

Juris[®] Die Monatszeitschrift

JM 8/9 | AUGUST/SEPTEMBER
2018

Topthema:

Die Planung von Höchstspannungsleitungen – entschiedene und (noch) offene Streitfragen

VRiBVerwG Prof. Dr. Rüdiger Rubel

Interview:

100 Jahre höchstrichterliche Steuerrechtsprechung in Deutschland

PräsBFH Prof. Dr. h.c. Rudolf Mellingerhoff

In dieser Ausgabe:

Quo vadis Digitalisierung der Justiz?

RA Prof. Dr. Wilfried Bernhardt, Staatssekretär a.D.

Mutter oder Vater? Abstammungs- und personenstandsrechtliche Fragen bei Kindern transsexueller Eltern – ein Überblick

RiAG Nils Thormeyer

Flaggenverbrennung strafrechtlich betrachtet: Kritische Anmerkungen zu § 90a StGB

Ref. iur. Dr. Tobias Ebling

Die Bekämpfung der Kriminalität in sozialen Netzwerken: Kritische Anmerkungen zum NetzDG

Ass. iur. Christian Schmitt und
Dipl.-Jurist Felix Maurer





juris PartnerModul

Transportrecht premium

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

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

Jeder Transport unterliegt Vorschriften aus den Bereichen des Zivilrechts, des öffentlichen Rechts und auch des Strafrechts. Die unzähligen gesetzlichen Bestimmungen und die sich daraus ergebenden Pflichten stellen hohe Ansprüche an die Beratungspraxis. Das juris PartnerModul hilft zu allen Themen des Transportrechts schnell und sicher weiter, ob auf der Straße, in der Luft oder auf dem Seeweg.

Mit wenigen Klicks durchsuchen Sie Kommentierungen der einschlägigen Vorschriften – z. B. zum Gesetz zur Reform des Seehandelsrechts, zum WaStrG, zum Güterkraftverkehrsrecht oder zu den ADSp. Sie informieren sich täglich über aktuelle nationale und internationale Entwicklungen. Sämtliche Querverbindungen zu den handels- und versicherungsrechtlichen Vorschriften sind berücksichtigt.

Die optimale digitale Aufbereitung und die Verlinkung der Kommentierungen, Handbücher und Zeitschriften untereinander sowie mit der juris Rechtsprechung, dem juris Bundesrecht und den verlagsunabhängigen juris Literaturnachweisen ermöglicht Ihnen ein komfortables Arbeiten bei maximaler Zeitersparnis.

Inhalt:

- Bruck/Möller VVG – Band 6/1
- Bruck/Möller VVG – Band 6/2
- Seehandelsrecht Band 1, Ramming
- Staub Handelsgesetzbuch: HGB – Band 12/1
- Staub Handelsgesetzbuch: HGB – Band 12/2
- Staub Handelsgesetzbuch: HGB – Band 14
- und viele weitere Titel

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



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

jurisAllianz

Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Zivil- und Wirtschaftsrecht

Quo vadis Digitalisierung der Justiz?

RA Prof. Dr. Wilfried Bernhardt, Staatssekretär a.D.

S. 310

Mutter oder Vater? Abstammungs- und personenstandsrechtliche Fragen bei Kindern transsexueller Eltern – ein Überblick

RiAG Nils Thormeyer

S. 317

Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis bei Kenntnis des Empfängers von der Nichtschuld

BGH, Urt. v. 31.01.2018 - VIII ZR 39/17

Prof. Dr. Frank Rosenkranz

S. 320

Beweisführung und freie Beweiswürdigung durch Anhörung der beweisbelasteten Partei

BGH, Beschl. v. 27.09.2017 - XII ZR 48/17

Prof. Dr. Dr. h.c. Hanns Prütting

S. 323

Arbeitsrecht

Befristete Arbeitsverträge im Profifußball

BAG, Urt. v. 16.01.2018 - 7 AZR 312/16

VRiLAG a.D. Dr. Ludger Backhaus

S. 324

Sozialrecht

Schülerunfallversicherung und organisatorische Verantwortung der Schule

BSG, Urt. v. 23.01.2018 - B 2 U 8/16 R

Ri'inSG Katharina Pfriendler, z. Zt. Wiss.

Mit. beim BSG

S. 327

Topthema:

Verwaltungsrecht

Die Planung von Höchstspannungsleitungen – entschiedene und (noch) offene Streitfragen

VRiBVerwG Prof. Dr. Rüdiger Rubel

S. 329

Staatsangehörigkeitsverlust durch Vaterschaftsanfechtung

BVerwG, Urt. v. 19.04.2018 - 1 C 1/17

Ri'inBVerwG Dr. Silke Wittkopp

S. 335

Weniger schlecht ist nicht gleich besser: Das wasserrechtliche Verschlechterungsverbot, das Verbesserungsgebot und die Anschlussurlaubnis

BVerwG, Urt. v. 02.11.2017 - 7 C 25/15

RiBVerwG Holger Böhm

S. 337

INHALT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Steuerrecht

Rücklagenbildung bei städtischen Schwimmbädern und anderen Regiebetrieben

BFH, Urt. v. 30.01.2018 - VIII R 75/13,
VIII R 42/15 und VIII R 15/16

Ass. iur. Simon Schachinger

S. 340

Strafrecht

Flaggenverbrennung strafrechtlich betrachtet: Kritische Anmerkungen zu § 90a StGB

Ref. iur. Dr. Tobias Ebling

S. 342

Die Bekämpfung der Kriminalität in sozialen Netzwerken: Kritische Anmerkungen zum NetzDG

Ass. iur. Christian Schmitt und

Dipl.-Jurist Felix Maurer

S. 346

INTERVIEW

100 Jahre höchstrichterliche Steuerrechtsprechung in Deutschland

Interview mit:

PräsBFH Prof. Dr. h.c. Rudolf Mellinghoff

S. 350

Spannungsreich



Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Winterhoff,
Hamburg

Wenn Recht und Technik aufeinanderstoßen, wird es mitunter spannungsreich. Dies gilt sowohl, wenn technikbezogene Sachverhalte zum Gegenstand rechtlicher Regelung werden, als auch dann, wenn die fortschreitende Technisierung die Rechtsanwendung selbst betrifft. Ein Beispiel für ersteres ist die Planung von Höchstspannungsleitungen, die im Zeitalter der Energiewende von immenser praktischer Bedeutung ist. Da ein Großteil der Windenergie in Norddeutschland produziert wird, müssen die Leitungen für den Transport des Stroms in den verbrauchsstärkeren Süden schnellstmöglich ausgebaut werden. Das für die Planung derartiger Höchstspannungsleitungen einschlägige Rechtsregime stellt Ihnen Prof. Dr. Rüdiger Rubel vor, der als Vorsitzender Richter am BVerwG u.a. für das Fachplanungsrecht zuständig ist. Unser Top-Beitrag macht Sie mit den einschlägigen Gesetzen ebenso vertraut wie mit dem Verfahren der Planung und den zu berücksichtigenden entgegenstehenden Belangen (z.B. elektromagnetische Felder, Lärm, Naturschutz). Eine Besonderheit besteht darin, dass die seit dem Jahr 2011 für die Planung zuständige Bundesnetzagentur in einem ersten Schritt lediglich einen Trassenkorridor festlegt, während eine parzellenscharfe Entscheidung über den Leitungsverlauf erst in einem zweiten Schritt erfolgt. Mit Rechtsprechung des insoweit allein zuständigen BVerwG zu den zahlreichen sich stellenden Rechtsfragen ist ab 2019 zu rechnen.

Einen weiteren technikbezogenen Sachverhalt, dem sich das vorliegende Heft widmet, stellen die sozialen Netzwerke dar. Die Reaktion des Gesetzgebers auf das Phänomen der „Hasskriminalität im Internet“ manifestiert sich im sog. Netzwerkdurchsetzungsgesetz, das den Betreibern sozialer Netzwerke die Pflicht auferlegt, rechtswidrige Inhalte innerhalb bestimmter Fristen zu löschen. Wird der Staat dadurch seiner Verantwortung, die Rechtsordnung durchzusetzen, noch gerecht? Verletzt eine angesichts hoher Bußgeldandrohungen möglicherweise vorschnelle Löschung von Einträgen durch Facebook & Co. das Grundrecht der Meinungsfreiheit? Fehlt es grundgesetzwidrig an Rechtsschutz gegen die unberechtigte Löschung von Beiträgen? Diesen und anderen Fragen gehen Christian Schmitt und Felix Maurer in ihrem Aufsatz zum Netzwerkdurchsetzungsgesetz nach.

Die Technisierung der Rechtsanwendung selbst ist in Gestalt des Themas Digitalisierung der Justiz Gegenstand eines weiteren Beitrags aus unserer Quo vadis-Reihe, die der Erörterung ausgewählter Gesetzgebungsvorhaben der neuen Bundesregierung dient. Mit welchen Maßnahmen ist bei Zugrundlegung der Koalitionsvereinbarung in den kommenden Jahren zu rechnen? Bleibt es bei dem derzeitigen „Flickenteppich“ der E-Justice-Landschaft, oder strebt die Bundesregierung wenigstens für die Bundesgerichte eine einheitliche E-Akten-Lösung an? Wie wird sich der elektronische Rechtsverkehr auf deutscher und europäischer Ebene weiterentwickeln? Unser Autor Rechtsanwalt Prof. Dr. Wilfried Bernhardt wagt eine Prognose.

Weniger technikaffine Leserinnen und Leser seien beruhigt: Die jM enthält wie stets auch gänzlich „untechnische“ Aufsätze und Anmerkungen, etwa zu abstammungs- und personenstandsrechtlichen Fragen bei Kindern transsexueller Eltern, zur strafrechtlichen Würdigung der Verbrennung von Flaggen und zur Befristung von Arbeitsverträgen im Profifußball. Den Abschluss bildet ein Interview mit dem Präsidenten des BFH Prof. Dr. Rudolf Mellinghoff aus Anlass des hundertjährigen Jubiläums höchstrichterlicher Steuerrechtsprechung in Deutschland. Mellinghoff erinnert nicht nur an die Umstände der Entstehung und an die Rechtsprechung des RFH in Zeiten der nationalsozialistischen Diktatur, sondern gibt auch einen Ausblick auf künftige Herausforderungen für die höchstgerichtliche Finanzrechtsprechung.

Eine spannende Lektüre der vorliegenden Doppelausgabe der jM wünscht Ihnen – auch im Namen der anderen Herausgeber und Experten – Ihr

Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Winterhoff

Quo vadis Digitalisierung der Justiz?

RA Prof. Dr. Wilfried Bernhardt, Staatssekretär a.D.

A. Einleitung

Das Thema der Digitalisierung und der digitalen Transformation hatte im Wahlkampf 2017 eine große Bedeutung gespielt. So ist es nicht verwunderlich, dass auch der Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 07.02.2018¹ an vielen Stellen digitale Herausforderungen explizit benennt und Aktivitäten ankündigt. Die Justiz bildet dabei keine Ausnahme, wenngleich eine systematische, kompakte Darstellung von geplanten E-Justice-Aktivitäten im Koalitionsvertrag fehlt. Es lohnt sich aber, die einzelnen, im Text eher verstreut vorzufindenden Ankündigungen der Koalitionsvereinbarung auf der Basis des gegenwärtigen Standes der Digitalisierung der Justiz anhand von zehn Themenfeldern zu analysieren und daraus Erwartungen für die Zukunft abzuleiten.

B. Die einzelnen Ankündigungen des Koalitionsvertrages

„Wir werden die Digitalisierung der Justiz in allen Bereichen konsequent und einheitlich vorantreiben“.² Dieser plakative Satz mag als Reaktion auf den schon seit Jahren in Deutschland kritisierten „Flickenteppich“³ der E-Justice-Landschaft mit den verschiedenen Fachanwendungen und Portalen zu verstehen sein. Der Satz wirft indessen einige Fragezeichen auf: Was verstehen die Koalitionspartner unter „Digitalisierung der Justiz“? Wo sehen sie die Handlungsschwerpunkte? Wie ist der Begriff „einheitlich“ zu verstehen? Sicherlich werden sich die Bemühungen um eine Digitalisierung auf die Bundesgerichte konzentrieren, denn hierauf bezieht sich die Kompetenz des BMJV und des BMAS. Die Aufteilung der Zuständigkeit für die Bundesgerichte zwischen zwei und mehr Ministerien führte oft nicht zu einer eigentlich wünschenswerten homogeneren Digitalisierung der Bundesjustiz. Man wird sich dennoch zwischen den zuständigen Ressorts auf ein gemeinsames Vorgehen verständigen müssen, um möglichst für einen effizienten IT-Einsatz an den Bundesgerichten zu sorgen.

I. Einführung der elektronischen Gerichtsakte

Mit Spannung dürfte die weitere Entwicklung bei der Einführung der elektronischen Gerichtsakte zu verfolgen sein. Ist die Ankündigung im Koalitionsvertrag so zu verstehen, dass die Koalition eine einheitliche E-Akten-Lösung für die Bundesgerichte anstrebt – anknüpfend an die Bestrebun-

gen der Länder, eine möglichst einheitliche Verfahrensakte zu schaffen?

Ist es überhaupt erstrebenswert, eine Ein-Produkt-Lösung zu verfolgen? Hält nicht das Warten auf einheitliche, von allen Gerichten einsetzbare Produkte sogar Verantwortliche der Gerichtsverwaltungen davon ab, energisch die Umstellung von Papier auf Elektronik voranzutreiben? Zwar ist es weiterhin sinnvoll – ganz im „Geist von Kloster Eberbach“⁴ –, die Schaffung von digitalen Gerichtsakten zu standardisieren und geeignete Schnittstellen für den gerichtsübergreifenden Aktenaustausch einzuführen. Bei einer Aktenlösung, die aber auch zukünftige, aus den dynamischen Fortentwicklungen der Informationstechnik folgende Herausforderungen meistern soll – etwa das Einbinden von Elementen künstlicher Intelligenz –, wäre es besser, nach marktwirtschaftlichen Prinzipien von der Privatwirtschaft erarbeitete Angebote zu setzen. Dies fordert auch das Prinzip der „digitalen Gewaltenteilung“.⁵ Der Staat sollte sich insoweit bei der Entwicklung von IT-Lösungen gegenüber den privaten Akteuren auf dem IT-Markt im Sinne eines „technical self-restraint“ zurückhalten.

Zwar haben sich die Länder bereits 2017 darauf verständigt, ein einheitliches, sogar fachgerichtsübergreifendes Fachver-

- 1 Ein neuer Aufbruch für Europa – Eine neue Dynamik für Deutschland – Ein neuer Zusammenhalt für unser Land – Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, Berlin, 07.02.2018 (Koalitionsvertrag 2018)
- 2 Siehe Koalitionsvertrag Rn. 5773.
- 3 Jost/Krempe, NJW 2017, 2705, 2708.
- 4 Damit ist die Einigung der Justizstaatssekretäre von 2008 im Zisterzienserkloster Eberbach auf ein gemeinsames Vorgehen zur Schaffung standardisierter IT-Verfahren gemeint, siehe dazu Bernhardt, NJW 2015, 2778.
- 5 Digitale Gewaltenteilung als Marktverantwortung, Studie, 2016, file:///C:/Users/arnoe/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/41FQF3TX/Heckmann-Bernhardt-Studie-Digitale-Gewaltenteilung.pdf (zuletzt abgerufen am 13.06.2018).

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.

fahren in Auftrag zu geben und „die weitere Entwicklung der das Fachverfahren umgebenden Systeme für E-Aktenbearbeitung, Postverarbeitung und Textgenerierung so auszugestalten, dass die fachverfahrensseitigen Aufwände für den Anschluss dieser Systeme minimiert werden“. Dabei ist allerdings weiterhin Skepsis angesagt, ob es gelingen wird, innerhalb eines vernünftigen Zeitrahmens eine solche Vereinheitlichung zu erreichen. Denn schon in der Vergangenheit erwiesen sich 16-Länder-Projekte zur vollständigen Vereinheitlichung von IT-Lösungen als (zu) ambitioniert. Zu erinnern sei an das Projekt zur Einführung eines bundeseinheitlichen Datenbankgrundbuchs. Die Projekthistorie geht bis in das Jahr 2004 zurück,⁶ die der Projektwebsite zu entnehmende Meilensteinplanung reicht (zunächst?) bis in das Jahr 2020. Eine solch lange Projektlaufzeit verstärkt die Gefahr, dass in einzelnen teilnehmenden Ländern die erforderliche politische Unterstützung schwindet bzw. das Projekt mit den IT-Entwicklungen und kreativen neuen Ansätzen außerhalb des Projekts nicht Schritt halten kann. So prüft z.B. eine Arbeitsgruppe an der EBS Law School in Wiesbaden, ob zukünftig Gerichtsakten elektronisch in einem elektronischen gerichtlichen Datenraum vorzuhalten sind und sich dann anwaltliche Parteivertreter mit einem eigenen anwaltlichen elektronischen Datenraum an den gerichtlichen Datenraum anschließen und die Inhalte synchronisieren können.⁷

Bundesgerichte sind allerdings gut beraten, sich an den Länderlösungen für die elektronische Gerichtsakte zu orientieren, zumindest geeignete Schnittstellen für den Aktenaustausch im Instanzenzug anzubieten. Denn aus der Sicht der Nutzer sollten digitale Instrumente im gesamten Instanzenzug zur Verfügung stehen – ohne aufwendige Medienbrüche. Anfang der 2000er Jahre verfolgte der Bund die Strategie, mit einer schnellen Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs die Länder ihrerseits zu einer beschleunigten Justizdigitalisierung zu motivieren, um nicht die Vorteile von E-Justice erst in letzter Instanz sichtbar werden zu lassen. Eine solche Motivationswirkung trat nur begrenzt ein. Es dauerte teilweise viele Jahre, bis sich die Gerichte in den Ländern für den elektronischen Rechtsverkehr öffneten. Es stellt sich daher die Frage, ob nun unter dem Ziel der „Einheitlichkeit“ eine stärkere Parallelität bei der Einführung der elektronischen Gerichtsakte von Bund und Ländern zu erwarten ist.

Zuletzt hat das Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs vom 05.07.2017⁸ auch die Strafgerichtsbarkeit und die Staatsanwaltschaften in die Pflicht genommen. Zwar gibt dieses Gesetz den Justizverwaltungen bis zum 01.01.2026 Zeit, die elektronische Akte flächendeckend einzuführen, und nimmt damit Rücksicht auf die Haltung der meisten Länder, die sich nicht imstande sahen, die Herausforderungen der Umstellung von Papier auf eine si-

chere und ergonomische elektronische Akte in kurzer Zeit zu bewältigen. Aber es ist für ehrgeizigere Justizverwaltungen von Bund und Ländern durchaus vorstellbar, durch Verordnungen eine elektronische Gerichtsakte an einzelnen Gerichten oder flächendeckend für ein Land oder den Bund einzuführen (§ 32 Abs. 1 StPO). Die Möglichkeit, die elektronische Gerichtsakte zur führenden Akte zu erklären, hat der Gesetzgeber bereits mit dem Justizkommunikationsgesetz 2005 z.B. durch Einfügung des § 298a ZPO geschaffen.⁹ Von Landesrechtsverordnungen bzw. deren Anlagen abgesehen, welche die elektronische Aktenführung für einzelne Gerichte oder Verfahren eröffnen,¹⁰ ist es leider noch nicht zu einem Umlernen des „digitalen Schalters“ in größerem Umfang bei den Gerichtsakten gekommen. Dabei wächst der Druck, elektronische Eingänge bei den Gerichten auch in einer führenden elektronischen Akte weiterbearbeiten zu können. Nachdem bereits das Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs bei den Gerichten vom 10.10.2013¹¹ (im Folgenden: E-Justice-Gesetz) für den Zeitraum ab 01.01.2018 die Möglichkeit vorgesehen hatte, Dokumente in den meisten Gerichtsbarkeiten mit qualifizierter elektronischer Signatur oder (einfach signiert) auf einem sicheren Übermittlungsweg (z.B. gem. § 130a Abs. 4 ZPO) rechtswirksam einzureichen, sollten nun auch Strafverfolgungsorgane und Strafgerichte die Möglichkeit für entsprechende elektronische Zugänge schaffen (§ 32a StPO). § 15 EGStPO ließ einen „Opt-out“ durch Verordnung und eine Verschiebung auf den 01.01.2019 oder den 01.01.2020 zu.¹² Diese Möglichkeit haben – soweit ersichtlich – Baden-Württemberg, Brandenburg, Rheinland-Pfalz und Sachsen genutzt. Die anderen Länder, die eine flächendeckende elektronische Einreichung von Anträgen zuließen, ohne eine elektronische Weiterverarbeitung zu ermöglichen, hoffen offenbar darauf, dass die Anwälte nicht in größerem Umfang den digitalen Gerichtszugang nutzen.

Auch an den Bundesgerichten, die einstmals zu Vorreitern beim elektronischen Rechtsverkehr in Deutschland gehörten, wird allenfalls die elektronische Gerichtsakte als „Zweitakte“ angeboten. Dabei hätte es den Bundesgerichten gut zu

6 www.grundbuch.eu/nachrichten/.

7 Regeln für ein grds. elektronisch geführtes Erkenntnisverfahren, Köbler/Weller, AnwBl. Online 2018, 383 ff. Den elektronischen Versand von Dateien sieht auch Ory als eine Übergangslösung an: Interview, jM 2018, 261 ff.

8 BGBl. I 2017, 2208.

9 BGBl. I 2005, 837.

10 Derzeit ist die elektronische Aktenführung z.B. für einzelne Verfahren am ArbG Stuttgart, LG Mannheim, SG Karlsruhe, Finanzgericht, Landesarbeitsgericht, VG Sigmaringen, AG Mannheim und OLG Karlsruhe, an den LG Landshut, Regensburg und Coburg eingeführt.

11 BGBl. I 2013, 3786.

12 Zu den (komplizierten) Wirkungen der Opt-out-Klausel: Kegel, JurPC Web-Dok. 155/2017, Abs. 1 – 19.

Gesicht gestanden, dem Leitbild des Bundesgesetzes entsprechend mit einer frühzeitig vollständigen elektronischen Gerichtsakte vorbildhaft voranzugehen. Wünschenswert wäre, dass die Bundesregierung die Digitalisierung an den Bundesgerichten wieder zu einem prioritären Ziel erhebt. Gerade Bundesgerichte – wie das BPatG –, die bereits partiell eine elektronische Akte als Hybridakte geschaffen haben, werden den doppelten Aufwand (E-Akte und führende Papierakte) wegen des zwangsläufig umfangreichen Medienbruchs allenfalls über einen kurzen Zeitraum rechtfertigen können. Teure Investitionen in „elektronische Gerichtssäle“¹³ zahlen sich nur dann aus, wenn die Prozesse auch wirklich (fast) vollständig digital geführt werden können.

II. Fortentwicklung des elektronischen Rechtsverkehrs

Bereits das E-Justice-Gesetz von 2013 hat auch Pflichten für professionelle Nutzer der Gerichte geschaffen: Etwa die Pflicht zur passiven Nutzung des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs (beA) für Rechtsanwälte (§ 31a Abs. 6 BRAO) sowie die ab 01.01.2022 geltende Pflicht für Rechtsanwälte, andere vertretungsberechtigte Personen sowie Behörden oder juristische Personen des öffentlichen Rechts, vorbereitende Schriftsätze bzw. schriftlich einzureichende Anträge und Erklärungen in elektronischer Form einzureichen (z.B. § 130d n.F. ZPO). Das Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs hat diese Pflicht auch auf die Kommunikation mit den Strafverfolgungsbehörden und den Strafgerichten ausgedehnt.

Der Start in die Realisierung dieser Verpflichtung war allerdings holprig: Das beA musste bekanntlich wegen erheblicher IT-Sicherheitsprobleme von der Bundesrechtsanwaltskammer außer Betrieb gesetzt werden,¹⁴ die passive Nutzungspflicht läuft daher leer. Derzeit ist noch nicht absehbar, wann das beA wieder in Betrieb gesetzt werden kann.¹⁵ Zuletzt hatte die Bundesrechtsanwaltskammer Anfang Juni 2018 die von ihr mit der Prüfung der IT-Sicherheitsfragen des beA beauftragte Security Networks AG (secunet) um eine Überarbeitung des Abschlussberichtes gebeten.¹⁶ Störungsfreier verläuft offenbar die parallele Einrichtung und Nutzung des besonderen Behördenpostfachs (beBPo) und des besonderen Notarpostfachs (beN). Eine wirklich effiziente Nutzung der Postfächer setzt allerdings voraus, dass die Postfächer nicht nur für die Kommunikation zwischen den Gerichten und den Angehörigen der jeweiligen professionellen Nutzer eingesetzt werden können, sondern auch für die Kommunikation der professionellen Nutzer untereinander oder mit Bürgern zum Einsatz gelangen können. So wäre anzustreben, das beBPo mit dem beA zu verbinden und eine Dokumentenübermittlung ohne Anbringen einer qualifizierten

elektronischen Signatur in beiden Richtungen zu öffnen. Dazu bedürfte es allerdings noch einer Rechtsverordnung auf der Grundlage der Ermächtigung des § 130a Abs. 2 und 4 Nr. 3 Halbsatz 2 ZPO bzw. einer Rechtsverordnung auf der Basis des § 3a Abs. 4 Nr. 4 VwVfG.¹⁷

Darüber hinaus hat die eIDAS-Verordnung¹⁸ im Gegensatz zum deutschen Signaturgesetz explizit eine Fernsignatur als qualifizierte elektronische Signatur zugelassen.¹⁹ Auch wenn die eIDAS-VO nicht zwingend in sog. geschlossenen Nutzergruppen anwendbar war, so hat doch Art. 12 eIDAS-Durchführungsgesetz²⁰ das Signaturgesetz mittlerweile außer Kraft gesetzt. Somit dürfte dem Einsatz einer Fernsignatur auch in der Justiz nichts mehr im Wege stehen. Zwar ist mit der Fernsignatur auch der Einsatz eines sog. HSM (Hardware Security Module) verbunden; dennoch dürften die Risiken beherrschbar sein, sofern es gelingt, die Fehler bei der Entwicklung des beA zu vermeiden.²¹ Zudem kommen solche Fernsignaturen zukünftig ja in der gesamten EU zum Einsatz. Damit sind sie auch zukunftsfähig, weil sich europäische Lösungen nicht so schnell wie nationale Entwicklungen abschaffen lassen.

Sie sind auch leicht handhabbar, da sie auf die Anschaffung von Signaturkarten verzichten. Dies ermöglicht wohl auch einen flächendeckenden Einsatz in den Justizkommunikationsbeziehungen und lässt eine Sonderinfrastruktur durch elektronische Postfächer langfristig nicht mehr zwingend erforderlich erscheinen. Insgesamt bedarf das Recht der elektronischen Einreichung²² einer Vereinfachung, um den Anwendungskomfort zu verbessern.

13 www.bundespatentgericht.de/cms/index.php?option=com_content&view=article&id=101&Itemid=91&lang=de (zuletzt abgerufen am 13.06.2018).

14 Dazu die Website der BRAK: bea.brak.de/fragen-und-antworten/e-bea-muss-vorerst-offline-bleiben-fragen-und-antworten/ (zuletzt abgerufen am 13.06.2018).

15 Seit dem 04.07.2018 ist die Erstregistrierung für Anwälte wieder möglich. Der Neustart des beA soll am 03.09.2018 erfolgen (vgl. www.brak.de/fuer-anwaelte/bea-das-besondere-elektronische-anwaltspostfach; zuletzt abgerufen am 10.07.2018).

16 file:///C:/Users/arnoe/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/4EWJU4QV/pi-17_anlage.pdf (zuletzt abgerufen am 13.06.2018).

17 Bernhard, NJW-Beil. 2016, 103, 106.

18 VO (EU) Nr. 910/2014 des europäischen Parlaments und des Rates vom 23.07.2014 über die elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der RL 1999/93/EG, ABl. Nr. L 257, 53.

19 Bernhard/Heckmann in: Heckmann, jurisPK-Internetrecht, 5. Aufl. 2017, Kap. 6, Rn. 165; Bernhard, NJW-aktuell 20/2016, 17.

20 BGBl. I 2017, 2745.

21 Zuletzt Ory, jM 2018, 262.

22 Mardorf, jM 2018, 140.

III. Europäische Perspektiven stärken

1. Vorbereitung eines neuen „Mehrjährigen Aktionsplans für europäisches E-Justice“

Im Laufe der Legislaturperiode wird Deutschland den EU-Ratsvorsitz übernehmen (im zweiten Halbjahr 2020). Üblicherweise startet die Vorbereitung auf dieses Ereignis schon eine beträchtliche Zeit vorher, müssen doch für Veranstaltungen und Aktionen des Ratsvorsitzes rechtzeitig erforderliche Ressourcen eingeworben werden. Während des letzten Ratsvorsitzes im ersten Halbjahr 2007 nutzte Deutschland die Chance, mit den anderen EU-Mitgliedstaaten die Einsetzung einer E-Justice-Ratsarbeitsgruppe auf europäischer Ebene zu vereinbaren und dort den Ko-Vorsitz zu übernehmen.²³ Auch schlug Deutschland vor, ein E-Justice-Portal auf europäischer Ebene aufzubauen. Der Aufbau und die Fortentwicklung des E-Justice-Portals gerieten zu einer wahren Erfolgsgeschichte. Nun ist es Aufgabe der Bundesregierung, ein Konzept für eine neue Dimension von E-Justice in Europa zu entwerfen. Derzeit steht die Erneuerung des sog. Mehrjährigen Aktionsplans von 2014 für die europäische E-Justice (2014 – 2018)²⁴ auf der politischen Agenda. Da der Aktionsplan auch den Zeitraum der deutschen Ratspräsidentschaft erfassen wird, sollte die Bundesregierung nun intensiven Einfluss auf die Gestaltung ausüben.

2. E-Evidence

Im Koalitionsvertrag findet sich lediglich die Ankündigung, man werde sich dafür einsetzen, „dass der EU-Rechtsrahmen für ‚Justice in Cyberspace/E-Evidence‘ sowohl die schützenswerten Interessen der Dateninhaberinnen und -inhaber, der Netzgemeinde und der Provider berücksichtigt als auch dem Bedürfnis der Strafverfolgungspraxis nach Beschleunigung Rechnung trägt“. Insbesondere werde die Koalition sich „für die Transparenz der Verfahren und dafür einsetzen, dass hohe rechtsstaatliche Standards gewährleistet sind“.²⁵ In der Tat kommen die Verhandlungen über die Frage, wie der Rechtsrahmen für den grenzüberschreitenden Zugriff auf elektronische Beweismittel im Strafverfahren („E-Evidence“) zu gestalten ist, nun in eine entscheidende Phase.

Am 17.04.2018 präsentierte die EU-Kommission Vorschläge,²⁶ die dazu beitragen sollen, dass Strafverfolgungsorgane effektiver auf elektronische Beweismittel zugreifen können. So hat die EU-Kommission einen Verordnungsvorschlag für Europäische Sicherungs- und Herausgabebeanordnungen für elektronische Beweismittel in Strafverfahren vorgelegt. Die vorgeschlagene Sicherungsanordnung sieht die Befugnis der mitgliedstaatlichen Justizbehörden vor, Diensteanbieter mit Niederlassung in der EU oder deren Vertreter in einem anderen Mitgliedstaat aufzufordern, bestimmte Daten für die Strafverfolgungsbehörden zu speichern, ohne den Umweg über die entsprechenden nationalen Justizbehörden gehen zu müssen.

Die Herausgabebeanordnung ermöglicht, dass mitgliedstaatliche Justizbehörden elektronische Beweismittel (z.B. E-Mails) bzw. die in der Folge der Sicherungsanordnung gespeicherten Daten direkt von dem jeweiligen Serviceprovider oder dessen gesetzlichen Vertretern in einem anderen Mitgliedstaat mit einem EPOC-Formblatt (European Production Order Certificate) anfordern können. Allein der Verdacht einer Straftat soll für die Staatsanwaltschaften ausreichen, um die Herausgabe von Verkehrsdaten verlangen zu können. Als rechtsstaatliche Schutzmaßnahme ist vor allem ein Richtervorbehalt für eine Anordnung vorgesehen, Inhaltsdaten herauszugeben. Ein Anspruch auf Herausgabe der Inhaltsdaten soll ferner nur bestehen, wenn sich der Verdacht auf eine Straftat bezieht, die im ermittelnden Staat mit mindestens drei Jahren Freiheitsstrafe geahndet wird oder einen Bezug zu Cybercrime oder Terrorismus aufweist. Zwar betont Art. 1 Abs. 2 der vorgeschlagenen Verordnung die Grundrechtsbindung des Kommissionsvorschlags.²⁷ Dennoch erscheinen die Vorschläge zum Teil rechtsstaatlich bedenklich. So prüft zukünftig nicht mehr eine öffentliche Stelle, sondern der Diensteanbieter, ob das Formblatt formale Mängel enthält bzw. ob die Anordnung offensichtlich missbräuchlich ist oder offenkundig europäische Grundrechte verletzt. Dies stößt im Hinblick auf eine „Privatisierung der Rechtshilfe, ja eine Privatisierung des (Grund-) Rechtsschutzes“ zu Recht auf Kritik.²⁸ Die vorgesehenen Maßnahmen gehen z.B. beim Zugriff auf Verkehrsdaten auch über das hinaus, was derzeit nach der deutschen Strafprozessordnung vorgesehen ist (§ 100g StPO). Hier ist eine klare Positionierung der Bundesregierung und des Bundestages gefragt.

3. Standardisierung im Rahmen von europäischen E-Justice-Projekten

Europäische E-Justice-Politik sollte sich aber nicht allein auf Bemühungen um eine Effizienzsteigerung bei elektronischen Strafverfolgungsmaßnahmen konzentrieren. Denn es gilt, möglichst in der EU in allen Rechtsgebieten die Hürden abzubauen, die sich gerade im grenzüberschreitenden Justizverkehr noch stellen. Das Projekt e-CODEX²⁹ hat hier Instrumen-

23 Bernhardt, JurPC Web-Dok. 75/2007, Abs. 1 – 43.

24 ABl. Nr. C 182/02.

25 Rn. 5873 ff.

26 ec.europa.eu/info/sites/info/files/placeholder.pdf (zuletzt abgerufen am 13.06.2018).

27 „This Regulation shall not have the effect of modifying the obligation to respect the fundamental rights and legal principles as enshrined in Article 6 of the TEU, including the rights of defence of persons subject to criminal proceedings, and any obligations incumbent on law enforcement or judicial authorities in this respect shall remain unaffected“.

