

Juris[®] Die Monatszeitschrift

JM 10 | OKTOBER
2019

Topthema:

Abgeblitzt? Keine Geschwindigkeitsmessung ohne Datenspeicherung

RiLG Dr. Christoph Brück

In dieser Ausgabe:

Betriebsratshaftung für Kosten des Einigungsstellenverfahrens

AkadR'in a.Z. Dr. Laura Schmitt, LL.M.
(Connecticut)

Rechtserkenntnis in juristischen Prüfungen nur im Rahmen von Gesetzesverwertungsmonopolen?

Prof. Dr. Matthias Knauff, LL.M. Eur.
und Prof. Dr. Stefan Korte

Arbeitslosenunterstützung für mobile Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der EU

Ri'inBSG Nicola Behrend

Das neue Reisekostenrecht in der Rechtsprechung des BFH

RiBFH Dr. Roland Krüger



Schlegel | Voelzke

juris PraxisKommentar

SGBV

Gesetzliche Krankenversicherung

Dr. Klaus Engelmann
Prof. Dr. Rainer Schlegel

Mit Richtlinien des G-BA
Prof. Dr. Ernst Hauck
Dr. Regina Klakow-Franck

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

NEU: Inklusive Richtlinien des G-BA

Der vielzitierte juris PraxisKommentar bietet eine umfassende und stets aktuelle Erläuterung der Vorschriften des GKV. Durch die kontinuierliche Online-Aktualisierung behalten Sie die weiteren Entwicklungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur immer im Blick. Jetzt neu: Die Kommentierung von Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses (G-BA) wie z. B. DeQS-RL, Mm-R, NotfStrKHRgl, Zm-RL.

www.juris.de/sgbv

Ständige Aktualisierung!

juris[®] Das Rechtsportal

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Zivil- und Wirtschaftsrecht

Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG durch den Ausschluss der Stiefkindadoption durch nichteheliche Lebenspartner

BVerfG, Beschl. v. 26.03.2019 - 1 BvR 673/17

RiAG Andreas Herzog LL.M. (Tilburg) S. 354

Der einfache Mietspiegel – ein wichtiges Instrument!

BGH, Urt. v. 13.02.2019 - VIII ZR 245/17

Dr. Jutta Hartmann S. 356

Schadensersatz bei mangelbedingten Folgeschäden im Werkvertragsrecht

BGH, Urt. v. 07.02.2019 - VII ZR 63/18

Prof. Dr. Markus Würdinger S. 358

Wohngeldschulden sind beim Fiskalerben in aller Regel Nachlassverbindlichkeiten

BGH, Urt. v. 14.12.2018 - V ZR 309/17

RA Dr. Gero Schneider, M.C.L. S. 361

Arbeitsrecht

Betriebsratshaftung für Kosten des Einigungsstellenverfahrens

AkadR'in a.Z. Dr. Laura Schmitt, LL.M.

(Connecticut) S. 364

Sozialrecht

Arbeitslosenunterstützung für mobile Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der EU

Ri'inBSG Nicola Behrend

S. 371

Verwaltungsrecht

Rechtserkenntnis in juristischen Prüfungen nur im Rahmen von Gesetzesverwertungsmonopolen?

Prof. Dr. Matthias Knauff, LL.M. Eur.

und Prof. Dr. Stefan Korte S. 377

Ärzteprivileg zur Führung einer Gewebekbank

BVerwG, Urt. v. 24.01.2019 - 3 C 5/17

RiOVG Dr. Wolfgang Kiefer S. 382

INHALT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Steuerrecht

Das neue Reisekostenrecht in der Rechtsprechung des BFH

RiBFH Dr. Roland Krüger

S. 384

BFH stärkt Ehrenamt: Verluste aus nebenberuflicher Tätigkeit als Übungsleiter sind steuerlich grundsätzlich abziehbar

BFH, Urt. v. 20.11.2018 - VIII R 17/16

RiFG Dr. Alexander Jooß

S. 390

Topthema:

Strafrecht

Abgeblitzt? Keine Geschwindigkeitsmessung ohne Datenspeicherung – zugleich eine Anmerkung zu VerFGH Saarbrücken, Urt. v. 05.07.2019 - Lv 7/17

RiLG Dr. Christoph Brück

S. 392

Das Ringen um einen fairen Rechtsstaat...



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

bestimmt, zumindest idealiter, den juristischen Alltag auf allen Ebenen. Besonders praktisch wird das in Bereichen, die uns alle quasi laufend tangieren, so der Straßenverkehr. Hier hat nun der VerfGH Saarbrücken jüngst die Frage beantwortet, ob bei einer Geschwindigkeitskontrolle der Betroffene einen Anspruch darauf hat, bei der Messung unter Einsatz technischer Geräte die Richtigkeit der Messung nachträglich überprüfen zu können oder ob bei der Messung erhobene Daten einfach gelöscht werden können. Elementarer Bestandteil jeder Rechtsstaatlichkeit ist die Kontrollierbarkeit hoheitlicher Maßnahmen auf ihre Richtigkeit und zwar in Gestalt des Rechtsschutzes für den Betroffenen. Wie soll derjenige aber kontrollieren können, ob er wirklich zu schnell gefahren ist, wenn es die dafür erforderlichen Rohmessdaten nicht mehr gibt? So hat der VerfGH Saarbrücken auch judiziert, dass ein Gericht sich zwar bei seiner Entscheidung auf eine standardisierte Beweiserhebung stützen könne, jedoch bei der Gewinnung von Beweismitteln unter Einsatz elektronischer Systeme ein Recht auf Bereitstellung der dem Vorwurf zugrundeliegenden Datensätze bestehe. Die grundsätzliche Bedeutung und praktische Relevanz dieses Judikats analysiert Brück im Topthema dieser jM-Ausgabe (S. 392 ff.).

Betrachtet man unseren Rechtsalltag, so scheinen im Hinblick auf das Ziel des fairen Rechtsstaats einerseits traditio-

nelle Werte wie die Stabilität einer Ehe für das Kindeswohl zu erodieren, andererseits scheint sich dieses Ziel in immer detaillierteren gesetzlichen Regelungen, im Steuerrecht mit der Tendenz zugunsten des Fiskus, zu verflüchtigen. So hat das BVerfG den traditionellen Ausschluss der Stiefkindadoption durch den bloßen Lebensgefährten eines leiblichen Elternteils gekippt. Die stabile nichteheliche Beziehung wird der Ehe gleichgestellt. Nun ist es Sache des Gesetzgebers, den rechtsstaatlichen Rahmen für die stabile Patchworkfamilie zu finden (dazu Herzog, S. 354).

Durchaus vom Detail geprägt ist das neue steuerliche Reisekostenrecht, das die uns alle betreffende Abziehbarkeit beruflich veranlasster Fahrtkosten regelt. Erste Judikate des BFH zur Auslegung weisen den Weg in die künftige Rechtsanwendung in diesem Bereich, der tendenzielle Nachteil für den Steuerpflichtigen liegt am neuen Gesetz (dazu Krüger, S. 384). Detailgewohnt ist der, der via zweier juristischer Staatsexamina deutscher Jurist wird. Er wird dies nur unter Verwendung von in den Examina zugelassenen Gesetzsammlungen und Kommentaren. Eine Auswahl gibt es hier nicht. Aber was ist mit den Marktteilnehmern, die andere, ggf. gleichwertige Gesetzestexte und Kommentare vertreiben? Insbesondere die Warenverkehrsfreiheit in Europa wie auch das Wettbewerbsrecht sind tangiert (dazu Knauff/Korte, S. 377).

Gerade auch Europa kämpft mit manchem rechtsstaatlichen Detail, so etwa bei der Arbeitslosenunterstützung für mobile Arbeitnehmer in der EU; herrscht in diesem Bereich doch der Geist der Koordinierung, nicht der der Harmonisierung, sodass es angesichts unterschiedlicher Leistungen gefragtere und weniger gefragtere Staaten gibt (dazu Behrend, S. 371). Andererseits kaum überreglementiert scheint das Betriebsverfassungsrecht, gerade wenn es um eine etwaige Haftung von Betriebsratsmitgliedern für die im Rahmen ihrer Tätigkeit verursachten Kosten geht (dazu Schmitt, S. 364).

Abgesehen von den genannten rechtsstaatlichen Problemstellungen widmet sich das vorliegende Heft der jM wieder ganz zentralen höchstrichterlichen Judikaten, z.B. des BGH zur Relevanz des Mietspiegels für Mieterhöhungen, des BVerwG zu den Anforderungen an die Führung einer Gewebebank oder des BFH zur grundsätzlichen Abziehbarkeit von Verlusten aus nebenberuflicher Tätigkeit als Übungsleiter.

Im Namen der Herausgeber wünsche ich eine angenehme Lektüre,

Monika Jachmann-Michel

Zivil- und Wirtschaftsrecht

Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG durch den Ausschluss der Stiefkindadoption durch nichteheliche Lebenspartner

BVerfG, Beschl. v. 26.03.2019 - 1 BvR 673/17

RiAG Andreas Herzog LL.M. (Tilburg)

A. Problemstellung

Nach bisher geltender Rechtslage konnte lediglich ein mit einem leiblichen Elternteil verheirateter Annehmender das Kind seines Ehegatten annehmen, da anderenfalls gem. § 1755 Abs. 1 Satz 1 BGB das verwandtschaftliche Verhältnis auch zu diesem Elternteil erlosch. Eine Stiefkindadoption durch einen bloßen Lebensgefährten war damit faktisch ausgeschlossen.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Annehmende lebte mit der Mutter der beiden Anzunehmenden in nichtehelicher Lebensgemeinschaft und beantragte die Adoption beim AG Ahaus mit dem Ziel, dass die damals noch minderjährigen Anzunehmenden die Stellung gemeinsamer Kinder erhalten sollten. Der Kindesvater der Anzunehmenden war im Jahr 2006 verstorben. Von einer Eheschließung hatten der Annehmende und die Kindesmutter aufgrund eines im Fall der Wiederverheiratung drohenden Wegfalls der Witwenrente der Kindesmutter abgesehen.

Das AG Ahaus lehnte die Adoption im Jahr 2013 mit der Begründung der fehlenden Rechtsgrundlage für die begehrte Rechtsfolge ab.¹

Die vor dem OLG Hamm eingelegte Beschwerde blieb ohne Erfolg, weil nach der gesetzgeberischen Vorstellung von 1976 die Ehe die besten Voraussetzungen für die Entwicklung eines Kindes biete und für die Stiefkindadoption in nichtehelichen Lebensgemeinschaften im aktuellen Recht trotz im Schrifttum bestehender Zweifel eine Grundlage fehle.²

Die zugelassene Rechtsbeschwerde des Annehmenden und der Kindesmutter lehnte der BGH nach umfassender Beschäftigung mit möglicherweise verletzten Grundrechten ab.³ Auch eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes verneinte der BGH,⁴ da trotz einer möglichen Beeinträchtigung der Persönlichkeitsentfaltung des Kindes die Ungleichbehandlung durch das Ziel der Gewährleistung einer stabilen Elternbeziehung gerechtfertigt sei.

Das BVerfG hat nun die Verfassungswidrigkeit von § 1754 Abs. 1 BGB und § 1755 Abs. 1 und 2 BGB wegen eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG festgestellt, die Entscheidungen der Vorinstanzen aufgehoben und die Sache an das Amtsgericht als Ausgangsgericht zurückverwiesen.

Eine Verletzung des Elterngrundrechts aus Art. 6 Abs. 2 GG, des Rechts der anzunehmenden Kinder auf staatliche Gewährleistung elterlicher Sorge und Erziehung aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG, des Familiengrundrechts aus Art. 6 Abs. 1 GG oder des Rechts unehelicher Kinder auf Gleichbehandlung mit ehelichen Kindern aus Art. 6 Abs. 5 GG verneint das BVerfG. Im Gegensatz zum BGH sieht das BVerfG aber eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung von Stiefkindadoptionen durch Ehegatten und durch nichteheliche Lebenspartner und damit einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

Ebenso wie der BGH geht das BVerfG von strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen aus, die über ein bloßes Willkürverbot hinausgehen, weil der Ausschluss der Adoption durch nichteheliche Lebenspartner wesentliche Grundrechte der Kinder, nämlich ihr Recht auf Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung aus Art. 2 GG i.V.m. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG, berühre. So sei der nichteheliche Lebenspartner von der Wahrnehmung der vollen elterlichen Sorge durch die derzeitige Gesetzeslage ausgeschlossen. Ihm stehe auch – im Gegensatz zum Ehegatten eines alleinerziehenden Elternteils – nicht das „kleine Sorgerecht“ i.S.v. § 1687b BGB zur Verfügung. Durch die fehlende Adoptionsmöglichkeit könne es vor allem dann zu Problemen im Familiengefüge kommen, wenn Geschwisterkinder vorhanden seien, die aus der Verbindung von leiblichem Elternteil und Stiefelternteil hervorgegangen seien.

Die nichtehelichen Stiefkinder treffe ferner das Risiko des Verlustes des sozialen Elternteils bei Trennung oder Tod des leiblichen Elternteils, da auch zugunsten des nicht verheirateten Stiefelternteils eine Verbleibensanordnung gem. § 1682 BGB gesetzlich nicht vorgesehen sei.

Die auf der anderen Seite drohende Belastung für das Stiefkind im Fall einer Trennung von Stiefelternteil und leiblichem Elternteil sei sogar größer, solange die soziale Eltern-Kind-Beziehung zum Stiefelternteil nicht rechtlich abgesichert sei. Der strenge Maßstab sei auch darin begründet, dass die anzunehmenden Kinder auf den Ent-

1 AG Ahaus, Beschl. v. 09.12.2013 - 12 F 235/13.

2 OLG Hamm, Beschl. v. 13.11.2015 - II-3 UF 9/14.

3 BGH, Beschl. v. 08.02.2017 - XII ZB 586/15.

4 BGH, Beschl. v. 08.02.2017 - XII ZB 586/15 Rn. 26.

schluss der Eheschließung des Stiefelternteils mit dem leiblichen Elternteil keinen Einfluss nehmen könnten. Ihnen könne dieses elterliche Handeln auch nicht zugerechnet werden, denn dieses betreffe nur die Angelegenheiten des leiblichen Elternteils und des Annehmenden.

Das BVerfG benennt als Risiko bei der Stiefkindadoption klar die mögliche Verdrängung des leiblichen Elternteils und der übrigen Verwandtschaft. Diese Gefahr des Beziehungsabbruchs zwischen dem leiblichen Elternteil und dem Annehmenden sei aber durch Ausschluss der Stiefkindadoption nicht zu verhindern und trete nicht nur bei der Stiefkindadoption durch nichteheliche Lebenspartner, sondern ebenso bei Stiefkindadoptionen durch Ehegatten auf. Grds. geht der Senat davon aus, dass die Stiefkindadoption auch durch nichteheliche Lebenspartner dem Kindeswohl förderlich sein und sogar in der Familie des Anzunehmenden eine Stabilisierungsfunktion entfalten könne.

Das BVerfG erkennt das grundsätzliche Ziel des Eheerfordernisses, nämlich die Verhinderung des Aufwachsens in unzulänglichen familiären Beziehungen, als legitimen Zweck an. Eine Verschlechterung der Lebenssituation des Kindes durch die Adoption würde aber bereits durch die erforderliche Einzelprüfung der Kindeswohl dienlichkeit gem. § 1741 Abs. 1 Satz 1 BGB verhindert. Das gesetzgeberische Ziel, nur bei einer stabilen Beziehung zwischen Eltern- und Stiefelternteil eine Adoption zuzulassen, sei grds. legitim. Zwar sei das Ehekriterium geeignet, einen Teil der stabilen Beziehungen zu erfassen. Hierdurch könnten stabile nichteheliche Verbindungen zwischen Eltern- und Stiefelternteil jedoch nicht erfasst werden. Eine typisierende Einordnung der nichtehelichen Familie als instabile Familienform könne nach dem familienrechtlichen Schrifttum nicht mehr erfolgen.

Der vollständige Ausschluss der Stiefkindadoption für nichteheliche Stiefelternteile sei nicht angemessen, da nicht mildere Mittel ergriffen worden seien. Als milderes Mittel sieht das BVerfG die gesetzgeberische Möglichkeit der Zulassung der Stiefkindadoption unter der Bedingung der Stabilität der Elternbeziehung. Hierzu benennt der Senat drei Regelungsoptionen. Erstens eine reine Einzelfallprüfung, zweitens die Festlegung konkreter Indikatoren für die Beziehungsstabilität (z.B. eine Mindestdauer der Beziehung oder des Zusammenlebens und/oder eine Mindestdauer des Zusammenlebens des Annehmenden und des Anzunehmenden oder auch eine Eheschließung) oder drittens eine Mindestdauer der Elternbeziehung unabhängig von deren Form. Zwar sei der vollständige Ausschluss nichtehelicher Lebensgemeinschaften wirksamer als jeder der vorgenannten Wege, um das Stabilitätsrisiko der Elternbeziehung auszuschließen, jedoch unverhältnismäßig im engeren Sinne. Der hierdurch gewonnene Vorteil stehe in keinem angemessenen Verhältnis zum Nachteil.

Der Ausschluss der Stiefkindadoption sei auch nicht durch Vereinfachungs- und Typisierungserfordernisse des Gesetzgebers gerechtfertigt. Nach Auffassung des BVerfG ist die instabile nichteheliche Lebensgemeinschaft gerade nicht (mehr) der typische Fall, an dem sich der Gesetzgeber orientieren dürfe. Gleichzeitig sei die Auswirkung der Ungleichbehandlung besonders intensiv, weil sie die persönliche Entwicklung des Kindes betreffe. Eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung könne auch weder begründet werden mit dem Prüfungsaufwand im Einzelfall noch mit dem Schutzgebot der Ehe, das kein Abstands- oder Benachteiligungsgebot gegenüber anderen Lebensgemeinschaften enthalte.

C. Kontext der Entscheidung

Nach Art. 7 Abs. 2 Satz 2 des revidierten Europäischen Adoptionsübereinkommens vom 27.11.2008⁵ steht es den Vertragsstaaten frei, den Anwendungsbereich des Übereinkommens auf Adoptierende zu erstrecken, die in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft leben, sofern die Beziehung „stabil“ ist. Das Abkommen enthält jedoch keine Verpflichtung, Adoptionen in stabilen nichtehelichen Beziehungen zuzulassen.

Bereits im Jahr 2007 hat der EGMR die Verletzung des Rechts auf Achtung des Familienlebens aus Art. 8 EMRK durch die im damaligen schweizerischen Adoptionsrecht vorhandene Regelung festgestellt, nach welcher auch bei der Erwachsenenadoption die verwandtschaftlichen Beziehungen beider leiblichen Elternteile bei Adoption durch einen Lebensgefährten eines Elternteils erlöschen sollten.⁶

D. Auswirkungen für die Praxis

Der Gesetzgeber hat nach dem Beschluss des BVerfG bis zum 31.03.2020 für eine verfassungsgemäße Neuregelung zu sorgen. Wie das BVerfG ausgeführt hat, bestehen durchaus unterschiedliche Lösungswege, wobei zur Vermeidung einer zu großen Kasuistik eine klare gesetzlich geforderte Mindestdauer der Beziehung der Elternteile als notwendiges, aber nicht hinreichendes Tatbestandsmerkmal zu begrüßen wäre. Die Bundesarbeitsgemeinschaft Landesjugendämter hat in ihrer Stellungnahme aus der Praxis von einem von den Fachkräften angenommenen Zeitrahmen von drei bis fünf Jahren berichtet.

Die Bundesregierung hat im Mai 2019 bereits angekündigt, auch das „kleine Sorgerecht“ gem. § 1687b BGB überprü-

5 BGBl. II 2015, 2, 6.

6 EGMR, Urt. v. 13.12.2007 - 39051/03 - „Emonet u.a./Schweiz“.

fen zu wollen.⁷ Laufende Gerichtsverfahren, in denen bereits eine Stiefkindadoption durch einen nichtehelichen Lebenspartner beantragt wurde, sind zunächst auszusetzen. Vor einer gesetzlichen Neuregelung sollte man mangels Kenntnis der zukünftigen gesetzgeberischen Anforderungen an die Stabilität der Elternbeziehung in der notariellen Praxis zurückhaltend sein, bereits Adoptionsanträge aufzunehmen und einzureichen, insbesondere mit Blick auf den im Fall der Einreichung des Antrags beginnenden Lauf der zeitlichen Begrenzung der Wirksamkeit der elterlichen Einwilligung gem. § 1750 Abs. 4 Satz 2 FamFG.

E. Bewertung

Der Beschluss kann im internationalen Vergleich des Adoptionsrechtes mit einer gewissen Gelassenheit gesehen werden, da viele Rechtsordnungen insbesondere im europäischen Umfeld nicht mehr allein auf das Kriterium der Ehelichkeit als Maßstab für die Stabilität der Elternbeziehung abstellen. Das deutsche Recht nimmt durch die nun vom BVerfG vorangetriebene Entwicklung also keine Voreiterstellung im Adoptionsrecht ein, sondern kann auf eine breite Auswahl unterschiedlicher Regelungsmechanismen ausländischer Rechtsordnungen als Vorbilder zurückgreifen.

Auffällig ist, dass im Rahmen der vom BVerfG umfangreich eingeholten Stellungnahmen die eher juristisch geprägten von einer Verfassungsmäßigkeit der Regelung ausgingen, während die auch psychologisch und sozialwissenschaftlich geprägten Stellungnahmen der bisherigen Regelung deutlich kritischer gegenüberstanden.

Bisher ungelöst ist das Problem der Verdrängung des außerhalb der Familie lebenden Elternteils, der zunächst allerdings hiervon durch seine für die Adoption gem. § 1747 Abs. 1 Satz 1 BGB erforderliche Einwilligung geschützt ist. Denkbar wäre, für entsprechend geeignete Fälle, nämlich dort, wo sich eine echte doppelte Verantwortung von leiblichem außerhalb der Familie lebendem Elternteil und sozialem Elternteil gebildet hat, die Übertragung der rechtlichen Konstruktion der Volljährigenadoption mit schwachen Wirkungen. Möglich ist auch, dass der Gesetzgeber durch eine Stärkung der Rechte des Stiefelternteils durch eine Weiterentwicklung des „kleinen Sorgerechts“ gem. § 1687b BGB den Druck von Patchworkfamilien zur Adoption nimmt.⁸

⁷ Peters, „Bundesregierung will Sorgerecht für Stiefeltern ausweiten“ in: Welt, 26.05.2019, www.welt.de/politik/deutschland/article194193499/Bundesregierung-will-Sorgerecht-fuer-Stiefeltern-ausweiten.html (zuletzt abgerufen am 20.08.2019).

⁸ Vgl. auch Löhnig, ZRP 2018, 101.

Der einfache Mietspiegel – ein wichtiges Instrument!

BGH, Urt. v. 13.02.2019 - VIII ZR 245/17

Dr. Jutta Hartmann*

A. Problemstellung

Mietspiegel spielen sowohl bei der Erhöhung der Bestandsmieten als auch beim Abschluss von Wiedervermietungs-mieten eine wichtige Rolle. Will der Vermieter die Bestandsmiete erhöhen, darf er sie nur bis zur Höhe der ortsüblichen Vergleichsmiete anheben. Zudem wurden die Bundesländer durch das Mietrechtsnovellierungsgesetz¹ ermächtigt, in Gebieten mit angespanntem Wohnungsmarkt die Wiedervermietungs-mieten zu begrenzen, indem der Vermieter dort grds. nur eine Miete verlangen darf, die zehn Prozent über der ortsüblichen Vergleichsmiete liegt. Die ortsübliche Vergleichsmiete wird – wenn vorhanden – i.d.R. mit einem Mietspiegel ermittelt. Insbesondere durch die „gebremsten“ Wiedervermietungs-mieten nahm die Mietspiegeldebatte neue Fahrt auf. Die Qualifikation von Mietspiegeln wird zunehmend infrage gestellt. Die Rechtmäßigkeit der im Mietspiegel abgebildeten Werte und die damit verbundene Frage nach der zulässigen Höhe der Mieterhöhung im Bestand bzw. der Wiedervermietungs-miete sorgen vielfach für Streit zwischen den Mietvertragsparteien.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Mieter und Vermieter streiten um die Zustimmung zu einer Mieterhöhung von 515 auf 540 € monatlich. Die Vermieter begründeten ihr Mieterhöhungsverlangen mit dem (einfachen) Dresdner Mietspiegel 2015, an dessen Erstellung Interessenvertreter von Vermieter- und Mieterseite beteiligt waren und der von beiden Seiten anerkannt wurde. Der Mietspiegel enthält rund 4.000 Datensätze aus einer Datenbereitstellung durch Vermieter und aus einer mündlichen Mieterbefragung.

Nach einer erfolglosen Klage auf Zustimmung zur Mieterhöhung vor dem Amtsgericht verurteilte das Landgericht – unter Berufung auf den Dresdner Mietspiegel 2015 – die Mieter zur Zustimmung zur teilweisen Mieterhöhung. Die ermittelte Vergleichsmiete wurde dabei aufgrund der Mietpreissteigerung in der Zeit zwischen dem Erhebungsstichtag des Mietspiegels (01.04.2014) und dem Erhö-

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

¹ BGBl. I 2015, 610.

hungsverlangen (19.05.2015) angehoben (sog. Stichtagszuschlag).

Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgen die Vermieter ihr Erhöhungsbegehren, soweit diesem nicht entsprochen worden ist, weiter.

Der BGH bestätigt das Urteil des Landgerichts. Das Landgericht habe seine Überzeugung über die Höhe der ortsüblichen Vergleichsmiete und damit die zulässige Mieterhöhung allein auf den einfachen Mietspiegel stützen dürfen. Denn der einfache Mietspiegel sei ein Indiz dafür, dass die dort angegebenen Entgelte die ortsübliche Vergleichsmiete zutreffend wiedergeben würden. Maßstab für die Reichweite dieser Indizwirkung seien insbesondere die Qualität des Mietspiegels und die Einwendungen der Parteien gegen den Erkenntniswert der darin enthaltenen Angaben. Hiervon ausgehend habe das Berufungsgericht im Rahmen seiner freien Überzeugungsbildung (§ 286 ZPO) dem Dresdner Mietspiegel 2015 zu Recht eine ausreichende Indizwirkung zur Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete beigemessen. Sowohl die Beteiligung der örtlichen Interessenvertreter der Mieter und Vermieter als auch die beiderseitige Anerkennung der gefundenen Ergebnisse spreche dafür, dass der Mietspiegel die örtliche Mietsituation nicht einseitig, sondern objektiv zutreffend abbilde. Gründe, an der notwendigen Qualität des einfachen Mietspiegels zu zweifeln, seien weder vorgebracht noch ersichtlich. Die seitens der Vermieter gegen die Wissenschaftlichkeit und die Anzahl der Wohnlagen vorgebrachten Einwände könnten allenfalls dessen Einordnung als qualifizierten Mietspiegel infrage stellen, nicht jedoch die Indizwirkung des einfachen Mietspiegels beeinflussen.

C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung schließt an vorherige Entscheidungen zur Indizwirkung des einfachen Mietspiegels an.² Mit Urteil vom 16.06.2010 entschied der Senat erstmals, dass auch dem einfachen Mietspiegel eine Indizwirkung dahin gehend zukommt, dass die dort angegebenen Entgelte die ortsübliche Vergleichsmiete zutreffend wiedergeben.³ In der hier besprochenen Entscheidung bestätigt der Senat, dass zur Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete (und damit zur Begründung der verlangten Mieterhöhung) ein einfacher Mietspiegel herangezogen werden kann.

Der einfache Mietspiegel gem. § 558c BGB ist eine Übersicht über die ortsüblichen Vergleichsmieten, soweit die Übersicht von der Gemeinde oder von Interessenvertretern der Vermieter und Mieter gemeinsam erstellt oder

anerkannt worden ist. Dagegen ist der Mietspiegel qualifiziert i.S.d. § 558d BGB, wenn er nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstellt und von der Gemeinde oder von Interessenvertretern der Vermieter und Mieter anerkannt wurde. Ist der Mietspiegel qualifiziert, so wird gem. § 558d Abs. 3 BGB vermutet, dass die im Mietspiegel bezeichneten Entgelte die ortsübliche Vergleichsmiete wiedergeben. Ein einfacher Mietspiegel hat dagegen zwar keine volle Beweiswirkung, allerdings kann das Gericht den einfachen Mietspiegel als Schätzgrundlage für die Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete heranziehen, wenn es keinen qualifizierten Mietspiegel gibt oder dieser nicht als qualifiziert anerkannt wurde.⁴ Dies hat zur Folge, dass vermehrt nicht nur die Qualifikation der Mietspiegel, sondern auch die Tauglichkeit der einfachen Mietspiegel als Schätzgrundlage infrage gestellt wird.⁵ Denn existiert kein Mietspiegel, der zur Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete herangezogen werden kann, besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass das Gericht ein Sachverständigengutachten zur Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete einholen wird. Allein der Gedanke an die Kosten eines solchen Gutachtens veranlasst aber viele Mieter bereits zur Einwilligung in die höhere Bestandsmiete, zumal der ungewisse Ausgang eines Gutachtens für den Mieter ein nicht kalkulierbares Risiko einer nicht unerheblichen Mietsteigerung beinhaltet. Auch die Mieterhöhung unter Bezugnahme auf drei Vergleichswohnungen ist für den Vermieter in aller Regel vorteilhafter als der Bezug auf einen Mietspiegel – zumal Vergleichswohnungen aus dem eigenen Bestand zur Grundlage genommen werden dürfen.⁶

Dass das Gericht aber sehr wohl die Möglichkeit hat, ausschließlich den einfachen Mietspiegel zur Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete und damit zur Überprüfung

2 BGH, Urt. v. 16.06.2010 - VIII ZR 99/09 mit Anmerkung Börstinghaus, jurisPR-MietR 17/2010 Anm. 3; BGH, Urt. v. 21.11.2012 - VIII ZR 46/12; BGH, Urt. v. 03.07.2013 - VIII ZR 269/12.

3 BGH, Urt. v. 16.06.2010 - VIII ZR 99/09 Rn. 11.

4 Börstinghaus in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, §§ 558c, 558d BGB Rn. 43 f., 112, § 558b BGB Rn. 112.

5 Siehe zuletzt VGH Berlin, Beschl. v. 19.12.2018 - 122/16, wonach die Klageabweisung des LG Berlin (Urt. v. 13.06.2016 - 18 S 36/16) gegen die Deutsche Wohnen auf Zustimmung zu einer Mieterhöhung weder ein Verstoß gegen Eigentumsgrundrechte noch willkürlich ist, und auch nicht den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (Hinweis: Die Deutsche Wohnen hatte behauptet, dass der Berliner Mietspiegel nicht „qualifiziert“ sei und zog außerdem in Zweifel, dass der Mietspiegel eine für Richter geeignete Schätzgrundlage zur Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete sein könne. Durch die eingeschränkten Mieterhöhungsmöglichkeiten sah sie ihr Eigentumsgrundrecht verletzt).

6 Börstinghaus in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 558a BGB Rn. 98.

der Rechtmäßigkeit des Zustimmungsverlangens zur Mieterhöhung heranzuziehen, bestätigt der Senat mit der vorliegenden Entscheidung eindeutig. Danach hängt es von den Umständen des Einzelfalls ab, ob allein ein einfacher Mietspiegel für die Beurteilung der ortsüblichen Vergleichsmiete der konkret zu beurteilenden Wohnung ausreicht.

D. Auswirkungen für die Praxis

Zwei Anforderungen müssen erfüllt sein, damit ein einfacher Mietspiegel zur Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete ausreicht:

I. Ausreichende Qualität des Mietspiegels

Waren Interessenvertreter von Vermieter- und Mieterseite an der Erstellung des Mietspiegels beteiligt und haben beide Seiten die gefundenen Ergebnisse anerkannt, spricht dies laut Senat dafür, dass der Mietspiegel die örtliche Mietsituation nicht einseitig, sondern objektiv zutreffend abbildet.

II. Keine oder nicht plausible Einwendungen der Parteien gegen den Erkenntniswert der im Mietspiegel enthaltenen Angaben

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, darf das Gericht sich für die Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete allein auf den einfachen Mietspiegel stützen und muss keine weiteren Erkenntnisquellen oder Beweismittel mehr heranziehen.

E. Bewertung

Die Entscheidung ist zu begrüßen. Der Senat stellt die enorme Bedeutung auch einfacher Mietspiegel ein weiteres Mal deutlich klar.

Damit Mietspiegel ein taugliches und befriedendes Instrument zur Abbildung der (tatsächlichen) ortsüblichen Vergleichsmiete sind, muss die geplante Reform des Mietspiegelrechts zu einer deutlichen Verlängerung des vierjährigen Betrachtungszeitraums für die Ermittlung der Vergleichsmiete führen.

Eine Verlängerung des zweijährigen Erstellungszeitraums für qualifizierte Mietspiegel wird dagegen keinen Mehrwert für Mieter bringen. Sie wird nicht zur Mietendämpfung, sondern zur verstärkten Anwendung des Stichtagszuschlags⁷ führen, und sich damit nachteilig für Mieter auswirken.

Schadensersatz bei mangelbedingten Folgeschäden im Werkvertragsrecht

BGH, Urt. v. 07.02.2019 - VII ZR 63/18

Prof. Dr. Markus Würdinger

A. Problemstellung

Die Abgrenzung zwischen Schadensersatz neben der Leistung und Schadensersatz statt der Leistung zählt im Kauf- und Werkvertragsrecht zu den dogmatischen Delikatessen und rechtlichen Raffinessen des im Jahr 2002 modernisierten Schuldrechts. Praktische Auswirkungen hat diese Fragestellung bei einer unterbliebenen Fristsetzung, die über „das Sein und Haben“ des Schadensersatzanspruches entscheiden kann. In Fällen einer voreiligen und eigenmächtigen Selbstvornahme ohne vorherige Fristsetzung zur Nacherfüllung erwarten den Geschädigten bei einer Einordnung als Schadensersatz statt der Leistung fatale Folgen: Der geschädigte Käufer bzw. Besteller geht nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung leer aus und kann nicht einmal die Aufwendungen vom Verkäufer bzw. Unternehmer ersetzt verlangen, die sich dieser für eine Mangelbeseitigung erspart hat. Der BGH verneint nämlich den Rückgriff auf die allgemeinen Vorschriften zur Geschäftsführung ohne Auftrag und auf das Bereicherungsrecht. Er lehnt überdies eine analoge Anwendung von § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB ab.¹

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Sachverhalt

Mit der Konstellation, dass die Klägerin keine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hatte, musste sich der VII. Zivilsenat im Werkvertragsrecht beschäftigen. Die Klägerin verlangte von der beklagten Kfz-Werkstatt Schadensersatz i.H.v. 1.715,57 € und stützte dieses Begehren auf fehlerhafte Arbeiten im Rahmen eines Wartungsvertrags. Der Beklagte hatte bei diesen Wartungsarbeiten u.a. den Keilrippenriemen, den Riemenspanner und den Zahnriemen für die Motorsteuerung ausgetauscht. Die Klägerin stellte etwa einen Monat nach den Wartungsarbeiten erhebliche Probleme bei der Lenkung fest und ließ das Kraftfahrzeug in eine andere Werkstatt abschleppen, da der Beklagte zu diesem Zeitpunkt Betriebsferien hatte. Dort hat sich als Ursache herausgestellt, dass der Beklagte den Keilrippenriemen nicht

⁷ BGH, Urt. v. 15.03.2017 - VIII ZR 295/15.

