

# Juris<sup>®</sup> Die Monatszeitschrift

JM 3 | März 2019

## Topthema:

**Internal Investigations – das Jones Day-Debakel im Spiegel der Kommentatoren und im Lichte der Strafrechtspolitik**

Prof. Dr. Marco Mansdörfer

## Interview:

**50 Jahre Anwalt: von Fernschreibern, dem beA und anderen Innovationen**

RA Dr. Klaus Landry

## In dieser Ausgabe:

**Gewährleistungsausschluss im Kaufrecht – jüngste Entwicklungen der Rechtsprechung**

Prof. Dr. Michael Jaensch

**Die neue „Brückenteilzeit“**

VRLAG Dr. Jochen Sievers

**Beschleunigte Asylverfahren in der Schweiz**

StS Mario Gattiker

**Die Sonderregel für Beteiligungsveräußerungen ab 1 % – ist § 17 EStG ein Fall für das (steuer-)historische Museum?**

RR Dr. Joachim Strohm

**JM-Leserbefragung – Ihre Meinung ist gefragt**  
Machen Sie mit unter:  
[www.juris.de/leserbefragung](http://www.juris.de/leserbefragung)





## 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](http://www.juris.de/partnermodule)

Über 70 Online-Module –  
mehr als 35 Rechtsgebiete

# jurisAllianz

Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.

**Juris**  
Das Rechtsportal

**ottoschmidt**

**DE GRUYTER**

**ESV** ERICH  
SCHMIDT  
VERLAG

**C.F. Müller**

**rehm**  
König

**STOTAX**  
STUTTGARTER MEDIEN

**Bundesanzeiger**  
Verlag

**dfv** Mediengruppe

**DeutscherAnwaltVerlag**

**DeutscherNotarVerlag**

## INHALT

### AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

#### Zivil- und Wirtschaftsrecht

**Gewährleistungsausschluss im Kaufrecht – jüngste Entwicklungen der Rechtsprechung**

Prof. Dr. Michael Jaensch

S. 90

**Vermieter muss Telefonleitung instandsetzen!**

BGH, Urt. v. 05.12.2018 - VIII ZR 17/18

Dr. Jutta Hartmann

S. 95

**Mieterhöhung und verbraucher-schützender Widerruf im Fernabsatz**

BGH, Urt. v. 17.10.2018 - VIII ZR 94/17

Prof. Dr. Markus Würdinger

S. 98

#### Arbeitsrecht

**Die neue „Brückenteilzeit“**

VRLAG Dr. Jochen Sievers

S. 100

#### Sozialrecht

**Unfallversicherungsschutz von Vorbereitungshandlungen**

BSG, Urt. v. 23.01.2018 - B 2 U 3/16 R

Ri'inSG Dr. Anna Nusser, z.Zt. Wiss. Mit. beim BVerfG

S. 108

#### Verwaltungsrecht

**Beschleunigte Asylverfahren in der Schweiz**

StS Mario Gattiker

S. 110

**Tatsachenfeststellungen in ausländischen Strafurteilen binden deutsche Disziplinargerichte**

BVerwG, Urt. v. 19.04.2018 - 2 C 59/16

RiVG Dr. Matthias Pflughaupt, z. Z. Wiss. Mit. beim BVerwG

S. 113

# INHALT

## AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

### Steuerrecht

**Die Sonderregel für Beteiligungsveräußerungen ab 1 % – ist § 17 EStG ein Fall für das (steuer-)historische Museum?**

RR Dr. Joachim Strohm

S. 116

### Topthema:

### Strafrecht

**Internal Investigations: Das BVerfG inhaltsleer und provinziell? – das Jones Day-Debakel im Spiegel der Kommentatoren und im Lichte der Strafrechtspolitik**

Prof. Dr. Marco Mansdörfer

S. 123

## INTERVIEW

**50 Jahre Anwalt: von Fernschreibern, dem beA und anderen Innovationen**

Interview mit:

RA Dr. Klaus Landry

S. 129

## „Um Rechtssicherheit für alle Beteiligten zu schaffen...“



**Holger Radke,**  
Vizepräsident des Landgerichts Karlsruhe

werden wir gesetzliche Vorgaben für „Internal Investigations“ schaffen.“ Diese Absichtserklärung findet sich im aktuellen Koalitionsvertrag der Bundesregierung als ein Baustein des „Paktes für den Rechtsstaat“, dessen Verwirklichung sich die Koalitionäre auf ihre Fahnen geschrieben haben. Der Begriff der „Internal Investigations“ (warum muss die Arbeitsgrundlage einer deutschen Regierung eigentlich an dieser Stelle englische Begriffe verwenden?) steht für unternehmensinterne Ermittlungen, die das Aufdecken und Beheben von Rechtsverstößen zum Ziel haben. Vereinfacht ausgedrückt: ein Unternehmen ermittelt – meist mit professioneller Hilfe von außen – gegen sich selbst. Je größer und komplexer eine Gesellschaft oder gar ein ganzer Konzern strukturiert ist, desto hilfreicher kann ein solcher Versuch der Selbstfindung und Selbstreinigung sein. Denn der Staat stößt bei hochkomplexen und verschachtelten Strukturen auch mit spezialisierten Schwerpunktstaatsanwaltschaften und Wirtschaftsstrafkammern an seine Grenzen, insbesondere, wenn er mögliche Rechtsverstöße in angemessener Zeit aufklären und womöglich aburteilen möchte. Dies gilt umso mehr, als Staatsanwältinnen und Staatsanwälte, Richterinnen und Richter, die neben juristischer Expertise auch den nötigen wirtschaftlichen Sachverstand mitbringen, alles andere als leicht zu finden sind.

So hilfreich es sein mag: es ist vorprogrammiert, dass die internen Ermittlungen sehr leicht in ein Spannungsverhältnis

zu den Aktivitäten der staatlichen Ermittlungsbehörden geraten können, insbesondere dann, wenn die interne Aufarbeitung so spät einsetzt, dass sie unmittelbar mit der Arbeit von Staatsanwaltschaft und Polizei konkurriert. Ein Beispiel dafür ist die Aufklärung des sog. Diesel-Skandals, namentlich die Ermittlungen gegen die Volkswagen AG und deren Tochtergesellschaften. Im Sommer 2018 hat das Spannungsverhältnis in diesem konkreten Verfahren sogar das BVerfG auf den Plan gerufen, nachdem die Staatsanwaltschaft München im Rahmen ihrer Ermittlungen gegen die Audi AG Geschäftsräume der Anwaltssozietät „Jones Day“ durchsucht hatte, die von Volkswagen mit der Durchführung interner Ermittlungen beauftragt worden war. Verstieß die Auslegung der maßgeblichen Vorschriften der StPO durch die Ermittlungsbehörden gegen das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung oder ein faires Verfahren? Sind Anwälte einer us-amerikanischen „Partnership“ überhaupt im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde beschwerdeberechtigt? Spannende Fragen allemal.

Seit diesen sog. Jones Day Beschlüssen des BVerfG wissen die Legisten in den Bundesministerien jedenfalls genauer als zuvor, welchen Aufgaben sie sich bei der Umsetzung des Koalitionsvertrages werden stellen müssen. Und die jM – der die aktive Begleitung rechtspolitischer Diskussionen ein wichtiges Anliegen ist – kann durch den praxisnah und informativ verfassten Aufsatz von Herrn Professor Mansdörfer einen guten Beitrag dazu leisten.

Nicht in Erwartung künftiger Regelungen, sondern auf Basis des geltenden Rechts, widmet sich Professor Jaensch einer Materie, die ein Dauerbrenner in der täglichen Arbeit zahlreicher Juristen diverser Berufsfelder ist: dem Gewährleistungsausschluss im Kaufrecht. Was lässt sich in AGB regeln, wann greift der Einwand der Arglist und in welchen Fällen ist von einer Beschaffenheitsvereinbarung auszugehen? Es ist lohnend, diesen Überblick zu lesen.

Von der Anschaffung eines Fernschreibers (man könnte auch von Depesche oder Telegramm sprechen) bis zur Einführung des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs: wer 50 Jahre als Rechtsanwalt tätig war und ist, der hat einiges durchgemacht und vieles erlebt. Es ist lesenswert und ermutigend, wenn Dr. Klaus Landry, Partner der Sozietät GvW Graf von Westphalen, Hamburg, in unserem Interview zurückblickt, um letztlich zu resümieren, er würde erneut den Anwaltsberuf ergreifen und auch rückblickend nichts anders machen.

Gewinn und Freude bei der Lektüre dieser, aber auch der weiteren sehr lesenswerten, Beiträge wünscht Ihnen, im Namen aller Herausgeber und Experten,

Holger Radke



## Gewährleistungsausschluss im Kaufrecht – jüngste Entwicklungen der Rechtsprechung

Prof. Dr. Michael Jaensch

### A. Einleitung

Liefert der Verkäufer eine mangelhafte Sache, kann der Käufer seine in § 437 BGB genannten Gewährleistungsrechte geltend machen. Im Rahmen der Vertragsfreiheit können die Parteien vereinbaren, die Gewährleistung zu beschränken oder auszuschließen. Jedoch setzt das Gesetz dem Gewährleistungsausschluss zahlreiche Grenzen, die von der Rechtsprechung käuferfreundlich ausgeformt wurden, was den Spielraum des Verkäufers, seiner Haftung teilweise oder gänzlich zu entgehen, zusätzlich einengt.

### B. Grenzen des Gewährleistungsausschlusses

Für Verbrauchsgüterkaufverträge schränkt § 476 BGB den Gewährleistungsausschluss ein. Erfolgt der Ausschluss in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), sind die §§ 307 ff. BGB zu beachten. Für alle Arten von Kaufverträgen begrenzt § 444 BGB die Möglichkeiten des Gewährleistungsausschlusses. Schließlich legt die Rechtsprechung Haftungsausschlussvereinbarungen restriktiv aus und unterscheidet dabei nach der Art des Mangels.

#### I. Verbrauchsgüterkaufvertrag

In Verbrauchsgüterkaufverträgen können vor Mitteilung des Mangels die Rechte des Käufers gem. § 437 Nr. 1 und 2 BGB auf Nacherfüllung, Rücktritt und Minderung nicht ausgeschlossen und die Verjährungsfristen nicht unter zwei Jahre, bei gebrauchten Sachen nicht unter ein Jahr verkürzt werden, § 476 Abs. 1 und Abs. 2 BGB. Von diesen Beschränkungen sind die in § 437 Nr. 3 BGB genannten Schadensersatzansprüche ausgeschlossen, § 476 Abs. 3 BGB. Das Gleiche gilt für den Aufwendungsersatz, der ebenfalls in § 437 Nr. 3 BGB genannt ist und alternativ zum Schadensersatz statt der Leistung zur Verfügung steht.<sup>1</sup>

Es ist indes fraglich, ob für gebrauchte Sachen eine Verkürzung der Verjährungsfrist unter zwei Jahre gem. § 476 Abs. 2 a.E. BGB infolge der Ferenschild-Entscheidung des EuGH<sup>2</sup> zulässig ist. Der Gerichtshof entschied auf Ersuchen eines belgischen Gerichts, dass die Mitgliedstaaten nicht befugt seien, eine Verkürzung der Verjährungsfrist zu gestatten. Die Ermächtigung in Art. 7 Abs. 1 Unterabs. 2 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie<sup>3</sup> gestatte den Mitgliedstaa-

ten nur die Verkürzung der Haftungsfrist. Die Urteilsbegründung vermag nicht vollends zu überzeugen, da sie die Historie<sup>4</sup> und die Systematik der Vorschrift unberücksichtigt lässt, die auf den gesamten Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie verweist, welcher die Haftungs- und Verjährungsfrist regelt.<sup>5</sup> Allerdings wird das Urteil durch den Wortlaut der Norm gestützt. Eine Haftungsfrist, innerhalb der der Mangel auftreten muss, sieht das deutsche Recht nicht vor. Die Möglichkeit zur Verkürzung der Verjährungsfrist beim Verkauf gebrauchter Sachen nach § 476 Abs. 2 a.E. BGB ist infolge der EuGH-Entscheidung nicht richtlinienkonform. Unklar ist, zu welchen Auswirkungen dies im deutschen Recht führt. Teilweise wird angenommen, die Entscheidung habe bis zur Neuregelung keine Auswirkung, da mangels unmittelbarer Anwendbarkeit der Richtlinie im Verhältnis unter Privaten kein Anwendungsvorrang besteht.<sup>6</sup> Andere sprechen sich für eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung der Norm aus, um sodann im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung die Vereinbarung dahin gehend umzudeuten, dass statt einer verkürzten Verjährungsfrist eine einjährige Haftungsfrist gilt.<sup>7</sup> Der BGH hat in der Vergangenheit recht großzügig von der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung Gebrauch gemacht, sofern er einen konkreten Willen des Gesetzgebers zur richtliniengetreuen Umsetzung erkennen konnte und dessen Verständnis der Richtlinie fehlerhaft war.<sup>8</sup> Hinsichtlich § 475 Abs. 2 BGB-E (nunmehr § 476 Abs. 2 BGB) ging der Gesetzgeber davon aus, Art. 7 der Richtlinie lasse bei gebrauchten Sachen die Verkürzung der Verjährungsfrist „ausdrücklich zu“. <sup>9</sup> Er (wie übrigens die Gesetzgeber weiterer 15 Mitgliedstaaten)<sup>10</sup> irrite über

1 Ball in: juris PK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 476 Rn. 35.

2 EuGH, Urt. v. 13.07.2017 - Rs. C-133/16 - „Ferenschild“.

3 RL 1999/44/EG vom 25.05.1999, ABl. EG vom 07.07.1999 L 171, S. 12.

4 Hierzu Staudemeyer, NJW 1999, 2393, 2396.

5 Ebenso Gsell in: Staudinger, BGB, Eckpfeiler des Zivilrechts, 2018, L., Rn. 70.

6 Augenhöfer in: BeckOGK, BGB, § 476 Rn. 67, Stand: 01.05.2018.

7 Leenen, JZ 2018, 284, 288 ff.; Ball in: juris PK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 476 Rn. 26.2 ff.

8 BGH, Urt. v. 26.11.2008 - VIII ZR 200/05 Rn. 23 ff.; BGH, Urt. v. 21.12.2011 - VIII ZR 70/08 Rn. 32 f.

9 RegBegr. BT-Drs. 14/6040, S. 245.

10 Augenhöfer in: BeckOGK, BGB, § 476 Rn. 67.1, Stand: 01.05.2018.

den nach Auffassung des EuGH geltenden Richtlinieninhalt. Aufgrund dieser Regelungslücke kann § 476 Abs. 2 a.E. BGB dahin gehend richtlinienkonform reduziert werden, dass die Parteien zwar nicht die Verjährungsfrist, allerdings die Frist, in der der Mangel auftreten muss (Haftungsfrist), auf ein Jahr verkürzen können.<sup>11</sup> Vertragliche Vereinbarungen über die Verkürzung der Verjährungsfrist können aufgrund der fortgebildeten gesetzlichen Regelung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung entsprechend umgedeutet werden, um zu verhindern, dass es nicht zur Verdoppelung der Haftungsdauer kommt, was von keiner Partei bei Vertragsschluss gewollt war.

## II. Gewährleistungsausschluss in AGB

Dem Ausschluss von Gewährleistungsansprüchen in AGB setzen die §§ 307 ff. BGB Grenzen.

### 1. Allgemeine Klauselverbote

Von Bedeutung für Klauseln zum Ausschluss der Gewährleistung sind vor allem § 309 Nr. 7, Nr. 8 und Nr. 12 BGB sowie das Transparenzgebot gem. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. § 309 Nr. 12 BGB erklärt Klauseln für unwirksam, die die Beweislast zum Nachteil des anderen Vertragsteils ändern. § 307 Nr. 8 BGB enthält spezifische Klauselverbote für Gewährleistungsausschlüsse. § 309 Nr. 7 BGB betrifft schließlich den Haftungsausschluss. Nach deren Buchst. a) kann die Haftung für Verletzungen von Leben, Körper und Gesundheit nicht ausgeschlossen werden. Nach Buchst. b) ist der Haftungsausschluss für sonstige Schäden bei grob fahrlässig und vorsätzlicher Pflichtverletzung unzulässig.

### 2. Klauseln zur Verkürzung der gesetzlichen Verjährungsfrist von Gewährleistungsansprüchen beim Verkauf gebrauchter Sachen

Nutzt der Verwender die Möglichkeit zur Verkürzung der Verjährungsfrist des Nacherfüllungsanspruchs gem. § 476 Abs. 2 a.E. BGB auf ein Jahr, hat dies Auswirkungen auf den Schadensersatz statt der Leistung, was bei der Gestaltung von AGB zu berücksichtigen ist. Denn nach Jahresfrist entfällt der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung, der einen durchsetzbaren Nacherfüllungsanspruch voraussetzt. Dieser Zusammenhang ist einem juristischen Laien nicht ohne Weiteres ersichtlich. Daher bedarf es zur Herstellung der nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB gebotenen Transparenz einer differenzierten Verjährungsverkürzung.

Die Verkürzung der gesetzlichen Verjährungsfristen gilt als Haftungsausschluss.<sup>12</sup> Somit muss wegen § 309 Nr. 7 BGB eine Verjährungsverkürzung Schadensersatzansprüche wegen der Verletzungen von Leben, Körper und Gesundheit und die Haftung für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz unbe-

rührt lassen. Dabei ist herauszustellen, dass Ansprüche auf Schadens- und Aufwendungsersatz, die einen Nacherfüllungsanspruch voraussetzen und nicht auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit beruhen, bereits nach einem Jahr ausgeschlossen sind,<sup>13</sup> während Schadensersatzansprüche, die § 309 Nr. 7 BGB unterfallen, nach zwei Jahren verjähren. Diese Differenzierung ist infolge der hier vertretenen richtlinienkonformen Rechtsfortbildung von § 476 Abs. 2 a.E. BGB im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung umzu- deuten.<sup>14</sup> Demnach verjährt der Nacherfüllungsanspruch nach zwei Jahren; allerdings entsteht der Anspruch nur, sofern sich der Mangel innerhalb eines Jahres offenbart. Das Gleiche gilt folglich für den Schadensersatz statt der Leistung, sofern er nicht § 309 Nr. 7 BGB unterfällt.

### III. § 444 BGB

Wird unter Beachtung von §§ 476, 307 ff. BGB ein Haftungsausschluss vereinbart, kann sich der Verkäufer gem. § 444 BGB auf die Vereinbarung nicht berufen, soweit er den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat. Die Vorschrift geht auf die Schuldrechtsreform zurück und hat zu keiner wesentlichen Änderung der Rechtslage geführt. Im Hinblick auf den arglistig verschwiegenen Mangel tritt § 444 BGB an die Stelle der §§ 443, 476 BGB a.F. Was die Beschaffenheitsgarantie betrifft, geht § 11 Nr. 11 AGBG, gemäß dem die Haftung für eine zugesicherte Eigenschaft in AGB nicht ausgeschlossen werden konnte, in § 444 BGB auf. Ausweislich der Gesetzmateriale ist die Zusicherung einer Eigenschaft der Kaufsache i.S.v. § 459 Abs. 2 BGB a.F. als Beschaffenheitsgarantie i.S.v. § 444 BGB zu werten.<sup>15</sup> Dem ist die Rechtsprechung<sup>16</sup> gefolgt. Aber auch individualvertraglich ließ die Rechtsprechung zum alten Recht einen Gewährleistungsausschluss für zugesicherte Eigenschaften nicht zu.<sup>17</sup> Die Unzulässigkeit, sich auf den Gewährleistungsausschluss wegen des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft zu berufen, lässt sich mit dem Grundsatz des widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) begründen.<sup>18</sup> Wesensmerkmal der

11 Leenen, JZ 2018, 284, 288 ff.; einschränkend Ball in: juris PK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 476 Rn. 26.2.; a.A. Faust in: BeckOK, BGB, § 476 Rn. 2a, Stand: 01.05.2018.

12 BGH, UrT. v. 22.09.2015 - II ZR 340/14 Rn. 16; BGH, UrT. v. 29.05.2013 - VIII ZR 174/12 Rn. 15; BGH, UrT. v. 15.11.2006 - VIII ZR 3/06 Rn. 19.

13 Vgl. BGH, UrT. v. 29.04.2015 - VIII ZR 104/14 Rn. 16 ff.

14 Zur Zulässigkeit der ergänzenden Vertragsauslegung bei AGB siehe Leenen, JZ 2018, 284, 290.

15 RegBegr. BT-Drs. 14/6040, S. 240.

16 BGH, UrT. v. 29.11.2006 - VIII ZR 92/06 Rn. 20.

17 BGH, UrT. v. 26.01.1983 - VIII ZR 227/81 Rn. 11.

18 Honsell in: Staudinger, BGB, 13. Bearbeitung 1995, § 476 Rn. 29; Huber in: Soergel, BGB, 12. Aufl. 1991, § 459 Rn. 308.

Eigenschaftszusicherung war, für das Vorliegen der Eigenschaft gem. § 463 Satz 1 BGB a.F. verschuldensunabhängig eintreten zu wollen. Wer zugleich die Haftung ausschließt, verhält sich widersprüchlich und kann sich gem. § 242 BGB nicht auf den Haftungsausschluss berufen. Diese zur Eigenschaftszusicherung bestehende Rechtslage im alten Recht gibt § 444 BGB unter Verwendung des Begriffs der Beschaffenheitsgarantie lediglich wieder. Die verschuldensunabhängige Haftung wird nunmehr über § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB erreicht.

#### **IV. Gewährleistungsausschluss für bestimmte Arten von Sachmängeln**

##### **1. Beschaffenheitsvereinbarung, § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB**

Trifft ein umfassender Gewährleistungsausschluss mit einer Beschaffenheitsvereinbarung zusammen, räumt der BGH letzterer Vorrang ein. Er legt den Gewährleistungsausschluss restriktiv aus, sodass er die Beschaffenheitsvereinbarung nicht umfasst und nur die Mängel nach § 434 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 BGB betrifft. Denn anderenfalls wäre – außer im Fall des arglistigen Verschweigens des Mangels durch den Verkäufer – die Beschaffenheitsvereinbarung für den Käufer ohne Sinn und Wert.<sup>19</sup> Diese Argumentation gilt für ausdrückliche wie konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen<sup>20</sup> und wurde auf Rechtsmängel übertragen.<sup>21</sup> Offengelassen wurde lediglich, ob die Gewährleistung für eine Beschaffenheitsvereinbarung ausdrücklich ausgeschlossen werden kann.<sup>22</sup> Der BGH fügt somit im Wege der restriktiven Auslegung dem § 444 BGB einen dritten Verhinderungstatbestand hinzu. Dem ist entgegenzuhalten, dass eine Beschaffenheitsvereinbarung für den Käufer sehr wohl noch von Sinn und Wert ist, da sie seine Kaufentscheidung beeinflusst.<sup>23</sup> Möchte er sich seine Gewährleistungsrechte sichern, darf er sich auf keinen Haftungsausschluss einlassen<sup>24</sup> oder muss auf eine Beschaffenheitsgarantie bestehen. Es ist kein Grund ersichtlich, den Käufer in Verträgen, die nicht den §§ 474 ff. BGB unterfallen, einem besonderen Schutz zu unterwerfen. Schließlich ist nicht einzusehen, dass ein umfassender Gewährleistungsausschluss Mängel nach § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB einschließt, nicht hingegen konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen. Denn die Beschaffenheit, die der Käufer erwarten kann, lässt sich auch im Wege der Vertragsauslegung ermitteln, sodass ein Sachmangel aufgrund konkludenter Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 Abs. 1 Satz 1 BGB) sich kaum von der zu erwartenden Beschaffenheit (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB) unterscheidet.<sup>25</sup> Die Rechtsprechung, die der Beschaffenheitsvereinbarung im Wege der restriktiven Auslegung Vorrang vor einem umfassenden Gewährleistungsausschluss einräumt, vermag nicht zu überzeugen.

##### **a. Vergleich zum alten Recht**

Ein Vergleich zum alten Recht liefert keinen Hinweis, der den Vorrang der Beschaffenheitsvereinbarung vor einem umfassenden Haftungsausschluss rechtfertigt. Vor der Schuldrechtsreform war der Haftungsausschluss für Abweichungen von einer Beschaffenheitsvereinbarung (subjektiver Fehler) zulässig.<sup>26</sup> Es verwundert, warum nun etwas anderes gelten soll, obwohl sich die Tatbestände zum Sachmangel nur unwesentlich geändert haben. Die zugesicherte Eigenschaft i.S.v. § 459 Abs. 2 BGB a.F. erfüllt den Tatbestand der Beschaffenheitsgarantie i.S.v. § 444 BGB, die einen Einstandswillen voraussetzt. Der subjektive Fehlerbegriff des § 459 Abs. 1 BGB a.F. geht in der Beschaffenheitsvereinbarung von § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB auf, womit Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 Buchst. a) der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie umgesetzt wurde.<sup>27</sup> Demnach liegt ein Sachmangel vor, wenn bei Gefahrübergang die Sache nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufweist. Ungeklärt sind die Anforderungen, die an diese Vereinbarung zu stellen sind. Im alten Recht war der subjektive Fehlerbegriff einerseits von der unverbindlichen Beschreibung der Kaufsache<sup>28</sup> und andererseits von der Zusicherung einer Eigenschaft zu unterscheiden, die einen Einstandswillen voraussetzte.<sup>29</sup> Vor diesem Hintergrund wird daher konsequent gefolgert, die Beschaffenheitsvereinbarung i.S.v. § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB setze keinen Einstandswillen voraus.<sup>30</sup>

##### **b. Beschaffenheitsvereinbarung mit Einstandswillen?**

Unter Geltung des neuen Rechts wird die Beschaffenheitsvereinbarung von der unverbindlichen Wissenserklärung einerseits und der Beschaffenheitsgarantie andererseits abgegrenzt. Mit der Übernahme einer Beschaffenheitsgarantie ist die Zusicherung einer Eigenschaft i.S.v. § 459 Abs. 2 BGB a.F. umfasst, welche die Bereitschaft zu erkennen gibt,

19 BGH, Urt. v. 29.11.2006 - VIII ZR 92/06 Rn. 31, seither in ständiger Rechtsprechung, siehe BGH, Urt. v. 27.09.2017 - VIII ZR 271/16 Rn. 23; BGH, Urt. v. 09.02.2018 - V ZR 274/16 Rn. 22.

20 BGH, Urt. v. 06.11.2015 - V ZR 78/14 Rn. 9.

21 BGH, Urt. v. 26.04.2017 - VIII ZR 233/15 Rn. 22 ff.

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

23 Gutzeit, NJW 2007, 1350, 1351; Büdenbender in: Dauner-Lieb, BGB, 3. Aufl. 2016, § 444 Rn. 23.

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

25 Faust, JZ 2016, 1012, 1013.

26 BGH, Urt. v. 12.03.2008 - VIII ZR 253/05 Rn. 13 mit Verweis auf BGH, Urt. v. 05.07.1978 - VIII ZR 172/77.

27 RegBegr. BT-Drs. 14/6040, S. 212.

28 Putzo in: Palandt, BGB, 61. Aufl. 2002, § 459 Rn. 15.

29 BGH, Urt. v. 10.10.1977 - VIII ZR 110/76 Rn. 10.

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



für die Beschaffenheit einzustehen. Wegen der damit verbundenen verschuldensunabhängigen Haftung ist bei der Annahme einer Beschaffenheitsgarantie Zurückhaltung geboten.<sup>31</sup> Es liegt somit in der Tat auf der Hand, im Umkehrschluss und im Anschluss an das alte Recht zu folgern, eine Beschaffenheitsvereinbarung erfordere keinen Einstandswillen. Dies könnte auch der ursprünglichen Auffassung des BGH entsprochen haben. Tatsächlich stützt er anfänglich seine Rechtsprechung vom Vorrang der Beschaffenheitsvereinbarung vor einem umfassenden Gewährleistungsausschluss nicht auf das widersprüchliche Verhalten des Verkäufers.<sup>32</sup> Denn einen solchen Widerspruch wird man nur bei einem Einstandswillen annehmen können. Ansonsten kann die Haftung für einen Vertragsbruch ausgeschlossen werden, sofern er nicht auf Vorsatz beruht, § 276 Abs. 3 BGB.<sup>33</sup> Rund ein Jahr später jedoch verlangt der Gerichtshof in Abgrenzung zur unverbindlichen Wissenserklärung für die Annahme einer Beschaffenheitsvereinbarung den Willen des Verkäufers, für die Beschaffenheit einzustehen. Daher seien an eine Beschaffenheitsvereinbarung strenge Anforderungen zu stellen, sodass sie nur in eindeutigen Fällen in Betracht komme. Begründet wird dies mit dem halbzwingenden Charakter im Verbrauchsgüterkauf, bei dem der Verkäufer seine Haftung aufgrund § 476 BGB nicht umfassend ausschließen könne.<sup>34</sup> An diesen strengen Anforderungen hält der BGH in ständiger Rechtsprechung fest<sup>35</sup> und überträgt das Erfordernis des Einstandswillens als Tatbestandsvoraussetzung für die Beschaffenheitsvereinbarung schließlich stillschweigend und ohne Begründung auf sonstige Kaufverträge, die den §§ 474 ff. BGB nicht unterfallen.<sup>36</sup> Auf diesem Weg nähert der Gerichtshof die Beschaffenheitsvereinbarung der Beschaffenheitsgarantie an. Beide setzen nun einen Einstandswillen voraus und haben Vorrang vor einem Gewährleistungsausschluss.

### c. Annähernde Gleichstellung von Beschaffenheitsvereinbarung und Beschaffenheitsgarantie

Für die Beschaffenheitsvereinbarung, einen Einstandswillen zu fordern, stellt einen Paradigmenwechsel gegenüber dem alten Recht dar. Die hierzu gelieferte Begründung des halbzwingenden Charakters von § 476 BGB überzeugt bereits für Verbrauchsgüterkaufverträge nicht. Denn nach § 476 BGB muss der Verkäufer für alle Mängel i.S.d. §§ 434 ff. BGB haften, sei es kraft Vereinbarung oder kraft Gesetzes, ohne dass es auf einen Einstandswillen ankäme. Für sonstige Kaufverträge gilt § 476 BGB nicht; die Gewährleistung ist grds. abdingbar.

Nimmt man mit der Rechtsprechung eine Beschaffenheitsvereinbarung nur bei einem Einstandswillen des Verkäufers an, unterschiede sich diese von der Beschaffenheitsgarantie nur in der Schadensersatzhaftung. Bei der Ga-

rantie ist aufgrund § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB die Haftung verschuldensunabhängig, hingegen setzt die Haftung für die Abweichung von der Beschaffenheitsvereinbarung Verschulden voraus. Dieser Unterschied ist i.d.R. zu vernachlässigen. Zwar kommt es bei der verschuldensabhängigen Haftung selten zur Schadensersatzpflicht des Verkäufers aufgrund der mangelhaften Lieferung, denn er haftet für Sachmängel nicht, wenn er lediglich Weiterverkäufer ist, da ihm das Verschulden des Herstellers nicht nach § 278 BGB zuzurechnen ist,<sup>37</sup> ohne dass eine Unterscheidung nach Art des Sachmangels vorgenommen würde. Sähe man bereits in der Beschaffenheitsvereinbarung den Willen zur verschuldensunabhängigen Haftung, wäre die Grenze zur Garantie endgültig aufgehoben. Jedoch wird der Verkäufer i.d.R. statt der nicht erfolgten Nacherfüllung Schadensersatz zu leisten haben. Denn sein Verschulden wird aufgrund § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB vermutet, was er meist nicht widerlegen kann. Somit ist der Verkäufer auch im Fall einer Beschaffenheitsvereinbarung i.d.R. einem Schadensersatzanspruch ausgesetzt. Aufgrund der gewandelten Rechtsprechung, die für die Beschaffenheitsvereinbarung einen Einstandswillen fordert, ist der Unterschied zur Beschaffenheitsgarantie auf der Tatbestands- wie auf der Rechtsfolgenseite praktisch zu vernachlässigen und eher von akademischer Bedeutung.

### d. Konsequenzen für den Gewährleistungsausschluss

Der von der Rechtsprechung vollzogene Wandel der Natur der Beschaffenheitsvereinbarung, die nunmehr einen Einstandswillen voraussetzt, ermöglicht, ein stichhaltiges Argument für den Vorrang zum Gewährleistungsausschluss nachzuliefern. Neuerdings behauptet der BGH nicht mehr, eine Beschaffenheitsvereinbarung sei beim umfassenden Gewährleistungsausschluss für den Käufer ohne Sinn und Wert. Stattdessen begründet er den Vorrang der Beschaffenheitsvereinbarung mit der Absicht, durch die einschränkende Auslegung der Haftungsausschlussvereinbarung den inneren Widerspruch zwischen den beiden vertraglichen Regelungen aufzulösen.<sup>38</sup>

31 BGH, Urt. v. 29.11.2006 - VIII ZR 92/06 Rn. 20.

32 BGH, Urt. v. 29.11.2006 - VIII ZR 92/06.

33 Ebenso bereits Emmert, NJW 2006, 1765, 1768.

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

35 BGH, Urt. v. 26.04.2017 - VIII ZR 80/16 Rn. 13; BGH, Urt. v. 29.06.2016 - VIII ZR 191/15 Rn. 34 f.; BGH, Urt. v. 15.06.2016 - VIII ZR 134/15 Rn. 16.

36 BGH, Urt. v. 27.09.2017 - VIII ZR 271/16 Rn. 18, 39.

37 BGH, Urt. v. 15.07.2008 - VIII ZR 211/07 Rn. 29; RegBegr. BT-Drs. 14/6040, S. 210; Lorenz, ZGS 2004, 409, 410; a.A. Peters, ZGS 2010, 24, 27; Schroeter, JZ 2010, 495, 497 ff.; Weller, NJW 2012, 2312, 2315.

38 BGH, Urt. v. 27.09.2017 - VIII ZR 271/16 Rn. 33.

Wer vorgibt, für das Vorliegen der Beschaffenheit eintreten zu wollen, kann nicht gleichzeitig die Haftung ausschließen. Damit zieht der BGH im Wege der restriktiven Auslegung den Grundsatz des widersprüchlichen Verhaltens heran. Im Ergebnis verwendet er auf diese Weise die gleiche Argumentation, die im alten Recht dazu diente, den Haftungsausschluss für eine zugesicherte Eigenschaft zu unterbinden, was nunmehr in § 444 BGB für die Beschaffenheitsgarantie gilt. Kann für eine Beschaffenheitsgarantie die Haftung nicht ausgeschlossen werden, da sich der Verkäufer widersprüchlich verhält, so soll nun im Fall eines umfassenden Gewährleistungsausschlusses für die Beschaffenheitsvereinbarung das Gleiche gelten. Es steht noch die Entscheidung aus, ob durch eine ausdrückliche Vereinbarung die Haftung für eine Beschaffenheitsvereinbarung ausgeschlossen werden kann. Für eine restriktive Auslegung der ausdrücklichen Ausschlussvereinbarung entgegen ihres Wortlauts ist kein Raum. Allerdings könnte der Gerichtshof nun unmittelbar auf den Grundsatz des widersprüchlichen Verhaltens zurückgreifen, um dem Verkäufer gem. § 242 BGB die Berufung auf den Gewährleistungsausschluss zu verwehren.