28 Brodowski, NJW-aktuell 25/2018, 14.

29 www.e-codex.eu/ (zuletzt abgerufen am 13.06.2018); nähere Erläuterungen finden sich auf der Justiz-Website von NRW: www.justiz.nrw.de/JM/doorpage_online_verfahren_projekte/projekte_d_justiz/ecodex/index.php (zuletzt abgerufen am 13.06.2018).

te erarbeitet, die nachhaltig für die verschiedenen Justizanwendungen zu nutzen sind. Für Unionsbürger sollte es zukünftig gerade bei der Wirksamkeit grenzüberschreitender Rechtsverfolgung keinen Unterschied ausmachen, in welchem Mitgliedstaat sie sich aufhalten. Auch eine stärker europäisch fokussierte Standardisierung ist gefragt. Der E-Justice-Rat³⁰ hat im nationalen Rahmen und in Partnerschaft mit dem IT-Planungsrat als eine Hauptaufgabe die Bemühung um Standardisierung etwa beim elektronischen Rechtsverkehr oder bei der Gestaltung der elektronischen Gerichtsakte übernommen. Dabei wäre es von Vorteil, von vornherein Standards zu entwickeln, die auch einen europäischen Einsatz ermöglichen.

IV. Justizleistungen über Portale aufrufbar?

Wie Europa z.B. im Bereich E-Government zusammenwächst, zeigt sich in den Bemühungen um Schaffung eines Single Digital Gateway.³¹ Das Europäische E-Justice-Portal³² kann dabei wertvolle Beispiele dafür aufzeigen, wie europäische Portalanwendungen einen Mehrwert für die Unionsbürger schaffen können. Allerdings dürften sich die Anstrengungen um Zusammenführung von Verwaltungsdienstleistungen über europäische und nationale Portale auch auf bestimmte Justizanwendungen auswirken.

Aufbauend auf einer gleichzeitig verabschiedeten Ergänzung des Art. 91c Abs. 5 Grundgesetz sieht § 1 OZG (Onlinezugangsgesetz vom 14.08.2017)³³ die Verpflichtung von Bund und Länder vor, bis spätestens 31.12.2022 ihre Verwaltungsleistungen auch elektronisch über Verwaltungsportale anzubieten und ihre Verwaltungsportale miteinander zu einem Portalverbund zu verknüpfen. Schließlich verpflichtet § 3 Abs. 2 OZG Bund und Länder, im Portalverbund Nutzerkonten zur Identifizierung und Authentifizierung von Nutzern bereitzustellen.³⁴ Was das Gesetz unter „Verwaltungsleistungen“ versteht, wird nicht definiert. Zwar dürften Rechtsprechungsaufgaben nicht darunterfallen, wohl aber Auskünfte und die Weiterverwendung von Daten aus Justizregistern wie dem Handelsregister oder dem Grundbuch.

Die eigentliche Herausforderung dürfte darin bestehen, personenbezogene Registrierungsdaten zu verifizieren und sie in anderen Verwaltungszusammenhängen zu verwenden. Der Koalitionsvertrag kündigt insoweit an,³⁵ der elektronische Personalausweis werde „zu einem universellen, sicheren und mobil einsetzbaren Authentifizierungsmedium“ entwickelt. Der praktische Einsatz müsse „deutlich benutzerfreundlicher“ werden. „Wir wollen weitere private und öffentliche Einsatzbereiche erschließen. Wir verankern eine Opt-in-Lösung, die das Zustimmungsrecht der Bürgerinnen und Bürger festschreibt. Damit ermöglichen wir Behörden, Daten über gemeinsame Register und eindeutige, registerübergreifende Identifikationen zu verknüpfen („once only“-

Prinzip). Wir werden die öffentlichen Register modernisieren und dafür die Vorschläge des Normenkontrollrates prüfen“. Der Nationale Normenkontrollrat hat sich mit seinem letzten Gutachten³⁶ unter Hinweis auf ein Gutachten von Martini/Wagner/Wenzel³⁷ intensiv mit der Frage befasst, wie Registerdaten fehlerfrei Einzelpersonen zugeordnet und somit die in den verschiedenen Registern vorrätigen Daten verknüpft werden können. Bekanntlich hat sich das BVerfG im sog. Volkszählungsurteil³⁸ gegen eine Zusammenführung von Verwaltungsdaten ausgesprochen.

Der Normenkontrollrat plädiert unter Hinweis auf das österreichische Beispiel dafür, eine Personenkennziffer als „geheime Stammzahl“ zu generieren, die dann alle unter den bereichsspezifischen Personenkennziffern verbundenen Daten in den Registern verknüpft. Der Einsatz einer einheitlichen Personenkennziffer als Metaebene für nationale Register sei dann verantwortbar, wenn ihr Missbrauch zu Zwecken rechtswidriger Zusammenführung sowohl rechtlich (durch Strafbewehrung) als auch faktisch durch geeignete Sicherungsmaßnahmen, insbesondere durch eine organisatorische und technische Sicherung der PKZ-Verwaltung bei der Datenschutzaufsichtsbehörde wirksam verhindert werde.³⁹ Die Datenschutzaufsichtsbehörde erhält allerdings damit eine neue Verwaltungsfunktion, die schwerlich mit ihren von der DSGVO vorgesehenen Kontrollaufgaben vereinbar sein dürfte. Daher sind andere technische und organisatorische Lösungen zu finden, die ohne eine solche vom Datenschutzbeauftragten verwaltete Stammzahl eine fehlerfreie Verwendung von Registrierungsdaten ermöglicht. In jedem Fall bedürfen die Konzepte des Normenkontrollrats im Hinblick auf

30 Zu seiner Stellung und seinen Aufgaben: justiz.de/e_justice_rat/index.php (zuletzt abgerufen am 13.06.2018).

31 Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Einrichtung eines zentralen digitalen Zugangstors zu Informationen, Verfahren, Hilfs- und Problemlösungsdiensten und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 vom 02.05.2017, COM(2017) 256 final.

32 e-justice.europa.eu/home.do?plang=de&action=home (zuletzt abgerufen am 13.06.2018).

33 BGBl. I 2017, 3122, 3138.

34 Dazu Hermann/Stöber, NVwZ 2017, 1401 ff.

35 Rn. 2041 ff.

36 www.normenkontrollrat.bund.de/Webs/NKR/Content/DE/Download/2017-10-06_download_NKR%20Gutachten%202017.pdf?__blob=publicationFile&v=5 (zuletzt abgerufen am 13.06.2018).

37 Martini/Wagner/Wenzel, Rechtliche Grenzen einer Personen- bzw. Unternehmenskennziffer in staatlichen Registern, 2017, www.normenkontrollrat.bund.de/Webs/NKR/Content/DE/Download/2017-10-06_download_NKR%20Gutachten%202017_Anlage%20Untersuchung_Datenschutz.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 13.06.2018); Kurzzusammenfassung ZD-Aktuell 2017, 04272.

38 BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 - 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83.

39 Gutachten Martini/Wagner/Wenzel S. 48.

die Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz nochmals einer intensiven Prüfung.

V. Datenaustausch mit der Polizei

Bedeutsam ist auch der Datenaustausch zwischen Polizei und Justiz im Bereich der Strafverfolgung. Hier verspricht der Koalitionsvertrag eine Verbesserung.⁴⁰ Bereits das Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs vom 05.07.2017⁴¹ verpflichtet die Strafverfolgungsorgane (Polizei, Staatsanwaltschaft) zum elektronischen Datenaustausch mit den Gerichten. § 32b Abs. 3 StPO normiert: „Werden die Akten elektronisch geführt, sollen Strafverfolgungsbehörden und Gerichte einander Dokumente als elektronisches Dokument übermitteln“. Bestimmte, in § 32b Abs. 2 Satz 2 StPO genannte Dokumente müssen sogar elektronisch übermittelt werden. Eine Rechtsverordnung der Bundesregierung (bzw. im Fall einer Delegation die Bundesministerien) mit Zustimmung des Bundesrates wird die für die Erstellung elektronischer Dokumente und deren Übermittlung zwischen Strafverfolgungsbehörden und Gerichten geltenden Standards bestimmen. Die Verpflichtungen zur elektronischen Übermittlung der Dokumente treten aber erst ein, wenn bei den Strafverfolgungsbehörden und bei den Gerichten bereits die (führende) elektronische Gerichtsakte (spätestens zum 01.01.2026) eingeführt wurde. Die Ankündigung im Koalitionsvertrag ist daher wohl so zu verstehen, dass bereits vorher Maßnahmen zum verbesserten elektronischen Datenaustausch getroffen werden können. Schon jetzt sind dabei aber die in der StPO vorgesehenen Datenschutz- und Datensicherheitsvorgaben zu beachten.

VI. Nutzung moderner Techniken (Künstliche Intelligenz, Blockchains)

Neue Technologien dürften ebenfalls darauf zu prüfen sein, welchen Einfluss sie auf die Justiz haben werden. Das gilt z.B. für den Einsatz künstlicher Intelligenz und für die Blockchains. Im Koalitionsvertrag ist ein Justizbezug direkt nur insoweit angesprochen, als er ankündigt, den „Verbraucherinnen und Verbrauchern die Rechtsdurchsetzung durch Digitalisierung, insbesondere bei Smart Contracts“ zu erleichtern und deshalb „die Entwicklung der automatischen Vertragsentschädigung zu fördern und rechtssicher“ zu gestalten.⁴² Unklar bleibt, ob und an welcher Stelle Gesetzesänderungen geplant sind. Mittlerweile gibt es zu diesen neuen Ansätzen auch rechtliche Untersuchungen, die zum Ergebnis kommen, Smart Contracts seien mit den hergebrachten Regeln des bürgerlichen Rechts gut erfassbar. Gesetzliche Nachjustierungen seien dann veranlasst, wenn Formerfordernisse sich nicht in der Blockchain abbilden lassen.⁴³ Offen ist die Frage, wie die Blockchain und die künst-

liche Intelligenz die richterliche Arbeit zukünftig beeinflussen werden. So kommt Heckelmann zum Schluss, dass Smart Contracts die gewohnte „Kauterlarjurisprudenz ganz oder teilweise ersetzen könnten“, derzeit aber nicht den Richter. Da aber der Richter seine Entscheidung auf der Kenntnis einer Vielzahl früherer Entscheidungen und wertenden Betrachtungen gründe und damit auf Bausteinen, aus denen Automaten entwickelt werden, sei es überlegenswert, dies durch eine Software erledigen zu lassen. Dennoch ist der Sprung zu einem „Smart Judge“, einer Software, die den natürlichen Richter ersetzt, gewaltig. Näherer Prüfung bedarf auch die Frage, inwieweit die rechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes solche Automatisierung des Richters erlauben würden.

VII. Bekämpfung der Cyberkriminalität

Die Digitalisierung schreitet nicht nur im Bereich des gerichtlichen Verfahrens voran: Auch Kriminelle nutzen in immer stärkerem Ausmaß das Internet. Noch zum Ende der letzten Legislaturperiode war der Gesetzgeber daran gegangen, mit dem Netzwerkdurchsetzungsgesetz⁴⁴ gegen Hetze und Fake News in sozialen Netzwerken vorzugehen. Das Gesetz ist im politischen Raum auf erhebliche Kritik gestoßen. So wollen die FDP-Bundestagsabgeordneten Manuel Höferlin und Jimmy Schulz unter Berufung auf verfassungsrechtliche Gründe eine vorbeugende Feststellungsklage gegen das Netzwerkdurchsetzungsgesetz beim VG Köln einreichen. Dem Bund fehle die Gesetzgebungskompetenz, außerdem bestehe die grundrechtswidrige Möglichkeit eines sog. Overblockings – Anbieter sozialer Netzwerke löschen ohne eingehende Rechtmäßigkeitsprüfung, um der Gefahr einer Sanktion zu entgehen.⁴⁵ Scheitert das NetzDG schließlich am BVerfG, dürfte erneut die Diskussion darüber zu führen sein, wie z.B. Cybermobbing in sozialen Netzwerken wirksam unterbunden werden kann. In Betracht kommt eine strafrechtliche Regelung, wie Heckmann/Paschke sie mit dem „Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des Persönlichkeitsrechtsschutzes im Internet (Persönlichkeitsrechtsschutzgesetz – PRG)“ kürzlich vorgeschlagen haben.⁴⁶

Der Koalitionsvertrag kündigt an, bei bestehenden Strafbarkeitslücken eine „Strafbarkeit für das Betreiben krimineller In-

40 Rn. 5788.

41 BGBl. I 2017, 2208.

42 Rn. 5842.

43 Heckelmann, NJW 2018, 504 ff.

44 BGBl. I 2017, 3352. Siehe hierzu auch Schmitt/Maurer, JM 2018, 346 ff. (in diesem Heft).

45 www.faz.net/aktuell/politik/inland/zwei-fdp-politiker-klagen-gegen-netzdg-15632476.html (zuletzt abgerufen am 12.06.2018).

46 www.arag.com/medien/pdf/presse/prg_gesetzentwurf_heckmann_paschke.pdf (zuletzt abgerufen am 12.06.2018).

frastrukturen einzuführen, um speziell im Internet eine Ahndung von Delikten wie z.B. das Betreiben eines Darknet-Handelsplatzes für kriminelle Waren und Dienstleistungen“ zu ermöglichen.⁴⁷ Offensichtlich will die Koalition auf den Umstand reagieren, dass von abgeschotteten, nur mit spezieller Software erreichbaren digitalen Handelsplätzen große Gefahren ausgehen. So soll der Münchner Attentäter 2016 eine Waffe über das mit dem TOR-Browser verschlüsselte Netzwerk gekauft haben, mit der er neun Menschen tötete. Strafbarkeitslücken zu schließen, mag sinnvoll sein. Allerdings müsste dann auch eine realistische Aussicht bestehen, die Einhaltung neuer Regelungen zu kontrollieren und Straftäter zu überführen. Die technische Konzeption des Darknets und das intensive, heimliche Zusammenwirken von Verkäufern und Käufern mit erfundenen Benutzerkennungen erschwert es den Ermittlern stark, die Beteiligten zu identifizieren.⁴⁸

Die Koalition will ferner „Angriffe aus dem Cyberraum gegen unsere kritischen Infrastrukturen abwehren und verhindern“. Nicht genannt sind hierbei die angedachten Handlungsinstrumente. Die Koalition dürfte insoweit eher an praktische Verbesserungen der präventiven und repressiven Aktionen als an Gesetzesänderungen denken.

VIII. Datensicherheit auch in der Justiz

Die Basis einer effizient arbeitenden Justiz ist das Vertrauen ihrer Nutzer in die Wahrung der Grundsätze der IT-Sicherheit und des Datenschutzes. Daher sind IT-Sicherheit und Datenschutz als wesentliche Elemente in einem modernen Justizkonzept zu verankern.⁴⁹ Das IT-Sicherheitsgesetz⁵⁰ ist bereits seit Juli 2015 in Kraft, sodass Nachbesserungen in Betracht kommen. Die Koalition kündigt an, „gemeinsam zwischen Bund und Ländern, möglichst sogar in ganz Europa, Sicherheitsstandards für die IT-Strukturen und den Schutz der kritischen Infrastruktur“ zu entwickeln. Den mit dem IT-Sicherheitsgesetz eingeführten Ordnungsrahmen will sie mit einem „IT-Sicherheitsgesetz 2.0“ weiterentwickeln und ausbauen.⁵¹ Zu wünschen wäre, dass eine intensive Abstimmung mit der europäischen Ebene erfolgt, denn IT-Sicherheitsprobleme machen nicht vor nationalen Grenzen halt. Die EU hat mit der NIS-Richtlinie⁵² bereits die Richtung vorgegeben, die ggf. fortzuentwickeln ist.

IX. Digitaler Nachlass

Das Zivilrecht ist noch nicht in allen Bereichen an die Digitalisierung angepasst. So plant die Koalition, „die Vererbbarkeit des digitalen Eigentums“ rechtssicher gesetzlich zu regeln und spricht dabei explizit die Nutzer-Accounts und die Datenbestände an.⁵³ Die Frage des digitalen Nachlasses hat bereits die Rechtsprechung beschäftigt. Nun hat nach dem LG Berlin⁵⁴ auch der BGH⁵⁵ entschieden, dass ein Benutzerkonto-Vertrag bei einem sozialen Netzwerk grds. im Wege der Ge-

samtrechtsnachfolge auf die Erben des ursprünglichen Kontoberechtigten übergeht. Damit können diese einen Anspruch gegen den Netzwerkbetreiber auf Zugang zu dem Konto einschließlich der darin vorgehaltenen Kommunikationsinhalte geltend machen. Es bestehe kein schutzwürdiges Vertrauen der Kommunikationspartner der Verstorbenen darauf, dass nur der Kontoinhaber und nicht Dritte von dem Kontoinhalt Kenntnis erlangen. Bereits zu Lebzeiten müsse mit einem Missbrauch des Zugangs durch Dritte oder mit der Zugangsgewährung seitens des Kontoberechtigten gerechnet werden. Das gelte auch für den Fall des Todes des Kontoinhabers mit der Vererbung des Vertragsverhältnisses. Demgegenüber vertreten andere die Ansicht, nur die vermögensrechtlichen Teile des digitalen Nachlasses, nicht hingegen die nicht-vermögensrechtlichen seien vererblich.⁵⁶ Dem hält der BGH entgegen, auch Briefe und Tagebücher seien unabhängig von ihrem Inhalt vererblich, eine davon unterschiedliche Behandlung von E-Mails oder privaten Facebook-Nachrichten sei nicht zu rechtfertigen. Es ist daher zu begrüßen, wenn eine gesetzliche Klarstellung dem Erblasser, seinen Kommunikationspartnern und seinen Erben sowie dem Provider Rechtssicherheit verschafft.

X. Fortbildung und Qualifizierung des Justizpersonals erforderlich

Ohne eine entsprechende Fortbildung und Qualifizierung des Personals an den Gerichten und Staatsanwaltschaften wird die Digitalisierung nicht gelingen. Insoweit ist die Ankündigung des Koalitionsvertrags zu begrüßen, die „digitale und interkulturelle Kompetenz“ zu stärken.⁵⁷ Leider bleibt dieser Programmsatz ohne konkrete Schlussfolgerungen. Die Forderung, eine E-Justice-Kompetenz in den Universitäten zu vermitteln und zu diesem Zweck die entsprechenden Ausbildungsinhalte in § 5a DRiG⁵⁸ aufzunehmen, blieb bislang un-

47 Rn. 6032 ff.

48 Krause, NJW 2018, 678 ff.

49 Vogelgesang, jM 2018, 2, 7.

50 BGBl. I 2015, 1324.

51 Rn. 5886 ff.

52 Richtlinie (EU) 2016/1148 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 06.07.2016 über Maßnahmen zur Gewährleistung eines hohen gemeinsamen Sicherheitsniveaus von Netz- und Informationssystemen in der Union, ABl. Nr. L 194.

53 Rn. 6199.

54 LG Berlin, Urt. v. 17.12.2015 - 20 O 172/15. So auch Leipold in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2017, Rn. 25. Vgl. zur Entscheidung des Berufungsgerichts (KG, Urt. v. 31.05.2017 - 21 U 9/16) auch Ludyga, jM 2017, 414.

55 BGH, Urt. v. 12.07.2018 - III ZR 183/17.

56 Hoeren, NJW 2005, 2113, 2114; Martini, JZ 2012, 1145, 1147 ff.

57 Rn. 5774.

58 Bernhardt/Heckmann in: Heckmann, jurisPK-Internetrecht, 5. Aufl. 2017, Kap. 6, Rn. 573; Herberger, JurPC Web-Dok. 81/2013, Abs. 1 – 66.

berücksichtigt. Ohne die Fixierung entsprechender Lehrinhalte und damit auch der Prüfungsinhalte fehlt aber die Motivation von Studierenden und Dozenten, in den Aufbau von E-Justice-Kompetenzen zu investieren. Ohne E-Justice-Kompetenz wiederum wird sich auch die zukünftige Juristengeneration schwertun, die Effizienzgewinne durch konsequentes digitales Arbeiten für sich zu entdecken.

C. Fazit

Die Koalitionspartner haben in ihrem Vertrag einige wichtige Digitalisierungsthemen aus dem Justizbereich angesprochen. Leider haben sie diese Themen nicht aus einem Guss entwickelt, sondern werden eher verstreut, teilweise nur rudimentär präsentiert. So vermisst man Aussagen zu Prinzipien, die gerade die Vorteile der Digitalisierung in der Justiz besonders sichtbar machen können, z.B. das Prinzip Open Justice: Die Justiz schöpft die Möglichkeit digitaler Medien zur Einbeziehung der Öffentlichkeit bei Weitem nicht aus.⁵⁹ Gerichtsinformationen könnten mithilfe von Apps für Bürger

transparenter verfügbar gemacht werden. Wesentlich auch das Prinzip „Mobile E-Justice“: Richter und Staatsanwälte würden die Umstellung auf eine elektronische Akte eher akzeptieren, würde man ihnen ein mobiles Arbeiten mithilfe eines Remote-Zugriffs auf eine elektronische Gerichtsakte ermöglichen.

Allerdings sind E-Justice und die Anpassungen von Justizthemen an die digitale Welt nicht allein Sache des Bundes, noch nicht einmal kommt dem Bund hier eine vorrangige Aufgabe zu. Vielmehr sollten Bund und Länder intensiv zusammenarbeiten. So sollte das auch für strategische Konzepte zuständige Gremium, der E-Justice-Rat, die Herausforderung aufgreifen, eine zusammenhängende, in sich stimmige digitale Rechtspolitik zu entwickeln.

⁵⁹ Bernhardt, NJW 2015, 2779. Demgegenüber kritisch gegenüber „Tendenzen, auch für die Instanzgerichte zu prüfen, ob und inwieweit mehr Kameras oder elektronische Medien zugelassen sein könnten“: BGH-Präsidentin Limperg, jM 2018, 174.

Mutter oder Vater? Abstammungs- und personenstandsrechtliche Fragen bei Kindern transsexueller Eltern – ein Überblick

RiAG Nils Thormeyer

Der BGH hatte sich in jüngster Vergangenheit gleich zweimal mit abstammungs- bzw. personenstandsrechtlichen Fragen auseinanderzusetzen, bei denen die Frage im Mittelpunkt stand, inwieweit ein Transsexueller bzw. eine Transsexuelle bei der Geburt eines Kindes nach der rechtskräftigen Entscheidung über die Änderung der Geschlechtszugehörigkeit im Rechtssinne die Vater- bzw. Mutterstellung erlangen kann. Bei beiden Entscheidungen des BGH standen die Regelungen der §§ 1591, 1592 BGB und § 11 Satz 1 TSG im Mittelpunkt.

Im Folgenden sollen die statusrechtlichen Fragen der Transsexualität anhand der Entscheidungen des BGH näher dargestellt sowie deren Auswirkungen erläutert werden.

A. Einführung

Die abstammungsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Geburt eines Kindes sind gesetzlich in den §§ 1591 ff. BGB normiert. Abstammung bedeutet die biologische Herkunft eines Abkömmlings aus der Reihe seiner Vorfahren.¹ Die Abstammung von bestimmten Eltern vermittelt dem Kind einen bestimmten Status als Personenstand, also die feste Zuordnung zu Familie und Verwandt-

schaft, dokumentiert in öffentlichen Büchern gemäß dem PStG.² Im Vergleich zu dem weiten Begriff des Personenstands geht es im BGB nur um die durch die Geburt vermittelte abstammungsgemäße Zugehörigkeit eines Kindes zu einer bestimmten Frau als Mutter und zu einem bestimmten Mann als Vater.³ Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat, § 1591 BGB. Vater eines Kindes ist der Mann, der zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes mit der Mutter des Kindes verheiratet ist (§ 1592 Nr. 1 BGB), der die Vaterschaft anerkannt hat (§ 1592 Nr. 2 BGB) oder dessen Vaterschaft nach § 1600d BGB oder § 182 Abs. 1 FamFG gerichtlich festgestellt ist (§ 1592 Nr. 3 BGB). In Abgrenzung zu dem Begriff des rechtlichen Vaters i.S.v. § 1592 BGB wird der Begriff des biologischen Vaters verwendet. Als biologischer Vater wird der Mann bezeichnet, der der leibliche Vater eines Kindes, jedoch nicht der rechtliche Vater eines Kindes ist.⁴

¹ Brudermüller in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, Einf. vor § 1591 Rn. 1.
² Wellenhofer in: MünchKomm, BGB, Buch 4. Familienrecht, Verwandtschaft Titel 2. Abstammung Vorbemerkungen, Rn. 19.
³ Brudermüller in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, Einf. vor § 1591 Rn. 1.
⁴ Brudermüller in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, Einf. vor § 1591 Rn. 1.

Im Fall der Transsexualität eines Elternteils werden die §§ 1591 ff. BGB im Hinblick auf die originäre statusrechtliche Zuordnung des Kindes durch § 11 Satz 1 TSG ergänzt. Dem TSG unterfallen Personen, die sich aufgrund ihrer transsexuellen Prägung nicht mehr dem in ihrem Geburtsregister angegebenen, sondern dem anderen Geschlecht als zugehörig empfinden (vgl. § 8 Abs. 1 TSG).⁵ Auf Antrag dieser Personen kann gem. § 8 Abs. 1 TSG bei Vorliegen der gesetzlich normierten Voraussetzungen gerichtlich festgestellt werden, dass diese als dem anderen Geschlecht zugehörig anzusehen sind.⁶ Nach § 11 Satz 1 TSG hat die erfolgte Geschlechtsumwandlung eines Elternteils keinen Einfluss auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Elternteil und seinen Kindern.⁷

B. Die Entscheidungen des BGH

I. BGH, Beschl. v. 06.09.2017 - XII ZB 660/14⁸

Der BGH hatte sich im Rahmen dieser Entscheidung mit der personenstandsrechtlichen Zuordnung eines Kindes zu befassen, welches nach der rechtskräftigen Entscheidung über die Änderung der Geschlechtszugehörigkeit seiner Mutter zum männlichen Geschlecht geboren wurde (Frau-zu-Mann-Transsexueller).

Der transsexuelle Beteiligte zu 1. wurde 1982 als Kind weiblichen Geschlechts geboren und erhielt einen weiblichen Vornamen. Im Jahr 2010 wurde der Vorname des Beteiligten zu 1. durch gerichtlichen Beschluss in einen männlichen Vornamen geändert. Durch einen weiteren gerichtlichen Beschluss wurde im Jahr 2011 rechtskräftig festgestellt, dass der Beteiligte zu 1. als dem männlichen Geschlecht zugehörig anzusehen ist. Der Beteiligte zu 1. setzte die der Angleichung an das männliche Geschlecht dienenden Hormone ab, auf diesem Wege erlangte er seine Fruchtbarkeit wieder. Am 28.03.2013 gebar der Beteiligte zu 1. ein Kind männlichen Geschlechts. Das Kind wurde durch eine Samenspende (sog. Bechermethode) gezeugt. Mit dem Samenspender sei vereinbart worden, dass nicht dieser, sondern der Beteiligte zu 1. rechtlicher Vater des Kindes werden sollte.

Der Beteiligte zu 1. begehrte die Eintragung in das Geburtenregister als Vater des betroffenen Kindes. Das Amtsgericht hat das Standesamt (Beteiligter zu 2.) angewiesen, den Beteiligten zu 1. als Mutter in das Geburtenregister einzutragen.⁹ Die dagegen gerichteten Beschwerden des Beteiligten zu 1. und des von ihm vertretenen Kindes hat das KG zurückgewiesen.¹⁰

Die Rechtsbeschwerde des Beteiligten hatte keinen Erfolg. Nach der Entscheidung des BGH ist ein Frau-zu-Mann-Transsexueller, der nach der rechtskräftigen Entscheidung über die Änderung der Geschlechtszugehörigkeit ein Kind geboren hat,

im Rechtssinne Mutter des Kindes.¹¹ Er ist demnach sowohl im Geburtenregister des Kindes als auch in den aus dem Geburtenregister erstellten Geburtsurkunden – sofern dort Angaben zu den Eltern aufzunehmen sind – als „Mutter“ mit seinen früher geführten weiblichen Vornamen einzutragen.¹² Der BGH verweist zwar darauf, dass sich von der Rechtskraft der Entscheidung an, dass ein Transsexueller als dem anderen Geschlecht zugehörig anzusehen ist (§ 8 Abs. 1 TSG), seine vom Geschlecht abhängigen Rechte und Pflichten nach dem neuen Geschlecht richten, dieses gilt jedoch nur, soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist, § 10 Abs. 1 TSG.¹³ Eine derartige anderweitige Bestimmung i.S.v. § 10 Abs. 1 TSG enthält jedoch § 11 Satz 1 TSG, wonach die Entscheidung, dass ein Transsexueller als dem anderen Geschlecht zugehörig anzusehen ist, das Rechtsverhältnis zwischen ihm und seinen Kindern unberührt lässt.¹⁴ § 11 Satz 1 TSG erfasst auch Sachverhalte, in denen das Kind eines Transsexuellen – wie in dem vom BGH entschiedenen Fall – erst nach der gerichtlichen Entscheidung über die Änderung der elterlichen Geschlechtszugehörigkeit geboren wird.¹⁵ Im Rahmen seiner Entscheidung stellt der BGH anhand der klassischen Auslegungsmethoden nach Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Sinn und Zweck der Regelung des § 11 Satz 1 TSG heraus, weshalb sich der Anwendungsbereich des § 11 Satz 1 TSG auch auf solche Kinder erstreckt, die erst nach der gerichtlichen Entscheidung über die Änderung der elterlichen Geschlechtszugehörigkeit gem. § 8 Abs. 1 TSG geboren worden sind.

Von einer Vorlage zum BVerfG im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle hat der BGH ausdrücklich abgesehen. Die geltende Rechtslage ist mit dem Grundgesetz vereinbar. Die Tatsache, dass das geltende Abstammungsrecht dem Beteiligten zu 1., der nunmehr als dem männlichen Geschlecht zugehörig gilt, den rechtlichen Status einer „Mutter“ zuweist, verstößt nicht gegen Grundrechte des Beteiligten zu 1.¹⁶ Die

5 Vgl. zum TSG Augstein in: NomosKommentar, TSG, 1. Aufl. 2012.

6 Vgl. zu den einzelnen Voraussetzungen Augstein in: NomosKommentar, TSG, 1. Aufl. 2012, § 8 TSG Rn. 1 ff.

7 „Die Entscheidung, dass der Antragsteller als dem anderen Geschlecht zugehörig anzusehen ist, lässt das Rechtsverhältnis [zwischen dem Antragsteller und seinen Eltern sowie] zwischen dem Antragsteller und seinen Kindern unberührt“.

8 Vgl. Anmerkungen von Tolmein, NJW 2017, 3383, und Theile, NZFam 2017, 1056.

9 AG Schöneberg, Beschl. v. 13.12.2013 - 71 III 254/13.

10 KG, Beschl. v. 30.10.2014 - 1 W 48/14.

11 BGH, Beschl. v. 06.09.2017 - XII ZB 660/14 Rn. 15.

12 BGH, Beschl. v. 06.09.2017 - XII ZB 660/14 Rn. 20.

13 BGH, Beschl. v. 06.09.2017 - XII ZB 660/14 Rn. 14.

14 BGH, Beschl. v. 06.09.2017 - XII ZB 660/14 Rn. 14.

15 BGH, Beschl. v. 06.09.2017 - XII ZB 660/14 Rn. 15.

16 BGH, Beschl. v. 06.09.2017 - XII ZB 660/14 Rn. 23.

gesetzliche Regelung verletzt den Beteiligten zu 1. nicht in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.¹⁷ Die freie Persönlichkeitsentfaltung des Beteiligten zu 1. wird durch die formell und materiell mit dem Grundgesetz im Einklang befindlichen §§ 1591, 1592 BGB und § 11 Satz 1 TSG eingeschränkt. Das deutsche Abstammungsrecht basiert auf der Verknüpfung der Fortpflanzungsfunktionen der Elternteile mit ihrem Geschlecht, was keinen grundlegenden verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet.¹⁸ Es besteht verfassungsrechtlich auch keine Verpflichtung zur Schaffung eines „geschlechtsneutralen“ Abstammungsrechts.¹⁹ Die Mutterschaft und Vaterschaft als rechtliche Kategorien sind untereinander nicht beliebig austauschbar, ein Frau-zu-Mann-Transsexueller kann auf der Grundlage des geltenden Rechts nicht als rechtlicher Vater eines von ihm selbst geborenen Kindes angesehen werden, weil seine genetische Verbindung zum Kind nicht durch die Beisteuerung der Samenzelle, sondern durch die Beisteuerung der Eizelle hergestellt wird.²⁰ Eine abstammungsrechtliche Zuordnung zum betroffenen Kind kann deshalb für einen gebärenden Frau-zu-Mann-Transsexuellen systemgerecht nur auf eine Mutterschaft i.S.d. § 1591 BGB zurückgeführt werden, weil er das Kind geboren hat.²¹ Die gesetzliche Regelung verstößt auch nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 GG, da sich der Beteiligte zu 1. von anderen Personen männlichen Geschlechts durch seine Disposition, Kinder empfangen und gebären zu können, unterscheidet.²² Auch der Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG, die Familie, wird durch die gesetzliche Regelung nicht verletzt, da das Zusammenleben des Kindes mit seinen Eltern nicht dadurch berührt wird, welche statusrechtliche Zuordnung ihnen das Abstammungsrecht zuweist.²³ Der Beteiligte zu 1. wird auch nicht in seinem Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verletzt.²⁴

Abschließend geht der BGH auf das Konventionsrecht ein und thematisiert den aus Art. 8 EMRK hergeleiteten Anspruch transsexueller Personen auf Verwirklichung der rechtlichen Anerkennung ihrer selbstempfundenen geschlechtlichen Identität. Diesbezüglich verweist der BGH darauf, dass die Rechtsprechung des EGMR den Staaten im Hinblick auf die rechtliche Zuordnung zu einem anderen Geschlecht grds. ein weites Ermessen einräumt, welches im vorliegenden Fall nicht überschritten ist.²⁵

II. BGH, Beschl. v. 29.11.2017 - XII ZB 459/16²⁶

Der BGH hatte sich im Rahmen dieser Entscheidung mit der umgekehrten Konstellation, der personenstandsrechtlichen Zuordnung eines Kindes zu befassen, welches nach der rechtskräftigen Entscheidung über die Änderung der Geschlechtszugehörigkeit seines Vaters zum

weiblichen Geschlecht geboren wurde (Mann-zu-Frau-Transsexuelle).

Die transsexuelle Beteiligte zu 1. wurde als Kind männlichen Geschlechts geboren. Durch gerichtlichen Beschluss wurde im Jahr 2012 rechtskräftig festgestellt, dass die Beteiligte zu 1. als dem weiblichen Geschlecht zugehörig anzusehen ist. Im Jahr 2015 gebar die Beteiligte zu 2. ein Kind, das mit dem Samen der Beteiligten zu 1. gezeugt worden ist. Die Beteiligte zu 1. erkannte mit notarieller Urkunde mit Zustimmung der Beteiligten zu 2. vorgeburtlich an, Mutter des Kindes zu sein. Das Standesamt hat die Beteiligte zu 2. als Mutter des Kindes in das Geburtenregister eingetragen.

Der Antrag der Beteiligten zu 1. und 2. sowie des Kindes, das Standesamt anzuweisen, auch die Beteiligte zu 1. als Mutter in das Geburtenregister einzutragen, blieb in erster²⁷ wie auch in zweiter Instanz²⁸ erfolglos.

