich „weltlich“ daherkommen.

2. Tätigkeitskategorien und Selbstbindung durch konfessionsunabhängige Bewerberauswahl

Nicht zu hoch sollte generell der Aspekt einer vermeintlich fehlenden Konsequenz bei Umsetzung der konfessionsbezogenen Bewerberauswahl gewichtet werden: Vorliegend schiene es verfehlt, aus der Tatsache, dass die Bewerbung von Frau Egenberger zunächst im Bewerbungsverfahren belassen wurde,³⁹ zu folgern, dass es dem Evangelischen Werk mit dem zwingenden Konfessionsbezug nicht allzu ernst gewesen wäre: In einer Gesellschaft, die sowohl von rückläufiger konfessioneller Bindung als auch von Fachkräftemangel geprägt ist, scheint es schlicht unmöglich, jede im dargestellten Sinne das kirchliche Ethos verkörpernde Position durch konfessionsgebundene Bewerber zu besetzen.

36 So wohl auch im Ergebnis für Krankenschwestern Klassen in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 63. EL Dezember 2017, Art. 17 AEUV Rn. 61.

37 Ungeachtet der Tatsache, dass die gelebte Wirklichkeit kirchlicher Arbeitsbeziehungen hinter diesem anzustrebenden Idealbild einer besonderen ethischen Fundierung mitunter deutlich zurückbleibt.

38 Vgl. Rn. 24.

39 Vgl. Rn. 26.

Es dürfte sich anbieten, künftig drei Kategorien von Tätigkeiten zu unterscheiden: Erstens den Kernbereich kirchlicher Verkündigungsaufgaben, insbesondere in Liturgie und Glaubenslehre, für welche die Konfessionszugehörigkeit unerlässliche Voraussetzung ist. Zweitens einen Bereich glaubensgeprägter kirchlicher Aufgaben, insbesondere im karitativen Bereich, für die eine konfessionelle Bindung zwar aus den dargestellten Gründen wünschenswert, aber keine unerlässliche Einstellungsbedingung ist. Drittens schließlich einen Randbereich konfessionsneutraler Aufgaben, für die eine Einstellung ohne Ansehen einer konfessionellen Bindung erfolgen kann.⁴⁰ In der zweiten Kategorie könnte es auch naheliegen, gestufte Besetzungsregeln zu formulieren, die in erster Linie die Zugehörigkeit zur eigenen Konfession, in zweiter Linie die Zugehörigkeit zu einer anderen christlichen (und damit religiös dem Träger ganz nahestehenden) Konfession und schließlich Angehörige anderer monotheistischer Religionen privilegieren. Auszuschreibende Tätigkeiten wären dann stets im Vorfeld einer der drei Kategorien zuzuordnen.

Gleichbehandlungsaspekte dürften vor allem bei der zweiten Kategorie relevant werden: Wurden z.B. in einem kirchlichen Krankenhaus in der Vergangenheit bereits Oberärzte ohne konfessionelle Bindung eingestellt, dürfte daraus eine Selbstbindung des kirchlichen Arbeitgebers⁴¹ im Sinne einer notwendigen Zuordnung zur dritten Kategorie nur dann resultieren, wenn in einer aussagekräftigen Anzahl früherer Fälle, nicht einmal der Versuch einer vorrangigen Einstellung konfessionsgebundener Bewerber unternommen wurde. Wurde hingegen konsequent dieser Versuch unternommen und ist er in der Vergangenheit lediglich an der mangelnden Verfügbarkeit hinreichend qualifizierter konfessionsgebundener Bewerber auf dem Arbeitsmarkt gescheitert, dürfte daraus keine Selbstbindung des kirchlichen Trägers zur konfessionsunabhängigen Bewerberauswahl resultieren: Eine Zuordnung zur zweiten Kategorie bleibt möglich, wenn die Stellenbeschreibung die Relevanz der inhaltlichen Nähe zu kirchlichen Glaubensüberzeugungen erkennen lässt.

E. Resümee

Zerschlägt die Entscheidung in der Rechtssache Egenberger das kirchliche Arbeitsrecht? Sicher nicht. Dies liegt zum einen daran, dass das Urteil sich allein auf die zwar sehr wichtige, jedoch auch sehr spezifische Frage der konfessionsbezogenen Einstellungspraxis bezieht. Unmittelbare Rückwirkungen auf die verwandte Frage der Loyalitätsobliegenheiten im kirchlichen Dienstverhältnis dürften bereits deshalb ausscheiden, weil die Sonderregelung in Art. 4 Abs. 2 UAbs. 2 RL 2000/78 den kirchlichen Dienstgebern insofern große Auto-

nomie einräumt;⁴² die Entscheidung in der beim EuGH noch anhängigen „Chefarzt“-Rechtssache „IR“⁴³ dürfte daher nicht präjudiziert sein. Zum anderen erschwert das Egenberger-Urteil zwar eine konfessionsabhängige Einstellungspraxis beträchtlich, da es eine gerichtlich nachvollziehbare Begründung für die erwünschte konfessionelle Bindung des Stellenbewerbers verlangt. Die Kontrolle der Begründung dieser Entscheidung durch deutsche Gerichte muss aber zweifellos auch weiterhin das kirchliche Selbstbestimmungsrecht (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV) und das damit verbundene Definitionsrecht, für welche Tätigkeitsbereiche eine innere konfessionelle Bindung an zentrale Glaubensaussagen wünschenswert ist, respektieren.

Für kirchliche Träger beinhaltet die dadurch verlangte (Selbst-)Prüfung nicht zuletzt auch Chancen: Es dürfte einer Schärfung des kirchlichen Profils nur zuträglich sein, wenn insbesondere bei Stellen im karitativen oder administrativen Bereich künftig der Bezug zu den Glaubenslehren bereits im Vorfeld einer Ausschreibung reflektiert und formuliert werden muss. Dies könnte dazu veranlassen, bestimmte glaubensferne Aufgabenbereiche ganz aufzugeben – eine Konzentration auf den inneren Grund und das Fundament kirchlichen Wirkens, die Papst Benedikt XVI. in seiner Freiburger Rede vom 25.09.2011 höchst treffend, aber vielfach fehlgedeutet, als wünschenswerte „Entweltlichung“ der Kirche beschrieben hat. Vor allem aber veranlasst diese Notwendigkeit zur Selbstvergewisserung dazu, das Besondere der kirchlichen Dienstleistungstätigkeiten im karitativen Bereich immer wieder und viel stärker als bislang herauszustellen. Gelingt dies, ist bspw. ein kirchlich getragenes Krankenhaus kein austauschbarer und verwechselbarer Wettbewerber in einem von zahlreichen konkurrierenden Anbietern geprägten Gesundheitssektor, sondern verwirklicht Gesundheitsdienstleistungen als von Glaubensüberzeugungen getragenen Dienst am Nächsten – ein klares Unterscheidungsmerkmal gegenüber „weltlichen“ Wettbewerbern, das dann auch eine diskriminierungsrechtliche Privilegierung i.S.d. Art. 4 Abs. 2 UAbs. 1 RL 2000/78 legitimiert.

40 Beispiele: Buchhalter, Reinigungskräfte, vgl. Wedde in: Däubler/Bertz-bach, AGG, 3. Aufl. 2013, § 9 Rn. 7, 34, 42, 57; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 3. Aufl. 2011, § 9 Rn. 15; Classen in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 63. EL Dezember 2017, Art. 17 AEUV Rn. 61.

41 Umfassend zu Topos und Herleitung der Selbstbindung im Arbeitsrecht: Kleinert, Die Selbstbindung des Arbeitgebers im Kündigungs- und Befristungsrecht, Dissertation, 2017.

42 Vgl. Thüsing/Fink-Jamann/v. Hoff, ZfA 2009, 153, 161; Link, ZevKR 2005, 403, 414.

43 C-68/17.

Quo vadis Arbeitsrecht?

Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M. (Harvard), Attorney at Law (New York)

Die Koalitionsverhandlungen sind beendet. Christdemokraten und Sozialdemokraten haben sich auf dem Weg zur ja gar nicht mehr so großen Koalition gemacht. Schaut man sich den Koalitionsvertrag im Hinblick auf das Arbeitsrecht an, so ist das Resümee gemischt. Da findet man gefällige Allgemeinplätze, denen niemand widersprechen würde: „Das Zeitalter der Digitalisierung wollen wir als Chance für mehr und bessere Arbeit nutzen“ (Zeile 2323). Schön, aber wie? „Wir wollen Familien in ihrem Anliegen unterstützen, mehr Zeit füreinander zu haben und die Partnerschaftlichkeit zu stärken“ (Zeile 2381). Wie das geschehen soll, bleibt auch hier vage: „Wir werden hierzu Modelle entwickeln, in denen mehr Spielraum für Familienzeit geschaffen werden kann“. Vielleicht konnte man sich auch nur deswegen auf das ein oder andere einigen, weil niemand so genau wusste, was es heißt. Aber es gab auch Bereiche, wo man deutlich sagt, dass man sich nicht einigen konnte – das heißt dann Evaluierung: „Wir wollen das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz 2019 evaluieren“ (Zeile 2377) – weil wir es zu ändern, keinen Mut haben. Das gilt dann auch für das Entgelttransparenzgesetz (Zeile 983), so verkorkst es auch sein mag.¹ Aber es sind auch einige „hard facts“ übrig geblieben – um die soll es im Folgenden gehen.

A. Neuregelung des Anspruchs auf befristete Teilzeit

Der (sehr zu Recht) gescheiterte Entwurf der letzten Legislaturperiode wird noch mal auf den Tisch gelegt und eingegrenzt. Nur für Unternehmen mit mehr als 45 Mitarbeitern soll er gelten, und es soll erleichterte Möglichkeiten der Ablehnung bei sehr kurzen (weniger als ein Jahr) und sehr langen Teilwünschen (mehr als fünf Jahren) geben. Wir hätten damit einen neuen Schwellenwert und einen neuen Korridor. Seltsam, denn eigentlich sollte es Ziel sein, die Schwellenwerte zu vereinheitlichen. Konkret hat man vereinbart:

„Im Teilzeit- und Befristungsrecht wird ein Recht auf befristete Teilzeit eingeführt. Insbesondere für Frauen ist es wichtig, nach einer Familienphase ihre beruflichen Pläne voll verwirklichen zu können. Gegenüber dem Referentenentwurf zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts werden folgende Änderungen vereinbart:

1. Es besteht kein Anspruch auf Verlängerung oder Verkürzung der Arbeitszeit oder vorzeitige Rückkehr zur früheren Arbeitszeit während der zeitlich begrenzten Teilzeitarbeit.
2. Der neue Teilzeitananspruch nach diesem Gesetz gilt nur für Unternehmen, die in der Regel insgesamt mehr als 45 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter beschäftigen.

3. Für Unternehmensgrößen von 46 bis 200 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter wird eine Zumutbarkeitsgrenze eingeführt, dass lediglich einem pro angefangenen 15 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Anspruch gewährt werden muss. Bei der Berechnung der zumutbaren Zahlen an Freistellungen werden die ersten 45 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter mitgezählt. Bei Überschreitung dieser Grenze kann der Arbeitgeber einen Antrag ablehnen.
4. Der Arbeitgeber kann eine befristete Teilzeit ablehnen, wenn diese ein Jahr unter- oder fünf Jahre überschreitet. Die Tarifvertragsparteien erhalten die Möglichkeit, hiervon abweichende Regelungen zu vereinbaren.
5. Nach Ablauf der zeitlich begrenzten Teilzeitarbeit kann die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer frühestens nach einem Jahr eine erneute Verringerung der Arbeitszeit verlangen.“

Der Ansatz ist gut und richtig: Eine der drängendsten Aufgaben künftiger Ordnung des Arbeitsmarkts ist die Erschließung des Erwerbspotenzials weiblicher Arbeitnehmer. Wir wollen Familie – und was können wir dafür tun, dass mehr Menschen den Mut zur Familiengründung fassen? Oftmals ist es das Entweder-oder, zu dem sich Eltern – zumeist Frauen – gezwungen sehen: entweder Familie oder Karriere. Viel wäre gewonnen, hier die Wahlfreiheit zu erhöhen und Zwischenwege zu eröffnen. So hat auch Papst Benedikt XVI. schon in einer viel beachteten Ansprache am 15.11.2012 dazu aufgerufen, bessere Voraussetzungen für eine Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu schaffen. Der Papst forderte die Wirtschaft auf, die Interessen und den Schutz der Familie als Keimzelle der Gesellschaft stets zu berücksichtigen. Es bedürfe eines neuen „harmonischen Zusammenspiels“ zwischen beiden Bereichen. Papst Franziskus fasst in seiner Enzyklika Evangelii Gaudium nach: „Das weibliche Talent ist unentbehrlich in allen Ausdrucksformen des Gesellschaftslebens; aus diesem Grund muss die Gegenwart der Frauen auch im Bereich der Arbeit garantiert werden“ (Abschn. 103). Man mag es anders formulieren, man mag andere, weniger fromme Stimmen zitieren,

¹ Siehe hierzu exemplarisch Thüsing, BB 2017, 565; Wank, RdA 2018, 34.

jM-Reihe „Quo vadis...?“

Auf Grundlage des Koalitionsvertrags für die 19. Legislaturperiode zwischen CDU, CSU und SPD erscheinen seit jM 5/2018 regelmäßig Übersichtsbeiträge über ausgewählte Gesetzgebungsvorhaben der Bundesregierung.

aber diese Forderung ist heute gesellschaftliches Allgemeinut. Dennoch ist bislang zu wenig passiert.

Es ist also Zeit, dass die Vereinbarkeit von Familie und Beruf stärker im Fokus der Politik steht als ehemals. Dabei ist der Grundkonflikt offensichtlich: Arbeitnehmer sind am Arbeitsplatz ihrem Arbeitgeber arbeitsvertraglich verpflichtet. Daneben aber sind sie auch Ehegatten, Lebenspartner, Familienväter und -mütter und auch selbst Kinder ihrer Eltern. Damit sind sie anderen Menschen persönlich verpflichtet. Die Verpflichtungen sind nur vereinzelt verrechtlicht, so z.B. in § 1626 Abs. 1 BGB (Elterliche Sorge) oder in § 1353 Abs. 1 BGB (Eheliche Lebensgemeinschaft). Überwiegend sind sie dagegen emotionaler und ethischer Natur. Pflichtenkollisionen sind vorprogrammiert: Samstag gehört Papi mir – oder muss er doch dem Arbeitgeber zur Verfügung stehen? Die Familie als Gemeinschaft mit eigenen Interessen und Voraussetzungen ist dennoch kein genuiner Topos des Arbeitsrechts, dient es doch in erster Linie dem Ausgleich des Verhandlungsungleichgewichts zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Was der Arbeitnehmer nicht durch seine Marktmacht als sozialen Schutz erhandeln kann, das will ihm das Gesetz garantieren. Die Familie ist traditionell nicht unmittelbar verortet. Arbeitsrechtliche Vorschriften, die die Familie als Schutzsubjekt einbeziehen, fehlen zumeist. Und dies obwohl Art. 6 Abs. 1 GG Ehe und Familie dem besonderen Schutz durch die staatliche Ordnung unterstellt. Familienbezogene Interessen werden nur insoweit geschützt, als es sich um Interessen auch des Arbeitnehmers selbst handelt. Sofern arbeitsrechtliche Normen eine die Familie schützende Wirkung entfalten, so ist dies regelmäßig nicht final, sondern lediglich mittelbare Folge der arbeitnehmerschützenden Normintention.

Die Praxis wird mit der neuen Regelung leben können, denn die größten Unwuchten des letzten Entwurfs sind beseitigt: Nicht vorgesehen freilich ist eine Begrenzung auf gesamtgesellschaftlich wertvolle Motive der Reduzierung (Pflege, Erziehung). Ungleiches wird gleich behandelt. Wer seine Mutter pflegen will oder seine Kinder erziehen, wird genauso gestellt, wie der, der sein Golf-Handicap verbessern will. Hierfür einen solchen weitgehenden Eingriffsvorbehalt in den Vertrag zugunsten des Arbeitnehmers vorzusehen, ist nicht gerechtfertigt. *Pacta sunt servanda* – und wo das nicht der Fall sein soll, braucht es dafür hinreichend gewichtige Gründe. Anders als im letzten Entwurf ist im Koalitionsvertrag nun eine Mindest- und Höchstlänge der Reduzierung enthalten, weiterhin fehlt aber ein Mindestausmaß (z.B. mindestens 25 % der bisherigen Arbeitszeit). Eben solch eine Grenze könnte Missbrauch vorbeugen und die Praxis entlasten – und sollte eben deshalb ergänzt werden.

Ebenso nicht im Koalitionsvertrag enthalten sind die Gründe, aus denen abgelehnt werden kann. Bleibt es bei den „betrieblichen Gründen“ des § 8 TzBfG? Hier stand in den

Gesetzgebungsmaterialien zu § 8 TzBfG die Erläuterung „jeder rational nachvollziehbare Grund“ genüge.² Hierüber ist das BAG elegant hinweggegangen.³ Man könnte diesen Maßstab hier noch mal erneut einbringen (auch für § 8 TzBfG) im Sinne eines ausgewogenen Kompromisses: Die Möglichkeiten zur Beantragung von Teilzeit werden erweitert – und ebenso die Möglichkeiten, den Antrag abzulehnen. Wer keinen rationalen Grund hat, befristete Teilzeit abzulehnen, der soll sie auch bewilligen. Wer ihn aber hat, dessen betriebliche Interessen sind ernst zu nehmen (und das insbesondere, wenn man auf Arbeitnehmerseite auf jede Begründung verzichten will).

B. Neuregelung Befristung

Eine andere wichtige Frage wird beantwortet: Was machen wir gegen Kettenbefristungen à la Küçük? Die sachgrundlose Befristung soll abgeschafft werden, lautete eine der zentralen Forderungen der SPD für die Koalitionsverhandlungen. Der Koalitionspartner war dagegen, wollte aber – so hatte er es im Wahlprogramm versprochen – „rechtsmissbräuchliche Kettenbefristungen“ verhindern. Die Sondierung hat zu diesem Thema geschwiegen. Was also ist daraus geworden? Um den Kompromiss hat man bis zum Schluss gerungen:

„Wir wollen den Missbrauch bei den Befristungen abschaffen. Deshalb dürfen Arbeitgeber mit mehr als 75 Beschäftigten nur noch maximal 2,5 Prozent der Belegschaft sachgrundlos befristen. Bei Überschreiten dieser Quote gilt jedes weitere sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnis als unbefristet zustande gekommen. Die Quote ist jeweils auf den Zeitpunkt der letzten Einstellung ohne Sachgrund zu beziehen.

Die Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes ist nur noch für die Dauer von 18 statt bislang von 24 Monaten zulässig, bis zu dieser Gesamtdauer ist auch nur noch eine einmalige statt einer dreimaligen Verlängerung möglich.

Wir wollen nicht länger unendlich lange Ketten von befristeten Arbeitsverhältnissen hinnehmen. Eine Befristung eines Arbeitsverhältnisses ist dann nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein unbefristetes oder ein oder mehrere befristete Arbeitsverhältnisse mit einer Gesamtdauer von fünf oder mehr Jahren bestanden haben. Wir sind uns darüber einig, dass eine Ausnahmeregelung für den Sachgrund nach § 14 Abs. 1 Nr. 4 TzBfG wegen der Eigenart des Arbeitsverhältnisses (Künstler, Fußballer) zu treffen ist.“

² Siehe BT-Drs. 14/4374, S. 15, Begründung zu § 8.

³ Z.B. BAG, Urt. v. 18.02.2003 - 9 AZR 164/02: „Dazu genügen rational nachvollziehbare Gründe. ... Die Gründe mußten jedoch hinreichend gewichtig sein“.

Das schafft neue Anforderungen für die Praxis. Bislang besteht keine Verpflichtung, den Sachgrund einer Befristung im Arbeitsvertrag zu nennen oder auch nur sich festzulegen, ob es eine Sachgrundbefristung ist oder nicht. Selbst wenn man ihn genannt hat, konnte die Befristung auch ggf. als sachgrundlose Befristung gerechtfertigt sein.⁴ Nun besteht wohl doch ein mittelbarer Zwang zur Festlegung, welches Arbeitsverhältnis mit und welches ohne Sachgrund befristet wird – ansonsten wird der Arbeitgeber nicht die Quote ermitteln können, und Unklarheiten dürften dann zu seinen Lasten gehen. Die Befristungsregelung des § 41 Satz 3 SGB VI wird zudem leerlaufen, schafft man hier keinen Ausnahmetatbestand.⁵ Unklar ist auch, ob die tarifliche Öffnung des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG erhalten bleiben soll. Und das größte Problem wird sein: Wer trägt die Beweislast der Quote? Wohl der Arbeitgeber.⁶ Was muss er vortragen? Insbesondere in sehr großen Betrieben gehört nicht viel Fantasie dazu, sich vorzustellen, welcher administrative Mehraufwand hiermit verbunden ist.

