

Juris[®] Die Monatszeitschrift

JM 2 | FEBRUAR
2019

Topthema:

Ist der Handel mit Bitcoins ohne Erlaubnis der BaFin strafbar?

RA Dr. Mansur Pour Rafsendsjani

Interview:

„Arbeitsrecht ist sexy!“ – 125 Jahre Deutscher Arbeitsgerichtsverband

PräsD ArbGV Dr. Helmut Nause

In dieser Ausgabe:

Die GmbH-Gesellschafterliste erneut im Fokus – kommt mit der Gesellschafterlistenverordnung nun die lang ersehnte Transparenzsteigerung?

RA'in Dr. Nadine Fell

Das Güterichterverfahren im prozessualen Kontext – sinnvolle Ergänzung oder Fremdkörper?

RiAG Benedikt Windau

Öffnen, Fördern & Fordern – Der Referentenentwurf zum neuen Fachkräfteeinwanderungsgesetz

RA'in Bettina Offer, LL.M.

Gesetzgeber scheitert erneut am EuGH – was wird aus § 50d Abs. 3 EStG?

Ass. iur. Enrico Farinato, LL.B.

JM-Leserbefragung – Ihre Meinung ist gefragt
Machen Sie mit unter:
www.juris.de/leserbefragung





Jetzt noch besser recherchieren!

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.de 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

INHALT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Zivil- und Wirtschaftsrecht

Die GmbH-Gesellschafterliste erneut im Fokus – kommt mit der Gesellschafterlistenverordnung nun die lang ersehnte Transparenzsteigerung?

RA'in Dr. Nadine Fell

S. 46

Das Güterichterverfahren im prozessualen Kontext – sinnvolle Ergänzung oder Fremdkörper?

RiAG Benedikt Windau

S. 52

Verwaltungsrecht

Öffnen, Fördern & Fordern – Der Referentenentwurf zum neuen Fachkräfteeinwanderungsgesetz

RA'in Bettina Offer, LL.M.

S. 59

Rechtliches Gehör im einstweiligen Verfügungsverfahren

BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018 - 1 BvR 1783/17 und 1 BvR 2421/17

RA Jens von der Thüsen, LL.M. (Edinburgh)

S. 61

Festsetzung von Emissionskontingenten zur Bewältigung von Lärmkonflikten durch Gewerbelärm

BVerwG, Urt. v. 07.12.2017 - 4 CN 7/16

RiBVerwG Helmut Petz

S. 64

Steuerrecht

Gesetzgeber scheitert erneut am EuGH – was wird aus § 50d Abs. 3 EStG?

Ass. iur. Enrico Farinato, LL.B.

S. 68

Nachruf Joachim Lang

Prof. Dr. Johanna Hey

S. 74

INHALT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Topthema:

Strafrecht

Ist der Handel mit Bitcoins ohne Erlaubnis der BaFin strafbar? Zugleich eine Anmerkung zu KG, Urt. v. 25.09.2018 - (4) 161 Ss 28/18 (35/18)

RA Dr. Mansur Pour Rafsendjani

S. 76

INTERVIEW

„Arbeitsrecht ist sexy!“ – 125 Jahre Deutscher Arbeitsgerichtsverband

Interview mit:

PräsD ArbGV Dr. Helmut Nause

S. 85

Nichts ist so beständig wie der Wandel



Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Winterhoff,
Hamburg

Diese alte Weisheit wird dem griechischen Philosophen Heraklit zugeschrieben, der um 500 v. Chr. lebte. Dass die rund 2.500 Jahre alte Erkenntnis Heraklits auch heute noch aktuell ist, gilt nicht zuletzt für den Bereich der Jurisprudenz. Gerade angesichts der immer schneller voranschreitenden Digitalisierung unserer Lebenswirklichkeit steht die Rechtswissenschaft vor der Herausforderung, neue technische Sachverhalte richtig zu erfassen und juristisch einzuordnen. Die jM, die interessierten Juristinnen und Juristen auch solche Einblicke vermitteln möchte, die über den Tellerrand des jeweils eigenen Fachgebiets hinausgehen, sieht sich als Begleiterin dieses Prozesses. Einhergehend damit ist das Top-Thema der nun vor Ihnen liegenden Ausgabe unserer Zeitschrift der Handel mit Bitcoins und dessen mögliche Strafbarkeit. Der Bitcoin ist eine sog. Kryptowährung, die einen digitalen Zahlungsverkehr ohne Zentralinstanzen wie etwa Banken ermöglicht. In technischer Hinsicht sind Bitcoins verschlüsselte Datenpakete, die in einer Datenbank, der sog. Blockchain, gespeichert sind. Abseits aller technischen Details ist an der Verbreitung von Kryptowährungen bemerkenswert, dass sich auf diese Weise Private ihr „eigenes Geld“ schaffen und damit in Konkurrenz zu staatlichen Währungen treten.

Bedarf der Handel mit Bitcoins vor diesem Hintergrund einer Erlaubnis der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht nach dem Gesetz über das Kreditwesen? Die

Bundesanstalt hat dies in jahrelanger Verwaltungspraxis bejaht. Dem ist nun das Kammergericht entgegengetreten und hat das Bestehen einer Erlaubnispflicht ebenso verneint wie die Strafbarkeit des ohne Erlaubnis vollzogenen Handels mit Bitcoins. Das Gericht wirft der Bundesanstalt insoweit nicht weniger als einen Verstoß gegen den nulla poena sine lege-Grundsatz vor; denn es sei allein Aufgabe des Gesetzgebers, über die Strafbarkeit des Handels mit Kryptowährungen zu entscheiden. Auch aus diesem Grunde darf ich Ihnen den Aufsatz von Herrn Rechtsanwalt Dr. Rafsendjani nachdrücklich zur Lektüre empfehlen.

Im Wandel begriffen ist ebenso die Praxis zivilgerichtlicher einstweiliger Verfügungsverfahren. Auslöser dafür sind zwei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, mit denen dieses verschiedene gerichtliche Praktiken im Bereich des Presse- und Äußerungsrechts als verfassungswidrig beanstandet hat. Dies betrifft den Erlass sowie die Ablehnung einstweiliger Verfügungen jeweils ohne vorprozessuale Abmahnung und/oder ohne vorherige gerichtliche Anhörung des Verfügungsgegners. Das Bundesverfassungsgericht hat klargestellt, dass es mit Rücksicht auf die gebotene prozessuale Waffengleichheit regelmäßig nicht in Betracht komme, die Gegenseite bis zur Entscheidung über den Verfügungsantrag generell aus dem Verfahren herauszuhalten. Die Anmerkung von Rechtsanwalt von der Thüsen macht Sie nicht nur mit den Eckpunkten der verfassungsgerichtlichen Argumentation vertraut, sondern zeigt auch auf, dass die Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts das Potenzial haben, die forensische Praxis im zivilprozessualen einstweiligen Verfügungsverfahren generell erheblich zu verändern.

Wandeln wird sich nicht zuletzt angesichts der demografischen Entwicklung in Deutschland auch die Zusammensetzung der Arbeitnehmerschaft. Um den sich zunehmend stärker bemerkbar machenden Fachkräftemangel zu bekämpfen, hat das Bundeskabinett kürzlich den Entwurf eines neuen Fachkräfteeinwanderungsgesetzes vorgelegt. Dessen Eckpunkte stellt Ihnen der Aufsatz von Frau Rechtsanwältin Offer vor. Nicht fehlen dürfen schließlich zivilrechtliche Beiträge, die in Gestalt zweier Aufsätze zum GmbH-Recht und zum Güterichterverfahren Eingang in das vorliegende Heft gefunden haben, sowie unser Interview, dieses Mal mit dem Präsidenten des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes Dr. Nause.

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

Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Winterhoff

Die GmbH-Gesellschafterliste erneut im Fokus – kommt mit der Gesellschafterlistenverordnung nun die lang ersehnte Transparenzsteigerung?

RA'in Dr. Nadine Fell

A. Einleitung

Erstmals seit der „MoMiG“-Reform¹ im Jahr 2008 sind die Vorschriften zur Führung der GmbH-Gesellschafterliste („Gesellschafterliste“) in den Fokus des Gesetzgebers gelangt und wurden im Jahr 2017 Gegenstand einer Gesetzesänderung. Das Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie („Transparenzrichtlinie“),² welches am 26.06.2017 in Kraft getreten ist, zielte fast zehn Jahre nach der MoMiG-Reform erneut auf eine „Modernisierung des GmbH-Rechts“ und die „Bekämpfung von Missbräuchen“ ab. Zu diesem Zweck sollen die zum Handelsregister eingereichten Gesellschafterlisten harmonisiert und Gesellschafterverhältnisse in deutschen GmbHs transparenter gestaltet werden.³ Konkret wurden die Bestimmungen des § 40 Abs. 1 Satz 1 bis 3 und Abs. 2 GmbHHG zum Mindestinhalt von Gesellschafterlisten abgeändert.⁴ Auch wurde in § 40 Abs. 4 GmbHHG erstmals eine Verordnungsermächtigung an das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz („BMJV“) verankert, wodurch die Vorgaben über die Gesellschafterliste näher ausgestaltet werden sollen. Das BMJV hat von dieser Verordnungsermächtigung inzwischen Gebrauch gemacht und mit der am 01.07.2018 in Kraft getretenen Gesellschafterlistenverordnung⁵ („GesLV“) teils verbindliche, teils ermessensleitende Vorgaben für die Ausgestaltung von Gesellschafterlisten festgelegt. Doch angesichts weiterhin bestehender Unsicherheiten kann hinterfragt werden, ob die GesLV tatsächlich zu der angestrebten Transparenzsteigerung beigetragen hat oder weiterer Reformbedarf besteht.

B. Hintergrund und Regelungsziel der GesLV

Hintergrund der Neuregelungen des § 40 GmbHHG im Juni 2017 war insbesondere das neu eingeführte Transparenzregister, welches künftig einen einheitlichen Zugang zu den Daten „wirtschaftlich Berechtigter“ (§ 3 GwG) ermöglichen soll. § 20 Abs. 1 GwG statuiert hierzu (gesellschaftsübergreifende) Mitteilungspflichten der Gesellschaft. Diese soll insbesondere jene Informationen umfassen (Vor- und Nachnamen, Geburtsdatum, Wohnort, Art und Umfang des wirtschaftlichen Interesses), die für die GmbH bereits auf Basis der Gesellschafterliste im Handelsregister publiziert werden, wobei sich die Pflicht auf solche Infor-

mationen konzentrieren soll, die der Gesellschaft bereits bekannt sind oder die ihnen durch die jeweiligen Gesellschafter – in Erfüllung der sie treffenden Mitteilungspflichten aus § 20 Abs. 3 GwG – mitgeteilt werden.⁶ Um die Geschäftsführer nicht mit doppelten Mitteilungspflichten zu belasten,⁷ entfällt nach § 20 Abs. 2, § 22 Abs. 1 Satz 1 GwG eine gesonderte Mitteilungspflicht der jeweiligen GmbH an das Transparenzregister, wenn sich die Informationen zum wirtschaftlich Berechtigten aus der im Handelsregister einsehbaren Gesellschafterliste ergeben, was bei ordnungsgemäßer Listenführung der Regelfall sein dürfte.⁸

1 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008, BGBl. I, 2026 (Nr. 48), welches mit Wirkung zum 01.11.2008 in Kraft getreten ist.

2 Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen vom 23.06.2017 (GWGEG 2017), BGBl. I, 1822 (Nr. 39), welches mit Wirkung zum 26.06.2017 in Kraft getreten ist.

3 Vgl. die Begründung zur GesLV, BR-Drs. 105/18 vom 06.04.2018, S. 1.

4 Neu eingeführt durch § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHHG wurden begrüßenswerterweise inhaltliche Vorgaben an personengebundenen Angaben in Bezug auf Gesellschaften. Insbesondere hat der Gesetzgeber nunmehr eine Klarstellung für die Außen-GbR getroffen. So heißt es in der Begründung zur GesLV ausdrücklich, dass neben der individualisierenden Gesamtbezeichnung der GbR auch Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort jedes ihrer Gesellschafter anzugeben sind. Siehe zu der bislang umstrittenen Frage der Darstellung der Außen-GbR in der GmbH-Gesellschafterliste und Implikationen im Fall eines Gesellschafterwechsels in der GbR: Fell, Die GmbH-Gesellschafterliste im Spannungsfeld zwischen Geheimhaltungs- und Veröffentlichungsinteressen, S. 305 ff.

5 Verordnung über die Ausgestaltung der Gesellschafterliste vom 20.06.2018, BGBl. I, 870 (Nr. 22) (GesLV).

6 Vgl. Begründung zum RegE des GWGEG 2017, BT-Drs. 18/11555, S. 127.

7 Vgl. die Begründung zum RegE des GWGEG 2017, BT-Drs. 18/11555, S. 128.

8 Die Begründung zum RegE des GWGEG 2017, BT-Drs. 18/11555, S. 128, führt jedoch ausdrücklich aus, dass eine Meldepflicht besteht, „wenn hinter einem der Gesellschafter ein Treugeber stünde, der sich naturgemäß nicht aus öffentlich zugänglichen Registern ergibt, so dass der Gesellschafter diesen anzugeben hat“. Zur Nichteintragungsfähigkeit der Treuhandabtretung des GmbH-Geschäftsanteils, Fell, Die GmbH-Gesellschafterliste im Spannungsfeld zwischen Geheimhaltungs- und Veröffentlichungsinteressen, S. 475, 453; siehe hierzu auch Birkefeld/Schäfer, BB 2017, 2755, 2759; Damm, BWNtZ 2017, 2, 7; Windeknecht/Junginger, DZWIR 2017, 551, 554; Wachter, GmbHR 2017, 1177, 1188.

Um die Ziele der Transparenzrichtlinie zu erreichen und die Identifizierung wirtschaftlich Berechtigter i.S.d. § 3 GwG zu erleichtern,⁹ machte das BMJV mit der GesLV von seiner Verordnungsermächtigung Gebrauch und legte bereits zum 08.09.2017 einen Referentenentwurf vor, der die Gesellschafterliste dem Informationsstandard der Mitteilungspflichten nach GwG anpasst. Eine abgeänderte Entwurfsvorlage zur Umsetzung von Stellungnahmen der Praxis wurde am 06.04.2018 dem Bundesrat zugeleitet. Nachdem der Bundesrat am 08.06.2018 seine Zustimmung erteilte und die GesLV am 28.06.2018 im BGBl. verkündet wurde, trat diese gem. § 6 GesLV am 01.07.2018 endgültig in Kraft.

Die Anforderungen an die Gestaltung der Gesellschafterliste werden damit künftig parallel durch die §§ 8, 40 GmbHG und die Vorgaben der GesLV geregelt. Jene Anforderungen sind für den Listenersteller verbindlicher Natur, soweit nicht ausdrücklich ein Gestaltungsspielraum eröffnet wird.¹⁰ Gleichwohl erscheint es fraglich, ob durch die GesLV die lang ersehnte Transparenzsteigerung einhergehen wird. Versuche unter der MoMiG-Reform haben bislang nur wenig Besserung vermocht. Mit der GesLV versucht der Gesetzgeber nun erneut, eine Antwort auf die Probleme der Praxis bei der Erstellung und Änderung von Gesellschafterlisten zu finden. Im Folgenden soll untersucht werden, ob und inwieweit die Neuerungen durch die GesLV dazu in der Lage sind, Rechtsklarheit zu schaffen und zu einer verbesserten Transparenz beizutragen.

C. Neuerungen durch die GesLV

I. Nummerierung von Geschäftsanteilen, § 1 GesLV

1. Rechtslage vor Einführung der GesLV

Die Nummerierung von Geschäftsanteilen hat in der Praxis vermehrt zu Komplikationen und Unsicherheiten geführt. So wurde den zur Listenerstellung berufenen Geschäftsführern und Notaren im Zuge der MoMiG-Reform zwar erstmalig ein Nummerierungsauftrag erteilt (§ 8 Abs. 1 Nr. 3, § 40 Abs. 1, 2 GmbHG). Die konkrete Umsetzung der Nummerierung wurde hingegen dem Gestaltungsermessen des Listenerstellers überlassen. Einzige Ermessensleitlinie war es bislang, entsprechend dem Sinn und Zweck der Anteilenummerierung die Gesellschafterliste so zu gestalten, dass die Gesellschafter klar zu identifizieren sind und eine höchstmögliche Transparenz über die Beteiligungsverhältnisse erreicht wird.¹¹

Naturgemäß offenbarten sich rasch nach Einführung des Nummerierungserfordernisses Unklarheiten bei der Frage, wie die Nummerierung der Geschäftsanteile konkret in der Gesellschafterliste umzusetzen sei. Dies betraf insbesonde-

re die Frage, welches Zahlenformat der Gesellschafterliste zugrunde zu legen ist, ob und wie lange bei mehrfacher Änderung der Beteiligung die originäre Nummernvergabe beizubehalten ist und ob eine vollständige Neu Nummerierung zur Wahrung der Transparenzfunktion der Gesellschafterliste in bestimmten Fällen zulässig ist.

Gerade mit Blick auf die Schaffung, Teilung oder Zusammenlegung von Geschäftsanteilen wurde bisher das Ausgestaltungsermessen des Listenerstellers unterschiedlich bewertet. Teile der Literatur forderten etwa eine vollständige Neuvergabe von Nummern;¹² andere sprachen sich für eine Untergliederung mittels Zahlen-Buchstabenkombinationen¹³ bzw. Unternummerierungen nach DIN 1421-Vorgaben¹⁴ aus. Konsens bestand lediglich dahin gehend, dass einmal vergebene Nummern in nachfolgenden Listen frei zu bleiben hatten, wenn und soweit hierdurch eine bessere Nachvollziehbarkeit der Anteilshistorie gewährleistet wird.¹⁵

2. Anforderungen der GesLV an die Anteilenummerierung, § 1 Abs. 1 und 3 GesLV

In Anbetracht dieser Unklarheiten stellt § 1 Abs. 1 Satz 1 GesLV nun klar, dass die Geschäftsanteile künftig mit Nummern „fortlaufend und in eindeutiger Zuordnung zu den Gesellschaftern mit ganzen arabischen Zahlen (Einzelnummern) oder, in den durch diese Verordnung bestimmten Fällen, mit ganzen arabischen Zahlen in dezimaler Gliederung (Abschnittsnummern)“ zu versehen sind. Die Verwendung anderer als arabischer Zahlen wird ausdrücklich als unzulässig erachtet.¹⁶ Dieses Regel-Aus-

9 Vgl. die Erläuterungen in BR-Drs. 105/18 vom 08.06.2018, S. 968; BR-Sitzung, S. 41.

10 Siehe etwa zur Unterscheidung von verpflichtenden, Soll- und bloß zulässigen Angaben in der Veränderungsspalte, unten 2.

11 Vgl. die Begründung zur GesLV, BR-Drs. 105/18 vom 06.04.2018, S. 6. Siehe zu dieser Zwecksetzung der Änderungen durch die MoMiG-Reform bereits die Begründung des RegE vom 25.05.2007, BR-Drs. 354/07, S. 101, sowie die Begründung des RegE vom 25.07.2007, BT-Drs. 16/6140, S. 44.

12 So etwa die Empfehlung des Informationsdienstes des Deutschen Notarinstituts, DNotI-Report 2010, 147, 148; Wachter, ZNotP 2008, 378, 385 f.; Mayer, DNotZ 2008, 403, 407; weitere Nachweise bei Fell, Die GmbH-Gesellschafterliste im Spannungsfeld zwischen Geheimhaltungs- und Veröffentlichungsinteressen, S. 368.

13 Dies für möglich erachtend Heckschen, Das MoMiG in der notariellen Praxis, Rn. 469.

14 Mayer, ZIP 2009, 1037, 1042; anders noch Mayer, DNotZ 2008, 403, 407.

15 Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts, DNotI-Report 2010, 147, 149.

16 Vgl. die Begründung zur GesLV, BR-Drs. 105/18 vom 06.04.2018, S. 7, wonach auch bei einer Gliederung nach Gesellschaftern i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 3 GesLV die Verwendung römischer Zahlen, Dezimalzahlen oder Buchstaben unzulässig ist.

nahme-Verhältnis wurde bereits im Nachgang der MoMiG-Reform überwiegend als empfehlenswert erachtet.¹⁷ Dem Gestaltungsermessen des Listenerstellers unterliegt künftig auch die Wahl, die Gesellschafterliste insgesamt entweder nach Geschäftsanteilen oder nach Gesellschaftern zu sortieren, solange und soweit sichergestellt ist, dass die Anteilsnummerierung insgesamt fortlaufend i.S.d. § 1 Abs. 2 GesLV erfolgt.¹⁸

Darüber hinaus sieht § 1 Abs. 3 Satz 1 GesLV nun verpflichtend die Vergabe einer jeweils neuen Einzelnummer im Fall einer Teilung, Zusammenlegung oder Neuschaffung von Geschäftsanteilen vor. Satz 2 bestimmt, dass die jeweils nächste freie ganze Zahl zu wählen ist. Bei einer Teilung oder Schaffung neuer Geschäftsanteile können die neu entstandenen Geschäftsanteile künftig nach § 1 Abs. 3 Satz 3 GesLV durch die Vergabe von Abschnittsnummern zugeordnet werden, sofern nicht ganze Nummern vergeben werden sollen. Gleiches gilt auch für verbleibende Restanteile des ursprünglichen Geschäftsanteils.

Die Begründung verweist auf Abschnittsnummern im Sinne der DIN 1421-Vorgaben (Beispiel: 1.1, 1.2, 1.3).¹⁹ Hierdurch soll insbesondere für die Teilung und Schaffung neuer Geschäftsanteile (etwa nach einer Kapitalerhöhung) die Herkunft der Geschäftsanteile verdeutlicht werden.²⁰ Ist ein Geschäftsanteil von einer Teilung oder Neuschaffung betroffen, der bereits durch eine Abschnittsnummer zugeordnet wird, so ist die nächste freie dezimale Gliederung zu wählen.²¹

3. Prinzip der Nummerierungskontinuität, § 1 Abs. 2 und 4 GesLV

Seit Einführung des Nummerierungserfordernisses im Zuge der MoMiG-Reform orientierte sich die Listenerstellung am (ungeschriebenen) Prinzip der fortlaufenden Nummerierung.²² Einmal vergebene Nummern sollen bei der Schaffung neuer bzw. dem Wegfall bestehender Anteile fortlaufend aufeinander aufbauen bzw. nicht erneut zugunsten anderweitiger Geschäftsanteile reaktiviert werden.²³ § 1 Abs. 2 GesLV greift diesen Grundgedanken auf und postuliert das Prinzip der Nummerierungskontinuität, wonach „eine für einen Geschäftsanteil einmal vergebene Nummer nicht für einen anderen Geschäftsanteil verwendet werden darf.“²⁴

a. Ausnahmen vom Prinzip der Nummerierungskontinuität

Ausnahmen von diesem Prinzip sind nur in den in der GesLV bestimmten Fällen zulässig (§ 1 Abs. 2 Satz 1 GesLV). Insbesondere sieht § 1 Abs. 4 GesLV eine vollständige Neunummerierung durch eine sog. Bereinigungsliste in dem Fall als statthaft an, in dem aufgrund der bisherigen Num-

merierung die Gesellschafterliste „unübersichtlich“ geworden ist oder dies durch die anstehende Aktualisierung drohen würde.²⁵

b. Umsetzung der BGH-Rechtsprechung zur vollständigen Neunummerierung

Die Regelungen der § 1 Abs. 2 und Abs. 4 GesLV entsprechen dabei der bisherigen Rechtsprechung des BGH zur Zulässigkeit der vollständigen Neunummerierung. Hiernach sei eine Abkehr von der bisherigen Neunummerierung (nur) dann zulässig, sofern für die Geschäftsanteile keine „hinreichend klare Zuordnung“²⁶ mehr gegeben ist. § 1 Abs. 2 GesLV hat die in der Literatur und Rechtsprechung umstrittene Frage, ob eine vollständige Neunummerierung aus Gründen der Übersichtlichkeit und Nachvollziehbarkeit der Listenangaben zulässig ist oder nicht,²⁷ einer Klärung zugeführt. Demgegenüber äußerte sich der BGH seinerzeit nicht

17 Fell, Die GmbH-Gesellschafterliste im Spannungsfeld zwischen Geheimhaltungs- und Veröffentlichungsinteressen, S. 369; so auch Miller, NJW 2018, 2518, 2518.

18 Vgl. die Gestaltungshinweise mit Nummerierungs- und Sortierungsbeispielen in der Begründung zur GesLV, BR-Drs. 105/18 vom 06.04.2018, S. 6 ff. Siehe ferner die Vorschläge von Szalai, GWR 2018, 250, 254; Cziupka, GmbHHR 2018, R180, R181; Birkefeld/Schäfer, BB 2017, 2755, 2758; Damm, BWNotZ 2017, 2, 7; Punte/Stefanink, GWR 2018, 131, 133; Ulrich, GmbHHR 2017, R374, R374.

19 Vgl. die Begründung zur GesLV, BR-Drs. 105/18 vom 06.04.2018, S. 6, unter Verweis auf die bereits „gängige Praxis“.

20 Vgl. die Begründung zur GesLV, BR-Drs. 105/18 vom 06.04.2018, S. 7.

21 Vgl. die Begründung zur GesLV, BR-Drs. 105/18 vom 06.04.2018, S. 7. Dies entspricht bereits der Empfehlung des Handelsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltsvereins, NZG 2007, 735, 738 f.

22 Vgl. nur BGH, Beschl. v. 01.03.2011 - II ZB 6/10 Rn. 13; dem nachfolgend BGH, Beschl. v. 20.09.2011 - II ZB 17/10 Rn. 10 a.E.

23 Statt vieler Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts, DNotI-Report 2010, 147, 149; Wachter, NZG 2009, 1001, 1005.

24 Der Referentenentwurf des BMJV vom 08.09.2017 (RefE) sah in § 1 Abs. 2 Satz 1 noch ausdrücklich eine „Gliederungskontinuität“ vor und ordnete in § 1 Abs. 2 Satz 2 noch missverständlich an, dass Änderungen einer gewählten Nummerierung nur infolge einer tatsächlich eingetretenen Veränderung i.S.d. § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG zulässig sind, was den (fehlerhaften) Rückschluss nahegelegt hätte, dass andere Änderungen unabhängig von einer solchen statthaft seien. Satz 2 RefE wurde ersatzlos gestrichen und die Begründung zur GesLV, BR-Drs. 105/18 vom 06.04.2018, S. 7, klarstellend aus, dass eine Umnummerierung jener Geschäftsanteile ausgeschlossen ist, „bei denen sich keine Veränderung, die gemäß den Bestimmungen der Verordnung zur Vergabe einer neuen Nummer führt, ergeben hat“.

25 § 1 Abs. 4 GesLV nimmt anders als noch der RefE einer GesLV vom 08.09.2017 auch den Fall einer drohenden Unübersichtlichkeit in Bezug, sodass eine solche zutreffenderweise nicht erst abgewartet werden muss.

26 Siehe BGH, Beschl. v. 20.09.2011 - II ZB 17/10 Rn. 10 a.E.

27 Siehe hierzu eingehend bereits Fell, Die GmbH-Gesellschafterliste im Spannungsfeld zwischen Geheimhaltungs- und Veröffentlichungsinteressen, S. 370 ff.

zu der problematischen Frage, wie die alten Nummern in die neue Nummernfolge zu übersetzen waren. Um eine Verwirrung zu vermeiden, hatte sich die überwiegende Literaturlösung für die Einführung einer sog. Veränderungsspalte ausgesprochen.²⁸ Mit § 2 Abs. 1 GesLV wird dieser Forderung nunmehr Rechnung getragen (siehe hierzu II.).

c. Bereinigungsliste und Veränderungsspalte, § 1 Abs. 4 und § 2 Abs. 2 GesLV

Die ganz herrschende Literaturlösung sprach sich im Nachgang zur MoMiG-Reform und Rechtsprechung des BGH zur vollständigen Neu Nummerierung dagegen aus, dass in einer „Bereinigungsliste“ durch veraltete Listen vergebene Nummern reaktiviert werden sollen.²⁹ Künftig wird dies nach § 1 Abs. 4 der GesLV – in Abweichung von § 1 Abs. 2 Satz 1 GesLV – ausdrücklich für zulässig erklärt.³⁰ Ergänzend ordnet § 2 Abs. 2 GesLV an, dass der Bereinigungsliste zwingend eine Veränderungsspalte beizufügen ist, in der einzutragen ist, dass eine solch bereinigende Liste erstellt wurde und in der die bisherige Nummerierung im Hinblick auf den sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz vermerkt wird.³¹

II. Verpflichtende Führung einer Veränderungsspalte anstelle der Streichung von Altangaben, § 2 und § 3 GesLV

Nach Maßgabe des § 2 GesLV sollen sämtliche Veränderungen i.S.d. § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG in Bezug auf den jeweiligen Geschäftsanteil zur transparenten Nachvollziehbarkeit in einer Veränderungsspalte ersichtlich gemacht werden.³² Dem Betrachter soll es ermöglicht werden, den historischen Werdegang eines Geschäftsanteils mit dieser zweifelsfrei nachvollziehen zu können.³³ Für diese Zwecke sieht es § 3 GesLV künftig zwingend vor, dass solche Angaben, die überholt sind, nicht mehr in nachfolgenden Veränderungslisten aufzuführen und stattdessen vollständig zu entfernen sind. Unzulässig sind daher solche Listengestaltungen, die diese Angaben weiterhin aufführen und historische Daten mittels einfacher Streichung, roter Unterstreichungen oder kennzeichnenden Zusätzen wie z.B. „aufgehoben“ ausweisen wollen.³⁴

1. Unterscheidung von zulässigen, Soll- und zwingenden Angaben in der Veränderungsspalte

§ 2 GesLV unterscheidet für die Führung der Veränderungsspalte künftig zwischen zulässigen, Soll-Angaben und zwingenden Angaben.³⁵ Begründet wird die Unterscheidung mit dem lediglich informatorischen Charakter der Angaben in der Veränderungsspalte, die überdies nicht Be-

standteil des Bestätigungsvermerks des Notars nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG sein soll.³⁶

2. Einführung der Veränderungsspalte – Zulässigkeit einer separaten Spalte zur Ausweisung dinglicher Belastungen und Testamentsvollstreckervermerke?

Der Gesetzgeber hat sich begrüßenswerterweise für die verpflichtende Einführung einer sog. Veränderungsspalte entschieden. Unklar bleibt jedoch, ob es der Gesetzgeber mit der Bezugnahme auf den Begriff der Veränderung i.S.d. § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG in § 2 Abs. 4 GesLV explizit ausschließen wollte, dass auch andere Inhalte in der Gesellschafterliste mittels separater Spalte ähnlich der „Veränderungsspalte“ aufgeführt werden, die keinen Wechsel in der Person des Anteilsinhabers oder des Umfangs seiner Beteiligung zur Folge haben. Insbesondere im Fall dinglicher Belastungen³⁷ wie auch in Bezug auf die Anordnung der Testaments-

28 Wicke, MittBayNot 2010, 283, 284; vgl. auch Tebben, RNotZ 2008, 441, 456, und Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltsvereins, NZG 2007, 735, 738, die eine entsprechende Dokumentation neben der neuen Gesellschafterliste einreichen möchten.

29 So schon zur Rechtslage nach der MoMiG-Reform, Paefgen in: Ulmer, GmbHG, § 40 Rn. 34; Paefgen in: Ulmer, GmbHG, Ergänzungsband MoMiG, § 40 Rn. 22; Heidinger in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, Kap. 13, Rn. 398; Omlor/Spies, MittBayNot 2011, 353, 358; Wachter, ZNotP 2008, 378, 385; Mayer, DNotZ 2008, 403, 407; Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltsvereins, NZG 2007, 735, 738.

30 Die Begründung zur GesLV, BR-Drs. 105/18 vom 06.04.2018, S. 8, nimmt hierbei auf die zu den Grundbuch- wie auch Handelsregisterverfahren entwickelten Grundsätze (§ 28 Abs. 1 der Verordnung zur Durchführung der Grundbuchordnung [Grundbuchverfügung – GBV] und § 21 Abs. 1 der Verordnung über die Einrichtung und Führung des Handelsregisters [Handelsregisterverordnung – HRV]).

31 Begründung zur GesLV, BR-Drs. 105/18 vom 06.04.2018, S. 9 f.

32 Die Begründung zur GesLV, BR-Drs. 105/18 vom 06.04.2018, S. 9, stellt hierbei klar, dass für Geschäftsanteile, bei denen sich keine Veränderung i.S.d. § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG eingestellt hat, keine Angaben in der Veränderungsspalte zu machen sind. Zur Listengestaltung mit samt Veränderungsspalte im Fall der Bereinigungsliste, oben I.3.

33 Vgl. die Begründung zur GesLV, BR-Drs. 105/18 vom 06.04.2018, S. 9 f. Im Nachgang der MoMiG-Reform wurde in Anbetracht der unklaren Rechtslage über die Zulässigkeit einer Veränderungsspalte nahezu einhellig empfohlen, an die zuletzt vergebene Nummer, die in der jeweils aktuellen Vorgängerfassung der Gesellschafter im Handelsregister ersichtlich war, anzuknüpfen, siehe hierzu Fell, Die GmbH-Gesellschafterliste im Spannungsfeld zwischen Geheimhaltungs- und Veröffentlichungsinteressen, S. 376 f.

34 Vgl. die Begründung zur GesLV, BR-Drs. 105/18 vom 06.04.2018, S. 11.

35 Vgl. die Unterscheidung zwischen der zwingenden Führung der Veränderungsspalte im Fall der Bereinigungsliste, den Soll-Angaben des § 2 Abs. 3 und den zulässigen Angaben nach § 2 Abs. 4 GesLV in der Begründung zur GesLV, BR-Drs. 105/18 vom 06.04.2018, S. 9 f.

36 Siehe die Begründung zur GesLV, BR-Drs. 105/18 vom 06.04.2018, S. 9.

37 Siehe zur Frage der Eintragungsfähigkeit dinglicher Belastungen des Geschäftsanteils Fell, Die GmbH-Gesellschafterliste im Spannungsfeld zwischen Geheimhaltungs- und Veröffentlichungsinteressen, S. 385 ff.

vollstreckung³⁸ ist es im Hinblick auf das Transparenzgebot der Gesellschafterliste erforderlich, deren Eintragung in der Gesellschafterliste und die hiermit einhergehenden Rechtswirkungen nach § 16 GmbHG durch eine separate Spalte analog der Veränderungsspalte nach § 2 Abs. 4 GesLV zuzulassen. Nur hierdurch ist es möglich, auch derartige Eintragungsinhalte der entsprechenden Anwendung des Legitimationserfordernisses des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG zu unterwerfen, wenn und soweit eine Aufspaltung mitglied-schaftlicher Rechte zwischen dem Anteilsinhaber und Berechtigten einhergeht.³⁹ Die GesLV vermag diese Frage nicht zu beantworten.⁴⁰ Es bleibt abzuwarten, ob der Gesetzgeber insoweit eine klarstellende Regelung schaffen oder es bei dem bisherigen Schwebezustand bleiben wird.