## 2. Öffentliche Äußerungen, § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, Satz 3 BGB

Die Rechtsprechung legt einen Haftungsausschluss dahingehend aus, dass er nur für Mängel nach § 434 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 BGB gilt.<sup>39</sup> Nach der Vorschrift liegt ein Sachmangel vor, wenn sich die Sache nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet (Nr. 1) oder sie eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach deren Art erwarten kann (Nr. 2). Zu Nr. 2 gehören aufgrund Satz 3 der Norm auch Eigenschaften, die der Käufer nach öffentlichen Äußerungen des Verkäufers erwarten kann. Insbesondere im Hinblick auf den Gewährleistungsausschluss kommt § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB eine gesteigerte Bedeutung zu. Denn erblickt man in der öffentlichen Äußerung des Verkäufers über eine Eigenschaft der Sache (z.B. in einer Verkaufsanzeige), von der er sich bei der Vertragsverhandlung oder im Vertrag nicht distanziert, eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung,<sup>40</sup> ist nach der dargestellten höchstrichterlichen Rechtsprechung ein umfassender Haftungsausschluss nicht möglich. Zwar lässt sie konkludente und stillschweigende Beschaffenheitsvereinbarungen zu.<sup>41</sup> Da aber Beschaffenheitsvereinbarungen nach ständiger Rechtsprechung nur in eindeutigen Fällen angenommen werden dürfen, lehnt der BGH folgerichtig eine (konkludente) Beschaffenheitsvereinbarung ab, wenn die Beschaffenheit nicht in der Vertragsurkunde erwähnt wird oder keine sonstigen Begleitumstände vorliegen, aus denen sich eine stillschweigende Vereinbarung ableiten ließe.<sup>42</sup> Wie dargestellt, bleibt jedoch unklar, warum diese strengen Maßstäbe an die Beschaffenheitsvereinbarung auch für Verträge ange-

legt werden, die keine Verbrauchsgüterkaufverträge sind. Diese unterliegen nicht den Beschränkungen von § 476 BGB, der ursprünglich zur Begründung der strengen Anforderungen diente.<sup>43</sup>

Die Rechtsprechung ermöglicht keine rechtssichere Einordnung des Sachmangels nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB.<sup>44</sup> Es fällt nicht leicht, sich einen eindeutigen Fall einer stillschweigenden Beschaffenheitsvereinbarung<sup>45</sup> vorzustellen. Sieht man hingegen für die Beschaffenheitsvereinbarung von einem Einstandswillen ab und lässt den Haftungsausschluss zu, spräche nichts gegen das naheliegende Ergebnis, in einer öffentlichen Äußerung des Verkäufers, von der sich dieser in den Vertragsverhandlungen nicht ausdrücklich distanziert, eine stillschweigende Beschaffenheitsvereinbarung zu sehen.

## 3. Bewertung

§ 434 Abs. 1 Satz 1 BGB setzt Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 Buchst. a) der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie um, wonach sich die Vertragsmäßigkeit nach dem Vertrag, der vom Verkäufer gegebenen Beschreibung und nach vorgelegten Proben bestimmt. Daher sind keine hohen Hürden an die Vereinbarung der Beschaffenheit zu stellen. § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB ist weit auszulegen. Dies zu erkennen<sup>46</sup> und dennoch strenge Anforderungen an die Vereinbarung zu stellen, zeugt von einer inkonsistenten Rechtsprechung. Durch die annähernde Gleichstellung von Vereinbarung und Garantie hat die Rechtsprechung eine Beschaffenheitsvereinbarung mit Garantiecharakter geschaffen. Diese Entwicklung hatte sich bereits vor den ersten höchstrichterlichen Entscheidungen angedeutet<sup>47</sup> und war befürchtet worden.<sup>48</sup> Sie widerspricht der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie sowie den Vorgaben des BGB, das zwischen der Beschaffenheitsvereinbarung in § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB und der Beschaffenheitsgarantie in § 444 BGB unterscheidet, und führt insbesondere bei konkludenten Beschaffenheitsvereinbarungen zu Abgrenzungsproblemen zwischen § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB und § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB. Ob sich die Entwicklung umkehren lässt, darf be-

39 BGH, Urt. v. 27.09.2017 - VIII ZR 271/16 Rn. 23 f.

40 OLG Hamm, Urt. v. 21.07.2016 - I-28 U 2/16, 28 U 2/16 Rn. 48, 63; OLG Hamm, Urt. v. 24.09.2015 - I-28 U 144/14, 28 U 144/14 Rn. 62, 66 f.

41 BGH, Urt. v. 27.09.2017 - VIII ZR 271/16 Rn. 19.

42 BGH, Urt. v. 27.09.2017 - VIII ZR 271/16 Rn. 19.

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

44 Vgl. Faust, JZ 2016, 1012, 1013 „willkürliche Unterscheidung“.

45 Vgl. Weidenkaff in: Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, § 434 Rn. 15 und 17.

46 BGH, Urt. v. 06.11.2015 - V ZR 78/14 Rn. 19.

47 OLG Koblenz, Urt. v. 01.04.2004 - 5 U 1385/03 Rn. 9 ff.; OLG Hamm, Urt. v. 10.02.2005 - 28 U 147/04 Rn. 10 f.; LG Kleve, Urt. v. 27.08.2004 - 5 S 57/04 Rn. 8.

48 Emmert, NJW 2006, 1765, 1768.

zweifelt werden, da sich mittlerweile die Grundsatzurteile zur restriktiven Auslegung eines umfassenden Haftungsausschlusses<sup>49</sup> wie auch zum Einstandswillen bei Beschaffenheitsvereinbarungen<sup>50</sup> zur ständigen Rechtsprechung verstetigt haben.

Vorzugswürdig erscheint es, für die Beschaffenheitsvereinbarung keinen Einstandswillen zu fordern und den Gewährleistungsausschluss für das Fehlen einer vereinbarten Beschaffenheit zuzulassen, sofern die Grenzen der §§ 307 ff., 444, 476 BGB beachtet werden. Zutreffend ist im Einklang mit § 434 Abs. 1 Satz 1, § 444 BGB zu differenzieren. Gibt der Verkäufer lediglich eine Beschaffenheitsangabe weiter, ohne sich diese zu eigen zu machen (z.B. laut Angabe der Voreigentümer habe das Fahrzeug eine Laufleistung von 50.000 km), liegt eine unverbindliche Wissenserklärung vor. Vereinbaren die Parteien, die Kaufsache solle eine bestimmte Beschaffenheit aufweisen, ohne dass sich feststellen lässt, dass der Verkäufer für das Vorliegen der Beschaffenheit verschuldensunabhängig eintreten möchte (z.B. das Fahrzeug hat eine Laufleistung von 50.000 km), liegt eine Beschaffenheitsvereinbarung vor, für die ein Haftungsausschluss unter Beachtung von §§ 307 ff., 444, 476 BGB möglich ist. Nur wenn der Verkäufer eindeutig zu erkennen gibt, verschuldensunabhängig für die vereinbarte Beschaffenheit eintreten zu wollen (z.B. es wird garantiert, dass das Fahrzeug eine Laufleistung von 50.000 km aufweist), liegt eine Beschaffenheitsgarantie vor, für die die Haftung kraft § 444 BGB nicht ausgeschlossen werden kann.

### C. Zusammenfassung und Ausblick

I. § 476 Abs. 2 a.E. BGB ist dahingehend richtlinienkonform zu reduzieren, dass beim Verkauf gebrauchter Sachen die Parteien vereinbaren können, die Haftungsfrist auf ein Jahr zu verkürzen. Eine Verkürzung der Verjährungsfrist auf unter zwei Jahre ist nicht möglich. Individualvereinbarungen und AGB-Klauseln, die entsprechend dem Wortlaut von § 476 Abs. 2 a.E. BGB die Verjährungsfrist verkürzen, sind im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung entsprechend umzudeuten.

Es ist nicht absehbar, wie sich die Rechtsprechung zu § 476 Abs. 2 a.E. BGB verhalten wird. Ob der Verkäufer gebrauchter Sachen bereits vor einer Gesetzesänderung und der Klärung durch die Rechtsprechung eine einjährige Haftungsfrist mit dem Käufer vereinbaren kann, ist ungewiss. Zwar gestattet Art. 7 Abs. 1 Unterabs. 2 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie eine Haftungsdauer unter zwei Jahren, die ein Jahr nicht unterschreitet. Allerdings richtet sich diese Erlaubnis an die Mitgliedstaaten. Eine vertragliche Verkürzung der Haftungsfrist setzt somit eine innerstaatliche Vorschrift voraus. Diese läge vor, sofern § 476 Abs. 2 a.E. BGB

derart richtlinienkonform fortgebildet würde, dass sie eine Verkürzung der Haftungsfrist gestattet. Lehnt das die Rechtsprechung hingegen ab, droht einer vereinbarten Haftungsfristverkürzung mangels innerstaatlicher Rechtsgrundlage wegen eines Verstoßes gegen § 476 BGB die Unwirksamkeit. Schließlich könnten die Gerichte mangels Anwendungsvorrang der Richtlinie § 476 Abs. 2 a.E. BGB unverändert lassen und eine Neuregelung abwarten.

II. Die Rechtsprechung legt Vereinbarungen über einen umfassenden Gewährleistungsausschluss einschränkend dahingehend aus, dass sie Beschaffenheitsvereinbarungen nicht umfassen, um einen inneren Widerspruch aufzulösen. Es ist zu erwarten, dass sie auch dem Haftungsausschluss die Wirkung versagen wird, der sich ausdrücklich auf Beschaffenheitsvereinbarungen bezieht. Dadurch wird der Beschaffenheitsvereinbarung ein Garantiecharakter verliehen, was der gesetzlichen Konzeption widerspricht, die zwischen Beschaffenheitsvereinbarung und -garantie unterscheidet. Entgegen der ständigen Rechtsprechung erfordert eine Beschaffenheitsvereinbarung keinen Einstandswillen. Diesbezüglich kann die Haftung unter Beachtung der §§ 307 ff., 444, 476 BGB ausgeschlossen werden. Ein innerer Widerspruch, den es aufzulösen gälte, besteht nicht.

49 BGH, Urt. v. 27.09.2017 - VIII ZR 271/16 Rn. 23; BGH, Urt. v. 09.02.2018 - V ZR 274/16 Rn. 22.

50 BGH, Urt. v. 26.04.2017 - VIII ZR 80/16 Rn. 13.

## Vermieter muss Telefonleitung instandsetzen!

BGH, Urt. v. 05.12.2018 - VIII ZR 17/18

Dr. Jutta Hartmann\*

### A. Problemstellung

Theoretisch scheint es ganz einfach: Der Vermieter muss dem Mieter die Wohnung in einem zum Gebrauch geeigneten Zustand überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand erhalten. So steht es zumindest in § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB. Dennoch geben Fragen zum Gegenstand und Umfang dieser gesetzlich nicht näher definierten Gebrauchsüberlassungs- und -gewährungspflicht des Vermieters immer wieder Anlass zu Streitigkeiten zwischen den

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

Mietvertragsparteien. So auch im vorliegenden Fall, in dem der BGH klären musste, ob der Vermieter die Reparatur einer defekten Telefonleitung schuldet.

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Klägerin mietet seit 2011 eine Wohnung. Die Wohnung verfügt seit Beginn des Mietverhältnisses über einen Telefonanschluss, der bis 2015 problemlos funktionierte. Die Telefonleitung verläuft vom Hausanschluss durch einen Kriechkeller zur Wohnung. Im Jahr 2015 kam es zu einem Defekt der Leitung, sodass die Mieterin nicht mehr über diese Leitung telefonieren oder das Internet nutzen kann. Der Defekt liegt laut Telekommunikationsanbieter in der Zuleitung vom Hausanschluss zur Wohnung. Die Mieterin verlangt vom Vermieter die Instandsetzung der Telefonleitung, hilfsweise die Duldung notwendiger Arbeiten durch eine von ihr beauftragte Fachfirma. Das Amtsgericht verurteilte den Vermieter antragsgemäß zur Instandsetzung. Auf die zugelassene Berufung hin wies das Landgericht den Hauptantrag ab und verurteilte den Vermieter lediglich zur Duldung der notwendigen Reparaturarbeiten an der Telefonleitung. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, dass der Mieterin ein Anspruch auf Instandsetzung der defekten Telefonleitung nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht zustehe. Zwar könne ein Wohnraummieter nach der Verkehrsanschauung verlangen, dass ihm Anschlüsse für die Telekommunikation zur Verfügung stünden; die Wohnung sei zudem mit einem funktionierenden Telefonanschluss angemietet worden. Aus § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB folge jedoch nicht die Pflicht des Vermieters, die Signalübertragung eines bestehenden Anschlusses auch dauerhaft zu gewährleisten. Es genüge vielmehr, dass der Vermieter die Wohnung mit einem Telefonanschluss ausstatte und einen Übergabepunkt im Haus einrichte, an dem die Telefonleitung zur Wohnung angeschlossen werden könne.<sup>1</sup>

Der BGH sieht dies anders. Laut Senat hat die Mieterin einen Anspruch auf Instandsetzung der Telefonleitung aus § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB. Gem. § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB habe der Vermieter die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten. Komme er diesen Verpflichtungen nicht nach, habe der Mieter einen entsprechenden Erfüllungsanspruch. Der Umfang der Pflicht des Vermieters zur Gebrauchserhaltung richte sich danach, was die Parteien als vertragsgemäß vereinbart haben. Fehle es – wie vorliegend bezüglich der Telefonleitung – an einer vertraglichen Vereinbarung zum vertragsgemäßen Gebrauch, werde dieser nach den gesamten Umständen des Mietverhältnisses unter Beachtung des in § 242 BGB normierten Grundsatzes von Treu und Glauben bestimmt. Nach der allgemeinen Verkehrsanschauung könne der Mieter einer Wohnung erwarten, dass die von ihm

angemieteten Räume einen Wohnstandard aufweisen, der der üblichen Ausstattung vergleichbarer Wohnungen entspricht. Gemessen daran umfasse der vertragsgemäße Gebrauch vorliegend nicht nur die Überlassung, sondern auch die Instandhaltung einer funktionsfähigen Telefonanschlusseinrichtung. Diese Instandhaltungspflicht des Vermieters beinhalte aber zugleich die Pflicht, eine nach Überlassung der Mietsache eingetretene Verschlechterung der Mietsache zu beseitigen, d.h. die Telefonleitung auch wieder instandzusetzen, sprich zu reparieren.

Ob ein funktionierender Telefonanschluss auch ohne Vereinbarung schon unter dem Gesichtspunkt zeitgemäßen Wohnens geschuldet sei, könne vorliegend offenbleiben. Jedenfalls dann, wenn die Wohnung – wie vorliegend – mit einer sichtbaren Telefonanschlusdose ausgestattet und überlassen ist, umfasse der vertragsgemäße Zustand einen funktionsfähigen Telefonanschluss. Dazu gehöre die Möglichkeit für den Mieter, den Anschluss nach Abschluss eines Vertrages mit einem Telefonanbieter ohne Weiteres nutzen zu können, insbesondere ohne erst noch Verkabelungsarbeiten durchführen zu müssen. Unerheblich sei, dass sich die defekte Leitung außerhalb der vermieteten Räumlichkeiten befinde. Denn die Instandhaltungspflicht des Vermieters beschränke sich nicht nur auf das eigentliche Mietobjekt, sondern erstrecke sich auch auf die nicht ausdrücklich mitvermieteten Hausteile, die, wenn auch nur mittelbar, dem Mietgebrauch unterliegen. Auch komme es für die Instandhaltungspflicht des Vermieters entgegen der Auffassung von Teilen der Instanzrechtsprechung<sup>2</sup> von vornherein nicht darauf an, ob und bejahendenfalls welche Ansprüche dem Mieter gegen ein Telekommunikationsunternehmen zustehen. Dies würde allenfalls eine gesamtschuldnerische Haftung des Anbieters und des Vermieters nach sich ziehen.

## C. Kontext der Entscheidung

Laut Senat ist die Auffassung, dass der Vermieter trotz Überlassung eines funktionierenden Telefonschlusses nicht auch dessen Reparatur schuldet, mit der gesetzlichen Regelung der Gebrauchsgewährungs- und -erhaltungspflicht in § 535 Abs. 1 BGB nicht vereinbar. Nach Satz 1 dieser Vorschrift wird der Vermieter durch den Mietvertrag verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit zu gewähren. Diese Gebrauchsgewährungsspflicht des Vermieters wird durch Satz 2 konkretisiert, wonach den Vermieter sowohl eine Gebrauchsüberlassungspflicht als auch eine Gebrauchserhaltungspflicht trifft.

<sup>1</sup> Siehe auch LG Berlin, Ur. v. 12.09.2014 - 63 S 151/14.

<sup>2</sup> Vgl. LG Essen, Ur. v. 21.07.2016 - 10 S 43/16; LG Göttingen, Ur. v. 11.12.2013 - 5 S 53/12.



## I. Gebrauchsüberlassungspflicht

Der Vermieter muss dem Mieter die Sache so übergeben, dass dieser ohne Weiteres den vertragsgemäßen Gebrauch der Sache ausüben kann.<sup>3</sup> Darin enthalten ist die Verpflichtung zur Übergabe sämtlicher Schlüssel sowie die Pflicht, dem Mieter jederzeit den ungehinderten Zugang und die freie Zufahrt zum Mietobjekt zu ermöglichen.<sup>4</sup> Der weitere Inhalt der Gebrauchsüberlassungspflicht des Vermieters richtet sich grds. nach Art und Umfang des Gebrauchs, der dem Mieter gestattet ist. Dies ist entweder nach den getroffenen vertraglichen Vereinbarungen oder – bei Fehlen derselben – durch Auslegung des Vertrages gem. § 157 BGB nach Treu und Glauben und der Verkehrsanschauung zu ermitteln.<sup>5</sup> Nach der allgemeinen Verkehrsanschauung kann der Mieter einer Wohnung erwarten, dass die gemieteten Wohnräume einen Standard aufweisen, welcher der üblichen Ausstattung vergleichbarer Wohnungen entspricht.<sup>6</sup> Welcher Standard ohne besondere Absprache geschuldet ist, ist jedoch nicht abschließend geklärt. Wird eine Altbauwohnung vermietet, kommt es grds. auf den bei Errichtung des Gebäudes üblichen Standard an. Dies betrifft insbesondere den Wärme- und Schallschutz und die Sanitär- und Elektroinstallation. Allerdings ist auch hier vom Vertragszweck auszugehen.<sup>7</sup> Mietet jemand eine Wohnung, wird er mangels anderweitiger Absprachen üblicherweise davon ausgehen (dürfen), dass er in ihr leben kann, ohne dass die Wohnung ihn krank macht, und dass sie zumindest die gängigen Erwartungen an Wohnraum erfüllt. So wird (auch bei Altbauten) zumindest ein solcher Standard vom Mieter erwartet werden dürfen, der ihn erstens nicht in seiner Gesundheit schädigt<sup>8</sup> und der zweitens die Mindestanforderungen an zeitgemäßes Wohnen erfüllt, wobei gerade Letzteren ein dynamisches (Zeit-)Element immanent ist.<sup>9</sup> Zu den bislang gängigen Mindestanforderungen bei Wohnraum zählen regelmäßig der Strom- und Wasseranschluss; ein funktionierender Ablauf und eine intakte Toilette; ausreichend Wärme- und Schallschutz sowie gebrauchsfähige Installationen, Versorgungsleitungen und Heizanlagen.<sup>10</sup>

## II. Gebrauchserhaltungspflicht

Der Vermieter ist außerdem verpflichtet, den vertragsgemäßen Gebrauch während der Mietzeit zu erhalten. Die Erhaltungspflicht entspricht dabei dem vereinbarten Gebrauch: Der Vermieter muss das erhalten, was er als Gebrauch schuldet.<sup>11</sup> Erhaltung bedeutet Instandhaltung und -setzung. Maßnahmen, die zur Aufrechterhaltung des vertragsgemäßen (mangelfreien) Zustands erforderlich sind (d.h. Wartung) bezeichnet man als Instandhaltung; Maßnahmen zur Beseitigung eines vertragswidrigen, d.h. mangelhaften Zustands (d.h. Reparatur) als Instandsetzung.<sup>12</sup>

Keine Erhaltungspflicht des Vermieters besteht für Gegenstände und Ausstattungen, die vom Mieter selbst in die

Mieträume eingebracht wurden.<sup>13</sup> Sind Wohnungen mit Möbeln und Einrichtungsgegenständen (z.B. Spülmaschine, Herd oder Einbauküche) ausgestattet, gilt dieses Zubehör nach der Auslegungsregel des § 311c BGB im Zweifel als mitvermietet. Den Vermieter trifft also auch für diese mitvermieteten Sachen die Instandhaltungs- und -setzungspflicht.<sup>14</sup> Allerdings können die Mietvertragsparteien abweichend von dem in § 535 Abs. 1 Satz 1, § 538 BGB normierten Leitbild der Erhaltungspflicht des Vermieters vereinbaren, dass die Gebrauchserhaltungspflicht auf den Mieter abgewälzt wird. Dies ist bei der Wohnraummiete insbesondere im Bereich der Kleinreparaturen sowie der Schönheitsreparaturen gängige Praxis.<sup>15</sup>

## D. Auswirkungen für die Praxis

Mieter können von ihrem Vermieter verlangen, dass dieser die Signalübertragung eines bestehenden Telefonanschlusses gewährleistet, d.h. eine defekte Telefonleitung repariert bzw. reparieren lässt. Verfügt eine Mietwohnung also von Beginn des Mietverhältnisses an über einen Telefonanschluss, ist die Reparatur dieses Anschlusses Aufgabe des Vermieters – und zwar auf dessen Kosten.

## E. Bewertung

Die Entscheidung ist zu begrüßen. Es erscheint sachfremd, die Reparatur der Telefonleitungen im Haus dem Mieter zu überbürden. Die Entscheidung ist eindeutig, solange eine sichtbare Telefonanschlusssdose in der Wohnung vorhanden ist. Wie wäre der Sachverhalt aber zu bewerten, wenn die Wohnung nicht mit einer solchen ausgestattet ist? Es dürfte in diesem Fall nichts anderes gelten. Ein funktionierender Telekommunikationsanschluss gehört zum gängigen Standard einer Wohnung und entspricht daher dem geschuldeten Mindeststandard zeitgemäßer Wohnnutzung. Mieter haben bei fehlender Beschaffenheitsabrede einen Anspruch darauf, dass ihnen Anschlüsse für Telekommunikation zur

3 Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl., § 535 Rn. 1 f.

4 Emmerich in: Staudinger, BGB, § 535 Rn. 15.

5 Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl., § 535 Rn. 21.

6 Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl., § 535 Rn. 49.

7 Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl., § 535 Rn. 50.

8 Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl., § 535 Rn. 50.

9 BGH, Urt. v. 26.07.2004 - VIII ZR 281/03; Börstinghaus, NZM 2005, 561, 564.

10 Häublein in: MünchKomm, BGB, § 535 Rn. 74.

11 Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl., § 535 Rn. 48.

12 Emmerich in: Staudinger, BGB, § 535 Rn. 28.

13 Siehe zuletzt BGH, Urt. v. 24.10.2018 - VIII ZR 52/18.

14 Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl., § 535 Rn. 40.

15 Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl., Rn. 71 ff., 95 ff.



Verfügung stehen, sofern sich nicht aus dem vereinbarten Nutzungszweck oder dem Vertragsobjekt selbst etwas anders ergibt.<sup>16</sup> Ein fehlender Telefonanschluss ist daher – vorbehaltlich anderweitiger Vereinbarungen – als Mangel der Wohnung zu bewerten, sodass der Mieter grds. eine Instandsetzung verlangen kann.

16 Häublein in: MünchKomm, BGB, § 535 Rn. 74; Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl., § 535 Rn. 466.

## Mieterhöhung und Verbraucherschützer Widerruf im Fernabsatz

BGH, Urt. v. 17.10.2018 - VIII ZR 94/17

Prof. Dr. Markus Würdinger

### A. Problemstellung

Zum zentralen Bestandteil des sozialen Wohnraummietrechts zählt das Recht der Mieterhöhung (§§ 557 ff. BGB).<sup>1</sup> § 558b BGB regelt die „Zustimmung zur Mieterhöhung“ als Ausfluss der Vertragsfreiheit i.S.d. § 311 Abs. 1 BGB und unterscheidet danach, ob der Mieter dem Erhöhungsverlangen des Vermieters innerhalb einer Wartefrist (bis zum Ablauf des zweiten Kalendermonats nach Zugang des Verlangens) zustimmt oder nicht. Bei einer Mieterzustimmung ändert sich gem. Abs. 1 die Miete entsprechend (mit Beginn des dritten Kalendermonats nach dem Zugang des Erhöhungsverlangens), andernfalls steht dem Vermieter der Klage gem. Abs. 2 offen.

Um einen solchen Fall der „Zustimmung zur Mieterhöhung“ geht es im vorliegenden Urteil des VIII. Zivilsenats. Die Besonderheit lag darin, dass der Mieter Verbraucher (§ 13 BGB) war und seine Zustimmung gegenüber der Vermieterin, die gewerblich Wohnungen vermietete (§ 14 BGB), kurz danach widerrief: Im Juli 2015 forderte die Beklagte, eine Kommanditgesellschaft, vertreten durch die Hausverwaltung, den Kläger unter Bezugnahme auf den Berliner Mietspiegel brieflich auf, einer (näher erläuterten) Erhöhung der Netto-Kaltmiete von 807,87 € auf 929,05 € zuzustimmen. Dem kam der Kläger zwar zunächst nach, erklärte jedoch kurz darauf den Widerruf seiner brieflichen Zustimmung. Anschließend entrichtete er von Oktober 2015 bis Juli 2016 die monatlich um 121,18 € erhöhte Miete lediglich unter Vorbehalt. Mit seiner Klage verlangt er die Rückzahlung der für diese zehn Monate entrichteten Erhöhungsbeträge von insgesamt 1.211,80 € sowie die Feststellung, dass sich die Netto-Kaltmiete der von ihm gemieteten Wohnung nicht erhöht habe.

Das Kernproblem des Falls besteht darin, dass der Änderungsvertrag durch einen reinen Briefwechsel und damit unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln zustande kam (§ 312c BGB), sodass dem Mieter das verbraucherschützende Widerrufsrecht (§ 312g BGB) in der Tat zur Seite stehen könnte. Die herkömmlichen Briefe werden in § 312c Abs. 2 BGB ausdrücklich als ein Beispiel eines vom Schutzbereich erfassten Kommunikationsmittels aufgelistet. Zweifel an einem bestehenden Widerrufsrecht kommen aber vor allem vor dem Hintergrund auf, dass dem Mieter nach § 558b BGB eine ausreichende Warte- und Überlegungsfrist zusteht und ihm die Mietwohnung, in der er ja bereits wohnt, bestens vertraut ist.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Vorinstanzen verneinten daher auch einen Verbraucherschutz und stützten dies auf eine Argumentation innerhalb des Anwendungsbereichs des § 312c Abs. 1 BGB. Sie gingen davon aus, dass in den Mieterhöhungsfällen der Vertragsabschluss nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems (§ 312c Abs. 1 Halbsatz 2 BGB) erfolge.<sup>2</sup> Das AG Pankow-Weißensee verweist ergänzend darauf, dass es sonst zu einem gesetzlichen Fall eines „venire contra factum proprium“ käme, der weder dem Willen des Gesetzgebers noch dem Zweck des Gesetzes selbst entsprechen würde.<sup>3</sup>

Der VIII. Zivilsenat teilte diese Begründung nicht und konstatierte: „Ein für den Fernabsatz organisiertes Vertriebs- und Dienstleistungssystem im Sinne von § 312c Abs. 1 Halbs. 2 BGB ist nicht schon dann zu verneinen, wenn der Unternehmer zum Abschluss des Vertrages keinen vorgefertigten Standard- oder Serienbrief verwendet, sondern ein individuelles Anschreiben.“<sup>4</sup>

Vielmehr rekurrierte der Senat auf eine teleologische Reduktion des § 312 Abs. 4 Satz 1 BGB und verneinte damit den vorgelagerten Anwendungsbereich. Nach dieser Vorschrift erstreckte sich das Widerrufsrecht zwar auf „Verträge über die Vermietung von Wohnraum“. Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift sei jedoch dahin gehend teleologisch einzuschränken, dass ein Widerrufsrecht des Mieters in dieser Mieterhöhungskonstellation nicht gegeben ist.<sup>5</sup> Der

1 BT-Drs. 14/4553, S. 35: „Durch zahlreiche Gesetzesänderungen ist seit 1960 ein umfassendes soziales Wohnraummietrecht geschaffen worden, dessen Kernbestandteile der Kündigungsschutz und die Regelungen zur Miethöhe sind.“

2 Für eine Restriktion in diesen Fällen auch Mediger, NZM 2015, 185, 190.

3 AG Pankow-Weißensee, Urt. v. 05.08.2016 - 6 C 64/16 Rn. 12.

4 BGH, Urt. v. 17.10.2018 - VIII ZR 94/17 LS 2.

5 BGH, Urt. v. 17.10.2018 - VIII ZR 94/17 Rn. 13.

BGH folgert dies aus der Teleologie beider Regelungsmaterialien, d.h. der ratio legis der Bestimmungen über die Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete (§§ 558 ff. BGB) einerseits und den Bestimmungen über das Widerrufsrecht des Verbrauchers bei Fernabsatzverträgen andererseits.<sup>6</sup> Mit dem in § 312 Abs. 4 Satz 1 BGB vorgesehenen Widerrufsrecht des Mieters einer Wohnung soll Fehlentscheidungen aufgrund der Gefahr psychischen Drucks sowie dem typischerweise bestehenden Informationsdefizit des Mieters begegnet werden. Dieser Zielsetzung des Gesetzes tragen bei fernabsatztechnischen Mieterhöhungen bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete die in den §§ 558 ff. BGB vorgesehenen Bestimmungen zum Schutz des Mieters bereits uneingeschränkt Rechnung.<sup>7</sup> Für den Ausgleich des Informationsdefizits des Mieters und den Schutz seiner Entscheidungsfreiheit sei durch das in § 558a Abs. 1, 2 BGB vorgesehene Begründungserfordernis und die eingeräumte Zustimmungsfrist (§ 558b Abs. 2 Satz 1 BGB) gesorgt.<sup>8</sup> Auf diese Weise könne der Mieter den Vertragsgegenstand vor Vertragsabschluss ausreichend beurteilen, sodass der Sinn und Zweck der verbraucherschützenden Regelungen für Vertragsabschlüsse im Fernabsatz uneingeschränkt erfüllt sei.<sup>9</sup>

### C. Kontext der Entscheidung

Das Recht der Mieterhöhung sieht in § 558a Abs. 1 BGB vor, dass das Mieterhöhungsverlangen nach § 558 BGB dem Mieter in Textform (§ 126b BGB) zu erklären und zu begründen ist. Zudem hat der Mieter nach § 558b Abs. 2 Satz 1 BGB bei seiner „Zustimmung zur Mieterhöhung“ eine Überlegungsfrist von zwei Monaten zum Monatsende. Geht dem Mieter z.B. am 10.06. das Erhöhungsverlangen zu, so endet die Überlegungsfrist am 31.08. Ob und inwieweit zusätzlich zu diesen Schutzvorschriften für einen Verbrauchervertrag, bei dem der Verbraucher der Mieter ist, ein Widerrufsrecht wegen einer Fernabsatzsituation (§§ 312c, 312g BGB) Sinn ergibt, erscheint fraglich. Ob allerdings de lege lata ein überbordender Verbraucherschutz zurückgeschnitten werden kann, ist dogmatisch sehr brisant.<sup>10</sup>

### D. Auswirkungen für die Praxis

Das Urteil schafft Rechtssicherheit für das in praxi wichtige Recht der Mieterhöhung. Mieter können eine einmal gegebene Zustimmung zu einer Mieterhöhung, die ebenso wie das Mieterhöhungsverlangen unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln erfolgte, nicht aus Verbraucherschutzgründen widerrufen. Eine andere Justierung, die das AG Pankow-Weißensee als „komplett widersinnig und nicht begründbar“<sup>11</sup> titulierte, hätte weitreichende praktische Folgen. Das Widerrufsrecht erlischt schließlich

mangels einer ordnungsgemäßen Belehrung erst in zwölf Monaten und 14 Tagen nach Vertragsschluss (§ 356 Abs. 3 Satz 2, § 355 Abs. 2 Satz 2 BGB). Tausende Mieterhöhungen des letzten Jahres hätten noch widerrufen werden können mit der Folge, dass die Vermieter die gezahlten Mieterhöhungen zurückzugewähren hätten (§ 355 Abs. 3 Satz 1 BGB). Dies hätte in zahlreichen Verfahren auch die Streitfrage evoziert, ob der Vermieter Unternehmer (§ 14 BGB) ist. Die Grenze zwischen gewerblicher und privater Vermietung ist fließend und im Einzelfall schwierig zu ziehen.<sup>12</sup>

Ausdrücklich unberührt soll übrigens die Rechtsprechung des Senats zum Widerrufsrecht des Mieters bei außerhalb von Geschäftsräumen (früher: in einer Haustürsituation) geschlossenen Verbraucherverträgen zwischen einem Vermieter und einem Mieter bleiben.<sup>13</sup> Hier macht ein Verbraucherschutz bei einer Überrumpelung des Mieters Sinn und wird nicht durch Wertungen der §§ 558 ff. BGB verdrängt.

### E. Bewertung

Die Gründe für einen reduzierten Verbraucherschutz bei Mieterhöhungen im Fernabsatz sind stichhaltig. Zum einen ist der Mieterschutz in §§ 558a ff. BGB mit der Textform, dem Begründungszwang und der ausreichenden Überlegungsfrist valide. Es bedarf keines zusätzlichen Schutzes des Verbrauchers in dieser Situation. De lege ferenda sprechen daher gute Gründe dafür, die Rechtsprechung des BGH ausdrücklich zu kodifizieren. Eine anderweitige Justierung ist auch nicht durch die Verbraucherrechterichtlinie geboten. Diese nimmt Verträge über die Vermietung von Wohnraum ausdrücklich aus (Art. 3 Abs. 3 Buchst. f Var. 3 RL).<sup>14</sup> Der Sonderweg des deutschen Gesetzgebers ist bei Mieterhöhungen im Fernabsatz gewiss nicht geglückt.