Richtig war aber, an der sachgrundlosen Befristung festzuhalten; die Verkürzung auf 18 Monate von derzeit zwei Jahren (§ 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG) scheint eher kontraproduktiv. Die Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung ist vor mehr als 30 Jahren eingeführt worden, um dem Arbeitgeber ein niedrige-schwelliges Angebot der Einstellung zu machen. Diese arbeitsmarktpolitischen Überlegungen mögen in Zeiten historisch hoher Beschäftigungsquoten an Glanz verloren haben. Aber Politik sollte sich nicht an der Momentaufnahme ausrichten, und es bleibt ein zentrales Flexibilisierungsinstrument der Personalpolitik, das unverändert Einstellungen erleichtert und ohnehin in vielen Fällen in unbefristete Beschäftigung übergeht (das Ifo schätzt mehr als 40 % und andere Schätzungen liegen nicht ganz weit weg davon). Die Tarifvertragsparteien haben vielleicht auch deshalb längst ihren Frieden damit geschlossen und wichtige Tarifverträge abgeschlossen, in denen dieser Zeitraum sachgrundloser Befristungsmöglichkeit noch ausgedehnt wurde, von zwei Jahren auf fünf Jahre.⁷ Wenn aber Gewerkschaft und Arbeitgeber gemeinsam dieses Instrument solcherlei adeln, dann kann es nicht eine zentrale Forderung sozialer Gerechtigkeit sein, das Instrument ganz in den Orkus zu versenken. Wer dies dennoch will, der vermindert nicht unbedingt Befristungen, sondern der veranlasst Unternehmen vor allem dazu, stärker nach Befristungsgründen zu suchen. Kein mehr an sozialer Gerechtigkeit also, sondern ein Mehr an Rechtsberatungskosten.

Denn Sachgründe der Befristung gibt es viele – und teilweise sehr weitreichende. Und eben da liegt das eigentliche Problem: Die wirklich anstößigen Fälle sind die, in denen Arbeitnehmer immer wieder neu befristet werden – über Jahre hinweg mit zahllosen Verträgen. Auch das Unternehmen, das dauerhaft einen Vertretungsbedarf hat, kann Arbeitnehmer

immer wieder aufs Neue und so lang und so kurz wie es will befristeten, solange es nur einen Arbeitnehmer findet, der zeitweilig zu vertreten ist. Die Grenze ist nur die vage Schranke des Rechtsmissbrauchs, wann immer der auch gegeben sein mag.⁸ Der Fall der Justizvollzugsanstalt, die einen Mitarbeiter über elf Jahre hinweg mit 13 Verträgen immer wieder die gleiche Tätigkeit hat ausführen lassen (Rs. Küçük),⁹ und dabei vom EuGH wie durch die deutsche Rechtsprechung Recht bekommen hat, ist symptomatisch und Anlass zum Nachdenken. So ist es verständlich, dass der Gesetzgeber Leitplanken vorgegeben hat, die bislang in der Rechtsprechung nur undeutlich formuliert wurden. Er hat freilich das Kind mit dem Bade ausgeschüttet: Richtig ist, Vertretungsbefristungen auf höchstens fünf Jahre zu begrenzen – als effektiver Schutz des Arbeitnehmers und der Wirtschaft ist dies vielleicht dann doch zumutbar. Rechtsgewinn durch Rechtssicherheit. Falsch ist es freilich, diese Grenze für jeden Sachgrund zu schaffen. Denn hier ist ja erst mal ein Sachgrund gegeben. Warum keine weiteren Ausnahmen, etwa für nur vorübergehenden Bedarf? Problematisch sind nur die Vertretungsfälle, gerade die Fußballprofis als Sonderfall zu benennen, scheint an den Fragen der Praxis doch eher vorbeizugehen.¹⁰

C. Obligatorische Alterssicherung Selbständiger

In anderer Hinsicht: Schweigen. Auf 177 Seiten. Kein Wort über die betriebliche Altersversorgung (BAV). Wer den Koalitionsvertrag durchblättert, der wird feststellen, dass es für die Politik anscheinend drängendere Fragen gibt als die Stärkung der BAV. Das sah nach der letzten Wahl noch an-

4 BAG, Urt. v. 26.07.2000 - 7 AZR 51/99; BAG, Urt. v. 15.08.2001 - 7 AZR 263/00.

5 Siehe auch Arnold/Romero, NZA 2018, 329, 330. Der EuGH hat – für viele wider Erwarten – seinen Frieden mit der Regelung gemacht: EuGH, Urt. v. 28.02.2018 - Rs. 46/17.

6 Siehe auch Arnold/Romero, NZA 2018, 329, 330.

7 Siehe z.B. vier Jahre eines mit der Gewerkschaft ver.di geschlossenen, am 01.01.2009 in Kraft getretene Manteltarifvertrag vom 17./19.12.2008 (BAG, Urt. v. 14.06.2017 - 7 AZR 390/15); siehe z.B. fünf Jahren bei fünfmaliger Verlängerungsmöglichkeit im TV zwischen IG BCE und Arbeitgebervereinigung Energiewirtschaftlicher Unternehmen e.V. vom 01.03.2012 (siehe den Sachverhalt BAG, Urt. v. 26.10.2016 - 7 AZR 140/15); oder vier Jahre im TV zwischen Elektroindustrie in Berlin und Brandenburg e.V. und der IG Metall vom 06.05.2009 (BAG, Urt. v. 18.03.2015 - 7 AZR 272/13).

8 Einzelheiten BAG, Urt. v. 17.05.2017 - 7 AZR 420/15.

9 EuGH, Urt. v. 26.01.2012 - C-586/10. Zugelassen wurden z.B. siebenmalige Befristung einer Reinigungskraft über eine Dauer von mehr als 16 Jahren (LArbG Baden-Württemberg, Urt. v. 19.06.2017 - 1 Sa 7/17); acht Jahren mit insgesamt zwölf Verträgen (ArbG Gießen, Urt. v. 08.07.2016 - 9 Ca 111/16); 16 Arbeits-/Änderungsverträgen in rund siebenjährig Jahren bei Lehrerin (LArbG Hessen, Urt. v. 20.05.2015 - 2 Sa 572/14).

10 Zum Sonderrecht „Fußball“ freilich auch beim Mindestlohn siehe Schmidt, ArbRAktuell 2015, 261.

ders aus. Da hieß es: „Die Alterssicherung steht im demografischen Wandel stabiler, wenn sie sich auf mehrere starke Säulen stützt. Deswegen werden wir die betriebliche Altersvorsorge stärken“. Gekommen ist das Betriebsrentenstärkungsgesetz, das ein wichtiger Schritt nach vorne war, aber eben nicht alle Probleme gelöst hat. Die weitere Verbreitung dieses wichtigen Elements der Alterssicherung zu unterstützen, bleibt eine zentrale Herausforderung. Haben wir uns zwar in den letzten Jahren schon über eine weitere Verbreitung gefreut, so bleiben doch Stolpersteine wie Doppelverbeitragung und auch abschreckende Rechtsrisiken für den Arbeitgeber ungelöst. In der Tat: Doppelte Beitragszahlungen zur gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung auf Direktversicherungen und Betriebsrenten werden im Bundestag weiterhin überwiegend kritisch gesehen. Das zeigte sich Anfang Februar in einer Aussprache über einen Antrag (19/242) der Linken, in dem die Abgeordneten der Fraktion eine Entlastung der Rentner durch eine Reform bei der betrieblichen Altersvorsorge verlangten: „In jedem Fall muss gelten: Die Beitragspflicht zur gesetzlichen Krankenversicherung darf bei Versorgungsbezügen nur einmal anfallen“. Bis dahin scheint es noch ein langer Weg.

Was kommt stattdessen? Man plant die „Förderung und die Absicherung der Bedürfnisse der Athletinnen und Athleten, insbesondere im Hinblick auf die Altersversorgung“. Na denn. Weitaus wichtiger ist eine andere Weichenstellung: Die Politik will sich der Alterssicherung der Selbständigen annehmen. „Um den sozialen Schutz von Selbständigen zu verbessern, wollen wir eine gründerfreundlich ausgestaltete Altersvorsorgepflicht für alle Selbständigen einführen, die nicht bereits anderweitig obligatorisch (z.B. in berufsständischen Versorgungswerken) abgesichert sind. Grundsätzlich sollen Selbständige zwischen der gesetzlichen Rentenversicherung und – als Opt-out-Lösung – anderen geeigneten insolvenzgesicherten Vorsorgearten wählen können“. Die Überlegungen stehen nicht allein und erfassen ähnlich auch andere Zweige der Sozialversicherung: Im Bereich der Krankenversicherung wird solch eine Ausweitung der öffentlich-rechtlichen Solidargemeinschaft unter dem Stichpunkt Bürgerversicherung kontrovers diskutiert – eine einheitliche Meinung ist dort wie hier nicht zu sehen. Auch hier kam es zum Kompromiss. Verhindert wurde eine allgemeine Vereinnahmung Selbständiger durch die Deutsche Rentenversicherung, stattdessen lässt man flexiblere Alternativen zu. Der Schritt ist konsequent. So wurde mit den Handwerkern schon 1939 eine in sich geschlossene Gruppe Selbständiger in die gesetzliche Rentenversicherung einbezogen (§ 2 Satz 1 Nr. 8 SGB VI) und die Gesetzesänderung von 1999 führte dann die Kleinstselbständigen in die Arme des öffentlichen Sicherungssystems. Daneben gibt es die berufsständischen Versorgungswerke, die obligatorische Alterssicherung der Landwirte und die Künstlersozialkassen¹¹. Anknüpfungspunkte gibt es also bereits jetzt. Hier die Schleu-

sen aber weiter allein in Richtung öffentliches Sicherungssystem zu öffnen, hieße, staatliche Regelung vor privater Initiative zu stellen. Das ist begründungsbedürftig. Das Ziel, auch Selbständige einen Beitrag für Alterssicherung leisten zu lassen, verlangt nicht, dass dies im Rahmen der öffentlichen Rentenkassen geschieht. Auch in Zeiten des Niedrigzinses sind in Betracht der demografischen Entwicklung kapitalgestützte Systeme langfristig vorzugswürdiger als umlagefinanzierte Systeme. Die Dualität, wie sie im Bereich der privaten und gesetzlichen Krankenversicherung gelebt wird, kann Modell sein auch für den Bereich der Rente. Das sehen auch die Sozialversicherungsträger nicht anders. Im Positionspapier der Gesellschaft für Versicherungswissenschaft und -gestaltung zum Grünbuch Arbeit 4.0 heißt es: „Die gesetzlichen Alterssicherungssysteme gewährleisten zusammen mit der teilweise staatlich geförderten betrieblichen und privaten Altersvorsorge in einem ‚Drei-Säulen-Modell‘ eine auskömmliche Absicherung im Alter. Leistungen der gesetzlichen wie privaten sozialen Sicherungssysteme gehen staatlichen Fürsorgeleistungen in aller Regel vor. Sie leisten einen wichtigen Beitrag zu einem selbstbestimmten und selbstverantworteten Leben der Menschen in Deutschland [...] Die Verwendungskonkurrenz begrenzter Mittel lädt dazu ein, Fragen der sozialen Absicherung nicht mit erster Priorität zu behandeln. Zumutbare Eigenvorsorge kann jedoch zur Verpflichtung gemacht werden, um zu verhindern, dass relevante Bevölkerungsgruppen künftig zu dauerhaft Abhängigen staatlicher Fürsorgeleistungen werden“.¹² Das ist richtig und weist den Weg. Mal sehen, was die Politik jetzt daraus macht.

D. Was bleibt

Vieles ist damit offen: Gibt es eine Reform des Tarifeinheitsgesetzes, wie es das BVerfG angemahnt hat? Vorschläge liegen auf dem Tisch,¹³ und wenn nichts passiert, dann endet das Gesetz am 01.01.2019. Und was ist mit dem Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge? Auch hier tut Neuregelung not.¹⁴ Vieles andere kommt einem in den Sinn. Große Aufgabe gibt es jedenfalls genug und dazu gehört die ein oder andere dieser Fragen sicherlich nicht. Wenn der Regierung aber in einer solchen kleineren Frage ein guter Wurf gelingt, dann würde schon durch bloße Rechtssicherheit dem Arbeitsrecht ein Dienst erwiesen. Und dies ist nichts Geringes, dient es doch Unternehmens- wie Arbeitnehmerseite gleichermaßen. Win-win also. Das müsste doch möglich sein.

¹¹ Siehe hierzu auch Waßer, jM 2018, 109.

¹² Abrufbar unter: www.arbeitenviernull.de/dialogprozess/fachdialog/stellungnahmen/gvg.html.

¹³ Siehe z.B. Löwisch, NZA 2017, 1423.

¹⁴ Vorschläge: Franzen/Thüsing/Waldhoff, Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge, 2012.

Sozialrecht

Angemessenheit der Vorstandsvergütungen einer gesetzlichen Krankenkasse

LSG Stuttgart, Urt. v. 21.06.2017 - L 5 KR 1700/16 KL

PräsLSG a.D. Ernst Merz

A. Problemstellung

Das Gesundheitsstrukturgesetz (GSG) vom 21.12.1992 (BGBl. I 1992, 2266) bedeutete den Startschuss zur Einführung einer an Wettbewerbsgrundsätzen ausgerichteten Organisationsstruktur in das System der gesetzlichen Krankenversicherung. Als weiterer Baustein hat zuletzt das Dritte Gesetz zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften (3. AMGuaÄndG) vom 07.08.2013 (BGBl. I 2013, 3108) u.a. zu neuen Bestimmungen in Bezug auf Vorstandsverträge bestimmter gesetzlicher Krankenkassen (KKn) geführt. Seither bedürfen der Abschluss, die Verlängerung oder die Änderung eines Vorstandsdienstvertrages zu ihrer Wirksamkeit der vorherigen Zustimmung der Aufsichtsbehörde (§ 35a Abs. 6a Satz 1 SGB IV).

Damit hat der Gesetzgeber klargestellt, dass die Modalitäten der Verträge nicht nur der Verantwortung des Verwaltungsrates überlassen, sondern auch nach transparenten und nachvollziehbaren Maßstäben aufsichtsbehördlich zu kontrollieren sind.¹ Damit ist der Gesetzgeber der Kritik des Bundesrechnungshofes an intransparenten und unwirtschaftlichen Vertrags- und Vergütungsstrukturen nachgekommen. Dieser hatte die bis dahin geltenden Aufsichtsmittel der nachträglichen Kontrolle als ineffektiv angesehen und eine vorherige Genehmigungspflicht für Vorstandsdienstverträge angemahnt (BT-Drs. 17/13770, S. 21). Die nachträgliche Beanstandung eines Vorstandsdienstvertrages durch die Aufsichtsbehörde berührte die Gültigkeit der zwischen den KKn und den Vorständen geschlossenen Arbeitsverträge nicht. Die Arbeitsverträge konnten praktisch nur in gegenseitigem Einvernehmen nachträglich geändert werden.²

Allerdings ist der Gesetzgeber der Forderung des Rechnungshofes, eine Höchstgrenze für die Vergütung festzulegen, nicht gefolgt. Vielmehr hat die Vergütung gem. § 35a Abs. 6a Satz 2, 3 SGB IV in angemessenem Verhältnis zum Aufgabenbereich, zur Größe und zur Bedeutung der Körperschaft zu stehen; dabei ist insbesondere die Zahl der Mitglieder der Körperschaft zu berücksichtigen. Weitere Anhaltspunkte zu der Höhe der Vorstandsvergütung enthält die Vorschrift jedoch nicht. Es kann daher nicht wirklich überraschen, dass die Rechtsanwendung sowohl den KKn als auch den Aufsichtsbehörden

erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Außerdem ist eine konfliktträchtige Aufgabenteilung zwischen Selbstverwaltungskörperschaft und Aufsichtsbehörde angelegt. Inzwischen hat die Thematik auch die Rechtsprechung erreicht und zu ersten Entscheidungen geführt – jüngst zu dem Urteil des BSG vom 20.03.2018 (B 1 A 1/17 R). Strittig sind insbesondere die Reichweite der aus der Selbstverwaltungsgarantie resultierenden Einschätzungsprognose der KKn und die Intensität der aufsichtsbehördlichen Prüfungscompetenz.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Streitgegenstand ist die Weigerung der Aufsichtsbehörde, wegen der Höhe der beabsichtigten Vergütung dem von der Klägerin vorgelegten Vorstandsdienstvertrag zuzustimmen. Die Beteiligten beziffern die maximal erreichbare jährliche Gesamtvergütung auf 217.252 €. Die Beklagte lehnte die Zustimmung mit der Begründung ab, unter Berücksichtigung der Vergütungsstruktur von KKn vergleichbarer Größenordnung könne lediglich eine Gesamtvergütung bis 207.500 € als angemessen anerkannt werden.

Das LSG Stuttgart hat den Anspruch der Klägerin auf Zustimmung der Beklagten verneint und die Klage abgewiesen. Weder der Klägerin noch der Beklagten sei ein der gerichtlichen Kontrolle entzogener Beurteilungs- oder Ermessensspielraum zuzubilligen. Auch der unbestimmte Rechtsbegriff der „Angemessenheit“ unterliege der uneingeschränkten Rechtskontrolle des Gerichts. Dabei sei der in § 69 Abs. 2 SGB IV und § 4 Abs. 4 Satz 1 SGB V niedergelegte allgemeine Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten. Daher könne sich die Klägerin gegen die Rechtsaufsicht der Beklagten nicht per se auf das Selbstverwaltungsrecht der KKn (§ 29 SGB IV, § 4 Abs. 1 SGB V) berufen. Das Selbstverwaltungsrecht bestehe vielmehr von vornherein nur im Rahmen der gesetzlichen Ausgestaltung des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung.

Vergleichsmaßstab sei allein die Vergütung der Vorstände der KKn untereinander. Weder ein Vergleich mit beamtenrechtlichen Regelungen noch mit Strukturen der Privatwirtschaft sei nach dem Bruch mit der bisherigen Organisationsstruktur durch das GSG sachgerecht. Dabei stelle das Kriterium der „Größe der Körperschaft“ das wesentliche Merkmal dar, um einen allgemeinen Maßstab zu entwickeln, der abstrakt eine Vergleichbarkeit herstelle und Grenzen des Zulässigen festlege.

1 Steinmann-Munzinger/Engelmann in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 3. Aufl. 2016, § 79 SGB V Rn. 34, Stand: 16.03.2017.

2 BSG, Urt. v. 26.08.1983 - 8 RK 29/82 Rn. 13.

Zutreffend habe daher die Beklagte die Höhe der Vorstandsvergütungen von KKn mit vergleichbarer Größe als Ausgangspunkt für die Betrachtung der Angemessenheit und der Wirtschaftlichkeit der Verträge angesehen. Für die Beurteilung sei die maximal erreichbare Gesamtvergütung entscheidend. Unter Berücksichtigung der im Bundesanzeiger 2015 gem. § 35a Abs. 6 Satz 2 SGB IV veröffentlichten Vergütungen hätten KKn mit einer der Klägerin vergleichbaren Größe im „Mittelmaß“ Grundvergütungen i.H.v. 159.500 € gezahlt. Die beabsichtigte Vergütung überschreite dieses Mittelmaß erheblich. Die Mitgliederzahlen von KKn, die ihren Vorständen vergleichbare Bezüge gewähren, lägen um über 50 % oberhalb der Mitgliederzahlen der Klägerin. Die beabsichtigte Gesamtvergütung sei daher weder angemessen noch wirtschaftlich. Es lägen auch keine Umstände des Einzelfalls vor, die eine solche Überschreitung rechtfertigen könnten.

C. Kontext der Entscheidung

Die Aufsichtsbehörden des Bundes und der Länder haben 2013 Prüfungsrahmen und -grundsätze zur Beurteilung der Angemessenheit der Vorstandsdienstverträge in dem „Arbeitspapier, Vorstands- und Geschäftsführervergütungen im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung“ (Arbeitspapier 2013) niedergelegt. In einer Anlage sind die im Bundesanzeiger veröffentlichten, bundesweit gezahlten Grundvergütungen der Vorstände der KKn in Diagrammform dargestellt. Entwickelt ist darin eine Trendlinie, die die abgebildeten Grundvergütungen in Verhältnis zu der Zahl der Mitglieder setzt und mittelt. Die Aufsichtsbehörden werten die Trendlinie als Anhaltspunkt, welche Grundvergütung für die Vorstände von KKn marktüblich ist. Zur Ermittlung der zulässigen Vergütung im Einzelfall wird zur Berücksichtigung der Einschätzungsprorogative der KK ein Aufschlag auf die Trendlinie vorgenommen. Ohne dass dies explizit in dem Arbeitspapier 2013 niedergelegt ist, akzeptieren Aufsichtsbehörden einen 30 %igen Aufschlag auf die Trendlinie – so auch im vorliegenden Verfahren. Die Trendliniendiagramme werden jeweils zum 01.07. auf der Grundlage der im Bundesanzeiger desselben Jahres veröffentlichten Vergütungen aktualisiert. Die aktuellen und früheren Fassungen des Trendliniendiagramms sind über die Webseite des Bundesversicherungsamtes abrufbar.³ Das LSG Stuttgart hat diese Praxis zumindest indirekt bestätigt, auch wenn es auf die Einzelfallentscheidung der Aufsichtsbehörde abstellt.