III. Angabe der prozentualen Beteiligungshöhe, § 40 Abs. 1 Satz 1, 3 GmbHG i.V.m. § 4 GesLV

1. Hintergrund

Seit dem 26.06.2017 regelt § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG die verpflichtende Angabe der prozentualen Beteiligungshöhe in Bezug auf jeden von dem Gesellschafter gehaltenen Geschäftsanteil im Verhältnis zum Stammkapital der Gesellschaft in der Gesellschafterliste.⁴¹ Ergänzend sieht Satz 3 die verpflichtende Darstellung des Gesamtumfangs der Beteiligung vermittelt durch die Nennbeträge sämtlicher von dem Gesellschafter gehaltener Geschäftsanteile vor. Mit dieser inhaltlichen Vorgabe soll künftig den Meldepflichten des GwG bzw. der Ersetzung dieser durch die Gesellschafterliste (vgl. § 20 Abs. 2, § 22 Abs. 1 Satz 1 GwG) Rechnung getragen werden. Denn § 3 Abs. 2 GwG greift für die Bestimmung wirtschaftlich Berechtigter auf die prozentuale Höhe der Beteiligung des Betroffenen am Stammkapital der Gesellschaft zurück.⁴²

2. Prozentualangaben im Gestaltungsermessen des Listenerstellers, § 4 GesLV

Wie die Darstellung der verpflichtenden Prozentualangaben zu erfolgen hatte, war unmittelbar nach der Neufassung des § 40 Abs. 1 GmbHG bereits streitig und Gegenstand zahlreicher Publikationen.⁴³ Für die Praxis stellte sich insbesondere die Frage, ob die Angaben gem. § 40 Abs. 1 Satz 1 und 3 zusammengefasst in einer Spalte dargestellt werden dürfen.⁴⁴ Zudem war fraglich, wie eine Rundung von Prozentangaben zu erfolgen hatte und wie eine Beteiligung von weniger als 1 % des Stammkapitals in der Liste auszuweisen war.⁴⁵

Zumindest teilweise konnten mit der Einführung der konkretisierenden Bestimmungen des § 4 GesLV offene Gestaltungsfragen beantwortet werden. Denn die Begründung zur GesLV gibt dem Listenersteller nunmehr genaue Vorgaben an die Hand, wie eine Rundung von Prozentangaben

nach dem kaufmännischen Prinzip, das § 4 Abs. 1 GesLV zugrunde liegt, zu erfolgen hat.⁴⁶ § 4 Abs. 4 GesLV regelt den Fall, in dem der Anteil des Nennbetrags eines einzelnen Geschäftsanteils oder der Gesamtbeteiligung des Gesellschafters weniger als 1 % vom Stammkapital beträgt. Ausreichend ist statt der genauen oder gerundeten Prozentzahl die Angabe von „< 1 Prozent“ oder „kleiner als 1 %“.⁴⁷ § 4

38 Zur Eintragungsfähigkeit des sog. Testamentsvollstreckervermerks wie auch der Nachlass- bzw. Insolvenzverwaltung, eingehend Fell, Die GmbH-Gesellschafterliste im Spannungsfeld zwischen Geheimhaltungs- und Veröffentlichungsinteressen, S. 443 ff.

39 Zur Bedeutung der Eintragungsfähigkeit dinglicher Belastungen im Hinblick auf § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG siehe Fell, Die GmbH-Gesellschafterliste im Spannungsfeld zwischen Geheimhaltungs- und Veröffentlichungsinteressen, S. 417 ff. sowie zur Eintragungsfähigkeit des Testamentsvollstreckervermerks und der Nachlass- bzw. Insolvenzverwaltung, S. 449 ff.

40 Im Zusammenhang mit der Angabe der prozentualen Beteiligungshöhe nach § 40 Abs. 1 Satz 1 und § 3 GmbHG i.V.m. § 4 GesLV führt die Begründung zur GesLV, BR-Drs. 105/18 vom 06.04.2018, S. 12, aus, dass § 16 GmbHG durch diese Angaben nicht tangiert wird, da insoweit nur „Angaben zu den Geschäftsanteilen“ rechtlich bedeutsam seien. Dies lässt den Schluss nahe, dass der Gesetzgeber mit der GesLV keine inhaltliche Anpassung der Eintragungsinhalte im Hinblick auf § 16 GmbHG hat regeln und sich auf Angaben mit „informatorischem Charakter“ beschränken wollen.

41 § 40 Abs. 1 Satz 1 und 3 GmbHG wurden mit Wirkung zum 26.06.2017 neugefasst durch Art. 14 des Gesetzes zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen vom 23.06.2017 (GWGEG 2017), BGBl. I, 1822 (Nr. 39).

42 Vgl. § 3 Abs. 2 GwG, wonach „[...] zu den wirtschaftlich Berechtigten jede natürliche Person [zählt], die unmittelbar oder mittelbar 1. mehr als 25 Prozent der Kapitalanteile hält, 2. mehr als 25 Prozent der Stimmrechte kontrolliert oder 3. auf vergleichbare Weise Kontrolle ausübt. Da die nach § 40 GmbHG a.F. in der Gesellschafterliste zu publizierenden Angaben die Stellung als wirtschaftlich Berechtigter nicht bzw. nur unschwer entnommen werden konnten, sollen künftig wirtschaftlich Berechtigte einfacher zu identifizieren sein“, vgl. die Erläuterungen in BR-Drs. 105/18 vom 08.06.2018, S. 968; BR-Sitzung, S. 41.

43 Longrée/Pesch, NZG 2017, 1081, 1085; Böhringer, BWNNotZ 2017, 61, 63; Cziupka, GmbHR 2018, R180, R182; Engel, NZG 2018, 175, 175 f.; Lieder/Cziupka, GmbHR 2018, 231, 232 f.; Seibert/Kell, GmbHR 2018, R212, R214.

44 Zu dieser Problematik etwa Birkefeld/Schäfer, BB 2017, 2755, 2757 f.; Böhringer, BWNNotZ 2017, 61, 63; Punte/Stefanink, GWR 2018, 131, 133; Windeknecht/Junginger, DZWIR 2017, 551, 557 f.

45 Vgl. OLG Nürnberg, Beschl. v. 23.11.2017 - 12 W 1866/17; siehe hierzu auch Szalai, GWR 2018, 250, 255; Seibert/Kell, GmbHR 2018, R212, R214; Cramer, NZG 2018, 721, 722.

46 Siehe hierzu im Einzelnen die Begründung zur GesLV, BR-Drs. 105/18 vom 06.04.2018, S. 11 ff.

47 Siehe die Begründung zur GesLV, BR-Drs. 105/18 vom 06.04.2018, S. 13. Damit ist die Entscheidung des OLG Nürnberg, Beschl. v. 23.11.2017 - 12 W 1866/17, welche die Frage zum Gegenstand hatte, ob es ausreicht, dass die prozentuale Beteiligung des Nennbetrages mit „< 1 %“ angesetzt ist oder eine exakte Angabe zu erfolgen hat, mittlerweile überholt. Zu dieser Thematik Engel, NZG 2018, 175, 175 f.

Abs. 5 GesLV bestimmt, dass die Prozentangaben nach § 40 Abs. 1 Satz 1 und 3 GmbHG in separaten Spalten aufzuführen sind.

Die Darstellung der prozentualen Gesamtbeteiligung nach § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG wirft vor allem dann Probleme auf, wenn die Gesellschafterliste nicht nach Gesellschaftern, sondern nach Anteilsnummern sortiert ist und ein Gesellschafter an mehreren Stellen in der Gesellschafterliste Erwähnung findet.⁴⁸ Die Ausweisung der prozentualen Gesamtbeteiligung in der jeweils zu dem Gesellschafter gehörenden Zeile birgt die Gefahr der Verkehrungsverwirrung. Um dem Transparenzerfordernis gerecht zu werden, wird eine gesonderte Darstellung der Gesamtbeteiligung in Prozent vorgeschlagen.⁴⁹ Auch die Begründung zur GesLV sieht es als zulässig, an das Ende der Gesellschafterliste gesonderte Zeilen mit Angaben zu den addierten prozentualen Beteiligungsverhältnissen anzufügen; diese können auch darstellerisch von der Gesellschafterliste abgesetzt sein, solange diese noch Teil ein und desselben Dokuments sind.⁵⁰

IV. Übergangsregelung, § 5 GesLV

§ 5 GesLV stellt klar, dass die geänderten Anforderungen an die Erstellung der Gesellschafterliste der GesLV auf Gesellschafterlisten von Gesellschaften, die bereits vor dem 01.07.2018 gegründet sind, erst dann Anwendung finden, wenn aufgrund einer Veränderung i.S.d. § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG eine aktualisierte Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen ist. Gesellschafterlisten sind damit auch nach Maßgabe der GesLV nicht anlasslos einzureichen.⁵¹

V. Rechtsfolgen einer abweichenden Listenausgestaltung – drohende Bußgelder für die GmbH, die Gesellschafter und Rückgriffshaftung der Geschäftsführung

Von besonderer praktischer Bedeutung ist die Frage, welche Rechtsfolgen ein Verstoß gegen die inhaltlichen Vorgaben nach § 40 Abs. 1 Satz 1 und 3 GmbHG sowie der GesLV zeitigen. Die GesLV selbst enthält keinerlei Sanktions- oder Bußgeldvorschriften.

Gleichwohl drohen sowohl der Gesellschaft als solcher als auch den für sie handelnden Geschäftsführern künftig unter Geltung des GwG zum Teil erhebliche Bußgelder. Insbesondere handelt die Gesellschaft gem. § 56 Abs. 1 Nr. 53 GwG ordnungswidrig, wenn sie ihre Mitteilungspflichten aus § 20 Abs. 1 GwG (Angaben zu den wirtschaftlich Berechtigten) nicht erfüllt. Da gem. § 20 Abs. 2 GwG die Meldepflicht aus § 20 Abs. 1 GwG entfällt, wenn sich die Angaben zu den wirtschaftlichen Be-

rechtigten bereits aus den Eintragungen und den Dokumenten ergeben, die elektronisch im Handelsregister abrufbar sind, kommen Bußgelder folglich dann in Betracht, wenn die Gesellschafterliste keine oder nur unvollständige Angaben zu den jeweiligen Gesellschaftern macht.

Bei Einreichung einer nicht ordnungsgemäßen Gesellschafterliste, die die für das Transparenzregister wesentlichen Inhalte nicht enthält, kann deshalb ein Bußgeld nach § 56 Abs. 1 Nr. 53, Abs. 2 GwG verhängt werden. Selbst bei einfach gelagerten Verstößen können bereits Bußgelder i.H.v. bis zu 100.000 € (§ 56 Abs. 3 GwG), bei schwerwiegenden, wiederholten oder systematischen Verstößen bis zu 1 Mio. € (§ 56 Abs. 2 Nr. 1 GwG) verhängt werden.⁵² Nach § 56 Abs. 1 Nr. 54 GwG können künftig auch Gesellschafter, die den nach § 40 GmbHG verpflichteten Einreichungspersonen die zur Erstellung der Gesellschafterliste notwendigen Informationen vorenthalten und hierdurch ihre Mitteilungspflicht aus § 20 Abs. 3 GwG nicht oder nicht ordnungsgemäß erfüllen, derart empfindliche Geldbußen treffen.⁵³

Da Adressat der Mitteilungspflicht aus § 20 Abs. 1 GwG unmittelbar die juristische Person, mithin die GmbH, ist, diese jedoch nicht selbst handlungsfähig ist, obliegt den Geschäftsführern die Sicherstellung der ordnungsgemäßen Erfüllung dieser Mitteilungspflicht.⁵⁴ Der Geschäftsführer unterliegt insoweit der Binnenhaftung des § 40 Abs. 3 GmbHG, wonach dieser bei fehlerhafter oder unterlassener unverzüglicher Einreichung der Gesellschafterliste sowohl

48 Birkefeld/Schäfer, BB 2017, 2755, 2757 f.; Wachter, GmbHR 2017, 1177, 1189.

49 Birkefeld/Schäfer, BB 2017, 2755, 2758; Wachter, GmbHR 2017, 1177, 1189; Melchior/Böhringer, GmbHR 2017, 1074, 1079 f.

50 Birkefeld/Schäfer, BB 2017, 2755, 2757 f.

51 So ausdrücklich die Begründung zur GesLV, BR-Drs. 105/18 vom 06.04.2018, S. 13. Klargestellt wird ferner, dass Gründungslisten neu gegründeter, aber zum 01.07.2018 noch nicht eingetragener Gesellschaften lediglich den Anforderungen aus § 40 GmbHG a.F. genügen müssen mussten.

52 Gem. § 56 Abs. 2 Satz 3 GwG können gegenüber Verpflichteten gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 und 6 bis 9 des GwG im Einzelfall höhere Geldbußen, die sich nach Satz 4 insbesondere auch am Gesamtumsatz des Unternehmens orientieren dürfen, verhängt werden.

53 Gem. § 20 Abs. 4 GwG entfällt die Angabepflicht nach Abs. 3 (nur) dann, wenn die Meldepflicht nach § 20 Abs. 1 gem. Abs. 2 als erfüllt gilt oder wenn die erforderlichen Angaben bereits in anderer Form mitgeteilt wurden.

54 Vgl. den Wortlaut des § 20 Abs. 1 GwG, der unmittelbar die Gesellschaft verpflichtet. Die Begründung zum RegE des GWGEG 2017, BT-Drs. 18/11555 vom 17.03.2017, S. 127, führt hierzu aus, dass es Aufgabe des Leitungsorgans von juristischen Personen ist, geeignete Organisationsmaßnahmen zur Sicherstellung der Erfüllung der Mitteilungspflicht zu etablieren.

den Gesellschaftern als auch der Gesellschaft für den daraus entstandenen Schaden haftet.⁵⁵ Weil und soweit hier ein Rückgriff der Gesellschaft im Fall eines die Gesellschaft treffenden Bußgelds nach § 56 Abs. 1 Nr. 53 GwG droht, erweist sich die Geschäftsführerhaftung künftig als besonders haftungsträchtig.⁵⁶

D. Bewertung und Ausblick

Trotz der vermeintlich eindeutigen Regelungen der GesLV verbleiben Rechtsunsicherheiten, welche die angestrebte Transparenzsteigerung fraglich erscheinen lassen. Es bleibt fraglich, warum der Gesetzgeber Angaben zu dinglichen Belastungen bzw. der angeordneten Testamentsvollstreckung nicht gleichermaßen als von informativischer Bedeutung erachtet, wie jene Inhalte, die künftig in der Veränderungsspalte ausgewiesen werden können. Im Sinne des Transparenzgebotes hätte es nahegelegen, neben der reinen Veränderungsspalte auch eine separate Spalte zuzulassen, in der diese Informationen geführt werden könnten. Dies gilt umso mehr, als die Angaben der Gesellschafterliste künftig dazu dienen sollen, auch Personen mit Kontrollmacht (durch Stimmrechte oder auf vergleichbare Weise, vgl. § 3 Abs. 2 GwG) zu identifizieren. Insgesamt erweist sich die inhaltliche Reichweite der Gesellschafterliste immer noch als lückenhaft. Für die Identifikation „wirtschaftlich Berechtigter“ kann sie – wenn überhaupt – nur als Indiz dienen, denn insbesondere die Prozentangabe, der keinerlei rechtliche Wirkung (im Hinblick auf § 16 GmbHG) zukommt, kann die Prüfung einer etwaigen Kontrolle im Einzelfall nicht ersetzen.⁵⁷

Zudem erscheint die Verknüpfung von Transparenz- und Handelsregister auch im Hinblick auf das hiermit einhergehende Haftungssystem fragwürdig. Denn die aufgespaltene Zuständigkeit von Geschäftsführern und Notaren zur Einreichung der GmbH-Gesellschafterliste (§ 40 Abs. 1 und 2 GmbHG) findet hinsichtlich der Meldepflichten zum Transparenzregister keine Berücksichtigung.⁵⁸ Im Einzelnen ist hier noch vieles ungeklärt. Insbesondere ist fraglich, wie sich die Haftung des amtierenden Notars aus § 19 BNotO zur Bußgeldhaftung der GmbH aus § 56 Abs. 1 Nr. 53 bzw. der Gesellschafter aus § 56 Abs. 1 Nr. 54 GwG verhält, wenn der Notar entgegen § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG die Einreichung der Gesellschafterliste nicht oder nicht ordnungsgemäß vornimmt. Geschäftsführern ist dringend anzuraten, auch im Fall einer konkreten Einreichungszuständigkeit des amtierenden Notars sorgfältig zu prüfen, ob (weiterhin) die Meldefiktion der GmbH-Gesellschafterliste zugunsten der Gesellschaft eingreift. Eine (vorsorgliche) Meldung zum Transparenzregister dürfte zur Vermeidung empfindlicher Geldbußen hier der sicherste Weg sein.⁵⁹

55 Wicke in: MünchHdB, GesR, Band III, 5. Aufl. 2018, § 24a Rn. 35; Birkefeld/Schäfer, BB 2017, 2755, 2761.

56 Birkefeld/Schäfer, BB 2017, 2755, 2761.

57 Wachter, GmbHR 2017, 1177, 1189.

58 Wachter, GmbHR 2017, 1177, 1188, führt hierzu zutreffend aus, dass der Notar keinerlei Hinweis- oder Meldepflichten treffen; a.A. Melchior/Böhringer, GmbHR 2017, 1074, 1076 f., wonach den Notar gleichzeitig gewisse Hinweispflichten in Bezug auf die Meldepflichten nach GwG treffen.

59 Wachter, GmbHR 2017, 1177, 1189.

Das Güterichterverfahren im prozessualen Kontext – sinnvolle Ergänzung oder Fremdkörper?

RiAG Benedikt Windau

Mit Wirkung zum 26.07.2012 hat der Gesetzgeber die ZPO und das FamFG um den „Güterichter“ ergänzt (§ 278 Abs. 5 ZPO, § 36 Abs. 5 FamFG, § 54 Abs. 6 ArbGG); die Regelung gilt über die Verweisungen in § 202 Satz 1 SGG, § 173 Satz 1 VwGO, § 155 Satz 1 FGO auch für das verwaltungsgerichtliche, das sozialgerichtliche und das finanzgerichtliche Verfahren.

Auch mehr als sechs Jahre später ist die Stellung des Güterichters im gerichtsverfassungsrechtlichen und verfahrensrechtlichen Gefüge noch immer weitgehend ungeklärt und wirft eine Vielzahl von Fragen auf.

A. Güterichter statt gerichtsterner Mediation

Als Ergebnis eines relativ kontroversen Gesetzgebungsverfahrens¹ hat der Gesetzgeber die gerichtliche Streitbeilegung außerhalb der mündlichen Verhandlung in Gestalt des Güterichters normiert. Damit hat sich konzeptionell das sog. Güterichtermodell gegen das Modell der gerichtsternen Mediation durchgesetzt.² Die

1 Siehe dazu Fritz in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, § 278 ZPO Rn. 24 ff.; Ortloff, NVwZ 2012, 1057, 1058 f.

2 Siehe dazu nur Jahn, AnwBl. 2011, 451 ff.

Parteien bzw. Beteiligten³ lassen nicht ihren Streit ruhen, um aufgrund privatautonomen Entschlusses mithilfe eines Mediators ihren Konflikt zu lösen,⁴ sondern sie werden – qua Hoheitsakt – „vor“ einen Güterichter verwiesen, der nicht auf die Mediation als Mittel der Streitbeilegung beschränkt ist.⁵ Der darin liegende konzeptionelle Unterschied ist vom Gesetzgeber ausdrücklich gewollt und beabsichtigt.⁶

B. Eine Verweisung ins dogmatische Dunkel

§ 278 Abs. 5 Satz 1 spricht dabei davon, dass das Gericht „die Parteien [...] vor einen hierfür bestimmten und nicht entscheidungsbefugten Richter (Güterichter) verweisen“ kann. Da sich die Verweisung nach dem ausdrücklichen Wortlaut auf „die Parteien“ und nicht etwa auf „den Rechtsstreit“ bezieht und die Verweisung „vor“ und nicht „an“ den Güterichter erfolgt, kann es sich dogmatisch nicht um einen Verweisungsbeschluss i.S.d. § 281 ZPO, § 17a GVG handeln; nach allgemeiner Auffassung ist die Verweisung vielmehr ein Rechtshilfessuchen eigener Art.⁷

Die dogmatische Natur dieses bislang kaum systematisch untersuchten Rechtsinstituts bleibt dabei im Dunkeln.⁸ Weder dem Gesetz noch den Gesetzesmaterialien ist zu entnehmen, welche Folgen diese „Verweisung“ hat: Wird der Rechtsstreit insgesamt in die Hände des Güterichters gelegt (dem der Gesetzgeber allerdings nur einen eingeschränkten „Werkzeugkoffer“ zur Verfügung stellt)?⁹ Oder bleibt das Streitgericht „Herr des Verfahrens“¹⁰ (und müht sich der Güterichter gleichsam parallel dazu mit den Parteien um eine gütliche Einigung)?¹¹ Angesichts des Wortlauts der Regelungen, wonach die Parteien (bzw. Beteiligten) vor den Güterichter verwiesen werden, spricht sehr viel für die zuletzt genannte Ansicht, wonach der Rechtsstreit auch beim Streitgericht anhängig bleibt, dies aber während der Tätigkeit des Güterichters das Verfahren nicht fördert. Diese Frage ist im Übrigen keineswegs akademischer Natur, sondern praktisch überaus relevant, wie sich im Folgenden noch mehrfach zeigen wird.

C. Der Güterichter als gesetzlicher Richter i.S.d. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG

Da die Zuständigkeit des Güterichters nicht durch eine privatautonome Entscheidung der Parteien, sondern kraft Hoheitsakts begründet wird, kann kaum ein Zweifel daran bestehen, dass es sich beim Güterichter um einen gesetzlichen Richter i.S.d. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, § 16 Satz 2 GVG handelt;¹² nicht umsonst spricht auch das Gesetz

von einem „hierfür bestimmten [...] Richter“. Die Wahrnehmung der Aufgaben als Güterichter ist daher ein Geschäft i.S.d. § 21e GVG, das im Geschäftsverteilungsplan jedes Gerichts zu berücksichtigen ist.¹³ Werden mehrere Güterichter bestellt, muss die Aufteilung der Güterichterverfahren zwar nicht im Einzelnen vorher bestimmt werden;¹⁴ unzulässig ist es aber, die Wahl den Parteien zu überlassen.¹⁵

Als gesetzlicher Richter i.S.d. § 16 GVG muss dieser dem Gericht angehören, bei dem der Rechtsstreit anhängig ist.¹⁶ Die Praxis bezirksübergreifender oder sogar gerichtsbareitsübergreifender Güterichterstzuständigkeiten

- 3 Der Beitrag verwendet zur sprachlichen Vereinfachung im Folgenden die Terminologie der ZPO.
- 4 Die (nur noch außergerichtlich mögliche) Mediation ist gesondert in § 278a ZPO, § 36a FamFG, § 54 ArbGG sowie im MediationsG geregelt.
- 5 Siehe nur Greger, MDR 2017, 1107, 1109; Löer in: Klowait/Gläser, Mediationsgesetz, 2. Aufl. 2018, § 278 Rn. 12 ff.
- 6 BT-Drs. 17/5335, S. 20.
- 7 Ausführlich Assmann in: Wiczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl. 2013, § 278 Rn. 71; Greger in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, 2. Aufl. 2016, Abschnitt E, Rn. 128, 162.
- 8 Ebenso Fock/Breitkreuz/Schreiber in: Breitkreuz/Fichte, SGG, 2. Aufl. 2014, § 202 Rn. 88.
- 9 So z.B. Benesch, NZFam 2015, 807, 809; ähnlich Assmann in: Wiczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl. 2013, § 278 Rn. 78.
- 10 So die Terminologie bei Greger/Weber, MDR-Sonderheft 2012, 10.
- 11 So OVG Münster, Beschl. v. 16.08.2016 - 19 A 2484/15; LSG München, Beschl. v. 05.09.2016 - L 2 P 30/16 B Rn. 8 a.E.; Fock/Breitkreuz/Schreiber in: Breitkreuz/Fichte, SGG, 2. Aufl. 2014, § 202 Rn. 88; Stiepel in: Gosch, AO/FGO, § 155 FGO Rn. 59, Stand 06/2014.
- 12 OLG Banberg, Beschl. v. 13.09.2018 - 2 WF 202/18 Rn. 2; so auch ausdrücklich der RegE BT-Drs. 17/5335, S. 20; Prütting in: MünchKomm, ZPO, 5. Aufl. 2016, § 278 Rn. 34; Görg in: Natter/Groß, ArbGG, 2. Aufl. 2013, § 54 Rn. 32; Assmann, MDR 2016, 1303, 1305; a.A. Röthemeyer, Mediation, Rn. 437 f.; Lange in: juris PK-SGG, 1. Aufl. 2017, § 202 Rn. 18.
- 13 Ebenso Zimmermann in: MünchKomm, ZPO, 5. Aufl. 2017, § 21e GVG Rn. 2; Fock/Breitkreuz/Schreiber in: Breitkreuz/Fichte, SGG, 2. Aufl. 2014, § 202 Rn. 78; Saam, JR 2015, 163, 164; ausführlich Greger, MDR 2017, 1107, 1108; a.A. Bacher in: BeckOK, ZPO, § 278 Rn. 22, Stand 07/2018; Steinbeiß-Winkelmann in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 173 Rn. 205, Stand 05/2018.
- 14 BT-Drs. 17/8058, S. 21; Meyer-Holz in: Keidel, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 36 Rn. 56; Thomas in: Klowait/Gläser, Mediationsgesetz, 2. Aufl. 2018, § 54a ArbGG Rn. 12; Greger, MDR 2017, 1107, 1108; a.A. Röthemeyer, Mediation, Rn. 439.
- 15 BT-Drs. 17/5335, S. 20; Assmann, MDR 2016, 1303, 1305; Ahrens, NJW 2012, 2465, 2469; a.A. Bacher in: BeckOK, ZPO, § 278 Rn. 22.1, Stand 07/2018; Greger in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, 2. Aufl. 2016, Abschnitt E, Rn. 162; Prütting in: MünchKomm, ZPO, 5. Aufl. 2016, § 278 Rn. 35; Rüntz in: Bahrenfuss, FamFG, 3. Aufl. 2017, § 36 Rn. 57; Ortloff, NVwZ 2012, 1057, 1059.
- 16 Prütting in: MünchKomm, ZPO, 5. Aufl. 2016, § 278 Rn. 33; Foerste in: Musielak, ZPO, 14. Aufl. 2017, § 278 Rn. 14; Saenger in: Hk, ZPO, 7. Aufl. 2017, § 278 Rn. 19; Ahrens, NJW 2012, 2465, 2469.

ist rechtswidrig,¹⁷ weil eine Bestimmung in einem Geschäftsverteilungsplan nicht die Zuständigkeit eines an sich unzuständigen Gerichts begründen kann; die im Regierungsentwurf noch vorgesehene Konzentrationsermächtigung¹⁸ ist gerade nicht Gesetz geworden. Zulässig dürfte es aber sein, einen Richter mit dessen Zustimmung als Güterichter an ein anderes Gericht abzuordnen.¹⁹

D. Die Verweisung an den Güterichter

I. Der Verweisungsbeschluss

Die Verweisung an den Güterichter erfolgt durch förmlichen Beschluss,²⁰ der gem. § 128 Abs. 4 ZPO (ggf. i.V.m. § 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG), § 32 FamFG, § 101 Abs. 3 VwGO, § 123 Abs. 3 SGG, § 90 Abs. 1 Satz 2 FGO ohne mündliche Verhandlung ergehen kann und der keiner Begründung bedarf.²¹ Sie setzt keine Rechtshängigkeit voraus und ist in jedem Verfahrensstadium zulässig.²²

Zuständig für die Verweisung ist grds. das erkennende Gericht in der jeweiligen gesetzlich bestimmten Besetzung;²³ dem Vorsitzenden obliegt die Verweisungsentcheidung am Arbeitsgericht (§ 54 Abs. 6 Satz 1 ArbGG),²⁴ in der Kammer für Handelssachen (entsprechend § 349 Abs. 2 Nr. 1 ZPO).²⁵ Ob das Gericht die Parteien an den Güterichter verweist, steht dabei in dessen Ermessen. Dabei sollte ausschlaggebend sein, ob die Besonderheiten einer Verhandlung vor dem Güterichter (Vertraulichkeit, keine Beschränkung auf den Streitgegenstand, Möglichkeit der Einbeziehung weiterer Personen) im konkreten Fall die Chance einer gütlichen Beilegung erhöhen und ob von einem solchen Verfahren auch langfristige Entlastungs- und Befriedigungseffekte zu erwarten sind.²⁶

Einer (ausdrücklichen) Zustimmung der Parteien bedarf die Verweisung nicht,²⁷ den Parteien ist aber vor der Verweisung rechtliches Gehör zu gewähren. Eine Verweisung an den Güterichter kann und sollte in geeigneten Fällen daher auch erfolgen, wenn eine Partei sich dazu nicht erklärt.²⁸ Hat eine Partei der Verweisung ausdrücklich widersprochen, ist die Verweisung zwar gleichwohl zulässig,²⁹ sie dürfte aber kaum eine zweckmäßige Ausübung des gerichtlichen Ermessens darstellen.

II. Anordnung des Ruhens des Verfahrens?

Das Ruhen des Verfahrens gem. § 278a Abs. 2 ZPO, § 54a Abs. 2 ArbGG (bzw. im Anwendungsbereich des FamFG dessen Aussetzung gem. § 21 Abs. 1 FamFG) ist nur anzuordnen, wenn die Parteien sich zu einer außergerichtli-

chen Konfliktbeilegung entscheiden.³⁰ Werden die Parteien hingegen an den Güterichter verwiesen, hat dieser das Verfahren zu fördern und wird dazu i.d.R. einen Termin anberaumen, zu dem die Parteien geladen werden. Das Verfahren gerät deshalb durch die Verweisung an den Güterichter – anders als im Fall der außergerichtlichen Mediation – nicht gem. § 204 Abs. 2 Satz 2 BGB in Stillstand.³¹

III. Anfechtbarkeit des Verweisungsbeschlusses?

Ergeht ein Verweisungsbeschluss ohne die Zustimmung einer Partei oder sogar gegen deren Willen, stellt sich die

17 Koch in: *ErfKomm*, 18. Aufl. 2018, § 54 ArbGG Rn. 11; Burschel in: *BeckOK, FamFG*, § 36 Rn. 51b, Stand 07/2018; Ahrens, *NJW* 2012, 2465, 2469; a.A. Assmann in: *Wieczorek/Schütze, ZPO*, 4. Aufl. 2013, § 278 Rn. 70; Greger, *MDR* 2017, 1107; Ortloff, *NVwZ* 2012, 1057, 1060; Löer, *MDR* 2018, 839.

18 So § 15 GVG-E des RegE, BT-Drs. 17/5335, S. 6.

19 Burschel in: *BeckOK, FamFG*, § 36 Rn. 51b, Stand 07/2018.

20 Siehe nur VGH Mannheim, *Beschl. v. 27.02.2014 - 8 S 2751/11*; Bacher in: *BeckOK, ZPO*, § 278 Rn. 21, Stand 07/2018; Bader in: *Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, VwGO*, 7. Aufl. 2018, § 173 Rn. 3; Francken, *NZA* 2012, 836, 838; Greger in: *Greger/Unberath/Stefek, Recht der alternativen Konfliktlösung*, 2. Aufl. 2016, Teil E, Rn. 110; a.A. Engel-Boland in: *Roos/Warendorf, SGG*, 1. Aufl. 2014, § 202 Rn. 21.

21 Greger in: *Zöller, ZPO*, 32. Aufl. 2018, § 278 Rn. 27a; Görg in: *Natter/Groß, ArbGG*, 2. Aufl. 2013, § 54 Rn. 31; Korte in: *Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz*, 2. Aufl. 2018, § 155 FGO Rn. 9.

22 Vgl. *OLG Naumburg, Beschl. v. 26.01.2016 - 12 W 114/15*; ebenso Greger in: *Zöller, ZPO*, 32. Aufl. 2018, § 278 Rn. 27.

23 Siehe nur VGH Mannheim, *Beschl. v. 27.02.2014 - 8 S 2751/11*; Bader in: *Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, VwGO*, 7. Aufl. 2018, § 173 Rn. 3; Stiepel in: *Gosch, AO/FGO*, § 155 FGO Rn. 58, Stand 06/2014; a.A. Ortloff, *NVwZ* 2012, 1057, 1060.

24 Weshalb Görg in: *Natter/Groß, ArbGG*, 2. Aufl. 2013, § 54 Rn. 29 eine Verweisung nicht mehr für möglich hält, wenn sich der Rechtsstreit bereits vor der Kammer befindet; a.A. Thomas in: *Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz*, 2. Aufl. 2018, § 54a ArbGG Rn. 13 a.E.

25 Greger in: *Zöller, ZPO*, 32. Aufl. 2018, § 278 Rn. 27a.

26 Ausführlich Greger, *MDR* 2014, 993, 995; Ahrens, *NJW* 2012, 2465, 2469; Benesch, *NZFam* 2015, 807, 809.

27 So BT-Drs. 17/5335, S. 20; LSG Bayern, *Beschl. v. 05.09.2016 - L 2 P 30/16 B*; OVG Bautzen, *Beschl. v. 06.08.2014 - 1 A 257/10*; Thole, *ZP 127* (2014), 339, 356; Greger, *MDR* 2017, 1107, 1109; Geisler in: *Prütting/Gehrlein, ZPO*, 10. Aufl. 2018, § 278 Rn. 6; a.A. BT-Drs. 17/8058, S. 21; Fritz in: *Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz*, § 278 ZPO Rn. 50; Ortloff, *NVwZ* 2012, 1057, 1060; Benesch, *NZFam* 2015, 807, 809.

28 LSG Hessen, *Beschl. v. 30.05.2014 - L 6 AS 132/14*; OVG Bautzen, *Beschl. v. 28.01.2014 - 1 A 257/10*; insoweit nicht differenzierend OVG Lüneburg, *Beschl. v. 09.01.2015 - 10 OB 109/14*.

29 *ArbG Hannover, Beschl. v. 01.02.2013 - 2 Ca 10/13*; Foerste in: *Musielak, ZPO*, 14. Aufl. 2017, § 278 Rn. 14; a.A. Ulrici in: *MünchKomm, FamFG*, 2. Aufl. 2013, § 36 Rn. 7.

30 *OLG Bamberg, Beschl. v. 13.09.2018 - 2 WF 202/18 Rn. 12*.

31 Vgl. Grothe in: *MünchKomm, BGB*, 7. Aufl. 2015, § 204 Rn. 80.

Frage, ob der Verweisungsbeschluss anfechtbar ist. Dies lässt sich nicht schon mit der Begründung verneinen, der Verweisungsbeschluss beschwere die Parteien nicht. Denn während der Güterichter tätig ist, wird das Streitgericht keinen Termin zur Verhandlung anberaumen und das Verfahren auch sonst nicht weiter fördern.

Allerdings lässt sich die Frage nicht allgemein beantworten, die Anfechtbarkeit dürfte sich vielmehr nach der jeweiligen Verfahrensordnung richten. Im Verwaltungsprozess ist eine Anfechtbarkeit gem. § 146 Abs. 2 VwGO bejaht worden.³² Für das sozialgerichtliche Verfahren wird sie – soweit ersichtlich – verneint.³³ Für die ZPO ergibt sich die Unanfechtbarkeit aus § 567 ZPO (ggf. i.V.m. § 78 ArbGG),³⁴ weil eine Beschwerde im Gesetz nicht vorgesehen ist und auch kein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen wird;³⁵ Entsprechendes gilt im Anwendungsbereich des FamFG.³⁶

E. Die Verhandlung vor dem Güterichter

I. Protokoll

Ein Protokoll bzw. ein Vermerk ist gem. § 159 Abs. 2 Satz 2 ZPO (ggf. i.V.m. § 46 Abs. 2 ArbGG, § 105 VwGO, § 122 SGG, § 94 FGO), § 28 Abs. 4 Satz 3 FamFG nur auf übereinstimmenden Antrag der Parteien aufzunehmen. Damit soll den Parteien die Angst genommen werden, „ihre Erklärungen und ihr Verhalten im Rahmen der Güteverhandlung“ könnten ihnen in einem nachfolgenden gerichtlichen Verfahren entgegengehalten werden“.³⁷ Diesem Zweck folgend dürfte die von einer Partei erklärte Zustimmung zu einer Protokollierung oder ein dahin gehender Antrag auch jederzeit und ohne Einschränkungen widerruflich sein.