¹ BGH, Urt. v. 23.02.2005 - VIII ZR 100/04; dagegen etwa Lorenz, NJW 2005, 1321 ff.; Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457 ff.

richtig gespannt hatte. Der aus diesem Grund gerissene Riemen hat sich um die Welle und das Gehäuse der Lichtmaschine gewickelt und diese beschädigt. Überreste des Riemens haben sich um die Riemenscheibe der Servolenkumpumpe gewickelt mit der Folge, dass die Riemenscheibe gebrochen und die Dichtung der Servolenkumpumpe beschädigt wurde.² Zudem sind Teile des Riemens in den Riemetrieb des Zahnriemens gelangt. Die Klägerin ließ Keilrippenriemen, Riemenspanner, Zahnriemen, Servolenkumpumpe und Lichtmaschine ersetzen und macht nunmehr die angefallenen Reparaturkosten nebst Zinsen als Schadensersatz geltend.

II. Entscheidungsgründe

Der BGH unterscheidet zwischen einem Schadensersatz wegen der an der Lichtmaschine und der Servolenkumpumpe eingetretenen Schäden einerseits und den Schäden am Keilrippenriemen, Riemenspanner und Zahnriemen andererseits.

1. Schäden an der Lichtmaschine und Servolenkumpumpe: Schadensersatz neben der Leistung (§ 634 Nr. 4 Alt. 1, § 280 Abs. 1 BGB)

Anders als die Vorinstanzen ordnet der Senat die Schäden an der Lichtmaschine und der Servolenkumpumpe in die Kategorie „Schadensersatzanspruch neben der Leistung“ ein (§ 634 Nr. 4, § 280 Abs. 1 BGB), sodass die Klägerin insoweit keine Frist zur Nacherfüllung setzen musste. Zu einem Schadensersatzanspruch neben der Leistung zählen nach dem BGH Schäden, die aufgrund eines Werkmangels entstanden sind und durch eine Nacherfüllung der geschuldeten Werkleistung nicht beseitigt werden können. Hiervon erfasst seien mangelbedingte Folgeschäden an anderen Rechtsgütern des Bestellers oder an dessen Vermögen.³ Demgegenüber trete der Schadensersatzanspruch statt der Leistung gem. „§§ 634 Nr. 4, 280, 281 BGB“ an die Stelle der geschuldeten Werkleistung und erfasse damit das Leistungsinteresse des Bestellers. Dieser Anspruch erfordere zunächst – vorbehaltlich der geregelten Ausnahmen – eine Fristsetzung zur Nacherfüllung, um dem Unternehmer eine letzte Gelegenheit zur Erbringung der geschuldeten Werkleistung, also zur Herstellung des mangelfreien Werks, zu geben. Bei einem Schadensersatzanspruch neben der Leistung sei die Setzung einer Frist zur Nacherfüllung dysfunktional, da der angestrebte Zweck nicht erreicht werden könne.⁴

Zur Ermittlung der geschuldeten Werkleistung und der Reichweitenbestimmung der Nacherfüllung nimmt der BGH eine Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157 BGB vor. In casu sieht er die geschuldete Werkleistung in der ordnungsgemäßen Wartung des Kraftfahrzeugs einschließlich des

Austauschs des Keilrippenriemens, des Riemenspanners und des Zahnriemens. Hierauf beschränke sich die Nacherfüllungspflicht des Beklagten. Demgegenüber handele es sich bei den Schäden an der Lichtmaschine und der Servolenkumpumpe um Folgeschäden, die durch die mangelhafte Werkleistung des Beklagten entstanden sind und durch eine Nacherfüllung der geschuldeten Werkleistung nicht mehr beseitigt werden können.

2. Schäden am Keilrippenriemen, Riemenspanner und Zahnriemen: Schadensersatz statt der Leistung (§ 634 Nr. 4 Alt. 1, § 280 Abs. 1, 3, § 281 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB)

Anders fällt die Einordnung des Schadensersatzanspruchs hinsichtlich der Schäden an dem Keilrippenriemen, dem Riemenspanner und dem Zahnriemen aus. In Einklang mit dem Berufungsgericht⁵ qualifiziert der BGH diese Positionen als Schadensersatz statt der Leistung und rekurriert auf „§ 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB“. Dabei gehe es um einen Schadensersatzanspruch, der an die Stelle der geschuldeten Werkleistung trete und das Leistungsinteresse des Bestellers erfasse. Der Senat knüpft daran, dass eine ordnungsgemäße Nacherfüllung nicht erfolgt sei. Die Nacherfüllung erfasse die Beseitigung der Mängel des geschuldeten Werks, die auf einer im Zeitpunkt der Abnahme vorhandenen vertragswidrigen Beschaffenheit des Werks beruhen.⁶ Der Beklagte schuldet nach dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag die ordnungsgemäße Wartung des Kraftfahrzeugs einschließlich des Austauschs von Keilrippenriemen, Riemenspanner und Zahnriemen. Soweit der Keilrippenriemen durch den mangelhaft ausgeführten Austausch – das mangelhafte Spannen – gerissen ist und deshalb dessen erneuter Austausch erforderlich wurde, betreffe dies den bei Abnahme vorhandenen Mangel des Werks. Die Beseitigung dieses Mangels werde von der Nacherfüllung erfasst, sodass die Kosten für den Austausch des Keilrippenriemens als Schadensersatzanspruch statt der Leistung zu ersetzen seien. Gleiches gelte hinsichtlich des Austauschs von Riemenspanner und Zahnriemen. Ohne Belang sei, dass Riemenspanner und Zahnriemen bei Abnahme noch nicht man-

² BGH, Urt. v. 07.02.2019 - VII ZR 63/18 Rn. 3.

³ BGH, Urt. v. 07.02.2019 - VII ZR 63/18 Rn. 17 mit Rekurs auf BGH, Urt. v. 22.02.2018 - VII ZR 46/17 Rn. 58; BGH, Urt. v. 16.02.2017 - VII ZR 242/13 Rn. 23; BGH, Urt. v. 28.02.2018 - VIII ZR 157/17 Rn. 21; BGH, Urt. v. 19.06.2009 - V ZR 93/08 Rn. 12 ff.

⁴ BGH, Urt. v. 07.02.2019 - VII ZR 63/18 Rn. 19 mit Rekurs auf BGH, Urt. v. 08.12.2011 - VII ZR 198/10 Rn. 12.

⁵ LG Köln, Urt. v. 06.03.2018 - 11 S 42/17 Rn. 19.

⁶ Vgl. zum Kaufrecht BGH, Urt. v. 23.11.2005 - VIII ZR 43/05 Rn. 16 und BGH, Urt. v. 02.06.2004 - VIII ZR 329/03 Rn. 12.

gelhaft waren. Denn der jeweilige Mangel hat seine Ursache in dem mangelhaften Spannen des Keilrippenriemens und damit in der vertragswidrigen Beschaffenheit des Werks bei der Abnahme.⁷

Anders als das Berufungsgericht⁸ kommt der Senat zu der Einschätzung, dass die Fristsetzung zur Nacherfüllung gem. § 636, § 281 Abs. 2 BGB entbehrlich sei, weil besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigten. Es bestehe ein besonderes Interesse der Klägerin an einer einheitlichen Reparatur, bei der die erforderlichen Austauscharbeiten im Zuge der Beseitigung der wirtschaftlich im Vordergrund stehenden Folgeschäden an der Lichtmaschine und der Servolenkung miterledigt werden sollten.⁹

C. Kontext der Entscheidung

Die entscheidenden Normen für die Ermittlung der richtigen Anspruchsgrundlage und Anspruchskette bei einem Schadensersatz wegen eines Mangels im Kauf- und Werkvertragsrecht sind in den jeweiligen Rechtsgrundverweisungen des § 437 Nr. 3 Alt. 1 BGB bzw. § 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB enthalten: §§ 280, 281, 283, 311a BGB.¹⁰

Im Zentrum der vorliegenden Entscheidung steht die erste grundlegende Frage, nämlich die kategoriale Einordnung als „Schadensersatz neben der Leistung“ oder als „Schadensersatz statt der Leistung“. Im erstgenannten Fall ist alleine § 280 Abs. 1 BGB maßgebend, der nur beim Verzögerungsschaden um die zusätzlichen Voraussetzungen des Schuldnerverzugs erweitert wird (§ 280 Abs. 2, § 286 BGB). Beim Schadensersatz statt der Leistung ist zu differenzieren, ob und inwieweit die Nacherfüllung unmöglich ist¹¹ (bei der anfänglichen Unmöglichkeit der Nacherfüllung § 311a Abs. 2 BGB als *lex specialis*, bei der nachträglichen Unmöglichkeit der Nacherfüllung § 280 Abs. 1, 3, § 283 Satz 1 BGB und im Übrigen § 280 Abs. 1, 3, § 281 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB). Daran schließt die Frage an, ob der Geschädigte den sog. kleinen oder großen Schadensersatz (Schadensersatz statt der ganzen Leistung) begehrt. Letzterer kann nicht verlangt werden, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist (§ 281 Abs. 1 Satz 3 BGB).¹²

D. Auswirkungen für die Praxis

Das vorliegende Urteil konkretisiert die bisherige Rechtsprechung zur Abgrenzung von Schadensersatz neben und statt der Leistung.¹³ Im Kern ist nach dem BGH die geschuldete Werkleistung und daran anknüpfend die Reichweite

der Nacherfüllung maßgebend. Die Nacherfüllung erfasst danach die Beseitigung der Mängel des geschuldeten Werks, die auf einer im Zeitpunkt der Abnahme vorhandenen vertragswidrigen Beschaffenheit des Werks beruhen. Schadensersatz neben der Leistung kann demnach für Schäden verlangt werden, die aufgrund eines Werkmangels entstanden sind und durch eine Nacherfüllung der geschuldeten Werkleistung nicht beseitigt werden können. Hiervon erfasst sind mangelbedingte Folgeschäden, die an anderen Rechtsgütern des Bestellers oder an dessen Vermögen eintreten.

Insgesamt zeigt dieses ausdifferenzierte schadensersatzrechtliche System, dass die Kunst der Juristerei die Kunst der Unterscheidung ist.¹⁴ Als Theoriegebäude mit seiner Verzahnung zum allgemeinen Schuldrecht ist das System schlüssig, aber für die Rechtspraxis ist es oft ein dornenreiches Feld mit Abgrenzungsschwierigkeiten, Rechtsunsicherheiten und Haftungsfallen.¹⁵ Daran ändern die Konkretisierungen in diesem Urteil nur bedingt etwas. Im Zweifel ist daher dem Geschädigten „der sicherste Weg“ einer Fristsetzung zu raten.

E. Bewertung

Das Urteil zeigt eindrucksvoll, wie ein einfacher Fall in dogmatische Untiefen führen kann. Die Aufgliederung der Schadenspositionen ist für die Unterscheidung zwischen Schadensersatz neben und statt der Leistung erforderlich und muss nach dem BGH mit Rekurs auf den Wortlaut („statt“ heißt „anstelle von“) und der teleologischen Auslegung und Abgrenzung nach der Funktion der

7 BGH, Ur. v. 07.02.2019 - VII ZR 63/18 Rn. 36.

8 LG Köln, Ur. v. 06.03.2018 - 11 S 42/17 Rn. 19.

9 BGH, Ur. v. 07.02.2019 - VII ZR 63/18 Rn. 37.

10 §§ 440, 636 BGB erweitern die Fälle der Entbehrlichkeit der Fristsetzung über § 281 Abs. 2 BGB hinaus.

11 Ungenau daher BGH, Ur. v. 07.02.2019 - VII ZR 63/18 Rn. 18: „Liegt eine Pflichtverletzung in Form einer mangelhaften Werkleistung vor, ist danach zwischen dem Schadensersatzanspruch statt der Leistung gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB und dem Schadensersatzanspruch neben der Leistung gemäß § 634 Nr. 4, § 280 Abs. 1 BGB zu unterscheiden“.

12 Diese Vorschrift gilt bei einer Verzögerung der Nacherfüllung unmittelbar und bei einer anfänglichen bzw. nachträglichen Unmöglichkeit der Nacherfüllung über die Verweisungsvorschrift des § 311a Abs. 2 Satz 3 BGB bzw. § 283 Satz 2 BGB entsprechend.

13 Fortführung von BGH, Ur. v. 22.02.2018 - VII ZR 46/17 Rn. 58 und BGH, Ur. v. 16.02.2017 - VII ZR 242/13 Rn. 23.

14 Würdinger, jM 2018, 40 ff.

15 Grigoleit/Bender, ZfPW 2019, 1, 2: „Der intensive Diskurs hat freilich immer noch keine hinreichende Klarheit geschaffen.“

Fristsetzung zur Nacherfüllung (Vorrang der Nacherfüllung¹⁶) erfolgen. Die präzise Bestimmung der geschuldeten Leistung erweist sich als der Dreh- und Angelpunkt der Entscheidung. Hätte die Klägerin das Kraftfahrzeug beim Beklagten gekauft, so wären sämtliche Schadenspositionen einheitlich als Schadensersatz statt der Leistung zu qualifizieren. Die Folgemängel, die aus der Verschlechterung der Sache nach Gefahrübergang aufgrund des ursprünglichen Mangels resultieren, sind im Kaufrecht sog. Weiterfressermängel. Diese sind nach vorzugswürdiger Auffassung von der Nacherfüllungspflicht des Verkäufers mit umfasst. Andernfalls gäbe man dem Käufer „Steine statt Brot“. ¹⁷ Für eine derartige Risikoverteilung streitet im Verbrauchsgüterkaufrecht zudem Art. 3 Abs. 2 Verbrauchsgüterkauf-RL, wonach der Verbraucher bei Vertragswidrigkeit mitunter einen Anspruch auf die unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes hat. Innerhalb der gesetzten Frist hätte der Verkäufer dann sämtliche Mängel beheben können.

Man ist geneigt, diese Wertung auf das Werkvertragsrecht zu übertragen. Dies ist indes nur tragfähig, wenn der Leistungsgegenstand ähnlich weit wie im Kaufrecht zu fassen ist. In casu ist Leistungsgegenstand die Wartung, nicht aber die Herstellung bzw. Übergabe und Übereignung des Kraftfahrzeugs. Der Bezugspunkt und Anker für den Nacherfüllungsanspruch ist damit ein anderer. Entscheidend ist, worauf sich der Wartungsvertrag bezieht. Geht es nur um den Austausch des Keilriemens, so ist die Lichtmaschine hiervon nicht erfasst. ¹⁸ Der Besteller kann keine Nacherfüllung zur Beseitigung derartiger Folgemängel verlangen und muss dem Unternehmer folgerichtig auch keine Frist zur Nacherfüllung setzen. Der Schadensersatzanspruch richtet sich insoweit nach § 634 Nr. 4 Alt. 1, § 280 Abs. 1 BGB.

Im Ergebnis ist es überzeugend, dass die Klägerin sämtliche Schadenspositionen ohne eine Fristsetzung zur Nacherfüllung liquidieren konnte. Der BGH erreicht die Einheitslösung dadurch, dass er den Schadensersatz wegen der an der Lichtmaschine und der Servolenkungspumpe eingetretenen Schäden als Schadensersatz neben der Leistung (§ 634 Nr. 4 Alt. 1, § 280 Abs. 1 BGB) einordnet. Hinsichtlich der übrigen Schäden beim Keilrippenriemen, Riemenspanner und Zahnriemen hebt der Senat auf einen Schadensersatz statt der Leistung ab (§ 634 Nr. 4 Alt. 1, § 280 Abs. 1, 3, § 281 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB¹⁹) und hält die Fristsetzung nach § 636, § 281 Abs. 2 BGB für entbehrlich (Interesse der Klägerin an einer einheitlichen Reparatur). Offenlassen konnte der BGH so die Frage, ob wegen der Betriebsferien des Beklagten bei Schadenseintritt bereits von einer Entbehrlichkeit der Fristsetzung ausgegangen werden konnte.

Hätte der Senat dies bejahen können, hätte sich der Seitenumfang des Judikats deutlich reduzieren lassen. ²⁰ Eine feinsinnige Unterscheidung und Abgrenzung zwischen Schadensersatz neben und statt der Leistung führt demnach an sich zu einer gespaltenen Lösung hinsichtlich einer erforderlichen Fristsetzung, wird dann aber über die Entbehrlichkeit der Fristsetzung für die Schadenspositionen, die sich mit dem ursprünglichen Mangelunwert decken, im Ergebnis doch zu einer Einheitslösung zusammengeführt. So schwierig die dogmatischen Abgrenzungsfragen bei Schadensersatz statt der Leistung und Schadensersatz neben der Leistung sind und auch bleiben, so einfach ist die Erkenntnis, dass eine Fristsetzung zur Nacherfüllung nur dann einzufordern ist, wenn sie im Einzelfall geboten und sinnvoll ist.

16 BT-Drs. 14/6040, S. 220: „Möglichkeit zur zweiten Andienung“.

17 Matusche-Beckmann in: Staudinger, BGB, 2013, § 439 BGB Rn. 38; Faust in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BeckOK, BGB, 48. Edition, § 439 BGB Rn. 34, Stand 01.11.2018: „Dem Käufer wäre mit der Nacherfüllung wenig geholfen, wenn der Verkäufer den Mangel lediglich so beseitigen müsste, wie er bei Gefahrübergang bestanden hat, und den Weiterfresserschaden nur im Falle des Vertretenmüssens qua Schadensersatz ersetzen müsste“.

18 Riehm in: BeckOGK, BGB, § 280 BGB Rn. 299, 01.04.2019.

19 Ungenau zitiert der Senat „§ 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB“: BGH, Urt. v. 07.02.2019 - VII ZR 63/18 Rn. 31.

20 Siehe dazu allerdings die Vorinstanz: LG Köln, Urt. v. 06.03.2018 - 11 S 42/17 Rn. 19: „Die Klägerin legt jedoch nicht dar, dass und warum ihr ein Zuwarten bis zur Öffnung der Werkstatt des Beklagten ab dem 11.02.2016 nicht zuzumuten war“.

Wohngeldschulden sind beim Fiskalerben in aller Regel Nachlassverbindlichkeiten

BGH, Urt. v. 14.12.2018 - V ZR 309/17

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

A. Problemstellung

Der BGH hatte sich in der hier besprochenen Entscheidung mit der Frage zu beschäftigen, ob Wohngeldschulden, die nach Anfall der Erbschaft an den Fiskalerben begründet werden, als Nachlassverbindlichkeiten oder als Eigenverbindlichkeiten des Erben einzuordnen sind. Die Beantwortung dieser Frage wirkt sich auf die Möglichkeit des Erben aus, die Haftung für solche Verbindlichkeiten auf den Nachlass zu beschränken (§ 1990 BGB, § 780 Abs. 2 ZPO).

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Beklagte ist eine Wohnungseigentümergeinschaft. Beim Kläger handelt es sich um ein Bundesland, welches durch Beschluss des Amtsgerichts vom 17.10.2006 als gesetzlicher Alleinerbe eines der Wohnungseigentümer der Gemeinschaft festgestellt wurde (§§ 1936, 1964 BGB).

Bis Januar 2007 zog der Kläger weiter die Miete für die Wohnung ein und zahlte im März 2007 das Wohngeld für Januar bis März 2007 an die Beklagte. Ferner teilte er der Verwalterin der Beklagten am 05.07.2007 mit, Eigentümer der Wohnung geworden zu sein und diese bis zur Veräußerung selbst zu verwalten. Im Juli 2009 wurde über den Nachlass das Insolvenzverfahren eröffnet, der Insolvenzverwalter gab die Eigentumswohnung am 28.08.2009 aus der Insolvenzmasse frei. Das Insolvenzverfahren wurde am 11.05.2010 aufgehoben und die Wohnung im April 2011 zwangsversteigert. Für noch ausstehende Wohngeldzahlungen für einen Zeitraum ab September 2009 erwirkte die Beklagte Anerkenntnisurteile gegen den Kläger, in denen dem Kläger die beschränkte Erbenhaftung vorbehalten wurde. Aus diesen betrieb sie die Zwangsvollstreckung gegen den Kläger.

Hiergegen wendete sich der Kläger erstinstanzlich mit der Vollstreckungsgegenklage, welche er auf die Dürftigkeitseinrede des § 1990 Abs. 1 BGB gestützt hatte, woraufhin das Amtsgericht die Zwangsvollstreckung in das nicht zum Nachlass gehörende Vermögen des Klägers für unzulässig erklärte.

Das Berufungsgericht hat die Vollstreckungsgegenklage auf eine Berufung der Beklagten hin abgewiesen. Es begründete die Entscheidung damit, dass der Vorbehalt der beschränkten Erbenhaftung in den Anerkenntnisurteilen nicht in Rechtskraft erwachse und § 1990 Abs. 1 BGB deshalb nicht eingreife, weil es sich bei den Wohngeldverbindlichkeiten um Eigenverbindlichkeiten des Klägers und nicht um Nachlassverbindlichkeiten handle. Diese Einordnung begründete das Landgericht damit, dass das entscheidende Abgrenzungskriterium sei, ob der Fiskus sich hinsichtlich der Wohnung passiv verhalte oder durch „eigenhändige“ Verwaltung aktiv Nutzungen ziehe. Indem der Kläger weiter die Mieteinnahmen eingezogen und nicht darauf verzichtet habe, um zu dokumentieren, dass er keine Nutzungen ziehen wolle, habe er diese aktiv gezogen; somit handle es sich bei den Wohngeldschulden um Eigenverbindlichkeiten.

Auf die Revision der Klägerin hin hob der BGH das Berufungsurteil auf und verwies die Sache an das Berufungsgericht zurück, um das Vorliegen der tatsächlichen Vorausset-

zung der Dürftigkeit des Nachlasses i.S.v. § 1990 Abs. 1 zu prüfen. Zwar stimmt der BGH der Auffassung des Berufungsgerichts zu, dass der Vorbehalt der beschränkten Erbenhaftung in den Anerkenntnisurteilen – welcher nach § 780 Abs. 2 ZPO ohnehin entbehrlich war – nicht feststelle, dass tatsächlich die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Haftungsbeschränkung erfüllt sind. Diese sieht er aber entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts als gegeben an, da es sich bei den Wohngeldforderungen um von § 1990 Abs. 1 erfasste Nachlassverbindlichkeiten und nicht um Eigenverbindlichkeiten des Klägers handle. Zur Begründung dieser Auffassung führt der BGH aus, dass sich seine Rechtsprechung zur Einordnung der Wohngeldforderungen bei Nichtfiskalerben nicht übertragen lasse.¹ Nach dieser ist entscheidend, ob das Halten der Wohnung dem Erben als ein Handeln bei der Verwaltung des Nachlasses zugerechnet werden kann, hierfür wiederum muss dieser keine nach außen hin wahrnehmbaren Tätigkeiten vornehmen, sondern es genügt, wenn der Erbe die Erbschaft annimmt oder die Ausschlagungsfrist abläuft und ihm die Möglichkeit zusteht, die Wohnung zu nutzen. Anschließend begründete Verbindlichkeiten unterfallen dann unabhängig davon, wie der Erbe die Wohnung nutzt, den Eigenverbindlichkeiten.

Beim Fiskalerben hingegen sei – was bisher offengeblieben war – entscheidend, ob eindeutige Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass er die Wohnung für eigene Zwecke nutzen wolle.² Nur dann könne von Eigenverbindlichkeiten ausgegangen werden. Andernfalls sind die nach dem Erbfall fällig werdenden oder durch Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft begründeten Wohngeldschulden in aller Regel Nachlassverbindlichkeiten. Dies begründet der BGH folgendermaßen:

Die Grundsätze zur Haftung des Nichtfiskalerben ließen sich schon deshalb nicht übertragen, weil der Fiskalerbe nach § 1942 Abs. 2 BGB kein Recht habe, die Erbschaft auszuschlagen. Zur Bestimmung seiner Kriterien greift der BGH daher auf den Sinn und Zweck des Fiskuserbrechts zurück, herrenlose Nachlässe zu vermeiden und eine ordnungsgemäße Nachlassabwicklung zu sichern. Im Gegenzug für diese „Zwangserbschaft“ stünden dem Fiskalerben materiell-rechtliche und prozessuale Privilegien gegenüber sonstigen Erben zu. Diese Besonderheiten seien auch zu berücksichtigen, wenn es darum gehe, den Erklärungswert eines Verhaltens des Fiskus nach Feststellung seiner Erbenstellung zu ermitteln. I.d.R. sei

1 BGH, Urt. v. 05.07.2013 - V ZR 81/12 Rn. 13 ff.

2 BGH, Urt. v. 17.02.2017 - V ZR 147/16.

hier davon auszugehen, dass der Fiskus nur seiner gesetzlichen Aufgabe, den Nachlass abzuwickeln, nachkommen wolle. Nur wenn er anhand eindeutiger Anhaltspunkte zu erkennen gebe, dass er die Wohnung für eigene Zwecke nutzen wolle, könnten die anfallenden Wohngeldschulden als Eigenverbindlichkeiten eingeordnet werden. Beispielhaft nennt der BGH hier die Nutzung der Wohnung für soziale Zwecke – etwa die Unterbringung von Bedürftigen.

Dieses Ergebnis benachteilige die Wohnungseigentümergeinschaft als Gläubigerin der Wohngeldforderungen auch nicht unbillig, da sie ihre Rechte im Wege der Zwangsversteigerung effektiv durchsetzen könne, weil die Wohngeldansprüche nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG bevorrechtigt seien.

Im konkreten Fall entschied der BGH, dass das Verhalten des Klägers keine eindeutigen Anhaltspunkte enthalte, dass er die Wohnung für eigene Zwecke nutzen wolle. Die Mitteilung der Erbschaft an die Verwaltung genüge nicht, da sie gerade nur die Erklärung enthalte, die Wohnung „bis zur Veräußerung“ zu verwalten, was gerade der Rolle als Abwickler des Nachlasses entspreche. Auch die Einziehung der Mieten stelle keinen solchen eindeutigen Anhaltspunkt dar, denn entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts stehe es dem Kläger schon deshalb nicht frei, diese nicht einzuziehen, um dadurch zu dokumentieren, dass er keine Nutzungen ziehen wolle, weil er sich möglicherweise nach § 1978 BGB schadensersatzpflichtig machen könnte.

Ergänzend weist der BGH noch darauf hin, dass der Fiskus dann für die nach der Freigabe der Wohnung durch den Insolvenzverwalter begründeten Wohngeldschulden unbeschränkt haften würde, wenn er bereits vor Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens eine Nutzung zu eigenen Zwecken deutlich zum Ausdruck gebracht hätte.

C. Kontext der Entscheidung

In der Entscheidung grenzt sich der BGH klar von seiner Rechtsprechung zur Einordnung der nach dem Erbfall begründeten Wohngeldschulden als Nachlassverbindlichkeiten oder Eigenverbindlichkeiten des Nichtfiskalerben ab³ und stützt seine Überlegungen auf die fehlende Ausschlagungsmöglichkeit und den besonderen Zweck des Fiskalerbtrechts.

Die Einordnung hat erhebliche Auswirkungen darauf, ob sich der Fiskus als Erbe auf die Dürftigkeitseinrede des § 1990 Abs. 1 BGB berufen kann. Dies ist nur möglich, wenn die Wohngeldschulden als Nachlassverbindlichkeiten

eingeordnet werden, nicht hingegen bei Eigenverbindlichkeiten des Erben.

Im Gegensatz zur Rechtsprechung beim Nichtfiskalerben, wo neu begründete Wohngeldschulden im Regelfall (jedenfalls auch) Eigenverbindlichkeiten des Erben sein sollen, soll beim Fiskalerben im Regelfall eine bloße Nachlassverbindlichkeit mit der Möglichkeit der Dürftigkeitseinrede gegeben sein.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung ist sowohl für Fiskalerben als auch für Wohnungseigentumsgemeinschaften, in welche durch einen Erbfall ein Fiskalerbe eintritt, von hoher praktischer Bedeutung, da sie den Fiskalerben nun erstmals ausdrücklich gegenüber dem Nichtfiskalerben im Hinblick auf die Haftung für Wohngeldschulden privilegiert, indem dem Fiskalerben zumindest dann, wenn er nicht eindeutig nach außen zu erkennen gibt, dass er die Wohnung für eigene Zwecke nutzen will, die Wohngeldschulden nicht als Eigenverbindlichkeiten angehaftet werden. Diese Klarstellung erleichtert es sowohl dem Fiskalerben, (Eigen-) Haftungsfallen zu vermeiden, als auch den übrigen Wohnungseigentümern, etwaige erforderliche finanzielle Vorsorge zu treffen, solange der Fiskalerbe seinen Willen zur Eigennutzung nicht ausdrücklich erklärt hat. Verwalter von Wohnungseigentumsgemeinschaften sollten die übrigen Wohnungseigentümer bei Eintritt eines Fiskalerben in die Wohnungseigentumsgemeinschaft auf diese Konsequenz hinweisen.

E. Bewertung

Nunmehr hatte der BGH die Gelegenheit, die bisher offene Frage der Haftung von Fiskalerben für Wohngeldschulden zu entscheiden. Die vom BGH getroffene abweichende Behandlung des Fiskalerben im Vergleich zum Nichtfiskalerben erscheint angemessen und interessengerecht, da der Fiskalerbe in seinen Handlungsmöglichkeiten als Erbe gegenüber dem Nichtfiskalerben eingeschränkt ist, indem er der Ausschlagungsmöglichkeit entzogen ist. Die Entscheidung ist ausgewogen und interessengerecht, da die Privilegierung des Fiskalerben die übrigen Wohnungseigentümer nicht unangemessen benachteiligt, da diesen der Weg der Zwangsvollstreckung in das Wohnungseigentum verbleibt.

3 BGH, Urt. v. 05.07.2013 - V ZR 81/12 Rn. 13 ff.

Betriebsratshaftung für Kosten des Einigungsstellenverfahrens

AkadR'in a.Z. Dr. Laura Schmitt, LL.M. (Connecticut)

A. Einleitung

Die Kosten der Betriebsverfassung trägt vollständig der Arbeitgeber. Hierzu gehören Entgeltfortzahlungskosten (§ 37 Abs. 3 BetrVG), Schulungskosten, Rechtsanwaltskosten und Kosten für Sachverständige (§ 40 Abs. 1 BetrVG), Kosten für Sachmittel sowie Büropersonal (§ 40 Abs. 2 BetrVG), die Wahlkosten (§ 20 Abs. 3 BetrVG) und die Kosten der Einigungsstelle (§ 76a BetrVG). Diese Regelungen resultieren aus dem in §§ 37, 41 BetrVG normierten Ehrenamtsprinzip und dem Umlageverbot: Als Schuldner der Kosten der Betriebsverfassung bleibt nur der Arbeitgeber.¹ Damit dieser nicht über Gebühr belastet wird, steht die Kostentragung unter dem Vorbehalt der Erforderlichkeit. Dieser ist zwar nur in § 37 Abs. 2, Abs. 6 Satz 1 BetrVG und § 40 Abs. 2 BetrVG explizit normiert, gilt aber als Ausprägung des Gebots der vertrauensvollen Zusammenarbeit für sämtliche Kostentragungspflichtigen.²

Dennoch kommt es regelmäßig zu Konflikten, insbesondere wenn dem Arbeitgeber der Eindruck entsteht, die verursachten Kosten seien unnötig hoch. In diesem Kontext stellt sich bisweilen auch die Frage, ob die Betriebsratsmitglieder persönlich für die im Rahmen ihrer Tätigkeit verursachten Kosten haften. Gerichtsentscheidungen zur Haftung von Betriebsräten sind zwar selten,³ ihre praktische Bedeutung aber wegen ihrer verhaltenssteuernden Wirkung⁴ nicht zu unterschätzen. Die Vorsicht, gegen Betriebsräte und Betriebsratsmitglieder zu prozessieren, ist (auch) dadurch bedingt, dass in der Betriebsverfassung kein Haftungssystem erkennbar ist.⁵ Das Meinungsspektrum reicht von einer vollständigen Ablehnung der Haftung zum Schutz der Amtsträger über eine deliktsrechtliche Haftung bis zur Begründung einer Haftung nach vertraglichen bzw. vertragsähnlichen Grundsätzen.⁶

Erneut befeuert wird die Diskussion durch einen Beschluss des LArbG Nürnberg,⁷ gegen den eine Rechtsbeschwerde beim BAG anhängig ist.⁸ In der Sache geht es um den Honoraranspruch eines vom Betriebsrat bestellten Einigungsstellenbeisitzers. Die Arbeitgeberin hatte die Zahlung unter Hinweis auf die fehlende Erforderlichkeit seiner Bestellung verweigert und dem Betriebsrat Rechtsmissbrauch vorgeworfen. Dieser hatte drei externe – und damit vergütungspflichtige – Beisitzer benannt: den Antragssteller, einen weiteren ähnlich qualifizierten Fachanwalt für Arbeitsrecht aus derselben Kanzlei sowie einen Gewerkschaftsvertreter. Das Landesarbeitsgericht hat beiden Anwälten einen Vergü-

tungsanspruch zuerkannt. Hierbei bewegt es sich im Wesentlichen im Rahmen der gefestigten Rechtsprechung des BAG. Interessant ist aber, dass das Gericht sowohl in den Leitsätzen als auch in den Entscheidungsgründen darauf hinweist, dass Regressansprüche des zahlungspflichtigen Arbeitgebers gegenüber den pflichtwidrig handelnden Betriebsratsmitgliedern in Betracht kommen. Dieser Beitrag geht deswegen der Frage nach, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang Betriebsratsmitglieder für Vergütungsansprüche eines betriebsexternen Beisitzers persönlich haften.

B. Bestimmung von Beisitzern durch den Betriebsrat

Gem. § 76 Abs. 2 Satz 1 BetrVG sollen sich Arbeitgeber und Betriebsrat auf eine gleiche Anzahl von Beisitzern und einen unparteiischen Vorsitzenden einigen. Gelingt eine Einigung nicht, obliegt die Bestimmung dem Arbeitsgericht (§ 76 Abs. 2 Satz 2, 3 BetrVG). Nach Festlegung der Größe der Einigungsstelle bestellen die Betriebspartner jeweils getrennt ihren bzw. ihre Beisitzer.⁹ Aufseiten des Betriebsrats setzt dies einen formell rechtmäßigen, in dem von § 33 BetrVG vorgegebenen Verfahren gefassten Beschluss voraus.¹⁰

Zu Streitigkeiten kommt es regelmäßig, wenn der Betriebsrat (ausschließlich) betriebsfremde, nach § 76a Abs. 3 BetrVG honorarberechtigte Beisitzer benennt. Hier stellt sich die Frage, ob aus dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit in § 2 Abs. 1 BetrVG folgt, dass der Betriebsrat aus Kostengründen möglichst betriebsangehörige Bei-

1 Benecke, NZA 2018, 1361.

2 Krois in: MHdB ArbR, 4. Aufl. 2019, § 296 Rn. 3.

3 BAG, Urt. v. 24.04.1986 - 6 AZR 607/83; BGH, Urt. v. 25.10.2012 - III ZR 266/11.

4 Wagner in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2017, Vor § 823 Rn. 45 ff. m.w.N.

5 Belling, Die Haftung des Betriebsrats und seiner Mitglieder für Pflichtverletzungen, 2017, S. 23 f.

6 Ausführlich Belling (Fn. 5), S. 13 ff.; Schmitt, Die Haftung betriebsverfassungsrechtlicher Gremien und ihrer Mitglieder, 2017, S. 308 ff.