D. Auswirkungen für die Praxis

Diese Entscheidungspraxis hat allerdings am 20.03.2018 einen merklichen Dämpfer erhalten. Was ist passiert?

Zwar hatte das LSG Stuttgart die Revision nicht zugelassen (das Urteil ist inzwischen rechtskräftig), jedoch das LSG Mün-

chen in einem ähnlich gelagerten Verfahren.⁴ Es hatte im Grundsatz das in dem Arbeitspapier 2013 entwickelte Bewertungssystem für die Angemessenheit der Vorstandsvergütungen der KKn akzeptiert – einschließlich der Praxis des 30 %igen Aufschlags. In dem Revisionsverfahren hat der 1. Senat des BSG am 20.03.2018 das Urteil des LSG München allerdings aufgehoben und die Beklagte zur Neubewertung verurteilt. Um eine effektive präventive Kontrolle von Vorstandsvergütungen zu gewährleisten, habe sie die einschlägigen Ermessenskriterien vorab in einer allgemeinen Verwaltungsvorschrift festzulegen. Dieser Verpflichtung sei die Beklagte zwar im Ansatz mit Veröffentlichung des Arbeitspapiers 2013 nachgekommen. Gesetzeskonform stelle sie darin auf den Durchschnitt von KKn vergleichbarer Größe gezahlte Vorstandsvergütungen ab und sehe einen Aufschlag hierauf vor, um dem Einschätzungsspielraum der KKn Rechnung zu tragen. Zu Unrecht berücksichtigte sie dabei jedoch lediglich die Grundvergütung und nicht alle Vergütungsbestandteile, wie z.B. Prämien und Altersversorgung. Die aus dem Zuschlag resultierende Grenzlinie sei zudem im Arbeitspapier selbst klar zu umschreiben, etwa mit einem bestimmten Prozentsatz der Abweichung von der Trendlinie. Der Prüfung sei außerdem das Verhältnis der Vergütung zum Aufgabenbereich des Vorstandsmitglieds – nicht der KK – zugrunde zu legen. Der Arbeitgeberanteil zur gesetzlichen Rentenversicherung sei dagegen nicht einzubeziehen, da er im Rechtssinne keine Vergütung des Vorstandsmitglieds sei.⁵

E. Bewertung

Die Entscheidungen aus Bayern, Baden-Württemberg und des BSG dokumentieren die rechtliche Komplexität, aus den gesetzlichen Vorgaben ein gerichtsfestes Koordinatensystem zur Beurteilung der „Angemessenheit“ der KK-Vorstandsdienstbezüge zu entwickeln. Allerdings hat der Gesetzgeber mit der Veröffentlichungsverpflichtung ein spezielles Tool für das Benchmarking eingeführt, das einen systematischen Vergleich der Vergütungsstrukturen im Sinne eines internen Wettbewerbes zwischen den KKn zur Gewinnung des fachlich qualifizierten Personals ermöglichen soll. Die Daten erlauben es den Selbstverwaltungsorganen, aber auch den Aufsichtsbehörden, die „Marktüblichkeit“ der Vergütung zu ermitteln. Diesem Konzept sind die Aufsichtsbehörden mit dem Arbeitspapier 2013 zumindest im Ansatz gefolgt. Es gilt nun, die vom BSG aufgezeigten Schwachpunkte zu beseitigen. Dies wird erst mit Vorliegen der schriftlichen Urteilsbegründung umfas-

³ www.bundesversicherungsamt.de.

⁴ LSG München, Urt. v. 21.03.2017 - L 5 KR 334/15 KL.

⁵ BSG, Urt. v. 20.03.2018 - B 1 A 1/17 R; Terminbericht 13/18 vom 20.03.2018.

send möglich sein. Allerdings lässt bereits der Terminbericht des BSG vom 20.03.2018 „Trendlinien“ erkennen.

Das BSG bestätigt, dass allein die Vorstandsvergütungen der anderen KKn das relevante Marktsegment sein kann, um die „Angemessenheit“ zu ermitteln. Das BSG kritisiert allerdings zu Recht, dass die Aufsichtsbehörden die „Trendlinie“ allein aus den Grundvergütungen entwickelt haben. Der Vergütungsbegriff des § 35a Abs. 6 Satz 2 und Abs. 6a Satz 2 SGB IV stellt erkennbar auf eine Gesamtvergütung aus allen Vergütungsbestandteilen ab. Hierunter fallen z.B. auch die Aufwendungen für die betriebliche Altersversorgung oder Aufwendungen für einen privat genutzten Dienstwagen. Insbesondere die Aufsichtsbehörden sehen sich allerdings mit der Schwierigkeit konfrontiert, aus den veröffentlichten Vergütungselementen eine valide Gesamtvergütung zu berechnen. Dies wird eventuell eine weitere Konsolidierung der zu veröffentlichenden Daten erforderlich machen.

Der zweite Kritikpunkt des BSG steht hiermit in einem unmittelbaren sachlichen Zusammenhang. Sie betrifft die bisherige Praxis der Aufsichtsbehörden, eine Überschreitung der Trendlinie bis zu 30 % zu akzeptieren, ohne dass die Prozentzahl explizit in dem Arbeitspapier 2013 niedergelegt ist. Dort heißt es lediglich: „Zur Ermittlung der zulässigen Gesamtvergütung im Einzelfall wird unter Berücksichtigung der dem Verwaltungsrat zustehenden Einschätzungsprorogative ein Aufschlag auf die Trendlinie vorgenommen.“ Mit dieser Konstruktion war sicherlich die Absicht verbunden, nicht nur die Selbstverwaltungsgarantie zu „materialisieren“, sondern zugleich auch den Widerspruch aufzulösen, dass die Trendli-

nie allein die Grundvergütung abbildet, die „Angemessenheit“ sich allerdings an der Gesamtvergütung zu orientieren hat. Außerdem mahnt das BSG zur Konkretisierung des Aufschlags eine „Grenzlinie“ an, die ebenfalls klar zu umschreiben ist. Um die rechtlichen Folgerungen der Aussage des BSG abschätzen zu können, der aufsichtsbehördlichen Prüfung sei „das Verhältnis der Vergütung zum Aufgabenbereich des Vorstandsmitglieds – nicht der KK – zugrunde zu legen“, bedarf es der vollständigen Entscheidungsgründe.

Die Aufsichtsbehörden stehen jedenfalls vor der Herausforderung, das Arbeitspapier 2013 auf der Basis der Entscheidung des BSG vom 20.03.2018 so weiterzuentwickeln, dass alle relevanten Ermessenskriterien abgebildet werden und damit eine effektive präventive Kontrolle gewährleistet ist. Dies bedeutet, dass es einstweilen wohl keine gerichtsfeste Grundlage für aufsichtsbehördliche Entscheidungen nach § 36a Abs. 6a Satz 1 SGB IV gibt. Daher dürfte sich das Modell der „gesplitteten“ Dienstverträge, das der Entscheidung des LSG Stuttgart zugrunde gelegen hat, zumindest für die Übergangszeit bis zur Überarbeitung des Arbeitspapiers 2013 anbieten.

Die Relevanz der Fragestellungen beschränkt sich nicht auf die KKn. Der Zustimmungsvorbehalt des § 36a Abs. 6a Satz 1 SGB IV gilt aufgrund von Verweisungen ebenso für die Kassenärztlichen und Kassenzahnärztlichen Vereinigungen (§ 79 Abs. 6 Satz 1 SGB V), den Spitzenverband Bund der KKn (§ 217b Abs. 2 Satz 6 SGB V), den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung des Spitzenverbandes Bund der KKn (§ 282 Abs. 2d Satz 5 SGB V) sowie den Gemeinsamen Bundesausschuss (§ 91 Abs. 2 Satz 14 SGB V).

Verwaltungsrecht

Das Recht auf den gesetzlichen Berichterstatter

Ri Dr. Max Vogel

A. Das Nischendasein des gesetzlichen Berichterstatters

Der Blick in gängige Kommentierungen zu Art. 101 GG verrät zum Stichwort des „gesetzlichen Berichterstatters“ die beinahe einhellige – und recht pauschale – Auffassung, dass es ein Recht auf diesen gesetzlichen Berichterstatter nicht gebe, sofern nicht die Person des Berichterstatters für die Auswahl der zur Entscheidung berufenen Richter eines überbesetzten Spruchkörpers entscheidend ist.¹ Lediglich Schultze-Fielitz und Degenhart schränken dies weiter für Fälle ein, in denen der Berichterstatter „allein entscheidender Berichterstatter werden kann“.² Auch in der höchstrichterlichen Rechtspre-

chung wird die Thematik des gesetzlichen Berichterstatters – jenseits der Frage nach den Anforderungen bei überbesetz-

- 1 Ipsen in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK, GG, 197. EGL 2014, Art. 101 Rn. 85 ff. m.w.N. zur Kritik; Burghart in: Leibholz/Rinck, GG, 71. EGL 2016, Art. 101 Rn. 120; vgl. auch Maunz in: Maunz/Dürig, GG, 1971, Art. 101 Rn. 46.
- 2 Schultze-Fielitz in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2008, Art. 101 Rn. 53; im Ergebnis ebenso Degenhart in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 101 Rn. 15; vgl. auch Pieroth in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 101 Rn. 3.

ten Spruchkörpern³ – allenfalls am Rande problematisiert.⁴ Zudem fällt auf, dass § 21g Abs. 3 GVG zwar ausdrücklich verlangt, dass der senats- bzw. kammerinterne Mitwirkungsplan (soweit relevant) auch die Bestimmung des Einzelrichters regelt, zur Frage der Bestimmung des Berichterstatters aber schweigt.⁵

Dass der gesetzliche Berichterstatter also offenkundig ein Nischendasein fristet, kann durchaus erstaunen. So sollte es aus anwaltlicher Sicht naheliegen, im Rahmen von Rechtsbehelfen auch die Frage nach der rechtmäßigen Bestimmung des Berichterstatters in den Blick zu nehmen – vor allem wenn die angegriffene Entscheidung allein durch den Berichterstatter getroffen wurde. Denn soweit ein Recht auf den gesetzlichen Berichterstatter aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG anzunehmen ist, steigt die Wahrscheinlichkeit eines Verstoßes, weil die hohen Anforderungen der Garantie des gesetzlichen Richters auf einer weiteren Ebene – der des Berichterstatters – berücksichtigt werden müssten. Zudem wäre der Anwaltschaft mit der Möglichkeit der Rüge eines Verstoßes gegen das Recht auf den gesetzlichen Berichterstatter ein scharfes Schwert an die Hand gegeben, läge doch bei einem (willkürlichen) Verstoß stets ein revisibler Verfahrensmangel vor.⁶ Ein solcher Verstoß könnte zudem nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG – ebenfalls im Rahmen des vom BVerfG in Abgrenzung zum sog. error in procedendo auf eine Willkürprüfung eingeschränkten Prüfungsmaßstabs⁷ – noch mit einer Verfassungsbeschwerde gerügt werden.

Den Gerichten sollte schon dies Anlass genug sein, eine hinreichende Sensibilität für die Thematik zu entwickeln. Im Übrigen hätte ein Recht auf den gesetzlichen Berichterstatter auch ganz praktische Auswirkungen für die Zusammenarbeit in den Kammern bzw. Senaten, müsste doch auch insoweit die Ausgestaltung der spruchkörperinternen Geschäftsverteilung den Anforderungen aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG Rechnung tragen.⁸

B. Die Rolle des Berichterstatters in den Kammern und Senaten der Gerichte

I. Maßnahmen im vorbereitenden Verfahren und Vorbereitung des Entscheidungsvotums

Eines Berichterstatters bedarf es, wenn der Spruchkörper eines Gerichts – anders als etwa an den Amts-,⁹ den Arbeits-¹⁰ und den Sozialgerichten¹¹ – mit mehr als einem Berufsrichter besetzt ist. Sind an einem Gericht mit mehreren Berufsrichtern besetzte Kammern oder Senate zu bilden, ist für jedes Verfahren des Spruchkörpers derjenige Berufsrichter zu bestimmen, der das Votum für die Entscheidung vorbereitet.¹² Vor der Verhandlung und Entscheidung obliegt es dem Berichterstatter, im vorbereitenden Verfahren die Sache zur Entscheidungsreife zu bringen.

Bereits wegen der Vorbereitung des Entscheidungsvotums verfügt der Berichterstatter in aller Regel über eine bessere Kenntnis der Verfahrensakten als die übrigen Mitglieder des Spruchkörpers. Zugleich hat der Berichterstatter mit dem Entwurf des Entscheidungsvotums die Möglichkeit, die zu treffende Entscheidung in besonderem Maße zu prägen. Ihm wird deshalb in der Literatur vielfach eine herausgehobene Stellung innerhalb des Spruchkörpers zugesprochen.¹³

II. Alleinentscheidungsbefugnisse des Berichterstatters

Darüber hinaus können Alleinentscheidungsbefugnisse des Berichterstatters anstelle der Kammer bzw. des Senats bestehen. So trifft etwa der Berichterstatter in den Fällen des § 87a Abs. 1, 3 VwGO eigenständig bestimmte Entscheidungen im vorbereitenden Verfahren, also z.B. bei Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache oder über eine Beiladung. Darüber hinaus kann der Berichterstatter im Einverständnis der Beteiligten „auch sonst“, also ohne Einschränkung hinsichtlich des Anwendungsbereichs, anstelle der Kammer entscheiden (§ 87a Abs. 2, 3 VwGO). Der Berichterstatter wird in diesen Fällen wie¹⁴ ein Einzelrichter tätig. Der Regelung in

3 Vgl. dazu BVerfG, Plenumsbeschl. v. 08.04.1997 - 1 P/BvU 1/95; siehe auch BGH, Beschl. v. 25.01.2018 - V ZB 191/17 Rn. 8 zur Frage der Bestimmung eines beauftragten Richters i.S.v. § 375 ZPO bei einem überbesetzten Spruchkörper.

4 Für ein aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG folgendes Recht auf abstrakt-generelle Vorabbestimmung des Berichterstatters: BSG, Urt. v. 25.10.1995 - 5/4 RA 109/94 Rn. 20; dagegen ohne nähere Begründung: BFH, Urt. v. 02.12.1992 - I R 54/91; BFH, Beschl. v. 21.09.1994 - VIII R 80-82/93 Rn. 13.

5 Für eine analoge Anwendung bei der Bestimmung des Berichterstatters: BSG, Urt. v. 25.10.1995 - 5/4 RA 109/94 Rn. 20; vgl. auch Sowada, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, 2002, S. 458 f.

6 BFH, Beschl. v. 13.01.2016 - IX B 94/15 Rn. 5.

7 BVerfG, Beschl. v. 26.02.1954 - 1 BvR 537/53; BVerfG, Beschl. v. 03.11.1992 - 1 BvR 137/92; BVerfG, Beschl. v. 16.12.2014 - 1 BvR 2142/11 Rn. 71.

8 Siehe dazu näher unten E.

9 § 22 Abs. 4 GVG sowie § 29 Abs. 1 Satz 1 GVG.

10 § 16 Abs. 2 ArbGG.

11 § 12 Abs. 1 Satz 1 SGG.

12 An den Bundesgerichten wird darüber hinaus grds. ein Mitberichterstatter bestimmt, der ein Zweitvotum für die Entscheidung abgibt, vgl. etwa § 20 Abs. 2 Satz 2 GO BVerfG, BGBI. I 1986, 2529 sowie § 1 Abs. 3 Satz 3 GO BFH, BAnz. Nr. 80 vom 27.04.1974.

13 Sowada, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, 2002, S. 449 ff.; Ipsen in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK, GG, 197. EGL 2014, Art. 101 Rn. 87; Schulze-Fielitz in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2008, Art. 101 Rn. 53 m.w.N.

14 Der Berichterstatter wird nicht „als“ Einzelrichter tätig. Denn hierfür bedürfte es eines Kammer- bzw. Senatsbeschlusses (vgl. etwa § 6 Abs. 1 Satz 1 VwGO) oder – ausnahmsweise – die gesetzliche Übertragung auf den Einzelrichter (siehe etwa § 76 Abs. 4 Satz 1 AsylG). Darüber hinaus gelten für den zur Alleinentscheidung berufenen Berichterstatter auch weitere Beschränkungen nicht, die eine Entschei-

nommenen Aufgaben (vgl. § 4 Abs. 2 Nr. 1 DRiG). Dazwischen steht die Geschäftsverteilung, die zwar als organisatorische Maßnahme eine gewisse Nähe zur Gerichtsverwaltung aufweist, aber unstreitig ebenfalls in sachlicher Unabhängigkeit wahrgenommen wird, demnach der Unabhängigkeitsgarantie des Art. 97 Abs. 1 GG unterfällt und im Ergebnis ebenfalls zu den spezifisch richterlichen Tätigkeiten zu zählen ist.²⁶

III. Vorgaben für die Bestimmung des gesetzlichen Richters

Das Recht auf den gesetzlichen Richter verlangt, dass in den von Verfassungs oder Gesetzes wegen einem Gericht zur Entscheidung zugewiesenen Fällen sowohl das jeweils zuständige Gericht als auch dessen konkret zuständiger Spruchkörper wie schließlich die zur Entscheidung berufenen Richter des Spruchkörpers im Vorhinein durch abstrakt-generelle Regelung bestimmbar sind, sodass die einzelne Sache „blindlings“ an den entscheidenden Richter gelangt.²⁷

Demnach sind abstrakt-generelle Regelungen auf drei verschiedenen Ebenen erforderlich.²⁸ Zunächst ist durch Gesetz die sachliche, örtliche und funktionelle Zuständigkeit der Gerichte festzulegen und voneinander abzugrenzen. Auf einer zweiten Ebene sind sodann die in die Zuständigkeit eines Gerichts fallenden Rechtsstreitigkeiten vom dessen Präsidium mittels Geschäftsverteilungsplan auf die Spruchkörper des Gerichts zu verteilen (vgl. § 21e GVG). Auf der untersten Ebene ist schließlich die Verteilung der Geschäfte innerhalb eines Spruchkörpers und die Auswahl der jeweils mitwirkenden Richter durch kammer- bzw. senatsinterne Geschäftsverteilungspläne – die sog. Mitwirkungspläne – zu regeln (vgl. § 21g GVG). Inwiefern Letztere im Hinblick auf die Bestimmung des Berichterstatters auch dann erforderlich sind, wenn der jeweilige Spruchkörper nicht überbesetzt, sondern mit der Zahl seiner gesetzlichen Mitglieder besetzt ist, wird noch näher zu beleuchten sein.

Auf jeder der drei Ebenen ist die Bestimmung „so eindeutig wie möglich“ vorzunehmen.²⁹ Dabei sinkt der von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG tolerierte Grad der Abstraktion von Ebene zu Ebene, bis er auf der untersten Stufe der spruchkörper-internen Mitwirkungspläne³⁰ eine konkrete Zuordnung der zur Mitwirkung berufenen Richter zu den jeweiligen Rechtsstreitigkeiten – etwa nach Eingang, Sachgebiet, oder Ähnliches – verlangt. Im Ergebnis ist so für jeden vor einem deutschen Gericht anhängigen Rechtsstreit die Person des zur Entscheidung berufenen Richters zu bestimmen.

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verlangt schließlich, dass die so beschriebene Bestimmung des zur Streitentscheidung zuständigen Spruchkörpers und seiner Besetzung „im Voraus“ erfolgt.³¹ Danach muss für jeden Rechtsstreit in der logischen Sekunde, bevor er bei Gericht anhängig wird, im Grundsatz feststehen, durch welches Gericht, durch welchen Spruchkörper

und in welcher Besetzung des Spruchkörpers über ihn entschieden werden wird. Da dies schon aufgrund praktischer Unwägbarkeiten, wie z.B. Erkrankungen oder Versetzungen eines zunächst zur Entscheidung oder Mitwirkung berufenen Richters, nicht stets in dieser Absolutheit möglich ist, sind Ausnahmen zulässig. Dementsprechend kann im Fall des Eintritts von nicht vorhersehbaren Ereignissen oder Entwicklungen, die eine Neuregelung zum Erhalt oder zur Wiederherstellung der Effizienz des Geschäftsablaufs erforderlich machen, die Geschäftsverteilung auf Gerichts- oder Spruchkörperebene angepasst werden.³²

D. Folgerungen für das Recht auf den gesetzlichen Berichterstatter

I. Kein Recht auf den gesetzlichen Berichterstatter bei Kammer- oder Senatsentscheidungen

Nach den dargestellten Maßstäben steht den Beteiligten kein Recht auf den gesetzlichen Berichterstatter zu, wenn der Berichterstatter lediglich vorbereitende Maßnahmen trifft sowie das Votum für die Kammer- bzw. Senatsentscheidung vorbereitet, also als „klassischer Berichterstatter“ tätig wird. Die konkret zur Entscheidung berufenen Richter sind in diesen Fällen auf der Ebene des Geschäftsverteilungsplans bereits durch die Kammer- bzw. Senatsbesetzung bestimmt; den Anforderungen aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ist damit genüge getan. Entgegen einiger Stimmen in der Literatur³³ kann auch die Möglichkeit des Berichterstatters aufgrund seiner besonderen Aktenkenntnis und der Vorbereitung des Votums besonders prägend für die Entscheidung zu wirken zu keinem anderen Ergebnis führen.