II. Vertraulichkeit

Anders als die Mediation (vgl. § 4 MediationsG) unterliegt das Verfahren vor dem Güterichter darüber hinaus nur einer eingeschränkten Vertraulichkeit.³⁸ So gilt zwar der Öffentlichkeitsgrundsatz gem. § 169 Satz 1 GVG, § 52 Satz 1 ArbGG, § 55 VwGO, § 61 Abs. 1 SGG, § 52 Abs. 1 FGO nicht, da der Güterichter nicht „erkennendes Gericht“ im Sinne der genannten Vorschriften ist³⁹ und ihm gem. § 383 Nr. 6 ZPO ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht.⁴⁰ Den Parteien bleibt es aber bspw. unbenommen, Äußerungen der Gegenseite während der Verhandlung vor dem Güterichter in den Prozess einzuführen und ihre Prozessbevollmächtigten insoweit als Zeugen zu benennen.⁴¹

I.d.R. wird der Güterichter deshalb auf eine Vereinbarung der Parteien hinwirken, über den Inhalt der Ver-

handlung Vertraulichkeit zu bewahren und teilnehmende Personen wie z.B. Prozessbevollmächtigte nicht als Zeugen zu benennen.⁴² Kommt dann keine Einigung zustande und machen die Parteien entgegen einer solchen Vereinbarung Inhalte der Verhandlung vor dem Güterichter zum Gegenstand ihres Parteivortrags, tritt im Geltungsbereich der ZPO keine Geständnisfiktion (§ 138 Abs. 3 ZPO) ein, wenn sich die Gegenseite dazu nicht erklärt;⁴³ ein Beweisantritt ist wegen Verstoßes gegen die Vereinbarung unzulässig.⁴⁴

III. Prozessklärungen vor dem Güterichter

Dass im Rahmen der Verhandlungen vor dem Güterichter Prozessklärungen abgegeben werden können, ist jedenfalls, soweit es um den Abschluss eines Prozessvergleichs geht, unstrittig.⁴⁵ Denn auch für das Protokoll des Güterichters gelten die §§ 159 ff. ZPO; ein protokollierter Vergleich ist deshalb ein Vollstreckungstitel i.S.d. § 794 ZPO, soweit er einen vollstreckungsfähigen Inhalt hat.⁴⁶ Nach wie vor unklar ist, ob auch im Übrigen Prozessklärungen vor dem Güterichter abgegeben und von diesem protokolliert werden dürfen.⁴⁷ Das ist praktisch äußerst relevant,

32 OVG Lüneburg, Beschl. v. 09.01.2015 - 10 OB 109/14; anders aber z.B. Korte in: Klowitz/Gläßer, Mediationsgesetz, 2. Aufl. 2018, § 173 VwGO Rn. 14.

33 LSG München, Beschl. v. 05.09.2016 - L 2 P 30/16 B.

34 Thomas in: Klowitz/Gläßer, Mediationsgesetz, 2. Aufl. 2018, § 54a ArbGG Rn. 14.

35 Siehe nur Bacher in: BeckOK, ZPO, § 278 Rn. 20.1, Stand 07/2018.

36 Meyer-Holz in: Keidel, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 36 Rn. 61; im Ergebnis ebenso Burschel in: BeckOK, FamFG, § 36 Rn. 56, Stand 07/2018.

37 BT-Drs. 17/8058, S. 21.

38 Prütting, MDR 2016, 965, 967; Francken, NZA 2015, 641, 643.

39 BT-Drs. 17/8058, S. 21; Assmann in: Wiczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl. 2013, § 278 Rn. 70; Ahrens, NJW 2012, 2465, 2470; Fock/Breitkreuz/Schreiber in: Breitkreuz/Fichte, SGG, 2. Aufl. 2014, § 202 Rn. 86.

40 Francken, NZA 2012, 836, 840; unklar Fock/Breitkreuz/Schreiber in: Breitkreuz/Fichte, SGG, 2. Aufl. 2014, § 202 Rn. 87; für das finanzgerichtliche Verfahren ergibt sich dies aus § 84 FGO, siehe Stiepel in: Gosch, AO/FGO, § 155 FGO Rn. 66, Stand 06/2014.

41 Thole, ZJP 127 (2014), 339, 363.

42 Greger/Weber, MDR-Sonderheft 2012, 12.

43 Greger in: Zöller, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 278 Rn. 30a; Francken, NZA 2015, 641, 643; Künzl, MDR 2016, 952, 955.

44 Bösch/Lobschat, SchiedsVZ 2014, 190, 191; Francken, NZA 2015, 641, 643; Thole, ZJP 127 (2014), 339, 363.

45 Anders aber z.B. Lange in: juris PK-SGG, 1. Aufl. 2017, § 202 Rn. 19.

46 Vgl. OLG Naumburg, Beschl. v. 25.01.2017 - 12 Wx 40/16; Wolfsteiner in: MünchKomm, ZPO, 5. Aufl. 2016, § 794 Rn. 21; Borth/Grandel in: Musielak/Borth, FamFG, 6. Aufl. 2018, § 36 Rn. 15; Koch in: ErfKomm, 18. Aufl. 2018, § 54 ArbGG Rn. 11; Schmidt in: Meyer-Ladewig, SGG, 12. Aufl. 2017, § 202 Rn. 13; Ortloff, NVwZ 2012, 1057, 1060; Künzl, MDR 2016, 952, 955.

47 Ablehnend z.B. Brandis in: Tipke/Kruse, AO/FGO, § 155 FGO Rn. 9, Stand 04/2018.

weil das Ergebnis auch eine Klagerücknahme, ein Verzicht, ein Anerkenntnis oder eine übereinstimmende Erledigterklärung sein kann.⁴⁸

Bedenkt man, dass der Gesetzgeber das Güterichterverfahren bewusst hoheitlich ausgestaltet hat und der Güterichter gesetzlicher Richter ist und ein Protokoll i.S.d. §§ 159 ff. ZPO aufnehmen kann, ist eigentlich kein Grund ersichtlich, warum er nicht befugt sein sollte, Prozessklärungen entgegenzunehmen und mit Zustimmung der Parteien zu protokollieren.⁴⁹ Insbesondere verlässt er mit der einvernehmlichen Protokollierung einer solchen Erklärung auch nicht die ihm in besonderem Maße obliegende Neutralität.

IV. Anwaltszwang

Im Zusammenhang mit vor dem Güterichter abgegebenen Prozessklärungen stellt sich außerdem die Frage, ob § 78 Abs. 1 Satz 1 ZPO auch auf das Verfahren vor dem Güterichter anwendbar ist. Da vor dem Güterichter keine „Verhandlung“ i.S.d. §§ 137, 278 ZPO stattfindet, dürfte zunächst außer Frage stehen, dass es den Parteien auch ohne Prozessbevollmächtigte möglich ist, an den Erörterungen eines solchen – formlosen – Güteversuchs teilzunehmen. Aus § 91a Abs. 1 Satz 1 ZPO i.V.m. § 78 Abs. 3 ZPO ergibt sich außerdem, dass die Parteien den Rechtsstreit ohne anwaltliche Vertretung für erledigt erklären können. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass Dritte in einem Rechtsstreit keiner anwaltlichen Vertretung bedürfen, wenn sie lediglich einem Vergleich beitreten und eine vollstreckbare Verpflichtung übernehmen wollen.⁵⁰

Das spricht in einer Gesamtschau dafür, sämtliche Prozessklärungen der Parteien und ggf. zugelassener Dritter vor dem Güterichter vom Anwaltszwang auszunehmen.⁵¹ Dogmatisch wird man dafür auch den Rechtsgedanken des § 78 Abs. 3 ZPO heranziehen können.⁵² Der Güterichter ist zwar weder ersuchter noch beauftragter Richter,⁵³ seine Stellung ist aber vergleichbar.⁵⁴

F. Entscheidungsbefugnis des Güterichters

I. Grundsatz: Keine Entscheidungsbefugnis des Güterichters

Der Güterichter ist ausweislich des Wortlauts von § 278 Abs. 5 ZPO, § 36 Abs. 5 FamFG, § 54 Abs. 6 ArbGG „nicht entscheidungsbefugt“. Deshalb kann kein Zweifel daran bestehen, dass er keine Sachentscheidung treffen, insbesondere auch kein Versäumnis-, Anerkenntnis- oder Verzichts Urteil erlassen darf.⁵⁵ Ebenso darf der Güterichter

keine Kostenentscheidung treffen; weder gem. § 269 Abs. 4 ZPO⁵⁶ noch gem. § 91a ZPO.⁵⁷ Auch sonstige Beschlüsse dürften dem Streitgericht vorbehalten sein, so z.B. die Aussetzung des Rechtsstreits (§ 246 ZPO) im Fall der §§ 239 – 241 ZPO oder die Anordnung des Ruhens des Verfahrens auf übereinstimmenden Antrag der Parteien,⁵⁸ wenn diese z.B. zunächst ohne Hilfe des Güterichters weiterverhandeln wollen. Die Billigung familiengerichtlicher Vereinbarungen ist ohnehin dem Familiengericht vorbehalten.⁵⁹

Prozesskostenhilfe muss für das Güterichterverfahren nicht gesondert bewilligt werden, weil Güterichterverfahren und Streitiges Verfahren kostenrechtlich identisch sind und die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für die jeweilige Instanz deshalb auch das Güterichterverfahren erfasst.⁶⁰ Zur Bewilligung für die jeweilige Instanz ist der Güterichter nicht befugt,⁶¹ denn dies erfordert gem.

48 OLG Bremen, Beschl. v. 10.04.2018 - 4 UF 2/18; OLG Naumburg, Beschl. v. 25.01.2017 - 12 Wx 40/16; Bacher in: BeckOK, ZPO, § 278 Rn. 29, Stand 07/2018; Fritz in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, § 278 Rn. 73; Dürschke, NZS 2013, 41, 50.

49 Ebenso Löer in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2. Aufl. 2018, § 278 ZPO Rn. 17; Groß in: Lüdtker/Berchtold, SGG, 5. Aufl. 2017, § 202 Rn. 11; Stapperfeld in: Gräber, FGO, 8. Aufl. 2015, § 173 Rn. 25; Thole, ZJP 127 (2014), 339, 350 ff.; Ortloff, NVwZ 2012, 1057, 1060; Künzl, MDR 2016, 952, 955.

50 Vgl. BGH, Urt. v. 16.12.1982 - VII ZR 55/82.

51 Ebenso Röthemeyer, Mediation, Rn. 485 f.; Greger in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, 2. Aufl. 2016, Abschnitt E, Rn. 168; a.A. Assmann in: Wiczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl. 2013, § 278 Rn. 76; Piekenbrock in: BeckOK, ZPO, § 78 Rn. 33b, Stand 07/2018.

52 OLG Naumburg, Beschl. v. 25.01.2017 - 12 Wx 40/16; Piekenbrock in: BeckOK, ZPO, § 78 Rn. 33a f., Stand 07/2018; Thole, ZJP 127 (2014), 339, 353; Geisler in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 10. Aufl. 2018, § 278 Rn. 10.

53 Anders Meyer-Holz in: Keidel, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 36 Rn. 55.

54 Bacher in: BeckOK, ZPO, § 278 Rn. 30, Stand 07/2018; Piekenbrock in: BeckOK, ZPO, § 78 Rn. 33b, Stand 07/2018; Assmann in: Wiczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl. 2013, § 278 Rn. 76; Prütting, MDR 2016, 965, 968.

55 Greger, MDR 2014, 993, 995.

56 Assmann in: Wiczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl. 2013, § 278 Rn. 76.

57 Röthemeyer, Mediation, Rn. 481 ff.; Geisler in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 10. Aufl. 2018, § 278 Rn. 10 a.E.; Greger, MDR 2014, 993, 995.

58 Fritz in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, § 278 Rn. 69; a.A. Bacher in: BeckOK, ZPO, § 278 Rn. 34, Stand 07/2018.

59 Ulrici in: MünchKomm, FamFG, 2. Aufl. 2013, § 36 Rn. 10; Greger in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, 2. Aufl. 2016, Abschnitt E, Rn. 189.

60 OLG Bamberg, Beschl. v. 13.09.2018 - 2 WF 202/18 Rn. 12; ausführlich Dürbeck in: Dürbeck/Gottschalk, Prozess- und Verfahrenskostenhilfe, Beratungshilfe, 8. Aufl. 2016, 1. Teil, Rn. 18a.

61 Röthemeyer, Mediation, Rn. 484; Bacher in: BeckOK, ZPO, § 278 Rn. 31, Stand 07/2018; Prütting in: MünchKomm, ZPO, 5. Aufl. 2016, § 278 Rn. 33; Fock/Breitkreuz/Schreiber in: Breitkreuz/Fichte, SGG, 2. Aufl. 2014, § 202 Rn. 88.

§ 114 ZPO stets eine Prüfung der Erfolgsaussichten der Rechtsverfolgung oder -verteidigung, was mit der vom Güterichter geforderten besonderen Neutralität kaum zu vereinbaren ist. Auch die Erstreckung der Prozesskostenhilfe auf einen Mehrvergleich sollte dem Streitgericht vorbehalten bleiben;⁶² dies umso mehr, als es sich dabei nach der jüngeren Rechtsprechung des BGH⁶³ lediglich um eine Formalentscheidung handelt.

Für das weitere Vorgehen des Güterichters in einem solchen Fall kommt es maßgeblich auf die eingangs dargestellte dogmatische Konstruktion der Verweisung an: Geht man davon aus, dass der Rechtsstreit nach der Verweisung nur noch vor dem Güterichter anhängig ist, muss dieser zunächst zurückverweisen, damit das Streitgericht eine der vorstehend genannten Entscheidungen treffen und die Parteien (oder den Rechtsstreit?) danach wieder vor den Güterichter verweisen kann. Geht man hingegen davon aus, dass das Streitgericht „Herr des Verfahrens“ bleibt, kann dies eine solche Entscheidung auf Anregung des Güterichters oder der Parteien auch während des laufenden Güterichterverfahrens treffen oder nachholen und z.B. Prozesskostenhilfe bewilligen, das Verfahren – mit Wirkung auch für das Verfahren vor dem Güterichter – aussetzen oder dessen Ruhen anordnen.

II. Ausnahme: Feststellung eines Vergleichs

Eine Ausnahme von dem zuvor dargestellten Grundsatz dürfte für die Feststellung eines Vergleichs gem. § 278 Abs. 6 ZPO, § 36 Abs. 3 FamFG gelten.⁶⁴ Denn dem Gericht kommt bei der Feststellung im Grundsatz kein Ermessen zu, sodass es sich in der Sache nicht um eine Entscheidung handelt.⁶⁵ Allenfalls bei Vergleichen, die gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) oder gegen ein gesetzliches Gebot (§ 134 BGB) verstoßen, kann das Gericht die Feststellung ablehnen.⁶⁶ Einen sittenwidrigen oder verbotenen Vergleich wird der Güterichter aber auch in einer Verhandlung nicht protokollieren, denn er ist an Recht und Gesetz gebunden.⁶⁷ Mit der Feststellung eines Vergleichs geht der Güterichter daher in materieller Hinsicht nicht über die ihm auch im Rahmen der Güteverhandlung eingeräumten Befugnisse hinaus. Einen Vergleich gem. § 278 Abs. 6 ZPO feststellen können daher sowohl das Streitgericht als auch der Güterichter.⁶⁸ Eine Feststellung des Vergleichs durch den Güterichter hat dabei den Vorteil, dass auf diese Weise auch der Inhalt des Vergleichs der Vertraulichkeit des Güterichterverfahrens unterfällt.

III. Sonderfall: Streitwertfestsetzung

Besonders dringlich stellt sich die Frage nach der Entscheidungsbefugnis des Güterichters bei der Festsetzung von Streitwert und Vergleichswert, gerade wenn – wie im Güterichterverfahren häufig – der Vergleich Gegenstände erfasst, die zuvor nicht streitgegenständlich waren. Die Begründung des ursprünglichen Regierungsentwurfs stellt insoweit nur apodiktisch fest, dass der Güterichter den Streitwert festsetzen „kann“,⁶⁹ die weiteren Gesetzgebungsmaterialien verhalten sich dazu nicht. Der Wortlaut von § 278 Abs. 5 ZPO, § 36 Abs. 5 FamFG, § 54 Abs. 6 ArbGG spricht eher dagegen. Zum früheren Richtermediator war in der obergerichtlichen Rechtsprechung vertreten worden, dass dieser den Streitwert nicht festsetzen kann;⁷⁰ zum Güterichter fehlen obergerichtliche Entscheidungen.

Nur bedingt hilfreich sind insoweit Vorschläge, wonach eine Einigung der Parteien über den Streitwert protokolliert werden soll⁷¹ oder diese einen Wert „vorschlagen“ sollen.⁷² Die Höhe des Streitwerts sollte zwar mit den Beteiligten nach Abschluss einer Vereinbarung erörtert werden;⁷³ sie ist aber im Ergebnis der Disposition der Parteien entzogen. Denn die Parteien können sich insbesondere nicht zulasten der Staatskasse auf einen zu niedrigen Streitwert einigen und die Prozessbevollmächtigten sind ohnehin nicht verpflichtet, sich einer „Einigung“ der Parteien über die Höhe des Streitwerts anzuschließen.

62 OLG Bamberg, Beschl. v. 13.09.2018 - 2 WF 202/18; ebenso Röthemeyer, Mediation, Rn. 484 a.E.; Künzl, MDR 2016, 952, 955 f.

63 BGH, Beschl. v. 17.01.2018 - XII ZB 248/16.

64 Die Vorschrift dürfte trotz der Regelung in § 101 Abs. 1 Satz 2 SGG auch im sozialgerichtlichen Verfahren weiterhin anwendbar sein, siehe ausführlich Müller, NZS 2014, 166 ff.

65 Burschel in: BeckOK, FamFG, § 36 Rn. 58, Stand 07/2018.

66 Ausführlich Müller-Teckhoff, MDR 2014, 249, 250.

67 Prütting in: MünchKomm, ZPO, 5. Aufl. 2016, § 278 Rn. 34; Greger in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, 2. Aufl. 2016, Abschnitt E, Rn. 136 ff.; Assmann, MDR 2016, 1303, 1305.

68 Vgl. OLG Braunschweig, Beschl. v. 21.03.2017 - 1 UF 106/16; ebenso Röthemeyer, Mediation, Rn. 472; Greger in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, 2. Aufl. 2016, Abschnitt E, Rn. 179; a.A. Bacher in: BeckOK, ZPO, § 278 Rn. 29, Stand 07/2018; Künzl, MDR 2016, 952, 955.

69 BT-Drs. 17/5335, S. 20.

70 OLG Celle, Beschl. v. 05.12.2008 - 2 W 261/08.

71 Ähnlich Greger in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, 2. Aufl. 2016, Abschnitt E, Rn. 133.

72 Siehe OLG Braunschweig, Beschl. v. 21.03.2017 - 1 UF 106/16; Brose, GRUR 2016, 146.

73 Greger/Weber, MDR-Sonderheft 2012, 26 f.

Könnte nur das Streitgericht den Wert des Rechtsstreits und des Vergleichs festsetzen,⁷⁴ bliebe von der vom Gesetzgeber beabsichtigten Vertraulichkeit des Güterichterverfahrens unter Umständen kaum etwas übrig, weil dann die Inhalte der Verhandlung vor dem Güterichter dem Streitgericht bekanntgemacht werden müssen und damit aktenkundig werden.⁷⁵ Setzt hingegen der Güterichter den Streitwert fest, lässt sich die Vertraulichkeit immerhin so lange wahren, als die Akten nicht wegen einer Beschwerde gegen die Festsetzung dem Beschwerdegericht zugeleitet werden.

Um diese Vertraulichkeit zu gewährleisten, reicht es aber aus, dem Güterichter im Wege einer teleologischen Reduktion der § 278 Abs. 5 ZPO, § 36 Abs. 5 FamFG, § 54 Abs. 6 ArbGG die Zuständigkeit für die Festsetzung des Vergleichswerts zu übertragen.⁷⁶ Ihm auch im Übrigen die Zuständigkeit für die Festsetzung des Streitwerts zu übertragen, ist hingegen nicht erforderlich.⁷⁷ Dass bei dieser „gespaltenen Wertfestsetzung“ die – wohl eher theoretische – Möglichkeit besteht, dass der Wert des Rechtsstreits (der im Wert des (Mehr-)Vergleichs ja enthalten ist), durch den Güterichter anders festgesetzt wird, wird man in Kauf nehmen können.

IV. Feststellung gem. § 31 Abs. 4 GKG bzw. § 26 Abs. 4 FamGKG

Die zuvor thematisierten Zuständigkeitsprobleme zeigen sich auch im Rahmen der Feststellung gem. § 31 Abs. 4 GKG bzw. § 26 Abs. 4 FamGKG. Nach dem Inhalt der Regelungen kann der Gegner einer PKH-Partei Erstattung der von ihm verauslagten Gerichtskosten aus der Staatskasse nur verlangen, wenn die Parteien einen Vergleich auf Vorschlag des Gerichts schließen und das Gericht feststellt, dass der Vergleich der Kostenregelung im Vergleich der für den Fall einer streitigen Entscheidung zu erwartenden Kostenentscheidung entspricht.⁷⁸ Fehlt es an diesen Voraussetzungen, ist der Gegner auf das – regelmäßig wenig aussichtsreiche – Beitreibungsrecht gegen die PKH-Partei verwiesen.

Die Feststellung i.S.d. § 31 Abs. 4 Nr. 3 GKG, § 26 Abs. 4 Nr. 3 FamGKG setzt ebenso wie die Bewilligung von Prozesskostenhilfe eine Überprüfung der Erfolgsaussichten voraus, was mit der Rolle des Güterichters kaum zu vereinbaren ist. Sie muss daher dem Streitgericht vorbehalten bleiben. Da diese Feststellung nach der Rechtsprechung der meisten Obergerichte vor Abschluss des Vergleichs getroffen werden muss und nicht nachgeholt werden kann,⁷⁹ muss der vorgeschlagene Vergleich deshalb zunächst dem Streitgericht vorgelegt werden, damit dieses ggf. die Feststellung i.S.d. § 31 Abs. 4 Nr. 3 GKG, § 26 Abs. 4 Nr. 3

FamGKG treffen kann. Erst danach kann dann – ggf. gem. § 278 Abs. 6 ZPO, § 36 Abs. 5 FamFG – der Vergleich geschlossen werden.⁸⁰

V. Zurückverweisung nach Scheitern des Güteversuchs?

Scheitert der Güteversuch, ist das Verfahren durch das Streitgericht fortzusetzen. Auch dann stellt sich wieder die eingangs geschilderte Frage nach den rechtlichen Folgen der Verweisung: Geht man davon aus, dass der Rechtsstreit insgesamt in die Hände des Güterichters gelegt wird, muss dieser den Rechtsstreit an das Streitgericht zurückverweisen.⁸¹ Geht man hingegen mit der hier für vorzugswürdig erachteten dogmatischen Konstruktion davon aus, dass der Rechtsstreit (auch) beim Streitgericht bleibt, ist keine Zurückverweisung erforderlich, sondern eine Mitteilung über die (teilweise) Erfolglosigkeit des Güterichterverfahrens an das Streitgericht ausreichend.⁸²

G. Fazit

Das Güterichterverfahren stellt im Ergebnis eher einen Fremdkörper im System der vorhandenen Verfahrensordnungen dar und fügt sich darin nur mit erheblichen Friktionen ein. Dabei bleibt nicht nur die dogmatische Konstruktion der Verweisung vor den Güterichter im Dunkeln; insbesondere bei der Abgrenzung der Befugnisse von Streitgericht und Güterichter bestehen erhebliche Unsicherheiten, die dringend obergerichtlicher Klärung bedürfen.

⁷⁴ So z.B. Bacher in: BeckOK, ZPO, § 278 Rn. 31, Stand 07/2018; Löer in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2. Aufl. 2018, § 278 ZPO Rn. 18; Ahrens, NJW 2012, 2465, 2470; Dürschke, NZS 2013, 41, 50.

⁷⁵ So aber Röthemeyer, Mediation, Rn. 479 f., der meint, der Güterichter müsse dem Streitgericht die Informationen „in Vermerkform“ mitteilen.

⁷⁶ Ebenso Greger in: Zöller, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 278 Rn. 33.

⁷⁷ Für eine Festsetzung von Streitwert und Vergleichswert durch den Güterichter z.B. Assmann in: Wiczeorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl. 2013, § 278 Rn. 76; Fritz in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, § 278 ZPO Rn. 70.

⁷⁸ Siehe zu der Regelung ausführlich Wiese, NJW 2012, 3126; mit Beispielen Schneider/Thiel, NJW 2013, 3222, 3223.

⁷⁹ OLG Bamberg, Beschl. v. 19.08.2014 - 2 UF 77/14 Rn. 14; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 02.08.2017 - 5 UF 310/15 Rn. 5; ebenso (allerdings nicht zwingend in eigener Sache) OLG Jena, Beschl. v. 11.10.2017 - 1 UF 42/15.

⁸⁰ Anders AG Meppen, Beschl. v. 19.10.2018 - 3 C 746/17, das § 31 Abs. 4 GKG bei einem Vergleich im Güterichterverfahren teleologisch reduzieren will.

⁸¹ So z.B. Bacher in: BeckOK, ZPO, § 278 Rn. 33, Stand 07/2018; Assmann in: Wiczeorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl. 2013, § 278 Rn. 78.

⁸² Vgl. LArbG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 20.11.2017 - 10 Ta 1390/17; ebenso Löer in: Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, 2. Aufl. 2018, § 278 ZPO Rn. 29; Greger/Weber, MDR-Sonderheft 2012, 21; unklar Fritz in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, § 278 Rn. 77.

Öffnen, Fördern & Fordern – Der Referentenentwurf zum neuen Fachkräfteeinwanderungsgesetz

RA'in Bettina Offer, LL.M.

Das Bundeskabinett hat am 19.12.2018 einen Vorschlag für ein Fachkräfteeinwanderungsgesetz zur Erschließung von internationalen Fachkräftpotenzialen beschlossen.

Zwar ist dieses als Artikelgesetz nicht der von vielen erhoffte große Wurf eines kompletten Einwanderungsgesetzbuches – die Erwerbsmigration nach Deutschland wird aber dennoch konsequent überarbeitet und an den Bedürfnissen der Bundesrepublik neu ausgerichtet. Als Grundtenor kann man das bereits für die Arbeitsmarktpolitik der letzten Jahre bestimmende und erfolgreiche Motto „Fördern & Fordern“ im Zusammenhang mit einer weiteren Öffnung der Zuwanderung für Fachkräfte wiederfinden. Die Bundesregierung reagiert damit vorrangig auf den seitens der Wirtschaft beklagten, stetig zunehmenden Fachkräftemangel aber auch auf die von den Anhängern der linken Parteien wiederholten Forderungen nach einem Spurwechsel, d.h. einer dauerhaften Bleibeperspektive für sehr gut integrierte Drittstaatenbürger mit Ausreiseverpflichtung. Damit hat der Entwurf das Zeug zu einem ausgewogenen Stück Gesetzgebung in einer großen Koalition und erfährt konsequenterweise auch Kritik sowohl von rechts wie von links.

A. Grundsätzliches

Der Ton macht ja bekanntlich die Musik. Als deutliches Signal für eine andere Fachkräfteeinwanderungspolitik wird das Beschäftigungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt, das bislang kennzeichnend für das deutsche Zuwanderungsrecht war, in eine Beschäftigungserlaubnis mit Verbotsvorbehalt umgewandelt. In Zukunft gilt also im Ausländerbeschäftigungsrecht, dass für Inhaber eines Aufenthaltstitels jede Form der Erwerbstätigkeit erlaubt ist, so sie nicht in dem erteilten Aufenthaltstitel verboten wird. Gerade in der Übergangszeit wird dies sicher für einige Verwirrung sorgen, wenn das Ausstellungsdatum des Aufenthaltstitels in die Bewertung, zu welcher Erwerbstätigkeit der Titel berechtigt, einzubeziehen ist.

B. Es gibt sie noch, die guten Dinge!

An den bestehenden und bereits heute ausweislich einer Studie der OECD¹ sehr offenen Vorschriften für die Be-

schäftigung von Fachkräften mit akademischer Ausbildung wird ebenso festgehalten wie an dem Erfordernis der vergleichbaren Arbeitsbedingungen mit den im Inland Beschäftigten. Es bleibt also bei dem Grundsatz, dass ausländische Arbeitskräfte nicht als „billige Alternative“ zu deutschen Fachkräften zugelassen werden dürfen. Im Gegenteil: Das auch in der neuen Entsenderichtlinie festgehaltene Prinzip „gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort“ bleibt weiterhin zentraler Prüfungsmaßstab für die Fachkräfteeinwanderung. Dagegen wird die schon jetzt in der Praxis nur noch in Ausnahmefällen angewandte Vorrangprüfung als Regel abgeschafft und zur Ausnahmenvorschrift umgewandelt. Dies ist zwar inhaltlich keine Veränderung, aber wichtige politische Kosmetik und sinnvolle Klärung der Rechtsdogmatik.

Überhaupt beinhaltet der Entwurf einiges an juristischem Frühjahrsputz: So werden bspw. die Vorschriften zur Blauen Karte von der Beschäftigungsverordnung in das Aufenthaltsgesetz übertragen und die zentrale Norm für die Erwerbsmigration in § 18 AufenthG neu gefasst und um die Definitionen von Fachkräften mit Berufsausbildung bzw. akademischer Ausbildung ergänzt. Versäumt wurde allerdings, den Begriff der „Entsendung“ ausländerrechtlich zu definieren, sodass es hier bei der bekannten Unschärfe und terminologischen Verwirrung bleibt.

C. Deutschland wird Einwanderungsland

I. Fachkräfte mit beruflicher Ausbildung

Fachkräften mit beruflicher Ausbildung soll der Zugang ermöglicht werden, wenn ein konkretes Arbeitsplatzangebot vorliegt und eine Vergleichbarkeit der Qualifikationen gegeben ist. Da gerade die Vergleichbarkeit der Qualifikationen in einer Welt, in der die wenigsten Staaten über ein duales Ausbildungssystem verfügen, schwierig ist, sieht der Entwurf die Schaffung einer Clearingstelle für die Anerkennung und zusätzliche Verfah-

1 OECD, „Zuwanderung ausländischer Arbeitskräfte: Deutschland“, 2013, S. 15.

renserleichterungen vor. Es steht zu hoffen, dass hiermit die in der föderalen Struktur Deutschlands begründeten Anerkennungsprobleme, die sich in der Vergangenheit als Hemmschuh erwiesen haben, verringert werden. Vor allem aber sollen Drittausländer bei nur teilweise vorliegender Qualifizierung die noch erforderlichen Bestandteile für eine vollständige Qualifizierung im Inland während der Erwerbstätigkeit innerhalb einer befristeten Zeit nachholen können. Dies wird Arbeitgebern die Möglichkeit eröffnen, im Ausland Fachkräfte anzuwerben, um sie im Inland nachzuqualifizieren und dauerhaft in ihren Betrieb einzugliedern. Diese Vorschrift zielt insbesondere auch auf Unternehmen im Gesundheitsbereich ab, wo man in der Vergangenheit gute Erfahrung mit Pilotprojekten gemacht hat, die Bewerbern eine Beschäftigung als Hilfskraft in der Zeit möglich gemacht haben, in der sie ihre Deutschkenntnisse im Inland auf das erforderliche Niveau gebracht haben.

II. Fachkräfte mit berufspraktischer Erfahrung, insbesondere IT-Spezialisten

Ausländern ohne Berufsqualifikation mit besonderer, mindestens fünfjähriger berufspraktischer Erfahrung in den letzten sieben Jahren soll ebenfalls der Zugang in eine Beschäftigung in Deutschland gewährt werden. Dies bezieht sich vorrangig auf Tätigkeiten im IT-Sektor und führt so letztlich die zwischenzeitlich entfallenen Regelungen zur „IT-Greencard“ wieder ein. Aber auch auf weitere ausgewählte Berufe kann bei festgestelltem Fachkräftemangel die Bundesagentur für Arbeit die Anwendung der Vorschrift ausdehnen. Im Regelfall sollen für diese Gruppe Deutschkenntnisse der Stufe B1 nachzuweisen sein, Ausnahmen sind möglich.

III. „The Best and the Brightest“: Potenzialzuwanderung

Der Entwurf erlaubt bei entsprechender Qualifizierung und Erfüllung weiterer Kriterien (Lebensunterhaltssicherung und je nach Kategorie, bspw. Alter, Deutschkenntnisse, Schulabschluss etc.) die Erteilung eines auf sechs Monate befristeten Aufenthaltstitels zur Studienbewerbung, Ausbildungsplatzsuche oder bei vorhandener beruflicher Qualifizierung sowie – dies ist unverändert – bei vorliegender akademischer Qualifikation – auch zur Arbeitsplatzsuche.

IV. „Fördern & Fordern“ oder auch: „Leistung lohnt sich wieder“ – Ein Mini-Spurwechsel für Asylbewerber und Geduldete

Asylbewerber, deren Identität geklärt ist und die sich keine gravierenden Straftaten haben zuschulden kommen lassen,

sollen trotz Ablehnung des Asylantrags und Ausreiseverpflichtung eine Ausbildungsduldung erhalten, wenn sie erlaubt eine qualifizierte Berufsausbildung bzw. eine dieser vorgeschaltete Assistenz- oder Helferausbildung aufgenommen haben. Damit will die Bundesregierung sicherstellen, dass Abschiebungen von Auszubildenden, die in den Betrieben dringend gebraucht werden, der Vergangenheit angehören. Wer bereit ist, in Deutschland eine Berufsausbildung erfolgreich zu absolvieren, darf im Anschluss daran für die Erwerbstätigkeit bleiben. Entsprechend sollen auch ausreisepflichtige Ausländer mit ihren Familien weiterhin eine Duldung erhalten, wenn sie seit mindestens 12 Monaten eine Duldung haben und seit 18 Monaten oder länger einer sozialversicherungspflichtigen Vollzeitbeschäftigung nachgehen, die den Lebensunterhalt vollständig sichert. Weitere Voraussetzungen für diesen anspruchsvollen Spurwechsel sind u.a. ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache (B1) und ein regelmäßiger Schulbesuch der Kinder.

V. „Brücken bauen in das Ausland“: Infrastrukturmaßnahmen

Ohne funktionierende Einwanderungsbehörden hilft das beste Fachkräftezuwanderungsgesetz nicht. Gerade in den letzten Monaten wurden weltweit und insbesondere auch aus Zuwanderungsländern wie Indien (IT-Fachkräfte), Philippinen (Pflegepersonal), USA (Ingenieure) und dem Westbalkan extrem lange Wartezeiten im Visumantragsverfahren gemeldet. Ähnlich sieht die Situation auch im Inland aus, wo Wartezeiten von bis zu sechs Monaten auf Terminvereinbarung bei Ausländerbehörden und nächtliche Warteschlangen für Notfalltermine nicht unüblich sind. Entsprechend sieht der Entwurf die Einrichtung von Zentralen Ausländerbehörden (ZAB) in den Bundesländern vor, die für die Koordinierung der Ersterteilung der Aufenthaltstitel an Erwerbsmigranten zuständig sein sollen. Darüber hinaus enthält er ein beschleunigtes Verfahren, in dem Arbeitgebern für eine erhöhte Gebühr ein fester zeitlicher Rahmen für die Antragstellung im Ausland und die Bescheidung in Aussicht gestellt ist. Im Rahmen dieses Verfahrens sollen Prüfaufgaben von den Auslandsvertretungen zu den ZAB's verlagert werden, um die Verfahren erheblich zu beschleunigen, sodass eine Zuwanderung innerhalb von ein bis zwei Monaten möglich wird. Für Praktiker, die tagtäglich mit dem Thema Erwerbsmigration umgehen, sind diese Vorschriften die wichtigsten Elemente des Referentenentwurfes. Es steht zu hoffen, dass sie das Gesetzgebungsverfahren möglichst unbeschadet überstehen.