7 LArbG Nürnberg, Beschl. v. 19.09.2017 - 2 TaBV 75/16.

8 Az. 7 ABR 52/17; Termin: 19.11.2019.

9 Reinhard in: MHdB ArbR, 4. Aufl. 2019, § 308 Rn. 25; Richardi/Maschmann in: Richardi, BetrVG, 16. Aufl. 2018, § 76 Rn. 45.

10 BAG, Beschl. v. 24.04.1996 - 7 ABR 40/95 Rn. 14; BAG, Beschl. v. 18.03.2015 - 7 ABR 4/13 Rn. 12.

sitzer auswählen muss. Zumindest das BAG geht davon aus, dass seine Auswahlbefugnis nicht durch das Merkmal der Erforderlichkeit begrenzt wird.¹¹ Der Gesetzgeber habe den Kreis der möglichen Beisitzer in Kenntnis der Rechtsprechung zu § 40 Abs. 1 BetrVG nicht auf bestimmte Personen beschränkt, wie die unterschiedlichen Vergütungsregelungen in § 76a Abs. 2 und Abs. 3 BetrVG zeigen.¹²

Das überzeugt aus Gründen der Waffengleichheit: Die Auswahlfreiheit des Betriebsrats würde über Gebühr beschnitten, wenn er sich vom Arbeitgeber auf aus dessen Sicht geeignete, nicht vergütungspflichtige Personen verweisen lassen müsste. Da das Gesetz keine Qualifikationsmerkmale definiert, ist maßgebliches Kriterium für die Auswahl das persönliche Vertrauen der benennenden Partei in die Person des Beisitzers.¹³ Diese muss aus Sicht des Betriebsrats die Gewähr dafür bieten, die streitigen Regelungsfragen in Verhandlungen mit dem Arbeitgeber einer Konfliktlösung zuzuführen und dabei die Interessen der Belegschaft angemessen zu wahren.¹⁴ Ob dieses Vertrauen gerechtfertigt ist, entzieht sich einer gerichtlichen Nachprüfung. Deshalb hat das BAG bereits vor Inkrafttreten des § 76a BetrVG für die Konkretisierung der Auswahlentscheidung die Behauptung ausreichen lassen, betriebsintern habe keine geeignete Person zur Verfügung gestanden.¹⁵

Auf die objektive Geeignetheit als Beisitzer kommt es nur insoweit an, als der Betriebsrat wegen § 2 Abs. 1 BetrVG keine Personen benennen darf, die persönlich¹⁶ oder fachlich¹⁷ offensichtlich ungeeignet sind, in der Einigungsstelle tätig zu werden.¹⁸ Dabei ist zum Schutz der Auswahlfreiheit der Betriebspartner ein strenger Maßstab anzulegen. Dennoch kann die Benennung (ausschließlich) vergütungspflichtiger Beisitzer im Einzelfall gegen § 2 Abs. 1 BetrVG verstoßen. Rechtsmissbräuchlich ist z.B. eine Auswahlentscheidung, die bezweckt, möglichst hohe Kosten auszulösen, um Einigungsdruck zu erzeugen.¹⁹

C. Vergütungsansprüche der Mitglieder der Einigungsstelle

I. Voraussetzungen und Umfang

Durch die Bestellung zum Mitglied in einer Einigungsstelle und deren Annahme kommt zwischen dem Vorsitzenden bzw. dem Beisitzer und dem Arbeitgeber kraft Gesetzes ein betriebsverfassungsrechtliches Schuldverhältnis zustande, das durch § 76a Abs. 2 bis 4 BetrVG näher ausgestaltet wird.²⁰ Nach § 76a Abs. 3 Satz 1 BetrVG können Einigungsstellenvorsitzende und betriebsfremde Beisitzer vom Arbeitgeber eine Vergütung verlangen. Der Betriebsrat ist an der Entstehung des Vergütungsanspruchs nur dadurch beteiligt, dass seine Entstehung einen formell wirksamen Betriebsratsbeschluss voraussetzt.

Da es sich um einen gesetzlichen Honoraranspruch handelt, sind Vereinbarungen mit dem Arbeitgeber über die Vergütungshöhe möglich, aber nicht erforderlich.²¹ Ohne eine entsprechende Regelung ist es gem. § 316 BGB Sache des Einigungsstellenmitglieds, die Höhe der Vergütung durch Erklärung gegenüber dem Arbeitgeber zu bestimmen. Die Bestimmung ist gem. § 315 Abs. 1 BGB nach billigem Ermessen und unter Beachtung der Bemessungsgrundsätze in § 76a Abs. 4 Sätze 3 bis 5 BetrVG zu treffen. Hiernach sind insbesondere der erforderliche Zeitaufwand, die Schwierigkeit der Streitigkeit sowie ein Verdienstaustausch zu berücksichtigen, die Vergütung der Beisitzer niedriger als die des Vorsitzenden zu bemessen und den berechtigten Interessen der Mitglieder der Einigungsstelle und des Arbeitgebers Rechnung zu tragen.²² Der Betriebsrat kann den von ihm bestellten Beisitzern keine höhere als die gesetzliche Vergütung zulasten des Arbeitgebers zusagen. Anders als vor Inkrafttreten des § 76a BetrVG²³ umfasst die Befugnis zur Benennung der Beisitzer nicht das Recht, mit den betreffenden Personen Honorarvereinbarungen zu treffen.²⁴

II. Auswirkungen von Fehlern bei der Bestellung

1. Formelle Beschlussmängel

Ohne ordnungsgemäße Beschlussfassung des Betriebsrats entsteht mangels wirksamer Bestellung zum Beisitzer kein Honoraranspruch aus § 76a Abs. 3 Satz 1 BetrVG.²⁵ Formelle Mängel können aber mit Wirkung ex tunc geheilt wer-

11 BAG, Beschl. v. 24.04.1996 - 7 ABR 40/95 Rn. 15 ff.; BAG, Beschl. v. 13.05.2015 - 2 ABR 38/14 Rn. 34; zur Gegenansicht Jacobs in: GK, BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 76a Rn. 30 ff. m.w.N.

12 BAG, Beschl. v. 24.04.1996 - 7 ABR 40/95 Rn. 17.

13 BAG, Beschl. v. 24.04.1996 - 7 ABR 40/95 Rn. 18; BAG, Beschl. v. 28.05.2014 - 7 ABR 36/12 Rn. 32.

14 BAG, Beschl. v. 24.04.1996 - 7 ABR 40/95 Rn. 18; Jacobs in: GK, BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 76a Rn. 31.

15 Ständige Rechtsprechung z.B. BAG, Beschl. v. 06.04.1973 - 1 ABR 20/72; BAG, Beschl. v. 03.05.1984 - 6 ABR 60/80.

16 BAG, Beschl. v. 28.05.2014 - 7 ABR 36/12 Rn. 36.

17 BAG, Beschl. v. 24.04.1996 - 7 ABR 40/95 Rn. 21.

18 BAG, Beschl. v. 13.05.2015 - 2 ABR 38/14 Rn. 34; Faulenbach, NZA 2012, 953, 954, Künzl in: Germelmann/Matthes/Prütting, Arbeitsgerichtsgesetz, 9. Aufl. 2017, Anh. I Rn. 73; Reinhard in: MHdB ArbR, 4. Aufl. 2019, § 308 Rn. 27.

19 BAG, Beschl. v. 24.04.1996 - 7 ABR 40/95 Rn. 22.

20 BAG, Beschl. v. 27.07.1994 - 7 ABR 10/93 Rn. 13.

21 Jacobs in: GK, BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 76a Rn. 54.

22 BAG, Beschl. v. 12.02.1992 - 7 ABR 9/91 Rn. 22; Jacobs in: GK, BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 76a Rn. 56 m.w.N.

23 Vgl. BAG, Beschl. v. 15.12.1978 - 6 ABR 93/77.

24 Jacobs in: GK, BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 76a Rn. 55; Reinhard in: MHdB ArbR, 4. Aufl. 2019, § 308 Rn. 211.

25 Grosjean, NZA-RR 2005, 113, 121.

den, da die Beschlussfassung über die Bestellung eines Einigungsstellenbeisitzers nicht fristgebunden ist.²⁶ Weil die Auswahlentscheidung nicht unter dem Vorbehalt der Erforderlichkeit steht, muss der Betriebsrat seine Entscheidung nicht auf Grundlage der zu Beginn des Einigungsstellenverfahrens maßgeblichen Umstände treffen.²⁷ Deswegen besteht auch kein Anlass, die Rechtsfolgen der Genehmigung zugunsten des Arbeitgebers auf die Zukunft zu begrenzen; dieser muss mit Honoraransprüchen rechnen.

Wegen der Heilungsmöglichkeit ergeben sich bei formellen Beschlussmängeln regelmäßig keine Haftungsprobleme. Verweigert der Betriebsrat allerdings die Genehmigung, hat der betriebsexterne Beisitzer i.d.R. keinen Anspruch auf Fassung eines entsprechenden Beschlusses. Nur ausnahmsweise kommt ein Anspruch wegen einer vorsätzlich sittenwidrigen Schädigung in Betracht. Im Übrigen existiert zwischen dem Betriebsrat bzw. seinen Mitgliedern und den von ihm bestellten Beisitzern kein Schuldverhältnis,²⁸ aus dem sich eine entsprechende Verpflichtung als Nebenpflicht ergeben könnte. Nach der gesetzlichen Risikoverteilung ist es Sache des Beisitzers, sich zu Beginn des Einigungsstellenverfahrens zu vergewissern, ob die Bestellung formal ordnungsgemäß erfolgt ist.²⁹

2. Verstöße gegen das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit

a. Fortbestand des Vergütungsanspruchs

Verstöße gegen § 2 Abs. 1 BetrVG berühren die Wirksamkeit der Bestellung als Beisitzer anders als formelle Mängel nicht.³⁰ Ob sie sich auf den Vergütungsanspruch auswirken, ist bisher nicht höchstrichterlich geklärt. Dagegen spricht, dass sich der Honoraranspruch unmittelbar aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis zwischen Beisitzer und Arbeitgeber ergibt, während § 2 Abs. 1 BetrVG nur die Betriebsparteien bindet. Der Beisitzer ist in seiner Stellung unabhängig und gerade nicht einbezogen in das betriebsverfassungsrechtliche Pflichtenverhältnis zwischen den Betriebsparteien. Hinzu kommt, dass der externe Beisitzer zwar nachprüfen kann, ob seine Bestellung formal ordnungsgemäß erfolgt ist, im Regelfall aber nicht beurteilen kann, ob sich der Betriebsrat bei seiner Auswahlentscheidung von sachwidrigen Erwägungen hat leiten lassen. Insofern weist das LArbG Nürnberg zu Recht darauf hin, dass die Funktionsfähigkeit der Einigungsstelle stark beeinträchtigt würde, wenn sie die Entscheidungsbeschlüsse auch auf ihre materielle Rechtmäßigkeit hin überprüfen müsste.³¹

Aus denselben Gründen wirkten sich auch Verstöße gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht auf den Vergütungsanspruch aus. Hielte man die Prüfung der Erforderlichkeit einer Benennung betriebsfremder Beisitzer – anders als das BAG – für notwendig, bestünde auch diese Pflicht nur im Verhältnis

von Betriebsrat zum Arbeitgeber. Soweit die Vertreter der Gegenansicht einwenden, der Betriebsrat habe auch ansonsten keine Befugnis den Arbeitgeber rechtsgeschäftlich gegenüber Dritten zu einer Vergütungszahlung zu verpflichten,³² ist dies zwar zutreffend. Der Honoraranspruch des betriebsfremden Beisitzers resultiert aber nicht aus einer vertraglichen Vereinbarung mit dem Betriebsrat, sondern aus dem Gesetz. Das Einigungsstellenmitglied erwirbt einen Zahlungsanspruch gegen den Arbeitgeber, nicht nur einen vertraglichen Anspruch gegen den Betriebsrat, den dieser mangels eigenen Vermögens nur durch Abtretung seines Freistellungsanspruchs aus § 40 Abs. 1 BetrVG erfüllen kann.

b. Keine Haftung der handelnden Betriebsratsmitglieder analog § 179 BGB

Dieser konstruktive Unterschied – gesetzlicher Anspruch gegen den Arbeitgeber statt vertraglichen Anspruchs gegen den Betriebsrat – hat zur Folge, dass eine persönliche Haftung der handelnden Betriebsratsmitglieder analog § 179 Abs. 1 BGB nicht als Alternative in Betracht kommt. Der Fall liegt anders als bei einer Überschreitung der Grenze der Erforderlichkeit bei der Bestellung eines Sachverständigen gem. §§ 40, 111 BetrVG, für die der BGH eine Haftung nach den Grundsätzen der Vertretung ohne Vertretungsmacht für möglich hält.³³

Die Argumentation des BGH baut inhaltlich auf der Rechtsprechung des BAG auf, wonach der Betriebsrat bei der Hinzuziehung eines Sachverständigen einen Freistellungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber erwirbt.³⁴ Aus der unmittelbaren Zuordnung dieses Anspruchs zum Betriebsrat schlussfolgert der BGH, dass der Betriebsrat Vertragspartner des Dritten werden müsse, da sonst keine Verbindlichkeit bestehe, von der er freigestellt werden könne.³⁵ Zugleich geht der BGH davon aus, dass die Rechtsfähigkeit des Betriebsrats auf seinen funktionellen Zuständigkeitsbereich begrenzt ist. Diesen verlasse er, wenn die Beratungs-

26 Künzl in: GERMELMANN/MATTHES/PRÜTTING, Arbeitsgerichtsgesetz, 9. Aufl. 2017, Anh. I Rn. 384.

27 BAG, Beschl. v. 10.10.2007 - 7 ABR 51/06 Rn. 13 ff.; LArbG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 14.01.2016 - 5 TaBV 45/15 Rn. 65 ff.

28 Schipp, NZA 2011, 272; auch Reinhard in: MHdB ArbR, 4. Aufl. 2019, § 308 Rn. 52.

29 Vgl. LArbG Nürnberg, Beschl. v. 19.09.2017 - 2 TaBV 75/16 Rn. 79.

30 LArbG Nürnberg, Beschl. v. 19.09.2017 - 2 TaBV 75/16 Rn. 64 ff.; bei fehlender Erforderlichkeit Jacobs in: GK, BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 76a Rn. 33; a.A. Ebert, Die Kosten der Einigungsstelle gemäß § 76a BetrVG, 1999, S. 188 ff.

31 Vgl. LArbG Nürnberg, Beschl. v. 19.09.2017 - 2 TaBV 75/16 Rn. 64 ff.

32 Z.B. Jacobs in: GK, BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 76a Rn. 34.

33 BGH, Urt. v. 25.10.2012 - III ZR 266/11 Rn. 33 ff.

34 BAG, Beschl. v. 21.11.1978 - 6 ABR 55/76 Rn. 33; BAG, Beschl. v. 28.06.1995 - 7 ABR 47/94 Rn. 17.

35 BGH, Urt. v. 25.10.2012 - III ZR 266/11 Rn. 13 ff.

leistung nicht erforderlich sei und mit ihr kein Anspruch aus § 40 Abs. 1 BetrVG korrespondiere.³⁶ Für die Haftung leitet er daraus Folgendes ab: Soweit die Beratungsleistung inhaltlich erforderlich ist, haftet der Betriebsrat als Vertragspartner des Sachverständigen auf Vertragserfüllung. Vereinbart dagegen ein Betriebsratsmitglied als Vertreter des Betriebsrats eine Beratungsleistung, die nicht erforderlich ist, liegt ein Handeln *ultra vires* vor. Der Beratungsvertrag ist (teil-)nichtig, weil der Betriebsrat als Rechtssubjekt außerhalb seines Wirkungsbereichs nicht existiert. Dafür haftet in den Grenzen des § 179 BGB dasjenige Betriebsratsmitglied, das den Vertrag abgeschlossen oder die nicht erforderliche Leistung abgefragt hat, wie ein *falsus procurator*, weil die Situation mit der Konstellation des nicht-existenten Vertretenen vergleichbar sei, für den die analoge Anwendung des § 179 BGB anerkannt sei.³⁷

Unabhängig davon, ob man diese Analogie für methodisch vertretbar hält,³⁸ ist sie für die sachwidrige Benennung eines betriebsexternen Beisitzers nicht übertragbar. § 179 Abs. 1, 2 BGB bestimmt, dass der Vertreter ohne Vertretungsmacht dem Geschäftsgegner verschuldensunabhängig auf das negative Interesse haftet, weil er durch sein Verhalten anlässlich der Vertragsverhandlungen das Vertrauen des Geschäftsgegners geweckt hat, zur Vertretung berechtigt zu sein. Die Haftung auf das negative Interesse ist eine gesetzliche Vertrauenshaftung, die an das Handeln für einen anderen im Rechtsverkehr anknüpft und dem Umstand Rechnung trägt, dass der Geschäftsgegner keinen Einblick in das Innenverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem hat. Dieser Bezug zum Abschluss eines konkreten Rechtsgeschäfts fehlt im vorliegenden Fall. Die handelnden Betriebsratsmitglieder geben weder vor, den Arbeitgeber rechtsgeschäftlich zur Zahlung einer Vergütung verpflichtet zu können, noch soll ein Vertrag zwischen Beisitzer und Betriebsrat zustande kommen. Vertrauen beanspruchen die Betriebsratsmitglieder allenfalls hinsichtlich ihrer Absicht, über die Bestellung zu beschließen. Alle weiteren Rechtsfolgen ergeben sich unmittelbar aus § 76a BetrVG.

III. Folgen einer unwirksamen Honorarvereinbarung

Für den Fall einer über den gesetzlichen Honoraranspruch hinausgehenden Honorarzusage durch ein Betriebsratsmitglied gilt Folgendes: Da aus § 76a Abs. 3 BetrVG weder eine Verpflichtungsermächtigung zulasten des Arbeitgebers folgt noch der Betriebsrat bevollmächtigt ist, Rechtsgeschäfte mit unmittelbarer Wirkung für und gegen den Arbeitgeber in dessen Namen abzuschließen, schuldet der Arbeitgeber nur eine Vergütung i.S.v. § 76a Abs. 4 BetrVG. Auch ein Vertragsschluss im Namen des Betriebsrats ist nicht möglich, weil ein solcher außerhalb seines durch das Betriebsverfassungsgesetz determinierten Wirkungskreises liegt und deshalb nichtig wäre.³⁹ Außerdem richtet sich der Honoraranspruch des

Beisitzers unmittelbar gegen den Arbeitgeber, sodass der Betriebsrat keinen Anspruch auf Freistellung von den Honorarkosten erwirbt, den er an den Beisitzer abtreten könnte.

Zu erwägen ist eine persönliche Haftung (analog) § 179 BGB, je nachdem, ob die Vereinbarung zulasten des Arbeitgebers oder zulasten des insoweit nicht rechtsfähigen Betriebsrats getroffen wurde. Diese wird allerdings regelmäßig daran scheitern, dass der Vertragspartner den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste, § 179 Abs. 3 Satz 1 BGB. Mangels Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht scheidet auch eine Haftung nach § 311 Abs. 2, 3, § 280 Abs. 1 BGB aus. Eine allgemeine Aufklärungspflicht bezüglich der fehlenden Vertretungsmacht bzw. der beschränkten Rechtsfähigkeit des Betriebsrats besteht nicht. Derjenige, der mit Betriebsräten kontrahiert, muss das geschäftstypische Risiko ihrer beschränkten Rechtsfähigkeit kennen. Für jedermann ist ersichtlich, dass sich der Vergütungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber ebenso wie dessen Höhe unmittelbar aus dem Gesetz ergeben.

D. Regressanspruch des Arbeitgebers gegenüber den Betriebsratsmitgliedern

Sowohl das LArbG Nürnberg⁴⁰ als auch Teile des Schrifttums⁴¹ nehmen an, dass Regressansprüche gegen die einzelnen Betriebsratsmitglieder infrage kommen, wenn der Betriebsrat den Arbeitgeber bewusst mit unnötigen Kosten belastet. Als Anspruchsgrundlage benennt das Landesarbeitsgericht § 826 BGB. Vorrangig ist indes, ein Anspruch gem. § 280 Abs. 1 BGB wegen Verletzung der Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme aus § 2 Abs. 1 BetrVG zu erwägen.

I. § 280 Abs. 1 BGB

1. Schuldverhältnis

Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch gem. § 280 Abs. 1 BGB ist ein Schuldverhältnis zwischen dem Arbeitgeber und den handelnden Betriebsratsmitgliedern, also eine relative (Dauer-)Rechtsbeziehung, die zumindest einer Partei subjektive Rechte vermittelt, die mit Rechtspflichten der anderen Partei korrespondieren.

36 BGH, Ur. v. 25.10.2012 - III ZR 266/11 Rn. 24 ff.

37 BGH, Ur. v. 25.10.2012 - III ZR 266/11 Rn. 33 ff.

38 Ausführlich kritisch Schmitt (Fn. 6), S. 752 ff. m.w.N.

39 BGH, Ur. v. 25.10.2012 - III ZR 266/11 Rn. 13 ff.; ausführlich Schmitt (Fn. 6), S. 185 ff. m.w.N.

40 LArbG Nürnberg, Beschl. v. 19.09.2017 - 2 TaBV 75/16 Rn. 81.

41 Fitting, BetrVG, 29. Aufl. 2018, § 76a BetrVG Rn. 16; Künzl in: Germelmann/Matthes/Prütting, Arbeitsgerichtsgesetz, 9. Aufl. 2017, Anh. I Rn. 385; Schwab/Weth, ArbGG, 4. Aufl. 2015, Einigungsstelle, Rn. 387.

a. Dauerschuldverhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat

Zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat besteht ein gesetzliches Dauerschuldverhältnis.⁴² Durch die Mitwirkungstatbestände des BetrVG entstehen zwischen den Betriebspartnern Rechte und Pflichten, die zumindest teilweise mit einem Leistungsantrag im Beschlussverfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 1, §§ 80 ff. ArbGG durchgesetzt werden können. Andere Rechtspositionen sind indirekt durch Einleitung des Einigungsstellenverfahrens durchsetzbar. Nur einzelne Ansprüche – z.B. der Anspruch auf Mitwirkung nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG – sind nicht einklagbar, weil die gesetzlichen Regelungen die Folgen einer Missachtung des Mitwirkungsrechts abschließend regeln. Das schließt aber das Vorliegen eines Schuldverhältnisses nicht aus, weil es auf die Einklagbarkeit bestehender Rechte nicht ankommt.⁴³ Überdies verpflichtet § 2 Abs. 1 BetrVG die Betriebspartner zur Kooperation und gegenseitigen Rücksichtnahme. Hieraus resultieren zwar keine konkreten Ansprüche,⁴⁴ aber allgemeine schuldverhältnistypische Verhaltenspflichten⁴⁵ i.S.v. § 241 Abs. 2 BGB.

b. Einbeziehung der Betriebsratsmitglieder

Darüber hinaus sind die einzelnen Betriebsratsmitglieder ebenfalls Adressaten der Amtspflichten und damit Beteiligte der gesetzlichen Schuldverhältnisse.⁴⁶ Anderenfalls könnten sie sich in die „Anonymität des Kollegialorgans“ flüchten mit der widersinnigen Folge, dass rechtswidrige Betriebsratsbeschlüsse zustande kommen könnten, obwohl jedes einzelne Betriebsratsmitglied rechtmäßig handelt.⁴⁷ § 23 Abs. 1 BetrVG spricht ferner dafür, dass das BetrVG auch das Vertrauen des Arbeitgebers in die ordnungsgemäße Amtsführung durch die einzelnen Betriebsratsmitglieder schützt.⁴⁸ Hiernach kann ein Pflichtverstoß nicht nur zur Auflösung des Betriebsrats führen, sondern auch zum Ausschluss eines Betriebsratsmitglieds. Die Regelung unterscheidet sanktionierbare Amtspflichtverletzungen durch das Kollegialorgan und durch Einzelpersonen.

2. Amtspflichtverletzung und Umfang der Pflichtenbindung bei Gremiumpflichten

Eine Pflichtverletzung durch das Gremium liegt vor, wenn der Betriebsrat aus sachwidrigen Erwägungen heraus (ausschließlich) betriebsfremde Beisitzer auswählt und damit gegen den Grundsatz verstößt, dass der Arbeitgeber nicht mit unnötigen Kosten belastet werden darf. Zu klären ist, inwieweit die einzelnen Betriebsratsmitglieder bei der Fassung eines rechtsmissbräuchlichen Betriebsratsbeschlusses eine Amtspflichtverletzung begehen.

a. Pflichtwidrige Stimmabgabe

Das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit bindet auch die einzelnen Betriebsratsmitglieder bei der Ausübung

ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben.⁴⁹ Insofern liegt ein Verstoß gegen die gesetzlichen Pflichten als Betriebsratsmitglied vor, wenn sich der einzelne bei seiner Abstimmung von sachfremden Beweggründen leiten lässt.⁵⁰

Die Anforderungen an eine solche Feststellung sind indes streng. Ein Verstoß gegen § 2 Abs. 1 BetrVG kommt nur in Betracht, wenn die ausgewählten Personen offenkundig ungeeignet sind, als Beisitzer tätig zu werden oder ausgewählt wurden, um mutwillig besonders hohe Kosten zu verursachen. Zumindest problematisch ist die Bestellung von Betriebsratsmitgliedern anderer Betriebe, um diesen über ein „Besetzungskarussell“ ein Zusatzeinkommen zu verschaffen.⁵¹ Zu weitgehend erscheint es dagegen, wenn das LArbG Nürnberg allein die Bestellung von zwei anwaltlichen Beisitzern einer Kanzlei als Indiz für ein sachwidriges Verhalten wertet. Das Landesarbeitsgericht stellt durch die Hintertür des Rechtsmissbrauchsverbots die gefestigte Rechtsprechung zur Erforderlichkeitsprüfung infrage.⁵²

b. Vor- und nachgelagerte Handlungspflichten bei der Beschlussfassung

Neben der pflichtwidrigen Stimmabgabe kann Anknüpfungspunkt für eine Haftung ein Pflichtverstoß im Zusammenhang mit der Stimmabgabe sein. In Anlehnung an den gesellschaftsrechtlichen Pflichtenmaßstab lässt sich für die Betriebsratsmitglieder als Amtspflicht formulieren, dass sie durch ihr Abstimmungsverhalten auf die Fassung eines recht- und zweckmäßigen Beschlusses hinwirken müssen,⁵³ sonst ist ihre Stimmabgabe fehlerhaft. Für eine Entlastung reicht es daher nicht, wenn ein dissentierendes Betriebsratsmitglied sich der Stimme enthält oder an der

42 Boemke in: MHD ArbR, 4. Aufl. 2019, § 287 Rn. 14; ausführlich Schmitt (Fn. 6), S. 478 ff. m.w.N.

43 Schmitt (Fn. 6), S. 390 ff. m.w.N.

44 BAG, Beschl. v. 03.05.1994 - 1 ABR 24/93 Rn. 34; Franzen in: GK, BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 2 Rn. 13; Fitting, BetrVG, 29. Aufl. 2018, § 2 Rn. 23.

45 Weber, Die vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat gemäß § 2 Abs. 1 BetrVG, 1989, S. 153 ff.; Witt, Die betriebsverfassungsrechtliche Kooperationsmaxime und der Grundsatz von Treu und Glauben, 1987, S. 48 ff., 70 f.

46 Ausführlich Schmitt (Fn. 6), S. 521 ff. m.w.N.

47 Belling (Fn. 5), S. 224.

48 Zoglmann, Vermögensbezogene Rechtspflichten der Betriebsräte gegenüber den Arbeitnehmern bei Wahrnehmung der gesetzlichen Beteiligungsrechte, 2014, S. 175.

49 BAG, Beschl. v. 01.02.1978 - 1 ABR 54/76; Fitting, BetrVG, 29. Aufl. 2018, § 2 Rn. 17; Franzen in: GK, BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 2 Rn. 7; Weber, ZfA 1991, 187, 189 f.

50 BAG, Beschl. v. 19.04.1989 - 7 ABR 6/88 Rn. 43.

51 Reinhard in: MHD ArbR, 4. Aufl. 2019, § 308 Rn. 27.

52 Schulze, jurisPR-ArbR 6/2018 Anm. 4.

53 Heinze, DB 1973, 2089, 2092; ausführlich Schmitt (Fn. 6), S. 524 ff.

Beschlussfassung nicht teilnimmt. Die Abgabe einer Gegenstimme entlastet das Betriebsratsmitglied nur unter der zusätzlichen Voraussetzung, dass es seiner Gegenvorstellungspflicht nachgekommen ist und seine Bedenken bezüglich der Rechtmäßigkeit der Entscheidung artikuliert hat. Aus Beweis Zwecken sollte das dissentierende Betriebsratsmitglied sowohl das Stimmverhalten als auch die Stellungnahme protokollieren lassen. Im Nachgang der Abstimmung bestehen dagegen keine weitergehenden Pflichten. Insbesondere muss das überstimmte Betriebsratsmitglied nicht versuchen, die Beschlussumsetzung zu verhindern.

3. Vertretenmüssen

a. Verschuldensmaßstab

Liegt im Einzelfall eine Pflichtverletzung vor, ist zu prüfen, ob das Betriebsratsmitglied diese zu vertreten hat. Der Verschuldensmaßstab ergibt sich dabei aus § 276 Abs. 1 BGB, d.h. die Betriebsratsmitglieder haben bei der Amtsführung Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn gesetzlich keine strengere oder mildere Haftung bestimmt ist. Wegen des ehrenamtlichen Charakters der Betriebsrats Tätigkeit und zur Gewährleistung der persönlichen Unabhängigkeit der Betriebsratsmitglieder wird zum Teil vertreten, dass eine Haftung nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit bzw. ausschließlich bei Vorsatz in Betracht komme.⁵⁴

Eine entsprechende Haftungsbeschränkung analog §§ 31a, 31b BGB lässt sich aber nur gegenüber den Arbeitnehmern, nicht jedoch gegenüber dem Arbeitgeber begründen.⁵⁵ Hinter §§ 31a, 31b BGB steht der verallgemeinerungs- und analogiefähige Gedanke, dass die Übernahme von Leitungsfunktionen in Vereinen mit Haftungsrisiken verbunden ist, die für ehrenamtlich und unentgeltlich tätige Vorstandsmitglieder in bestimmten Bereichen nicht mehr zumutbar erscheinen und zu unbilligen Ergebnissen führen können. Insofern ist kein sachlicher Grund ersichtlich, warum eine für einen Verein ehrenamtlich handelnde Person im Innenverhältnis nur bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz haften sollte, während ein ebenfalls ehrenamtlich tätiges Betriebsratsmitglied bereits für leicht fahrlässige Amtspflichtverletzungen gegenüber den von ihm vertretenen Arbeitnehmern haften soll. Der Gesetzgeber hat mit der Schaffung der §§ 31a, 31b BGB zu erkennen gegeben, dass er die Haftung im Ehrenamt in nicht wirtschaftlichen Betätigungsbereichen begrenzen will. Hierzu gehört auch die Interessenvertretung im Rahmen der Betriebsverfassung. Dagegen ist die Beziehung zwischen Arbeitgeber und Betriebsratsmitglied nicht mit der zwischen Vereinsmitglied und Vereinsvorstand vergleichbar. Während der Vereinsvorstand seine Legitimation aus seiner Wahl ableitet, wird der Betriebsrat nicht im Interesse des Arbeitgebers und auf seine Bestimmung hin tätig.

Ebenfalls nicht anwendbar sind die Grundsätze über die Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung, weil der Arbeitgeber gegenüber dem Betriebsrat nicht weisungsbefugt ist.⁵⁶ Nichts anderes folgt aus dem in § 78 Satz 2 BetrVG verankerten Benachteiligungsverbot. Die Amtspflichten der Betriebsratsmitglieder haben keine Entsprechung im arbeitsvertraglichen Pflichtenprogramm, sodass sich ein ungleicher Haftungsmaßstab nicht ergeben kann.

b. Beweislast

Nach der Beweislastregel des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB wird das Vertretenmüssen bezüglich der Pflichtverletzung vermutet. Die Sonderregelung in § 619a BGB ist auf Schadensersatzansprüche des Arbeitgebers gegenüber Betriebsratsmitgliedern nicht anwendbar.⁵⁷

4. Schaden

Ersatzfähig sind nach § 280 Abs. 1 BGB nur solche Schäden i.S.d. §§ 249 ff. BGB, die kausal auf der Pflichtverletzung beruhen.

a. Kausalität der pflichtwidrigen Stimmabgabe

Probleme bei der Beurteilung der Kausalität von Individualpflichtverletzungen resultieren im Betriebsverfassungsrecht aus der gremienspezifischen Situation. Nicht das Abstimmungsverhalten des einzelnen Betriebsratsmitglieds, sondern erst die Umsetzung der durch die Mehrheit der Mitglieder getragenen Gremienentscheidung verursacht den Schaden kausal. Insofern versagt das Äquivalenzprinzip.⁵⁸ Es liegt auch kein Fall der kumulativen Kausalität⁵⁹ bzw. der Doppelkausalität⁶⁰ vor, für die Modifikationen des Äquivalenzprinzips anerkannt sind. Erstere setzt voraus, dass der Beitrag tatsächlich mitursächlich geworden ist, was bei einer einzelnen Stimme nur der Fall ist, wenn der Beschluss nur mit einer Stimme Mehrheit angenommen worden ist. Doppelkausalität liegt nur vor, wenn der Verursachungsbeitrag des Einzelnen geeignet ist, den ganzen Schaden herbeizuführen, was bei einem mehrköpfigen Betriebsrat ausgeschlossen ist. Hinter den anerkannten Modifikationen der *conditio-sine-qua-non*-Formel

54 Z.B. Belling (Fn. 5), S. 246 ff., 252 f.; Dommermuth-Alhäuser/Heup, BB 2013, 1461, 1467; Lunk/Rodenbusch, NJW 2014, 1989, 1994; a.A. Franzen in: GK, BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 1 Rn. 80.