Unabhängig davon, dass diese besondere Prägung durch den Berichterstatter nicht in jedem Einzelfall gegeben sein dürfte und auch kaum zu ermitteln ist, ob der Berichterstatter in einem konkreten Fall tatsächlich derart prägend für die Ent-

26 Vgl. BVerwG, Urt. v. 28.11.1975 - VII C 47/73; siehe auch Remus, Präsidialverfassung und gesetzlicher Richter, 2008, S. 317.

27 BVerfG, Plenumsbeschl. v. 08.04.1997 - 1 PBvU 1/95; BVerfG, Beschl. v. 20.02.2018 - 2 BvR 2675/17 Rn. 16.

28 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 20.02.2018 - 2 BvR 2675/17 Rn. 17.

29 BVerfG, Beschl. v. 24.03.1964 - 2 BvR 42/63 u.a.; BVerfG, Beschl. v. 20.02.2018 - 2 BvR 2675/17 Rn. 17.

30 Sofern die Spruchkörper des konkreten Gerichts – z.B. an den Amtsgerichten – nur aus einem Berufsrichter bestehen, gilt dies bereits für die übergeordnete Ebene der gerichtlichen Geschäftsverteilung.

31 BVerfG, Beschl. v. 10.06.1953 - 1 BvF 1/53; BVerfG, Beschl. v. 20.02.2018 - 2 BvR 2675/17 Rn. 17.

32 BVerfG, Beschl. v. 24.03.1964 - 2 BvR 42/63 u.a.; BVerfG, Beschl. v. 20.02.2018 - 2 BvR 2675/17 Rn. 18.

33 Siehe etwa Roth, Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter, 2000, S. 37 f.

scheidungsfindung war, spielt im Rahmen des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG das Maß der Einflussnahme in der Beratung des Spruchkörpers keine Rolle.³⁴ Soll nämlich die Garantie des gesetzlichen Richters vor sachfremder Einflussnahme auf gerichtliche Entscheidungen schützen, kann die Kraft des schlagenden Arguments in der Beratung des Spruchkörpers – auch wenn sie etwa auf der besseren Kenntnis der Verfahrensakten beruht – die Garantie des gesetzlichen Richters nicht beeinträchtigen. Denn der sachlich-argumentative Charakter ist der Beratung immanent, weshalb es keine sachfremde Einflussnahme darstellt, wenn die Mitglieder des Spruchkörpers sich mit Argumenten in den Diskurs der Beratung einbringen.

Dies wird – wenngleich auch nur einfachgesetzlich – bestätigt durch den Grundsatz der Mehrheitsentscheidung bei gleichem Stimmrecht (vgl. § 196 GVG).³⁵ Danach haben die Stimmen aller zur Entscheidung berufenen Mitglieder des Spruchkörpers, insbesondere auch die der ehrenamtlichen Richter, grds. gleiches Gewicht bei der Abstimmung über die Entscheidung. Damit hat der Gesetzgeber deutlich zum Ausdruck gebracht, dass er von einer gleichberechtigten Mitwirkung aller Mitglieder eines Spruchkörpers bei der Entscheidungsfindung ausgeht und demnach insbesondere dem Berichterstatter eine Sonderrolle nicht zukommen soll. Dies gilt nach § 196 Abs. 4 GVG selbst für den Fall der Stimmgleichheit, in dem der Gesetzgeber der Stimme des Vorsitzenden – und nicht der des Berichterstatters – den Ausschlag zugesteht.

Besonders deutlich zeigt schließlich der Umstand, dass die ehrenamtlichen Richter zwar keine Einsicht in die Verfahrensakten, dennoch aber gleiches Stimmrecht in der Beratung haben, dass ein faktisch gesteigerter Einfluss des Berichterstatters wegen besserer Aktenkenntnis und der Vorbereitung des Votums für die Garantie des gesetzlichen Richters unerheblich ist.

II. Das Recht auf den alleinentscheidungsbefugten gesetzlichen Berichterstatter

Wird der Berichterstatter nicht als „klassischer Berichterstatter“ bei einer Entscheidung durch den Spruchkörper tätig, sondern entscheidet er (i.d.R. im Einverständnis der Beteiligten, vgl. etwa § 87a Abs. 2, 3 VwGO) alleine in der Sache, kommt sehr wohl ein Recht auf den gesetzlichen Berichterstatter in Betracht. Denn in diesen Fällen ist der Berichterstatter qua Einverständnis der Beteiligten der zur Entscheidung berufene Richter, weshalb für seine Bestimmung die allgemeinen Anforderungen aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG gelten. In diesen Fällen ist also bei der spruchkörperinternen Geschäftsverteilung den Anforderungen aus der Garantie des gesetzlichen Richters auch dann zu genügen, wenn der Spruchkörper nicht überbesetzt ist. Denn trotz der regulären Besetzung des Spruchkörpers muss aus der Gruppe seiner

Mitglieder der Berichterstatter als der letztlich zur Entscheidung berufene Richter bestimmt werden.

Ein abgesenktes Maß der Anforderungen an die Bestimmung des Berichterstatters kann auch nicht mit dem regelmäßigen Erfordernis des Einverständnisses der Beteiligten begründet werden. Denn zum einen sehen die Verfahrensordnungen auch Fälle vor, in denen der Berichterstatter unabhängig vom Einverständnis der Beteiligten zur Entscheidung berufen ist (vgl. etwa § 87a Abs. 1, 3 VwGO). Zum anderen wäre dies auch in den übrigen Fällen allenfalls denkbar, wenn die Beteiligten auf das Verfahrensgrundrecht³⁶ des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verzichten könnten. Dieser Verzicht würde jedoch voraussetzen, dass die Beteiligten über ihren Anspruch auf den gesetzlichen Richter disponieren können.³⁷ Eine solche Dispositionsbefugnis muss im Hinblick auf das Verfassungsgebot des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG aber schon deshalb ausscheiden, weil es nicht lediglich ein subjektives Recht der Beteiligten vermittelt, sondern zugleich als objektives Verfassungsrecht³⁸ dazu dient, die Rechtsstaatlichkeit im gerichtlichen Verfahren schlechthin zu sichern.³⁹

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass sich das Einverständnis der Beteiligten nicht auf eine bestimmte Person als Berichterstatter bezieht. So kann die Person des Berichterstatters – etwa bei Änderung in der Besetzung des Spruchkörpers oder bei einer spruchkörperinternen Umverteilung – im Laufe eines Verfahrens wechseln, ohne dass dies das einmal erteilte Einverständnis der Beteiligten berühren würde.⁴⁰

Im Ergebnis ist also festzuhalten, dass nach den allgemeinen Maßstäben der Garantie des gesetzlichen Richters aus Art. 101

34 Vgl. Ipsen in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK, GG, 197. EGL 2014, Art. 101 Rn. 87.

35 Ähnlich auch Ipsen in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK, GG, 197. EGL 2014, Art. 101 Rn. 87, der auf die gemeinsame Verantwortung sämtlicher Mitglieder eines Spruchkörpers für die Entscheidung abstellt.

36 BVerfG, Beschl. v. 12.01.1983 - 2 BvR 964/82 Rn. 7; BVerfG, Beschl. v. 16.12.2014 - 1 BvR 2142/11 Rn. 41. Zur dogmatischen Einordnung der Garantie des gesetzlichen Richters siehe ausführlich Ipsen in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK, GG, 197. EGL 2014, Art. 101 Rn. 34 ff.

37 Vgl. nur Voßkuhle/Kaiser, JuS 2009, 313, 314.

38 BVerfG, Beschl. v. 16.12.2014 - 1 BvR 2142/11 Rn. 67.

39 KG, Urt. v. 02.12.2008 - 7 U 46/08 Rn. 20. Kein Verzicht auf die Garantie des gesetzlichen Richters liegt bei der Zuständigkeit durch rügelose Einlassung (§ 39 Satz 1 ZPO) oder bei einer Gerichtsstandsvereinbarung (§ 38 ZPO) vor: Hier nehmen zwar die Parteien aufgrund gesetzlicher Ermächtigung Einfluss auf das zur Entscheidung berufene Gericht, auf den weiteren Ebenen der Bestimmung des gesetzlichen Richters (Zuweisung an den Spruchkörper sowie dessen Besetzung) gelten jedoch die allgemeinen Anforderungen aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG.

40 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 05.02.1996 - 9 B 32/96; ebenso auch Ortloff/Riese in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 33. EGL 2017, § 87a Rn. 39; Schenke in: Kopp/Schenke, VwGO, 22. Aufl. 2016, § 87a Rn. 9.

Abs. 1 Satz 2 GG ein Recht auf den alleinentscheidungsbefugten gesetzlichen Richterstatter zu bejahen ist.⁴¹

E. Bedeutung für die spruchkörperinterne Geschäftsverteilung

Aus diesem Befund folgt, dass ein spruchkörperinterner Mitwirkungsplan, der den Anforderungen an die abstrakt-generelle Vorabbestimmung der zur Entscheidung berufenen Richter entspricht, nicht nur in den Fällen eines überbesetzten Spruchkörpers oder der Möglichkeit der Übertragung auf den Einzelrichter erforderlich ist, sondern auch wenn die Möglichkeit besteht, dass ein Mitglied des Spruchkörpers als alleinentscheidungsbefugter Richterstatter entscheidet. Dies ist de lege lata im Ergebnis bereits durch § 21g Abs. 1 GVG vorgesehen,⁴² wird aber teilweise trotz dessen klaren Wortlauts zugunsten einer Ermessensentscheidung des Vorsitzenden in Zweifel gezogen.⁴³

Eine unterjährige Änderung des Mitwirkungsplans ist nur in den engen Grenzen des § 21g Abs. 2 GVG möglich. Dies gilt nach § 21g Abs. 3 GVG auch für die Bestimmung des zuständigen Einzelrichters. Insoweit fällt auf, dass eine entsprechende Regelung für den alleinentscheidungsbefugten Richterstatter fehlt. Versteht man den Anwendungsbereich des § 21g Abs. 2 GVG nicht ohnehin umfassend (und sieht in dessen Abs. 3 lediglich eine klarstellende Regelung), ist in den Fällen des alleinentscheidungsbefugten Richterstatters eine – verfassungskonforme – analoge Anwendung von § 21g Abs. 3 GVG geboten,⁴⁴ um den Anforderungen der Garantie des gesetzlichen Richterstatters zu genügen. Jedenfalls aber mag die auf den Einzelrichter beschränkte Regelung des § 21g Abs. 3 GVG dazu verleiten, die Bestimmung des Richterstatters bei der Frage nach dem notwendigen Inhalt der Mitwirkungspläne vorschnell auszuklammern.

Praktisch relevant ist die Erstreckung der Regelungen des § 21g GVG auf die Bestimmung des (alleinentscheidungsbefugten) Richterstatters vor allem für Konstellationen, in denen zwar eine Entscheidung durch den Richterstatter möglich ist, zugleich aber das Tätigwerden eines Einzelrichters nicht vorgesehen ist. So scheidet etwa in Verfahren vor den Oberverwaltungsgerichten die Übertragung auf den Einzelrichter aus,⁴⁵ zugleich besteht aber die Möglichkeit einer Entscheidung durch den Richterstatter gem. § 87a Abs. 3, § 125 Abs. 1 VwGO.⁴⁶ In den Verfahren vor den Landessozialgerichten ist nach § 155 Abs. 4 SGG ebenfalls eine Richterstatterentscheidung möglich, ohne dass das Sozialverfahrensrecht einen Einzelrichter kennt.⁴⁷

In diesen Fällen kann – anders als sonst üblich – die Bestimmung des Richterstatters nicht dadurch erreicht werden, dass schlicht derselbe Richter zugleich zum Bericht-

erstatter und (möglichen) Einzelrichter bestimmt wird. Verleitet dann die insoweit unklare Fassung des § 21g GVG dazu, dass der Mitwirkungsplan den Richterstatter nicht in einer Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG genügenden Art und Weise bestimmt (sondern dies etwa dem Vorsitzenden überlässt), verstößt jede Entscheidung eines Richterstatters des betroffenen Spruchkörpers gegen die Garantie des gesetzlichen Richters, unterliegt einem schweren Verfahrensmangel und ist mit Verfahrensrügen und ggf. der Verfassungsbeschwerde angreifbar.

F. Der gesetzliche Richterstatter: Heraus aus der Nische

Anders als die regelmäßig (mindestens) verkürzten Darstellungen in der Kommentarliteratur zu Art. 101 GG suggerieren, erstrecken sich die Anforderungen aus der Garantie des gesetzlichen Richters (jenseits der Problematik überbesetzter Spruchkörper) auch auf die Bestimmung des – alleinentscheidungsbefugten – Richterstatters. Dies hat, wie gezeigt, durchaus praktische Konsequenzen für die Ausgestaltung der spruchkörperinternen Mitwirkungspläne – vor allem in Verfahren vor den Oberverwaltungs- und den Landessozialgerichten. Grund genug, dass der gesetzliche Richterstatter aus seiner Nische heraustritt.

41 Ebenso: Schulze-Fielitz in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2008, Art. 101 Rn. 53; Roth, Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter, 2000, S. 36; so wohl auch Pieroth in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 101 Rn. 3.

42 § 21g Abs. 1 GVG verlangt (wenngleich insoweit im Wortlaut nicht eindeutig) im Lichte des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG auch eine abstrakt-generelle Regelung der Mitwirkung im Voraus, siehe Lückemann in: Zöller, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 21g GVG Rn. 3.

43 Siehe etwa Diemer in: Hannich, Karlsruher Kommentar, StPO, 7. Aufl. 2013, § 21g GVG Rn. 1; Valerius in: Graf, BeckOK, StPO, § 21g GVG Rn. 5. Vgl. auch die insoweit jedenfalls verkürzte (zivilprozessual geprägte) Auffassung, im Hinblick auf die Bestimmung des Richterstatters sei der Mitwirkungsplan lediglich für die spruchkörperinterne Arbeitsverteilung erforderlich, so etwa Lückemann in: Zöller, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 21g GVG Rn. 4.

44 BSG, Urt. v. 25.10.1995 - 5/4 RA 109/94 Rn. 20; vgl. auch Sowada, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, 2002, S. 458 f.

45 Die Regelung des § 6 VwGO gilt ausweislich seiner systematischen Stellung sowie der ausdrücklichen Bezugnahme auf die „Kammer“ nur für die Verwaltungsgerichte, nicht jedoch für die Oberverwaltungsgerichte, siehe Clausen in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 33. EGL 2017, § 6 Rn. 15.

46 Eine abweichende Regelung des 12. Abschnitts der VwGO (vgl. § 125 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 VwGO) besteht insoweit nicht; siehe auch e contrario § 141 VwGO.

47 Vgl. nur LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 24.02.2006 - L 10 B 21/05 KA Rn. 6, das jedoch – anders als hier vertreten (vgl. oben Fn. 13) – die im Einverständnis der Beteiligten ergehende Entscheidung durch den Richterstatter als eine Entscheidung des Einzelrichters ansieht.

Quo vadis Migrationsrecht?*

RiBVerwG Prof. Dr. Harald Dörig

Das achte Kapitel des Koalitionsvertrages befasst sich mit der Steuerung der Zuwanderung und der Verbesserung der Integration. Dieses gliedert sich in vier Abschnitte, die sich mit folgenden Themen befassen: der Flüchtlingspolitik (A.), der Erwerbsmigration (B.), dem Gelingen der Integration (C.) und der Effizienzsteigerung der Asyl- und Rückkehrverfahren (D.).

A. Begrenzung der Fluchtmigration

I. Bekenntnis zum Asylgrundrecht und humanitären Verpflichtungen

Die Koalitionspartner bekennen sich zu den von Deutschland eingegangenen rechtlichen und humanitären Verpflichtungen, insbesondere zum Grundrecht auf Asyl, zum „Grundwertekatalog im Grundgesetz“, zur Genfer Flüchtlingskonvention, zu den aus dem EU-Recht resultierenden Verpflichtungen sowie zur UN-Kinderrechtskonvention und zur Europäischen Menschenrechtskonvention. Das überrascht nicht, zumal keine der in den Bundestag gewählten Parteien diese rechtlichen Bindungen infrage stellt. Entscheidend ist, welche konkreten Gesetzgebungs- und Vollzugsakte daraus abgeleitet werden.

II. Zuwanderungsprognose statt Obergrenze

Die Festlegung einer Obergrenze für die Zuwanderung von Flüchtlingen war ein zentrales Anliegen der CSU, ohne das sie sich nicht an einer Regierung beteiligen wollte. Davon ist im Koalitionsvertrag nichts übrig geblieben. Die ursprünglich avisierte Zahl von nicht mehr als 200.000 Flüchtlingen pro Jahr ist in der Vereinbarung nicht mal mehr als vom Parlament festzusetzende Zielvorgabe enthalten, sondern ist zu einer reinen Prognosezahl herabgestuft worden. Die Koalitionsparteien stellen lediglich fest, „dass die Zuwanderungszahlen (inklusive Kriegsflüchtlinge, vorübergehend Schutzberechtigte, Familiennachzügler, Relocation, Resettlement, abzüglich Rückführungen und freiwilligen Ausreisen künftiger Flüchtlinge und ohne Erwerbsmigration) die Spanne von jährlich 180.000 bis 220.000 nicht übersteigen werden“. Dies ist keine Zielzahl, an der sich das Regierungshandeln zu messen hat oder die in anderer Weise verbindlich ist.

Die Herstellung eines gesellschaftlichen Konsenses über die Zahl der Zuwanderer aus humanitären Gründen, familiären Gründen und zur Befriedigung des Fachkräftebedarfs ver-

stößt dabei keineswegs gegen Völkerrecht oder das Grundgesetz. Sie ist vielmehr prägend für Einwanderungsländer. Kanada stellt jährlich einen „Immigration Levels Plan“ auf, der – vergleichbar einem vom Parlament zu verabschiedenden Haushaltsplan – die Zielvorgaben für die einzelnen Zuwanderergruppen festschreibt. So strebt Kanada für 2018 eine Gesamtzahl von 310.000 Zuwanderern an, davon 57 % zuwandernde Fachkräfte, 27 % nachziehende Familienangehörige und 15 % Flüchtlinge und Zuwanderer aus humanitären Gründen.¹

Die nach Deutschland kommende Ausländerpopulation ist viel größer (2015: 1,8 Mio., 2016: 1,3 Mio.) und setzt sich ganz anders zusammen als in Kanada, nur knapp 10 % der Drittstaatsangehörigen (50.939 von gut 650.000 im Jahr 2016) reisen zum Zweck der Erwerbstätigkeit ein (Kanada: 57 %).²

Eine am Vorbild Kanadas orientierte Regelung würde bedeuten, dass der Deutsche Bundestag Zielzahlen für die einzelnen Zuwanderergruppen beschließt. Die Überschreitung der Zielzahl für humanitär Schutzsuchende hätte freilich nicht zur Folge, dass weitere Schutzsuchende in einen Verfolgerstaat oder in ein Bürgerkriegsgebiet zurückgewiesen werden. Es hätte aber dazu führen können, dass die EU-Regeln über das Dublin-Verfahren ausgesetzt werden (Art. 72 AEUV) und Einreisewillige in einen sicheren Drittstaat wie Österreich zurückgeschickt werden, wenn sie an der Grenze kontrolliert werden (§ 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG). Die Überschreitung der Zielzahl könnte auch zur Konsequenz

* Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung des Autors wieder und nicht die des BVerwG oder der Internationalen Vereinigung der Asylrichter.

1 Government of Canada, Immigration Levels Plan 2018 – 2020.

2 Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, Das Bundesamt in Zahlen 2016, S. 80.

jM-Reihe „Quo vadis...?“

Auf Grundlage des Koalitionsvertrags für die 19. Legislaturperiode zwischen CDU, CSU und SPD erscheinen seit jM 5/18 regelmäßig Übersichtsbeiträge über ausgewählte Gesetzgebungsvorhaben der Bundesregierung.

haben, dass Grenzkontrollen wieder eingeführt und die Schengen-Regeln über den Wegfall von Kontrollen suspendiert werden. Als weitere Konsequenz könnte festgelegt werden, dass Deutschland keine zusätzlichen Flüchtlinge im Rahmen europäischer Aufnahmeprogramme mehr aufnimmt (Resettlement, Relocation). Dies haben die Koalitionsparteien aber nicht gewollt und daher so nicht vorgeesehen.

