

Juris[®] Die Monatszeitschrift

JM 9 | SEPTEMBER
2020

Topthema:

Hegel und die Rübe – zum 250. Geburtstag des „schwäbischen Teufelsdenkers“

RA Prof. Dr. Guido Britz

In dieser Ausgabe:

Kollegialberatung und richterliche Entscheidungsfindung per Video?

VRiBVerwG Prof. Dr. Uwe Berlit

Zulieferstreit und Zulieferrecht in der Automobilbranche

RA und Prof. (em.) Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Martinek

Kein Vertrauensschutz in die „Kopf und Seele“-Rechtsprechung für GmbH-Geschäftsführer

VRiLSG Lutz Wehrhahn

Das PSPP-Urteil des BVerfG und die Statik der Wirtschafts- und Währungsunion

Prof. Dr. Ulrich Hufeld

Der „Gefährder“ und die drohende Gefahr

RA und Wiss. Mit. Kai-Daniel Weil





NEU!

JURIS PRELEX DIE DIGITALE GESETZGEBUNGSBIBLIOTHEK

Ihre Vorteile mit juris PreLex

- Frühzeitige Information über Rechtsänderungen
- Persönlicher Benachrichtigungsservice
- Automatische Prüfung kommunaler Satzungen

juris PreLex

Mit juris PreLex verfolgen Sie den gesamten Entstehungsprozess von Gesetzen und Verordnungen aktuell und intuitiv. Sie finden die relevanten Werdegangsdokumente sowie das Gesetz selbst ganz einfach per Mausklick. Dank intelligenter Filtermöglichkeiten und individuellen Benachrichtigungsdiensten behalten Sie stets den vollen Überblick.

Persönlichen Gratistest direkt freischalten: www.juris.de/prelex

ab **39,00 €**/Monat

zzgl. MwSt.

juris[®] Das Rechtsportal

INHALT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Zivil- und Wirtschaftsrecht

Kollegialberatung und richterliche Entscheidungsfindung per Video? – ein Problemaufriss mit ersten Lösungsansätzen

VRiBVerwG Prof. Dr. Uwe Berlit

S. 310

Zulieferstreit und Zulieferrecht in der Automobilbranche – zugleich eine Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Urt. v. 05.02.2020 - VI-U (Kart) 4/19

RA und Prof. (em.) Dr. Dr. Dr. h.c. mult.

Michael Martinek

S. 316

Schadensersatz wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung mit Vorteilsausgleichung im VW-Abgasskandal

BGH, Urt. v. 25.05.2020 - VI ZR 252/19

Prof. Dr. Michael Jaensch

S. 322

Arbeitsrecht

Benachteiligung wegen des Geschlechts – Einstellung eines Sportlehrers für den monoedukativen Sportunterricht von Mädchen

BAG, Urt. v. 19.12.2019 - 8 AZR 2/19

RA'in und FA'in für Arbeitsrecht und für

Sozialrecht Dr. Nathalie Oberthür

S. 325

Sozialrecht

Kein Vertrauensschutz in die „Kopf und Seele“-Rechtsprechung für GmbH-Geschäftsführer

VRiLSG Lutz Wehrhahn

S. 327

Verwaltungsrecht

Das PStP-Urteil des BVerfG und die Statik der Wirtschafts- und Währungsunion

Prof. Dr. Ulrich Hufeld

S. 331

INHALT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Steuerrecht

**Ausschluss des Werbungskostenabzugs
und begrenzter Sonderausgabenabzug für
Erstausbildungskosten verfassungsgemäß**
BVerfG, Beschl. v. 19.11.2019 - 2 BvL 22-27/14
RiLG Dr. Klaus Liebl S. 338

Aufsichtsratsmitglieder als Unternehmer?
BFH, Urt. v. 27.11.2019 - V R 23/19 (V R 62/17)
RiBFH Dr. Gerhard Michel S. 341

Strafrecht

Der „Gefährder“ und die drohende Gefahr
RA und Wiss. Mit. Kai-Daniel Weil S. 344

Topthema:

DER BESONDERE BEITRAG

**Hegel und die Rübe – zum 250. Geburts-
tag des „schwäbischen Teufelsdenkers“**
RA Prof. Dr. Guido Britz S. 348

Die moderne Rechtsordnung am Tropf der Grundsätzlichkeit – eine Antwort nicht nur auf individuelle Willkür wider die rechtstaatlich verfasste Gesellschaft



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

Heterogenradikale Menschenmassen demonstrieren ohne Wahrung von Hygieneregeln gegen den staatlich verordneten Schutz der Gesundheit des Einzelnen, dies unter Berufung auf ihre grundgesetzlich garantierte Freiheit. Hegel, an dessen 250. Geburtstag wir derzeit denken (dazu das Topthema dieses Heftes, S. 348), hätte hierzu eine klare Ansage: Freiheit heißt nicht, dass man tun kann, was man will,¹ es ist vielmehr die Möglichkeit zur Wahl zwischen verschiedenen vernünftigen Wegen, klar zu differenzieren von Willkür (vgl. Rechtsphilosophie §§ 152, 258). Der Rechtsstaat ist die Antwort auf Willkür, in seinem Entstehen gerichtet gegen staatliche Willkür, in gleicher Weise aber auch wehrhaft gegen individuelle Willkür. Wenn es bei Hegel um die Freiheit der Wahl zwischen vernünftigen Wegen geht, sind dies in unserer Rechtsordnung verfassungsgemäße, demokratisch legitimierte Wege. Freiheitsausübung kann danach niemals im Verstoß gegen fundamentale Rechte bestehen, so auch nicht gegen das Recht der anderen auf Gesundheit. Das staatlich verordnete Verbot eines solchen Verstoßes ist keine Einschränkung von Freiheit, sondern die Garantie der Freiheit der anderen. Es entspricht der staatlichen Pflicht zum Schutz elementarer, grundgesetzlich geschützter Werte. Hier wird die rechtsstaatlich zentrale Korrespondenz von Freiheit und Verantwortung deutlich. Freiheitsausübung ohne das Korrektiv der Verantwortungsübernahme ist rechtsstaatlich nicht gerechtfertigt. Dabei geht es in

einer konkreten Gesellschaftsordnung darum, die Freiheit des einen mit der des anderen vereinbar zu halten, die Grenzen des Dürfens, Müssens und Könnens des Einzelnen im Verhältnis zu anderen und dem Staat zu bestimmen (Böckenförde, *Recht, Staat, Freiheit*, 2006, S. 43). Diese Bestimmung bedarf im demokratischen Rechtsstaat der demokratischen Legitimation, die nicht ersetzbar ist durch die lautstark bekundete bessere Überzeugung von Individuen oder Gruppen, seien sie auch noch so überzeugt von der eigenen besseren Erkenntnis. Dies gilt für die radikalen Demonstranten in Berlin genauso wie anderorts für selbst ernannte Apostel des besseren politischen Weges.

An dieser Stelle trifft sich – rechtstheoretisch betrachtet – das willkürlich-freiheitsverachtende Demonstrationsgebaren gegen Corona in Berlin mit einem anderen Phänomen in unserer Gesellschaft, das weit entfernt von einer Missachtung von Leben und Gesundheit der Mitbürger, jedoch gleichwohl das Ergebnis eines Erkenntnisprozesses ist, der auf einer Ersetzung der grundgesetzlichen Vorgaben durch eine individuell oder in einer demokratisch nicht dafür legitimierten Gruppe gebildeten Meinung von gut und richtig beruht. Hier stellt sich unserer grundgesetzlichen Ordnung von einer ganz anderen Seite ein Problem, nämlich seitens eines – von den Verfechtern selbst als solchem propagierten – *Mainstream*, der dem Tenor folgt „richtig ist, was Europa nützt“. Vor diesem Hintergrund wird das verfassungsrechtlich makellose PSPP-Urteil des BVerfG als „Attentat auf Europa“ bezeichnet (dazu S. 331), sicher keine freie Meinungsäußerung im Sinne Hegels.

Jenseits der angesprochenen beiden Themen präsentiert das vorliegende Heft der jM wieder einen bunten Strauß von aktuellen Highlights aus allen Rechtsgebieten, sei es zur Kollegialberatung und richterlichen Entscheidungsfindung per Video (S. 310), zur Automobilbranche (S. 316 und S. 322), zur Benachteiligung wegen des Geschlechts (S. 325), zur Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen nach geänderter Rechtsprechung (S. 327), zum Ausschluss des Abzugs von Erstausbildungskosten als Werbungskosten (S. 338), zur USt-Pflicht von Aufsichtsräten (S. 341) und zur ordnungsrechtlichen Behandlung sog. Gefährder (S. 344).

Im Namen aller Herausgeber wünsche ich viel Gewinn beim Lesen,

M.Jachmann-Michel

¹ Dazu aktuell Viehweg, https://www.deutschlandfunkkultur.de/mit-hegel-durch-die-coronakrise-freiheit-heisst-nicht-dass.1008.de.html?dram:article_id=474037 (zuletzt abgerufen am 11.08.2020).

Kollegialberatung und richterliche Entscheidungsfindung per Video? – ein Problemaufriss mit ersten Lösungsansätzen

VRiBVerwG Prof. Dr. Uwe Berlit

A. Problem für Kollegialgerichte

Videotechnik kann nicht nur zur Durchführung mündlicher Verhandlungen eingesetzt werden. Sie kann ebenso die Beratung in Kollegialgerichten unterstützen. Bei Kollegialgerichten ist der Einsatz von Videotechnik nicht auf Fälle beschränkt, in denen an der Entscheidungsfindung lediglich berufsrichterliche Mitglieder mitzuwirken haben. Eingebunden werden können mit Videotechnik auch ehrenamtliche RichterInnen; hier können sich indes teils andere und komplexere technische sowie datenschutzrechtliche Fragen stellen.

Coronabedingte Änderungen der gerichtlichen Geschäftsabläufe sind dabei aktueller Anstoß,¹ nicht aber der Grund, um über videogestützte Entscheidungsfindungsprozesse nachzudenken. Die richterliche Freiheit, Ort und Zeit der Arbeitsleistung zu bestimmen, gewinnt mit der Einführung der (führenden) elektronischen Akte qualitativ an Bedeutung. Videotechnik erleichtert in Kollegialgerichten zudem, richterliche Tätigkeit und Familienpflichten zu vereinbaren.

B. Rechtlicher Rahmen I (das „Ob“): Erfordernis ausdrücklicher Zulassung?

I. Der Einsatz von Videotechnik zu kollegialgerichtlicher Beratung und Abstimmung einer verfahrensbeendenden Entscheidung bedarf nach hier vertretener Ansicht keiner ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung.²

§ 114 Abs. 2 Satz 1 und ArbGG/§ 211 Abs. 2 Satz 1 SGG,³ nach denen bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite Videotechnik auch für die Beratung und Abstimmung sowie für Entscheidungen ohne mündliche Verhandlung eingesetzt werden darf, rechtfertigen keine andere Beurteilung. Im Gegensatz zu den auf die Teilnahme an der mündlichen Verhandlung selbst bezogenen Regelungen, für die bislang eine physische Anwesenheit aller Mitglieder des Gerichts im Sitzungssaal gefordert war, haben sie für die Beratung und Abstimmung außerhalb der mündlichen Verhandlung bei genauerer Betrachtung lediglich klarstellende, nicht konstitutive Wirkung. Sie rechtfertigen weder für die benannten noch für andere Verfahrensordnungen den Umkehrschluss, dass ohne eine ausdrückliche gesetzliche

Ermächtigung oder außerhalb einer „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ eine Entscheidungsfindung unter nicht zeitgleich in einem Raum/an einem Ort anwesenden Mitgliedern des Gerichts ausgeschlossen sei/werden sollte.

- Die – spärliche – Begründung des Gesetzgebers⁴ enthält hierfür keinen Anhaltspunkt. Die Regelung knüpft an die Erweiterung der Möglichkeiten an, durch Zuschaltung der ehrenamtlichen RichterInnen eine mündliche Verhandlung insoweit unter Einsatz von Videotechnik auch zwischen an unterschiedlichen Orten anwesenden Mitgliedern des Gerichts durchzuführen, und baut insoweit auf § 128a ZPO auf, als dort – für die mündliche Verhandlung – die zeitgleiche Anwesenheit aller an der Entscheidung mitwirkenden RichterInnen an Gerichts Stelle zur Durchführung der mündlichen Verhandlung gefordert war. Die nachfolgende Beratung oder Abstimmung mag dabei mitgedacht worden sein, war aber nicht ausdrücklich geregelt (z.B. bei gesonderten Verkündungsterminen, bei denen es nicht einmal der Anwesenheit der

* Um einige erste Nachweise ergänzte Notiz zum Kurzvortrag auf der virtuellen Konferenz „Virtuelle Verhandlungen vor Gericht. Erfahrungen – Herausforderung – Zukunft“ des Deutschen EDV-Gerichtstages e.V. am 09.06.2020. Der Text gibt allein die persönliche Auffassung des Vortragenden wieder; die Vortragsform ist beibehalten. Für wertvolle Hinweise danke ich meinem Kollegen RiBVerwG H.-J. Holtbrügge. Der nach Manuskriptschluss erschienene Beitrag von Daniel Effer-Uhe (Beratung im Kollegialgericht per Video- oder Telefonkonferenz in Pandemiezeiten?, MDR 2020, 773), der zu vergleichbaren Ergebnissen kommt, konnte nicht mehr eingearbeitet werden.

1 Siehe auch Neue Richtervereinigung (NRV), Positionspapier, BJ 2020, 258, 259 Nr. 4 (Der Justiz fehlt die notwendige Ausstattung) und Nr. 5 (Es ist jetzt eine Dynamik für neue [digitale] Arbeits- und Verhandlungsformen erforderlich, ohne den Wert von persönlichen Anhörungen aus den Augen zu verlieren).

2 Zur strukturell vergleichbaren Frage, ob es der ausdrücklichen grundgesetzlichen Ermächtigung für Sitzungen des Deutschen Bundestages bedarf, siehe Lenz/Schulte, NVwZ 2020, 744; zur Entscheidungsfindung in Kollegialorganen von Selbstverwaltungskörperschaften siehe Wacker, NVwZ 2020, 922..

3 Jeweils i. d. F. des Gesetzes zu sozialen Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie (Sozialschutz-Paket II) vom 20.05.2020, BGBl. I, 1055.

4 BT-Drs. 19/18966 (Gesetzentwurf der Bundesregierung); BT-Drs. 19/19204 (Beschlussempfehlung und Bericht).

anderen Mitglieder des Prozessgerichts bedarf (§ 311 Abs. 4 ZPO). Die Erstreckung auf (verfahrens- bzw. instanzbeendende) Entscheidungen ohne mündliche Verhandlung – seien es Urteile, seien es Beschlüsse – wird nicht näher begründet.

- Die auf Erweiterung des Einsatzes von Videotechnik gerichtete Absicht des Gesetzgebers wäre aber konterkariert, wenn durch den Einbezug auch von Entscheidungen ohne mündliche Verhandlung bewährte Möglichkeiten der Entscheidungsfindung unter Abwesenden (vulgo: Umlaufverfahren), denen auch audiovisuelle Kombination vorangegangen sein kann, als drastisch beschränkt zu werten wären.

II. § 193 GVG, der die Anwesenheit Dritter bei Beratung und Abstimmung sowie das Beratungsgeheimnis regelt, schließt den Einsatz von Videotechnik für Beratung und Abstimmung jedenfalls nicht ausdrücklich aus. Vorausgesetzt wird lediglich, dass jede Entscheidung eines Kollegialgerichts auf einer äußerlich erkennbaren Beratung und Abstimmung beruhen muss, die aber gerade nicht öffentlich zu sein hat.

Im Schrifttum wird teils eine telefonische oder elektronische Beratung als unstatthaft bezeichnet,⁵ ohne dies näher zu begründen.⁶ Diese Auffassung ist durch die Möglichkeit der synchronen audiovisuellen Kommunikation unter mehreren Beteiligten technisch überholt. Entsprechendes gilt, soweit auch eine gleichzeitige telefonische Kommunikation ermöglichende Konferenzschaltung eine mündliche Beratung über den Streitgegenstand bei gleichzeitiger Anwesenheit der RichterInnen nicht soll ersetzen können und auf Ausnahmefälle zu beschränken sein soll.⁷

Wenn der BGH⁸ zwar in geeigneten Ausnahmefällen die Telefonkonferenz als zulässige Art der Beratung erachtet, für die erstmalige Beratung als einzige Grundlage für die Entscheidung in der Hauptsache aber zwingend die Anwesenheit sämtlicher beteiligten RichterInnen fordert, fehlt es an einem Rechtsgrund und einem Unterscheidungskriterium; auch diese Entscheidung war allein bezogen auf synchrone Audiokommunikation, nicht aber audiovisuelle Kommunikation. Allein das geforderte Einverständnis aller beteiligten RichterInnen mit dieser Verfahrensweise und die Möglichkeit, dass jederzeit in eine mündliche Beratung im Beisein aller RichterInnen eingetreten werden kann, falls ein/e Richter/in dies wünscht oder ein neuer Gesichtspunkt es erfordert, rechtfertigt jedenfalls nicht eine Beschränkung auf Nach- oder Teilberatungen unter Ausschluss der erstmaligen Beratung. Pate stand offenbar die Vorstellung, dass die Mitglieder des Gerichts ohnehin für die mündliche Verhandlung am Gerichtsort anwesend zu sein hatten, die der mündlichen Verhandlung nachfolgende Beratung (nahezu) selbstverständlich war und es technisch

keine ausgereiften Möglichkeiten der digital vermittelten, audiovisuellen Beratung unter Abwesenden gab.⁹

Der Ausschluss synchroner, digital vermittelter audiovisueller Beratung ist allzumal dann nicht überzeugend begründbar, wenn ein schriftliches Umlaufverfahren hingenommen wird (mag dies auch als „eigentlich keineswegs dem Sinn einer Beratung“ entsprechend gekennzeichnet werden). Asynchrone schriftliche Entscheidungsverfahren, die ohne Beratung und mit zeitversetzter Abstimmung erfolgen (Umlaufverfahren), sind bei Kollegialgerichten in der Praxis üblich. Sie sind – auch höchstrichterlich – jedenfalls dann gebilligt, wenn jede/r mitwirkende Richter/in mit dieser Form der Entscheidungsfindung einverstanden ist (also in der Sache auf die an sich geforderte Beratung verzichtet) und die Möglichkeit besteht, statt der asynchronen Abstimmung durch Unterschrift des umlaufenden Dokuments eine synchrone Beratung zu verlangen. Eine technisch vermittelte synchrone Beratung und Abstimmung einer Kollegialgerichtsentscheidung ist selbst dann, wenn diese nicht als mit der mündlichen Beratung unter Anwesenden rechtlich gleichrangig gewertet werden sollte, aber näher an einer beratungsgestützten Entscheidungsfindung als der Verzicht auf jede Beratung. Bezieht sich die audiovisuelle Beratung auf die Frage, ob eine Entscheidung im Umlaufverfahren ohne (abschließende) Urteils-/Beschlussberatung getroffen werden kann/soll, verschiebt sich – mangels abschließender „Abstimmung“ – zwar der Entscheidungszeitpunkt; es reduzieren sich indes auch die (etwa) aus §§ 192 ff. GVG folgenden (Rest-)Bedenken.

5 Baumbach/Lauterbach, ZPO, 76. Aufl. § 193 GVG Rn. 1; Kissel/Mayer, GVG, 9. Aufl., § 193 Rn. 3.

6 Die herangezogene BGH-Rechtsprechung (BGH, Urt. v. 28.11.2008 - LwZR 4/08) hält eine telefonische Beratung und Abstimmung zur Herbeiführung der Entscheidung eines Kollegialgerichts jedenfalls dann für unzulässig, wenn die beteiligten RichterInnen – auch die ehrenamtlichen – nicht gleichzeitig miteinander kommunizieren und auf diese Weise ihre Argumente austauschen können; so auch BVerwG, Beschl. v. 13.11.2017 - 4 B 23.17. Eine BSG-Entscheidung (BSG, Urt. v. 27.05.1071 - 8 RV 773/70) betraf die fernmündliche Einholung der Zustimmung der Landessozialrichter zu einem Urteilsvorschlag durch den Berichterstatter und damit eine asynchrone Form der Kommunikation.

7 Kissel/Meyer, GVG, 9. Aufl., § 193 Rn. 3.

8 BGH, Beschl. v. 29.11.2013 - BLw 4/12 Rn. 33; BAG, Urt. v. 26.03.2015 - 2 AZR 417/14; BAG, Urt. v. 14.04.2015 - 1 AZR 223/14 (das BAG beauftragt allein auf die Entscheidung des BGH, ohne den vermeintlichen Ausschluss einer erstmaligen bzw. alleinigen audiovisuellen Beratung eigenständig zu begründen).

9 Zur dynamischen, die technische Entwicklung berücksichtigenden Auslegung von Rechtsregeln und -begriffen, die aus der „vordigitalen“ Welt stammen, siehe – am Beispiel des Merkmals „schriftlich“ in § 69 Abs. 2 Satz 5 BPersVG – BVerwG, Beschl. v. 15.12.2015 - 5 P 9/15 Rn. 17 f.

Für die Art und Weise der synchronen Beratung bleibt es dann ohnehin dabei, dass §§ 193 ff. GVG keine (eindeutigen) Vorgaben enthalten. Wegen der regelmäßigen Sondierung der Beratung von der Situation der mündlichen Verhandlung ist jedenfalls klar, dass bei der Beratung die durch § 128a ZPO geforderte zeitgleiche Anwesenheit, die auch gegenüber der Öffentlichkeit zu dokumentieren ist, nicht gefordert ist.

III. Für die rechtliche Zulässigkeit von Videoberatungen kommt es dann nicht zuletzt darauf an, ob die prozessuale Funktion der Beratung, im kollegialen Dialog unter Austausch von Sachargumenten zur Rechtslage und zur Tatsachenbewertung zu einer bestimmten Entscheidung zu gelangen, zwingend ist oder doch als (rechtlicher) „Normalfall“ eine Beratung unter physisch zeitgleich an einem Ort Anwesenden erfordert.

Nach hier vertretener Ansicht ist dies nicht der Fall.