55 Ausführlich Schmitt (Fn. 6), S. 602 ff.

56 Schmitt (Fn. 6), S. 597 ff. m.w.N.

57 Schmitt (Fn. 6), S. 613 ff.

58 Ausführlich Schmitt (Fn. 6), S. 622 ff.

59 Ständige Rechtsprechung seit RG, Urt. v. 10.03.1910 - VI 211/09; BGH, Urt. v. 20.11.2001 - VI ZR 77/00 Rn. 9.

60 Ständige Rechtsprechung BGH, Urt. v. 04.07.1994 - II ZR 126/93 Rn. 13; BGH, Urt. v. 07.05.2004 - V ZR 77/03 Rn. 12.

steht aber ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, der sich für die Beschlussfassungen in Gremien fruchtbar machen lässt: Das rechtswidrige Verhalten eines anderen wirkt nicht haftungsentlastend. Deshalb sind alle Elemente kausal für das Beschlussergebnis, die zusammen mit anderen Elementen eine hinreichende Mindestbedingung für den Erfolg darstellen. So lässt sich die Kausalität der pflichtwidrigen Stimmabgabe für die Beschlussfassung begründen.⁶¹

b. Kausalität anderer Pflichtverstöße

Soweit im Vorfeld der Abstimmung Individualpflichten durch die Betriebsratsmitglieder verletzt wurden, wird der Geschädigte kaum nachweisen können, dass der Beschluss anders ausgefallen wäre, wenn das Betriebsratsmitglied seine Pflicht, auf eine ordnungsgemäße Beschlussfassung hinzuwirken, erfüllt hätte. Die Situation ist vergleichbar mit der Verletzung von Aufklärungspflichten, wo ebenfalls im Nachhinein nicht genau festzustellen ist, ob sich alle Beteiligten bei ordnungsgemäßer Aufklärung noch genauso verhalten hätten.⁶² Hier leistet der BGH Abhilfe, indem er die Kausalität zwischen Beratungsfehler und Rechtsgutsverletzung vermutet.⁶³ Dogmatisch handelt es sich hierbei um eine Variante der Berufung auf ein rechtmäßiges Alternativverhalten.⁶⁴ Eine solche widerlegliche Vermutung für die Kausalität lässt sich auch für das Verhältnis zwischen Beratungsfehler und Schaden aufstellen.⁶⁵ Übertragen auf die Abstimmung in Gremien bedeutet dies, dass eine widerlegbare Vermutung dafür besteht, dass sich die übrigen Gremiumsmitglieder bei pflichtgemäßer Information auch pflichtgemäß verhalten hätten. Das pflichtwidrig handelnde Gremiumsmitglied müsste dann seinerseits den Beweis erbringen, dass die übrigen Gremiumsmitglieder trotzdem in pflichtwidriger Weise abgestimmt hätten. Die Vermutung kann aber regelmäßig nur dann eingreifen, wenn die Informationen dazu führten, dass vernünftigerweise nur noch eine einzige Reaktion in Betracht käme.⁶⁶

c. Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens

Zusätzlich ist zu erwägen, ob den pflichtwidrig handelnden Betriebsratsmitgliedern der Einwand eines rechtmäßigen Alternativverhaltens offensteht. Selbst wenn die Auswahl eines bestimmten betriebsfremden Beisitzers gegen § 2 Abs. 1 BetrVG verstößt, bedeutet dies nämlich nicht, dass der Betriebsrat verpflichtet war, stattdessen eine betriebsangehörige Person zu benennen. Insofern sind Fallgestaltungen vorstellbar, in denen der Betriebsrat die Vergütungspflicht als Schaden durch normgerechtes Verhalten hätte herbeiführen dürfen.

II. Deliktische Haftung

Ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB für die Honoraransprüche kommt nicht in Betracht, weil kein geschütztes Rechts-

gut betroffen ist. § 2 Abs. 1 BetrVG gestaltet nur die Rechtsbeziehung zwischen den Betriebsparteien, vermittelt ihnen aber keine absolut geschützte Rechtsposition.

Ein Verstoß gegen die guten Sitten i.S.d. § 826 BGB wird bei der Benennung eines betriebsfremden Beisitzers nur ganz ausnahmsweise vorliegen, ist bei Rechtsmissbrauch aber vorstellbar. In der Praxis ist eine Haftung aus § 826 BGB aber problematisch, weil der beweisbelastete⁶⁷ Arbeitgeber dem einzelnen Betriebsratsmitglied einen Schädigungsvorsatz nachweisen muss.⁶⁸ Als Rechtsfolge sieht das Gesetz in § 826 BGB einen Anspruch auf Ersatz des kausal auf der sittenwidrigen Schädigung beruhenden Schadens vor. Insofern wird auf die Ausführungen zur Haftung nach § 280 Abs. 1 BGB Bezug genommen.

E. Fazit

Eine Haftung der Betriebsratsmitglieder für Vergütungsansprüche eines betriebsexternen Beisitzers einer Einigungsstelle kommt nur ausnahmsweise in Betracht. Da der Betriebsrat einen weiten Spielraum bei der Auswahl der von ihm zu benennenden Personen hat, sind Verstöße gegen § 2 Abs. 1 BetrVG äußerst selten. Hinzu kommen aus Sicht des Arbeitgebers Beweisschwierigkeiten. Ob sich das BAG im Rahmen der Rechtsbeschwerde hierzu äußern wird, bleibt abzuwarten.

Alternativ zu einer Inanspruchnahme der Betriebsratsmitglieder erwägt das LArbG Nürnberg, eine Pflicht des Betriebsrats zur Abtretung eines eventuellen Regressanspruchs gegen seinen Anwalt wegen Falschberatung an den Arbeitgeber. Als Anspruchsgrundlage für den Abtretungsanspruch ließe sich § 285 BGB entsprechend anwenden. Das Gericht weist aber zu Recht selbst daraufhin, dass eine Haftung des beratenden Anwalts regelmäßig ausscheiden wird, wenn er ausreichend auf die Folgen einer sachwidrigen Besetzung der Einigungsstelle hinweist.⁶⁹

61 Dröge, Haftung für Gremienentscheidungen, 2008, S. 104; Huthmacher, Pflichten und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder, 2015, S. 194 ff.; Schmitt (Fn. 6), S. 625.

62 Dröge (Fn. 62), S. 106; Schmitt (Fn. 6), S. 626 ff.

63 Ständige Rechtsprechung z.B. BGH, Urt. v. 05.07.1973 - VII ZR 12/73 Rn. 20; BGH, Urt. v. 22.05.1985 - IVa ZR 190/83 Rn. 20.

64 Oetker in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2019, § 249 Rn. 222 m.w.N.

65 Ständige Rechtsprechung z.B. BGH, Urt. v. 05.07.1973 - VII ZR 12/73 Rn. 22; BGH, Urt. v. 19.02.1975 - VIII ZR 144/73 Rn. 14; ausführlich Dröge (Fn. 62), S. 106.

66 Zum Ganzen Schmitt (Fn. 6), S. 626 ff. m.w.N.

67 Wagner in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2017, § 826 Rn. 51.

68 Zur Beweislage Förster in: BeckOK, BGB, 50. Ed. 2019, § 826 Rn. 36 ff.; Wagner in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2017, § 826 Rn. 28.

69 LArbG Nürnberg, Beschl. v. 19.09.2017 - 2 TaBV 75/16 Rn. 81; kritisch Weller, BB 2018, 57, 63.

Arbeitslosenunterstützung für mobile Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der EU

Ri'inBSG Nicola Behrend

Die in der EU garantierte Arbeitnehmerfreizügigkeit soll es Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern ermöglichen, ihre Arbeitssuche und berufliche Tätigkeit auf die Arbeitsmärkte anderer Mitgliedstaaten der EU zu erstrecken (Art. 45 des Vertrags über die Arbeitsweise der EU). Diese Wanderungsbewegungen innerhalb der EU unterliegen einem steten Wandel. Während im Zuge der europäischen Finanz- und Wirtschaftskrise besonders viele Unionsbürger aus den stark betroffenen südeuropäischen Mitgliedstaaten, also Griechenland, Italien, Portugal und Spanien, in Deutschland Arbeit suchten, stellen aktuell Staatsangehörige aus Rumänien, Polen und Bulgarien die größten Zuwanderungsgruppen dar. Insgesamt wanderten im Jahr 2018 nach Deutschland 635.537 EU-Bürgerinnen und Bürger zu, 395.392 Personen kehrten in ihre Herkunftsstaaten zurück.¹ Ende 2018 lebten insgesamt 4.789.753 EU-Staatsangehörige im Inland.

Unterstützt wird die Arbeitskräftemobilität innerhalb der EU-Mitgliedstaaten seit Langem durch das EURES-Netzwerk (European Employment Services), eine Kooperation zwischen der Europäischen Kommission, den öffentlichen Arbeitsverwaltungen der EWR-Mitgliedstaaten (EU plus Island, Liechtenstein, Norwegen) und anderen Akteuren des Arbeitsmarktes, wie privaten Arbeitsvermittlungen, Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden. Europaweit rund 1.000 EURES-Berater stehen für die Dienstleistungen, insbesondere die Stellenvermittlung für Grenzgänger in europäischen Grenzregionen, zur Verfügung.² Mit der neu geschaffenen Europäischen Arbeitsbehörde, die ihren Sitz in Bratislava hat, soll eine „faire Arbeitskräftemobilität“ innerhalb der EU erleichtert werden.³

Da die berufliche Tätigkeit in einem anderen EU-Mitgliedstaat nicht mit sozialrechtlichen Nachteilen verbunden sein soll, werden mobile Arbeitnehmer im „Krisenfall“ der Arbeitslosigkeit durch die Systeme der Mitgliedstaaten zur Arbeitslosenunterstützung⁴ abgesichert. Hierfür muss geklärt sein, welcher Staat für die Arbeitslosenunterstützung zuständig ist, welche Versicherungs- bzw. Beschäftigungszeiten bei Tätigkeiten in mehreren Mitgliedstaaten einzubeziehen sind und ob der in einem Staat erworbene Anspruch auch bei (erneuter) Arbeitssuche in einen anderen EU-Mitgliedstaat „mitgenommen“ werden kann. Zur Regelung dieser Fragen ordnet Art. 46 AEUV die Schaffung eines Systems zur Koordinierung der Leistungen der sozialen Sicher-

heit an. Dies wird mit der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (VO [EG] 883/2004) umgesetzt.⁵

A. Koordinierung statt Harmonisierung

Zentral ist, dass auf EU-Ebene im Bereich der Leistungen für soziale Sicherheit nur eine Koordinierung, nicht jedoch eine Harmonisierung (Rechtsangleichung) der Rechtsordnungen der verschiedenen Mitgliedstaaten stattfindet. Die Mitgliedstaaten bleiben daher für die Festlegung der innerstaatlichen Voraussetzungen ihrer jeweiligen Leistungen bei Arbeitslosigkeit verantwortlich.⁶ Der für die Arbeitslosenunterstützung allein zuständige Mitgliedstaat beurteilt anhand der einzelstaatlich aufgestellten Voraussetzungen, ggf. modifiziert durch das Koordinierungsrecht, ob die vorgesehenen Leistungen bei Arbeitslosigkeit zu erbringen sind.

Da die Leistungen der Mitgliedstaaten bei Arbeitslosigkeit nach Höhe und Voraussetzungen unterschiedlich sind, ist es aus Sicht der von Arbeitslosigkeit betroffenen mobilen Unionsbürger keineswegs banal, welcher Mitgliedstaat für ihre Arbeitslosenunterstützung zuständig ist. Zwar wird die Arbeitslosenversicherung in den meisten EU-Ländern⁷ vor-

1 Vgl. Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, Freizügigkeitsmonitoring: Migration von EU-Staatsangehörigen nach Deutschland, Jahresbericht 2018.

2 Vgl. <https://ec.europa.eu/eures/>.

3 Vgl. <https://ec.europa.eu/social> – Kommission begrüßt Einigung über neue Europäische Arbeitsbehörde.

4 Vgl. EuGH, Urt. v. 11.04.2013 - C-443/11 - „Jeltes“ zum Begriff der Arbeitslosenunterstützung.

5 ABl. L 166 vom 30.04.2004, S. 1; in „Mehrebenensystem“ des europäischen Sozialrechts bleibt die primärrechtliche Arbeitnehmerfreizügigkeit trotz Einschränkungen im sekundären Koordinierungsrecht weiterhin in vollem Umfang anwendbar – vgl. EuGH, Urt. v. 18.07.2006 - C-406/04 - „de Cuyper“.

6 Vgl. EuGH, Urt. v. 16.07.2009 - C-208/07 - „Chamier-Glisczinski“ Rn. 84; EuGH, Urt. v. 11.04.2013 - C-344/11 - „Jeltes“ Rn. 43; EuGH, Urt. v. 19.09.2013 - C-140/12 - „Brey“ Rn. 43; EuGH, Urt. v. 14.06.2016 - C-308/14 - „Kommission/Vereinigtes Königreich“ Rn. 67; EuGH, Urt. v. 21.03.2018 - C-551/16 - „J. Klein-Schiphorst“ Rn. 44.

7 Vgl. www.missoc.org/missoc-information/missoc-vergleichende-tabelle-datenbank.

wiegend aus Pflichtbeiträgen von Arbeitgebern bzw. Arbeitnehmern finanziert; Dänemark und Schweden kennen ein System der freiwilligen Arbeitslosenversicherung, das Arbeitnehmer und Selbständige erfasst. Neben den regelmäßigen Erfordernissen einer Arbeitslosmeldung und einer Antragstellung variieren jedoch die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, um in den Genuss einer Arbeitslosenunterstützung zu gelangen. Während das deutsche Arbeitslosengeld im Regelfall voraussetzt, dass der Arbeitnehmer in den letzten 30 Monaten⁸ vor der Arbeitslosmeldung und der eingetretenen Arbeitslosigkeit mindestens zwölf Monate in einer versicherungspflichtigen Beschäftigung gestanden hat, existieren in anderen Mitgliedstaaten auch kürzere Mindestversicherungszeiten (Anwartschaftszeiten).⁹ Auch besteht die Möglichkeit, eine oft geforderte einjährige Versicherungs- bzw. Beschäftigungszeit in längeren Zeitperioden (Rahmenfristen) zurückzulegen, um einen Anspruch auf Arbeitslosenunterstützung zu erwerben. Neben der unterschiedlichen Erfassung der Arbeitslosen in einem beitragsfinanzierten Versicherungssystem oder der (steuerfinanzierten) Grundsicherung für Arbeitsuchende differiert auch die Höhe der Arbeitslosenunterstützung im Verhältnis zu den Lebenshaltungskosten in den Mitgliedstaaten.

Die nach dem deutschen SGB III (Arbeitsförderung) relativ hohen Anforderungen für den Erwerb einer Arbeitslosenunterstützung spiegeln sich wider in dem zahlenmäßigen Verhältnis zwischen Beziehern des beitragsfinanzierten Arbeitslosengeldes und denjenigen, die lediglich die steuerfinanzierte Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II) mit Leistungen nur in Höhe des Existenzminimums erhalten. Trotz guter Konjunkturlage waren im Juni 2019 im Bestand der Arbeitslosen nach Rechtskreisen lediglich 765.945 Arbeitslose (34,6 %) im SGB III, dagegen 1.450.298 Erwerbslose (65,4 %) im Bereich der Grundsicherung für Arbeitsuchende erfasst.¹⁰

B. Zuständiger Mitgliedstaat für die Leistungen bei Arbeitslosigkeit

I. Wohnsitzstaatprinzip und Beschäftigungsstaatsprinzip

Anknüpfungsprinzipien für das Auffinden des zuständigen Mitgliedstaats sind das Beschäftigungsstaatsprinzip und das Wohnsitzstaatsprinzip, wobei primäres Kriterium im EU-Recht dasjenige des Ortes der Beschäftigung bzw. der selbständigen Erwerbstätigkeit ist (Art. 11 Abs. 3 Buchst. a VO 883/2004); das Wohnsitzstaatsprinzip ist im Grundsatz subsidiär, allerdings gelten besondere Regelungen für die Arbeitslosenunterstützung.¹¹ Für einen Unionsbürger, der im gleichen Mitgliedstaat wohnt und arbeitet, ist bei unver-

änderten lokalen Verhältnissen bei Eintritt der Arbeitslosigkeit zwingend der letzte Beschäftigungsstaat zuständig. Dieser Staat muss grds. auch die in anderen Mitgliedstaaten zurückgelegten Versicherungs- und Beschäftigungszeiten für den Anspruchserwerb berücksichtigen. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitslose zuvor viele Jahre in einem anderen EU-Land gewohnt und gearbeitet hat und erst kurz zuvor den Wohnsitz- und Beschäftigungsstaat gewechselt hat.

II. Sonderregelungen für Grenzgänger

Besondere Regelungen gelten für sog. Grenzgänger, die während der letzten Beschäftigung nicht im Beschäftigungsstaat, sondern in einem anderen Mitgliedstaat gewohnt haben. Als echte Grenzgänger werden Personen bezeichnet, die ihren Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt z.B. in Deutschland haben, ihre Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit aber in einem anderen Mitgliedstaat der EU ausüben und i.d.R. täglich, mindestens aber einmal wöchentlich („Wochenendpendler“) nach Deutschland zurückkehren (Art. 1 Buchst. f VO [EG] 883/2004). Zu den unechten Grenzgängern gehören diejenigen, die während ihrer letzten Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit ihren Wohnsitz in einem Mitgliedstaat hatten und nach den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats beschäftigt oder selbständig erwerbstätig waren, ohne echte Grenzgänger gewesen zu sein. Für Grenzgänger ist der Wohnsitzstaat für die Arbeitslosenunterstützung und Vermittlung zuständig (Art. 65 Abs. 2, 5 VO [EG] 883/2004). Der Grenzgänger kann sich aber zusätzlich der Arbeitsverwaltung des bisherigen Beschäftigungsstaats für die Arbeitssuche zur Verfügung stellen (§ 65 Abs. 2 Satz 2 VO [EG] 883/2004). Dies ist jedoch nicht mit einem Anspruch auf Arbeitslosenunterstützung verbunden. Die praktischen Auswirkungen dieser verpflichtenden Festlegung des Wohnsitzstaats für Grenzgänger lassen sich anhand eines Urteils des EuGH vom 11.04.2013¹² aufzeigen.

⁸ § 143 Abs. 1 SGB III in der seit 01.01.2010 geltenden Fassung.

⁹ So z.B. in Frankreich mindestens 88 Arbeitstage in den letzten 28 Monaten.

¹⁰ Statistik der Bundesagentur für Arbeit, Arbeitslose nach Rechtskreisen.

¹¹ EuGH, Urt. v. 03.05.2001 - Rs. C-347/98 - „Kommission/Belgien“ Rn. 28ff.

¹² EuGH, Urt. v. 11.04.2013 - C-443/11 - „Jeltes“; vgl. hierzu Eichenhofer, ZESAR 2013, 373, 374.

III. Zuständigkeit des Wohnsitzstaats trotz enger Bindungen zum Beschäftigungsstaat (EuGH im Verfahren „Jeltes“)

Herr Jeltes ist niederländischer Staatsangehörigkeit, der in den Niederlanden beschäftigt war, aber in Belgien wohnte. Als Grenzgänger behielt er zu den Niederlanden besonders enge Bindungen. Deshalb beantragte er bei den niederländischen Behörden, nicht jedoch bei den nach dem Wohnsitzstaatprinzip zuständigen belgischen Behörden eine Arbeitslosenunterstützung, den diese jedoch mangels Zuständigkeit nach den Regelungen der VO (EG) 883/2004 ablehnte. Gegen die fraglichen Bescheide erhob Herr Jeltes Klage bei der Rechtbank Amsterdam.¹³ Dieses Gericht ersuchte den EuGH um Auslegung der Verordnung. Zu einer ähnlichen Regelung in der vorhergehenden Verordnung zur Sozialrechtskoordinierung¹⁴ hatte der EuGH die Auffassung vertreten, dass ein atypischer Grenzgänger, der im Mitgliedstaat seiner letzten Beschäftigung besonders enge persönliche und berufliche Bindungen beibehalten hat, in diesem Staat die besten Aussichten auf berufliche Wiedereingliederung habe. Daher konnte dieser Grenzgänger den Mitgliedstaat wählen, in dem er sich der Arbeitsverwaltung zur Verfügung stellen und von dem er eine Leistung bei Arbeitslosigkeit beziehen wollte.¹⁵

Zu der Vorlage im Verfahren des Herrn Jeltes hat der EuGH dagegen entschieden, dass ein arbeitslos gewordener Grenzgänger die Arbeitslosenunterstützung nur in seinem Wohnsitzstaat beziehen könne. Dies gelte auch, wenn dieser Arbeitnehmer zum Staat seiner letzten Beschäftigung besonders enge Bindungen beibehalten habe. Die Bestimmungen der neuen VO (EG) 883/2004 seien nicht im Licht seiner früheren Rechtsprechung auszulegen. Nach Auffassung des EuGH drückt die fehlende ausdrückliche Erwähnung der Möglichkeit, im Mitgliedstaat der letzten Beschäftigung Arbeitslosenunterstützung zu erhalten, den Willen des EU-Verordnungsgebers aus, an der früheren Rechtsprechung des EuGH (im Verfahren „Miethe“) nicht festzuhalten. Daher gelte die Regel, nach der Arbeitslosenunterstützung durch den Wohnsitzstaat erbracht werde, auch für vollarbeitslose Grenzgänger, die zum Staat ihrer letzten Beschäftigung besonders enge Bindungen beibehalten hätten. Die Möglichkeit, sich zusätzlich der Arbeitsverwaltung dieses Staats zur Verfügung zu stellen (Art. 65 Abs. 2 Satz 2 VO [EG] 883/2004), beziehe sich nicht auf die Erbringung von Arbeitslosenunterstützung durch diesen Staat, sondern nur auf die Inanspruchnahme der Wiedereingliederungsleistungen des ehemaligen Beschäftigungsstaats.

Im konkreten Fall des Herrn Jeltes wäre der Zahlbetrag der niederländischen Arbeitslosenunterstützung höher als derjenige des zuständigen Wohnsitzstaats (Belgien) ausgefal-

len, der indessen für einen längeren Zeitraum als der Beschäftigungsstaat zur Zahlung verpflichtet geblieben ist.¹⁶ Hierzu führte der EuGH aus, dass die materiellen Unterschiede im Recht sozialer Sicherheit unterschiedlicher Mitgliedstaaten hinzunehmen seien, wenn der Schutz nach dem Recht eines Mitgliedstaats gewährleistet sei. Das Koordinierungsrecht unterstelle die materielle Gleichwertigkeit aller Sicherungssysteme der Mitgliedstaaten. Ein Statutenwechsel (konkret: mit Eintritt der Arbeitslosigkeit hin zum Wohnsitzstaat) sei daher nicht als Beeinträchtigung der Freizügigkeit zu verstehen.

Auch bei der Auslegung des nationalen Rechts ist diese Ausgangslage im EU-Recht zu berücksichtigen. In seinem Urteil vom 12.12.2017¹⁷ hatte der 11. Senat des BSG über das Arbeitslosengeld an eine Klägerin zu entscheiden, die von 2001 bis 2013 in Nürnberg versicherungspflichtig beschäftigt gewesen war, im Juni 2012 aber familienbedingt ihren Wohnsitz in die Schweiz verlegt hatte. Nach Eintritt der Arbeitslosigkeit lehnte die deutsche Arbeitsverwaltung ihren Antrag auf Arbeitslosengeld mangels Wohnsitz in Deutschland ab. Die Arbeitslosenkasse des Kantons Bern erbrachte eine „Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädigung“ erst zu einem späteren Zeitpunkt, als dies unter Berücksichtigung der Entlassungsentschädigung nach deutschem Recht möglich gewesen wäre. Nach erfolgloser Klage und Berufung hat das BSG die Revision zurückgewiesen. Ein unmittelbarer Anspruch auf Arbeitslosengeld (Alg) nach dem SGB III scheitere an § 30 SGB I, weil die Klägerin sowohl ihren Wohnsitz als auch ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in Deutschland, sondern in der Schweiz gehabt habe. Nach der VO (EG) 883/2004 erhalte sie die Arbeitslosenunterstützung ausschließlich nach den Vorschriften des Wohnsitzstaats. Da sie im Ausland (Schweiz) wohne und zugleich Leistungen aus der schweizerischen Arbeitslosenversicherung beanspruchen könne, bestehe – trotz Beitragsleistung zur deutschen Arbeitslosenversicherung – kein Erfordernis, von dem nach deutschem Recht für einen Anspruch auf Alg notwendigen gewöhnlichen Aufenthalt durch eine teleologische Reduktion des § 30 SGB I abzusehen.¹⁸

13 Erinstanzliches Gericht von Amsterdam, Niederlande.

14 Art. 71 VO (EWG) Nr. 1408/71.

15 EuGH, Urt. v. 12.06.1986 - C-1/85 - „Miethe“.

16 EuGH, Urt. v. 11.04.2013 - C-443/11 - „Jeltes“ Rn. 42.

17 BSG, Urt. v. 12.12.2017 - B 11 AL 21/16 R.

18 So aber BVerfG, Beschl. v. 30.12.1999 - 1 BvR 809/93 und im Anschluss BSG, Urt. v. 07.10.2009 - B 11 AL 25/08 R – mit Bejahung eines Anspruchs auf Alg, weil im konkreten Fall keine Möglichkeit der Realisierung eines Anspruchs auf Arbeitslosenunterstützung durch das Unionsrecht bestand.

C. Zusammenrechnung der Versicherungs- und Beschäftigungszeiten aus verschiedenen Mitgliedstaaten

Der für die Arbeitslosenunterstützung zuständige Staat muss die in Art. 61 Abs. 1 VO (EG) 883/2004 genannten Versicherungs- und Beschäftigungszeiten aus anderen Mitgliedstaaten für die Erfüllung der Anwartschaftszeit und die Dauer der Arbeitslosenunterstützung nach den Voraussetzungen des jeweiligen nationalen Rechts berücksichtigen. Versicherungszeiten werden uneingeschränkt, Beschäftigungszeiten nur dann einbezogen, wenn sie auch nach dem nationalen Recht des zuständigen Trägers als Versicherungszeiten gegolten hätten. Diese Grundsätze gelten uneingeschränkt für Grenzgänger. Bei sonstigen Unionsbürgern, die erst nach dem Eintritt der Arbeitslosigkeit ihren Wohnsitz vom Beschäftigungsstaat in einen anderen Mitgliedstaat verlagern, ist zunächst eine zumindest kurze Beschäftigung im neuen Wohnsitzstaat erforderlich. Erst diese „unmittelbar vor“ der Geltendmachung von Ansprüchen auf Arbeitslosenunterstützung erfolgte Beschäftigung führt dazu, dass ausländische Zeiten bei der Erfüllung der Anwartschaftszeit und für die Dauer der Arbeitslosenunterstützung vom nunmehr neuen Wohnsitzstaat berücksichtigt werden können (Art. 61 Abs. 2 VO [EG] 883/2004).

Welche Probleme beim Zusammentreffen von Versicherungszeiten in verschiedenen Mitgliedstaaten auftreten können, zeigt eine Entscheidung des LSG Essen vom 14.03.2019.¹⁹ Der Kläger dieses Verfahrens arbeitete seit Jahren für Zeitarbeitsunternehmen in den Niederlanden. Von der niederländischen Arbeitsverwaltung erhielt er vom 28.04.2014 bis 15.05.2015 eine Arbeitslosenunterstützung. Nach dem niederländischen Recht hat im Regelfall zumeist bereits derjenige einen Anspruch auf Arbeitslosenunterstützung, der in den letzten 36 Wochen vor dem Eintritt der Arbeitslosigkeit (= Rahmenfrist) 26 Wochen gegen Entgelt beschäftigt gewesen ist. Nach dem Bezug der niederländischen Arbeitslosenunterstützung war der Kläger von Juni 2015 bis November 2016 erneut in den Niederlanden versicherungspflichtig beschäftigt; er kehrte als echter Grenzgänger weiterhin täglich an seinen deutschen Wohnort zurück. Seinen im Dezember 2016 gestellten Antrag auf Arbeitslosengeld lehnte die deutsche Arbeitsverwaltung ab. Dabei ging sie davon aus, dass der Kläger die nach dem SGB III erforderliche Anwartschaftszeit von mindestens zwölf Monaten versicherungspflichtiger Beschäftigung innerhalb der geltenden Rahmenfrist von zwei Jahren erfüllt habe. Von der Anspruchsdauer des deutschen Arbeitslosengeldes (360 Tage) müsse aber der vorherige Bezugszeitraum der niederländischen Arbeitslosenunterstützung (383 Tage) abgezogen werden, sodass sich kein Anspruch nach deutschem Recht ergebe.

Dem hat das LSG Essen zu Recht widersprochen. Es hat darauf verwiesen, dass die Rahmenfrist nach nationalem (deutschem) Recht ihre Grenze stets in dem Ende einer früheren Rahmenfrist finde.²⁰ Bei (fiktivem) Bezug eines deutschen Arbeitslosengeldes vom 28.04.2014 bis zum 15.05.2015 anstelle der niederländischen Arbeitslosenunterstützung wäre die Rahmenfrist nach § 143 Abs. 2 SGB III verkürzt worden. Für den Anspruch auf Alg nach deutschem Recht sei daher lediglich auf die nach dem Ende der niederländischen Arbeitslosenunterstützung ab Juni 2015 zurückgelegten Beschäftigungszeiten abzustellen. Unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Gleichbehandlung – so das LSG Essen – bestehe jedenfalls in Fällen, in denen der Bezug von Arbeitslosengeld im EU-Ausland an ähnliche Voraussetzungen geknüpft sei wie im Inland, kein Anlass dessen Bezieher schlechter zu stellen.

D. Höhe der Arbeitslosenunterstützung bei Beschäftigungen in verschiedenen Mitgliedstaaten

Auch bei der Bestimmung der Höhe des Anspruchs auf Arbeitslosenunterstützung ist – mangels Rechtsangleichung – im Grundsatz von den nationalen Vorschriften auszugehen. Allerdings bestimmt Art. 62 Abs. 1 VO (EG) 883/2004, dass der zuständige Träger, nach dessen Rechtsvorschriften bei der Berechnung der Leistungen die Höhe des früheren Entgelts oder Erwerbseinkommens zugrunde zu legen ist, „ausschließlich dasjenige Entgelt oder Erwerbseinkommen berücksichtigt“, dass die betreffende Person während ihrer letzten Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit nach diesen Rechtsvorschriften erhalten hat. Da die Zuständigkeit eines Mitgliedstaats für die Arbeitslosenunterstützung bereits dann gegeben ist, wenn der Arbeitslose nach einer Wohnsitzverlegung dort nur einige Tage beschäftigt gewesen ist, wird ein höheres oder niedrigeres Entgelt, das der Unionsbürger in dem nicht mehr für die Arbeitslosenunterstützung zuständigen Beschäftigungsstaat über längere Zeiträume hinweg erzielt hat, nicht berücksichtigt. Liegt keinerlei Vorbeschäftigung im Wohnmitgliedstaat vor, ist dagegen das im Beschäftigungsstaat während der letzten Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit erzielte Entgelt zu berücksichtigen.²¹

¹⁹ LSG Essen, Urt. v. 14.03.2019 - L 9 AL 144/18.

²⁰ § 143 Abs. 2 SGB III.

²¹ Dies erfolgt nach Maßgabe der Durchführungsverordnung zur VO (EG) 883/2004; vgl. hierzu Art. 62 Abs. 3 VO (EG) 883/2004 i.V.m. Art. 54 Abs. 1 VO (EG) 987/2009.

In seinem Vorlagebeschluss an den EuGH vom 23.10.2018²² hat der 11. Senat des BSG insofern einen Klärungsbedarf formuliert.²³ Betroffen ist ein Kläger, der über 24 Jahre von seinem deutschen Wohnsitz aus als Grenzgänger und Werkzeugvorenstatter/Fräser mit hohem Verdienst in der Schweiz gearbeitet hat. Im direkten Anschluss war er für nur 24 Tage mit einem deutlich geringeren Entgelt in Deutschland beschäftigt (01.11. bis 24.11.2014). Das Arbeitsentgelt wurde erst am 11.12.2014 abgerechnet und ausgezahlt. Ab 25.11.2014 wurde Arbeitslosengeld bewilligt, das nicht nach der 24-tägigen letzten Beschäftigung in Deutschland, sondern „fiktiv“ bemessen wurde. Im deutschen Recht ist vorgesehen, dass eine an der beruflichen Qualifikation und an den Vermittlungschancen orientierte fiktive Bemessung stattfindet, wenn für die Berechnung der Höhe der Leistung nicht auf einen Mindestzeitraum von 150 Tagen mit Anspruch auf Arbeitsentgelt zurückgegriffen werden kann. In einem kürzeren Zeitraum erzielt Entgelt wird nach deutschem Recht nicht als repräsentativ für ein erzielbares Entgelt auf dem deutschen Arbeitsmarkt angesehen. Auch muss das Arbeitsentgelt beim Ausscheiden aus dem Beschäftigungsverhältnis bereits abgerechnet sein, damit es berücksichtigt werden kann. Auch diese Voraussetzung des nationalen Rechts war im vorliegenden Fall nicht gegeben. Die Anwendung des Art. 62 Abs. 1 VO (EG) 883/2004 hatte für den Kläger die seine Freizügigkeit beeinträchtigende Folge, dass das langjährig hohe Entgelt in der Schweiz gänzlich unberücksichtigt blieb und die Arbeitsverwaltung auch nicht das geringere Entgelt aus der Beschäftigung in Deutschland für die Bemessung der Höhe des Arbeitslosengeldes herangezogen hat.

Vor diesem Hintergrund sieht es das BSG als klärungsbedürftig an, ob eine enge, am Wortlaut orientierte Auslegung des Art. 62 Abs. 1 VO (EG) 883/2004 („ausschließlich das Entgelt“, „erhalten hat“) zu erfolgen hat, indem bei der Ermittlung der Höhe der nationalen Arbeitslosenunterstützung lediglich auf das „während“ der letzten Beschäftigung im zuständigen Wohnmitgliedstaat „erhaltene“ Arbeitsentgelt abzustellen ist, auch wenn diese Beschäftigung weniger als die nach deutschem (nationalen) Recht geforderten 150 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt umfasst. Denkbar sei auch, dass Art. 62 Abs. 1 VO (EG) 883/2004 nur an den Regelfall der Bemessung nach dem „letzten Entgelt“ entsprechend den nationalen Vorschriften anknüpfen wolle und die besonderen Berechnungsregelungen und -methoden der Mitgliedstaaten, wie z.B. die Berücksichtigung allein des beim Ausscheiden auch abgerechneten Arbeitsentgelts und eine ersatzweise fiktive Bemessung nach den innerstaatlichen Vorschriften bei zu kurzen Beschäftigungszeiten, nicht modifiziere bzw. ausschließe.

E. Export von Leistungen bei Arbeitslosigkeit zur Arbeitssuche in einem anderen Mitgliedstaat (EuGH im Verfahren „J. Klein Schiphorst“)

Arbeitslose Unionsbürger, die in Ausübung ihrer Arbeitnehmerfreizügigkeit grenzüberschreitend in der EU einen Arbeitsplatz suchen möchten, können nach den Regelungen zur Sozialrechtskoordinierung ihre Arbeitslosenunterstützung aus der nationalen Arbeitslosenversicherung für einen Zeitraum von mindestens drei Monaten mitnehmen. Dieser Zeitraum kann von der zuständigen Arbeitsverwaltung auf höchstens sechs Monate verlängert werden.²⁴ Hierbei handelt es sich um eine eigenständige Ausnahmeregelung des koordinierenden Sozialrechts, die nationale Rechtsvorschriften modifiziert.²⁵ Die Kriterien für eine Verlängerung des Mitnahmezeitraums variieren in den Mitgliedstaaten. Dies war Gegenstand einer Entscheidung des EuGH im Verfahren des Herrn J. Klein Schiphorst.²⁶

Herr J. Klein Schiphorst bezog als niederländischer Staatsangehöriger mit Wohnsitz in den Niederlanden seit Mai 2011 Arbeitslosenunterstützung und exportierte diese Leistung für seine Arbeitssuche in der Schweiz. Seinen Antrag auf Verlängerung des Drei-Monats-Zeitraums für den Export der Arbeitslosenunterstützung zur weiteren Arbeitssuche in der Schweiz, die von den Bestimmungen der VO (EG) 883/2004 aufgrund des Abkommens EG-Schweiz über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit erfasst wird, lehnte die niederländische Arbeitsverwaltung ab. Nach Weisung des dortigen Ministers für Soziales und Beschäftigung sei die Mitnahme der Arbeitslosenunterstützung nach Ablauf des Drei-Monats-Zeitraums grds. nicht zu verlängern. Das im Rechtsmittelverfahren zuständige Gericht der Niederlande hatte das Verfahren ausgesetzt, weil es vom EuGH wissen wollte, ob den Mitgliedstaaten die grundsätzliche Ablehnung einer Verlängerung gestattet sei.