III. Fortentwicklung des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems (GEAS)

Die Koalitionsvereinbarung erkennt, dass eine wirksame Asylpolitik nur auf europäischer Ebene betrieben werden kann. Das Asylrecht ist seit der Jahrtausendwende stark unionsrechtlich geprägt. Die EU hat die Asylpolitik aus dem einzelstaatlichen Kompetenzbereich auf die Gemeinschaftsebene verlagert und schon zahlreiche Normen zur Schaffung eines Gemeinsamen Europäischen Asylsystems (GEAS) verabschiedet. So wurde 2003 eine Richtlinie über Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern erlassen (Aufnahmerichtlinie), 2004 eine Richtlinie mit den Kriterien für die Flüchtlingsanerkennung (Anerkennungsrichtlinie) und 2005 eine Richtlinie zum Asylverfahren (Asylverfahrensrichtlinie).³ Eine Vollregelung erfolgte 2003 für die Bestimmung des für das Asylverfahren zuständigen Mitgliedstaats in Gestalt der Dublin-Verordnung.

Mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon im Dezember 2009 begann die zweite Phase des GEAS. Gegründet auf Art. 78 Abs. 2 AEUV soll nun ein höherer Grad der Angleichung der Rechtsvorschriften erreicht werden mit dem Ziel der Schaffung eines in der gesamten Union gültigen einheitlichen Asylstatus. Auf dieser Grundlage wurden in den Jahren 2011 bis 2013 die oben genannten drei Richtlinien zum Asylrecht⁴ und die Dublin-Verordnung⁵ neu gefasst. Die Richtlinien kommen in weiten Bereichen einer Vollregelung gleich.

Die Koalitionsparteien treten für die Fortentwicklung des GEAS ein und wollen sich aktiv an der Reform des Dublin-Verfahrens beteiligen. Das ist bitter notwendig, weil es derzeit die Mittelmeerländer und Länder mit ausgeprägter Willkommenskultur benachteiligt und die Osteuropäer bei der Flüchtlingsaufnahme weitgehend verschont. Deutschland nimmt seit 2015 mehr als die Hälfte aller nach Europa einreisenden Flüchtlinge auf, obwohl es nach den Dublin-Regeln über den zuständigen Staat der Ersteinreise nur wenige Tausend aufzunehmen hätte. Denn es findet eine weitgehend ungehinderte Sekundärmigration von Asylsuchenden aus den Erstaufnahmestaaten nach Deutschland statt. Deren Rückführung in die Ersteinreisestaaten ist aber schwierig. Deshalb schickt Deutschland per Saldo nicht mehr Flüchtlinge dorthin zurück, sondern muss noch zusätzliche aufneh-

men. Im Jahr 2016 standen den 3.968 Überstellungen in andere Länder 12.091 Übernahmen nach Deutschland gegenüber.

Das Problem wird in der Koalitionsvereinbarung erkannt, wenn es heißt: „Damit eine Verteilung in der Praxis funktioniert, muss es wirksame Mechanismen zur Verhinderung von Sekundärmigration geben. Dazu wollen wir insbesondere die Asylverfahren einschließlich der Standards bei der Versorgung und Unterbringung von Asylbewerbern harmonisieren und dafür sorgen, dass volle Leistungen nur noch im zugewiesenen EU-Mitgliedstaat gewährt werden.“ Der Entwurf der EU-Kommission für eine neue Dublin IV-Verordnung vom Mai 2016⁶ führt für Asylantragsteller die Verpflichtung ein, ihren Antrag entweder im Mitgliedstaat der ersten irregulären Einreise oder – im Fall eines legalen Aufenthalts, etwa durch Visumerteilung – in dem betreffenden Mitgliedstaat zu stellen. Dieser Erstmitgliedstaat bleibt auch im Fall der Weiterwanderung des Asylsuchenden dauerhaft für dessen Antrag zuständig. Deutschland kann Weiterwandernde dann in den Erstmitgliedstaat rücküberstellen. Nur dort bekommen sie dann auch die durch Unionsrecht vorgesehenen Unterstützungsleistungen.

Bedeutsam ist auch das Bekenntnis der Koalitionsparteien zur „gemeinsame(n) Durchführung von Asylverfahren überwiegend an den Außengrenzen sowie gemeinsame Rückführungen von dort“. Damit werden Forderungen aus der Wissenschaft und Rechtspraxis (jedenfalls teilweise) aufgegriffen, die sich für gemeinsame Asylverfahren an den EU-Außengrenzen aussprechen, die von einer EU-Asylagentur durchgeführt und richterlich durch ein EU-Gericht kontrolliert werden.⁷ Durch eine solche, allerdings nur durch Vertragsänderung zu bewirkende Übertragung der einzelstaatlichen Verwaltungszuständigkeit auf eine EU-Agentur könnten die zum Teil gravierenden Divergenzen der Rechtsanwendung bei den einzelstaatlichen Asylverfahren vermieden werden. Zudem würden die Mitgliedstaaten nicht durch die Aufnahme von Asylantragstellern belastet, die mangels Schutzberechtigung ohnehin in ihre Herkunftsländer oder in sichere Drittstaaten zurückgeführt werden. Die Rückführung erfolgte

3 Vgl. Dörig, Handbuch des Migrations- und Integrationsrechts, 2018, § 10 Rn. 8 f.

4 Richtlinie 2011/95/EU vom 13.12.2011 (Neufassung der Anerkennungs-Richtlinie), ABl. 2011 L 337, S. 9; Richtlinie 2013/32/EU vom 26.06.2013 (Neufassung der Asylverfahrensrichtlinie), ABl. 2013 L 180, S. 60; Richtlinie 2013/33/EU vom 26.06.2013 (Neufassung der Richtlinie zu Aufnahmebedingungen), ABl. 2013 L 180, S. 96.

5 VO (EU) Nr. 604/2013 vom 26.06.2013, ABl. 2013 L 180, S. 31.

6 Vorschlag der EU-Kommission vom 04.05.2016 - COM(2016) 270 final.

7 Dörig/Langenfeld, NJW 2016, 1 ff.

dann unmittelbar durch die EU-Agentur in den Verfahrenszentren an den EU-Außengrenzen.

IV. Begrenzung des Familiennachzugs

Eine im Rahmen der Sondierungsgespräche stark umstrittene Frage war die der Begrenzung des Familiennachzugs. Hier hat sich die Koalition – anders als bei der Frage der Obergrenze – für eine rigide Regelung entschieden: Der Familiennachzug für subsidiär Schutzberechtigte soll auf 1.000 Personen pro Monat begrenzt werden, jenseits dieses Kontingents sollen Härtefälle nur im Rahmen der Vorschriften über die humanitäre Aufnahme aus dem Ausland nach den §§ 22 und 23 AufenthG berücksichtigt werden. Subsidiär schutzberechtigt waren am Ende des Jahres 2017 in Deutschland insgesamt 192.406 Personen.⁸ Rechnet man mit zwei nahen Familienangehörigen pro Schutzberechtigten, könnten weitere 380.000 Menschen nach Deutschland nachziehen. Geht man – wie einige Verbände – nur von 0,5 Angehörigen pro Berechtigten aus, wäre die Nachzugszahl deutlich geringer, nämlich „nur“ knapp 100.000. Letztlich weiß jedoch niemand, wie viele Familien von einem Nachzugsrecht Gebrauch machen würden. Die im Koalitionsvertrag vereinbarte Regelung ist bereits in Gesetzesform gegossen worden, die Kontingentregelung tritt zum 01.08.2018 in Kraft; bis dahin ist der Familiennachzug generell ausgesetzt.⁹ Allerdings soll „das Nähere“ der ab 01.08.2018 geltenden Regelung noch ein weiteres Gesetz normieren.

Die Regelung zum Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten dient dem berechtigten Anliegen, die Interessen der Schutzberechtigten mit den begrenzten Aufnahmekapazitäten der Aufnahmegesellschaft in Einklang zu bringen. Das Mittel ist aber wegen der verfassungsrechtlichen Wertentscheidung zugunsten des Schutzes von Ehe und Familie nach Art. 6 Abs. 1 GG und nach Art. 8 EMRK problematisch. Konsequenter wäre es, die Aufnahme von Migranten insgesamt zu begrenzen, als denen, die hier ein (befristetes) Bleiberecht erhalten haben, den Familiennachzug zu erschweren.

Ein großer Teil der in Deutschland lebenden Ausländer hat das Recht, bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen (Sicherung des Lebensunterhalts, Straffreiheit, Sprachkenntnisse) ihren Ehepartner und ihre Kernfamilie nach Deutschland nachziehen zu lassen. Einen Rechtsanspruch hierauf gewährt nicht nur das nationale Recht, sondern auch die EU-Richtlinie betreffend das Recht auf Familienzusammenführung.¹⁰ Zwar darf der Mitgliedstaat nach Art. 8 der Richtlinie verlangen, dass der Nachzug erst nach zwei Jahren rechtmäßigen Aufenthalts erfolgt. Einen darüber hinausgehenden Aufschub des Familiennachzugs sieht die Richtlinie indes nicht vor. Der Mitgliedstaat kann allerdings verlangen, dass der Lebensunterhalt für den Stammberechtigten und die nachziehenden Familienangehörigen gesichert ist. Allerdings gilt die

Richtlinie zwar für erwerbstätige Ausländer und anerkannte Flüchtlinge, nicht aber für subsidiär Schutzberechtigte (Art. 3 Abs. 2 Buchst. c der Richtlinie).

Subsidiär Schutzberechtigte sind damit aber nicht völlig schutzlos, sie können sich vielmehr – wie alle Ausländer – auf den grundgesetzlichen und völkerrechtlichen Schutz von Ehe und Familie berufen. Nach der Rechtsprechung des BVerfG folgt aus der verfassungsrechtlichen Pflicht des Staates zum Schutz der Familie ein Anspruch des nachzugswilligen Ausländers, dass seine bestehenden ehelichen und familiären Bindungen an in Deutschland lebende Personen in einer Weise berücksichtigt werden, die „der großen Bedeutung entspricht, welche das Grundgesetz ... dem Schutz von Ehe und Familie erkennbar beimisst“.¹¹

Vor diesem Hintergrund hat das BVerfG eine Ehebestandszeit von drei Jahren für den Nachzug des Ehepartners zu einem seit mehr als acht Jahren rechtmäßig in Deutschland lebenden Ausländer als unverhältnismäßig und damit als Verletzung der in Art. 6 Abs. 1 GG enthaltenen wertentscheidenden Grundsatznorm angesehen, die mit dem Zweck der Bekämpfung von Scheinehen begründet war.¹² In weiteren Entscheidungen haben das BVerfG und das BVerwG Wartezeiten von ein bis zwei Jahren für den Ehegattennachzug als verhältnismäßig angesehen, wobei jeweils auf die Abwägung der wechselseitigen Interessen im Einzelfall abgestellt wurde (z.B. Notwendigkeit des Spracherwerbs im Herkunftsstaat, starke Belastung Deutschlands durch Massenzuwanderung).¹³ Der Supreme Court von Dänemark hält eine generelle Wartezeit von drei Jahren für vereinbar mit dem Schutz der Ehe nach Art. 8 EMRK.¹⁴ Auch in Österreich kann ein Antrag auf Familiennachzug frühestens drei Jahre nach rechtskräftiger Zuerkennung des Status eines subsidiär Schutzberechtigten gestellt werden.¹⁵ Entsprechendes gilt für die Schweiz.¹⁶

8 BT-Drs. 19/633 v. 5.2.2018 S. 6.

9 BGBl. I 2018, 342; vgl. dazu BT-Drs. 19/586 vom 30.01.2018.

10 Richtlinie 2003/86/EG vom 22.09.2003, ABl. L 251, S. 12 ff.

11 BVerfG, Beschl. v. 12.05.1987 - 2 BvR 1226/83, 2 BvR 101/84, 2 BvR 313/84; Kammerbeschl. v. 11.05.2007 - 2 BvR 2483/06.

12 BVerfG, Beschl. v. 12.05.1987 - 2 BvR 1226/83, 2 BvR 101/84, 2 BvR 313/84.

13 BVerwG, Urt. v. 04.09.2012 - 10 C 12/12 Rn. 28 (ein Jahr zuzumuten beim Nachzug zu Deutschen); BVerwG, Urt. v. 30.03.2010 - 1 C 8/09 Rn. 50 (etwas mehr als ein Jahr beim Nachzug zum Ausländer angemessen – nicht beanstandet vom BVerfG, Kammerbeschl. v. 25.03.2011 - 2 BvR 1413/10); das BVerfG hat die Aussetzung des Familiennachzugs für zwei Jahre mit Wirkung ab März 2016 in § 104 Abs. 13 AufenthG im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes nicht beanstandet – BVerfG, Kammerbeschl. v. 11.10.2017 - 2 BvR 1758/17 Rn. 12.

14 Supreme Court von Dänemark, Urt. v. 06.11.2017 - 107/2017.

15 § 35 Abs. 2 AsylG Österreich i.d.F.v. 01.06.2016; bestätigt durch BVwG Österreich, Urt. v. 24.10.2017 - W192 2152617-1.

16 § 85 Abs. 7 Ausländergesetz der Schweiz; BVerwG Schweiz, Urt. v. 09.07.2014 - E-4581/2013.

Die in der Koalitionsvereinbarung vorgesehene rechtlich nicht gebundene Einräumung des Nachzugsrechts in monatlichen Kontingenten von 1.000 Nachzugswilligen – ergänzt allein um Härtefälle i.S.v. §§ 22 und 23 AufenthG – wird der verfassungsrechtlichen Bedeutung von Ehe und Familie nicht gerecht. Ergibt sich vielmehr nach zwei- oder dreijähriger Wartezeit aus Verfassungs- oder Völkerrecht im konkreten Einzelfall ein Anspruch auf Herstellung der Familieneinheit in Deutschland, darf dieser am Monatskontingent von 1.000 Nachzugsfällen nicht scheitern. Das BVerfG hat hierzu schon 1987 ausgeführt: „Eine ‚Kontingentierung‘ des Ehegattennachzugs müsste Bedenken im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GG begegnen“.¹⁷ Daher erscheint es sachgerecht, im Rahmen der von den Koalitionsparteien geplanten ergänzenden gesetzlichen Regelung Kriterien für die Erteilung des Nachzugsrechts in § 29 AufenthG festzuschreiben. Dabei wird u.a. die Dauer der Wartezeit, die Lage des Familienangehörigen im Drittstaat (Bürgerkrieg oder vorübergehender Schutz im Nachbarstaat), die Angewiesenheit des Schutzberechtigten auf familiären Beistand (z.B. bei Minderjährigen, Erkrankten) zu berücksichtigen sein.¹⁸ Zulässig erscheint aber auch die Berücksichtigung bereits erbrachter oder nicht erbrachter Integrationsleistungen wie Spracherwerb und die (vollständige oder jedenfalls teilweise) Sicherung des Lebensunterhalts.

Am 30.04.2018 hat die Bundesregierung den Verbänden einen Gesetzentwurf für ein „Gesetz zur Neuregelung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten“ zugeleitet. Dieses sieht die Schaffung eines neuen § 36a AufenthG vor, in dem Kriterien für die Vergabe der ein-tausend Aufenthaltstitel pro Monat formuliert sind. Dazu zählen u.a. die Dauer der Trennung der Familienangehörigen, die Gefährdung von Leib, Leben oder Freiheit von Angehörigen im Aufenthaltsstaat, die Erkrankung oder Pflegebedürftigkeit eines der Betroffenen sowie das Kindeswohl. Dies sind durchaus sachgerechte Kriterien für die Bestimmung von Härtefällen. Eine Entscheidung des Gesetzgebers stand bei Drucklegung des Aufsatzes noch aus.

B. Verbesserung der Fachkräftezuwanderung

I. Grundsätze

Die Koalitionspartner erkennen, dass Deutschland „geeignete und qualifizierte Fachkräfte in großer Zahl“ braucht. Sie prognostizieren ein weiteres Ansteigen des Bedarfs an Fachkräften in den nächsten Jahren „aufgrund unserer guten wirtschaftlichen Entwicklung und wegen der rückläufigen Zahl junger Menschen, die neu ins Erwerbsleben eintreten“. Es soll kein Arbeitsplatz unbesetzt bleiben, weil es an Fachkräften fehlt.

In diesem Zusammenhang setzt die Koalition nicht auf verstärktes Werben um Fachkräfte in geeigneten Staaten wie Indien und China, nicht auf massive Steigerung der Sprachkurse des DAAD an Universitäten und Berufsbildungsstätten in diesen Ländern, sondern auf ein neues Gesetzeswerk. Eine typisch deutsche Antwort, wie eine namhafte Tageszeitung dieses Vorhaben treffend kommentierte. Allerdings bietet die Vereinbarung auch Spielräume für ihre Umsetzung. Wörtlich heißt es, die Parteien wollen „ein Regelwerk zur Steuerung von Zuwanderung in den Arbeitsmarkt und das damit verbundene Recht des Aufenthalts und der Rückkehr in einem Gesetzeswerk erarbeiten, das sich am Bedarf unserer Volkswirtschaft orientiert“.

In dem angestrebten „Regelwerk“ sollen für den Zuzug folgende Kriterien maßgeblich sein: der Bedarf unserer Volkswirtschaft, Qualifikation, Alter, Sprache sowie der Nachweis eines konkreten Arbeitsplatzes und die Sicherung des Lebensunterhalts.

Das sind Kriterien der Bedarfszuwanderung wie der Potenzialzuwanderung.

II. Potenzialzuwanderung oder Bedarfszuwanderung

Die Einwanderung von Fachkräften kann sich an zwei unterschiedlichen Grundsätzen orientieren: der Potenzialzuwanderung oder der Bedarfszuwanderung.¹⁹ Die klassischen Einwanderungsländer USA, Kanada und Australien haben sich ursprünglich vom Prinzip der Potenzialeinwanderung leiten lassen. Sie wollten die besten und hellsten Köpfe (the best and the brightest), unabhängig davon, ob für sie schon ein konkretes Jobangebot vorlag. Demgegenüber orientiert sich das deutsche Zuwanderungsrecht an dem Grundsatz, dass ein arbeitsvertraglich konkretisierter Bedarf an der Einstellung des einzelnen Arbeitnehmers besteht. Denn eine Aufenthaltserlaubnis darf für Arbeitsmigranten gem. § 18 Abs. 5 AufenthG nur erteilt werden, wenn ein konkretes Arbeitsplatzangebot

17 BVerfG, Beschl. v. 12.05.1987 - 2 BvR 1226/83, 2 BvR 101/84, 2 BvR 313/84. Hailbronner ist allerdings der Auffassung, dieses obiter dictum sei entgegen dem ersten Anschein auf Kontingentlösungen nicht übertragbar, weil die Bemerkung auf den Familiennachzug der Anwerbegeneration und ihrer Kinder gemünzt war, für die die Bundesrepublik nach Auffassung des Gerichts eine besondere Verantwortung traf, jedenfalls wenn gewisse Integrationsbedingungen erfüllt waren; vgl. dessen Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Hauptausschusses des Deutschen Bundestags vom 29.01.2018.

18 Hierzu VG Berlin, Urt. v. 07.11.2017 - VG 36 K 92/17 V; vgl. auch Thym, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Hauptausschusses des Deutschen Bundestags vom 29.01.2018, S. 8 ff.

19 Vgl. hierzu Dörig, NVwZ 2016, 1033, 1034.

vorliegt. Die USA, Kanada und Australien sind mittlerweile vom Vorrang der Potenzialeinwanderung abgerückt und kombinieren beide Ansätze im Rahmen eines Punkteverfahrens.

III. Punkteverfahren nach dem Vorbild Kanadas

Die Einführung eines Punkteverfahrens nach kanadischem Modell in Deutschland hatten insbesondere die SPD und die FDP in ihren Wahlprogrammen zur Bundestagswahl gefordert.²⁰ Allerdings zeigen die kanadischen Erfahrungen, dass sich eine vom Arbeitsmarktbedarf losgelöste Anwerbung kluger Köpfe nicht bewährt, wenn der brillante Philosoph auch nach fünf Jahren noch als Taxifahrer arbeitet. Kanada musste in den 90er Jahren feststellen, dass die ausgewählten Einwanderer in zu geringem Maße eine ihrer Qualifikation entsprechende Arbeit fanden. Die Einkommen der Eingewanderten betragen noch fünf Jahre nach ihrer Ankunft nur 60 % des Einkommens der in Kanada Geborenen.²¹ 42 % der Einwanderer verfügten über Bildungsabschlüsse, die für ihre in Kanada ausgeübte Tätigkeit nicht erforderlich waren.