Die Rechtsbeschwerde des Beteiligten hatte keinen Erfolg. Der BGH hat unter Fortführung seiner Rechtsprechung mit Beschl. v. 06.09.2017 (XII ZB 660/14) entschieden, dass eine Mann-zu-Frau-Transsexuelle, mit deren konserviertem Spermien ein Kind gezeugt wurde, das nach rechtskräftiger Entscheidung über die Änderung der Geschlechtszugehörigkeit geboren worden ist, abstammungsrechtlich nur die Vater- und nicht die Mutterstellung erlangen kann.²⁹ Eine erklärte Mutterschaftsanerkennung ist unwirksam.³⁰ Nach § 21 Abs. 1 Nr. 4 PStG sind die Vornamen und Namen der Eltern des Kindes im Geburtenregister zu beurkunden, die Vorschrift bezieht sich auf die rechtliche Elternschaft.³¹ Dem bürgerlichen Recht ist die Zuordnung einer (einzigen) Mutter immanent, Mutter des Kindes ist diejenige Frau, die das Kind geboren hat, § 1591 BGB.³² Andere Formen einer abstammungsrechtlichen Mutter-Kind-Zuordnung hat der Gesetzgeber bewusst ausge-

17 BGH, Beschl. v. 06.09.2017 - XII ZB 660/14 Rn. 24.

18 BGH, Beschl. v. 06.09.2017 - XII ZB 660/14 Rn. 25.

19 BGH, Beschl. v. 06.09.2017 - XII ZB 660/14 Rn. 25.

20 BGH, Beschl. v. 06.09.2017 - XII ZB 660/14 Rn. 27.

21 BGH, Beschl. v. 06.09.2017 - XII ZB 660/14 Rn. 27.

22 BGH, Beschl. v. 06.09.2017 - XII ZB 660/14 Rn. 32.

23 BGH, Beschl. v. 06.09.2017 - XII ZB 660/14 Rn. 33.

24 BGH, Beschl. v. 06.09.2017 - XII ZB 660/14 Rn. 34 ff.

25 BGH, Beschl. v. 06.09.2017 - XII ZB 660/14 Rn. 44 ff.

26 Vgl. Anmerkungen von Löhnig, NZFam 2018, 82.

27 AG Schöneberg, Beschl. v. 11.01.2016 - 71b III 426/15.

28 KG, Beschl. v. 06.09.2016 - 1 W 109/16.

29 BGH, Beschl. v. 29.11.2017 - XII ZB 459/16 Rn. 12.

30 BGH, Beschl. v. 29.11.2017 - XII ZB 459/16 Rn. 13.

31 BGH, Beschl. v. 29.11.2017 - XII ZB 459/16 Rn. 10.

32 BGH, Beschl. v. 29.11.2017 - XII ZB 459/16 Rn. 11.

geschlossen, eine Mutterschaftsanerkennung ist gesetzlich nicht vorgesehen.³³ Gleiches gilt für jegliche Form der Entstehung einer beiderseits weiblichen Elternschaft kraft Abstammung.³⁴ Die Mann-zu-Frau-Transsexuelle kann abstammungsrechtlich aufgrund ihres Fortpflanzungsbeitrags nur die Vaterstellung erlangen.³⁵ Die Erlangung der Vaterstellung erfolgt im Hinblick auf § 11 Satz 1 TSG ungeachtet der Zugehörigkeit der Beteiligten zum weiblichen Geschlecht, da der Status des Transsexuellen als Vater oder Mutter nach der gesetzgeberischen Intention des § 11 Satz 1 TSG unberührt bleibt.³⁶ Abschließend stellt der BGH fest, dass gegen die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Regelung keine Bedenken bestehen.³⁷ Er verweist insofern auf seine ausführliche Darstellung in seiner Entscheidung mit Beschl. v. 06.09.2017 (XII ZB 660/14³⁸) und geht auf die an der Senatsrechtsprechung geäußerte Kritik sowie die Entscheidung des BVerfG v. 10.10.2017 (1 BvR 2019/16) ein.

C. Fazit

Die Entscheidungen des BGH sind in sich stimmig und sorgsam begründet. Mit den Entscheidungen klärt der BGH die rechtlich spannenden Fragen der abstammungs- und personenstandsrechtlichen Zuordnung von Kindern, die nach der rechtskräftigen Entscheidung über die Änderung der Geschlechtszugehörigkeit ihrer Eltern geboren worden sind. Der BGH hatte sich dabei sowohl mit der Frage der abstammungsrechtlichen Elternstellung eines Frau-zu-Mann-Transsexuellen als auch einer Mann-zu-Frau-Transsexuelle auseinanderzusetzen. Maßgeblich für die Frage der Erlangung der Vater- bzw. Mutterstellung transsexueller Eltern ist der jeweilige Fortpflanzungsbeitrag der Eltern. Der feststehende Status eines Transsexuellen als Vater oder Mutter eines Kindes wird von der Entscheidung über die Geschlechtszugehörigkeit nicht berührt. Löhnig hat die Rechtsfolge des § 11 Satz 1 TSG mit dem Satz „Mutter bleibt Mutter, Vater bleibt Vater, auch wenn die Mutter nach Maßgabe des § 10 TSG nunmehr als Mann oder der Vater nunmehr als Frau anzusehen sein sollte“ zutreffend auf den Punkt gebracht.³⁹ Einprägsamer dürfte sich die Rechtsfolge des § 11 Satz 1 TSG nicht formulieren lassen.

33 BGH, Beschl. v. 29.11.2017 - XII ZB 459/16 Rn. 11.

34 BGH, Beschl. v. 29.11.2017 - XII ZB 459/16 Rn. 11.

35 BGH, Beschl. v. 29.11.2017 - XII ZB 459/16 Rn. 12.

36 BGH, Beschl. v. 29.11.2017 - XII ZB 459/16 Rn. 12.

37 BGH, Beschl. v. 29.11.2017 - XII ZB 459/16 Rn. 14 ff.

38 Siehe hierzu unter B. I.

39 Löhnig, NZFam 2018, 80.

Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis bei Kenntnis des Empfängers von der Nichtschuld

BGH, Urt. v. 31.01.2018 - VIII ZR 39/17

Prof. Dr. Frank Rosenkranz

A. Problemstellung

Nicht selten zahlt das Jobcenter das einem Wohnungsmieter zustehende Arbeitslosengeld II als Bedarf für Unterkunft und Heizung gem. § 22 Abs. 7 SGB II direkt an dessen Vermieter. Dies kann entweder auf einem Antrag des Mieters gem. § 22 Abs. 7 Satz 1 SGB II oder einer Ermessenentscheidung des Jobcenters gem. § 22 Abs. 7 Satz 2 und 3 SGB II beruhen. Ob diese Zahlung ein Rechtsverhältnis zwischen Jobcenter und Vermieter begründet und welcher Art dieses ist, ist weiterhin umstritten. Für den Fall einer vom Vermieter als solchen erkannten Überzahlung hat der BGH über die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung entschieden.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Im entschiedenen Fall hatte der Mieter einen Antrag nach § 22 Abs. 7 Satz 1 SGB II gestellt. Eine Woche vor Ende der Laufzeit seines (alten) Mietverhältnisses reichte er bei seinem Jobcenter einen (neuen) Mietvertrag über eine andere Wohnung ein. Dennoch wies das Jobcenter am nächsten Tag die Miete für den nächsten Monat zur Auszahlung an den (alten) Vermieter an. Als Überweisungszweck wurde die Mietzahlung angegeben. Der Vermieter weigerte sich, das Geld an das Jobcenter zurückzuzahlen und berief sich auf eigene Forderungen gegen den Mieter, mit denen er aufrechnete.

Der BGH gewährt dem Jobcenter eine Nichtleistungskondition aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB gegen den Vermieter. Zuerst lehnt er eine Leistungskondition nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB ab. Aus objektiver Perspektive des Vermieters sei die Miete nicht vom zuwendenden Jobcenter, sondern vom Mieter geleistet worden.¹ Hieran ändere sich durch die Tatsache der Direktzahlung aufgrund von § 22 Abs. 7 Satz 1 SGB II nichts; die Zahlung an den Vermieter behalte den Charakter als staatliche Transferleistung für und an den Mieter.² Das Jobcenter leiste auch nicht selbst nach §§ 267, 268 BGB auf eine fremde Schuld,³ wie dies insbesondere für rechtsgrundlose Direktzahlungen von

1 BGH, Urt. v. 31.01.2018 - VIII ZR 39/17 Rn. 19 und 24.

2 BGH, Urt. v. 31.01.2018 - VIII ZR 39/17 Rn. 20 ff.

3 BGH, Urt. v. 31.01.2018 - VIII ZR 39/17 Rn. 25 ff.

Haftpflichtversicherungen angenommen wird.⁴ Aus der Sicht des Vermieters komme das Jobcenter durch die Zahlung lediglich seiner gegenüber dem Mieter bestehenden gesetzlichen Verpflichtung zur Gewährung von Unterstützungsleistungen nach.⁵

Dieses Leistungsgebilde führt den BGH zu Recht zu den sog. Anweisungsfällen, die im Regelfall „übers Eck“, also entlang der Leistungsbeziehungen abzuwickeln sind (sog. Vorrang der Leistungsbeziehung oder Subsidiaritätsdogma). Hier bestehe zwar ein Leistungsverhältnis zwischen dem Mieter und dem Vermieter, die Nichtleistungskondition sei aber „unter dem Gesichtspunkt einer fehlenden (widerrufenen) Anweisung“⁶ gegeben. Der BGH will dies dann aber unabhängig davon entscheiden, ob eine widerriefene Anweisung wie eine von Anfang an fehlende zu behandeln ist oder insoweit die Grundsätze der bereicherungsrechtlichen Veranlasser-/Rechtsscheinhaftung noch fortgelten. Die Angabe eines neuen Mietvertrags sei zwar als konkludenter Widerruf des Antrags nach § 22 Abs. 7 Satz 1 SGB II, an den (alten) Vermieter zu zahlen, anzusehen.⁷ Es sei aber unerheblich, ob der Vermieter diesen Widerruf kannte, denn ihm war „nicht nur das Fehlen des rechtlichen Grundes, sondern zudem auch bekannt, dass [ihm] der an [ihn] überwiesene Betrag [...] für den Monat August 2014 nicht zustand. Damit liegt ein der oben genannten Rechtsprechung zur Zuvielzahlung⁸ zumindest vergleichbarer Fall vor“.⁹ § 814 Alt. 1 BGB stehe nicht entgegen, da dieser auf die Nichtleistungskondition keine Anwendung finde.¹⁰

C. Kontext der Entscheidung

Der BGH betont eingangs, dass stets die Besonderheiten des Einzelfalles zu berücksichtigen sind. Leider kommt er später hierauf nicht zurück. Auf der Basis seiner gefestigten Rechtsprechung geht der BGH davon aus, dass die Leistung eine bewusste und zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens darstellt und hierfür maßgeblich auf die mit der Zahlung verfolgte Zweckbestimmung abzustellen ist, die sich wiederum danach beurteilt, wie eine vernünftige Person in der Lage des Empfängers die Zuwendung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen musste und durfte.¹¹

Im Anweisungsdreieck leistet danach grds. der Anweisende an den Zahlungsempfänger, um seine ihm gegenüber bestehende Schuld zu tilgen; der Angewiesene leistet an den Anweisenden, weil er ihm gegenüber dazu verpflichtet ist. Der Zahlungsempfänger kennt diese typischen Interessen und die zugrunde liegenden Rechtsbeziehungen und erwartet daher auch nur eine Leistung von seinem Vertragspartner. Fehlt hingegen eine wirksame Anweisung, so fehlt

es auch an einer Leistung des Anweisenden an den Zuwendungsempfänger. Denn der Anweisende muss sich den durch die bloße Zahlung in seinem Namen entstandenen Rechtsschein beim Zahlungsempfänger nicht als eigene Leistungsbestimmung zurechnen lassen, wenn er zur Überweisung nicht beigetragen hat.

In der Vergangenheit bejahte der BGH einen solchen Beitrag – und damit eine Leistung des Anweisenden – bereits dann, wenn der Anweisende die Zuwendung in gewisser Weise mit veranlasst hatte (sog. Veranlasserrechtssprechung). Danach war die Zuwendung auch dann eine Leistung des Anweisenden an den Empfänger, wenn die Anweisung vorher widerrufen worden war oder der Angewiesene irrtümlich mehr als angewiesen ausgezahlt hatte („Zuvielüberweisung“).¹² Maßgeblich war insofern, dass der Fehler, also die weisungswidrige Behandlung des Zahlungsauftrags, im Deckungsverhältnis wurzelt und deshalb in diesem Verhältnis zu bereinigen ist. Jüngst hat der Gerichtshof hieran jedoch für den Zahlungsverkehr unter Geltung des neuen Zahlungsdienstrechts der §§ 675c ff. BGB wegen dessen Besonderheiten nicht mehr festgehalten, gleichzeitig aber offengelassen, ob dies auch darüber hinaus gilt.¹³

Eine Leistung verneinte der BGH bisher auch, wenn der Zuwendungsempfänger den Widerruf oder die Zuvielleistung kannte oder kennen musste („Gutgläubigkeit“), wobei einfache Fahrlässigkeit genügen soll.¹⁴ Dogmatisch ist das unabhängig von Zurechnungsgesichtspunkten, weil die

4 Dazu z.B. BGH, Urt. v. 28.11.1990 - XII ZR 130/89; Lorenz in: Staudinger, BGB, 2007, § 812 Rn. 44 f.

5 BGH, Urt. v. 31.01.2018 - VIII ZR 39/17 Rn. 26.

6 BGH, Urt. v. 31.01.2018 - VIII ZR 39/17 Rn. 29, ebenso der offizielle Leitsatz der Entscheidung.

7 BGH, Urt. v. 31.01.2018 - VIII ZR 39/17 Rn. 35.

8 BGH, Urt. v. 16.06.2015 - XI ZR 243/13.

9 BGH, Urt. v. 31.01.2018 - VIII ZR 39/17 Rn. 37.

10 BGH, Urt. v. 31.01.2018 - VIII ZR 39/17 Rn. 40.

11 BGH, Urt. v. 31.01.2018 - VIII ZR 39/17 Rn. 17; weitere Nachweise bei Wendehorst in: BeckOK, BGB, 45. Edition 01.11.2017, § 812 Rn. 49. Ob sich dies daraus ergibt, dass die Zweckbestimmung eine Willenserklärung oder (nur) willenserklärungsähnliche Handlung ist, kann hier dahinstehen; im Einzelnen z.B. Schwab in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2017, § 812 Rn. 55.

12 BGH, Urt. v. 29.04.2008 - XI ZR 371/07; Martinek in: jurisPK, BGB, 8. Aufl. 2017, § 812 Rn. 132.

13 BGH, Urt. v. 02.06.2015 - XI ZR 327/14 und BGH, Urt. v. 16.06.2015 - XI ZR 243/13; dazu z.B. Schnauder, JZ 2016, 603 ff.; Auer, ZfPW 2016, 479 ff.; Kiehle, NJW 2015, 3095 f.

14 Vgl. BGH, Urt. v. 29.04.2008 - XI ZR 371/07 Rn. 25; BGH, Urt. v. 31.05.1976 - VII ZR 260/75 Rn. 13; BGH, Urt. v. 25.09.1986 - VII ZR 349/85 Rn. 14 ff. (unter Berufung auf § 242 BGB); Buck-Heeb in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 812 Rn. 21 m.w.N.

Kenntnis vom Widerruf der Anweisung schon aus verobjektiverter Empfängerperspektive den Rechtsschein einer vom Willen des Anweisenden getragenen Vermögensmehrung beseitigt. Gleiches gilt, wenn der Zuwendungsempfänger weiß, dass die Höhe der letztlich vorgenommenen Überweisung nicht auf dem Willen des Anweisenden beruht, er also in der bisherigen Diktion des BGH „die Zuvielüberweisung kennt“. Es ist die Kenntnis der Mängel der Anweisung, die der Annahme einer Leistung durch den Anweisenden und letztlich auch durch den Angewiesenen im Wege steht.

D. Auswirkungen für die Praxis

Das vom BGH gefundene Ergebnis wird in der Praxis nicht nur auf Begeisterung stoßen. Für die Jobcenter (und damit letztlich Staat und Steuerzahler) ergibt sich nun die Möglichkeit, irrtümlich an die Vermieter ihrer Sozialleistungsempfänger gezahlte Miete zurückzuverlangen, ohne Einwänden aus dem Mietverhältnis oder den §§ 44 ff. SGB X ausgesetzt zu sein. Sie haben damit zugleich einen im Regelfall solventeren Schuldner. Dem Vermieter ist demgegenüber die Berufung auf ggf. bestehende Schulden aus dem Mietverhältnis versagt, er muss sich dafür weiterhin an den Sozialleistungsempfänger halten.

Die wissenschaftlich-dogmatische Behandlung des Bereicherungsausgleichs in Mehrpersonenverhältnissen gewinnt durch die Entscheidung wenig, weil der BGH die wesentlichen Wertungen nicht offenlegt. Seine Ausführungen sind an der entscheidenden Stelle deutlich zu knapp.

E. Bewertung

Sieht man die Tilgungsbestimmung als empfangsbedürftige Willenserklärung an oder will sie jedenfalls entsprechend behandeln, bedarf es einer Bestimmung der Leistungsbeziehungen aus der verobjektivierten Perspektive des Empfängers. Dass der BGH insoweit recht eingehend eine eigene Leistung des Jobcenters ablehnt, soll hier nicht hinterfragt werden. Worin aber die Parallele („zumindest vergleichbar“) zur fehlenden oder widerrufenen Anweisung und zur Kenntnis von der Zuvielüberweisung liegen soll, bleibt im Dunkeln. Es ist denkbar, dass der BGH einen Erst-Recht-Schluss vorgenommen hat: Wenn selbst bei bestehendem Kausalverhältnis schon die Kenntnis vom mangelnden Widerruf genügt, muss dies bei der Kenntnis vom fehlenden Kausalverhältnis erst recht so sein; als normativer Aufhänger käme § 819 Abs. 1 BGB in Betracht, wenn gleich dieser unmittelbar nur den Umfang des Anspruchs

betrifft.¹⁵ Ebenso ist möglich, dass der BGH hiermit schlicht die Gutgläubigkeit des Vermieters im Hinblick auf eine Leistung des Mieters verneint. Nicht begründet wird außerdem, worin der vom BGH so betonte Unterschied liegen soll zwischen der Kenntnis des Vermieters vom Fehlen eines rechtlichen Grundes und dem Wissen, dass ihm der Betrag nicht zustand.

Vermeidbar war schließlich die Unklarheit, ob hiermit die „objektive Leistung“ oder Zurechnungsgesichtspunkte betroffen sind. Umstände, von denen der Zahlungsempfänger Kenntnis hat, sind schon bei der Auslegung der Zweckbestimmung zu berücksichtigen. Danach lässt es sich durchaus begründen, dass es hier an einer Leistung des Mieters fehlt, wenn die Parteien wissen, dass die Zuwendung nicht geschuldet ist. Allenfalls kommt dann eine Leistung i.S.v. § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB in Betracht, wenn mit der Zuwendung ein außerhalb des Kausalverhältnisses liegender Zweck erfüllt werden soll.¹⁶ Letzteres wird vor allem für formnichtige Grundstücksgeschäfte oder Schwarzarbeitsfälle angenommen, in denen ebenso beiden Parteien die Nichtschuld bekannt ist.¹⁷ Dass in unserem Fall mit der Zuwendung ein solcher Zweck verfolgt wird, ist aus Empfängersicht gerade unwahrscheinlich. Es ist jedoch gleichfalls wenig naheliegend, dass der Vermieter stets davon ausgeht, die Überweisung beruhe gerade auf einem Fehler der langsam arbeitenden Behörde; eher geht der Vermieter von einer irrtümlichen Anweisung durch den Mieter aus. Damit ist also die Frage angesprochen, wie konkret das „Bewusstsein“ der Mehrung fremden Vermögens sein muss. Genügt bei Dauerschuldverhältnissen schon ein einmal gebildeter, irrtümlich nicht aktualisierter (widerrufener) Wille?

Verneint man, dass die August-Miete dem Vermieter überhaupt geleistet wurde, steht der Vorrang einer Leistungsbeziehung einer am Einzelfall orientierten Rückabwicklung nicht mehr im Wege. Die Bestimmung des Bereicherungsgläubigers kann dann durch das Merkmal „auf dessen Kosten“ und eine umfassende Interessenabwägung zwischen Mieter und Jobcenter vorgenommen werden. Denn das Subsidiaritätsdogma schützt nicht nur den Anweisenden, sondern auch den Zuwendungsempfänger in seinen Inte-

15 Für Hinweise hierauf danke ich Dr. Laura Schmitt und Dr. Robert Korves.

16 Teilweise wird diese Leistung schon in den Leistungsbegriff nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB integriert, z.B. Thomale, Leistung als Freiheit, 2012, S. 179 ff.

17 Vgl. Lorenz in: Staudinger, BGB, 2007, § 814 Rn. 9 und wohl auch Schwab in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2017, § 814 Rn. 4.

ressen, nur mit der ihm bekannten „Vertrags“partei zu tun zu haben.¹⁸ Die Ablehnung jeglicher Leistungsbeziehungen ist damit immer auch eine Verneinung insofern schützenswerter Interessen des Vermieters. Und es ist in der Tat nicht ganz einzusehen, warum der Vermieter geschützt werden sollte in dem Glauben, das Geld beruhe auf einer wirksamen Anweisung des Mieters. Er kennt die konkreten Umstände der Zuvielüberweisung nicht, diese kann auf einem Versehen des Mieters ebenso wie einem des Jobcenters beruhen. Und anders als bei den bisherigen Fällen der Zuvielüberweisung erwartet er eine Überweisung in dieser Höhe nicht.

Für die Abwägung der Interessen von Jobcenter und Mieter ist dann im Wesentlichen darauf abzustellen, wer für den Fehler (mehr) verantwortlich ist. Hierbei lassen sich auch spezielle sozialrechtliche Wertungen berücksichtigen. Im vorliegenden Fall ist das nicht gänzlich aufzuklären, denn die Angabe des anderen Vermieters könnte unabhängig vom Zugang der Erklärung als „verspätet“ zu bewerten sein; es spricht gleichwohl vieles für eine Hauptverantwortung des Jobcenters.¹⁹ Würde das Jobcenter trotz des Fehlers im Verhältnis zum Mieter von seinen Leistungspflichten frei, wäre die Bereicherung des Vermieters nicht auf seine Kosten, sondern auf die des Mieters eingetreten und es wäre daher interessengerecht, dass dann der Mieter einen Anspruch gegen den Vermieter hat und das Jobcenter rausgehalten wird. Läge der Fehler in der Verantwortungssphäre des Jobcenters und erhielte der Mieter die Leistung ungeschmälert der (Fehl-)Zahlung an den (alten) Vermieter, gibt es keinen Grund, diesen in eine Abwicklung einzubeziehen.

Geht man indes – wie wohl der BGH – davon aus, es liege aus objektiver Empfängerperspektive eine Leistung vom Mieter an den Vermieter vor, wäre zu erwarten, dass sich die Begründung im Rahmen der Zurechnung dieses Umstands mit den Interessen aller Beteiligten auseinandersetzt. Dann käme es auch hier zum Schwur darüber, wie schutzwürdig die Interessen des Vermieters an der Geltendmachung seiner mietrechtlichen Einwendungen sind und wer den Fehler letztlich mehr verursacht hat.²⁰

Beweisführung und freie Beweiswürdigung durch Anhörung der beweisbelasteten Partei

BGH, Beschl. v. 27.09.2017 - XII ZR 48/17

Prof. Dr. Dr. h.c. Hanns Prütting

A. Problemstellung

Eine Partei wird auf Vertragserfüllung verklagt, obgleich sie die Leistung bereits erbracht hat. Hierfür gibt es aber keinen Zeugen, keine Urkunde und kein sonstiges Beweismittel. Was soll die Partei tun? Sie könnte versuchen, im Rahmen der Parteivernehmung (§§ 445 ff. ZPO) den wahren Sachverhalt dem Gericht nahezubringen. Allerdings kann die Partei gem. § 445 Abs. 1 ZPO nur die Vernehmung des Gegners beantragen. Die eigene Vernehmung könnte nur das Gericht veranlassen (vgl. §§ 447, 448 ZPO). In jedem Fall setzt die förmliche Parteivernehmung eine gewisse Anfangswahrscheinlichkeit voraus, die in vielen Fällen nicht vorliegt. Es bleibt lediglich die Möglichkeit eines persönlichen Erscheinens vor Gericht (vgl. § 141 Abs. 1 ZPO). Die in diesem Fall mögliche informelle Anhörung der Partei ist aber kein Teil der Beweisaufnahme, sie beruht nicht auf einem Beweisbeschluss, sie ist vielmehr Teil der mündlichen Verhandlung.¹ Damit stellt sich die Frage, welche rechtliche Bedeutung den Darlegungen der Partei im Rahmen einer informellen Anhörung zukommt.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Sachverhalt

Die Parteien des Rechtsstreits sind Mutter und Sohn sowie Schwiegertochter. Die Klägerin (die Mutter des Beklagten zu 1) hatte ihrem Sohn (dem Beklagten zu 1) einen erheblichen Geldbetrag zur Aufbewahrung in dessen Schließfach überlassen. Sie klagte nun gegen den Sohn und die Schwiegertochter (die Beklagte zu 2) auf Rückzahlung des Geldes. Die beiden Beklagten bestritten den Anspruch und legten im Rahmen einer Anhörung „detailliert und frei von Widersprüchen“ (so die Würdigung durch das Landgericht) dar, dass sie das Geld zurückgegeben hätten. Die Beweislast für diese Behauptung der Geldrückgabe lag nach der (unrichtigen) Auffassung des Landgerichts bei der Klägerin, das Oberlandesgericht ging im Berufungsverfahren dagegen zu Recht davon aus, dass die Geldrückgabe als eine typische Vertragserfüllung und damit als rechtsvernichtende Einwendung in die Beweislast der Beklagten fiel. Allerdings war die Beweislastverteilung letztlich nicht entscheidungserheblich, weil das

18 Das sind insbesondere Prozess-, Einwendungs- und Insolvenzrisiken, vgl. Canaris in: Festschrift für Larenz, 1973, S. 799 ff., auch Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 26. Aufl. 2017, Rn. 666.

19 Siehe auch die Berufungsinstanz LG Kiel, Urt. v. 27.01.2017 - 1 S 92/16 Rn. 25 f.

20 Vgl. Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Teilband, 2. Aufl. 2016, § 3 III 3, S. 125 ff.

1 Dies ist anerkannte Auffassung, vgl. Prütting in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 9. Aufl. 2017, § 141 Rn. 2.

Landgericht aufgrund der Sachverhaltsschilderungen der Beklagten zu der Überzeugung gelangte, dass das Geld zurückgegeben worden sei. Die Berufungsinstanz hat dieses Ergebnis aus Rechtsgründen korrigiert, ohne die Beklagten noch einmal anzuhören. Es wies darauf hin, dass die Anhörung der Beklagten in erster Instanz gem. § 141 ZPO als informatorische Anhörung erfolgte, nicht als formelle Parteivernehmung i.S.v. § 445 ZPO. Die bloße Anhörung nach § 141 sei aber kein Beweismittel im Sinne der ZPO. Obwohl das Berufungsgericht die Beweislastverteilung richtig beurteilt hatte und zu Recht der Anhörung nach § 141 ZPO die Qualität eines formellen Beweismittels aberkannte, beanstandete der BGH das Ergebnis der Berufungsinstanz und verwies die Sache an das Oberlandesgericht zurück.

II. Entscheidungsgründe

Der BGH bestätigt zunächst die Auffassung des Oberlandesgerichts zur Beweislastverteilung. In gleicher Weise bestätigt der BGH die Auffassung des Berufungsgerichts, eine informelle Parteivernehmung gem. § 141 ZPO sei kein Beweismittel. Übersehen worden sei vom Berufungsgericht aber, dass das Gericht gem. § 286 Abs. 1 ZPO nach freier Beweiswürdigung zu entscheiden habe, und dass diese freie Beweiswürdigung sich nicht nur auf das Ergebnis einer etwaigen Beweisaufnahme stützt, sondern dass Grundlage der freien Beweiswürdigung der gesamte Inhalt der Verhandlungen ist, wie das Gesetz ausdrücklich formuliert. Das bedeutet, dass sich der Tatrichter allein aufgrund des Parteivortrags und ohne Beweiserhebung eine Überzeugung bilden kann (so auch der Leitsatz 1 des BGH). Diese Auffassung ist allgemein anerkannt.² Daraus folgt für den BGH, dass der Tatrichter im Rahmen seiner Würdigung des Verhandlungsergebnisses den Angaben einer Partei im Einzelfall auch dann Glauben schenken kann und darf, wenn diese ihre Richtigkeit nicht durch eines der formellen Beweismittel (auch nicht mittels formeller Parteivernehmung) beweisen kann. Dies gilt nach den Aussagen des BGH selbst dann, wenn die Gegenseite durch Bekundungen eines Zeugen gegenteilige Behauptungen vorbringen kann.

Dies führt den BGH zu der Auffassung, dass das Berufungsgericht entweder die Überzeugung des erstinstanzlichen Gerichts hätte akzeptieren und übernehmen oder in zweiter Instanz eine erneute informatorische Anhörung gem. § 141 ZPO hätte durchführen müssen. Dem Berufungsgericht ist also eine von der erstinstanzlichen Würdigung abweichende Auffassung über den Inhalt einer Parteianhörung ohne Wiederholung der Vernehmung nach Auffassung des BGH verwehrt.

C. Auswirkungen für die Praxis

Auch wenn die Auffassung des BGH durchaus gefestigter Rechtsprechung und Literatur entspricht, ist doch die Ent-

scheidung eine sehr deutliche Mahnung an die Tatsacheninstanzen, die freie Verhandlungs- und Beweiswürdigung nur auf der Basis eigener Anhörung und eigener Beweisaufnahme durchzuführen und dabei die freie Würdigung des Verhandlungsergebnisses im Einzelfall durchaus einer Beweisaufnahme gleichzustellen.

D. Bewertung

Die Auffassung des BGH überzeugt. Schon nach dem Gesetzeswortlaut ist der gesamte Inhalt der Verhandlungen Gegenstand der freien Beweiswürdigung. Dies ist umso bedeutsamer, soweit für die streitentscheidenden Behauptungen der Parteien keinerlei Beweismittel vorliegen. Schon seit der Entscheidung des EGMR aus dem Jahr 1993 ist dies vor dem Hintergrund von Vier-Augen-Gesprächen intensiv diskutiert worden.³ Das Straßburger Gericht hatte es damals in einem holländischen Fall als Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK bewertet, wenn eine Partei den Prozess schon deshalb verliert, weil nur die Gegenpartei einen Zeugen hat. Die deutschen Gerichte haben im Lichte dieser Entscheidung die Auffassung vertreten, das Problem könne in Deutschland vor einer richtig verstandenen freien Beweiswürdigung des Richters nicht auftreten.⁴ Vielmehr könne der deutsche Richter die Partei beim Fehlen von Beweismitteln stets gem. § 141 ZPO informatorisch anhören und die Äußerungen frei würdigen. In dieser Feststellung liegt zugleich die Möglichkeit für den Richter, im Einzelfall einer Partei allein aufgrund ihrer Aussagen im Rahmen einer Anhörung nach § 141 ZPO Glauben zu schenken. Der BGH hat dies zu Recht noch einmal hervorgehoben.

² Vgl. Laumen in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 9. Aufl. 2017, § 286 Rn. 2; Prütting in: MünchKomm, ZPO, 5. Aufl. 2016, § 286 Rn. 8; Greger in: Zöller, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 286 Rn. 2.

³ EGMR, Ur. v. 27.10.1993 - 14448/88.

⁴ BVerfG, Beschl. v. 27.02.2008 - 1 BvR 2588/06; BGH, Beschl. v. 25.09.2003 - III ZR 384/02; BAG, Ur. v. 06.12.2001 - 2 AZR 396/00.

Arbeitsrecht

Befristete Arbeitsverträge im Profifußball BAG, Ur. v. 16.01.2018 - 7 AZR 312/16

VRiLAG a.D. Dr. Ludger Backhaus

A. Problemstellung

Arbeitsverträge mit Berufsfußballspielern sind typischerweise befristet. Die sachliche Rechtfertigung dieser Befristungen war bislang durch höchstrichterliche Recht-

sprechung nicht geklärt. Die in der rechtswissenschaftlichen Literatur ausgetauschten Argumente sind facettenreich. Rechtfertigungsgründe für traditionell anerkannte Befristungsgründe sind schwerlich übertragbar. Insbesondere versagt hier die Rechtfertigung durch besondere Grundrechte wie für die unter § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG (Eigenart der Arbeitsleistung) fallenden Bühnenkünstler (Art. 5 Abs. 3 GG) und Rundfunkmitarbeiter (Art. 5 Abs. 1 GG).

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Kläger war seit 2009 als Lizenzspieler (Torwart) beim FSV Mainz 05 beschäftigt, dessen erste Mannschaft in der 1. Fußball-Bundesliga spielt. Die Beschäftigung erfolgte zuletzt auf der Grundlage eines vom 01.07.2012 bis zum 30.06.2014 befristeten Arbeitsvertrages, der für beide Parteien eine Verlängerungsoption bis zum 30.06.2015 enthielt. Voraussetzung für die Option war ein Einsatz in mindestens 23 Bundesligaspielen in der Saison 2013/2014. Es waren ein jährliches Grundgehalt von 420.000 € und verschiedene Prämien vereinbart.

In der Rückrunde der Spielsaison wurde der Kläger aus zwischen den Parteien streitigen Gründen vom Trainer nicht mehr bei Bundesligaspielen eingesetzt, sondern der zweiten Mannschaft zugewiesen, die in der Regionalliga spielte. Der Kläger machte von der Verlängerungsoption Gebrauch.

Im Prozess stritten die Parteien über die Wirksamkeit der Befristung zum 30.06.2014, hilfsweise darüber, ob sich der Vertrag aufgrund der Option bis zum 30.06.2015 verlängert habe, und um insgesamt 261.000 €, die dem Kläger aufgrund des nach seiner Auffassung vom Direktionsrecht nicht gedeckten, weil nicht sportlich begründeten Nichteinsatzes in der Rückrunde der Bundesliga an Prämien entgangen seien. Daher, so der Kläger, müsse sich der beklagte Verein auch für die Option so behandeln lassen, als sei er, der Kläger, in den Spielen der Rückrunde eingesetzt worden.

Das BAG sah die Befristung des Arbeitsvertrags aufgrund der Eigenart der Arbeitsleistung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG als sachlich gerechtfertigt an. Der Grundsatz, dass das unbefristete Arbeitsverhältnis der Normalfall und das befristete Arbeitsverhältnis die Ausnahme sei, gehe von der Annahme aus, dass ein Arbeitnehmer im Regelfall seinen Beruf bis zum Rentenalter ausüben könne und der Arbeitsvertrag daher eine dauerhafte Existenzgrundlage bilden solle. Das sei bei einem Lizenzfußballspieler der 1. Bundesliga nicht der Fall. Während ein Arbeitnehmer üblicherweise unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit arbeiten müsse, würden im kommerzialisierten und öffentlichkeitsgeprägten Spitzen-

fußball von dem Lizenzspieler sportliche Höchstleistungen erwartet und geschuldet. Solche sportlichen Höchstleistungen könne ein Lizenzspieler der 1. Bundesliga naturgemäß nicht dauerhaft bis zum Rentenalter, sondern nur für eine von vornherein begrenzte Zeit erbringen. Daraus resultiere ein berechtigtes Interesse der Vertragsparteien daran, statt eines unbefristeten Dauerarbeitsverhältnisses ein befristetes Arbeitsverhältnis zu begründen.