VI. Kleingedrucktes

Für Gesellschaftsrechtler und M&A-Spezialisten von Interesse ist ein Passus, der die Weitergeltung der Beschäfti-

gungserlaubnis bei Betriebsübergängen anordnet. Damit wird eine rechtssystematische Lücke geschlossen: Bei einem Betriebsübergang bzw. einer Ausgliederung geht das Beschäftigungsverhältnis nach § 613a BGB auf den neuen Arbeitgeber über, die Beschäftigungserlaubnis eines Dritt- ausländers ist aber in vielen Fällen an den ersten Arbeitgeber gebunden. Derzeit ungeklärt ist, ob die Beschäftigung bei dem neuen Arbeitgeber ohne rechtzeitige Umschreibung des Aufenthaltstitels illegal ist oder die Problematik durch analoge Anwendung der Systematik des § 613a BGB zu lösen wäre. In Zeiten, in denen Ausländerbehörden für eine zeitnahe Umschreibung des Titels schlicht nicht zur Verfügung stehen, ein durchaus gravierendes Compliancethema! In dem Referentenentwurf wird nun klargestellt, dass der Aufenthaltstitel entsprechend der bestehenden Rechtssystematik des Arbeitsrechts auch für die Tätigkeit bei dem neuen Arbeitgeber gültig sein soll.

D. Fazit: Fachkräfteeinwanderung „Made in Germany“ – Solide Handwerksarbeit 2.0

Es ist kein großer Wurf, weder ein Punktesystem noch ein Einwanderungsgesetzbuch. Aber es ist eine durchdachte, gut abgewogene und konsequente Weiterentwicklung des bereits bestehenden, guten Erwerbsmigrationsrechts, das uns seit Jahren (nahezu unbemerkt) steigende Zuwanderungsraten von ausländischen Fachkräften beschert. Es wirbt um qualifizierte Drittausländer, um dem bestehenden Fachkräftemangel zu begegnen, und öffnet die Türe einen Spalt für Flüchtlinge, die durch Arbeit und sehr gute Integrationsleistungen zur Entwicklung der Bundesrepublik beitragen wollen und können. Insofern ist das Fachkräfteeinwanderungsgesetz als konsensfähiges „Win-Win“-Gesetz im Ausländerrecht angelegt und es steht zu hoffen, dass der Entwurf ohne allzu große Verluste das Gesetzgebungsverfahren übersteht.

Rechtliches Gehör im einstweiligen Verfügungsverfahren

BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018 - 1 BvR 1783/17 und 1 BvR 2421/17

RA Jens von der Thüsen, LL.M. (Edinburgh)

A. Problemstellung

Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes dienen der schnellen Sicherung von Rechtspositionen und der kurz-

fristigen (vorläufigen) Regelung von Rechtsverhältnissen. Ihnen kommt speziell im Presse- und Äußerungsrecht, aber auch im gewerblichen Rechtsschutz und Wettbewerbsrecht, eine große Praxisrelevanz zu. Im Laufe der Zeit haben sich in der forensischen Praxis (teils regionale) Eigenheiten herausgebildet, die in den letzten Jahren zunehmend in die Kritik geraten sind. Nunmehr hatte das BVerfG in zwei presse- bzw. äußerungsrechtlichen Fällen Gelegenheit, seine Sicht der Dinge kundzutun. Hierbei hat die entscheidende 3. Kammer des Ersten Senats des BVerfG deutlich gemacht, dass einige gerichtliche Herangehensweisen nicht verfassungsgemäß sind. Das BVerfG hat grundlegende Klarstellungen zur Verfahrenspraxis vorgenommen, die aller Voraussicht nach auch über das Presse- und Äußerungsrecht hinaus von erheblicher Relevanz sein werden.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die erste Verfassungsbeschwerde (Az. 1 BvR 1783/17) betraf ein einstweiliges Verfügungsverfahren vor dem LG Köln. Das erkennende Gericht hatte der Antragsgegnerin, einem journalistisch-redaktionellen Recherchenetzwerk, im Wege der einstweiligen Verfügung ohne gerichtliche Anhörung untersagt, bestimmte Äußerungen zu veröffentlichen. Dem Verfügungsantrag war jedoch keine vorprozessuale Abmahnung durch die Antragstellerin vorausgegangen, weil diese eine Abmahnung im konkreten Fall für unzumutbar hielt. Nach Erlass und Zustellung der einstweiligen Verfügung wandte sich die Antragsgegnerin nunmehr als Beschwerdeführerin an das BVerfG und machte Verletzungen ihrer Rechte auf rechtliches Gehör, prozessuale Waffengleichheit und ein faires Verfahren geltend.

Die zweite Verfassungsbeschwerde (Az. 1 BvR 2421/17) betraf ein einstweiliges Verfügungsverfahren zum Abdruck einer Gegendarstellung vor den Hamburger Zivilgerichten. In einem insgesamt von Ende Mai bis Anfang Oktober andauernden Zeitraum hatte der Antragsteller, ein deutscher Fernsehmoderator, wiederholt ein einstweiliges Verfügungsverfahren gegen die Antragsgegnerin, einen Presseverlag, eingeleitet, um die begehrte Gegendarstellung durchzusetzen. Hierbei fehlte es zwar, anders als im Kölner Verfahren, nicht an vorgerichtlicher Kontaktaufnahme mit der Antragsgegnerin. Allerdings legte der Antragsteller die vorgerichtlichen Einlassungen der Antragsgegnerin nicht vor und die angerufenen Gerichte (alle drei Verfügungsanträge waren nach abschlägigen Beschlüssen des Landgerichts über sofortige Beschwerden zum OLG Hamburg gelangt – mit dem dritten Antrag hatte der Antragsteller dort endlich Erfolg) bezogen die

Antragsgegnerin ebenfalls nicht in die Verfahren ein. So wurde die Antragsgegnerin – nach bisher geltender forensischer Praxis keinesfalls ungewöhnlich – weder über die Anträge und/oder sofortigen Beschwerden des Antragstellers noch über die jeweils zurückweisenden Beschlüsse der Gerichte informiert. Im Ergebnis erlangte die Antragsgegnerin erst mit Zustellung des dritten (nunmehr beim Oberlandesgericht erstmalig erfolgreichen) Verfügungsantrags Kenntnis von den gegen sie angestrebten Gerichtsverfahren. Sie legte Widerspruch gegen den Verfügungsbeschluss des Oberlandesgerichts ein und erhob parallel eine Verfassungsbeschwerde dagegen. Hierbei berief (auch) sie sich auf ihr grundrechtsgleichen Rechte auf prozessuale Waffengleichheit und auf ein faires Verfahren.

Beide Beschwerdeführerinnen (und Antragsgegnerinnen) bemühten Karlsruhe zu Recht, wie die 3. Kammer des Ersten Senats des BVerfG jeweils feststellte. Hierbei führte das BVerfG in zwei weitgehend wortgleichen Beschlüssen zu beiden Themen-Komplexen (Erfordernis einer Abmahnung bzw. Anhörung sowie prozessuale Hinweispflichten der Gerichte) wie folgt aus.

Der Verfügungsbeschluss des LG Köln verletze die Beschwerdeführerin in ihrem grundrechtsgleichen Recht auf prozessuale Waffengleichheit. Durch den Erlass der Verfügung ohne vorherige Anhörung und ohne eine hinreichende vorprozessuale Abmahnung sei die Gleichwertigkeit der prozessualen Stellung der Beschwerdeführerin gegenüber ihrem Gegner nicht gewährleistet gewesen.

Trotz der – häufig gerade im Presse- und Äußerungsrecht anzuerkennenden – Eilbedürftigkeit hätte der Antragsgegnerin das Recht auf Gehör gewährt werden müssen. Zwar seien besondere Verfahrenslagen denkbar, in denen eine vorherige Anhörung entbehrlich sein kann, weil diese den Zweck des einstweiligen Verfügungsverfahrens vereiteln würden (etwa im Arrestverfahren, bei der Anordnung von Untersuchungshaft oder bei Wohnungsdurchsuchungen).¹ Bei der Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen im Presse- und Äußerungsrecht könne aber regelmäßig nicht davon ausgegangen werden, dass ein Überraschungs- oder Überrumpelungseffekt erforderlich sei.²

Die Gewährung rechtlichen Gehörs sei zwar von der Frage zu unterscheiden, wann eine mündliche Verhandlung durchzuführen ist (was wiederum im „weiten Wertungsrahmen“ der Fachgerichte liege). Der Verzicht auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung dürfe jedoch nicht dazu führen, dass die Gegenseite bis zur Ent-

scheidung über den Verfügungsantrag generell aus dem Verfahren herausgehalten werde.³

Verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei es, wenn Gerichte zur Gewährung rechtlichen Gehörs die vorprozessualen Möglichkeiten einbeziehen, die Antragsgegnern zur Rechtsverteidigung zustehen. Es könne – mit Blick auf die Option zur Hinterlegung einer Schutzschrift – auf die Möglichkeit zur Erwidern auf eine dem Verfügungsverfahren vorangehende Abmahnung abgestellt werden. Sichergestellt sein muss aber, dass die vorprozessualen Äußerungen vollständig dem Gericht vorliegen.⁴

Die vorgerichtliche Erwidern auf eine Abmahnung genügen dem Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit allerdings nur, wenn (a) der Verfügungsantrag in Anschluss an die Abmahnung unverzüglich nach Ablauf einer angemessenen Frist für die begehrte Unterlassungserklärung bei Gericht eingereicht wird, (b) die abgemahnte Äußerung sowie die Begründung für die begehrte Unterlassung mit dem bei Gericht geltend gemachten Unterlassungsbegehren identisch sind und (c) der Antragsteller ein etwaiges Zurückweisungsschreiben des Antragsgegners zusammen mit seiner Antragschrift bei Gericht einreicht.⁵

Sei der Antragsgegner nicht in der gehörigen Form abgemahnt worden oder werde der Antrag in abweichender Form oder ergänzend begründet, sei dem Antragsgegner gerichtliches Gehör zu gewähren.⁶

Auch der Verfügungsbeschluss des OLG Hamburg verletze die dortige Antragsgegnerin nach Auffassung des BVerfG in ihrem Recht auf prozessuale Waffengleichheit. Gerichtliches Gehör sei Antragsgegnern – auch unabhängig von etwaigen vorgerichtlichen Abmahnungen und Anschreiben – zu gewähren, wenn das Gericht dem Antragsteller Hinweise gem. § 139 ZPO erteilt habe (insbesondere mündliche oder fernmündliche Hinweise zur Nachbesserung des Antrages oder zu den Erfolgsaussichten des Antrages).⁷ Um den Gegner vor Erlass einer

1 BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018 - 1 BvR 1783/17 Rn. 15.

2 BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018 - 1 BvR 1783/17 Rn. 18.

3 BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018 - 1 BvR 1783/17 Rn. 21.

4 BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018 - 1 BvR 1783/17 Rn. 22.

5 BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018 - 1 BvR 1783/17 Rn. 23; sinngemäß, bezogen auf Abdruckverlangen: BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018 - 1 BvR 2421/17 Rn. 35.

6 BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018 - 1 BvR 1783/17 Rn. 24; BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018 - 1 BvR 2421/17 Rn. 36.

7 BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018 - 1 BvR 2421/17 Rn. 36; BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018 - 1 BvR 1783/17 Rn. 24.

Entscheidung in den gleichen Kenntnisstand zu versetzen wie den Antragsteller, müssten auch ihm richterliche Hinweise zeitnah mitgeteilt werden. Dies gelte selbst im Fall der Ablehnung eines Antrags.⁸ Ein einseitiges Geheimverfahren über einen mehrwöchigen Zeitraum – wie faktisch in den Hamburger Verfahren – sei mit dem Grundgesetz unvereinbar.

C. Kontext der Entscheidungen

Es handelt sich bei den Beschlüssen um eine (prozessrechtliche) Rarität. Es kommt nicht häufig vor, dass Beteiligte eines Verfügungsverfahrens sich im Nachgang der Verfahren mit einer Beschwerde an das BVerfG wenden und Letzteres sich zu Pflichten der Instanz-Gerichte positioniert. Hintergrund waren nun zwei besondere Fallkonstellationen (speziell die Hamburger Verfahrenssituation dürfte einen in dieser Form selten gesehenen Extremfall darstellen). Die jeweiligen Beschwerdeführerinnen fühlten sich durch die forensische Praxis der jeweils erkennenden Instanz-Gerichte offenbar derart ungerecht behandelt, dass sie sich für den Gang nach Karlsruhe entschieden.

Völlig überraschend kommt die Entscheidung aufgrund aktuellerer Entwicklungen indes nicht. Zum einen hatte das BVerfG selbst erst kürzlich den Weg nach Karlsruhe geebnet, indem es in entsprechenden Konstellationen Verfassungsbeschwerden gegen rechtsverletzende einstweilige Verfügungen zugelassen hatte.⁹ Zum anderen waren zunehmend Literaturstimmen laut geworden, die eine konsequentere Hinweis-Politik und eine genauere Beachtung der Prozessgrundrechte und -prinzipien forderten.¹⁰ Auch in der gerichtlichen Praxis war in den letzten Jahren vermehrt zu beobachten, dass Gerichte – nachvollziehbar – darauf pochten, auch in Eilfällen rechtliches Gehör zu gewähren (jedenfalls in Form einer noch nachversandten und nachgereichten Abmahnung). Dennoch existier(t) en – auch ausweislich der BVerfG-Entscheidungen¹¹ – beachtliche regionale Unterschiede.

Die Beschlüsse können mit guten Argumenten als die Konsequenz und der – vorläufige – Schlusspunkt einer aufkommenden Diskussion angesehen werden. Sie bieten aller Voraussicht nach über das Presse- und Äußerungsrecht hinaus klarstellende Leitlinien für die künftige verfassungskonforme forensische Praxis in Verfügungsverfahren.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidungen des BVerfG haben bei konsequenter Umsetzung durch die Fachgerichte das Potenzial, die forensische Praxis in einstweiligen Verfügungsverfahren erheb-

lich zu verändern. Auch, wenn sich die konkreten Fälle im Presse- und Äußerungsrecht abspielten, muss davon ausgegangen werden, dass die aufgestellten Grundsätze für die meisten Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz Gültigkeit besitzen. Wenn sie schon im besonders zeitkritischen Äußerungsrecht gelten, dann erst recht in weniger „dringlichen“ Fällen.

Zu begrüßen ist, dass das BVerfG die Möglichkeit offenlässt, vorgerichtlichen Austausch von Standpunkten zwischen den Parteien als „Anhörung“ ausreichen zu lassen. Zukünftig wird es in der anwaltlichen Praxis allerdings wichtig sein, die Vorgaben des BVerfG zu Art, Umfang und Ablauf der Abmahnung genau zu beachten.¹² Es wird nun noch bedeutsamer werden, darauf zu achten, dass alle möglichen rechtlichen Angriffe und Erwägungen frühzeitig geprüft und bereits im Rahmen der Abmahnung einbezogen und benannt werden. Auch Überlegungen zur Angemessenheit der Frist sollten künftig (mehr denn je) zum Standardkanon von Abmahnungen gehören. Anderenfalls besteht das Risiko, dass angerufene Gerichte es trotz Abmahnung für erforderlich halten, die Gegenseite ergänzend anzuhören (sei es durch eine kurzfristige schriftliche Anhörung¹³ oder im Rahmen einer anberaumten mündlichen Verhandlung).

Waren die vorgenannten Aspekte und Überlegungen – wenn auch bisher aus Kostensicht und zur Vermeidung eines sofortigen Anerkenntnisses gem. § 93 ZPO – bereits Teil des bekannten Beratungs-Kanons, gilt dies nicht für die weitergehenden Ausführungen des BVerfG zu gerichtlichen Hinweispflichten:

Entgegen der (an manchen Gerichtsstandorten) bisher weit verbreiteten Praxis dürfte es bei konsequenter Umsetzung der Vorgaben des BVerfG durch die Fachgerichte nunmehr nahezu unmöglich werden, unerkannt oder „heimlich“ eine einstweilige Verfügung zu beantragen bzw. zu bekommen. Bisher war es vielfach möglich, einen Verfügungsantrag (gleichsam als „Testballon“) einzureichen und abzuwarten, ob man die begehrte Verfügung zugesprochen bekommt oder den Antrag auf telefonischen

8 BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018 - 1 BvR 2421/17 Rn. 36.

9 BVerfG, Beschl. v. 06.06.2017 - 1 BvQ 16/17.

10 Siehe etwa Teplitzky/Fedderson, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 11. Aufl. 2016, Kap. 54 Rn. 24d sowie Kap. 55 Rn. 1b, jeweils m.w.N.

11 BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018 - 1 BvR 1783/17 Rn. 8; BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018 - 1 BvR 2421/17 Rn. 21.

12 BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018 - 1 BvR 1783/17 Rn. 23; BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018 - 1 BvR 2421/17 Rn. 35.

13 Das BVerfG erwähnt die Möglichkeit einer schriftlichen Anhörung der Antragsgegnerin explizit, siehe BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018 - 1 BvR 2421/17 Rn. 38.

Hinweis des Gerichts zurücknehmen muss. Hiermit, sowie mit dem Phänomen der sog. Schubladenverfügung, dürfte es – außer in engen Ausnahmekonstellationen – nunmehr vorbei sein. Wenigstens die Versendung einer Abmahnung wird künftig in aller Regel erforderlich sein, um gerichtliche Anhörungen der Gegenseite zu vermeiden. Auch das ohnehin umstrittene „Forumshopping im EV-Verfahren“¹⁴ dürfte nunmehr sein Ende finden. Jedenfalls wird man Mandanten künftig über das Risiko eines gerichtlichen Hinweises an die Gegenseite aufklären müssen, um dort unangenehme Überraschungen zu vermeiden.

Für die Gerichtspraxis hat das BVerfG nunmehr klargestellt, wann und inwiefern die Fachgerichte Hinweispflichten gegenüber Antragsgegnern einstweiliger Verfügungsverfahren treffen. Bei konsequenter Umsetzung wird es zukünftig also denkbar sein, dass Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte Mitteilung ihrer Mandanten erhalten, dass ein Gericht angerufen oder geschrieben habe und mitteile, dass die Richter erwägen, einen gegen die Mandanten gerichteten Verfügungsantrag zurückzuweisen, dass der Gegenseite ein gerichtlicher Hinweis (bestimmten Inhalts) erteilt worden sei oder Ähnliches. Klargestellt ist auch, dass die erkennenden Gerichte im Fall der mündlichen oder fernmündlichen Hinweis-Erteilung klare, umfassende Aktenvermerke¹⁵ anzufertigen haben.

E. Bewertung

Es bleibt abzuwarten, wie streng die Fachgerichte mit den Vorgaben des BVerfG umgehen. Es ist aber davon auszugehen, dass es dem BVerfG über Kurz oder Lang gelingen wird, eine einheitlichere forensische (Anhörungs- und Hinweis-)Praxis zu etablieren.¹⁶

Künftig werden Situationen, in denen Rechtsverletzer von der Zustellung einer einstweiligen Verfügung (ohne Abmahnung und/oder gerichtliche Anhörung) überrascht werden, voraussichtlich sehr viel seltener werden. Dies ist – gerade mit Blick auf die gesteigerten praktischen Konsequenzen gerichtlich ausgesprochener Unterlassungsgebote (Unterlassung = Rückruf)¹⁷ – grds. begrüßenswert.

Dennoch bleibt zu hoffen, dass deutsche Gerichte die Notlage Rechtssuchender in bestimmten Eil-Situationen erkennen und den Ausnahme-Kanon des BVerfG sowie die nunmehr grundlegend klargestellten Grundsätze nicht zu eng auslegen. Es sind immer noch Situationen denkbar, in denen die Überraschung bzw. Übertreibung eines Antragsgegners zur effektiven Rechtsdurchsetzung erforderlich ist. Eine nicht zu vernachlässigende Fallgruppe dürften etwa Fälle schnellstmöglicher Sequestrierung (Beschlagnahme rechtsverletzender Gegenstände beim Antragsgegner ohne vorherige Abmah-

nung und/oder Anhörung) sein. Ansonsten besteht die Gefahr, dass sich die Rechtslage und Gerichts-Praxis zugunsten von Rechtsverletzern verschiebt – was nicht im Sinne des BVerfG gewesen sein kann.

- 14 Siehe etwa Teplitzky/Feddersen, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 11. Aufl. 2016, Kap. 54 Rn. 24d sowie Kap. 55 Rn. 1b, jeweils m.w.N.
- 15 Der Vermerk „Bedenken erörtert“ reicht nicht, siehe BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018 - 1 BvR 2421/17 Rn. 39.
- 16 Zu den regionalen Abweichungen siehe etwa BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018 - 1 BvR 1783/17 Rn. 8; zur gerichtlichen Praxis insoweit auch Fricke, GRUR-Prax 2017, 406; Teplitzky/Feddersen, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 11. Aufl. 2016, Kap. 55 Rn. 2a und 5c.
- 17 Grundlegend BGH, Beschl. v. 29.09.2016 - I ZB 34/15 - „Rückruf von RESCUE-Produkten“.

Festsetzung von Emissionskontingenten zur Bewältigung von Lärmkonflikten durch Gewerbelärm

BVerwG, Urt. v. 07.12.2017 - 4 CN 7/16

RiBVerwG Helmut Petz

A. Problemstellung

„Weil, so schließt er messerscharf, ‚nicht sein k a n n, was nicht sein d a r f.“

Ähnliche Fehlschlüsse wie derjenige von Christian Morgensterns „Palmström“¹ werden gelegentlich auch der Rechtsprechung zur Festsetzung von Emissionskontingenten bei der Ausweisung von Gewerbeflächen unterstellt.² Das Anliegen dieser Kritik ist verständlich. Ihr geht es um schalltechnisch wirksame und planerisch handhabbare Instrumente zur Konfliktbewältigung im Städtebaurecht: Ein sparsamer und schonender Umgang mit Grund und Boden³

1 Christian Morgenstern, Alle Galgenlieder, z.B. Neuaufgabe 2005.

2 Z.B. Steger/Numberger/Hunecke, Lärmbekämpfung Band 12 (2017) Nr. 1, 27: „weitere, aus Sachverständigensicht nicht nachvollziehbare juristische Interpretation der Geräuschkontingentierung ...“.

3 Der Flächenverbrauch in Deutschland – verstanden als Umwandlung von Freiflächen in Siedlungs- und Verkehrsflächen – ist zwar von über 100 ha täglich zu Beginn der 2000er Jahre deutlich zurückgegangen, aber mit aktuell 62 ha täglich zusätzlich überbauter Fläche immer noch enorm hoch (Quelle: www.umweltbundesamt.de/daten/flaechenboden-land-oekosysteme/flaechen).

ist eine der gesetzlichen Planungsvorgaben (§ 1 Abs. 5 Satz 3 und § 1a Abs. 2 BauGB); die Innenentwicklung, insbesondere durch Nachverdichtung und Wiedernutzbarmachung von Flächen als Alternative zur Neuversiegelung von Grund und Boden wird den planenden Gemeinden durch Verfahrensvereinfachungen und weitere Vorteile (§ 13a BauGB) schmackhaft gemacht. Innenentwicklung ist aber auch konfliktträchtig. Das gilt jedenfalls dann, wenn Gewerbestandorte in integrierten Lagen entwickelt werden sollen. Bewältigungsbedürftige Nutzungskonflikte mit der Wohnbevölkerung, insbesondere durch Lärm, sind vorprogrammiert. Emissionskontingente nach DIN 45691⁴ sind für die Konfliktbewältigung ein praktisch wichtiges, in verdichteten Innenlagen oft sogar das einzige wirksame Instrument. Sie erlauben die Lärmkontingentierung auf Gewerbeflächen. Damit kann die Gemeinde sicherstellen, dass die immissionschutzrechtlichen Schutzziele gegenüber der Wohnbevölkerung nicht verfehlt werden.

Nach einer ausdrücklichen gesetzlichen oder gesetzesabgeleiteten Ermächtigung zur Festsetzung von Emissionskontingenten sucht man vergeblich. Das BVerwG⁵ ist den Bedürfnissen der Planungspraxis deshalb mit einer „Behelfskonstruktion“ entgegengekommen, die bei § 1 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BauNVO ansetzt: Die Vorschrift ermächtigt die Gemeinden, im Bebauungsplan Festsetzungen zu treffen, die das Baugebiet nach der Art der Betriebe und Anlagen sowie deren besonderen Bedürfnissen und Eigenschaften gliedern. Emissionskontingente sind nach der Rechtsprechung des BVerwG geeignet, das Emissionsverhalten von Betrieben und Anlagen als deren „Eigenschaften“ im Sinne der Vorschrift zu kennzeichnen. Gewerbegebiete können deshalb anhand von Emissionskontingenten gegliedert werden. Die Festsetzung setzt allerdings voraus, dass die Emissionsgrenzwerte das Emissionsverhalten jedes einzelnen Betriebes und jeder einzelnen Anlage in dem betreffenden Gebiet verbindlich regeln; ein Summenpegel für mehrere Betriebe oder Anlagen ist unzulässig, weil mit ihm nicht das Emissionsverhalten als „Eigenschaft“ von Anlagen und Betrieben i.S.v. § 1 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BauNVO festgesetzt, sondern ein Immissionsgeschehen gekennzeichnet wird, das von unterschiedlichen Betrieben und Anlagen gemeinsam bestimmt wird.

Diese Behelfskonstruktion ermöglicht es den planenden Gemeinden, Emissionskontingente als Instrument zur Bewältigung von Lärmkonflikten einzusetzen. Ihr Nachteil: Sie ist vergleichsweise kompliziert und hat deshalb in der Planungspraxis, aber auch in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung, immer wieder zu Unsicherheiten und Missverständnissen geführt, wie auch die zu besprechende Entscheidung zeigt.

B. Gegenstand und Inhalt der Entscheidung

Gegenstand des Normenkontrollverfahrens war ein Bebauungsplan, der auf dem Gelände eines ehemaligen Autohauses ein eingeschränktes Gewerbegebiet nach § 8 BauNVO festsetzte und die Errichtung eines siebengeschossigen und geschossweise gestaffelten Gebäudes mit der Funktion eines Gewerbecenters für Einzelhandelsbetriebe, Betriebe des Dienstleistungsgewerbes, Büros und – im obersten Stockwerk – Gaststätten ermöglichen sollte. Nach den textlichen Festsetzungen des Bebauungsplans sind Betriebe und Anlagen unzulässig, deren je Quadratmeter Grundstücksfläche abgestrahlte Schalleistung die mit 58 dB(A) tags und 43 dB(A) nachts angegebenen Emissionskontingente nach DIN 45691 überschreitet. Für bestimmte Immissionsorte sind Zusatzkontingente festgesetzt. Antragsteller im Normenkontrollverfahren waren die Eigentümer zweier Wohngrundstücke, die unmittelbar an das ausgewiesene Gewerbegebiet angrenzen. Sie rügten u.a. ungelöste Immissionskonflikte.

Der Verwaltungsgerichtshof hat den Bebauungsplan für unwirksam erklärt.⁶ Die Festsetzung der Emissionskontingente sei rechtswidrig, weil sie sich nicht auf eine Rechtsgrundlage stützen lasse. § 1 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BauNVO scheidet als Rechtsgrundlage aus, weil der Bebauungsplan keine Regelungen enthalte, wie das Emissionskontingent den Betrieben und Anlagen zugeordnet werde, die in den einzelnen Geschossen des Gewerbecenters zulässig seien. Der auf die Grundstücksfläche bezogene festgesetzte Schallleistungspegel reiche nicht aus, weil er als „Zaunwert“ (genauer: Summenpegel) nicht bestimme, welche Emissionen von einer einzelnen Anlage ausgehen dürften. Ob die Voraussetzungen gem. § 1 Abs. 4 Satz 2 BauNVO vorlägen, wonach auch mehrere Gewerbegebiete einer Gemeinde im Verhältnis zueinander nach dem Lärmverhalten der Betriebe gegliedert werden könnten, brauche nicht entschieden zu werden; denn da es an einer betriebsbezogenen Festsetzung fehle, bestehe das Problem der fehlenden Zurechenbarkeit des Zaunwerts (Summenpegels) unverändert fort.

Die Revision der Gemeinde blieb im Ergebnis ohne Erfolg. Im Ausgangspunkt bestätigt das BVerwG, dass auf der Grundlage von § 1 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BauNVO Festsetzungen getroffen werden können, die das Baugebiet nach der Art der Betriebe und Anlagen sowie deren besonderen Be-

4 Emissionskontingente geben den Wert des Pegels der flächenbezogenen Schalleistung einer Teilfläche an; bisher war die Bezeichnung „immissionswirksamer flächenbezogener Schallleistungspegel“ gebräuchlich (Nr. 3.7 der DIN 45691).

5 BVerwG, Urt. v. 16.12.1999 - 4 CN 7/98 sowie BVerwG, Beschl. v. 02.10.2013 - 4 BN 10/13.

6 VGH München, Urt. v. 28.07.2016 - 1 N 13/2678.

dürfnissen und Eigenschaften gliedern, und ferner, dass Emissionskontingente geeignet sind, das Emissionsverhalten von Betrieben und Anlagen als deren „Eigenschaft“ i.S.v. § 1 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BauNVO zu kennzeichnen. Das BVerwG beanstandet allerdings, dass der Verwaltungsgerichtshof die festgesetzten Emissionskontingente als unzulässige (Zaunwerte als) Summenpegel gewürdigt hat. Da anzunehmen sei, dass die Gemeinde keine unwirksamen Emissionskontingente habe festsetzen wollen, hätte der Verwaltungsgerichtshof den Bebauungsplan geltungserhaltend auslegen müssen. Der Verwaltungsgerichtshof habe seinen Blick auf die einzelnen Betriebe verengt, die im Gewerbecenter Aufnahme finden sollen, und übersehen, dass mit den festgesetzten Emissionskontingenten das Emissionsgeschehen des Gewerbecenters als eine Anlage gelenkt werde. Damit sei das Problem der Zurechenbarkeit der Emissionskontingente gelöst. Wie die Lärmrechte unter mehreren Nutzern des Gewerbecenters verteilt werden, sei nicht mehr Sache der planenden Gemeinde, sondern diejenige des Vorhabenträgers.

Das BVerwG bestätigt die vorinstanzliche Entscheidung aber im Ergebnis: § 1 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BauNVO scheidet als Rechtsgrundlage der Festsetzung von Emissionskontingenten aus, weil es an der von der Vorschrift vorausgesetzten internen „Gliederung“ des Baugebiets fehle. Dem Merkmal des Gliederns werde nur Rechnung getragen, wenn das Baugebiet in einzelne Teilgebiete mit verschiedenen hohen Emissionskontingenten zerlegt werde. Die Festsetzung eines einheitlichen Emissionskontingents für das gesamte Baugebiet sei von § 1 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BauNVO nicht gedeckt. Der Ermächtigung werde es auch nicht gerecht, wenn die gedankliche Unterteilung des Plangebiets in 1 qm große Teilflächen gleicher Geräuschemissionen als Gliederung verstanden werde. Die Vorschrift ermögliche eine räumliche Zuteilung von Emissionsrechten, nicht aber deren das ganze Baugebiet erfassende Beschränkung. Zudem muss die allgemeine Zweckbestimmung des Baugebiets gewahrt bleiben. Mache die Gemeinde nur von dieser Vorschrift Gebrauch, müsse gewährleistet bleiben, dass vom Typ her alle nicht erheblich belästigenden Gewerbebetriebe im Gewerbegebiet ihren Standort finden können; mindestens ein Teilgebiet eines intern gegliederten Baugebiets müsse frei von Emissionskontingenten bleiben oder – was auf dasselbe hinauslaufe – mit Emissionskontingenten belegt sein, die jeden nach § 8 BauNVO im Gewerbegebiet zulässigen Betrieb ermöglichen. Wolle eine Gemeinde eine oder mehrere Arten von Nutzungen aus dem gesamten Baugebiet ausschließen, stehe ihr nur der Weg über § 1 Abs. 5 BauNVO zur Verfügung.

Über eine fehlende interne Gliederung könne § 1 Abs. 4 Satz 2 BauNVO, wonach die Festsetzungen nach Satz 1 auch für mehrere Gewerbegebiete einer Gemeinde im Verhältnis zueinander getroffen werden können, vorliegend nicht hinweghelfen. Dafür reiche es nicht aus, dass die Gemeinde im maßgeblichen Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses über wenigstens ein festgesetztes Gewerbegebiet verfügt, das mit keiner Geräuschkontingentierung oder einer Geräuschkontingentierung belegt ist, die jeden nach § 8 BauNVO zulässigen Gewerbebetrieb ermöglicht. Vielmehr hänge die Wirksamkeit einer gebietsübergreifenden (externen) Gliederung davon ab, dass ihr auch ein darauf gerichteter, im Bebauungsplan selbst oder in seiner Begründung dokumentierter planerischer Wille zugrunde liegt. Daran fehle es hier.

C. Kontext der Entscheidung

Die Konsequenz dieser Entscheidung des BVerwG liegt ganz auf der Linie der Schlussfolgerung von „Palmström“,⁷ „dass nicht sein kann, was nicht sein darf“. Sie beruht nicht auf einem Fehlschluss, sondern hat rechtsstaatliche Gründe: Im Geltungsbereich eines Bebauungsplans sind Vorhaben gem. § 30 BauGB nur zulässig, wenn sie den Festsetzungen nicht widersprechen. Festsetzungen eines Bebauungsplans bestimmen damit unmittelbar Inhalt und Schranken des Grundeigentums. Da dies nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG dem (Parlaments-)Gesetz vorbehalten ist, bedürfen sie einer gesetzlichen oder vom Gesetz abgeleiteten Ermächtigung. Festsetzungen, die nicht auf eine Rechtsgrundlage zurückgeführt werden können, sind rechtswidrig und unwirksam.⁸ Die planende Gemeinde ist deshalb gut beraten, sich bei der Festsetzung von Emissionskontingenten nicht nur am schalltechnisch und planerisch Sinnvollen zu orientieren, sondern auch im Rahmen der Ermächtigung zu halten. Andernfalls riskiert sie, dass der Bebauungsplan etwa – wie hier – durch antrags- oder klagebefugte Nachbarn zu Fall gebracht wird. Das trifft auch die Interessen ansiedlungswilliger Gewerbetreibender, denen die bauplanungsrechtliche Grundlage für die Verwirklichung ihrer Vorhaben entzogen wird.