Deshalb hat sich Kanada mittlerweile für ein Zwei-Stufen-Modell entschieden: In der ersten Stufe wird (mit Punktesystem 1) das Potenzial bewertet, das in dem Bewerber steckt (Bildung, Sprachkenntnisse, Berufserfahrung, Lebensalter, Integrationsfähigkeit). In einer zweiten Stufe wird (mit gesonderten Punktesystem 2) bewertet, wie gut der Bewerber in den kanadischen Arbeitsmarkt passt, wobei er auf der zweiten Stufe die nötige Punktzahl schon dann erreicht, wenn er ein Arbeitsplatzangebot hat.²²

IV. Blue Card ergänzt um Talentkarte

Die Koalitionsvereinbarung lässt Handlungsspielraum, in welcher konkreten Ausgestaltung die darin genannten Kriterien der Bedarfs- und Potenzialzuwanderung berücksichtigt werden. Am Nächsten am geltenden Recht läge ein grundsätzliches Festhalten am Erfordernis eines Arbeitsplatzangebots (§ 18 Abs. 5 AufenthG), erweitert um einen Pfad der Potenzialzuwanderung. Eine Abkehr von der grundsätzlichen Orientierung am aktuellen Arbeitsmarktbedarf ist weder sachlich gerechtfertigt noch unionsrechtlich möglich – jedenfalls nicht für Berufe, die eine hohe Qualifikation voraussetzen. Denn die Rahmenbedingungen für die Zuwanderung von Fachkräften zur „Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung“ sind durch die EU-Richtlinie über die „Blue Card“ abgesteckt.²³ Und diese verlangt, dass der Ausländer neben einem Hochschulabschluss ein konkretes Arbeitsplatzangebot vorweisen kann (Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie).

Eine sinnvolle Weiterentwicklung des deutschen Systems der Fachkräftezuwanderung könnte darin liegen, die arbeitsplatzbezogene „Blue Card“ um eine nationale „Talentkarte“ zu ergänzen. Diese sollte „helle Köpfe“ anlocken, die in Deutschland oder im Ausland ein Studium oder eine qualifizierte Berufsausbildung abgeschlossen haben und nun – befristet für ein Jahr – zur Jobsuche nach Deutschland einreisen dürfen. Ansätze zu einer solchen begrenzten Potenzialzuwanderung enthält schon das geltende Recht. Ausländische Absolventen, die in Deutschland ein Studium abgeschlossen haben, können im Anschluss daran für die Dauer von 18 Monaten eine Aufenthaltserlaubnis erhalten, um hier beruflich Fuß zu fassen (§ 16 Abs. 5 AufenthG). Wollen hingegen qualifizierte Bewerber vom Ausland aus nach Deutschland zur Arbeitsplatzsuche einreisen, kann ihnen nur für die Dauer von sechs Monaten ein Aufenthalt ermöglicht werden, und es fehlen Kriterien für die Ausübung des behördlichen Ermessens (§ 18 c AufenthG).

Die bisher verstreuten Regeln über eine punktuelle Potenzialzuwanderung könnten unter dem Oberbegriff der „Talentkarte“ zusammengefasst und erweitert werden: Hier könnte für die Talenzuwanderung aus dem Ausland auch eine Vergabe der Talentkarte nach Punkten erfolgen, und zwar in Anlehnung an Stufe 1 des kanadischen Auswahlverfahrens.

V. Die Schaffung eines neuen Gesetzeswerks

Zurückhaltung ist allerdings in einem anderen Punkt der Koalitionsvereinbarung geboten: der Schaffung eines neuen „Regelwerks“ oder „Gesetzeswerks“ zur Steuerung der Zuwanderung in den Arbeitsmarkt. Das deutsche Migrationsrecht zeichnet sich dadurch aus, dass die allgemeinen Regeln für die Zuwanderung wie auch die spezifischen für die einzelnen Aufenthaltsw Zwecke (Erwerbstätigkeit, Studium, Familiennachzug, humanitäre Aufnahme) in einem Gesetz geregelt sind. Dieses in mehrere Einzelgesetzbücher aufzuspalten, wäre kontraproduktiv und würde die Übersichtlichkeit erschweren. Die Idee einer Aufspaltung schwebte offenbar dem ehemaligen Innenminister de Maiziere vor, der sich dabei am Gesetzeswerk des SGB I bis XII orientierte. Im Ergebnisprotokoll über die Sondierungsge-

20 SPD-Wahlprogramm von 2017 „Zeit für mehr Gerechtigkeit“, S. 77; FDP-Programm „Denken wir neu“, S. 69 (Letzteres ohne Festlegung auf das kanadische Modell).

21 Desiderio/Hooper, *The Canadian Expression of Interest System for Managing Skilled Migration*, 2016, S. 6.

22 Hierzu näher Dörig, *NVwZ* 2016, 1033, 1036 f.

23 Richtlinie 2009/50/EG vom 25.05.2009, ABl. L 155, S. 17.

sprache der Koalitionäre vom Januar 2018 findet sich noch der Plan, „alle Migrationsfragen analog zur Systematik des Sozialgesetzbuchs grundlegend und einheitlich zu kodifizieren“.²⁴ Das wurde in der Koalitionsvereinbarung erfreulicherweise fallen gelassen.

Allerdings zeigt gerade das Beispiel des Sozialgesetzbuches, dass eine Zusammenführung disparater Sozialgesetze für nötig empfunden wurde. Auf diese Weise konnten die verschiedenen Zweige der Sozialversicherung, der Sozialhilfe, der Kinder- und Jugendhilfe und des Schwerbehindertenrechts in einem Gesetzbuch mit verschiedenen Teilen zusammengefasst und gemeinsame Vorschriften für die besonderen Teile des Gesetzbuchs im SGB I entwickelt werden.²⁵ Über entsprechende Regelungen verfügt das Aufenthaltsgesetz bereits. Die Ausgliederung der Erwerbszuwanderung aus diesem einheitlichen Gesetzeswerk wäre kontraproduktiv und würde die Übersichtlichkeit nicht fördern, sondern erschweren.

Allerdings lässt sich der Koalitionsvertrag auch dahin verstehen, dass ein Fachkräfte-Zuwanderungsgesetz geschaffen werden soll, das einzelne Vorschriften des Abschnitts 4 des AufenthG („Aufenthalt zum Zweck der Erwerbstätigkeit“) ändert und diesen Abschnitt übersichtlicher gestaltet. Das geltende Regelwerk hat unter vielen Ergänzungen der letzten Jahre gelitten, die sich aus der Umsetzung von EU-Richtlinien ergaben.²⁶ Eine weitere Vereinfachung könnte auch durch Aufhebung der zur näheren Ausgestaltung des Gesetzes erlassenen Beschäftigungsverordnung erfolgen. Zentrale Regelungen dieser VO könnten in das Aufenthaltsgesetz selbst überführt werden und der Rest einer Regelung in Verwaltungsvorschriften vorbehalten bleiben.

C. Das Gelingen der Integration

Der nicht allzu ambitionierte vierte Abschnitt des Zuwanderungskapitels widmet sich der Verstetigung und Fortentwicklung von Integrationsmaßnahmen. Die Koalitionsvereinbarung erkennt an, dass Menschen mit Migrationshintergrund zu unserer Gesellschaft gehören und sie mit prägen. Die Repräsentanz dieser Personen auf allen Ebenen in den Unternehmen, gesellschaftlichen Einrichtungen und vor allem auch im öffentlichen Dienst soll weiter verbessert werden. Integrationsprobleme durch Ghettoisierung und dominante Clanstrukturen werden nicht angesprochen. Allerdings soll die 2016 eingeführte und bis August 2019 befristete Wohnsitzregelung (§ 12a AufenthG), die einer solchen Ghettoisierung entgegenwirken will, zeitnah evaluiert werden.

Zukünftig sollen auch Ausländer, deren Ausreise kurzfristig nicht zu erwarten ist, Angebote zum Spracherwerb und für

Beschäftigung bekommen, ohne dass es zu einer Verfestigung von Aufenthaltsrechten und einer Gleichstellung mit denjenigen führt, die eine rechtliche Bleibeperspektive haben. Der 2016 eingeführte Zugang von Geduldeten zu einer Berufsausbildung (§ 60a Abs. 2 AufenthG) soll nicht durch eine zu enge Anwendung des Beschäftigungsrechts unterlaufen werden, wie sie für einzelne Bundesländer beklagt worden ist.

D. Effizienzsteigerung der Asyl- und Rückkehrverfahren

Der vierte und letzte Themenkomplex dieses Beitrags widmet sich der Notwendigkeit einer Effizienzsteigerung der Asyl- und Rückkehrverfahren. Hier besteht dringender Handlungsbedarf. Zwar konnte das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge seinen Antragsstau von zeitweilig mehr als 500.000 Asylanträgen mittlerweile weitgehend abbauen. Die Entscheidungen wurden jedoch zu einem erheblichen Teil von nur mit Schnellkursen geschulten fachfremden Entscheidern getroffen, sodass sie eine hohe Fehlerquote aufweisen. Die Verfahrenslast wurde zu den Verwaltungsgerichten verlagert, die nunmehr über 400.000 Asylklagen anstelle früher 20.000 bis 40.000 zu entscheiden haben.

I. Flächendeckende Asylverfahrenszentren

Eine wichtige Neuerung ist die vereinbarte flächendeckende Durchführung der behördlichen Asylverfahren in zentralen Aufnahme-, Entscheidungs- und Rückführungseinrichtungen, in denen das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, die Bundesagentur für Arbeit, Jugendämter, Justiz, Ausländerbehörden und andere Hand in Hand arbeiten sollen. In diesen „AnKER-Einrichtungen“ sollen Ankunft, Entscheidung, kommunale Verteilung und Rückführung stattfinden. Dabei soll eine unabhängige Asylverfahrensberatung gewährleistet werden.

Die Koalitionspartner streben an, nur diejenigen Asylsuchenden auf die Kommunen zu verteilen, bei denen eine positive Bleibeprognose besteht. Alle anderen sollen, wenn in angemessener Zeit möglich, aus diesen AnKER-

²⁴ Ergebnisse der Sondierungsgespräche vom 12.01.2018, S. 21.

²⁵ Vgl. zur Entstehungsgeschichte Zacher, Beiträge zum Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen 47/2001, 1 ff.; allgemein Eichenhofer, Sozialrecht, 10. Aufl., Rn. 167 ff.

²⁶ Zuletzt die Einfügung der §§ 19b, c und d durch Gesetz vom 12.05.2017 – BGBl. I, 1106 – in Umsetzung der EU-Richtlinie 2014/66/EU – „ICT-Richtlinie“.

Einrichtungen in ihre Heimatländer zurückgeführt werden.

II. Verbesserte Identitätsfeststellung

Der Fall des deutschen Bundeswehrsoldaten, der als syrischer Flüchtling anerkannt wurde, hat auf drastische Weise deutlich gemacht, dass die Identitätsfeststellung der Asylantragsteller verbessert werden muss. Die Koalitionsvereinbarung will bei ungeklärter Identität die behördlichen Möglichkeiten der Identitätsfeststellung erweitern und Identitätstäuschungen wirksamer begegnen. Eine umfassende Identitätsfeststellung soll in den AnKER-Einrichtungen stattfinden. Dazu soll auch eine Altersfeststellung gehören, was insbesondere für die Frage wichtig ist, ob es sich um einen Jugendlichen oder Erwachsenen handelt.

III. Erweiterung des Katalogs sicherer Herkunftsstaaten

Die Koalitionspartner haben sich auch darauf verständigt, Algerien, Marokko und Tunesien sowie weitere Staaten mit einer regelmäßigen Anerkennungsquote unter 5 % zu sicheren Herkunftsstaaten zu bestimmen. Das dient der Beschleunigung der Verfahren, ohne die Prüfung einer Verfolgungsgefahr im Einzelfall auszuschließen.

Wie eine Untersuchung der Europäischen Vereinigung der Asylrichter im Jahr 2017 gezeigt hat, ist Deutschland der einzige EU-Mitgliedstaat, der den Kreis der sicheren Herkunfts- und Drittstaaten durch Gesetz bestimmt. Alle anderen Mitgliedstaaten treffen die Entscheidung auf Verwaltungs- oder Regierungsebene.²⁷ Das wäre auch in Deutschland möglich und würde eine schnellere Reaktion auf sich ändernde Bedrohungslagen ermöglichen. Zugleich würde es die Blockademöglichkeit einzelner Bundesländer im Bundesrat ausschalten. Der Gesetzesvorbehalt des Grundgesetzes bezieht sich nur auf das Grundrecht auf Asyl (Art. 16a Abs. 3 GG), hierunter fällt nur ein kleiner Personenkreis von jährlich etwa 2.000 Asylantragstellern. Wenn die Regierungsparteien eine solche Vereinfachung für die übrigen Asylanträge für sachgerecht ansehen sollten, wären die Vorschriften des Asylgesetzes, die sich auf sichere Herkunfts- und Drittstaaten beziehen, entsprechend zu ändern.

IV. Rückführung von Ausländern ohne Bleiberecht verbessern

Die Koalitionsvereinbarung spricht sich dafür aus, dass vollziehbar Ausreisepflichtige unser Land verlassen. Für die Regierungsparteien sind sowohl die freiwillige Rückkehr als auch die konsequente Abschiebung von wesentlicher Bedeutung. Sie planen, Abschiebehaft und Ausreisegewahr-

sam praktikabler auszugestalten, die Voraussetzungen abzusenken und klarer zu bestimmen. Ziel sei, die „Zurückführungsquoten zu Rückführungsmaßnahmen“ deutlich zu erhöhen.

Entsprechendes Regierungshandeln ist in der Tat dringend nötig.²⁸ Denn im Jahr 2017 waren 228.859 Personen ausreisepflichtig, von diesen kehrten aber nur 29.587 Personen freiwillig mit öffentlicher Förderung in ihr Heimatland zurück, weitere 23.966 Personen wurden abgeschoben. Die geringe Zahl der Abschiebungen (10 % der Ausreisepflichtigen) ist zum einen darauf zurückzuführen, dass bei einer erheblichen Zahl von Personen Reisedokumente fehlen oder Abschiebungshindernisse vorliegen (z.B. Reiseunfähigkeit). Mitursächlich sind aber auch die Komplexität des Abschiebungsrechts und der mangelnde Vollzugswille einiger politischer Verantwortlicher in den Bundesländern. Hierzu sind die Aussagen in der Koalitionsvereinbarung sehr allgemein und damit unzureichend. Es wird nicht vereinbart, wie dem Missstand entgegengewirkt werden soll, dass in Deutschland für 24.000 Abzuschiebende insgesamt nur 400 Haftplätze in einer geeigneten Abschiebungseinrichtung zur Verfügung stehen.

E. Abschließende Würdigung

Die Koalitionsvereinbarung spricht die wichtigsten Fragen des Zuwanderungsrechts an und präsentiert für die identifizierten Probleme überwiegend sinnvolle Lösungsvorschläge. Allerdings scheuen die Koalitionspartner vor einer politischen Zielvorgabe des Bundestages zu den anzustrebenden Zuwandererzahlen zurück. Insofern folgen sie nicht dem Beispiel klassischer Einwanderungsländer wie Kanada, die entsprechende Zielzahlen auch für die humanitäre Zuwanderung bestimmen. Bei der Fachkräftezuwanderung gibt die Vereinbarung die Kriterien vor, die für die Auswahl von Zuwanderungswilligen maßgeblich sein sollen. Hier wären allerdings nähere Präzisierungen wünschenswert gewesen, wie sie im Projekt einer nach einem Punktesystem vergebenen Talentkarte liegen könnten. Die Bemühungen um eine Integration der Bleibeberechtigten sind richtig, die in der Vereinbarung vorgesehenen Maßnahmen zur Rückführung von Ausländern ohne Bleiberecht sind jedoch unzureichend.

²⁷ Niehaus, ZAR 2017, 389, 391.

²⁸ Eindrucksvoll dazu Martini-Emden, jM 2017, 151.

Mord im Straßenverkehr? Die Berliner „Raser-Entscheidung“

BGH, Urt. v. 01.03.2018 - 4 StR 399/17

Dipl. VwWirt Ewald Ternig

A. Problemstellung

Das LG Berlin hat zwei Autofahrer wegen Mordes verurteilt. Sie waren mit weit überhöhter Geschwindigkeit nachts über den Kurfürstendamm gerast. An einer Kreuzung, die für sie Rotlicht zeigte, kollidierte einer der beiden Angeklagten mit einem bei Grünlicht in den Kreuzungsbereich Einfahrenden. Dieser kam bei dem Verkehrsunfall zu Tode. Die Strafkammer ging davon aus, dass die Angeklagten bei ihrer Fahrt den Tod eines Menschen billigend in Kauf nahmen, sodass bedingter Vorsatz bejaht wurde. Da bei der Tat hochmotorisierte Pkw genutzt wurden, war für das Gericht zudem das Mordmerkmal des gemeingefährlichen Mittels einschlägig. Für den BGH war demgegenüber von besonderer Bedeutung, wie die Eigengefährdung im Rahmen der von vornherein zentralen Vorsatzfrage bezüglich des Tötungsdelikts zu werten ist.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Zum Sachverhalt: Die Angeklagten befuhren gegen 0:30 Uhr mit ihren hochmotorisierten Fahrzeugen den Kurfürstendamm in Berlin in derselben Richtung. Beifahrerin im Fahrzeug des Angeklagten N war die Nebenklägerin K. An der Kreuzung am Adenauerplatz kamen sie bei rotem Ampelsignal nebeneinander zum Stehen. Der Angeklagte H signalisierte durch laute Motorgeräusche, dass er zu einer Wettfahrt bereit sei. Die Angeklagten verabredeten durch Gesten und das Spiel mit dem Gaspedal spontan ein Autorennen entlang des Kurfürstendamm und der Tauentzienstraße. Ziel sollte ein Kaufhaus an der Ecke Tauentzienstraße und Nürnberger Straße sein, wobei die Angeklagten bis dorthin elf ampelgeregelte Kreuzungen zu überqueren und eine Strecke von zweieinhalb Kilometern zurückzulegen hatten.

Der Angeklagte H fuhr daraufhin unter Missachtung roter Ampeln mit stark überhöhter Geschwindigkeit los, um möglichst schnell und vor dem Angeklagten N das Ziel zu erreichen. Der Angeklagte N nahm, nachdem er zunächst noch an zwei roten Ampeln angehalten hatte, unter deutlicher Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit

und ebenfalls unter Überfahren von roten Ampeln die Verfolgung auf, um vor dem Angeklagten H das Ziel zu erreichen. Er holte den Angeklagten H spätestens in Höhe der U-Bahn-Station Uhlandstraße ein. Zwei Fußgängerinnen, die sich auf einer dort gelegenen Mittelinsel des Kurfürstendamms befanden und gerade die Fahrbahn queren wollten, sprangen hinter das Geländer des U-Bahn-Eingangs zurück, um nicht von den Fahrzeugen der Angeklagten erfasst zu werden. Beide Fahrzeuge hatten zu dieser Zeit eine Geschwindigkeit von deutlich über 100 km/h erreicht. Die Kurve am Breitscheidplatz befuhren die Angeklagten im Bereich der Kurvengrenzgeschwindigkeit. Die in der Kurve an der Kreuzung Tauentzienstraße und Rankestraße liegende Lichtzeichenanlage überfuhren beide bei rotem Ampelsignal. Am Kurvenausgang beschleunigte der Angeklagte H sein Fahrzeug, um den nun vor ihm fahrenden Angeklagten N wieder einzuholen, und erreichte hierbei eine Geschwindigkeit von 100 bis 150 km/h. Der Angeklagte N fuhr auf der linken, der Angeklagte H auf der rechten der beiden für den Durchgangsverkehr vorgesehenen Fahrspuren auf die für sie Rotlicht zeigende Ampel an der Kreuzung Tauentzienstraße und Nürnberger Straße zu. Beide Angeklagten fuhren bei rotem Ampelsignal in den Kreuzungsbereich ein, der Angeklagte N mit einem Vorsprung von wenigen Metern und einer Geschwindigkeit von 139 bis 149 km/h, der Angeklagte H mit einer Geschwindigkeit von mindestens 160 bis 170 km/h.

Das LG Berlin führte aus, dass „Spätestens jetzt“ beiden Angeklagten bewusst war, dass ein die Nürnberger Straße befahrender, bei grüner Ampelphase berechtigt in die Kreuzung einfahrender Fahrzeugführer und etwaige Mitinsassen bei einer Kollision nicht nur verletzt, sondern mit großer Wahrscheinlichkeit zu Tode kommen würden. Die körperliche Schädigung anderer – auch der Nebenklägerin K als Beifahrerin im Fahrzeug des Angeklagten N – war ihnen gleichgültig; sie überließen es dem Zufall, ob es zu einem Zusammenstoß mit einem oder mehreren Fahrzeugen im Kreuzungsbereich kommen würde. Die Schädigung bzw. den Tod anderer Verkehrsteilnehmer sowie im Nahbereich der Kreuzung aufhältiger Personen durch herumfliegende Trümmerteile der beteiligten Fahrzeuge nahmen sie billigend in Kauf. Es kam zu einem für W tödlichen Zusammenstoß. Das Fahrzeug des Angeklagten H kollidierte auch mit dem Fahrzeug des Angeklagten N.