- Beratung ist Mitwirkung an der kollegialgerichtlichen Entscheidungsfindung. Mitwirkung bedeutet aktive Teilnahme an dem geistig-intellektuellen Vorgang der Entscheidungsfindung, bei dem jede/r teilnehmende Richter/in in der Lage sein muss, der Beratung zu folgen und, soweit dies für angezeigt gehalten wird, seine/ihre Meinung zu äußern. Die moderne Videokonferenzsoftware lässt dies ohne Weiteres – transparent und für alle Beteiligten nachvollziehbar – zu.
- Technische Zugangskontrollen, Bildinformationen und wechselseitiges Kennen im Spruchkörper gewährleisten eine sichere Identifizierung und minimieren das Risiko, dass unbemerkt bleibt, wenn ein/e beteiligte/r Richter/in bei der Teilnahme durch Außenstehende „unter Druck“ gesetzt wird.
- Bei der Beratung steht der Austausch von Sachargumenten im Vordergrund (auch wenn bei Kollegialberatungen z.B. auch gruppenspezifische Prozesse jenseits der juristischen Sachlichkeit ablaufen).
- An der Beratung nimmt lediglich eine begrenzte Zahl von Personen teil (die an der Entscheidung mitwirkenden RichterInnen, ggf. Hilfskräfte, zur juristischen Ausbildung beschäftigten Personen oder die in § 193 Abs. 2 GVG genannten Personen), von denen ein gewisses Mindestmaß medialer Kompetenz erwartet werden kann und die typischerweise einander kennen (außer etwa in Vertretungssituationen).
- Verzerrungseffekte des Mediums, die sich etwa aus der schlechteren Sicht- und Erfassbarkeit nonverbalen Verhaltens oder körpersprachlicher Details ergeben können, haben keine oder jedenfalls deutlich geringere Bedeutung als bei der Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen; dort werden sie kraft Gesetzes hingenommen.¹⁰

Die rechtliche Gleichwertigkeit (sicherer) Videoberatungen mit der Beratung unter physisch Anwesenden ist kein Plädoyer für ein „Online-Gericht“ – und stellt nicht in Abrede, dass die Beratungen unter Anwesenden z.B. atmosphärische, „gruppenspezifische“ oder sonstige Vorteile haben können und – jedenfalls für die derzeitige RichterInnen-Generation – das auch persönliche Gespräch ein Qualitätsmerkmal für gehaltvolle Beratungen sein kann.

Für die Videoberatungen gilt es ebenso wie für die Videoverhandlung, über die Kriterien nachzudenken und diese herauszuarbeiten, welche die tatsächlichen Voraussetzungen und Grenzen sinnvoller Videoberatungen sowie der voraussichtlichen Tauglichkeit von Beratungsthemen oder -situationen hierfür prägen und deren „Nebenwirkungen“, z.B. für die Sachentscheidung oder für die Zusammenarbeit im Spruchkörper, zu reflektieren.

C. Rechtlicher Rahmen II (das „Wie“): rechtliche Ausgestaltung

Für die Anforderungen, die an die Ausgestaltung des Einsatzes von Videotechnik zu kollegialgerichtlichen Beratungs- und Entscheidungszwecken zu stellen sind, sind verschiedene Ebenen bzw. Fragestellungen zu unterscheiden.

I. Technik

Auf der Ebene der reinen Technik ist vorauszusetzen, dass die Videotechnik zur Kommunikationsvermittlung auf guter bis höchster technischer Bild- und Tonqualität stabil und störungsfrei sowie bedienungsfreundlich funktioniert: Beratung fordert gelingende Kommunikation unter zumindest akzeptablen Kommunikationsbedingungen.

Im Übrigen ist die für kollegiale Beratungen erforderliche Technik deutlich weniger komplex als die, die für Videokonferenzen benötigt wird.

Dienst- und datenschutzrechtliche stellt sich die Frage, ob für digitale kollegiale Beratungen ausschließlich dienstlich bereitgestellte/verantwortete Hard- und Software eingesetzt werden soll oder ob hierfür (wenn ja: In welchem Umfang und unter welchen Voraussetzungen) auch privat angeschaffte/bereitgestellte Technik zugelassen wird. Soweit keine dienstlichen Geräte für die Fernkommunikation bereitstehen, kann der Einsatz privater IT-Technologie – ggf. vorbehaltlich abweichender Dienstvereinbarungen – jedenfalls nicht abverlangt werden.

¹⁰ Eingehend dazu B. Glunz, Psychologische Effekte beim gerichtlichen Einsatz von Videotechnik, Tübingen 2012.

Der freiwillige Einsatz privat beschaffter IT-Technologie führt prozessrechtlich nicht dazu, dass die Entscheidungsfindung allein aufgrund einer solchen Beratung angreifbar ist; der Einsatz privat beschaffter Technologie bewirkt aber zusätzliche datenschutz- und sicherheitsrechtliche Risiken.

II. Datenschutzrecht

Datenschutzrechtlich ist sicherzustellen, dass die in einem gerichtlichen Verfahren anfallenden personenbezogenen Daten bei der Nutzung von Videotechnik weiterhin den durch die DSGVO gebotenen Schutz¹¹ erfahren, also alle datenschutzrechtlichen Anforderungen erfüllt werden (können).

Dies erfordert technisch-organisatorische Vorkehrungen, die von den Gerichten ohnehin insbesondere dann zu treffen sind, wenn bereits elektronische Akten geführt werden. Für zweifelhaft halte ich indes, ob der Einsatz standardisierter Videokonferenzsysteme im Bereich kollegialgerichtlicher Beratung nach dessen Absatz 3 eine förmliche Datenschutzfolgenabschätzung nach Art. 35 Abs. 1 DSGVO erfordert; diese „schadet“ allzumal deswegen nicht, weil die in Art. 35 Abs. 7 DSGVO benannten Aspekte bei Konzeption und Einsatz ohnehin zu beachten sind.

- Wegen der nie auszuschließenden Möglichkeit gezielter Angriffe auf die gerichtliche Binnenkommunikation (und sei es zu Diskreditierungszwecken) spielt es eine nicht unerhebliche Rolle, ob die Datenverarbeitung innerhalb nach außen abgeschotteter justizinterner Netze abläuft oder über das „allgemeine“ Internet. Nicht zuletzt aus Gründen des Datenschutzes ist die Nutzung abgeschotteter Netze eindeutig vorzugswürdig und sollte der Regelfall sein.
- Anforderungen ergeben sich bei Videoberatungen zwischen nicht an der Gerichtsstelle anwesenden Personen auch in Bezug auf die Ausgestaltung des häuslichen Arbeitsplatzes sowie der technischen Absicherung der für die Kommunikation genutzten Endgeräte.
- Der Schutzbedarf der jeweils verarbeiteten personenbezogenen Daten ist mit in den Blick zu nehmen, etwa der Schutz durch besondere „Geheimnisse“ (Steuergeheimnis; Sozialgeheimnis; Betroffenheit von Daten i.S.d. Art. 9 DSGVO) oder die „Klassifizierung“ der betroffenen Daten (etwa höhere Einstufung als VS-NfD).¹²

Bei den gängigen Videokommunikations- bzw. Konferenzsystemen (z.B. WebEX, Jitsii, BigBlue, ZOOM, Skype for Business, Microsoft Teams) wird eine intensive Debatte über die Datenschutzkonformität ihrer Nutzung auch für justiziinterne Zwecke¹³ und die unterschiedlichen Risikoprofile geführt, die hier nicht im Detail nachgezeichnet wer-

den kann. Faktoren für die Risikobewertung sind z.B. der Standort der Server,¹⁴ über die die Kommunikation abgewickelt wird, sowie die von den Endnutzern zu nutzende Software (Apps) und die Frage der Verschlüsselung des Datenverkehrs.

Nicht einsichtig erscheint mir jedenfalls, dass ein datenschutzkonformer Einsatz der einzelnen Systeme insgesamt, schlechthin und unabhängig von den Rahmenbedingungen des Einsatzes ausscheidet.

III. Beratungsgeheimnis

Prozess- bzw. gerichtsverfassungsrechtlich ist bei „echten“ Beratungen und Abstimmungen das besondere Beratungsgeheimnis (§ 193 Abs. 3 GVG) zu wahren. § 114 ArbGG/§ 211 SGG geben hierfür insbesondere vor, dass die an einen anderen Ort übertragenen Bild- und Tonsignale nicht aufgezeichnet werden dürfen und durch geeignete Maßnahmen die Wahrung des Beratungsgeheimnisses sicherzustellen ist. Hier sind Risikoanalysen bzw. Schutzbedarfsfeststellungen (auch im Vorfeld einer Folgenabschätzung nach Art. 35 DSGVO) erforderlich. Ein absoluter Schutz etwa gegen unerlaubte Aufzeichnungen kann auch bei gerichtlichen Beratungen „unter Anwesenden“ nicht sichergestellt werden. Die Miniaturisierung hochleistungsfähiger Spionagetechnik erlaubt schon heute mit sehr geringer Entdeckungswahrscheinlichkeit eine „Ausspähung“ von Beratungszimmern oder das unentdeckte Aufzeichnen der Beratung durch eine/n mitwirkende/n Richter/in (und sei es unter Nutzung des Smartphones).

Dies ist bei den Anforderungen, die an die Abschottung/Sicherung des häuslichen Arbeitszimmers¹⁵ bzw. der die

11 Allgemein zum Datenschutz in der Justiz Bieresborn, DRiZ 2019, 18; Engeler, BJ 2018, 119; Wiebe/Eichfeld, NJW 2019, 2734; Schmitt/Resch, jM 2020, 134; Snowadsky, VBIBW 2020, 89.

12 Das ITZ Bund betont, dass Webex-Cloud als Plattform schon nicht VS-NfD-konform ist (Kurzanleitung Webex Meetings über Cisco Cloud [22.04.2020]).

13 Ablehnend z.B. für Skype und Zoom:us etwa NRV, Positionspapier, BJ 2020, 259 („in der Justiz nicht nutzbar“); siehe auch die – für einige Programme „kritischen“ – Hinweise zur „Durchführung von Videokonferenzen während der Kontaktbeschränkungen“ des Berliner Datenschutzbeauftragten (Version 1.1. vom 22.05.2020) (www.datenschutz-berlin.de/fileadmin/user_upload/pdf/orientierungshilfen/2020-BlnBDI-Empfehlungen_Videokonferenzsysteme.pdf) (zuletzt abgerufen am 03.08.2020).

14 In- oder außerhalb von Europa, insbesondere USA (Home-Security-Act).

15 So kann als eine der technisch-organisatorischen Schutzmaßnahmen festgelegt werden, dass ein Raum/Bereich zur Verfügung stehen muss, der während der Beratung von weiteren Personen (z.B. Familienange-

Kommunikation genutzten Hard- und Software zu stellen sind, zu bedenken. Angesichts der Begrenzung der Videoberatung auf nach § 193 GVG teilnahmeberechtigte Personen halte ich die Sicherung durch das Beratungsgeheimnis (§ 193 Abs. 3 GVG), die richterdienstrechtlich durch § 43 DRiG¹⁶ sowie strafrechtlich (§§ 201 ff., § 353b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB)¹⁷ flankiert wird, für ausreichend, um eine verbotene Aufzeichnung zumindest durch die mitwirkenden RichterInnen und deren Haushaltsangehörige für hinreichend sicher ausgeschlossen zu halten. Das Risiko der Aufzeichnung durch die Systemübernahme Dritter kann zumindest dann als beherrschbar gewertet werden, wenn für die Kommunikation „gehärtete“ Hardware genutzt oder über Systeme kommuniziert wird, die innerhalb geschützter Netze laufen. Auch eine Nutzung aktueller Virenschutzsoftware mag ausreichen.

Nicht alle gerichtlichen Erörterungen eines bestimmten Falles sind indes schon Beratungen i.S.d. § 193 GVG. Vorgelagerte Erörterungen, welche z.B. der Vorbereitung einer mündlichen Verhandlung dienen (Vorberatungen), die „Vorabklärung“ rechtlicher oder tatsächlicher Einzelfragen, die informelle Verständigung zur Frage, ob sich ein bestimmtes Verfahren für ein Umlaufverfahren mit einem Entscheidungsziel, das aber noch nicht verbindlich festgelegt ist, eignet, und ähnliche Verständigungs- und Klärungsprozesse im Vorfeld einer Beratung mit dem Ziel der verbindlichen Meinungsbildung durch Abstimmung unterfallen der Wahrung des Datenschutzes, mangels hinreichender Verknüpfung von Beratung und Abstimmung aber nicht dem auf die Urteils- bzw. Schlussberatung bezogenen Beratungsgeheimnis im engeren Sinne; die Grenzen können hier allerdings fließend sein.

IV. Dienstrecht

Bislang wenig ausgelotet ist die Frage, in welchem Umfang RichterInnen gehalten sind, an Videoberatungen jedenfalls dann teilzunehmen, wenn die hierfür erforderliche Hard- und Software durch die Gerichtsverwaltung bereitgestellt wird, und sich die hierfür erforderlichen technischen Kenntnisse anzueignen, oder ob die richterliche Unabhängigkeit¹⁸ umschließt, sich der Nutzung dieser Technik für Beratungen insgesamt zu verweigern.

Wenn und soweit Videoberatungen – wie nach hier vertretener Ansicht – rechtmäßig durchgeführt werden können und dürfen, besteht letztlich wohl eine dienstrechtliche Nutzungs- und Mitwirkungspflicht jedenfalls dann, wenn „das Gericht“ – sei es durch die/den Vorsitzende/n, sei es mit der Mehrheit der Mitwirkenden – dazu entschließt, auf diesem Wege miteinander zu kommunizieren. Einen strikten Anspruch auf Beratung nur unter physischer Anwesenheit aller Beteiligten an einem Ort gibt es

in Zeiten der Digitalisierung (wohl) nicht mehr. Die gezielte Zusammenarbeit in einem Spruchkörper und das für eine sinnvolle Nutzung von Technik erforderliche Mindestmaß an deren Akzeptanz sprechen indes dafür, diese Fragen nicht als Rechtsfrage, sondern als Problem der Akzeptanzförderung, der Eingewöhnung und der notwendigen Überzeugungsbildung vom Nutzen von Videoberatungen zu sehen.

Mit zunehmender Digitalisierung der justizinternen Aufgabenerledigung wird zudem die Frage drängender, ob aus der richterlichen Unabhängigkeit oder dem Richterdienstrecht schon heute ein gegen den Dienstherren gerichteter „Anspruch auf (Ermöglichung von) Videoberatungen“ und der Bereitstellung entsprechender Ausstattung folgt.¹⁹ Die Justizverwaltung ist unabhängig von einer bestehenden Rechtspflicht jedenfalls gut beraten, diese Möglichkeit möglichst zeitnah flächendeckend zu eröffnen – und sei es zur Verbesserung der Arbeitsabläufe, zur Erleichterung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf, zur Steigerung der Attraktivität des RichterInnenberufes oder aus ökologischen Gründen (Verkehrsvermeidung).

D. Ausgewählte Einzelfragen

I. Dokumentation des Abstimmungsergebnisses als Problem

Kollegialgerichtliche Entscheidungen sind das Ergebnis beratungsgestützter Abstimmung. Bei Entscheidungen, die nicht verkündet werden, bedarf es der Klärung, zu welchem Zeitpunkt eine Entscheidung gerichtsintern gefällt, die Beratung mithin durch Abstimmung in ein Ergebnis überführt wird, das gerichtsintern bindet;²⁰ hiervon nicht umfasst ist

hörigen) nicht betreten wird und der gegen bloßes Mithören gesichert ist (z.B. geschlossene Tür, wenn weitere Personen in der Wohnung anwesend sind; geschlossene Fenster, wenn sonst ein Mithören durch Dritte zu besorgen ist). Auszuschließen sind etwa Beratungen aus öffentlichen Verkehrsmitteln und deren Wartebereichen, die immer wieder „Schauplatz“ einer Verletzung des Anwaltsgeheimnisses (z.B. durch Telefonate) bilden.

16 Dazu Einsiedler, NJ 2014, 6.

17 OLG Köln, Urt. v. 11.01.2015 - 8 Ss 460/04 m.w.N. – auch der Gegenansicht; Einsiedler, NJ 2014, 6, 12.

18 Allgemein zur richterlichen Unabhängigkeit in Zeiten der Digitalisierung siehe Starosta, DÖV 2020, 216; Berlit, Richterliche Unabhängigkeit und elektronische Akte, JurPC Web-Dok. 77/2012; Berlit, BJ 2015, 15; Berlit, BJ 2020, 290, 292 f.

19 Dazu Berlit, BJ 2020, 290, 293.

20 Von der grundsätzlichen internen Bindung einer einmal bewirkten Abstimmung unberührt bleibt die Möglichkeit des Gerichts, vor der Bekanntgabe an die Beteiligten zu beschließen, erneut in die Beratung und Abstimmung einzutreten und neuerlich – ggf. mit abweichendem Ergebnis – eine Entscheidung zu fällen.

die Bekanntgabe der Entscheidung nach außen. Der Zeitpunkt der Beschlussfassung durch Abstimmung bestimmt u.a. die Fragen, welche RichterInnen an der (nicht zu verkündenden) Entscheidung mitwirken (also der/die gesetzliche Richter/in i.S.d. Art. 100 Abs. 1 GG) und ob ggf. die Unterschrift unter die abgesetzte, mit Gründen versehene Entscheidung ersetzt werden darf.

Die Form der grds. offenen Stimmabgabe ist üblich, gesetzlich aber nicht vorgeschrieben,²¹ ebenso wenig die Form der Feststellung und Fixierung des Abstimmungsergebnisses. Der/die Vorsitzende hat die Abstimmungsstimmen zwar zu sammeln (§ 194 Abs. 1 GVG), hat aber gerichtsverfassungsrechtlich nicht die Befugnis zur verbindlichen Feststellung des Abstimmungsergebnisses. Denn bei Meinungsverschiedenheiten über das Ergebnis der Abstimmung entscheidet das Gericht (§ 194 Abs. 2 GVG).

Mit Ausnahme von kurzen Zwischenberatungen über einfache Fragen, die auch durch dann (non-)verbale Verständigung im Sitzungssaal selbst erfolgen kann²² und bei der das Abstimmungsergebnis dann durch Verkündung bekannt gegeben und im Protokoll fixiert wird, entspricht es indes oftmals – wenngleich nicht durchgängig – der Übung, das Beratungsergebnis durch Unterzeichnung jedenfalls der Entscheidungsformel festzuhalten.²³ Bei verfahrens- bzw. instanzbeendenden Entscheidungen spricht die Abschlussfunktion der letzten erforderlichen Abstimmung und die Bedeutung der Feststellung des Abstimmungsergebnisses, aber auch die Rechtsklarheit dafür, diese als Grundlage dann folgender gerichtlicher Abstimmungsprozesse intern dauerhaft zu „dokumentieren“. Regelmäßig erfolgt dies durch Unterzeichnung zumindest der Beschluss-/Urteilsformel durch die mitwirkenden RichterInnen.

Eine eigenhändige Unterzeichnung eines Papierdokuments ist bei einer Videoberatung nicht möglich. Kein Problem folgt hieraus – namentlich bei elektronischer Aktenführung –, wenn die mitwirkenden RichterInnen über Signaturkarten verfügen und vom häuslichen Arbeitsplatz auf die beratene Entscheidungsformel zugreifen sowie diese qualifiziert signieren können. Signaturrechtlich ist eine physische Anwesenheit am Gerichtsort bzw. dem Speicherort der Datei nicht geboten (Fernsignatur). Das Problem von Mehrfachsignaturen und notwendiger kleiner textlicher Veränderungen stellt sich nach erfolgter Verständigung auf eine bestimmte Entscheidungsformel (regelmäßig) nicht; dieser Textteil bleibt regelmäßig nach erfolgter Beratung und Abstimmung unverändert.

Schwieriger wird es, wenn Fernzugriffsmöglichkeiten auf gerichtliche interne Systeme und damit auch ein Zugriff auf den Text der Entscheidungsformel nicht eröffnet sind und/oder

keine Möglichkeit der (qualifizierten) Fernsignatur besteht. Die prozessrechtlich vorgesehene Unterschrift eines Urteils durch die an der Entscheidung mitwirkenden RichterInnen (z.B. § 117 Abs. 1 Satz 2 VwGO; § 315 Abs. 1 Satz 1 ZPO) gilt der vollständig abgefassten Entscheidung oder der bei im Zeitpunkt der Verkündung noch nicht vollständig abgefassten „Kurzfassung“ des Urteils, die binnen bestimmter Ordnungsfrist der Geschäftsstelle zu übermitteln ist (§ 117 Abs. 4 Satz 2 VwGO; § 315 Abs. 2 Satz ZPO). Dies ist mit der – nach hier vertretener Ansicht: gebotenen²⁴ – Fixierung des Abstimmungsergebnisses nicht identisch. Gesetzliche Formerfordernisse hierfür bestehen nicht.²⁵ Denkbar sind alle Formen einer hinreichend aussagekräftigen, zugleich das Beratungs- und damit auch das Abstimmungsgeheimnis wahrenen Dokumentation.

- Die Zustimmung zu dem textlich fixierten Beratungsergebnis kann – je nach Ausgestaltung – auch in Textform („einfache Signatur“) oder dadurch auf andere Art und Weise (etwa durch Einscannen einer handschriftlich unterschriebenen Entscheidungsformel) erfolgen.
- Für die Dokumentation des in der Beratung gefundenen Abstimmungsergebnisses dürfte wohl auch das Prinzip der Urkundeneinheit – anders als für die Urschrift des Beschlusses/des Urteils selbst – nicht gelten. Erforderlich, aber auch hinreichend ist, wenn durch die mitwirkenden RichterInnen in verlässlicher Weise intern dokumentiert wird, dass ein bestimmtes Abstimmungsergebnis gefunden worden ist.
- Diese interne Dokumentation des Abstimmungsergebnisses unterliegt auch nicht der Akteneinsicht (§ 100 Abs. 4 VwGO; § 299 Abs. 4 ZPO).

21 Kissel/Meyer, GVG, 9. Aufl., § 194 Rn. 4.

22 Kissel/Meyer, GVG, 9. Aufl., § 193 Rn. 32; LSG Erfurt, Urt. v. 26.09.2017 - L 6 KR 993/14 schließt dies für die Beratung und Abstimmung über das Urteil selbst aus.

23 Anderes gilt in Fällen, in denen die Beratung nicht in einem abschließenden Ergebnis mündet, sondern lediglich vorläufig (wenngleich mit faktisch oft hoher Verbindlichkeit) die Grundlage einer nachfolgenden Entscheidungsfindung im Umlaufverfahren bildet.