Der Abschluss befristeter Arbeitsverträge trage nicht nur berechtigten Belangen des Vereins Rechnung, sondern diene auch den Interessen der Spieler: Ebenso wie der Verein habe auch der Lizenzspieler ein wirtschaftliches Interesse am sportlichen Erfolg seiner Mannschaft, da hiervon regelmäßig die Höhe seiner Vergütung abhängt. Der sportliche Erfolg einer Mannschaft setze voraus, dass der Trainer nach Ablauf ihrer Vertragslaufzeit leistungsschwächere und solche Spieler austauschen könne, die nicht zu einer geänderten Spieltaktik oder in ein geändertes Mannschaftsgefüge passten. Da es eine gewisse Zeit dauere, um die Spielweise der Mannschaft zu entwickeln und neue Spieler in die Mannschaft zu integrieren, sei es weiter erforderlich, dass die Spieler dem Verein eine bestimmte Zeit zur Verfügung stünden und das mit dem Verein eingegangene Arbeitsverhältnis nicht ordentlich kündigen könnten. Diese Flexibilisierung unter gleichzeitigem Zusammenhalt des Spielerkaders lasse sich nur durch den Abschluss befristeter Arbeitsverträge verwirklichen.

Die Befristungspraxis liege auch deshalb im Interesse des Lizenzspielers, da durch die Beendigung befristeter Verträge in anderen Vereinen Beschäftigungsmöglichkeiten für ihn frei würden. Ein Wechsel eröffne ihm die Chance, sich in einer anderen, ggf. leistungsstärkeren Mannschaft zu bewähren und im Rahmen des Vereinswechsels eine höhere Vergütung zu vereinbaren. Nachwuchsspieler erhielten so die Möglichkeit als Lizenzspieler eingestellt und ausgebildet zu werden.

Der Abschluss befristeter Arbeitsverträge trage auch dem Umstand Rechnung, dass die Arbeitsverhältnisse der Lizenzspieler der 1. Fußballbundesliga in das internationale Transfersystem eingebunden seien. Der Wechsel der Spielberechtigung bei einem Verein dürfe nur innerhalb der vom nationalen Fußballverband festzulegenden Zeitperioden erfolgen. Unter diesem Transferreglement könne das Interesse der Vertragsparteien an einem Wechsel nur dann befriedigt werden, wenn zu den relevanten Zeitpunkten durch das Auslaufen befristeter Arbeitsverträge Beschäftigungsmöglichkeiten frei würden.

Die Befristung von Arbeitsverträgen ermögliche es einem Verein außerdem, auf dem Transfermarkt Einnahmen zu erzielen, wenn einer seiner Spieler vor Ablauf der vereinbarten Vertragslaufzeit zu einem anderen Verein wechseln

wolle, was nicht möglich sei, wenn ein Spieler jederzeit kündigen und zu einem anderen Verein wechseln könne. Das wirke sich negativ auf die Ausbildungsbereitschaft der Vereine aus. Dies liefe wiederum dem Interesse der Lizenzspieler zuwider, da sie nicht nur von der Ausbildung profitierten, sondern aufgrund der durch die Transferzahlungen bedingten Finanzstärke ihrer Vereine höhere Vergütungen erzielen könnten.

Diese Grundsätze zur Auslegung und Anwendung von § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG entsprächen schließlich auch den Vorgaben der Richtlinie 1999/70/EG und der inkorporierten EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung. Nach der Rechtsprechung des EuGH könnten sachliche Gründe sich insbesondere auch aus „der besonderen Art der Aufgaben“ ergeben.

Die Grenzen des Direktionsrechts beim Nichteinsatz des Klägers in der Rückrunde der Bundesliga sah das BAG aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen als gewahrt an und hielt deshalb auch die Abweisung des Hilfsantrags und des Zahlungsantrags für rechtmäßig.

C. Kontext der Entscheidung

Obwohl Arbeitsverträge mit professionellen Fußballspielern seit jeher befristet sind, war das BAG bis zum Urteil vom 16.01.2018, also mehr als 60 Jahre nach seiner Gründung, mit der sachlichen Rechtfertigung der Befristung noch nicht befasst. Auch zu professionellen Fußballtrainern fehlt es bisher an einer BAG-Entscheidung.

Zu Berufstrainern in anderen Sportarten liegen indes mehrere BAG-Entscheidungen vor, die im Urteil vom 16.01.2018 nicht erwähnt werden:

Im Urteil vom 19.06.1986¹ zu einem Landestrainer der Fechter hat das BAG im Wesentlichen darauf abgehoben, dass sowohl im originären Mannschaftssport (z.B. Fußball, Eishockey) als auch in Sportarten wie dem Fechten, die im Wettkampf in Mannschaften ausgetragen werden, gruppendynamische Prozesse ablaufen und die Effektivität eines Trainers und der daraus resultierende Erfolg der von ihm betreuten Sportler entscheidend von seiner Fähigkeit abhängen, Leistungsvermögen und Leistungswillen der Betreuten zu wecken. Sporttrainer könnten mit der Zeit die Fähigkeit verlieren, die von ihnen betreuten Sportler zu besonderen oder gar Höchstleistungen zu motivieren. Das könne auch bei unverminderter eigener Anstrengung und größtem Pflichtbewusstsein eintreten. Wäre es den Parteien des Trainervertrages verwehrt, befristete Verträge abzuschließen, habe der Arbeitgeber des Trainers keine Möglichkeit, den Vertrag gegen dessen Willen zu beenden. Die ordentliche Kündigung sei jedenfalls im Normalfall ausgeschlossen, weil Kündigungsgründe nicht vorlägen.

Demgegenüber enthalten zwei weitere Urteile zu einem Tenistrainer² bzw. einem Kanutrainer³ Einschränkungen. Die Befristung eines Arbeitsvertrages mit einem Sporttrainer ist nach diesen Entscheidungen nur dann sachlich gerechtfertigt, wenn mit der Betreuung von Spitzensportlern oder besonders talentierten Nachwuchssportlern die Gefahr verbunden ist, dass die Fähigkeit des Trainers zur weiteren Motivation der anvertrauten Sportler regelmäßig nachlässt. Danach kann nur der drohende Verschleiß der persönlichen Beziehung des Trainers zu den Sportlern die Befristung sachlich rechtfertigen. Diese für den Trainerberuf spezifische Verschleißgefahr besteht nach Auffassung des BAG nicht, wenn die Sportler, wie z.B. bei jugendlichen Nachwuchssportlern oft gegeben, ohnehin in verhältnismäßig kurzen Abständen wechseln, insbesondere wenn die Verweildauer der Sportler kürzer ist als die Vertragszeit des Trainers.

D. Auswirkungen auf die Praxis

Das BAG behandelt im Urteil vom 18.01.2018 – mehrfach ausdrücklich – nur die Befristung von Arbeitsverträgen mit Lizenzspielern der 1. Fußball-Bundesliga. Für diese ist das Vorliegen eines sachlichen Grundes für die Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG damit geklärt.

Nach § 8 der DFB-Spielordnung gelten als Berufsspieler außer Lizenzspielern auch die Vertragsspieler. Lizenzspieler ist nach § 8 Nr. 3 der DFB-Spielordnung, wer das Fußballspiel aufgrund eines mit einem Lizenzverein oder einer Kapitalgesellschaft geschlossenen schriftlichen Vertrages betreibt und durch Abschluss eines schriftlichen Lizenzvertrages mit dem Ligaverband zum Spielbetrieb zugelassen ist. Vertragsspieler ist, wer über sein Mitgliedschaftsverhältnis hinaus einen schriftlichen Vertrag mit seinem Verein abgeschlossen hat und über seine nachgewiesenen Auslagen hinaus [...] Vergütungen oder andere geldwerte Vorteile von mindestens 250 € monatlich erhält (§ 8 Nr. 2 Satz 1 der DFB-Spielordnung). Vertragsspieler eines Vereins dürfen in Lizenzspieler-Mannschaften eingesetzt werden (§ 11 Nr. 1 DFB-Spielordnung).

Ob das BAG die Befristung von Arbeitsverträgen für Vertragsspieler und für andere Ligen grds. anders beurteilt, lässt sich dem Urteil nicht entnehmen.

E. Bewertung

Das Ergebnis der Entscheidung entspricht ganz der h.M.⁴ Ihm ist zuzustimmen. Ein anderes Ergebnis hätte das

1 BAG, Urt. v. 19.06.1986 - 2 AZR 570/85.

2 BAG, Urt. v. 29.10.1998 - 7 AZR 436/97.

3 BAG, Urt. v. 15.04.1999 - 7 AZR 437/97.

4 Vgl. die Nachweise im Urteil Rn. 17.

Ende des Bundesliga-Fußballs in seiner heutigen Form bedeutet.

Allerdings sind kritische Anmerkungen zu der Begründung veranlasst. Das zentrale Argument, aus der typischerweise fehlenden Möglichkeit des Spielers, die unerlässliche Höchstleistung dauerhaft bis zum Rentenalter zu erbringen, resultiere das berechnete Interesse, ein befristetes statt eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses zu begründen, lässt die Frage offen, warum dem nicht durch Kündigung Rechnung getragen werden kann. Das Gleiche gilt für das Argument, der Trainer müsse die Möglichkeit haben, leistungsschwächere und solche Spieler auszutauschen, die nicht zu einer geänderten Spieltaktik oder in ein geändertes Mannschaftsgefüge passten. Diese Frage lässt sich so beantworten: Formtiefs von Spielern können auch bei unverminderter eigener Anstrengung und größtem Pflichtbewusstsein eintreten. Mit einer ordentlichen Kündigung kann daher im Normalfall nicht erfolgreich reagiert werden, wie es das BAG schon 1986 zur Befristung von Arbeitsverträgen mit Trainern ausgeführt hat.⁵ Auch die Erforderlichkeit personeller Konsequenzen aus geänderten spieltaktischen Konzepten des Trainers und seinen Vorstellungen vom Mannschaftsgefüge ist kaum objektivierbar. Das spricht dafür, die Erwägungen des BAG zur Rechtfertigung von befristeten Verträgen mit Bühnenkünstlern zu übertragen, bei denen die Einpassung in das künstlerische Konzept des Intendanten ähnliche Kündigungsprobleme aufwirft.⁶ Mit dieser Ergänzung reichen die berechtigten Interessen der Vereine allerdings aus, die Befristung zu rechtfertigen.

Soweit das BAG zusätzlich Eigeninteressen der Spieler an der Befristung anführt, überzeugt das nicht. Dass ein Arbeitnehmer Interesse am wirtschaftlichen Wohlergehen des Arbeitgebers hat, weil sich das auf seine Vergütung auswirkt, ist so allgemeingültig, dass es die Ausnahme des befristeten Vertrages gegenüber dem Normalfall des unbefristeten nicht rechtfertigen kann. Das in diesem Zusammenhang vom BAG angeführte Interesse des Vereins am Zusammenhalt des Spielerkaders während der Spielzeit und an einem Kündigungsverbot zu Terminen in der Vertragszeit lässt sich auch durch den Ausschluss der ordentlichen Kündigung im unbefristeten Vertragsverhältnis zu Terminen in der Spielzeit erreichen. Auch ein Wechselinteresse des Spielers kann durch seine Kündigung eines unbefristeten Vertrages befriedigt werden.⁷

⁵ Siehe oben C. zu BAG, Urt. v. 19.06.1986 - 2 AZR 570/85.

⁶ BAG, Urt. v. 21.05.1981 - 2 AZR 1117/78.

⁷ Vgl. Bepler, jM 2016, 108; Boemke/Jaeger, jurisPR-ArbR 31/2015, Anm. 4.

Sozialrecht

Schülerunfallversicherung und organisatorische Verantwortung der Schule

BSG, Urt. v. 23.01.2018 - B 2 U 8/16 R

Ri'inSG Katharina Pfriender, z. Zt. Wiss. Mit. beim BSG

A. Problemstellung

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 8 Buchst. b) SGB VII sind Schüler während des Besuchs von allgemein- oder berufsbildenden Schulen kraft Gesetzes in der gesetzlichen Unfallversicherung versichert. Das BSG betont dabei in ständiger Rechtsprechung, dass in der Schülerunfallversicherung nicht von einem umfassenden Versicherungsschutz ohne Rücksicht auf den organisatorischen Verantwortungsbereich der Schule ausgegangen werden kann.¹ Nicht alle Verrichtungen, die wesentlich durch den Schulbesuch bedingt sind und deshalb an sich nach dem Recht der gewerblichen Unfallversicherung ihm zuzuordnen wären, sind versichert. Dies betrifft insbesondere die Erledigung von Hausaufgaben im privaten häuslichen Bereich der Schüler. In der hier besprochenen Entscheidung hatte das BSG über den Unfallversicherungsschutz eines Schülers während einer schulisch veranlassten Gruppenarbeit an der Schnittstelle zwischen schulischem Verantwortungsbereich und privaten Hausaufgaben zu entscheiden.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der zum Unfallzeitpunkt 15-jährige Kläger war Schüler einer Realschule. Im Musikunterricht hatten die Schüler die Aufgabe erhalten, in Kleingruppen einen Werbeclip zu einem bestimmten Produkt zu filmen, zu bearbeiten und mit Musik zu unterlegen. Ursprünglich sollte der Werbeclip während des Musikunterrichts auf dem Schulgelände erstellt werden. Auf Bitten der Schüler räumte die Musiklehrerin aber die Möglichkeit ein, auch außerhalb des Schulunterrichts und Schulgeländes zu filmen. Davon machte die Gruppe des Klägers Gebrauch. Am Unfalltag trafen sich die Schüler nachmittags im Elternhaus eines der Mitschüler. Während der Dreharbeiten kam es zum Streit. Als der Kläger den Drehort verließ, um nach Hause zu gehen, wurde er von einem Mitschüler angepöbeln, stürzte unglücklich und verletzte sich dabei am Kopf. Seit dem Unfall ist der Kläger auf einen Rollstuhl angewiesen.

¹ Z.B. BSG, Urt. v. 30.05.1988 - 2 RU 5/88; BSG, Urt. v. 30.06.2009 - B 2 U 19/08 R.

Die beklagte Unfallkasse lehnte die Anerkennung des Ereignisses als versicherten Unfall ab, weil es sich bei den Dreharbeiten um die Erledigung von Hausaufgaben gehandelt habe. Hausaufgaben seien nicht versichert, weil sie aus dem organisatorischen Verantwortungsbereich der Schule herausgenommen und uneingeschränkt dem privaten Bereich der Schüler zugewiesen seien. Während das Sozialgericht dem gefolgt ist, hat das Landessozialgericht die Beklagte verpflichtet, den Unfall als Arbeitsunfall festzustellen.² Der Kläger habe unter dem Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung gestanden, weil die Videoaufnahmen im organisatorischen Verantwortungsbereich der Schule stattgefunden hätten.

Das BSG hat die Entscheidung des Landessozialgerichts bestätigt. Der Versicherungsschutz von Schülern allgemeinbildender Schulen beschränke sich auf den organisatorischen Verantwortungsbereich der Schule, der im Regelfall einen unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang zum Schulbesuch erfordere und grds. entfalle, wenn schulische Aufsichtsmaßnahmen nicht mehr gewährleistet seien. Allerdings könnten der räumlich-zeitliche Zusammenhang oder die schulischen Aufsichtsmaßnahmen weitgehend gelockert sein. Ein „Besuch der Schule“, wie ihn § 2 Abs. 1 Nr. 8 Buchst. b) SGB VII tatbestandlich voraussetze, finde nicht ausschließlich im Schulgebäude und auf dem Schulgelände statt. Der Senat hält ausdrücklich daran fest, dass bei der Erledigung von Hausaufgaben zu Hause kein Versicherungsschutz besteht. Es handle sich jedoch nicht mehr um unversicherte Hausaufgaben, wenn Lehrer aus organisatorischen oder pädagogischen Gründen eine Gruppe von Schülern für ein gemeinsames Tun zusammenstellten, welches sich außerhalb der Schule selbstorganisiert vollziehe oder fortsetze. Der erforderliche zeitlich-räumliche Bezug zur Schule bestehe dann darin, dass die Schule aus der Menge aller Schüler einer Klasse eine Gruppe bilde und dieser Gruppe eine bestimmte Aufgabe zuweise. Damit werde „Schule“ gleichsam in die Gruppe transferiert, in der neben fachlichen zugleich auch methodische, soziale und affektive Kompetenzen untereinander vermittelt würden.

Der Unfallversicherungsschutz entfalle nicht deshalb, weil im konkreten Fall schulische Aufsichtsmaßnahmen faktisch nicht mehr gewährleistet waren. Die Schule dürfe ihren Schülern den Versicherungsschutz nicht dadurch entziehen, dass sie wirksame Aufsichtsmaßnahmen unterlasse und damit eine Situation herbeiführe, in der die gesetzliche Unfallversicherung ihre Schutzfunktion nicht mehr wahrnehmen könne. Schließlich könne es bei minderjährigen Schülern einen „verantwortungslosen Raum“ nicht geben. Der elterliche Verantwortungsbereich setze ein, wo der schulische Verantwortungsbereich ende. Staatlicher Erziehungsauftrag und elterliches Erziehungsrecht stünden gleichgeordnet nebenei-

einander, Konflikte seien im Sinne praktischer Konkordanz zu lösen. Daraus folgten die gegenseitige Pflicht zur organisatorischen und inhaltlichen Kooperation von Schule und Eltern sowie das Gebot zur gegenseitigen Rücksichtnahme. Daraus leitet das Gericht eine Pflicht der Schule ab, die Eltern jedenfalls in Zweifelsfällen klar und unmissverständlich darüber zu informieren, wo der schulische Verantwortungsbereich ende, damit diese ihrer Elternverantwortung gerecht werden könnten. Unklares oder missverständliches Verhalten von Schule und Lehrkräften erhalte im Zweifel den schulischen Verantwortungsbereich und damit den Versicherungsschutz in der gesetzlichen Unfallversicherung.

C. Kontext der Entscheidung

Der Fall ist im Grenzbereich zwischen schulischem und elterlichem Verantwortungsbereich angesiedelt. Die Einbeziehung der Schüler allgemeinbildender Schulen in die gesetzliche Unfallversicherung zum 01.04.1971³ weitete deren Schutz auf einen Personenkreis aus, der nicht zur herkömmlichen Beschäftigtenversicherung gehörte. Schüler unterscheiden sich insoweit, als sie nicht fremdwirtschaftlich für einen Arbeitgeber tätig werden, sondern der Schulbesuch zunächst im eigenen Interesse des Schülers liegt, eine Ausbildung zu erhalten. Nach der Rechtsprechung sind daher nicht alle Verrichtungen versichert, die in einem sachlichen oder inneren Zusammenhang mit dem Schulbesuch stehen oder wesentlich durch den Schulbesuch bedingt sind.⁴ Als weitere Voraussetzung muss der organisatorische Verantwortungsbereich der Schule betroffen sein. Die Grenzen dieses organisatorischen Verantwortungsbereichs sind im Zusammenhang mit neuen Lehr- und Lernmethoden ggf. schwierig zu bestimmen. Denn der Bildungsauftrag allgemeinbildender Schulen erschöpft sich nicht länger in der Wissensvermittlung anhand detaillierter inhaltlicher Vorgaben für den Unterricht in sämtlichen Fächern, sondern umfasst mehr und mehr das Erlernen und Fördern methodischer, sozialer und affektiver Kompetenzen. Überfachliche Kompetenzen werden in gemeinsamen Lernformen wie Projekt- und Teamarbeiten auch außerhalb der eigentlichen Unterrichtszeit vermittelt.

Unproblematisch war der Kläger auch auf den Wegen zur und von der schulischen Veranstaltung versichert. § 8 Abs. 2 Nr. 1 SGB VII gilt gleichermaßen für Schüler. Schwieriger erweist sich die Abgrenzung des organisatorischen Verantwortungsbereichs der Schule zum unversicherten häusli-

² LSG Stuttgart, Ur. v. 17.03.2016 - L 6 U 4904/14.

³ BGBl. I 1971, 237.

⁴ BSG, Ur. v. 27.01.1976 - 8 RU 114/75; BSG, Ur. v. 30.05.1988 - 2 RU 5/88.

chen Bereich des Schülers. Immerhin hatten sich die Schüler bei einem der Schüler zu Hause getroffen und seitens der Lehrerin auch keinerlei Vorgaben hinsichtlich Zeit und Ort der Aufgabenerledigung. In seiner bisherigen Rechtsprechung hat das BSG jeweils die organisatorische Verantwortung der Schule definiert. Diese war gegeben, wenn Tätigkeiten im Auftrag eines Lehrers verrichtet wurden⁵ oder wenn die Verrichtung aus im organisatorischen Bereich der Schule liegenden Gründe notwendig und vom Lehrer explizit geregelt worden war.⁶ Es reichte sogar aus, dass Eltern und Schüler im Zeitpunkt der Durchführung der Veranstaltung aufgrund des Gesamtbildes nach Planung, Organisation und Ablauf lediglich davon ausgehen durften, dass es sich um eine organisatorisch von der Schule getragene Unternehmung handelte.⁷ Vorliegend hat die Schule durch die Initiierung der Gruppenarbeit und die Zusammenstellung der Gruppen organisatorische Verantwortung übernommen. Letztlich konnte sich der einzelne Schüler hinsichtlich der von der Gruppe bestimmten Zeit, dem Ort und der Art der Durchführung nicht ohne Weiteres entziehen, weil die Mitwirkung von einer Lehrkraft angeordnet war und das Ergebnis bewertet werden sollte.

Neu ist in der Entscheidung, dass sich das BSG zur Abgrenzung an der Reichweite des elterlichen Verantwortungsbereichs orientiert. Ausgehend von der Prämisse, dass es für minderjährige Schüler keinen „verantwortungslosen“ Raum geben könne, müsse der schulische Verantwortungsbereich so weit reichen, bis der elterliche Verantwortungsbereich einsetze.

D. Auswirkungen für die Praxis

Unfälle im Grenzbereich zwischen versichertem schulischem Verantwortungsbereich und unversichertem häuslichem Bereich der Schüler werden die Gerichte im Zusammenhang mit der sich verändernden schulischen Praxis auch künftig beschäftigen. Mit der Entscheidung gibt das BSG Hinweise, woraus sich eine organisatorische Verantwortung der Schule bei Gruppen- und Projektarbeiten außerhalb des Schulgeländes und der Unterrichtszeit ergeben kann und wo die Grenze des organisatorischen Verantwortungsbereichs der Schule in diesem Kontext zu ziehen ist.

E. Bewertung

Das BSG hält an seiner bisherigen Rechtsprechung fest, dass der Versicherungsschutz von Schülern allgemeinbildender Schulen auf den organisatorischen Verantwortungsbereich der Schule begrenzt ist und führt diese für eine schulische Projektarbeit konsequent fort. Die Erledigung von „klassischen“ Hausaufgaben bleibt auch weiterhin dem privaten Bereich der Schüler zugeordnet, der vom Versicherungsschutz nicht erfasst ist. Ob die Abgrenzung zwischen schulischem und elterlichem Verantwortungsbereich in der Praxis immer ohne Weiteres gelingt, wird sich zeigen.

5 BSG, Urt. v. 31.03.1981 - 2 RU 29/79.

6 BSG, Urt. v. 13.12.1984 - 2 RU 33/83.

7 BSG, Urt. v. 25.01.1979 - 8a RU 54/78; BSG, Urt. v. 24.01.1990 - 2 RU 22/89.

Verwaltungsrecht

Die Planung von Höchstspannungsleitungen – entschiedene und (noch) offene Streitfragen

VRiBVerwG Prof. Dr. Rüdiger Rubel

A. Planfeststellung: spät, aber heftig

Vor etwa 140 Jahren begann die Geschichte der Hochspannungsfemübertragung. Der Planfeststellung unterliegen Elektrizitätsfreileitungen mit 110 kV (Hochspannungsleitungen) und mehr (Höchstspannungsleitungen) durch das Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) erst seit 2001. Seitdem hat sich die Rechtslage rasant fortentwickelt.¹ Grund war zunächst die politisch gewollte Förderung der regenerativen Energie. Sie verlangte nach einem schnellen Ausbau von Übertragungskapazitäten im Höchstspannungsbereich. Das Gesetz

zum Ausbau von Energieleitungen (EnLAG) für Höchstspannungsleitungen ab 380 kV legt hierzu seit 2009 die Bedarfsplanung in die Hand des Gesetzgebers, konzentriert die gerichtliche Kontrolle der Planfeststellungsbeschlüsse erst- und letztinstanzlich beim BVerwG und eröffnet der Planfeststellungsbehörde die Möglichkeit von Erdkabel-Pilotprojekten. Weiterer Beschleunigungsbedarf ergab sich kurz darauf

1 Näher Rubel, DVBl. 2017, 585 m.w.N.

durch den Atomunfall in Fukushima und den dadurch angestoßenen Atomausstieg in Deutschland. Ihm soll seit 2011 für gesetzlich bestimmte, länderübergreifende und grenzüberschreitende Höchstspannungsleitungen sowie Offshore-Anbindungsleitungen das Netzausbaubeschleunigungsgesetz Übertragungsnetz (NABEG) Rechnung tragen. Bei solchen Vorhaben findet zunächst eine Bundesfachplanung statt, die den Trassenkorridor für das nachfolgende Planfeststellungsverfahren verbindlich festlegt. Für beide Verfahren (Bundesfachplanung und Planfeststellung) ist grds. die Bundesnetzagentur zuständig. Die daraufhin einsetzende Planungsoffensive stieß bei betroffenen Anliegern und Naturschützern auf Widerstand. Das veranlasste den Gesetzgeber 2016, für NABEG-Gleichstromtrassen grds. und für übrige Vorhaben in weiterem Umfang als bisher zur Erhöhung der Akzeptanz Erdkabeltrassen vorzusehen. Die Planungen für das NABEG-Netz wurden dadurch um Jahre zurückgeworfen. Rechtsprechung zu diesen Verfahren existiert noch nicht.

B. Höchstspannungsleitungen: Wer braucht denn so was?

Am Anfang steht die Planrechtfertigung: Besteht für das Planvorhaben gemessen an den gesetzlichen Zielsetzungen (hier: § 1 EnwG) ein Bedarf? Wer Höchstspannungsleitungen verhindern will, wendet hier gern Grundsätzliches ein: Macht ein Energietransport quer durch die Republik überhaupt Sinn und gibt es nicht – dezentrale – Alternativen? Doch die Systemfrage hat der Gesetzgeber mit EnwG, EnLAG und NABEG bereits entschieden. Die nur darauf bezogene Hürde der Planrechtfertigung ist nicht sehr hoch. Um sie weiter abzusenken, ist der Gesetzgeber im Fachplanungsrecht zunehmend dazu übergegangen, die Bedarfsfrage selbst durch Gesetz zu klären. Das beschränkt die richterliche Kontrolle, verleiht den Bedarfsentscheidungen andererseits aber eine besondere demokratische Legitimation. Auch bei den in der Anlage zum EnLAG und im Bundesbedarfsplan (BBPI) aufgeführten (NABEG-)Vorhaben hat der Gesetzgeber diesen Weg eingeschlagen. Damit stehen ihre energiewirtschaftliche Notwendigkeit und der vordringliche Bedarf – auch mit Wirkung für das gerichtliche Verfahren – fest (§ 1 Abs. 2 Satz 1 bis 3 EnLAG, § 12e Abs. 4 EnwG und § 2 Abs. 1 BBPIG).² Diese Feststellung des Gesetzgebers kann nur am Maßstab des Grundgesetzes überprüft und deswegen nur beanstandet werden, wenn sie evident unsachlich ist.³ Dafür hat das BVerwG in den bisher entschiedenen Verfahren keine Anhaltspunkte gesehen.⁴

C. Das geht gar nicht!

Planung wird zu Recht mit Planungsermessen und Abwägungsspielräumen verbunden. Doch es bestehen auch zwin-

gende rechtliche Anforderungen, die nicht mit Blick auf andere Belange „weggewogen“ werden können. Ihre Nichterfüllung führt vielmehr dazu, dass das Vorhaben nicht oder jedenfalls nicht in der vorgesehenen Form planfestgestellt werden darf. Bei Höchstspannungsleitungen ergeben sich solche K.o.-Kriterien vor allem aus dem Immissions- und Naturschutz. Dagegen ist die Einhaltung der Grenzwerte der 39. BImSchV für Luftschadstoffe keine zwingende Rechtmäßigkeitsvoraussetzung der Planfeststellung. Grenzwertüberschreitungen, wie sie im Hinblick auf vorhabenbedingt entstehende Stickoxide oder Ozon geltend gemacht werden, sind nach dem System der Luftreinhalteplanung unabhängig von den Immissionsquellen, nämlich durch flächenbezogene Maßnahmen zu vermeiden.⁵

I. Elektromagnetische Felder

Die Hauptsorge der Anlieger von Höchstspannungslitungsvorhaben gilt regelmäßig ihrer möglichen Beeinträchtigung durch elektromagnetische Felder. Klare Grenzwerte für die elektrische Feldstärke und die magnetische Flussdichte ergeben sich aus der 26. BImSchV.⁶ Andere (Niederfrequenz-)Anlagen, z.B. schon bestehende Leitungen in derselben Trassenlage, zählen bei der Frage, ob die Grenzwerte durch die Einwirkungen überschritten werden, mit.⁷ Dass der Ordnungsgeber die Grenzwerte zu niedrig angesetzt und damit verfassungsrechtliche Schutzpflichten verletzt hätte, hat die Rechtsprechung bisher verneint.⁸

Einwirkungen unterhalb der Grenzwerte sind nicht irrelevant, bilden aber keine zwingenden Vorhabenhindernisse. Sie sind lediglich im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen; dies umso stärker, je näher die Einwirkungen an die Grenzwerte heranreichen.⁹ Durch § 4 Abs. 2 Satz 1 der 26. BImSchV – 2013 hinzugefügt und unscharf „Minimierungsgebot“ genannt – sahen das manche infrage gestellt. Doch die Vorschrift verlangt vom Vorhabenträger nicht, die elektromagnetischen Einwirkungen „um jeden Preis“ auf Kosten der anderen in § 1 Abs. 1 EnwG genannten Ziele zu

2 BVerwG, Urt. v. 17.12.2013 - 4 A 1/13 Rn. 45 m.w.N.

3 BVerfG, Kammerbeschl. v. 08.06.1998 - 1 BvR 650/97 und 1 BvR 830/98.

4 BVerwG, Urt. v. 21.01.2016 - 4 A 5/14 Rn. 52 f. m.w.N.

5 BVerwG, Urt. v. 14.03.2018 - 4 A 5/17.

6 Anwendbar nach § 3 Abs. 5 Nr. 1 und § 4 Abs. 1 Satz 3 BImSchG i.V.m. § 1 Abs. 1 der 4. BImSchV sowie § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und § 3 Abs. 1 BImSchG.

7 Vgl. § 3 Abs. 3 der 26. BImSchV; dazu BVerwG, Urt. v. 14.03.2018 - 4 A 5/17.

8 Zuletzt BVerwG, Urt. v. 14.03.2018 - 4 A 5/17. Ein bloßer Anfangsverdacht reicht für die gegenteilige Annahme jedenfalls nicht aus: BVerwG, Urt. v. 14.06.2017 - 4 A 11/16 Rn. 28.

9 BVerwG, Urt. v. 14.06.2017 - 4 A 11/16 Rn. 53.

reduzieren. Gefordert ist vielmehr ein vernünftiges, risikoproportionales Optimum, also: Abwägung.¹⁰

II. Lärm

Bei Nebel, Regen und Schnee wird es offenbar: Höchstspannungsleitungen machen Lärm. Lärmgrenzen ergeben sich aus der TA Lärm.¹¹ Die Rechtsprechung misst ihr Bindungswirkung für das gerichtliche Verfahren bei und sieht sie jedenfalls insoweit als abschließend an, als sie bestimmte Gebietsarten und Tageszeiten entsprechend ihrer Schutzbedürftigkeit bestimmten Immissionsrichtwerten zuordnet und das Verfahren der Ermittlung und Beurteilung der Geräuschimmissionen vorschreibt.¹² Danach ist für eine Wohnnutzung eine höhere Lärmbelastung zumutbar, wenn sie sich in einer Randlage zu einer gewerblichen Nutzung oder zum Außenbereich befindet¹³ oder selbst im Außenbereich liegt.¹⁴ Lärmvorbelastungen, etwa durch schon vorhandene Stromleitungstrassen, sind nicht stets, sondern nur bei Überschreiten einer bestimmten Relevanzschwelle zu berücksichtigen.¹⁵ Neue und schon vorhandene Stromtrassen bilden dagegen keine gemeinsame Anlage i.S.v. § 1 Abs. 3 der 4. BImSchV, die eine einschränkungslose Summierung der Lärmeinwirkungen zur Folge hätte. Das gilt selbst dann, wenn beide Trassen in einiger Entfernung an der gleichen Umspannanlage enden.¹⁶

Wie bei den Beeinträchtigungen durch elektromagnetische Felder darf beim Lärm die Unzumutbarkeit der Immissionen nicht auf eine Betrachtung der vorhabenbedingten Einwirkungen beschränkt werden. Eine Vorbelastung muss die Planfeststellungsbehörde nach Nr. 4.2 Buchst. c) der TA Lärm aber nur einbeziehen, wenn aufgrund konkreter Anhaltspunkte absehbar ist, dass die zu beurteilende Anlage relevant zu einer Überschreitung der Immissionsrichtwerte nach Nr. 6 der TA Lärm beitragen wird. Das ist nach Nr. 3.2.1 Abs. 2 Satz 2 der TA Lärm nicht der Fall, wenn die von der zu beurteilenden Anlage ausgehende Zusatzbelastung die Immissionsrichtwerte nach Nr. 6 der TA Lärm am maßgeblichen Immissionsort um mindestens 6 dB(A) unterschreitet.¹⁷

Wie elektromagnetische Einwirkungen ist auch Lärm unterhalb der Grenzwerte nicht irrelevant. Er wird zum bloßen – „wegwägbar“ – Abwägungsposten, muss aber bei der Festlegung des Trassenverlaufs bedacht werden.¹⁸

III. Naturschutz

Ein zwingendes und recht hohes materiell-rechtliches Hindernis ergibt sich für ein Höchstspannungsvorhaben aus § 34 Abs. 2 BNatSchG,¹⁹ wenn nach Ausschöpfung aller wissenschaftlichen Quellen vernünftige Zweifel daran bestehen, dass das Vorhaben die Erhaltungsziele eines unionsrechtlichen Natura 2000-Gebiets nicht beeinträchtigt. Besonders in Vogelschutzgebieten kann insoweit das Anprallrisiko

für Vögel zum Zulassungshindernis werden. Wissenschaftliche Erkenntnisse dazu sind bisher eher dürftig. Wie lassen sich die gesetzlichen Anforderungen erfüllen?