Die Strafkammer hat angenommen, dass sich die Angeklagten – jeweils als Mittäter (§ 25 Abs. 2 StGB) – wie folgt strafbar gemacht haben: bezüglich des Geschädigten W wegen Mordes mit gemeingefährlichen Mitteln (§ 211 Abs. 2 StGB); bezüglich der Beifahrerin im Fahrzeug des An-

geklagten N wegen gefährlicher Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs sowie mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung (§ 224 Abs. 1 Nr. 2 und 5 StGB); zudem wegen vorsätzlicher Straßenverkehrsgefährdung durch Nichtbeachtung der Vorfahrt und durch zu schnelles Fahren an einer Kreuzung gem. § 315c Abs. 1 Nr. 2 a) und d) StGB.

Für den BGH weist das Urteil allerdings in mehrfacher Hinsicht durchgreifende sachlich-rechtliche Mängel auf. Voraussetzung für die Verurteilung wegen einer vorsätzlichen Tat ist nämlich, dass der Täter die Umstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören, bei ihrer Begehung kennt. Dementsprechend muss der Vorsatz im Zeitpunkt der zum Taterfolg führenden Handlung vorliegen. Fasst der Täter den Vorsatz erst später (*dolus subsequens*), kommt eine Verurteilung wegen einer vorsätzlichen Tat nicht in Betracht. Aus der Notwendigkeit, dass der Vorsatz bei Begehung der Tat vorliegen muss, folgt, dass sich wegen eines vorsätzlichen Delikts nur strafbar macht, wer ab Entstehen des Tatentschlusses noch eine Handlung vornimmt, die in der vorgestellten oder für möglich gehaltenen Weise den tatbestandlichen Erfolg – bei Tötungsdelikten den Todeserfolg – herbeiführt. Dass dies auf die Tat der Angeklagten zutrifft, lässt sich dem Senat zufolge dem angefochtenen Urteil nicht entnehmen. Im Gegenteil: Das Landgericht hat einen bedingten Tötungsvorsatz erst – wie sich aus der Wendung „Spätestens jetzt“ – für den Zeitpunkt festgestellt, als die Angeklagten bei Rotlicht zeigender Ampel in den Bereich der Kreuzung Tautenzienstraße/Nürnberger Straße einfuhren. Aus dieser Feststellung, die auch an anderer Stelle des Urteils keine Modifizierung findet, vielmehr mehrfach bestätigt wird, folgt zugleich, dass sich das Landgericht nicht die Überzeugung verschafft hat, dass die Angeklagten den Tod eines anderen Verkehrsteilnehmers als Folge ihrer Fahrweise schon vor dem Einfahren in den Kreuzungsbereich als möglich erkannten und billigend in Kauf nahmen. Hätten die Angeklagten indes den Tötungsvorsatz erst beim Einfahren in den Kreuzungsbereich gefasst, könnte ihre Verurteilung wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts nach den dargestellten Grundsätzen nur dann Bestand haben, wenn sie nach diesem Zeitpunkt noch eine Handlung vornahmen, die für den tödlichen Unfall ursächlich war, oder eine gebotene Handlung unterließen, bei deren Vornahme der Unfall vermieden worden wäre. Feststellungen zu einem solchen unfallursächlichen Verhalten, das vom Tötungsvorsatz der Angeklagten getragen war, hat das Landgericht nicht getroffen. Vielmehr hat es ausgeführt, dass die Angeklagten beim Einfahren in den Kreuzungsbereich bereits keine Möglichkeit zur Vermeidung der Kollision mehr besaßen: So hat es etwa bezüg-

lich des Angeklagten H festgestellt, er sei zu diesem Zeitpunkt absolut unfähig gewesen, noch zu reagieren.

In rechtlicher Hinsicht ist nach ständiger Rechtsprechung bedingter Tötungsvorsatz gegeben, wenn der Täter den Tod als mögliche, nicht ganz fernliegende Folge seines Handelns erkennt (Wissenselement) und dies billigend oder sich um des erstrebten Zieles willen zumindest mit dem Eintritt des Todes abfindet, mag ihm der Erfolgseintritt auch gleichgültig oder an sich unerwünscht sein (Willenselement). Bewusste Fahrlässigkeit liegt dagegen vor, wenn der Täter mit der als möglich erkannten Tatbestandsverwirklichung nicht einverstanden ist und ernsthaft und nicht nur vage darauf vertraut, der tatbestandliche Erfolg werde nicht eintreten. Ob der Täter nach diesen rechtlichen Maßstäben bedingt vorsätzlich gehandelt hat, ist in Bezug auf beide Elemente im Rahmen der Beweiswürdigung umfassend zu prüfen und durch tatsächliche Feststellungen zu belegen.

Die Prüfung, ob Vorsatz oder (bewusste) Fahrlässigkeit vorliegt, erfordert insbesondere bei Tötungs- oder Körperverletzungsdelikten eine Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale, wobei es vor allem bei der Würdigung des voluntativen Vorsatzelements regelmäßig erforderlich ist, dass sich der Tatrichter mit der Persönlichkeit des Täters auseinandersetzt und dessen psychische Verfassung bei der Tatbegehung, seine Motivation und die für das Tatgeschehen bedeutsamen Umstände – insbesondere die konkrete Angriffsweise – mit in Betracht zieht. In Fällen einer naheliegenden Eigengefährdung des Täters ist von folgenden Grundsätzen auszugehen: Zwar gibt es keine Regel, wonach es einem Tötungsvorsatz entgegensteht, dass mit der Vornahme einer fremdgefährdenden Handlung auch eine Eigengefährdung einhergeht. Bei riskanten Verhaltensweisen im Straßenverkehr, die nicht von vornherein auf die Verletzung einer anderen Person oder die Herbeiführung eines Unfalls angelegt sind, kann aber eine vom Täter als solche erkannte Eigengefährdung dafür sprechen, dass er auf einen guten Ausgang vertraut hat.

Das angefochtene Urteil geht von der Hypothese aus, dass mit den Angeklagten vergleichbare Verkehrsteilnehmer regelmäßig kein Eigenrisiko in Rechnung stellten. Hierzu wird ausgeführt, dass sportlich genutzte Fahrzeuge der in Rede stehenden Art ein besonderes Gefühl der Sicherheit vermitteln; die Fahrer solcher Fahrzeuge fühlten sich in ihren tonnenschweren, stark beschleunigenden und mit umfassender Sicherheitstechnik ausgestatteten Autos geschützt, stark und überlegen wie in einem Panzer oder in einer Burg und blendeten jegliches Risiko für sich selbst aus. Einen Erfahrungssatz, nach dem sich ein bestimmter Typ Autofahrer

in einer bestimmten Art von Kraftfahrzeug grds. sicher fühlt und jegliches Risiko für die eigene Unversehrtheit ausblendet, gibt es indes nicht. Gerade angesichts der vorliegend objektiv drohenden Unfallszenarien – Kollisionen an einer innerstädtischen Kreuzung mit anderen Pkw oder, wie die Urteilsgründe mitteilen, sogar mit Bussen bei mindestens 139 bzw. 160 km/h – versteht sich dies auch nicht von selbst.

Zudem liegen dem angefochtenen Urteil widersprüchliche Annahmen bezüglich der durch die Angeklagten vorgenommenen Gefahreinschätzung zugrunde. Während die Strafkammer einerseits davon ausgeht, dass die Angeklagten sich selbst in ihren Fahrzeugen sicher gefühlt und keinerlei Eigenrisiko in Rechnung gestellt hätten, hat sie andererseits ausgeführt, dass beide Angeklagten mit dem Vorsatz bezüglich einer Körperverletzung der Nebenklägerin K, und zwar einer solchen mittels eines gefährlichen Werkzeugs und mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung (§ 224 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 5 StGB), gehandelt bzw. sogar in Kauf genommen hätten, dass sie tödliche Verletzungen erleiden könnten.

Im weiteren Verlauf geht das Gericht des Weiteren auf die Problematik der Mittäterschaft ein, die vorliegend nicht weiter beleuchtet wird. Hinsichtlich der im Zentrum stehenden Problematik macht der BGH freilich sehr deutlich, dass auch bei den hohen Geschwindigkeiten nicht davon ausgegangen werden kann, dass Personen den Tod von Menschen in Kauf nehmen. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass sie selbst bei einem solchen Unfall ums Leben kommen können. Hier wird regelmäßig die bewusste Fahrlässigkeit zum Tragen kommen. Die Personen sind sich der Gefahr bewusst, werden jedoch darauf vertrauen, dass es gut gehen wird.

C. Auswirkungen für die Praxis

Es wird für die Gerichte in den meisten vergleichbaren Fällen sehr schwer sein, bei risikoreichen Fahrzeugrennen grds. von einem bedingten Tötungsvorsatz auszugehen. Die Beteiligten haben viel Geld in ihre Fahrzeuge investiert, der Wille zum Sieg in solchen Rennen wird stark ausgeprägt sein. Sicher wird ihnen auch bewusst sein, dass eine solche Fahrt gefährlich wird bzw. werden kann. Dies wird wohl in den meisten Fällen schlicht verdrängt, sodass davon ausgegangen wird: Es wird wohl gut gehen. Mir und auch meinem Fahrzeug soll im Grunde nichts passieren. Schlussfolgerung: Dann wird man auch schwerlich einen Unfall, insbesondere mit einem getöteten Menschen, in Kauf nehmen.

Dass ein solches Verhalten mit einer Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren (§ 222 StGB und § 315c StGB) zu sanktionie-

ren ist, könnte für eine Abschreckung unter Umständen zu wenig sein. Dabei gilt insbesondere für § 315c StGB, dass die Problematik der vorsätzlichen Gefährdung fremder Sachen von bedeutendem Wert bzw. anderer Personen ähnlich zu werten sein dürfte, bezogen auf die Eigengefährdung, wie im vorliegenden Fall. Die konkrete Gefahr, die § 315c StGB erfordert, genau wie § 315b StGB, solange die Tat nicht im Versuchsstadium bleibt, spricht von einem sog. Beinaheunfall. Es muss also vom Zufall abhängig sein, ob ein Schaden eintritt oder nicht. Der Täter hat dies in diesen Situationen nicht mehr in der Hand. Auch dazu äußert sich der BGH immer wieder. Hierzu führte er aus: Die vorsätzliche Gefährdung des Straßenverkehrs gem. § 315c Abs. 1 StGB verlangt hinsichtlich aller Tatumsstände zumindest bedingten Vorsatz, d.h. der Täter muss insoweit die Umstände kennen, die den Gefahrerfolg im Sinne eines Beinaheunfalls als naheliegende Möglichkeit erscheinen lassen und sich mit dem Eintritt dieser Gefahrenlage zumindest abfinden.¹ Begeht der Täter dieses Tatbestandsmerkmal fahrlässig, ist die Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe.

Daher ist es sehr zu begrüßen, dass der Gesetzgeber mit der Einführung von § 315d StGB in der zweiten Jahreshälfte 2017 für entsprechende Rennen eine höhere Sanktion vorsieht, sofern ein Mensch zu Schaden kommt. In Absatz 5 ist festgehalten: Verursacht der Täter in den Fällen des Absatzes 2 durch die Tat den Tod oder eine schwere Gesundheitsschädigung eines anderen Menschen oder eine Gesundheitsschädigung einer großen Zahl von Menschen, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren. Weiterhin wurde in dem Zusammenhang § 315f StGB eingeführt: Kraftfahrzeuge, auf die sich eine Tat nach § 315d Abs. 1 Nr. 2 oder Nr. 3, Abs. 2, 4 oder 5 bezieht, können eingezogen werden. § 74a ist anzuwenden. Dies wird im Einzelfall neben der Geld- bzw. Freiheitsstrafe für die Täter eine erhebliche Folge haben, weil i.d.R. in diese Fahrzeuge neben dem Kaufpreis noch viel Geld investiert wurde. Ferner wurde diese Bestimmung in § 69 Abs. 2 StGB (Entzug der Fahrerlaubnis) mit aufgenommen.

¹ BGH, Beschl. v. 13.01.2016 - 4 StR 532/15; BGH, Beschl. v. 09.09.2014 - 4 StR 365/14.

Der elektronische Versand von Dateien ist eine Übergangslösung

Stephan Ory ist seit 1988 zur Rechtsanwaltschaft zugelassen. Er ist Gründungsmitglied, Vorsitzender und seit Juli 2014 Direktor des Instituts für Europäisches Medienrecht und Vorsitzender des EDV-Gerichtstages sowie Gründungsmitglied und Vorstandsmitglied des Instituts für Verfahrensrecht im elektronischen Rechtsverkehr e.V. Seit 2001 Lehrbeauftragter, wurde er 2009 von der Universität des Saarlandes zum Honorarprofessor für Rundfunkrecht und Urheberrecht bestellt.

Weth: Lieber Herr Ory, Sie sind seit 2014 Vorsitzender des EDV-Gerichtstages. Ich unterstelle, dass diese Institution so bekannt ist, dass nicht erklärt werden muss, was sie tut. Aber lassen Sie uns darüber sprechen, was der Vorsitzende des EDV-Gerichtstages tut und ob der Vorsitz eine spannende Aufgabe ist?

Ory: Als ich im September 2014 zum Nachfolger von Maximilian Herberger gewählt wurde, hätte ich nicht gedacht, dass ich in einer Art diplomatischer Mission unterwegs sein würde. Der EDV-Gerichtstag ist ein Verein mit 418 Mitgliedern und einem Vorstand, der aus 17 Persönlichkeiten besteht – alle ehrenamtlich engagiert. Mitglieder und Vorstände kommen aus allen Bereichen der Justiz – Anwälte, Richter, Justizverwaltung und Ministerien, Gerichtsvollzieher, IT-Leiter, Bürovorsteher aus Kanzleien, Softwarehersteller und Informatiker. Das ist eine hochkarätige und vielfältige Truppe. Alle fühlen sich dem verpflichtet, was man als eJustice bezeichnen mag. Interessensgegensätze im klassischen Sinn gibt es nicht, wohl aber sehr individuelle Perspektiven – so wie ich hier aus meiner persönlichen Sicht äußere. In unseren Diskussionen geht es unter anderem auch um das Selbstverständnis von Berufsbildern in der Justiz. Es geht darüber hinaus um die Rolle der Justiz in einer Wirtschaft und in einer Gesellschaft, die in Teilbereichen bei der Digitalisierung schon viel weiter sind. Der EDV-Gerichtstag als Organisation und vor allem die jährliche Veranstaltung mit inzwischen über 700 Teilnehmern an der Universität des Saarlandes im September jeden Jahres ist eine Plattform zu Austausch der unterschiedlichen Perspektiven aber auch ein Instrument, in manch praktischer Frage Konsens herzustellen.

Ist eigentlich die Bezeichnung „EDV-Gerichtstag“ noch zeitgemäß?

Ich finde den Namen knuffig. Würde man im September 2018 die erste Tagung durchführen, würde man das vielleicht Legal Tech-Convention nennen – und nach ein paar Jahren auch das nicht mehr zeitgemäß finden. Der alte Name ist eine starke Marke, die Jahr für Jahr durch das Motto der Veranstaltung ergänzt wird – 2018 wird das sein „Rechtspraxis digital: Probleme bewältigen – Zukunft gestalten“. Unser Name stammt aus 1992, als die Verbindung von Recht und Informatik bei vielen Juristen noch die Sorge um den „Subsumptionsautomaten“ auslöste. Nein, auf den Traditionsna-

men lassen wir nichts kommen, da passen beA, eAkte, Blockchain und künstliche Intelligenz gleichermaßen darunter.

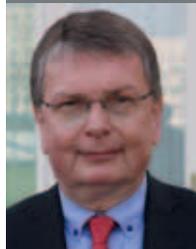
Die Digitalisierung der Justiz ist ein Thema, das den EDV-Gerichtstag seit seiner Gründung beschäftigt. Wie weit sind wir mit der Digitalisierung der Justiz gekommen?

Diese unschuldig gestellte Frage berührt zwei Abgründe. Was ist „Digitalisierung“ und auf was bezieht sich „Justiz“? Der Umgang mit digitalen Hilfsmitteln ist kein Selbstzweck, gerade bei der Gewährleistung von Rechtsstaatlichkeit. Das lässt sich schön am Begriff des Prozesses festmachen, der für den IT-Leiter vor seinem Ablaufdiagramm etwas ganz anderes bedeutet als für den Prozessrechtler, für den das geordnete Verfahren an sich ein Element von Gerechtigkeit ist. Andererseits ist nicht alles, was die Prozessordnungen aus den analogen Zeiten mit sich herumschleppen, als noch „Dokumentenabschriften gefertigt“ wurden, zukünftig im prozessrechtlichen Sinn zwingend notwendig. In Anwaltskanzleien und Gerichten hat man die EDV anfangs als bessere Schreibmaschine eingesetzt und Schritt für Schritt die internen Abläufe verbessert und die Informationsbeschaffung etwa über elektronische Datenbanken zu schätzen gelernt. Aber ein Großes und Ganzes als „digitale Justiz“ ist daraus noch nicht geworden, die einzelnen Berufsgruppen sitzen auf ihren elektronischen Inseln und schicken sich weitgehend noch Papier-schiffchen.

Das klingt aber ein wenig bissig ...

Na ja, an dieser Stelle hinkt eJustice anderen Bereichen hinterher und vor allem dem Empfinden der Wirtschaft, aber auch der Bevölkerung, jedenfalls der jüngeren Alterskohorten. Ich habe meine Erfahrungen mit der Digitalisierung im Bereich der elektronischen Medien gemacht und dort gelernt, dass traditionelle Berufsbilder, Formen der Zusammenarbeit einzelner Bereiche und vor allem die Bedürfnisse der Nutzer als Folge der Digitalisierung völlig verändert wurden. Diejenigen hatten Erfolg, die sich frühzeitig darauf eingestellt haben, auch wenn sie bei dem einen oder anderen Detail auch einmal in die falsche Richtung gelaufen sind und

Prof. Dr. Stephan Ory



Rechtsanwalt

Herr Ory ist Honorarprofessor der Universität des Saarlandes sowie Vorsitzender und Direktor des Instituts für Europäisches Medienrecht (EMR) sowie Vorsitzender des EDV-Gerichtstages.

Lehrgeld bezahlt haben. Wer versucht hat, die Dinge mit rechtlichen Hürden aufzuhalten und überkommene Modelle zu wahren, hat heute das Nachsehen. Schauen Sie sich die Entwicklung der Tonträgerindustrie an, schauen Sie sich das Geschäftsmodell der gedruckten Presse an.

Was heißt das für eJustice?

Die Veränderungen durch die Digitalisierung finden in kleinen Schritten statt. Nehmen Sie die Webseiten etwa zu Kundenrechten bei Flug- oder Bahnreisen – ein Massengeschäft, sozusagen industrialisierte Rechtsgewährung. Das ist noch nicht die eJustice-Revolution aber eben doch ein gutes Beispiel dafür, wie spezialisierte Themen hocheffizient und für den Rechtsdienstleister mit Ertrag bearbeitet werden können. Ich müsste in meinem Büro zuerst einmal recherchieren und mich einlesen, um am Ende festzustellen, dass das kein wirtschaftliches Mandat war – vieles würde ich gar nicht annehmen. Solche Portale, so einfach die Geschäftsidee zunächst sein mag, dienen insoweit der verbesserten Rechtsdurchsetzung. Und das in der Praxis ganz ohne qualifizierte elektronische Signaturen und andere Details, die uns bei eJustice wichtig erscheinen, einfach weil die Nachfrage auf dem Markt für diese Rechtsdienstleistungen sich ohne diese Sicherheitsmerkmale entwickelt. Der Umgang mit Rechtsbehelfen bei Käufen auf ebay und ähnlichen Plattformen zeigt eine ähnliche Entwicklung, wenn dort für den Alltagsfall ein gutes Stück weit weg vom ausdifferenzierten Kaufrecht vorgegangen wird.

Der 01.01.2018 sollte ein ganz besonderes Highlight in der Geschichte des Elektronischen Rechtsverkehrs werden. Tatsächlich steht dieses Datum nun aber für eine Pleite. Wie konnte es dazu kommen?

Der elektronische Rechtsverkehr ist ja nur ein Teil des Gesamtkunstwerks von eJustice – ich habe das vorhin mit den Papierschnitzchen verglichen, die zwischen Anwälten und Gerichten oder Verwaltungen hin und her geschickt werden. Das beA ist ja auch E-Mail, nur eben auf abgesichertem Übertragungsweg und mit eindeutiger Zuordnung von Sender und Empfänger. Dass Anfang 2018 von einem Desaster gesprochen wurde, hat mehrere Gründe. Die zum Teil das Verfassungsrecht bemühende Abwehrschlacht gegen das beA zielte vielfach gegen die Digitalisierung des Juristenberufs an sich. Dann gibt es vielfach die Forderung, das beA müsse absolut sicher sein – das von Anwälten, die ihren Mandanten ungefragt die persönlichsten Geheimnisse per eMail über das offene Internet schicken, die PKH-Auskünfte offen in den Korb für den Posteingang an der Pforte des Gerichts hinterlegen und nichts dabei finden, dass der Aktenbock im Gerichtsflur steht, wenn der Wachtmeister gerade etwas anderes zu tun hat.

Aber es fehlt doch die Ende-zu-Ende-Verschlüsselung, Dritte können die Anwaltspost im beA lesen?