24 Hält man eine derartige Fixierung nicht für geboten, kann die Zustimmung auch mündlich erfolgen, z.B. auch durch Zustimmung zu einer in Textform vorliegenden, vom Vorsitzenden durch Verlesung zur Abstimmung gestellten Urteilsformel, und dann von einem hierzu bestimmten Mitglied des Gerichts (Berichterstatter/in; Vorsitzende/r) „protokolliert“ werden.

25 Schon im Ansatz stellt sich das Problem nicht, wenn die Videoberatung nur als nicht abschließender Meinungsaustausch für eine dann im Umlaufverfahren zu treffende Entscheidung ausgestaltet wird, es also allenfalls einen rechtlich nicht verbindlichen, vorläufigen Konsens gibt, wie der/ie Berichterstatter/in seinen/ihren Entscheidungsvorschlag für das Umlaufverfahren fassen soll, aber kein „Ergebnis“.

II. Videokonferenzmöglichkeit und Vertretungsfall

Mit der Eröffnung der Möglichkeit, nicht nur unverbindliche „kollegiale Gespräche“ per Videotechnik durchzuführen, sondern auch in Entscheidungen durch Abstimmung führende Beratungen i.S.d. §§ 192 ff. GVG ergeben sich Rückwirkungen auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein/e nicht an Gerichtsstelle anwesende/r Richter/in gerichtsverfassungsrechtlich als „gesetzlicher Richter“ zur Mitwirkung berufen ist, ob insbesondere die physische Abwesenheit auch dann, wenn sie nicht durch Urlaub, Erkrankung oder anderen Verhinderungsgrund bedingt ist, geeignet ist, den Vertretungsfall auszulösen.

Damit eng verbunden ist die Frage, ob, in welchem Umfang und unter welchen Voraussetzungen nicht an Gerichtsstelle anwesende RichterInnen im Rahmen der ihnen kraft richterlicher Unabhängigkeit zustehenden Befugnis, grds. selbst über Ort, Art und Zeitpunkt der richterlichen Tätigkeit zu befinden, richterdienstrechtlich gehalten sind, für Videoberatungen zur Verfügung zu stehen. Die hiermit verbundenen, teils inkripten Fragen stellen sich in ähnlicher Weise auch bei der Nutzung (führender) elektronischer Akten und sind hier nicht zu vertiefen.

III. Videokonferenz und Gremienmitwirkung

Der Einsatz von Videotechnik zur spruchkörperinternen Beratung bedeutet den Einsatz einer Technik, welche die richterliche Tätigkeit zwar nicht kontrollieren soll, aber zu deren Überwachung technisch zumindest geeignet ist; dies gilt wegen der bei dem Verbindungsaufbau anfallen-

den Daten auch bei einer Ende-zu-Ende-Verschlüsselung; zudem handelt es sich um die Einführung einer grundlegend neuen Arbeitsmethode, mögen auch vielen RichterInnen aus privaten Einsatzbereichen audiovisuelle Kommunikationsformen bekannt sein. Der Richterrat ist mithin jedenfalls zu beteiligen, je nach Ausgestaltung des durch das Richterrecht in Bezug genommenen Personalvertretungsrechts kann auch ein Mitbestimmungsrecht bestehen.

Einsatzfälle und der Umfang der Nutzung dem Grund nach zugelassener Videotechnologie zu Beratungszwecken entziehen sich als genuine Fragen rechtsprechender Tätigkeit der richterrechtlichen Beteiligung; sie sind auch durch das Präsidium nicht vorzuzeichnen. Insoweit kann auch die Gerichtsverwaltung keine inhaltlichen Vorgaben machen. Denkbar bleibt die Beschreibung technisch-organisatorischer Vorkehrungen (inklusive Dokumentationspflichten), welche im Interesse eines rechtskonformen Einsatzes von Videotechnologie die Handhabung und die Beachtung insbesondere datenschutzrechtlicher Anforderungen gewährleisten soll. Datenverarbeitende Stelle bleibt bei Nutzung von Videotechnologie zu Beratungszwecken das Gericht als organisatorische Einheit, nicht der jeweilige Spruchkörper.

Unterhalb der Ebene (semi-)verbindlicher dienstlicher Anweisungen sind nondirektive (gerichtsinterne oder gericht[s]zweig]übergreifende) „Leitlinien“ mit empfehlendem Charakter möglich, die sich z.B. auf die Ausstattung häuslicher Arbeitsplätze, Verhaltens„regeln“ bei Videokonferenzen oder Ähnliches beziehen.

Zulieferstreit und Zulieferrecht in der Automobilbranche – zugleich eine Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Urt. v. 05.02.2020 - VI-U (Kart) 4/19¹

RA und Prof. (em.) Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Martinek

A. Verhärtete Fronten

Dass sich die Fronten zwischen Kfz-Herstellern und manchen ihrer Zulieferer in den letzten Jahren nochmals weiter verhärtet haben, kann man nicht nur dem Wirtschaftsteil der Tageszeitungen, sondern inzwischen auch zahlreichen instanzgerichtlichen Entscheidungen entnehmen. Exemplarisch sind die Auseinandersetzungen zwischen den Unternehmen der P-Gruppe, die mit Schwerpunkt in Deutschland ein international aufgestelltes Netzwerk von Automobilzulieferern betreibt, und dem bedeutendsten

deutschen (und weltweit drittgrößten) Kfz-Hersteller mit seinen Unternehmen der H-Gruppe. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 05.02.2020² kann als bisheriger Höhepunkt eines von der Öffentlichkeit mit Spannung verfolgten regelrechten „Zulieferkriegs“ verstanden werden; die oft überstrapazierte Heranziehung von militärischen

1 Nicht rechtskräftig.

2 OLG Düsseldorf, Urt. v. 05.02.2020 - VI-U (Kart) 4/19.

Termini für Rechtsstreitigkeiten – hier dürfte sie wahrhaft gerechtfertigt sein. Die Entscheidung kann die sehr grundsätzliche Frage aufwerfen, ob unser Zuliefervertragsrecht nicht einer Überprüfung und Neuausrichtung in seinen Grundlagen bedarf. Das OLG Düsseldorf hat zwar die Revision nicht zugelassen und „den Streitfall auf der Grundlage der höchstrichterlichen Rechtsprechung entschieden“.³ Indes werden bei den, wie man hört, beidseitig eingelegten Nichtzulassungsbeschwerden, die Zulassungsgründe der grundsätzlichen Bedeutung der Sache und der erforderlichen Fortbildung des Rechts (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 ZPO) zu prüfen sein, sodass der BGH die Gelegenheit für manche klärenden und wegweisenden Worte erhalten könnte, um unser womöglich „in die Jahre gekommenes“ Zuliefervertragsrecht im Lichte neuerer Entwicklungen zu modernisieren.

B. Der kündigungsrechtliche Brennpunkt der Entscheidung

Den Brennpunkt des Falles und der Entscheidungsgründe – und nur hierauf wollen wir uns konzentrieren – bildet die Frage der Wirksamkeit von Kündigungserklärungen von Kfz-Herstellern gegenüber ihrem Zulieferunternehmen; dieser Frage liegt letztlich eine recht übersichtliche Sachverhaltskonstellation zugrunde, auch wenn sie in eine komplexe Gemengelage von Ereignissen und Umständen, Tat- und Rechtsfragen eingebettet ist: Die Klägerin (bzw. ihre Rechtsvorgängerinnen) arbeitete als Kfz-Zulieferunternehmen der P-Gruppe seit mehreren Jahrzehnten (seit 1996) mit den beiden beklagten Automobilherstellerinnen der H-Gruppe (Beklagte zu 1 und zu 2) zusammen. Auf der Grundlage von verschiedenen branchenüblichen „Nomination Letters“ bzw. von Zulieferrahmen- und Ausführungsverträgen mit Abrufen⁴ ab 2010 wurde die Klägerin als Entwicklungs- und Serienlieferant mit dem Verbau von Hintersitzlehnen in verschiedenen Kfz-Werken beauftragt.

Ab Ende 2017 verlangte die Klägerin von den Beklagten einen Preisaufschlag von bis zu 25 % für ihre Lieferungen ab Januar 2018 mit der Begründung, wegen der voraussichtlich abschlägigen Entscheidung der H-Gruppe bei der bevorstehenden Vergaberunde über Nachfolgeprojekte, d.h. der drohenden Nichtberücksichtigung der P-Unternehmen, sei eine Neukalkulation für die laufende Lieferbeziehung erforderlich. Die Beklagte zu 1) bemühte sich darum zu klären, welche Konsequenzen eine Ablehnung der verlangten Preiserhöhungen haben würden. Die Klägerin verhielt sich indes – auch auf ausdrückliche Rückfrage (12.01.2018) – bedeckt und schwieg; sie nahm zu eventuellen Folgen einer Ablehnung ihrer Preiserhöhungsverlan-

gen nicht ausdrücklich Stellung. Allerdings war es zwischen Unternehmen der P-Gruppe und der Beklagten zu 1) knapp zwei Jahre vorher bereits zu einer ähnlichen Auseinandersetzung und schließlich zu einem Lieferstopp gekommen. Daran war zwar die Klägerin nicht selbst beteiligt, wohl aber bestand eine personelle Verflechtung der Leitungsorgane der Klägerin und der damals den Lieferstopp verhängenden Unternehmen der P-Gruppe, sodass die Beklagten womöglich auch jetzt mit einem Lieferstopp rechnen konnten oder mussten. Jedenfalls akzeptierte die Beklagte zu 1) nach dem beharrlichen Schweigen der Klägerin zunächst die neue Preiserhöhung „vorbehaltlich einer inhaltlichen Klärung“ mit ihrem Schreiben vom 26.01.2018. Knapp zwei Monate später, am 19.03.2018 kam es zu einem Treffen von hochrangigen Vertretern der Klägerin und der Beklagten zu 1), bei dem indes nicht über Kündigungen, sondern über eventuelle zukünftige Neuvergaben von Lieferaufträgen gesprochen wurde. Am folgenden Tag, mit Schreiben vom 20.03.2018, sprachen die Beklagten zu 1) und zu 2) gegenüber der Klägerin eine (ausdrücklich sog.) ordentliche Kündigung aller vertraglichen Beziehungen (Serienproduktion wie Ersatzteillieferungen) mit einer Frist von zwölf Monaten, zum 31.03.2019 aus. Die Beklagte zu 1) reichte zudem mit Schreiben vom 04.05.2018 eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund nach, allerdings gleichfalls mit einer Kündigungsfrist zum 31.03.2019. Als wichtigen Grund führte sie eine angeblich unerlaubte Weitergabe vertraulicher Dokumente an.

Die Klägerin, die im einstweiligen Verfügungsverfahren auf Fortsetzung der Abnahme ihrer Produkte erfolglos geblieben war,⁵ verlangte zunächst von beiden Beklagten die vollständige Erfüllung ihrer Bezugspflichten nach den Nomination Letters über den 31.03.2019 hinaus bis zum Ende der Vertragslaufzeit (2024), zuletzt nur noch Auskunft und Rechnungslegung wegen Bezügen von Dritten (§ 242 BGB, § 33g GWB) sowie Feststellung einer Schadensersatzpflicht der Beklagten (§§ 280, 281 BGB, § 33a Abs. 1, § 33 Abs. 1 i.V.m. §§ 19, 20 GWB bzw. § 102 AEUV). Sie will die Unwirksamkeit der Kündigungen und den Fortbestand der Vertragsverhältnisse bis zum EOP (end of production) in 2024 festgestellt wissen.

³ OLG Düsseldorf, Urt. v. 05.02.2020 - VI-U (Kart) 4/19 Rn. 382.

⁴ Vgl. zu den Vertragsgestaltungen Wellenhofer-Klein, Zulieferverträge im Privat- und Wirtschaftsrecht, 1999, S. 77 ff.; Deutscher Bundestag – Wissenschaftliche Dienste, Das rechtliche Verhältnis von Automobilherstellern und ihren Zulieferern, WD 7 -238/07, 2007, S. 7; Nagel, Der Betrieb 1991, 319 ff.; speziell zu den im Automobilbereich üblichen Nomination Letters vgl. Spehl/Schilling, BB 2013, 202 ff.

⁵ LG Dortmund, Urt. v. 30.05.2018 - 8 O 10/18 Kart; BGH, Urt. v. 14.11.2018 - VI-U (Kart) 7/18.

Das LG Dortmund hatte die Klagen abgewiesen.⁶ Das OLG Düsseldorf hat die Kündigung des Liefervertrags durch die Beklagte zu 1) als berechtigt angesehen, und zwar nicht als ordentliche Kündigung, für die sich in dem befristeten Vertrag keine wirksame Grundlage fand, wohl aber als außerordentliche Kündigung. Den – zulässigerweise – erst zusätzlich und später (am 04.05.2018) nachgeschobenen „wichtigen Grund“ für die Kündigung hat der Senat nicht in der behaupteten unerlaubten Weitergaben einer vertraulichen Vorstandsvorlage gesehen; hierfür fehlte es an Tatsachen. Auch das Preiserhöhungsverlangen selbst hielt das Gericht nicht für einen wichtigen Kündigungsgrund, weil die Beklagte zu 1) ihm nicht habe zustimmen müssen; ein Anspruch auf Beauftragung im nächsten Vergabeverfahren habe für die Klägerin nicht bestanden. Ebenso wenig hat der Senat den anderthalb Jahre zurückliegenden Lieferstopp der anderen Konzern-töchter der Klägerin ausreichen lassen. Einen wichtigen Grund hat der Senat vielmehr allein deshalb bejaht, weil die Klägerin Anfang 2018 „durch beredtes Schweigens für den Fall konkludent mit einem Lieferstopp gedroht hat, dass ihr Preiserhöhungsverlangen von den Beklagten nicht akzeptiert wird.“ Diese „konkludente Drohung mit einem Lieferstopp für den Fall der Nichtzahlung der erhöhten Preise“ sei auf eine „Erpressung“ hinausgelaufen. Für das Preiserhöhungsverlangen („Preisdiktat“) der Klägerin habe jede Rechtfertigung im Lieferverhältnis gefehlt. Einer Abmahnung durch die Beklagte zu 1) nach § 314 Abs. 2 BGB habe es in dieser Lage nicht bedurft. Die Kündigung sei auch nicht aus kartellrechtlichen Gründen unwirksam, weil selbst im Fall einer Normadressateneigenschaft der Beklagten zu 1) das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot der §§ 19, 20 GWB einer Kündigung des Vertragsverhältnisses aus wichtigem Grund nicht entgegenstünde.

Dagegen hat der Senat die ordentliche Kündigung des Zuliefervertrags durch die Beklagte zu 2) als unberechtigt angesehen, weil eine solche Kündigungsmöglichkeit in dem befristeten Vertrag nicht vorgesehen war. Eine außerordentliche Kündigung wäre zwar begründet gewesen, doch sei sie nicht erklärt worden. Die Beklagte zu 2) habe danach Auskunft wegen der Drittbezüge zu erteilen und dem Grunde nach Schadensersatz zu leisten; über dessen Höhe sei in einem gesonderten Verfahren zu entscheiden.⁷

C. Das Umfeld

Zum Sachverhalt gehört auch das Umfeld der früheren und parallelen „Kriegsschauplätze“. Die Vertragskündigungen in casu müssen im Licht des schon erwähnten früheren Streits zwischen der P- und H-Gruppe gesehen werden, der im August 2016 dazu geführt hatte, dass die Produktion in

mehreren Werken der H-Gruppe durch Lieferstopps zweier Unternehmen der P-Gruppe lahmgelegt wurde. Zwei P-Konzerngesellschaften hatten damals die Belieferung ab 01.08.2016 als Druckmittel für verschiedene Forderungen eingesetzt. Die betroffenen Gesellschaften der H-Gruppe erwirkten am 12.08.2016 vor dem LG Braunschweig einstweilige Verfügungen gerichtet auf Weiterbelieferung,⁸ indes wurden die Lieferungen gleichwohl zunächst nicht wieder aufgenommen. Um weitere Produktionsstillstände zu vermeiden, gab H den Preisforderungen nach: Die Parteien regelten damals ihre weitere Zusammenarbeit in einem „Eckpunktepapier“ vom 23.08.2016, in dem sich die H-Gesellschaften zu Ausgleichszahlungen und zum Verzicht auf Schadensersatz wegen der Lieferstopps sowie langfristig auf eine Kündigung der Lieferverträge verpflichteten. Diese Verständigung wurde indes von H wegen widerrechtlicher Drohung angefochten und hilfsweise aus wichtigem Grund gekündigt, und zwar mit Schreiben vom 20.03.2018, also vom selben Tag, von dem auch die Kündigungsschreiben der Beklagten zu 1) und zu 2) gegenüber der Klägerin in casu stammten. Die Unternehmen der H-Gruppe waren nämlich dazu übergegangen, ein paralleles Netzwerk mit alternativen Lieferanten aufzubauen und ihre sämtlichen Zulieferverträge mit der P-Gruppe aufzukündigen. Die Anfechtung des Eckpunktepapiers wegen widerrechtlicher Drohung hat das OLG Dresden mit Berufungsurteil vom 07.11.2018 im einstweiligen Verfügungsverfahren für berechtigt erklärt.⁹

Der Zulieferstreit hat noch andere Rechtsstreitigkeiten heraufbeschworen, in denen Unternehmen der P-Gruppe gegen die für unberechtigt gehaltenen Kündigungen vorgegangen sind bzw. Unternehmen der H-Gruppe Feststellung der Wirksamkeit der Kündigungen, des Nichtbestehens von Abnahmeansprüchen oder Schadensersatz wegen der Lieferstopps verlangt haben. Es darf nicht unerwähnt bleiben, dass der Streit auch auf die USA übergreifen hat. Dort klagt die P-Gruppe Presseberichten zufolge gegen H auf 750 Mio. \$ Schadensersatz, weil die H-Gruppe ihre Marktmacht missbraucht habe. Der Vorwurf lautet, H verhindere die Übernahmen kleiner US-Firmen durch die P-Gruppe. So

6 LG Dortmund, UrT. v. 27.02.2019 - 8 O 19/18 (Kart).

7 In Rede stehen wohl Schadensersatzforderungen in mehrstelliger Millionenhöhe, denen die Beklagte zu 2) allerdings mit dem Einwand des (unter Umstände sogar überwiegenden) Mitverschuldens entgegen-treten dürfte, weil der Klägerin vom Gericht der Einsatz erpresserischer Mittel attestiert worden ist, während sie selbst nach wie vor jede unterschwellige Drohung mit einem Lieferstopp von sich weist.

8 LG Braunschweig, UrT. v. 12.08.2016 - 21 O 1578/16; LG Braunschweig, Beschl. v. 12.08.2016 - 1590/16.

9 OLG Dresden, UrT. v. 07.11.2018 - 1 U 3/18 Kart; Pressemitteilung des OLG Dresden Nr. 40 vom 08.11.2018.

sollen dortige Zulieferer verpflichtet worden sein, ihr Unternehmen nicht an die P-Gruppe zu verkaufen und H über Offerten anderer Interessenten zu informieren – was H freilich bestreitet.

D. Stillschweigende Erpressung?

„Punctum saliens“ der ausführlichen Urteilsbegründung des OLG Düsseldorf ist der Vorwurf einer konkludenten Erpressung durch beredetes Schweigens. Nun wird vielleicht nicht jeder Leser des Urteils diesen Punkt als „springend“ nachvollziehen können. Bei dem berichteten Verlauf der Geschehnisse drängen sich womöglich Zweifel auf, ob die Beklagte zu 1) wirklich das Schweigen der Klägerin Anfang 2018 als stillschweigende Androhung eines Lieferstopps verstehen konnte, nachdem mit der Klägerin verbundene Unternehmen anderthalb Jahre früher mit einem ähnlichen Lieferstopp gescheitert waren und vom LG Braunschweig im einstweiligen Verfügungsverfahren zur Weiterbelieferung verurteilt worden waren. Konnte die Beklagte zu 1) wirklich annehmen, die Klägerin werde sozusagen denselben Fehler nochmals begehen? Allgemein lässt sich die Frage aufwerfen: Erweckt eine Vertragspartei in einer bestimmten Situation allein durch ihr beharrliches Schweigen auf Nachfrage der anderen Partei, wie man sich zu verhalten gedenke, bereits „konkludent“ den Eindruck, man werde sich genauso verhalten wie man sich früher in einer ganz ähnlichen Situation verhalten habe? Muss die schweigende Vertragspartei der vorgebrachten Befürchtung der anderen Partei ausdrücklich entgegentreten, es könne zu einer Wiederholung des früheren Verhaltens kommen? Durfte nicht der frühere Streit um den Lieferstopp von 2016 von der Klägerin (wie von der Beklagten) durch das Eckpunktepapier als beigelegt und das Thema Lieferstopp als generell erledigt angesehen werden? Man kann in den Entscheidungsgründen auch eine Würdigung des Umstands vermissen, dass die Beklagte zu 1) nach ihrer Klärungsaufforderung vom 12.01.2018 fast zwei Monate lang untätig blieb und die Klägerin schweigen ließ, um erst am 20.03.2018 die (unwirksame) Kündigung auf den Weg zu bringen, nachdem am Vortage (19.03.2018) Verhandlungen über Folgeaufträge gescheitert waren, ohne dass dabei ein Lieferstopp oder eine Kündigung der bestehenden Verträge erörtert worden wäre. Man kann sich auch fragen, ob die Klägerin nicht durchaus schweigen und abwarten durfte, nachdem die Beklagte zu 1) am 26.01.2018 (14 Tage nach der Klärungsaufforderung vom 12.01.2018) die Preiserhöhung rückwirkend ab 01.01.2018 „vorbehaltlich einer inhaltlichen Klärung“ akzeptiert hatte. Damit hatte sich ein „Lieferstopp“ doch erledigt; die Klägerin mag auf die angebahnte baldige „inhaltliche Klärung“ gesetzt haben, als sie sich schweigend und abwartend verhielt. Zweifel an

der Stringenz und inneren Logik der Einschätzung der Ereignisse durch den Senat werden auch dadurch genährt, dass der Beklagten zu 1) zur nachgeschobenen Untermauerung ihrer außerordentlichen Kündigung vom 04.05.2018 die Berufung auf einen Vertrauensverlust wegen eines stillschweigend angedrohten Lieferstopps recht spät, nämlich überhaupt erst in ihrer Klageerwiderung vom 04.10.2018 „einfiel“, während sich die außerordentliche Kündigungserklärung vom 04.05.2018 lediglich (und, wie sich gezeigt hat, zu Unrecht) auf eine angeblich unzulässige Weitergabe von vertraulichen Unterlagen gestützt hatte.