Der EuGH hat die Vorlagefrage bejaht. Ein Mitgliedstaat dürfe den Exportzeitraum der Arbeitslosenunterstützung ohne Weiteres auf drei Monate begrenzen. Er halte sich innerhalb der vom Unionsrecht vorgegebenen Grenzen, wenn er nationale Maßnahmen erlasse, wonach die Ver-

22 BSG, Vorlagebeschl. v. 23.10.2018 - B 11 AL 9/17 R, anhängig beim EuGH C-29/19; vgl. hierzu Körtek, jurisPR-SozR 6/2019 Anm. 1.

23 Eine Vorlage an den EuGH erfolgt nach Art. 267 AEUV, wenn ein letztinstanzliches Gericht Zweifel an der Auslegung einer unionsrechtlichen Regelung hat.

24 Art. 64 Abs. 1 Buchst. c, zweiter Halbsatz VO (EG) 883/2004.

25 EuGH, Urt. v. 19.06.1980 - C-41/79 - „Testa“; EuGH, Urt. v. 21.02.2002 - C-215/00 - „Rydergard“.

26 EuGH, Urt. v. 21.03.2018 - C-551/16 - „J. Klein Schiphorst“.

längerung dieses Zeitraums auf höchstens sechs Monate nur gewährt werden könne, wenn bestimmte Bedingungen erfüllt seien.

F. Reformüberlegungen

Für eine stärkere Unterstützung der Arbeitnehmerfreizügigkeit stehen die Ende Dezember 2016 präsentierten Vorschläge der Europäischen Kommission zur Änderung der VO (EG) 883/2004²⁷ mit den Schwerpunkten Zugang zu Sozialleistungen für nicht erwerbstätige Bürgerinnen und Bürger, Leistungen bei Pflegebedürftigkeit, Leistungen bei Arbeitslosigkeit und Familienleistungen. Bezogen auf die Koordinierung der Arbeitslosenunterstützung wurde angeregt, dass der verpflichtende Mindestzeitraum, für den arbeitslose Arbeitsuchende ihre Arbeitslosenunterstützung exportieren können, von drei auf sechs Monate verlängert wird. Eine fakultative Verlängerung in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten soll bis zum Ende des Berechtigungszeitraums erfolgen können. Begründet wird dies mit verbesserten Beschäftigungschancen sowie damit, dass ein „Missverhältnis“ zwischen Qualifikationsangebot und Nachfrage an Arbeitskräften auf grenzüberschreitender Ebene zu vermeiden sei.²⁸

Bedenken hiergegen haben die nationalen Arbeitsverwaltungen mit der Begründung geäußert, dass dann die Vermittlungs- und die Leistungszuständigkeit auseinanderfielen. Die nationalen Systeme der Arbeitslosenunterstützung sind regelmäßig daran interessiert, Entgeltersatzleistungen nur dann zu erbringen, wenn sie auch über eine Handhabe verfügen, den Zustand der Arbeitslosigkeit durch die nach ihrem nationalen Recht jeweils vorgesehenen Möglichkeiten zu beenden. Demgegenüber setzt der Kommissionsvorschlag stärker auf die Eigeninitiative des mobilen „Marktbürgers“ und ein bei ihm ohnehin vorhandenes Interesse, die Arbeitslosigkeit durch die Suche einer passenden Beschäftigung über Landesgrenzen hinweg zu beenden. Ohnehin muss sich ein Arbeitsloser, der seine Arbeitslosenunterstützung exportiert, bei der zuständigen Arbeitsverwaltung des anderen Mitgliedstaats melden und sich den dortigen Kontrollverfahren unterwerfen (Art. 64 Abs. 1 Buchst. b VO [EG] 883/2004).

Für Grenzgänger soll nach den Vorschlägen der Kommission der Wohnsitzstaat nur noch dann für die Arbeitslosenunterstützung zuständig sein, wenn die Beschäftigung als Grenzgänger weniger als ein Jahr gedauert hat. Andernfalls soll – abweichend von den aktuellen Koordinierungsregelungen – der ehemalige Beschäftigungsstaat die Leistungen bei Arbeitslosigkeit erbringen. Aus Sicht der Grenzgänger mit einem höheren Lohnniveau im vor-

maligen Beschäftigungsstaat und daraus resultierender höherer Arbeitslosenunterstützung könnte dies eine Verbesserung darstellen.

Arbeitnehmer, die in einen anderen Mitgliedstaat umziehen, sollen nach den Vorschlägen der Kommission dort mindestens drei Monate²⁹ arbeiten, bevor der (neue) Wohnsitzstaat ausländische Versicherungs- und Beschäftigungszeiten für eine Arbeitslosenunterstützung berücksichtigt; aktuell reichen – wie im oben geschilderten Sachverhalt der Vorlage zum EuGH – wenige Wochen oder „ein Tag“ Vorbeschäftigungszeit aus. Sind diese Mindestversicherungszeiten nicht erfüllt, muss der Arbeitnehmer seinen Leistungsantrag im Staat der vorherigen Beschäftigung stellen, damit dieser Staat zuständig wird und von dort die Arbeitslosenunterstützung bezogen werden kann. Dies kann sich für die Betroffenen ungünstig auswirken, wenn sie – nach Arbeitsplatzverlust – für den Erwerb der Arbeitslosenunterstützung dann erneut den Wohnsitz (zurück-)verlegen müssen. Möchte der Unionsbürger seine Arbeitssuche dann weiterhin auf den Staat des neuen Wohnsitzes erstrecken, kann dies nur durch den Export der Arbeitslosenunterstützung aus dem vorherigen Beschäftigungsstaat erreicht werden.

Die von der Kommission, dem Rat und dem Europäischen Parlament auf der Grundlage der Kommissionsvorschläge erarbeitete vorläufige Trilogieeinigung³⁰ zur Revision der VO (EG) 883/2004 ist allerdings im Rat nicht bestätigt worden. Das Plenum des Europäischen Parlaments hat daher am 18.04.2019 beschlossen, das Legislativverfahren auf die nächste Legislaturperiode des EU-Parlaments zu verschieben. Insbesondere die Abkehr von den Grundsätzen der Zuständigkeit des Wohnsitzstaats und der „Leistung und Vermittlung aus einer Hand“ sowie die Verlängerung des Exportanspruchs der Arbeitslosenunterstützung auf mindestens sechs Monate werden vermutlich weiter kontrovers diskutiert werden,³¹ solange keine Angleichung der Einkommensverhältnisse und der Sozialsysteme in den Mitgliedstaaten, ggf. mit der Schaffung von europaweiten Ausgleichssystemen für vorübergehend oder dauerhaft stärker durch Arbeitslosenunterstützungsleistungen belastete Mitgliedstaaten, stattfindet.

27 Vgl. Pressemitteilung vom 13.12.2016 - COM (2016) 815 final.

28 Allgemeine Ausrichtung des Rates der EU vom 26.06.2016 - Dossier 2016/0397, S. 5, 25.

29 Im Zuge der weiteren Beratungen auf EU-Ebene war zuletzt noch ein Monat vorgesehen.

30 Council of the European Union, Interinstitutional File 2016/0397 (COD) vom 25.03.2019.

31 Vgl. hierzu BDA, euro-info 01/Juni 2019, S. 3.

Rechtserkenntnis in juristischen Prüfungen nur im Rahmen von Gesetzesverwertungsmonopolen?*

Prof. Dr. Matthias Knauff, LL.M. Eur. und Prof. Dr. Stefan Korte

A. Problemstellung

Kein deutscher Jurist in den letzten Jahrzehnten ist zu einem solchen geworden, ohne die beiden Staatsprüfungen mit dem zugelassenen Handwerkszeug zu meistern. Neben dem eigenen, mühsam erlangten juristischen Wissen gemäß den Vorgaben der jeweiligen Prüfungsordnung und normativ nicht näher determiniertem Schreibzeug zählen hierzu vor allem die in den Hilfsmittelbekanntmachungen der Landesjustizprüfungsämter benannten Gesetzessammlungen und (in der zweiten Staatsprüfung) Kommentare. In Bezug darauf verfügen Rechtskandidaten anders als bei Wissen und Schreibzeug allerdings herkömmlich über keinerlei Auswahlmöglichkeiten. Vielmehr sind sie auf einen feststehenden Kanon von Verlagsprodukten beschränkt, der bemerkenswerterweise die Angebote der vielen auf dem Markt für juristische Literatur tätigen Verlage nur höchst unzureichend abbildet. Dies mag aus Kandidatensicht ein Kuriosum darstellen, über das sich jenseits des Prüfungsbetriebs nicht nachzudenken lohnt; aus der Perspektive von nicht mit ihren Produkten in den Hilfsmittelbekanntmachungen berücksichtigten Marktteilnehmern handelt es sich jedoch nicht nur um ein prüfungsrechtlich bedingtes Ärgernis, sondern um die Versagung einer ökonomisch bedeutsamen Marktchance. Vor diesem Hintergrund soll der Frage nachgegangen werden, ob die Beschränkung auf einzelne Gesetzessammlungen in juristischen Prüfungen rechtlich Bestand haben kann. Hierzu ist der Stand der nationalen Rechtsentwicklung darzustellen (B.), um sodann den Maßstab des Europarechts hieran anzulegen (C.). Ein kurzes Fazit beschließt den Beitrag (D.).

B. Stand der nationalen Rechtsentwicklung

Die prüfungsrechtliche Praxis wird durch die einschlägigen Rechtsgrundlagen sowie die darauf bezogene Rechtsprechung vorgegeben. Letztere ist wenig ausgeprägt, bezieht sich gleichwohl sowohl auf Kommentare als auch auf Gesetzessammlungen.

I. Rechtsgrundlagen

In allen Bundesländern werden die in juristischen Prüfungen nutzbaren Gesetzessammlungen abschließend in den Hilfsmittelbekanntmachungen der Landesjustizprüfungsämter

geregelt. Dabei handelt es sich um Regelungen, die zur Ausfüllung der diesbezüglichen Spielräume in den Juristenausbildungsgesetzen und -verordnungen der Länder erlassen werden. Herkömmlich beschränkten sich die in den Hilfsmittelbekanntmachungen aufgeführten Gesetzessammlungen auf jeweils ein Produkt je Rechtsgebiet. In neuerer Zeit zeichnet sich diesbezüglich eine gewisse Öffnung ab. Das Saarland hat kürzlich Gesetzessammlungen zweier konkurrierender Anbieter für zulässig erklärt; u.a. in Baden-Württemberg und Hessen wurden Werke gesellschaftsrechtlich verbundener Verlagshäuser zugelassen.

Außer in Schleswig-Holstein, wo die Sammlungen den Kandidaten während der Prüfung zur Verfügung gestellt werden, sind die Prüflinge gehalten, sich diese selbst in der zum jeweiligen Stichtag aktuellsten Auflage zu besorgen. Die Mehrzahl der Teilnehmer erwirbt daher mindestens einen „Satz“ der Sammlungen für die erste Prüfung. Für die zweite Prüfung bedarf es der Aktualisierung (bei Loseblattwerken) oder eines Neukaufs; überdies schaffen sich viele Kandidaten die für die zweite Prüfung zugelassenen Kommentare an.

II. Judikatur zu den Kommentaren

Diese Praxis ist bislang von der verwaltungsgerichtlichen Spruchpraxis bestätigt worden, die sich allerdings – mit einer Ausnahme – auf Kommentare bezog. Die Gerichte stellten zunächst fest, dass die Regelungen der Juristenausbildungs- und -prüfungsordnungen, nach welchen die Präsidentin oder der Präsident des Landesprüfungsamts die in den juristischen Staatsprüfungen zulässigen Hilfsmittel bestimmt, keine subjektiv-öffentlichen Rechte Hilfsmittel vertreibender Verlage begründen, sondern vielmehr allein dem öffentlichen Interesse an einem geordneten Prüfungsablauf dienen.¹ Eine Beeinträchtigung der Berufsfreiheit der Verlage sei in Bezug auf die Nichtzulassung von Kommentaren nicht gegeben, weil es insbesondere aufgrund der im Übrigen bestehenden Produktpalette an der erforderlichen objektiv berufsregelnden

* Der Beitrag geht auf ein Gutachten zurück, das auf Veranlassung der Rechtsanwaltskanzlei Blomstein für die juris GmbH angefertigt worden ist.

1 OVG Koblenz, Urt. v. 02.03.2012 - 10 A 11181/11; VG Berlin, Beschl. v. 07.11.2007 - 15 A 125/07.

Tendenz fehle.² Aus Art. 3 Abs. 1 GG folge allein ein Verbot der willkürlichen Auswahl der zugelassenen Hilfsmittel, nicht aber ein Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung.³

III. Judikatur zu den Gesetzessammlungen

In Bezug auf die Nichtzulassung von Gesetzessammlungen hat das VG Berlin in einer Entscheidung aus dem Jahr 2007 anerkannt, dass „die durch sie verursachten faktischen Auswirkungen [...] zwar [...] erheblich sein [mögen], weil nach den Schätzungen der Klägerin die Auflage der Sammlung bei einer Zulassung zu Staatsprüfungen mindestens dreimal so hoch wie bei einer Nichtzulassung sein dürfte“. Gleichwohl seien „[b]ei der gebotenen Betrachtung der Klägerin als Verlag mit einer Vielzahl von Schriftenreihen und Buchtiteln [...] die wirtschaftlichen Auswirkungen einer Verweigerung der Zulassung [...] als nicht so einschneidend zu beurteilen, dass sie als Grundrechtseingriff beurteilt werden könnten. Mit der Zulassung von Hilfsmitteln für juristische Staatsprüfungen sollen auch nicht zielgerichtet gewisse Rahmenbedingungen des Wettbewerbs verändert werden, um zu Lasten bestimmter Unternehmen einen im öffentlichen Interesse erwünschten Erfolg herbeizuführen“⁴. Die Annahme, dass „die Zulassungsentscheidung – anders als bei Schulbüchern wegen des dort bestehenden Verwendungsmonopols staatlicher Schulen – keine Grundrechtsbeeinträchtigung der nicht berücksichtigten Verleger darstell[e]“,⁵ erscheint gleichwohl bei realistischer Betrachtung der heutigen Marktgegebenheiten unter Berücksichtigung der allgemeinen Zugänglichkeit von aktuellen Gesetzestexten im Internet zweifelhaft.

Überdies lehnte das VG Berlin das Vorliegen einer willkürlichen Entscheidung unter Hinweis darauf ab, dass es sich bei der infrage stehenden Textsammlung um eine erst kürzlich auf den Markt gekommene handle, „so dass die Gewissheit für eine regelmäßige und in kurzen zeitlichen Abfolgen geschehende Weiterführung für die von der Klägerin verlegte Gesetzessammlung als geringer eingeschätzt werden durfte als für das Werk der Beigeladenen“.⁶ Ob sich mit dieser Argumentation die Willkürfreiheit der Nichtzulassung von Gesetzessammlungen in Bezug auf Verlage begründen lässt, die neben ihrer nachgewiesenen Fähigkeit zur Herstellung von Printprodukten auch anderweitig ihre Zuverlässigkeit in Bezug auf ihre „Aktualisierungsfähigkeit“ bewiesen haben, insbesondere durch die Pflege entsprechender Datenbanken, ist ebenfalls fraglich.

Bei alledem wird schließlich übersehen, dass eine Vergleichbarkeit mit der Situation der Nichtzulassung von Kommentaren nur sehr eingeschränkt gegeben ist. Denn einerseits werden Kommentare in deutlich häufigerem Maße in der täglichen Gerichts- und Rechtsberatungspraxis verwendet als speziell auf die Staatsprüfungen zugeschnittene Gesetzessammlungen, sodass die jeweiligen Absatzmärkte sich erheblich unterscheiden. Andererseits fehlt es Gesetzessammlun-

gen an der wissenschaftlichen Individualität, da sie anders als Kommentare den Stand der Rechtsetzung nicht erläutern, sondern allein wiedergeben, sodass es – bei übereinstimmendem Zuschnitt – zwischen ihnen keine qualitativen Unterschiede gibt, die als Ansatzpunkt für Differenzierungen dienen können. Vor dem Hintergrund der tatsächlichen Zulassungspraxis wäre schließlich auch die Richtigkeit der Annahme, dass damit keine wirtschaftslenkenden Wirkungen einhergingen, nochmals zu hinterfragen.

C. Erfordernisse des Europarechts

Unabhängig von den Wertungen des nationalen Rechts und gegenüber diesen mit Vorrang versehen,⁷ kommt dem Europarecht eine bislang nur unzureichend erfasste Relevanz zu. Von Bedeutung sind diesbezüglich vor allem die Warenverkehrsfreiheit und das EU-Wettbewerbsrecht. Beide Regelungskomplexe zielen nicht primär auf den Individualrechtsschutz, sondern auf die Realisierung des Binnenmarktes und damit auf eine Marktöffnung ab.

I. Warenverkehrsfreiheit

Art. 34 ff. AEUV verbieten vorbehaltlich ihrer Rechtfertigung mengenmäßige Ein- und Ausfuhrbeschränkungen in Bezug auf Waren sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung. Die Warenverkehrsfreiheit ist unmittelbar anwendbar und verleiht den Berechtigten ein individuelles Recht.⁸

1. Schutzbereich

Als Ware gelten alle Erzeugnisse, die einen Geldwert haben und Gegenstand von Handelsgeschäften sein können.⁹ Dies schließt Druckwerke und damit auch Gesetzessammlungen ein. Die auf Warenströme bezogene Schutzrichtung erfasst alle Anbieter und Nachfrager von Waren gleichermaßen,¹⁰ umfasst also sowohl eine aktive als auch eine passive¹¹ Schutzrichtung.¹²

2 OVG Koblenz, Urt. v. 02.03.2012 - 10 A 11181/11.

3 OVG Koblenz, Urt. v. 02.03.2012 - 10 A 11181/11; BVerwG, Beschl. v. 07.08.2012 - 6 B 22/12; VG Berlin, Beschl. v. 07.11.2007 - 15 A 125/07.

4 VG Berlin, Beschl. v. 07.11.2007 - 15 A 125/07.

5 VG Berlin, Beschl. v. 07.11.2007 - 15 A 125/07.

6 VG Berlin, Beschl. v. 07.11.2007 - 15 A 125/07.

7 Grundlegend EuGH, Urt. v. 15.07.1964 - 6/64 - „Costa/ENEL“; EuGH, Urt. v. 17.12.1970 - 11/70 - „Internationale Handelsgesellschaft“ Rn. 3.

8 EuGH, Urt. v. 22.03.1977 - 74/76 - „Janelli/Meroni“ Rn. 13.

9 Siehe nur EuGH, Urt. v. 26.10.2006 - C-65/05 - „Kommission/Griechenland“ Rn. 23.

10 So auch Müller/Graff in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 34 AEUV Rn. 40.

11 So explizit OLG Stuttgart, Urt. v. 23.03.2017 - 2 U 113/16.

12 EuGH, Urt. v. 28.04.1998 - C-120/95 - „Decker/Caisse de maladie des employés privés“ Rn. 34 ff.

Anwendungsvoraussetzung für die Warenverkehrsfreiheit ist darüber hinaus nach herkömmlichem Verständnis¹³ ein grenzüberschreitender Bezug. In seiner neueren Rechtsprechung lässt der EuGH diesbezüglich bereits die Möglichkeit genügen, dass der streitige Sachverhalt zumindest auch ausländische Warenströme tangiert, sodass ein potenzieller grenzüberschreitender Bezug der streitigen hoheitlichen Maßnahme genügt.¹⁴ In Bezug auf in juristischen Prüfungen verwendbare Gesetzessammlungen folgt ein hohes Umsatzpotenzial aus dem Umstand, dass sich bundesweit allein im Jahr 2017 knapp 23.000 Kandidaten den beiden juristischen Staatsprüfungen gestellt haben.¹⁵ Es lässt sich daher nicht ausschließen, dass Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten Gesetzestexte in Deutschland anbieten und zu den Staatsprüfungen zugelassen wissen wollen, zumal deren Zusammenstellung anders als bei Kommentierungen formalisiert allein mithilfe der relevanten Gesetzblätter möglich ist und keine Kenntnis über deutsche Rechtsfragen verlangt. Ein grenzüberschreitender Bezug liegt auch vor, wenn in Deutschland ansässige Verlage ihre Gesetzessammlungen nicht im Inland, sondern in anderen Mitgliedstaaten durch externe Dienstleister drucken lassen, denn hieraus ergeben sich ebenfalls transnationale Warenströme.

2. Eingriff

Art. 34 f. AEUV qualifiziert mengenmäßige Beschränkungen (Kontingentierungen) und Maßnahmen gleicher Wirkung als Eingriffe in die Warenverkehrsfreiheit. Erstere spielen im vorliegenden Kontext keine Rolle. Den unbestimmten Rechtsbegriff der Maßnahmen gleicher Wirkung konkretisiert die aktuelle unionsgerichtliche Spruchpraxis im Sinne eines „Drei-Stufen-Tests“ dahin, dass er nationalitätsbezogene Diskriminierungen, produktbezogene Maßnahmen sowie Marktzugangsregeln erfasst, sofern sie belastend sind.¹⁶ Im Hinblick auf die Hilfsmittelbekanntmachungen ist allein das Kriterium des Marktzugangs von Bedeutung.

a. ...in Form einer Verwendungsbeschränkung

Der EuGH sieht eine Marktzugangsbeeinträchtigung im Fall einer Verringerung des innerunionalen Handels- bzw. genauer Einfuhrvolumens durch eine hoheitliche Maßnahme als gegeben an,¹⁷ wenn die Nachfrager durch etwaige Beschränkungen vom Kauf eines Produkts abgehalten werden.¹⁸ Es genügt, wenn sich das Einfuhrvolumen eines Produkts verringert, weil eine hoheitliche Maßnahme den Kreis der nachfragbaren Güter von ökonomischen Opportunitätserwägungen Dritter abhängig macht und dadurch de facto reduziert.¹⁹ Anderes gilt nur, wenn das Produkt trotz hoheitlicher Regelung alternativ nutzbar ist und diese Option praktikabel und nicht nur theoretisch ist.²⁰

In Bezug auf umfassende Gesetzessammlungen – wie die in den juristischen Prüfungen zugelassenen – fehlt es daran aber

hinsichtlich der Prüfungsteilnehmer mangels Verwendbarkeit im „Ernstfall“. Auch Rechtsanwälte greifen zunehmend weniger auf die in den Prüfungen zugelassenen Gesetzessammlungen zurück, sondern nutzen praktikablere – insbesondere online verfügbare – Rechtserkenntnisquellen. Damit bleiben allein Gerichte und Behörden als Abnehmer derartiger Werke in relevanten Größenordnungen; die diesbezüglichen Beschaffungsentscheidungen werden jedoch von staatlichen Stellen unabhängig von den Präferenzen der Betroffenen getroffen und sind daher nicht mit der Nachfrage durch private Marktteilnehmer vergleichbar, sodass sie keine rechtlich bedeutsame Nachfrage nach umfassenden Gesetzessammlungen wie den in den Staatsexamina zu verwendenden generieren können.

b. ...in Form einer Beschränkung der Privatautonomie

Darüber hinaus kann nach der unionsgerichtlichen Spruchpraxis auch eine Beeinträchtigung der Privatautonomie eine Marktzugangsbeschränkung mit sich bringen.²¹ Rechtsvorschriften, welche die Möglichkeiten der Konkurrenz mit marktpräsenten Unternehmen erschweren, weil sie die Wettbewerbsbedingungen und namentlich die Preisbildungsmechanismen beeinflussen, sind danach eine Marktzugangsbeschränkung. Gerade diese Voraussetzung erfüllt jedenfalls die rechtsgebietspezifische Festlegung einer einzigen Gesetzessammlung als zulässiges Examenshilfsmittel, weil dadurch aufgrund des i.d.R. bestehenden Strebens der Examenkandidaten nach bestmöglicher Ausstattung eine Art Mindestabsatz von beträchtlichem Umfang gesichert ist. Die Prüflinge unterliegen dabei in wirkungsbezogener Hinsicht einem Kontrahierungszwang, der ebenfalls den erforderlichen Marktzugangsbezug begründet. Nichts anderes gilt bei der Zulassung von weiteren Gesetzessammlungen ausschließlich konzernverbundener Anbieter.

3. Rechtfertigung

Eine Rechtfertigung der mit den Hilfsmittelbekanntmachungen verbundenen Eingriffe in die Warenverkehrsfreiheit ist

13 A.A. Kingreen in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 34 – 36 AEUV Rn. 16.

14 EuGH, Urt. v. 07.05.1997 - C-321/94 - „Pistre“ Rn. 44 f.

15 Vgl. dazu www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Justizstatistik/Juristen/Ausbildung_node.html (Stand: 2/2019).

16 Vgl. dazu Purnhagen, JZ 2012, 742, 742 f.

17 Vgl. zur Fallgruppenbildung Klenk, Die Grenzen der Grundfreiheiten, Diss. jur. FU Berlin (i.E.).

18 EuGH, Urt. v. 10.02.2009 - C-110/05 - „Kommission/Italien“ Rn. 56.

19 EuGH, Urt. v. 26.04.2012 - C-456/10 - „ANETT“ Rn. 40. Hintergrund der Entscheidung war eine rechtliche Verpflichtung von Tabakeinzelhändlern, nur die über Großhändler beziehbaren Tabakprodukte vertreiben zu dürfen.

20 EuGH, Urt. v. 10.02.2009 - C-110/05 - „Kommission/Italien“ Rn. 53 ff.

21 Klenk, Die Grenzen der Grundfreiheiten, Diss. jur. FU Berlin (i.E.).

mangels Einschlägigkeit des Art. 36 AEUV und in Anbetracht des Umstandes, dass es sich um unterschiedslos anwendbare Maßnahmen handelt, aus „zwingenden Gründen des Allgemeinwohls“ möglich. Grds. dient eine beschränkte Zulassung von Examenshilfsmitteln der Prüfungsgerechtigkeit und der Effektivierung des Prüfungsverfahrens im Sinne einer Steigerung der Verwaltungspraktikabilität,²² sodass eine Rechtfertigung möglich erscheint. Problematisch ist jedoch die Verhältnismäßigkeit der Ausgestaltung.

Für die Warenverkehrsfreiheit wie auch für die Grundfreiheiten im Übrigen²³ ist anerkannt, dass Zulassungen, die im freien behördlichen Ermessen stehen und nicht tatbestandlich vorab erkennbar gebunden sind, sondern generalklauselartig ansetzen, zu unbestimmt und damit grundfreiheitswidrig sind, weil sie den Betroffenen über den Umfang seiner Rechtsstellung im Unklaren lassen und deren Durchsetzung illusorisch werden lassen.²⁴ Entscheidend ist, dass die öffentliche Hand einseitig eine Befugnis zu einem Tun durch einen Hoheitsakt begründet,²⁵ ohne dass es auf die rechtliche Qualität der Zulassung ankäme. Die Beschränkung der als Hilfsmittel in juristischen Prüfungen nutzbaren Gesetzessammlungen ist nicht an vorab festgelegte Anforderungen gebunden, sondern steht im freien Ermessen der Landesjustizprüfungsämter. Dies genügt den aus der Warenverkehrsfreiheit ableitbaren Verhältnismäßigkeitserwägungen nicht.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass durch die Hilfsmittelbekanntmachungen de facto ein Beschaffungsvorgang gesteuert wird. Während Schleswig-Holstein die Gesetzessammlungen selbst erwirbt und insoweit vergaberechtlich zumindest Mindestbindungen unterliegt, verlagern die übrigen Länder – wohl allein aus Kostengründen – den Kauf der notwendigen Gesetzessammlungen auf die Prüfungskandidaten, wobei diesen kaum ein relevanter Spielraum hinsichtlich des Erwerbs an sich verbleibt und die Auswahlentscheidung durch die Hilfsmittelbekanntmachung abschließend getroffen wird. In derartigen Konstellationen legt die EuGH-Rechtsprechung eine Zurechnung der Handlungen Privater zum Staat nahe.²⁶ Damit wiederum geht eine Maßstäblichkeit des in den Grundfreiheiten einschließlich der Warenverkehrsfreiheit wurzelnden Primärvergaberechts einher, welches durch die Vergabegrundsätze des Wettbewerbs, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz geprägt ist.²⁷

Im Hinblick auf die Auswahl der zugelassenen Gesetzessammlungen fehlt es jedoch an jeglicher Transparenz; ein wie auch immer ausgestalteter Wettbewerb findet nicht statt. Eine diesbezügliche Rechtfertigung parallel zu den von der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bezug auf Grundrechte herangezogenen Aspekten erscheint zwar von vornherein nicht ausgeschlossen, schlägt aber nicht durch. Hinsichtlich der Verwaltungspraxis ist zu konstatieren, dass

eine fassbare Vereinfachung im Hinblick auf die Durchführung der Prüfungen mit staatlich vorgegebenen (derzeit wohl: vorausgesetzten Mindest-) Inhalten der zugelassenen Gesetzessammlungen nicht feststellbar ist. Auch sind keine Auswirkungen der Zulassung inhaltsgleicher Gesetzessammlungen auf die gebotene Chancengleichheit der Prüfungen erkennbar. Insoweit unterscheidet sich die Situation von derjenigen, die sich im Fall einer Parallelzulassung mehrerer Kommentare zu relevanten Gesetzestexten ergäbe, weil deren Inhalte jedenfalls im Detail unterschiedlich sind.

Letztlich erweist sich die überkommene Praxis der (nahezu) alternativlosen Festlegung bestimmter Gesetzessammlungen als zugelassene Hilfsmittel gemessen am Maßstab der Warenverkehrsfreiheit aus verschiedenen Gründen als unverhältnismäßig und daher europarechtswidrig. Die damit einhergehende Abweichung vom Ergebnis der Grundrechtsprüfung durch die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit ist weder überraschend noch ungewöhnlich, weisen doch Grundrechte und Grundfreiheiten unterschiedliche Schutzrichtungen auf.²⁸

II. Wettbewerbsrecht

Darüber hinaus ist die derzeitige Situation am Maßstab des europäischen Wettbewerbsrechts zu messen.²⁹ Aus Art. 106 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 102 AEUV folgt das Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung eines besonderen oder ausschließlichen Rechts aufgrund hoheitlicher Zuweisung.³⁰ Ein solches Recht liegt – ohne dass es in Anbetracht der Rechtsfolgen-gleichheit auf eine genaue Differenzierung ankäme³¹ – vor, wenn „einer begrenzten Zahl von Unternehmen durch Rechtsvorschrift ein Schutz verliehen [wird], der die Fähigkeit anderer

22 VG Berlin, Beschl. v. 07.11.2007 - 15 A 125/07 Rn. 27.

23 Vgl. dazu zur Dienstleistungsfreiheit EuGH, Urt. v. 05.07.2012 - C-318/10 - „SIAT“ Rn. 58; zur Arbeitnehmerfreizügigkeit EuGH, Urt. v. 15.10.1987 - 222/86 - „Unectef/Heylen“ Rn. 15; zur Kapitalverkehrsfreiheit EuGH, Urt. v. 01.06.1999 - C-302/97 - „Konle“ Rn. 44.

24 EuGH, Urt. v. 22.01.2002 - C-390/99 - „Canal Satélite Digital“ Rn. 43.

25 Vgl. dazu Korte in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, 13. Aufl. 2017, § 46 Rn. 38 ff.

26 Vgl. EuGH, Urt. v. 24.11.1982 - 249/81 - „Kommission/Irland“; EuGH, Urt. v. 09.12.1997 - C-265/95 - „Kommission/Frankreich“.

27 EuGH, Urt. v. 07.12.2000 - C-324/98 - „Telaustria und Telefonadress“ Rn. 60 ff.

28 Siehe nur zusammenfassend Ehlers in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 7 Rn. 13 f.

29 Zur Anwendbarkeit neben den Grundfreiheiten vgl. nur EuGH, Urt. v. 13.12.1991 - 18/88 - „RTT/GB-Inno“; EuGH, Urt. v. 18.06.1991 - C-260/89 - „ERT“; EuGH, Urt. v. 18.06.1998 - C-266/96 - „Corsica Ferries France“.

30 Dohms in: Wiedemann, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, § 35 Rn. 39 f.

31 Klotz in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2014, Art. 106 AEUV Rn. 22.

Unternehmen, die fragliche wirtschaftliche Tätigkeit im selben Gebiet zu im Wesentlichen gleichen Bedingungen auszuüben, wesentlich beeinträchtigen kann".³² Durch die Hilfsmittelbekanntmachungen³³ erhalten die begünstigten Verlagsunternehmen durch hoheitliche Entscheidung ein derartiges Recht, weil sie dem jeweiligen Produzenten der ausgewählten Gesetzessammlungen einen Mindestabsatz in Höhe der Nachfrage durch die Examenskandidaten garantieren, der anderen Verleger von (identischen) Gesetzestexten nicht zugutekommt. Dass dies nicht im Wege der expliziten Begründung eines „exklusiven Belieferungsrechts“ geschieht, sondern mittels an die Prüfungsteilnehmer gerichteter Vorgaben, ist unerheblich.

Aus den Hilfsmittelbekanntmachungen ergibt sich zudem ohne Weiteres eine marktbeherrschende Stellung der betreffenden Anbieter. Infolge der fehlenden Austauschbarkeit³⁴ der Gesetzessammlungen in der spezifischen Verwendungssituation ist von einem eigenständigen Markt für als Examenshilfsmittel zugelassene Gesetzeswerke auszugehen.

Ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot setzt kein vorsätzliches Verhalten des begünstigten Unternehmens voraus. Nach der EuGH-Rechtsprechung genügt es, wenn eine hoheitliche Maßnahme die marktbeherrschende Stellung herbeiführt, dass die geschaffene Rechtslage das Potenzial der Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung bietet.³⁵ In seiner DEI-Entscheidung, die sich auf einen vom griechischen Staat beherrschten Stromerzeuger bezog, dem über 90 % des Rechts zum Abbau von Braunkohle übertragen und damit eine marktbeherrschende Stellung eingeräumt wurde, hat der EuGH einen Verstoß gegen die Art. 106 Abs. 1, Art. 102 AEUV bejaht, weil Griechenland dadurch eine Situation geschaffen habe, in der die Marktchancen aufgrund unterschiedlicher Zugangsmöglichkeiten zu einem für die Stromerzeugung wichtigen Rohstoff unterschiedlich verteilt seien.³⁶ Gleiches gilt für die Entscheidungen der Landesjustizprüfungsämter über die in den juristischen Examina zulässigen Gesetzestexte. Indem die zugehörigen Bekanntmachungen ausschließliche (oder ggf. besondere) Rechte verleihen, bewirken sie eine Ungleichheit der Chancen von Wirtschaftsteilnehmern, weil anderen Unternehmen dadurch ein krisensicherer und von wirtschaftlichen Schwankungen unabhängiger Absatzmarkt verschlossen bleibt. Die daraus resultierende (Möglichkeit einer) Wettbewerbsverfälschung beruht folglich gerade auf den hoheitlichen Entscheidungen über die Hilfsmittelzulassung.

Hinsichtlich der von Art. 102 Abs. 1 AEUV geforderten zwischenstaatlichen Handelsbeschränkung gilt schließlich nichts anderes³⁷ als das in Bezug auf die Warenverkehrsfreiheit Ausgeführte. Soweit diese nicht bereits aufgrund der Erfüllung des Missbrauchstatbestands als gegeben anzusehen ist,³⁸ folgt die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung jedenfalls aus dem Umstand, dass die Hilfsmittelfestlegun-

gen der Landesjustizprüfungsämter dazu führen, dass andere als die zugelassenen Gesetzestexte den Examenskandidaten nicht angeboten werden können.