6 BGH, Ur. v. 17.10.2018 - VIII ZR 94/17 Rn. 39.

7 BGH, Ur. v. 17.10.2018 - VIII ZR 94/17 Rn. 56.

8 BGH, Ur. v. 17.10.2018 - VIII ZR 94/17 Rn. 56.

9 BGH, Ur. v. 17.10.2018 - VIII ZR 94/17 Rn. 56.

10 Hau, NZM 2015, 435, 439; Koch, VuR 2016, 92; Junker in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK, BGB, 8. Aufl. 2017, § 312 BGB Rn. 134: „Für eine generelle Nichtanwendung der §§ 312 ff. BGB gibt es aber keinen Grund.“

11 AG Pankow-Weißensee, Ur. v. 05.08.2016 - 6 C 64/16 Rn. 12.

12 Fervers, NZM 2018, 640, 641 m.w.N. („Der Vermieter als Unternehmer“); Koch, VuR 2016, 92.

13 BGH, Ur. v. 17.05.2017 - VIII ZR 29/16 Rn. 11 ff.

14 Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2011. Siehe auch Erwägungsgrund 26: „Verträge über [...] die Vermietung von Wohnraum sind bereits Gegenstand einer Reihe spezifischer einzelstaatlicher Rechtsvorschriften. [...] Die in dieser Richtlinie enthaltenen Bestimmungen eignen sich nicht für diese Verträge, welche daher vom Geltungsbereich dieser Richtlinie ausgenommen werden sollten.“

De lege lata ist die teleologische Reduktion des § 312 Abs. 4 Satz 1 BGB jedoch angreifbar. Zum einen argumentiert der VIII. Zivilsenat fernabsatzbezogen, will aber die allgemeine Vorschrift aus dem Anwendungsbereich der allgemeinen Vorschriften „einkürzen“. Zum anderen steht gegen die Sichtweise des BGH ein historisches Argument. Der Gesetzgeber hat ausdrücklich in § 312 Abs. 4 Satz 1 BGB die grundsätzliche Anwendbarkeit auf Verträge über die Vermietung von Wohnraum normiert und die Ausnahme des § 312 Abs. 4 Satz 2 BGB bewusst eng gefasst: „Die Ausnahme-Bestimmung in Satz 2 gilt [...] nur für die Begründung des Wohnraum-Mietverhältnisses, und auch nur dann, wenn eine Besichtigung der Wohnung vorausgeht. Für spätere Vertragsänderungen der so zustande gekommenen Verträge, z.B. Abreden über Mieterhöhungen oder der Abschluss von Aufhebungsverträgen, gilt Satz 1 [...] Denn in allen diesen Fällen besteht ein berechtigtes Interesse des Mieters, Abreden zu widerrufen, die außerhalb von Geschäftsräumen oder im Fernabsatz zustande gekommen sind.“<sup>15</sup> Damit weicht der BGH vom Willen des Gesetzgebers dezidiert ab und trägt für diese Korrektur die Argumentationslast.<sup>16</sup> Der Gesetzgeber hat in der Tat das Schutzbedürfnis unzutreffend eingeschätzt und sollte seine Sicht daher korrigieren.

Die teleologischen Überlegungen sind auf Maklerverträge, die im Fernabsatz geschlossen werden, übertragbar. Auch diese Konstellationen unterscheiden sich deutlich vom klassi-

schen Online-Shopping, wenn auf die Kommunikationsphase der Vertragsanbahnung und des Vertragsschlusses im Fernabsatz die Besichtigung der Immobilie folgt. Bis zu diesem Zeitpunkt ist noch kein Provisionsanspruch des Maklers nach § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB entstanden. Der Maklerkunde ist durch das maklerrechtliche Erfolgsprinzip hinreichend geschützt. Erst bei einem Zustandekommen des Hauptvertrags kann eine Provisionsberechtigung des Maklers bestehen.<sup>17</sup> Der I. Zivilsenat hat in diesem Fall jedoch keine teleologische Reduktion bejaht<sup>18</sup> und damit die europarechtlichen Vorgaben der Richtlinie berücksichtigt.<sup>19</sup> Das Gesamtbild des Verbraucherschutzes bei Fernabsatzverträgen ist dadurch aber inkonsistent und widersprüchlich. Dies manifestiert eine grundlegende Problematik, die sich im europäischen, durch das Richtlinienrecht geprägten Privatrecht ergeben kann. Alle Akteure sind im Rahmen ihrer Möglichkeiten aufgerufen, dieses Dilemma aufzulösen und einen Verbraucherschutz, der über das Ziel hinausschießt, zu reduzieren.

15 BT-Drs. 17/12637, S. 48.

16 Würdinger, JuS 2016, 1, 6.

17 Würdinger, NZM 2017, 545.

18 BGH, Urt. v. 07.07.2016 - I ZR 30/15.

19 Siehe hierzu Erwägungsgrund 26: „Dienstleistungsverträge insbesondere [...], wie auch Verträge über Dienstleistungen von Immobilienmaklern [...] sollten unter diese Richtlinie fallen.“

## Arbeitsrecht

# Die neue „Brückenteilzeit“

VRLAG Dr. Jochen Sievers

## A. Einleitung

Am 01.01.2019 ist das „Gesetz zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts – Einführung einer Brückenteilzeit“ in Kraft getreten.<sup>1</sup> Wie der Name des Gesetzes bereits deutlich macht, ist Kernstück der neuen Regelung die Begründung eines Rechtsanspruchs auf befristete Teilzeit.

Die Änderungen des TzBfG knüpfen – mit gewichtigen Abweichungen – an frühere Reformüberlegungen an. Die Bundesregierung hatte schon in der abgelaufenen Legislaturperiode am 21.12.2016 den „Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts“ vorgelegt. Dieser nicht umgesetzte Entwurf sah insbesondere einen Anspruch auf befristete Teilzeit vor.

Dieser ist nunmehr im TzBfG durch die Einfügung des § 9a verankert worden. Nach der Systematik des TzBfG hätte es sich angeboten, einen § 8a TzBfG einzufügen, weil § 8 TzBfG den Anspruch auf dauerhafte Verringerung der Arbeitszeit regelt.<sup>2</sup> Für die gewählte Systematik spricht allerdings, dass § 9a Abs. 3 TzBfG auf § 9 TzBfG verweist.

Der Arbeitnehmer ist nicht gehalten, seinen befristeten Teilzeitwunsch zu begründen. Auf seine Motivation kommt es

1 BGBl. I 2018, 2384.

2 Thüsing, BB 2018, 1076.

nicht an.<sup>3</sup> Das Gesetz sieht auch keinen Mindest- oder Höchstumfang der neuen Arbeitszeit vor.<sup>4</sup> Allerdings kann die Änderung der Arbeitszeit nur in einer Zeitspanne von mindestens einem und höchstens fünf Jahren erfolgen.

Weitere Begrenzungen des Anspruchs ergeben sich aus der Sphäre des Arbeitgebers. Anspruchsvoraussetzung ist, dass in dem Unternehmen regelmäßig mehr als 45 Mitarbeiter beschäftigt sind. Damit weicht die jetzige gesetzliche Regelung in einem wichtigen Punkt von den vormaligen Reformbestrebungen ab. Der Gesetzesentwurf aus 2016 hatte vorgesehen, die Bestimmung des § 8 Abs. 7 TzBfG (i.d.R. mehr als 15 Arbeitnehmer) zu übernehmen. Darüber hinaus ist ein weiterer (nunmehr dritter) Schwellenwert für das TzBfG eingeführt worden. In Unternehmen mit 46 bis 200 Mitarbeitern kann der Arbeitgeber unter bestimmten Voraussetzungen einen Überforderungsschutz geltend machen.

## B. Die Einzelheiten der Neuregelung

### I. Voraussetzungen eines wirksamen Antrags

#### 1. Arbeitnehmer (§ 9a Abs. 1 Satz 1 TzBfG)

Anspruchsberechtigt sind Arbeitnehmer. Es gelten dieselben Grundsätze wie bei § 8 TzBfG. Hierzu gehören leitende Angestellte (vgl. § 6 TzBfG) ebenso wie Teilzeitbeschäftigte und befristet beschäftigte Arbeitnehmer.<sup>5</sup> Auf Ausbildungsverträge ist § 9a TzBfG gem. § 10 Abs. 2 BBiG nicht anwendbar.<sup>6</sup>

#### 2. Formgerechte Geltendmachung des Anspruchs (§ 9a Abs. 3 Satz 1 TzBfG i.V.m. § 8 Abs. 2 TzBfG)

Nach bisheriger Rechtslage konnte der Arbeitnehmer seinen Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit formlos geltend machen, während der Arbeitgeber eine Ablehnung schriftlich erklären musste (und immer noch muss). Nunmehr ist für das Begehren des Arbeitnehmers die Textform (§ 126b BGB) erforderlich. Ausreichend sind somit eine E-Mail, eine SMS oder ein Telefaxschreiben.<sup>7</sup>

#### 3. Wartezeit und Ankündigungsfrist (§ 9a Abs. 1 Satz 1, § 9a Abs. 3 Satz 1 TzBfG i.V.m. § 8 Abs. 2 TzBfG)

Zunächst muss das Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate bestanden haben (§ 9a Abs. 1 Satz 1 TzBfG). Es gelten dieselben Grundsätze wie bei § 8 TzBfG. Die Fristen der § 8 Abs. 1, § 9a Abs. 1 Satz 1 TzBfG sind § 1 Abs. 1 KSchG nachgebildet. Die zu dieser Vorschrift von Literatur und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze können auf § 9a TzBfG übertragen werden. Maßgeblich ist danach der rechtliche Bestand des Arbeitsverhältnisses. Es kommt nicht darauf an, ob der Arbeitnehmer tatsächlich gearbeitet hat.<sup>8</sup> Bei verhältnismä-

Big kurzen Unterbrechungen und einem engen sachlichen Zusammenhang zwischen den Arbeitsverhältnissen werden die Beschäftigungszeiten zusammengezählt.<sup>9</sup> Ein unmittelbar vorausgehendes Berufsausbildungsverhältnis beim selben Arbeitgeber ist anzurechnen,<sup>10</sup> nicht aber die Tätigkeit im Betrieb als Leiharbeiternehmer oder freier Mitarbeiter.<sup>11</sup>

Die Verringerung der Arbeitszeit ist spätestens drei Monate vor deren Beginn geltend zu machen (§ 9a Abs. 3 Satz 1 TzBfG i.V.m. § 8 Abs. 2 Satz 1 TzBfG). Da der Antrag frühestens gestellt werden kann, wenn das Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate bestanden hat, besteht eine faktische Wartezeit von neun Monaten und einem Tag.<sup>12</sup>

#### 4. Dauer der Reduzierung (§ 9a Abs. 1 Satz 2, Abs. 6 TzBfG)

Die Neuregelung sieht eine Mindestdauer von einem Jahr und eine Höchstdauer von fünf Jahren vor. Nach Ablauf der Befristung muss der Arbeitnehmer mindestens ein Jahr mit der ursprünglich vereinbarten (höheren) Arbeitszeit arbeiten. Danach kann er erneut einen Antrag auf unbefristete oder befristete Teilzeit stellen (§ 9a Abs. 5 Satz 1 TzBfG).

Durch Tarifvertrag kann nach § 9a Abs. 6 TzBfG ein abweichender Rahmen sowohl zugunsten als auch zulasten des Arbeitnehmers festgelegt werden. Die Vorschrift findet unproblematisch Anwendung, wenn sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer Mitglied in dem Verband sind, der den Tarifvertrag abgeschlossen hat (§ 3 Abs. 1 TVG).

Zweifelhaft ist, ob die einseitige Tarifbindung des Arbeitgebers ausreicht. Dies wäre dann der Fall, wenn es sich bei

3 Bayreuther, NZA 2018, 1577; Besgen, B+P 2019, 19, 21; Preis/Schwarz, NJW 2018, 3673, 3675.

4 Bayreuther, NZA 2018, 1577.

5 BAG, Urt. v. 13.11.2012 - 9 AZR 259/11; BAG, Urt. v. 08.05.2007 - 9 AZR 1112/06; Kliemt, NZA 2001, 63, 64.

6 Löwisch, BB 2018, 3061, 3063. Zu § 8 TzBfG: Laux in: Laux/Schlachter, TzBfG, 2. Aufl. 2011, § 8 Rn. 94; Preis in: Erfurter Kommentar, 19. Aufl. 2019, § 8 TzBfG Rn. 7; a.A. Heyn in: Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, 5. Aufl. 2015, § 8 Rn. 18.

7 Preis/Schwarz, NJW 2018, 3673, 3676.

8 Löwisch, BB 2018, 3061, 3063; Lehnen in: Gräfl/Arnold, TzBfG, 4. Aufl. 2016, § 8 Rn. 15; Heyn in: Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, 5. Aufl. 2015, § 8 Rn. 21.

9 BAG, Urt. v. 20.08.1992 - 2 AZR 76/98; Löwisch, BB 2018, 3061, 3063.

10 BAG, Urt. v. 18.11.1999 - 2 AZR 89/99; Rolfs, TzBfG, 2002, § 8 Rn. 9; a.A. Boewer, TzBfG, 3. Aufl. 2009, § 8 Rn. 30 ff.; Lehnen in: Gräfl/Arnold, TzBfG, 4. Aufl. 2016, § 8 Rn. 17; Heyn in: Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, 5. Aufl. 2015, § 8 Rn. 23.

11 Rolfs, RdA 2001, 129, 133; Löwisch, BB 2018, 3061, 3063.

12 Vgl. Sievers, TzBfG, 6. Aufl. 2019, § 8 Rn. 45 f. Vgl. auch Preis/Schwarz, NJW 2018, 3673, 3674, welche von einer faktischen Wartezeit von neun Monaten ausgehen.



derartigen tarifvertraglichen Bestimmungen um Betriebsnormen handeln würde (§ 3 Abs. 2 TVG).<sup>13</sup>

Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG betreffen „Betriebsnormen“ Regelungsgegenstände, die nur einheitlich gelten können. Ihre Regelung im Individualvertrag wäre zwar nicht im naturwissenschaftlichen Sinne unmöglich, sie würde aber wegen „evident sachlogischer Unzweckmäßigkeit ausscheiden“, weil eine einheitliche Regelung auf betrieblicher Ebene unerlässlich ist. Bei der näheren Bestimmung dieses Normtyps ist danach von dem in § 3 Abs. 2 TVG verwandten Begriff der „betrieblichen Fragen“ auszugehen. Dies sind nicht etwa alle Fragen, die im weitesten Sinne durch die Existenz des Betriebes und durch die besonderen Bedingungen der betrieblichen Zusammenarbeit entstehen können. Gemeint sind vielmehr nur solche Fragen, die unmittelbar die Organisation und Gestaltung des Betriebes, also der Betriebsmittel und der Belegschaft, betreffen. Diese Umschreibung markiert zwar keine scharfe Grenze, sie verdeutlicht aber Funktion und Eigenart der Betriebsnormen i.S.v. § 3 Abs. 2 TVG. Betriebsnormen regeln das betriebliche Rechtsverhältnis zwischen dem Arbeitgeber und der Belegschaft als Kollektiv, hingegen nicht die Rechtsverhältnisse zwischen Arbeitgeber und einzelnen Arbeitnehmern, die allenfalls mittelbar betroffen sind.<sup>14</sup>

Konkret hat das BAG zu einer Quotenregelung entschieden, dass die Begrenzung des Anspruchs auf Abschluss eines Altersteilzeitvertrages auf 5 % der Arbeitnehmer eines Betriebes keine Betriebsnorm nach § 3 Abs. 2 TVG ist.<sup>15</sup>

Dies spricht dafür, auch hier bei tariflichen Bestimmungen nicht vom Vorliegen von Betriebsnormen auszugehen. Es geht nicht um Regelungen, die unmittelbar die Organisation und Gestaltung des Betriebes, also der Betriebsmittel und der Belegschaft, betreffen. Nach hier vertretener Auffassung reicht somit die einseitige Tarifbindung des Arbeitgebers nicht aus.

Gleiches gilt in der Privatwirtschaft für die vertragliche Inbezugnahme der Tarifbestimmungen, weil die Vorschrift keine § 8 Abs. 4 Satz 4 oder § 12 Abs. 3 Satz 2 TzBfG entsprechende Regelung enthält. Eine vertragliche Inbezugnahme ermöglicht § 22 Abs. 2 TzBfG. Die Vorschrift gilt allerdings nur für den öffentlichen Dienst. Außerhalb des öffentlichen Dienstes ist eine vertragliche Inbezugnahme gem. § 22 Abs. 1 TzBfG ausgeschlossen, soweit der tarifvertraglich bestimmte Rahmen zulasten des Arbeitnehmers von der gesetzlichen Regelung abweicht.<sup>16</sup>

##### **5. Größe des Arbeitgebers (§ 9a Abs. 1 Satz 3 TzBfG i.V.m. § 9a Abs. 7 TzBfG)**

Für die Frage, wie viele Arbeitnehmer regelmäßig beschäftigt werden, gelten (mit Ausnahme der erforderlichen Anzahl) dieselben Grundsätze wie bei § 8 Abs. 7 TzBfG.

Im Gegensatz zum Kündigungsschutzgesetz (§ 23 KSchG) ist § 9a Abs. 1 Satz 3 TzBfG nicht betriebsbezogen. Vielmehr

kommt es auf den Arbeitgeber an. Mit dem Arbeitgeber ist der Vertragsarbeitgeber, also die natürliche oder juristische Person, die mit dem Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag geschlossen hat, gemeint. Maßgeblich ist nicht die tatsächliche Eingliederung in den Betrieb, sondern die individualvertragliche Bindung. Mehrere Vertragsarbeitgeber, die einen gemeinsamen Betrieb führen, sind nicht als dieselben Arbeitgeber anzusehen.<sup>17</sup> Deshalb besteht die Möglichkeit, dass in einem Gemeinschaftsbetrieb, in dem mehr als 45 Arbeitnehmer tätig sind, § 9a TzBfG nicht zur Anwendung kommt, weil der jeweilige Arbeitgeber nicht mehr als 45 Arbeitnehmer beschäftigt.<sup>18</sup>

Gezählt wird nach „Köpfen“. Die Dauer der regelmäßigen Arbeitszeit des jeweiligen Arbeitnehmers spielt keine Rolle.<sup>19</sup> Leiharbeiter sind zu berücksichtigen, wenn ihr Einsatz auf einem „in der Regel“ vorhandenen Personalbedarf beruht.<sup>20</sup> Auszubildende zählen dagegen nicht mit (§ 9a Abs. 7 TzBfG).

Da die ausreichende Beschäftigtenzahl eine materiell-rechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung des Antrags ist, muss die notwendige Beschäftigtenzahl im Zeitpunkt der Antragstellung vorliegen.<sup>21</sup> Dies genügt jedoch nicht. Zu berücksichtigen ist, dass sich der Vertrag im Streitfall erst mit der Rechtskraft des stattgebenden Urteils ändert (§ 894 ZPO). Der Arbeitgeber kann nur verurteilt werden, wenn die Anspruchsvoraussetzungen bei der Entscheidungsfindung des Gerichts weiterhin gegeben sind. Daher müssen die Voraussetzungen des § 9a Abs. 1 Satz 3 TzBfG auch noch im Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung vor Gericht erfüllt sein.<sup>22</sup>

Damit gelten andere Grundsätze als beim Überforderungsschutz. Für diesen stellt § 9a Abs. 2 Satz 2 TzBfG auf den „Zeitpunkt des Beginns der begehrten Verringerung“ ab.

13 Im Ergebnis bejahend Löwisch, BB 2018, 3061, 3064.

14 BAG, Urt. v. 08.12.2010 - 7 ABR 98/09.

15 BAG, Urt. v. 18.02.2003 - 9 AZR 164/02.

16 Vgl. Löwisch, BB 2018, 3061, 3064 f., der die Norm deshalb wegen Verstoßes gegen die negative Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) für verfassungswidrig hält.

17 BAG, Urt. v. 10.11.2004 - 7 AZR 101/04; BAG, Urt. v. 25.04.2001 - 7 AZR 376/00.

18 Löwisch, BB 2018, 3061, 3063; Sievers, TzBfG, 6. Aufl. 2019, § 8 Rn. 56; Boewer, TzBfG, 3. Aufl. 2009, § 8 Rn. 48 f.; a.A. Laux in: Schlachter/Laux, TzBfG, 2. Aufl. 2011, § 8 Rn. 117.

19 Preis/Schwarz, NJW 2018, 3673, 3674; Besgen, B+P 2019, 19, 20.

20 BAG, Urt. v. 24.01.2013 - 2 AZR 140/12, zu § 23 KSchG. Besgen, B+P 2019, 19, 20; a.A. Löwisch, BB 2018, 3061, 3063. Offengelassen von Bayreuther, NZA 2018, 1577, 1579.

21 Laux in: Laux/Schlachter, TzBfG, 2. Aufl. 2011, § 8 Rn. 122; Vossen in: Gräfl/Arnold, TzBfG, 4. Aufl. 2016, § 8 Rn. 181; Boecken in: Boecken/Joussen, TzBfG, 5. Aufl. 2018, § 8 Rn. 33.

22 Laux in: Laux/Schlachter, TzBfG, 2. Aufl. 2011, § 8 Rn. 123 und 347.



## 6. Keine inhaltlichen Anforderungen

Weitere inhaltliche Anforderungen bestehen nicht. Ebenso wie für den Anspruch aus § 8 TzBfG kommt es nicht darauf an, aufgrund welcher privaten Motivation (z.B. mehr Freizeit oder Kinderbetreuung) der Arbeitnehmer in Teilzeit arbeiten will.<sup>23</sup>

## 7. Anspruchsinhalt

§ 9a TzBfG verschafft dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf Änderung des Arbeitsvertrages. Die Geltendmachung der Verringerung der Arbeitszeit zielt auf eine vertragliche Änderung des Arbeitsvertrages ab. Es handelt sich um eine Willenserklärung.<sup>24</sup> Sie beinhaltet ein Angebot auf Änderung des Arbeitsvertrages i.S.v. § 145 BGB, dem der Arbeitgeber bei Erfüllung aller Voraussetzungen zustimmen muss. Insoweit begründet das Gesetz für den Arbeitgeber einen Kontrahierungszwang.<sup>25</sup>

## II. Verhandlungsphase (§ 9a Abs. 3 Satz 1 und 2 TzBfG i.V.m. § 8 Abs. 3 TzBfG)

Es gelten dieselben Grundsätze wie bei § 8 TzBfG.

## III. Entscheidung des Arbeitgebers

### 1. Zustimmung

Stimmt der Arbeitgeber dem Antrag des Arbeitnehmers zu, gilt die neue Arbeitszeit ab dem Zeitpunkt, den der Arbeitnehmer in seinem Antrag angegeben hat. Dies wird i.d.R. gut drei Monate nach Antragstellung sein (§ 9a Abs. 3 Satz 1 TzBfG i.V.m. § 8 Abs. 2 Satz 1 TzBfG). Selbstverständlich können Arbeitnehmer und Arbeitgeber im Verhandlungswege einen anderen Termin vereinbaren.<sup>26</sup>

### 2. Ablehnung

Die wirksame Ablehnung eines wirksamen Antrags des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber ist nur unter mehreren Voraussetzungen möglich. Der Arbeitgeber muss die Ablehnung hinreichend deutlich erklären. Inhaltlich muss ihm ein betrieblicher Grund zur Seite stehen oder es müssen die Voraussetzungen der Quote gegeben sein. Darüber hinaus muss er die gesetzlich vorgeschriebene Form und die Frist beachten.

#### a. Ablehnungserklärung

Die Ablehnung des Arbeitgebers, dem Teilzeitverlangen des Arbeitnehmers zuzustimmen, ist eine empfangsbedürftige, an den Arbeitnehmer gerichtete Willenserklärung. Ob der Arbeitgeber eine solche Erklärung abgegeben hat, ist im Wege der Auslegung zu ermitteln. Will der Arbeitgeber den Eintritt der Zustimmungsfiktion verhindern, erfordert das Gebot der

Rechtsklarheit und Transparenz, dass er den Teilzeitwunsch des Arbeitnehmers hinreichend deutlich ablehnt. Denn der Arbeitnehmer muss Gewissheit haben, ob der Arbeitsvertrag seinem Angebot entsprechend geändert wurde.<sup>27</sup>

#### b. Form

Die Ablehnung des Arbeitgebers muss schriftlich erfolgen (§ 9a Abs. 3 Satz 1 TzBfG i.V.m. § 8 Abs. 5 Satz 1 TzBfG). Sie stellt eine Willenserklärung dar.<sup>28</sup> Daher ist § 126 BGB anwendbar. Dem Arbeitnehmer muss das Original zugehen; die Übermittlung eines Telefaxschreibens genügt den Formanforderungen nicht.<sup>29</sup> Die Berufung des Arbeitnehmers auf den Formfehler ist regelmäßig nicht treuwidrig.<sup>30</sup>

Demgegenüber geht der Ausschuss für Arbeit und Soziales davon aus, Textform sei ausreichend.<sup>31</sup> Dem steht der Wortlaut des Gesetzes, dass von der Schriftform und gerade nicht wie § 9a Abs. 3 Satz 1 TzBfG i.V.m. § 8 Abs. 2 Satz 1 TzBfG für den Antrag des Arbeitnehmers von der Textform spricht, entgegen.<sup>32</sup>

Eine Begründung ist nicht erforderlich.<sup>33</sup> Nennt der Arbeitgeber in dem Ablehnungsschreiben dennoch Gründe, ist er hieran in einem möglichen Prozess nicht gebunden. Er kann sich somit auch auf zunächst nicht genannte Gründe berufen.<sup>34</sup>

#### c. Frist und Zustimmungsfiktion – Die (entsprechende) Anwendung von § 8 Abs. 5 Satz 2 und 3 TzBfG (§ 9a Abs. 3 TzBfG)

Die Neuregelung sieht für die Verringerung und die Verteilung der Arbeitszeit die unmittelbare Geltung von § 8 Abs. 2 bis 5 TzBfG vor (Satz 1). Soweit es um den Zeitraum der Ver-

23 Bayreuther, NZA 2018, 1577; Besgen, B+P 2019, 19, 21; Preis/Schwarz, NJW 2018, 3673, 3675.

24 BAG, Urt. v. 27.06.2017 - 9 AZR 368/16; BAG, Urt. v. 20.01.2015 - 9 AZR 860/13; Korinth, ArbRB 2018, 384, 385.

25 BAG, Urt. v. 15.11.2011 - 9 AZR 729/07; BAG, Urt. v. 24.06.2008 - 9 AZR 514/07.

26 Kliemt, NZA 2001, 63, 66.

27 BAG, Urt. v. 27.06.2017 - 9 AZR 368/16; BAG, Urt. v. 20.01.2015 - 9 AZR 860/13.

28 BAG, Urt. v. 27.06.2017 - 9 AZR 368/16; BAG, Urt. v. 20.01.2015 - 9 AZR 860/13.

29 BAG, Urt. v. 27.06.2017 - 9 AZR 368/16.

30 BAG, Urt. v. 27.06.2017 - 9 AZR 368/16; BAG, Urt. v. 18.05.2004 - 9 AZR 319/03.

31 BT-Drs. 19/5097, S. 17.

32 Bayreuther, NZA 2018, 1577, 1581; Preis/Schwarz, NJW 2018, 3673, 3675 f.

33 Boewer, TzBfG, 3. Aufl. 2009, § 8 Rn. 263; Heyn in: Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, 5. Aufl. 2015, § 8 Rn. 88; Rolfs, TzBfG, 2002, § 8 Rn. 30.

34 Heyn in: Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, 5. Aufl. 2015, § 8 Rn. 88; Rolfs, TzBfG, 2002, § 8 Rn. 30.

ringerung geht, gelten einzelne Bestimmungen entsprechend (Satz 2).

Damit kommt auch die in § 8 Abs. 5 Satz 2 und 3 TzBfG vorgesehene Zustimmungsfiktion zur Anwendung. Der Arbeitgeber kann ihren Eintritt verhindern, wenn er den Teilzeitwunsch und das Befristungsbegehren rechtzeitig und ordnungsgemäß ablehnt. Die Entscheidung über die Verringerung der Arbeitszeit und ihre Verteilung muss dem Arbeitnehmer spätestens einen Monat vor dem gewünschten Beginn der Verringerung zugehen.

Die Zustimmungsfiktion bezieht sich auf drei Punkte:<sup>35</sup>

- die Verringerung der Arbeitszeit;
- die Verteilung der Arbeitszeit;
- den Zeitraum der vorübergehenden Teilzeit.

Lehnt der Arbeitgeber die Befristung ab, ohne sich zum Verringerungs- und Verteilungswunsch zu erklären, wird nicht etwa eine zeitlich nicht begrenzte Reduktion der Arbeitszeit fingiert.<sup>36</sup> Es ist vielmehr davon auszugehen, dass die Fiktion insgesamt nicht eintritt, weil der Verringerungs- und Verteilungswunsch derart mit der Befristung verknüpft ist, dass er nur einheitlich (insgesamt) angenommen oder abgelehnt werden kann. Daher kann auch nicht angenommen werden, dass sich der Vertrag insgesamt wie vom Arbeitnehmer gewünscht (befristet) ändert. Eine solche Sichtweise würde außer Acht lassen, dass die Voraussetzungen für die Fiktion einer Befristung nicht gegeben sind.<sup>37</sup>

Lehnt der Arbeitgeber die gewünschte befristete Verringerung der Arbeitszeit nicht fristgemäß in der erforderlichen Form ab, wohl aber die gewünschte Verteilung der Arbeitszeit, bedarf es zunächst der Auslegung der Anträge des Arbeitnehmers. Zu klären ist, ob er seine Anträge zu einer Einheit verknüpft hat, dass sie nur einheitlich angenommen oder abgelehnt werden können.<sup>38</sup> Ist dies – wovon regelmäßig auszugehen ist – der Fall, tritt die Fiktion nicht (auch nicht teilweise) ein.<sup>39</sup> Es verbleibt daher bei den bisherigen vertraglichen Vereinbarungen zur Dauer und Lage der Arbeitszeit. Besteht die Einheit nicht, werden die gewünschte Verringerung der Arbeitszeit und deren Befristung fingiert. Die Verteilung der Arbeitszeit ist in diesem Fall gesondert zu klären.

#### **d. Ablehnungsgründe**

Der Arbeitgeber kann dem Wunsch des Arbeitnehmers aus zwei Gesichtspunkten entgegentreten. Während der erste Grund inhaltlicher Natur ist, müssen im zweiten Fall „nur“ bestimmte formale Voraussetzungen gegeben sein.

##### **aa. Betriebliche Gründe (§ 9a Abs. 2 Satz 1 TzBfG i.V.m. § 8 Abs. 4 TzBfG)**

Auf betriebliche Gründe können sich alle Arbeitgeber unabhängig von der Beschäftigtenzahl berufen.

Es kann zunächst auf die Grundsätze zurückgegriffen werden, die die Rechtsprechung zu § 8 Abs. 4 Satz 1 TzBfG entwickelt hat.<sup>40</sup> Darüber hinaus kann der Arbeitgeber Gründe anführen, die gegen eine Befristung der Teilzeit sprechen. Diese können sich daraus ergeben, dass eine kurzzeitige Teilzeit nicht durch Vertretungskräfte aufgefangen werden kann oder mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist.<sup>41</sup>

##### **bb. Überforderungsschutz (§ 9a Abs. 2 Satz 2 TzBfG)**

Arbeitgeber, die i.d.R. nicht mehr als 200 Arbeitnehmer beschäftigen, können unter engen Voraussetzungen einredeweise einen Überforderungsschutz geltend machen.

##### **(1) Anzahl der Arbeitnehmer des Arbeitgebers**

Für die Frage, wie viele Arbeitnehmer regelmäßig beschäftigt werden, gelten im Ausgangspunkt dieselben Grundsätze wie bei § 8 Abs. 7 TzBfG. Auch hier zählen Auszubildende nicht mit (§ 9a Abs. 7 TzBfG).

Allerdings wird für diese Regelung in Zweifel gezogen, ob Leiharbeiter Berücksichtigung finden können.<sup>42</sup> Zur Begründung wird darauf verwiesen, der Arbeitgeber könne sich bei der Geltendmachung des Überforderungsschutzes nicht darauf berufen, dass die Leiharbeiter gegenüber dem Verleiher einen entsprechenden Teilzeitwunsch durchgesetzt hätten. Diese Ansicht nimmt also an, dass die Leiharbeiter entweder ganz (d.h. bei der Bestimmung der Unternehmensgröße und bei der Berechnung der Quote) oder gar nicht berücksichtigt werden können. Zwingend ist dies nicht, spricht doch das Gesetz an einer Stelle von der „Beschäftigung von nicht mehr als 200 Arbeitnehmern“ und an anderer Stelle von „anderen Arbeitnehmern“ (§ 9a Abs. 2 Satz 2 TzBfG).

Nach hier vertretener Auffassung kann aus systematischen Gründen für die Berücksichtigung der Leiharbeiter bei der Bestimmung der Unternehmensgröße vorliegend nichts anderes gelten als im Rahmen des § 9a Abs. 1 Satz 3 TzBfG und des § 8 Abs. 7 TzBfG.<sup>43</sup> Wenn der Gesetzgeber dem sel-

35 Bayreuther, NZA 2018, 1577, 1578; Preis/Schwarz, NJW 2018, 3673, 3676.

36 Zweifelnd Bayreuther, NZA 2018, 566, 567.

37 So jetzt auch Bayreuther, NZA 2018, 1577, 1581; Preis/Schwarz, NJW 2018, 3673, 3675 f.

38 Näher hierzu Sievers, TzBfG, 6. Aufl. 2019, § 8 Rn. 9 ff. und 151 f.

39 Bayreuther, NZA 2018, 1577, 1578 f.

40 Bayreuther, NZA 2018, 566, 568; Boecken/Hackenbroich, DB 2018, 956, 961.

41 Bayreuther, NZA 2018, 566, 568; Boecken/Hackenbroich, DB 2018, 956, 960.

42 Bayreuther, NZA 2018, 566, 568; Bayreuther, NZA 2018, 1577, 1579 f.

43 Zu der Berücksichtigung bei der Quote sogleich unter (2).

ben Begriff innerhalb eines Paragraphen bzw. innerhalb eines Gesetzes eine unterschiedliche Bedeutung beimessen möchte, kann dies nur berücksichtigt werden, wenn er dies deutlich gemacht hat. Gegen eine Ausklammerung der Leiharbeitnehmer spricht auch, dass die Vorschrift eine ausdrückliche Regelung für Auszubildende enthält (§ 9a Abs. 7 TzBfG). Dies lässt darauf schließen, dass der Gesetzgeber die Herausnahme bestimmter Personengruppen in dieser Bestimmung abschließend regeln wollte.

Abzustellen ist auf den „Beginn der begehrten Verringerung“ (§ 9a Abs. 2 Satz 2 TzBfG). Damit wird dem Arbeitgeber eine Prognose abverlangt,<sup>44</sup> denn er muss sich bei seiner zeitlich vorgelagerten Entscheidung darüber klar werden, ob er den Wunsch des Arbeitnehmers unter Berufung auf den Überforderungsschutz ablehnen will.

Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt ist somit nicht etwa der Beginn der begehrten Verringerung, sondern der Zeitpunkt der Entscheidung des Arbeitgebers. Zu prüfen ist, ob er aus damaliger Sicht zu Recht davon ausgehen durfte, er werde zum Zeitpunkt des Beginns der begehrten Verringerung regelmäßig nicht mehr als 200 Arbeitnehmer beschäftigen. Eine Prognose, dass er mehr als 45 Arbeitnehmer regelmäßig beschäftigen wird, muss er nicht anstellen. Wenn dies nämlich nicht der Fall ist, besteht der Anspruch nicht, ohne dass es auf die Einrede des Arbeitgebers ankäme (§ 9a Abs. 1 Satz 3 TzBfG).

Haben mehrere Arbeitnehmer für den gleichen Tag den Beginn einer Brückenteilzeit beantragt und hat der Arbeitgeber unter ihnen eine Auswahl zu treffen, soll der Arbeitgeber nach Auffassung des Regierungsentwurfes nach billigem Ermessen darüber zu entscheiden haben, welchem Arbeitnehmer er den Vorrang gewährt.<sup>45</sup> Dies erscheint im Hinblick auf die Rechtsprechung des BAG zweifelhaft.<sup>46</sup> Zu § 9 TzBfG hat der 9. Senat entschieden, dass der Arbeitgeber in seiner Auswahlentscheidung jedenfalls dann frei sei, wenn er keinen neuen Arbeitsplatz eingerichtet habe. Er sei nicht an die Grundsätze des billigen Ermessens gebunden.<sup>47</sup>

Wenn die maßgebliche Grenze überschritten ist, kann der Arbeitgeber den Antrag des Arbeitnehmers ohne Weiteres ablehnen. Der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch, dass der Arbeitgeber nach billigem Ermessen entscheidet, gleichwohl eine befristete Teilzeit mit ihm zu vereinbaren.<sup>48</sup> Allerdings kann sich ein Anspruch aus dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung ergeben, wenn der Arbeitgeber trotz Überschreitung des Schwellenwertes freiwillig mit anderen Arbeitnehmern eine befristete Teilzeit vereinbart hat.<sup>49</sup>

Die Darlegungs- und Beweislast hat der Arbeitnehmer.<sup>50</sup> In der Literatur wird die Auffassung vertreten, ihm stehe ein Auskunftsanspruch zu.<sup>51</sup> Dem ist mangels einer gesetzlichen Grundlage nicht zuzustimmen.<sup>52</sup>

## (2) Anzahl der Arbeitnehmer, die nach Abs. 1 verringert haben

Der Überforderungsschutz nach § 9a Abs. 2 Satz 2 TzBfG gilt nur in Bezug auf Arbeitnehmer, die „ihre Arbeitszeit nach Abs. 1 verringert haben“. Es kommt somit nicht auf die Anzahl der Teilzeitbeschäftigten, sondern auf die Anzahl der befristet teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer an. Nach dem Wortlaut der Vorschrift muss es sich zudem um eine Verringerung nach Abs. 1 handeln.

Die Regelung kann nicht über den Wortlaut hinaus erweitert werden. Ihr kann kein Sinn und Zweck dahingehend beigemessen werden, dass sie auch Arbeitnehmer erfasst, mit denen der Arbeitgeber ohne vorherige rechtliche Verpflichtung eine befristete Teilzeit vereinbart hat. Dem steht entgegen, dass in dem Regierungsentwurf der gegenteilige Wille deutlich zum Ausdruck gebracht worden ist. Dort heißt es, dass nicht alle Teilzeitbeschäftigten angerechnet würden, sondern nur die Arbeitnehmer mit zeitlich begrenzter Teilzeitarbeit nach § 9a Abs. 1 TzBfG.<sup>53</sup>

Somit kommt der Überforderungsschutz erstmals erst einige Zeit nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Anwendung und auch dann nur in wenigen Fällen. Keine Anrechnung finden nämlich befristete Reduzierungen der Arbeitszeit, die auf spezialgesetzlicher Regelung beruhen. Dies gilt namentlich für die Teilzeit während der Elternzeit (§ 15 BEEG) sowie die Freistellungen nach dem PflegeZG bzw. dem FPFZG.<sup>54</sup>

„Andere Arbeitnehmer“ sind nur solche Mitarbeiter, die in einem Vertragsverhältnis zu dem Arbeitgeber stehen. Der Arbeitgeber kann sich daher nicht darauf berufen, dass sich bei ihm eingesetzte Leiharbeitnehmer mit ihrem Vertragsarbeitgeber auf eine befristete Reduzierung der Arbeitszeit verständigt haben.<sup>55</sup>

44 So auch die Begründung zum Regierungsentwurf vom 13.06.2018, BR-Drs. 281/18, S. 14; Preis/Schwarz, NJW 2018, 3673, 3676.

45 Vgl. die Begründung zum Regierungsentwurf vom 13.06.2018, BR-Drs. 281/18, S. 14; Bayreuther, NZA 2018, 566, 568.

46 Löwisch, BB 2018, 3061, 3064.

47 BAG, Urt. v. 17.10.2017 - 9 AZR 192/17; BAG, Urt. v. 13.02.2007 - 9 AZR 575/05.

48 Vgl. BAG, Urt. v. 13.12.2016 - 9 AZR 606/15; Boecken/Hackenbroich, DB 2018, 956, 961.

49 Vgl. BAG, Urt. v. 13.12.2016 - 9 AZR 606/15; Boecken/Hackenbroich, DB 2018, 956, 961.

50 Bayreuther, NZA 2018, 1577, 1579.

51 Oberthür, ArbRB 2018, 239, 240.

52 Besgen, B+P 2019, 19, 23.

53 Begründung zum Regierungsentwurf vom 13.06.2018, BR-Drs. 281/18, S. 14.

54 Besgen, B+P 2019, 19, 21; Bayreuther, NZA 2018, 1577, 1580.

55 Bayreuther, NZA 2018, 1577, 1579 f.

#### IV. Änderungen nach Abschluss des Verfahrens (§ 9a Abs. 4 und 5 TzBfG)

Die gesetzliche Regelung enthält ausdifferenzierte Vorgaben für Änderungen nach Abschluss des Verfahrens.

##### 1. Keine Änderung während der befristeten Verringerung (§ 9a Abs. 4 TzBfG)

Im Gegensatz zum ersten Referentenentwurf vom 21.12.2016 ist nunmehr geregelt, dass der Arbeitnehmer während des Laufs der Befristung keine Änderung des Umfangs seiner Arbeitszeit nach dem TzBfG verlangen kann. Der Planungssicherheit des Arbeitgebers ist somit der Vorrang gegenüber dem Flexibilitätsinteresse der Arbeitnehmer eingeräumt worden. Arbeitnehmer sollten sich daher genau überlegen, für welchen Zeitraum sie einen Antrag stellen.

Allerdings besteht die Möglichkeit, die Arbeitszeit aufgrund anderer Gesetze zu verändern.<sup>56</sup>

##### 2. Änderung nach Ablauf der Befristung (§ 9a Abs. 5 Satz 1 TzBfG)

Ist die Befristung abgelaufen, muss der Arbeitnehmer mindestens ein Jahr mit der ursprünglichen Arbeitszeit arbeiten. Er ist nicht darauf verwiesen, den neuen Antrag erst nach einem Jahr zu stellen. Vielmehr kann er den Antrag im laufenden Jahr so frühzeitig stellen, dass er nach Ablauf des Jahres sofort wieder mit reduzierter Arbeitszeit tätig werden kann.

Ebenso wie für § 9a Abs. 4 TzBfG gilt die Veränderungssperre für andere Bestimmungen des TzBfG. Während des Jahres kann somit auch kein Anspruch nach § 8 TzBfG geltend gemacht werden. Ansprüche, die aus anderen Gesetzen folgen, sind nicht ausgeschlossen.

##### 3. Erneuter Antrag nach berechtigter Ablehnung (§ 9a Abs. 5 Satz 2 und 3 TzBfG)

###### a. Berechtigte Ablehnung aufgrund betrieblicher Gründe (Satz 2)

Hat der Arbeitgeber die Brückenteilzeit berechtigt aufgrund betrieblicher Gründe abgelehnt, gilt eine zweijährige Veränderungssperre (§ 8 Abs. 6 TzBfG). Diese Veränderungssperre bezieht sich nur für den Anspruch aus § 9a TzBfG. Es ist daher möglich, auch während der zwei Jahre einen Antrag nach § 8 TzBfG zu stellen.<sup>57</sup>

###### b. Berechtigte Ablehnung aufgrund der Zumutbarkeitsregelung (Satz 3)

Nach einer berechtigten Ablehnung aufgrund der Zumutbarkeitsregelung finden dieselben Grundsätze wie bei Satz 1 Anwendung. Der Arbeitgeber ist ein Jahr vor einer erneuten befristeten Verringerung der Arbeitszeit geschützt.

#### V. Gerichtliche Auseinandersetzung

##### 1. Klageart

Wenn der Arbeitgeber form- und fristgerecht widersprochen hat, muss der Arbeitnehmer seinen Anspruch im Wege der Leistungsklage durchsetzen. Der Antrag ist auf die Annahme des Angebots des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber auf Änderung des Vertrages gerichtet. Die Vollstreckung richtet sich nach § 894 ZPO. Dies bedeutet, dass die angestrebte Vertragsänderung erst mit Rechtskraft des der Klage stattgebenden Urteils erfolgt.<sup>58</sup> Vor diesem Hintergrund kommt dem Eilrechtsschutz besondere Bedeutung zu.

Streiten die Arbeitsvertragsparteien darüber, ob der Arbeitgeber dem Antrag des Arbeitnehmers form- und fristgerecht widersprochen hat, hat der Arbeitnehmer eine allgemeine Feststellungsklage (§ 256 Abs. 1 ZPO) zu erheben.<sup>59</sup> Der Abgabe einer Willenserklärung bedarf es im Hinblick auf die aus seiner Sicht eingetretene Fiktion (§ 9a Abs. 3 Satz 1 TzBfG i.V.m. § 8 Abs. 5 Satz 2 und 3 TzBfG) nicht mehr. Es ist jedoch für den Regelfall dringend zu empfehlen, zugleich hilfsweise eine Leistungsklage zu erheben.

##### 2. Einstweiliger Rechtsschutz

Eine einstweilige Verfügung kommt ebenso wie zur Sicherung der Ansprüche aus § 15 BEEG und § 8 TzBfG in Betracht. Wegen der teilweisen Vorwegnahme der Hauptsache sind strenge Anforderungen an den Verfügungsgrund zu stellen.<sup>60</sup> Auf der anderen Seite ist allerdings auch zu berücksichtigen, dass der sowieso nur zeitlich begrenzte Anspruch des Arbeitnehmers durch eine unberechtigte Ablehnung des Arbeitgebers ohne den Erlass einer einstweiligen Verfügung über einen längeren Zeitraum bzw. ggf. vollständig unmöglich gemacht wird. Vor diesem Hintergrund ist zu verlangen, dass der Erlass einer einstweiligen Verfügung zur Abkehr wesentlicher Nachteile erforderlich erscheint. Die zu erwartende

<sup>56</sup> Begründung zum Regierungsentwurf vom 13.06.2018, BR-Drs. 281/18, S. 15.

<sup>57</sup> Preis/Schwarz, NJW 2018, 3673, 3676 f.

<sup>58</sup> BAG, Urt. v. 20.01.2015 - 9 AZR 860/13; BAG, Urt. v. 16.12.2014 - 9 AZR 915/13; BAG, Urt. v. 11.06.2013 - 9 AZR 786/11.

<sup>59</sup> BAG, Urt. v. 20.01.2015 - 9 AZR 860/13; Poeche in: Küttner, Personalbuch, 25. Aufl. 2018, Stichwort Teilzeitbeschäftigung Rn. 50; Boewer, TzBfG, 3. Aufl. 2009, § 8 Rn. 267.

<sup>60</sup> ArbG Solingen, Urt. v. 05.01.2016 - 3 Ga 20/15; Poeche in: Küttner, Personalbuch, 25. Aufl. 2018, Stichwort Elternzeit Rn. 37; Hamann, BB-Special 6/2005, 2, 11; Panzer-Heemeier/Trost, NZA 2018, 1378, 1379; eine einstweilige Verfügung von vornherein ausschließend Leßmann, DB 2001, 94, 99. Vgl. auch Kliemt/Reinhard, NZA 2005, 545, 549, die zu Recht darauf hinweisen, dass diese „strengen Anforderungen“ im Einzelfall unterschiedlich definiert werden.



Prozessdauer des Hauptsacheverfahrens ist für sich genommen kein ausreichender Grund.<sup>61</sup> Der Arbeitnehmer muss vielmehr darüber hinausgehende Gründe glaubhaft machen, aus denen sich ergibt, dass er dringend auf die Reduzierung der Arbeitszeit angewiesen ist.<sup>62</sup> Zu denken ist insbesondere an Fälle, in denen der Arbeitnehmer ohne die beantragte Arbeitszeitverkürzung nicht in der Lage ist, die Betreuung seiner Kinder zuverlässig zu gewährleisten.<sup>63</sup> Er hat insoweit darzulegen und glaubhaft zu machen, dass er alle ihm zumutbaren Anstrengungen unternommen hat, die Betreuung seiner Kinder sicherzustellen.<sup>64</sup>

Hinsichtlich des Inhalts der einstweiligen Verfügung hat sich noch keine klare Linie herausgebildet. Zum Teil wird es für notwendig erachtet, dass der Arbeitgeber verurteilt wird, der Änderung der Arbeitszeit vorläufig im vom Arbeitnehmer gewünschten Umfang bis zur erstinstanzlichen Entscheidung in der Hauptsache zuzustimmen.<sup>65</sup> Andere meinen, es sei dem Arbeitgeber unmittelbar aufzugeben, den Arbeitnehmer entsprechend seinem Teilzeit- und Verteilungswunsch zu beschäftigen.<sup>66</sup> Nach einer weiteren – zutreffenden – Auffassung soll der Antrag darauf gerichtet sein, dass dem Arbeitgeber aufgegeben wird, „zu dulden, dass der Arbeitnehmer an jedem [...] der Woche in der Zeit von [...] bis [...] ausschließlich arbeitet“.<sup>67</sup>

Auch wenn das Gericht nach § 938 Abs. 1 ZPO nach freiem Ermessen über den Inhalt der einstweiligen Verfügung bestimmt, ist der Praxis zu raten, die Anträge zu kombinieren und das Risiko einer teilweisen Zurückweisung in Kauf zu nehmen.

Sind sich Arbeitnehmer und Arbeitgeber darüber uneins, ob die Fiktion des § 9a Abs. 3 Satz 1 TzBfG i.V.m. § 8 Abs. 5 Satz 2 und 3 TzBfG eingetreten ist, kommt eine einstweilige Verfügung zugunsten des Arbeitnehmers nicht in Betracht.<sup>68</sup> Es fehlt an einem Verfügungsgrund. Denn wenn die Rechtsauffassung des Arbeitnehmers zutrifft, ist eine Änderung des Vertrages bereits erfolgt. Falls ihm der Arbeitgeber vertragswidrig Arbeiten in einem Umfang und zu Zeiten zuweist, die nicht dem geänderten Arbeitsvertrag entsprechen, hat er ein Leistungsverweigerungsrecht. Die bloße Unsicherheit, ob er dieses zu Recht ausübt, begründet keinen Verfügungsgrund.<sup>69</sup>

### C. Fazit

Gut gemeint ist das Gegenteil von gut gemacht. Das Gesetz verfolgt nach der Gesetzesbegründung „ein wichtiges arbeits-, gleichstellungs- und familienpolitisches Anliegen“. Arbeitnehmer sollen freiwillig in Teilzeit arbeiten können, aber nicht unfreiwillig in Teilzeitarbeit verbleiben müssen.<sup>70</sup> Es ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber die Vereinbarkeit von Beruf und Familie weiter erleichtern will. Es drängt sich jedoch der Eindruck auf, dass er in dem Bestre-

ben, es möglichst allen (und somit auch den Arbeitgebern) recht zu machen, eine wenig praktikable Regelung geschaffen hat. Es verwundert daher nicht, dass die Reform kritisch betrachtet wird.

Die Kritik setzt zunächst an dem Umstand an, dass keine Harmonisierung mit anderen Regelungen zu befristeter Teilzeitarbeit erfolgt ist, sondern willkürlich zwei neue Schwellenwerte geschaffen wurden.<sup>71</sup> Der Schwellenwert von 45 schließt viele Arbeitnehmer gänzlich aus dem Anwendungsbereich aus, während den Arbeitgeber mit 46 Arbeitnehmern gleich die volle Wucht des Gesetzes trifft. Die Quote wird kaum praktisch werden, weil sich der Arbeitgeber nur auf solche Arbeitnehmer berufen kann, die in befristeter Teilzeit nach § 9a TzBfG arbeiten.

Das Bestreben, Arbeitnehmern mehr Flexibilität zu ermöglichen, verfolgt der Gesetzgeber wegen der Berücksichtigung entgegenstehender Arbeitgeberinteressen nur halbherzig. Die Brückenteilzeit ist für Arbeitnehmer nur bedingt attraktiv, weil sie sich im Voraus auf ihre Dauer festlegen müssen und sie zudem wegen der Sperrfrist nach Ablauf der Befristung für einen längeren Zeitraum wieder länger arbeiten müssen.<sup>72</sup>

Es ist daher zu befürchten, dass die Neuregelung keine große praktische Bedeutung erfahren wird. Viel wäre bereits gewonnen, wenn sie die Bereitschaft, auf freiwilliger Basis zu flexiblen Arbeitszeitmodellen zu kommen, erhöhen würde.

61 Vossen in: Gräfl/Arnold, TzBfG, 4. Aufl. 2016, § 8 Rn. 207; Eisemann/Schinz, RdA 2004, 129, 140.

62 LArbG Hamburg, Urte. v. 04.09.2006 - 4 Sa 41/06; LArbG Hamm, Urte. v. 06.05.2002 - 8 Sa 641/02; LArbG Köln, Beschl. v. 05.03.2002 - 10 Ta 50/02; Gotthardt, NZA 2001, 1183, 1186.

63 LArbG Schleswig-Holstein, Urte. v. 18.12.2003 - 4 Sa 96/03; LArbG Düsseldorf, Urte. v. 04.12.2003 - 11 Sa 1507/03.

64 LArbG Rheinland-Pfalz, Urte. v. 12.04.2002 - 3 Sa 161/02.

65 Gotthardt, NZA 2001, 1183, 1187; Grobys/Bram, NZA 2001, 1175, 1181 f.

66 LArbG Rheinland-Pfalz, Urte. v. 12.04.2002 - 3 Sa 161/02; ArbG Berlin, Urte. v. 12.10.2001 - 31 Ga 24563/01; LArbG Hamburg, Urte. v. 06.09.2001 - 8 Sa 59/01; Korinth, ArbRB 2018, 384 ff.

67 Eisemann/Schinz, RdA 2004, 129, 139; ähnlich ArbG Solingen, Urte. v. 05.01.2016 - 3 Ga 20/15 (Gestattung der Arbeit, in einem bestimmten Umfang fernbleiben zu dürfen). Vgl. auch Heyn in: Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, 5. Aufl. 2015, § 8 Rn. 129.

68 LArbG Hamm, Urte. v. 08.08.2008 - 14 SaGa 23/08.

69 Vossen in: Gräfl/Arnold, TzBfG, 4. Aufl. 2016, § 8 Rn. 210; a.A. LArbG Hamm, Urte. v. 08.07.2008 - 14 SaGa 25/08; LArbG Schleswig-Holstein, Urte. v. 18.12.2003 - 4 Sa 96/03.

70 Begründung zum Regierungsentwurf vom 13.06.2018, BR-Drs. 281/18, S. 1.

71 Bayreuther, NZA 2018, 1577, 1583; Preis/Schwarz, NJW 2018, 3673, 3673.

72 Preis/Schwarz, NJW 2018, 3673, 3679.



## Unfallversicherungsschutz von Vorbereitungshandlungen

BSG, Urt. v. 23.01.2018 - B 2 U 3/16 R

Ri'inSG Dr. Anna Nusser, z.Zt. Wiss. Mit. beim BVerfG

### A. Problemstellung

Unter Versicherungsschutz in der gesetzlichen Unfallversicherung steht nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 SGB VII das Zurücklegen des mit der versicherten Tätigkeit zusammenhängenden unmittelbaren Weges nach und von dem Ort der Tätigkeit. Angesichts des Tatbestandsmerkmals „unmittelbarer Weg“ ist damit grds. nur der direkte Weg nach und von der versicherten Tätigkeit erfasst. In der Rechtsprechung wurden von diesem Grundsatz allerdings Ausnahmen zugelassen, bspw. wenn der unmittelbare Weg nur geringfügig unterbrochen wurde,<sup>1</sup> wenn irrtümlich vom direkten Weg abgewichen wurde<sup>2</sup> oder wenn der Versicherte eine verlängerte Wegstrecke gewählt hat, die auf durch objektive Gegebenheiten erklärbaren Umständen beruhen.<sup>3</sup> Inwiefern Vorbereitungshandlungen, die nicht Teil des direkten Weges nach oder von dem Ort der Tätigkeit sind, aber die Durchführung der versicherten Tätigkeit erleichtern oder überhaupt erst ermöglichen, unter Versicherungsschutz stehen, hat der 2. Senat des BSG in seinem Urteil vom 23.01.2018 ausführlich thematisiert.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Gegenstand der Entscheidung ist die Frage, ob der Kläger einen als sog. Wegeunfall versicherten Arbeitsunfall erlitten hat. Der Kläger verließ an einem Morgen im März 2013 sein Wohnhaus und ging zu seinem auf dem Grundstück abgestellten Fahrzeug, um hiermit zu seiner Arbeitsstätte zu fahren. Er legte seine Arbeitstasche in den Wagen und verließ sodann das Grundstück zu Fuß. Er ging wenige Meter auf die öffentliche Straße, um die Straße auf Glätte zu überprüfen. Der Deutsche Wetterdienst hatte am Vortag eine Warnung herausgegeben, dass im Bereich des Wohnortes des Klägers mit Straßenglätte zu rechnen sei. Während des Rückweges zu seinem Pkw fiel der Kläger auf seinen rechten Arm und erlitt hierdurch Unterarmfrakturen.

II. Der beklagte Unfallversicherungsträger lehnte die Feststellung eines Arbeitsunfalls ab. Die Prüfung der Straße auf Glätte sei eine dem Privatbereich zuzuordnende Vorbereitungshandlung. Das Sozialgericht hob die ablehnende Entscheidung auf und stellte einen Arbeitsunfall fest. Die Prüfung der Straße auf Glätte sei eine versicherte Vorbereitungshandlung gewesen.

Das Landessozialgericht hat auf die Berufung der Beklagten das Urteil des Sozialgerichts aufgehoben und hat die Klage abgewiesen. Die Prüfung der Fahrbahn auf Straßenglätte sei eine nicht versicherte Vorbereitungshandlung. Die Straßenglätte sei angesichts des Wetterberichts kein unvorhergesehenes Ereignis. Die Prüfung des Fahrbahnzustandes habe kein vollständiges Bild der Fahrbahnverhältnisse auf dem gesamten Weg zur Arbeit vermitteln können.

III. Das BSG hat die Revision des Klägers zurückgewiesen. Der Kläger habe bei dem Sturz keinen versicherten Arbeitsunfall erlitten. Er habe während des Zurücklegens des Weges von seiner Wohnung zur Arbeitsstätte grds. unter Versicherungsschutz nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 SGB VII gestanden. Der versicherte Weg beginne mit dem Durchschreiten der Außentür des Wohnhauses. Diesen Weg habe der Kläger begonnen. Er habe ihn aber unterbrochen, als er zur Straße ging, um die Fahrbahn auf Glätte zu überprüfen. Im Zeitpunkt des Unfallereignisses sei die Unterbrechung noch nicht beendet gewesen. Die Fahrbahnprüfung habe als rein privatwirtschaftliche Handlung nicht unter Unfallversicherungsschutz gestanden. Sie habe den Versicherungsschutz nicht als lediglich geringfügige Unterbrechung des Weges unberührt gelassen. Auch habe sie nicht als Vorbereitungshandlung unter Versicherungsschutz gestanden. Die Einbeziehung von Vorbereitungshandlungen in den Versicherungsschutz komme nur in Betracht, wenn ein besonders enger sachlicher, örtlicher und zeitlicher Zusammenhang bestehe, der die Vorbereitungshandlung nach den Gesamtumständen selbst als Bestandteil der versicherten Tätigkeit erscheinen lasse. Dies sei in der Vergangenheit nur in Konstellationen bejaht worden, in denen die betreffende Verrichtung unerwartet notwendig geworden sei, um weiterhin die betriebliche Arbeit verrichten bzw. den Weg zurücklegen zu können. Vorliegend sei die mögliche Straßenglätte angesichts der am Vortag ausgesprochenen Wetterwarnung kein unerwartetes Ereignis gewesen. Auch sei die Fahrbahnprüfung weder objektiv erforderlich noch rechtlich geboten gewesen. Aus den Feststellungen des Landessozialgerichts ergebe sich nicht, dass eine Inaugenscheinnahme oder Rutschprobe mit den Füßen erforderlich gewesen sein könnte. Zur Feststellung des Fahrbahnzustandes unmittelbar vor dem Grundstück hätte es genügt, vorsichtig auf die Fahrbahn einzubiegen und ggf. Bremsproben durchzuführen.

1 BSG, Urt. v. 05.07.2016 - B 2 U 16/14 R Rn. 21 m.w.N.

2 Vgl. BSG, Urt. v. 24.03.1998 - B 2 U 4/97 R Rn. 26; vgl. auch BSG, Urt. v. 20.12.2016 - B 2 U 16/15 R Rn. 19.

3 BSG, Urt. v. 31.08.2017 - B 2 U 11/16 R Rn. 13.

### C. Kontext der Entscheidung

Ein Schwerpunkt der Entscheidung betrifft die Frage des Versicherungsschutzes für Vorbereitungshandlungen. Hierunter werden Maßnahmen verstanden, die einer versicherten Tätigkeit vorangehen und ihre Durchführung erleichtern oder überhaupt erst ermöglichen.<sup>4</sup> Unter Verweis auf die Gesetzssystematik des SGB VII und in Fortführung der bisherigen Rechtsprechung hat der 2. Senat des BSG zunächst ausgeführt, dass Vorbereitungshandlungen grds. nicht versicherte, eigenwirtschaftliche Tätigkeiten sind.<sup>5</sup> Der Unfallversicherungsschutz für beschäftigte Personen ist vielmehr prinzipiell auf die Tätigkeiten beschränkt, die im Rahmen des nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII versicherten Beschäftigungsverhältnisses selbst verrichtet werden.<sup>6</sup> Bestimmte typische Vorbereitungshandlungen, namentlich das Zurücklegen des Weges von und zur Arbeit, hat der Gesetzgeber allerdings dennoch unter Versicherungsschutz gestellt, weil er insoweit ein eigenes soziales Schutzbedürfnis angenommen hat. Dass es sich hierbei um eine Ausnahme darstellt, leitet das BSG überzeugend aus der zugrunde liegenden Regelungstechnik des SGB VII ab, das nur spezielle, ausdrücklich genannte Vorbereitungshandlungen unter Versicherungsschutz stellt.<sup>7</sup>

Bereits in der Vergangenheit hat das BSG allerdings über diese ausdrücklich normierten Fälle hinaus, Vorbereitungshandlungen dann unter Versicherungsschutz gestellt, wenn sie mit der eigentlich versicherten Tätigkeit oder der kraft Gesetzes versicherten Vorbereitungshandlung so eng verbunden sind, dass sie bei natürlicher Betrachtungsweise eine Einheit bilden.<sup>8</sup> Um eine solche Einheit bejahen zu können, forderte das BSG einen „besonders engen sachlichen, örtlichen und zeitlichen Zusammenhang“, der die Vorbereitungshandlung nach den Gesamtumständen selbst bereits als Bestandteil der versicherten Tätigkeit erscheinen lässt.<sup>9</sup> Aufbauend auf diese Rechtsprechung hat das BSG nunmehr in seinem Urteil vom 23.01.2018 konkretisiert, wann ein solcher „besonders enger sachlicher, örtlicher und zeitlicher Zusammenhang“ zwischen der versicherten Tätigkeit und der Vorbereitungshandlung besteht. Unter Auswertung der bisherigen, zu diesem Themenkreis ergangenen Urteile hat der Senat hierfür als Voraussetzung angesehen, dass die Vorbereitungshandlung während der Dienstzeit bzw. bei der Zurücklegung des Betriebsweges oder des Weges zum oder vom Ort der Tätigkeit unerwartet notwendig geworden war, um weiterhin die betriebliche Arbeit verrichten oder den Weg zurücklegen zu können.<sup>10</sup> Das Kriterium der „plötzlichen und unerwarteten Notwendigkeit“ der Vorbereitungshandlung ist damit maßgeblich für die Abgrenzung zwischen unversicherten und versicherten Vorbereitungshandlungen. Notwendig in diesem Sinne ist die Vorbereitungshandlung nur dann, wenn sie objektiv notwendig ist. Welche Vorbereitungshandlung objektiv notwendig ist, hängt vorrangig von den Tatsachen ab, die

dem zu entscheidenden Sachverhalt zugrunde liegen. Die subjektiven Vorstellungen des Versicherten, dass es sich um eine vernünftige Maßnahme handelt, genügen insoweit jedenfalls nicht.<sup>11</sup> Daneben kann sich die objektive Notwendigkeit auch aus einer rechtlichen Verpflichtung ergeben, wie die Ausführungen des Senats in Rn. 21 der Entscheidung nahelegen. Unter Berücksichtigung der bisherigen Senatsrechtsprechung müsste es sich allerdings um eine solche rechtliche Verpflichtung handeln, deren Schutzzweck nicht allein dem privaten Interesse zu dienen bestimmt ist, wie dies z.B. für die sich aus § 34 StVO und § 142 StGB ergebenden Verpflichtungen entschieden wurde.<sup>12</sup> Erforderlich ist vielmehr auch insoweit ein innerer Zusammenhang zur versicherten Tätigkeit bzw. zum versicherten Weg.

### D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung konkretisiert den „besonders engen sachlichen, örtlichen und zeitlichen Zusammenhang“, der für die Bejahung einer versicherten Vorbereitungshandlung erforderlich ist. Hierdurch macht sie die doch recht wertungsoffene Voraussetzung des „besonders engen [...] Zusammenhangs“ für die Praxis etwas greifbarer. Eine allgemeingültige Abgrenzung zwischen versicherten und unversicherten Vorbereitungshandlungen wird die Entscheidung allerdings wohl nicht ermöglichen, da die objektive Erforderlichkeit einer Vorbereitungshandlung immer von dem konkreten Sachverhalt abhängt und sich im Einzelfall – wie den kritischen Anmerkungen zu diesem Urteil zu entnehmen ist – hierüber trefflich streiten lässt.<sup>13</sup>

### E. Bewertung

Die dogmatische Herleitung des Versicherungsschutzes für Vorbereitungshandlungen verdient Zustimmung. Systema-

4 BSG, Ur t. v. 23.01.2018 - B 2 U 3/16 R Rn. 17; BSG, Ur t. v. 17.02.2009 - B 2 U 26/07 Rn. 22.

5 BSG, Ur t. v. 23.01.2018 - B 2 U 3/16 R Rn. 17; BSG, Ur t. v. 13.11.2012 - B 2 U 27/11 R Rn. 20; BSG, Ur t. v. 04.09.2007 - B 2 U 24/06 R Rn. 17.

6 BSG, Ur t. v. 02.12.2008 - B 2 U 15/07 R Rn. 26.

7 BSG, Ur t. v. 23.01.2018 - B 2 U 3/16 R Rn. 18.

8 Als versicherte Vorbereitungshandlungen erfasst wurden bspw. das Auftanken eines Kfz bei unvorhergesehenem Benzinmangel (BSG, Ur t. v. 30.01.1968 - 2 RU 51/65 Rn. 19) oder Reparaturen im Fall plötzlich auftretender Störungen am Kfz (BSG, Ur t. v. 04.09.2007 - B 2 U 24/06 R Rn. 18).

9 BSG, Ur t. v. 17.02.2009 - B 2 U 26/07 Rn. 22; BSG, Ur t. v. 28.04.2004 - B 2 U 26/03 Rn. 17.

10 BSG, Ur t. v. 23.01.2018 - B 2 U 3/16 R Rn. 19.

11 BSG, Ur t. v. 23.01.2018 - B 2 U 3/16 R Rn. 20, 22.

12 Siehe hierzu BSG, Ur t. v. 17.02.2009 - B 2 U 26/07 R Rn. 18.

13 Kritisch äußern sich z.B. Plagemann, ArbR 2018, 374; Schlaeger, jurisPR-SozR 11/2018 Anm. 6; Hennig, NZS 2018, 549; Schneider, WzS 2018, 187.

tisch und inhaltlich überzeugend arbeitet der 2. Senat in Fortsetzung seiner bisherigen Rechtsprechung die Voraussetzungen heraus, unter denen Vorbereitungshandlungen ausnahmsweise unter Versicherungsschutz stehen. Die Betonung des Ausnahmecharakters von versicherten Vorbe-

reitungshandlungen berücksichtigt, dass Grund des Versicherungsschutzes in der gesetzlichen Unfallversicherung nicht die Absicherung eines allgemeinen Lebensrisikos ist, sondern stellt dessen engen Bezug zur versicherten Tätigkeit in den Vordergrund.

## Verwaltungsrecht

# Beschleunigte Asylverfahren in der Schweiz

StS Mario Gattiker

Schnelle und zugleich rechtsstaatliche Asylverfahren streben alle Staaten Europas an. Die Schweiz hat solche Verfahren seit Beginn des Jahres 2014 erprobt. Durch Volksentscheid wurde dann beschlossen, ein entsprechendes Verfahren vom 01.03.2019 an flächendeckend umzusetzen. Die Mehrheit der Asylgesuche soll künftig innerhalb von max. 140 Tagen rechtskräftig abgeschlossen sein. Innerhalb dieses Zeitraums sollen das Verwaltungsverfahren und das anschließende Gerichtsverfahren, das auf eine Gerichtsstanz beschränkt ist, durchgeführt werden. Zur Einhaltung des Zeitrahmens gehört aus Gründen der Fairness, dass allen Asylsuchenden ab Beginn des Verfahrens eine unentgeltliche Beratung und Rechtsvertretung zur Verfügung gestellt wird. Das Schweizer Modell findet auch in Deutschland zunehmend Interesse und soll deshalb im Folgenden vorgestellt werden.

### A. Ein beschleunigtes Asylverfahren ist im Interesse aller

Die Schweizer Bevölkerung hat am 05.06.2016 eine Gesetzesrevision für die Beschleunigung der Asylverfahren mit 66,8 % Ja-Stimmen angenommen.<sup>1</sup> Diese hohe Zustimmung wurde erreicht, weil aufgezeigt werden konnte, dass schnelle Asylverfahren schlussendlich allen dienen.