Die berichteten Ereignisse und Geschehnisse lassen es wohl nicht als unverständlich erscheinen, dass die Klägerin von der Kündigung, die ohne Abhilfefrist oder Abmahnung (§ 314 Abs. 2 BGB) erklärt wurde, „völlig überrascht“ war. Die vom Senat rekonstruierten Begebenheiten erlauben womöglich auch die Lesart, dass die Beklagte zu 1) die Klägerin als Zulieferer unbedingt loswerden und sämtliche Unternehmen der P-Gruppe zugunsten eines neuen Netzwerks zielgerichtet „aussteuern“ wollte. Sollte es aber an einem „wichtigen Grund“ fehlen, dann stürzt das Urteil insgesamt ein.

E. Die Rechtsnatur moderner Zulieferverträge

Das Berufungsurteil des OLG Düsseldorf, das erstinstanzliche Urteil des LG Dortmund wie auch die Entscheidungen des skizzierten „Umfelds“ können aber vor allem aus einer grundsätzlichen vertragsrechtlichen Sicht irritieren. Denn die zu beurteilenden Zulieferverträge werden durchweg als Austauschverträge des Interessengegensatzes, nämlich als rein werklieferungsrechtliche Dauerschuldverhältnisse qualifiziert. In Wirklichkeit sind sie indes durch ein ausgeprägtes geschäftsbesorgungsvertragliches Element der Interessenunterordnung des Zulieferers gegenüber dem Hersteller gekennzeichnet – und dies hat weitreichende Konsequenzen für das Regelungsprogramm der Rechte und Pflichten der Parteien.

Mit der Entwicklung zu Massen-Qualitätsprodukten hat sich in den letzten Jahrzehnten bekanntlich eine immer feiner gegliederte Arbeitsteilung auf der Hersteller- oder Assemblerebene und eine fortschreitende Verlagerung der Entwicklung und Fertigung von Vorprodukten zu vorgelagerten Zulieferern vollzogen. Die Ausformung neuer Formen der Produktion sowie der kaufmännischen und technischen Zusammenarbeit hat neue Beteiligungs-, Verantwortungs- und Haftungsregelungen in der Herstellerkooperation hervorgebracht. Dadurch haben sich die Erscheinungsformen der Zulieferverträge – ähnlich wie im Vertriebsrecht – zu beachtlicher Vielfalt aufgefächert. Auf der

höchsten Stufe einer früher unbekanntenen Kooperationsintensität sind die Just-in-time-Verträge angesiedelt, die sich schon vor etwa 30 Jahren vornehmlich in der Automobilindustrie durchzusetzen begannen.¹⁰ Die Entwicklung hat sich seitdem namentlich durch die Digitalisierung überschlagen. Kennzeichnend für die modernen Zulieferverträge im Automobilsektor ist vor allem eine weitgehende Ausrichtung schon der innovativen Entwicklungsaufgaben, mehr noch des spezifizierten Produktionsablaufs des Zulieferers auf die Bedürfnisse des Herstellers: Der Zulieferer wird am Anfang als ausgelagerte Forschungs- und Entwicklungsabteilung tätig und hat am Ende dafür zu sorgen, sodass die jeweils benötigten Teile ohne Zwischenlagerung im Zeitpunkt der geplanten Montage am Endprodukt verfügbar sind. Auf beiden Seiten bedarf es einer möglichst umfassenden vertraglichen Absicherung der Kooperationsziele, -gegenstände und -verfahren und dabei eines Höchstmaßes an Verlässlichkeit und Loyalität, Vertraulichkeit und Sorgfalt. Nicht nur müssen vielfach Einzelteile von höchster Präzision nach den Spezifikationen des Herstellers gefertigt werden. Zumeist ist der Hersteller auch darauf angewiesen, dass der Zulieferer an der weiteren Verbesserung der Einzelteile bzw. deren Fabrikation arbeitet und die Forschungs- und Entwicklungsergebnisse dem Hersteller zur Verfügung stellt. Beide Kooperationspartner müssen sich zudem auf kurzfristige quantitative oder qualitative Produktionsänderungen und auf eine schnellstmögliche Anpassung an überraschende Bedarfslagen bzw. umgestellte Spezifikationen einstellen. Unsicherheitsfaktoren der Bedarfseinschätzung müssen nach Kräften neutralisiert werden, sodass es weder zu Überlieferungen noch zu Lieferengpässen kommt; Fortschritte etwa in der Sicherheitskonzeption, der Funktionsweise oder der Handhabbarkeit müssen ohne Zeitverlust umgesetzt werden. Hierzu bedarf es raffinierter Dispositions- und Abrufsysteme, auf die sich die Parteien ebenso wie auf die erforderlichen Qualitätssicherungsverfahren verständigen müssen. Der Hersteller delegiert etwa Tauglichkeitsprüfungen des Zulieferteils im Hinblick auf die Verwendung im Endprodukt und schaltet insofern den Zulieferer als seinen Interessenwahrer ein.

In einer werklieferungsvertraglichen und austauschvertraglichen Rechtsnatur erschöpfen sich die modernen Zulieferverträge längst nicht mehr. Denn der Werklieferungsvertrag ist seinem gesetzlichen Leitbild nach als ein Austauschvertrag der gegenseitigen Wahrung eigener Belange, mithin als ein vom Interessengegensatz der Parteien bestimmter Koordinationsvertrag gekennzeichnet. Dem modernen Zuliefervertrag in der Automobilbranche wohnt vielmehr ein mehr oder weniger ausgeprägtes, vielfach dominantes Element der Unterordnung der Eigeninteressen des Zulieferers unter diejenigen des Herstellers inne. Geschäftsbesorgungsvertragliche Typenelemente,

wonach der Geschäftsbesorger dem Geschäftsherrn dazu verpflichtet ist, eine selbstständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen auszuführen,¹¹ verwirklichen sich im modernen Zulieferverhältnis zwischen spezifiziertem Entwicklungsauftrag für einzelne Bauteile bis hin zu ihrer qualitätsgesicherten Just-in-time-Lieferung in zahlreichen Kooperationsphasen, in denen der Zulieferer auch zur entgeltlichen Wahrung von Fremdinteressen und zur Befolgung von Weisungen verpflichtet ist. Dieser subordinationsrechtlichen Komponente der weisungsgebundenen Interessenwahrung muss bei der vertragstypologischen Qualifikation Rechnung getragen werden. „Der im Zuge des Kooperationsverhältnisses in der Teilekonzeption konstruktiv und innovativ tätige Zulieferer besorgt auch ein Geschäft des Herstellers.“¹² Der moderne Zuliefervertrag namentlich im Automobilsektor ist als ein auf die Begründung eines Dauerschuldverhältnisses angelegter Typenkombinationsvertrag mit werklieferungsvertraglichen (kaufrechtlichen), werk- und dienstvertraglichen Elementen sowie mit ausgeprägten geschäftsbesorgungsvertraglichen Elementen nach § 675 Abs. 1 BGB zu qualifizieren.

Hierüber wird schon seit Jahrzehnten in der wirtschaftsrechtlichen Literatur geforscht und diskutiert. Im Großkommentar Staudinger liest man: „Eine bedeutsame Rolle spielt das Geschäftsbesorgungsrecht für Zulieferverträge“.¹³ Die Rechtsprechung hat sich dem bislang verschlossen. Der Geschäftsbesorgungsgedanke kommt auch in unserem Besprechungsfall nicht vor, geschweige denn, dass aus ihm Konsequenzen erwogen würden.

F. Zulieferrecht als Spiegelbild des Vertragshändlerrechts

Diese Zurückhaltung erstaunt umso mehr, als es unserer Rechtsprechung zum großen Verdienst gereicht, im Vertriebsrecht und insbesondere im Vertragshändlerrecht den

10 Vgl. zu den Anfängen Nagel/Riess/Theis, Der Lieferant on line. Just-in-Time-Produktion und Mitbestimmung in der Automobilindustrie, 1990, S. 18 ff.; Altmann/Sauer (Hrsg.), Systemtische Rationalisierung der Zulieferindustrie, 1989, S. 1 ff.; Martinek, Zulieferverträge und Qualitätssicherung, 1991, S. 1 ff.; zu neueren Entwicklungen Martinek/Omlor in: Staudinger, BGB, 2017, § 675 Rn. B 251 ff.; Bopp, Hersteller-Zulieferer-Beziehung, Strukturen und Perspektiven in: Diez/Reindl/Brachat (Hrsg.), Grundlagen der Automobilwirtschaft, 5. Aufl. 2012, S. 359 ff.

11 Vgl. nur BGH, Urt. v. 25.04.1966 - V 125/65; Martinek/Omlor in: Staudinger, 2017, § 675 Rn. A 9 ff.

12 Martinek/Omlor in: Staudinger, BGB, 2017, § 675 Rn. B 262 a.E.; vgl. auch daselbst Rn. B 251.

13 Martinek/Omlor in: Staudinger, BGB, 2017, § 675 Rn. B 251.

Gedanken der kaufmännischen Geschäftsbesorgung für die vertragstypologische Qualifikation von Vertriebsverträgen (oder „Absatzmittlungsverträgen“) fruchtbar gemacht zu haben, was hier freilich wegen der Leitbildfunktion des Handelsvertretervertrags nach §§ 84 ff. HGB (eines besonderen Geschäftsbesorgungsvertrags mit der Hauptpflicht der weisungsgebundenen Absatzförderung) nahelag. Das dominante geschäftsbesorgungsvertragliche Element etwa der Vertragshändlerverträge (die vorher auch als schlichte Kaufverträge fehlverstanden wurden) erwies sich dabei als der juristische Hebel um die volks- und betriebswirtschaftliche Entwicklung der sog. vertikalen Vorwärtsintegration vertragsrechtlich einzufangen. Damit wird das erfolgreiche Bemühen der industriellen Unternehmungen bezeichnet, ursprünglich „freie“ Handelsunternehmen in ihr Lager zu ziehen und sie zu langfristig gebundenen Interessenwahrern zu machen, um mit ihrer Hilfe gezielt auf die selbstbewusst und wählerisch gewordene Konsumentenschaft Einfluss nehmen zu können.

Im Zulieferbereich namentlich der Automobilindustrie ist seit Jahrzehnten eine „vertikale Rückwärtsintegration“ zu verzeichnen: die Hersteller machen sich ihre Zulieferer in systematisch aufgebauten und autokratisch gesteuerten Netzwerken dienstbar und schalten sie („outsourcing“) zur Erbringung von Leistungen und Lieferungen ein, die die Hersteller selbst wegen ihrer Kapazitäts-, Spezialisierungs- oder Know-how-Defizite nicht erbringen können oder wollen. Die vertikale Rückwärtsintegration führt vielfach wegen der Intensität und manchmal Totalität der betrieblichen Ausrichtung des Zulieferers auf die Interessen des Herstellers und wegen der Weisungsbindung des Zulieferers gegenüber dem Hersteller zu ganz ähnlichen Problemlagen wie wir sie für die vertikale Vorwärtsintegration im Verhältnis von Vertragshändlern und Herstellern kennen, übrigens auch hier nicht zuletzt im Automobilssektor. Denn hier wie dort kann der Einsatz der Nachfragemacht der Hersteller (nach Absatzmittlungsdiensten bzw. Zulieferprodukten) zu einer existenziellen wirtschaftlichen Abhängigkeit der Vertragshändler bzw. Zulieferer führen, die nicht nur kartellrechtliche, sondern auch schon vertragsrechtliche Ordnungsaufgaben stellt. Die Besonderheiten des Vertragshändlers wie das „Auseinanderfallen von Entscheidungsgewalt und Risiko“ und die „typische Diskrepanz zwischen fremdbestimmten Funktionen und eigener Risikotragung“¹⁴ – sie lassen sich spiegelbildlich im Zulieferbereich ausmachen. Die vertikalen Integrationsprozesse zwischen Industrie und Handel finden sich spiegelbildlich in der vertikalen Rückwärtsintegration zwischen Industrie und Zulieferern – bei immer größeren Kooperationsfeldern und längerer Kooperationsdauer („totale Kooperation“). Dem autokratischen Anweisungsvortrieb im Vertragshandel entspricht im Zulieferbereich eine

nicht selten rigorose Anweisungsproduktion mit hochgradiger, quasimonopolistischer Beziehungsverdichtung zwischen Herstellern und Zulieferern.

Im Vertragshändlerrecht hat sich die Rechtsprechung dieser Ordnungsaufgaben in richterlicher Rechtsfortbildung sehr erfolgreich angenommen,¹⁵ was von den vorvertraglichen Aufklärungspflichten bis hin zum Kündigungsschutzrecht, zum analogen Ausgleichsanspruch nach § 89b HGB oder zur Rückkaufpflicht für Ausrüstungsgegenstände reicht. Die regelmäßig als verhandlungsschwächer eingeschätzten Fachhändler, Handelsvertreter, Vertragshändler oder Franchisenehmer werden per iustitiam commutativam vor Übervorteilung, Ausbeutung, Einschränkung der unternehmerischen Bewegungsfreiheit und wirtschaftlichem Existenzverlust gegenüber den marktmächtigen Herstellern geschützt. Im Zuliefervertragsrecht steht eine solche Rechtsfortbildung noch aus, obwohl schon lange ein „Zuliefererschutz“ konzipiert und angemahnt wurde.¹⁶

G. Mögliche Folgerungen

Die Konsequenzen des ausgeprägten geschäftsbesorgungswirtschaftlichen Elements moderner Zulieferverträge können sehr weitreichend sein und hier nur grob und bruchstückhaft skizziert werden. Sie sind durch die Vorschrift des § 675 Abs. 1 BGB vorgezeichnet, der das anwendbare Recht näher bezeichnet, das mit seinen gesetzgeberischen Gerechtigkeitsinhalten und seiner Leitbildfunktion durch allgemeine Geschäftsbedingungen nur sehr eingeschränkt abbedungen werden kann.

Dazu gehört der Anspruch des Geschäftsbesorgers auf Aufwendungsersatz nach § 675 Abs. 1, § 670 BGB und auf Vorschuss für erforderliche Aufwendungen nach § 669 BGB. Natürlich stehen diese Ansprüche bei (entgeltlichen) Geschäftsbesorgungsverträgen unter dem Vorbehalt der Reichweite der vertraglichen Vergütungsansprüche. Sie werden durch die vertraglichen Vergütungsregelungen zwar regelmäßig, aber keineswegs immer ausgeschlossen; andernfalls hätten sie in § 675 Abs. 1 BGB keine Erwähnung gefunden. Dies bedeutet: Soweit die Aufwendungen, die der Geschäftsbesorger den Umständen nach für erfor-

14 Dazu wegweisend schon Ulmer, Der Vertragshändler, 1969, S. 150 und 227; vgl. auch bereits Schüller, ORDO 19 (1968), 171 ff., insbesondere 233 ff.

15 Vgl. nur BGH, Urt. v. 21.10.1970 - VIII ZR 255/68; BGH, Urt. v. 11.02.1977 - I ZR 185/75.

16 Ausdrücklich vom „Zuliefererschutz“ spricht etwa Saxinger, Zulieferverträge im deutschen Recht, 1993, S. 61 ff.

derlich halten durfte, nicht bereits durch die Vergütung abgegolten sind, kann der Geschäftsbesorger einen Aufwendungsersatz zusätzlich zu seiner vertraglich vereinbarten Vergütung beanspruchen.¹⁷ Sollte sich das „Preiserhöhungs- oder Preisanpassungsverlangen“ eines Zulieferers während der Vertragslaufzeit als ein gerechtfertigter Anspruch auf Vorschusszahlungen für zusätzliche und erforderliche Aufwendungen erweisen, dann könnte sich womöglich sogar die Androhung eines Lieferstopps als die Ankündigung der Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts nach § 273 Abs. 1 Satz 1 BGB darstellen.¹⁸

Es lässt sich erahnen, dass das Gesamtgeschehen in casu bei einer Berücksichtigung der geschäftsbesorgungsvertraglichen Elemente des Zuliefervertrags in neuem Licht erscheinen könnte. Natürlich dürfte ein ergänzender Aufwendungsersatzanspruch des Zulieferers nicht leicht zu begründen sein, er sollte aber immerhin zu prüfen und zu erwägen sein. Zudem kann man übrigens auch zugunsten des Zulieferers bei bevorstehender Aufkündigung einer jahrzehntelangen Zulieferbeziehung durch den Hersteller an einen zivilrechtlichen Investitionsersatzanspruch denken, der die vom Hersteller veranlassten und noch nicht amortisierten Investitionen des Zulieferers abdeckt, ohne deren Ersatz eine ordentliche Kündigung als widersprüchliches Verhalten (*venire contra factum proprium*) schwebend unwirksam bliebe; bekanntlich wird ein solcher Investitionsersatzanspruch etwa im deutschen Vertriebsrecht seit Langem befürwortet – und in Österreich ist er in § 454 des Unternehmensgesetzbuches schon seit Jahren kodifiziert; auch für Zulieferverträge wird er seit Langem diskutiert,¹⁹ und zwar als zivilrechtlicher Investitionsersatzanspruch unabhängig von den Voraussetzungen der §§ 19, 20 GWB für einen kartellrechtlichen Kündigungsschutz bei nicht amortisierten fremdbestimmten Investitionen.

Vor allem aber: Wenn die Bedeutung von Treu und Glauben in Zulieferverhältnissen nicht nur durch den Dauerschuldcharakter, sondern vor allem durch das geschäftsbesorgungsrechtliche Element des Zuliefervertrags deutlich in Richtung auf eine gegenseitige Rücksichtnahmepflicht erhöht ist, dann dürfte sich eine außerordentliche Kündigung ohne die in § 314 Abs. 2, § 323 Abs. 2 BGB vorgesehene und nur ausnahmsweise entbehrliche vorherige Fristsetzung bzw. Abmahnung in einem Zulieferverhältnis womöglich kaum jemals rechtfertigen lassen. Man kann in langfristigen Zulieferverhältnissen vielleicht auch eine Neuverhandlungspflicht begründen, wenn sich der Zulieferer an die Kostendeckungsgrenzen oder Insolvenzschwelle manövriert sieht.

Kurz: Der derzeitige Zulieferstreit macht darauf aufmerksam, dass eine Modernisierung des Zuliefervertragsrechts eingeleitet werden könnte. An Impulsen und Anregungen

fehlt es in der rechtswissenschaftlichen Forschung keineswegs. Für die Rechtsprechung ist das Feld für wegweisende Weichenstellung durch richterliche Rechtsfortbildung eröffnet.

17 So Martinek/Omlor in: Staudinger, BGB, 2017, § 675 Rn. A 38.

18 Der Lieferstopp 2016 war von der P-Gruppe ausdrücklich mit „unterschiedlichen Punkten, u.a. im Vertrauen auf die Nominierungen bereits getätigten Investitionen („internen und externen Entwicklungs- und Projektkosten, bezahlten ‚Quick Savings Finanz Option‘, noch zu zahlenden Abfindungen, Restrukturierungskosten, fehlenden Amortisationen, entgangenem Gewinn“) begründet worden, vgl. LG Braunschweig, Ur. v. 12.08.2016 - 21 O 1578/16 Rn. 20.

19 Vgl. etwa Wellenhofer-Klein, Zulieferverträge im Privat- und Wirtschaftsrecht, 1999, insbesondere S. 412 ff. m.w.N. zum „Investitionschutz des Zulieferers“.

Schadensersatz wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung mit Vorteilsausgleichung im VW-Abgasskandal

BGH, Ur. v. 25.05.2020 - VI ZR 252/19

Prof. Dr. Michael Jaensch

A. Problemstellung

Am 18.09.2015 wurde bekannt, dass VW illegale Abschalteinrichtungen in Diesel-Fahrzeugen verwendet hat; eine entsprechende Ad-hoc-Mitteilung erging am 22.09.2015. Im Laufe des Jahres 2016 stellte VW ein Software-Update zur Verfügung, um die Manipulation zu beseitigen. Seither beschäftigt der VW-Abgasskandal die Gerichte. Die Deka Investment GmbH führt gegen VW und Porsche ein Kapitalanleger-Musterverfahren.¹ Der BGH hatte im VW-Abgasskandal bisher nur einmal die Gelegenheit zur Stellungnahme. In seinem Hinweisbeschluss stellt er fest, dass die illegale Abschalteinrichtung ein Sachmangel i.S.v. § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB und die Neulieferung gem. § 439 Abs. 1 BGB i.d.R. auch nach einem Modellwechsel möglich ist.² Das Musterfeststellungsverfahren zur Schadensersatzpflicht von VW³ wurde am 04.05.2020 nach einem außergerichtlichen Vergleich durch Klagerücknahme beendet.

1 OLG Braunschweig, Beschl. v. 12.08.2019 - 3 Kap 1/16.

2 BGH, Beschl. v. 08.01.2019 - VIII ZR 225/17.

3 OLG Braunschweig, Beschl. v. 23.11.2018 - 4 MK 1/18.

Zu den durch den VW-Abgasskandal aufgeworfenen kaufrechtlichen Fragen haben die Oberlandesgerichte keine einheitliche Linie gefunden.⁴ Das Gleiche gilt für die deliktische Haftung wegen Verletzung eines Schutzgesetzes aufgrund § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB und §§ 6, 27 EG-FGV sowie vorsätzlicher, sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB.⁵ Dabei geht es vor allem um die Darlegungs- und Beweislast zur Zurechnung von Handlungen des Vorstands und des ehemaligen Leiters der Entwicklungsabteilung nach § 31 BGB.⁶ Uneinigkeit herrscht auch bei der Schadensberechnung. So wird angenommen, durch das Software-Update sei der Schaden entfallen,⁷ andererseits wird in dem ungewollten Vertrag ein Schaden gesehen.⁸ Zudem wird ein Abzug für bereits gefahrene Kilometer im Rahmen der Vorteilsausgleichung vorgenommen.⁹ Für den BGH ergab sich nun die Gelegenheit, die aufgeworfenen Fragen zu klären.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Kläger erwarb einen gebrauchten VW Personalkraftwagen mit einem Dieselmotor. Jahre später stellte sich heraus, dass eine illegale Abschaltvorrichtung eingebaut ist. Das Software-Update führte der Kläger durch. Sodann forderte er die Beklagte auf, den Kaufpreis Zug um Zug gegen Rückgabe des Personalkraftwagens zu erstatten. Sein Begehren hat er klageweise weiterverfolgt verbunden mit der Feststellung, die Beklagte befinde sich in Annahmeverzug. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Beklagte zur Rückzahlung des Kaufpreises unter Abzug der gezogenen Nutzung verurteilt und der Feststellungsklage stattgegeben. Gegen das Urteil haben beide Parteien Revision eingelegt, die ganz überwiegend erfolglos geblieben ist.