Pauschalierungen sind jedenfalls Grenzen gesetzt. Im Fall der Uckermarkleitung²⁰ hatte es die Planfeststellungsbehörde ausreichen lassen, dass die leitungsbedingte Erhöhung des Mortalitätsrisikos für sämtliche Vogelarten pauschal bestimmt worden war. Das war zu beanstanden, denn es stand fest, dass zwischen den in den Schutzgebieten vertretenen Vogelarten starke Unterschiede in ihrer Verhaltensökologie, Habitatnutzung und dem damit einhergehenden Flugverhalten und somit auch im potenziellen Anflugerisiko bestanden. Deswegen musste die Verträglichkeit der Höchstspannungsleitung mit den Erhaltungszielen des ausgewiesenen Vogelschutzgebietes artspezifisch untersucht²¹ werden. Kann nämlich eine erhebliche Beeinträchtigung auch nur hinsichtlich einer einzigen geschützten Art auf der Grundlage der Verträglichkeitsprüfung nicht ohne vernünftigen Zweifel ausgeschlossen werden, ist das Projekt nach § 34 Abs. 2 BNatSchG unzulässig.

So weit muss es aber nicht kommen: Denn durch die Anordnung geeigneter Schutzmaßnahmen im Planfeststellungsbeschluss kann einer Beeinträchtigung der Erhaltungsziele von vornherein entgegengewirkt werden. So hat das BVerwG die grundsätzliche Eignung von Erdseilmarkierungen als eine solche schadensbegrenzende Maßnahme anerkannt und den von der Planfeststellungsbehörde konkret zugrunde gelegten Wirkungsgrad einer Reduzierung des Anprallrisikos von 80 % akzeptiert. Dagegen scheiterte eine „Gegenrechnung“ der Auswirkungen eines Neubaus einer 380 kV-Leitung mit denjenigen eines damit einhergehenden Rückbaus einer vorhandenen 220 kV-Leitung, der

10 BVerwG, Urt. v. 14.03.2018 - 4 A 5/17.

11 Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm vom 26.08.1998, GMBL S. 503.

12 BVerwG, Urt. v. 14.03.2018 - 4 A 5/17.

13 Ziffer 6.7 TA Lärm, „Gemengelage“; dazu BVerwG, Urt. v. 17.12.2013 - 4 A 1.13 Rn. 55; eine Gemengelage kann auch bei einem Zusammentreffen von Wohngebiet und schon bestehender Energieleitungstrasse vorliegen: BVerwG, Urt. v. 14.03.2018 - 4 A 5/17.

14 Ziffer 6.6; dazu BVerwG, Urt. v. 06.04.2017 - 4 A 1/16 Rn. 31.

15 Nr. 3.2.1 Abs. 2 Satz 2 der TA Lärm; vgl. dazu BVerwG, Urt. v. 14.03.2018 - 4 A 5/17.

16 BVerwG, Urt. v. 14.03.2018 - 4 A 5/17.

17 BVerwG, Urt. v. 14.03.2018 - 4 A 5/17.

18 Vgl. etwa BVerwG, Urt. v. 03.05.2011 - 7 A 9/09 Rn. 41 f.

19 Vorbehaltlich einer Abweichungsentscheidung nach § 34 Abs. 3 bis 5 BNatSchG.

20 BVerwG, Urt. v. 21.01.2016 - 4 A 5/14.

21 Zur Bedeutung einer artspezifischen Betrachtung von Eingriffen in Natura 2000-Gebiete im Rahmen einer Variantenprüfung vgl. BVerwG, Urt. v. 14.03.2018 - 4 A 5/17.

das Anflugrisiko nicht projektbezogen, sondern nur gebietsbezogen reduziert, schon daran, dass die Trassen nicht deckungsgleich waren und deswegen jeweils andere Populationen oder Vogelarten betroffen sein konnten.²²

D. Alles Abwägung

I. Wohin mit der Trasse?

Die entscheidende und konfliktrichtigste Frage bei der Planfeststellung von Höchstspannungsleitungen ist: Wo soll die Trasse genau verlaufen? Die Beantwortung, die eine aufwendige Auseinandersetzung mit den betroffenen Belangen Privater und der Allgemeinheit voraussetzt, kann aus Praktikabilitätsgründen in Abschnitten erfolgen. Der Rechtsschutz Drittbetroffener darf dadurch aber nicht ausgebremst und die Realisierbarkeit des Gesamtvorhabens nicht aus dem Blick geraten.²³ Die Forderung, dass dem planfestgestellten Teilabschnitt zur Vermeidung von Planungsruinen eine eigene sinnvolle energiewirtschaftliche Funktion zukommt, falls das Gesamtvorhaben wider Erwarten an einem unüberwindlichen Hindernis scheitert, hat die Rechtsprechung inzwischen aufgegeben.²⁴ Gebilligt hat sie es, dass sich bei länderübergreifenden EnLAG-Verfahren die Abschnittsgrenzen an der Landesgrenze gezogen werden. Denn wegen der landesbehördlichen Planfeststellungszuständigkeit liegt im Interesse einer effizienten Verfahrensgestaltung eine solche Lösung nahe.²⁵

Die Wahl der Trassenführung unterliegt bei der gerichtlichen Kontrolle zwei klaren Grenzen.²⁶ Die eine betrifft das planerische Ergebnis: Es darf sich gegenüber der gewählten Trassenführung keine andere Variante aufdrängen. Das ist (nur) der Fall, wenn sich eine andere Trassenführung unter Berücksichtigung aller abwägungserheblichen Belange eindeutig als die bessere, weil öffentliche und private Belange insgesamt schonendere, darstellt. Die andere Grenze betrifft den Planungs- und Abwägungsvorgang: Sie ist überschritten, wenn der Planungsbehörde infolge einer fehlerhaften Ermittlung, Bewertung oder Gewichtung einzelner Belange ein rechtserheblicher Fehler unterlaufen ist. Die zurückgenommene gerichtliche Ergebniskontrolle setzt also voraus, dass bei der Planung alles Wesentliche zutreffend in den Blick genommen wurde.

Häufig stellt sich die Frage, ob eine neue Energieleitung auf einer schon vorhandenen Trasse geführt oder zusammen mit der Bestandstrasse auf eine die Ortslage nicht mehr belastende neue Trasse verlagert wird. Aus den genannten Maßstäben ergeben sich nach der Rechtsprechung keine zwingenden Vorgaben für die Alternativenwahl.²⁷ Sie muss im Einzelfall unter Beachtung aller betroffenen Belange getroffen werden und vor allem hinreichend konkret sein: Werden Kostengründe als aus-

schlaggebend angesehen, muss eine nicht lediglich auf pauschale Annahmen gestützte Kostenschätzung mit prognostischem Gehalt zugrunde gelegt werden.²⁸ Wird auf privatrechtliche Betroffenheiten der Wohnbevölkerung unter Vergleich der sie betreffenden unterschiedlichen Trassenlängen abgestellt, ist jedenfalls die jeweilige Siedlungsstruktur in den Blick zu nehmen.²⁹ Auf die Durchquerung eines FFH-Gebiets kann als Argument gegen eine Neubautrassen nicht ohne Beantwortung der Frage abgestellt werden, welche konkreten Erhaltungsziele durch die Höchstspannungsleitung beeinträchtigt werden.³⁰

Bei der Prüfung von Trassenalternativen sind – wie schon erwähnt – auch Lärm- und elektromagnetische Einwirkungen, die unterhalb der Grenzwerte liegen, von Bedeutung. Ähnliches gilt für optische Einwirkungen aufgrund der massiven Wirkung der Vorhaben. Bedeutsam sind insoweit nur die Masten, nicht hingegen die weniger sichtbaren und daher nicht bedrängenden Leiterseile. Trotz der erheblichen Höhe und Breite der Masten wird wegen ihrer Gitterstruktur und teilweisen Blickdurchlässigkeit die Abwägungsgrenze der „erdrückenden Wirkung“ nur in Extremfällen und abhängig von den Umständen des Einzelfalls erreicht. Beeinträchtigungen unterhalb dieser Unzumutbarkeitschwelle ist jedoch in der Abwägung Rechnung zu tragen. Maßgeblich sind die Umstände des Einzelfalls.³¹

II. Erdkabel statt Freileitung?

Die schon erwähnte Entscheidung des Gesetzgebers, NABEG-Gleichstromtrassen aus Gründen der Akzeptanz zukünftig grds. als Erdkabel auszuführen, hat Forderungen nach einem Erdkabeleinsatz auch bei Planungen nach dem EnLAG laut werden lassen. Das Gesetz sieht jedoch über einen – mittlerweile erweiterten – Katalog von (Pilot-)Projekten hinaus einen Erdkabeleinsatz nicht vor. Ob weitere Erdkabeltrassen dadurch ausgeschlossen sind, konnte das BVerwG bisher offenlassen, weil in den zur Überprüfung gestellten Planfeststellungsbeschlüssen für diesen Fall vor-

22 BVerwG, Urt. v. 21.01.2016 - 4 A 5/14 Rn. 105 ff.

23 BVerwG, Urt. v. 14.06.2017 - 4 A 11/16 Rn. 31.

24 BVerwG, Urt. v. 15.12.2016 - 4 A 4/15 Rn. 28.

25 Zuletzt BVerwG, Urt. v. 14.06.2017 - 4 A 11/16 Rn. 32 m.w.N.

26 Vgl. etwa BVerwG, Urt. v. 06.04.2017 - 4 A 2/16 Rn. 63 m.w.N.

27 BVerwG, Urt. v. 15.12.2016 - 4 A 4.15 Rn. 35; das gilt selbstverständlich nur vorbehaltlich nicht wegzuwägender gewichtigerer Belange, insbesondere der Unzumutbarkeit der schon bisher vorhandenen Beeinträchtigung der Ortslage.

28 BVerwG, Urt. v. 22.06.2017 - 4 A 18/16 Rn. 29 m.w.N. und BVerwG, Urt. v. 14.03.2018 - 4 A 5/17.

29 BVerwG, Urt. v. 06.04.2017 - 4 A 1.16 Rn. 46.

30 BVerwG, Urt. v. 14.03.2018 - 4 A 5.17.

31 BVerwG, Urt. v. 14.03.2018 - 4 A 5/17 m.w.N.

sorgliche Abwägungsentscheidungen enthalten waren, durch die die Forderungen von Klägern nach Erdkabelein-satz abwägungsfehlerfrei zurückgewiesen wurden.³² Dazu müssen die wesentlichen Vor- und Nachteile der Behörde vor Augen gestanden haben und im Planfeststellungsbeschluss erörtert worden sein.³³

III. Konflikte gelöst?

Ein Planfeststellungsbeschluss darf keine ungelösten Konflikte zurücklassen. Die Konfliktbewältigung geschieht regelmäßig im Planfeststellungsbeschluss selbst, etwa durch die Anordnung von Schutzauflagen. Die Planfeststellungsbehörde kann die Konfliktlösung in geeigneten Fällen aber auch auf die Phase der Ausführung des Planfeststellungsbeschlusses verlagern. Das setzt voraus, dass nach dem Stand der Technik für die zu bewältigenden Probleme geeignete Lösungen zur Verfügung stehen und die Beachtung der entsprechenden technischen Vorgaben gewährleistet ist.³⁴ Für die vorhabenbedingten Gefahren von Eisschlag, Blitzschlag, Sturmwindwirkungen, Mastbruch, Kabelrissen oder Erdbeben ist das nach Ansicht der Rechtsprechung der Fall. Insoweit bedarf es keiner gesonderten Regelungen im Planfeststellungsbeschluss. Denn nach § 49 Abs. 1 EnWG sind Energieanlagen so zu errichten und zu betreiben, dass die technische Sicherheit gewährleistet ist. Dabei sind vorbehaltlich sonstiger Rechtsvorschriften die allgemeinen Regeln der Technik zu beachten. § 49 Abs. 2 EnWG verweist durch eine Vermutungsregel auf die einschlägigen Vorschriften. Hält ein Betroffener dies für unzureichend und die Festsetzung ergänzender Schutzanordnungen im Planfeststellungsbeschluss für geboten, kann sich hieraus kein Aufhebungs-, sondern nur ein Planergänzungsanspruch ergeben. Er ist (ausschließlich) im Wege der Verpflichtungsklage geltend zu machen.³⁵

E. Neuland NABEG

Um eine weitere Beschleunigung des Netzausbaus zu bewirken, hat der Gesetzgeber mit dem NABEG seit 2011 neue Wege beschritten:

- Bundeszuständigkeit
- Verfahrensabschichtung
- Striktere Vorgaben für die Trassensuche

Damit werden allerdings auch neue Streitfragen aufgeworfen, deren höchstrichterliche Klärung noch nicht absehbar ist.

I. Bundesfachplanung

Das Planungsverfahren für die im Bundesbedarfsplangesetz (BBPlG) besonders gekennzeichneten Höchstspannungsleitungsvorhaben fällt grds. in die Zuständigkeit der

Bundesnetzagentur und besteht aus Bundesfachplanung (§§ 4 ff. NABEG) und Planfeststellung (§§ 18 ff. NABEG). Die Bundesfachplanung bezweckt die Bestimmung von Trassenkorridoren (§ 4 NABEG). Dazu prüft die nach § 31 Abs. 1 NABEG zuständige Bundesnetzagentur, ob der Verwirklichung des Vorhabens in einem Trassenkorridor überwiegende öffentliche oder private Belange entgegenstehen, einschließlich Raum- und Umweltverträglichkeit sowie Trassenkorridoralternativen (§ 5 Abs. 2 NABEG). Die Bundesfachplanung endet mit einer Entscheidung der Bundesnetzagentur, die insbesondere den Verlauf eines raumverträglichen Trassenkorridors,³⁶ eine Bewertung der Umweltauswirkungen, eine Kennzeichnung der Erdkabel-eignung und das Ergebnis der Alternativenprüfung enthält (§ 12 NABEG). Diese Entscheidung ist für das anschließende Planfeststellungsverfahren verbindlich (§ 15 Abs. 1 Satz 1 NABEG).

Die Rechtsnatur der Bundesfachplanungsentscheidung ist umstritten. Sie hat nach § 15 Abs. 3 Satz 1 NABEG keine unmittelbare Außenwirkung und ersetzt nicht die Entscheidung über die Zulässigkeit des Vorhabens. Das spricht deutlich gegen eine Qualifizierung als Verwaltungsakt. Dennoch halten manche angesichts der weitreichenden Auswirkungen dieser Entscheidung mit Blick auf das Gebot effektiven Rechtsschutzes ein Klagerecht von betroffenen Ländern, Gemeinden, Vorhabenträgern oder auch Grundstückseigentümern für geboten.³⁷

II. Gebot der Geradlinigkeit von Erdkabeltrassen

Nach § 5 Abs. 2 NABEG prüft die Bundesnetzagentur bei der Durchführung der Bundesfachplanung für Vorhaben i.S.v. § 2 Abs. 5 BBPlG³⁸ „insbesondere, inwieweit zwischen dem Anfangs- und Endpunkt des Vorhabens ein möglichst geradliniger Verlauf eines Trassenkorridors zur späteren Errichtung und zum Betrieb eines Erdkabels erreicht werden kann“. Der Gesetzgeber verspricht sich hiervon eine praktikable Gestaltung der Variantenprüfung.³⁹ Zugrunde liegt wohl die Überlegung, von der „Ideallinie“ – der kürzesten Verbindung zwi-

32 Zuletzt BVerwG, Urt. v. 06.04.2017 - 4 A 1/16 Rn. 41.

33 BVerwG, Urt. v. 06.04.2017 - 4 A 1/16 Rn. 41 und BVerwG, Urt. v. 14.03.2018 - 4 A 5/17.

34 BVerwG, Urt. v. 17.12.2013 - 4 A 1/13 Rn. 60 und BVerwG, Beschl. v. 26.09.2013 - 4 VR 1/13 Rn. 68 f.

35 BVerwG, Beschl. v. 26.09.2013 - 4 VR 1/13 Rn. 70.

36 Er soll nach Vorstellung des Gesetzgebers eine Breite von 500 – 1.000 m haben (BT-Drs. 17/6073, S. 19).

37 Nachweise bei de Witt/Durinke, ER 2016, 22, 25 Fn. 41.

38 Nach Maßgabe des § 3 BBPlG als Erdkabel zu errichtendes, zu betreibendes oder zu änderndes Vorhaben zur Höchstspannung-Gleichstrom-Übertragung.

39 BT-Drs. 18/6909, S. 39.

schen Anfangs- und Endpunkt – nur im Fall überwiegender Hindernisse abzuweichen. Über die Fragen, wann das der Fall ist, wie die Alternativtrassen gefunden und ob und wie dann wieder zur Ideallinie zurückzukehren ist, herrscht Uneinigkeit.⁴⁰ Maßgeblich dürfte sein, dass die Regelung als Abwägungsdirektive dem Kriterium der Geradlinigkeit der Trasse besonderes Gewicht verleiht. Das schließt aber nicht aus, dass dieser Belang im Rahmen der Abwägung (§ 5 Abs. 1 Satz 3 NABEG) hinter andere Belange, denen die Planungsbehörde im konkreten Einzelfall ein noch höheres Gewicht beigemessen hat, zurücktreten muss.⁴¹

III. Freileitung trotz Erdkabelvorrang

Die Hoffnung der Politik, durch weitreichenden Erdkabel-einsatz Konflikte mit Trassenbetroffenen zu vermeiden, war nur teilweise gerechtfertigt. Auch Erdkabeltrassen stoßen auf Widerstand: Naturschützer rügen Beeinträchtigungen von Flora und Fauna, Landwirte beklagen Bewirtschaftungserschwernisse, und selbst eine – allerdings schwer nachvollziehbare – „erdrückende Wirkung“ von Erdkabeltrassen wurde schon geltend gemacht.

Durchaus vorausschauend hat der Gesetzgeber somit den in § 2 Abs. 5 und § 3 Abs. 1 BBPIG angeordneten Erdkabelvorrang für Leitungen zur Höchstspannungs-Gleichstrom-Übertragung durch Ausnahmetatbestände zugunsten der technischen Alternative Freileitung⁴² in § 3 Abs. 2 und 3 BBPIG⁴³ relativiert, um etwa artenschutzrechtlichen Verboten Rechnung tragen zu können. Das lässt die Frage aufkommen, ob Hindernissen für eine geradlinige Erdkabeltrasse durch die Verlegung der Erdkabeltrasse (bei Abkehr vom Geradlinigkeitsgebot) oder durch eine (geradlinige) Freileitungstrasse zu begegnen ist. Sie ist im Wege der durch § 3 BBPIG nicht ausgeschlossenen⁴⁴ Abwägung zu entscheiden: Eine abwägungsfehlerfreie Entscheidung setzt mit Blick auf die besondere gesetzliche Hervorhebung des Erdkabelvorrangs jedenfalls die Prüfung von etwaigen Trassen(korridor)alternativen voraus, bei denen dem Erdkabelvorrang in vollem Umfang ohne Freileitungseinsatz Rechnung getragen werden kann.⁴⁵ Das scheint auch die Bundesnetzagentur so zu sehen, wenn sie davon ausgeht, dass die Planung von Vorhaben mit Erdkabelvorrang nach § 2 Abs. 5 und § 3 Abs. 1 BBPIG nicht an den Ausnahmekonstellationen des § 3 Abs. 2 und 3 BBPIG ausgerichtet sein darf.⁴⁶

IV. Bindung an Erfordernisse der Raumordnung

Ziele und Grundsätze der Raumordnung, wie sie etwa in Landesentwicklungsplänen festgelegt werden, binden nach § 4 Abs. 1 Satz 1 ROG auch die Fachplanung. Befinden sich Raumordnung und Fachplanung in derselben (Landes-)Trägerschaft, bleiben die sich daraus ergebenden Probleme begrenzt. Für NABEG-Vorhaben obliegt die Fachplanung jedoch

dem Bund. Kann er sie gegen ggf. konterkarierende Raumordnungserfordernisse betroffener Länder durchsetzen? § 15 Abs. 1 Satz 2 NABEG sieht den grundsätzlichen Vorrang von Bundesfachplanungen gegenüber Landesplanungen vor. Andererseits hat nach § 5 Abs. 1 Satz 4 NABEG die Bundesnetzagentur die Übereinstimmung mit den Erfordernissen der Raumordnung zu prüfen und gem. § 12 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 NABEG einen „raumverträglichen“ Trassenkorridor zu planen. Den Gesetzesmaterialien lässt sich zu dieser nicht ganz widerspruchsfreien Regelung die Vorstellung des Gesetzgebers entnehmen, mit § 5 Abs. 1 NABEG sicherzustellen, dass „der Bund präexistenten oder konkret in Erscheinung befindlichen landesplanerischen Maßnahmen Rechnung trägt“, während es bei § 15 Abs. 1 NABEG „umgekehrt im Kern darum (geht), dass die Länder die Ergebnisse der Bundesfachplanung verbindlich hinnehmen“.⁴⁷ Der Vorrangregelung käme danach eine lediglich gegen spätere Raumordnungspläne der Länder gerichtete Wirkung zu.⁴⁸

Noch größere Unklarheiten bestehen bei der Frage, in welcher Weise der Bund den landesplanerischen Maßnahmen „Rechnung zu tragen“ hat. Da Ziele der Raumordnung – anders als „zu berücksichtigende“ und mithin „wegwägbare“ Grundsätze – nach § 4 Abs. 1 Satz 1 ROG (strikt) zu „beachten“ sind, lassen sie sich nur im Wege eines Zielabweichungsverfahrens überwinden.⁴⁹ Manche halten es dagegen für zulässig, die Verbindlichkeit von Zielen durch einen Widerspruch der Bundesnetzagentur nach § 5 Abs. 3 ROG nachträglich aufzuheben.⁵⁰ Wieder andere meinen, den Zielen der Raumordnung komme von vornherein gegenüber der Bundesfachplanung keine strikte Verbindlichkeit zu, weil es sich bei ihr nicht um eine raumbedeutsame Planung oder Maßnahme öffentlicher Stellen i.S.v. § 4 Abs. 1 ROG handele, sondern um eine solche der Vorhabenträger und mithin von Personen des Privatrechts, über deren Zulässigkeit die Bundesnetzagentur als öffentliche Stelle

40 Vgl. nur BT-Drs. 18/6909, S. 39 f.; Ruge, RdE 2016, 105, 109; Positionspapier der Bundesnetzagentur für Anträge nach § 6 NABEG, 2016, S. 9, abrufbar unter [41 Dazu Rubel, DVBl. 2013, 469, 473 m.w.N.](http://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads; Kment, NVwZ 2016, 1762, 1765; zuletzt Riegel/Poth, ER 2017, 65.</p></div><div data-bbox=)

42 BT-Drs. 18/6909, S. 42.

43 Mit Rückausnahme in § 3 Abs. 4 BBPIG.

44 So etwa Durinke/de Witt, DVBl. 2016, 1354, 1359. Vgl. auch Weisen-see, ER 2016, 68, 73.

45 De Witt/Durinke/Runge, NuR 2016, 525, 526; Durinke/de Witt, DVBl. 2016, 1354, 1356.

46 Positionspapier der Bundesnetzagentur für Anträge nach § 6 NABEG, 2016, S. 8.

47 BT-Drs. 17/6073, S. 27.

48 So auch BT-Drs. 17/6366, S. 19 (Ausschussbericht); anders de Witt/Durinke, ER 2016, 22, 26 m.w.N.

49 So etwa Schiller, EuRUP 2013, 178, 181; Sellner/Fellenberg, NVwZ 2011, 1025, 1031.

50 Dazu etwa Kment, NVwZ 2015, 616, 620.

entscheide, sodass sie gem. § 4 Abs. 2 ROG die Erfordernisse der Raumordnung nur – mit der Möglichkeit des „Wegwägens“ – zu berücksichtigen habe.⁵¹

F. Wer entscheidet? Und wann?

Die neuen gesetzlichen Instrumentarien des NABEG sind geeignet, den Netzausbau zu beschleunigen, werfen aber auch eine Reihe von Rechtsfragen auf, die die Gerichte wegen der planungsverlängernden Umstellung auf Erdkabeltrassen jedoch noch nicht erreicht haben. Die weitreichende erst- und letztinstanzliche Zuständigkeit des BVerwG für sämtliche Streitigkeiten, die Planfeststellungs- und Plangenehmigungsverfahren betreffen, die im EnLAG oder im BBPlG bezeichnet sind (§ 50 Abs. 1 Nr. 6 VwGO),⁵² eröffnet immerhin die Möglichkeit, in den zu erwartenden Klageverfahren in überschaubarer Zeit grundlegende Entscheidungen treffen zu können. Das wird frühestens ab Mitte 2019 der Fall sein.

51 Appel, NVwZ 2013, 457, 459 f.; Schaller/Henrich, UPR 2014, 361, 364 f.

52 Zur Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung BVerwG, Beschl. v. 26.09.2013 - 4 VR 1/13 Rn. 10 ff.

Staatsangehörigkeitsverlust durch Vaterschaftsanfechtung

BVerwG, Urt. v. 19.04.2018 - 1 C 1/17

Ri'in BVerwG Dr. Silke Wittkopp

A. Problemstellung

Als Spezialmaterie führt das Staatsangehörigkeitsrecht eher ein Nischendasein. Es kennt jedoch Fälle, die „das Leben schreibt“ und die in Zeiten ständig steigender Attraktivität Deutschlands für den Zuzug ausländischer Mitbürger mit allen daraus folgenden Chancen und Problemen auf ein breiteres Interesse stoßen dürften. Die hier zu besprechende Entscheidung des BVerwG betrifft einen anschaulichen, immer wieder auch im Fokus der Presseberichterstattung¹ stehenden Sachverhalt. Sie verdeutlicht darüber hinaus das Zusammenspiel familienrechtlicher, staatsangehörigkeits- und aufenthaltsrechtlicher Regelungen. Ihren Schwerpunkt aber hat sie im Verfassungsrecht, welches das Staatsangehörigkeitsrecht in Deutschland schon aus historischen Gründen besonders stark einhegt.

Die deutsche Staatsangehörigkeit wird traditionell – wenn auch heute nicht mehr ausschließlich – durch Abstammung vermittelt („ius sanguinis“). Ein Kind erwirbt durch die Geburt die deutsche Staatsangehörigkeit, wenn ein Elternteil deutscher Staatsangehöriger ist (§ 4 Abs. 1 Satz 1 Staatsan-

gehörigkeitsgesetz – StAG). Nur bei der Mutter kommt es dabei von vornherein allein auf die biologische Abstammung an. Als Vater des Kindes bestimmt das bürgerliche Recht im Interesse klarer familienrechtlicher Verhältnisse den Ehemann der Mutter bzw. den Mann, der die Vaterschaft anerkannt hat oder dessen Vaterschaft gerichtlich festgestellt ist (vgl. § 1592 BGB, § 4 Abs. 1 Satz 2 StAG). Die wirksame Anerkennung einer Vaterschaft setzt nicht voraus, dass der Anerkennende tatsächlich der Erzeuger des Kindes ist.

Diese familienrechtliche Gestaltungsmöglichkeit ist vielmehr bewusst auch „gewillkürten“ Familien eröffnet. Mangels weiterer rechtlicher Begrenzungen lag hier lange Zeit ein Einfallstor für die missbräuchliche Nutzung zu aufenthaltsrechtlichen Zwecken. Denn Ausländer, denen nach den allgemeinen aufenthaltsrechtlichen Regelungen kein Aufenthaltsrecht zusteht, versuchen bisweilen, bei der Herstellung der erforderlichen Voraussetzungen etwa für einen Familiennachzug in fragwürdiger Weise „nachzuhelfen“. Ein häufig genutzter Weg ist die hier im Mittelpunkt stehende „Scheinvaterschaft“, die es einer ausländischen schwangeren Frau ermöglicht, ein Kind mit deutscher Staatsangehörigkeit zur Welt zu bringen. Dazu wird ein deutscher Staatsangehöriger ausfindig gemacht, der – üblicherweise gegen Bezahlung – bereit ist, die Vaterschaft des noch ungeborenen Kindes anzuerkennen. Das Kind erwirbt dann mit der Geburt die deutsche Staatsangehörigkeit, und der Mutter ist zur Ausübung der Personensorge eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen. Als „Scheinväter“ fungieren häufig Sozialhilfeempfänger, die in der Praxis von Unterhaltszahlungen an das jeweilige Kind weitgehend verschont bleiben.

Um solchen Umgehungsmethoden Einhalt zu gebieten, hat der Gesetzgeber im Jahr 2008 ein behördliches Recht zur Vaterschaftsanfechtung geschaffen (§ 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB a.F.). Ziel war es, die deutsche Staatsangehörigkeit des Kindes durch eine staatliche Entscheidung gezielt beseitigen zu können. Diese Behördenanfechtung ist jedoch vom BVerfG im Jahr 2013 für verfassungswidrig erklärt worden, weil sie in der konkreten Ausgestaltung gegen Art. 16 Abs. 1 GG verstieß.² Welche Auswirkungen ergeben sich aber für die Staatsangehörigkeit des Kindes, wenn der „Scheinvater“ selbst die – zunächst von ihm anerkannte – Vaterschaft anfechtet? Mit einem solchen Fall hatte sich jüngst das BVerwG zu befassen.

B. Gegenstand und Inhalt der Entscheidung

Die Klägerin wurde 2004 in Deutschland geboren. Ihre Mutter ist serbische Staatsangehörige; sie besaß zum Zeitpunkt

1 Vgl. etwa fr vom 07.06.2017, S. 5: „Deutsche Kinder von falschen Vätern“; Der Tagesspiegel vom 07.06.2017, S. 8: „Senat kennt Scheinväter“.

2 BVerfG, Beschl. v. 17.12.2013 - 1 BvL 6/10.

der Geburt ihrer Tochter keinen Aufenthaltstitel, sondern wurde geduldet. Vor der Geburt hatte ein deutscher Staatsangehöriger mit Zustimmung der Mutter die Vaterschaft der Klägerin anerkannt. Nachdem behördlicherseits Zweifel an der (biologischen) Vaterschaft aufgekommen waren, erklärte dieser gegenüber der Ausländerbehörde, dass er nicht der leibliche Vater der Klägerin sei. Auf eine von ihm erhobene Vaterschaftsanfechtungsklage entschied das zuständige Amtsgericht im November 2005, dass die Klägerin nicht seine Tochter ist.

2014 beantragte die Klägerin beim beklagten Landkreis, festzustellen, dass sie deutsche Staatsangehörige ist. Der Beklagte stellte fest, dass sie die deutsche Staatsangehörigkeit nicht besitzt. Ihre Klage blieb in allen drei Instanzen ohne Erfolg.

Das BVerwG legt eingangs dar, dass die Klägerin nach den maßgeblichen einfachrechtlichen Bestimmungen (siehe oben) die deutsche Staatsangehörigkeit bei ihrer Geburt durch Abstammung von einem deutschen Vater im Rechtsinne zunächst erworben hat. Durch die rechtskräftige Feststellung, dass der „Scheinater“ nicht der Vater der Klägerin ist, ist ihre deutsche Staatsangehörigkeit jedoch rückwirkend auf den Zeitpunkt ihrer Geburt wieder entfallen. Dies schließt das BVerwG im Einklang mit der instanzgerichtlichen Rechtsprechung aus § 4 Abs. 1 StAG i.V.m. § 1599 Abs. 1, § 1592 Nr. 2 BGB. Die rechtskräftige Feststellung des Nichtbestehens der Vaterschaft wirkt nach ständiger Rechtsprechung der Zivilgerichte auf den Zeitpunkt der Geburt des Kindes zurück. § 4 Abs. 1 StAG stellt den Abstammungserwerb der Staatsangehörigkeit – soweit er allein vom Vater abgeleitet wird – unter den Vorbehalt, dass die Vaterschaft nicht erfolgreich angefochten wird. Bei erfolgreicher Vaterschaftsanfechtung gilt der Staatsangehörigkeitserwerb ex post als nicht erfolgt.

Der Hauptteil des Urteils befasst sich mit den von der Klägerin vorgebrachten verfassungsrechtlichen Einwänden gegen diese Rechtsfolge. Das BVerwG weist insbesondere die Rüge zurück, der Wegfall der Staatsangehörigkeit verletze Art. 16 Abs. 1 GG. Nach Satz 1 dieser Regelung darf die deutsche Staatsangehörigkeit nicht entzogen werden. Satz 2 bestimmt, dass ein Verlust nur aufgrund eines Gesetzes und gegen den Willen des Betroffenen nur dann eintreten darf, wenn dieser dadurch nicht staatenlos wird. Verfassungsrechtlich stellen auch die Fälle des rückwirkenden „Nichterwerbs“ einen Verlust dar und sind somit an Art. 16 Abs. 1 GG zu messen.

Eine unzulässige Entziehung der Staatsangehörigkeit vermochte das BVerwG nicht festzustellen. „Entziehung“ ist nach der grundlegenden Entscheidung des BVerfG zur Rücknahme erschlichener Einbürgerungen „jede Verlustzufügung, die die – für den Einzelnen und für die Gesellschaft gleichermaßen bedeutsame – Funktion der Staatsangehörigkeit als

verlässliche Grundlage gleichberechtigter Zugehörigkeit beeinträchtigt. Eine Beeinträchtigung der Verlässlichkeit und Gleichheit des Zugehörigkeitsstatus liegt insbesondere in jeder Verlustzufügung, die der Betroffene nicht oder nicht auf zumutbare Weise beeinflussen kann“.³ Die auf die Beeinflussbarkeit abstellende Konkretisierung durch den zweiten Satz scheint wörtlich keine Ausnahmen zuzulassen. Eine Kammer des BVerfG selbst hat indes nach der Senatsentscheidung zur Einbürgerungsrücknahme in einem mit dem vorliegenden vergleichbaren Fall eine Entziehung verneint, ohne dass es darauf ankomme, ob der Verlust durch das Kind oder eine ihm zurechenbare Entscheidung seiner Eltern beeinflusst werden kann.⁴ Sie hat dargelegt, dass die Funktion der Staatsangehörigkeit als verlässliche Grundlage gleichberechtigter Zugehörigkeit durch einen Staatsangehörigkeitsverlust infolge einer Vaterschaftsanfechtung durch den „Scheinater“ jedenfalls dann nicht beeinträchtigt wird, wenn sich das betroffene Kind in einem Alter befindet, in dem Kinder üblicherweise ein eigenes Vertrauen auf den Bestand ihrer Staatsangehörigkeit noch nicht entwickelt haben. Letzteres hat die Kammer für ein – wie hier – weniger als zwei Jahre altes Kind jedenfalls bejaht. Den Aspekt der Gleichheit des Zugehörigkeitsstatus aller Staatsangehörigen sah die Kammer gewahrt, weil die herkömmlichen familienrechtlichen und staatsangehörigkeitsrechtlichen Vorschriften, aus denen sich der Verlust hier ergibt, allgemein und diskriminierungsfrei ausgestaltet sind. Der Sinn und Zweck des Entziehungsverbots ist von daher nicht berührt.