Lange Asylverfahren hingegen sind erst mal belastend für die Betroffenen selber. Sie verharren über längere Zeit in einem Zustand tiefster Unsicherheit über den weiteren Verlauf ihres Lebens. Kommt schlussendlich ein positiver Entscheid, so wurde wertvolle Zeit vergeudet, in der man bereits mit dem Integrationsprozess hätte beginnen können. Kommt ein negativer Entscheid, so ist die Rückkehr angesichts der langen Aufenthaltsdauer während des Verfahrens schmerzvoller und schwieriger als nötig.

Lange Asylverfahren sind zudem teuer. Ob jemand ein paar Monate oder ein paar Jahre im Asylverfahren ist, macht

aufgrund der hohen Kosten, die anfallen für die Sozialhilfe, die Unterbringung und die medizinische Versorgung sehr schnell einen großen Unterschied.

Lange Asylverfahren machen es auch für nicht schutzbedürftige Personen attraktiver, das Asylverfahren zur Erlangung eines temporären Aufenthaltsrechtes zu missbrauchen. Diese Personen beanspruchen im Asylverfahren Ressourcen, welche den wirklich schutzbedürftigen Personen entsprechend nicht zur Verfügung stehen können. Sie schwächen die Glaubwürdigkeit des Asylsystems sowie die politische Bereitschaft zur Schutzgewährung.

Schnelle Verfahren sind daher im Umkehrschluss gut für die schutzbedürftigen Menschen und die Steuerzahler. Sie stärken die Glaubwürdigkeit der Politik und der Behörden und sind ein effektives Mittel gegen Missbräuche. Im Resultat konnten also fast alle Interessengruppen einen Vorteil darin sehen, was zu der eingangs erwähnten hohen Zustimmung führte. Zugleich muss natürlich die Fairness des Verfahrens gewährleistet sein und es muss den Anforderungen eines Rechtsstaates gerecht werden.

### B. Es müssen aber alle mitmachen

Ein Asylverfahren führt früher oder später immer zum Entscheid, ob eine Person im Land, in dem sie ihr Gesuch gestellt hat, Asyl oder einen anderen Schutzstatus erhält oder das Land wieder verlassen muss. Diese zentrale Weggabelung ist dann erreicht, wenn der Asylentscheid rechtskräftig wird. Wie wir gesehen haben, ist es besser für alle, wenn diese Gabelung möglichst schnell erreicht wird. Damit die

<sup>1</sup> Siehe „Änderung des Asylgesetzes (AsylG), Abstimmung vom 05.06.2016“ auf [www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/abstimmungen/20160605/Aenderung-des-Asylgesetzes.html](http://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/abstimmungen/20160605/Aenderung-des-Asylgesetzes.html) (zuletzt abgerufen am 23.01.2019).

Vorteile eines beschleunigten Verfahrens aber zum Tragen kommen können, muss sichergestellt werden, dass es nach dieser Gabelung ebenso zügig weitergeht.

Dies bedeutet, dass bei einem positiven Entscheid umgehend ein Integrationsprozess beginnt. Zu diesem Zweck hat die Schweiz eine nationale Integrationsagenda beschlossen,<sup>2</sup> welche zeitgleich mit den beschleunigten Asylverfahren umgesetzt wird. Damit wurde eine Vielzahl von Maßnahmen beschlossen, um die rasche wirtschaftliche und gesellschaftliche Integration von Flüchtlingen und weiteren Schutzbedürftigen zu verbessern.

Erfolgt ein negativer Entscheid, sollte ebenso umgehend die Rückkehr in den Heimatstaat oder allenfalls in einen anderen vorherigen Aufenthaltsstaat erfolgen. Entsprechend investiert die Schweiz viel in ihre internationale Migrationszusammenarbeit und dabei speziell auch in die Rückkehrzusammenarbeit mit Herkunfts- und Transitstaaten.<sup>3</sup>

### C. Ohne das Beschwerdeverfahren nützt es alles nichts

Nicht vergessen werden darf aber ein zentrales Element, welches noch vor der erwähnten Weggabelung kommt: Das gerichtliche Beschwerdeverfahren. In einem Rechtsstaat ist es selbstverständlich, dass eine richterliche Überprüfung sämtlicher Asylentscheide der Behörden möglich ist und dass diese auch absolut unabhängig von der Exekutive stattfindet. Zugleich besteht aber ein eminentes Interesse, die Abläufe auch hier möglichst effizient zu gestalten und unnötige Verzögerungen zu vermeiden. Dies ist ohne Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit möglich. Eine Beschleunigung ohne die zweite Instanz wird ihre Ziele jedoch verfehlen.

In der Schweiz konnte das Staatssekretariat für Migration als erste Instanz viele Gesuche aus den Jahren 2015/2016 aus Ressourcengründen erst jetzt entscheiden. Dies hat die durchschnittliche Verfahrensdauer erhöht. Im ersten Halbjahr 2018 erfolgte der erstinstanzliche Entscheid nach durchschnittlich 14 Monaten. Betrachtet man nur die nationalen Verfahren, so liegt dieser Wert sogar bei 1,5 Jahren. Während Dublin-Verfahren immer prioritär behandelt werden (durchschnittlich 65 Tage), wird die Dauer der nationalen Verfahren in erster Linie durch die verfügbaren Behandlungsressourcen bestimmt. Das Staatssekretariat für Migration hat sich dabei entschieden, aussichtslose Gesuche prioritär zu behandeln, um möglichst keine Anreize für missbräuchliche Asylgesuche zu stellen. Gesuche von Personen, welche voraussichtlich in der Schweiz bleiben können, mussten entsprechend zurückgestellt werden. Dies ist aber natürlich unbefriedigend, da damit deren Integrationsprozess erschwert wird.

Um die Anzahl offensichtlich unbegründeter Gesuche möglichst zu reduzieren, führte das Staatssekretariat für Migration bereits 2012 sog. Fast Track-Verfahren und „48 Stunden-Verfahren“ für bestimmte Staaten ein, aus denen Asylgesuche in den allermeisten Fällen kaum Aussicht auf Erfolg haben.<sup>4</sup> Zugleich wurde in die Rückkehrzusammenarbeit mit diesen Staaten investiert und mit zweien von ihnen, Nigeria und Tunesien, wurde gar eine umfassende Migrationspartnerschaft abgeschlossen. Diese Maßnahmen führten bereits zu namhaften Erfolgen. Die Zahl der Asylgesuche aus den Ländern in den beschleunigten Verfahren ging rasch und nachhaltig zurück. Gleichzeitig stieg die Schutzquote, also der Anteil von Entscheiden auf Bleiberecht an den gesamten Asylgesuchen, von 19,1 % im Jahr 2012 auf aktuell 60,6 %.

Aktuell dürfen daher fast zwei Drittel aller Personen, welche in der Schweiz ein Asylgesuch stellen, auch in der Schweiz bleiben. Dies ist nicht das Resultat falsch verstandener Großzügigkeit, sondern einer konsequenten Praxis und dem Verhindern falscher Anreize. Als Resultat gibt es weniger Fälle, welche unnötig Ressourcen beanspruchen, die dann den wirklich Schutzbedürftigen fehlen. Wir schätzen, dass die Schweiz ohne diese beschleunigten Verfahren in den Jahren 2015/2016 etwa 25.000 Asylgesuche pro Jahr mehr erhalten hätte. Diese Erfahrung bekräftigte unseren Entscheid, im gesamten Asylverfahren beschleunigte Verfahren umzusetzen.

Die hohe Schutzquote führt aber auch dazu, dass es weniger Beschwerden an die zweite Instanz gibt. Wer einen positiven Entscheid erhält, beschwert sich ja logischerweise kaum darüber. Die Beschwerdequote sank denn auch von über einem Drittel auf aktuell 23,5 %. Daraus resultiert auch eine Entlastung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG). Trotzdem ist im Beschwerdefall die Dauer zwischen dem erstinstanzlichen Entscheid und dem Eintritt der Rechtskraft in den letzten Jahren gestiegen und lag im 2. Quartal 2018 bei 285 Tagen im Gesamtdurchschnitt oder bei 337 Tagen, wenn man nur die nationalen Verfahren betrachtet (bei Dublin-Verfahren betrug sie lediglich 50 Tage). Dieser Anstieg ist eine Nachwirkung des Anstiegs erstinstanzlicher Gesuche in den Jahren 2015/2016. Diese Werte zeigen zudem eindrücklich, dass eine wirkliche Beschleuni-

2 Siehe „Integrationsagenda: früher einsetzen und intensivieren“ auf [www.sem.admin.ch/sem/de/home/themen/integration/integrationsagenda.html](http://www.sem.admin.ch/sem/de/home/themen/integration/integrationsagenda.html) (zuletzt abgerufen am 23.01.2019).

3 Siehe „Internationale Zusammenarbeit“ auf [www.sem.admin.ch/sem/de/home/internationales/internat-zusarbeit.html](http://www.sem.admin.ch/sem/de/home/internationales/internat-zusarbeit.html) (zuletzt abgerufen am 23.01.2019).

4 Siehe „Grundsätze bei der Behandlung der Asylgesuche“ auf [www.sem.admin.ch/sem/de/home/asyl/asylverfahren/behandlungsstrategie.html](http://www.sem.admin.ch/sem/de/home/asyl/asylverfahren/behandlungsstrategie.html) (zuletzt abgerufen am 23.01.2019).



gung der Verfahren ohne den Einbezug der Beschwerdeverfahren nicht zu erreichen ist.

#### D. Wie läuft es heute?

Das Grundprinzip des aktuellen Schweizer Beschwerdeverfahrens lässt sich unter dem Motto „one chance only“ zusammenfassen. Es gibt mit dem BVerwG, das in der Schweiz das zuständige erst- und letztinstanzliche Gericht für Asylklagen ist, nur eine Beschwerdeinstanz. Ein langer Zug durch die Instanzen, etwa zum Bundesgericht in Lausanne, ist ausgeschlossen. Dies erhöht sowohl beim Staatssekretariat für Migration als auch beim BVerwG die Verantwortung für die Qualität der Entscheide. Das Schweizer Asylgesetz (AsylG)<sup>5</sup> sieht zudem eine Beschwerdefrist von 30 Tagen respektive fünf Arbeitstagen bei Dublin-Entscheiden oder bei Entscheiden über Gesuche von Personen aus einem sog. Safe-Country vor. Dies ist dann der Fall, wenn ein Asylbewerber oder eine Asylbewerberin aus einem Land stammt, welches von der Schweiz als sicheres Herkunftsland eingestuft wird.

Für seine Beurteilungen verfügt das BVerwG über eigene spezialisierte Asyl-Abteilungen und einen eigenen Länderinformationsdienst. Dadurch wird sichergestellt, dass sie die Begründungen in den Asylentscheiden des Staatssekretariats für Migration fachlich kompetent und unabhängig beurteilen können. Die Beschwerdeverfahren werden i.d.R. als Aktenverfahren durchgeführt, wobei eine persönliche Anhörung aber möglich bleibt. Das Schweizer BVerwG kann die Entscheide des Staatssekretariats für Migration als erste Instanz dabei reformieren, also selber einen neuen Entscheid in der Sache fällen, oder zur Neuurteilung an das Staatssekretariat für Migration zurückweisen.

#### E. Unabhängig aber nicht im Alleingang

Der Gesetzgeber hat dem Staatssekretariat für Migration im Asylgesetz die Aufgabe übertragen, eine Behandlungsstrategie festzulegen (Art. 37b AsylG). Basierend darauf würde die weiter oben angesprochene Behandlungsstrategie mit einer Priorisierung nach Gesuchskategorien (prioritäre Behandlung von Dublin-Fällen und Gesuchen aus Ländern mit sehr tiefer Schutzquote) festgelegt. Diese Behandlungsstrategie ist auch durch das BVerwG zu berücksichtigen (Art. 109b AsylG). Das Resultat ist eine enge Kooperation zwischen dem Staatssekretariat für Migration und dem BVerwG, hingegen jedoch selbstverständlich keine Einflussnahme auf die Beurteilung der Beschwerden.

Die anhängigen Verfahren bei prioritär zu behandelnden Gesuchen liegen als Resultat sowohl bei der ersten als auch bei der Beschwerdeinstanz auf nachhaltig tiefem Niveau.

Die überwiegende Mehrheit der beim BVerwG anhängigen Fälle betreffen Fälle zweiter Priorität. Diese werden nun von beiden Instanzen unabhängig voneinander, jedoch mit einer kohärenten Behandlungsstrategie abgebaut. Sowohl das Staatssekretariat für Migration als auch das BVerwG haben dabei gesetzlich vorgeschriebene Rechtsmittel- und Behandlungsfristen zu berücksichtigen. Bei diesen handelt es sich um Ordnungsfristen, welche im Fall eines außerordentlich hohen Gesuchseingangs, wie wir ihn 2015/2016 erlebt haben, auch überschritten werden können.

Ein zentrales Merkmal des Asylwesens ist ja genau seine nur beschränkte Planbarkeit. Internationale Konflikte, welche Fluchtbewegungen auslösen, nehmen keine Rücksicht auf nationale – und auch nicht europäische – Asylplanungen. Daher braucht es Flexibilität und die Möglichkeit, auf Schwankungen reagieren zu können. Eine vorausschauende Ressourcenplanung ist unverzichtbar. Damit diese Planung auch auf der Stufe „Gericht“ erfolgen kann, versorgt das Staatssekretariat für Migration das BVerwG mit Statistiken und Prognosen und pflegt einen regelmäßigen Informationsaustausch auf technischer Ebene. Dieser betrifft Fragen der Priorisierung und der administrativen Abläufe sowie die Ankündigung von anstehenden Grundsatzentscheiden und Praxisanpassungen. Dadurch wird das gegenseitige Verständnis gefördert und die Ressourcenplanung für das Gericht erleichtert.

Für eine gute Zusammenarbeit sind aber auch effiziente und funktionierende Informatikinstrumente wichtig. Das Staatssekretariat für Migration und das BVerwG betreiben daher gemeinsam ein automatisiertes Informations- und Dokumentationssystem. Auch hat das Gericht einen direkten Zugriff auf das Zentrale Migrationsinformationssystem ZEMIS, in dem alle in der Schweiz gemeldeten Ausländerinnen und Ausländer verzeichnet sind. Dieser Zugriff erlaubt das elektronische Bestellen von Dossiers, sowie das Abrufen von Informationen über den Verfahrensablauf, den Aufenthaltsort, familiäre Beziehungen etc.

Das Staatssekretariat stellt dem Gericht auch regelmäßig seine internen Behandlungshinweise zu. Mitarbeitende des Gerichts haben Zugriff auf eine Datenbank mit ausgewählten Länderinformationen des Staatssekretariats und können so die Grundlagen für die erstinstanzlichen Entscheide konsultieren. Das Gericht erstellt jedoch auch seine eigenen Länderinformationen, teilt diese jedoch zur Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit nicht mit dem Staatssekretariat.

5 Systematische Rechtssammlung SR 142.3 ([www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19995092/index.html](http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19995092/index.html)) (zuletzt abgerufen am 23.01.2019).



## F. Ab März 2019 noch einen Schritt weitergehen

Die von der Schweizer Bevölkerung 2016 mit großer Mehrheit beschlossene Beschleunigung des Asylverfahrens wird ab 01.03.2019 flächendeckend umgesetzt.<sup>6</sup> Die Mehrheit der Asylgesuche soll künftig innerhalb von max. 140 Tagen in klar strukturiertem Verfahren behandelt und rechtskräftig abgeschlossen sein. Damit die beschleunigten Verfahren aber nicht nur rasch, sondern auch fair ablaufen, wird allen Asylsuchenden künftig ab Beginn des Verfahrens eine unentgeltliche Beratung und Rechtsvertretung zur Verfügung gestellt. Sie werden ab dem ersten Tag über den Ablauf des Verfahrens und die Voraussetzungen der Schutzgewährung informiert. So erhalten alle Asylsuchenden die gleiche professionelle und unabhängige Unterstützung, was die Fairness des Verfahrens erhöht. Die unentgeltlichen Rechtsvertreterinnen und Rechtsvertreter erhalten dabei vom Staatssekretariat für Migration eine fixe Fallpauschale für das gesamte Verfahren, unabhängig davon, ob in einem Fall eine Beschwerde eingereicht wird. So werden finanzielle Anreize für aussichtslose Beschwerden verhindert. Die Aufgaben der Rechtsvertretung sind insbesondere die Begleitung bei allen Verfahrensschritten, eine fortlaufende Information und Chancenberatung, die Stellungnahme zum Entwurf des Asylentscheids sowie das allfällige Verfassen einer Beschwerde.

Asylsuchende sollen so ihre Erfolgchancen rasch und realistisch einschätzen und den Entscheid besser akzeptieren können. Allfällige formelle Fehler wie etwa eine ungenügende Abklärung des Sachverhalts oder mangelhafte Gewährung des rechtlichen Gehörs sollen vor Erlass des Asylentscheids korrigiert werden können. Die Rechtsvertretung erhält zu diesem Zweck den Entwurf des Asylentscheids vorgängig zur Stellungnahme. Sie trägt somit wesentlich zur Qualität der Entscheide und zur Verhinderung von unnötigen Beschwerden bei.

Zugleich wird die freiwillige Rückkehr gefördert und die Rückkehrperspektive ist von Beginn weg Teil des Verfahrens, etwa mittels Information über verfügbare Rückkehrhilfe. Dabei kommen degressive Ansätze zur Anwendung. Je länger jemand seine Rückkehr hinauszögert, desto weniger Rückkehrhilfe steht zur Verfügung.

Das neue Verfahren wurde in Zürich (seit Januar 2014) und in der Westschweiz (seit April 2018) getestet und es wurden im Hinblick auf die definitive Einführung ab März 2019 wertvolle Erfahrungen gewonnen. So zeigte sich im Rahmen der für die Jahre 2014/2015 durchgeführten Evaluation des Testbetriebs in Zürich,<sup>7</sup> dass die Beschwerdequote bedeutend tiefer liegt als im aktuellen Regelbetrieb. Wir erhoffen uns deshalb mit der flächendeckenden Einführung des neu strukturierten Asylverfahrens auch eine gewisse

Entlastung der Beschwerdeinstanz. Zudem hat die Evaluation gezeigt, dass die Qualität der erstinstanzlichen Entscheide des Staatssekretariats trotz Verfahrensbeschleunigung stimmt und die Verfahren korrekt durchgeführt werden können.

Die Effizienz des Asylverfahrens soll schließlich auch dadurch verbessert werden, dass beide Instanzen im neuen System auf eine rein elektronische Dossierführung umstellen werden.

## G. Fazit

Zusammenfassend glauben wir, dass wir auf einem guten Weg sind und freuen uns, dies ab dem 01.03.2019 flächendeckend unter Beweis stellen zu können. Damit wollen wir auch den Beweis erbringen, dass wirklich rasche und faire Asylverfahren nur gemeinsam mit der Beschwerdeinstanz erreicht werden können, dies jedoch nicht auf Kosten der richterlichen Unabhängigkeit gehen muss. Und wir sind überzeugt, dass eine Überprüfung erstinstanzlicher Entscheide durch eine fachlich qualifizierte und unabhängige Beschwerdeinstanz wichtiger ist als ein Rechtsmittelweg über viele Instanzen.

6 Siehe „Beschleunigung der Asylverfahren“ auf [www.sem.admin.ch/sem/de/home/asyl/beschleunigung.html](http://www.sem.admin.ch/sem/de/home/asyl/beschleunigung.html) (zuletzt abgerufen am 23.01.2019).

7 Siehe „Neustrukturierung Asylbereich: Erste Evaluation des Testbetriebs liegt vor“ auf [www.sem.admin.ch/sem/de/home/aktuell/news/2015/2015-02-16.html](http://www.sem.admin.ch/sem/de/home/aktuell/news/2015/2015-02-16.html) (zuletzt abgerufen am 23.01.2019).

## Tatsachenfeststellungen in ausländischen Strafurteilen binden deutsche Disziplinargerichte

BVerwG, Urt. v. 19.04.2018 - 2 C 59/16

RiVG Dr. Matthias Pflughaupt, z. Z. Wiss. Mit. beim BVerwG

### A. Problemstellung

Straftaten durch Beamte (auch im Ausland) sind nicht nur strafprozessual, sondern zusätzlich auch disziplinarisch zu ahnden – schlimmstenfalls mit der Entfernung aus dem Dienst oder der Aberkennung des Ruhegehalts (der „Pension“). Das Neben- bzw. Nacheinander von Straf- und Disziplinarverfahren bedeutet aber nicht, dass dieselbe Tat umfassend doppelt aufgeklärt wird. Vielmehr sind die in einem rechtskräftigen Strafurteil getroffenen Tatsachen-

feststellungen für das Disziplinarverfahren zum selben Sachverhalt bindend.<sup>1</sup> Kaum geklärt war bisher aber, ob diese Bindung auch für Tatsachenfeststellungen aus ausländischen Strafurteilen gilt. Dazu hat sich nun das BVerwG positioniert – mit einem bemerkenswerten Abstecher ins Unionsrecht.

## B. Gegenstand und Inhalt der Entscheidung

Der Beklagte (Beamte) wurde im Jahr 2000 in den vorzeitigen Ruhestand versetzt. 2006 verurteilte ihn ein Gericht der Slowakischen Republik wegen sexuellen Missbrauchs Minderjähriger (aus dem Jahr 1999) rechtskräftig zu fünf Jahren Freiheitsstrafe. Das VG Freiburg erkannte dem Beklagten daraufhin im Disziplinarverfahren das Ruhegehalt ab. Dabei stützte es sich auf die im slowakischen Urteil getroffenen Tatsachenfeststellungen, die es als bindend betrachtete.

Die Berufung des Beklagten dagegen blieb erfolglos. Zur Begründung hat das Berufungsgericht im Wesentlichen ausgeführt, dass Tatsachenfeststellungen rechtskräftiger ausländischer Strafurteile für gerichtliche Disziplinarverfahren in Deutschland bindend seien, falls das ausländische Urteil nach Art. 54 SDÜ<sup>2</sup> einen Strafklageverbrauch bewirkt (wie hier).<sup>3</sup> Das Disziplinargericht müsse sich von der Bindung zwar lösen, wenn die Feststellungen im (ausländischen) Strafverfahren unter offenkundiger Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften getroffen wurden. Bei ausländischen Verurteilungen sei insbesondere die Einhaltung rechtsstaatlicher Mindeststandards zu überprüfen. Das slowakische Recht wahre diese Standards aber; insoweit hat das Berufungsgericht auch auf Rechtsprechung des EuGH zum „Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens“ verwiesen.<sup>4</sup> Beim Beklagten komme eine Lösung von den Feststellungen im slowakischen Urteil auch nicht wegen etwaiger Rechtsverstöße in seinem konkreten Strafprozess infrage.

Die dagegen gerichtete Revision des Beklagten wies das BVerwG zurück. Der Verwaltungsgerichtshof meine zu Recht, dass Tatsachenfeststellungen eines rechtskräftigen Strafurteils gem. § 57 Abs. 1 BDG auch dann bindend seien, wenn das Urteil in einem ausländischen Strafverfahren gefällt wurde. Auf den (vom Berufungsgericht für relevant gehaltenen) Strafklageverbrauch nach Art. 54 SDÜ bzw. Art. 50 GRC komme es dafür nicht an.

Die Bindungswirkung ergebe sich aus der Auslegung des einfachen Rechts, und zwar schon aus dem Wortlaut von § 57 Abs. 1 BDG und dessen Vergleich mit anderen Normen. Der Wortlaut von § 57 Abs. 1 BDG unterscheide nämlich nicht zwischen Urteilen ausländischer und deutscher Gerichte – anders als § 41 Abs. 1 Satz 1 BBG, § 24 Abs. 1

Satz 1 BeamtStG und § 59 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BeamtVG. Im Unterschied zu jenen Normen bewirke § 57 Abs. 1 BDG auch nicht automatisch eine bestimmte schwere Rechtsfolge, sondern allenfalls eine einzelfallabhängige Disziplinarmaßnahme und auch dies nur unter dem Vorbehalt, dass sich das Disziplinargericht nicht nach § 57 Abs. 1 Satz 2 BDG vom Strafurteil löst. Darüber hinaus gelte bspw. auch die in § 14 BDG geregelte Bindung für ausländische Urteile, ohne dass dies ausdrücklich geregelt sei. Für die Bindung an Tatsachenfeststellungen ausländischer Urteile spreche schließlich aber auch der Zweck von § 57 Abs. 1 BDG. Er bestehe darin, divergierende Feststellungen zum selben Sachverhalt zu vermeiden und „der erhöhten Richtigkeitsgewähr der Ergebnisse des Strafprozesses mit seinen besonderen rechtsstaatlichen Sicherungen Rechnung zu tragen“. Diese Zwecksetzung greife gerade auch bei ausländischen Strafurteilen. Etwaigen rechtsstaatlichen Defiziten sei (wie bei deutschen Strafverfahren) im Einzelfall dadurch zu begegnen, dass das Disziplinargericht ggf. einen Lösungsbeschluss nach § 57 Abs. 1 Satz 2 BDG trifft. Die Wahrung rechtsstaatlicher Standards zu prüfen, sei auch bezüglich ausländischer Strafverfahren möglich und bei Auslandstaten weniger unsicher, als vom Bundesgebiet aus sämtliche Tatumstände aufzuklären.

Verfassungsrecht stehe der Bindung an Feststellungen in ausländischen Strafurteilen nicht entgegen. Die Bindung sei in § 57 Abs. 1 Satz 1 BDG dem Vorbehalt des Gesetzes gemäß (bestimmt genug) geregelt. Die Vorschrift zugunsten einer Bindungswirkung auch ausländischer Tatsachenfeststellungen auszulegen, wahre auch die verfassungsrechtlichen Prozessgarantien, und zwar deshalb, weil sich das Disziplinargericht nach § 57 Abs. 1 Satz 2 BDG von seiner Bindung an die vom ausländischen Gericht getroffenen Feststellungen ggf. lösen muss, falls es sonst „sehenden Auges auf der Grundlage eines aus rechtsstaatlichen Gründen unverwertbaren Sachverhalts entscheiden müsste, etwa weil die Feststellungen in einem entscheidungserheblichen Punkt unter offenkundiger Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften zustande gekommen sind [...]“.

1 Die Bindung folgt aus § 23 bzw. § 57 BDG und umfasst nach hergebrachter Rechtsprechung des BVerwG die Tatsachenfeststellungen, „auf die es für die Verurteilung ankommt“, d.h. diejenigen, die „entscheidungserheblich für die Frage [sind], ob der objektive und subjektive Straftatbestand erfüllt ist“ und ob der Täter schuldhaft gehandelt hat, nicht aber diejenigen Feststellungen, die nur für das Strafmaß relevant sind (vgl. BVerwG, Beschl. v. 25.02.2016 - 2 B 1/15 Rn. 8 f. m.w.N.).

2 Schengener Durchführungsübereinkommen.

3 VGH Mannheim, Urt. v. 15.12.2015 - DB 13 S 1634/15 Rn. 32.

4 VGH Mannheim, Urt. v. 15.12.2015 - DB 13 S 1634/15 Rn. 36.

Mit Unionsrecht sei die Bindung an Tatsachenfeststellungen in ausländischen Strafurteilen ebenfalls vereinbar.

Die Bindungswirkung entspreche auch „den unionsrechtlichen Grundsätzen des ‚gegenseitigen Vertrauens‘ und der ‚gegenseitigen Anerkennung‘“. Diese Grundsätze „schreiben zwar unionsrechtlich eine disziplinarrechtliche Bindung i.S.v. § 57 Abs. 1 Satz 1 BDG an die tatsächlichen Feststellungen rechtskräftiger Urteile der Strafgerichte anderer Mitgliedstaaten nicht ausdrücklich vor. Insoweit fehl[e] es bezüglich des Disziplinarrechts an einer sekundärrechtlichen Regelung im Unionsrecht. Sie stehen einer solchen Bindungswirkung aber nicht nur nicht entgegen, sondern legen sie im Gegenteil grundsätzlich und vorbehaltlich der Einhaltung rechtsstaatlicher Mindeststandards nahe“.

Konventionsrecht (Art. 6 EMRK) werde durch die Bindung an Tatsachenfeststellungen in ausländischen Strafurteilen schließlich auch nicht verletzt.

Dass das Berufungsgericht sich im konkreten Fall des Beklagten nicht von der Bindung an die Feststellungen des slowakischen Strafgerichts gelöst hat, sei nicht zu beanstanden. Die Feststellungen seien im slowakischen Strafverfahren unter Wahrung der maßgeblichen Verfahrensstandards getroffen. Dies ergebe sich aus den (eigenen) Feststellungen des Berufungsgerichts zum ausländischen Strafverfahren, mit denen das Berufungsgericht seiner Pflicht zur Aufklärung des Sachverhalts gerecht geworden sei.

### C. Kontext der Entscheidung

Das Urteil trifft auf einen pragmatischen und (auch deshalb) oft weltbürgerlichen Zeitgeist.<sup>5</sup> Es kollidiert aber auch mit rechtshistorisch begründeten Gewissheiten. Bezeichnenderweise lautet die prompte Reaktion eines viel zitierten Disziplinarrechts-Kommentators: „War von jeher als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal für die Bindungswirkung geradezu selbstverständlich, dass sie nur deutschen Strafurteilen nach der StPO eigen ist, kann die vom BVerwG erfahrene Auslegung [...] keinen Bestand haben.“<sup>6</sup>

Gleichzeitig beleuchtet das Urteil den unionsrechtlichen Grundsatz gegenseitigen Vertrauens ausgerechnet in einer Zeit, in der er politisch besonders interessant ist.

### D. Auswirkungen für die Praxis

Die Bindung an ausländische Tatsachenfeststellungen erspart den Disziplinargerichten (ineffiziente) Ermittlungen von Auslandssachverhalten (ggf. per Rechtshilfe) und den Beteiligten diesbezügliche Unsicherheiten.

Im behördlichen Disziplinarverfahren gilt sie nicht. Denn sie beruht (argumentativ) auf der Möglichkeit eines Lösungs-

beschlusses nach § 57 Abs. 1 Satz 2 BDG, die es im behördlichen Disziplinarverfahren nicht gibt (vgl. § 23 BDG).

Die Bejahung der Bindung ausländischer Urteile steigert die Notwendigkeit rechtsvergleichenden Arbeitens sowie einer gründlichen Auseinandersetzung mit Europa- und Verfassungsrecht. Denn um bei Bedarf auch über einen Lösungsbeschluss nach § 57 Abs. 1 Satz 2 BDG entscheiden zu können, muss das Disziplinargericht prüfen, ob das ausländische Strafverfahren im Einzelfall die einschlägigen Verfahrensstandards gewahrt hat. Das BVerwG hat exemplarisch vorgeführt, wie diese Prüfung zu bewerkstelligen sein kann.

Zum Unionsrecht trifft das BVerwG eine bedeutsame Klarstellung. Sie betrifft die Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung und des gegenseitigen Vertrauens. Auf beide Grundsätze wird in politischen und juristischen Zusammenhängen immer wieder rekurriert. Als Rechtssätze bleiben sie aber oft konturenlos. Dies gilt schon für die grundlegende Frage, ob sie aus sich heraus unmittelbare Wirkung haben<sup>7</sup> oder nur mittelbar, soweit sie sekundärrechtlich konkretisiert sind.<sup>8</sup> Das BVerwG hat die Frage im zweiten Sinn beantwortet, indem es auf das Fehlen einschlägiger sekundärrechtlicher Regelungen abstellt und die Bedeutung der Grundsätze darauf beschränkt, dass sie eine Bindung an ausländische Urteile „nahe legen“. Letzteres kann wohl nur heißen, dass das Vertrauen in Strafgerichte anderer EU-Mitgliedstaaten zwar nicht vorgeschrieben aber faktisch gerechtfertigt („naheliegend“) ist und/oder dass das deutsche Recht im Sinne eines solchen Vertrauens („vertrauensfreundlich“) auszulegen ist.

### E. Bewertung

Das BVerwG hat die Bindungswirkung der Tatsachenfeststellungen in ausländischen Strafurteilen hieb- und stichfest begründet. Dagegen noch die Gesetzeshistorie (als Haupteinwand) ins Feld zu führen, ist nicht überzeugend: Als die für das „Dienststrafverfahren“ geltende Bindung von Strafurteilen 1937 eingeführt wurde (§ 13 Abs. 3 RDStO), wurde sie zwar nicht auch ausländischen Strafurteilen beigemessen – und dies änderte sich auch nicht

5 Vgl. dazu allgemein Würtenberger, *Zeitgeist und Recht*, 2. Aufl. 1991.

6 Weiß, *PersV* 2018, 364, 368.

7 Vgl. BGH, *Beschl. v. 21.11.2012 - 1 StR 310/12 Rn. 35* zum Anerkennungsgrundsatz sowie offenbar auch VGH Mannheim, *Urt. v. 15.12.2015 - DB 13 S 1634/15*, zum Vertrauensgrundsatz.

8 Vgl. zum Vertrauensgrundsatz Kaufhold, *EuR* 2012, 408, 428 f. m.w.N. und zum Anerkennungsgrundsatz Meyer in: v. d. Groeben/Schwarze, *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl. 2015, Art. 82 AEUV Rn. 8; Meyer, *EuR* 2017, 163, 168 f. sowie Vogel/Eisele in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Das Recht der Europäischen Union*, Art. 82 AEUV Rn. 21.

mit der entsprechenden BDO-Regelung aus der Nachkriegszeit.<sup>9</sup> D.h. aber nicht, dass auch die daran scheinbar nahtlos anknüpfende Regelung des BDG von 2001 wieder auf einem entsprechenden gesetzgeberischen Willen beruht.<sup>10</sup> Die Gesetzgebungsmaterialien zum BDG geben dazu nichts her. Normen auf Fälle anzuwenden, an die der Gesetzgeber nicht gedacht hat oder an die er gedacht hat, ohne dass dies aus den Gesetzesmaterialien hervorgeht, ist aber methodisch zulässig, soweit sich dies durch andere Auslegungsmethoden als die historische begründen lässt, wie hier. Dass der Gesetzgeber in den Text von § 57 Abs. 1 BDG keine Beschränkung auf deutsche Urteile aufnahm, „obwohl die Thematik bekannt war“,<sup>11</sup> spricht im Übrigen eher dagegen, dass er eine solche Beschränkung wollte – zumal vergleichbare Vorschriften eine entsprechende Beschränkung explizit enthalten und zumal die Rechtsprechung auch die in § 14 BDG geregelte Bindung schon lange auf ausländische Entscheidungen bezieht, ohne dass dies in § 14 BDG klarer geregelt wäre als in § 57 Abs. 1 BDG (siehe oben, B.).