Die in der Entscheidung des BVerwG herausgearbeiteten tatbestandlichen Voraussetzungen von § 1 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BauNVO als Rechtsgrundlage für die Festsetzung von Emissionskontingenten sollten auch nicht als unsinnige oder überzogene Quisquilien abgetan werden: Summenpegel sind nach § 1 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BauNVO unzu-

7 Christian Morgenstern, *Alle Galgenlieder*, z.B. Neuauflage 2005.

8 Z.B. BVerwG, Urt. v. 03.04.2008 - 4 CN 3/07 Rn. 14.

lässig, weil sie nicht bestimmen, welche Emissionen von einer einzelnen Anlage oder einem einzelnen Betrieb ausgehen dürfen. Sie widersprechen dem Gedanken der betriebs- oder anlagenbezogenen Typisierung,⁹ wonach im Geltungsbereich eines Bebauungsplans im Grunde jedes Baugrundstück für jede nach dem Nutzungskatalog der jeweiligen Baugebietsvorschrift der BauNVO zulässige Nutzung in Betracht kommen soll. Sie öffnen auch das Tor für sog. Windhundrennen und schließen die Möglichkeit ein, dass Grundeigentümer im Fall einer Erschöpfung des Kontingents trotz des zugewiesenen Baurechts von der kontingentierten Nutzung ganz ausgeschlossen bleiben.¹⁰ Das ist im Lichte der Eigentumsgarantie des Grundgesetzes nicht hinnehmbar. Unverzichtbar ist auch das Gliedern. § 1 Abs. 4 Satz 1 BauNVO ermächtigt zu Festsetzungen, die das Baugebiet intern gliedern. Die Gliederung des Baugebiets ist der unmittelbare Ermächtigungsinhalt. Das Emissionsverhalten als besondere Eigenschaft von Betrieben und Anlagen ist demgegenüber ein nur Kriterium, anhand dessen das Baugebiet gegliedert werden kann. Eine Festsetzung von Emissionskontingenten ohne Gliederung kann nicht auf § 1 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BauNVO gestützt werden. Dabei bedeutet „gliedern“ räumlich verteilen,¹¹ d.h. in Teilgebiete mit verschiedenen hohen Lärmrechten unterteilen; mit einer gedanklichen Unterteilung des Plangebiets in 1 qm große Teilflächen gleicher Geräuschemission ist es deshalb nicht getan. Die Ermächtigung, Lärmrechte zu verteilen, ist auch etwas anderes als Lärmrechte zu beschränken. Ebenso wie eine Gliederung nach der Art der zulässigen Nutzung i.S.v. § 1 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 BauNVO, bei der die im Baugebiet zulässigen Nutzungsarten auf verschiedene Teilflächen des Baugebiets verteilt, aber nicht ausgeschlossen werden können, ermöglicht § 1 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BauNVO nur die räumliche Verteilung von Emissionsrechten, nicht aber deren das ganze Baugebiet erfassende Beschränkung. Für Nutzungsbeschränkungen steht der Gemeinde nur der Weg über § 1 Abs. 5 ff. BauNVO zur Verfügung, wonach u.a. bestimmte Arten oder Unterarten von Nutzungen ausgeschlossen werden können. Den gegen den normierten Inhalt der Ermächtigung vorgetragenen rechtspolitischen Bedenken¹² Rechnung zu tragen, ist nicht Sache der Rechtsprechung, sondern des Normgebers.

D. Auswirkungen für die Praxis

Damit soll nicht in Abrede gestellt werden, dass die geltende Rechtslage die Planungspraxis vor nicht unerhebliche Probleme stellen kann: Der „Idealfall“ eines Plangebiets mit mehreren Flächen für unterschiedliche Betriebe, für die unterschiedliche Emissionskontingente festgesetzt werden können, liegt nicht immer vor.¹³ Vor

allen Dingen aber wird es bei Gewerbeflächenausweisungen in integrierten Lagen häufig um Emissionsbeschränkungen gehen, weil nur diese sicherstellen, dass schädliche Lärmeinwirkungen vermieden werden. Vor diesen Problemen verschließt das BVerwG in dem besprochenen Urteil nicht die Augen, sondern eröffnet Wege, auf denen die Planungspraxis zu passablen Lösungen kommen kann.

Für das Problem unzulässiger Summenpegel kann auf die Rechtsprechung zur Festsetzung von Verkaufsflächenobergrenzen verwiesen werden. Neben der Möglichkeit, – wie hier – eine einzige bauliche Anlage als Bezugspunkt der Emissionskontingente im Bebauungsplan festzusetzen, steht eine Fülle weiterer planerischer Instrumente¹⁴ zur Verfügung, die es erlauben, Emissionskontingente jedem einzelnen in einem Baugebiet zulässigen Betrieb zuzuordnen. In der besprochenen Entscheidung mangels Entscheidungserheblichkeit nicht entschieden worden ist, ob das Summenpegelproblem auch dadurch umgangen werden kann, dass der Bebauungsplan – wie hier – eine „je qm Grundstücksfläche abgestrahlte Schallleistung“ festsetzt.¹⁵

Auch für das Gliederungserfordernis zeigt das BVerwG einen „Ausweg für Helden“ auf: Als Alternative zur internen Gliederung nach § 1 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BauNVO können mehrere Gewerbegebiete einer Gemeinde gem. § 1 Abs. 4 Satz 2 BauNVO im Verhältnis zueinander, also extern gegliedert werden. Voraussetzung hierfür ist neben der

9 BVerwG, Urt. v. 03.04.2008 - 4 CN 3/07 Rn. 15.

10 Grundlegend BVerwG, Urt. v. 16.12.1999 - 4 CN 7/98 und BVerwG, Urt. v. 03.04.2008 - 4 CN 3/07 Rn. 14.

11 So ausdrücklich auch die DIN 45691 in der Einleitung: „[...] in der Planung ein Konzept für die Verteilung der an den maßgeblichen Immissionsorten für das Plangebiet insgesamt zur Verfügung stehenden Geräuschanteile zu entwickeln“.

12 Steger/Numberger/Hunecke, Lärmbekämpfung Band 12 (2017) Nr. 1, 32.

13 So Storr/Pehl, I+E 2017, 150 (Anmerkung zum Urteil des VGH München). Gerade der vorliegende Fall liefert hierfür ein plastisches Beispiel.

14 Vgl. etwa BVerwG, Urt. v. 10.11.2011 - 4 CN 9/10 Rn. 16.

15 Von dieser Möglichkeit gehen offensichtlich Steger/Numberger/Hunecke, Lärmbekämpfung Band 12 (2017) Nr. 1, 33, aus, auch wenn sie die Gliederung in 1 qm große Teilflächen ausdrücklich nur im Zusammenhang mit dem Erfordernis des Gliederns erörtern. Einem Verständnis, dass auf jedem Quadratmeter Grundstücksfläche der gleiche Lärm zulässig ist, steht aber wohl der Zweck der Emissionskontingente nach DIN 45691 entgegen, die dem Gewerbetreibenden zwar verbindlich vorgeben sollen, welcher Lärm von seinem Betriebsgrundstück insgesamt ausgehen darf, es aber seiner unternehmerischen Entscheidung überlassen, wo der Lärm auf dem Betriebsgrundstück entsteht.

Existenz eines entsprechenden Ergänzungsgebiets ein hierauf bezogener planerischer Wille der Gemeinde, der im Bebauungsplan selbst oder in seiner Begründung dokumentiert sein muss.

Zu denken ist schließlich an die – im Urteil angedeutete, aber nicht weiter ausgeleuchtete – Möglichkeit, das Instrument der Gliederung des Baugebiets anhand von Emissionskontingenten nach § 1 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BauNVO mit den Beschränkungsmöglichkeiten nach § 1 Abs. 5, 6 und 9 BauNVO zu kombinieren, um auf diese Weise zu „gedeckelten“ Emissionskontingenten zu kommen. Nach § 1 Abs. 5 BauNVO können zwar nur bestimmte Arten von Nutzungen ausgeschlossen werden. In der Rechtsprechung des BVerwG¹⁶ ist aber seit Langem anerkannt, dass ein Gewerbegebiet seiner allgemeinen Zweckbestim-

mung nach auch dann noch dem Typus eines Gewerbegebietes i.S.v. § 8 BauNVO entsprechen kann, wenn nur solche Gewerbebetriebe bzw. Handwerksbetriebe zulässig sind, die das Wohnen nicht wesentlich stören. Es spricht viel dafür, dass dem Gliederungserfordernis nach § 1 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BauNVO in dieser Konstellation bereits dann entsprochen ist, wenn mindestens ein Teilgebiet des Gebiets mit Emissionskontingenten ausgestattet ist, die jeden im eingeschränkten Gewerbegebiet zulässigen, mithin also jeden das Wohnen nicht wesentlichen störenden Gewerbebetrieb ermöglichen.

¹⁶ BVerwG, Beschl. v.15.04.1987- 4 B 71/87.

Steuerrecht

Gesetzgeber scheitert erneut am EuGH – was wird aus § 50d Abs. 3 EStG?

Ass. iur. Enrico Farinato, LL.B.

A. Einleitung

Die Erstattung von Kapitalertragsteuer bei cum/ex-Geschäften hat es längst in die internationalen Schlagzeilen geschafft.¹ Trotz internationaler Dimension hat eine andere Erstattung von Kapitalertragsteuer bisher dagegen nur das Interesse des Fachpublikums wecken können: Mit § 50d Abs. 3 EStG versucht der deutsche Fiskus, den Missbrauch von Quellensteuerentlastungen für beschränkt Steuerpflichtige zu verhindern. Seit jeher begegnet die Norm unionsrechtlichen Bedenken.² Der EuGH wies die nationalen Gesetzgeber nun in ihre Schranken. Nach einer Entscheidung zum französischen Steuerrecht³ kippte der EuGH zuerst die bis 2012 geltende Fassung des § 50d Abs. 3 EStG,⁴ um wenig später auch die aktuelle Vorschrift für unionsrechtswidrig zu erklären.⁵ Der Beitrag führt kurz in die Quellenbesteuerung ein und erläutert das Spannungsfeld zum Unionsrecht. Er zeigt auf, dass § 50d Abs. 3 EStG über die entschiedenen Fälle hinaus unanwendbar ist. Dem Gesetzgeber bleibt nur ein geringer Spielraum für die dringend erforderliche Reform.

B. Quellenbesteuerung und Quellensteuerentlastung

§ 50d Abs. 3 EStG betrifft Steuerausländer, die aus Deutschland insbesondere Dividenden und Lizenzgebühren beziehen.⁶ Der ausländische Anteilseigner muss grds.

¹ Exemplarisch Crow/Binham/Storbeck, „German share-swapping fraud probe spreads to Spain’s Banco Santander“ in: Financial Times vom 19.10.2018, S. 11; Segal, „Where in the World Is Denmark’s \$ 2 Billion?“, New York Times vom 07.10.2018, S. BU1.

² Vgl. bereits Heinicke in: Schmidt, EStG, 13. Aufl. 1994, § 50d Rn. 10; Schön, IStR-Beiheft zu Heft Nr. 2/1996, 1, 4.

³ EuGH, UrT. v. 07.09.2017 - C-6/16 - „Egiom und Enka“.

⁴ EuGH, UrT. v. 20.12.2017 - C-504/16, C-613/16 - „Deister Holding und Juhler Holding“.

⁵ EuGH, UrT. v. 14.06.2018 - C-440/17 - „GS“.

⁶ § 50d Abs. 3 EStG ist auf alle beschränkt Steuerpflichtigen anwendbar, die Einkünfte beziehen, die dem Steuerabzug vom Kapitalertrag (§ 43 EStG) oder dem Steuerabzug nach § 50a EStG unterliegen, § 50d Abs. 1 Satz 1 EStG. Die Rechtslage wird exemplarisch für Dividenden i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG und Lizenzgebühren i.S.d. § 50a Abs. 1 Nr. 3 EStG beschrieben.

all seine Einkünfte in dem Staat versteuern, in dem er ansässig und daher unbeschränkt steuerpflichtig ist. Für Dividenden einer inländischen Gesellschaft ist er darüber hinaus im Inland beschränkt steuerpflichtig (§ 1 Abs. 4, § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a, § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG für natürliche Personen; § 2 Nr. 1, § 8 Abs. 1 Satz 1 KStG, § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a EStG für juristische Personen). Ist der Anteilseigner eine juristische Person und zu mindestens 10 % an der ausschüttenden Gesellschaft beteiligt, ist die Dividende im Inland zu 95 % steuerfrei (§ 8b Abs. 1, 5 KStG).

Die vom Anteilseigner geschuldete Einkommen- bzw. Körperschaftsteuer wird nicht in einem Veranlagungsverfahren, sondern durch Steuerabzug erhoben (§ 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG, § 31 Abs. 1 Satz 1 KStG), gleich ob der Anteilseigner im In- oder Ausland ansässig ist (vgl. § 50d Abs. 1 Satz 1 EStG). Dazu behält die ausschüttende Gesellschaft 25 % der Bruttodividende zuzüglich Solidaritätszuschlag ein und führt den einbehaltenen Betrag an das für sie zuständige Betriebsstättenfinanzamt ab.

Der Steuerabzug gilt die Einkommensteuerschuld des inländischen, unbeschränkt steuerpflichtigen Anteilseigners grds. ab, § 43 Abs. 5 Satz 1 EStG. Bei inländischen Anteilseignern, die das Schachtelprivileg aus § 8b Abs. 1 KStG in Anspruch nehmen können, wird die einbehaltene Kapitalertragsteuer im Veranlagungsverfahren auf die Körperschaftsteuer angerechnet (§ 31 Abs. 1 KStG, § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG). Für kleinere Beteiligungen (sog. Streubesitz) bleibt es beim abgeltenden Steuerabzug.

Der ausländische, beschränkt steuerpflichtige Anteilseigner hingegen wird im Inland grds. nicht veranlagt. Auch für ihn gilt die Steuerfreiheit nach § 8b Abs. 1 KStG, wenn er zumindest mit 10 % an der ausschüttenden Gesellschaft beteiligt ist; der Steuerabzug hat wie beim Inländer abgeltende Wirkung (§ 50 Abs. 2 Satz 1 EStG für natürliche und § 32 Abs. 1 Nr. 2 KStG für juristische Personen). Mangels Veranlagung in Deutschland kann der ausländische Anteilseigner die einbehaltene Steuer aber nicht wie der Inländer auf seine inländische Steuerschuld anrechnen. Dies gilt selbst dann, wenn die Dividende gem. § 8b Abs. 1 KStG steuerbefreit ist.⁷ Der Steuerabzug birgt für den ausländischen Anteilseigner daher stets das Risiko einer endgültigen Doppelbesteuerung, soweit der Ansässigkeitsstaat die Dividende im Rahmen der unbeschränkten Steuerpflicht besteuert.

Bei Einkünften aus der Überlassung von geistigem Eigentum, insbesondere Lizenzen, stellt sich ein ähnliches Problem dar. Lizenznehmer müssen eine Quellensteuer i.H.v. 15 % einbehalten und an das Bundeszentralamt für Steuern abführen,

wenn sie Lizenzgebühren an einen beschränkt steuerpflichtigen Lizenzgeber zahlen (§ 50a Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Satz 1 EStG). Darüber hinaus muss der Lizenzgeber die Bruttoerträge in seinem Ansässigkeitsstaat versteuern.

Das nationale Recht sowie die von Deutschland abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) schränken den Quellensteuerabzug ein, um die drohende Doppelbesteuerung zu vermeiden bzw. abzumildern:

Ganz ausgeschlossen ist der Quellensteuerabzug, wenn die Dividende an eine Muttergesellschaft mit Sitz in der EU gezahlt wird. Die im Unionsrecht verankerten Grundfreiheiten bezwecken, Beschränkungen des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs in der Union zu beseitigen. Insbesondere die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 AEUV verbietet den Mitgliedstaaten daher grds.,⁸ ausländische gegenüber inländischen Anteilseignern steuerlich zu benachteiligen.⁹ Dass der ausländische Anteilseigner durch den Steuerabzug an der Quelle definitiv belastet würde, der inländische Anteilseigner aber nicht, liefe diesem Ziel zuwider.¹⁰ Art. 5 der Mutter-Tochter-Richtlinie (MTRL)¹¹ schließt daher einen Kapitalertragsteuerabzug für Dividenden aus, wenn die Muttergesellschaft in einem EU-Mitgliedstaat ansässig und zu mindestens 10 % an der ausschüttenden Gesellschaft beteiligt ist. Art. 1 Abs. 1 der Zins- und Lizenzgebührenrichtlinie (ZinsRL)¹² untersagt einen Quellensteuerabzug für Lizenzgebühren, wenn der Lizenzgeber zu mindestens 25 % am Lizenznehmer unmittelbar beteiligt ist (oder umgekehrt). Die sekundärrechtlichen Vorgaben wurden mit § 43b und § 50g EStG in nationales Recht umgesetzt. In diesen Fällen reduziert sich die zulässige Quellensteuerbelastung also auf null.

7 BFH, Urt. v. 22.04.2009 - I R 53/07; Rengers in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 8b KStG Rn. 182, Stand 08/2018.

8 Zu ausnahmsweise gerechtfertigten Beschränkungen siehe unten C.II.

9 Englisch in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 23. Aufl. 2018, § 4 Rn. 83; Reimer in: Schaumburg/Englisch, Europäisches Steuerrecht, 2015, S. 206.

10 Vgl. Intemann in: Hermann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 43b EStG Rn. 3, Stand 04/2016; Kraft/Gebhardt, DB 2012, 80, 82 f.

11 Richtlinie 2011/96/EU des Rates vom 30.11.2011 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten, ABl. 2011, Nr. L 345, S. 8, zuletzt geändert durch Richtlinie (EU) 2015/121 vom 27.01.2015, ABl. 2015, Nr. L 21, S. 1.

12 Richtlinie 2003/49/EG des Rates vom 03.06.2003 über eine gemeinsame Steuerregelung für Zahlungen von Zinsen und Lizenzgebühren zwischen verbundenen Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten, ABl. 2003, Nr. L 157, S. 49, zuletzt geändert durch Richtlinie 2013/13/EU vom 13.05.2013, ABl. 2013, Nr. L 141, S. 30.

Teilweise eingeschränkt wird der Quellensteuerabzug zu Lasten von Muttergesellschaften in Drittstaaten. An sie erstattet der deutsche Fiskus zwei Fünftel der einbehaltenen Kapitalertragsteuer schon nach nationalem Recht (§ 44a Abs. 9 Satz 1 EStG). Dadurch reduziert sich die Quellensteuerbelastung von effektiv 26,375 % auf 15,825 % (inklusive Solidaritätszuschlag). Zusätzlich sehen DBA vor, dass sich die Quellensteuersätze auf Dividenden (vgl. Art. 10 Abs. 2 OECD-MA) ermäßigen, wenn der Zahlungsempfänger in einer bestimmten Höhe am Zahlenden beteiligt ist (sog. Schachtelprivileg). Die Steuerbelastung sinkt in diesen Fällen je nach einschlägigem DBA auf 15 bis 5 %.¹³ Einige DBA erlauben sogar eine Quellensteuerermäßigung auf null Prozent.¹⁴ Lizenzgebühren darf nach Abkommensrecht meist nur der Ansässigkeitsstaat des Empfängers besteuern (vgl. Art. 12 Abs. 1 OECD-MA).

Greift eine der oben genannten Quellensteuerermäßigungen ein, wird die zu Unrecht einbehaltene Kapitalertragsteuer bzw. Quellensteuer nach § 50a EStG auf Antrag erstattet (§ 50d Abs. 1 Satz 2 EStG). § 50d Abs. 2 EStG erlaubt dem Schuldner, vom Steuerabzug ganz abzusehen bzw. einen geringeren Einbehalt vorzunehmen, wenn der Empfänger eine Freistellungsbescheinigung vorlegt.

C. § 50d Abs. 3 EStG und der Konflikt mit dem Unionsrecht

I. Normzweck: Bekämpfung von Missbrauch

Quellensteuerentlastungen können nur in Anspruch genommen werden, wenn ihre jeweiligen persönlichen und sachlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Ein Steuerpflichtiger, der bei direktem Bezug der Dividende oder Lizenzgebühr eine der genannten Quellensteuerermäßigungen nicht erhält, könnte aber dennoch in ihren Genuss kommen. Dazu müsste er zwischen sich und die ausschüttende Gesellschaft eine ausländische, substanzschwache Gesellschaft einschalten, die einzig dem Zweck dient, als Zahlungsempfängerin die genannten Richtlinien- oder Abkommensvorteile beanspruchen zu können (sog. *directive*¹⁵ bzw. *treaty*¹⁶ shopping). Dies will § 50d Abs. 3 EStG verhindern.¹⁷

Zwei Beispiele sollen dies verdeutlichen. Sie sind an die Sachverhalte angelehnt, über die der EuGH zu entscheiden hatte.

Beispiel 1: A ist eine natürliche Person mit Wohnsitz in Deutschland, B eine deutsche Gesellschaft. Bezieht A als Gesellschafter der B eine Dividende direkt, unterliegt sie dem abgeltenden Kapitalertragsteuerabzug i.H.v. 25 % zu-

züglich Solidaritätszuschlag. Beteiligt sich A dagegen an einer substanzschwachen Gesellschaft C mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat, die ihrerseits an B zu mindestens 10 % beteiligt ist, erhielt C die einbehaltene Kapitalertragsteuer nach § 50d Abs. 1 Satz 2, § 43b EStG erstattet (sog. Mäanderstruktur).¹⁸

Beispiel 2: D ist eine natürliche Person mit Wohnsitz in Singapur. Nach dem DBA zwischen Singapur und Deutschland reduziert sich der zulässige Kapitalertragsteuereinbehalt von 25 auf 15 %.¹⁹ Schaltet D aber zwischen sich und B eine substanzschwache Gesellschaft E mit Sitz in der EU, würde die Kapitalertragsteuer an E nach § 50d Abs. 1 Satz 2, § 43b EStG vollständig erstattet.²⁰

Um solche Gestaltungen zu verhindern, knüpft § 50d Abs. 3 EStG die Erstattung nach § 50d Abs. 1 EStG und die Freistellung nach § 50d Abs. 2 EStG an zusätzliche Voraussetzungen. Das Gesetz erlaubt dem Fiskus, eine Quellensteuerentlastung immer dann wegen Missbrauchs zu versagen, wenn die ausländische Gesellschaft nur geringe Substanz aufweist.

Nach der alten Gesetzesfassung²¹ verlor eine ausländische Gesellschaft ihren Anspruch auf Entlastung bereits dann, soweit Personen an der Gesellschaft beteiligt waren, denen die Erstattung oder Freistellung nicht zustän-

13 Einen Überblick über die Schachtelprivilegien der deutschen DBA geben Tischbirek/Specker in: Vogel/Lehner, DBA, 6. Aufl. 2015, Art. 10 Rn. 67 ff.

14 Z.B. Art. 10 Abs. 3 DBA-Schweiz und Art. 10 Abs. 3 DBA-USA.

15 In Bezug auf die Entlastungen aus der MTRL und der ZinsRL.

16 Bezogen auf die Ermäßigungen aus den Doppelbesteuerungsabkommen.

17 BT-Drs. 16/2712, 60 und schon zur ursprünglichen Gesetzesfassung von 1994 BT-Drs. 12/5630, 65; Gosch in: Kirchhof, EStG, 17. Aufl. 2018, § 50d Rn. 24.

18 Vgl. den Sachverhalt der EuGH-Vorlage vom 08.07.2016 - 2 K 2995/12, den das FG Köln dem EuGH in der Rechtssache Deister Holding (C-504/16) vorlegte. Die Kapitalertragsteuer wird beim inländischen Anteilseigner im Veranlagungsverfahren angerechnet bzw. erstattet (siehe oben unter B.). Das FG Köln hegte daher Zweifel, ob in der Einschaltung einer ausländischen Gesellschaft dann überhaupt ein Missbrauch i.S.d. § 50d Abs. 3 EStG liegen kann, vgl. Rn. 110 des Vorlagebeschlusses.

19 Art. 10 Abs. 2 Halbsatz 2 Buchst. b) DBA-Singapur vom 28.06.2004, BGBl. I 2006, 931.

20 Vgl. den ebenfalls dem EuGH in der Rechtssache Juhler Holding (C-613/16) vorgelegten Sachverhalt des FG Köln, EuGH-Vorlage vom 31.08.2016 - 2 K 721/13. Die Rechtssachen Deister Holding und Juhler Holding wurden verbunden.

21 I.d.F. des JStG 2007 vom 13.12.2006, BGBl. I 2006, 2878, die bis 31.12.2011 galt.

de, wenn sie die Einkünfte unmittelbar erzielen, und die Gesellschaft nicht mehr als 10 % ihrer gesamten Bruttoerträge des betreffenden Wirtschaftsjahres aus eigener Wirtschaftstätigkeit erzielte (§ 50d Abs. 3 Nr. 2 EStG a.F.). Dabei ist ausschließlich auf die ausländische Gesellschaft abzustellen. Die organisatorische oder wirtschaftliche Einbindung in einen Konzern bleibt außer Betracht; eine konzerninterne Arbeitsteilung wird mithin nicht berücksichtigt (§ 50d Abs. 3 Satz 2 EStG).²² An einer eigenen Wirtschaftstätigkeit soll es fehlen, soweit die ausländische Gesellschaft ihre Bruttoerträge aus der Verwaltung von Wirtschaftsgütern erzielt oder ihre wesentlichen Geschäftstätigkeiten auf Dritte überträgt (§ 50d Abs. 3 Satz 3 EStG); dies zielt insbesondere auf Managementgesellschaften.²³ Das bloße Halten von Beteiligungen reiche nicht aus.²⁴ Der weite Tatbestand führt dazu, dass auch substanzschwache Holdinggesellschaften nicht von der Quellensteuer entlastet werden, obwohl für ihren Einsatz beste außersteuerliche Gründe sprechen.²⁵

II. Überschießender Tatbestand verstößt gegen Niederlassungsfreiheit

Durch ihren überschießenden Tatbestand gerät die Norm in Konflikt mit dem Unionsrecht. Denn greift § 50d Abs. 3 EStG ein, verliert der Steuerpflichtige die Quellensteuerentlastung wieder. Das kann ihn davon abhalten, grenzüberschreitend tätig zu werden. Die Mitgliedstaaten sind zwar nicht gehindert, sowohl die (primärrechtliche) Niederlassungsfreiheit²⁶ als auch das Recht auf Quellensteuerentlastung aus Art. 5 MTRL²⁷ oder Art. 1 ZinsRL²⁸ zu beschränken, wenn sich der Steuerpflichtige in betrügerischer oder missbräuchlicher Weise auf sie beruft.²⁹

Ein einheitlicher Binnenmarkt, auf dem Produktionsfaktoren unabhängig von ihrer Herkunft zu denselben Bedingungen eingesetzt werden können,³⁰ lässt sich aber nur verwirklichen, wenn die Mitgliedstaaten grenzüberschreitendes Wirtschaften lediglich dort beschränken, wo es absolut notwendig ist.³¹ Die Beschränkungen müssen in geeigneter Weise auf ihr jeweiliges Ziel hinwirken und dürfen nicht über das erforderliche Maß hinausgehen.³² Der Gerichtshof stellt daher in ständiger Rechtsprechung hohe Anforderungen an steuerliche Vorschriften, die Missbrauch verhindern sollen: Sie dürfen nur rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Gestaltungen treffen, die allein darauf abzielen, ungerechtfertigt einen Steuervorteil zu erlangen.³³ Jeder Einzelfall muss geprüft werden; das Gesetz darf einen Missbrauch nicht anhand abstrakter, pauschalierender Merkmale vermuten,³⁴ ohne dem Steuerpflichtigen die Möglichkeit zu geben, wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe darzulegen.³⁵ Auch dass der Steuerpflichtige eine Tochtergesellschaft in

einem anderen EU-Mitgliedstaat einsetzt und nur mit geringen Personal- und Sachmitteln ausstattet, begründet für sich genommen aus unionsrechtlicher Sicht keinen ausreichenden Missbrauchsverdacht.³⁶ Denn die Ausübung einer Grundfreiheit als solche kann nicht missbräuchlich sein.³⁷

Diese Erwägungen veranlassten das FG Köln,³⁸ dem EuGH zwei Fälle vorzulegen, in denen das Bundeszentralamt für Steuern einbehaltene Kapitalertragsteuer nicht nach § 50d Abs. 1 Satz 2, § 43b EStG erstattet und sich auf § 50d Abs. 3 EStG a.F. berufen hatte.³⁹

22 Kritisch hierzu Piltz, IStR 2007, 793, 796; Kraft/Gebhardt, DB 2012, 80, 83.

23 Loschelder in: Schmidt, EStG, 37. Aufl. 2018, § 50d Rn. 49.

24 BMF-Schreiben vom 03.04.2007, BStBl. I 2007, 446 Rn. 6.1 f.; zur Fassung ab Vz. 2012 BMF-Schreiben vom 24.01.2012, BStBl. I 2012, 171 Rn. 5.1 f.

25 Vgl. Binnewies/Zapf, AG 2018, 612; Bozza-Bodden, EFG 2017, 55, 56; Kraft/Gebhardt, DB 2012, 80, 81; Klein/Hagena in: Hermann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 50d EStG Rn. 55a, Stand 09/2016.

26 Siehe nur EuGH, Ur. v. 12.09.2006 - C-196/04 - „Cadbury Schweppes“ Rn. 51 ff.

27 Die MTRL enthält in Art. 1 Abs. 2 MTRL einen ausdrücklichen Missbrauchsvorbehalt.

28 Missbrauchsvorbehalt in Art. 5 ZinsRL.

29 Stellvertretend zu diesem Grundsatz EuGH, Ur. v. 07.09.2017 - C-6/16 - „Eqiom und Enka“ Rn. 26; zur Entwicklung des Missbrauchverbots im Unionsrecht Englisch, StuW 2009, 3.

30 Zu dieser Zielsetzung Schaumburg in: Schaumburg/Englisch, Europäisches Steuerrecht, 2015, S. 3; W. Schön in: Kirchhof/Nieskens, Festschrift für W. Reiss, 2008, S. 578 f.

31 Angesprochen ist der Effektivitätsgrundsatz (effet utile), vgl. W. Schön in: Kirchhof/Nieskens, Festschrift für W. Reiss, 2008, S. 576.

32 Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit EuGH, Ur. v. 15.05.2008 - C-414/06 - „Lidl Belgium“ Rn. 27; EuGH, Ur. v. 30.11.1995 - C-55/94 - „Gebhard“ Rn. 37.

33 EuGH, Ur. v. 07.09.2017 - C-6/16 - „Eqiom und Enka“ Rn. 30; EuGH, Ur. v. 05.07.2012 - C-318/10 - „SIAT“ Rn. 40; EuGH, Ur. v. 13.03.2007 - C-524/04 - „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“ Rn. 74; EuGH, Ur. v. 12.09.2006 - C-196/04 - „Cadbury Schweppes“ Rn. 55.

34 Vgl. EuGH, Ur. v. 07.09.2017 - C-6/16 - „Eqiom und Enka“ Rn. 31 f.; EuGH, Ur. v. 08.03.2017 - C-14/16 - „Euro Park Service“ Rn. 55.

35 EuGH, Ur. v. 03.10.2013 - C-282/12 - „Itelcar“ Rn. 37; EuGH, Ur. v. 05.07.2012 - C-318/10 - „SIAT“ Rn. 50; EuGH, Ur. v. 13.03.2007 - C-24/04 - „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“ Rn. 82.

36 Vgl. EuGH, Ur. v. 07.09.2017 - C-6/16 - „Eqiom und Enka“ Rn. 34; EuGH, Ur. v. 21.11.2002 - C-436/00 - „X und Y“ Rn. 62.

37 Vgl. EuGH, Ur. v. 24.11.2016 - C-464/14 - „SECIL“ Rn. 60; EuGH, Ur. v. 05.07.2012 - C-318/10 - „SIAT“ Rn. 38; EuGH, Ur. v. 12.09.2006 - C-196/04 - „Cadbury Schweppes“ Rn. 69; EuGH, Ur. v. 21.11.2002 - C-436/00 - „X und Y“ Rn. 44.

38 Vgl. Bozza-Bodden, EFG 2016, 1808, 1809 f.; Bozza-Bodden, EFG 2017, 55.

39 FG Köln, EuGH-Vorlagen v. 08.07.2016 - 2 K 2995/12 und v. 31.08.2016 - 2 K 721/13. Die Sachverhalte wurden vereinfacht in den Beispielen unter C.I. skizziert.

Die Sechste Kammer des EuGH⁴⁰ hielt an den bisherigen Anforderungen für mitgliedstaatliche Missbrauchsbe- kämpfung fest. § 50d Abs. 3 EStG genüge diesen Anfor- derungen nicht, sondern beschränke das Recht aus Art. 5 MTRL und die Niederlassungsfreiheit⁴¹ ohne ausreichen- de Rechtfertigung. Die Norm erfasse zunächst alle aus- ländischen Gesellschaften, an denen nicht entlastungs- berechtigte Gesellschafter beteiligt sind. Das allein sei aber kein Anhaltspunkt für einen Missbrauch.⁴² Auch wenn man die sachlichen Voraussetzungen (eigene Wirt- schaftstätigkeit etc.) hinzunehme, sei die Regelung nicht spezifisch genug; vielmehr stelle sie eine allgemei- ne Missbrauchs- und Hinterziehungsvermutung auf.⁴³ Unionsrechtswidrig sei auch, dass der Steuerpflichtige diese Vermutung nicht durch einen Gegenbeweis wider- legen könne.⁴⁴ An die Art der Tätigkeit oder die Höhe der daraus erzielten Einkünfte anzuknüpfen, sei zu grobma- schig, um missbräuchliche Gestaltungen in zulässiger Weise herauszufiltern.⁴⁵ Entgegen § 50d Abs. 3 Satz 2 EStG müsse schließlich die Einbindung in einen Konzern berücksichtigt werden können.⁴⁶

Die EU-Kommission hatte bereits 2010 ein Vertragsverlet- zungsverfahren gegen Deutschland angestrengt, formal aber nur die 10 %-Grenze als unverhältnismäßig beanstandet (§ 50d Abs. 3 Nr. 2 EStG a.F.).⁴⁷ Der Gesetzgeber verzichtete daraufhin mit Wirkung zum Veranlagungszeitraum 2012 auf die 10 %-Grenze.⁴⁸ § 50d Abs. 3 EStG greift weiterhin nur, wenn Gesellschafter an der ausländischen Gesellschaft be- teiligt sind, die selbst keine Entlastung beanspruchen kön- nen.⁴⁹ Die Bruttoerträge aus eigener Wirtschaftstätigkeit werden nunmehr unabhängig von ihrer Höhe entlastet.⁵⁰ Passive Beteiligungsverwaltung genügt der Finanzverwal- tung nach wie vor nicht.⁵¹ Für die Einkünfte, die nicht aus eigener Wirtschaftstätigkeit stammen, muss die ausländische Gesellschaft wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe für die Einschaltung der Gesellschaft vortragen und mit einem für ihren Geschäftszweck angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilnehmen.⁵² Für beide Voraussetzungen trägt sie die Fest- stellungslast (§ 50d Abs. 3 Satz 4 EStG).