I. Der BGH bestätigt, dass die Beklagte aufgrund vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gem. §§ 826, 31 BGB haftet und dem Kläger eine Nutzungsentschädigung als Vorteil anzurechnen ist. Er stuft das Verhalten der Beklagten als sittenwidrig ein, welches nach seinem Gesamtcharakter gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkender verstößt. Zum pflichtwidrigen Hervorrufen eines Schadens müsse ein hierauf bezogenes besonders verwerfliches Verhalten hinzukommen. Das objektiv sittenwidrige Verhalten der Beklagten beruhe auf der strategischen Entscheidung, zur an sich erlaubten Gewinnsteigerung durch Einbau einer unzulässigen Abschaltvorrichtung bewusst aktiv zu täuschen, um die Typengenehmigung auf kostengünstige Weise zu erhalten, verbunden mit der Gefahr einer Betriebsuntersagung. Zwar wurde die Gefahr durch das Update gebannt, allerdings war zunächst unklar, ob das gelingen würde. Dieses Verhalten sei im Verhältnis zu einem arglosen Erwerber besonders verwerflich. Er sei auch dann getäuscht worden, wenn er sich keine konkreten Vorstellun-

gen über die Typengenehmigung gemacht hat, da er darauf vertrauen dürfe, die gesetzlichen Vorgaben werden eingehalten. Die Beklagte habe sich dieses arglose Vertrauen durch Inverkehrbringen des manipulierten Fahrzeugs gezielt zunutze gemacht und dadurch aktiv getäuscht.

II. Der Gerichtshof bestätigt ferner, dass der Beklagten die strategische Entscheidung zur Verwendung der unzulässigen Software nach § 31 BGB zuzurechnen sei, da die verantwortlichen Personen von ihr gewusst und sie jahrelang gebilligt hätten. Hierzu zählt der Gerichtshof neben den zuständigen Vorständen auch den ehemaligen Leiter der Entwicklungsabteilung als verfassungsmäßig berufenen Vertreter i.S.v. § 31 BGB, da ihm bedeutsame Unternehmensfunktionen zur eigenverantwortlichen Erfüllung übertragen worden seien. Ferner sieht der BGH es als erwiesen an, dass die zuständigen Vorstände von der Manipulation gewusst haben. Zwar trage der Kläger die volle Darlegungs- und Beweislast. Die Beklagte treffe aber eine sekundäre Darlegungslast, der sie durch ihren pauschalen Einwand nicht genügt habe, es lägen keine Erkenntnisse über die Verwicklung der Vorstände vor.

III. Der BGH folgt der Vorinstanz in der Feststellung des Schadens. Dieser könne auch bei fehlendem rechnerischen Minus aufgrund wertender Überprüfung anhand des Schutzzwecks der Haftung vorliegen. So bestehe ein Vermögensschaden beim unerwünschten Vertrag, den auch die Verkehrsauffassung als unangemessen ansieht, darin, sich von einer ungewollten Verpflichtung befreien zu können. § 826 BGB bewirke somit den Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit und des wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechts. Aufgrund der arglistigen Täuschung sei der Kläger ungewollt die Verpflichtung eingegangen, ein von einer Betriebsuntersagung auf unbestimmte Zeit bedrohtes Fahrzeug zu erwerben, was objektiv als unangemessen und damit nachteilig zu betrachten sei. Durch das später entwi-

4 Siehe Jaensch, jM 2019, 323, 325.

5 Ablehnend OLG Braunschweig, Urt. v. 20.08.2019 - 7 U 5/18 (anhängig beim BGH, VI ZR 354/19); OLG Braunschweig, Urt. v. 13.08.2019 - 7 U 352/18 (anhängig beim BGH, VI ZR 367/19); bejahend OLG Koblenz, Urt. v. 12.06.2019 - 5 U 1318/18 (nachgehend BGH, Urt. v. 25.05.2020 - VI ZR 252/19); OLG Oldenburg, Urt. v. 02.10.2019 - 5 U 47/19 (anhängig beim BGH, VI ZR 397/19); OLG Oldenburg, Urt. v. 21.02.2020 - 6 U 286/19 (anhängig beim BGH, VI ZR 290/20).

6 Ablehnend OLG Braunschweig, Urt. v. 20.08.2019 - 7 U 5/18 Rn. 62 ff.; bejahend OLG Koblenz, Urt. v. 12.06.2019 - 5 U 1318/18 Rn. 75 ff.

7 OLG Braunschweig, Urt. v. 13.08.2019 - 7 U 352/18 Rn. 47 ff.; a.A. OLG Koblenz, Urt. v. 12.06.2019 - 5 U 1318/18 Rn. 98.

8 OLG Oldenburg, Urt. v. 02.10.2019 - 5 U 47/19 Rn. 23 ff.

9 OLG Braunschweig, Urt. v. 20.08.2019 - 7 U 5/18 Rn. 76 ff.; OLG Koblenz, Urt. v. 12.06.2019 - 5 U 1318/18 Rn. 102 ff.; OLG Oldenburg, Urt. v. 02.10.2019 - 5 U 47/19 Rn. 47 ff.

ckelte Update, entfalle der Schaden nicht. Der Kläger sei so zu stellen, als habe er den Vertrag nicht abgeschlossen.

IV. Jedoch sei dem Käufer auch bei § 826 BGB im Wege der Vorteilsausgleichung die von ihm tatsächlich gezogenen Nutzungen anzurechnen, um zu verhindern, nicht bessergestellt zu werden, als er ohne die Schädigung stünde, was mit dem unionsrechtlichen Effizienzgebot vereinbar sei. Andernfalls würde der Ersatzanspruch in die Nähe eines systemfremden Strafschadensersatzes gerückt.

V. In Verzug befinde sich die Beklagte hingegen nicht. Der Kläger habe die Rückgabe des Fahrzeugs nur unter vollständiger Kaufpreistrückzahlung angeboten und somit mehr verlangt, als er beanspruchen könne. Die Beklagte befände sich daher weder in Annahme- noch in Schuldnerverzug.

C. Kontext der Entscheidung

I. Der BGH geht wiederholt von der Gefahr einer Betriebsuntersagung aus.¹⁰ Dem wird entgegengehalten, diese Gefahr habe nie konkret bestanden, da die Normwerte eingehalten wurden, das Fahrzeug nur nicht so sauber wie angepriesen war.¹¹ Zu Recht weist der Gerichtshof jedoch darauf hin, dass die Entwicklung des Software-Updates zunächst ungewiss war. Bei einem Fehlschlag wäre eine Betriebsuntersagung nicht ausgeschlossen gewesen.

II. Zum Schaden wegen ungewollten Vertrags greift der Senat auf seine Rechtsprechung zur Erschleichung von Wohnungsbauförderung¹² und dem Aktienwerb aufgrund fehlerhafter Ad-hoc-Mitteilung und Anlageberatung¹³ zurück. Entgegen dem verbreiteten Eindruck¹⁴ genügt die Eingehung eines ungewollten Vertrags allein nicht für den Schaden. So würde Schaden und Kausalität gleichgesetzt, da der Vertragsabschluss kausal für die ungewollte Verpflichtung ist.¹⁵ Erforderlich ist zudem eine wertende Betrachtung, wonach der Vertragsschluss nach objektiven Maßstäben unvernünftig und somit nachteilig ist. Diese Voraussetzung bejaht der BGH für den Erwerb eines Kraftfahrzeugs mit illegaler Abschalteneinrichtung.

III. Im Einklang mit der überwiegenden Ansicht der Oberlandesgerichte¹⁶ und entgegen Stimmen der Literatur¹⁷ spricht sich der BGH für einen Nutzungsausgleich aus. Er tritt somit einer behaupteten Präventivfunktion von § 826 BGB¹⁸ entgegen. Der Gefahr einer Prozessverzögerung durch den Schädiger,¹⁹ was zum vollständigen Aufzehren des Schadensersatzanspruchs führen kann,²⁰ ist entgegen gewirkt, wenn die Vorteilsausgleichung nur bis zum Eintritt des Verzugs zur Kaufpreistrückzahlung erfolgt.²¹

D. Auswirkungen für die Praxis

Rund 235.000 Verbraucher hatten dem außergerichtlichen Vergleich mit VW zugestimmt, der zur Klagerücknahme der

Musterfeststellungsklage führte. Sie können mit Zahlungen zwischen 1.350 € und 6.250 € rechnen. Diejenigen, die dem Vergleich nicht zugestimmt haben, können nun individuell gegen VW vorgehen; abhängig von der Vorteilsausgleichung könnten sie höhere Beträge erzielen. Insbesondere profitieren sie von der durch die Anmeldung zur Musterfeststellungsklage eingetretenen rückwirkenden Verjährungshemmung²² nach § 204 Abs. 1 Nr. 1a BGB. Da die Norm auf die Klagerhebung vom 12.11.2018 abstellt und lediglich die Anmeldung voraussetzt, welche aufgrund § 608 Abs. 1 ZPO bis zum Vortag der ersten mündlichen Verhandlung, d.h. bis Sonntag, 29.09.2019²³ möglich war, konnten sich diejenigen in die Musterfeststellungsklage flüchten,²⁴ deren Ansprüche Ende 2018 bereits verjährt waren. Sie haben aufgrund § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB sechs Monate ab dem 04.05.2020 zur Geltendmachung ihrer Ansprüche Zeit. Diejenigen, die ihr Fahrzeug nach Veröffentlichung der Ad-hoc-Mitteilung erworben haben, sind nicht nach § 826 BGB anspruchsberechtigt, da sie nicht aufgrund einer Täuschung zum Vertragsschluss verleitet wurden.²⁵

Offen ist, wann die Ansprüche der Geschädigten verjähren. Überwiegend wird davon ausgegangen, dass die Umstände 2015 hinreichend geklärt waren, sodass die Ansprüche mit Ablauf des Jahres 2018 verjährt sind.²⁶ Eine Entscheidung des BGH steht noch aus.²⁷

10 Siehe auch BGH, Beschl. v. 08.01.2019 - VIII ZR 225/17 Rn. 17 ff.

11 Oechsler in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2018, § 826 Rn. 149a.2., Stand 28.02.2020; a.A. Führ/Below, ZUR 2018, 259, 265.

12 BGH, Urt. v. 21.12.2004 - VI ZR 306/03 Rn. 16 f.

13 BGH, Urt. v. 19.11.2013 - VI ZR 336/12 Rn. 28 f.

14 Wagner in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2017, § 826 Rn. 41 f.; Harke, VuR 2017, 83, 90.

15 Weller, NZV 2019, 545, 548.

16 Siehe Fn. 9.

17 V. Mirbach, MDR 2020, 129 ff.; Staudinger, NJW 2020, 641 ff.; Heese, NJW 2019, 257, 261 f.; zurückhaltender Bruns, NJW 2019, 801 ff.

18 Heese, NJW 2019, 257, 261.

19 V. Mirbach, MDR 2020, 129.

20 Siehe LG Saarbrücken, Urt. v. 10.10.2018 - 12 O 39/18 Rn. 21 f.

21 Oechsler in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2018, § 826 Rn. 149a.7., Stand 28.02.2020; vgl. auch Bruns, NJW 2019, 801, 804 (Annahmeverzug).

22 Augenhöfer, VuR 2019, 83 ff.; Beckmann/Waßmuth, WM 2019, 89, 94 f.; Windau, jM 2019, 404, 406 f.; Mekat/Nordholtz, NJW 2019, 411, 412; a.A. Deiß/Graf/Salger, BB 2018, 2883 ff.; Grzeszick, NJW 2019, 3269 ff.

23 § 222 Abs. 2 ZPO ist nicht analog anwendbar, Vollkommer in: Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 608 Rn. 3.; a.A. Windau, jM 2019, 404, 405.

24 Mekat/Nordholtz, NJW 2019, 411, 412.

25 OLG München, Urt. v. 19.12.2019 - 14 U 4100/19 Rn. 26; Oechsler in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2018, § 826 Rn. 149a.3., Stand 28.02.2020.

26 Ausführlich LG Saarbrücken, Urt. v. 13.12.2019 - 12 O 56/19 Rn. 19 ff.; ebenso OLG München, Beschl. v. 03.12.2019 - 20 U 5741/19; OLG Oldenburg, Urt. v. 06.02.2020 - 14 U 202/19 Rn. 19; a.A. OLG Oldenburg, Urt. v. 21.02.2020 - 6 U 286/19 Rn. 71.

27 Az. VI ZR 290/20.

Benachteiligung wegen des Geschlechts – Einstellung eines Sportlehrers für den mono- edukativen Sportunterricht von Mädchen BAG, Urt. v. 19.12.2019 - 8 AZR 2/19

RA'in und FA'in für Arbeitsrecht und für Sozialrecht
Dr. Nathalie Oberthür

A. Problemstellung

Benachteiligung bei der Begründung von Arbeitsverhältnissen steht nicht selten im Zusammenhang mit den Erwartungen, die vonseiten der Kunden und Geschäftspartner an den Arbeitgeber herangetragen werden. Die unternehmerische Freiheit erlaubt grds., ein Unternehmen so zu organisieren, dass Kundenerwartungen erfüllt werden, da nur so die erfolgreiche Unternehmensführung gelingen kann. Führt die Erfüllung von Kundenerwartungen allerdings zur Benachteiligung von Arbeitnehmern, ist eine differenziertere Betrachtung geboten. Dies gilt auch und besonders bei der Benachteiligung wegen des Geschlechts, wenn diese mit den Beziehungen zwischen dem potenziellen Arbeitnehmer und den Kunden oder Geschäftspartnern des Arbeitgebers begründet werden. An die Rechtfertigung einer derartigen Benachteiligung sind strenge Anforderungen zu stellen.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Träger einer freien Waldorfschule hatte den Arbeitsplatz einer Sportlehrkraft für die Mädchenklassen der Oberstufe ausgeschrieben. Die Bewerbung des Klägers, der das fachliche Anforderungsprofil uneingeschränkt erfüllte, wurde unter Hinweis darauf abgelehnt, dass eine weibliche Sportlehrkraft eingestellt werden solle. Der Bewerber forderte daraufhin eine Entschädigung wegen geschlechtsbezogener Benachteiligung.

Die Vorinstanzen hatten die Klage abgelehnt, da das weibliche Geschlecht eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung für den ausgeschriebenen Arbeitsplatz darstelle. Dem ist der 8. Senat des BAG entgegengetreten und hat den Anspruch auf Entschädigung dem Grunde nach für berechtigt erachtet. Als privater Schulträger sei der Arbeitgeber an staatliche Lehrpläne nicht gebunden, wobei ohnehin Lehrpläne, soweit sie für bestimmte Unterrichtsformen ein bestimmtes Geschlecht vorsähen, selbst an den Vorgaben des AGG zu messen seien. Die Ausnahmevorschrift des § 8 AGG, der einen Benachteiligung wegen des

Geschlechts unter bestimmten Voraussetzungen rechtfertige, greife im vorliegenden Fall nicht ein. Sie setze voraus, dass ein bestimmtes Geschlecht wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstelle, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen sei. Diese Anforderungen sah der Senat nicht erfüllt:

Der Umstand allein, dass Sportunterricht mit einer gewissen „Körperlichkeit“ in dem Sinne verbunden sei, dass es bei Hilfestellungen durch die Sportlehrkraft zu Berührungen der Schülerinnen und Schüler kommen könne, ergebe sich keine Begründung für eine Benachteiligung wegen des Geschlechts; die Körperlichkeit sei der Tätigkeit einer Sportlehrkraft immanent, unabhängig von deren Geschlecht. Auch das Schamgefühl der Schülerinnen rechtfertige die Benachteiligung des Klägers nicht. Der Beklagte habe schon nicht konkret dargetan, dass das Schamgefühl der Schülerinnen bei Hilfestellungen durch eine männliche Sportlehrkraft tatsächlich gravierend beeinträchtigt werde; zwar sei nicht ausgeschlossen, dass es Fallgestaltungen geben könne, in denen besondere pädagogische Gründe oder geschlechtsbezogene (kulturelle) Besonderheiten oder andere objektive geschlechtsbezogene Umstände vorliegen, die es mit sich bringen könnten, dass im monoedukativ erteilten Sportunterricht mit Rücksicht auf das Schamgefühl der Schülergruppen auch „geschlechtsspezifisch“ unterrichtet werde. Diesbezügliche subjektive Erwägungen seien allerdings nicht ausreichend, sondern müssten durch entsprechende objektive Analysen belegt werden. Der Beklagte habe jedoch keine objektiven Umstände dargetan, aus denen sich ergebe, dass das Schamgefühl der Schülerinnen bei lege artis durchgeführten Hilfestellungen durch eine männliche Sportlehrkraft stärker beeinträchtigt würde, als dies bei Hilfestellungen durch eine weibliche Sportlehrkraft der Fall sei.

Auch habe der Beklagte die Angemessenheit einer Geschlechtsvorgabe nicht dargetan. Er habe insbesondere nicht dargetan, welche Sportlehrkräfte er zur Deckung welchen Bedarfs beschäftige und dass ihm bei Einstellung einer männlichen Sportlehrkraft eine bedarfsgerechte Einsatzplanung durch eine entsprechende Umorganisation nicht möglich sei. Auch habe er nicht dazu vorgetragen, ob und mit welchem Ergebnis er geprüft habe, welche fachdidaktischen Möglichkeiten nach dem aktuellen Stand der Sportwissenschaft zum respektvollen Umgang – auch bezogen auf etwa bestehende Schamgefühle – bestehen und ob und wie diese im Sportunterricht an der von ihm betriebenen Schule umgesetzt werden könnten. Der Beklagte habe auch nicht dargetan, ob und inwiefern geeignete Schülerinnen und Schüler nach sachgerechter Anleitung zu

gleichgeschlechtlichen Hilfestellungen und Sicherheitsmaßnahmen herangezogen werden könnten. Das Schamgefühl der Schülerinnen sah der Senat auch im Hinblick darauf nicht als geeignete Rechtfertigung an, dass die Sportlehrkraft unter bestimmten Umständen gezwungen sein könnte, die Umkleieräume der Schülerinnen zu betreten. Der Beklagte habe nicht dargetan, dass es einer männlichen Sportlehrkraft nicht möglich wäre, die Umkleieräume entweder erst dann zu betreten, wenn die Schülerinnen diese bereits verlassen haben oder sich zumindest durch entsprechendes Anklopfen anzukündigen, um den Schülerinnen Gelegenheit zum Ankleiden zu geben. Dass in akuten Notfällen bei Gefahr für Leib oder Leben das Betreten der Umkleieräume durch jede anwesende und zur Hilfeleistung verpflichtete (auch männliche) Person möglich sein und ein etwaiges Recht von Schülerinnen, nicht in ihrem Schamgefühl verletzt zu werden, zeitweise zurücktreten müsse, verstehe sich überdies von selbst.

C. Kontext der Entscheidung

Auf den ersten Blick erscheint die Entscheidung überraschend, sind doch in der Historie der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung zahlreiche Entscheidungen ergangen, in denen das Schamgefühl gegenüber dem anderen Geschlecht als Rechtfertigung für eine geschlechtsbezogene Benachteiligung anerkannt worden ist. So hat der Senat mit Urteil vom 28.05.2009¹ gebilligt, dass die Position einer Betreuungsperson in einem Mädcheninternat nicht mit einem Mann besetzt wird, wenn die Tätigkeit auch die Wahrnehmung von Nachtdiensten im Internat erfordert. Während der Nachtdienste müssten zum Wecken der Mädchen die Zimmer betreten werden, zudem bewegten sich die Mädchen auf den Weg von und zu den gemeinschaftlichen Sanitärräumen häufig nur mit einem Nachthemd oder Handtuch bekleidet. Die Bewegungsfreiheit der Mädchen innerhalb ihres häuslichen Bereichs werde durch Schamgefühle gegenüber dem anderen Geschlecht eingeschränkt, zudem sei aufgrund möglicherweise entstehender sexueller Interessen eher mit Komplikationen zu rechnen als bei einer weiblichen Aufsichtsperson.

Mit Urteil vom 18.03.2010² hat der Senat das weibliche Geschlecht als unabdingbar für die Position einer kommunalen Gleichstellungsbeauftragten erachtet, die Integrationsarbeit mit zugewanderten muslimischen Frauen zu leisten hatte. Projekte und Beratungsangebote zur Integration muslimischer Frauen würden von diesen aufgrund kultureller Vorverständnisse und einem erhöhten Rechtfertigungsdruck im familiären und gesellschaftlichen Umfeld prognostisch schlechter angenommen; zudem sei die

Zusammenarbeit mit frauenrelevanten Organisationen, etwa mit Frauenhäusern oder Anlaufstellen für sexuell missbrauchte Frauen, für einen Mann kaum möglich, da nach der allgemeinen Lebenserfahrungen derartige Organisationen mit einem männlichen Gleichstellungsbeauftragten nicht zusammenarbeiten würden.

Das LArbG Köln schließlich hat mit Beschluss vom 19.07.1996³ angenommen, das weibliche Geschlecht sei unverzichtbare Voraussetzung für eine Tätigkeit im Verkauf von Damenoberbekleidung einschließlich Badebekleidung und Bustiers; man dürfe die Realitäten im Arbeits- und Geschäftsleben nicht verkennen, aufgrund derer der Arbeitgeber damit rechnen müsse, dass die Kundinnen insbesondere wegen der Anprobe weibliche Bedienung erwarteten und bei der Beschäftigung eines Mannes das Geschäft meiden könnten.