Diesen Überlegungen hat sich das BVerwG angeschlossen. Die den beiden Senatsentscheidungen des BVerfG zukommende Bindungswirkung (§ 31 Abs. 1 BVerfGG) stand dem nicht entgegen. Die Bindungswirkung abstrakter verfassungsrechtlicher Obersätze kann nämlich nur in Verbindung mit dem konkret entschiedenen Sachverhalt bestimmt werden. Andere Fälle erfasst sie nur, soweit diese weitestgehend gleich gelagert sind.⁵ Vorliegend war der Sachverhalt aber auch im Vergleich zu der Vaterschaftsanfechtung durch Behörden, über die das BVerfG 2013 entschieden hat, ein anderer. Dies rechtfertigte auch eine andere Sachbehandlung. Denn bei der Vaterschaftsanfechtung durch den „Scheinater“ wird der Verlust der Staatsangehörigkeit allein durch eine private Entscheidung ausgelöst. Der freien Verfügung des Staates ist er entzogen. Es bedurfte daher keiner Vertiefung, ob der Verlust durch das Kind oder eine ihm zurechenbare Entscheidung seiner Eltern – etwa den Verzicht des „Scheinaters“ auf die Vaterschaftsanfechtung oder den Ver-

3 BVerfG, Urte. v. 24.05.2006 - 2 BvR 669/04 Rn. 49 f.; ebenso BVerfG, Beschl. v. 17.12.2013 - 1 BvL 6/10 Rn. 31.

4 BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 24.10.2006 - 2 BvR 696/04.

5 BVerwG, Beschl. v. 15.03.2005 - 6 B 5.05 Rn. 7 m.w.N.

zicht der Eltern schon auf die Anerkennung der Vaterschaft – hier zumutbar beeinflusst werden konnte.

Die Anforderungen des Art. 16 Abs. 1 Satz 2 GG an einen zulässigen Verlust der Staatsangehörigkeit hat das BVerwG als gewahrt angesehen. § 4 Abs. 1 StAG i.V.m. § 1599 Abs. 1, § 1592 Nr. 2, § 1600 Abs. 1 Nr. 1 BGB stellen eine hinreichende gesetzliche Grundlage für den Staatsangehörigkeitsverlust bei erfolgreicher Vaterschaftsanfechtung durch den „Scheinvater“ dar. Dem steht nicht entgegen, dass der Verlust bei rückwirkendem Wegfall der Erwerbsvoraussetzungen nicht ausdrücklich geregelt und auch nicht im Katalog der Verlustgründe nach § 17 Abs. 1 StAG aufgeführt ist. Der automatisch eintretende Verlust ist in den oben genannten rechtlichen Regeln hinreichend angelegt. Weitergehende Bestimmtheitsanforderungen, die das BVerfG bei einer – eingriffsintensiveren – Beseitigung der Staatsangehörigkeit durch Behördenanfechtung der Vaterschaft aufgestellt hatte,⁶ waren hier nicht zu übertragen.

Einen weiteren Schwerpunkt der Entscheidung bildet die Frage, ob der Verlust deshalb verfassungswidrig ist, weil das Gesetz im maßgeblichen Zeitpunkt weder eine altersmäßige Begrenzung des Staatsangehörigkeitsverlusts noch eine Ausnahme für den Fall der Staatenlosigkeit vorsah. Nach der Rechtsprechung des BVerfG sind einem Staatsangehörigkeitsverlust durch Vaterschaftsanfechtung jenseits des relativ frühen Kindesalters aus Gründen der Verhältnismäßigkeit zeitliche Grenzen zu setzen. Da der Verlust gegen den Willen des Betroffenen eintritt, bedarf es zudem einer Ausnahme für den Fall ansonsten eintretender Staatenlosigkeit (vgl. Art. 16 Abs. 1 Satz 2 GG). Bei der Anwendung auf den konkreten Fall stellten sich beide Probleme nicht, weil die Klägerin bei Eintritt des Verlusts noch keine zwei Jahre alt war und sie die serbische Staatsangehörigkeit behielt. Zu prüfen war aber, ob Regelungsdefizite der gesetzlichen Grundlage als solcher vorlagen, die diese insgesamt verfassungswidrig machten. Der Senat verneint dies mit der – näher ausgeführten – Begründung, dass zu beiden Punkten die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung besteht.⁷

Abschließend geht das BVerwG auf die unionsrechtliche Dimension des Falls ein. Dies war veranlasst, weil die Klägerin mit dem Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit zugleich auch die damit – akzessorisch – verbundene Unionsbürgerschaft verlor. Die vom EuGH⁸ hinreichend geklärten unionsrechtlichen Voraussetzungen für einen solchen Verlust waren vorliegend gewahrt.

6 Fn. 2 Rn. 81 ff.

7 Ähnlich BVerfG, Beschl. v. 24.10.2006 - 2 BvR 696/04 Rn. 27 ff. zur zeitlichen Grenze; anders dagegen BVerfG, Beschl. v. 17.12.2013 - 1 BvL 6/10 Rn. 75 zum Staatenlosigkeitsverbot bei der Behördenanfechtung.

8 EuGH, Urt. v. 02.03.2010 - C-135/08 - „Rottmann“.

C. Kontext der Entscheidung

Das Urteil passt die verfassungsrechtliche Beurteilung des Sachverhalts in die vorhandene, nicht ganz spannungsfreie Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 16 Abs. 1 GG ein. Auch im vorliegenden Fall wird die abschließende Entscheidung aber aller Voraussicht nach das BVerfG treffen: Mit einer Verfassungsbeschwerde ist zu rechnen. Die Rechtslage hatte sich im Übrigen bereits im Entscheidungszeitpunkt weiterentwickelt. Seit 2009 schließen § 17 Abs. 2 und 3 StAG den Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit u.a. bei der Feststellung des Nichtbestehens der Vaterschaft nach § 1599 BGB aus, wenn der Betroffene das fünfte Lebensjahr vollendet hat. Die erforderliche Altersgrenze ist damit nun gesetzlich vorgegeben. Diese Regelungen fanden auf die Entscheidung des BVerwG in zeitlicher Hinsicht aber noch keine Anwendung.

D. Auswirkungen für die Praxis

Das BVerwG bestätigt die bisherige gerichtliche Entscheidungspraxis. Unmittelbarer Handlungsbedarf des Gesetzgebers wird daher derzeit nicht ausgelöst. Um aufenthaltsrechtlich motivierten Vaterschaftsanerkennungen entgegenzuwirken, hat der Gesetzgeber nach dem Scheitern der Behördenanfechtung vor dem BVerfG kürzlich einen anderen Weg beschritten. Der am 29.07.2017 in Kraft getretene § 1597a BGB n.F. (BGBl. I, 2780) enthält nunmehr ein Verbot missbräuchlicher Anerkennung der Vaterschaft. Die beurkundende Behörde muss in Verdachtsfällen die Beurkundung aussetzen und die Ausländerbehörde informieren. Diese prüft und entscheidet dann gem. § 85a AufenthG unter Berücksichtigung bestimmter Vermutungsregelungen, ob die Anerkennung der Vaterschaft missbräuchlich ist. Gelingt es auf diesem Wege, rechtsmissbräuchliche Vaterschaftsanerkennungen schon im Vorfeld zu verhindern, dürften die hier behandelten Fragen in der Praxis an Bedeutung verlieren.

Weniger schlecht ist nicht gleich besser: Das wasserrechtliche Verschlechterungsverbot, das Verbesserungsgebot und die Anschluss-erlaubnis

BVerwG, Urt. v. 02.11.2017 - 7 C 25/15

RiBVerwG Holger Böhmann

A. Problemstellung

Das Umweltrecht wird durch die unionsrechtliche Überlagerung immer komplexer. Dadurch wird nicht nur die Verwirklichung neuer Infrastrukturvorhaben anspruchsvoller. Auch bei

der Fortsetzung des Betriebes von bereits errichteten Anlagen sind die gestiegenen umweltrechtlichen Anforderungen zu erfüllen. Die hier besprochene Entscheidung befasst sich mit der Bedeutung und den Auswirkungen der aus dem Unionsrecht, insbesondere der Wasser-Rahmenrichtlinie (WRRL)¹ resultierenden Vorgaben des Wasserrechts auf die Fortsetzung einer Gewässerbenutzung für eine immissionsschutzrechtlich genehmigte und unverändert betriebene Anlage. Konkret ging es um eine Erlaubnis für das seit 2013 noch mit zwei Blöcken betriebene Kraftwerk Staudinger bei Hanau zur Entnahme und Einleitung von Wasser aus dem bzw. in den Main.

Bei der Erteilung einer wasserrechtlichen Erlaubnis² zur Benutzung eines oberirdischen Gewässers sind die Bewirtschaftungsziele³ zwingend zu beachten. Der weit überwiegende Teil der oberirdischen Gewässer in Deutschland befindet sich in einem künstlichen oder erheblich veränderten Zustand.⁴ Diese sind so zu bewirtschaften, dass einerseits eine Verschlechterung ihres ökologischen Potenzials und ihres chemischen Zustandes vermieden wird (Verschlechterungsverbot) und andererseits ein gutes ökologisches Potenzial und ein guter chemischer Zustand erhalten oder erreicht wird (Verbesserungsgebot).⁵ Reicht es für die Beachtung dieser Bewirtschaftungsziele, wenn die Schadstoffeinträge in ein Gewässer durch Auflagen und Nebenbestimmungen gegenüber einer zeitlich vorangegangenen Erlaubnis reduziert werden?

Da wasserrechtliche Erlaubnisse grds. befristet erteilt werden,⁶ steht beim langfristigen Betrieb einer Anlage, für den Wasser zulassungspflichtig genutzt wird, regelmäßig die Verlängerung der Erlaubnis an. Auch wenn es im Wasserrecht grds. keinen Bestandsschutz für einmal erlaubte Einleitungen gibt und die Erlaubnis in aller Regel nur für einen bestimmten Zeitraum unter Berücksichtigung des für diesen maßgeblichen Gewässerzustand und der Bewirtschaftungsplanung erteilt wird, kann man – jedenfalls bei einer zeitlich unmittelbar anschließenden Erlaubnis für eine Gewässerbenutzung bei unverändertem Betrieb einer Anlage – von einer Anschluss Erlaubnis sprechen. Auf welchen Gewässerzustand muss bei Erteilung einer solchen Anschluss Erlaubnis abgestellt werden? Auf den Zustand unter Berücksichtigung der bisher erlaubten Einleitungen oder auf einen fiktiven Idealzustand ohne die vorherigen Einleitungen?

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Mit dem wasserrechtlichen Bescheid wurde den Kraftwerksbetreibern die Gewässerbenutzung für die Jahre 2016 bis 2028 erlaubt.⁷ Der immissionsschutzrechtlich genehmigte Betrieb zweier Kraftwerksblöcke mit Abwasserbehandlungsanlage wurde unverändert fortgesetzt. Die Erlaubnis war mit Nebenbestimmungen versehen u.a. zu

Überwachungswerten und Jahresfrachten für bestimmte Schwermetalle, darunter Quecksilber. Die Werte lagen unter denen der zeitlich vorausgegangenen Erlaubnis und sahen eine über die Geltungsdauer gestaffelte Reduzierung vor.

Der Verwaltungsgerichtshof hat die dagegen gerichtete Klage einer anerkannten Umweltvereinigung abgewiesen.⁸ Die Anforderungen des § 57 WHG an die Erlaubnis zur Einleitung von Abwässern⁹ würden erfüllt, wenn die nach der Abwasserverordnung,¹⁰ ihren branchenspezifischen Anhängen sowie den im europäischen Kontext aufgestellten Merkblättern über die Beste Verfügbare Technik maßgeblichen Vorgaben eingehalten würden. Immissionsschutzrechtlich genehmigte Emissionen über den Luftpfad seien bei Erteilung einer wasserrechtlichen Erlaubnis nur als Vorbelastungen zu berücksichtigen. Eine Anschluss Erlaubnis, welche weder eine erstmalige Belastung des Gewässers noch zusätzliche Einleitungen zulasse, sondern zu deren Verringerung führe, verstoße jedenfalls dann nicht gegen das Verschlechterungsverbot und das Verbesserungsgebot, wenn dem ergänzend heranzuziehenden Phasing-Out-Gebot¹¹ Rechnung getragen werde. Daraus lasse sich ein absolutes Einleitungsverbot für prioritäre Schadstoffe wie Quecksilber nicht herleiten, sondern nur ein Gebot zur schrittweisen Verringerung der Einleitung unter Beachtung

1 Richtlinie 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik (ABl. L 327, S. 1), umgesetzt durch das Wasserhaushaltsgesetz vom 31.07.2009 (BGBl. I, 2585 – WHG).

2 § 10 WHG.

3 § 27 WHG.

4 Siehe zur Definition: § 3 Nr. 4 und 5 WHG.

5 § 27 Abs. 2 Nr. 1 und 2 WHG; die Einstufung des ökologischen Potenzials und des chemischen Zustands eines Oberflächenwasserkörpers richtet sich nach §§ 5 und 6 der Oberflächengewässerverordnung vom 20.06.2016 (BGBl. I, 1373 – OGWV).

6 Wegen der regelmäßigen Überprüfungspflicht der Gewässeraufsicht nach § 100 Abs. 2 WHG.

7 Gegenstand des Parallelverfahrens 7 C 26.15 mit Urteil vom gleichen Tag war die sog. Interimserlaubnis für den Zeitraum 01.10.2013 bis 31.12.2015. Die nach Ablauf der Geltungsdauer umgestellte Fortsetzungsfeststellungsklage wurde insbesondere mangels präjudizieller Wirkung als unzulässig abgewiesen.

8 VGH Kassel, Urt. v. 14.07.2015 - 9 C 1018/12.T.

9 Eine Erlaubnis für das Einleiten von Abwasser in Gewässer darf nur erteilt werden, wenn die Menge und Schädlichkeit des Abwassers so gering gehalten wird, wie dies bei Einhaltung der jeweils in Betracht kommenden Verfahren nach dem Stand der Technik möglich ist.

10 Verordnung über Anforderungen an das Einleiten von Abwasser in Gewässer i.d.F. der Bekanntmachung vom 17.06.2004 (BGBl. I, 1108), zuletzt geändert durch Art. 121 des Gesetzes vom 29.03.2017 (BGBl. I, 626 – AbwV).

11 Art. 4 Abs. 1 Buchst. a Ziff. iv WRRL.

der einschlägigen, durch die Merkblätter über die Beste Verfügbare Technik beschriebenen Grenzwerte.

Auf die Revision des Klägers hat das BVerwG das Urteil aufgehoben und die Sache an den Verwaltungsgerichtshof zurückverwiesen. Im Ergebnis zutreffend habe dieser die formelle Rechtmäßigkeit der Erlaubnis angenommen, bei der materiellen Rechtmäßigkeit aber die eigenständige Bedeutung des Verbesserungsgebots und den daran anzulegenden Maßstab verkannt.

Bei der erlaubten Gewässerbenutzung, die vom Immissionschutzrechtlich bestandskräftig genehmigten Betrieb der Abwasserbehandlungsanlage zu unterscheiden sei, handele es sich nicht um ein Vorhaben, welches der Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung unterliege. Der bei der Einleitung von Abwässern einzuhaltende Stand der Technik werde abschließend durch die Abwasserverordnung konkretisiert; die tatsächliche Möglichkeit einer weiteren Schadstoffreduzierung gebiete keine Abweichung hiervon. Bei der Prüfung der Einhaltung des Verschlechterungsverbots könne darauf abgestellt werden, dass sich die Schadstoffeinträge reduzieren. Der Schadstoffeintrag über den Luftpfad stelle keine gezielte Gewässerbenutzung dar, sodass dieser bei Erteilung der wasserrechtlichen Erlaubnis nur als Vorbelastung und nicht summierend zu berücksichtigen sei. Bei der Prüfung des Verschlechterungsverbots in Bezug auf eine wasserrechtliche Erlaubnis, deren zeitliche Geltung unmittelbar an eine vorhergehende Erlaubnis anschließt, sei auf den chemischen Ist-Zustand des Gewässers unter Berücksichtigung der bisherigen Einleitungen abzustellen. Anderenfalls würde jegliche Schadstoffeinträge eine Verschlechterung darstellen, sodass eine Gewässerbenutzung – systemwidrig – stets als Ausnahme zugelassen werden müsste. Derzeit müssten in wasserrechtlichen Erlaubnissen noch keine Vorkehrungen für eine schrittweise Beendigung der Einleitung prioritärer Stoffe (wie Quecksilber) getroffen werden. Dieses sog. Phasing-Out-Gebot sei mangels Erfüllung der Voraussetzungen von Art. 16 WRRL¹² noch nicht verbindlich.

Die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs verletze jedoch hinsichtlich des an die Prüfung des Verbesserungsgebots anzulegenden Maßstabes Bundesrecht und stelle sich insoweit auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar. Anders als beim Verschlechterungsverbot könne bei der Prüfung der Einhaltung des Verbesserungsgebots, welches nicht nur immissions-, sondern auch emissionsbezogene Anforderung regelt, nicht allein auf die Reduzierung der bisher erlaubten Einleitungen abgestellt werden. Während eine Verschlechterung ausgeschlossen werden könne, wenn nachteilige Veränderungen des Gewässers nicht zu erwarten sind, könne das Erreichen eines guten chemi-

schen Zustands auch durch die fortdauernde Unterschreitung einer Umweltqualitätsnorm (UQN)¹³ gefährdet sein. Die Beschränkung auf die Feststellung eines schlechten chemischen Zustands des Gewässers reiche nicht. Es bedürfe vielmehr der Bestimmung der Quecksilberkonzentration, aufgrund derer prognostiziert werden könne, ob die UQN mit den erlaubten Einleitungen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eingehalten werden können. Da das Verbesserungsgebot – anders als das Verschlechterungsverbot – auf eine Verwirklichung der Bewirtschaftungsplanung¹⁴ gerichtet sei, müsse diese im Hinblick auf die Zielerreichung konkretisiert werden.

C. Kontext der Entscheidung

Mit den Urteilen zur Weser¹⁵ und Elbvertiefung¹⁶ hat das BVerwG die Konturen der wasserrechtlichen Bewirtschaftungsziele für oberirdische Gewässer auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH¹⁷ geschärft. Im vorliegenden Urteil wird nochmals klargestellt, dass den Umweltzielen des Art. 4 Abs. 1 Buchst. a WRRL jeweils eigenständige Bedeutung zukommt. Allerdings hat die Phasing-Out-Verpflichtung mit ihrer für das Erreichen eines guten chemischen Zustands unterstützenden Funktion noch keine verbindliche Wirkung. Weiter entwickelt werden die unterschiedlichen Voraussetzungen und Maßstäbe des Verschlechterungsverbots und des Verbesserungsgebots bei der Erteilung einer sog. Anschlusserelaubnis für eine Gewässerbenutzung für den unveränderten Betrieb einer Anlage.

D. Auswirkungen für die Praxis

Der Bewirtschaftungsplanung für Gewässer kommt maßgebliche Bedeutung bei der Erlaubnis bzw. Bewilligung von Gewässerbenutzungen, aber auch bei der Vorhabenplanung und -zulassung zu. Gerade die Planungspraxis bei größeren Infrastrukturvorhaben hat den diesbezüglichen

12 Es fehlt an einem Vorschlag der Kommission und einer Einigung auf Unionsebene zur Emissionsbegrenzung von Punktquellen zur schrittweisen Reduzierung oder Einstellung von Einleitungen sowie eines diesbezüglichen konkreten Zeitplans. Für eine subsidiäre Handlungspflicht der Mitgliedsstaaten nach Art. 16 Abs. 8 Satz 2 WRRL hat die Richtlinie keinen unmittelbar anwendbaren Regelungsgehalt.

13 Umweltqualitätsnormen enthalten Schadstoffgrenzwerte. Sie legen die Konzentration eines bestimmten Schadstoffs oder einer bestimmten Schadstoffgruppe, die in Wasser, Schwebstoffen, Sedimenten oder Biota aus Gründen des Gesundheits- und Umweltschutzes nicht überschritten werden darf (§ 2 Nr. 3 OGewV).

14 § 83 WHG.

15 BVerwG, Urt. v. 11.08.2016 - 7 A 1/15.

16 BVerwG, Urt. v. 09.02.2017 - 7 A 2/15.

17 EuGH, Urt. v. 01.07.2015 - C-461/13.

Vorgaben der WRRL immer größere Aufmerksamkeit zu schenken. Sowohl Vorhabenträger und Planungsbehörden als auch Anlagenbetreiber und Wasser(erlaubnis)behörden haben die Eigenständigkeit der Bewirtschaftungsziele generell und in der Ausgestaltung für das betroffene Gewässer, also der konkreten Bewirtschaftungspläne zu beachten. Die unterschiedlichen Maßstäbe und Voraussetzungen der Bewirtschaftungsziele machen es bei der Prüfung der Vereinbarkeit eines Vorhabens oder einer erlaubten Gewässerbenutzung mit dem Verbesserungsgebot erforderlich, den tatsächlichen Ist-Zustand eines Gewässers in Bezug auf relevante Schadstoffe festzustellen, um die Einhaltung von UQN zu prognostizieren. Allein auf die Reduzierung einer bisher erlaubten Schadstoffeinleitung abzustellen, reicht nicht.

Steuerrecht

Rücklagenbildung bei städtischen Schwimmbädern und anderen Regiebetrieben

BFH, Urt. v. 30.01.2018 - VIII R 75/13, VIII R 42/15 und VIII R 15/16

Ass. iur. Simon Schachinger

A. Problemstellung

Der Gewinn städtischer Schwimmbäder, Nahverkehrsbetriebe und anderer sog. Betriebe gewerblicher Art ohne eigene Rechtspersönlichkeit (BgA) wird zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen beim öffentlichen Träger automatisch im Wege einer Ausschüttungsfiktion der Kapitalertragsteuer unterworfen. Dadurch soll eine Belastungsgleichheit mit den wirtschaftlich vergleichbaren Gewinnausschüttungen von Kapitalgesellschaften an ihre Anteilseigner hergestellt werden.¹ Der Gewinn ist nur insoweit abzugsfähig, als er – analog zur Gewinnthesaurierung bei Kapitalgesellschaften – nicht den Rücklagen zugeführt wurde (§ 20 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. b Satz 1 EStG). Eine spätere Auflösung der Rücklagen zu Zwecken außerhalb des BgA führt zu kapitalertragsteuerpflichtigen Einkünften.²

Über die Zulässigkeit von Rücklagen rechtlich unselbständiger und finanzwirtschaftlich in die Trägerkörperschaft integrierter BgA (sog. Regiebetriebe) bestand seit Einführung der Kapitalertragsteuerpflicht für BgA im Jahr 2001³ erhebliche Unsicherheit. Die Besprechungsurteile leisten einen wesentlichen Beitrag zur längst überfälligen Klärung.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidungen

I. VIII R 42/15 und VIII R 15/16

In den Verfahren VIII R 42/15 und VIII R 15/16 war streitig, ob die Kläger die handelsrechtlichen Gewinne ihrer als Regiebetriebe geführten BgA in den Streitjahren zulässigerweise den Rücklagen zugeführt und dadurch ihre abzugspflichtigen Kapitalerträge gemindert haben.

Im Streitfall VIII R 42/15 hatte der BgA „Schwimmbäder“ einer Stadt die Gewinne auf Grundlage der schriftlichen Festlegung und späteren Bestätigung des Magistrats durch „Stehenlassen“ in der Bilanz vorgetragen, um Mittel zur Modernisierung und Sanierung der Bäder anzusammeln. Mangels eigenen Bankkontos des BgA wurden die Gewinne auf einem verzinsten Verrechnungskonto der Klägerin mit entsprechendem Forderungssaldo des BgA erfasst. Das Finanzamt erkannte die Rücklagenbildung insbesondere mangels Nachweises einer zeitnahen Investitionsabsicht⁴ nicht an. Das FG Hessen urteilte, dass zwar grds. jedes „Stehenlassen“ der Gewinne bei Glaubhaftmachung eines nachvollziehbaren Grundes im Interesse des BgA genüge. Bei Regiebetrieben, bei denen die Gewinne unmittelbar in den Haushalt der Trägerkörperschaft fließen, sei aber zusätzlich eine haushaltsrechtlich verbindliche Mittelreservierung auf Ebene der Trägerkörperschaft erforderlich.⁵

Im Verfahren VIII R 15/16 wehrte sich ein als Verbandskörperschaft ausgestalteter Berufsverband dagegen, dass die Finanzverwaltung die Rücklagenbildung bei seinem nicht-kommunalen Regiebetrieb mangels betrieblicher Notwendigkeit nicht anerkannte. Der BFH urteilte in den teilweisen Parallelentscheidungen, dass die Gewinne den Rücklagen i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. b Satz 1 EStG zugeführt worden seien und insoweit nicht zu Einkünften der Kläger aus Kapitalvermögen geführt haben. Bei Regiebetrieben sei die Möglichkeit einer Rücklagenbildung unabhängig von handelsbilanziellen Anforderungen wie dem formalen Ausweis als Rücklage (§ 272 HGB) und ungeachtet einer tatsächlichen unmittelbaren Verfügungsbefugnis der Trägerkörperschaft grds. anzuerkennen, weil die Rücklage ebenso wie die Ausschüttung selbst ohnehin nur eine gesetzliche Fiktion darstelle. Für zusätzliche Voraussetzungen wie eine zeitnahe Investitionsabsicht oder eine haushaltsrechtlich bindende Mittelreservierung fehle eine gesetzliche Grundlage.

1 BT-Drs. 14/2683, S. 114.

2 Ausführlich zum Ganzen Schachinger, jM 2018, 32.

3 StSenkG vom 23.10.2000, BStBl. I 2000, 1428 und UntStFG vom 20.12.2001, BStBl. I 2002, 35.

4 Vgl. BMF vom 08.08.2005, BStBl. I 2005, 831 Rn. 23.

5 FG Hessen, Urt. v. 24.03.2015 - 4 K 1187/11 (Revision BFH - VIII R 42/15).

Stattdessen stellt der BFH für die Auslegung des Rücklagenbegriffs auf den Regelungszweck ab, BgA entsprechend Kapitalgesellschaften eine Gewinnthesaurierung zu ermöglichen. Die Rücklagenbildung bei Regiebetrieben sei im Interesse einer weitestmöglichen Gleichbehandlung von Eigen- und Regiebetrieb grds. unter den gleichen Voraussetzungen anzuerkennen. Das Gesetz differenziere nicht zwischen den BgA-Organisationsformen. Ausreichend sei grds. jedes „Stehenlassen“ der handelsrechtlichen Gewinne als Eigenkapital für Zwecke des BgA.⁶ Da die Trägerkörperschaft bei Regiebetrieben anders als bei Eigenbetrieben auch ohne vorausgehenden „Ausschüttungsbeschluss“ des BgA auf die Gewinne zugreifen könne, müsse daneben bei Regiebetrieben anhand objektiver Umstände nachvollzogen und überprüft werden können, dass die Mittel dem Betrieb weiterhin als Eigenkapital zur Verfügung stehen. Hieran seien aber keine strengen Anforderungen zu stellen.

Die Bildung einer Rücklage bei dem Regiebetrieb einer Verbandskörperschaft sei unter den gleichen Voraussetzungen wie bei einer kommunalen Gebietskörperschaft zulässig. Die Vorschrift sei nicht auf Städte und Gemeinden begrenzt, sondern gelte auch für BgA anderer Körperschaften (vgl. § 4 KStG).

II. VIII R 75/13

Im Verfahren VIII R 75/13 unterhielt die Klägerin einen Regiebetrieb, dessen Jahresüberschuss 2001 größtenteils als Kapitalrücklage ausgewiesen worden war. Streitig war, ob die Einbringung des Betriebs in eine GmbH 2002 zur kapitalertragsteuerpflichtigen Auflösung der Rücklage geführt hat.

Der BFH hat dies wegen der Steuerfreiheit der von Regiebetrieben im Jahr 2001 erzielten Gewinne verneint. Wegen der (missglückten) Formulierung der zeitlichen Anwendungsregelung bei Einführung des § 20 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. b EStG finde die Vorschrift erstmals auf ab 2002 erzielte Gewinne von Regiebetrieben Anwendung.⁷ Durch die vorübergehende Einstellung in die Rücklage könne der steuerfreie laufende Gewinn aus 2001 auch im Fall der späteren Auflösung der Rücklage nicht steuerpflichtig werden. Die Auflösungsbesteuerung nach § 20 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. b Satz 2 EStG setze nach Wortlaut und Systematik eine Rücklage von grds. steuerpflichtigen Gewinnen i.S.d. Satz 1 voraus, die bei 2001 erzielten Gewinnen nicht vorliege.

C. Kontext der Entscheidungen

Während das BMF die Anerkennung einer Rücklage zunächst mit Schreiben vom 11.09.2002⁸ von der haushaltsrechtlichen Zulässigkeit abhängig machte, hatte es mit BMF-Schreiben vom 08.08.2005⁹ stattdessen auf die Notwendigkeit für die nachhaltige Erfüllung der Zwecke des BgA und eine entspre-

chende Mittelreservierung abgestellt. Für kassenmäßig als sog. Eigenbetriebe verselbständigte BgA hat das BMF diese Anforderungen zwischenzeitlich im Anschluss an die BFH-Entscheidung v. 16.11.2011¹⁰ revidiert, für Regiebetriebe aber aufrechterhalten.¹¹

Mit den Besprechungsurteilen VIII R 42/15 und VIII R 15/16 vertritt der BFH eine von einem obiter dictum des I. Senats¹² abweichende Auffassung. In dem Urteil vom 16.11.2011 hatte der BFH entschieden, dass die vom BMF aufgestellten zusätzlichen Voraussetzungen an eine Rücklagenbildung¹³ jedenfalls für Eigenbetriebe nicht gelten, die Möglichkeit höherer Anforderungen für Regiebetriebe aber noch ausdrücklich offengelassen.

Durch die Entscheidung VIII R 75/13 hat der BFH das Urteil des I. Senats vom 11.07.2007¹⁴ bestätigt, wonach für Regiebetriebe eine partielle Steuerfreiheit für in 2001 erzielte Gewinne besteht. Da die Besteuerungsnorm im Streitfall noch nicht anwendbar war, konnte der VIII. Senat zu den zum Teil umstrittenen tatbestandlichen Voraussetzungen der umwandlungsbedingten Rücklagenauflösung keine Stellung nehmen.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Besprechungsurteile VIII R 42/15 und VIII R 15/16 enthalten eine Grundsatzentscheidung zur Kapitalertragsteuer auf Rücklagen von Regiebetrieben. Der bisherigen Verwaltungspraxis, wonach die Rücklagenbildung betrieblich notwendig sein und die konkrete Mittelverwendung für bestimmte Vorhaben glaubhaft gemacht werden musste,¹⁵ hat der BFH eine Absage erteilt. Dadurch entfallen die praktischen Unsicherheiten bezüglich der Dokumentation und Anerkennung einer betrieblichen Notwendigkeit. Zugleich räumen die Entscheidungen Regiebetrieben eine weitgehende Dispositionsfreiheit über ihre Gewinne ein. Noch offene, gleich gelagerte Fälle dürften von der praxisfreundlichen Entscheidung profitieren. Wer sich in der Vergangenheit hingegen an die strengen Vorgaben des BMF gehalten und ansonsten keine Rücklagen gebildet hat, kann dies nun auch unter den erleichterten Bedingungen nicht rückwirkend nachholen, da bereits erfolgte

6 Vgl. für Eigenbetriebe bereits BFH, Urt. v. 16.11.2011 - I R 108/09.

7 Vgl. BFH, Urt. v. 11.07.2007 - I R 105/05.

8 BStBl. I 2002, 935 Rn. 23.

9 BStBl. I 2005, 831 Rn. 23.

10 BFH, Urt. v. 16.11.2011 - I R 108/09.

11 BMF vom 09.01.2015, BStBl. I 2015, 111 Rn. 34 f.

12 Vgl. BFH, Urt. v. 16.11.2011 - I R 108/09.

13 Vgl. BMF vom 08.08.2005, BStBl. I 2005, 831 Rn. 23.

14 BFH, Urt. v. 11.07.2007 - I R 105/05.

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

„Ausschüttungen“ nicht mehr rückgängig gemacht werden können.

Im Verfahren VIII R 75/13 hatte der Senat zunächst nur über den systematischen Gewinnanknüpfungspunkt der Rücklagenauflösung zu entscheiden. Praxisrelevante Zweifelsfragen¹⁶ im Zusammenhang mit (Regie-)Betriebseinbringungen bleiben daher weiter offen.

E. Bewertung

Die Entscheidungen zu den Anforderungen an eine Rücklagenbildung bei Regiebetrieben sind sehr zu begrüßen. Sie be-

seitigen die bestehenden Unsicherheiten und leisten einen entscheidenden Beitrag zur Gleichbehandlung der verschiedenen Organisationsformen von BgA. Hinsichtlich der Einbringungsfolgen auf die Rücklagen eines Regiebetriebs bleibt der BFH hingegen eine abschließende Klärung schuldig. Insofern ist zu bedauern, dass die Frage nach den Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer (Regie-)Betriebseinbringung nach dem streitgegenständlichen Sachverhalt nicht entscheidungserheblich war.

16 Vgl. Schachinger, jM 2018, 32, 35 ff.

Strafrecht

Flaggenverbrennung strafrechtlich betrachtet: Kritische Anmerkungen zu § 90a StGB

Ref. iur. Dr. Tobias Ebling

A. Einleitung

Seit der umstrittenen Entscheidung des US-Präsidenten, Jerusalem als Hauptstadt Israels anzuerkennen, kam es zu einer Welle an Demonstrationen.¹ Für Empörung sorgte, dass dabei u.a. auch in Berlin die Flagge Israels verbrannt wurde.² Betrachtet man diesen Vorgang neutral, so zerstörten Demonstranten lediglich ein Stück Stoff. Das Entflammen eines (nicht fremden) Tuches enthält an und für sich gesehen keine Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen.³ Der Bundespräsident fand indes scharfe Worte für die Demonstranten.⁴ Das Verbrennen von israelischen Flaggen sei ein Zeugnis für Antisemitismus, Hass und Gewalt. Diese Ächtung zeigt, dass es sich bei Flaggen doch nicht um ein „bloßes Stück Stoff“ handelt. Flaggen sind vielmehr Symbole; sie symbolisieren nämlich den jeweiligen Staat. Strafrechtlich kann durch solch ein Verhalten eine Verletzung von Flaggen und Hoheitszeichen ausländischer Staaten nach § 104 StGB verwirklicht werden. Wird die Flagge der BRD verbrannt, kann die Norm des § 90a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB einschlägig sein. Dieser Beitrag greift relevante Rechtsfragen insbesondere anhand der letztgenannten Norm auf.