Das FG Köln zweifelte trotz der Gesetzesänderung daran, dass § 50d Abs. 3 EStG n.F. mit Unionsrecht vereinbar ist und legte auch die aktuelle Fassung vor.⁵³ Der EuGH⁵⁴ be- stätigte diese Zweifel, ohne neue Erwägungen zu bemü- hen. Die Anknüpfung an eine wie auch immer geartete eigene wirtschaftliche Aktivität, die die passive Beteili- gungsverwaltung nicht umfassen soll, gebe der unions- rechtliche Missbrauchsvorbehalt nicht her. Denn schon die Ausübung irgendeiner wirtschaftlichen Aktivität ist von der Niederlassungsfreiheit geschützt.⁵⁵ Auch die Neufassung

stelle eine allgemeine Missbrauchsvermutung ohne Einzel- fallprüfung und Möglichkeit zum Gegenbeweis auf.⁵⁶

III. § 50d Abs. 3 EStG auch in Drittstaatssach- verhalten rechtswidrig

Alle Dividendenempfänger in den bisher entschiedenen Fäl- len waren im EU-Ausland ansässig. Die Höhe ihrer Beteili- gungen ermöglichte es, sicheren Einfluss auf die Geschäfts- führung der Tochtergesellschaft zu nehmen. Die ausländischen Gesellschaften machten damit von ihrer Niederlassungsfrei- heit Gebrauch.⁵⁷ Der EuGH musste deswegen noch nicht ent- scheiden, ob § 50d Abs. 3 EStG auch gegen die Kapitalver- kehrsfreiheit aus Art. 63 AEUV verstößt.⁵⁸

Bedeutung erlangen kann diese Frage zum einen in den Fällen, in denen ein EU-ansässiger Dividendenempfänger die Voraussetzungen für die Entlastung aus Art. 5 MTRL (§ 43b EStG) nicht erfüllt und stattdessen die Ermäßigung aus einem DBA oder nach § 44 Abs. 9 Satz 1 EStG in An-

40 EuGH, Urt. v. 20.12.2017 - C-504/16, C-613/16 - „Deister Holding und Juhler Holding“.

41 Der EuGH stellt fest, dass der Rechtfertigungsgrund der Bekämp- fung von Steuerhinterziehung und Steuerumgehung im Sekundär- wie im Primärrecht dieselbe Tragweite hat, siehe EuGH, Urt. v. 20.12.2017 - C-504/16, C-613/16 - „Deister Holding und Juhler Holding“ Rn. 97.

42 EuGH, Urt. v. 20.12.2017 - C-504/16, C-613/16 - „Deister Holding und Juhler Holding“ Rn. 65.

43 EuGH, Urt. v. 20.12.2017 - C-504/16, C-613/16 - „Deister Holding und Juhler Holding“ Rn. 69.

44 EuGH, Urt. v. 20.12.2017 - C-504/16, C-613/16 - „Deister Holding und Juhler Holding“ Rn. 70.

45 Vgl. EuGH, Urt. v. 20.12.2017 - C-504/16, C-613/16 - „Deister Holding und Juhler Holding“ Rn. 72 f.

46 EuGH, Urt. v. 20.12.2017 - C-504/16, C-613/16 - „Deister Holding und Juhler Holding“ Rn. 74.

47 Mitteilung der EU-Kommission vom 18.03.2010 - IP/10/298 zum Az. 2007/4435.

48 BeitrRLUmsG vom 07.12.2011, BGBl. I 2011, 2592.

49 Dorfmueller/Fischer, IStR 2011, 857, 859.

50 Gosch in: Kirchhof, EStG, 17. Aufl. 2018, § 50d Rn. 29g.

51 BMF-Schreiben vom 24.01.2012, BStBl. I 2012, 171 Rn. 5.1.

52 Zur Auslegung des Wortlauts Lüdicke, IStR 2012, 81, 82; Klein/Hagena in: Hermann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 50d EStG Rn. 59, Stand 09/2016.

53 FG Köln, EuGH-Vorlage v. 17.05.2017 - 2 K 773/16 Rn. 121 ff.

54 EuGH, Urt. v. 14.06.2018 - C-440/17 - „GS“.

55 Vgl. EuGH, Urt. v. 14.06.2018 - C-440/17 - „GS“ Rn. 51 f.

56 EuGH, Urt. v. 14.06.2018 - C-440/17 - „GS“ Rn. 55 f.

57 EuGH, Urt. v. 14.06.2018 - C-440/17 - „GS“ Rn. 65; EuGH, Urt. v. 20.12.2017 - C-504/16, C-613/16 - „Deister Holding und Juhler Holding“ Rn. 82 f.; EuGH, Urt. v. 07.09.2017 - C-6/16 - „Eqiom und Enka“ Rn. 46.

58 Zu dieser Frage ausführlich Ernst/Farinato/Würstlin, demnächst in der IStR.

spruch nehmen will. Zum anderen – und praktisch bedeutender – sind Dividendenempfänger in Drittstaaten nicht von der Niederlassungs-, sondern nur von der Kapitalverkehrsfreiheit geschützt.⁵⁹

Vorgelagert stellt sich die Frage, ob die Kapitalverkehrsfreiheit auf § 50d Abs. 3 EStG anwendbar ist. Nach inzwischen⁶⁰ gefestigter Rechtsprechung verdrängt die Niederlassungsfreiheit die Kapitalverkehrsfreiheit losgelöst vom Einzelfall, wenn die beschränkungsverdächtige Norm ausschließlich Sachverhalte erfasst, die der Niederlassungsfreiheit unterfallen. Das ist dann der Fall, wenn der Steuerpflichtige eine Kontrollbeteiligung an der Tochtergesellschaft halten muss, d.h. sicheren Einfluss auf die Entscheidungen der Tochter ausüben kann.⁶¹ Setzt die Norm nicht zwingend eine Kontrollbeteiligung voraus, kommt die Kapitalverkehrsfreiheit zur Anwendung. Wo die Grenze zur Kontrollbeteiligung verläuft, ist nicht abschließend geklärt.⁶² Dem EuGH genügten 26,5 %, ⁶³ 15 % reichten nicht aus.⁶⁴

§ 50d Abs. 3 EStG selbst erfordert keine Kontrollbeteiligung.⁶⁵ Auch bei Hineinlesen der Beteiligungsvoraussetzungen der von § 50d Abs. 3 EStG betroffenen Quellensteuerentlastungen⁶⁶ werden zumindest auch Fälle erfasst, die keine Kontrollbeteiligung voraussetzen (insbesondere § 44a Abs. 9 Satz 1 EStG). Die Standstill-Klausel in Art. 64 Abs. 1 AEUV hindert schließlich nicht, § 50d Abs. 3 EStG an der Kapitalverkehrsfreiheit zu messen. Denn am 31.12.1993 existierte die Norm nicht, nicht einmal in vergleichbarer Form.⁶⁷

Die Beschränkung des Kapitalverkehrs kann ebenso wenig wie bei der Niederlassungsfreiheit gerechtfertigt werden.⁶⁸ Die Anforderungen aus der Cadbury-Rechtsprechung gelten hierfür gleichermaßen.⁶⁹ Gegenüber Drittstaaten können sich die Mitgliedstaaten zwar stärker damit rechtfertigen, eine wirksame Steueraufsicht und -kontrolle aufrechterhalten zu wollen, weil die grenzüberschreitende Ermittlung und Beitreibung im Vergleich zu EU-Fällen erschwert ist.⁷⁰ Der EuGH erkennt dieses Interesse jedoch regelmäßig nicht an, wenn mit dem jeweiligen Drittstaat ein Informationsaustausch auf DBA-Grundlage möglich ist.⁷¹

IV. Unzureichende Reaktion des BMF

Die Finanzverwaltung reagierte bisher unzureichend auf die Urteile des EuGH.⁷² Sie wendet § 50d Abs. 3 EStG i.d.F. des JStG 2007 nur auf ausländische Dividendenempfänger in EU-Mitgliedstaaten nicht mehr an, die eine Entlastung nach § 43b EStG (Art. 5 MTRL) geltend machen.⁷³ Ab Vz. 2012 soll die Einbindung in einen Konzern nun Berücksichtigung finden, § 50d Abs. 3 Satz 2 EStG i.d.F. des BeitrRLUMsG wird insoweit nicht angewendet.⁷⁴ Die beschränkte Nichtanwendung ist durch das Urteil in der Rechtssache „GS“ bereits überholt.⁷⁵ Außerdem lässt das BMF – gleich-

falls begrenzt auf § 43b EStG – nun die Verwaltung von Wirtschaftsgütern für § 50d Abs. 3 Satz 1 EStG ausreichen und lockert die Substanzanforderungen.⁷⁶ Zu Unrecht hält das BMF § 50d Abs. 3 EStG aber weiter für anwendbar (1) auf Einkünfte, die dem Abzug nach § 50a EStG unterliegen (insbesondere Lizenzgebühren), (2) auf Entlastungen nach DBA sowie (3) auf § 44a Abs. 9 Satz 1 EStG.⁷⁷ Der Steuerpflichtige muss sich gegen entsprechende Ablehnungsbescheide also auf den Rechtsweg begeben.

D. Fazit

§ 50d Abs. 3 EStG verletzt sowohl die Niederlassungs- als auch die Kapitalverkehrsfreiheit. Die Norm darf insgesamt nicht mehr angewendet werden. Der Gesetzgeber muss die Vorschrift reformieren oder streichen.⁷⁸ Dabei wird er sich

59 Siehe nur EuGH, Urt. v. 20.09.2018 - C-685/16 - „EV“ Rn. 52.

60 Zur Entwicklung der Rechtsprechung Englisch in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 23. Aufl. 2018, § 4 Rn. 82; grundlegend EuGH, Urt. v. 13.11.2012 - C 35/11 - „Test Claimants in the FII Group Litigation II“ Rn. 90 ff.

61 EuGH, Urt. v. 07.09.2017 - C-6/16 - „Egiom und Enka“ Rn. 41; EuGH, Urt. v. 12.09.2006 - C-196/04 - „Cadbury Schweppes“ Rn. 31.

62 Desens, BB 2018, 2647, 2649.

63 EuGH, Urt. v. 20.12.2017 - C-504/16, C-613/16 - „Deister Holding und Juhler Holding“ Rn. 82.

64 EuGH, Urt. v. 20.09.2018 - C-685/16 - „EV“ Rn. 40; Desens, BB 2018, 2647, 2649, tendiert zu 25 Prozent.

65 Graf, BB 2018, 2391, 2395.

66 Vgl. Schönfeld, IStR 2018, 325, 326; Beutel/Oppel, DStR 2018, 1469, 1473; Gosch in: Kirchhof, EStG, 17. Aufl. 2018, § 50d Rn. 26.

67 Gosch in: Kirchhof, EStG, 17. Aufl. 2018, § 50d Rn. 27. Insbesondere § 50 Abs. 1a EStG a.F. galt erst ab 01.01.1994, § 52 Abs. 1 EStG a.F. i.d.F. des Gesetzes zur Bekämpfung des Missbrauchs und zur Bereinigung des Steuerrechts vom 21.12.1993, BGBl. I 1993, 2310, 2318.

68 Vgl. Schönfeld, IStR 2018, 325, 326; Weiss/Brühl, ISR 2018, 238, 241.

69 Vgl. EuGH, Urt. v. 20.09.2018 - C-685/16 - „EV“ Rn. 95 f.; Schönfeld, IStR 2016, 416, 417.

70 Grundlegend EuGH, Urt. v. 12.12.2006 - C-446/04 - „Test Claimants in the FII Group Litigation I“ Rn. 170 f.

71 EuGH, Urt. v. 24.11.2016 - C464/14 - „SECLIL“ Rn. 63 f.; EuGH, Urt. v. 10.04.2014 - C-190/12 - „DFA Investment Trust“ Rn. 81 ff.; Englisch in: Schaumburg/Englisch, Europäisches Steuerrecht, 2015, S. 297 f.

72 Hagemann, DStR 2018, 744, 745; Beutel/Oppel, DStR 2018, 1469, 1473; Weiss/Brühl, ISR 2018, 238, 240 f.; Schönfeld, IStR 2018, 325, 328; Graf, BB 2018, 2391, 2394.

73 BMF-Schreiben vom 04.04.2018, BStBl. I 2018, 589.

74 BMF-Schreiben vom 04.04.2018, BStBl. I 2018, 589.

75 Watrin/Leukefeld, FR 2018, 813, 816.

76 Änderung des BMF-Schreibens vom 24.01.2012, BStBl. I 2012, 171 durch das BMF-Schreiben vom 04.04.2018, BStBl. I 2018, 589.

77 Insbesondere zur Zins- und Lizenzgebührenrichtlinie sind aktuell mehrere Vorlageverfahren zur vergleichbaren dänischen Regelung anhängig (EuGH - C-115/16 bis 119/16 sowie 299/16 und 682/16), vgl. Dobratz, IStR 2017, 1006, 1010.

78 Ebenso Beutel/Oppel, DStR 2018, 1469, 1475; Schnitger, IStR 2018, 169, 174; Watrin/Leukefeld, FR 2018, 813, 819; Polatzky/Goldschmidt/Schuhmann, DStR 2018, 641, 647; Binnewies/Zapf, AG 2018, 612, 616.

wohl nicht darauf beschränken können, einen Motivtest nach dem Vorbild des Art. 7 Abs. 1 des Multilateralen Instruments (MLI)⁷⁹ oder Art. 6 Abs. 1 der ATAD I-Richtlinie⁸⁰ einzuführen (sog. Principal Purpose Test). Eine steuerliche Vergünstigung ist danach zu versagen, wenn ihre Erlangung einer der Hauptzwecke (MLI)⁸¹ bzw. einer der wesentlichen Zwecke (ATAD) einer Gestaltung ist. Ein solcher Motivtest dürfte dem EuGH zu weit gehen.⁸² Denn nach strenger Lesart muss die Gestaltung allein dem Zweck dienen, den Steuervorteil zu erlangen.⁸³ Findet sich für eine ersatzlose Streichung der Vorschrift keine Mehrheit, könnte der Gesetzgeber nach Ansicht des Schrifttums nur einen Substanznachweis fordern, der § 8 Abs. 2 AStG nachgebildet ist.⁸⁴ Ein solcher muss dann auch für Drittstaaten gelten.

79 Mehrseitiges Übereinkommen zur Umsetzung steuerabkommensbezogener Maßnahmen zur Verhinderung der Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung. Dazu Polatzky/Balliet/Steinau, IStR 2017, 226.

80 Richtlinie mit Vorschriften zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarkts vom 12.07.2016 - RL (EU) 2016/1164.

81 Dazu Hackethal in: Haase, MLI, 2018, Art. 7 Rn. 26.

82 Zweifelnd auch Beutel/Oppel, DStR 2018, 1469, 1474; Schnitger, IStR 2018, 169, 173; Rautenstrauch, IWB 2015, 95, 102.

83 EuGH, Urt. v. 14.06.2018 - C-440/17 - „GS“ Rn. 43.

84 Polatzky/Goldschmidt/Schuhmann, DStR 2018, 641, 647; Schnitger, IStR 2018, 169, 173; Watrin/Leukefeld, FR 2018, 813, 818. § 8 Abs. 2 AStG ist indes auch nicht frei von unionsrechtlichen Zweifeln, vgl. nur Reiche in: Haase, AStG/DBA, 3. Aufl. 2016, § 8 AStG Rn. 137.

Nachruf Joachim Lang

Prof. Dr. Johanna Hey

Am 25.09.2018 ist Professor Dr. Joachim Lang, emeritierter Direktor des Instituts für Steuerrecht der Universität zu Köln, im Alter von 77 Jahren nach langer schwerer Krankheit gestorben. Dieser traurige Anlass gibt Gelegenheit, eines großen Steuerrechtswissenschaftlers zu gedenken.

Joachim Lang wurde am 22.10.1940 in München geboren und wuchs am idyllischen Bodensee auf, wo er die Internatsschule Schloss Salem besuchte. Ursprünglich wollte er Schauspieler werden, ein Berufswunsch, der ihn zunächst für ein Semester an die berühmte Max Rheinhardt-Schule in Berlin führte, bis er sich der Rechtswissenschaft zuwandte. Dem Studium in München, u.a. bei Claus-Wilhelm Canaris, folgte 1973 die Promotion bei Klaus Tipke in Köln. Paral-

lel war er in die Nordrhein-Westfälische Finanzverwaltung eingetreten, von wo aus er an das Bundesministerium der Finanzen abgeordnet wurde. Es folgten fruchtbare Jahre als Wissenschaftlicher Assistent bei Klaus Tipke. Habilitiert wurde Lang 1980 in Köln mit der bis heute wegweisenden Arbeit „Die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer – Rechtssystematische Grundlagen steuerlicher Leistungsfähigkeit im deutschen Einkommensteuerrecht“. 1982 erhielt er einen ersten Ruf auf den Lehrstuhl für Finanz- und Steuerrecht an der Technischen Universität Darmstadt. 1988 folgte er Klaus Tipke nach als Direktor des Instituts für Steuerrecht an der Universität zu Köln, das er bis 2006 leitete.

Obwohl Joachim Lang auch die *venia legendi* für Öffentliches Recht innehatte, war er durch und durch Steuerrechtler. Er beherrschte das Steuerrecht in seiner ganzen Breite, war Spezialist und zugleich Generalist. Er äußerte sich zum Bilanzsteuerrecht ebenso wie zur Familienbesteuerung, zum Steuerverfahrensrecht oder zur Umsatzsteuer, auch wenn der Schwerpunkt seines Interesses der Besteuerung von Einkommen galt.

Als einziger Schüler von Klaus Tipke fühlte er sich dessen Systemdenken verpflichtet, das gelegentlich als „Kölner Schule des Steuerrechts“ bezeichnet wird. In der Prinzipienorientierung des Rechts sah er das notwendige Gegengewicht gegen das reale Steuerchaos. Dabei dachte er das Steuerrecht nicht aus der Verfassung heraus, sondern als ein System sachgerechter Regeln, die er auch ökonomisch fundierte. Joachim Lang suchte stets den Austausch mit Kollegen der Finanzwissenschaft und Betriebswirtschaftlichen Steuerlehre. Es gelang ihm, Gedankengut der Optimalsteuertheorie und die Konsumsteuertheorie für das Steuerrecht zu erschließen. Er sah sich dabei als Brückenbauer und seine Aufgabe darin, ökonomische Theorie in praxistaugliches Steuerrecht zu übersetzen.

Diesen Ansatz verfolgte er konsequent, immer mit der ihm ganz eigenen Handschrift, aber nie kompromisslos. Dies wird besonders deutlich in den zahlreichen Arbeiten zur Steuerrechtssetzung, deren besondere Herausforderung er im Ausgleich verschiedener Normzwecke sah. Die Kodifikationsidee hat Joachim Lang umgetrieben. Er wollte nicht nur kritisieren, sondern erneuern. Bereits 1993 legte er im Auftrag des Bundesministeriums der Finanzen den Entwurf eines Steuergesetzbuchs¹ vor, das in der Geschlossenheit seiner Konzeption, in sprachlicher Genauigkeit und Kreativität bei der

1 Schriftenreihe des BMF, Band 49, Bonn 1993.

Lösung von Einzelproblemen bis heute beeindruckt. Vorarbeiten hatte er schon 1985 mit einem Entwurf zu Grundvorschriften der Einkommensteuer geleistet². Er setzte diese Arbeiten auch noch nach seiner Emeritierung fort. Unter dem Dach der Stiftung Marktwirtschaft hatte er mehr als 70 Mitstreiter in der Kommission Steuergesetzbuch versammelt. 2013 wurden die Ergebnisse dieser Arbeit veröffentlicht.³ Das Buch zeugt von dem intensiven Ringen um Lösungen, die sowohl dem Anspruch eines prinzipiengeleiteten Steuerrechts entsprechen als auch politisch konsensfähig sind. Besonders deutlich wird dies im Vier-Säulen-Modell zur Reform der Kommunal Finanzen. Es wäre Joachim Lang zu wünschen, dass seine Ideen nicht in Vergessenheit geraten und dereinst die längst überfällige Reform der Gewerbesteuer anleiten. Das Schicksal von Gelehrten mit visionären Ideen ist leider, dass diese sich oft erst posthum durchsetzen.

Joachim Lang beschäftigte sich nicht im Schwerpunkt mit dem Internationalen Steuerrecht, sah das deutsche Steuerrecht aber stets im internationalen Kontext und dachte europäisch. Die Suche nach der besseren steuerrechtlichen Regelung führte in die Rechtsvergleichung und zum intensiven Austausch mit ausländischen Kollegen. Aus diesem Grund brachte er sich von Beginn an in der European Association of Tax Law Professors ein und richtete in Köln den EATLP-Kongress „The Notion of Income“ aus. Vortragsreisen und Forschungsaufenthalte brachten ihn nach Brasilien und in die USA. Als Keio-Cologne-Beauftragter der Kölner Fakultät pflegte er zudem intensive Beziehungen zu japanischen Kollegen.

Joachim Lang war seiner Zeit in vielen Themen voraus. Früh interessierte er sich für den Einsatz des Steuerrechts zum Zwecke des Umweltschutzes und entwarf ein Modell einer ökologischen Grundsteuer⁴, das es verdient hätte, in der aktuellen Grundsteuerreformdiskussion aufgegriffen zu werden. Sein besonderes Interesse für die Besteuerung von Ehe und Familie war vom Anspruch nach Gleichberechtigung geprägt, den Joachim Lang auch in der Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses gelebt hat. Früh hat er die Herausforderungen der Internationalisierung und Europäisierung für das nationale Steuerrecht gesehen. Er erkannte, dass der Wettbewerb der Staaten und die zunehmende rechtliche und tatsächliche Mobilität von Besteuerungsgrundlagen zu einem grundsätzlichen Umbau der Steuersysteme führen würden, wie wir ihn heute tagtäglich erleben. Auch die erst in diesem Jahr auf der Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft diskutierte Digitalisierung des Steuerrechts hat er gedanklich vorweggenommen. Bereits in den 1980er Jahren arbeitete er an einem Projekt zur Entwicklung juristischer Datenbanken mit.

Gleichzeitig gab es zahlreiche Konstanten in Joachim Langs wissenschaftlichem Wirken. So nutzte er den Tipke/Lang⁵ in kongenialer Erweiterung des von Kaus Tipke geschaffenen „Grundrisses“ über acht Auflagen hinweg sowohl zur Kritik einzelner missliebiger BFH-Urteile und gesetzlicher Detailregeln als auch zur Vermittlung grundlegender steuerjuristischer Ideen. Das Lehrbuch erlaubte den Eintritt in einen ganzen Kosmos auch ökonomischer Steuertheorien.

Über 25 Jahre war Joachim Lang geschäftsführender Herausgeber der „Zeitschrift für die gesamten Steuerwissenschaften – Steuer und Wirtschaft“. Während seiner Herausgeberschaft hat Joachim Lang den interdisziplinären Ansatz der Zeitschrift konsequent ausgebaut. Er hat „Steuer und Wirtschaft“ genutzt, um auf hohem wissenschaftlichem Niveau Debatten zu ermöglichen.

Als Gründungsmitglied der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft, langjähriges Mitglied im Wissenschaftlichen Beirat und von 1993 bis 1999 als Vorsitzender der Gesellschaft hat Joachim Lang zudem maßgeblich zur Verbreiterung der nach wie vor jungen Steuerrechtswissenschaft ebenso wie zum Dialog zwischen Wissenschaft und Praxis beigetragen. Die Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft bot ihm zugleich eine Plattform für sein zentrales Anliegen, die universitäre Ausbildung im Steuerrecht zu fördern⁶. Es ging ihm dabei, obwohl er in Köln mit viel Engagement auch die Studenten der Betriebswirtschaftslehre unterrichtete, vor allem darum, das Interesse der Juristen am Steuerrecht zu wecken.

Als Lehrer im Hörsaal wusste Joachim Lang zu begeistern, weil er das notwendige technische Detail stets mit dem Prinzip verband und weil er die Studenten teilhaben ließ an seinem wissenschaftlichen Eintreten für ein besseres Steuerrecht. Seinen Schülern – Doktoranden und Habilitanden – ließ er einerseits viel Freiheit, war aber stets zur Stelle, wenn es darum ging zu beraten und zu fördern. Fehlen wird denjenigen, die das Glück hatten, mit Joachim Lang zusammen zu arbeiten, nicht nur der Wissenschaftler, sondern auch der warmherzige und lebensfrohe Mensch.

2 J. Lang, Reformentwurf zu Grundvorschriften des Einkommensteuergesetzes. Münsteraner Symposium, Band II, Köln 1985.

3 Lang/Eilfort (Hrsg.), Strukturreform der deutschen Ertragsteuern. Bericht über die Arbeit und Entwürfe der Kommission „Steuergesetzbuch“ der Stiftung Marktwirtschaft, 2013.

4 Bizer/Lang, Ansätze für ökonomische Anreize zum sparsamen und schonenden Umgang mit Bodenflächen, hrsg. vom Umweltbundesamt, Berlin 2000.

5 Entwurf eines Steuergesetzbuchs, Schriftenreihe des BMF, Band 49, Bonn 1993.

6 Auf ihn gehen die „Sieben Thesen der DStJG zur steuerrechtlichen Ausbildung der Juristen“, NJW 1998, 2337 f., zurück.

Ist der Handel mit Bitcoins ohne Erlaubnis der BaFin strafbar? Zugleich eine Anmerkung zu KG, Urt. v. 25.09.2018 - (4) 161 Ss 28/18 (35/18)

RA Dr. Mansur Pour Rafsendsjani

A. Einführung

Werden Produkte neu erschaffen, dann werden sie eines Tages auch gehandelt. Damit wird der Handel auch zum Kulminationspunkt von Rechtsfragen rund um den wirtschaftlichen Austausch von Produkten. Im Handel werden damit auch gesellschaftliche Entwicklungen und bisweilen auch Umbrüche sichtbar, die mit neuen technischen Entwicklungen einhergehen. Für das Handels- und Zivilrecht war in den letzten Jahren vor allem die Entdeckung und Nutzung des Vertriebskanals „Internet“ im Fokus rechtlicher Aufbereitung und neuer Gesetzesvorhaben. Die Vertriebsweg bezogenen Rechtsfragen des Internetvertriebs oder auch Online-Handels (e-commerce) sind mittlerweile durch die Rechtswissenschaft, den Gesetzgeber und die Gerichte gut aufbereitet worden. Neuer rechtlicher Klärungsbedarf besteht nunmehr im Hinblick auf die Frage, wie die Digitalisierung von Produkten, Zahlungswegen und Zahlungsmitteln rechtlich einzuordnen ist. Digitalisierung von Einkauf, Vertrieb und Logistik wird – konsequent zu Ende gedacht – auch immer einen digitalen Zahlungsvorgang über das Internet beinhalten. Kryptowährungen werden dabei künftig eine größere Rolle spielen, auch wenn die bekannteste Kryptowährung, der Bitcoin, gegenwärtig einen Abschwung erlebt, weil Transaktionskosten gestiegen sind und Bitcoin-Transaktionen zu viel Zeit benötigen.¹

Der Bitcoin ist jedoch nicht die einzige Kryptowährung. Zum Stand 18.12.2018 gibt es weltweit 2.521 Kryptowährungen.² Bitcoins und andere Kryptowährungen (wie z.B. Ethereum, Litecoin) werden heutzutage an Kryptowährungsbörsen oder auch in Peer-to-Peer-Netzwerken direkt und ohne Absatzmittler gehandelt. Auf Bitcoins gibt es mittlerweile derivate Finanzprodukte (z.B. Futures). Investoren können zudem in Fonds investieren, die sich auf Bitcoins und andere Kryptowährungen und sog. Tokens³ spezialisiert haben.

Das Faszinierende an dieser Entwicklung ist die Tatsache, dass sich Parteien hier „privates“ Geld schaffen, das in Konkurrenz zu staatlichen Währungen tritt. Überraschend ist aber auch, dass Kryptowährungen von derzeitigen Gesetzen (überwiegend) nicht ausdrücklich erfasst sind. Die Rechtswissenschaft, Anwälte und unternehmensinterne

Berater sowie Behörden und Gerichte haben Mühe, die mit Kryptowährungen verbundenen Rechtsfragen eindeutig zu beantworten. Das zeigt auch die hier besprochene Entscheidung des Kammergerichts Berlin (KG) vom 25.09.2018 (AZ (4) 161 Ss 28/18 (25/18) – Vorinstanzen LG Berlin und AG Tiergarten).

(Programm-)Technisch betrachtet sind Bitcoins verschlüsselte Datenpakete, die in einer virtuellen Brieftasche („wallet“) auf einer Datenbank („Blockchain“) gespeichert sind.⁴ Bitcoins werden durch das sog. Mining errechnet, können aber auch mit „echtem“ Geld (z.B. Euro) auf Internet basierten Handelsplattformen erworben werden.⁵ Der Begriff des Bitcoin geht zurück auf ein Konzept, welches im Jahr 2008 von einem Pseudonym, Satoshi Sakamoto, vorgestellt wurde.⁶ Bitcoin sollte eine digitale Ersatzwährung sein, die nicht von Staaten, sondern von privaten Parteien herausgegeben wird, basierend auf der sog. Blockchain-Technologie.⁷ Die Blockchain ist wiederum eine Datenbank, die auf allen Servern der Beteiligten

1 Bitcoin-Transaktionen bedürfen eines aufwendigen Rechenprozesses. Bis zum Abschluss der Transaktion befindet diese sich in einem länger andauernden Schwebezustand. Während das Bitcoin-P2P-Netzwerk nur sieben Transaktionen pro Sekunde abarbeiten kann, ist zu Vergleich das VISA-Zahlungssystem in der Lage, ca. 65.000 Transaktionen pro Sekunde zu verarbeiten; vgl. dazu Shmatenko/Möllen.

2 <https://de.investing.com/crypto/currencies> (zuletzt abgerufen am 03.01.2019).

3 Token ist eine Art digitale Rechtsposition. Gemeinsam ist Bitcoin und Token der Einsatz der Blockchain-Technologie. Token werden allerdings, anders als Bitcoins, von einem Emittenten begeben. Bitcoins hingegen werden durch das sog. Mining, einem computergestützten mathematischen Rechenpreis erschaffen in Netzwerk aus unabhängigen Rechnern (Peer-to-Peer-Netzwerk). Instrukтив: Bialluch-von Allwörden/Allwörden, WM 2018, 2118.

4 Harman, BKR 2018, 457, 460.

5 Die Gesamtmenge an Bitcoins ist allerdings durch den Quellcode auf 21 Mio. limitiert. Dadurch wird die Generierung von Bitcoins durch das Mining immer schwieriger und kann nur noch von sehr leistungsfähigen Rechnern gewinnbringend erbracht werden.

6 Sehr instruktiv: Blocher, AnwaltBl. 2016, 612 ff.

7 Auch Distributed Ledger-Technologie genannt.

des P2P-Netzwerks gespiegelt wird. Damit sorgt sie für Authentizität und Vollständigkeit der in ihr enthaltenen Informationen. Eine Manipulation ist nur theoretisch möglich. Denn dazu müsste mehr als die Hälfte der beteiligten Server miteinbezogen werden. Der einzelne Datensatz („Block“) enthält neben den eigentlichen Daten auch einen Zeitstempel und die Prüfsumme des letzten in die Datenbank eingefügten Blocks. Die hintereinander geschaltete Verkettung der Blocks bildet dann die „Blockchain“.⁸

Aus rechtlicher Sicht geht es im Hinblick auf den Handel mit Bitcoins nicht nur darum, wie Verträge und Verfügungen über digitale Produkte zustande kommen und was der notwendige Inhalt eines Vertrages oder Smart Contracts über digitale Produkte sein soll. Von großer Relevanz sind natürlich auch die Fragen der öffentlich-rechtlichen Beschränkung des Handels. Genau zu diesem Aspekt der öffentlich-rechtlichen Beschränkung des Handels mit Bitcoins ist das nachfolgend dargestellte und viel beachtete (rechtskräftige) Urteil des KG ergangen.

B. KG: Keine Erlaubnispflicht für den Handel mit Bitcoins

Der vierte Strafsenat des KG hatte als Revisionsinstanz darüber zu entscheiden, ob sich der Betreiber einer Internetplattform, auf der die registrierten Teilnehmer Bitcoins erwerben und veräußern konnten, deshalb strafbar gemacht hat, weil der Betreiber der Plattform hierzu keine behördliche Erlaubnis hatte. Das Gericht entschied, dass der betreffende Plattformbetreiber sich nicht strafbar gemacht hat, weil er für den Vertrieb in Form der Finanzkommission für Bitcoins keiner behördlichen Erlaubnis bedurfte. Damit widersprach der Strafsenat des KG der seit Jahren bestehenden Auffassung der in Berlin ansässigen Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), wonach Bitcoins als Finanzinstrumente zu qualifizieren seien, weshalb es nach § 32 KWG für den Betrieb der Online-Plattform einer Erlaubnis bedurft hätte. Das KG hält diese Verwaltungspraxis der BaFin für einen gravierenden Rechtsbruch.

I. Bedeutung des Urteils

Die Entscheidung des KG ist eine Überraschung, wenn man bedenkt, dass die BaFin seit einigen Jahren in ihrer Verwaltungspraxis Kryptowährungen wie Bitcoin als Rechnungseinheit und damit als Finanzinstrument ansieht. In diesem Überraschungseffekt liegt aber auch die Bedeutung des Urteils des KG, denn es bringt den Umgang mit Kryptowäh-

rungen wieder in einen Fokus der rechtswissenschaftlichen Diskussion.⁹

Die Entscheidung des KG ist im Ergebnis – das wird noch aufgezeigt – richtig. Sie überrascht dennoch mit der Aussage, dass es für den Handel mit Kryptowährungen keiner Erlaubnis bedarf. Kryptowährungen sind bekanntermaßen ein Minenfeld von Risiken.

Bitcoins erlebten abenteuerliche Kursschwankungen. Dem spektakulären Boom folgte ein spektakulärer Crash.¹⁰ Zudem gibt es rund um Bitcoins und andere Kryptowährungen auf Basis der Blockchain-Technologie einige Betrugsfälle, wie zuletzt ein Fall in Österreich mit tausenden Betroffenen.¹¹ Aufgrund des höheren Maßes an Anonymität im Vergleich zu klassischen Geldtransfers bergen Kryptowährungen zudem das Risiko, dass Kryptowährungen von terroristischen Organisationen für die Verschleierung von Finanztransaktionen genutzt werden.¹² Als weitere mögliche Risiken nennt die EU-Kommission die Unumkehrbarkeit der Transaktionen, fehlende Mittel für den Umgang mit Betrugereien, die undurchsichtige und technisch komplexe Natur der Branche und den Mangel an rechtlichen Garantien.

Diese Risiken lassen eigentlich die Vermutung zu, dass für Handelsaktivitäten mit solch riskanten Produkten eine behördliche Erlaubnis nötig sein müsste. Bleibt die Frage, weshalb das KG keine Erlaubnispflicht sieht.

Das Urteil des KG weckt aber auch Interesse und Lust zum Lesen, weil Bitcoin ein aktuelles Thema betrifft. Viele sprechen über Digitalisierung und Kryptowährungen, aber nur wenige verstehen die damit rechtlich verbundenen Themen und noch viel weniger Juristen kennen die dahinter stehenden technischen Abläufe.

⁸ Vgl. Heckelmann, NJW 2018, 504, 505.

⁹ Fragen zur rechtlichen Einordnung von Bitcoins und anderen Kryptowährungen können sich nicht nur im Kontext des KWG und ZAG und anderen aufsichtsrechtlichen Regelungen stellen, sondern auch im Zusammenhang mit deren zivilrechtlichen Einordnung (vgl. dazu Shmetenko/Möllenkamp, MMR 2018, 495).

¹⁰ Die ersten 50 Bitcoins wurden am 03.01.2009 geschöpft. Der Handel mit Bitcoins begann 2010. Den Höchststand erreichte die Bitcoin mit knapp 17.000 € Mitte Dezember 2017. Danach folgte der Crash und am 15.10.2018 betrug der Bitcoin-Preis ca. 5.400 € – vgl. dazu den instruktiven Aufsatz von Klöhn/Parhofer, ZIP 2018, 2093 ff.

¹¹ Jilch/Hecht zu „Optioment“: <https://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/5371989/Kriminalfall-um-BitcoinSekte-aus-Oesterreich> (zuletzt abgerufen am 03.01.2019).

¹² Erwägungsründe 7 und 8 der neugefassten Geldwäscherichtlinie AMDL 5.

Das KG hat sich in ansprechender Weise und mit klarem Aufbau mit den für die Entscheidung relevanten rechtlichen Grundlagen von Bitcoins auseinandersetzt und die in Betracht kommenden Erlaubnistatbestände aus dem Kreditwesengesetz (KWG) und dem Zahlungsdienstenaufsichtsgesetz (ZAG) analysiert. Dazu hat es sich zwar nicht vollständig, jedoch intensiv mit Äußerungen in der rechtswissenschaftlichen Literatur auseinandergesetzt.