Bei näherer Betrachtung reiht sich die Entscheidung vom 19.12.2019 dennoch widerspruchsfrei in diese Rechtsprechung ein. Der Senat hat ausdrücklich nicht ausgeschlossen, dass es Fallgestaltungen geben könnte, in denen besondere pädagogische Gründe oder geschlechtsbezogene (kulturelle) Besonderheiten oder andere objektive geschlechtsbezogene Umstände dazu führen könnten, dass der monoedukative Sportunterricht mit Rücksicht auf das Schamgefühl der Schülergruppen geschlechtsspezifisch unterrichtet wird. In Weiterentwicklung der bisherigen Rechtsprechung verlangt der Senat in diesen Fällen allerdings einen direkten, objektiv überprüfbaren Zusammenhang zwischen der geschlechtsbezogenen Anforderung und der auszuübenden Tätigkeit; subjektive Erwägungen genügen nicht, vielmehr müssen diese durch entsprechende objektive Analysen belegt sein. Es reicht daher nicht mehr aus, dass das Gericht seiner Entscheidung die allgemeine Lebenserfahrung oder gesellschaftliche Konsensmuster zugrunde legt, um die Annahme eines geschlechtsspezifischen Differenzierungsmerkmals zu rechtfertigen. Erforderlich ist vielmehr eine konkrete und tatsachenbasierte Darlegung, dass und weshalb die geschlechtsbezogene Anforderung tatsächlich besteht.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung bestätigt die zunehmende Bedeutung diskriminierungsfreier Auswahlverfahren im Arbeitsverhältnis und belegt gleichzeitig, dass es nicht mehr genügt,

1 BAG, Ur. v. 28.05.2009 - 8 AZR 536/08.

2 BAG, Ur. v. 18.03.2010 - 8 AZR 77/09.

3 LArbG Köln, Beschl. v. 19.07.1996 - 7 Sa 499/96.

zur Rechtfertigung von Benachteiligung auf nicht belegbare Anschauungen oder subjektive Erwägungen zu verweisen. Dass Erwartungen oder Anforderungen von Kunden regelmäßig nicht geeignet sind, Benachteiligung zu rechtfertigen, hat der EuGH schon mit Urteil vom 14.03.2017⁴ deutlich gemacht. Dies mag anders sein, wenn diese Erwartungen ihrerseits eine hohe Legitimität aufweisen, wie dies bei dem Schamgefühl gegenüber dem anderen Geschlecht der Fall sein mag; die Benachteiligung erfordert allerdings einen hohen Begründungsaufwand aufseiten des Arbeitgebers, der in der Praxis voraussichtlich nur schwer zu erfüllen sein wird. Der Arbeitgeber muss das Vorhandensein der Anforderungen nicht nur konkret darlegen und erforderlichenfalls beweisen, was i.d.R. auch die vorherige Einbeziehung derjenigen Personen erforderlich machen dürfte, deren Anforderungen gewahrt werden sollen. Er muss darüber hinaus im Rahmen der Verhältnismäßigkeit überprüfen, ob er diesen Anforderungen nicht durch organisatorische Maßnahmen anderweitig begegnen kann. Die Benachteiligung eines Bewerbers oder einer Bewerberin wegen des Geschlechts wird angesichts dieser

Hürden nur noch in besonderen Ausnahmefällen überhaupt infrage kommen.

E. Bewertung

Der Weg zu mehr Geschlechtergerechtigkeit ist lang und bei Weitem noch nicht zu Ende gegangen. Das Urteil vom 19.12.2019 enthält für alle diesbezüglichen Bemühungen allerdings eine wichtige Botschaft, die für alle Geschlechter gleichermaßen gilt: die Benachteiligung wegen eines bestimmten Geschlechts lässt sich nicht damit rechtfertigen, dass die allgemeine Anschauung dies für angemessen hält. Eine geschlechtsbezogene Differenzierung ist vielmehr nur dann gerechtfertigt, wenn objektive Umstände diese zwingend gebieten. Mit dieser Aussage erlangt das Urteil Bedeutung weit über das Bewerbungsverfahren hinaus für alle Bereiche des materiellen Arbeitsrechts.

4 EuGH, Urt. v. 14.03.2017 - C-188/15 - „Bouagnaoui“.

Sozialrecht

Kein Vertrauensschutz in die „Kopf und Seele“-Rechtsprechung für GmbH-Geschäftsführer

VRiLSG Lutz Wehrhahn

Im September 2019 befasste sich das BSG in vier Verfahren¹ mit der Frage, ob im Ergebnis von zum Teil bis in das Jahr 2009 zurückreichenden Betriebsprüfungen die Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen zur gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung für GmbH-Geschäftsführer gerechtfertigt ist, insbesondere ob Vertrauensschutz in die „Kopf und Seele“-Rechtsprechung des BSG zu gewähren ist.² In allen Fällen sind Klage und Berufung erfolglos geblieben, weil die Vorinstanzen im Gefolge der Rechtsprechung des 12. Senats des BSG³ tatsächliche Einflüsse kraft familiärer Verbundenheit oder überlegenen Wissens („Kopf und Seele“) nicht als entscheidend berücksichtigt haben und aufgrund der fehlenden Rechtsmacht von einer abhängigen Beschäftigung ausgegangen sind (A.). Der Einwand des Vertrauensschutzes für in der Vergangenheit liegende Sachverhalte im Hinblick auf eine Änderung der Rechtsprechung überzeugte die Vorins-

tanzen und auch das BSG nicht (B.). Allerdings erkannte das BSG, dass das Verfahren auch bei beanstandungsfreien Betriebsprüfungen mit einem Verwaltungsakt abzuschließen sei, ohne dass dies indes am Ergebnis etwas ändert (C.).

A. Die Statusentscheidungen des BSG

Im Kern ähneln sich die den Entscheidungen des BSG zugrunde liegenden Sachverhalte. Durchweg handelte es sich

1 BSG, Urt. v. 19.09.2019 - B 12 R 7/19 R, B 12 KR 21/19 R, B 12 R 25/18 R und B 12 R 9/19 R.

2 Offenbar wurde in allen Fällen wegen Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze Versicherungsfreiheit in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung angenommen.

3 BSG, Urt. v. 14.03.2018 - B 12 KR 13/17 R; BSG, Urt. v. 29.07.2015 - B 12 KR 23/13 R.

um eine GmbH, die gegen eine Beitragsnachforderung klagte. In zwei Verfahren war der versicherungsrechtliche Status eines Minderheitsgesellschafters als Geschäftsführer (allein oder neben anderen) im Streit,⁴ in einem Verfahren der Status zweier Minderheitsgesellschaftler als Geschäftsführer (Eheleute)⁵ und in einem Verfahren der Status eines Fremdgeschäftsführers, der seine Anteile vollständig auf seine Frau übertragen hatte.⁶ Durchweg bestand Alleinvertretungsbefugnis und (bis auf B 12 KR 21/19 R) auch Befreiung von den Beschränkungen nach § 181 BGB. Bei den Gesellschafter-Geschäftsführern sah der Gesellschaftsvertrag eine einfache Mehrheit vor, lediglich in eng begrenzten Ausnahmefällen war eine qualifizierte Mehrheit vorgesehen. Der Fremdgeschäftsführer hatte für den Fall der Trennung, Aufhebung oder Scheidung der Ehe ein notariell beurkundetes Rückübertragungsrecht vereinbart und während der Betriebsprüfung zusätzlich noch eine Stimmrechtsvereinbarung. In den übrigen Fällen – außer B 12 R 25/18 R – bestanden ebenfalls Stimmrechtsvereinbarungen.

In den Verfahren B 12 KR 21/19 R und B 12 R 25/18 R hat es das BSG schon als zweifelhaft angesehen, ob sich die klagende GmbH überhaupt mit Erfolg auf die „Kopf und Seele“-Rechtsprechung hätte berufen können, da in diesen Fällen schon keine wesentliche Einflussnahme des Geschäftsführers bzw. der Geschäftsführer auf die Geschicke des Unternehmens zu erkennen war. Unabhängig davon bejahte das BSG in allen vier Fällen, nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung,⁷ die abhängige Beschäftigung i.S.v. § 7 Abs. 1 SGB IV. Dabei stellte es zunächst auf die üblichen Kriterien für die persönliche Abhängigkeit ab. Für Geschäftsführer einer GmbH richte sich diese Abgrenzung aber in erster Linie danach, ob der Geschäftsführer nach der ihm zukommenden, sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebenden Rechtsmacht ihm nicht genehme Weisungen verhindern oder Beschlüsse beeinflussen könne, die sein Anstellungsverhältnis betreffen.⁸ Bei einem Fremdgeschäftsführer scheidet daher eine selbständige Tätigkeit generell aus.⁹ Daran ändere auch die Rückübertragungspflicht aus dem notariellen Ehevertrag nichts, da für die Statusbestimmung auf den zu beurteilenden Zeitraum abzustellen sei, nicht auf die Zukunft. Unbeachtlich seien daher auch privatrechtliche Stimmbindungsvereinbarungen.¹⁰ Für Gesellschafter-Geschäftsführer sei auf den Umfang der Kapitalbeteiligung abzustellen, die bei einer Beteiligung von 50 % und weniger nur dann eine nicht abhängige Tätigkeit begründet, wenn nach dem Gesellschaftsvertrag eine echte bzw. qualifizierte Sperrminorität gegeben ist.¹¹ Ein rein faktisches, nicht rechtlich gebundenes und daher jederzeit änderbares Verhalten der Beteiligten ist nicht maßgeblich und wäre mit dem Grundsatz der Vorhersehbarkeit sozialversicherungs- und beitragsrechtli-

cher Tatbestände nicht vereinbar; eine „Schönwetter-Selbständigkeit“ lediglich in harmonischen Zeiten ist nicht anzuerkennen.¹² Ebenso wenig ergibt es sich aus der Übernahme von Bürgschaften eine selbständige Tätigkeit, da dies keinen beherrschenden Einfluss in der Gesellschaft einräumt.¹³ Die Vereinbarung von Tantiemen begründet ebenfalls keine andere Bewertung, da dies durchaus auch bei Arbeitnehmern nicht ungewöhnlich sei.¹⁴

B. Kein Vertrauensschutz wegen Änderung der Rechtsprechung

In allen vier Verfahren hat sich der 12. Senat des BSG mit der Frage beschäftigt, ob Vertrauensschutz aus der früheren sog. „Kopf- und Seele-Rechtsprechung“ des BSG hergeleitet werden kann. Die Fragestellung bezog sich ausdrücklich nur auf die hier angegriffenen aktuellen Nachforderungsbescheide und nicht etwa auf vorangegangene Betriebsprüfungsbescheide.¹⁵ Bereits zuvor beschäftigte sich Lau¹⁶ mit dieser Frage, die in der Entscheidung des 12. Senats von 2015¹⁷ durchaus eine Änderung in der Rechtsprechung des BSG sah. Der 12. Senat¹⁸ selbst spreche von der „Aufgabe der sog. Kopf und Seele-Rechtsprechung“. Daher solle die zeitliche Wirksamkeit der geänderten Rechtsprechung nach Art. 20 Abs. 3 GG und dem Grundsatz von Treu und Glauben begrenzt werden. Die Entwicklung dieser Rechtsprechung zu „Kopf und Seele“ weise mit dem obiter dictum in den Senatsurteilen vom 29.08.2012¹⁹ eine Zäsur auf, indem erstmals deutlich gemacht worden sei, dass die sog. Schön-

4 BSG, Urt. v. 19.09.2019 - B 12 KR 21/19 R und B 12 R 9/19 R.

5 BSG, Urt. v. 19.09.2019 - B 12 R 25/18 R.

6 BSG, Urt. v. 19.09.2019 - B 12 R 7/19 R.

7 BSG, Urt. v. 29.07.2015 - B 12 KR 23/13 R; BSG, Urt. v. 14.03.2018 - B 12 KR 13/17 R; BSG, Urt. v. 29.08.2012 - B 12 KR 25/10 R.

8 BSG, Urt. v. 19.09.2019 - B 12 R 7/19 R Rn. 15.

9 BSG, Urt. v. 19.09.2019 - B 12 R 7/19 R Rn. 16; BSG, Urt. v. 18.12.2001 - B 12 KR 10/01 R.

10 Im Rechtsstreit BSG, Urt. v. 19.09.2019 - B 12 R 7/19 R ist die Stimmbindungsvereinbarung zudem erst während der Betriebsprüfung abgeschlossen worden und bleibt daher schon deshalb für die Vergangenheit wirkungslos, Rn. 16.

11 BSG, Urt. v. 19.09.2019 - B 12 R 9/19 R Rn. 14; BSG, Urt. v. 11.11.2015 - B 12 R 2/14 R; BSG, Urt. v. 11.11.2015 - B 12 KR 10/14 R; BSG, Urt. v. 29.06.2016 - B 12 R 5/14 R.

12 BSG, Urt. v. 19.09.2019 - B 12 R 9/19 R Rn. 14; BSG, Urt. v. 29.07.2015 - B 12 KR 23/13 R.

13 BSG, Urt. v. 19.09.2019 - B 12 R 7/19 R Rn. 16.

14 BSG, Urt. v. 19.09.2019 - B 12 R 9/19 R Rn. 16.

15 Dazu: BSG, Beschl. v. 22.07.2019 - B 12 R 5/19 B Rn. 11.

16 NZS 2019, 452.

17 BSG, Urt. v. 29.07.2015 - B 12 KR 23/13 R.

18 BSG, Beschl. v. 28.02.2017 - B 12 R 21/16 B.

19 BSG, Urt. v. 29.08.2012 - B 12 R 14/10 R und B 12 KR 25/10 R.

wetter-Selbständigkeit nicht hinnehmbar sei und den vertraglichen vor den tatsächlichen Umständen der Vorrang gebühre. Damit sei das Vertrauen erst ab August 2012 entfallen. Der 12. Senat des BSG hat letztlich auch eine Änderung der Rechtsprechung des BSG zur Statusbeurteilung von GmbH-Geschäftsführern angenommen, aber eine verfassungsrechtlich relevante „Abkehr“ von früheren Maßstäben verneint und die Rechtsprechung zur „Schönwetter-Selbständigkeit“ auch auf Sachverhalte angewandt, die bis in das Jahr 2009 zurückreichen. Dabei hat das BSG drei Anknüpfungspunkte für einen Vertrauensschutz geprüft: verfassungsrechtlich aus Art. 20 Abs. 3 GG (I.), aus der Verwaltungspraxis der DRV (II.) und aus der Beanstandungsfreiheit früherer Betriebsprüfungen (III.).

I. Vertrauensschutz nach Art. 20 Abs. 3 GG

Nach der Rechtsprechung des BVerfG besteht grds. kein Vertrauen in den Fortbestand höchstrichterlicher Rechtsprechung, denn höchstrichterliche Rechtsprechung schafft kein Gesetzesrecht und erzeugt daher keine damit vergleichbare Rechtsbindung.²⁰ Dies überzeugt, denn Urteile – auch solche des BSG – wirken zuallererst nur zwischen den Beteiligten des Rechtsstreits (inter partes; § 325 ZPO, § 141 SGG). Schutzwürdiges Vertrauen in eine bestimmte Rechtslage aufgrund höchstrichterlicher Entscheidungen kann daher regelmäßig nur bei Hinzutreten weiterer Umstände entstehen.²¹ Solche Umstände hat das BSG nach umfassender Analyse der Entwicklung der Rechtsprechung zu „Kopf und Seele“ sowie zur „Schönwetter-Selbständigkeit“ mit vier Argumenten überzeugend verneint. Eine gefestigte und langjährige Rechtsprechung im Mitgliedschafts- und Beitragsrecht gibt es demzufolge nicht.

Zum einen stellt der 12. Senat heraus, dass die „Kopf und Seele“-Rechtsprechung der leistungsrechtlichen Rechtsprechung der für Arbeitslosen- und Unfallversicherungsrecht zuständigen Senate des BSG entstammt.²² Dieses Argument erscheint allerdings eher schwach, denn mit diesen Feinheiten der Rechtsanwendung dürften die wenigsten mit Statusfragen befassten Beratungsberufe vertraut sein. Wichtig erscheint dieses Argument nur in Bezug auf die – mangels Abweichung zur leistungsrechtlichen Bewertung – nicht erforderliche Anrufung des Großen Senats nach § 41 SGG. Allerdings ist das nächste Argument für alle Rechtsanwender bei Statusfragen nur zu bekannt, nämlich dass es sich bei dem Begriff der Beschäftigung um einen Typusbegriff handelt, für den auch die Leistungssenate des BSG eine sich aus einer Reihe von Einzelaspekten zusammensetzende Gesamtabwägung vorgenommen haben. Ein Leit- oder Obersatz, nach dem familiäre Bindungen regelmäßig eine abhängige Beschäftigung eines Geschäftsführers ausschließen, hat das BSG zudem nie gebildet.²³ Dieses Argument über-

zeugt, denn auf einem so konturenlosen und einzelfallbezogenen Konstrukt wie der „Kopf und Seele“-Rechtsprechung kann sich ein rechtlich schützenswertes Vertrauen schwerlich aufbauen. Wer hier die Möglichkeit der Statusfeststellung nach § 7a SGB IV nicht nutzt, muss die Folgen einer fehlerhaften Einschätzung der Rechtslage eben tragen.

Auch das dritte Argument überzeugt. Der für Mitgliedschafts- und Beitragsrecht zuständige 12. Senat des BSG hat bereits in einer Entscheidung aus dem Jahr 2006²⁴ die Bedeutung der vertraglich eingeräumten Rechtsmacht eines Geschäftsführers betont und klargestellt, dass die Wirkung der vertraglichen Gestaltung nicht nach Maßgabe der Individualnützlichkeit auf bestimmte Rechtsgebiete beschränkt werden kann.²⁵ Dort heißt es weiter, dass der Ausgangspunkt der Prüfung zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten ist, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung gehen der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine – formlose – Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht.

Schließlich überzeugt auch das vierte Argument des BSG. Der Begriff der Beschäftigung wird seit jeher kontextabhängig und bereichsspezifisch ausgelegt, wie es schon in dem Urteil von 2015²⁶ hervorgehoben worden ist. Tatsächlich hat der 12. Senat des BSG nur ein einziges Mal auf die „Kopf und Seele“-Rechtsprechung der Leistungssenate zurückgegriffen, nämlich in einer Entscheidung aus dem Jahr 1994.²⁷ Dort heißt es, dass die ständige Rechtsprechung des BSG davon ausgehe, dass eine rechtlich bestehende Abhängigkeit durch die tatsächlichen Verhältnisse so überlagert sein könne, dass eine Beschäftigung im sozialversicherungsrechtlichen Sinn dennoch ausscheide. Die Klägerin und ihr Ehemann verfügten in der Gesellschafterversammlung über einen Stimmenanteil von zusammen 50 %. Damit

20 BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 05.11.2015 - 1 BvR 1667/15 Rn. 12.

21 BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 05.11.2015 - 1 BvR 1667/15 Rn. 12.

22 BSG, Ur t. v. 19.09.2019 - B 12 R 7/19 R Rn. 22.

23 BSG, Ur t. v. 19.09.2019 - B 12 R 7/19 R Rn. 23.

24 BSG, Ur t. v. 25.01.2006 - B 12 KR 30/04 R.

25 BSG, Ur t. v. 19.09.2019 - B 12 R 7/19 R Rn. 24.

26 BSG, Ur t. v. 29.07.2015 - B 12 KR 23/13 R Rn. 32.

27 BSG, Ur t. v. 23.06.1994 - 12 RK 72/92.

könnten zwar keine Beschlüsse in ihrem Sinne durchgesetzt werden, sodass ein unmittelbarer rechtlicher Einfluss der dortigen Klägerin auf ihr Anstellungsverhältnis ausscheide. Es könnten aber Beschlüsse verhindert werden, sodass eine mittelbare Beeinflussung möglich erscheine, indem die dortige Klägerin bspw. die Entlastung der Geschäftsführerin oder den Jahresabschluss und die Ergebnisverwendung verhindere, um damit die Geschäftsführerin zu einem bestimmten Verhalten als Arbeitgeberin bewegen zu können. Ob es hierzu im Laufe der Zeit gekommen sei und ob der Ehemann der Klägerin sie hierbei etwa unterstützt habe, sei allerdings vom Landessozialgericht nicht festgestellt worden. Daher war letztlich nicht in der Sache zu entscheiden und es kam zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Eine zeitliche Begrenzung der Rückwirkung auf das Jahr 2012, wie von Lau²⁸ vorgeschlagen, erscheint vor dem Hintergrund dieser Argumentation nicht angebracht. Ohnehin hat der 12. Senat des BSG auch in seiner Entscheidung vom 29.08.2012²⁹ noch offengelassen, ob der vom 11. Senat des BSG formulierten Rechtsauffassung (ggf. modifiziert bzw. auf gänzlich atypische Sonderfälle beschränkt) bezogen auf das Versicherungs- und Beitragsrecht gefolgt werden könne oder ob der aus gesetzlichen und vertraglichen Vorgaben entspringenden Rechtsmacht als Teil der tatsächlichen Verhältnisse, auf die auch der 11. Senat ausdrücklich hingewiesen habe, maßgebende Bedeutung beizumessen sei.

II. Verwaltungspraxis der DRV

Schon in den Veröffentlichungen der DRV ist nie der Anschein erweckt worden, dass bei familiären Beziehungen automatisch die „Kopf und Seele“-Rechtsprechung greift, wie das BSG deutlich feststellt. Vielmehr wird auf die Notwendigkeit einer individuellen Prüfung zurückgegriffen. Entscheidend ist aber, dass ein Vertrauensschutz in die Verwaltungspraxis nur dann überhaupt in Betracht kommt, wenn eine Selbstbindung nach Art 3 GG eingetreten ist. Aus einer einfachrechtlich falschen und damit rechtswidrigen Verwaltungspraxis erwächst kein Anspruch auf Fortsetzung solcher rechtswidriger Entscheidungen.³⁰ Eine Selbstbindung kommt aber nur in Betracht, wenn es sich um Ermessensentscheidungen handelt, was hier aber nicht der Fall ist, denn § 7 Abs. 1 SGB IV räumt kein Ermessen ein.