B. Normgeschichte

Die Vorgänger des Straftatbestandes des § 90a StGB finden sich in der Weimarer Republik⁵ namentlich in § 5 Nr. 2

des 2. Republikschutzgesetzes⁶ und in der Verordnung zur Erhaltung des inneren Friedens.⁷ Nach dem 2. Weltkrieg wurden die Vorschriften zum „Ehrenschatz“ des Staates vom Kontrollratsgesetz Nr. 11 kassiert.⁸ Am 15.02.1950 brachte die SPD-Fraktion einen ausführlichen Entwurf eines Gesetzes gegen die Feinde der Demokratie ein.⁹ Gem. § 8 StGB sollte bestraft werden, wer die Achtung vor den „Bundesfarben“, den „Landesfarben“ sowie den

1 www.zeit.de/politik/ausland/2017-12/israel-jerusalem-entscheidung-reaktionen-international-palaestiner (zuletzt abgerufen am 20.06.2018).

2 www.welt.de/politik/deutschland/article171430290/Demonstranten-verbrennen-israelische-Flaggen-in-Berlin.html (zuletzt abgerufen am 20.06.2018).

3 Außer vielleicht die Gefahr des Entfachens eines größeren Brandes, der auf andere Objekte übergreift.

4 www.sueddeutsche.de/politik/jerusalem-konflikt-wer-flaggen-verbrennt-versteht-nicht-was-es-heisst-deutsch-zu-sein-1.3793060 (zuletzt abgerufen am 20.06.2018).

5 Zumindest die Tatobjekte des § 90a Abs. 1 Nr. 1 StGB stehen auch in Verbindung zur Majestätsbeleidigung im Kaiserreich, siehe hierzu Ebling, Die Vorschrift des § 90a StGB, Kap. 2, A. Jedoch gab es dort noch keinerlei Schutz von Staatssymbolen, sodass auf eine Darstellung verzichtet wird.

6 RGBI. I 1930, 91.

7 RGBI. I 1932, 548.

8 BT-Drs., I. Wahlperiode 1949/1950, Nr. 1307.

9 BT-Drs., I. Wahlperiode 1949/50, Nr. 563.

„gesetzlichen Zeichen der Bundesrepublik oder eines Landes“ verletzt. Die Regierung arbeitet an einem eigenen Gesetzesentwurf.¹⁰ Dieser wurde am 04.09.1950 dem Bundestag vorgelegt.¹¹ Der Entwurf zur Änderung des Strafgesetzbuches kam in den §§ 99, 101 StGB schon sehr nahe an den heutigen § 90a StGB heran. Die „Flagge“ sollte vor „Beschimpfung“ und „böswilliger Verächtlichmachung“ geschützt werden. Die Vorschläge des Entwurfs bezüglich der Verunglimpfung von Staat und seiner Symbole wurden sodann größtenteils durch das Strafrechtsänderungsgesetz vom 30.08.1951 in die Regelung des § 96 StGB implementiert.¹² Ihre heutige Form hat die Norm seit der Neufassung des Strafgesetzbuches vom 02.01.1975.¹³

C. Tatbestandsmäßigkeit der Flaggenverbrennung

Nach § 90a Abs. 1 Nr. 2 StGB macht sich strafbar, wer öffentlich, in einer Versammlung oder durch das Verbreiten von Schriften die Flagge der Bundesrepublik Deutschland (oder eine ihrer Länder) verunglimpft. Laut Art. 22 Abs. 2 GG ist die Bundesflagge schwarz-rot-gold. Die Farben symbolisieren den Staat, seine freiheitlich-demokratische Grundordnung¹⁴ und die Verbindung nationaler Einheit, Freiheit sowie Demokratie.¹⁵ Die Farben sind als Trikolore in drei gleich breite, waagerechte Streifen oben Schwarz, in der Mitte Rot und unten Gold anzuordnen. Das ergibt sich nach richtiger Ansicht aus der unmittelbaren Anknüpfung an die Tradition der Weimarer Republik.¹⁶ Dafür spricht die Begründung des Antrags der SPD, der Grundlage für die Formulierung des Art. 22 GG war. Ziel des Antrags war, dass die BRD „die Flagge führe, die in Weimar gesetzlich festgelegt wurde“.¹⁷ Laut Art. 3 Satz 1 WRV waren die Reichsfarben schwarz-rot-gold. Eine Verordnung vom 11.04.1921¹⁸ legte fest, dass die Nationalflagge aus drei gleich breiten Querstreifen besteht: oben schwarz, in der Mitte rot und unten gold (gelb).

Eine Verunglimpfung ist eine nach Form, Inhalt, Begleitumständen oder Beweggründen besondere Kundgabe der Missachtung.¹⁹ Bloße Saloppeiten oder Geschmacklosigkeiten genügen nicht.²⁰ Da es sich bei der Tathandlung um einen Kommunikationsakt handelt, sind die Grundrechte des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG als restriktives Korrektiv bei der Auslegung des Täterverhaltens zu berücksichtigen.²¹ Abhängig vom äußeren Zusammenhang kann das Verbrennen der Flagge der BRD tatbestandsmäßig sein.²² Insbesondere auf Demonstrationen, die sich gegen die Bundespolitik richten, kann sich ein die Verunglimpfung begründender Zusammenhang ergeben. Denn es ist nicht von der Hand zu weisen, dass derjenige,

der sich an einer solchen Demonstration beteiligt, einen Groll gegen die BRD hegt, dem er durch das Verbrennen der Flagge Ausdruck verleihen möchte. Durch das Entflammen stellt der Täter klar, dass er gewisse Entscheidungen der BRD ablehnt und sie gerade wegen dieser Entscheidungen nicht achtet. Dabei handelt es sich regelmäßig nicht um bloße Saloppeiten oder Geschmacklosigkeiten (s.u.). Vielmehr liegt dem Anzünden einer Flagge ein eigener Symbolgehalt inne, der sich aus dem eigentlichen Symbolgehalt der Flagge selbst ableitet. Der „Flammentod“ der Flagge soll den Flammentod des durch die Flagge Symbolisierten darstellen.

„Zerstören“ und „Beschädigen“ i.S.v. § 90a Abs. 2 StGB entsprechen den Tathandlungen des § 303 Abs. 1 StGB. Dass eine Flagge durch Verbrennen zerstört bzw. beschädigt wird, bedarf keiner weiteren Erläuterung. Beim Tatobjekt muss es sich weiterhin um eine öffentlich gezeigte Flagge handeln. Das ist gegeben, wenn nach erkennbarer Zielsetzung des die Flagge Zeigenden für einen größeren, durch persönliche Beziehungen nicht verbundenen Personenkreis bei entsprechender Beleuchtung die Möglichkeit der Wahrnehmung der Flagge besteht.²³ Ohne Belang ist, ob die Flagge von staatlicher oder privater Seite gezeigt wird²⁴ oder ob die Flagge zum Zeitpunkt der Tathandlung tatsächlich wahrgenommen wurde. Ausreichend ist Wahrnehmbarkeit.²⁵ Eine während einer Demonstration ge-

10 Schiffers, VfZ 38 (1990), 589, 597 f.

11 BT-Drs., I. Wahlperiode 1949/50, Nr. 1307.

12 BGBl. I 1951, 739.

13 BGBl. I 1975, 1.

14 BVerfG, Beschl. v. 15.09.2008 - 1 BvR 1565/05.

15 Burkiczak, JURA 2003, 806, 808; Classen in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 22 Rn. 21; Rabbow in: Dallinger/Riese, Wappen und Flaggen, BRD, Schwarz-Rot-Gold; Rautenberg, NJW 2001, 1984.

16 Bothe in: AK-GG, Art. 22 Rn. 5; Wieland in: Dreier, GG, Art. 22 Rn. 35.

17 Sitzung des Parlamentarischen Rates vom 08.05.1949, Parl. Rat IX, S. 588, zitiert nach Wieland in: Dreier, GG, Art. 22 Rn. 19.

18 RGBl. I 1924, 483.

19 Burkiczak, JR 2005, 50, 52; Kühl in: Lackner/Kühl, StGB, § 90a Rn. 3; Laufhütte/Kuschel in: LK, § 90a Rn. 9; Paeffgen in: NoKo, StGB, § 90a Rn. 15; Steinmetz in: MünchKomm, StGB, § 90a Rn. 14; Valerius in: BeckOK, StGB, § 90 Rn. 3.

20 Laufhütte/Kuschel in: LK, § 90a Rn. 9; Paeffgen in: NoKo, StGB, § 90a Rn. 15.

21 Siehe hierzu zusammenfassend Ebling, Die Vorschrift des § 90a StGB, Kap. 4, F.

22 Steinmetz in: MünchKomm, StGB, § 90a Rn. 14.

23 Laufhütte/Kuschel in: LK, § 90a Rn. 34; Paeffgen in: NoKo, StGB, § 90a Rn. 30.

24 Laufhütte/Kuschel in: LK, § 90a Rn. 34; Steinmetz in: MünchKomm, StGB, § 90a Rn. 20; Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, StGB, § 90a Rn. 14.

25 Laufhütte/Kuschel in: LK, § 90a Rn. 34; Steinmetz in: MünchKomm, StGB, § 90a Rn. 20.

zeigte Flagge stellt also eine öffentlich gezeigte Flagge dar.

D. Rechtfertigung einer Bestrafung nach § 90a StGB

Auf den Symbolgehalt einer Flaggenverbrennung wurde bereits hingewiesen. Zwar kommt dem Strafrecht als solchem durchaus symbolischer Charakter zu.²⁶ Vorliegend geht es aber darum, eine wegen ihrer Symbolik verwerfliche Handlung zu bestrafen. Der Symbolgehalt einer Handlung allein kann aber nicht ausreichen, um Strafe zu rechtfertigen. Wie kann die Strafnorm aber dann legitimiert werden? Um diese Frage zu beantworten, kann man sich an der Aufgabe des Strafrechts orientieren. Diese ist nach h.M. der Rechtsgüterschutz.²⁷ Um sich von einer Rechtfertigung aufgrund des Symbolgehalts der tatbestandsmäßigen Handlung zu lösen, ist nach einer Legitimierung im Rahmen des Rechtsgüterschutzgedankens zu suchen. Steht hinter der Norm ein legitimes Rechtsgut, so ist eine Rechtfertigung aus der Warte der Rechtsgutstheorie denkbar.

Rechtsgut der Norm des § 90a StGB ist der Bestand des Staates und seiner verfassungsmäßigen Ordnung.²⁸ Unter „Bestand des Staates“ ist die territoriale Integrität zu verstehen;²⁹ „Bestand der verfassungsmäßigen Ordnung“ meint den nach Art. 79 Abs. 3 GG unveränderbaren Verfassungskern.³⁰ Diese Ansicht überzeugt bereits aus systematischen Überlegungen. Die Norm des § 90a StGB befindet sich im Titel „Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates“. Es liegt somit rein systematisch betrachtet auf der Hand, dass der Gesetzgeber durch § 90a StGB den Staat in seinem Bestand zu schützen beabsichtigt.³¹ Ein weiteres Argument hierfür lässt sich dem Wortlaut des § 90a Abs. 3 StGB entnehmen. Dort spricht das Gesetz eine Strafschärfung aus für den Fall, dass sich der Täter absichtlich für Bestrebungen gegen den Bestand der Bundesrepublik Deutschland oder gegen Verfassungsgrundsätze einsetzt. Dies ist ein starkes Indiz dafür, dass der Staat und Verfassung in ihren Bestand geschützt werden soll.³²

Fraglich ist jedoch, inwiefern die Flaggenverbrennung zu einer Beeinträchtigung des Bestandes des Staates oder der verfassungsmäßigen Ordnung führen soll. Wegen der Vagheit des Zusammenhangs zwischen tatbestandsmäßigem Verhalten und Rechtsgutsbeeinträchtigung wird postuliert, dass noch ein weiteres, sozusagen ein „Zwischenrechtsgut“³³ von § 90a StGB geschützt wird; nämlich das Ansehen des Staates und der verfassungsmäßigen Ordnung.³⁴ Synonyme für das Ansehen sind Geltung, Reputation oder der „gute Ruf“. Ansehen im Zusammenhang der Staatsverunglimpfung soll „Bewußtsein der Staatsbürger von der Wertigkeit ihres Staates“³⁵ bedeuten. Dabei handelt es sich um „keine konstante Größe“, sondern um ein „dynamisches“, „variables“ Schutzgut, abhängig „von den Leistungen, Verhaltensweisen und gegebenenfalls Rechtsverletzungen und politischen Regelverstößen der staatlichen Funktionsträger und Verfassungsorgane“.³⁶ Ein solches Bewusstsein kann gegenüber einem bloßen, rechtlich abstrakten Konstrukt nicht gebildet werden. Es bedarf einer gewissen Manifestation, anhand jener „der Staat“ bewertet wird. Dies erfolgt sowohl durch die eine „soziale Wertigkeit konkretisierender Funktionsträger“³⁷ des Staates und durch die „jeweilige [...] Qualität der sachgerechten Funktionsausübung“.³⁸ Wenn vom Ansehen des „Staates“ gesprochen wird, ist also dasjenige der ausgeübten Staats-

sches“, „variables“ Schutzgut, abhängig „von den Leistungen, Verhaltensweisen und gegebenenfalls Rechtsverletzungen und politischen Regelverstößen der staatlichen Funktionsträger und Verfassungsorgane“.³⁶ Ein solches Bewusstsein kann gegenüber einem bloßen, rechtlich abstrakten Konstrukt nicht gebildet werden. Es bedarf einer gewissen Manifestation, anhand jener „der Staat“ bewertet wird. Dies erfolgt sowohl durch die eine „soziale Wertigkeit konkretisierender Funktionsträger“³⁷ des Staates und durch die „jeweilige [...] Qualität der sachgerechten Funktionsausübung“.³⁸ Wenn vom Ansehen des „Staates“ gesprochen wird, ist also dasjenige der ausgeübten Staats-

26 Vgl. Hassemer, NSTZ 1989, 553 ff.

27 Hassemer/Neumann in: NoKo, StGB, Vorbem. § 1 Rn. 109; Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter, S. 5; Joecks in: MünchKomm, StGB, Einl. Rn. 34; Kühl in: Lackner/Kühl, StGB, Vorbem. §§ 13 ff. Rn. 4; Gimbernat Ordeig, GA 2011, 284; Otto, Rechtsgutsbegriff, S. 1; Roxin, AT, Bd. 1, § 2 Rn. 1; Roxin, JuS 1966, 377, 385 f.; Wohlers, GA 2012, 600; gegen die Rechtsgutstheorie vgl. etwa Engländer, ZStW 127 (2015), 616 ff. oder Stuckenberg, ZStW 129 (2017), 349 ff.

28 Übereinstimmend trotz terminologisch kleinerer Unterschiede: BGH, Urt. v. 22.09.1954 - 6 StR 137/54; BGH, Beschl. v. 16.05.2012 - 3 StR 33/12; BVerfG, Stattgebender Kammerbeschl. v. 15.09.2008 - 1 BvR 1565/05; BVerfG, Stattgebender Kammerbeschl. v. 28.11.2011 - 1 BvR 917/09; Burkiczak, JR 2005, 50, 51; Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens, S. 174; Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter, S. 344; Kühl in: Lackner/Kühl, StGB, § 90a Rn. 1; Last, Die Staatsverunglimpfungsdelikte, S. 93; Lauffhütte/Kuschel in: LK, § 90a Rn. 1; Schroeder, JR 1979, 89, 90; Steinmetz in: MünchKomm, StGB, § 90a Rn. 1; Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, StGB, § 90a Rn. 1; Valerius in: BeckOK, StGB, § 90a Rn. 1; Würtenerberger, JR 1979, 309, 311.

29 Ebling, Die Vorschrift des § 90a StGB, Kap. 3, E., II., 1., c.

30 Ebling, Die Vorschrift des § 90a StGB, Kap. 3, E., II., 2., b; zu diesem Verfassungskern zählen das Prinzip der Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung und die in Art. 1 und 20 GG niedergelegten Grundsätze, namentlich das Menschenwürdeprinzip, die Bekenntnis zu den unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten, die Gewaltenteilung und die Grundrechtsbindung dieser Gewalten, die republikanische Staatsform, das Demokratie-, Bundesstaats- und Sozialstaatsprinzip sowie überhaupt der Bestand der Bundesrepublik als Staat, die Elemente des Rechtsstaatsprinzips, welche in den Art. 1 und 20 GG enthalten sind, das Prinzip der Volkssouveränität, welches durch Wahlen und Abstimmungen vermittelt wird und nach ganz überwiegender Ansicht Art. 79 Abs. 3 GG selbst.

31 So auch Last, Die Staatsverunglimpfungsdelikte, S. 80; Lauffhütte/Kuschel in: LK, § 90a Rn. 1.

32 Last, Die Staatsverunglimpfungsdelikte, S. 79 f.; ähnlich auch Lauffhütte/Kuschel in: LK, § 90a Rn. 1.

33 Last, Die Staatsverunglimpfungsdelikte, S. 94.

34 BGH, Urt. v. 08.05.1964 - 3 StR 1/61; Last, Die Staatsverunglimpfungsdelikte, S. 93; Schroeder, JR 1979, 89, 90; Würtenerberger, JR 1979, 309, 311; vgl. auch Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter, S. 356 ff. und 391.

35 Roggemann, JZ 1992, 934, 937.

36 Roggemann, JZ 1992, 934, 937.

37 Roggemann, JZ 1992, 934, 937.

38 Roggemann, JZ 1992, 934, 937.

gewalt gemeint,³⁹ nicht das des Staatsgebiets oder des Staatsvolkes.⁴⁰ Sieht man die verfassungsmäßige Ordnung als die „theoretische Vorgabe“, nach der sich die Ausübung der Staatsgewalt zu richten hat,⁴¹ ist fraglich, ob eine solche Ansehen haben kann. Da die verfassungsmäßige Ordnung eine bloße Sammlung von Normen ist, ist dies abzulehnen.⁴² Das Ansehen soll dem Rechtsgut des Bestandes des Staates und seiner verfassungsmäßigen Ordnung „vorgelagert“ sein.⁴³ Andere sprechen von einem „mittelbaren Schutz“ über das „Zwischenrechtsgut“ des Ansehens.⁴⁴

Jeder Strafnorm ist das Verbot einer bestimmten Verhaltensweise immanent. Sie stellt damit zugleich immer einen Grundrechtseingriff dar. Dieser kann gerechtfertigt sein, wenn er ein verfassungsmäßig legitimes Ziel verfolgt.⁴⁵ Das Ziel des Strafrechts ist der Rechtsgüterschutz. Das postulierte Rechtsgut hat also dann legitimierende Wirkung, wenn es sich aus dem Grundgesetz als schützenswertes Gut ableiten lässt.⁴⁶ Der Bestand des Staates ist mit der territorialen Integrität gleichzusetzen. Diese Definition entspricht der Bedeutung von „Bestand der Bundesrepublik Deutschland“ in Art. 21 Abs. 2 GG.⁴⁷ Das Grundgesetz erklärt Parteien für verfassungswidrig, die nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgehen, diesen Bestand zu gefährden. Parteien nehmen eine zentrale Stellung in der Verfassung ein. Dafür spricht schon das „Parteienprivileg“ aus Art. 21 Abs. 2 Satz 2 GG.⁴⁸ Diese zentrale Stellung macht deutlich, welch hohen Wert die Verfassung den Parteien zuspricht. Folglich sind die Hürden für ein Parteiverbot äußerst hoch. Eine Partei kann nur dann verboten werden, wenn sie sich gegen etwas richtet, welches das Grundgesetz als noch wichtiger bewertet als die Existenz von Parteien selbst. Das ist nach Art. 21 Abs. 2 Satz 1 GG neben der freiheitlichen demokratischen Grundordnung eben der Bestand der Bundesrepublik Deutschland. Daraus⁴⁹ ist zu folgern, dass das Grundgesetz den Bestand des Staates als äußerst wertvoll erachtet. Die Verfassung gestattet einschneidende Eingriffe in diverse Rechte, wenn und soweit es um diesen Bestand geht. Diesem kommt nach dem Grundgesetz also eine außerordentlich hohe Wichtigkeit zu. Sein Schutz durch das Strafrecht ist folglich legitim. Der Bestand des Staates ist mithin ein schützenswertes Rechtsgut.

Der Bestand der verfassungsmäßigen Ordnung ist identisch mit dem nach Art. 79 Abs. 3 GG unveränderbaren Verfassungskern. Diese grundlegenden Entscheidungen sind es, die vor dem Hintergrund der Erfahrungen aus dem Dritten Reich die BRD prägen sollen. Die Instabilität der Weimarer Reichsverfassung bewegte die Schöpfer des Grundgesetzes, diesen fundamentalen Regelungen einen besonderen Schutzpanzer zu verleihen. Dieser liegt in der Ewigkeitsklausel. Hieran ist der besonders hohe Wert zu erkennen,

den das Grundgesetz diesen Prinzipien zukommen lässt. Somit stellt der Bestand der verfassungsmäßigen Ordnung ebenfalls ein legitimes Rechtsgut dar, welches durch das Strafrecht geschützt werden darf.

Als Anknüpfungspunkt für die besondere Werthhaftigkeit des Ansehens des Staates dient Art. 22 Abs. 1 Satz 2 GG. Dort heißt es, dass der Bund die Aufgabe der „Repräsentation des Gesamtstaates“ in der Hauptstadt übernimmt. Nach einhelliger Auffassung ist mit „Repräsentation“ in Art. 22 Abs. 1 Satz 2 GG „(Selbst-)Darstellung“ gemeint.⁵⁰ Hierbei geht es um die Schaffung eines Erscheinungsbildes⁵¹ gegenüber Volk, Ländern und anderen Völkerrechtssubjekten.⁵² Es soll ein Bewusstsein vom Staat gebildet werden;⁵³ der Staat soll wahrgenommen werden. Diese Wahrnehmung führt dazu, dass die den Staat Wahrnehmenden über ihn reflektieren. Über das, was repräsentiert wird, bildet sich derjenige, der diese Repräsentation wahrnimmt, notwendigerweise eine Meinung. Jede soziale Organisation ist darauf erpicht, „gegenüber Mitgliedern und Umwelt als sinnvoll, vertrauenswürdig und erfolgreich“⁵⁴ zu erscheinen. Darin liegt der Sinn der Selbstdarstellung, also der Repräsentation des Staates, wie sie in Art. 22 Abs. 1 Satz 2 GG geregelt ist. Das Erscheinen als „sinnvoll, vertrauenswürdig und erfolgreich“ ist genau das, was zuvor als der „gute Ruf“, die Reputation und das Ansehen bezeichnet wurde. Dem Ansehen kommt nach dem Grundgesetz ein bedeutender Wert zu. Das ist einmal an der

39 Last, Die Staatsverunglimpfungsdelikte, S. 69.

40 Last, Die Staatsverunglimpfungsdelikte, S. 67 f.

41 Last, Die Staatsverunglimpfungsdelikte, S. 68 f.

42 Ebling, Die Vorschrift des § 90a StGB, Kap. 5, B., 2.

43 Basten, Reform des politischen Strafrechts, S. 44; Schroeder, Der Schutz von Staat und Verfassung, S. 337; Schroeder, JR 1979, 89, 90.

44 Last, Die Staatsverunglimpfungsdelikte, S. 96; eingehend zur gesetzlichen Konstruktion des § 90a StGB und zum Zusammenhang zwischen dem Ansehen des Staates und dem Bestand der Bundesrepublik Deutschland und der verfassungsmäßigen Ordnung Ebling, Die Vorschrift des § 90a StGB, Kap. 5.

45 BVerfG, Urt. v. 14.07.1999 - 1 BvR 2226/94.

46 Ebling, Die Vorschrift des § 90a StGB, Kap. 3, D., III.

47 Ebling, Die Vorschrift des § 90a StGB, Kap. 3, E., II., 1., c.

48 Gröpl, Staatsrecht I, Rn. 912.

49 Und aus einer Gesamtschau weiterer Regelungen, die den Bestand des Bundes und der Länder als Eingriffs- oder Zuständigkeitsvoraussetzung nennen, namentlich Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG, Art. 11 Abs. 2 GG, Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. b) GG, Art. 87a Abs. 4 GG und Art. 91 Abs. 1 GG.

50 Classen in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 22 Rn. 1 und 8; Heck in: Münch/Kunig, GG, Art. 22 Rn. 13; Leisner in: Sodan, GG, Art. 22 Rn. 1 f.

51 Quaritsch, Probleme der Selbstdarstellung, S. 8.

52 Leisner in: Sodan, GG, Art. 22 Rn. 1.

53 Mursiwiek in: Festschrift für Quaritsch, S. 307, 312.

54 Quaritsch, Probleme der Selbstdarstellung, S. 10.

expliziten Nennung der Repräsentation des Gesamtstaates in Art. 22 Abs. 1 Satz 2 GG zu erkennen. Die Kompetenz, den Gesamtstaat zu repräsentieren, liegt der Natur der Sache nach⁵⁵ beim Bund.⁵⁶ Diese – rein deklaratorische – Aufgabenzuweisung spricht für die Wichtigkeit, die das Grundgesetz der Repräsentation und dem sich daraus ergebenden Ansehen des Staates zumisst. Darüber hinaus ergibt sich aus Art. 22 GG nicht nur die Kompetenz, sondern sogar die Pflicht, den Staat zu repräsentieren.⁵⁷ Bei der Repräsentation des Staates handelt es sich um „Verfassungsvoraussetzungspflege“.⁵⁸ Der Staat ist nämlich auf sein Ansehen und die daraus resultierende Identifikation und Teilnahme der Bürger angewiesen, um überhaupt als Staat zu existieren. Das Ansehen des Staates findet also eine Wertungsgrundlage in Art. 22 Abs. 1 Satz 2 GG. Es handelt sich bei diesem Ansehen um ein legitimes Rechtsgut als Grundlage strafrechtlicher Intervention.

E. Zusammenfassung

Die Strafvorschrift des § 90a StGB stellt nicht lediglich symbolisches Strafrecht dar, sondern soll legitime Rechtsgüter vor Beeinträchtigungen schützen. Sowohl das Ansehen als auch der Bestand des Staates sowie der verfassungsmäßigen Ordnung finden „Rückhalt“ im Grundgesetz. Um diese Güter zu schützen, darf sich der Staat des Strafrechts bedienen. Dieses Ergebnis sagt jedoch nichts darüber aus, ob tatsächlich ein Zusammenhang zwischen diesen Rechtsgütern

in der Weise besteht, wie er von der Lehre behauptet wird, nämlich ob eine Beeinträchtigung des Ansehens zu einer Beeinträchtigung des Bestands des Staates bzw. der verfassungsmäßigen Ordnung führt.⁵⁹ Des Weiteren ist damit keine Aussage über die Legitimität der Vorschrift des § 104 StGB getroffen. Da diese Norm Flaggen ausländischer Staaten beschützt, kann der Bestand der Bundesrepublik und der verfassungsmäßigen Ordnung gerade nicht das Rechtsgut in diesem Zusammenhang sein. Bei § 104 StGB geht es um den Schutz der „Ehre“ anderer Staaten und um einen Mindestbestand funktionierender diplomatischer Beziehungen zu diesen.⁶⁰ Ob diese Norm rechtspolitisch noch haltbar erscheint, nachdem im Zuge der „Böhmermann-Affäre“ § 103 StGB zu Beginn dieses Jahres aufgehoben wurde, ist durchaus zweifelhaft.

55 Classen in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 22 Rn. 15; Heck in: Münch/Kunig, GG, Art. 22 Rn. 12; Mursiwiek in: Festschrift für Quaritsch, S. 307, 324; Wieland in: Dreier, GG, Art. 22 Rn. 32.

56 Classen in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 22 Rn. 9.

57 Classen in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 22 Rn. 16; Mursiwiek in: Festschrift für Quaritsch, S. 307, 314.

58 Huber in: Sachs, GG, Art. 22 Rn. 4.

59 Hierzu Ebling, Die Vorschrift des § 90a StGB, Kap. 5.

60 Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Ausarbeitung WD 2 – 3000 – 085/16, S. 4; Schelzke, HRRS 2016, 248, 249.

Die Bekämpfung der Kriminalität in sozialen Netzwerken: Kritische Anmerkungen zum NetzDG

Ass. iur. Christian Schmitt und Dipl.-Jurist Felix Maurer

A. Einleitung

„Die Politiker sind entschlossen, profitgesteuerte Unternehmen mit exekutiven, legislativen und gerichtlichen Befugnissen im Internet auszustatten“.¹ Die Rede ist vom Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG), das soziale Netzwerke verpflichtet, aktiv gegen sog. Hasskriminalität vorzugehen. Bereits im Gesetzgebungsverfahren hat das Gesetz eine fast beispiellose Kritik erfahren, die auch nach der Kodifizierung nicht abgeklungen ist.² Mit besonderer Häme wurde die Löschung eines vom damaligen Bundesjustizminister Heiko Maas veröffentlichten Beitrages über einen Parteikollegen auf Grundlage des NetzDG bedacht.³ Dies zeigt die Relevanz des Themas. Inwieweit die Kritik an der fehlenden richterlichen Überprüfung der Beiträge und der Einschränkung der Meinungsfreiheit – hinter vorgehaltener Hand

wird von Zensur gesprochen – zutreffend ist, soll dieser Beitrag aufgreifen.

B. Entstehungsgeschichte und Zweck

Die Diskussion um „Hasskriminalität im Internet“ ist so alt wie die sozialen Netzwerke selbst, da diese nicht nur zur Pflege sozialer Kontakte, sondern eben auch zur Verbrei-

1 Beuth, Mal eben den Rechtsstaat outsourcen, 30.06.2017, www.zeit.de/digital/internet/2017-06/hasskommentare-netzdg-bundestag-gesetz-verabschiedet (zuletzt abgerufen am 19.06.2018).

2 Vgl. Liebschin, MMR 2018, 26 ff. m.w.N.

3 Spiegel Online, Maas-Tweet über Thilo Sarrazin gelöscht, 08.01.2018, www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/netzdg-heiko-maas-tweet-ueber-thilo-sarrazin-verschwunden-a-1186747.html (zuletzt abgerufen am 19.06.2018).

tung rechtswidriger Inhalte genutzt werden. Befeuert wird dies durch die vermeintliche Anonymität im Netz. Die besondere Brisanz der Thematik zeigte sich auch im vergangenen US-Wahlkampf.⁴ Das Stichwort „Fake News“ wurde zum Unwort des Jahres.

Zur Verhinderung von „Hassbotschaften im Netz“ gründete der damals amtierende Bundesjustizminister Maas eine sog. Task Force.⁵ Die Mitglieder dieser Arbeitsgruppe, bestehend aus Vertretern großer sozialer Netzwerke, stellten Maßnahmen vor, denen sich die Mitglieder der Arbeitsgruppe freiwillig unterwarfen, um dem vorbezeichneten Problem zu begegnen.⁶ Im Zentrum stand die Schaffung eines Beschwerdesystems, das den Nutzern ermöglicht, potenziell rechtswidrige Inhalte zu melden, sodass die Betreiber sie einer Prüfung unterziehen können. Zu einer Kodifizierung sah sich die Bundesregierung letztlich veranlasst, da diese Veränderungen nicht als ausreichend angesehen wurden⁷ und die Gefahr eines rechtsfreien Raumes bestehe.⁸ Schon der eingebrachte Gesetzesentwurf⁹ der Regierungsfractionen traf in der ersten Lesung des Bundestages am 19.05.2017 auf großen Widerstand. Zwar wurde grds. die Auffassung geteilt, dass die sog. Hasskriminalität im Netz eingedämmt werden müsse. Aber man sah, dass der vorgelegte Entwurf mehr Probleme aufwarf als er löste.¹⁰ In der Folgezeit kam es zu umfangreichen Diskussionen in der Sitzung des Ausschusses für Justiz und Verbraucherschutz, zu welchem Sachverständigen geladen waren.¹¹ Hier wurde harsche Kritik an dem Entwurf geübt,¹² die sich auch in der abschließenden Stellungnahme des Ausschusses in Form eines Änderungsvorschlages niederschlug. Der Anwendungsbereich sollte beschränkt und teilweise als zu streng angesehene Regelungen des Gesetzesentwurfes verworfen oder gelockert werden. Exemplarisch zu nennen ist die codierte Berichtspflicht, die erst ab 100 Beschwerden pro Kalenderjahr greift anstatt wie früher anlasslos.¹³ Hinzu traten zahlreiche Ausnahmeregelungen bezüglich der Fristen, binnen derer rechtswidrige Inhalte zu löschen sind. Die Änderungsvorschläge wurden größtenteils übernommen und am 30.06.2017 im Bundestag verabschiedet sowie im BGBl. am 01.09.2017 verkündet. In Kraft ist das NetzDG seit dem 01.10.2017.

C. Wesentlicher Inhalt des NetzDG

Normadressat des NetzDG sind primär soziale Netzwerke. Diese werden als Telemediendiensteanbieter qualifiziert, die mit Gewinnerzielungsabsicht Plattformen im Internet betreiben und dazu bestimmt sind, dass Nutzer beliebige Inhalte mit anderen Nutzern teilen oder der Öffentlichkeit zugänglich machen (§ 1 Abs. 1 NetzDG). Das NetzDG ist grds. nicht anwendbar für Netzwerke mit weniger als zwei Mio. Nutzern. Ungeklärt ist, ob es sich um aktive Nutzer handeln

muss oder ob auch inaktive Benutzerkonten (sog. „Karteileichen“) hinzugezählt werden müssen.¹⁴ Ziel des NetzDG ist es, die Hasskriminalität im Netz wirksam zu bekämpfen und für eine zügige Löschung rechtswidriger Inhalte zu sorgen.¹⁵ Dies soll durch die Einrichtung eines Compliance-Systems erreicht werden. Für dieses System wird die Schaffung einer Infrastruktur vorgeschrieben, die es Nutzern ermöglicht, schnell, einfach und unkompliziert potenziell rechtswidrige Inhalte zu melden, damit diese einer Kontrolle seitens des sozialen Netzwerks unterzogen werden können (§ 3 Abs. 1 NetzDG). Die fraglichen Tatbestände, die zu einem rechtswidrigen Inhalt führen, sind in § 1 Abs. 2 NetzDG aufgelistet. Von diesen muss allein der Unrechts-tatbestand erfüllt sein, wohingegen die Schuld ohne Relevanz ist.

Die sozialen Netzwerke sollen nach einer Meldung dafür Sorge tragen, dass die betreffenden Inhalte zur Kenntnis genommen und einer rechtlichen Prüfung unterzogen werden (§ 3 Abs. 2 NetzDG). An dieser Stelle obliegt die Beurteilung der Rechtswidrigkeit den sozialen Netzwerken selbst. Offensichtlich rechtswidrige Inhalte müssen innerhalb von 24 Stunden gelöscht, wohingegen die sonstigen

4 Höld, MMR 2017, 791.

5 Heise Online, Runder Tisch mit Maas, „Hate Speech“ soll binnen 24 Stunden aus dem Netz, 15.12.2015, www.heise.de/newsticker/meldung/Runder-Tisch-mit-Maas-Hate-Speech-soll-binnen-24-Stunden-aus-dem-Netz-3044223.html (zuletzt abgerufen am 19.06.2018).

6 Bundesministerium der Justiz und Verbraucherschutz, Gemeinsam gegen Hassbotschaften – Task Force stellt Ergebnisse vor, 15.12.2015, www.bmju.de/SharedDocs/Artikel/DE/2015/12152015_Ergebnisrunde-TaskForce.html (zuletzt abgerufen am 19.06.2018).