Interessant ist die Entscheidung aber auch deshalb, weil sich das KG gegen die Verwaltungspraxis der BaFin richtet und dieser einen Rechtsbruch vorhält, in dem die BaFin mit ihrer eigenen Auslegung des KWG grundgesetzliche Kompetenzgrenzen überschritten habe. Damit fallen Behördenmeinung und Gerichtsmeinung auseinander. Dies wirft die Frage auf, was dieses Schisma für die Praxis der Rechtsberatung und des Handels mit Kryptowährungen bedeutet.

II. Sachverhalt

Angeklagt wurde der Betreiber einer Plattform, die Käufer und Verkäufer für Bitcoins zusammenführte. Hierfür mussten sich die betreffenden Interessenten zunächst auf der Plattform registrieren. Sodann konnten sie entweder als potenzielle Bitcoin-Käufer einen Geldbetrag auf eines von zwei Bankkonten der Plattform einzahlen, damit ihrem virtuellen Nutzerkonto ein entsprechendes Guthaben zum Erwerb von Bitcoins gutgeschrieben wurde, oder als potenzielle Bitcoin-Verkäufer bereits erstellte Bitcoins auf ihrem Nutzerkonto zum Verkauf anbieten. Innerhalb weniger Tage erhöhte sich der Kontostand der Plattform von 209.832,16 € auf rund 2,45 Mio. €.

Am 08.04.2013 kündigte eine der beiden Banken, die ein Konto für die Plattform zur Verfügung gestellt hatten, den damit zusammenhängenden Vertrag. Einen Tag später wurde das andere der beiden Konten, das bei einem polnischen Kreditinstitut geführt wurde, wegen des Verdachts der Geldwäsche durch polnische Behörden gesperrt. Der angeklagte Plattformbetreiber schaltete daraufhin wenige Tage später die Plattform ab.

Eine behördliche Erlaubnis für dieses Vermittlungsgeschäft besaß der damals 16-jährige angeklagte Plattformbetreiber nicht.

Nachdem das AG Tiergarten den Plattformbetreiber zunächst wegen des fahrlässigen Betriebens von Bankgeschäften gem. § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG i.V.m. Abs. 2 KWG zu einer Geldstrafe verurteilt hatte, gab das LG Berlin der Berufung des Angeklagten statt, hob das angefochtene Urteil auf und sprach den Angeklagten frei. Auf die Revision der

Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des LG Berlin setzte sich daraufhin das KG mit dem Sachverhalt auseinander und sprach den Plattformbetreiber aus rechtlichen Gründen frei.

III. Entscheidungsgründe

1. Keine Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 KWG

Die Veräußerung von Bitcoins auf der von dem Angeklagten betriebenen Handelsplattform fällt nach Auffassung des KG nicht unter die Erlaubnispflicht des § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG und ist daher nicht nach § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG strafbar.

Die Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG besteht für solche Unternehmen, die in Deutschland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Finanzdienstleistungen erbringen wollen. Der Begriff der Finanzdienstleistungen ist wiederum definiert in § 1 Abs. 1a Satz 2 GWB. Darunter fällt auch die Vermittlung von Geschäften über die Anschaffung und die Veräußerung von Finanzinstrumenten (Anlagevermittlung) oder auch das Finanzkommissionsgeschäft.¹³ Der Strafsenat ließ allerdings im zu entscheidenden Fall offen, um welche Absatzform es sich bei der streitgegenständlichen Aktivität der Handelsplattform handelt, da er zu dem Ergebnis kam, dass Bitcoins kein Finanzinstrument im Sinne des KWG darstellen. Der Schwerpunkt der Entscheidung lag daher in der Frage, ob Bitcoins Finanzinstrumente i.S.d. § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG darstellen. Der Begriff der Finanzinstrumente ist wiederum in § 1 Abs. 11 KWG definiert. Insoweit hatte das Gericht zu prüfen, ob es sich bei Bitcoins um „Devisen“ oder „Recheneinheiten“ i.S.d. § 1 Abs. 11 Nr. 7 KWG handelt.

2. Bitcoin kein Finanzinstrument i.S.d. § 1 Abs. 11 KWG

Nach Auffassung des KG stellt die virtuelle „Währung“ Bitcoin kein Finanzinstrument im Sinne des KWG dar. Bitcoins seien nicht als Rechnungseinheit i.S.v. § 1 Abs. 11 Satz 1 Nr. 7 Alt. 2 KWG zu qualifizieren. Weil der Begriff der Rechnungseinheit nicht gesetzlich definiert ist, musste das Gericht im Wege der Auslegung des § 1 Abs. 11 Nr. 7 Alt. 2 KWG die Prüfung vornehmen.

¹³ Das KWG erfasst in § 1 Abs. 1a Nr. 1 ff. verschiedene Handels- und Vertriebsformen von Absatzmittlern (Intermediäre), wie z.B. Finanzkommissionsgeschäft, Anlage- oder Abschlussvermittlung, Anlageberatung, Betreiben eines multilateralen Handelssystems, Eigenhandel mit Finanzinstrumenten.

Das Gericht prüfte dabei nicht, ob Bitcoins das Merkmal von „Devisen“ erfüllen. Das schied von vorneherein aus, denn Devisen sind auf fremde Währung lautende Zahlungsmittel¹⁴ („ausländischen Buchwährung“).¹⁵ Das KG prüfte daher den Aspekt, ob Bitcoins als „Rechnungseinheiten“ i.S.d. § 1 Abs. 11 Nr. 7 Alt. 2 KWG zu qualifizieren sind.

3. Historische Auslegung des Begriffs „Rechnungseinheit“ durch das KG

Mangels gesetzlicher Definition des Begriffs der „Rechnungseinheit“ überprüfte das KG dessen Historie in der Gesetzgebung und stellt dazu richtig fest, dass der Begriff der Rechnungseinheit anlässlich des Gesetzes zur Umsetzung von EG-Richtlinien zur Harmonisierung bank- und wertpapieraufsichtsrechtlicher Vorschriften vom 22.10.1997 in das KWG eingeführt wurde,¹⁶ obwohl die betreffende europäische Richtlinie den Begriff der Rechnungseinheit nicht vorsah.

Sodann beschäftigt sich das KG mit der Gesetzesbegründung zum Umsetzungsgesetz. Danach sollte der Handel mit Devisen und vergleichbaren Rechnungseinheiten, die keine gesetzlichen Zahlungsmittel sind, unter die Bankenaufsicht fallen, weil dies internationalem Standard entspreche.

Aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber von „Devisen“ und „vergleichbaren“ Rechnungseinheiten spreche, entwickelt das KG eine Definition für den Begriff der Rechnungseinheit, wonach es sich bei Rechnungseinheiten um etwas handeln muss, was mit Devisen vergleichbar ist. Rechnungseinheiten seien daher nur solche Einheiten, die die Vergleichbarkeit von Waren und Dienstleistungen innerhalb unterschiedlicher Länder durch Verwendung einer allgemeingültigen und verständlichen Einheit ermöglichen sollen.¹⁷ Paradebeispiel für Rechnungseinheiten seien die im HGB im Bereich des Transportrechts verwendeten erwähnten Rechnungseinheiten in Form der Sonderziehungsrechte des Internationalen Währungsfonds¹⁸ sowie der in der Gesetzesbegründung genannte ECU (European Currency Unit), dem Vorläufer des Euro.

Bitcoins respektive Kryptowährungen seien jedenfalls in der Gesetzesbegründung nicht erwähnt.

4. Bitcoins keine Rechnungseinheit i.S.d. § 1 Abs. 11 Satz 1 Nr. 7 Alt. 2 KWG

Nachdem das KG im Wege der historischen Auslegung des KWG (anhand der Gesetzesbegründung) zu einem Begriffsverständnis der Rechnungseinheit gekommen ist,¹⁹ setzt es diese Prüfung fort mit der Frage, ob Bitcoins das zuvor festgestellte Verständnis einer Recheneinheit erfüllten. Das KG

verneint dies aber, weil Bitcoins nicht, wie vom Gesetzgeber gefordert, mit Devisen vergleichbar sind. Das KG führt drei Gründe an:

- (1) Zum einen würden Bitcoins anders als Devisen oder die in der Gesetzesbegründung genannten Rechnungseinheiten weder von einer Zentralbank oder öffentlichen Behörde ausgegeben, noch existiere im Netzwerk ein allgemeingültiger Emittent dieses als Ersatzwährung genutzten Zahlungssystems.
- (2) Zum anderen habe Bitcoin auch keinen eigenen darstellbaren oder vergleichbaren Wert. Es handele sich weder um eine Währung noch um ein Zahlungsmittel im klassischen Sinne, das in einem Währungsraum kraft Gesetzes von jedermann zur rechtswirksamen Erfüllung geschuldeter Leistungen akzeptiert würde.²⁰ Dem Bitcoin fehle es damit an einer allgemeinen Anerkennung, die es ermögliche, ihn zur allgemeinen Vergleichbarkeit verschiedener Waren oder Dienstleistungen heranzuziehen.

14 Boos/Fischer/Schulte-Mattler/Schäfer, 5. Aufl. 2016, § 1 KWG Rn. 277 – 301.

15 KG, Urt. v. 25.09.2018 - (4) 161 Ss 28/18 (35/18).

16 BGBl. I 1997, 2518.

17 KG, Urt. v. 25.09.2018 - (4) 161 Ss 28/18 (35/18) unter Hinweis auf Auffenberg, NVwZ 2015, 1184, 1186; Weber/Seifert in: Luz, KWG und CRR, 3. Aufl., § 1 KWG Rn. 123.

18 Im deutschen Transportrecht wird z.B. die Haftung des Frachtführers für Güterschäden (Verlust oder Beschädigung von Gütern) nach § 431 Abs. 1 HGB auf 8,33 „Rechnungseinheiten“ für jedes Kilogramm des Rohgewichts des Gutes beschränkt. § 431 Abs. 4 HGB definiert wiederum den Begriff der Rechnungseinheit als Sonderziehungsrecht des Internationalen Währungsfonds (IWF). Der Betrag wird in Euro entsprechend dem Wert des Euro gegenüber dem Sonderziehungsrecht (engl.: special drawing right) umgerechnet. Der Wechselkurs wird vom IWF festgelegt. Der Wert der Sonderziehungsrechte („SZR“) wird täglich veröffentlicht. Der Begriff des „Ziehens“ bezeichnet das Anfordern von Fremdwährung im Austausch gegen die eigene Währung. Ein Staat, der für die Bezahlung seiner Importe z.B. Euro benötigt, kann vom IWF Euro erhalten („ziehen“) und sie mit Sonderziehungsrechten bezahlen. Jedes Land erhält vom IWF Sonderziehungsrechte zugeteilt und hat insoweit ein Guthaben gegenüber dem IWF; jedes Land hat das Recht, mit Sonderziehungsrechten innerhalb bestimmter Grenzen andere Währungen zu kaufen. Die Werthaltigkeit des Sonderziehungsrechts wird dadurch gesichert, dass sich jedes an der SZR-Vereinbarung teilnehmende Land verpflichtet, bis zum zweifachen des ihm zugeteilten Betrages Sonderziehungsrechte zu akzeptieren und dafür eigene Währung verfügbar zu machen; vgl. dazu Auffenberg, NVwZ 2015, 1184, 1185.

19 Rechnungseinheit i.S.d. § 1 Abs. 11 Satz 1 Nr. 7 Alt. 2 KWG ist eine Einheit, die die Vergleichbarkeit von Waren und Dienstleistungen innerhalb unterschiedlicher Länder durch Verwendung einer allgemeingültigen und verständlichen Einheit gewährleisten soll.

20 Unter Hinweis auf Omlor, JZ 2017, 760; Beck, NJW 2015, 581; Kaulartz, CR 2016, 474, 477 und Eckenga, CR 2017, 762, 675.

(3) Gegen eine Einordnung von Bitcoins als Rechnungseinheit im Sinne des KWG spreche zudem eine am Sinn und Zweck sowie an der Gesetzeshistorie orientierte Auslegung des KWG und seiner Gesetzgebungsmaterialien. Kryptowährungen seien ca. zehn Jahre nach Umsetzung der EG-Richtlinien zur Harmonisierung bank- und wertpapieraufsichtlicher Vorschriften vom 22.10.1997 im Internet überhaupt erstmalig erwähnt worden.²¹ Auch dies spreche dagegen, dass es der Gesetzgeber bereits zum Zeitpunkt des Umsetzungsgesetzes als geboten betrachten habe könnte, Kryptowährungen in den Anwendungsbereich des KWG mit einzubeziehen.

5. Gegenansicht des BaFin als Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG

Das KG befasst sich sodann mit der grundlegenden und auch spannenden Frage, inwieweit die BaFin Bitcoin und andere Kryptowährungen eigenständig als Rechnungseinheiten im Sinne des KWG qualifizieren durfte, um so eine Erlaubnispflicht nach § 32 KWG zu begründen. Die BaFin legt den Begriff der Rechnungseinheiten weit aus und erfasst darunter in ihrem Merkblatt „Hinweise zu Finanzinstrumenten nach § 1 Abs. 11 Sätze 1 bis 3 KWG (Aktien, Vermögensanlagen, Schuldtitel, sonstige Rechte, Anteile an Investmentvermögen, Geldmarktinstrumente, Devisen, Rechnungseinheiten und Emissionszertifikate)“ auch privatrechtlich ausgegebene Komplementärwährungen, namentlich Bitcoins, und andere digitale Zahlungsmittel.²²

Dies hält das KG allerdings für eine Überschreitung grundgesetzlicher Schranken. Die BaFin verkenne, dass es nicht Aufgabe der Bundesbehörden sei, rechtsgestaltend (insbesondere) in Strafgesetze einzugreifen. Der BaFin stehe zwar nach § 6 KWG eine allgemeine Missstandsaufsicht und die Anordnungscompetenz zum Erlass von Verwaltungsakten zu. Diese Kompetenz ende jedoch dort, wo der Anwendungsbereich eines Strafgesetzes in einer gegen das in Art. 103 Abs. 2 GG normierte Bestimmtheitsgebot verstoßenden Weise überdehnt werde. Sofern zum Schutz der Verbraucher im Hinblick auf Kryptowährungen ein Regelungsbedarf bestehe, sei es vielmehr Aufgabe des Gesetzgebers, diese Lücke zu schließen.

IV. Fehlende Strafbarkeit nach dem ZAG

Das KG befasst sich dann abschließend mit der Frage, ob möglicherweise eine Erlaubnispflicht nach dem ZAG gegeben war. Das KG verneint dies jedoch. Zwar habe der Gesetzgeber bereits 1997 anlässlich der Umsetzung von

EG-Richtlinien zur Harmonisierung bank- und wertpapieraufsichtlicher Vorschriften die Entwicklung neuer Zahlungsformen unter die Aufsicht der BaFin stellen wollen. Dazu beschreibt das KG – gut zusammengefasst – die gesetzgeberische Entwicklung bezüglich der Behandlung von „Netzgeldgeschäften“, die zunächst im KWG geregelt wurden, dann aber durch das Vierte Finanzmarktförderungsgesetz vom 21.06.2002²³ für Geldkartengeschäfte und Netzgeldgeschäfte zu einem neuen Bankgeschäftstatbestand „E-Geld-Geschäft“ zusammengefasst wurden und sodann mit dem Gesetz zur Umsetzung der zweiten E-Geld-Richtlinie vom 01.03.2011²⁴ mit Wirkung ab dem 30.04.2011 in das ZAG überführt worden sind.

Für das Betreiben von Zahlungsdiensten mit E-Geld bedarf es nach heutiger Rechtslage einer entsprechenden Erlaubnis nach § 11 Abs. 1 ZAG. Das KG hat die Erlaubnis noch unter der zur Tatzeit geltenden a.F. § 31 Nr. 1a ZAG i.V.m. § 8a Abs. 1, 1a ZAG geprüft. Das KG kommt jedoch zum Schluss, dass für den Handel mit Bitcoins keine Erlaubnispflicht nach dem ZAG besteht. Diese Feststellung gilt auch für das heutige ZAG i.d.F. vom 17.07.2017.²⁵ Der Grund hierfür liegt darin, dass Bitcoins nicht die Voraussetzungen der in § 1 Abs. 2 Satz 3 ZAG enthaltenen Definitionen für E-Geld erfüllen.

E-Geld ist in § 1 Abs. 2 Satz 3 ZAG definiert als jeder elektronisch, darunter auch magnetisch, gespeicherter monetärer Wert in Form einer Forderung an den Emittenten, der gegen Zahlung eines Geldbetrags ausgestellt wird, um damit Zahlungsvorgänge i.S.d. § 675f Abs. 4 Satz 1 BGB durchzuführen und der auch von anderen natürlichen oder juristischen Personen als dem Emittenten angenommen wird. Bitcoins fehlt jedoch die Komponente der Vorauszahlung, weshalb die Tatbestandsvoraussetzung des Bestehens einer Forderung gegen einen Emittenten nicht erfüllt ist und somit auch keine Erlaubnispflicht nach ZAG bestand.²⁶

21 Unter Verweis auf Frase, BB 2016, 26.

22 Vgl. auch Information der BaFin zu virtuellen Währungen, abrufbar unter: www.bafin.de/DE/Aufsicht/FinTech/VirtualCurrency/virtual_currency_node.html (zuletzt abgerufen am 03.01.2019).

23 BGBl. I 2002, 2010.

24 BGBl. I 2011, 288.

25 BGBl. I 2446 – Gesetz über die Beaufsichtigung von Zahlungsdiensten – Umsetzung der Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2015 (ABl. L 337 vom 23.12.2015, S. 35; L 169 vom 28.06.2016, S. 18).

26 KG, Urt. v. 25.09.2018 - (4) 161 Ss 28/18 (35/18) unter Hinweis auf Richter/Augel, FR 2017, 937, 940; Casper/Terlau, ZAG, § 1a Rn. 49 f.

C. Lob und Kritik

I. Nachvollziehbare Entscheidung im Hinblick auf die enge Auslegung des Begriffs Rechnungseinheit

Das Urteil des KG ist im Hinblick auf das Verständnis von Recheneinheiten nachvollziehbar. Die Historie und Systematik des gesetzgeberischen Aktes zum KWG sprechen dafür, dass mit Rechnungseinheiten nur Währungskörbe und sonstige Instrumente mit engem Bezug zu staatlichen Währungen gemeint sind.²⁷ Eine Auswirkung des Verständnisses auf Komplementärwährungen oder „private“ Währungen war und ist rechtlich nicht zulässig.

§ 54 KWG stellt eine sog. Blankettstrafgesetz dar. Dies sind solche Strafgesetze, bei denen sich der Tatbestand oder ein Teil des Tatbestands durch eine Norm ergeben, auf welche die Strafnorm verweist. Legt eine Sanktionsnorm (hier: § 54 KWG) das bewehrte Verhalten nicht selbst fest, sondern verweist auf eine verwaltungsrechtliche Vorschrift (hier: § 32 KWG i.V.m. § 1 KWG), müssen daher beide Vorschriften in ihrer Gesamtheit sowie ihre Auslegung und Anwendung im Einzelfall dem Art. 103 Abs. 2 GG genügen.²⁸

Art. 103 Abs. 2 GG enthält wiederum die Verpflichtung des Gesetzgebers, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände bereits aus dem Wortlaut erkennbar sind oder sich durch Auslegung ermitteln lassen²⁹ (nullum crimen, nulla poena sine lege). Diese Verpflichtung dient einem doppelten Zweck. Es geht einerseits um den rechtsstaatlichen Schutz des Normadressaten: Jedermann soll vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist. Zudem soll sichergestellt werden, dass der Gesetzgeber (und nicht die Verwaltung) selbst abstrakt-generell über die Strafbarkeit entscheidet. Insoweit enthält Art. 103 Abs. 2 GG einen strengen Gesetzesvorbehalt, der es der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt verwehrt, die normativen Voraussetzungen einer Bestrafung festzulegen.

Zur Auslegung können und sollen auch der systematische Kontext oder der historische Wille des Gesetzgebers herangezogen werden.³⁰ Bei der Auslegung ist aber zu beachten, dass der Wortsinn des Gesetzes die äußerste Grenze der richterlichen Interpretationsmöglichkeit ist.³¹ Auch wenn es zu einer Strafbarkeitslücke führt, darf diese Wortlautgrenze unter keinen Umständen überschritten werden.³² Führt erst eine über den erkennbaren Wortsinn der Vorschrift hinausgehende Interpretation zu dem Ergebnis der Strafbarkeit

eines Verhaltens, so kann dies nicht zulasten des Bürgers gehen.³³ Für eine hinreichende Bestimmtheit genügt es allerdings, wenn durch gefestigte Rechtsprechung eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung der Norm herangezogen werden kann.³⁴ Für die vorliegende Frage, ob Bitcoins Rechnungseinheiten sind, fehlt gegenwärtig eine solche gefestigte Rechtsprechung.

II. Nachvollziehbare Entscheidung im Hinblick auf das Gebot der Gewaltenteilung

Richtig sind auch die Ausführungen zu den Grenzen der Auslegungskompetenz der BaFin, wobei es legitim ist, dass die BaFin den Versuch unternimmt, innovative Finanzprodukte wie Kryptowährungen in das vorhandene Rechtsregime einzuordnen.³⁵ Andererseits ist die Entscheidung nachvollziehbar, dass die BaFin als Teil der Exekutive durch eine eigene, möglicherweise erweiternde Auslegung des Erlaubnistatbestandes, keinen Einfluss auf die Strafbarkeit von Marktteilnehmern nehmen darf. Der Strafsenat des KG bleibt jedenfalls nicht an die Auslegung der BaFin gebunden.³⁶

Werden unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet, die relevant für eine Strafbarkeit sind, ist es Aufgabe des Gesetzgebers eine Klarstellung herbeizuführen.³⁷ Der Gesetzgeber hat es hingegen versäumt, auf das Phänomen innovativer Finanzprodukte wie Bitcoin zu reagieren und die Erlaubnispflicht des Handels mit Bitcoin eindeutig zu regeln. Gelegenheit dazu hätte er gehabt. Das KG weist insoweit richtigerweise darauf hin, dass zum Zeitpunkt der Einführung des Gesetzes zur Umsetzung der zweiten E-Geld-Richtlinie im Jahr 2011 Bitcoins bereits im Umlauf und andere Kryptowährung im Entstehen begriffen waren. Gleichwohl hatte der Gesetzgeber nicht die Gelegenheit wahrgenommen, Kryptowährungen im KWG oder ZAG zu regeln.

27 So auch Klöhn/Parhofer, ZIP 2018, 2093, 2097.

28 Vgl. zu derartigen „Blanketttatbeständen“: BVerfG, Beschl. v. 06.05.1987 - 2 BvL 11/85.

29 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 06.05.1987 - 2 BvL 11/85; BVerfG, Beschl. v. 17.01.1978 - 1 BvL 13/76; BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 07.10.2008 - 2 BvR 1101/08; BVerfG, Beschl. v. 10.01.1995 - 1 BvR 718/89.

30 Höfling/Burkiczak in: Berliner Kommentar, Grundgesetz, Art. 103 Rn. 152.

31 BVerfG, Beschl. v. 23.06.2010 - 2 BvR 2559/08.

32 Radtke/Hagemeyer in: BeckOK, Grundgesetz, Art. 103 Rn. 26.

33 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.10.1985 - 1 BvR 1053/82.

34 BVerfG, Beschl. v. 21.06.1977 - 2 BvR 308/77.

35 So auch Baumann, Urteilsanmerkung GWR 2018, 413.

36 Patz, MMR 2018, 828, 830; BVerwG, Urt. v. 06.05.1987 - 2 BvL 11/85.

37 So auch Froitzheim, Urteilsanmerkung BKR 2018, 473 und Klöhn/Parhofer, ZIP 2018, 2093, 2097.

III. Richtige Entscheidung im Hinblick auf das Fehlen einer Erlaubnispflicht nach ZAG

Auch die Entscheidung, dass Bitcoins nicht als E-Geld einzustufen sind und somit auch keine Erlaubnispflicht nach ZAG besteht, ist aufgrund des klaren Gesetzeswortlautes offensichtlich richtig.

IV. Schwächen des Urteils

Das Urteil des KG weist allerdings in Teilen der Begründung Schwächen auf, wenn es den Begriff der Rechnungseinheit anhand der Gesetzesbegründung zum KWG auslegt.³⁸ Der Gesetzgeber – wie das Gericht selbst einräumt – kannte im Jahr 1997 weder Kryptowährungen noch konnte er deren Entstehung voraussehen. Deshalb finden Kryptowährungen in der Gesetzesbegründung keine Erwähnung. Daraus kann nach der hier vertretenen Auffassung kein Rückschluss für die Auslegung des Begriffs „Rechnungseinheit“ gezogen werden.

Das KG hätte auch der Frage nachgehen können, ob es einen internationalen aufsichtsrechtlichen Standard im Hinblick auf Bitcoins gibt. Die Gesetzesbegründung zum KWG begründete die Aufnahme von Recheneinheiten in das KWG mit dem Ziel der Anpassung internationaler Standards. Untersucht haben diese Frage Klöhn/Parhofer.³⁹ Einen internationalen Standard für Bitcoins oder Kryptowährungen konnten sie jedoch nicht feststellen.⁴⁰

Die vom KG geforderte Vergleichbarkeit mit Devisen zwecks allgemeiner Anerkennung als Zahlungsmittel und deren angeblich vorhersehbarer Wertbeständigkeit ist gleichfalls angreifbar. Es gibt bekanntermaßen äußerst volatile Währungen, die zeigen, dass selbst Devisen nicht stets in vorhersehbarem Rahmen wertbeständig sind.⁴¹ Zudem sind Bitcoins mit Devisen dahin gehend vergleichbar, dass sie in gesetzliche Zahlungsmittel umgetauscht werden können. Mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot in Art. 103 Abs. 2 GG hätte es somit einer weitergehenden Begründung bedurft.

Ein letzter Punkt ist, dass in der rechtswissenschaftlichen Literatur eine Reihe von Autoren der Auffassung der BaFin folgen und Bitcoins als Rechnungseinheiten i.S.d. § 1 Abs. 11 Nr. 7 Alt. 2 KWG verstehen.⁴² Auch die Bundesregierung hat mittlerweile die Ansicht vertreten, dass Bitcoins Rechnungseinheiten im Sinne des KWG seien.⁴³ Vielleicht wird hier zu Recht in der rechtswissenschaftlichen Literatur die Kritik geäußert, dass sich das KG mit diesen Meinungen hätte näher auseinandersetzen müssen.⁴⁴

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung hat jedenfalls herausragende Bedeutung für Unternehmen, die Geschäftsmodelle im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Bitcoins verfolgen. Im Ergebnis werden Bitcoin-Händler auch künftig eine Erlaubnis beantragen müssen, wenn sie auf der sicheren Seite sein möchten, solange die BaFin ihre Position aufrechterhält.

I. Keine Bindung der BaFin an die Entscheidung des KG

Genauso wenig wie die Rechtsauffassung der BaFin für die Strafgerichte bindend ist,⁴⁵ gilt umgekehrt, dass die Entscheidung des KG für die BaFin nicht bindend ist. Hierzu bedarf es vielmehr einer Entscheidung des BVerwG in Leipzig. Die BaFin stellt sich, wie in ähnlichen Fällen in der Vergangenheit, auf den Standpunkt, dass das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG zwar für die strafrechtliche Beurteilung maßgeblich ist, dass dieses Gebot jedoch nicht die verwaltungsrechtliche Auslegung präjudiziert, zumal ein höchstrichterliches Urteil zur Einordnung von Bitcoins oder vergleichbaren Kryptowährungen noch aussteht.

Die BaFin hat jüngst auf Anfrage des Handelsblatts geäußert, dass es sich lediglich um eine Einzelfallentscheidung im Strafrecht handle.⁴⁶ Das Verwaltungsrecht bleibe davon unberührt. Der Erlaubnisvorbehalt bleibe bestehen, die Verwaltungspraxis ändere sich nicht. Das

38 Kunz, *Recht der Finanzinstrumente (RDF)*, 1.2019.

39 Klöhn/Parhofer, *ZIP* 2018, 2093, 2096.

40 Klöhn/Parhofer, *ZIP* 2018, 2093, 2096 m.w.N.; weltweiter Überblick vgl. *Regulation of Cryptocurrencies Around the World*, June 2018, The Law Library of Congress, Global Legal Research Center, abrufbar unter: www.loc.gov/law/help/cryptocurrency/world-survey.php (zuletzt abgerufen am 03.01.2019).

41 Kunz, *Recht der Finanzinstrumente (RDF)*, 1.2019; Froitzheim, Anmerkung zum Urteil des KG, *BKR* 2018, 475; vgl. auch Klöhn/Parhofer, *ZIP* 2018, 2093, 2095 und dem Hinweis auf jüngste Entwicklungen in Venezuela, wo Kryptowährungen die stabilere Alternative im Vergleich zum staatlichen Bolivar darstellen.

42 Spindler/Bille, *WM* 2014, 1357, 1361 f.; Schefold in: Schimansky/Bunte/Lwowski, *BR-Handbuch*, 5. Aufl. 2017, § 115 Rn. 30; Djazayeri, *jurisPR-BKR* 6/2014, Anm. 1, D.II.3; Weitnauer, *BKR* 2018, 231, 233.

43 BT-Drs. 19/2452, S. 5; BT-Drs. 17/14530, S. 41.

44 Patz, *Urteilsanmerkung*, *MMR* 2018, 829, 831.

45 BVerfG, *Beschl. v. 06.05.1987 - 2 BvL 11/85*.

46 Holtermann, Artikel abrufbar unter: www.handelsblatt.com/finanzen/maerkte/devisen-rohstoffe/kryptowaehrungen-bitcoin-laut-olg-urteil-keine-rechnungseinheit-bafin-ueberschritt-kompetenzen/23192036.html?ticket=ST-1570639-T1ezGsLzuFIVWSZBeVlk-ap2 (zuletzt abgerufen am 03.01.2019).

bedeutet, solange das BVerwG in Leipzig sich nicht abschließend zur Erlaubnispflicht äußert, wird die Behörde an ihrer Rechtsauslegung festhalten. Es ist daher zweifelhaft, dass sich die BaFin wegen des in einem Strafverfahren ergangenen Urteils des KG von ihrer langjährigen Verwaltungspraxis verabschiedet und Bitcoins nicht länger als Rechnungseinheit respektive Finanzinstrument nach § 1 Abs. 11 Satz 1 Nr. 7 Alt. 2 KWG einordnet.

II. Möglichkeit weiterer Maßnahmen der BaFin – wie weit reicht der Arm des Art. 103 Abs. 2 GG?

Die strafrechtliche Sanktionierung bildet allerdings nur einen Ausschnitt des maßgeblichen regulatorischen Instrumentariums. In der Praxis noch bedeutsamer sind die verwaltungsrechtlichen Maßnahmen, die die BaFin als Aufsichtsbehörde ergreifen kann, um KWG-widrigen Geschäftsaktivitäten entgegenzuwirken, insbesondere solche, die sie als erlaubnispflichtig einstuft. So kann die BaFin bspw. Einstellungs- und Abwicklungsanordnungen gem. § 37 KWG erlassen. Es stellt sich daher die Frage, ob Art. 103 auch diese weiteren verwaltungsrechtlichen „Sanktionsmöglichkeiten“ der BaFin einschränkt.

Patz⁴⁷ vertritt die Auffassung, dass der Verwaltung/der BaFin in verwaltungsrechtlicher und auch grundrechtlicher Hinsicht ein größerer Spielraum zur Verfügung stehe als Strafgerichten, die insoweit Bestimmtheitsdefizite an Art. 103 GG messen müssten. Diese Differenzierung sei notwendig, da Verwaltungsrecht generell offen für aktuelle Entwicklungen sein müsse, um Rechtsschutz zu gewährleisten. Das Verwaltungshandeln der Exekutive müsse sich daher lediglich am Gesetzlichkeitsgebot des Art. 20 Abs. 3 GG messen lassen. Verwaltungsrechtliche Normen, an die die BaFin gebunden ist, seien daher nicht an Art. 103 GG zu messen, sondern am allgemeinen Bestimmtheitsgebot des Art. 20 Abs. 3 GG.⁴⁸ Eine enge Auslegung nach Art. 103 GG habe ansonsten zur Folge, dass verwaltungsakzessorische Strafnormen den verwaltungsrechtlichen Anwendungsbereich konterkarieren.⁴⁹ Zwar fehle es an einer strafrechtlichen Sanktionsmöglichkeit, solange Bitcoins nicht z.B. im Wege einer Gesetzesänderung unter den Begriff der Rechnungseinheit gefasst werden. Der BaFin bleibe aber die Möglichkeit gegen den gewerblichen Händler von Bitcoin ohne Erlaubnis im Wege einer Untersagungsverfügung (§ 37 KWG) vorzugehen. Diese sei als rein verwaltungsrechtsrechtliche Norm auch nicht am strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot des Art. 103 GG zu messen, sondern allenfalls an dem leichteren Maßstab des Art. 20 Abs. 3 GG. Diese Verfügung wäre indessen vor den Verwaltungsgerichten angreifbar.⁵⁰ Diese Auffassung wird auch durch andere Meinungen in der Literatur

gestützt. So vertritt Park⁵¹ gleichfalls die Auffassung, dass Art. 103 Abs. 2 GG nicht die Möglichkeit der BaFin berühre, einen Rechtsverstoß festzustellen, einen aufsichtsrechtlichen Verwaltungsakt zu erlassen und diesen notfalls mit Verwaltungszwang durchzusetzen.

Indessen bindet Art. 103 Abs. 2 GG die gesamte deutsche Staatsgewalt in allen ihren Funktionen.⁵² Strafen i.S.d. Art. 103 Abs. 2 GG werden i.d.R. durch Gerichte und im Fall der Verhängung von Sanktionen nach dem OWiG durch die Exekutive verhängt. Diese Teile der Staatsgewalt sind damit Adressaten einer entsprechenden Unterlassungspflicht.⁵³ Zu den so verstandenen Strafen i.S.d. Art. 103 Abs. 2 GG zählen nach allgemeiner Auffassung auch Geldbußen wegen Ordnungswidrigkeiten und sanktionierend wirkende Ordnungsgelder, weil sie einen – wenn auch geringeren, so aber doch vergleichbaren – „Vorwurfscharakter“ haben.⁵⁴ Insoweit gilt hier das Analogieverbot respektive das besondere Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG.

Eine derartige Sanktionswirkung kann sich nach der hier vertretenen Meinung auch aus einer Unterlassungsverfügung des BaFin ergeben, zumal die BaFin ihre Anordnungen mit Zwangsmitteln nach § 17 Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz (FinDAG)⁵⁵ durchsetzen kann, u.a. mit einem Zwangsgeld bis zu 2.500.000 €. Das sind derart einschneidende Maßnahmen, die einer strafrechtlichen Geldbuße gleichkommen. Aufgrund der Verknüpfung des § 54 KWG mit § 1 KWG gilt nach der hier vertretenen Meinung für beide Normen auch der synchrone Maßstab des Art. 103 GG.