Dass das BVerwG die unionsrechtlichen Grundsätze gegenseitigen Vertrauens und gegenseitiger Anerkennung als sekundärrechtlich umsetzungsbedürftig behandelt, ist rechtspolitisch interessant, weil es ihren Einsatz als juristisches Totschlagsargument eindämmt. Die Position des BVerwG entspricht der zumindest überwiegenden Auffassung im Schrifttum. Sie hinterlässt aber einen gewissen Klarstellungsbedarf im Hinblick auf eine etwaige Abweichung von der Rechtsprechung des BGH. Denn der BGH hat aus dem hinter dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung stehenden Gedanken des gegenseitigen Vertrauens der Mitgliedstaaten auch schon konkrete Rechtsfolgen abgeleitet, und zwar ausdrücklich „selbst außerhalb“ entsprechender sekundärrechtlicher Regelungen.<sup>12</sup>

9 Weiß, PersV 2018, 364, 365 m.w.N.

10 So im Einzelnen aber Weiß, PersV 2018, 364, 368.

11 Vgl. Zetzsche, NZWehrr 2013, 120, 121.

12 Vgl. BGH, Beschl. v. 21.11.2012 - 1 StR 310/12 Rn. 35.

## Steuerrecht

# Die Sonderregel für Beteiligungsveräußerungen ab 1 % – ist § 17 EStG ein Fall für das (steuer-)historische Museum?

RR Dr. Joachim Strohm\*

Die Sonderregel für Beteiligungsveräußerungen ab 1 % in § 17 EStG ist seit vielen Jahren ein fester Bestandteil des EStG und regelte mit § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG lange Zeit einen von nur zwei Fällen, in denen die Veräußerung von privatem Kapitalvermögen steuerbar war. Im Rahmen der Einführung der Abgeltungsteuer wurde mit § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG ein neuer Tatbestand geschaffen, der auch die Fälle des § 17 EStG erfasst. Es stellt sich daher die Frage, ob die Beibehaltung der Regelung gerechtfertigt ist, zumal sie im derzeitigen System der Besteuerung privater Kapitalanlagen zu einer erheblichen Ungleichbehandlung führt.

## A. Einleitung

§ 17 EStG enthält eine Sonderregel, die den Gewinn aus der Veräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft als Einkünfte aus Gewerbebetrieb der Besteuerung unterwirft, wenn der Veräußerer innerhalb der letzten fünf Jahre am Kapital der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar zu mindestens 1 % beteiligt war. Die Vorschrift ist seit vielen Jahren im

Gesetz enthalten und regelte mit § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG lange Zeit eine von nur zwei Konstellationen, in denen die Veräußerung von privatem Kapitalvermögen eine Steuerpflicht auslöste. Mit der Einführung der Abgeltungsteuer im Rahmen des Unternehmensteuerreformgesetzes vom 14.07.2007<sup>1</sup> hat sich das systematische Umfeld von § 17 EStG jedoch grundlegend geändert, da mit § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG ein neuer Tatbestand ins Gesetz aufgenommen wurde, der den Gewinn aus der Veräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft unabhängig von der Beteiligungshöhe und der Haltedauer besteuert. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG hat in diesem Bereich seither keine Bedeutung mehr. § 17 EStG wurde dagegen unangetastet gelassen. Der Beitrag zeigt, dass die Regelung seither eine erhebliche Un-

\* Der Autor dankt Frau Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel, Vorsitzende Richterin am BFH, für wertvolle Anregungen zu diesem Beitrag.

1 Vgl. Unternehmensteuerreformgesetz vom 14.08.2007, BGBl. I 2007, 1912.



gleichbehandlung bewirkt, die sich nicht rechtfertigen lässt. Als (obsoleter) Vorschrift sollte § 17 EStG daher gestrichen werden.

## B. Erhebliche Ungleichbehandlung durch die Sonderregel i.S.d. § 17 EStG

Die Besteuerung von Gewinnen aus der Veräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft nach § 17 EStG führt im derzeitigen System der Besteuerung privater Kapitalanlagen zu einer erheblichen Ungleichbehandlung. Der allgemeine Gleichheitssatz i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG gebietet dem Gesetzgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln, wobei sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen ergeben.<sup>2</sup> Im Bereich des Steuerrechts wird die grundsätzliche Freiheit des Gesetzgebers, diejenigen Sachverhalte zu bestimmen, die das Gesetz als rechtlich gleich qualifiziert, vor allem durch das Gebot der Besteuerung nach der finanziellen Leistungsfähigkeit und durch das Gebot der Folgerichtigkeit begrenzt.<sup>3</sup> Danach müssen Steuerpflichtige bei gleicher Leistungsfähigkeit auch gleich hoch besteuert werden, während die Besteuerung höherer Einkommen im Vergleich mit der Steuerbelastung niedrigerer Einkommen angemessen sein muss.<sup>4</sup> Weiterhin ist der Gesetzgeber verpflichtet, bei der Ausgestaltung des steuerrechtlichen Ausgangstatbestands die einmal getroffene Belastungsentscheidung folgerichtig im Sinne der Belastungsgleichheit umzusetzen.<sup>5</sup>

### I. Unterschiedliche Steuertatbestände bei Beteiligungsveräußerungen

Geht man hiervon aus, hat die Besteuerung nach § 17 EStG eine erhebliche Ungleichbehandlung zur Folge. § 17 Abs. 1 Satz 1 EStG unterwirft den Gewinn aus der Veräußerung von (im Privatvermögen gehaltenen)<sup>6</sup> Anteilen an einer Kapitalgesellschaft als (fiktive)<sup>7</sup> Einkünfte aus Gewerbebetrieb der Besteuerung, wenn der Veräußerer innerhalb der letzten fünf Jahre unmittelbar oder mittelbar zu mindestens 1 % beteiligt war. Als Veräußerung gilt nach § 17 Abs. 4 Satz 1 EStG auch die Auflösung einer Kapitalgesellschaft, die Kapitalherabsetzung, wenn das Kapital zurückgezahlt wird, und die Ausschüttung von Beträgen aus dem steuerlichen Einlagekonto. Darüber hinaus stellt § 17 Abs. 5 Satz 1 EStG die Beschränkung oder den Ausschluss des Besteuerungsrechts der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich des Gewinns aus der Veräußerung der Anteile an einer Kapitalgesellschaft bei einer Verlegung des Sitzes oder des Ortes der Geschäftsleitung einer Veräußerung gleich. § 17 EStG geht auf § 30 Abs. 3 EStG 1925 zurück, der die Veräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft, an der der Steuerpflichtige zu mehr als 25 % beteiligt war, als Ein-

künfte aus Gewerbebetrieb besteuerte. Aufgrund der im Gesetz vorgesehenen hohen Beteiligungsgrenze sprach die Norm in diesem Zusammenhang von der Veräußerung einer „wesentlichen Beteiligung“. Mit dem EStG 1934 wurde die Regelung nach § 17 EStG überführt und seither mehrfach geändert, wobei vor allem die Absenkung der Beteiligungsgrenze auf mindestens 10 % durch das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 vom 24.03.1999<sup>8</sup> und auf mindestens 1 % durch das Steuersenkungsgesetz vom 23.10.2000<sup>9</sup> hervorzuheben sind. In Zusammenhang mit der zuletzt genannten Änderung wurde auch der Begriff der „wesentlichen Beteiligung“ aufgegeben. In systematischer Hinsicht stellt § 17 EStG eine Durchbrechung der im Privatvermögen geltenden Quellentheorie dar,<sup>10</sup> die als Einkünfte die Gesamtheit der Sachgüter ansieht, welche dem einzelnen in einer bestimmten Periode als Erträge dauernder Quellen der Gütererzeugung zufließen, während die Wertveränderungen im Zustand der Einkunftsquelle nicht zum Einkommen gehören.<sup>11</sup> § 17 EStG weist damit eine deutliche Nähe zur Reinvermögenszugangstheorie auf, die im betrieblichen Bereich zur Anwendung kommt und die als Einkommen jeden Zugang von Reinvermögen während eines bestimmten Zeitabschnitts ansieht.<sup>12</sup>

Eine mit § 17 EStG vergleichbare Vorschrift findet sich in § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG, der den Gewinn aus der Veräußerung von Anteilen an einer Körperschaft i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG der Besteuerung unterwirft. Zu den von der Regelung erfassten Anteilen an einer Körperschaft gehören insbesondere Anteile an einer Kapitalgesellschaft, wobei die Beteiligungshöhe in diesem Zusammenhang keine Bedeutung hat. Das Konkurrenzverhältnis zu § 17 EStG ist in § 20 Abs. 8 Satz 1 EStG geregelt, der die Subsidiarität von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG gegenüber § 17 EStG anordnet. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG wurde im Rahmen der Einführung der Abgeltungsteuer durch das Unternehmensteuerreformgesetz vom 14.07.2007 in das Gesetz aufgenommen und ist

2 Vgl. BVerfG, Urt. v. 10.04.2018 - 1 BvL 11/14.

3 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 14.06.2016 - 2 BvR 323/10.

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

5 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 - 2 BvL 1/12.

6 Vgl. Weber-Grellet in: Schmidt, EStG, 37. Aufl. 2018, § 17 Rn. 12.

7 Vgl. Schneider in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, 103. Erg.-Lfg. 2000, § 17 Rn. A 65.

8 Vgl. Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 vom 24.03.1999, BGBl. I 1999, 402.

9 Vgl. Gesetz zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung (Steuersenkungsgesetz – StSenKG) vom 23.10.2000, BGBl. I 2000, 1433.

10 Vgl. Strahl in: Korn, EStG, 20. Erg.-Lfg. 2004, § 17 Rn. 1.

11 Vgl. Fuisting, Die Preußischen direkten Steuern, Band 4, 1902, S. 110, 147.

12 Vgl. von Schanz, FA 1896, 1, 22 ff.

seither unverändert geblieben. Die Vorschrift tritt an die Stelle von § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG, soweit dieser die Veräußerung von privatem Kapitalvermögen betraf. Im Gegensatz zu § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG spielt die Halte-dauer der Kapitalanlage im Rahmen des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG keine Rolle. Auch § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG ist systematisch als eine Durchbrechung der Quellentheorie einzuordnen.<sup>13</sup> Durch § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG und die weiteren Veräußerungstatbestände in Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 bis 8 der Norm gibt der Gesetzgeber den quellentheoretischen Einkommensbegriff im Bereich der Besteuerung privater Kapitalanlagen faktisch auf und nähert die Besteuerung stark an die Reinvermögenszugangstheorie an. Hintergrund ist das Ziel der Abgeltungsteuer, eine Verbesserung der Attraktivität des Finanzplatzes Deutschland im immer schärfer werdenden zwischenstaatlichen Steuerwettbewerb herbeizuführen. Die Verlagerung von Kapitalvermögen ins Ausland soll gebremst und für Kapitalvermögen, das in der Vergangenheit ins Ausland verlagert wurde, soll ein Anreiz zur Rückführung ins Inland geschaffen werden.<sup>14</sup> Zu diesem Zweck hat sich der Gesetzgeber dazu entschlossen, private Kapitalanlagen im Rahmen der Einführung der Abgeltungsteuer mit einem niedrigen Steuertarif i.H.v. 25 % (zuzüglich Solidaritätszuschlag und ggf. Kirchensteuer) zu belegen. Der Preis hierfür war eine Verbreiterung der Bemessungsgrundlage durch die Einbeziehung der zuvor (außerhalb des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG) steuerfreien Veräußerungsgewinne.<sup>15</sup> Gleichzeitig soll durch die steuerliche Erfassung der Gewinne aus der Veräußerung von privatem Kapitalvermögen eine Vereinfachung<sup>16</sup> und Vereinheitlichung<sup>17</sup> der Besteuerung erreicht werden, da für alle privaten Kapitalanlagen die gleichen Besteuerungsregeln gelten.

## II. Normales Einkommensteuersystem und besonderes Abgeltungsteuersystem

Ausgehend hiervon bewirkt § 17 EStG eine erhebliche Ungleichbehandlung, da sich die Besteuerung im Rahmen dieser Vorschrift deutlich von der Besteuerung nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG unterscheidet. Während § 17 EStG ein Teil des normalen Einkommensteuersystems ist, gelten für § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG die Besonderheiten des Abgeltungsteuersystems. Dies bedeutet zunächst, dass das Teileinkünfteverfahren i.S.d. § 3 Nr. 40 Buchst. c EStG im Rahmen des § 17 EStG anzuwenden ist, während dieses im Rahmen von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG nach § 3 Nr. 40 Satz 2 EStG keine Anwendung findet. Ferner beträgt der Freibetrag i.S.d. § 17 Abs. 3 EStG bis zu 9.060 €, während der Sparer-Pauschbetrag i.S.d. § 20 Abs. 9 Satz 1 EStG bei lediglich 801 € liegt. Weiterhin können Verluste i.S.d. § 17 EStG – jenseits der Missbrauchsregel des § 17 Abs. 2 Satz 6 EStG – grds. unbegrenzt mit anderen Einkunftsarten verrechnet werden, während Verluste i.S.d. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG nach Abs. 6

Satz 1 der Norm nur mit Einkünften aus Kapitalvermögen i.S.d. § 20 EStG zum Ausgleich gebracht werden können. Bei der Veräußerung von Aktien ist darüber hinaus die besondere Verlustverrechnungsbeschränkung für Aktienverluste § 20 Abs. 6 Satz 4 EStG zu beachten, die im Rahmen des § 17 EStG ebenfalls keine Anwendung findet. Ferner unterfallen Gewinne i.S.d. § 17 EStG dem regulären Einkommensteuertarif i.S.d. § 32a Abs. 1 EStG i.H.v. bis zu 45 %, während für Gewinne i.S.d. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG der besondere Abgeltungsteuertarif i.S.d. § 32d Abs. 1 EStG i.H.v. 25 % anzuwenden ist.

Weiterhin richtet sich die Anrechnung ausländischer Quellensteuern im Rahmen des § 17 EStG nach der Grundregel des § 34c EStG, während in den Fällen des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG die besondere Anrechnungsregel des § 32d Abs. 5 EStG gilt. Schließlich unterliegen Veräußerungsgewinne i.S.d. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9, Abs. 5 Satz 1 EStG einem abgeltenden Steuerabzug vom Kapitalertrag, während der Steuerabzug vom Kapitalertrag in den Fällen des § 17 EStG nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9, Abs. 4, Abs. 5 Satz 2 EStG keine Abgeltungswirkung entfaltet. Die unterschiedliche Behandlung von Gewinnen aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften im Rahmen des § 17 EStG und des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG führt zu einem Verstoß gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip, wenn betragsmäßig gleiche Gewinne in Abhängigkeit von der Beteiligungshöhe unterschiedlich besteuert werden. Weiterhin wird gegen den Grundsatz der Folgerichtigkeit verstoßen, da der Gesetzgeber im Rahmen der Einführung der Abgeltungsteuer alle private Kapitalanlagen einer einheitlichen Besteuerung unterwerfen wollte. Damit verträgt es sich nicht, wenn für die Veräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft, die im Privatvermögen gehalten werden, besondere steuerliche Regelungen gelten, sobald eine bestimmte Beteiligungshöhe erreicht ist. Insgesamt betrachtet ist damit von einer erheblichen Ungleichbehandlung auszugehen,<sup>18</sup> abgesehen davon, dass das Verhältnis von § 17 und § 20 EStG in der praktischen Rechtsanwendung eine Vielzahl von Zweifelsfragen aufwirft,<sup>19</sup> was dem mit der Abgeltung-

13 Vgl. Strohm, Abgeltungsteuer, 2010, S. 23 ff.

14 Vgl. BT-Drs. 16/4841, S. 1 ff., 29 ff.

15 Vgl. BT-Drs. 16/4841, S. 1 ff., 29 ff.

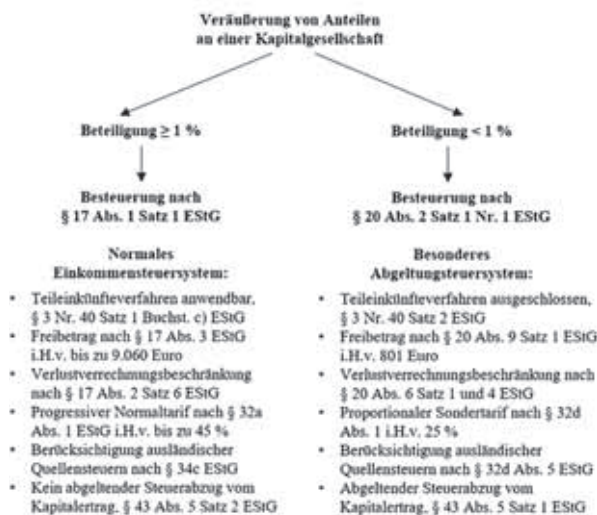
16 Vgl. BT-Drs. 16/4841, S. 35; BT-Drs. 16/11108, S. 18.

17 Vgl. BT-Drs. 16/4841, S. 33, 54, 56; BT-Drs. 16/11108, S. 18.

18 Kritisch auch Schmidt in: Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, 291. Erg.-Lfg. 2017, § 17 Rn. 9; Vogt in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, 144. Erg.-Lfg. 2018, § 17 Rn. 136.

19 Z.B. beim Ausfall von Finanzierungshilfen eines Gesellschafters, siehe hierzu etwa Moritz, DStR 2014, 1636 ff., 1703 ff.; Ratschow, GmbHR 2017, 1204 ff.

steuer angestrebten Vereinfachungszweck diametral zuwiderläuft.



### C. Rechtfertigungsgründe für § 17 EStG durch Gesetzesentwicklung überholt

Die Ungleichbehandlung, die durch die Besteuerung von Gewinnen aus der Veräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft im Rahmen des § 17 EStG im derzeitigen System der Besteuerung privater Kapitalanlagen verursacht wird, lässt sich nicht rechtfertigen. Eine Besteuerung, die gegen den allgemeinen Gleichheitssatz i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG verstößt, ist zwar nicht von vorneherein unzulässig. Sie bedarf jedoch der Rechtfertigung durch besondere sachliche Gründe.<sup>20</sup> Als solche kommen vor allem die Verfolgung von Lenkungs- und Förderungszwecken<sup>21</sup> und die Notwendigkeit der Vereinfachung des Steuerrechts<sup>22</sup> in Betracht. Keine ausreichenden Rechtfertigungsgründe sind das Erfordernis der staatlichen Einnahmierzien<sup>23</sup> und die systematische Unterscheidung zwischen den Einkunftsarten.<sup>24</sup> Zu beachten ist darüber hinaus, dass die Rechtfertigung eines Verstoßes gegen den allgemeinen Gleichheitssatz i.d.R. eine Verhältnismäßigkeitsprüfung erfordert. Die infrage stehende (gleichheitswidrige) Maßnahme muss geeignet, erforderlich und angemessen sein, um das mit ihr verfolgte Ziel zu erreichen.<sup>25</sup>

#### I. Keine Vergleichbarkeit mit einer Veräußerung von Mitunternehmeranteilen

Geht man hiervon aus, lässt sich für die durch § 17 EStG bewirkte Ungleichbehandlung keine Rechtfertigung finden. Die unterschiedliche Behandlung von Gewinnen aus der Veräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft in Abhängigkeit von der Beteiligungshöhe kann zunächst nicht damit begründet werden, dass eine Gleichbehandlung mit der Ver-

äußerung von Anteilen an einer Mitunternehmerschaft geboten sei. Die Besteuerung nach § 17 EStG wurde vom Gesetzgeber in der Vergangenheit (u.a.) damit gerechtfertigt, dass eine Kapitalgesellschaft, bei der sich die Anteile in den Händen weniger Steuerpflichtiger befinden, bei wirtschaftlicher Betrachtung mit einer Mitunternehmerschaft vergleichbar sei. Aus diesem Grunde müsse die Veräußerung von Anteilen an einer solchen Kapitalgesellschaft dieselben steuerlichen Folgen haben, wie die Veräußerung von Anteilen an einer Mitunternehmerschaft, die im Rahmen des § 16 EStG als Einkünfte aus Gewerbebetrieb besteuert werde.<sup>26</sup> Rechtsprechung<sup>27</sup> und Schrifttum<sup>28</sup> haben sich dieser Begründung angeschlossen, jedoch einschränkend darauf hingewiesen, dass § 17 EStG nicht auf eine vollständige Gleichbehandlung mit der Veräußerung von Anteilen an einer Mitunternehmerschaft abziele. Vielmehr solle die Regelung nur entsprechend der wirtschaftlichen Ähnlichkeit eine grobe Ungleichbehandlung vermeiden.<sup>29</sup> Seit der Absenkung der Beteiligungsgrenze in § 17 EStG von mehr als 25 % auf mindestens 10 % durch das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 vom 24.03.1999, spätestens jedoch seit der Absenkung der Beteiligungsgrenze von mindestens 10 % auf mindestens 1 % durch das Steuersenkungsgesetz vom 23.10.2000, ist der Gleichbehandlungsgedanke nicht mehr in der Lage, die Existenz des § 17 EStG zu begründen.<sup>30</sup> Entsprechend taugt er auch nicht als Rechtfertigung für die durch diese Regelung bewirkte Ungleichbehandlung im Verhältnis zu § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG. Denn die (behauptete) wirtschaftliche Vergleichbarkeit mit einem Mitunternehmer gründet sich allein darauf, dass ein Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft ab einer bestimmten Beteiligungsgrenze Einflussnahmemöglichkeiten hat, die denen eines Mitunternehmers ähnlich sind. Solche Einflussnahmemöglichkeiten mag man bei einer Beteiligung von mehr als 25 % noch bejahen können, bereits bei einer Beteiligung von mindestens 10 % sind sie jedoch

20 Vgl. BVerfG, Urt. v. 09.12.2008 - 2 BvL 1/07.

21 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 07.11.2006 - 1 BvL 10/02.

22 Vgl. BVerfG, Urt. v. 09.12.2008 - 2 BvL 1/07.

23 Vgl. BVerfG, Urt. v. 09.12.2008 - 2 BvL 1/07.

24 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 21.06.2006 - 2 BvL 2/99.

25 Vgl. Birk/Desens/Tappe, Steuerrecht, 20. Aufl. 2017, § 2 Rn. 197 und 209.

26 Vgl. BT-Drs. IV/2400, S. 70.

27 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 07.10.1969 - 2 BvR 701/64; BVerfG, Urt. v. 20.11.1984 - 1 BvR 727/82; BFH, Urt. v. 19.05.1992 - VIII R 16/88.

28 Vgl. Schneider in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, 103. Erg.-Lfg. 2000, § 17 Rn. A 21; Jäschke in: Lademann, EStG, 167. Erg.-Lfg. 2007, § 17 Rn. 3.

29 Vgl. BFH, Urt. v. 16.05.1995 - VIII R 33/94; BFH, Urt. v. 19.01.1993 - VIII R 74/91; BFH, Urt. v. 30.03.1993 - VIII R 44/90.

30 Kritisch auch Schmidt in: Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, 281. Erg.-Lfg. 2017, § 17 Rn. 9; Strahl in: Korn, EStG, 20. Erg.-Lfg. 2004, § 17 Rn. 1.

zweifelhaft. Spätestens eine Beteiligung von mindestens 1 % reicht aber nicht mehr aus, um von einer mitunternehmerähnlichen Gesellschafterstellung sprechen zu können.<sup>31</sup>

## II. Keine leistungsfähigkeitskonforme Besteuerung von Veräußerungsgewinnen

Auch der Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit scheidet als Rechtfertigung für die durch § 17 EStG bewirkte Ungleichbehandlung aus. Vom Gesetzgeber wurde in der Vergangenheit darauf hingewiesen, dass die Regelung (auch) darauf abziele, den aufgrund der Veräußerung des Anteils an einer Kapitalgesellschaft eingetretenen Zuwachs an wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit steuerlich zu erfassen. Dies gelte umso mehr, als dass der Veräußerungsgewinn i.S.d. § 17 EStG und das Ausschüttungsverhalten der Kapitalgesellschaft in einem engen Zusammenhang stünden. Denn die (nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG steuerbaren) Gewinnausschüttungen mindern einen späteren Veräußerungsgewinn, während ihre Thesaurierung eine Erhöhung zur Folge hat. Insofern stelle die Vorschrift (auch) eine Gleichbehandlung von Veräußerungsgewinnen und Gewinnausschüttungen sicher.<sup>32</sup> Rechtsprechung<sup>33</sup> und Schrifttum<sup>34</sup> haben auch diese Argumentation übernommen. Mit der Einführung der Abgeltungsteuer im Rahmen des Unternehmensteuerreformgesetzes vom 14.07.2007, die eine umfassende Besteuerung von Gewinnen aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften in § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG mit sich brachte, verliert jedoch auch dieses Argument an Überzeugungskraft und kann die durch § 17 EStG hervorgerufene Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen.<sup>35</sup> Denn die Besteuerung des durch die Veräußerung eines Anteils an einer Kapitalgesellschaft eingetretenen Zuwachses an wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit wird durch § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG umfassend gewährleistet. Einer zusätzlichen Besteuerung im Rahmen des § 17 EStG bedarf es nicht, zumal die Regelung aufgrund der 1 %-Grenze ohnehin nur einen Teil der genannten Veräußerungsgewinne erfasst. Auch die Notwendigkeit einer steuerlichen Gleichbehandlung von Veräußerungsgewinnen und Gewinnausschüttungen scheidet als Rechtfertigung aus. Diese ist bereits durch das Zusammenspiel von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG und § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG sichergestellt, da für beide Arten von Kapitaleinkommen dieselben Besteuerungsregeln gelten. Auch zur Gewährleistung einer Gleichbehandlung von Veräußerungsgewinnen und Gewinnausschüttungen ist § 17 EStG damit nicht erforderlich. Bei genauer Betrachtung führt die Vorschrift in diesem Zusammenhang sogar zu einer weiteren Ungleichbehandlung, da Gewinnausschüttungen im Rahmen des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG dem Besteuerungsregime der Abgeltungsteuer unterfallen, während für § 17 EStG das normale Einkommensteuersystem gilt.

## III. Keine Notwendigkeit einer Verhinderung missbräuchlicher Steuergestaltungen

Die durch § 17 EStG verursachte Ungleichbehandlung lässt sich auch nicht mit der Notwendigkeit der Verhinderung missbräuchlicher Steuergestaltungen begründen. In der Vergangenheit hat der Gesetzgeber den Zweck der Regelung (auch) in der Sicherstellung der Besteuerung von den in den Anteilen an einer Mitunternehmerschaft enthaltenen stillen Reserven gesehen, wenn diese gegen Gewährung von Gesellschafterrechten in eine Kapitalgesellschaft eingebracht werden.<sup>36</sup> Dieses Ziel wird jedoch heute durch die §§ 20 ff. UmwStG erreicht. Sofern dies nicht der Fall sein sollte, gewährleistet § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG eine umfassende Besteuerung der in den gewährten Kapitalanteilen enthaltenen stillen Reserven. Der Vorschrift des § 17 EStG bedarf es (auch) insofern nicht, zumal die Regelung nicht darauf abstellt, auf welche Art und Weise der Anteil an einer Kapitalgesellschaft erworben wurde. Sofern der Zweck der Regelung in der Besteuerung von stillen Reserven bei der Einbringung von Anteilen an einer Mitunternehmerschaft zu erblicken sein sollte, wäre der Tatbestand deutlich zu weit geraten, sodass auch dieser Gesichtspunkt als Rechtfertigungsgrund für die durch § 17 EStG bewirkte Ungleichbehandlung ausscheidet.<sup>37</sup> Weiterhin wurde vom Gesetzgeber in der Vergangenheit darauf hingewiesen, dass § 17 EStG dazu diene, die Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens, das im Rahmen des Unternehmensteuerreformgesetzes vom 14.07.2007 zum Teileinkünfteverfahren weiterentwickelt wurde, zu gewährleisten. Der Steuerpflichtige solle die Besteuerung der Gewinnausschüttungen nach den Regeln des Halbeinkünfteverfahrens nicht dadurch vermeiden können, dass er die Anteile kurz vor der Gewinnausschüttung (steuerfrei) veräußere.<sup>38</sup> Auch dieses Argument kann nach der Einführung des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG nicht mehr überzeugen. Denn unter dem Regime der Abgeltungsteuer werden Gewinnausschüttungen i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG und Veräußerungsgewinne i.S.d. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG umfassend besteuert.

31 Vgl. BFH, Urt. v. 25.11.1997 - VIII R 36/96.

32 Vgl. BT-Drs. 7/1470, S. 263 f.

33 Vgl. BFH, Urt. v. 16.05.1995 - VIII R 33/94; BFH, Urt. v. 25.11.1997 - VIII R 29/94; BFH, Urt. v. 24.01.2012 - IX R 62/10.

34 Vgl. Wargowske/Greil in: Kanzler/Kraft/Bäumli/Marx/Hechtner, EStG, 3. Aufl. 2018, § 17 Rn. 11; Weber-Grellet in: Schmidt, EStG, 37. Aufl. 2018, § 17 Rn. 3.

35 Kritisch auch Schmidt in: Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, 281. Erg.-Lfg. 2017, § 17 Rn. 9; Weber-Grellet in: Schmidt, EStG, 37. Aufl. 2018, § 17 Rn. 3.

36 Vgl. RT-Drs III/795, S. 56.

37 Kritisch auch Jäschke in: Lademann, EStG, 167. Erg.-Lfg. 2007, § 17 Rn. 12.

38 Vgl. BT-Drs. 14/3366, S. 118.



Eine Umwandlung steuerbarer Gewinnausschüttungen in steuerfreie Veräußerungsgewinne ist nicht (mehr) möglich. Hinzu kommt, dass eine Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens bzw. des Teileinkünfteverfahrens bei der Besteuerung von Gewinnausschüttungen i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG nach § 3 Nr. 40 Satz 2 EStG ohnehin nicht vorgesehen ist. Von daher besteht auch keine Notwendigkeit mehr, dessen Anwendung bei der Besteuerung der Veräußerungsgewinne sicherzustellen. Dies macht erneut deutlich, dass sich § 17 EStG in das aktuelle System der Besteuerung privater Kapitalanlagen nicht mehr einfügt.

#### IV. Kein Vollzugsdefizit bei der steuerlichen Erfassung von Streubesitzanteilen

Auch (behauptete) faktische Grenzen bei der Durchsetzung des Steueranspruchs rechtfertigen die Beibehaltung des § 17 EStG nicht. In der Vergangenheit wurde die unterschiedliche Behandlung von Gewinnen aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaft in Abhängigkeit von der Beteiligungshöhe (auch) damit begründet, dass es sich bei der 1 %-Grenze um eine Bagatellregelung handle.<sup>39</sup> Dahinter stand die Überlegung, dass es unmöglich sei, sämtliche privaten Veräußerungsgewinne steuerlich zu erfassen. Besteuert werden sollten nur Fälle, bei denen der Veräußerungsvorgang verhältnismäßig leicht feststellbar und nachprüfbar sei, die Veräußerungsgewinne i.d.R. einen erheblichen Umfang hätten und bei denen besondere Gründe eine Besteuerung gebieten würden.<sup>40</sup> Diese Überlegung erinnert an die Rechtsprechung des BVerfG zum strukturellen Vollzugsdefizit bei der Besteuerung von privaten Wertpapiergeschäften, das dazu führte, dass das Gericht die Vorschrift des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b EStG (heute: § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG) für die Jahre 1997 und 1998 für verfassungswidrig erklärte.<sup>41</sup> In der heutigen Zeit kann dieses Argument nicht mehr überzeugen, da der Gesetzgeber eine Vielzahl von Maßnahmen ergriffen hat, um die Besteuerung von Gewinnen aus der Veräußerung von privatem Kapitalvermögen sicherzustellen. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang vor allem die erheblich erweiterten Informations- und Verifikationsmöglichkeiten der Finanzverwaltung auf nationaler und internationaler Ebene,<sup>42</sup> die zur Folge hatten, dass das BVerfG bereits seit dem Jahr 1999 von keinem strukturellen Vollzugsdefizit bei privaten Wertpapiergeschäften mehr ausgeht.<sup>43</sup> Diese Informations- und Verifikationsmöglichkeiten wurden gerade in den letzten Jahren weiter ausgebaut,<sup>44</sup> sodass auch der Hinweis auf eine erforderliche Bagatellgrenze als Rechtfertigung für die durch § 17 EStG bewirkte Ungleichbehandlung ausscheidet. Auch unter diesem Gesichtspunkt erscheint § 17 EStG als Fremdkörper im heutigen System der Besteuerung privater Kapitalanlagen.

#### D. Anpassungsbedarf bei einer Aufhebung der Sonderregel i.S.d. § 17 EStG

Da sich die Ungleichbehandlung, die durch die Besteuerung von Gewinnen aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften nach § 17 EStG bewirkt wird, nicht rechtfertigen lässt, ist zu überlegen, welche Konsequenzen hieraus zu ziehen sind. Grds. kann der in § 17 EStG liegende Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG auf zweierlei Weise beseitigt werden. Zum einen durch eine Erhöhung der Beteiligungsgrenze in § 17 EStG auf einen Wert, bei dem eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung im Verhältnis zu § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG möglich erscheint. Zu denken ist insofern vor allem an die frühere Grenze von mehr als 25 %.<sup>45</sup> Alternativ dazu käme eine Streichung des § 17 EStG in Betracht. Vorliegend wird die zweite Variante klar favorisiert.<sup>46</sup> Auch wenn die Rechtsprechung die frühere Beteiligungsgrenze von mehr als 25 % als gerechtfertigt angesehen hat, hat sie doch klargestellt, dass es sich um eine grobe Typisierung handelt, sodass eine erneute gerichtliche Überprüfung möglicherweise anders ausfallen würde. Vorzugswürdig erscheint daher die Streichung des § 17 EStG. Dafür spricht nicht zuletzt, dass der Gesetzgeber mit der Einführung der Abgeltungsteuer ein einheitliches System der Besteuerung privater Kapitalanlagen schaffen wollte. In einem solchen System ist für die Sonderregel des § 17 EStG kein Raum.

#### I. Unmittelbar erforderliche Gesetzesänderungen halten sich in Grenzen

Die unmittelbar erforderlichen Anpassungen, die eine Streichung von § 17 EStG erfordern würde, würden sich in einem vertretbaren Rahmen halten. Die von dieser Vorschrift erfassten Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft wären bei einer Aufhebung ohne weiteres Zutun von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG erfasst. Besteuerungslücken ergäben sich insofern nicht. Lediglich die Sonderregeln für die Liquidationsfälle in § 17 Abs. 4 Satz 1 EStG und für die Entstrickungsfälle in § 17 Abs. 5 Satz 1 EStG müssten nach § 20 EStG überführt werden. Im Rahmen des

39 Vgl. BFH, Beschl. v. 14.02.2006 - VIII B 107/04.

40 Vgl. Jäschke in: Lademann, EStG, 167. Erg.-Lfg. 2007, § 17 Rn. 6.

41 Vgl. BVerfG, Urt. v. 09.03.2004 - 2 BvL 17/02.

42 Siehe hierzu Strohm, Abgeltungsteuer, 2010, S. 155 ff.

43 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 10.01.2008 - 2 BvR 294/06.

44 Siehe hierzu Michaelis in: Moritz/Strohm, Besteuerung privater Kapitalanlagen, 2017, Kap. F.

45 Dafür etwa Frotscher in: Frotscher/Geurts, EStG, 163. Erg.-Lfg. 2011, § 17 Rn. 7.

46 In diese Richtung auch Schmidt in: Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, 281. Erg.-Lfg. 2017, § 17 Rn. 2; Weber-Grellet in: Schmidt, EStG, 37. Aufl. 2018, § 17 Rn. 3.