Nicht jeder Dritte, sondern solche berechtigten Empfänger, an die der Absender noch nicht dachte. Der Anwalt kann Lese-

rechte einräumen. Und solange beispielsweise Kanzleiabwickler durch die Kammer nach dem geltenden Berufsrecht bestellt werden, wird man um das so genannte Hardware Security Module nicht herumkommen. Selbst die Experten vom Chaos Computer Club fanden das bei aller sonstigen Kritik als hinnehmbaren Industriestandard – wenn man es ordentlich macht.

Es war doch Anfang 2018 gerade das Problem, dass Sicherheitslücken entstanden und das Vertrauen in das beA gelitten hat?

Das stimmt. Es geht nicht um absolute Sicherheit, sondern um ein vertretbares Maß an Sicherheit und das Vertrauen, dass dieses vertretbare Maß erreicht und trotz aller möglicherweise auftretenden Lücken dauerhaft eingehalten wird. Der Umgang mit veralteten Skripten und mit einem nicht dem Stand der Technik entsprechend eingesetzten Sicherheitszertifikat kurz vor Weihnachten 2018 war übel. Noch viel schlimmer war aber die Verschlimmbesserung, die die Firma Atos der BRAK zimmerte und zum Download empfahl. Dadurch hat man buchstäblich über Nacht in der Sicherheitsarchitektur der Rechner in den Anwaltskanzleien ein Scheunentor geöffnet. Das war in meinen Augen derart dilettantisch, dass die BRAK gar nicht anders konnte, als das beA vom Netz zu nehmen und komplett überprüfen zu lassen, auch wenn das Monate dauert.

Welche Auswirkung hat das von Ihnen beschriebene Desaster um das beA für die Zukunft des Elektronischen Rechtsverkehrs?

Ich glaube, man muss erkennen, dass der elektronische Rechtsverkehr eine Übergangslösung ist. Noch einmal: Das ist eMail, nur sicherer. Konzeptionell ist das aus der Zeit vor Cloud-Anwendungen. Auch die Justiz wird sich dorthin bewegen – Gerichte werden die Dokumente zu elektronischen Akten nehmen, die Verfahrensbeteiligten werden darauf Zugriff haben. Die Idee, eine Datei als elektronisches Dokument statt als ein Papierstück von A nach B zu schicken und Empfangsbekanntnisse einzusammeln, ist der typische Versuch, ein analoges Modell nachzubauen, wo es digital bessere Möglichkeiten gibt. Bis man in der Justiz-Cloud ist, wird Zeit vergehen, denn die eAkte braucht gerichtsintern noch Zeit. Der elektronische Rechtsverkehr mit dem beA als Kern ist also zunächst notwendig.

Das ist langfristig gedacht, was wäre kurz- und mittelfristig zu tun?

Der EDV-Gerichtstag hat die Diskussion um das beA+ angefangen, also um Verbesserungen, für die man gegebenenfalls auch die Gesetze überarbeiten muss. Wir haben mit erwrechtsfrage.de eine Website aufgesetzt. Im Kern geht es darum, dass zwar viele Vorschriften etwa aus der ZPO an den Austausch elektronischer Dokumente angepasst wurden, aber immer aus dem Blickwinkel des Ersatzes des Papiers. Das wird in vielen Details zu praktischen Fragen führen. Als

Beispiel: Welchen Sinn hat es, dass ein Anwalt nicht nur seinen Schriftsatz, sondern auch Anlagen signiert, welcher Erklärungswert steckt darin? Wie soll andererseits die Signatur persönlicher Erklärungen von Parteien aussehen? Da hat sich in der Papierwelt einiges eingeschlichen und wurde nicht hinterfragt, was aus Anlass der digitalen Übermittlung geklärt wird.

Welchem Thema widmet sich der nächste EDV-Gerichtstag auf seiner Tagung im Herbst?

Der nächste EDV-Gerichtstag widmet sich zum Beispiel folgenden Themen: Schnittstellen zwischen E-Justice und E-Government, Strukturierter Parteivortrag, Elektronische Auswertung von Massendaten in Strafsachen, Europäische E-Justice Entwicklungen, Blockchain und Smart Contracts.

Was die Zukunft von Legal Tech betrifft, so findet sich zunehmend die Behauptung, intelligente elektronische Systeme seien bei der Vertragsgestaltung Menschen bei weiten überlegen. Was halten Sie von dieser Behauptung?

Den Vertragsgenerator hatten wir analog im besser ausgestatteten Schreibwarengeschäft, wenn es um Mietverträge ging. In der Tat steht in einem solchen Formular vieles drin, was der Mensch, zumal wenn er das nicht laufend macht, übersehen hätte. Andererseits kennt jeder Praktiker das Problem, dass da schon einmal Dinge angekreuzt werden, die gar nicht zusammenpassen. Elektronisch kann man das Anklicken widersprüchlicher Klauseln besser steuern und intelligente Systeme entsprechend trainieren. Das Beispiel deutet wiederum in die Richtung gleichförmiger Bearbeitung regelmäßig auftretender Fallgestaltungen. Mandanten mit Empathie bei der Gestaltung individueller Situationen oder neuer Geschäftsmodelle zu begleiten, ist etwas anderes. Auch da kann mich ein System unterstützen, aber im Umgang mit dem Mandanten nicht ersetzen.

Ist der Richter durch den Computer oder besser durch intelligente elektronische Systeme zu ersetzen?

Da ist sie wieder, die Frage nach dem Subsumtionsautomaten. Und als Anwalt werde ich über Richter gar nichts sagen. Aber juristische Sachbearbeiter beispielsweise in Versicherungen können in gewissem Umfang ersetzt werden. Da werden Forderungsschreiben eingescannt und zu strukturiertem Vortrag komprimiert, die Maschine kann wiederum sozusagen den industriellen Teil der Massenabfertigung erledigen und auf dem Tisch des Sachbearbeiters landet der Sonderfall, der juristische Kreativität erfordert. Und wenn das nicht gelingt, dann landet er beim Richter. Wir kennen das dem Grunde nach aus dem automatisierten Mahnverfahren, das läuft automatisch als Massenapplication bis zu dem Punkt, dass tatsächlich Dinge zu klären sind.

Sie sind seit 1988 als Anwalt tätig. Ist das ein spannender Beruf mit Zukunftsperspektiven oder wird

„Kollege Computer“ in großem Umfang den Anwalt aus Fleisch und Blut ersetzen können?

Der Kollege Computer wird die Arbeit des Anwalts auch zukünftig ändern. Wenn die Versicherung aus meinem feurig formulierten Anspruchsschreiben ohnehin nur die nackten Daten herausfiltert, dann kann ich das auch gleich als strukturierten Datensatz übermitteln. Das bereits erwähnte Beispiel des Rechts von Bahn- und Flugreisenden werde ich entweder selbst im großen Stil online mit einer Vielzahl von Fällen betreiben oder für meine wenigen Mandanten mit einem solchen Anbieter zusammenarbeiten. Ich werde mir das Themengebiet und die Kundschaft suchen, bei denen der Kollege Computer nicht mitkommt – weil es zu individuell, zu sehr auf die Person des Mandanten bezogen ist, als dass jemand dafür einen Algorithmus schreibt oder die künstliche Intelligenz trainiert.

Sie sind auch Honorarprofessor an der Universität des Saarlandes und dort mit großer Freude in der Lehre tätig. Woher rührt Ihr Spaß an der Ausbildung des juristischen Nachwuchses?

Das ist gewachsen aus der Zusammenarbeit mit Maximilian Herberger im Schwerpunktbereich Medienrecht. Er hatte mich gebeten, Fälle aus der Praxis darzustellen. Man merkt sehr schnell, dass praktische Routine und systematisches Aufarbeiten gelegentlich unterschiedliche Dinge sind. Studierende erkennen sofort, wenn der Praktiker sich um systematische und dogmatische Fragen herumwindet – wo man eben vor Gericht längst den Vergleich geschlossen hätte. Gerade bei Themen der Digitalisierung hat die Generation, die in den Hörsälen mitdiskutiert eine ganz eigene Sichtweise. Lehren und lernen ist da ganz eng beieinander.

Was macht den guten Juristen aus?

Er ist neugierig, bedient sich des Floretts, ist bereit zu differenzieren und zu diskutieren, es geht ihm ums Recht und nicht um das Prinzip. Vor allem versteht er sich als Dienstleister der Rechtssuchenden. Und weil wir uns ja über den EDV-Gerichtstag unterhalten: Das Verständnis dessen, was die Digitalisierung mit dem Recht macht und was das Recht regulierend der Digitalisierung tatsächlich vorgeben kann und dann auch muss, ist für den guten Juristen zukünftig unerlässlich. Um es einfach zu sagen: Sie können die schönsten AGB erfinden, die dem Mandanten nichts nutzen, wenn er sie in seiner Software nicht unterbringt. Hier fehlt noch vieles in der Juristenausbildung.

Was kennzeichnet aus Ihrer – anwaltlichen – Sicht eine gute richterliche Entscheidung?

Die Partei, die sich mit ihren Anträgen vor Gericht nicht durchgesetzt hat, wird sich in einer guten richterlichen Entscheidung soweit wiederfinden, dass sie auch eine negative Entscheidung ohne Groll akzeptieren kann.

Ich danke Ihnen für das informative und interessante Gespräch.

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

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



Richter am Landgericht Mannheim und Privatdozent der Universität Osnabrück

Nach dem Referendariat wirkte Deppenkemper als Assistent am Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück, wobei er in der Arbeitsgruppe des European Civil Code Project unter der Leitung von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. von Bar mitarbeitete und die Lehrbefugnis für Zivilrecht, Zivilverfahrensrecht, Europäische Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung erwarb. Er ist Richter am Landgericht Mannheim und u.a. Mitautor mehrerer Kommentare zum BGB und zur ZPO.

Prof. Dr. Stefan Greiner



Professor an der Universität Bonn

Stefan Greiner ist nach Promotion und Habilitation an der Universität zu Köln und kurzer Tätigkeit als Rechtsanwalt in einer internationalen Wirtschaftskanzlei seit 2011 Universitätsprofessor für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht. Seit 2012 lehrt er an der Universität Bonn. Seine Forschungsschwerpunkte sind unter anderem das Tarifvertragsrecht, das Recht der arbeitsvertraglichen Leistungsstörungen sowie das Recht der atypischen Arbeitsverhältnisse (Befristungs- und Arbeitnehmerüberlassungsrecht).

Prof. Dr. Gregor Thüsing



Direktor des Instituts für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit der Universität Bonn

Herr Thüsing ist seit dem Wintersemester 2004/2005 Direktor des Instituts für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit der Universität Bonn. In den vergangenen zehn Jahren war er mehr als 20 Mal Sachverständiger bei Anhörungen verschiedener Ausschüsse des Bundestages (Arbeit und Soziales, Gesundheit, Inneres, Familie, Recht, Europa). Er ist Autor zahlreicher Standardwerke des Arbeitsrechts und ein gefragter Redner.

Dr. Max Vogel



Richter

Nach dem Studium der Rechtswissenschaft in Heidelberg und Lund (Schweden) Tätigkeit als Akademischer Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Dres. h.c. Paul Kirchhof. Promotion durch die Universität Heidelberg mit einer Arbeit zum Verhältnis von Steuerrecht und Privatrecht. Im Anschluss an das Referendariat am Hanseatischen Oberlandesgericht in Hamburg Tätigkeit als Rechtsanwalt in der steuerrechtlichen Praxis einer internationalen Wirtschaftskanzlei. Seit Januar 2018 als Richter mit einem Dienstleistungsauftrag bei dem Verwaltungsgericht Kassel tätig.

Prof. Dr. Harald Dörig



Richter am Bundesverwaltungsgericht

Seit 2000 Richter am Bundesverwaltungsgericht, dort stellvertretender Vorsitzender des für das Ausländer- und Asylrecht zuständigen 1. Revisionsssenats. Herr Dörig ist zudem Vizepräsident der Europäischen Asylrichtervereinigung und Honorarprofessor an der Universität Jena. Seine Publikationen im In- und Ausland erstrecken sich u.a. auf das Ausländer- und Asylrecht, Umweltrecht, Hochschulrecht und Verwaltungsverfahrenrecht. Der jM ist er als Mitglied des Expertengremiums verbunden.

IMPRESSUM

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

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

Redaktion: Ass. iur. Daniel Schumacher

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

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

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

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

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

Bestellungen: Über jede Buchhandlung und beim Verlag

Satz: Datagroup Int., Timisoara

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

ISSN: 2197-5345
5. Jahrgang

In eigener Sache: juris auf dem Deutschen Anwaltstag



In Mannheim wird sich der Deutsche Anwaltstag vom 06. – 08.06.2018 dem Thema: „Fehlerkultur in der Rechtspflege“ widmen. Jenseits des Haftungsrechts wollen die Veranstalter Antworten auf die Frage entwickeln, wie man sich dem Thema Fehlerkultur positiv nähern und damit neue Potenziale für die Anwaltschaft freisetzen kann.

Mit 200 Referentinnen und Referenten sowie über 50 Vorträgen und Veranstaltungen bringt der DAT auch dieses Jahr Akteure aus Anwaltschaft, Justiz, Politik, Wissenschaft und Presse zum Austausch zusammen. Überdies ist der DAT nach wie vor eine der größten anwaltlichen Fortbildungsveranstaltungen.

Auf der Fachausstellung „AdvoTec“ wird juris auf **Ebene 2 an Stand 207** im Congress Center Rosengarten die neuesten Anwendungen und Produkte präsentieren.

Testen Sie die neue Rechercheoberfläche auf juris.de unter Anleitung des juris Messeteams und lassen Sie sich die neuesten Funktionen erläutern. Informieren Sie sich über zahlreiche neue juris PartnerModule zum Steuerrecht und der Betrieblichen Altersvorsorge und lernen Sie den neuen Kandidaten aus der roten Reihe juris Lex zum Steuerrecht kennen. Gerne beraten wir Sie auch zu Ihrem persönlichen Bedarf. Wir freuen uns auf Ihren Besuch!

Vorbeischaun lohnt sich! Alle Rechtsprofessionals erhalten direkt am Stand **10 % Messerabatt** auf alle Online-Produkte im ersten Bezugsjahr (gilt nicht für bereits rabattierte Angebote).

Infos zum Programm unter: www.anwaltstag.de

Die neue Rechercheoberfläche auf juris.de Immer noch ein bisschen besser!

Vor gut einem halben Jahr wurde die neue Rechercheoberfläche auf juris.de live geschaltet und die große Mehrheit der juris Kunden arbeitet bereits mit der modernisierten Fassung des Rechercheklassikers.

Hinter dem zeitgemäßen und übersichtlichen Design auf der Oberfläche steckt eine Suchtechnologie auf höchstem Niveau: Such- und Filterfunktionen wurden verbessert, Treffer werden noch besser nach Relevanz sortiert, und die Werke Ihres Produktes haben Sie immer praktisch im Schnellzugriff. Dafür erhalten wir viel Zuspruch von unseren Nutzern, doch darauf ruhen wir uns nicht aus. Die Technologie von juris wird laufend weiterentwickelt, dazu erhalten wir auch immer wieder neue Anregungen aus dem Kreis unserer Nutzer. Wir hören zu und optimieren weiter.

Mit der letzten Aktualisierung haben wir beispielsweise den Navigationsbereich dauerhaft sichtbar gemacht und das komplette Menü der Einstellungen übersichtlicher gestaltet. Mit der neuen Oberfläche können Sie die persönlichen Suchfelder an Ihre Bedürfnisse anpassen. Diese Möglichkeiten wurden noch weiter perfektioniert. Weitere Verbesserungen sind schon in Arbeit. Lassen Sie sich überraschen!

Mehr unter: www.juris.de/neuerecherche

Sie empfehlen juris?

Sie nutzen juris – Das Rechtsportal tagtäglich und kennen die Vorzüge, die Ihnen unser umfassendes Angebot bietet. Ab sofort erhalten Sie von uns **100 € Prämie** für jede erfolgreiche Empfehlung an Kollegen und Freunde!

Weitere Informationen dazu, wie Sie sich Ihre Prämie sichern können, finden Sie hier:

www.juris.de/empfehlen

juris Webinare

In unserem virtuellen Seminarraum sehen Sie den Bildschirm des Referenten und verfolgen seine Präsentation in Echtzeit direkt in der Datenbank. Mehr unter: www.juris.de/webinare

Einführung in die NEUE juris Recherche

Für alle, die unsere neue juris Recherche nutzen:

- Erläuterungen der Datenbankinhalte
- Systematische Suche
- Kategorien
- Filter
- Suchfelder
- Textsuche
- Logische Operatoren

31.05.2018,	14:00 – 15:00 Uhr
06.06.2018,	17:00 – 18:00 Uhr
13.06.2018,	17:00 – 18:00 Uhr
20.06.2018,	14:00 – 15:00 Uhr
04.07.2018,	14:00 – 15:00 Uhr
11.07.2018,	11:00 – 12:00 Uhr
25.07.2018.	14:00 – 15:00 Uhr

Fortgeschrittenen-Webinar

- Vorstellung der erweiterten und Spezial-Suchmasken
- Textwortsuche über spezielle Felder der erweiterten bzw. Spezial-Suchmasken (Kurztext, Schlagwort, Definition, Entscheidungsname etc.)
- Optimale Nutzung der Recherchefunktionen, insbesondere Ankreuzfelder
- Suche nach Bundes- und Landesnormen mit Feldern Gesetzestitel und Titel
- Nutzung von Querverweisen (insbesondere Zitierungen in Primärcontent)

13.06.2018,	17:00 – 18:00 Uhr
12.07.2018,	14:00 – 15:00 Uhr
26.07.2018,	10:00 – 11:00 Uhr

Messen und Informationsveranstaltungen

Wir sind auf den führenden deutschen Fachmessen vertreten und veranstalten regelmäßig Informationsforen. Gerne stellen wir Ihnen dort unsere Angebote und die neuesten technischen Entwicklungen vor. Wir freuen uns auf Ihren Besuch!

Aktuelle Termine unter:
www.juris.de/veranstaltungen

Deutscher Anwaltstag Mannheim

06. – 08.06.2018

Bibliothekartag Berlin

12. – 15.06.2018

Informationsveranstaltung Schwerin

13.06.2018

Informationsveranstaltung Hamburg

14.06.2018

Legal Transformation Days Berlin

18. – 19.06.2018

Informationsveranstaltung Köln

27.06.2018

Informationsveranstaltung München

22.08.2018

Landesanwaltstag Sachsen-Anhalt Halle

31.08. – 01.09.2018

KomFIT Kiel

12.09.2018

Landesanwaltstag Hessen Marburg

14.09.2018

EDV-Gerichtstag Saarbrücken

19. – 21.09.2018

STAUDINGER BGB

STAUDINGER Online
exklusiv bei juris!

Zu Recht auf unserer Seite

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

Neben der Gesamtausgabe sind auch folgende Pakete im Teilabonnement erhältlich:

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

Jetzt gratis testen!

www.juris.de/staudinger

Jetzt neu: §§ 1353-1362
(Wirkungen der Ehe im Allgemeinen)



Jetzt noch besser: juris **DAV** Zusatzmodul

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

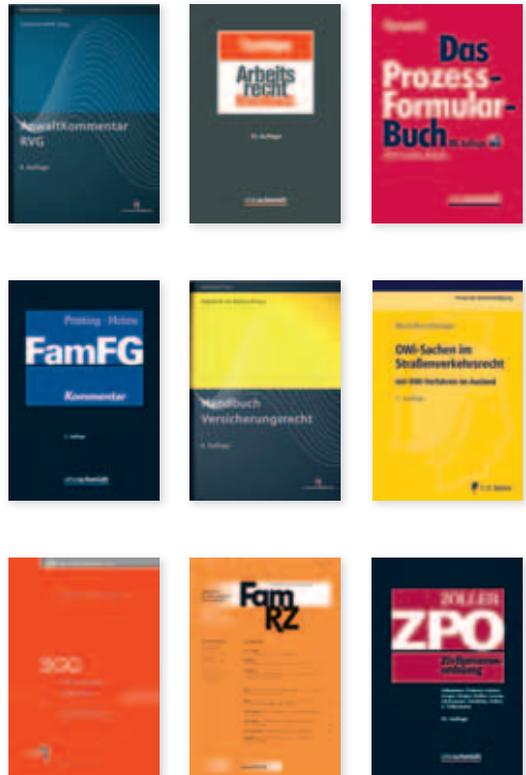
Mit dem juris DAV Zusatzmodul recherchieren Sie in über 30 Top-Titeln führender Fachverlage der jurisAllianz – von A wie Anwaltkommentar bis Z wie Zöller. Sie arbeiten wie gewohnt auf Augenhöhe mit allen deutschen Richterinnen und Richtern und gewinnen Zeit und Rechtssicherheit. Zahlreiche Formulare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

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

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

⊕ **Bundesrecht und zitierte Rechtsprechung**

Jetzt kostenfrei und unverbindlich testen:
www.juris.de/davzusatz



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

juris



DeutscherAnwaltVerein