D. Fazit

In ihrer derzeit praktizierten Form verstoßen die Festlegungen der Hilfsmittelbekanntmachungen der Landesjustizprüfungsämter hinsichtlich der in juristischen Prüfungen verwendbaren Gesetzessammlungen gegen die Warenverkehrsfreiheit, Art. 34 f. AEUV, sowie gegen das Verbot des Missbrauchs einer durch ein Sonderrecht eingeräumten marktbeherrschenden Stellung, Art. 106 Abs. 1, Art. 102 Abs. 1 AEUV. Dem kann und muss entweder durch weitergehende Parallelzulassungen oder verfahrensrechtliche Vorkehrungen hinsichtlich der Auswahlentscheidung abgeholfen werden. Zwar steht außer Frage, dass die Organisation und Durchführung von staatlichen Prüfungen nicht in erster Linie aus wirtschaftlicher Perspektive zu bewerten sind. Vielmehr sind die Chancengleichheit der Kandidaten und die Praktikabilität zu gewährleisten. Dies ändert aber nichts daran, dass gerade die juristischen Prüfungen für Fachverlage ein bedeutendes (potenzielles) Geschäftsfeld sind und daher zumindest auch als solches wahrgenommen und unter Berücksichtigung dieses Umstandes geregelt werden müssen. Die diesbezügliche Unwilligkeit der Landesjustizprüfungsämter trägt dem ebenso wenig Rechnung wie die von den Verwaltungsgerichten allein anerkannte Reflexhaftigkeit der wirtschaftlichen Auswirkungen der Hilfsmittelentscheidungen. Dass sich auf nationaler Ebene das sachnächste Grundrecht der Berufsfreiheit bislang als wirkungslos erwiesen hat, fügt sich in dessen Wirkungsschwäche im Allgemeinen³⁹ ein. Die markt- und wettbewerbsbezogenen Gewährleistungen des Europarechts bilden insoweit ein notwendiges, wenn auch in ihrer Bedeutung regelmäßig unterschätztes Korrektiv, ohne einer sachgerechten Ausgestaltung des Prüfungsgeschehens entgegenzustehen.

32 EuGH, Urt. v. 25.10.2001 - C-475/99 - „Ambulanz Glöckner“ Rn. 24.

33 Der EuGH hat anerkannt, dass die Begründung von Sonderrechten keiner nach außen wirkenden Entscheidung bedarf, EuGH, Urt. v. 21.09.1999 - C-67/96 - „Albany“ Rn. 88 ff.; Dohms in: Wiedemann, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, § 35 Rn. 42.

34 Zum Bedarfsmarktkonzept siehe etwa Füller in: Bornkamm/Montag/Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht I, 2. Aufl. 2015, Einl. Rn. 1052 ff.

35 Vgl. dazu schon EuGH, Urt. v. 01.07.2008 - C-49/07 - „MOTOE“ Rn. 48 ff.

36 EuGH, Urt. v. 17.07.2014 - C-553/12 P - „Kommission/DEI“ Rn. 46 f.

37 EuGH, Urt. v. 11.07.1985 - 42/84 - „Remia/Kommission“ Rn. 22.

38 In diese Richtung EuGH, Urt. v. 21.01.1999 - C-215/96 und C-216/96 - „Bagnasco“ Rn. 60; EuG, Urt. v. 10.07.1991 - T-69/89 - „RTE/Kommission“ Rn. 77.

39 Siehe nur Ruffert in: Epping/Hillgruber, BeckOK, GG, Art. 12 Rn. 58 ff., Stand 5/2019; Hufen, NJW 1994, 2913 ff.

Ärzteprivileg zur Führung einer Gewebekbank BVerwG, Urt. v. 24.01.2019 - 3 C 5/17

RiOVG Dr. Wolfgang Kiefer

A. Problemstellung

Zahlreiche Kliniken in Deutschland betreiben eine „Knochenbank“, bei der von lebenden Menschen entnommene Knochen und Knochenteile zur Anwendung bei anderen Patienten aufbereitet und gelagert werden. Hierdurch wird Gewebe im Sinne des Transplantationsgesetzes (TPG) entnommen und bearbeitet. Die Gewinnung und Bearbeitung von menschlichem Gewebe ist dem Arzneimittelrecht zugeordnet. Im Umgang mit humanbiologischen Materialien bedarf es bereichsspezifischer Vorkehrungen zur Verhütung der Übertragung von Krankheiten. Zum Schutz der menschlichen Gesundheit müssen bei der Entnahme, Gewinnung, Untersuchung, Be- und Verarbeitung, Aufbewahrung und Konservierung von Geweben hohe Sicherheitsstandards eingehalten werden.¹ Auch bei der Transplantation von Knochen besteht wie bei anderen Gewebeübertragungen das Risiko der Übertragung von Viren, die schwerwiegende Erkrankungen beim Empfänger auslösen können. Daher müssen durch die Auswahl der Spender (Anamnese, körperliche Untersuchung, Laboruntersuchungen) und eine sachgerechte Aufbereitung der Knochentransplantate die Risiken der Krankheitsübertragung minimiert werden.² Der Schutz der Patienten vor Gesundheitsgefahren rechtfertigt einen Erlaubnisvorbehalt in § 20b des Arzneimittelgesetzes (AMG) für die Gewinnung von Gewebe und die Laboruntersuchungen, weil nur durch eine vorherige Überprüfung die Einhaltung der erforderlichen Entnahme- und Bearbeitungsstandards gewährleistet werden kann. Eine Knochenbank kann aber – auch in einem Krankenhaus – dann erlaubnisfrei betrieben werden, wenn sichergestellt ist, dass die Entnahme und Transplantation in der fachlichen Verantwortung desselben Arztes vorgenommen wird. § 20d AMG enthält eine Ausnahme von der Erlaubnispflicht für die Gewinnung von Gewebe durch einen Arzt, wenn dieser Arzt das Gewebe oder die von ihm hergestellte Gewebezubereitung persönlich bei seinem Patienten anwendet (sog. Ärzteprivileg).³ Problematisch ist, ob auch die Laboruntersuchungen unter der Verantwortung ein- und desselben Arztes durchgeführt werden müssen.

B. Gegenstand und Inhalt der Entscheidung

Gegenstand der Entscheidung ist die Reichweite des sog. Ärzteprivilegs zur erlaubnisfreien Führung einer Gewebekbank nach § 20d AMG. Der Kläger ist Leiter der Abteilung für Orthopädische Chirurgie eines Kreiskrankenhauses. Er beantragte die Erteilung einer Erlaubnis zur Fortführung der be-

stehenden klinikeigenen Knochenbank, in der bei Operationen anfallende Oberschenkelknochenköpfe (Femurköpfe) als Spendermaterial zur Verwendung bei anderen Patienten aufbereitet und vorgehalten wurden. Hierzu führte er aus, die Laboruntersuchungen würden grds. im klinikeigenen Labor durchgeführt, der vorgeschriebene Test von Spendern auf Syphilis sowie die Überprüfung der Keimsituation erfolgten durch externe, hierfür zertifizierte Einrichtungen. Die Regierung von Oberfranken untersagte dem Kläger die Weiterführung der lokalen Knochenbank mit der Begründung, die Voraussetzungen einer erlaubnisfreien Fortführung der Gewebekbank lägen nicht vor, weil die hierfür erforderliche unmittelbare fachliche Verantwortung des Klägers im Fall der Weitergabe von Tätigkeiten an ein externes Labor nicht sichergestellt sei. Auf die dagegen erhobene Klage hob das VG Regensburg die Untersagungsverfügung auf mit der Begründung, die Knochenbank könne erlaubnisfrei fortgeführt werden, weil hierfür die persönliche Durchführung der serologischen Tests durch den verantwortlichen Arzt nicht erforderlich sei. Der Arzt müsse zwar das Gewebe selbst entnehmen und selbst bei seinen eigenen Patienten anwenden. Tätigkeiten, auf die sich auch eine Erlaubnis nicht beziehen würde – wie hier die fragliche Laboruntersuchung –, müsse der Arzt aber nicht selbst durchführen.

Auf die Berufung des Beklagten hat der VGH München die erstinstanzliche Entscheidung geändert und die Klage abgewiesen. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts sei für eine erlaubnisfreie Gewebekbank erforderlich, dass der Arzt alle Tätigkeiten in der Hand behalte und damit auch die notwendigen Untersuchungen nach dem TPG selbst durchführe. Die Revision des Klägers hiergegen blieb ohne Erfolg. Das BVerwG hat entschieden, dass die Ausnahmenvorschrift des § 20d AMG nur Anwendung findet, wenn der das Gewebe oder die Gewebezubereitung bei seinen Patienten anwendende Arzt alle hierfür anfallenden Tätigkeiten selbst fachlich verantwortet und nicht an externe Stellen überträgt. Nach § 20b Abs. 1 Satz 1 AMG bedarf eine Einrichtung, die zur Verwendung bei Menschen bestimmte Gewebe i.S.v. § 1a Nr. 4 TPG gewinnen oder die für die Gewinnung erforderlichen Laboruntersuchungen durchführen will, einer Erlaubnis. Über eine solche Erlaubnis verfügte der Kläger nicht. Nach der Ausnahmenvorschrift des § 20d Satz 1 AMG bedarf einer Erlaubnis nicht eine Person, die Arzt ist oder sonst zur Ausübung der Heilkunde bei Menschen befugt ist und die dort genannten Tätigkeiten mit Ausnahme des Inverkehrbringens

1 Vgl. BT-Drs. 16/3146, S. 3 und BT-Drs. 16/5443, S. 57.

2 Vgl. dazu im Einzelnen die Richtlinien zum Führen einer Knochenbank, abgedruckt im Deutsches Ärzteblatt 2001; 98(15):A-1011/B-841/C-786.

3 Vgl. Pannenbecker in: Kügel/Müller/Hofmann, Arzneimittelgesetz, Kommentar, § 20d Rn. 4.

ausübt, um das Gewebe oder die Gewebezubereitung persönlich bei ihren Patienten anzuwenden. Die Inanspruchnahme dieses Ärzteprivilegs setzt nach Ansicht des BVerwG voraus, dass der das Gewebe bei seinen Patienten anwendende Arzt alle hierfür anfallenden, an sich erlaubnispflichtigen Tätigkeiten selbst fachlich verantwortet und nicht auf externe Stellen überträgt. Dieses Ergebnis hat das BVerwG aus dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte der Norm, bestätigt durch eine systematische Betrachtung, hergeleitet. Der Gesetzgeber habe sich dafür entschieden, nur eine eng begrenzte Ausnahme vom Grundsatz der Erlaubnispflicht für die Gewinnung und Verarbeitung von menschlichem Gewebe zuzulassen, bei der alle Verfahrensschritte „in einer Hand“ verbleiben. Diese Voraussetzung war im konkreten Fall hinsichtlich der Durchführung der für die Gewinnung der Gewebe erforderlichen Laboruntersuchungen, mit denen die Gewebespende (mindestens) auf HIV 1 und 2, Hepatitis B und C sowie Syphilis getestet werden, nicht erfüllt.

C. Kontext der Entscheidung

Zur Behandlung ausgedehnter Knochendefekte vor allem bei Wechseloperationen von ausgelockerten Schulter-, Hüft-, Knie- und Sprunggelenkprothesen ist eine Knochen transplantation häufig unverzichtbar.⁴ Zur Auffüllung eines knöchernen Defekts stehen dem behandelnden Arzt verschiedene Verfahren zur Verfügung (z.B. Knochen vom Rind, Zement, Gewinnung von Knochen aus dem Becken des Patienten selbst). Eine weitere Möglichkeit stellt die Transplantation von aus menschlichen Hüftköpfen gewonnenen Knochen dar. Bei der Implantation von Hüftprothesen müssen die Hüftköpfe entfernt werden, um die Einbringung des Hüftgelenkersatzes überhaupt durchführen zu können. Ist der Patient einverstanden, dass sein Hüftkopf der Knochenbank zur Verfügung gestellt wird, wird das gespendete Knochenmaterial dort einem aufwendigen Aufbereitungsverfahren unterzogen und gefrierkonserviert. Da insbesondere die Notwendigkeit einer Hüftprothese ab einem gewissen Alter jeden ereilen kann und es auf der Hand liegt, dass biologisches Material grds. besser geeignet ist als Knochenersatzstoffe, besteht ein erhebliches allgemeines Interesse an dem Betrieb solcher Knochenbanken.

D. Auswirkungen für die Praxis

Erachtet man es mit dem BVerwG nach der geltenden Gesetzeslage für notwendig, dass der das Gewebe oder die Gewebezubereitung bei seinen Patienten anwendende Arzt auch die Durchführung der für die Gewinnung der Gewebe erforderlichen Laboruntersuchungen (Spendertest) selbst fachlich verantwortet, um sich auf die Erlaubnisfreiheit nach § 20d AMG berufen zu können, so ist zu befürchten,

dass das in dieser Vorschrift geregelte „Ärzteprivileg“ weitgehend leerläuft. Bereits bei einem klinikeigenen Labor in einer anderen Abteilung des Krankenhauses wäre die geforderte Personenidentität nicht mehr gegeben. Erst recht gilt dies bei der Beauftragung eines externen Labors. Es steht zu erwarten, dass die nach dem BVerwG gebotene enge Auslegung,⁵ wonach bei der Gewinnung und Verarbeitung von menschlichem Gewebe alle Verfahrensschritte einschließlich der Laboruntersuchungen in einer Hand verbleiben müssen, zahlreiche Krankenhäuser, bei denen ein Arzt eine Knochenbank betreibt, dazu zwingt, eine Erlaubnis nach § 20b AMG zu beantragen.

E. Bewertung

Das BVerwG hat in seiner Entscheidung selbst eingeräumt, dass hinsichtlich der konkret streitigen Laboruntersuchung für die Spendertestung Qualitätsrisiken aufgrund der Durchführung in einem externen Untersuchungslabor schwer vorstellbar sind. Zwar können sich aus einer Aufspaltung der Tätigkeiten bei der Be- und Verarbeitung der Gewebezubereitung – etwa im Hinblick auf Hygienefragen – Risiken durchaus ergeben. Bei der Spendertestung ist das Gewebe oder die Gewebezubereitung aber nicht unmittelbar betroffen. Untersucht und an das externe Labor versendet wird vielmehr nur das Blut des spendenden Patienten. Dass hierdurch besondere Risiken für die Gewebezubereitung oder den Patienten begründet werden könnten, ist nicht ersichtlich. Vielmehr erscheint es gerade im Hinblick auf Qualitätsstandards wenig naheliegend, den das Gewebe anwendenden Arzt persönlich zur Spendertestung zu verpflichten, obwohl er regelmäßig weder über eine vergleichbare Sachkunde noch über eine entsprechende Ausstattung wie ein Untersuchungslabor verfügen wird. Im Übrigen ist auch der Inhaber einer Erlaubnis nach § 20b Abs. 1 Satz 1 AMG nicht verpflichtet, diese Untersuchungen selbst durchzuführen. Aus § 20b Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 AMG ergibt sich nur, dass der Erlaubnisinhaber zu gewährleisten hat, dass die Laboruntersuchungen nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft und Technik sowie nach den Vorschriften des Transplantationsgesetzes vorgenommen werden. Nach § 8d Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TPG hat die Gewebeeinrichtung sicherzustellen, dass die für

4 Vgl. etwa einen Bericht der Helios Endo-Klinik Hamburg, wonach dort in dem Zeitraum von 1983 bis 2017 insgesamt 19.317 Knochen transplantate bei Wechseloperationen erfolgreich verwendet wurden (www.heliosaktuell.de/regionen/nord/knochenspenden-seit-33-jahren-bei-prothesenwechsel-eingesetzt; zuletzt abgerufen am 20.08.2019).

5 Vgl. zur Notwendigkeit einer engen Auslegung der Bestimmung: Rehmann, AMG-Kommentar, 4. Aufl., § 20d Rn. 1.

Gewebespende nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft und Technik erforderlichen Laboruntersuchungen in einem Untersuchungslabor durchgeführt werden, dem eine Erlaubnis nach dem AMG erteilt wurde (vgl. § 8a Satz 1 TPG). Eine Entnahmeeinrichtung, die über eine Erlaubnis verfügt, muss die für die Gewinnung erforderlichen Laboruntersuchungen daher nicht selbst durchführen. Sie ist lediglich dafür verantwortlich, dass eine entsprechende Laboruntersuchung tatsächlich durchgeführt wird.⁶ Aus Qualitätssicherungsgründen ist daher kein Grund erkennbar, warum ein anwendender Arzt diese Untersuchungen selbst durchführen müsste. Dies erscheint angesichts der Häufigkeit von Laboruntersuchungen durch spezialisierte

Labore im medizinischen Alltag auch lebensfremd. Zum Schutz der Patienten ist es ausreichend, wenn die Entnahme und Transplantation in der fachlichen Verantwortung desselben Arztes vorgenommen wird. Angesichts dieses Befunds ist der Gesetzgeber aufgerufen zu handeln und durch eine Änderung des Gesetzes dafür Sorge zu tragen, dass Ärzte auch künftig weiterhin zum Wohle der Allgemeinheit Gewebe- bzw. Knochenbanken erlaubnisfrei betreiben können, ohne zugleich für die Laboruntersuchungen verantwortlich zeichnen zu müssen.

⁶ Vgl. BR-Drs. 937/07, S. 21.

Steuerrecht

Das neue Reisekostenrecht in der Rechtsprechung des BFH

RiBFH Dr. Roland Krüger

A. Einleitung

Das steuerliche Reisekostenrecht wurde durch das Gesetz zur Änderung und Vereinfachung der Unternehmensbesteuerung und des steuerlichen Reisekostenrechts vom 20.02.2013 umfassend reformiert.¹ Das neue Reisekostenrecht gilt seit dem Veranlagungszeitraum 2014. Mit einer Reihe von Urteilen aus April 2019 hat der BFH nun erstmalig zum neuen Reisekostenrecht entschieden. Diese Entscheidungen beschäftigen sich in erster Linie mit der Auslegung des neu in das EStG eingefügten Begriffs der ersten Tätigkeitsstätte. Die erste Tätigkeitsstätte hat den Begriff der regelmäßigen Arbeitsstätte des bis 2013 geltenden Rechts abgelöst. Bei der ersten Tätigkeitsstätte und deren Legaldefinition in § 9 Abs. 4 EStG handelt es sich um eine zentrale Neuerung des steuerlichen Reisekostenrechts. Angesichts der großen praktischen Bedeutung dieser Rechtsmaterie für nahezu alle Steuerpflichtigen lohnt sich ein Blick auf die ersten BFH-Urteile zum neuen Recht.

B. Abziehbarkeit beruflich veranlasster Fahrtkosten

Beruflich veranlasste Fahrtkosten können nach ständiger Rechtsprechung des BFH als Erwerbsaufwendungen (Betriebsausgaben, Werbungskosten) abgezogen werden. Dies galt schon bisher.² Hieran hat sich durch die gesetzliche Neuregelung ab dem Veranlagungszeitraum 2014 nichts

geändert.³ Mit der Neufassung des § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 EStG und mit dem neu in das Gesetz eingefügten § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4a EStG bestätigt der Gesetzgeber vielmehr ausdrücklich, dass zu den Werbungskosten auch Aufwendungen des Arbeitnehmers für die Wege zwischen Wohnung und erster Tätigkeitsstätte sowie Aufwendungen für sonstige beruflich veranlasste Fahrten gehören.

Der Abzug der Fahraufwendungen für Fahrten zwischen Wohnung und erster Tätigkeitsstätte ist allerdings der Höhe nach durch § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 EStG begrenzt. Eine solche Begrenzung galt auch bereits nach dem alten Reisekostenrecht für die Fahrten zwischen Wohnung und regelmäßiger Arbeitsstätte. Diese Begrenzung hat der BFH in ständiger Rechtsprechung gebilligt und als verfassungsgemäß angesehen. Daran hält er auch zum neuen Reisekostenrecht fest.

C. Entfernungspauschale auch unter Geltung des neuen Reisekostenrechts verfassungsgemäß

Zur Abgeltung der Aufwendungen des Arbeitnehmers für die Wege zwischen Wohnung und erster Tätigkeitsstätte i.S.d.

¹ BGBl. I 2013, 285.

² BFH, Urt. v. 08.08.2013 - VI R 72/12 Rn. 12; BFH, Urt. v. 31.08.2016 - VI R 14/16 Rn. 10.

³ BFH, Urt. v. 04.04.2019 - VI R 27/17 Rn. 10.

§ 9 Abs. 4 EStG ist für jeden Arbeitstag, an dem der Arbeitnehmer die erste Tätigkeitsstätte aufsucht, gem. § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 Sätze 1 und 2 EStG grds. eine Entfernungspauschale für jeden vollen Kilometer der Entfernung zwischen Wohnung und erster Tätigkeitsstätte von 0,30 € anzusetzen.

Nach der Rechtsprechung des BFH begegnet es keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, dass durch diese Entfernungspauschale die Aufwendungen des Arbeitnehmers für seine Fahrten zwischen Wohnung und erster Tätigkeitsstätte abgegolten werden. Der Gesetzgeber hat das ihm eingeräumte Regelungsermessen hierdurch nicht überschritten. Diese, die beruflichen Mobilitätskosten nur eingeschränkt berücksichtigenden Regelungen erweisen sich für den Fall der immer wiederkehrenden Fahrten zu einer ersten Tätigkeitsstätte vielmehr als sachgerechte und folgerichtige Ausnahme vom objektiven Nettoprinzip. Eine Verletzung von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten des Steuerpflichtigen durch die Anwendung der regelmäßig werbungskostenabzugsbeschränkend wirkenden Entfernungspauschale liegt nicht vor. Denn es gilt generalisierend und typisierend der Regelfall, dass sich der Arbeitnehmer in unterschiedlicher Weise auf die immer gleichen Wege zwischen Wohnung und erster Tätigkeitsstätte einstellen und so auf eine Minderung der Wegkosten hinwirken kann.⁴

Die Ausführungen des BFH zur Verfassungsmäßigkeit der Entfernungspauschale nach neuem und nach altem Reisekostenrecht entsprechen sich in der Sache weitgehend. Das neue Recht hat insoweit also keine Veränderung in der rechtlichen Beurteilung mit sich gebracht. Etwas anderes war auch nicht zu erwarten.

D. Erste Tätigkeitsstätte i.S.v. § 9 Abs. 4 EStG

Der Begriff der ersten Tätigkeitsstätte in § 9 Abs. 4 EStG stellt eine der zentralen Neuerungen des ab 2014 geltenden Reisekostenrechts dar. Er ersetzt den Begriff der regelmäßigen Arbeitsstätte, der bis zum Veranlagungszeitraum 2013 maßgeblich war.

I. Der Begriff der regelmäßigen Arbeitsstätte in der bisherigen Rechtsprechung des BFH

Im Gegensatz zur ersten Tätigkeitsstätte hatte der Gesetzgeber die regelmäßige Arbeitsstätte nicht legal definiert. Der BFH hat den Begriff der regelmäßigen Arbeitsstätte im Laufe der Zeit unterschiedlich ausgelegt. Die Rechtsentwicklung war insoweit nicht frei von gewissen Brüchen. In dem vorliegenden Beitrag geht es jedoch nicht darum, diese Entwicklung im Einzelnen nachzuvollziehen. Für das Verständnis und die Einordnung des neuen Reisekostenrechts ist es aber unerlässlich, den Begriff der regelmäßigen Arbeitsstät-

te nochmals kurz zu betrachten. Zuletzt ging der BFH insoweit von folgenden Grundsätzen aus:

Regelmäßige Arbeitsstätte i.S.d. § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 EStG a.F. war die dauerhafte betriebliche Einrichtung des Arbeitgebers, der der Arbeitnehmer zugeordnet war und die er nachhaltig, fortdauernd und immer wieder aufsuchte. Das war regelmäßig der Betrieb, Zweigbetrieb oder eine Betriebsstätte des Arbeitgebers, denen der Arbeitnehmer zugeordnet war und die er nicht nur gelegentlich, sondern mit einer gewissen Nachhaltigkeit, also fortdauernd und immer wieder aufsuchte.⁵ Eine Arbeitsstätte war allerdings nicht jeder beliebige Tätigkeitsort, sondern der Ort, an dem der Arbeitnehmer typischerweise seine Arbeitsleistung im Schwerpunkt zu erbringen hatte. Insofern war entscheidend, wo sich der ortsgebundene Mittelpunkt der beruflichen Tätigkeit eines Arbeitnehmers befand. Dort lag die eine regelmäßige Arbeitsstätte, die ein Arbeitnehmer nur haben konnte. Dieser Mittelpunkt der dauerhaft angelegten beruflichen Tätigkeit bestimmte sich nach den qualitativen Merkmalen einer wie auch immer gearteten Arbeitsleistung, die der Arbeitnehmer an dieser Arbeitsstätte im Einzelnen wahrnahm oder wahrzunehmen hatte, sowie nach dem konkreten Gewicht der dort verrichteten Tätigkeit.⁶

II. Der Begriff der ersten Tätigkeitsstätte

Diese Begriffsbestimmung hat der Gesetzgeber in das neue Reisekostenrecht bewusst nicht übernommen. Er hat den Begriff der regelmäßigen Arbeitsstätte sogar ganz aus dem EStG gestrichen und an seine Stelle die erste Tätigkeitsstätte gesetzt.

Im Gegensatz zum bisherigen Recht enthält das EStG in § 9 Abs. 4 Satz 1 EStG nunmehr auch eine gesetzliche Definition des Begriffs der ersten Tätigkeitsstätte. Erste Tätigkeitsstätte ist hiernach die ortsfeste betriebliche Einrichtung des Arbeitgebers, eines verbundenen Unternehmens (§ 15 AktG) oder eines vom Arbeitgeber bestimmten Dritten, der der Arbeitnehmer dauerhaft zugeordnet ist.

Diese Legaldefinition vermittelt auf den ersten Blick einen gewissen Gewinn an Rechtssicherheit. Sie enthält indessen ihrerseits wiederum eine Vielzahl unbestimmter und auslegungsbedürftiger Rechtsbegriffe. Der VI. Senat des BFH hat sich nun der Aufgabe gewidmet, die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 9 Abs. 4 EStG auszulegen. Es spricht vieles dafür, dass diese Rechtsprechung längere Zeit Bestand haben wird. Dies wäre auch deshalb wünschenswert, um den Beteiligten bei der Anwendung des lohnsteuerrechtlichen Massenfallrechts eine gewisse Planungssicherheit zu geben.

⁴ BFH, Urt. v. 04.04.2019 - VI R 27/17 Rn. 31.

⁵ BFH, Urt. v. 26.02.2014 - VI R 68/12 Rn. 11 m.w.N.

⁶ BFH, Urt. v. 19.01.2012 - VI R 36/11 Rn. 11; BFH, Urt. v. 09.06.2011 - VI R 36/10 Rn. 15.

1. Ortsfeste betriebliche Einrichtung

Die erste Tätigkeitsstätte setzt eine ortsfeste betriebliche Einrichtung voraus. Ortsfeste betriebliche Einrichtungen sind nach der Rechtsprechung des BFH räumlich zusammengefasste Sachmittel, die der Tätigkeit des Arbeitgebers, eines verbundenen Unternehmens oder eines vom Arbeitgeber bestimmten Dritten dienen und mit dem Erdboden verbunden oder dazu bestimmt sind, überwiegend standortgebunden genutzt zu werden.⁷

Eine (großräumige) erste Tätigkeitsstätte liegt dabei auch dann vor, wenn eine Vielzahl solcher Mittel, die für sich betrachtet selbständige betriebliche Einrichtungen darstellen können (z.B. Werkstätten und Werkshallen, Büroetagen und -gebäude sowie Verkaufs- und andere Wirtschaftsbauten), räumlich abgrenzbar in einem organisatorischen, technischen oder wirtschaftlichen Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit des Arbeitgebers, eines verbundenen Unternehmens oder eines vom Arbeitgeber bestimmten Dritten stehen. Demgemäß kommt als eine solche erste Tätigkeitsstätte auch ein großflächiges und entsprechend infrastrukturell erschlossenes Gebiet in Betracht.⁸

Der BFH orientierte sich bei diesen Ausführungen in gewisser Weise an der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Großräumigkeit einer regelmäßigen Arbeitsstätte. Davon zu unterscheiden ist der in § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4a Sätze 3 und 4 EStG neu in das Gesetz aufgenommene Begriff des weiträumigen Tätigkeitsgebiets. Ein solches kann nach dem Gesetz nur vorliegen, wenn der Arbeitnehmer keine erste Tätigkeitsstätte hat. Das dem BFH vorliegende Fallmaterial erlaubte bisher keine Ausführungen des Gerichts zur Auslegung des weiträumigen Tätigkeitsgebiets in § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4a Sätze 3 und 4 EStG. Gesichert ist nunmehr lediglich, dass ein solches weiträumiges Tätigkeitsgebiet jedenfalls nicht vorliegt, wenn eine großräumige erste Tätigkeitsstätte gegeben ist. Für das Vorliegen einer großräumigen Tätigkeitsstätte hat der BFH verschiedene Beispiele aufgezählt. Es kann sich bspw. um Werksanlagen, Betriebsgelände, Bahnhöfe oder Flughäfen handeln.

Die betriebliche Einrichtung muss außerdem ortsfest sein. Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass Fahrzeuge jeder Art (z.B. Züge, Lkw, Anhänger, Wohnmobile, Flugzeuge, Schiffe etc.) grds. keine erste Tätigkeitsstätte darstellen können, da sie grds. nicht überwiegend standortgebunden genutzt werden. Aber auch von diesem Grundsatz gibt es Ausnahmen. So kann ein während der Sommermonate auf einem Campingplatz langfristig abgestellter Anhänger, in dem ein Arbeitnehmer mit dem Verkauf von Lebensmitteln und Ähnlichem beschäftigt ist, durchaus eine ortsfeste betriebliche Einrichtung darstellen. Denn der Anhänger wird inso-

weit ortsbunden genutzt. Nichts anderes trifft z.B. auf ein Hotelschiff oder ein Hausboot zu, das langfristig an seinem Liegeplatz verbleibt und dort ortsbunden vergleichbar mit einem Gebäude genutzt wird.

2. Zurechnung der betrieblichen Einrichtung

Nach dem früheren Reisekostenrecht konnten Arbeitnehmer eine regelmäßige Arbeitsstätte nur an betrieblichen Einrichtungen des Arbeitgebers begründen. Leiharbeiter hatten daher nach altem Recht grds. keine regelmäßige Arbeitsstätte.⁹ Der Gesetzgeber hat diese Rechtsfolge der vom BFH vertretenen Definition der regelmäßigen Arbeitsstätte nicht gebilligt. Er hat in § 9 Abs. 4 Satz 1 EStG deshalb ausdrücklich festgelegt, dass als erste Tätigkeitsstätte nicht nur eine ortsfeste Einrichtung des Arbeitgebers, sondern auch die eines verbundenen Unternehmens (§ 15 AktG) oder eines vom Arbeitgeber bestimmten Dritten in Betracht kommt.

Diese gesetzliche Neuregelung führt zu einer erheblichen Ausweitung des Begriffs der ersten Tätigkeitsstätte gegenüber dem der regelmäßigen Arbeitsstätte. Denn der Arbeitgeber kann den Dritten, dessen betrieblicher Einrichtung er den Arbeitnehmer zuordnet, grds. frei bestimmen. Er kann den Arbeitnehmer z.B. auch der betrieblichen Einrichtung eines Kunden oder eines sonstigen Geschäftspartners zuordnen.¹⁰ Auch Leiharbeiter können daher nunmehr, sofern die übrigen Voraussetzungen einer ersten Tätigkeitsstätte vorliegen, im Betrieb des Entleihers eine erste Tätigkeitsstätte begründen.¹¹

3. Zuordnung des Arbeitnehmers

Nach der gesetzlichen Konzeption und der die Neuordnung des steuerlichen Reisekostenrechts prägenden gesetzgeberischen Grundentscheidung wird die erste Tätigkeitsstätte vorrangig anhand der arbeits(vertrag)- oder dienstrechtlichen Zuordnung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber bestimmt.¹² Lediglich hilfsweise kommen für die Zuordnung des Arbeitnehmers quantitative Kriterien zur Anwendung. Diese sind in § 9 Abs. 4 Satz 4 EStG genannt. Bei Fehlen einer eindeutigen dienst- oder arbeitsrechtlichen Zuordnung ist erste Tätigkeitsstätte hiernach die betriebliche Einrichtung, an der der Arbeitnehmer dauerhaft typischerweise arbeits-tätig werden soll oder je Arbeitswoche zwei volle

7 BFH, Urt. v. 04.04.2019 - VI R 27/17 Rn. 13.

8 BFH, Urt. v. 11.04.2019 - VI R 40/16 Rn. 20.

9 BFH, Urt. v. 17.06.2010 - VI R 35/08.

10 BFH, Urt. v. 11.04.2019 - VI R 12/17 Rn. 27.

11 BFH, Urt. v. 10.04.2019 - VI R 6/17 Rn. 30.

12 BFH, Urt. v. 04.04.2019 - VI R 27/17 Rn. 15.

Arbeitstage oder mindestens ein Drittel seiner vereinbarten regelmäßigen Arbeitszeit tätig werden soll.

In erster Linie wird die Zuordnung des Arbeitnehmers zu einer ortsfesten betrieblichen Einrichtung nach § 9 Abs. 4 Satz 2 EStG somit durch die dienst- oder arbeitsrechtlichen Festlegungen sowie die diese ausfüllenden Absprachen und Weisungen bestimmt.

a. Anforderungen an die Zuordnungsentscheidung

Zu den arbeits- oder dienstrechtlichen Weisungen und Verfügungen zählen alle schriftlichen, aber auch mündlichen Absprachen oder Weisungen.¹³ Die Zuordnung kann also insbesondere im Arbeitsvertrag oder durch Ausübung des Direktionsrechts (im Beamtenverhältnis z.B. auch durch dienstliche Anordnung) kraft der Organisationsgewalt des Arbeitgebers oder Dienstherrn vorgenommen werden.¹⁴ Entscheidend ist, ob der Arbeitnehmer aus der maßgeblichen Sicht ex ante nach den arbeitsrechtlichen Festlegungen an einer ortsfesten betrieblichen Einrichtung des Arbeitgebers, eines verbundenen Unternehmens oder eines vom Arbeitgeber bestimmten Dritten tätig werden sollte.¹⁵ Die von der BFH-Rechtsprechung zutreffend vorgenommene Betrachtung aus der ex-ante-Sicht erfordert insoweit eine Prognoseentscheidung.

Darüber hinaus muss die Zuordnung zu einer ersten Tätigkeitsstätte nicht ausdrücklich erfolgen. Sie erfordert insbesondere nicht, dass sich der Arbeitgeber der steuerrechtlichen Folgen dieser Entscheidung bewusst ist. Wird der Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber einer betrieblichen Einrichtung zugeordnet, weil er dort seine Arbeitsleistung erbringen soll, ist diese Zuordnung aufgrund der steuerrechtlichen Anknüpfung an das Dienst- oder Arbeitsrecht vielmehr auch steuerrechtlich maßgebend.