§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG würde für die Veräußerungsgewinne, die bisher von § 17 EStG erfasst waren, das Teileinkünfteverfahren i.S.d. § 3 Nr. 40 Buchst. c EStG nach § 3 Nr. 40 Satz 2 EStG keine Anwendung mehr finden. Weiterhin würde anstelle des Freibetrags i.S.d. § 17 Abs. 3 EStG i.H.v. bis zu 9.060 € lediglich der Sparer-Pauschbetrag i.S.d. § 20 Abs. 9 Satz 1 EStG i.H.v. 801 € zum Abzug kommen. Eine Verlustverrechnung mit anderen Einkunftsarten wäre nach § 20 Abs. 6 Satz 1 EStG ausgeschlossen, wobei im Fall von Aktienverlusten darüber hinaus das besondere Verlustverrechnungsverbot i.S.d. § 20 Abs. 6 Satz 4 EStG zu beachten wäre. Die Missbrauchsregel des § 17 Abs. 2 Satz 6 EStG könnte dagegen entfallen. Wie bei alle anderen Einkünften aus Kapitalvermögen i.S.d. § 20 EStG würde auch bei Gewinnen aus der Veräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft, die bisher von § 17 EStG erfasst waren, der besondere Abgeltungsteuertarif i.S.d. § 32d Abs. 1 EStG i.H.v. 25 % zur Anwendung kommen. Die Berücksichtigung ausländischer Quellensteuern würde sich nach § 32d Abs. 5 EStG richten. In verfahrensrechtlicher Hinsicht wäre zu beachten, dass die Veräußerungsgewinne, die bislang im Rahmen des § 17 EStG besteuert wurden, nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9, Abs. 5 Satz 1 EStG einem abgeltenden Steuerabzug vom Kapitalertrag unterliegen würden, ohne dass hierfür eine Anpassung des Gesetzes erforderlich wäre. Insgesamt betrachtet würden sich die unmittelbar erforderlichen Anpassungen bei einer Streichung von § 17 EStG damit in Grenzen halten.

## II. Mittelbare Anpassungen erfordern gesetzgeberische Grundentscheidungen

Was die mittelbaren Folgen einer Streichung des § 17 EStG anbelangt, so hätte der Gesetzgeber einige grundlegende Entscheidungen zu treffen. Derzeit unterfallen Veräußerungsgewinne i.S.d. § 17 EStG nach § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e EStG der beschränkten Steuerpflicht, sofern die veräußerten Anteile zu einer inländischen Kapitalgesellschaft gehören oder ein (bestimmter) Umwandlungs- oder Entstrickungsvorgang stattgefunden hat. In den Fällen des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG besteht eine beschränkte Steuerpflicht nach § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. d EStG dagegen nur bei Tafelgeschäften. Insofern wäre zu klären, ob der Regelungsgehalt des § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e EStG auf § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG übertragen werden soll oder entfallen kann. Im Hinblick auf die erweitert beschränkte Steuerpflicht i.S.d. § 2 AStG ist zu beachten, dass eine Beteiligung i.S.d. § 17 EStG derzeit wesentliche wirtschaftliche Interessen im Inland begründet. In diesem Zusammenhang wäre bei einer Streichung von § 17 EStG die relevante Beteiligungsgrenze für den Eintritt einer erweitert beschränkten Steuerpflicht in § 2 Abs. 3 Nr. 1 AStG eigenständig zu regeln. Hierbei könnte geprüft werden, ob eine Anhebung der Beteiligungsgrenze in Betracht kommt. Mit Blick auf das besondere Verlustverrechnungsverbot für Auslands-

verluste in § 2a Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 und Nr. 7 Buchst. c EStG wäre zu untersuchen, ob dieses bei einer Streichung von § 17 EStG noch erforderlich ist. Denn Verluste aus der Veräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft i.S.d. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG unterliegen bereits der Verlustverrechnungsbeschränkung nach § 20 Abs. 6 Satz 1 EStG und im Fall von Aktienverlusten dem zusätzlichen Verlustverrechnungsverbot i.S.d. § 20 Abs. 6 Satz 4 EStG. Was die Wegzugsbesteuerung i.S.d. §§ 6 ff. AStG anbelangt, so müsste die relevante Beteiligungsgrenze bei einer Streichung des § 17 EStG ebenfalls eigenständig geregelt werden. Auch dies könnte zum Anlass genommen werden, über eine Erhöhung der Beteiligungsgrenze nachzudenken. Insgesamt betrachtet wären mit Blick auf die mittelbaren Folgen einer Streichung von § 17 EStG damit einige grundlegende gesetzgeberische Entscheidungen zu treffen. Dies erscheint jedoch machbar.

## E. Ergebnisse

I. Die Besteuerung von Gewinnen aus der Veräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft nach § 17 EStG führt zu einer erheblichen Ungleichbehandlung, da sich die Besteuerung im Rahmen dieser Vorschrift deutlich von der Besteuerung nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG unterscheidet. Während § 17 EStG Teil des normalen Einkommensteuersystems ist, fällt § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG unter das besondere Abgeltungsteuersystem, was sich weder mit dem Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit noch mit dem Grundsatz der Folgerichtigkeit vereinbaren lässt.

II. Die unterschiedliche steuerliche Behandlung von Veräußerungsgewinnen im Rahmen des § 17 EStG und des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG lässt sich nicht durch besondere sachliche Gründe rechtfertigen. Weder die Notwendigkeit einer Gleichbehandlung mit der Veräußerung von Anteilen an einer Mitunternehmerschaft noch das Gebot einer leistungsfähigkeitskonformen Besteuerung von Veräußerungsgewinnen, das Bedürfnis einer Verhinderung missbräuchlicher Steuergestaltungen oder das Bestehen von Vollzugsdefiziten bei der Erfassung von Streubesitzanteilen lassen sich als Begründung anführen.

III. Zur Beseitigung der durch § 17 EStG bewirkten Ungleichbehandlung erscheint eine Streichung der Regelung gegenüber einer Beibehaltung der Vorschrift bei gleichzeitiger Erhöhung der Beteiligungsgrenze vorzugswürdig. Die unmittelbar erforderlichen Anpassungen, die eine Streichung von § 17 EStG erfordern würde, würden sich in einem vertretbaren Rahmen halten. Was die mittelbaren Folgen anbelangt, so hätte der Gesetzgeber einige grundlegende Entscheidungen zu treffen, die insbesondere die grenzüberschreitenden Implikationen der Regelung betreffen.

## Internal Investigations: Das BVerfG inhaltsleer und provinziell? – das Jones Day-Debakel im Spiegel der Kommentatoren und im Lichte der Strafrechtspolitik

Prof. Dr. Marco Mansdörfer

In seinen sog. Jones Day-Beschlüssen hat das BVerfG einem pauschalen verfassungsrechtlichen Beschlagnahmenschutz anwaltlicher Unterlagen bei internen Ermittlungen in Unternehmen eine klare Absage erteilt (dazu A.). Das Echo auf diese Entscheidungen überrascht und zeugt bisweilen von einer verklärten Verfassungsromantik (näher B.). Der Gesetzgeber hat nun aber freie Hand und sollte diese nutzen, für sog. Internal Investigations klare, homogene und zukunftsfähige Regeln zu konzipieren (hierzu C.).

### A. Sachverhalt und Begründung der Beschlüsse

Die Volkswagen AG hatte im September 2015 die international tätige Anwaltskanzlei Jones Day im Zug des sog. Dieselskandals mit der rechtlichen Beratung, der Sachverhaltsaufklärung und der Vertretung gegenüber den US-amerikanischen Justizbehörden beauftragt.<sup>1</sup> In der Folge führte die Kanzlei auf der Grundlage des von VW erteilten Mandats konzernweite interne Untersuchungen auch bei der Audi AG durch. Im Zusammenhang mit dem Verdacht auf Betrug durch den Verkauf von Pkw mit unerlaubt manipulierten 3.0 Liter-Diesel-Motoren der Audi AG führte die Staatsanwaltschaft München II ihrerseits bereits Vorermittlungen durch. In diesem Zusammenhang stellten Anwälte von Jones Day der Staatsanwaltschaft in drei Präsentationen mündlich Zwischenergebnisse der internen Ermittlungen vor. In der Folge ordnete das AG München mit Beschluss vom 06.03.2017 die Durchsuchung der Geschäftsräume der Anwaltskanzlei an, um Dokumente aufzufinden, die im Rahmen der internen Untersuchungen von dieser zusammengetragen oder erstellt worden waren. Dabei ging das Amtsgericht irrtümlich davon aus, das Mandat zur Durchführung der Untersuchungen bei der Audi AG sei vom Aufsichtsrat der Audi AG erteilt worden. Dokumente, die auf der Basis eines von der Volkswagen AG an Jones Day erteilten Mandats sollten von der Durchsuchungsanordnung ausdrücklich ausgenommen sein. Im Rahmen einer Durchsuchung am 15.03.2017 wurden 185 Leitzordner und umfangreiche elektronische Daten sichergestellt. Die Sicherstellung wurde durch das Amtsgericht mit Entscheidung vom 29.03.2017 bestätigt. Auch die Beschwerden gegen den Durchsuchungsbeschluss und die Sicherstellungsentscheidungen blieben ohne Erfolg.

Die hiergegen erhobenen Verfassungsbeschwerden der Volkswagen AG, von Jones Day sowie dreier Rechtsanwälte der Kanzlei wurden von der 3. Kammer des 2. Senats des BVerfG allesamt nicht zur Entscheidung angenommen.<sup>2</sup>

Die Volkswagen AG sei durch die angegriffenen Maßnahmen zwar in ihrem Recht auf informationelle Selbstbestimmung betroffen; jedoch sei der Eingriff verfassungsrechtlich gerechtfertigt. So sei es verfassungsrechtlich nicht geboten, das Beweiserhebungs- und -verwendungsverbot in § 160a Abs. 1 StPO auf den Bereich der Durchsuchung und Beschlagnahme von Mandantenunterlagen bei einem Rechtsanwalt auszudehnen.<sup>3</sup> Ebenso wenig sei § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO über das Vertrauensverhältnis zwischen Verteidiger und dem im konkreten Strafverfahren Beschuldigten hinaus auszudehnen.<sup>4</sup> Insbesondere bestehe von Verfassungs wegen nicht schon dann eine beschuldigtenähnliche Stellung eines Unternehmens, wenn dieses ein gegen es gerichtetes Ermittlungsverfahren lediglich befürchte und sich vor diesem Hintergrund anwaltlich beraten lasse.<sup>5</sup> Schlussendlich sei es verfassungsrechtlich auch nicht geboten, im Konzern die Tochtergesellschaft in den Schutz eines zwischen der Muttergesellschaft und einem Rechtsanwalt geschlossenen Mandatsverhältnisses einzubeziehen.<sup>6</sup>

Mit der Verwerfung der Verfassungsbeschwerden der Kanzlei und ihrer Anwälte ergänzte die Kammer, dass Jones Day sich als

1 Die nachfolgende Schilderung orientiert sich an der Darstellung des Sachverhalts im Beschluss der 3. Kammer des 2. Strafsenats des BVerfG v. 27.06.2018 - 2 BvR 1405/17, 1780/17.

2 BVerfG, Beschl. v. 27.06.2018 - 2 BvR 1405/17, 1780/17 - „Volkswagen AG“; BVerfG, Beschl. v. 27.06.2018 - 2 BvR 1287/17, 1583/17 - „Jones Day“ sowie BVerfG, Beschl. v. 27.06.2018 - 2 BvR 1562/17 - „Anwälte von Jones Day“.

3 BVerfG, Beschl. v. 27.06.2018 - 2 BvR 1405/17, 1780/17 Rn. 78.

4 BVerfG, Beschl. v. 27.06.2018 - 2 BvR 1405/17, 1780/17 Rn. 88; LG Stuttgart, Beschl. v. 26.03.2018 - 6 Qs 1/18 Rn. 25 mit Anmerkung Jahn/Kirsch, StV 2019, 12 ff. stellt im Zusammenhang mit internal Investigations des Anwaltsbüros Gibson Dunn & Crutcher LLP bei der Daimler AG sogar noch die einfachrechtliche Vorfrage, ob eine interne Untersuchung, die auf die „Offenlegung aller mit dem Strafverfahren im Zusammenhang stehenden Umstände gerichtet ist (...)“, überhaupt vom Schutzbereich des § 97 StPO erfasst ist.

5 BVerfG, Beschl. v. 27.06.2018 - 2 BvR 1405/17, 1780/17 Rn. 95.

6 BVerfG, Beschl. v. 27.06.2018 - 2 BvR 1405/17, 1780/17 Rn. 102.

ausländische juristische Person nicht auf materielle Grundrechte berufen könne. Die Anwälte könnten sich ihrerseits nicht auf das Grundrecht aus Art. 13 GG berufen, da dies nur den Partnern gemeinschaftlich zustehe.<sup>7</sup> Die in den internen Untersuchungen gewonnenen Informationen seien nicht den Anwälten zuzuordnen, sodass auch nicht deren Recht auf informationelle Selbstbestimmung betroffen sei. Da die Anwälte mithin von dem Strafverfahren persönlich nicht betroffen seien, sei zuletzt nicht das Recht auf ein faires Verfahren berührt.<sup>8</sup>

## B. Die Beschlüsse im Spiegel der Kommentatoren

Die Kammerentscheidung ist in der Zwischenzeit Gegenstand einer zigfachen, keineswegs einstimmigen aber durchaus meinungsstarken Kritik geworden:

Dierlamm hält die Entscheidungen für „in Ergebnis und Begründung inakzeptabel“.<sup>9</sup> Köllner spricht von einem Debakel für Jones Day, kritisiert das tatsächliche Gehabe der Kanzlei, die ermittelnde Staatsanwaltschaft mit mündlichen Präsentationen „abspeisen“ zu wollen, und hinterfragt den „Sinn und Unsinn“ des anschließenden verfassungsrechtlichen „Revolutionsversuchs“.<sup>10</sup> Gercke, Jahn und Pollähne schreiben der Entscheidung „weitreichende Folgen“ für die Fortentwicklung des Rechts der internen Ermittlungen zu; kritisieren die Beschlüsse aber als „provinziell“ und „inhaltsleer“.<sup>11</sup> Die Formulierung, die „zentrale Frage“ der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG werde mit wenigen beiläufigen Worten abgetan, zeugt von frustrierten Erwartungen.<sup>12</sup> Im Übrigen hätten die Beschlüsse eine Liste von Fragen aufgeworfen, ohne sie zu beantworten. Kempf/Corsten sehen zumindest viele Fragen offengelassen.<sup>13</sup> In ähnlicher Weise kritisiert Momsen, das BVerfG habe weder Grenzen noch Richtungen für die verfahrensgegenständlichen Themen aufgezeigt.<sup>14</sup> Insbesondere habe es versäumt, sich der Realität multinationaler Strafverfahren zu stellen. Sachs sieht dies anders und meint, das Gericht habe bewusst vermieden, sich einseitig vorab festzulegen, um „der Verfassung den fremdenrechtlichen Aktionspielraum Deutschlands gegenüber anderen Staaten zu bewahren“.<sup>15</sup> Kubiciel sieht den Schutz des Unternehmens durch die Zurückhaltung des Gerichts bei der Bestimmung der beschuldigtenähnlichen Stellung als „verfassungsrechtlich verkürzt“.<sup>16</sup> Weiter ist er der Auffassung, die Kammer habe die Dimension der vorgelegten Fragen, nämlich die Eigenheiten bei „Ermittlungen im Umfeld von Unternehmen und Konzernen“ erst gar nicht erkannt. Jahn/Kirsch gestehen der Kammer dagegen immerhin zu, dass ihre Beschränkung auf die Auslegung spezifischen Verfassungsrechts den „handwerklichen Regeln entspreche“.<sup>17</sup> Auch für Wienbracke gibt es „materiellrechtlich [...] nichts zu erinnern“.<sup>18</sup> Uwer/van Ermingen-Marbach sehen sich – stellvertretend für viele – in der Hoffnung desillusioniert, das Verfassungsgericht werde die „Staatsanwaltschaften und die Gerichte bremsen“.<sup>19</sup> Das BVerfG lege

das Gewicht zu sehr auf die Effektivität der Strafverfolgung. Für EU-ausländische Kanzleien sei die Entscheidung derart „folgeschwer“, dass dort die Anpassung von deren Organisationsstruktur naheliege. Oesterle sieht insoweit dagegen allenfalls einen überschaubaren Anpassungsbedarf<sup>20</sup> und kritisiert die generell „knappe Abwägung“.<sup>21</sup> Aus anwaltlicher Perspektive sieht er Internal Investigations gegenüber „klassischer“ Strafverteidigung vom verfassungsrechtlichen Schutzniveau „abgewertet“.<sup>22</sup> Baranowski/Pant, Baur und Köllner zeigen aber, dass Differenzierungen zwischen den einzelnen Aufgabenfeldern durchaus angemessen sein können.<sup>23</sup>

Das Echo der Kommentatoren auf die Beschlüsse des Verfassungsgerichts ist also keineswegs eindeutig. Harscher Kritik steht deutliche Zustimmung gegenüber. Im Grunde unisono richtet sich die Hoffnung der Kommentatoren allerdings auf den Gesetzgeber. Der Ball liegt nach allgemeiner Auffassung nun bei der Legislative, die Probleme konzeptionell zu regeln.

## C. Die Beschlüsse im Lichte der Kriminalpolitik

Aus der Warte der Kriminalpolitik wird man sich tatsächlich glücklich schätzen, dass sich das BVerfG mit seinen Beschlüssen zurückgehalten hat.<sup>24</sup> Ein konkretes Programm oder gar Korsett hat Karlsruhe Berlin nicht auferlegt. Im Gegenteil: Das Gericht hat zu den zentralen aufgeworfenen Rechtsfragen zwar den Stand der Diskussion in Rechtsprechung und Literatur vorbildlich aufbereitet, sich dann aber klar auf den verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab zurückgezogen und dargetan, dass seine Prüfungs Kompetenzen jenseits ge-

7 BVerfG, Beschl. v. 27.06.2018 - 2 BvR 1562/17 Rn. 38.

8 BVerfG, Beschl. v. 27.06.2018 - 2 BvR 1562/17 Rn. 49.

9 Dierlamm, BRAK-Mitt. 2018, 204, 204.

10 Köllner, NZI 2018, 833, 835.

11 Gercke/Jahn/Pollähne, StV 9/2018, Editorial.

12 Namentlich die enttäuschte Erwartung einer verfassungskonform erweiterten Auslegung von § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO etwa bei Jahn, ZIS 2011, 453, 458; Oesterle, WiJ 2018, 148, 150, überrascht die Entscheidungen an dieser Stelle dagegen nicht.

13 Kempf/Corsten, StV 2019, 59, 63.

14 Momsen, NJW 2018, 2362, 2362 ff.

15 Sachs, JuS 2018, 1018, 1020.

16 Kubiciel, jurisPR-StrafR 16/2018, Anm. 1.

17 Jahn/Kirsch, StV 2019, 12, 15; ähnlich Köllner, NZI 2018, 833, 835.

18 Wienbracke, EWIR 2018, 479, 480.

19 Uwer/van Ermingen-Marbach, AnwBl. 2018, 470.

20 Oesterle, WiJ 2018, 148, 150; ähnlich Sachs, JuS 2018, 1018, 1020.

21 Oesterle, WiJ 2018, 148, 150.

22 Oesterle, WiJ 2018, 148, 151.

23 Baranowski/Pant, CCZ 2018, 250, 250; Köllner, NZI 2018, 833, 835 f.; Baur, NZG 2018, 1092, 1094.

24 Umfassend zum Verhältnis von Verfassungsrecht und Verbandssanktion Nettessheim, Verfassungsrecht und Unternehmenshaftung, 2018.



richterlicher Willkür stark eingeschränkt sind. Das ist konsequent und keineswegs ein Widerspruch zu den engeren Vorgaben in den Entscheidungen zum Verständigungs-<sup>25</sup> oder BKA-Gesetz.<sup>26</sup> Die dortigen Entscheidungen hatten eine bestehende Gesetzgebung zum Gegenstand, während diese vorliegend in den zentralen Fragen noch aussteht. Das BVerfG ist weder ein Vor-Gesetzgeber noch sollte es ein Gesetzgeber sein. Die Entscheidungen sind ein Musterbeispiel für sog. *judicial self restraint*.

### I. Zielvorgabe der „Rechtssicherheit für alle Beteiligten“

Mit dem unbeschnittenen Handlungsspielraum verbleibt dem Gesetzgeber erhebliche konzeptionelle Freiheit. Die Kommentatoren bemerken zutreffend, dass sich mit dem Feld der unternehmensinternen Untersuchungen neue Berufsfelder auftun. Gerade deshalb müssen aber die Freiheitssphären von Unternehmen, natürlichen Personen und Beiständen, wie Anwälten, Wirtschaftsprüfern oder Mitarbeitern der internen Revision, sorgsam aufeinander abgestimmt werden.

Der Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD leitet das Vorhaben, gesetzliche Regelungen für Internal Investigations zu schaffen, mit dem Bestreben um „Rechtssicherheit für alle Beteiligten“ ein.<sup>27</sup> Das ist aber ein lediglich formales und nicht notwendig<sup>28</sup> liberales Kriterium. Inhaltlich bilden das neue Verfahrensrecht und die in der Diskussion befindlichen Neuregelungen zum Verbandssanktionenrecht eine Einheit.<sup>29</sup> Das neue materielle Recht wird – wie im „alten“ Strafrecht – erst durch das Verfahren verwirklicht.

Grundlegend ist das formelle und materielle Verbandssanktionenrecht von der Idee der Prävention gekennzeichnet.<sup>30</sup> Ordnungs- und Präventionsgedanken stehen im Kern deshalb im Vordergrund, weil „Repression“, „Vergeltung“ und die Konstruktion von „Schuld“ gegenüber dem rechtlichen Gebilde eines Verbandes wenig Sinn ergeben und der Unterschied zum Kriminalstrafrecht daher kategorial ist.

### II. Hintergrund: Verpflichtung der Unternehmen zu Internal Investigations und Folgefragen

Präventions- und Ordnungsideen sind keine *domaine réservé* für das Strafrecht.<sup>31</sup> Zumindest faktisch und weithin bereits rechtlich sind Unternehmen schon vorstrafrechtlich zu unternehmensinternen Ermittlungen gezwungen. Entsprechende Pflichten folgen etwa aus wirtschafts- und gesellschaftsrechtlichen Regelungen, wie z.B. § 76 Abs. 1, § 93 Abs. 1, § 111 AktG, §§ 43, 46 GmbHG und § 33 WpHG, oder aus dem ordnungswidrigkeitenrechtlichen Programm des § 130 OWiG. Strafrechtliche Verpflichtungen gesellen sich hier nur dazu. Im Vordergrund stehen die an § 13 StGB entwickelten Grundsätzen der Geschäftsherrenhaftung oder allgemeine Sorgfaltsmaßstäbe.<sup>32</sup> Die Verfahrensfragen, die

hier einzuordnen sind, sind vielfältig. Innerhalb des Sanktionsverfahrens stellen sich etwa Fragen nach

- der Abgrenzung von Verteidigung und sonstiger (Rechts-) Beratung,
- der Beschuldigtenstellung des Unternehmens,
- Aussageverweigerungsrechten und Auskunftspflichten,
- den Befugnissen der internen Ermittler,
- dem Zugriff auf bei internen Ermittlungen erhobenen Daten,
- dem Verhältnis zum ausländischen Recht,
- der Abstimmung interner Ermittlungen und ihrer Auswirkungen auf die Sanktionierung oder
- der Konkurrenz von Verbandssanktion und Individualstrafrecht.<sup>33</sup>

Wie ein Gesamtsystem zu diesen Fragen aussehen könnte, soll der nachfolgende Aufriss zeigen.

### III. Verhältnis Internal Investigation und Verteidigung

Internal Investigations sind keinesfalls mit der Unternehmensverteidigung gleichzusetzen. Internal Investigations sind zunächst nur Ermittlungen vonseiten eines Unternehmens in dem Unternehmen zum Zweck der objektiven Untersuchung eines möglicherweise straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtlich relevanten Vorfalls. Anlass, Eilbedürftigkeit, Ziel und Tiefe einer solchen Untersuchung können variieren.<sup>34</sup> Anlass kann auch eine eigenmotivierte Untersuchung mit dem Ziel optimierter Unternehmensprozesse etwa der allgemeinen Unternehmenscompliance sein.<sup>35</sup> Ebenso in Be-

25 BVerfG, Urt. v. 19.03.2013 - 2 BvR 2628/10.

26 BVerfG, Urt. v. 20.04.2016 - 1 BvR 966/09.

27 Koalitionsvertrag vom 12.03.2018, S. 126, abrufbar unter: [www.bundesregierung.de/resource/blob/656734/847984/5b8bc23590d4cb2892b31c987ad672b7/2018-03-14-koalitionsvertrag-data.pdf?download=1](http://www.bundesregierung.de/resource/blob/656734/847984/5b8bc23590d4cb2892b31c987ad672b7/2018-03-14-koalitionsvertrag-data.pdf?download=1); dazu auch Reuling/Schoop, ZIS 2018, 361, 361 ff.

28 Siehe freilich die materielle Deutung dieser Begrifflichkeit bei Korte, NZWist 2018, 393, 398.

29 So auch die Absicht im Koalitionsvertrag vom 12.03.2018, dazu auch Korte, NZWist 2018, 393, 395.

30 Beispielhaft insoweit der Kölner Entwurf eines Verbandssanktionenrechts und dazu Henssler/Hoven/Kubicel, NZWist 2018, 1, 9 f.; Wagner, NZWist 2018, 399, 401; Beckemper, NZWist 2018, 420, 420; Kölbl, NZWist 2018, 407, 409 ff.; in eine am Ende vergleichbare Richtung auch die „Frankfurter Thesen“ zur Unternehmenskriminalität von Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop, wistra 2018, 27, 29 ff. sowie Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop, DRIZ 2018, 342, 346 f.

31 Siehe etwa zur zivilrechtlichen Steuerung Wagner, NZWist 2018, 399, 399 ff.

32 Veit, Compliance und interne Ermittlungen, 2018, Rn. 239 ff.

33 Stellvertretend der Aufriss von Grundfragen bei Korte, NZWist 2018, 393, 396 f.

34 Veit, Compliance und interne Ermittlungen, 2018, Rn. 246 f.

35 Veit, Compliance und interne Ermittlungen, 2018, Rn. 237.

tracht kommen Untersuchungen im Vorfeld sonstiger Maßnahmen, wie z.B. steuerlicher oder sonstiger Prüfungen oder eines Unternehmens(ver)kaufs.<sup>36</sup>

Weitere Anlässe können die Ermittlung des Sachverhaltes in einem frühen Verteidigungsstadium zur Orientierung<sup>37</sup> oder in späteren Stadien des Verfahrens die Kooperation mit staatlichen Ermittlungsbehörden mit dem Ziel der Milderung einer etwaigen Sanktion gegen das Unternehmen sein. Internal Investigations sind dann zwar Teil der Verteidigungsstrategie eines Unternehmens; spätestens mit dem Mandat zu einer objektiven Aufarbeitung eines Sachverhalts entstehen aber auch Konfliktpotenziale mit der Unternehmensverteidigung im engeren Sinn.

Für interne Investigatoren ist die Eigenständigkeit gegenüber der Unternehmensverteidigung Grundlage einer erhöhten Glaubwürdigkeit ihrer Untersuchungsergebnisse und eines postulierbaren Vertrauensvorschlusses gegenüber den Strafverfolgungsbehörden. Der Diesel-Skandal ist insoweit ein Paradebeispiel. Das Verhalten von Volkswagen stellt sich nach seinem bisherigen Erscheinungsbild als Corporate Misconduct auf der Grundlage einer defizitären Unternehmenskultur im Sinne einer falsch interpretierten Loyalität von Mitarbeitern, einer starren Organisation und spürbaren Abhängigkeitsverhältnissen dar.<sup>38</sup> Interne Untersuchungen legen in solchen Fällen Ermittlungsergebnisse nahe, die mit hoher Wahrscheinlichkeit auch den Kern der Unternehmensführung belasten und eine Unabhängigkeit vom Vertreter des Verbandes voraussetzen. Die funktionale Trennung zwischen Verteidigung und interner Ermittlung ist damit der erste Schritt zu einer ernsthaften Selbstreinigung des Verbandes und einem nachhaltigen Kulturwandel.<sup>39</sup> Die klare Umgrenzung des Mandats zur internen Untersuchung folgt umgekehrt aus dem rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsgebot und ist Grundlage dafür, dass interne Ermittlungen nicht zu Selbstentblößen entarten und sinnvolles Instrument der Unternehmensführung (Corporate Governance) bleiben.<sup>40</sup>

#### IV. Beschuldigtenstatus des Verbandes

Ein neues Verbandssanktionenrecht wird den Verband auch als „Beschuldigten“ oder besser „Betroffenen“ zu führen haben.<sup>41</sup> Beim Konzern sollte dabei im Einklang mit dem Gesellschaftsrecht an das Rechtsträgerprinzip anknüpfend zwischen den einzelnen Gesellschaften unterschieden werden. Der Status als Beschuldigte/Betroffene hat prozessual positive wie negative Auswirkungen. Negativ sind die Auswirkungen insoweit, als eine erhebliche Zahl eingriffsintensiver Ermittlungsmaßnahmen nur gegen Beschuldigte/Betroffene zulässig sind; positiv ist der Status, soweit dem Beschuldigten/Betroffenen spezifische Rechte zustehen. Die Strafprozessordnung verzichtet vor diesem Hintergrund zutreffend auf einen allgemeingültigen einheitlichen Beschuldigtenbegriff. Die in der Literatur entwickelte Unterscheidung zwischen formellem und mate-

riellem Beschuldigtenbegriff<sup>42</sup> ist Legion und trifft den Kern des Problems. Der Gesetzgeber dürfte sich daher im Hinblick auf eine etwaige Regelung des Beschuldigten/Betroffenen-Status des Verbandes an der Zurückhaltung des Gesetzgebers der Strafprozessordnung orientieren.

#### V. Aussagepflicht von Mitarbeitern bei Internal Investigations

Die Quasipflicht von Unternehmen zur internen Aufarbeitung von strafrechtlich relevanten Vorfällen wirkt auch auf die Situation des Individuums zurück: Begründet man mit arbeitsrechtlichen Argumenten eine weitreichende Mitwirkungspflicht der Arbeitnehmer, droht mit der späteren strafrechtlichen Beschlagnahmefähigkeit ein hoheitlicher Totalzugriff auf das Wissen des Einzelnen. Soweit der Arbeitnehmer die Position eines bloßen Zeugen hat, ist dies angesichts der ohnehin bestehenden Aussagepflichten keine übermäßige Einschränkung. Die Probleme beginnen aber bei Auskunftsverweigerungsrechten und potenziell beschuldigten Mitarbeitern. Die Kernfragen, die sich für den Gesetzgeber<sup>43</sup> an diesem Punkt abgeschichtet stellen, sind:

1. Was ist mit Aussagen von konfliktbeladenen Personen gewonnen?
2. Erscheinen solche Aussagen für das Strafverfahren verzichtbar?
3. Wenn ja: Soll ein vollständiges Schweige- bzw. Auskunftsverweigerungsrecht bereits im Rahmen der internen Ermittlungen oder ein nur auf den Strafprozess begrenztes Beweisverwertungsverbot normiert werden?

36 Siehe dazu die Beispiele bei Reuling/Schoop, ZIS 2018, 361, 361; beispielhaft zur Behandlung der Risiken von Kartellgeldbußen in M&A-Transaktionen Mansdörfer/Timmerbeil, BB 2011, 323, 323 ff.

37 Dazu im Zusammenhang mit den Jones Day-Beschlüssen des BVerfG Rüsse, WuB 2018, 535.

38 Dazu nur H. Werner Interview in Juve Rechtsmarkt 09/2018, 38, 40 f.

39 Ein solcher Kulturwandel soll auch durch neue Sanktionsformen des „naming and shaming“ befördert werden, vgl. Korte, NZWist 2018, 393, 398 mit Verweis auf entsprechende Regelungen in § 123 WpHG, § 50a BörsG, § 341a KABG, § 60b KWG, § 57 GWG, § 174 SAG.

40 Zur Einordnung von Internal Investigations als Teil der Corporate Governance bereits Nestler in: Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis, Internal Investigations, 2013, Kap. 1, Rn. 37.

41 Wenn das kommende Verbandssanktionenrecht kein Kriminalstrafrecht ist, liegt statt der kriminalstrafrechtlichen „Beschuldigten“-Terminologie die „Betroffenen“-Terminologie des Ordnungswidrigkeitenrechts näher; zu den Implikationen eines solchen Status Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop, wistra 2018, 27, 30, die insoweit von einem „Beschuldigten sui generis“ sprechen.

42 Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Aufl. 2016, Einl. Rn. 76; in der Literatur wird stattdessen auch nach dem „subjektiven“ und „objektiven“ Beschuldigtenbegriff unterschieden, vgl. Beulke/Sowada, Strafprozessrecht, 14. Aufl. 2018, Rn. 110 ff.

43 Zum geringen Interesse des Unternehmens bereits Mansdörfer, jM 2014, 167, 167 ff.

Das Interesse an einer Aussage um jeden Preis ist gering. Aussagen in internen Untersuchungen können von verschiedenen Interessen geleitet sein. Sie unterstehen keiner strafrechtlich sanktionierten Wahrheitspflicht. Falsche oder gefärbte Aussagen verunklaren den Sachverhalt mehr, als dass sie ihn erhellen. Für das spätere Strafverfahren drohen Beharrungseffekte, die die Ermittlung der Wahrheit weiter erschweren. Ähnliches gilt, wenn der Arbeitnehmer sein Aussageverhalten ändert. Der Umstand, dass er dann zumindest einmal unwahr ausgesagt hat, ist seiner Glaubwürdigkeit gleichermaßen abträglich. Für die Fragen 1. und 2. scheint die Antwort folglich dahin vorgezeichnet, dass das Interesse der Strafverfolgungsbehörden an Aussagen aus internen Ermittlungen eher gering ist. Dem Interesse der Strafverfolgungsbehörde ist dann aber mit Schweige- und Auskunftsverweigerungsrechten in Anlehnung an die bestehenden strafverfahrensrechtlichen Regelungen am besten gedient. Ein bloßes Beweisverwertungsverbot<sup>44</sup> für entsprechende Aussagen mildert die aufgezeigten Probleme zwar ab, löst sie aber nicht. Die Einführung einer Aussagepflicht verbunden mit einem Beweisverwertungsverbot ist daher zu verwerfen.