III. Sicherer Beratungsansatz

In der anwaltlichen Beratungspraxis, die dem Mandanten auch stets den sichersten rechtlichen Weg für das

47 Dazu Patz, MMR 2018, 831 unter Hinweis auf Grzeszick in: Maunz/Dürig, GG, 83. EL April 2018, Art. 20 Rn. 62, 65.

48 Grzeszick in: Maunz/Dürig, GG, 83. EL April 2018, Art. 20 Rn. 62, 65.

49 Patz, MMR 2018, 831 mit Hinweis auf Meurer, NJW 1988, 2065, 2070 f.

50 Patz, MMR 2018, 831.

51 Park, Kapitalmarktstrafrecht, Teil 4: Ordnungswidrigkeiten, Kapitel 13: Vorbemerkungen zu den Ordnungswidrigkeiten, Kap. 13.2. Auslegung verwaltungsrechtlicher Bezugsnormen Rn. 1; BVerwG, Ur. v. 11.03.1998 - 6C 12/97 Rn. 34.

52 Remmert in: Maunz/Dürig, GG, 84. EL August 2018, Art. 103 Abs. 2 Rn. 42 – 52.

53 Remmert in: Maunz/Dürig, GG, 84. EL August 2018, Art. 103 Abs. 2 Rn. 42 – 52.

54 Remmert in: Maunz/Dürig, GG, 84. EL August 2018, Art. 103 Abs. 2 Rn. 56 – 67.

55 Boos/Fischer/Schulte-Mattler/Fischer/Müller, KWG, 5. Aufl. 2016, § 37 Rn. 17.

verfolgte unternehmerische Ziel aufzuzeigen hat, sollte daher ausdrücklich auf das Risiko aufmerksam gemacht werden, dass die Frage der Erlaubnispflicht für den Vertrieb von Bitcoins noch nicht abschließend geklärt ist.⁵⁶ Die gegenwärtige Qualifizierung von Bitcoins durch die BaFin als Recheneinheit und somit als Finanzinstrument i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 11 KWG bedeutet für die Unternehmen aber nicht nur das formale Erfordernis einer Erlaubnispflicht, sondern auch erhebliche und kostenintensive organisatorische Maßnahmen. U.a. muss das Unternehmen einen Nachweis erbringen, dass es über ausreichendes Anfangs- und Eigenkapital verfügt, sowie dass ihre Geschäftsleiter zuverlässig und geeignet sind. Weiterhin zulässig und ohne BaFin-Erlaubnis ist hingegen die Schaffung und Nutzung von Bitcoins. Auch Händler, die als Gegenleistung für eine Ware oder Dienstleistung Kryptowährungen wie Bitcoins akzeptieren, und die Nutzer, die diese als Zahlungsmittel einsetzen, erbringen keine erlaubnispflichtige Dienstleistung im Sinne des KWG.⁵⁷

IV. Notwendigkeit einer umfassenden europäischen Regelung für Kryptowährungen

Es ist nun Aufgabe des Gesetzgebers (und damit auch der Politik) schnell und klar zu regeln, ob und welche Erlaubnispflichten bestehen. Kryptowährungen sind nun seit fast zehn Jahren auf dem Markt. Der Koalitionsvertrag sieht dazu vor, dass für den Handel mit Kryptowährungen ein angemessener Rechtsrahmen auf europäischer und internationaler Ebene geschaffen werden soll.⁵⁸ Unternehmen müssen Rechtsklarheit für die Fortentwicklung ihrer innovativen Finanzkonzepte erhalten, andererseits ist angesichts der offenkundigen Risiken ein angemessener Anlegerschutz notwendig. Dazu ist allerdings eine internationale, zumindest eine EU-weite Regelung erforderlich, denn Innovationen wie Bitcoins sind keine rein nationale Angelegenheit. Dabei ist nicht nur die Frage der Erlaubnispflicht regelungsbedürftig. Mitbedacht werden müssen Fragen der Transparenz, der Organisation, des Schutzes vor Missbrauch, der Haftung und des effektiven Datenschutzes. Effektiv und sinnvoll ist nur eine harmonisierte internationale oder wenigstens EU-weite Regelung.⁵⁹ Ein guter Beginn in diese Richtung ist die novellierte Geldwäscherichtlinie (EU) 2018/843 („AMLD 5“). Diese enthält mittlerweile eine Legaldefinition in Art. 3 Nr. 18 AMLD 5 für „virtuellen Währung“ und unterwirft solche den besonderen gesetzlichen Compliance-Anforderungen. Nun bedarf es auch einer internationalen oder wenigstens europäischen Regelung im Hinblick auf weitere Bereiche des Finanzdienstleistungsaufsichtsrechts

respektive einer klarstellenden Regelung im deutschen KWG.

E. Fazit

Kryptowährungen sind aus dem Wirtschaftsleben nicht mehr wegzudenken. Versuche einzelner Staaten, gegen Kryptowährungen vorzugehen, sind trotz des bestehenden Machtapparats gescheitert. Entscheidend ist die Akzeptanz der Kryptowährung durch ihre Nutzer. Das Urteil des KG ist ein wichtiger Denkanstoß. Viele Rechtsfragen in puncto Kryptowährung sind noch offene Rechtsfragen. Die BaFin wird weiterhin von einer Erlaubnispflicht nach § 32 KWG ausgehen und unter Umständen Untersagungsverfügungen nach § 37 KWG erlassen. Auch die Bundesregierung scheint wohl der Auffassung zu sein, dass die BaFin weiterhin ihr verwaltungsrechtliches Instrumentarium nutzen darf. Dies erklärte jedenfalls die Bundesregierung in ihrer Antwort (19/6034) auf eine Kleine Anfrage der FDP-Fraktion (19/5689). Eine betreffende Verfügung der BaFin wäre aber vor den Verwaltungsgerichten angreifbar und es bleibt abzuwarten, wie diese § 1 Abs. 11 KWG in puncto Bitcoins auslegen werden und ob sie dies auch am Maßstab des Art. 103 Abs. 2 GG tun werden. Gute Chancen bestehen, sich gegen strafrechtliche oder ordnungswidrigkeitsrechtliche Sanktionen zu wehren, solange Bitcoins nicht z.B. im Wege einer Gesetzesänderung unter den Begriff der Rechnungseinheit gefasst werden. Intermediäre können sich auch auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum nach § 17 StGB berufen.⁶⁰ Der Gesetzgeber ist gefordert, idealerweise der europäische Gesetzgeber respektive die G20-Staaten. Denn die Zukunft gehört der Blockchain-Technologie und der Programmierung von Smart Contracts („the next big thing“). Diese Entwicklung macht vor nationalen Grenzen nicht Halt. Unternehmen, Anleger, Nutzer, Behörden, Gericht und Anwälte benötigen für ihre Tätigkeit grenzüberschreitende, ausgewogene und klare rechtliche Grundlagen. Juristen werden sich künftig verstärkt auch mit den (programm-)technischen Hintergründen der Blockchain-Technologie und Digitalisierung beschäftigen müssen.

⁵⁶ So auch Krug, Urteilsanmerkung, FD-StrafR 2018, 411490.

⁵⁷ BaFin Journal – Bitcoins, Januar 2014, S. 27; Hilder, BRR 2016, 485, 490.

⁵⁸ Conreder, Urteilsanmerkung, BB 2018, 2705, 2708.

⁵⁹ Kunz, Recht der Finanzinstrumente (RdF), 1.2019.

⁶⁰ Klöhn/Parhofer, ZIP 2018, 2093, 2100 mit weiteren Hinweisen auf Hoecks in: MünchKomm, StGB, 3. Aufl. 2017, § 17 Rn. 58, Neumann in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. 2017, § 17 Rn. 73 und Sternberg-Lieben/Schuster in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 17 Rn. 20.

„Arbeitsrecht ist sexy!“ – 125 Jahre Deutscher Arbeitsgerichtsverband

Auf dem Kongress zum 125-jährigen Bestehen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbands in Köln war zu hören, für den Verband gelte ebenso wie für die Anwaltschaft und die Universitäten: „Arbeitsrecht ist das Beste überhaupt, Arbeitsrecht ist sexy!“ Die jM hat dies zum Anlass genommen, beim Verbandspräsidenten Dr. Helmut Nause nachzufragen.

Kalb: Lieber Herr Nause, was macht diesen besonderen Reiz des Arbeitsrechts aus?

Nause: „Im Arbeitsrecht ist eine Woche eine lange Zeit“, das schrieb Otto Kahn-Freund schon vor fast 100 Jahren und das stimmt immer noch. Das Arbeitsrecht ist ein enorm dynamisches Rechtsgebiet. Das liegt daran, dass es mit der technischen und organisatorischen Entwicklung mithalten muss. Die großen Umwälzungen, die derzeit insbesondere IT und arbeitsteilige Wirtschaft in einer globalisierten Welt mit sich bringen, bilden sich im Arbeitsrecht ab. Arbeitsschutz, Persönlichkeitsrechte, Arbeitsplatzsicherheit – in all diesen Bereichen sind heute andere Fragen zu beantworten als noch als vor zehn Jahren. Und dann prallen hier natürlich die Interessen der großen sozialen Gruppen aufeinander: Arbeitgeber und Arbeitnehmer, Verbände und Gewerkschaften. Das Arbeitsrecht ist immer im Zentrum der politischen Auseinandersetzung. Das alles macht es spannend, denn beim Arbeitsrecht ist man immer mittendrin.“

Herr Prof. Dr. Hanau, einer Ihrer Vorgänger an der Verbandsspitze, hat einmal gesagt: „Wenn es den Arbeitsgerichtsverband nicht gäbe, müsste man ihn erfinden.“ Wie kam es eigentlich zur Gründung des Verbands?

Der Verband ist ein Abbild der Arbeitsgerichtsbarkeit und die Arbeitsgerichtsbarkeit ein Abbild des Verbandes. Das klingt paradox, stimmt aber trotzdem. 1893 wurde der Verband gegründet, nachdem im Deutschen Reich die Möglichkeit eingeführt worden war, durch Ortsstatut Gewerbegerichte einzuführen, und davon kräftig Gebrauch gemacht wurde. Das Besondere der Gerichte war, dass die Beisitzer paritätisch von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite bestellt wurden. Weil die Gewerbegerichte etwas Neues waren, wollte man sich über Urteile, Bestimmungen, Erfahrungen austauschen. Und schon war der Gewerbegerichtsverband gegründet, in dem und mit dem dieser Austausch organisiert und ermöglicht wurde. Es ging also um die Kommunikation der Akteure und später auch Akteurinnen. Man wollte wissen, was die anderen machen, und darüber reden. Und so nahm die Geschichte des Verbandes ihren Lauf. Aus dem Gewerbegerichtsverband wurde mit der Gründung der Kaufmannsgerichte der Verband der Gewerbe- und Kaufmannsgerichte und mit der allgemeinen Einführung der Arbeitsgerichte in der Weimarer Republik der Arbeitsgerichtsverband. Aber das

Wichtige ist: Standen die Gewerbegerichte bei der Gründung des Gewerbegerichtsverbandes Pate, so war es der Verband, der maßgeblich dafür sorgte, dass Kaufmannsgerichte und Arbeitsgerichte nach dem paritätischen Vorbild der Gewerbegerichte gebildet wurden. Die Entwicklungen der Arbeitsgerichte und des Arbeitsgerichtsverbandes bedingen einander. Vergrößernd lässt sich sagen: Ohne Gewerbegerichte kein Verband, ohne Verband keine Arbeitsgerichte.

Nach einer ersten Blütezeit löste sich der Verband zu Beginn der Nazidiktatur im Jahr 1934 selbst auf. Wie ging es nach Kriegsende weiter?

Gewohnt gesellig könnte man sagen, auch wenn das vor dem Hintergrund der grausamen charakterlichen und persönlichen Verwüstungen des menschenverachtenden Dritten Reiches schwerfällt. Aber doch (denkt kurz nach): gewohnt gesellig! Denn es trafen bei einer Konferenz der LArbG-Präsidenten am 07.10.1949 Protagonisten aus allen Bereichen des Arbeitsrechts zusammen und beschlossen in launiger Runde, den Verband wieder zu installieren. Und das geschah dann am 15.12.1949 in Köln. Was folgte, war eine große Zeit für den Verband. Man muss sich vergegenwärtigen, dass viele der großen Gesetzgebungsverfahren aus der Nachkriegszeit auf gemeinsam von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden ausgearbeiteten Entwürfen beruhten. Und entsprechend groß war die Bedeutung des Verbandes als dem gemeinsamen Kommunikationsforum für alle Beteiligten. Hinzukam der Aufbau einer in drei Instanzen eigenständigen Arbeitsgerichtsbarkeit, die schnell großes Selbstbewusstsein entwickelte. Es war eine Zeit, in der die Weichen in die Zukunft gestellt wurden, und der Verband war immer dabei.

Welche zentralen Aufgaben sieht der Verband heute?

Das Wichtigste zuerst: Wir müssen Teil der Attraktivität des Arbeitsrechts sein. Zu uns muss man gerne kommen, bei uns muss man gerne Kolleginnen und Kollegen treffen und neue Leute kennenlernen. Den arbeitsrechtlichen Nach-

Dr. Helmut Nause



Präsident des Landesarbeitsgerichts Hamburg und des Deutschen Arbeitsgerichtsverbands

Zunächst war Herr Nause als Rechtsanwalt in Bremen tätig, bevor er 1985 zum Richter am ArbG Hamburg und im Jahr 2000 zum Vorsitzenden Richter am LArbG Hamburg ernannt wurde. 2003 kehrte er dann als Präsident an das ArbG

Hamburg zurück. Seit 2007 ist er Präsident des LArbG Hamburg. Außerdem ist Herr Nause seit Mai 2014 Präsident des Deutschen Arbeitsgerichtsverbands.

wuchs zu gewinnen, sollte unsere größte Herausforderung sein. Wir sind der organisatorische Zusammenhalt der Arbeitsrechtsfamilie und wir müssen es bleiben. Dazu müssen wir für alle gegenwärtigen und zukünftigen Kommunikationsformen und -foren offen sein und werden. Wir müssen dafür sorgen, dass das Arbeitsrecht zukunftsfest bleibt, also durch unsere Themenstellungen über den Tag und das Jahr hinausblicken. Und wir müssen das Recht auf seine Wirksamkeit testen, also betrachten, ob es die damit verfolgten Ziele erreicht. Besonders schön wäre es, wenn es uns gelänge, etwas mehr Licht in das Gestrüpp sich überlagernder arbeitsrechtlicher Regelungsebenen zu bekommen, insbesondere zwischen Europa- und nationalem Recht. Sie sehen, manchmal muss man auch träumen können.

Es hat in der Vergangenheit selten Stellungnahmen zu aktuellen arbeitsrechtlichen Themen gegeben. Gibt es dafür einen tieferen Grund?

Da sind wir schon fast wieder bei der Gründung 1893 angekommen. Wir organisieren die Kommunikation und den Informationsaustausch und damit auch die Meinungsbildung, bilden uns aber nicht als Verband eine Meinung. Wir haben Mitglieder und Mitgliedergruppen, die von vornherein in einem politischen und sozialen Wettbewerb stehen, bei uns sind mehrere Gewerkschaften und Gewerkschaftsverbände organisiert, die verschiedene Positionen vertreten, und die Hochschullehrerschaft ebenso wie die anderen Mitgliedergruppen würden sich nur schwerlich unter einer Meinung zusammenfinden. Das passt nicht zu den unterschiedlichen Aufgaben, die wir im Arbeitsrechtsleben wahrzunehmen haben. Der Verband würde binnen kurzer Zeit auseinanderfliegen, wenn wir in mehr oder minder kontroversen Fragen immer selbst eine Lösung präsentieren wollten. Das brauchen wir auch nicht, dafür sind die bei uns organisierten gesellschaftlichen Gruppen zuständig und legitimiert. Unser Job ist der Austausch zwischen den Gruppierungen.

Wie ist es um die Streitkultur im Arbeitsrecht bestellt und welche Rolle spielt Ihr Verband dabei?

Das ist mein Lieblingsthema. Im Arbeitsrecht wird heftig gestritten. Das gilt nicht nur für den Arbeitskampf, sondern auch für Auseinandersetzungen in der Hochschullehrerschaft, für viele Gerichtsverfahren und Einigungsstellen. Immer prallen eigentlich unversöhnliche Standpunkte aufeinander und immer geht es wahlweise um den Arbeitsmarkt insgesamt, den Wirtschaftsstandort Deutschland, den Bestand des Unternehmens oder des Betriebes, den gesellschaftlichen Konsens und die Verantwortlichkeit der Akteure. Keine kleinen Themen also, die entsprechend mit viel Engagement behandelt werden. Das gilt auch für die Diskussionen im Verband, bei denen mit harten Bandagen gestritten wird. Um dann nach der Veranstaltung die Diskussion hart in der Sache, aber friedlich weiter zu führen. Oder sich einfach auch nur über Urlaub, Familie oder Essen zu unterhalten und

sich als Menschen kennen und schätzen zu lernen. So unversöhnlich die Diskussionen manchmal in der Sache sind, so groß ist doch auch die Bereitschaft zu gegenseitiger Wertschätzung. Was zählt sind Fairness und Offenheit. Mit seinen zahlreichen Veranstaltungen trägt der Verband dazu bei, dass diese Kultur fortbesteht und weitergetragen wird. Das macht für mich mindestens die Hälfte der Bedeutung des Verbandes aus. Unsere Gesellschaft braucht genau dort Zusammenhalt, wo die Meinungsunterschiede besonders groß sind. Das klappt bei uns.

Warum sind in letzter Zeit Themen aufgegriffen worden, die sich mit der Qualität des juristischen Nachwuchses beschäftigen?

Was auf uns zukommt, ist ein großer „Facharbeiterinnen- und Facharbeitermangel“ in allen arbeitsrechtlichen Bereichen. Der veränderte Altersaufbau und das Ausscheiden fast einer ganzen arbeitsrechtlichen Generation in den Arbeitsgerichten der neuen Bundesländer führt zu großen Bedarfen. Und ob bei der Kombination einer geringeren Anzahl von Absolventinnen und Absolventen der arbeitsrechtlichen Ausbildung und einer erhöhten Nachfrage auf dem Arbeitsrechtsmarkt das erforderliche Qualifikationsniveau gehalten werden kann, ist fraglich. Deshalb bedarf es mehr denn je einer guten arbeitsrechtlichen Ausbildung. Arbeitsrecht ist neben dem Familienrecht das Rechtsgebiet mit der größten Bedeutung für die meisten Bürger. Das bedarf qualifizierter Arbeitsrechtler in allen beruflichen Bereichen. Klappen kann das nur, wenn Arbeitsrecht in den juristischen Prüfungen einen seiner Bedeutung entsprechenden Stellenwert hat. Aus verständlichen Gründen besteht bei Studierenden und Referendaren nur wenig Neigung, sich bei der Masse des Prüfungsstoffs auch noch mit einem Fach auseinanderzusetzen, das sich nicht auf die Noten auswirkt. Die Gesellschaft braucht das Arbeitsrecht, deshalb muss sie auch für gut qualifizierten Nachwuchs sorgen. Aber wir sind da, wie fast überall, auf einem guten Weg.

Auch die europäische Dimension des Arbeitsrechts liegt Ihnen am Herzen, wie das zusammen mit dem BAG regelmäßig veranstaltete europarechtliche Symposium zeigt. Gibt es aus Ihrer Sicht Defizite in der Umsetzung europarechtlicher Vorgaben?

Die gibt es immer mal wieder und zuletzt beim Thema „Whistleblowing“. Das ist objektiv ärgerlich, aber selten Thema für den Verband. Grund für Umsetzungsdefizite sind nämlich meistens politische Konflikte im Gesetzgebungsverfahren. Diese Konflikte entstehen, weil die eine oder andere oder sogar eine dritte Seite ihre Interessen nicht hinreichend berücksichtigt fühlt. Und da schweigt der Verband, weil er Diskussionen ermöglicht, aber – außer in seltenen Fällen absoluter Einigkeit – keine politischen Positionen vertritt. Und der Verband weiß, dass es im Falle von Umsetzungsdefiziten rechtliche Mechanismen gibt, wie Konflikte zu lösen sind: Zur

Not mit einer europarechtsfreundlichen Auslegung nationaler Normen „bis an die Schmerzgrenze“. Schön ist das für die Gerichte natürlich nicht, aber ihre Aufgabe.

Der Bundestag hat vor kurzem ein Gesetz zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts mit der Einführung einer sog. Brückenteilzeit beschlossen. Sehen Sie weiteren gesetzlichen Handlungsbedarf, etwa im Befristungsrecht?

Da sind wir wieder mittendrin in der soeben erwähnten Besonderheit des Verbandes: Sie befragen mich in meiner Funktion als dessen Präsident und als solcher werde ich mich dazu nicht äußern. Wir diskutieren solche Themen gerne und offen und vor allen Dingen ziemlich kontrovers bei unseren zahlreichen Tagungen, aber haben dazu „keine Verbandsmeinung“. Wir organisieren die Diskussionen und damit auch die Meinungsbildung, ohne uns als Verband eine Meinung zu bilden. Das ist notwendige Bedingung unserer Arbeit. Und meine persönliche Meinung zu Handlungsbedarf behalte ich an dieser Stelle lieber für mich.

Wenn Sie einen Wunsch an den Gesetzgeber frei hätten, was würden Sie gern geregelt haben?

Gesetz zur Gesetzgebungshygiene:

- 1) Kurze, klare, verständliche Regelungen. Weglassen von Überflüssigem. Vermeidung von Widersprüchen, Beachtung der Einheit der Rechtsordnung.
- 2) Einführung eines Kontrollgremiums, gebildet aus je einem Mitglied der Gruppen des Arbeitsgerichtsverbandes: Eine Richterin, ein Vertreter des Arbeitgeberverbandes, eine Vertreterin der Gewerkschaften, ein Anwalt und eine Hochschullehrerin¹ prüfen Gesetzesentwürfe vor Verabschiedung auf Einhaltung der soeben genannten Erfordernisse. Eigene politische Ambitionen der Mitglieder des Gremiums sind untersagt.

Es wird derzeit viel über die Digitalisierung der Arbeitswelt geredet. Wie steht es um die Digitalisierung der Arbeitsgerichtsbarkeit, Stichwort „elektronischer Rechtsverkehr“?

Ein dunkles Kapitel! Der elektronische Rechtsverkehr ist überall möglich, das Anwaltspostfach endlich eröffnet, aber es hakt nach wie vor bei der praktischen Nutzung. Mal bereitet die elektronische Versendung von Schriftstücken durch die Gerichte Schwierigkeiten, mal die elektronische Anbindung an die Gerichte. Das ist besonders schwierig bei Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften, die nicht das „Glück“ haben, dass ihnen die BRAK eine zentrale Zugangsmöglichkeit verschaffen kann. Hier besteht dringend Handlungsbedarf, um eine sichere und kostengünstige Teilnahme der „Hauptkunden“ der Arbeitsgerichte am elektronischen Rechtsverkehr zu ermöglichen. Das Problem muss gemeinsam gelöst werden, weil eine Verpflichtung zur Nut-

zung des elektronischen Rechtsverkehrs nur bestehen kann, wenn auch eine praktikable und den politischen Befindlichkeiten der Beteiligten entsprechende Zugangsmöglichkeit entwickelt wird. Aus Sicht der Gerichte drängt die Zeit, denn nur wenn unsere Hauptkunden angeschlossen sind, kann der elektronische Rechtsverkehr zu der gewünschten Beschleunigung und Vereinfachung der schriftlichen Kommunikation führen. Und erst dann ist eigentlich der nächste Schritt, die elektronische Gerichtsakte mit ihren Entsprechungen auf Seiten der Prozessvertretungen, sinnvoll.

Auf der Homepage des Verbands wird man mit dem Aufruf empfangen: „Jetzt Mitglied werden“. Verraten Sie uns einen überzeugenden Grund.

Wer teilnehmen will am arbeitsrechtlichen Diskurs, wer die arbeitsrechtliche Diskussion zwischen Hochschule, Richterschaft, Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden und der Fachanwaltschaft miterleben oder sogar mitgestalten will, der kann gar nicht anders, als bei uns mitzumachen. Zwei bundesweite Tagungen im Jahr zu aktuellen Themen, bei denen das „Who is who“ des deutschen Arbeitsrechts anwesend ist – wo gibt es das sonst? Und jährlich um die 20 Ortstagungen gleich um die Ecke, bei denen man neben renommierten Referenten auch noch die ganze örtliche arbeitsrechtliche Kollegenschaft trifft. Und das alles für einen Mitgliedsbeitrag von gerade mal 36 €/Jahr für Einzelmitglieder. Wir sind der Lieferservice für das Arbeitsrecht in Deutschland und bringen es bis – fast – an die Haustür. Wer Teil davon sein und bei Orts- und Landestagungen mitmachen möchte, gehört zu uns. Und wer möchte das nicht?

Abschließend noch eine sehr persönliche Frage: Warum sind Sie Arbeitsrichter geworden, nachdem Sie vorher als Anwalt tätig waren?

Das hat ganz viele Gründe. Zentral war meine arbeitsrechtliche Ausbildung bei Gamillscheg an der Universität Göttingen, der Arbeitsrecht einfach mitreißend lehrte und genau dessen Dynamik vermittelte. Und dann als Referendar ein halbes Jahr beim LArbG Bremen – da lernt man, wie juristisch, aber auch menschlich dieses Rechtsgebiet gerade an den Gerichten Wirkung erlangt. Richten und Schlichten als gleichgewichtige Aufgaben. Eine tolle Erfahrung zum Ende der Ausbildung, die bei mir den Wunsch weckte, genau dort tätig zu sein. Da hatte es der Anwaltsberuf leider schwer bei mir. Aber: Was kann es besseres für einen Richter geben, als vorher anwaltliche Berufserfahrung gesammelt zu haben?

Lieber Herr Nause, ich danke Ihnen für das Gespräch und wünsche Ihnen und dem Verband weiterhin viel Erfolg!

Das Interview wurde geführt von VPräsLAG a.D.
Prof. Dr. Heinz-Jürgen Kalb.

¹ Eigentlich selbstverständlich: Die Genera sind frei gewählt.

Dr. Nadine Fell



Rechtsanwältin

Nach dem Studium der Rechtswissenschaften folgte zwischen 2013 und 2015 eine Tätigkeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung von Herrn Michael Martinek sowie im April 2016 die Dissertation zur GmbH-Gesellschafterliste, welche mit dem Friedrich-Feldbausch-Preis für die besten Dissertationen der Universität des Saarlandes im akademischen Jahr 2016 ausgezeichnet wurde. Nach dem Rechtsreferendariat am LG Frankfurt war sie als wissenschaftliche Mitarbeiterin in internationalen Großkanzleien im Bereich Corporate/M&A beschäftigt. Seit 2018 ist sie als Rechtsanwältin im Bereich Corporate / M&A im Frankfurter Büro der Kanzlei Clifford Chance Deutschland LLP tätig.

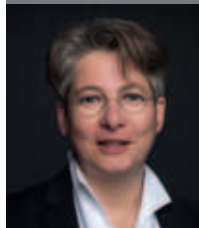
Benedikt Windau



Richter am Amtsgericht

Studium der Rechtswissenschaften an der Bucerius Law School und der Cornell University; wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt. Referendariat im Bezirk des OLG Oldenburg. Nach Stationen u.a. bei der Staatsanwaltschaft Oldenburg und dem LG Oldenburg seit 2014 Richter am AG Cloppenburg und dort u.a. mit Zivilsachen, Familiensachen und Güterrichtersachen betraut. Regelmäßige Veröffentlichungen insbesondere zu verfahrensrechtlichen Themen. Betreiber der Seite zpoblog.de.

Bettina Offer



Rechtsanwältin

Frau Offer ist Gründungspartnerin der auf Fachkräftezuwanderungsrecht spezialisierten Kanzlei Offer & Mastmann in Frankfurt a.M. und Mitheerausgeberin der derzeit einzigen Kommentierung der Beschäftigungsverordnung. Sie berät mit ihrem Team großvolumige Personaltransferprojekte multinationaler Konzerne ebenso wie mittelständische Unternehmen für die Beschäftigung einzelner ausländischer Fach- und Führungskräfte.

Enrico Farinato



Doktorand an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Studium der Rechtswissenschaften und Betriebswirtschaftslehre an der Universität Mannheim; juristischer Vorbereitungsdienst im Bezirk des OLG Stuttgart mit Stationen in den Steuerpraxen international tätiger Wirtschaftskanzleien in Stuttgart und München. Seit 2018 Doktorand an der LMU.

Dr. Mansur Pour Rafsendsjani



Rechtsanwalt

Dr. Mansur Pour Rafsendsjani ist Rechtsanwalt und Partner der Noerr LLP in München und seit mehr als 20 Jahren in der internationalen Rechtsberatung tätig. Zu seinen Tätigkeitsschwerpunkten gehören die Gestaltung internationaler Verträge sowie die gerichtliche Vertretung in den Bereichen des Handels- und Vertriebsrechts und der Logistik. Seine Expertise umfasst zudem das Business Process Outsourcing und Leasing. Als Mitglied der Digital Business Group befasst er sich auch intensiv mit Rechtsfragen der Digitalisierung der Supply Chain unter Berücksichtigung von Cloud Computing-Konzepten, Online-Vertrieb und Online-Plattform-Verträgen.

IMPRESSUM

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

Expertengremium: Vors. Richter am BGH a.D. Wolfgang Ball, Lemberg
Rechtsanwalt Prof. Dr. Guido Britz, St. Ingbert
Vizepräsident des LAG a.D. Prof. Dr. Heinz-Jürgen Kalb, Köln
Richter am BVerwG 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 eingeschickt 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 PraxisKommentar SGB III – Arbeitsförderung, 2. Auflage 2019 online



Herausgeber:
Prof. Dr. Rainer Schlegel,
Präsident des Bundessozialgerichts, Kassel;
Prof. Dr. Thomas Voelzke,
Vizepräsident des Bundessozialgerichts, Kassel

Bandherausgeber:

Prof. Dr. Jens M. Schubert, Leiter des Bereichs Recht und Rechtspolitik, ver.di Bundesverwaltung, Berlin; apl. Universitätsprofessor an der Leuphana Universität, Lüneburg; Ehrenamtlicher Richter am Bag und BSG

Der digitale und demografische Strukturwandel hat erhebliche Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt, der von einer hohen Nachfrage nach qualifizierten Arbeitskräften geprägt ist. In der Arbeitsförderung kommt der Qualifizierung neben den finanziellen Leistungen eine immer größere Bedeutung zu.

Die dazu zum 01.01.2019 in Kraft getretenen Änderungen greift die Online-Neuaufgabe des juris PraxisKommentars SGB III in bewährter Qualität auf.

- Berücksichtigt bereits die zum 01.01.2019 in Kraft getretenen Änderungen durch das Qualifizierungschancengesetz.
- Mit allen SGB III-Änderungen der Jahre 2016/2017, z. B. Pflegeberufereformgesetz (PflBRefG) v. 17.07.2017 – BGBl I 2017, 2581 und Bundesteilhabegesetz (BTHG) v. 23.12.2016 – BGBl I 2016, 3234
- Über 1.800 Online-Aktualisierungshinweise seit der 1. Auflage 2014

Schwerpunkte der 2. Auflage stellen die Erläuterungen zu folgenden Themen dar:

- Leistungsrecht: Arbeitslosengeld I, Kurzarbeitergeld, Zuschüsse, Insolvenzgeld
- Arbeitsmarktpolitische Förderinstrumente
- Maßnahmen der Vermittlung, der beruflichen Bildung, Qualifizierung und Eingliederung
- Bezüge zum SGB II
- Soziale Sicherung nach EU-Recht
- Organisation der Arbeitsverwaltung
- Datenschutz nach der DSGVO

Der ständig aktualisierte Online-Kommentar und auch das E-Book erlauben den Zugriff auf die zahlreichen weiterführenden Informationen in der juris Datenbank und den Abruf zitierter Urteile, Normen und Literaturnachweise im Volltext. So behalten Sie die Entwicklungen in Rechtsprechung, Gesetzgebung und Literatur stets im Blick.

1. bis 3. Nutzer ab 14,00 € / Monat (12 Monate Online-Zugang plus E-Book) zzgl. MwSt.

Mitglieder der ARGE Sozialrecht im DAV erhalten einen Rabatt. Zur Bestellung wenden Sie sich bitte an unseren Vertrieb: Telefon: 0800 - 5 87 47 33

www.juris.de/sgbiiii

IN EIGENER SACHE:

jM-Leserbefragung 2019

Ihre Meinung ist gefragt!

Seit 2014 informiert Sie die jM aktuell, konzentriert und auf hohem Niveau. Wir haben bereits viele Rückmeldungen erhalten, jetzt wollen wir es genauer wissen. Wie intensiv lesen Sie die Zeitschrift, was gefällt Ihnen und was können wir besser machen?

Die Teilnahme nimmt nur rund fünf bis zehn Minuten Ihrer Zeit in Anspruch und hilft uns, noch besser zu werden. Selbstverständlich werden Ihre Angaben anonym ausgewertet.

Machen Sie bis Ende Februar 2019 mit unter:

www.juris.de/Leserbefragung

Oder scannen Sie den QR-Code ein:



Für Ihre Teilnahme winken attraktive Preise:

Wir verlosen unter allen Teilnehmern einen Kindle, drei kabellose Ladegeräte für Smartphones sowie zahlreiche weitere juris Überraschungen.

Auf jeden Fall bedanken wir uns schon jetzt für Ihre Teilnahme!

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. Eine aktuelle Übersicht finden Sie online abrufbar auf unserer Startseite.

www.juris.de/neuewerke

Informationsveranstaltungen

juris lädt regelmäßig zu kostenlosen Informationsforen ein, um die verlagsübergreifende juristische Informationsdatenbank live vorzustellen.

12.03.2019 Saarbrücken, SZ-Forum

09:30 – 12:00 Uhr

03.04.2019 Potsdam, Hotel Dorint Sanssouci

09:30 – 12:00 Uhr

04.04.2019 Berlin, Hotel Maritim

Stauffenbergstraße

09:30 – 12:00 Uhr

13:30 – 16:00 Uhr

09.04.2019 Kiel, Kieler Yacht Club

09:30 – 12:00 Uhr

13:30 – 16:00 Uhr

26.06.2019 Köln, Maritim Hotel

09:30 – 12:00 Uhr

03.07.2019 München, Maritim Hotel

09:30 – 12:00 Uhr

13:30 – 16:00 Uhr

14.08.2019 Hannover, Crowne Plaza

09:30 – 12:00 Uhr

27.11.2019 Düsseldorf, Maritim Hotel

09:30 – 12:00 Uhr

Weitere aktuelle Messetermine finden Sie hier:

www.juris.de/veranstaltungen



juris PartnerModule – geschmiedet zu Ihrem Vorteil

Die Online-Angebote der jurisAllianz ermöglichen die verlagsübergreifende und durchgängige Recherche in der wichtigsten juristischen Fachliteratur, ständig aktualisiert und verknüpft mit der juris Datenbank. Einfach, schnell, lückenlos und sicher.

www.juris.de/partnermodule

Über 70 Online-Module –
mehr als 20 Fachgebiete

jurisAllianz

Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.

Juris
Das Rechtsportal

ottoschmidt

DE GRUYTER

ESV ERICH
SCHMIDT
VERLAG

C.F. Müller

rehm
Kollmannsperger-Wittig-Jahnke-Verlag

STOTAX
STATISTIK MEDIEN

Bundesanzeiger
Verlag

dfv Mediengruppe

DeutscherAnwaltVerlag

DeutscherNotarVerlag

STAUDINGER BGB

STAUDINGER Online
exklusiv bei juris!

Zu Recht auf unserer Seite

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

Neben der Gesamtausgabe sind auch folgende Pakete im Teilabonnement erhältlich:

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

Jetzt gratis testen!

www.juris.de/staudinger

**NEU: Einleitung zum
Familienrecht, §§ 1297-1352**

ab **21,00 €**/Monat *

* Preis für STAUDINGER Online Bankrecht pro Monat für den 1. Nutzer zzgl. MwSt., 12-Monats-Abo

juris[®] Das Rechtsportal