III. Beanstandungsfreie Betriebsprüfungen in der Vergangenheit

Dieser Gesichtspunkt kommt von vornherein in dem Verfahren B 12 KR 21/19 R³¹ nicht in Betracht, denn hier ist keine frühere Betriebsprüfung vorausgegangen. Aber

auch in den übrigen drei Verfahren verneint der 12. Senat des BSG ein aus beanstandungsfreien Prüfungen in der Vergangenheit erwachsendes Vertrauen. Zwar entwickelt der Senat den Zweck der Betriebsprüfungen weiter und erstreckt ihn wegen der Indienstnahme der Arbeitgeber beim Beitragseinzug nunmehr auch auf deren Schutz. Allerdings folgt aus der Beanstandungsfreiheit allein noch nicht automatisch ein umfassender Vertrauensschutz des Arbeitgebers, sondern knüpft stets an einem entsprechenden Verwaltungsakt an. Nur wenn die vorangegangene Prüfung mit einem solchen entsprechenden Verwaltungsakt abgeschlossen worden ist, ist ein rechtlich bindender Vertrauenstatbestand gegeben. Dies ist konsequent und entspricht dem Vertrauensschutzsystem des Verwaltungsverfahrensrechts, wie es in den § 44 SGB X ausgestaltet ist. In der bloßen Prüfmitteilung liegt noch kein solcher Verwaltungsakt, da dieser kein Regelungscharakter zukommt.³² Dies ist umso folgerichtiger als der Arbeitgeber es in der Hand hat, durch einen Antrag nach § 7a SGB IV den sozialversicherungsrechtlichen Status verbindlich feststellen zu lassen.

C. Anspruch auf einen Prüfbescheid

Neu ist die Feststellung des BSG in seinen hier besprochenen Urteilen, dass ein Anspruch auf Erteilung eines Prüfbescheides nach § 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV besteht. Die Vorschrift enthält nach der Erkenntnis des BSG nicht nur eine Ermächtigung zum Erlass eines Prüfbescheides, sondern eine Verpflichtung zu seinem Erlass.³³ Diese Feststellung steht vor dem Hintergrund, dass die Schutzwirkung von Betriebsprüfungen nicht nur dem Interesse der Versicherungsträger und der Versicherten dient, sondern wegen ihrer grundrechtsrelevanten Indienstnahme, vor dem Hintergrund von Art. 2 GG, eben auch dem Schutz der Arbeitgeber – auch im Hinblick auf die doppelte Beitragslast bei Nachforderungen, § 28g SGB IV. Die Neujustierung des Schutzzwecks von § 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV leuchtet vor dem Hintergrund einer möglichen Statusklärung im Verfahren nach § 7a SGB IV oder § 28h Abs. 2 SGB IV nicht ganz ein. Im Vordergrund der Betriebsprüfung steht letztlich die Si-

28 NZS 2019, 452.

29 BSG, Urte. v. 29.08.2012 - B 12 R 14/10 R.

30 Keine Gleichbehandlung im Unrecht: BSG, Urte. v. 19.09.2019 - B 12 R 25/18 R Rn. 28 m.w.N.

31 BSG, Urte. v. 19.09.2019 - B 12 KR 21/19 R.

32 BSG, Urte. v. 19.09.2019 - B 12 KR 25/18 R Rn. 32; siehe schon BSG, Urte. v. 30.10.2013 - B 12 AL 2/11 R Rn. 31, und BSG, Urte. v. 29.07.2003 - B 12 AL 1/02 R Rn. 27, Wehrhahn in: Kasseler Kommentar, Sozialversicherungsrecht, § 28p SGB IV Rn. 20.

33 Schlegel/Geiger, NJW 2020, 16, 20.

cherung des Beitragseinzugs. Nutzt ein Arbeitgeber die Statusfeststellung nach 7a SGB IV nicht, so trägt er eben das Risiko einer Fehleinschätzung der Rechtslage. Möglich ist es auch, eine Entscheidung der Einzugsstelle nach § 28h Abs. 2 Satz 2 SGB IV herbeizuführen.

Dem prüfenden Träger steht die Definition des Prüfungsgegenstandes auch nach aktueller Rechtsprechung weiterhin frei. Allerdings erstreckt sich die Prüfung zwingend auf die im Betrieb tätigen Ehegatten, Lebenspartner, Abkömmlinge des Arbeitgebers und der geschäftsführenden Gesellschafter.³⁴ Um formell rechtmäßig zu sein, müssen der Gegenstand und das Ergebnis der Betriebsprüfung zwingend in dem Verwaltungsakt genannt werden.³⁵

D. Fazit

Vertrauensschutz in die überkommene „Kopf und Seele“-Rechtsprechung zu verneinen, ist richtig und gerade aus Sicht der Praxis der Rechtsanwendung zu begrüßen. Andernfalls wäre die Feststellung einer zeitlichen Zäsur wohl unerlässlich und es wäre in allen Fällen – ggf. mit erheblichem Ermittlungsaufwand – zusätzlich zu prüfen, ob überhaupt im Sinne der „Kopf und Seele“-Rechtsprechung eine selbständige Tätigkeit bestanden hätte. So ist dies etwa in den hier besprochenen Rechtsstreiten mit

den Aktenzeichen B 12 R 25/18 R und B 12 KR 21/19 R zweifelhaft. Trotz mittlerweile sicherlich gefestigter Rechtsprechung auch im Mitgliedschafts- und Beitragsrecht wären somit zwei Maßstäbe parallel anzuwenden, um zumindest nachrangig Vertrauensschutz gewähren zu können. Dies würde den Rechtsfindungsprozess erheblich belasten.

Neu und weitreichend ist die Feststellung eines Anspruchs auf Erteilung eines Prüfbescheides nach § 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV als Abschluss der Betriebsprüfung. Konsequenzen, wie etwa Amtshaftungsansprüche, erwachsen allerdings in den vorliegenden Fällen aus der pflichtwidrig unterlassenen Erteilung eines Prüfbescheides nicht, denn ein ordnungsgemäßer Prüfbescheid hätte ja in allen hier entschiedenen Fällen zur Feststellung der Versicherungs- und Beitragspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung führen müssen.³⁶

34 BSG, Urt. v. 19.09.2019 - B 12 R 25/18 R Rn. 35.

35 BSG, Urt. v. 19.09.2019 - B 12 R 25/18 R Rn. 34.

36 BSG, Urt. v. 19.09.2019 - B 12 R 7/19 R Rn. 35, B 12 R 25/18 R Rn. 36, und B 12 R 9/19 R Rn. 34.

Verwaltungsrecht

Das PSPP-Urteil des BVerfG und die Statik der Wirtschafts- und Währungsunion

Prof. Dr. Ulrich Hufeld

A. Attentat auf Europa?

Das BVerfG hat mit seinem PSPP-Urteil vom 05.05.2020¹ ungewohnt drastische, auch maßlose Kritik auf sich gezogen. Im Europa-Ausschuss des Bundestages erkannte der Sachverständige Bernhard W. Wegener auf „Fehlurteil“.² Der Spiegel war sich nicht zu schade, mit einem Leitartikel³ unter der Überschrift „Attentat auf Europa“ aufzumachen. Allein die Bundeskanzlerin wahrte die Contenance. In der Regierungsbefragung am 13.05.2020 erklärte sie mehrfach, dass sie das Urteil respektiere. Sie folgte nicht dem Beispiel Adenauers, der nach dem Fernseh-Urteil⁴ vor dem Plenum wissen ließ: „Das Kabinett war sich darin einig, daß

das Urteil des Bundesverfassungsgerichts falsch ist, meine Damen und Herren.“⁵ Dagegen bekundete Angela Merkel

1 BVerfG, Urt. v. 05.05.2020 - 2 BvR 859/15 u.a.

2 Ausschuss für die Angelegenheiten der EU, 25.05.2020, StenProt 19/64, S. 22, und Stellungnahme Drs. 19(21)99, S. 1, dort Fn. 1 zahlreiche Nachweise zur Schnellschuss-Kritik nach dem 05.05.2020.

3 Der Spiegel Nr. 20 v. 09.05.2020, 6.

4 BVerfG, Urt. v. 28.02.1961 - 2 BvG 1, 2/60; zum Fernseh-Streit, unter Berücksichtigung der Gerichtsakten nach Ablauf der Sperrfrist: Berkmann, DVBl. 2019, 1084, 1094 f.

5 147. Sitzung des Bundestages, Plenarprotokoll v. 08.03.1961, S. 8308 (D).

ihr „Interesse daran, dass die Möglichkeiten, die das Bundesverfassungsgericht eröffnet hat, auch genutzt werden“, um den Konflikt zu verkleinern. Und: Es gebe „in weiten Teilen – ich sage ausdrücklich: in weiten Teilen – einen eindeutigen Vorrang des Europarechts vor dem nationalen Recht“.⁶

Dem Unionsrecht kommt Vorrang zu, nicht nur in weiten Teilen, sondern grundsätzlich, aber nicht vorbehaltlos. Das ist der Fundamentalsatz, der das Urteil trägt. Doch haben wir mit einer ambivalenten Entscheidung zu tun – mit einem richtigen Urteil, das ungute Folgen haben kann; mit einem schlüssigen Urteil, das nicht Schule machen darf; mit einem „unausweichlichen und gefährlichen“⁷ Konflikt- und Schadensfall im Kooperationsverhältnis der zuständigen Gerichte, der den EuGH nicht beschädigen darf. Der Richterspruch vom 05.05.2020 stemmt sich gegen Selbstermächtigung und gegen Kontrollverzicht, letztlich gegen selbstherrliche und unkontrollierbare Expertokratie. Er schützt den Vorbehalt entscheidungsoffener Kämpfe im Zentrum der Demokratie: in der Wirtschafts- und Haushaltspolitik. Dennoch findet er in der Mitte der Demokratie, im Deutschen Bundestag, nicht nur Zustimmung. Wie erklären sich diese Ambivalenzen?

B. Das Urteil

Das BVerfG hatte über Verfassungsbeschwerden zu entscheiden. Der Erfolg im Verfahren des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG setzt eine Verletzung der dort benannten Bürgerrechte voraus. Tenor Ziffer 3 des PSPP-Urteils stellt fest, dass die Beschwerdeführer „in ihrem Recht aus Artikel 38 Absatz 1 Satz 1 in Verbindung mit Artikel 20 Absatz 1 und Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 79 Absatz 3 des Grundgesetzes verletzt“ worden sind. Der Tenor zieht die Bundesregierung und den Bundestag zur Verantwortung: Diese beiden Organe der deutschen „öffentlichen Gewalt“ (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG) haben „geeignete Maßnahmen“ gegen das PSPP-Programm unterlassen, ein – aus Sicht des BVerfG, aber gegen das Testat des EuGH – vorläufig primärrechtswidriges Programm der Europäischen Zentralbank (EZB) zum Ankauf von Wertpapieren des öffentlichen Sektors (Public Sector Asset Purchase Programme).

Dieser komplexe Tenor muss drei Elemente verknüpfen: den beschwerdefähigen Bürgeranspruch darauf, dass Bundesregierung und Bundestag jedweder Selbstermächtigung der EU entgegentreten (subjektives Recht auf Integrationsverantwortung, dazu unten I.); die Fähigkeit des BVerfG, in der Konkurrenz der Verbandskompetenzgerichte eine „Grenzdurchbrechung“ des EuGH festzustellen und die Bindungswirkung des gegenläufigen EuGH-Urteils zu bestreiten (Ultra-vires-Kontrolle, unten II.); die Ersatz- und

Ausnahmebefugnis des BVerfG, seinerseits die Verbandskompetenz der Union und/oder die Organkompetenz der EZB zu prüfen (eigenständige Kompetenzgerichtsbarkeit des BVerfG, unten III.).

I. Das subjektive Recht auf Integrationsverantwortung

Das PSPP-Urteil wiederholt, dass die Mitgliedstaaten der EU die „Herren der Verträge“⁸ geblieben seien. Die Wendung ist keine altfränkisch-europaskeptische Redeweise. Sie spiegelt die Rechtslage. Die Mitgliedstaaten bezeichnen sich in Art. 1 Abs. 1 EUV als „Hohe Vertragsparteien“, die der Union „Zuständigkeiten zur Verwirklichung ihrer gemeinsamen Ziele übertragen“. Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 2 Satz 2 EUV stellen klar: „Alle der Union nicht in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten verbleiben bei den Mitgliedstaaten.“ Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung hat gewiss jenen defensiven Begrenzungsgelton, den es buchstäblich ausdrückt. Zugleich aber schützt es – das ist sein positiver, politisch überragend bedeutsamer Gehalt – die Akteure, die über die Einzelermächtigungen der Union disponieren: Mitgliedstaaten, voran die nationalen Parlamente, die Völker Europas, die gesamteuropäische Politik. Der Politikvorbehalt des Art. 48 Abs. 4 UAbs. 2 EUV ist ein Kronjuwel der europäischen Demokratien. Er ist Ausdruck ihrer souveränen Verbündungs Bereitschaft. Souverän ist, wer sich verbündet und Herrschaft aufteilt; souverän bleibt, wer sich die Aufteilungsbefugnis vorbehält.

1. Parlamentsverantwortung für das Wagnis der Asymmetrie

Der Begriff Integrationsverantwortung geht auf das Lissabon-Urteil zurück.⁹ Facettenreich¹⁰ bündelt er das Gebot, mit „guter Politik“ der europäischen Idee zu dienen, und das Verbot, die große Idee mit vertragswidrigen Methoden zu verfolgen. Eine Schattenintegration im Abseits, außerhalb des vertraglich konsentierten (Art. 48 EUV), europäisch-demokratisch vereinbarten Integrationsprogramms, wäre unvereinbar mit Vertrags- und Verfassungsrecht. Integrationsverantwortung verlangt zuallererst, dass die „Vorgaben des Art. 23 GG eingehalten werden“.¹¹ Sodann ha-

6 159. Sitzung des Bundestages, Befragung der Bundesregierung, Plenarprotokoll 19/159 v. 13.05.2020, S. 19706 (A).

7 So der Präsident des Deutschen Bundestages Wolfgang Schäuble, FAZ v. 09.05.2020, 4.

8 BVerfG, Urt. v. 05.05.2020 - 2 BvR 859/15 u.a. Rn. 111, Rn. 157.

9 BVerfG, Urt. v. 30.06.2009 - 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010/08 u.a. - BVerfGE 123, 267, 351.

10 Übersicht: Hufeld in: von Arnould/Hufeld, SK Lissabon-Begleitgesetze, 2. Aufl. 2018, § 1 Rn. 26 ff.

11 BVerfG, Urt. v. 30.07.2019 - 2 BvR 1685/14, 2 BvR 2631/14 Rn. 141.

ben „Bundestag und Bundesregierung aktiv auf die Befolgung und Beachtung der Grenzen des Integrationsprogramms hinzuwirken“.¹²

Die Verantwortung für gute, freilich zugleich streng vertragskonforme Europapolitik erweist sich im Kontext der Wirtschafts- und Währungsunion (WWU) als doppelt anspruchsvolle Herausforderung. Einerseits hat „gute Politik“ auf diesem Feld mit dem Wagnis der Asymmetrie zu tun: mit der ausschließlichen Kompetenz der Union für expertokratische Währungspolitik (Art. 3 Abs. 1 Buchst. c) AEUV) und mit den zwar koordinierungspflichtigen (Art. 119 Abs. 1 AEUV), aber vielfach geteilten, unübersichtlich zerklüfteten Zuständigkeiten für Wirtschaftspolitik. Die Mitgliedstaaten, zumal die nationalen Parlamente sind in der Sozial-, Steuer- und Haushaltspolitik wichtige Akteure geblieben. Das ist die historische Systemscheidung von Maastricht. Andererseits ist „Wirtschaftspolitik“ keine periphere Residualkompetenz, sondern – nur wenig zugespitzt – das Politische schlechthin: „It's the economy stupid!“. Indem das BVerfG hartnäckig die „Unterscheidung zwischen Wirtschafts- und Währungspolitik“¹³ verfißt, schützt es mit der Asymmetrie den großen europäischen Politikvorbehalt.

Das BVerfG qualifizierte das Wagnis der Asymmetrie im Oktober 1993 ausdrücklich als offene Entscheidung in der Verantwortung der Politik. Das Maastricht-Urteil zog bereits in der Gründungsphase der Währungsunion die Notwendigkeit „alsbaldiger Ergänzung“ in Betracht. Diese aber setze ein Vertragsänderungsverfahren und „dementsprechend eine weitere parlamentarische Zustimmung voraus“.¹⁴ Mit allem Nachdruck betonte der Senat die politische Verantwortung für beide Szenarien – für das fortgesetzte Wagnis der Asymmetrie ebenso wie für den Um- und Ausbau, falls das Wagnis scheitert: „Die Währungsunion ohne eine gleichzeitige oder unmittelbar nachfolgende politische Union zu vereinbaren und ins Werk zu setzen, ist eine politische Entscheidung, die von den dazu berufenen Organen politisch zu verantworten ist. Stellt sich heraus, daß die gewollte Währungsunion in der Realität ohne eine (noch nicht gewollte) politische Union nicht zu verwirklichen ist, bedarf es einer erneuten politischen Entscheidung“.¹⁵ Offen sei auch, ob die Währungs- eine Wirtschaftsunion „zur Folge haben oder aber der fehlende Wille der Mitgliedstaaten zu einer vergemeinschafteten Wirtschaftspolitik und einem damit verbundenen ‚dominanten Haushalt‘ der Gemeinschaft [...] den zukünftigen Verzicht auf eine Währungsunion und eine dementsprechende Vertragsänderung bedingen wird“.¹⁶

Die Verweise auf politische Entscheidungen in der Prozedur der Vertragsänderung stellten jede Variante der Fortentwicklung unter Politikvorbehalt. Das Maastricht-Fundament trägt die asymmetrische WWU. Deren Begründung

setzt eine andere, politisch gewollte Statik voraus. Mit alledem war ein Szenario des politisch unbeherrschbaren Automatismus¹⁷ ebenso kategorisch ausgeschlossen wie ein Selbstermächtigungsmandat der Unionsorgane. Daran knüpft das PStP-Urteil vom 05.05.2020 an. Wenn sich der Ankauf von Staatsanleihen durch das EZSB in der Sache als Gewährung von Finanzhilfen darstelle, handele es sich um eine der EU untersagte Maßnahme der Wirtschaftspolitik.¹⁸ Diese aber wird strukturell möglich, wenn die EZB ihr Mandat überschreitet und der EuGH auf Kontrolle verzichtet: „Indem der Gerichtshof für die Abgrenzung zwischen Wirtschafts- und Währungspolitik die von der EZB angegebene Zielsetzung unbesehen und ohne Rücksicht auf die vorhersehbaren und/oder – unter Umständen sogar vorrangig – intendierten, jedenfalls aber in Kauf genommenen wirtschafts- und fiskalpolitischen Konsequenzen des Programms hinnimmt, ermöglicht er dem EZSB eine eigenständige Disposition über die Reichweite der ihm von den Mitgliedstaaten zur Ausübung überlassenen Kompetenzen [...] damit de facto eine (begrenzte) Kompetenz-Kompetenz“.¹⁹

Damit schließt sich der Kreis. Der Tenor des Urteils (Ziffer 3) verpflichtet seine Adressaten – die Bundesregierung und den Bundestag –, einer „politisch nicht mehr steuerbaren“²⁰ Erosion mitgliedstaatlicher Kompetenzen im Bereich der Wirtschafts- und Fiskalpolitik entgegenzutreten. Der Senat macht kein Hehl daraus, dass mehr auf dem Spiel steht als die konkret streitbefangene geldpolitische Maßnahme: „Die Abgrenzung von Wirtschafts- und Währungspolitik betrifft eine über den Einzelfall hinausgehende politische Grundentscheidung, die mit erheblichen Konsequenzen für die Verteilung von Macht und Einfluss in der Europäischen

12 BVerfG, Ur. v. 05.05.2020 - 2 BvR 859/15 u.a. Rn. 231; BVerfG, Ur. v. 30.07.2019 - 2 BvR 1685/14, 2 BvR 2631/14 Rn. 145.

13 BVerfG, Ur. v. 05.05.2020 - 2 BvR 859/15 u.a. Rn. 127, 136, 139, 141 ff., 153, 159, 162.

14 BVerfG, Ur. v. 12.10.1993 - 2 BvR 2134, 2159/92 - BVerfGE 89, 155, 206; P. Kirchhof, NJW 2020, 2057, 2062: „der zentrale Rechtsquellengedanke für Europarecht“.

15 BVerfG, Ur. v. 12.10.1993 - 2 BvR 2134, 2159/92 - BVerfGE 89, 155, 207, dort der Klammerzusatz.

16 BVerfG, Ur. v. 12.10.1993 - 2 BvR 2134, 2159/92 - BVerfGE 89, 155, 206.

17 BVerfG, Ur. v. 12.10.1993 - 2 BvR 2134, 2159/92 - BVerfGE 89, 155, 207: „... die Währungsunion nach dem jetzigen Vertrag eine politische Union ebensowenig wie eine Wirtschaftsunion automatisch nach sich zu ziehen vermag“.

18 BVerfG, Ur. v. 05.05.2020 - 2 BvR 859/15 u.a. Rn. 135, in Anknüpfung an den PStP-Vorlagebeschl. v. 18.07.2017 - 2 BvR 859/15 u.a. Rn. 108 f.

19 BVerfG, Ur. v. 05.05.2020 - 2 BvR 859/15 u.a. Rn. 136.

20 BVerfG, Ur. v. 05.05.2020 - 2 BvR 859/15 u.a. Rn. 157.

Union verbunden ist.“²¹ Niemand sollte einem mitgliedstaatlichen Verfassungsgericht verargen, dass es im Zeichen des Art. 5 Abs. 2 EUV über die Verteilung von Macht und Einfluss judiziert. Das ist seine vornehmste Aufgabe, solange die Verteilungsmacht den Mitgliedstaaten gehört. Und niemand sollte dem BVerfG eine vereinzelte, „sehr deutsche“, staatsrechtlich verengte Sicht vorwerfen. Grundlage für die Verteilung von Macht und Einfluss in der EU ist das Ermächtigungsprinzip.²² Jede Selbstermächtigung erübrigt Vertragsänderung und verkleinert die Politiksubstanz des Art. 48 EUV: die gemeinsame (Abs. 4 UAbs. 1) und die je einzelne (Abs. 4 UAbs. 2) politische Hoheit über die Integrationsverfassung. Der Bundestag darf sich seine politische Hoheit aus Art. 23 GG, Art. 48 EUV nicht streitig machen lassen. Das ist seine Verantwortung.