#### VI. Befugnisse der privaten Ermittler und Kooperation mit der Staatsanwaltschaft im Sinne eines Folgenverantwortungsdialogs

Interne Ermittlungen sind durch den Ermittlungsauftrag und die bestehenden Befugnisse begrenzt. Vorteile gegenüber staatlichen Ermittlungen können sich daraus ergeben, dass der Zugriff auf Dokumente erleichtert ist und die Mitarbeiter des Unternehmens unbefangener kooperieren. Die Grenzen der internen Ermittlungsbefugnisse sind sehr schnell dort erreicht, wo gegen den Willen einer Person Daten oder Gegenstände beschlagnahmt werden sollen. Verdeckte Maßnahmen, wie z.B. Observationen, sind in Grenzen zulässig; schon Hausdurchsuchungen, Telefonüberwachungen oder Behördenanfragen sind aber nach der derzeitigen Rechtslage praktisch ausgeschlossen. Auch für die Zukunft sollte das Gewaltmonopol des Staates nicht angetastet werden und die Befugnis für eingriffsintensive Ermittlungen bei der öffentlichen Hand bleiben. Die Frage, die sich aber stellt, ist ob und in welchem Umfang Kooperationen zwischen privaten internen und hoheitlichen Ermittlungen gefördert werden sollen. Interne Ermittler bleiben Vertreter des beschuldigten/betroffenen Verbandes und haben insoweit ohnehin verschiedene Akteneinsichtsrechte. Gleichwohl sinnvoll wäre eine Regelung in Anlehnung an § 160b StPO, die die Erörterung des Verfahrensstandes zwischen den Beteiligten und ihre Dokumentation näher regelt. Eine verstärkte kommunikative Begleitung der internen Ermittlungen im Sinne eines Folgenverantwortungsdialogs dient dem übergeordneten Zweck der Prävention und kann frühzeitig wichtige Weichen im Hinblick auf die angemessene Verbandssanktion setzen.<sup>45</sup>

#### VII. Zugriff auf bei Internal Investigations erhobene Daten

Die Frage, ob die Strafverfolgungsbehörden auf die im Rahmen von Internal Investigations erhobenen Daten zugreifen dürfen sollen oder nicht, ist abhängig von den Entscheidungen zu den wesentlichen Vorfragen. Die hier vorangestellten Überlegungen kommen zu dem Ergebnis, dass Unternehmen bereits de lege lata regelmäßig zu Internal Investigations verpflichtet sind (oben II.), Internal Investigations keine Unternehmensverteidigung sind (oben III.), eine gegenüber den Regelungen der Strafprozessordnung erweiterte Aussagepflicht von Mitarbeitern nicht besteht (oben V.) und das Unternehmen an einem Austausch mit den staatlichen Organen von sich aus interessiert sein (soeben unter VI.) sollte. Wenn man diesen Grundwertungen folgt, ist ein Beschlagnahmeverbot entsprechender Unterlagen kaum zu begründen: Ein Verteidigerprivileg nach § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO scheidet mit der Einordnung von Internal Investigations jenseits des Bereichs der Unternehmensverteidigung im Grunde aus. Entsprechendes gilt aber auch für Erhebungsverbote nach § 160a StPO. Die Qualifikation als „Geheimnisträger“ des Unternehmens widerspricht der Aufgabe, den Sachverhalt gerade in Kooperation mit und Verantwortung gegenüber den Strafverfolgungsorganen aufzubereiten.

#### VIII. Internal Investigations und Sanktionierung

Sollen interne Ermittlungen zugunsten des Unternehmens bei der Sanktionierung berücksichtigt werden, so bietet sich neben der Reduktion der Unternehmenssanktion das Verhängen einer Sanktion auf Bewährung und Einstellungsmöglichkeiten nach dem Vorbild des § 153a StPO an.<sup>46</sup> Voraussetzung solcher Zugeständnisse ist, dass die internen Ermittlungen gewissen Mindestqualitätsanforderungen genügen. Qualität meint insoweit nicht das Benennen von Einzelstraftätern, sondern ernsthaft und qualitativ verlässlich durchgeführte Ermittlungen, die zugleich die Basis für organisatorische Restrukturierungen im Unternehmen sein können.

#### IX. Interne Untersuchungen und Individualstrafrecht

Ein erhebliches Spannungspotenzial bergen interne Untersuchungen und Verbandssanktionen im Verhältnis zum Individualstrafrecht. Vereinfacht geht es darum, dass der Ver-

44 Dazu – gerade auch im Kontext mit entsprechenden Regelungen im Kölner Entwurf – Zerbes/El-Gazhi, NZWist 2018, 425, 430 f.

45 Näher dazu Schmitt-Leonardy, Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht, 2013, S. 459 ff. sowie mit konkreten verfahrensrechtlichen Vorschlägen die Frankfurter Thesen zur Unternehmensstrafbarkeit von Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop, wistra 2018, 27, 29 ff. sowie DRiZ 2018, 342, 344 ff.

46 Siehe insoweit auch Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop, wistra 2018, 27, 31.

band zu seiner Entlastung und mit Blick auf den eigenen Vorteil Individuen belastet oder – drastischer formuliert – der Staatsanwaltschaft „ans Messer“ liefert.<sup>47</sup> Erst recht besteht diese Gefahr für Einzelpersonen außerhalb des Unternehmens beim Versuch des Unternehmens, eigenes Fehlverhalten zu externalisieren. Bekannt sind solche Verhaltensweisen im Wirtschaftsstrafrecht etwa aus Bonusanträgen in Kartellverfahren. In ähnlicher Form bestehen diese Probleme bei fast allen gesetzlich vorgesehenen oder faktisch praktizierten Kronzeugenregelungen.

Eine angemessene Zurückhaltung bei der Beweiswürdigung sollte hier selbstverständlich sein. Wenn eine Straftat zu einem nennenswerten Teil der Tat im Sinne einer Corporate Misconduct auf Defizite im Verband zurückgeführt wird, ist es aber vielmehr umgekehrt folgerichtig, diese Umstände bei den Strafzumessungstatsachen zu berücksichtigen und die Individualverantwortung entsprechend geringer einzuordnen.<sup>48</sup>

Im Zusammenhang mit dem Diesel-Skandal hat dies zur Folge, dass das Gewicht der organisatorischen Defizite im Verband und die Austauschbarkeit einzelner individueller Tatbeiträge es rechtfertigen, bei der individuellen Strafverfolgung großflächig von Opportunitätsvorschriften Gebrauch zu machen. Verfahrenseinstellungen gegen Auflage, Strafbefehle und Geldstrafen sind dann keine „Defizite“ des Wirtschaftsstrafrechts, sondern Ausdruck einer differenzierten Aufarbeitung des Sachverhalts.

## X. Internal Investigations aufgrund ausländischen Rechts

Die Problematik von nach ausländischem Recht initiierten Internal Investigations zeigen die Jones Day-Entscheidungen mustergültig. Die Untersuchungen erfolgten im Kern auf Drängen der ausländischen Behörden. Der VW-Konzern, der diese Ermittlungen bei Jones Day in Auftrag gegeben hatte, hatte daher kaum mehr eigenständigen Einfluss auf diese Ermittlungen. In der Sache ist eine solche Privatisierung der Strafverfolgung in Deutschland nicht vorgesehen;<sup>49</sup> erst recht sind solche Internal Investigations keine Unternehmensverteidigung gegenüber nationalen staatlichen Stellen. Da im Verhältnis Deutschlands zu den USA auch kein Verbot mehrfacher Strafverfolgung vorgesehen ist und die Strafansprüche der beiden Länder nebeneinander bestehen, können Ermittlungen für ausländische Staaten dem Zugriff des deutschen Staates auf die entsprechenden Ergebnisse nicht entgegenstehen. Wenn global tätige Unternehmen mit pluralen staatlichen Strafverfolgungsansprüchen konfrontiert sind, dann ist es Aufgabe der Unternehmensverteidiger, diese optimal und möglichst parallel zu koordinieren. Dabei klingt die Aufgabe gewaltiger als sie tatsächlich ist: Wenn und weil das Verbandssanktionenrecht Präventions- und Ordnungsgedan-

ken in den Vordergrund stellt, lassen sich die nationalen Ermittlungen mit anglo-amerikanischem Rechtsdenken durchaus vereinbaren. Das betroffene Unternehmen kann mit einer internen Untersuchung also leicht einen „doppelten“ – oder, wenn man das europäische transnationale Verbot mehrfacher Strafverfolgung in den Blick nimmt, sogar „dreifachen“ – Bonus für sich beanspruchen.

## D. Ein abschließender Blick auf den Rechtsanwender

Überlegungen zu den im Einzelnen kommenden gesetzlichen Regelungen zu unternehmensinternen Ermittlungen blieben unvollständig, wenn nicht zumindest ein abschließender Gedanke auf die potenziellen Rechtsanwender gerichtet wäre: Die Staatsanwaltschaft wird das Instrument interner Ermittlungen sicher gerne (weiter) für sich verwenden. Wie aber wird sich das Verständnis der privaten internen Ermittler entwickeln? Interne Ermittlungen bei global agierenden Unternehmen versprechen nahezu unerschöpfliche Umsatzpotenziale<sup>50</sup> und damit durchaus Anreize, sich bei den Behörden als zuverlässiger interner Ermittler zu qualifizieren. Wenn das Ziel des Strafverfahrens und das der internen Ermittlungen identisch in der Ermittlung der verfahrensgemäß ermittelten Wahrheit liegt, mag dieser Konflikt ein Stück weit nivelliert sein. Bereits jetzt auffällig ist aber, dass etwa in Sachverhalten mit Auslands- bzw. US-bezug ausländische bzw. US-Behörden bevorzugt mit „ihren“ Kanzleien kooperiert haben.<sup>51</sup> Auch in Deutschland sollen Richter gerne mit „ihren“ Pflichtverteidigern oder Staatsanwaltschaften mit „ihren“ Gutachtern „zusammenarbeiten“. Negative externe Effekte zulasten der Rechte der involvierten Individualpersonen liegen in einer solchen Interessenkonstellation auf der Hand. Wenn hier EU-ausländische Kanzleien ihre Organisationsstrukturen an das Recht der Länder, in denen sie rechtsberatend tätig werden wollen, anpassen sollten, ist mit der Kammerentscheidung einiges gewonnen.<sup>52</sup> Insgesamt einen tragfähigen Rahmen für ein neues Strafverfahrensrecht zu schaffen, ist nichts weniger als eine gesetzgeberische Jahrhundertaufgabe.

47 Für eine entsprechende Erweiterung des Verbots der Mehrfachverteidigung auf das Verhältnis Unternehmen/Individuum zutreffend etwa Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop, wistra 2018, 27, 31.

48 Den Gegenpol dazu bilden dann das occupational crime als berufsbezogene Individualstraftat.

49 Vgl. Korte, NZWist 2018, 393, 398.

50 Momsen, ZIS 2011, 508, 510 zum Fall „Siemens“: Ermittlungen von gut einjähriger Dauer verursachten Kosten in dreistelliger Millionenhöhe.

51 Siehe wiederum nur Momsen, ZIS 2010, 2011, 508, 511 zum Fall „Siemens“: „Der Untersuchung der vorgeworfenen Fälle wurde von der SEC als vertrauenswürdig eingestuften New Yorker Kanzlei Debevoise & Plimpton zugestimmt“.

52 Siehe nochmals Uwer/van Ermingen-Marbach, AnwBl. 2018, 470.



## 50 Jahre Anwalt: von Fernschreibern, dem beA und anderen Innovationen

Dass ein Rechtsanwalt das 50-jährige Jubiläum seiner Anwaltszulassung begehen kann, kommt vergleichsweise selten vor. Dr. Klaus Landry aus Hamburg ist so ein Fall. Wir sprachen mit ihm über die Wandlungen des Anwaltsberufs und des Berufsrechts in den letzten 50 Jahren, über geänderte Erwartungen der Mandanten, die Digitalisierung und über die Zukunft des Anwaltsberufs.

**Winterhoff: Lieber Herr Landry, Sie haben im letzten Jahr Ihr 50-jähriges Anwaltsjubiläum gefeiert. Können Sie sich noch an den Tag Ihres Berufsbeginns erinnern?**

Landry: Erstaunlicherweise kann ich das noch, wengleich nicht in den Details. Mein Einstieg in den Beruf war am 15.02.1968. An diesem Tag begann mein Anstellungsverhältnis in der Sozietät, die damals aus vier Anwälten und zwei Anwältinnen (immerhin eine Frauenquote von 33,33 %) bestand. Sie galt angesichts dieser Zahl von Anwälten damals – aus heutiger Sicht erstaunlich – als Anwaltsfabrik. Dennoch fand ich bei meiner Ankunft ein leeres Büro vor und musste mich – natürlich auf Kosten der Sozietät – um dessen Möblierung kümmern. Es war für mich kein totaler Neuanfang, weil ich im Jahre 1966 über sechs Monate als Referendar in der Sozietät gearbeitet hatte, also alle, die dort tätig waren, kannte. Auf die Zulassung, die damals noch in den Händen der Justizverwaltung lag, musste ich dann noch sechs Wochen bis zum 01.04.1968 warten. Es gibt im Übrigen eine Art Tradition in meiner Sozietät: Viele der in ihr tätigen Anwälte – Partner und anwaltliche Mitarbeiter – arbeiteten dort zunächst als Referendare.

**Sie berichteten mir in einem früheren Gespräch, dass sich die Anwaltstätigkeit im Laufe der Zeit enorm beschleunigt habe. Könnten Sie dies für unsere Leserinnen und Leser konkretisieren?**

Das ist wohl für uns alle augenscheinlich. Denn: Während eines großen Teils meines Anwaltslebens gab es noch keine Computer und auch keine mobilen Telefone und lange Zeit noch nicht einmal elektrische Schreibmaschinen. Keine Anekdote, sondern eine wahre Begebenheit: Ich regte im Jahre 1968 die Anschaffung eines Fernschreibers (ein Vor-Vor-Vorgänger des Telefaxes) an. Ein Senior-Partner sagte dazu, er sei dagegen, weil er dann ja am selben Tage antworten müsse. Heute erwarten Mandanten natürlich sofortige Reaktionen und schnelle Antworten möglichst am selben Tag.

**Wie haben sich die Erwartungen der Mandanten ansonsten geändert?**

Anders als früher bestehen sie auf Beratung und Vertretung durch spezialisierte Anwälte, die sich ständig fortbilden. Sie erwarten, dass ihre Anwälte sich darum bemühen, ihre, der Mandanten, Probleme in allen – auch nicht juristischen – Facetten zu verstehen und dafür gangbare Lösungen anzubieten. Bloße Bedenkenträger sind heute unerwünscht. Mandanten erwarten heute aber auch eine möglichst optimale Infrastruktur der Kanzlei ihrer Anwälte, die eine entsprechende Kommunikation, eine zügige Arbeit und gründliche Recherchen möglich macht. Sie schätzen es, wenn ihre Anwälte sie auf neue Entwicklungen und daraus sich ergebende Chancen und Risiken frühzeitig aufmerksam machen und ggf. nötige Anpassungen anregen.

**Wie ist es aus Ihrer Sicht um die Qualität des Rechts und der Rechtsdurchsetzung bestellt: Ist es in den letzten 50 Jahren summa summarum besser oder schlechter geworden?**

Die Verhältnisse und Umstände haben sich in diesem Zeitraum stark verändert. Es gab und gibt eine umfassende Technifizierung und Digitalisierung unserer Welt und unseres Lebens einschließlich einer Verrechtlichung aller Lebensbereiche. Das europäische Recht steckte vor 50 Jahren noch in den Kinderschuhen. Die Aufgaben für Gesetz- und Verordnungsgeber sind viel, viel schwieriger als damals. Ich zögere deshalb, den heutigen Rechtsetzungsorganen eine schlechte Note zu geben. Dagegen scheint mir die Rechtsdurchsetzung summa summarum eher schlechter geworden zu sein. Die Anzahl gerichtlicher Verfahren ist anscheinend stark gestiegen; der Ausbau der Justiz hat damit nicht Schritt gehalten. Gerichtliche Verfahren dauern daher heute, und zwar schon in der ersten Instanz, sehr häufig viel zu

### Dr. Klaus Landry



Rechtsanwalt und Partner der Sozietät GvW Graf von Westphalen, Hamburg

Seit 1968 Rechtsanwalt in Hamburg, Fachanwalt für Steuerrecht, von 1990 bis 1999 Präsident der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer Hamburg, von 2008 bis 2013 Vorsitzender des Kuratoriums (Aufsichtsrat) der Joachim Herz Stiftung, Mitglied der Gründungskommission und des Kuratoriums der Bucerius Law School, Vorsitzender des Vorstandes der Hamburgischen Kulturstiftung und Mitglied des Aufsichtsrates des Thalia Theaters.

lang. Qualitativ ist der deutschen Justiz aber im internationalen Vergleich ein gutes Zeugnis auszustellen. Auch behandelt sie nach meiner Erfahrung alle Parteien gleich nach Recht und Gesetz. Sie wahrt damit den Rechtsstaat, die – so Popper – Rechtsordnung, der sich alle fügen und alle zu fügen haben.

**Wie sehen Sie die zunehmende Digitalisierung der anwaltlichen Tätigkeit? Hat sich Ihre Arbeitsweise im Laufe der Zeit verändert?**

Natürlich hat sich meine Arbeitsweise im Laufe der Zeit verändert. Ich habe mich diesen Veränderungen stets gestellt und ihnen nicht widersetzt. So diktiere ich zwar noch viele – insbesondere lange – Texte. Die Überarbeitung des Diktierens durch Umstellungen und Einfügungen ist aber durch den Computer ungemein erleichtert. Und die Texte werden dann auch für mich jederzeit und nahezu allerorten abrufbar gespeichert. Ich diktiere per Smartphone auch über große Entfernungen vom Büro und dem Sekretariat. Ich kann unterwegs, z. B. im Hotel und im Home Office, arbeiten. Ich bin auch auf Reisen und im Home Office intern und extern erreichbar. Und Recherchen können viel effizienter und im Übrigen auch unterwegs durchgeführt werden.

**Gibt es Bereiche, in denen die heute zur Verfügung stehenden technischen Möglichkeiten nach Ihrer Wahrnehmung die Qualität der anwaltlichen Dienstleistung nicht nur nicht verbessern, sondern ggf. sogar verschlechtern?**

Das Arbeiten mit vorgefertigten Modulen verbessert Schriftstücke, insbesondere Schriftsätze, nicht immer und unbedingt. Es verhindert mitunter eine stringente Argumentation, die passgenau auf den jeweiligen konkreten Fall abzielt. Das blinde Vertrauen auf Legal Tech kann einer kreativen Recherche und Problemlösung durchaus entgegenstehen.

**Welche Rolle werden angesichts der Digitalisierung künftig der direkte Kontakt und das persönliche Vertrauen zwischen Rechtsanwalt und Mandant spielen?**

Der direkte Kontakt und das persönliche Vertrauen zwischen Rechtsanwalt und Mandant bleiben unverzichtbar, wobei freilich das richtige Verhältnis zwischen Nähe und Distanz hergestellt werden muss. Mandanten müssen selbstverständlich auch persönlich darauf vertrauen können, dass Rechtsanwälte ihre und nur ihre Interessen vertreten und ihre Pflicht zur Verschwiegenheit wahren. Mitunter können vertrauliche Informationen nur im direkten Kontakt an Rechtsanwälte übermittelt werden.

**Wie beurteilen Sie das beA und die zahlreichen bei seiner Einführung aufgetretenen Verzögerungen? Hat sich die Bundesrechtsanwaltskammer übernommen?**

Die Bundesrechtsanwaltskammer hat bei der Einführung des beA keine überzeugende Rolle gespielt. Ob das System wirklich tauglich ist, wird sich erst herausstellen. Ich verstehe auch nicht, warum man nicht auf bereits seit langem bewährte Systeme, wie sie z. B. für Patentanwälte gegenüber dem Deutschen und dem Europäischen Patentamt sowie dem Bundespatentgericht bestehen, zurückgegriffen und auf diese aufgebaut hat.

**Sie waren von 1990 bis 1999 Präsident der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer Hamburg. Was waren seinerzeit die maßgeblichen berufspolitischen Themen, und wie haben sich diese entwickelt?**

Es ging damals nach den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 14.07.1987 um einen Umbruch, nämlich den Übergang vom Standesrecht zu einem rechtsstaatlichen Berufsrecht. Das Bundesverfassungsgericht hatte die „Standesrichtlinien“ für rechtsunerheblich und rechtlich unanwendbar erklärt, nachdem es ihnen noch im Mai 1981 und April 1984 einen quasi normativen Charakter zuerkannt hatte. Es ging u.a. um die Bildung überörtlicher Sozietäten, die auch nach den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1987 von fast allen Anwaltskammern – nicht aber von der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer Hamburg – beanstandet wurden, um die Möglichkeit, auch in Kapitalgesellschaften zusammenzuarbeiten, um die Ermöglichung sachlicher berufsbezogener Werbung. Früher prüften Anwaltskammern z. B. die Größe und Dicke der Buchstaben in Stellenanzeigen für Sekretärinnen und sprachen Beanstandungen aus, wenn ihnen diese zu groß oder zu dick erschienen. Es ging um die Herstellung der Postulationsfähigkeit bei allen Landgerichten in Zivilprozessen und um die Etablierung geregelter Fachanwaltschaften.

Außerdem bemühten wir uns um die Übernahme des Zulassungswesens einschließlich der Rücknahme und des Widerrufs von Zulassungen durch die Anwaltskammern. Dennoch ist unser Berufsrecht nach den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 14.07.1987 längere Zeit nicht durch die verfasste Anwaltschaft und auch nicht durch den Gesetzgeber gestaltet worden, sondern durch Regelverstöße einzelner Rechtsanwälte und – nachfolgend – durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der Zivilgerichte. Beispielhaft steht dafür das Entstehen überörtlicher Sozietäten, die – wie gesagt – von den meisten Anwaltskammern beanstandet, von den Gerichten aber erlaubt wurden. Erst am 11.03.1997 konnte endlich die vom Bundesverfassungsgericht angemahnte Berufsordnung in Kraft treten, und zwar auf Beschluss der Satzungsversammlung, die auf Grundlage der im Jahre 1994 neu gefassten BRAO ihre Arbeit aufgenommen hatte. Und der Gesetzgeber hatte die von uns gewünschten Regelungen zu überörtlichen Sozietäten, zur anwaltlichen Werbung und

zu den Fachanwaltschaften in die BRAO aufgenommen. Auch konnte den Anwaltskammern das Zulassungswesen – der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer Hamburg mit Wirkung ab 01.03.1999 – übertragen werden. Seit dem 01.01.2000 sind die deutschen Rechtsanwälte bei allen Landgerichten postulationsfähig.

**Wenn Sie an grundlegende berufsbezogene Entscheidungen des Gesetzgebers und der Gerichte aus den letzten 50 Jahren denken: Welche halten Sie für besonders bedeutsam, und sind auch einige darunter, die Sie rückblickend für falsch oder zumindest unklug halten?**

Ich kann dazu weithin auf meine bisherigen Antworten verweisen. Aus jüngerer Zeit möchte ich allerdings die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 12.01.2016 (1 BvL 6/13) positiv hervorheben, mit der es befunden hat, das Sozietätsverbot des § 59a Abs. 1 Satz 1 BRAO verletze das Grundrecht der Berufsfreiheit, soweit es Rechtsanwältinnen und Rechtsanwältinnen eine gemeinschaftliche Berufsausübung mit Ärzten und Ärztinnen sowie Apothekern und Apothekerinnen im Rahmen einer Partnerschaftsgesellschaft untersagt.

**Auch derzeit ist das anwaltliche Berufsrecht in Bewegung, Stichworte seien nur: anwaltliches Gesellschaftsrecht, Fremdkapitalbeteiligungsverbot, Kreis der sozietätsfähigen Berufe. Sehen Sie insoweit eher Chancen oder Risiken für die Anwaltschaft?**

Ich begrüße das Bemühen um eine Fortentwicklung des anwaltlichen Gesellschaftsrechts einschließlich einer Freigabe der GmbH & Co. KG. Ich bin auch für eine Liberalisierung der Zusammenarbeit mit anderen Berufen einschließlich einer Ausweitung der sozietätsfähigen Berufe, wie sie nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 12.01.2016 zwingend ist. Ich bin gegen eine Fremdkapitalbeteiligung an Anwaltskanzleien.

**Wenn Sie einen Blick in die Zukunft wagen: Wird es in 50 Jahren noch ein einheitliches Berufsbild des Rechtsanwalts geben?**

Wie das Berufsbild des Rechtsanwalts in 50 Jahren genau aussieht, vermag ich nicht zu sagen. Ich glaube freilich, dass es dann kaum noch ein einheitliches Berufsbild geben wird. Bereits heute unterscheidet sich z. B. das Berufsbild des Strafverteidigers wesentlich von dem des Familienrechtsanwalts und des Rechtsanwalts, der als Insolvenzverwalter arbeitet. Diese Entwicklung wird sich fortsetzen.

**Sie selbst sind neben Ihrer Anwaltstätigkeit in verschiedenen Bereichen ehrenamtlich tätig. Gehört das Ehrenamt nach Ihrem Selbstverständnis zum Berufsbild des Rechtsanwalts?**

Das Ausüben von Ehrenämtern gehört nach meinem Selbstverständnis zum Berufsbild des Rechtsanwalts und im Übrigen zur Tradition meiner Sozietät. Wir sind dazu aufgrund unserer Ausbildung und Arbeitsweise auch gut geeignet. Denn häufig kommt es gerade bei Ehrenämtern auch auf wirtschaftliches Verständnis und Rechtskenntnisse an.

**Würden Sie, wenn Sie heute noch einmal am Anfang Ihres Berufslebens stünden, wieder Anwalt werden wollen?**

Ja.

**Gibt es Dinge, die Sie aus heutiger Sicht anders machen würden?**

Nein.

**Wie haben Sie es mit dem heute als Work-Life-Balance bezeichneten Verhältnis von Arbeit und Privatleben gehalten?**

Ich halte die Formulierung Work-Life-Balance für verfehlt. Es gibt keinen Gegensatz zwischen Arbeit und Leben; auch Arbeit ist Leben. Ich habe immer versucht, Zeit für meine Familie zu haben, was freilich keineswegs durchweg gelungen ist. Aber: Ich bin seit fast 53 Jahren – aus meiner Sicht – glücklich verheiratet, habe zwei Söhne und zwei Enkelkinder. Ich habe Tennis gespielt und bin bis vor kurzem Abfahrtskifahrer. Meine Frau und ich teilen die Leidenschaft für Theater, Oper und klassische Musik, die wir gelebt haben und leben. Ich bin seit jeher ein passionierter Bücherleser.

**Welche Tipps würden Sie jungen Kolleginnen und Kollegen mit auf den Weg geben?**

Sie sollten sich um eine möglichst gute Ausbildung und um ständige Fortbildung bemühen. Sie sollten sich spezialisieren und möglichst Fachanwalt oder Fachanwältin werden. Sie sollten sich um das Verständnis des Europäischen Rechts und des Wirkens der europäischen Gerichte bemühen, weil ohne dieses Verständnis verantwortliche anwaltliche Arbeit vielfach nicht mehr möglich ist. Sie sollten Verständnis für wirtschaftliche Zusammenhänge erwerben. Sie sollten gute, möglichst durch Auslandsaufenthalte vertiefte Fremdsprachenkenntnisse, wenigstens der englischen Sprache, haben. Sie sollten sich stets ihrer Verantwortung einerseits für ihre Mandanten und andererseits für den Rechtsstaat bewusst sein.

**Lieber Herr Landry, ich danke Ihnen für das vielschichtige Gespräch.**

Das Interview wurde geführt von RA Prof. Dr. Christian Winterhoff.

**Prof. Dr. Michael Jaensch**



Professor an der HTW Berlin

Studium der Rechtswissenschaften an der Universität in Passau und in London. Dissertation 1996 an der Universität Bonn. 2. Juristisches Examen 1997. Von 1998 bis 2001 Rechtsanwalt bei der Sozietät Hengeler Mueller, Berlin/Düsseldorf, und der Kanzlei Fulbright & Jaworski, New York. Seit 2001 Professor für deutsches und europäisches Zivil- und Zivilprozessrecht an der HTW Berlin. Vortragstätigkeiten und Autor zu aktuellen Entwicklungen des Kauf- und Schadensersatzrechts sowie des Gesellschaftsrechts und IPR.

**Prof. Dr. Marco Mansdörfer**



Professor an der Universität des Saarlandes

Autor verschiedener Monographien und Beiträge mit Schwerpunkt im Wirtschaftsstrafrecht und europäischen Strafrecht. 2010 Habilitation im Deutschen und Europäischen Strafrecht und Strafprozessrecht. 2013 Ernennung zum Ordinarius für Strafrecht und Strafprozessrecht einschließlich Wirtschaftsstrafrecht durch die Universität des Saarlandes. Beratung von Unternehmen zu Fragen der Unternehmensverteidigung und der Prävention.

**Dr. Jochen Sievers**



Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht

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

**Mario Gattiker**



Staatssekretär für Migration

Leitet mit dem Staatssekretariat für Migration seit 2012 die für alle Migrations- und Asylfragen zuständige Bundesbehörde der Schweiz. Zuvor war er in verschiedenen leitenden Positionen in dieser Behörde sowie für mehrere schweizerische Stiftungen und Hilfswerke tätig.

**Dr. Joachim Strohm**



Regierungsrat

Dr. Joachim Strohm ist Regierungsrat im Bayerischen Staatsministerium der Finanzen und für Heimat in München. Zuvor war er mehrere Jahre als Rechtsanwalt tätig. Er veröffentlicht regelmäßig zu aktuellen steuerlichen Themen.

**IMPRESSUM**

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

**Expertengremium:** Vors. Richter am BGH a.D. Wolfgang Ball, Lemberg  
Rechtsanwalt Prof. Dr. Guido Britz, St. Ingbert  
Vizepräsident des LAG a.D. Prof. Dr. Heinz-Jürgen Kalb, Köln  
Richter am BVerwG 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 Straßenverkehrsrecht****StVG | StVO | Zivilrecht | Ordnungswidrigkeiten- und Strafrecht | StVZO | FeV | FZV**

Herausgeber:

Hans-Peter Freymann, Präsident des Landgerichts, Saarbrücken

Wolfgang Wellner, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof

TOPAKTUELL im Kommentar: Themen der diesjährigen Arbeitskreise des Verkehrsgerichtstages Goslar sind bereits enthalten.

- Erläuterungen der neuen Vorschriften zum „Automatisierten Fahren“ (§§ 1a-c StVG)
- Neuregelung zum § 315d StGB („Verbotene Kraftfahrzeugrennen“)
- Erfahrungen mit der Reform des „Punktesystems“ im Rahmen des § 4 StVG Fahreignungs-Bewertungssystems
- Abrechnung auf Neuwagenbasis und Schadensersatz bei Beschädigung geleaster Fahrzeuge nach § 249 BGB
- Internetbasierte Zulassung nach § 15a ff. FZV
- Anforderungen an die Fahreignung zum Beispiel nach Alkohol- und Drogenfahrten (§ 11 FeV)
- Neukommentierung des § 23 StVO („Handy am Steuer“)

NEU: Der Online-Kommentar erlaubt neben der „klassischen“ Navigation gemäß Inhaltsverzeichnis einen

zusätzlichen Einstieg über Mandatssituationen. Hier können Sie – ohne Eingabe von Suchbegriffen – im Straßenverkehrsrecht häufig vorkommende Kernthemen auswählen. Sie erhalten dann gebündelt alle einschlägigen Gesetze/Verordnungen, die für den Sachverhalt relevant sind.

1 – 3 Nutzer ab 12,00 € / Monat\*

\* Preis pro Monat zzgl. MwSt., 12 Monate Online-Zugang plus E-Book

[www.juris.de/stvr](http://www.juris.de/stvr)**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](http://www.juris.de/Leserbefragung)

Oder scannen Sie den QR-Code ein:



Für Ihre Teilnahme winken attraktive Preise:

Wir verlosen unter allen Teilnehmern 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](http://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

9:30 – 12:00 Uhr

#### 27.11.2019 Düsseldorf, Maritim Hotel

09:30 – 12:00 Uhr

### Messen und Konferenzen

#### DAV Geschäftsführerkonferenz, Berlin

15.03.2019

#### Deutscher Anwaltstag 2019, Leipzig

16. – 17.05.2019

Weitere aktuelle Messetermine finden Sie hier:

[www.juris.de/veranstaltungen](http://www.juris.de/veranstaltungen)

### juris Webinare

Eine persönliche Einführung erhalten Sie bei unseren kostenlosen Webinaren: In unserem virtuellen Seminarraum sehen Sie den Bildschirm des Referenten und verfolgen seine Präsentation in Echtzeit direkt in der Datenbank. Über verschiedene Wege, z.B. über Voice-over-IP oder via Chat, stehen Sie im direkten Kontakt mit dem Seminarleiter, können Fragen stellen oder auch mit den anderen Teilnehmern kommunizieren.

Mit Hilfe der juris Webinare erfahren juris Nutzer immer wieder neue Möglichkeiten im Umgang mit unserer Rechercheoberfläche. Neukunden erleichtert der Besuch eines Einführungs-Webinars den Einstieg in die Datenbank-Recherche.

#### Einführungswebinar

20.02.2019, 14:00-15:00 Uhr

13.03.2019, 14:00-15:00 Uhr

20.03.2019, 11:00-12:00 Uhr

27.03.2019, 14:00-15:00 Uhr

#### Fortgeschrittenen-Webinar

28.02.2019, 10:00-11:00 Uhr

Zur Anmeldung: [www.juris.de/webinare](http://www.juris.de/webinare)



## Zusammen unschlagbar juris **DAV**

### Das exklusive Angebot für DAV-Mitglieder

Als DAV-Mitglied genießen Sie bei juris einen ganz besonderen Status. Durch die enge Kooperation mit dem Deutschen Anwaltverein erhalten Sie exklusive Inhalte und Sonderkonditionen. Mit der komfortablen und einfach bedienbaren Online-Recherche bearbeiten Sie auch komplexe Mandate schnell, effizient und mit höchster Rechtssicherheit.

Mehr Informationen erhalten Sie unter: [www.juris.de/dav](http://www.juris.de/dav)



**juris DAV Zusatzmodul  
jetzt gratis testen!**

**juris**

  
Deutscher Anwalt Verein

Schlegel | Voelzke

juris PraxisKommentar

# SGB III

Arbeitsförderung

Prof. Dr. Jens M. Schubert

Online-Kommentar  
inkl. E-Book!

**NEU**

## 2. Auflage mit Qualifizierungschancengesetz!

Die Neuauflage berücksichtigt bereits das zum 1.1.2019 in Kraft getretene Qualifizierungschancengesetz. Durch die kontinuierliche Aktualisierung des Online-Kommentars behalten Sie alle weiteren Änderungen, z. B. durch das 2. DSAnpuG-EU, immer im Blick.

[www.juris.de/sgbiii](http://www.juris.de/sgbiii)

ab **14,00 €**/Monat

zzgl. MwSt.

Ständige Aktualisierung!

**juris**<sup>®</sup> Das Rechtsportal