Infolge dessen bedarf es neben der arbeitsrechtlichen Zuordnung zu einer betrieblichen Einrichtung keiner gesonderten Zuweisung zu einer ersten Tätigkeitsstätte für einkommensteuerrechtliche Zwecke.¹⁶ Denn der Gesetzgeber wollte mit der Neuregelung des steuerlichen Reisekostenrechts auch das Auseinanderfallen der arbeitsrechtlichen von der steuerrechtlichen Einordnung bestimmter Zahlungen als Reisekosten verringern.¹⁷

Auch eine vor dem 31.12.2013 vorgenommene arbeitsrechtliche Zuordnungsentscheidung kann deshalb nach dem neuen Reisekostenrecht zu beachten sein, sofern sie jenseits des 31.12.2013 fortwirkt. Es bedarf insoweit keiner erneuten und insbesondere keiner einkommensteuerrechtlichen Festlegung einer ersten Tätigkeitsstätte i.S.v. § 9 Abs. 4 EStG. Vielmehr nimmt das neue steuerliche Reisekostenrecht die vorgefundenen arbeits- und dienstrechtlichen Festlegungen des Arbeitgebers auf.¹⁸

b. Keine Dokumentation der Zuordnungsentscheidung erforderlich

Nach der Rechtsprechung des BFH muss die arbeitsrechtliche Zuordnungsentscheidung des Arbeitgebers für ihre steuerliche Wirksamkeit nicht besonders dokumentiert werden.¹⁹ Damit widerspricht der BFH der Auffassung der Finanzverwaltung.²⁰ Der Ansicht des BFH ist insoweit jedoch zu folgen. Denn § 9 Abs. 4 Satz 2 EStG enthält keine Dokumentationspflicht. Die Feststellung einer entsprechenden Zuordnung ist deshalb durch alle nach der FGO zugelassenen Beweismittel möglich und durch das Finanzgericht im Rahmen einer umfassenden Würdigung aller Umstände des Einzelfalls zu treffen. So entspricht es regelmäßig der Lebenswirklichkeit, dass der Arbeitnehmer der betrieblichen Einrichtung des Arbeitgebers zugeordnet ist, in der er tatsächlich tätig ist oder werden soll.²¹ Der Arbeitnehmer ist als abhängig Beschäftigter darauf angewiesen, dass ihm der Arbeitgeber kraft seines Direktionsrechts einen Arbeitsort zuweist. Warum sollte z.B. ein Polizeibeamter seinen Dienst in einer bestimmten Polizeiwache versehen, wenn ihn sein Dienstherr nicht entsprechend angewiesen hätte? Woher sollte der Mitarbeiter eines Chemiekonzerns ohne entsprechende Weisung seines Arbeitgebers wissen, in welchem Werk er arbeiten soll? Verfügt der Arbeitgeber demgegenüber nur über eine ortsfeste Einrichtung, wird mangels entgegenstehender Anhaltspunkte davon auszugehen sein, dass der Arbeitnehmer genau dort tätig werden soll. Diese (konkludenten) arbeits- bzw. dienstrechtlichen Weisungen sind nach dem neuen Reisekostenrecht auch steuerrechtlich maßgeblich.

c. Unmaßgeblichkeit des qualitativen Schwerpunkts der Berufstätigkeit nach neuem Recht

Im Gegensatz zu der bis 2013 geltenden Rechtslage ist es aufgrund des Direktionsrechts des Arbeitgebers für das Auffinden der ersten Tätigkeitsstätte ohne Bedeutung, wo der qualitative Schwerpunkt der Tätigkeit des Arbeitnehmers zu verorten ist, wenn der Arbeitnehmer einer bestimmten Tätigkeitsstätte arbeitsrechtlich zugeordnet ist.²² Der Ort der ersten Tätigkeitsstätte muss

13 BT-Drs. 17/10774, S. 15.

14 BFH, Ur. v. 04.04.2019 - VI R 27/17 Rn. 16.

15 BFH, Ur. v. 04.04.2019 - VI R 27/17 Rn. 16.

16 BFH, Ur. v. 04.04.2019 - VI R 27/17 Rn. 16.

17 BT-Drs. 17/10774, S. 15.

18 BFH, Ur. v. 11.04.2019 - VI R 40/16 Rn. 36.

19 BFH, Ur. v. 04.04.2019 - VI R 27/17 Rn. 17.

20 BMF, BStBl. I 2014, 1412 Rn. 10.

21 BFH, Ur. v. 04.04.2019 - VI R 27/17 Rn. 17.

22 BFH, Ur. v. 04.04.2019 - VI R 27/17 Rn. 18 m.w.N.

also nicht mehr der Ort sein, an dem der qualitative Schwerpunkt der Berufstätigkeit des Steuerpflichtigen liegt.

Diese Änderung der Rechtslage hat für die Steuerpflichtigen weitreichende Folgen. Sie führt in vielen Fällen dazu, dass Arbeitnehmer nach dem neuen Reisekostenrecht über eine erste Tätigkeitsstätte verfügen, obwohl sie bisher aufgrund ihrer qualitativ überwiegenden Auswärtstätigkeit keine regelmäßige Arbeitsstätte hatten. Dies gilt z.B. für den Polizeibeamten in dem Verfahren VI R 27/17 und die Pilotin in dem Verfahren VI R 40/16. Aber auch in vielen anderen Fällen wird diese Rechtsfolge eingreifen.

Das ist für die Steuerpflichtigen mit erheblichen Nachteilen verbunden. Denn sie können ihre Fahrtkosten einerseits nur noch mit der Entfernungspauschale und nicht mehr nach Reisekostengrundsätzen als Werbungskosten abziehen. Zudem werden die Verpflegungsmehraufwendungen in vielen Fällen wegen des Nichterreichens der erforderlichen Abwesenheitszeiten wegfallen. Diese Rechtsfolgen sind jedoch nicht der BFH-Rechtsprechung anzulasten. Sie ergeben sich vielmehr zwingend aus dem neuen Reisekostenrecht und waren vom Gesetzgeber auch so beabsichtigt.

d. Keine erste Tätigkeitsstätte ohne Berufstätigkeit an diesem Ort

Das neue Reisekostenrecht setzt für das Vorliegen einer ersten Tätigkeitsstätte allerdings voraus, dass der Arbeitnehmer an diesem Ort zumindest in geringem Umfang Tätigkeiten zu erbringen hat, die er arbeitsvertraglich oder dienstrechtlich schuldet und die zu dem von ihm ausgeübten Berufsbild gehören.²³ Nur dann kann die „erste Tätigkeitsstätte“ als Anknüpfungspunkt für den Ansatz von Werbungskosten nach Maßgabe der Entfernungspauschale und als Abgrenzungsmerkmal gegenüber einer auswärtigen beruflichen Tätigkeit dienen.

Dies folgt nach zutreffender Auffassung des BFH insbesondere aus § 9 Abs. 4 Satz 3 EStG, der zumindest für den Regelfall davon ausgeht, dass der Arbeitnehmer am Ort der ersten Tätigkeitsstätte auch beruflich tätig werden soll. Darüber hinaus ist das Erfordernis einer arbeitsvertrag- oder dienstrechtlich geschuldeten Betätigung an diesem Ort nicht zuletzt dem Wortsinn des Tatbestandsmerkmals „erste Tätigkeitsstätte“ geschuldet. Denn ein Ort, an dem der Steuerpflichtige nicht tätig wird (oder für den Regelfall nicht tätig werden soll), kann nicht als Tätigkeitsstätte angesehen werden. Schließlich zwingt auch das objektive Nettoprinzip, den Begriff der ersten Tätigkeitsstätte dahin gehend auszulegen. Anderenfalls bestimmt sich die Steuerlast nicht nach der individuellen

Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen, sondern nach dem Belieben seines Arbeitgebers bei Ausübung der Zuordnungsentscheidung.²⁴ So ist es unzulässig, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer einer ersten Tätigkeitsstätte steuerwirksam zuweist, an der er niemals tätig werden soll. Würde man dies gestatten, liefen die Regelungen zur Entfernungspauschale leer. Ganz zu Recht fordert der BFH daher ein berufliches Tätigwerden des Arbeitnehmers am Ort der ersten Tätigkeitsstätte.

Dieses Tätigwerden braucht allerdings nur einen geringen Umfang einzunehmen. Die Tätigkeiten müssen jedoch zur eigentlichen Berufstätigkeit, zum Berufsbild des Steuerpflichtigen gehören. So reicht nach der Rechtsprechung des BFH entgegen der Ansicht der Finanzverwaltung²⁵ die bloße Abgabe von Krankmeldungen oder Urlaubsanträgen nicht aus.

Die Klärung des Ausmaßes, das die geringfügigen Tätigkeiten im Einzelfall annehmen müssen, wird den BFH in künftigen Verfahren sicherlich noch beschäftigen. Er hat in dem Urteil vom 04.04.2019 (VI R 27/17) aber bereits entschieden, dass die Tätigkeiten, die ein Polizist im Streifendienst in der Wache auszuführen hat, z.B. die Teilnahme an Dienstantritts- oder allgemeinen Einsatzbesprechungen, Schichtübernahmen oder -übergaben und insbesondere die Erledigung der Schreibarbeiten, wie das Verfassen von Protokollen, Streifen-, Einsatz- oder Unfallberichten, ausreichen. In dem Verfahren VI R 40/16 hat der BFH die Tätigkeiten, die eine Pilotin am Flughafen auszuführen hatte, z.B. die Teilnahme an 60- bis 100-minütigen Briefings der Flugzeugbesatzung vor dem Abflug, die Überprüfung von Wettermeldungen, das Einholen aller notwendigen Unterlagen und Informationen zur Durchführung des Fluges, die Überprüfung des Flugplans etc., ebenfalls als ausreichend beurteilt. Hohe Anforderungen stellt der BFH insoweit also nicht.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang aber auch auf das BFH-Urteil vom 11.04.2019 (VI R 17/17). Der BFH hat mit dieser Entscheidung ein Finanzgerichtsurteil aufgehoben, das ebenfalls zum Fall eines Piloten und einer Flugbegleiterin ergangen war. Dem lag zugrunde, dass das Finanzgericht keine tragfähigen tatsächlichen Feststellungen zum Umfang der eigentlichen Berufstätigkeit der dortigen Kläger am Flughafen getroffen hatte. Aus dem BFH-Urteil vom 11.04.2019 (VI R 17/17) ergibt sich somit, dass das Finanzamt und das Finanzgericht auch nach dem neuen Reisekostenrecht hinreichende

²³ BFH, Urt. v. 04.04.2019 - VI R 27/17 Rn. 19.

²⁴ BFH, Urt. v. 04.04.2019 - VI R 27/17 Rn. 19.

²⁵ BMF, BStBl. I 2014, 1412 Rn. 6.

Feststellungen zur tatsächlichen Berufstätigkeit des Steuerpflichtigen am Ort der vermeintlichen ersten Tätigkeitsstätte treffen müssen. Fehlt es bis zum Abschluss des finanzgerichtlichen Verfahrens an solchen Feststellungen, wird ein solches Finanzgerichtsurteil vor dem BFH kaum Bestand haben.

e. Dauerhaftigkeit der Zuordnung

Das Gesetz erfordert eine dauerhafte Zuordnung des Arbeitnehmers. Eine solche dauerhafte Zuordnung ist nach den in § 9 Abs. 4 Satz 3 EStG genannten Regelbeispiele insbesondere anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer unbefristet, für die Dauer des Dienstverhältnisses oder über einen Zeitraum von 48 Monaten hinaus an einer solchen Tätigkeitsstätte tätig werden soll.

Eine Zuordnung ist nach der Rechtsprechung des BFH unbefristet i.S.d. § 9 Abs. 4 Satz 3 Alt. 1 EStG, wenn die Dauer der Zuordnung zu einer Tätigkeitsstätte aus der maßgeblichen Sicht ex ante nicht kalendermäßig bestimmt ist und sich auch nicht aus Art, Zweck oder Beschaffenheit der Arbeitsleistung ergibt.²⁶

Das Vorliegen eines Leiharbeitsverhältnisses allein steht einer dauerhaften Zuordnung folglich noch nicht entgegen. Gleiches gilt für den dem Direktionsrecht des Arbeitgebers geschuldeten allgemeinen Vorbehalt der jederzeitigen Umsetzung oder Versetzung im Arbeitsvertrag.²⁷ Auch eine Zuordnung „bis auf Weiteres“ kann daher unbefristet sein.²⁸

Ist das Arbeitsverhältnis seinerseits befristet, kommt eine unbefristete Zuordnung zu einer ersten Tätigkeitsstätte im Rahmen dieses Arbeitsverhältnisses allerdings nicht in Betracht. Denn es ist in einem solchen Fall ausgeschlossen, dass „der Arbeitnehmer unbefristet [...] an einer solchen Tätigkeitsstätte tätig werden soll“, wie es § 9 Abs. 4 Satz 3 EStG nach seinem insoweit eindeutigen Wortlaut voraussetzt.²⁹

Bei einem befristeten Arbeitsverhältnis kann eine dauerhafte Zuordnung aber gem. § 9 Abs. 4 Satz 3 Alt. 2 EStG vorliegen. Hiernach erfolgt die Zuordnung für die Dauer des Arbeits- oder Dienstverhältnisses, wenn sie aus der maßgeblichen Sicht ex ante für die gesamte Dauer des Arbeits- oder Dienstverhältnisses Bestand haben soll. Dies kann insbesondere angenommen werden, wenn die Zuordnung im Rahmen des Arbeits- oder Dienstverhältnisses unbefristet oder (ausdrücklich) für dessen gesamte Dauer erfolgt.

War der Arbeitnehmer im Rahmen eines befristeten Arbeitsverhältnisses indes bereits einer ersten Tätigkeitsstätte zugeordnet und wird er im weiteren Verlauf einer anderen Tä-

tigkeitsstätte zugeordnet, kann diese zweite Zuordnung nicht mehr für die Dauer des Arbeits- oder Dienstverhältnisses erfolgen. Denn in Bezug auf die zweite Zuordnung steht fest, dass sie nicht gem. § 9 Abs. 4 Satz 3 Alt. 2 EStG für die (gesamte) Dauer des Dienstverhältnisses gilt, sondern lediglich für die Dauer des verbleibenden Arbeits- oder Dienstverhältnisses.³⁰

Dieser Befund kann sich für befristet beschäftigte Arbeitnehmer als sehr vorteilhaft erweisen. Denn mit der zweiten Zuordnung zu einer betrieblichen Einrichtung des Arbeitgebers fällt die erste Tätigkeitsstätte grds. weg, sofern die Zuordnung nicht (ausnahmsweise) gem. § 9 Abs. 4 Satz 3 Alt. 3 EStG (aus der maßgeblichen Sicht ex ante) über einen Zeitraum von 48 Monaten hinaus erfolgt.

Die Rechtslage ist allerdings anders, wenn mit der zweiten Zuordnung auch ein neues (befristetes) Beschäftigungsverhältnis begründet wird. Dann handelt es sich bei dieser Zuordnungsentscheidung wiederum um eine erstmalige Zuordnung in dem neuen (befristeten) Beschäftigungsverhältnis mit den entsprechenden Rechtsfolgen.³¹

E. Fazit

Der BFH hat in seinen ersten Entscheidungen zum neuen Reisekostenrecht mit dem Begriff der ersten Tätigkeitsstätte ein zentrales Element des neuen Reisekostenrechts näher konkretisiert. Gegenüber dem bis zum Veranlagungszeitraum 2013 geltenden Recht ergeben sich für die Steuerpflichtigen in den vom BFH entschiedenen Fällen zumeist steuerliche Verschlechterungen. Diese beruhen jedoch nicht auf einer geänderten Rechtsprechung des BFH. Sie sind vielmehr durch die neuen gesetzlichen Grundlagen bedingt und entsprechen dem Willen des Gesetzgebers, den dieser im neuen Reisekostenrecht zum Ausdruck gebracht hat. Aufgrund des Umstandes, dass der Gesetzgeber den Begriff der ersten Tätigkeitsstätte bewusst breiter angelegt hat als den zuvor durch die BFH-Rechtsprechung konturierten Begriff der regelmäßigen Arbeitsstätte, steht den Steuerpflichtigen bei ihren Fahrtkosten in vielen Fällen nur noch die Entfernungspauschale zu, während sie die identischen Fahrten vorher nach Reisekostengrundsätzen steuerlich geltend machen konnten.

26 BFH, Urt. v. 04.04.2019 - VI R 27/17 Rn. 21.

27 BFH, Urt. v. 10.04.2019 - VI R 6/17 Rn. 31.

28 BMF, BStBl. I 2014, 1412 Rn. 13.

29 BFH, Urt. v. 10.04.2019 - VI R 6/17 Rn. 26.

30 BFH, Urt. v. 10.04.2019 - VI R 6/17 Rn. 33.

31 Siehe dazu BFH, Urt. v. 11.04.2019 - VI R 36/16.

BFH stärkt Ehrenamt: Verluste aus nebenberuflicher Tätigkeit als Übungsleiter sind steuerlich grundsätzlich abziehbar

BFH, Urt. v. 20.11.2018 - VIII R 17/16

RiFG Dr. Alexander Jooß

A. Problemstellung

Einnahmen aus einer nebenberuflichen Tätigkeit, z.B. als Übungsleiter eines Sportvereins, sind unter den Voraussetzungen des § 3 Nr. 26 EStG bis zur Höhe von insgesamt 2.400 € im Jahr steuerfrei. Überschreiten die Einnahmen den sog. Übungsleiterfreibetrag, unterliegen sie der Steuerpflicht. In diesem Fall dürfen gem. § 3 Nr. 26 Satz 2 EStG die mit der nebenberuflichen Tätigkeit in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang stehenden Ausgaben als Betriebsausgaben oder Werbungskosten nur abgezogen werden, soweit sie den Betrag der steuerfreien Einnahmen übersteigen. Die Finanzverwaltung hatte daraus den (Gegen-)Schluss gezogen, dass Erwerbsaufwendungen nur dann berücksichtigt werden dürfen, wenn sowohl die Einnahmen als auch die Ausgaben den Freibetrag übersteigen (R 3.26 Abs. 9 LStH 2018). Diese Auffassung führt dazu, dass Verluste von den Finanzämtern in den – häufigen – Fällen nicht anerkannt werden, in denen die Einnahmen unter dem Freibetrag von 2.400 € jährlich bleiben.

Im Übrigen ist der Werbungs- und Betriebsausgabenabzug im Zusammenhang mit steuerfreien Einnahmen in § 3c Abs. 1 EStG geregelt. Danach dürfen Ausgaben, soweit sie mit steuerfreien Einnahmen in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang stehen, nicht als Betriebsausgaben oder Werbungskosten abgezogen werden. Darin kommt der Grundgedanke zum Ausdruck, dass bei steuerfreien Einnahmen kein doppelter steuerlicher Vorteil durch die steuerliche Freistellung von der Einnahmen einerseits und den Abzug der Erwerbsaufwendungen (Werbungskosten oder Betriebsausgaben) andererseits erzielt werden soll.¹ Nach herrschender Auffassung schließt § 3c Abs. 1 EStG den Ausgabenabzug nur in Höhe der tatsächlich erzielten steuerfreien Einnahmen aus („soweit“). Höhere Aufwendungen dürfen also abgezogen werden.² Stehen die Ausgaben sowohl mit steuerpflichtigen als auch mit steuerfreien Einnahmen im Zusammenhang, sind sie in einen abziehbaren und einen nicht abziehbaren Teil aufzuteilen (Aufteilungsgebot).³

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Sachverhalt

In dem vom BFH entschiedenen Streitfall hatte der Kläger als Übungsleiter Einnahmen i.H.v. 108 € erzielt. Dem stan-

den Ausgaben i.H.v. 608,60 € gegenüber. Die Differenz von 500,60 € machte der Kläger in seiner Einkommensteuererklärung 2013 als Verlust aus selbständiger Tätigkeit geltend. Das Finanzamt berücksichtigte den Verlust jedoch nicht. Es vertrat unter Verweis auf R 3.26 Abs. 9 LStH 2013 die Auffassung, Betriebsausgaben oder Werbungskosten aus der Tätigkeit als Übungsleiter könnten steuerlich nur dann berücksichtigt werden, wenn sowohl die Einnahmen als auch die Ausgaben den Freibetrag von 2.400 € übersteigen. Das Finanzgericht gab der dagegen erhobenen Klage statt und berücksichtigte den Verlust i.H.v. 500,60 € steuermindernd.

II. Entscheidung des BFH

Der BFH pflichtete dem Finanzgericht im Wesentlichen bei und bekräftigte damit die Rechtsprechung des III. Senats im Urteil vom 20.12.2017.⁴

1. § 3 Nr. 26 Satz 2 EStG sei im Streitfall von vornherein nicht anwendbar, weil die steuerfreien Einnahmen von 108 € den Freibetrag von 2.400 € nicht überstiegen. Den (Gegen-)Schluss der Finanzverwaltung, dass die Erwerbsaufwendungen dann vollständig vom Abzug ausgeschlossen seien, lehnte der BFH ab. Die Abziehbarkeit der Erwerbsaufwendungen richte sich vielmehr nach § 3c Abs. 1 EStG. Die Einschränkung „soweit“ in § 3c Abs. 1 EStG besage zunächst, dass bei Aufwendungen, die in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang sowohl mit steuerpflichtigen als auch mit steuerfreien Einnahmen stehen, eine Aufteilung vorzunehmen sei („Aufteilungsgebot“). Darin erschöpfe sich die Bedeutung der Konjunktion „soweit“ jedoch nicht. In einem Fall wie dem vorliegenden, in dem ausschließlich steuerfreie Einnahmen erzielt werden und die damit unmittelbar wirtschaftlich zusammenhängenden Aufwendungen höher sind, ermögliche sie darüber hinaus die Auslegung, dass die Ausgaben nur bis zur Höhe der steuerfreien Einnahmen vom Abzug ausgeschlossen sind und der übersteigende Betrag steuerrechtlich zu berücksichtigen ist.⁵

§ 3c Abs. 1 EStG bezwecke, dass bei steuerfreien Einnahmen kein doppelter steuerlicher Vorteil durch den Abzug von unmittelbar mit diesen Einnahmen zusammenhän-

1 BFH, Urt. v. 19.10.2016 - VI R 23/15 Rn. 15 m.w.N.

2 Vgl. Desens in: Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, 290. Lieferung 01.2019, § 3c EStG Rn. 42 m.w.N.

3 Vgl. Desens in: Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, 291. Lieferung 04.2019, § 3c EStG Rn. 40.

4 BFH, Urt. v. 20.12.2017 - III R 23/15.

5 BFH, -Urt. v. 20.12.2017 - III R 23/15 Rn. 18 m.w.N.

genden Aufwendungen erzielt werden dürfe. Die Anwendung des § 3c EStG werde durch diese Zweckbestimmung begrenzt.⁶ Darüber hinaus dürfe die Bestimmung nicht zu dem ungerechtfertigten Ergebnis führen, dass ein Steuervorteil in einen Steuernachteil umschlage.⁷ Das sei aber der Fall, könnten die mit steuerfreien Einnahmen in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang stehenden Aufwendungen, auch insoweit nicht abgezogen werden können, wie sie die Einnahmen übersteigen.

2. Dennoch konnte das Urteil der Vorinstanz keinen Bestand haben. Der BFH wies die Sache vielmehr zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung an das Finanzgericht zurück. Die steuerliche Anerkennung des Verlustes setzt – nach allgemeinen Grundsätzen – nämlich voraus, dass der Kläger die Tätigkeit als Übungsleiter mit der Absicht ausgeübt hat, einen Totalgewinn bzw. Totalüberschuss der Einnahmen über die Ausgaben zu erzielen. Ist das nicht der Fall, liegt eine sog. Liebhaberei vor, bei der die Einnahmen nicht steuerbar und die damit zusammenhängenden Aufwendungen steuerlich unbeachtlich sind.⁸ Das hatte das Finanzgericht nicht geprüft.

Die Absicht, einen Gewinn bzw. Überschuss zu erzielen, ist zwar eine innere Tatsache, die jedoch nur anhand äußerlicher Merkmale beurteilt werden kann. Unabhängig von den Motiven, aus denen der Einzelne einer Beschäftigung nachgeht, ist eine Gewinn- bzw. Überschusserzielungsabsicht dann anzunehmen, wenn i.d.R. Überschüsse aus der Beschäftigung tatsächlich erzielt werden. Umgekehrt ist von dem Fehlen einer Gewinn- bzw. Überschusserzielungsabsicht auszugehen, wenn die Einnahmen in Geld oder Geldeswert lediglich dazu dienen, in pauschalierender Weise die tatsächlichen Selbstkosten zu decken. Vor diesem rechtlichen Hintergrund hat der BFH eine steuerlich irrelevante Liebhaberei etwa für den Fall angenommen, dass Sportler im Zusammenhang mit ihrer Betätigung lediglich Zahlungen erhalten, die geringer oder nur ganz unwesentlich höher sind als die ihnen entstandenen Aufwendungen.⁹

Im Streitfall drängte sich für den BFH die Prüfung der Einkünfterzielungsabsicht auf, weil dem Kläger bei Einnahmen von lediglich 108 € Ausgaben von 608,60 € entstanden waren. Die Einnahmen waren somit im Streitjahr nicht geeignet, die Ausgaben auch nur ansatzweise zu decken. Das Finanzgericht muss deshalb im zweiten Rechtsgang prüfen, ob der Kläger bei seiner Vorgehensweise auf Dauer einen Totalgewinn erzielen konnte oder ob er eine verlustbringende Tätigkeit möglicherweise wegen persönlicher Neigungen ausübte.¹⁰

C. Auswirkungen für die Praxis

Der BFH stärkt das Ehrenamt. So heißt es in der Pressemitteilung des BFH vom 02.05.2019. Das dürfte nur auf den ersten Blick richtig sein. Unter dem Ehrenamt im Sinne eines bürgerschaftlichen Engagements wird im Allgemeinen altruistisches Handeln verstanden, bei dem eine Einzelperson oder eine Gruppe freiwillig und unentgeltlich (so Wikipedia) oder allenfalls gegen eine geringe Entschädigung Arbeit leistet. Wer das ehrlich meint, dem wird das BFH-Urteil nichts nützen. Zwar hat der BFH geklärt, dass die Vorschriften in § 3 Nr. 26 Satz 2 und § 3c Abs. 1 EStG einem Verlustabzug nicht entgegenstehen, auch nicht wenn die Einnahmen unter dem sog. Übungsleiterfreibetrag bleiben. Der BFH fordert für die steuerliche Anerkennung allerdings zu Recht, wie in allen anderen Fällen auch, das Vorliegen einer Gewinn- bzw. Überschusserzielungsabsicht. Diese Absicht lässt sich kaum mit dem allgemeinen altruistischen Verständnis des Ehrenamts vereinbaren. Gegenteilige Beurteilungen werden das Finanzamt in Fällen des klassischen „Ehrenamts“, also insbesondere bei Übungsleitern in Sportvereinen, kaum überzeugen, solange die Aufwendungen – über einen längeren Zeitraum – hinter den Einnahmen zurückbleiben.

Ehrenamtliche Übungsleiter, die – über einen längeren Zeitraum gesehen – tatsächlich einen Überschuss „erwirtschaften“, dürften eine seltene Species sein. Sie (und natürlich alle übrigen nebenberuflich Tätigen i.S.d. § 3 Nr. 26 EStG) können aufgrund der Rechtsprechung des BFH in einzelnen Jahren, in denen sie – ausnahmsweise – einen Verlust erzielen, diesen Verlust nunmehr ohne Rücksicht auf die Höhe der Einnahmen steuerlich geltend machen.

Das BMF hatte das – im Wesentlichen gleichlautende – Urteil des III. Senats vom 20.12.2017¹¹ bislang noch nicht im Bundessteuerblatt veröffentlicht. Es war deshalb von den Finanzämtern nicht anzuwenden. Es ist zu erwarten, dass das BMF seinen Widerstand nunmehr aufgibt und die Urteile von der Finanzverwaltung in Zukunft beachtet werden.

6 BFH, Urt. v. 04.03.1977 - VI R 213/75 und BFH, Urt. v. 30.01.1986 - IV R 247/84.

7 Vgl. BFH, Urt. v. 06.07.2005 - XI R 61/04.

8 Vgl. zum Begriff der Liebhaberei Musil in: Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 2 EStG Rn. 346 ff. m.w.N.

9 BFH, Urt. v. 23.10.1992 - VI R 59/91.

10 Vgl. z.B. BFH, Urt. v. 30.10.2014 - IV R 34/11.

11 BFH, Urt. v. 20.12.2017 - III R 23/15.

Abgeblitzt? Keine Geschwindigkeitsmessung ohne Datenspeicherung – zugleich eine Anmerkung zu VerfGH Saarbrücken, Urt. v. 05.07.2019 - Lv 7/17

RiLG Dr. Christoph Brück

A. Einleitung

Geschwindigkeitsmessungen im Straßenverkehr sind für eine Vielzahl von Verkehrsteilnehmern von erheblicher praktischer Relevanz. Im Fahreignungsregister des Kraftfahrtbundesamtes befinden sich zum Stichtag 01.01.2019 rund 3,1 Mio. Eintragungen wegen Geschwindigkeitsverstößen.¹ Hinzu kommt die beträchtliche Anzahl an nicht einzutragenden OWiG-Verfahren, bei denen weder ein Bußgeld von mindestens 60 € noch ein Fahrverbot verhängt worden ist.² Ein Bußgeldverfahren dient zwar nicht der Ahndung kriminellen Unrechts, sondern der verwaltungsrechtlichen Pflichtenmahnung,³ und ist deswegen schon im Hinblick auf seine vorrangige Bedeutung für die Massenverfahren des täglichen Lebens auf eine Vereinfachung des Verfahrensganges ausgerichtet.⁴ Allerdings gilt es regelmäßig, ein vernünftiges Verhältnis zwischen den gebotenen Verfahrensvereinfachungen und den Verteidigungsrechten des Betroffenen herzustellen.⁵ Konkret geht es um die Frage, ob der Betroffene einen Anspruch darauf hat, bei der Messung unter Einsatz technischer Geräte die Richtigkeit der Messung nachträglich überprüfen zu können, oder ob die bei der Messung erhobenen Daten einfach gelöscht werden können. Über den konkreten Fall hinaus geht es um den inhaltlichen Geltungsumfang des Art. 6 Abs. 1 EMRK und dessen Reichweite für das gerichtliche Bußgeldverfahren.⁶

B. Die Entscheidung im Überblick

Ausgangspunkt der aktuellen Entscheidung des VerfGH Saarbrücken war eine im Straßenverkehr regelmäßig vorkommende Konstellation. Einem Kraftfahrzeugfahrer war von der Bußgeldbehörde der Vorwurf gemacht worden, innerorts die zulässige Höchstgeschwindigkeit um 27 km/h überschritten zu haben. Dem lag eine Messung mit dem Gerät Traffistar S 350 der Firma Jenoptik zugrunde. Das Gerät misst die Geschwindigkeit auf der Grundlage von Laserimpuls-Laufzeitmessungen, bei denen bis zu über 100 Einzelgeschwindigkeitsmessungen pro Fahrzeug produziert werden. Der Einspruch des Betroffenen gegen den Bußgeldbescheid blieb sowohl beim Amtsgericht als auch beim OLG Saarbrücken erfolglos. Nach Erschöpfung des Rechtsweges rügte der Betroffene mit der Verfassungsbeschwerde zum VerfGH Saarbrücken,

in seinem Recht auf ein faires Verfahren verletzt worden zu sein. Sein Beweisantrag sei übergangen worden, eine Überprüfung des Messergebnisses durch ein Sachverständigengutachten sei bauartbedingt nicht möglich, da das Messgerät die entsprechenden Rohmessdaten nicht speichere. Eine geräteinterne Speicherung dieser Daten sei allerdings unproblematisch möglich. Dadurch sei ihm die Möglichkeit genommen worden, zu Messfehlern vortragen zu können.

Nach Einholung verschiedener Auskünfte und Anhörung mehrerer Sachverständiger hat der VerfGH Saarbrücken festgestellt, dass die zur Ermittlung der Geschwindigkeit gewonnenen maßgeblichen Rohmessdaten anschließend geräteintern in einem derartigen Umfang wieder gelöscht werden, dass eine Überprüfung des Messvorgangs durch einen Sachverständigen unmöglich gemacht wird. Der VerfGH Saarbrücken hat daraufhin die Ausgangsentscheidungen aufgehoben.

C. Die Begründung des VerfGH Saarbrücken

Der VerfGH Saarbrücken hat anknüpfend an die Wahlcomputer-Entscheidung des BVerfG⁷ ausgeführt, dass sich aus dem Rechtsstaatlichkeitsprinzip die grundsätzliche Möglichkeit der Nachprüfbarkeit jeder staatlichen Machtausübung ergebe.⁸ Angesichts der bundesrechtlich vorgegebenen judikativen Verarbeitung der Rechtsprechung des BGH zum Rechtsbegriff des standardisierten Messverfahrens konnte der VerfGH Saarbrücken seiner Entscheidung nur eine Kompetenz hinsichtlich der Anwendung von Bundesrecht durch Landesbehörden bzw. -gerichte zugrunde legen.⁹ Ein Gericht

1 www.kba.de/DE/Statistik/Kraftfahrer/Verkehrsauffaelligkeiten/verkehrsauffaelligkeiten_node.html (zuletzt abgerufen am 20.08.2019).

2 § 28 Abs. 3 StVG.

3 BVerfG, Beschl. v. 16.07.1969 - 2 BvL 2/69; BVerfG, Beschl. v. 21.06.1977 - 2 BvR 70/75 m.w.N.; BGH, Beschl. v. 03.04.2001 - 4 StR 507/00.

4 Mitsch in: Karlsruher Kommentar, OWiG, Einleitung Rn. 97.

5 Cierniak, zfs 2012, 664 III.

6 Zur Anwendung im gerichtlichen Bußgeldverfahren: Rogall in: Karlsruher Kommentar, OWiG, Vorbemerkungen Rn. 3; EGMR, Entsch. v. 21.02.1984 - 9/1982/55/84 - „Öztürk“; EuGH, Urt. v. 10.04.2003 - C-276/01 - „Steffensen“.