7 Gesetzesentwurf der Fraktionen CDU/CSU und SPD vom 16.05.2017, BT-Drs. 18/12356.

8 Deutscher Bundestag, Bundestag beschließt Gesetz gegen strafbare Inhalte im Internet, www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2017/kw26-de-netzwerkdurchsetzungsgesetz/513398 (zuletzt abgerufen am 19.06.2018).

9 Gesetzesentwurf der Fraktionen CDU/CSU und SPD vom 16.05.2017, BT-Drs. 18/12356.

10 Dr. Petra Sitte (Die Linke) in ihrer Rede vor dem Deutschen Bundestag, 19.05.2017.

11 Liste der Sachverständigen www.bundestag.de/blob/510462/1c230f081f07438fc410cf3a8f11a936/sv-liste-data.pdf (zuletzt abgerufen am 19.06.2018).

12 Deutscher Bundestag, Bundestag beschließt Gesetz gegen strafbare Inhalte im Internet, www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2017/kw26-de-netzwerkdurchsetzungsgesetz/513398 (zuletzt abgerufen am 19.06.2018).

13 Änderungsvorschlag des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs. 18/12356.

14 Holznagel, 16.06.2017, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken.

15 Gesetzesentwurf der Fraktionen CDU/CSU und SPD vom 16.05.2017, BT-Drs. 18/12356.

rechtswidrigen Inhalte binnen sieben Tagen entfernt werden müssen. Vergleichbare Regelungen sind dem deutschen Recht bereits aus den Haftungsprivilegierungen des § 10 TMG sowie der damit verbundenen Rechtsprechung („Notice and take down“) bekannt.¹⁶ Zudem wird den Normadressaten eine umfangreiche Berichtspflicht über die Effektivität des Compliance-Systems auferlegt. Diese umfasst insbesondere die Mechanismen zur Übermittlung von Beschwerden, die Anzahl der eingegangenen Beschwerden und inwieweit gemeldete Inhalte anschließend entfernt wurden sowie Organisation und personelle Ausstattung der in diesem Bereich tätigen Personen. Derartige Berichte sind nach § 2 Abs. 1 NetzDG halbjährlich zu erstellen und auf der Webseite des sozialen Netzwerkes leicht erkennbar verfügbar zu halten.

D. Kritische Betrachtung

Es drohen den jeweiligen Unternehmen bei Verstößen gegen die Berichtspflichten und gegen die in § 3 NetzDG geregelten Vorgaben zum Umgang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte hohe Geldbußen. Nach § 4 Abs. 2 Satz 2 NetzDG i.V.m. § 30 Abs. 2 Satz 3 OWiG können diese bis zu 50 Mio. € und bei Vorsatz bis zu 100 Mio. € betragen. Ferner gibt es im Ordnungswidrigkeitenrecht – anders als im Strafrecht – bei Tatmehrheit keine Gesamtstrafenbildung. Vielmehr herrscht das Kumulationsprinzip,¹⁷ d.h. für jede Tat ist eine gesonderte Geldbuße festzusetzen. Deshalb können die einzelnen Geldbußen, wenn mehrere Verstöße i.S.v. § 4 NetzDG vorliegen, im Einzelfall durchaus höher ausfallen. Die Nichteinrichtung eines entsprechenden Compliance-Systems kann sich daher für das Unternehmen unter Umständen existenzbedrohend auswirken. Kritisiert wird, dass gerade deshalb vorschnell Inhalte gelöscht werden.¹⁸ Die sozialen Netzwerke scheinen dazu zu neigen, vorsichtshalber gemeldete Inhalte zu löschen, um einem drohenden Bußgeld zu entgehen. Relativierend muss bedacht werden, dass das Nichtlöschen eines einzelnen rechtswidrigen Beitrags keinen Verstoß nach § 4 NetzDG und mithin keine Ordnungswidrigkeit darstellt. Vielmehr stellen nur ein unzulängliches Compliance-System, fehlende Überwachung, organisatorische Unzulänglichkeiten oder fehlende Schulung und Beratung Verstöße gegen die Vorgaben dar.

Verwendete Begriffe im Gesetzeswerk muten jedoch bisweilen zu unbestimmt an. Eine Konturierung durch die Gerichte steht noch aus. Die Betreiber sollen aber die Vorgaben bereits jetzt umsetzen, was diese in der Praxis vor gravierende Probleme stellen dürfte. Man bedenke nur die kurze Zeitspanne, die das Gesetz einem Unternehmen gibt, um rechtswidrige Inhalte zu entfernen. Angesichts der Fris-

ten von 24 Stunden bzw. sieben Tagen können die einzelnen Inhalte in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht schwerlich einer hinreichenden Überprüfung unterzogen werden.

Am Beispiel der Beleidigung nach § 185 StGB lässt sich das exemplifizieren. Die Beleidigung – als Privatklagedelikt und durch § 193 StGB marginalisiert – ist zu einem „zahnlosen Tiger“ verkommen, erlebt aber durch das NetzDG neue Relevanz. Sie gehört zu den meist umstrittensten Paragrafen des StGB. Es verwundert daher nicht, dass Stimmen laut werden, die deren Abschaffung fordern.¹⁹ Auch das geschützte Rechtsgut Ehre²⁰ und die uferlose Weite des Tatbestandes²¹ werden kritisch gesehen. Eine nähere Eingrenzung erfährt dieser jedoch durch die Rechtsprechung des BGH und des BVerfG. Relevant in diesem Zusammenhang ist aber auch die Norm des § 193 StGB. Die Vorschrift enthält besondere Rechtfertigungsgründe für Ehrverletzungsdelikte.²² Durch das Merkmal der Wahrnehmung berechtigter Interessen besteht eine Generalklausel, die vor allem durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG ausgefüllt wird.²³ Diese schützt nicht nur sachlich-differenzierte Äußerungen, sondern gerade auch pointierte, polemische und überspitzte Kritik; die Grenze zulässiger Meinungsäußerungen liegt vor allem in Formalbeleidigungen oder in Schmähkritik, für deren Vorliegen aber strenge Maßstäbe anzuwenden sind.²⁴ Die Grenze zwischen pointierter Kritik und strafbarer Beleidigung ist mitunter fließend wie die folgenden Beispiele zeigen: Das BVerfG hatte über einen Fall nachbarschaftlicher Äußerungen zu entscheiden.²⁵ Der Beschuldigte bezeichnete seine Nachbarin als „Psychopathin“ und regte gegenüber dem Gericht an, sie „einer psychiatrischen Untersuchung zu unterziehen und sie gegebenenfalls dauerhaft oder vorübergehend in einer psychiatrischen Einrichtung unterzubringen“. Diese Aussage ist dem Gericht zufolge von der Meinungsfreiheit gedeckt. Ebenso fiel das Ergebnis des BVerfG in zwei weiteren Verfahren aus. Das Gericht entschied, dass die Bezeichnung einer Staatsanwältin als dummlich und geisteskrank,²⁶ und die Betitelung

16 Höld, MMR 2017, 791.

17 Galle/Rengier, NZKart 2017, 229.

18 Papier, NJW 2017, 3025, 3030; Liesching in: Spindler/Schmitz, TMG, 2. Aufl. 2018, § 1 NetzDG Rn. 65 ff.; Liesching, MMR 2018, 26, 29.

19 Vgl. Britz, jM 2016, 436 ff.

20 Kübler, JZ 1984, 541.

21 Vgl. nur Hahn/Eppner, JA 2006, 860 ff.

22 Kühl in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 193 Rn. 4.

23 Lencker/Eisele in: Schönte/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 193 Rn. 1.

24 BVerfG, Beschl. v. 10.10.1995 - 1 BvR 1476/91, 1 BvR 1980/91, 1 BvR 102/92 und 1 BvR 221/92.

25 BVerfG, Beschl. v. 28.09.2015 - 1 BvR 3217/14.

26 BVerfG, Beschl. v. 29.06.2016 - 1 BvR 2646/15.

eines Bundestagsabgeordneten als „Obergauleiter der SA-Horden“ und „geistiges Kind von Adolf Hitler“²⁷ von Art. 5 GG umfasst ist.

Die Beurteilung, ob eine strafbare Beleidigung oder eine vom Grundgesetz geschützte Äußerung vorliegt, ist mitunter schwer zu treffen, weil stets eine Abwägung aller Umstände des Einzelfalls vorzunehmen ist.²⁸ Eine reine Fokussierung auf den Wortlaut ist indes nicht zielführend und bereits im Ansatz unzureichend. Dies ist aber gerade das Problem bei Löschungen in den sozialen Netzwerken. Hier dürften oftmals die Ressourcen nicht ausreichen, um eine eingehende Untersuchung zu gewährleisten. Dies resultiert vornehmlich aus den engen zeitlichen Grenzen, die der Gesetzgeber gesteckt hat und der hohen Zahl an Beschwerden, die bei den Unternehmen eingehen können. Man muss sich nur vor Augen führen, dass ein Grund für die Einführung des NetzDG war, dass eine strafrechtliche Verfolgung sämtlicher Täter die justiziellen Ressourcen an den Rand des Kollapses geführt hätte.²⁹ Nunmehr wird der „schwarze Peter“ den jeweiligen Unternehmen zugeschoben. Diesen stehen jedoch nicht die Befugnisse und Kompetenzen einer Staatsanwaltschaft zu, sodass die Ermittlungen des jeweiligen Einzelfalls erschwert werden. Im Grunde kann daher nur der reine Wortlaut des jeweiligen Beitrags laienhaft bewertet werden. Dies wäre aber umgekehrt mit Blick auf die Rechtslage geboten. Absehbar ist daher, dass eine rechtlich korrekte Prüfung, ob tatsächlich rechtswidrige Inhalte vorliegen oder nicht, vielfach nicht möglich oder aber zu aufwändig ist.

Die Versuchung bzw. der Zwang, vorschnell zu löschen, liegt somit nahe und ist für die Unternehmen effizient. Hierin wird deshalb vielfach ein Verstoß gegen die Meinungsfreiheit gesehen.³⁰ Dies ist wohl zutreffend. Die Grundrechte stellen zwar Abwehrrechte gegen den Staat dar und entfalten grds. keine unmittelbare Wirkung unter den Bürgern.³¹ Allerdings sind es gerade die drohenden staatlichen Bußgelder, die zu einer zu großflächigen Löschung führen. Insoweit liegt staatliches Handeln vor. Bedenklich ist, dass über die Inhalte vielfach keine richterliche Entscheidung getroffen wird. Nach § 4 Abs. 5 NetzDG wird erst eine richterliche Überprüfung des Inhalts vorgenommen, wenn die Verwaltungsbehörde ihre Entscheidung bei Erlass eines Bußgeldes hierauf stützt; also nur dann, wenn ein soziales Netzwerk einer Beschwerde gerade nicht abgeholfen hat, nicht aber, wenn ein Beitrag vorschnell gelöscht wurde. Über die Rechtswidrigkeit der einzelnen Beiträge befinden also Mitarbeiter der einzelnen Unternehmen. Die Strafverfolgung ist aber ansonsten originäre Aufgabe der Staatsanwaltschaft.³² Freilich ist zu bedenken, dass die Unternehmen insoweit nicht primär tätig werden, aber immerhin sollen sie die Begehung von Straftaten und deren Folgen

verhindern. Dies hängt mit der Verantwortung der Betreiber nach § 10 TMG zusammen. Das NetzDG erweitert diese nur dahin gehend, dass die Verpflichtung zur Errichtung eines Compliance-Systems besteht. Es gibt keinen allgemeinen Richtervorbehalt dahin gehend, dass die maßgeblich relevanten Rechtsfragen vorab durch die Gerichte geklärt werden müssen. Die Vorschrift des Art. 101 GG wendet sich maßgeblich an die staatliche Gewalt in Form der Legislative, Exekutive und Judikative.³³ Sie richtet sich daher nicht unmittelbar an das Verhältnis der Bürger untereinander. Bedenklich ist insoweit aber, dass im Gesetz selbst kein Rechtsanspruch auf Wiedereinstellung der Beiträge und die Möglichkeit einer richterlichen Überprüfung besteht.³⁴ Das hat zur Konsequenz, dass auch bei Widerspruch keine gerichtliche Kontrolle durch ein Gericht erfolgt. Dies ist unverhältnismäßig und schränkt die Meinungsfreiheit ein. Daher ist de lege ferenda zu fordern, das NetzDG durch einen Anspruch der Betroffenen gegenüber dem Plattformbetreiber auf Wiederherstellung zu erweitern, flankiert von einem Recht auf richterliche Überprüfung bei substantiiertem Widerspruch.

E. Fazit

Bei aller berechtigten Kritik hat das NetzDG durchaus seine Daseinsberechtigung. Es geht darum, mit der sich immer schneller digitalisierenden Welt und den geänderten Kommunikationswegen Schritt zu halten. Der Weg hierzu muss allerdings verfassungskonform sein. De lege lata bestehen erhebliche Bedenken, die sich nicht durch Richterrecht, sondern nur durch weitere legislatorische Eingriffe beheben lassen.

27 BVerfG, Beschl. v. 08.02.2017 - 1 BvR 2973/14.

28 Lencker/Eisele in: Schöнке/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 193 Rn. 12.

29 Vgl. hierzu Ceffinato, JuS 2017, 403.

30 Kalscheuer/Hornung, NVwZ 2017, 1721, 1723 ff.; Liesching, MMR 2019, 26, 28.

31 Schmidt in: Erfurter Kommentar, ArbeitsR, Art. 5 Rn. 16 ff.

32 Sackreuther in: BeckOK, StPO, 28. Edition, § 160 Rn. 9 ff.

33 Maunz in: Maunz/Dürig, GG, 81 EL September 2017, Art. 101 Rn. 19 ff.

34 Holznagel, 16.06.2017, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken, S. 24 ff.; diskutabel ist nur ein vertraglicher Anspruch auf Wiedereinstellung.

100 Jahre höchstrichterliche Steuerrechtsprechung in Deutschland

Dieses Jahr feiert der Bundesfinanzhof das hundertjährige Jubiläum höchstrichterlicher Steuerrechtsprechung in Deutschland. Der Präsident des Bundesfinanzhofs, Prof. Dr. h.c. Rudolf Mellinghoff nimmt Stellung zum Entstehen des Bundesfinanzhofs aus dem Reichsfinanzhof sowie zu aktuellen Herausforderungen des höchsten deutschen Steuergerichts.

Jachmann-Michel: Der Bundesfinanzhof feiert 2018 das 100-jährige Bestehen höchstrichterlicher Steuerrechtsprechung in Deutschland.

Mellinghoff: Das ist richtig. Der Finanzbedarf des Deutschen Reichs am Ende des Ersten Weltkriegs führte zur Einführung der Umsatzsteuer, die in diesem Jahr ebenfalls ihren 100. Geburtstag feiert. Mit der Einführung der Umsatzsteuer sollte gleichzeitig der Rechtsschutz der Bürger durch eine unabhängige Gerichtsbarkeit auf Reichsebene gesichert werden. Das war der Grund für die Errichtung des Reichsfinanzhofs, der am 01.10.1918 in München seine Arbeit aufnahm.

Nach dem Ende des Ersten Weltkriegs wurde die Gesetzgebungskompetenz der wesentlichen Steuern, wie der Einkommen- und Körperschaftsteuer, die zuvor auf Länderebene geregelt waren, auf das Reich übertragen. Damit wuchs dann auch die Bedeutung des Reichsfinanzhofs. Nach dem Zweiten Weltkrieg behielt man eine eigenständige Finanzgerichtsbarkeit bei. Der Bundesfinanzhof war das erste oberste Bundesgericht, das in der Bundesrepublik wieder eröffnet wurde.

Was verbindet Reichsfinanzhof und Bundesfinanzhof, worin sehen Sie die wesentlichen Unterschiede?

Der Reichsfinanzhof war ebenso wie der Bundesfinanzhof immer ein auf das Steuer- und Zollrecht spezialisiertes Gericht. Die Auslegung und Anwendung des Steuerrechts setzt eine hohe Spezialisierung und eine besondere Fachkompetenz voraus. In dieser abstrakten Form kann man von einer Kontinuität zwischen Reichsfinanzhof und Bundesfinanzhof sprechen. Ansonsten muss man beim Reichsfinanzhof verschiedene Phasen unterscheiden. In der Weimarer Zeit profilierte sich der Reichsfinanzhof als unabhängiges Gericht und achtete darauf, dass dieser in seiner richterlichen Unabhängigkeit mit dem Reichsgericht vergleichbar war. In dieser Zeit wurde das Gericht von herausragenden Steuerrechtlern wie Gustav Jahn und Herbert Dorn geführt.

Mit der Machtergreifung Hitlers im Jahre 1933 begann auch für den Reichsfinanzhof ein dunkles Kapitel seiner Geschichte. Ein überzeugter Nationalsozialist wurde Präsident, Richter jüdischen Glaubens wurden aus dem Dienst

entlassen und eine unabhängige Rechtsprechung war nicht mehr möglich. Aus Anlass des 100-jährigen Jubiläums haben wir alte Aktenbestände gesichtet und Anweisungen aus dem Reichsfinanzministerium gefunden, die teilweise wortwörtlich in Urteilen von den damaligen Richtern umgesetzt wurden. Juden erhielten ohnehin vor dem Reichsfinanzhof kein Recht. Man muss sich immer wieder an diese dunkle Zeit erinnern, auch um zu realisieren, welch hohes Gut die richterliche Unabhängigkeit ist.

Worin sehen Sie die zentralen Schritte der Entwicklung zu dem Gericht, das der Bundesfinanzhof aktuell darstellt?

Dem Bundesfinanzhof ist viele Jahre vorgehalten worden, er sei eine Hausgerichtsbarkeit der Finanzverwaltung. Dies lag auch daran, dass fast alle früheren Richter des Reichsfinanzhofs und des Bundesfinanzhofs ihre berufliche Karriere in der Finanzverwaltung begonnen hatten. Dieser Vorwurf wird heute nicht mehr erhoben. Dies mag auch daran liegen, dass heute viele Richter der Finanzgerichtsbarkeit aus der Verwaltungsgerichtsbarkeit oder der ordentlichen Gerichtsbarkeit oder direkt von der Universität kommen. An den Bundesfinanzhof sind sogar eine Hochschullehrerin, eine Leiterin einer Steuerabteilung und Berater als Bundesrichter gewählt worden. Unabhängig von der beruflichen Herkunft kann man auch feststellen, dass die Rechtsprechung ein sehr viel breiteres Feld abdecken muss als in den Ursprungsjahren. Das Verfassungsrecht und das Europarecht spielen heute eine wesentliche Rolle in der Rechtsprechung.

Welche Bedeutung hat diese Historie für die aktuellen Judikate des Bundesfinanzhofs?

Rechtsprechung ist immer ein Spiegel der Zeit. In den ersten Jahren ging es um die Entwicklung eines eigenständigen Bilanzrechts und um ein vom Zivilrecht unabhängiges Steuerrecht. In der Zeit des Nationalsozialismus hatten wir die unsägliche Rechtsprechung zur Reichsfluchtsteuer und andere Judikate, in denen die Ideologie des dritten Reichs

Prof. Dr. h.c. Rudolf Mellinghoff



Präsident des Bundesfinanzhofs

Rudolf Mellinghoff war von 1997 bis 2001 Richter am Bundesfinanzhof und von 2001 bis 2011 Richter des Bundesverfassungsgerichts (Zweiter Senat). Seit November 2011 ist er Präsident des Bundesfinanzhofs.

eine Rolle spielte. Nach dem zweiten Weltkrieg durchziehen Wiederaufbau, Lastenfonds und Vermögensteuer die Urteile. Seit den 1980er Jahren nehmen die Urteile zu, in denen das Europarecht eine Rolle spielt. Inzwischen ist der Bundesfinanzhof das oberste Gericht eines Mitgliedstaates, das dem EuGH die meisten Sachen zur Entscheidung vorlegt. Seit den 1990er Jahren beginnt die Phase, in der das Verfassungsrecht eine immer größere Rolle spielt.

Spiegelt sich die Historie in der Verwaltungsstruktur bzw. dem Gerichtsaufbau des Bundesfinanzhofs wieder?

Die Verwaltung des Bundesfinanzhofs ist sehr effektiv und für die Richterinnen und Richter eine große Stütze. Durch die Entwicklung in der Rechtsprechung ändert sich in der aktenmäßigen Bearbeitung der Fälle in den Geschäftsstellen relativ wenig. Allerdings spielt die Entwicklung in der modernen Datenverarbeitung eine wesentliche Rolle. Wir haben heute eine IT-Abteilung, die ein zentrales Element des Bundesfinanzhofs geworden ist. Sowohl bei den Geschäftsstellen als auch in der Verwaltungsabteilung finden wesentliche Veränderungen in der datenmäßigen Bearbeitung statt. Wir haben die elektronische Verwaltungsakte und bereiten ein neues Geschäftsstellenprogramm vor, das das Fundament für die Einführung der elektronischen Gerichtsakte ist. Auch in der Arbeitsweise der Richterinnen und Richter hat die Datenverarbeitung viel geändert. Bei alledem sind für uns die Datensicherheit und das Steuergeheimnis von wesentlicher Bedeutung.

Welche Anforderungen kommen auf den Bundesfinanzhof in naher Zukunft zu?

Der Gesetzgeber hat vor einiger Zeit die Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Gerichtsakte beschlossen. Die nächsten Jahre werden durch die Umstellung von der analogen auf die digitale Akte geprägt sein. Das Gesetz für die Modernisierung des Besteuerungsverfahrens (v. 18.07.2016, BGBl. I, 1679) hat im Besteuerungsverfahren neue Regelungen für die Digitalisierung geschaffen, auf die dann auch der elektronische Rechtsverkehr abgestimmt werden muss.

Wann und in welchem Rahmen – wie zum Beispiel Ausstellung, Festakt und Festschrift – wird die Feier zum 100-jährigen Jubiläum begangen?

Wir werden mehrere Veranstaltungen haben, die dem Jubiläum gewidmet sind. Ende August werden wir im Bundesfinanzhof in München eine Ausstellung eröffnen, die die Geschichte des Gerichts zeigt. Am 09.09.2018 findet der Tag des Denkmals statt, an dem wir unser Gericht präsentieren werden. Höhepunkt wird dann ein Festakt mit dem Bundespräsidenten am 01.10.2018 in München sein. Außerdem wird es eine Festschrift geben, die diesem Jubiläum gewidmet ist.

Lieber Herr Mellinghoff, herzlichen Dank für das interessante Gespräch.

Das Interview wurde geführt von VRI'inBFH Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel.

Prof. Dr. Wilfried Bernhardt, Staatssekretär a.D.



Rechtsanwalt

Herr Bernhardt war von 1985 bis 1991 in verschiedenen Funktionen im BMJ und von November 1991 bis 1996 als Referatsleiter in der Landesvertretung von Sachsen-Anhalt tätig. Ab 1996 war Herr Bernhardt erneut im BMJ und dort bis 2009 u.a. zuständig für Informationstechnologie. 2007 wurde

er Ko-Vorsitzender der EU-Ratsarbeitsgruppe E-Justice und Mitglied im IT-Rat der Bundesregierung. Danach folgte von 2009 bis 2014 das Amt des Staatssekretärs im Sächsischen Staatsministerium der Justiz und für Europa, ab 2010 zusätzlich Chief Information Officer des Freistaats Sachsen und Mitglied des IT-Planungsrats. Seit 2017 ist Herr Bernhardt Geschäftsführer einer Unternehmensberatungs-GmbH, daneben seit 2016 Rechtsanwalt und Honorarprofessor für Internetrecht, insbesondere für E-Government und E-Justice an der Universität Leipzig.

Nils Thormeyer



Richter am Amtsgericht

Nach dem 2. Staatsexamen war Herr Thormeyer ab 2012 zunächst als Rechtsanwalt in einer auf das Familienrecht spezialisierten Rechtsanwaltskanzlei tätig. Seit September 2014 ist Herr Thormeyer Richter im Bezirk des LG Düsseldorf. Er ist bei dem LG Düsseldorf mit allgemeinen Zivilsachen und Mietsachen befasst gewesen. Im September 2015 wurde er an das AG Langenfeld (Rhld.) abgeordnet und bearbeitete dort zunächst allgemeine Zivilsachen sowie seit Mai 2016 Familiensachen. Im November 2017 wurde Herr Thormeyer zum Richter am Amtsgericht ernannt.

Prof. Dr. Rüdiger Rubel



Vorsitzender Richter am Bundesverwaltungsgericht

Nach Tätigkeit in der hessischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, beim BVerfG und im Hessischen Justizministerium seit 1996 Richter am BVerwG und seit 2008 Vorsitzender des für Baurecht und Fachplanungsrecht zuständigen 4. Senats. Seit

1997 Honorarprofessor an der Justus-Liebig-Universität in Gießen.

Dr. Tobias Ebling



Rechtsreferendar

Abschluss des Studiums der Rechtswissenschaften an der Universität des Saarlandes mit Schwerpunkt im deutschen und internationalen Steuerrecht im Jahr 2015. Danach folgte die Promotion zum Dr. iur. unter Betreuung von Prof. Dr. Heinz Koriath zum Thema „Die Vorschrift des § 90a StGB“. Daneben Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter und Lehrbeauftragter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Universität des Saarlandes. Derzeit Referendar im juristischen Vorbereitungsdienst im Bezirk des OLG Zweibrücken.

DIE AUTOREN

Felix Maurer



Diplom-Jurist

Studium der Rechtswissenschaften mit dem Schwerpunkt IT-Recht und Rechtsinformatik an der Universität des Saarlandes in Saarbrücken. Seit 2017 wissenschaftlicher Mitarbeiter bei der Kanzlei Abel und Kollegen Rechtsanwälte PartGmbH in St. Ingbert.

Christian Schmitt



Assessor iuris

Studium der Rechtswissenschaften und Rechtsreferendariat im Saarland mit Schwerpunkt im Wirtschaftsstrafrecht. Seit 2017 Doktorand bei Prof. Dr. Mansdörfer, zugleich juristischer Mitarbeiter an der Universität des Saarlandes.

IMPRESSUM

Herausgeber: Vizepräsident des BSG Prof. Dr. Thomas Voelzke, Kassel
Vors. Richter am BFH Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel, München
Vizepräsident des LG Holger Radke, Karlsruhe

Prof. Dr. Stephan Weth, Universität des Saarlandes, Saarbrücken
Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Winterhoff, Hamburg

Expertengremium: Vors. Richter am BGH a.D. Wolfgang Ball, Lemberg
Rechtsanwalt Prof. Dr. Guido Britz, St. Ingbert

Vizepräsident des LAG a.D. Prof. Dr. Heinz-Jürgen Kalb, Köln
Richter am BVerwG Prof. Dr. Harald Dörig, Leipzig

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Martinek, Universität des Saarlandes, Saarbrücken

Weiterer aufsichtsführender Richter am AG a. D. Dr. Wolfram Viefhues, Oberhausen
Redaktion: Ass. iur. Daniel Schumacher

Medieninhaber und Verlag: juris GmbH, Juristisches Informationssystem für die Bundesrepublik Deutschland, Gutenbergstraße 23, 66117 Saarbrücken, Tel.: 0681 5866-0, Fax: 0681 5866-239, E-Mail: jM@juris.de

Geschäftsführer: Samuel van Oostrom, Johannes Weichert, Aufsichtsratsvorsitzender: Ministerialdirigent Dr. Matthias Korte

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

Urheber- und Verlagsrechte: Alle veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die Leitsätze der Gerichtsentscheidungen, soweit sie vom Autor bearbeitet wurden. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Eine Reproduktion oder Übertragung in maschinenlesbare Sprache ist – außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes – nur mit schriftlicher Genehmigung des Verlags gestattet.
Erscheinungsweise: 11 Ausgaben jährlich, davon ein Doppelheft (August/September), sowie als Beilage zum Anwaltsblatt

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

Bestellungen: Über jede Buchhandlung und beim Verlag
Satz: Datagroup Int., Timisoara

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

ISSN: 2197-5345

5. Jahrgang

2. Auflage 2018 online und E-Book juris PraxisKommentar SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe



Bandherausgeber: Prof. Dr. Ernst-Wilhelm Luthe Direktor des Instituts für angewandte Rechts- und Sozialforschung, Ostfalia, Hochschule für angewandte Wissenschaften, Braunschweig/Wolfenbüttel; Universität Oldenburg, und Prof. Dr. Gabriele Nellissen, Universitätsprofessorin

Das breite Spektrum der Themen des Kinder- und Jugendhilferechts lassen die Vorschriften des SGB VIII, Kinder- und Jugendhilferecht, immer wieder in der juristischen, der rechtspolitischen und medialen Diskussion stehen.

Als Grundrechtsträger stehen Kinder und Jugendliche beide in gleicher Weise unter dem Schutz der Verfassung. Rechtsprechung und Fachliteratur dazu sind umfangreich. In den letzten Jahren standen der Ausbau der Kindertagesbetreuung und die Gewährleistung des Kinderschutzes immer wieder im Zentrum der – nicht nur juristischen – Aufmerksamkeit. Aktuelle Entscheidungen und Literaturhinweise zu den neuen Regelungen finden sich in dem Kommentar ebenso wie praktische Lösungsvorschläge zu offenen

juristischen Fragen nach vorangegangenen materiell- und verfahrensrechtlichen Reformen.

NEU in der 2. Auflage 2018:

- Gesetz zur Verbesserung der Unterbringung, Versorgung und Betreuung ausländischer Kinder und Jugendlicher v. 28.10.2015 (VerbaKJUVBG) – BGBl I 2015, 1802
- Bundesteilhabegesetz (BTHG) v. 23.12.2016 – BGBl I 2016, 3234
- Gesetz zur Änderung des Bundesversorgungsgesetzes und anderer Vorschriften v. 17.07.2017 – BGBl I 2017, 2541 – Mit Bezügen zum Datenschutz der DSGVO
- Gesetz zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen v. 30.10.2017 – BGBl I 2017, 3618

Besondere Berücksichtigung aus Rechtsprechung und Literatur:

- ca. 1.100 Online-Aktualisierungshinweise seit 2014
- aktuelle verwaltungs- und zivilrechtliche Entscheidungen u. a. zu den Themen:
 - Nachrang der Jugendhilfe
 - Betreuung in Tageseinrichtungen
 - Schadenersatz bei nicht erfülltem Anspruch auf einen KITA-Platz
 - Gewährleistung und Sicherung des Kinderwohls sowie zum
 - Schutz minderjähriger unbegleiteter Flüchtlinge

Der ständig aktualisierte Online-Kommentar und auch das E-Book erlauben den Zugriff auf die zahlreichen weiterführenden Informationen in der juris Datenbank und den Abruf zitierter Urteile, Normen und Literaturnachweise im Volltext.

So behalten Sie die Entwicklungen in Rechtsprechung, Gesetzgebung und Literatur stets im Blick.

www.juris.de/sgbviii

**juris PartnerModul Transportrecht premium
partnered by Bundesanzeiger Verlag |
De Gruyter | Erich Schmidt Verlag | Verlag
Dr. Otto Schmidt**



Jeder Transport unterliegt Vorschriften aus den Bereichen des Zivilrechts, des öffentlichen Rechts und auch des Strafrechts. Die Beachtung der unzähligen gesetzlichen Bestimmungen und der sich daraus ergebenden Pflichten stellt an die tägliche Beratungspraxis hohe Ansprüche. Mit Hilfe des juris PartnerModuls finden Sie schnell und sicher Antwort auf sämtliche Themen, die den Transport von Waren betreffen, ob auf der Straße, in der Luft oder auf dem Seeweg.

Mit wenigen Mausklicks durchsuchen Sie Kommentierungen der einschlägigen Vorschriften – vom Gesetz zur Reform des Seehandelsrechts über das Bundeswasserstraßengesetz bis zum Güterkraftverkehrsrecht oder den Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen. Sie informieren sich täglich über die aktuellen Entwicklungen im nationalen und internationalen Transportrecht. Durch die Integration der Kommentarklassiker zum HGB werden sämtliche Querverbindungen zu den handelsrechtlichen Vorschriften berücksichtigt.

Außerdem beziehen Sie die relevanten Teilbände aus dem Bruck/Möller VVG Kommentar in Ihre Recherche ein – von der Transport- und Güterversicherung über die Verkehrshaftungsversicherung bis zur See- und Binnenschiffversicherung.

Die optimale digitale Aufbereitung und die Verlinkung der einschlägigen Kommentierungen, Handbücher und Zeitschriften untereinander sowie mit der juris Rechtsprechung, dem juris Bundesrecht und den verlagsunabhängigen juris Literaturnachweisen ermöglicht Ihnen ein komfortables Arbeiten bei maximaler Zeitersparnis.

www.juris.de/transportpremium

Fragen zur neuen juris Recherche?

Vor einem Jahr wurde die neue Rechercheoberfläche auf juris.de live geschaltet und die Mehrheit der juris Kunden arbeitet bereits mit der modernisierten Fassung des Rechercheklassikers. Daher war es Zeit, der bisherigen Oberfläche Adieu zu sagen: Der Parallelbetrieb wurde am 07.08.2018 eingestellt.

Wenn Sie Fragen zur Recherche haben, finden Sie hier erste Antworten: www.juris.de/FAQ

Eine persönliche Einführung erhalten Sie auch bei unseren kostenlosen Webinaren. Zur Anmeldung: www.juris.de/webinare

Oder Sie werfen einen Blick in unsere juris Kurzanleitung: www.juris.de/kurzanleitung

Gerne stehen wir Ihnen auch Montag bis Freitag von 08:00 bis 18:00 Uhr telefonisch zur Verfügung unter **0681 / 58 66-4422** oder per E-Mail an:

recherche@juris.de

JETZT NOCH RELEVANTERE ERGEBNISSE MIT JURIS.DE



Intelligenter
suchen



Besser
überblicken



Intuitiver
bedienen

Nur das finden, was Sie wirklich brauchen – das ist einer der Vorteile der neuen juris Recherche. Damit auch größere Treffermengen übersichtlich bleiben, haben wir die Relevanzsortierung nochmals deutlich optimiert. Das Ergebnis: mehr passgenaue Treffer und eine bessere Sortierung aller Inhalte inklusiver hunderter Fachtitel der jurisAllianz. Überzeugen Sie sich selbst!

www.juris.de

juris Das Rechtsportal

jurisAllianz

Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.

Schlegel | Voelzke

juris PraxisKommentar

SGb VIII

Kinder- und Jugendhilfe

Prof. Dr. Ernst-Wilhelm Luthe
Prof. Dr. Gabriele Nellissen

Online-Kommentar
inkl. E-Book!

NEU: 2. Auflage online!

Die Neuauflage berücksichtigt alle Gesetzesänderungen im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe sowie relevante Rechtsprechung und Literatur bis Juli 2018. Durch die kontinuierliche Aktualisierung des Online-Kommentars behalten Sie alle weiteren Entwicklungen, z. B. zum Kinder- und Jugendstärkungsgesetz (KJSG), immer im Blick.

www.juris.de/sgbviii

Ständige Aktualisierung!

juris[®] Das Rechtsportal