7 BVerfG, Urt. v. 03.03.2009 - 2 BvC 3/07.

8 VerfGH Saarbrücken, Urt. v. 05.07.2019 - Lv 7/17 Orientierungssatz 1a.

9 VerfGH Saarbrücken, Urt. v. 05.07.2019 - Lv 7/17 Rn. 61 f.

sei zwar nach wie vor befugt, sich bei seiner Entscheidung auf eine standardisierte Beweiserhebung zu stützen.¹⁰ Im Lichte des Art. 6 Abs. 3 EMRK i.V.m. Art. 60 Abs. 1 VerfSL i.V.m. Art. 20, Art. 14 Abs. 3 VerfSL bestehe aber ein Recht des Betroffenen, recherchieren zu dürfen, ob ein Anlass bestehe, die Beweiskraft des standardisierten Messvorgangs in Zweifel zu ziehen. Bei der Gewinnung von Beweismitteln unter Einsatz elektronischer Systeme und der sie steuernden Algorithmen ergebe sich daraus ein Recht auf Bereitstellung der dem Vorwurf zugrunde liegenden Datensätze.¹¹ Fehle es an den dafür erforderlichen Rohmessdaten, mangle es an einem für eine Verurteilung durch saarländische Gerichte erforderlichen fairen rechtsstaatlichen Verfahren.¹²

D. Die grundsätzliche Bedeutung der Entscheidung

I. Zu den Grundlagen

Seit der grundlegenden Entscheidung des BGH vom 19.08.1993¹³ steht der in der Folgezeit durch die Rechtsprechung¹⁴ weiterentwickelte Rechtsbegriff vom standardisierten Messverfahren im Zentrum des Bußgeldverfahrens. Unter einem standardisierten Messverfahren ist ein durch Normen vereinheitlichtes (technisches) Verfahren zu verstehen, bei dem die Bedingungen seiner Anwendbarkeit und sein Ablauf so festgelegt sind, dass unter gleichen Voraussetzungen gleiche Ergebnisse zu erwarten sind. Ist bei einer Geschwindigkeitsmessung im Straßenverkehr ein als standardisiertes Messverfahren anerkanntes Messgerät zum Einsatz gekommen, darf der Tatrichter nach allgemeiner Meinung grds. von der Zuverlässigkeit der angewandten Messmethode ausgehen.¹⁵ Für die Instanzgerichte ergibt sich daraus gleichzeitig eine wesentliche Reduzierung der eigentlich nach § 71 Abs. 1 OWiG, § 261 StPO notwendigen Angaben in den Urteilsgründen. Das Urteil kann sich seitdem hinsichtlich der festgestellten Geschwindigkeit im Wesentlichen auf Angaben zum eingesetzten Messverfahren, die gemessene Geschwindigkeit, den Toleranzabzug und die sich daraus ergebende Geschwindigkeit beschränken.¹⁶

Voraussetzung für eine Anerkennung als standardisiertes Messverfahren war nach dem bis zum 31.12.2014 geltenden Eichgesetz und der darauf beruhenden Eichordnung die Bauartzulassung des jeweiligen Gerätetyps durch die Physikalisch-Technische-Bundesanstalt (PTB) sowie die Eichung des konkret eingesetzten Gerätes. Seit der Neuregelung des gesetzlichen Messwesens zum 01.01.2015¹⁷ ist die Bauartzulassung durch die Baumusterprüfbescheinigung abgelöst worden. Praktisch alle im Straßenverkehr eingesetzten Geschwindigkeitsmessgeräte besitzen eine Bauartzulassung bzw. Baumusterprüfbescheinigung seitens der PTB¹⁸ und sind geeicht.¹⁹ Für Altgeräte besteht gem. § 62 MessEG Bestandsschutz bis zum 31.12.2024.

In Abkehr vom strafprozessualen Amtsermittlungsgrundsatz, der gem. §§ 71, 77 OWiG, § 244 StPO in zumindest abgeschwächter Form grds. auch im Bußgeldverfahren Beachtung verlangt,²⁰ ist es bei einer Messung unter Einsatz eines standardisierten Messverfahrens nunmehr Aufgabe des Betroffenen, konkrete Zweifel an der Richtigkeit der Messung selbst vorzutragen. Das erfolgreiche Zulassungsverfahren seitens der PTB wird als antizipiertes Sachverständigengutachten verstanden,²¹ sodass auf bloße Zweifel gestützte Beweisangebote regelmäßig nach § 77 Abs. 2 Nr. 1 OWiG als nicht zur Erforschung der Wahrheit erforderlich zurückgewiesen werden können. Der Betroffene muss in dieser Situation eine konkrete Fehlfunktion des Messgerätes darlegen. Ein pauschales Bestreiten der Richtigkeit der Messung ist nicht geeignet, die Amtsaufklärungspflicht auszulösen.²²

II. Der kontinuierliche Streit

Angesichts dieser Grundsätze zur richterlichen Überzeugungsbildung zum Beweis eines Geschwindigkeitsverstoßes im Straßenverkehrsrechtlichen OWiG-Verfahren befand sich die obergerichtliche Rechtsprechung seit der Entscheidung des BGH vom 19.08.1993 zum standardisierten Messverfahren auf scheinbar gesichertem Terrain. Die Diskussion über Messfehler beschränkte sich regelmäßig auf technische Detailfragen sowie auf Verfahrensfragen. Angesichts der Notwendigkeit, konkrete Anhaltspunkte für einen Messfehler vorzutragen, war es für eine erfolgreiche Verteidigung unabdingbar, sich mit der prinzipiellen Funktionsweise des eingesetzten Gerätes und dessen konkreten Einsatzes in der Praxis in Abhängigkeit von

10 VerfGH Saarbrücken, Urt. v. 05.07.2019 - Lv 7/17 Rn. 85 f.

11 VerfGH Saarbrücken, Urt. v. 05.07.2019 - Lv 7/17 Orientierungssatz 2b.

12 VerfGH Saarbrücken, Urt. v. 05.07.2019 - Lv 7/17 Orientierungssatz 2b.

13 BGH, Beschl. v. 19.08.1993 - 4 StR 627/92; fortgeführt mit Beschl. v. 30.10.1997 - 4 StR 24/97.

14 OLG Oldenburg, Beschl. v. 08.09.1994 - Ss 355/94; OLG Saarbrücken, Beschl. v. 19.01.1996 - Ss (B) 73/95 (108/95); OLG Karlsruhe, Beschl. v. 22.01.1997 - 2 Ss 1/97; OLG Naumburg, Beschl. v. 19.12.1996 - 1 Ss (B) 280/96.

15 OLG Frankfurt, Beschl. v. 04.12.2014 - 2 Ss OWi 1041/14; OLG Bamberg, Beschl. v. 22.10.2015 - 2 Ss OWi 641/15.

16 OLG Hamburg, Beschl. v. 20.02.2019 - 2 RB 10/18; Fromm, Verteidigung in Straßenverkehrs-OWi-Verfahren, Kapitel 9 Gerichtliches Bußgeldverfahren, K II.

17 MessEG vom 25.07.2013, BGBl. I, 2722; MessEV vom 11.12.2014, BGBl. I, 2010.

18 Liste aller Geräte auf der Homepage der PTB, www.ptb.de/cms/ptb/fachabteilungen/abt1/fb-13/ag-131/geschwindigkeitsueberwachungsgeraete.html (zuletzt abgerufen am 20.08.2019).

19 § 1 Abs. 1 Nr. 12 MessEV.

20 Göhler-Senge, Karlsruher Kommentar, OWiG, § 77 Rn. 1, 3.

21 OLG Frankfurt, Beschl. v. 04.12.2014 - 2 Ss OWi 1041/14; OLG Bamberg, Beschl. v. 22.10.2015 - 2 Ss OWi 641/15; OLG Rostock, Beschl. v. 22.01.2019 - 21 Ss OWi 251/18 (B).

22 Vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 29.08.2006 - 2 Ss OWi 358/06.

den Zulassungsbedingungen seitens der PTB auseinanderzusetzen. Ausgehend vom Akteneinsichtsrecht des Verteidigers aus § 46 OWiG, § 147 StPO gab es mannigfaltige Entscheidungen über die Bedeutung und Beachtung der Bedienungsanleitung,²³ über deren rechtzeitige Beiziehung und Verwertung,²⁴ über Art und Ort der Einsichtnahme,²⁵ sowie über die prinzipielle Frage, ob zum Aktenbegriff auch solche Erkenntnismittel gehören, die erst beigebracht werden müssen.²⁶ Zwischenzeitlich verlagerte sich die Diskussion weiter zum Ringen um die Einsicht in die Rohmessdaten,²⁷ zu deren Authentizität, insbesondere bei der Auswertung der Daten durch eine Privatfirma,²⁸ zu der Fälschungssicherheit der übermittelten Daten sowie zu der Frage der Interpretation der Messdaten.²⁹ Einen Klassiker bildet die Streitfrage, ob es sich bei der konkreten Verwendung des Gerätes in Ansehung der Zulassungsbedingungen seitens der PTB noch um ein standardisiertes Messverfahren handelt.³⁰ Spezielle Herausforderungen finden sich auch im Verfahrensrecht, insbesondere dort, wo erstinstanzliche Verfahrenshandlungen und richtig begründete Anträge erforderlich sind, um eine Rechtsbeschwerde oder Gehörsrüge begründen zu können³¹ bzw. den Weg zu den Verfassungsgerichten eröffnen zu können.³²

Trotz dieser umfangreichen Diskussion in Literatur und Rechtsprechung zum Umfang und Inhalt der Verteidigerrechte und Klärung der prinzipiellen Funktionsweise der Geräte blieb der Kritikpunkt weiter bestehen, dass die konkrete Funktionsweise verschiedener Geräte im Einzelnen weder durch das Gericht noch durch einen Sachverständigen nachvollzogen werden kann. Die dafür erforderlichen Daten werden im Rahmen des Messvorgangs zwar erhoben, sind aber keiner nachträglichen Kontrolle mehr zugänglich, falls sie überhaupt gespeichert werden („Black-Box“).³³ Das Spektrum daraus resultierender rechtlicher Konsequenzen reicht dann von einer kritiklosen Übernahme der Messergebnisse über eine Art Rechtsfolgenlösung bis zum völligen Verwerfen der Messergebnisse im Sinne eines Beweisverwertungsverbotes.³⁴ Eine Rechtsfolgenlösung erscheint im Lichte der Bußgeldkatalogverordnung, die zum Zwecke der Gleichbehandlung aller Verkehrsteilnehmer erlassen worden ist, von vornherein problematisch, zumal jede Abweichung von der Festsetzung der Regelbuße einen Begründungszwang im Urteil auslöst.³⁵

Anknüpfend an die Diskussion über das Akteneinsichtsrecht hinsichtlich der Bedienungsanleitung³⁶ entwickelte sich im Zusammenhang mit der Beschaffung und Herausgabe der Rohmessdaten in den vergangenen Jahren mehr und mehr der Gedanke, im Sinne einer grundsätzlicheren Herangehensweise die Verletzung von Verfahrensgrundrechten zu prüfen. Im Rahmen der Rechtsbeschwerde wurde dem Betroffenen nämlich gem. § 344 Abs. 2 StPO abverlangt, das vorzutragen, was er bei Kenntnis der maßgeblichen Unterlagen vorzutragen hätte, obwohl ihm die Einsicht in maßgebliche Unterla-

gen wie die Lebensakte bzw. Rohmessdaten verwehrt geblieben war.³⁷ Selbst in einer rechtsfehlerhaften Anwendung des § 77 Abs. 2 OWiG wurde seitens der Oberlandesgerichte kein Verstoß gegen die Grundsätze des fairen Verfahrens erkannt.³⁸ Erstmals im Jahr 2018 hat der VerfGH Saarbrücken in einer viel diskutierten³⁹ Entscheidung entgegen dieser Rechtsprechung einen Anspruch des Betroffenen auf Herausgabe vorhandener Messdaten auf der Grundlage seines Grundrechts auf ein faires Verfahren bejaht.⁴⁰ Die aktuelle Entscheidung setzt dies konsequent fort für die Konstellation, in dem es dem Betroffenen mangels Datenspeicherung unmöglich ist, seiner Darlegungslast folgend zu Fehlern des Messvorgangs vorzutragen.

E. Auswirkungen für die Praxis

Im Saarland sind infolge des Urteils nicht nur die stationären Anlagen der Firma Jenoptik außer Betrieb, sondern auch die Anlagen der Firmen LEIVTEC und Vitronic.⁴¹ Auch

23 Vgl. König, DAR 2014, 363, 375.

24 AG Bad Kissingen, Beschl. v. 06.07.2006 - 3 OWi 17 Js 7100/06; AG Kleve, Beschl. v. 03.08.2008 - 11 OWi 164/08 (b); VerfGH Leipzig, Beschl. v. 27.08.2013 - Vf. 39-IV-13.

25 Vgl. Hansmann, DAR 2012, 609.

26 Cierniak/Niehaus, DAR 2014, 2.

27 Vgl. AG Kassel, Beschl. v. 27.02.2015 - 381 OWi - 9673 Js 32833/14; AG Landstuhl, Beschl. v. 06.11.2015 - 2 OWi 4286 Js 2298/15.

28 Vgl. AG Parchim, Urt. v. 01.04.2015 - 5 OWi 2215/14; AG Kassel, Urt. v. 14.04.2015 - 385 OWi - 9863 Js 1377/15; Geißler, DAR 2015, 361; AG Michelstadt, Urt. v. 16.04.2015 - 2 OWi 8200 Js 17495/14; OLG Frankfurt, Beschl. v. 03.09.2014 - 2 Ss OWi 655/14.

29 Vgl. Symkowski/Buck/Bengler, DAR 2014, 225; Geißler, DAR 2014, 717; Schäfer u.a., VUT Verkehr, Allgemeine Stellungnahme zur Auswertung mit esoData.esoDigitales.de (zuletzt abgerufen am 20.08.2019).

30 Siehe zuletzt zum „Enforcement-Trailer“: OLG Bamberg, Beschl. v. 12.03.2019 - 2 Ss OWi 67/19; OLG Frankfurt, Beschl. v. 22.11.2018 - 2 Ss OWi 845/18.

31 Cierniak/Niehaus, DAR 2018, 181; Cierniak/Niehaus, DAR 2018, 541.

32 Leichthammer, NJW 2018, 3760.

33 Vgl. OLG Frankfurt, Beschl. v. 04.12.2014 - 2 Ss OWi 1041/14; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 24.10.2014 - 2 (7) SsBs 454/14; Bellardita, DAR 2014, 282.

34 Vgl. dazu allgemein Britz, jM 2016, 123.

35 Mitsch in: Karlsruher Kommentar, OWiG, § 17 Rn. 103, 107.

36 Cierniak, zfs 2012, 664; Cierniak/Niehaus, DAR 2014, 2.

37 OLG Hamm, Beschl. v. 03.09.2012 - III-3 RBs 235/12; OLG Celle, Beschl. v. 11.09.2012 - 311 SsRs 124/12; OLG Celle, Beschl. v. 21.03.2016 - 2 Ss (OWi) 77/16.

38 OLG Hamm, Beschl. v. 09.03.2017 - 5 RBs 29/17; OLG Bamberg, Beschl. v. 04.04.2016 - 3 Ss OWi 1444/15; OLG Saarbrücken, Beschl. v. 25.10.2017 - Ss Rs 17/2017 (30/17 OWi).

39 OLG Bamberg, Beschl. v. 13.06.2018 - 3 Ss OWi 626/18; Cierniak/Niehaus, DAR 2018, 541.

40 VerfGH Saarland, Beschl. v. 27.04.2018 - Lv 1/18; Wendt, NZV 2018, 441.

41 www.sr.de/sr/home/nachrichten/panorama/weitere_blitzer_von_urteil_betroffen100.html (zuletzt abgerufen am 20.08.2019).

bei diesen Geräten geht man seitens der zuständigen Behörden von einer unzureichenden Datenspeicherung aus. Aktuell dürften damit nur noch Messungen seitens der Polizei mit den Geräten der Firma ESO möglich sein.

Obwohl die Entscheidung des VerfGH Saarbrücken unmittelbar nur die Gerichte und Behörden innerhalb des Saarlandes bindet,⁴² hat sie bundesweit erhebliche Beachtung gefunden. In verschiedenen anderen Bundesländern ist das Gerät Traffistar S 350 komplett außer Betrieb genommen worden.⁴³ Teilweise ist das Gerät innerhalb desselben Bundeslandes in der einen Stadt noch in Betrieb, und in der nächsten Stadt außer Betrieb.⁴⁴ In anderen Bundesländern wird unter Verweis auf die bisherige Rechtsprechungspraxis kein Handlungsbedarf gesehen.⁴⁵

Die Ahndung von Geschwindigkeitsverstößen im Straßenverkehr gleicht damit derzeit einem Flickenteppich. Ob ein Geschwindigkeitsverstoß geahndet wird, ist geradezu von dem Zufall abhängig, in welchem Bundesland und mit welchem Messgerät eine Geschwindigkeitskontrolle durchgeführt worden ist. Die Firma Jenoptik hat zwar bereits reagiert und schon für Juli 2019 ein Softwareupdate für das Gerät Traffistar S 350 angekündigt.⁴⁶ Allerdings sind nach Presseberichten bereits mehrere gleich gelagerte Verfahren hinsichtlich weiterer Messgeräte anderer Hersteller in anderen Bundesländern anhängig.⁴⁷ Es wird also abzuwarten sein, ob sich an dem Flickenteppich etwas ändert, und ob sich Gerichte anderer Länder der Entscheidung des VerfGH Saarbrücken anschließen werden oder nicht. Bundesweit könnte es zu umfangreichen Freisprüchen oder Einstellungen in anhängigen Verfahren kommen, bei denen eine Verteidigung bisher praktisch aussichtslos erschien.

Hinsichtlich bereits abgeschlossener Verfahren dürfte eine Wiederaufnahme dagegen kaum in Betracht kommen. Versteht man die Entscheidung als Änderung einer bisherigen gefestigten Rechtsprechung, handelt es sich nicht um eine neue Tatsache i.S.d. § 85 OWiG, § 359 Nr. 6 StPO.⁴⁸

Friktionen könnten sich allerdings im Rahmen der Vollstreckung ergeben, insbesondere dort, wo von der Ansicht des VerfGH Saarbrücken abweichende Entscheidungen von Behörden oder von Gerichten anderer Länder⁴⁹ bzw. darauf beruhende Maßnahmen des Kraftfahrtbundesamtes nach § 4 StVG im Wege der Vollstreckungshilfe durch die Behörden bzw. Polizeibeamte jener Länder vollstreckt werden sollen, in denen von einer Unverwertbarkeit der Messergebnisse ausgegangen wird. Auch wenn i.d.R. zunächst von einer Bindung der Verwaltung an diese Entscheidungen anderer Länder bzw. des Kraftfahrtbundesamtes ausgegangen werden muss,⁵⁰ bleibt offen, wie ein Widerspruch zu der Entscheidung des VerfGH Saarbrücken landesintern aufgelöst werden kann.

F. Fazit

Der BGH hatte bereits in seiner Entscheidung vom 19.08.1993 ausgeführt, dass der Betroffene einen Anspruch darauf habe, nur aufgrund ordnungsgemäß gewonnener Messdaten verurteilt zu werden. Zu dessen Realisierung müsse der Betroffene in der Lage sein, konkrete Anhaltspunkte für Messfehler vorzutragen, und einen darauf gestützten Beweisanspruch zu stellen.⁵¹ Diesen Vorgaben des BGH wird durch die hier besprochene Entscheidung nunmehr umfassend Rechnung getragen. Angesichts der Entscheidungskompetenz des VerfGH Saarbrücken nur für Landesrecht bedeutet die Entscheidung auch keineswegs das Ende des Rechtsbegriffs vom standardisierten Messverfahren. Die Entscheidung wird vielmehr durch die Betonung auf der bereits seit Langem geforderten notwendigen Transparenz staatlichen Handelns⁵² zukünftig zu einer Stärkung der Akzeptanz der Messergebnisse führen. Die Speicherung und Herausgabe valider Rohmessdaten und deren Überprüfung durch Sachverständige wird den Betroffenen nunmehr in die Lage versetzen, bereits im Verwaltungsverfahren begründete Bedenken geltend zu machen. Oder das in aller Regel richtige Messergebnis zu akzeptieren.

42 § 10 Abs. 1 VerfGHG des Saarlandes.

43 Berlin, www.berliner-zeitung.de/berlin/verkehr/wegen-fehler-messdaten-berliner-polizei-zieht-neun-blitzer-aus-dem-verkehr-32868386 (zuletzt abgerufen am 20.08.2019).

44 Thüringen, www.mdr.de/thueringen/ost-thueringen/jena/jena-kauft-keinen-panzerblitzer-100.html; Nordrhein-Westfalen, www.westfalenblatt.de/OWL/Bielefeld/Bielefeld/3872004-Nach-Gerichtsurteil-gegen-Laserscanner-Ordnungsamt-prueft-und-schliesst-nichts-aus-Blitzer-Aus-ist-noch-nicht-endgueltig (jeweils zuletzt abgerufen am 20.08.2019).

45 Brandenburg, www.maz-online.de/Lokales/Ostprignitz-Ruppin/Neuruppin/Zweifel-an-den-Blitzerfotos; Baden-Württemberg, <https://vm.baden-wuerttemberg.de/de/service/presse/pressemitteilung/pid/kein-freibrief-fuer-temposuender-im-land/>; Schleswig-Holstein, www.ndr.de/nachrichten/schleswig-holstein/Blitzer-Messungen-auf-Rader-Hochbruecke-untauglich,blitzer740.html (jeweils zuletzt abgerufen am 20.08.2019).

46 www.jenoptik.de/presse/pressemitteilungen/2019/07/09/messungen-mit-traffistar-s350 (zuletzt abgerufen am 20.08.2019).

47 www.saarbruecker-zeitung.de/saarland/blitzer-urteil-im-saarland-jenoptik-ruestet-traffistar-bundesweit-um_aid-44096847 (zuletzt abgerufen am 20.08.2019).

48 Fromm, ZfSch 2019, 72.

49 Z.B. Beschlagnahme eines Führerscheins nach Fahrverbot, § 25 Abs. 2 StVG, § 92 OWiG durch Landespolizeibeamte, § 91 OWiG.

50 Z.B. § 4 Abs. 5 Satz 4 StVG; OVG Schleswig, Beschl. v. 27.01.2017 - 4 MB 3/17.

51 BGH, Beschl. v. 19.08.1993 - 4 StR 627/92.

52 Cierniak, zfs 2012, 664, 669; zusammenfassende Darstellung: Verfassungsgerichtshof des Saarlandes, Beschl. v. 27.04.2018 - Lv 1/18 Rn. 35.

Dr. Laura Schmitt, LL.M. (Connecticut)



Akademische Rätin a.Z.

Nach dem Studium der Rechtswissenschaften an der Freien Universität Berlin und einem Masterstudium an der University of Connecticut wurde Frau Schmitt 2016 an der Ruhr-Universität Bochum promoviert mit einer Arbeit zum Thema „Die Haftung betriebsverfassungsrechtlicher Gremien und ihrer Mitglieder“. Seit Oktober 2018 ist sie akademische Rätin a.Z. und Habilitandin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Gesellschaftsrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Hamburg bei Prof. Dr. Claudia Schubert.

Nicola Behrend



Richterin am Bundessozialgericht

Nach Stationen in der Sozialgerichtsbarkeit des Landes Nordrhein-Westfalen – unterbrochen durch eine Abordnung an das nordrhein-westfälische Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales – wurde Frau Behrend 2007 zur Richterin am BSG gewählt. Neben ihrer richterlichen Tätigkeit in den Fachsenaten des BSG für Sozialhilfe, Arbeitsförderung sowie – seit 2010 – in der Grundsicherung für Arbeitsuchende ist Nicola Behrend als Mitherausgeberin eines Kommentars sowie als Autorin wissenschaftlich-publizistisch tätig. Neben zahlreichen Fachvorträgen hat sie auch Anwaltsfortbildungen durchgeführt.

Prof. Dr. Matthias Knauff, LL.M. Eur.



Professor an der Friedrich-Schiller-Universität Jena

Herr Knauff ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere Öffentliches Wirtschaftsrecht, an der Friedrich-Schiller-Universität Jena. Nach Studium, Promotion und Habilitation an der Universität Würzburg sowie Lehrstuhlvertretungen an der Universität Freiburg und der LMU München nahm er im Jahr 2011 einen Ruf auf eine Professur an der EBS Universität für Wirtschaft und Recht in Wiesbaden an. Seit dem Sommersemester 2013 lehrt und forscht er in Jena.

Prof. Dr. Stefan Korte



Professor an der Technischen Universität Chemnitz

Herr Korte ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere Öffentliches Wirtschaftsrecht, an der wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Technischen Universität in Chemnitz. Er studierte Rechtswissenschaft und Betriebswirtschaftslehre an den Universitäten in Göttingen und Hamburg, wurde 2004 an der Universität Hamburg promoviert und hat sich 2013 an der Freien Universität in Berlin habilitiert. Nach verschiedenen Lehrstuhlvertretungen forscht und lehrt er seit 2015 in Chemnitz.

Dr. Roland Krüger



Richter am Bundesfinanzhof

Herr Krüger arbeitete zunächst fünf Jahre lang als Rechtsanwalt in Düsseldorf. Im Oktober 2001 wechselte er in die Finanzgerichtsbarkeit und wurde Richter am FG Hannover. Nach Abordnungen als wissenschaftlicher Mitarbeiter an den BFH von 2005 bis 2008 und an den StGH Bückeburg wurde er im Jahr 2015 zum Richter am BFH ernannt. Hier gehört er dem VI. Senat an, der insbesondere für das Lohnsteuerrecht, die Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft sowie für die außergewöhnlichen Belastungen zuständig ist.

Dr. Christoph Brück



Richter am Landgericht

Studium der Rechtswissenschaft in Saarbrücken. Von 1992 bis 2000 nebenberuflich Mitarbeiter an verschiedenen strafrechtlichen Lehrstühlen, zunächst am Lehrstuhl Prof. Dr. Müller-Dietz. Ab 1995 Richter am AG St. Wendel, seit 2013 Richter am LG Saarbrücken. 2016 Promotion über Ordnungswidrigkeiten im Straßenverkehr.

IMPRESSUM

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

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

Redaktion: Ass. iur. Daniel Schumacher

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

Manuskripte: Der Verlag haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt 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 (Juli/August), 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
6. Jahrgang

juris WirtschaftsInformationen: Creditreform Bonitätsauskünfte – Premiumauskunft

In den juris WirtschaftsInformationen durchsuchen Sie neben den Datenbeständen von beDirect und dem Bundesanzeiger Verlag auch die Bonitätsauskünfte von Creditreform. Hier haben Sie pro Unternehmen unterschiedliche Auskunftsarten mit klaren, differenzierten Profilen zur Auswahl: Neben den Vollstreckungsinfos mit Angaben zu Gesellschaftern, Geschäftsführung und Vertretungsbefugnissen sowie Bankangaben gibt die Kompaktauskunft Informationen zur wirtschaftlichen Lage, Finanzen und mehr. Mehr Aufschluss über die Beteiligungsverhältnisse oder die Klassifikation der Wirtschaftszweige, bilanzbezogene Angaben oder differenzierte Angaben zum Bonitätsindex bietet die Wirtschaftsauskunft. Seit Juli liefert jetzt die Premiumauskunft darüber hinaus Hintergrundinformationen und grafische Darstellungen zur Bonitätsentwicklung, zur Bilanz selbst, zum Zahlungsverhalten und Anfrageverhalten sowie zur Ausfallwahrscheinlichkeit:

■ Bonitätsentwicklung

Grafische Darstellung der Bonitätshistorie (bis zu zwei Jahre) mit Höchst- und Tiefstwerten sowie dem Durchschnittswert, Ausfallwahrscheinlichkeit zu Rechtsform, Unternehmensalter und zur Branche

■ Bilanzbonität der Creditreform Rating AG

Angabe inkl. Ausfallwahrscheinlichkeit, Einordnung in sechsstufige Ratingskala und Übersetzung in bankenübliche Ratingsysteme

■ Darstellung sechs bilanzieller Kennzahlen im Dreijahresvergleich

Bilanzkennzahlen zur Finanz-, Vermögens- und Ertragslage, drei Jahresabschlüsse mit GuV-Darstellung von Bilanzen, Konzernbilanzen und GuV (wenn vorhanden) im Dreijahres- und Branchenvergleich

■ Anfragezähler

Indikator für die Kreditnachfrageaktivität und zur Betrugsprävention

■ Zahlungserfahrungen aus dem Debitorenregister Deutschland

Kennzahlen zum aktuellen Zahlungsverhalten und dessen Entwicklung in den letzten 12 Monaten sowie Entwicklung der Außenstandsdauer im Vergleich zum Zahlungsziel

www.juris.de/wirtschaftsinformationen

IN EIGENER SACHE

DR Digitalisierung und Recht: Kooperation vom IWW Institut, juris und Deubner Medien

juris unterstützt als Mitherausgeber den Informationsdienst "DR Digitalisierung und Recht" des IWW Instituts: Von Legal Tech bist IT-Compliance bietet die Website alles für die Rechtsberatung 4.0. Sie richtet sich an Rechtsanwälte, Unternehmensjuristen, Datenschutzbeauftragte sowie interessierte Entscheider. Der Informationsdienst erscheint nur online und ist kostenlos. Ein wöchentlicher Newsletter kann bestellt werden. Mehr Infos unter:

www.iww.de/dr

Fortgeschrittenen-Webinar

- Vorstellung der erweiterten und persönlichen Suchfelder
- Textwortsuche über spezielle Felder der weiteren und persönlichen Suchfelder (Kurztext, Schlagwort, Definition, Entscheidungsname)
- Optimale Nutzung der Recherchefunktionen
- Vertiefte Anwendung der Personalisierungsfunktionen (Informationsdienste, Suchprofile, Lesezeichen, Akte)

Termine und Anmeldung

02.10.2019, 14:00 – 15:00 Uhr

24.10.2019, 10:00 – 11:00 Uhr

Zur Terminübersicht und gratis Anmeldung:

www.juris.de/webinare

juris PartnerModul Steuerrecht premium partnered by C.F. Müller | Erich Schmidt Verlag | Stollfuß Medien | Verlag Dr. Otto Schmidt



Das gesamte steuerrechtliche Wissen der jurisAllianz in einem mächtigen, intelligenten Recherche-Werkzeug: Mit nur einem Mausklick durchsuchen Sie über 150 Einzelwerke zum deutschen und internationalen Steuerrecht – verlagsübergreifend, in Premium-Qualität aufbereitet und umfassend verlinkt mit den bewährten juris Primär-Inhalten wie z. B. Rechtsprechung und Verwaltungsvorschriften.

Das von den jurisAllianz zusammengestellte Premium-Paket beinhaltet über 30 Kommentare, darunter tonangebende Klassiker wie Tipke/Kruse, Herrmann/Heuer/Raupach, Rau/Dürnwächter oder Kirchhof/Söhn/Mellinghoff. Sie werden ergänzt um 17 ständig aktualisierte eKommentare.

Exklusiv durchsuchen Sie über 20 führende Fachzeitschriften von AOSTB bis UStB. So können Sie sicher sein, dass Sie bei neuen Entwicklungen immer auf dem Laufenden bleiben und stets rechtssicher beraten. Mehr als 80 Handbücher und Lexika liefern Ergebnisse mit direktem Praxisbezug und zeigen die steuerlichen Gestaltungsmöglichkeiten auf. Dank der umfangreichen CrossVerlinkung aller Dokumente arbeiten Sie täglich effizient und komfortabel.

www.juris.de/pm-steuerrechtpremium

Neue Werke für Ihre Recherche freigeschaltet

Damit Sie bei juris immer die besten Rechtsinformationen finden, wird die juris Online-Recherche fortlaufend mit neuer Fachliteratur der jurisAllianz Partnerverlage ergänzt. Die Allianz der Partnerverlage Dr. Otto Schmidt, De Gruyter, Erich Schmidt, C.F. Müller, Hüthig Jehle Rehm, Stollfuß Medien, Bundesanzeiger Verlag, dfv Mediengruppe, Deutscher Anwaltverlag, Deutscher Notarverlag und IWW Institut gestaltet gemeinsam mit juris die Zukunft der Online-Rechtsinformationswelt.

Das Netzwerk nutzt die Stärken aller und schafft für die Kunden ein interessantes und vielfältiges Angebot. Es bündelt alle relevanten Rechtsinformationen der Verlage – insbesondere Zeitschriften, Kommentare und Handbücher – und verknüpft sie untereinander sowie mit der juris Rechtsprechung, den Gesetzen und Verwaltungsvorschriften. Eine aktuelle Übersicht finden Sie auf unserer Startseite: www.juris.de/neuewerke

Termine

Informationsforen

06.11.2019 Erfurt, Radisson Blu Erfurt

09:30 – 12:00 Uhr

13:30 – 16:00 Uhr

27.11.2019 Düsseldorf, Maritim Hotel

09:30 – 12:00 Uhr

Messen und Events

Landesanwaltstag Sachsen

01. – 02.11.2019, Dresden

Anwalt 2019

11.11.2019, München

www.juris.de/veranstaltungen



Jetzt noch besser zu Recht kommen!

Als Mitglied des Deutschen Anwaltvereins nutzen Sie exklusiv ein neues rechtsgebiets- und verlagsübergreifendes Literaturpaket für Ihre Online-Recherche: das juris DAV Zusatzmodul.

Sie durchsuchen mit wenigen Klicks mehr als 30 Top-Titel führender Fachverlage der jurisAllianz – intelligent verlinkt und laufend aktualisiert – von A wie Anwaltkommentar bis Z wie Zöller. Zahlreiche Formulare mit Checklisten, Vorlagen und Mustertexten unterstützen Sie optimal bei Ihrer Fallbearbeitung. Mit juris arbeiten Sie stets rechtssicher und sparen nicht nur Zeit, sondern auch bares Geld.

Speziell für DAV-Mitglieder enthält das Online-Modul u. a.:

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

+ Gesetze, zitierte Rechtsprechung und Literaturnachweise

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



ab **51,75 €**/Monat

zzgl. MwSt.

juris

 DeutscherAnwaltVerein



+++ NEU! Inklusive STAUDINGER Online powered by juris EGBGB/Internationales Privatrecht +++

juris PartnerModul

Internationales Privatrecht

partnered by De Gruyter | dfv Mediengruppe | Giesecking | Sellier | Verlag Dr. Otto Schmidt | zerb verlag

Wertvolle und komfortable Unterstützung bei der Bearbeitung Ihrer kollisionsrechtlichen Mandate – ob bei der Rechtsgestaltung und -durchsetzung oder im internationalen Familien- oder Schuldrecht.

Die umfassende Online-Bibliothek deckt alle einschlägigen EU-Rechtsinstrumente sowohl im Zivil- und Handelsrecht als auch im Familien- und Erbrecht ab. Mit dem „Rauscher“ ist ein führender Kommentar zum Europäischen Zivil- und Kollisionsrecht enthalten. Das Premium-Modul beinhaltet exklusiv die Staudinger Bände zum EGBGB und IPR sowie die Zeitschrift RIW. Alle Werke sind für die digitale Nutzung in der bewährten juris Qualität aufbereitet. Dank professioneller Verlinkung mit der juris Datenbank recherchieren Sie effizient und rechtssicher.

juris PartnerModul **Internationales Privatrecht** enthält u. a.:

- Ausländisches Privat- und Privatverfahrensrecht in deutscher Sprache, von Bar
- Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Rauscher
- European Company and Financial Law Review, ECFR
- Internationales Handelsrecht, IHR
- Internationales Vertragsrecht, Reithmann/Martiny (Hrsg.)
- Internationales Zivilprozessrecht, Geimer
- juris PraxisKommentar BGB, Band 6, Internationales Privatrecht und UN-Kaufrecht, Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdiger (Hrsg.)
- Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, IPRax
- Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union, GPR

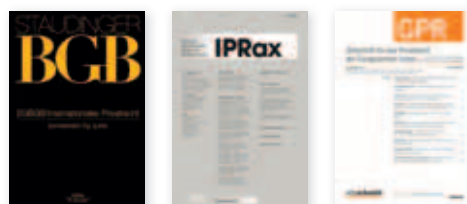
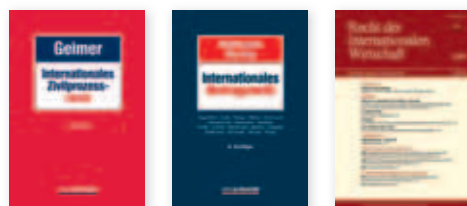
juris PartnerModul **Internationales Privatrecht** premium enthält zusätzlich:

- Recht der internationalen Wirtschaft, RiW
- STAUDINGER Online powered by juris, EGBGB/Internationales Privatrecht

+ Rechtsprechung, Gesetze und Literaturnachweise von juris

Mehr Informationen unter:

www.juris.de/pmipr | www.juris.de/iprp



ab **99,00 €**/Monat

zzgl. MwSt.

jurisAllianz

Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.