2. Integrationsverantwortung als Bürgerrecht

Auch der individuellen Klagbarkeit der Integrationsverantwortung hat das Maastricht-Urteil vorgearbeitet. Seit 1993 baut das BVerfG auf jene Grundformel, die das Wahlrecht zum Deutschen Bundestag mit dem Ermächtigungsprinzip verknüpft.²³ Wenn und weil Art. 38 Abs. 1 GG nicht nur einen Wahlakt schützt, sondern auch seinen Entscheidungsgehalt und den demokratisch effektiven Stimmerfolg, muss die Wahlentscheidung politisch bedeutsam bleiben. Nur aus dem Politikgehalt der Wahl erwächst Legitimation. Wenn das Demokratieprinzip für „alle“ an das Grundgesetz gebundene Staatsgewalt gilt (Art. 20 Abs. 2 GG), dann auch für die staatliche Integrationsgewalt und die Kompetenz- und Legitimationsweitergabe in den Verfahren der Art. 23 GG, Art. 48 EUV. Einer Unionsgewalt ohne Ermächtigungs- und Legitimationsrückhalt fehlt alles, demokratische Vergangenheit und politische Zukunft. Sie ist hohle und brüchige Kompetenzanmaßung.

Der Zweite Senat des BVerfG hat das Konzept der Subjektivierung seit der Auseinandersetzung mit den Maastrichter Verträgen in zweieinhalb Jahrzehnten kontinuierlich fortentwickelt²⁴ und in der OMT/PSPP-Judikatur befestigt im „Anspruch darauf, dass eine Verlagerung von Hoheitsrechten nur in den dafür vorgesehenen Formen“²⁵ des Integrationsverfassungsrechts stattfindet. Im Patengericht-Beschluss vom 13.02.2020 hat sich der Anspruch auf Formenbindung vollends verselbstständigt im Recht auf „formelle Übertragungskontrolle“.²⁶ Ein qualifizierter Substanzbezug zum „Kern des Demokratieprinzips“ wird nicht mehr geprüft, sondern unterstellt. Die Wahlberechtigten haben aus Art. 38 Abs. 1 GG einen unbedingten Anspruch darauf, dass die formellen Voraussetzungen des Art. 23 Abs. 1 GG für eine Übertragung von Hoheitsrechten eingehalten werden.²⁷

Mit der Ultra-vires-Rüge tadelt der Beschwerdeführer direkt Bundesregierung und Bundestag. Er rügt deren (be-

hauptete) Bereitschaft, den Ultra-vires-Akt hinzunehmen. Indirekt greift er den (vermeintlich) haltlosen Unionsakt an. Dessen Haltbarkeit ist die alles entscheidende „Vorfrage“.²⁸ Die Vorfrage beantwortet das BVerfG allerdings nur ausnahmsweise eigenständig und freihändig (unten III.). Vorher muss der Dialog mit dem EuGH, das kooperative Gespräch über die Rechtslage im Vorlageverfahren des Art. 267 AEUV, konfrontativ gescheitert sein.

II. Die Ultra-vires-Kontrolle

Der Hoheitsakt der Union – ein Programm der EZB, ein Urteil des EuGH – ohne Rückhalt in der staatlich-vertraglichen Ermächtigung verletzt als ausbrechender Rechtsakt²⁹ Unionsrecht und Verfassungsrecht. Die primärrechtliche Klarstellung, dass alle nicht übertragenen Zuständigkeiten bei den Mitgliedstaaten „verbleiben“ (Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 2 Satz 2 EUV), verpflichtet den EuGH und das BVerfG. Wer die justizielle Konkurrenz in der Verbandsgerichtsbarkeit mit dem Mandat des EuGH vollständig und vorbehaltlos erledigt sieht, bringt gegen das Fundamentalprinzip der begrenzten Einzelermächtigung eine ihrerseits begrenzte Einzelermächtigung (Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV) in Stellung. Eine unbegrenzte Ge-

21 BVerfG, Ur. v. 05.05.2020 - 2 BvR 859/15 u.a. Rn. 159.

22 Rathke in: von Arnald/Hufeld, SK Lissabon-Begleitgesetze, 2. Aufl. 2018, § 7 Rn. 20 ff.; Hufeld in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 2012, Bd. X, § 215 Rn. 30 ff.

23 BVerfG, Ur. v. 12.10.1993 - 2 BvR 2134, 2159/92 - BVerfGE 89, 155, 171: „Die Verbürgung erstreckt sich auch auf den grundlegenden demokratischen Gehalt dieses Rechts ...“.

24 Wichtige Zwischenstation: BVerfG, Ur. v. 07.09.2011 - 2 BvR 987/10 u.a. zur „Rügemöglichkeit“ im Verfahren der Verfassungsbeschwerde, bezogen und beschränkt „auf Strukturveränderungen im staatsorganisationsrechtlichen Gefüge, wie sie etwa bei der Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union eintreten können“.

25 PSPP-Vorlage: BVerfG, Beschl. v. 18.07.2017 - 2 BvR 859/15 u.a. Rn. 50; OMT-Schlussurteil: BVerfG, Ur. v. 21.06.2016 - 2 BvR 2728/13 u.a. - Leitsatz 1 und 174 Rn. 82; Ohler, jM 2016, 418, 422.

26 BVerfG, Beschl. v. 13.02.2020 - 2 BvR 739/17 - Leitsatz 1.

27 BVerfG, Beschl. v. 13.02.2020 - 2 BvR 739/17 Rn. 137. Kritik: Sondergutachten der Richterinnen König und Langenfeld und des Richters Maidowski, BVerfG, Beschl. v. 13.02.2020 - 2 BvR 739/17 Rn. 4: „Die der formellen Übertragungskontrolle zugrundeliegende Erweiterung des Rechts aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG verkennt dessen Substanz und Grenzen. Für eine Verletzung der Substanz des Wahlrechts, verstanden als den in der Würde des Menschen wurzelnden Kern des Demokratieprinzips, ist in einem Fall, in dem es um die Nichtbeachtung formeller Voraussetzungen des Zustimmungsgesetzes geht, kein Raum“.

28 BVerfG, Ur. v. 05.05.2020 - 2 BvR 859/15 u.a. Rn. 89 zum tauglichen Beschwerdegegenstand: „Untätigkeit von Bundesregierung und Bundestag in Ansehung des PSPP“ – PSPP als „Vorfrage“.

29 BVerfG, Ur. v. 12.10.1993 - 2 BvR 2134, 2159/92 - BVerfGE 89, 155, 188.

richtsvollmacht ist vertraglich nicht verabredet. Sie passt nicht zu einer Union der abgeleiteten Zuständigkeiten. Die Hohen Vertragsparteien, deren Völker die Union legitimieren³⁰ und konstituieren (Art. 1 EUV), stehen in der Pflicht, die „Grenzdurchbrechung“³¹ des EuGH zu kontrollieren. „Gäbe es für derartige Fälle keinerlei Kontrolle, hätte der EuGH als Organ eine Kompetenz-Kompetenz, die der Körperschaft, der Union, nicht zukommt.“³²

1. Schutz des WWU-Politikarrangements

Die Ultra-vires-Kontrolle begegnet nicht irgendeinem Fehler in Brüssel oder Frankfurt, sondern der Kompetenzusurpation mit dem Segen aus Luxemburg. Allerdings demonstriert der historisch erste Anwendungsfall vom 05.05.2020 überdeutlich, dass der Kontrollmodus auch positive Effekte zeitigt und im WWU-Kontext ein spezifisches Politikarrangement schützt. Das PSPP-Urteil des BVerfG will Wirtschaftspolitik in den Politik-Arenen der Hauptstädte (Brüssel eingeschlossen!) vor expansiver, aus- und übergreifender Geldpolitik abgeschirmt sehen, damit zugleich „Politik im Streit“ gegen „Frankfurter Fachlichkeit“, endlich auch die politische Bestimmungsmacht über die Balance einer asymmetrischen WWU. Die Urteilskritik, die sich allein auf die Kosten des Karlsruhe-Luxemburg-Konflikts kapriziert, verfehlt die primärrechtsstabilisierende Wirkung des Urteils in drei Dimensionen.

Erstens: Die EZB ist unabhängig „in der Ausübung ihrer Befugnisse“ (Art. 282 Abs. 3 Satz 3 AEUV), nicht jedoch befügt, über ihre Kompetenzausstattung zu befinden, also nicht unabhängig in der Disposition über ihr Mandat.³³ Zu ihren „grundlegenden Aufgaben“ gehört, die Geldpolitik „der Union“ festzulegen und auszuführen (Art. 127 Abs. 2 AEUV), indessen sie die allgemeine Wirtschaftspolitik „in der Union“ lediglich unterstützen darf (Art. 127 Abs. 1 Satz 2 AEUV). Die EZB agiert im Sonderstatus: programmatisch streng auf Preisstabilität als „vorrangiges Ziel“ verpflichtet (Art. 127 Abs. 1 Satz 1 AEUV), supranational, zentral in der ESZB-Leitungsfunktion (Art. 282 Abs. 2 Satz 1 AEUV), expertokratisch, bestenfalls rational. Eine parallel-konfigurierte Wirtschaftsregierung gibt es nicht.³⁴

Zweitens: Wirtschaftspolitik greift thematisch weit aus, ungewiss weit; eine verlässliche Definition fehlt; das macht sie politisch noch interessanter, noch wichtiger. Sie durchdringt alle Politikbereiche, findet auf allen Ebenen statt, auch regional und kommunal. Sie sperrt sich gegen einen „Maastricht-Federstrich“, der mit Datum des Inkrafttretens integriert, auf ein Ziel programmiert, zentralisiert und rationalisiert. Wirtschaftspolitik bleibt das entwicklungs-offene Gestaltungsprojekt in allen Arenen, Hauptgegenstand der politischen Auseinandersetzung, das allgemeine und allgegenwärtige Politikum. Ihre Gestaltungs-offenheit korres-

pondiert mit einer Streit- und Demokratieverpflichtung. Auf Entlastung in Frankfurt zu hoffen, mag reizvoll sein für Regierungen, die „gesunde öffentliche Finanzen“ (Art. 119 Abs. 3 AEUV) nicht durchsetzen und sich in der offenen wirtschaftspolitischen Debatte nicht behaupten können. Doch die Regierungen, die Entlastung in Frankfurt suchen, belasten die EZB mit mandatsfremder Macht und riskieren immer neue Belastungsproben in der – asymmetrischen – WWU-Kompetenzordnung.³⁵

Drittens: Im Zeichen der Asymmetrie ist die Debatte über Belastbarkeit, Fortsetzung oder Begradigung einer nur „teilsupranationalisierten“ WWU verfassungspolitisch zu führen. Die Reform ist hochgradig auf demokratische Legitimation angewiesen. Eine expertokratische Beruhigung von Frankfurt aus wäre ein Übergriff in den Politikraum des Art. 48 EUV (oben I. 1.). Das BVerfG hat bereits im OMT-Verfahren³⁶ auf die überschießenden Folgen einer Geldpolitik aufmerksam gemacht, die Wirtschaftspolitik substituiert, damit aber auch alle Prozeduren der Demokratie erübrigt: „Entscheidungen über die Auswahl von Instrumenten zur Stabilisierung der Währungsunion oder über die Zusammensetzung des Euro-Währungsgebiets hängen in besonderer Weise vom demokratischen Prozess in den Mitgliedstaaten ab.“³⁷ Eben diese Bedeutsamkeit – die „strukturell bedeutsame Kompetenzverschiebung zulasten der Mitgliedstaaten“³⁸ – erklärt wesentlich das PSPP-Urteil vom 05.05.2020.

2. Grenzkontrolle als Grenz-drama

„Strukturelle Bedeutsamkeit“ ist ebenso wie „Offensichtlichkeit“ des Übergriffs ein Honeywell-Kriterium. Der Honeywell-Beschluss des BVerfG vom 06.07.2010 hatte die Ultra-vires-Kontrolle „zurückhaltend und europarechtsfreundlich“³⁹ entschärft. Diese Entschärfung – damals im

30 Gerhardt, NVwZ-Beilage 2013, 53, 54.

31 BVerfG, Ur. v. 30.06.2009 - 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010/08 u.a. - BVerfGE 123, 267, 353.

32 Gerhardt, ZRP 2010, 161, 163.

33 BVerfG, Ur. v. 05.05.2020 - 2 BvR 859/15 u.a. Rn. 143; Haltern, NVwZ 2020, 817, 821 f.

34 Hufeld in: Müller-Graff, Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, Bd. 4, 2. Aufl. 2020, § 24 Rn. 182 ff.

35 Issing, FAZ v. 16.05.2020, 22; Haltern, NVwZ 2020, 817, 822 f.

36 Ohler, jM 2016, 418 ff.

37 BVerfG, Beschl. v. 14.01.2014 - 2 BvR 2728/13 u.a. Rn. 40.

38 BVerfG, Ur. v. 05.05.2020 - 2 BvR 859/15 u.a. Rn. 157; zugleich Erfordernis der zulässigen Verfassungsbeschwerde, BVerfG, Beschl. v. 26.05.2020 - 2 BvR 43/16 Rn. 12: „Für die Ultra-vires-Rüge ist eine hinreichend substantiierte Darlegung eines offensichtlichen und strukturell bedeutsamen Kompetenzverstößes notwendig“.

39 BVerfG, Beschl. v. 06.07.2010 - 2 BvR 2661/06 - BVerfGE 126, 286, 303.

Senat umstritten⁴⁰ – stärkte den Primat der EuGH-Rechtsprechung, auch dessen Befugnis zur Rechtsfortbildung. Diese sollte erst dort an Grenzen stoßen, „wo Rechtsprechung über den Einzelfall hinaus politische Grundentscheidungen trifft oder durch die Rechtsfortbildung strukturelle Verschiebungen im System konstitutioneller Macht- und Einflussverteilung stattfinden“.⁴¹ Zehn Jahre nach Honeywell wird sichtbar: Die damalige Beschränkung der Grenzkontrolle hat den Grenzfall dramatisiert. Mit den Kriterien von 2010 war die „Grenzdurchbrechung“⁴² zum Grenzdrاما, zum Extremfall geworden, der nicht weniger voraussetzt als die Befunde, dass die Unionsorgane „hinreichend qualifiziert“, „offensichtlich“ und „strukturell bedeutsam“⁴³ eine Verschiebung im Kompetenzgefüge zulasten der Mitgliedstaaten herbeiführen.

Folgerichtig hat der Senat nach Honeywell das Kriterium der strukturellen Bedeutsamkeit mit dem Vertragsvorbehalt verknüpft: Kompetenzverschiebung ultra vires zulasten der Mitgliedstaaten findet statt, wenn die fragliche Kompetenz „eine Vertragsänderung nach Art. 48 EUV oder die Inanspruchnahme einer Evolutivklausel erfordert“.⁴⁴ Diese Rücksicht auf den großen europäischen Politikvorbehalt (oben I.) schuldet auch der Gerichtshof als Kontrolleur des Europäischen Systems der Zentralbanken: „Der Erlass wirtschaftspolitischer Maßnahmen durch das ESZB (Europäisches System der Zentralbanken) erforderte eine Vertragsänderung nach Art. 48 EUV.“⁴⁵ Mit dem Art. 48-Vorbehalt ist unvereinbar, dass der EuGH die Grenzkontrolle der Geldpolitik im OMT-Urteil Peter Gauweiler⁴⁶ reduziert und im PSPP-Urteil Heinrich Weiss⁴⁷ minimiert. Wenn tatsächlich im Kontrollmaßstab vor Gericht „die Unterscheidung zwischen Wirtschafts- und Währungspolitik weitgehend aufgegeben“⁴⁸ wird – nicht nur punktuell im Einzelfall, sondern maßstäblich-strukturell –, leistete der Kontrolleur einer entpolitisierten Maastricht-Reform Vorschub. Das ist nicht nur vertragsförmlich (Art. 48 EUV) ausgeschlossen. Über die Umgestaltung der Wirtschafts- und Währungsunion kann nur politisch entschieden werden, nicht forensisch und nicht direktorial in den Gremien der EZB.

III. Die eigenständige Kompetenzgerichtsbarkeit des BVerfG

Damit nahm das Drama seinen Lauf. Eigentlich zielte die „Vorfrage“ (oben B. I. 2.) nur auf das PSPP. Doch im Honeywell-Gauweiler-Weiss-Kontinuum der Jahre 2010 bis 2020 konnte der Senat nicht mehr sicher sein, ob er nur mit fehlerhafter Subsumtion unter das Mandat „Geldpolitik“ zu tun hat – oder aber mit einer Inanspruchnahme von Kompetenz-Kompetenz und einer ungewissen Frankfurter WWU-Regentschaft, die in Luxemburg großzügig hingenommen wird.

Eine WWU, in der die EZB über ihre eigene Kompetenzausstattung, über Staatsfinanzierung, außerordentliche Finanzhilfen und die Zusammensetzung der Eurozone entscheidet, wäre auch nicht durch Vertragsänderung ins Werk zu setzen. Diese Reform wäre unvereinbar mit dem Demokratieprinzip⁴⁹ und deshalb mit Art. 23 GG nicht zu machen. In dieser Zone „unübertragbarer Kompetenz“ handelt es sich kontrolldogmatisch um Ultra-vires- und Identitätskontrolle im Überschneidungsbereich.⁵⁰ Das BVerfG hatte bereits im Honeywell-Beschluss darauf hingewiesen, dass sich die Ultra-vires-Kontrolle nicht beschränke auf Sachbereiche, „die zur verfassungsrechtlichen Identität der Mitgliedstaaten“ rechnen, „allerdings wiegen hier Kompetenzüberschreitungen besonders schwer“.⁵¹

Vor diesem Hintergrund wird die Rn. 164 des PSPP-Urteils vom 05.05.2020 verständlich. Sie ist das Zentrum der Entscheidung. Sie verkettet in nur zwei Sätzen den Gegenstand der Verfassungsbeschwerden (Integrationsverantwortung von Bundesregierung und Bundestag), die „Vorfrage“ nach der Primärrechtskonformität des PSPP, Abkehr und Freizeichnung vom EuGH-Urteil Heinrich Weiss, die Freisetzung einer „eigenständigen Prüfung dieser Vorfrage durch den Senat“ – und deren Ergebnis: Die PSPP-Beschlüsse seien „mangels hinreichender Erwägungen zur Verhältnismäßigkeit von der währungspolitischen Kompetenz der EZB“ nicht gedeckt. Auch in diesem Punkt war der EuGH vorgewarnt; die PSPP-Vorlage hatte Verhältnismä-

40 Sondervotum des Richters Landau, BVerfGE 126, 286, 318: „Die Senatsmehrheit überspannt die Anforderungen an die Feststellung eines Ultra-vires-Handelns“.

41 BVerfG, Beschl. v. 06.07.2010 - 2 BvR 2661/06 - BVerfGE 126, 286, 306.

42 BVerfG, Urtr. v. 30.06.2009 - 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010/08 u.a. - BVerfGE 123, 267, 353.

43 BVerfG, Beschl. v. 06.07.2010 - 2 BvR 2661/06 - BVerfGE 126, 286, 306.

44 BVerfG, Urtr. v. 05.05.2020 - 2 BvR 859/15 u.a. Rn. 110; zuvor BVerfG, Urtr. v. 21.06.2016 - 2 BvR 2728/13 u.a. Rn. 151; BVerfG, Urtr. v. 30.07.2019 - 2 BvR 1685/14, 2 BvR 2631/14 Rn. 153; auch BVerfG, Urtr. v. 12.10.1993 - 2 BvR 2134, 2159/92 - BVerfGE 89, 155, 210: Unterscheidung von Vertragsauslegung und „Vertragserweiterung“; P. Kirchhof, NJW 2020, 2057, 2058 f.: „Grenzmarkierung zur Vertragsänderung“.

45 BVerfG, Urtr. v. 05.05.2020 - 2 BvR 859/15 u.a. Rn. 160.

46 EuGH, Urtr. v. 16.06.2015 - C 62/14.

47 EuGH, Urtr. v. 11.12.2018 - C-493/17; dazu Broemel, ZG 2019, 276; Simon/Rathke, EuZW 2020, 500, 501: „kompetenziellen Fragestellungen nicht einmal im Ansatz nachgegangen“.

48 BVerfG, Urtr. v. 05.05.2020 - 2 BvR 859/15 u.a. Rn. 162.

49 BVerfG, Urtr. v. 12.10.1993 - 2 BvR 2134, 2159/92 - BVerfGE 89, 155, 209.

50 Hufeld in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 2012, Bd. X, § 215 Rn. 62 ff.; Simon/Rathke, EuZW 2020, 500, 502.

51 BVerfG, Beschl. v. 06.07.2010 - 2 BvR 2661/06 - BVerfGE 126, 286, 307.

Bigkeit als Kompetenzkriterium und Kontrollmodus vielfach thematisiert.⁵²

Wer die Tiefenschichten der Entscheidung mitbedenkt, ihre Fundamente in der Maastricht-, Lissabon- und Honeynwell-Judikatur und die Entwicklungsgeschichte seit der OMT-Vorlage 2014, wird nicht ernsthaft behaupten, das BVerfG habe sich den Zugang zur PSPP-Kontrolle „durch die Hintertüre der Verhältnismäßigkeit“ erschlossen.⁵³ Der verhältnismäßige Zuschnitt der Maßnahme (Art. 5 Abs. 4 EUV) gehört zu den Methoden der (Selbst-) Begrenzung und föderalen Kompetenzabgrenzung, die bereits das Maastricht-Urteil eingefordert und ausdrücklich auch gegen die ausschließliche Gemeinschaftszuständigkeit in Stellung gebracht hatte.⁵⁴ Auch sollte niemand bestreiten, dass eine geldpolitische Maßnahme mehr oder weniger treffsicher konzipiert sein, auch in ihrer Wirksamkeit nachlassen kann und wirtschaftspolitischen Auswirkungen – seien sie unvermeidlich oder strategisch (mit) gewollt – ein kompetenziell relevantes Übergewicht zuwachsen mag.⁵⁵

Mit der Ultra-vires-Feststellung vom 05.05.2020 entfällt die Bindungswirkung des EuGH-Urteils Heinrich Weiss und werden die PSPP-Beschlüsse der EZB unanwendbar, freilich nur „in Deutschland“ und „für deutsche Verfassungsorgane, Behörden und Gerichte“. Indessen haben das ESZB und der EZB-Rat in der „Übergangsfrist von höchstens drei Monaten“ Gelegenheit, „in einem neuen Beschluss“ die Verhältnismäßigkeit nachvollziehbar darzulegen.⁵⁶

C. Von der Konfrontation zur Kooperation

Die Kooperation zwischen BVerfG und EuGH ist punktuell gescheitert, fürs erste einmalig. Darin liegt eine Chance. Zualterer ist an die Primärverantwortung der EZB zu erinnern. Sie darf sich nicht abschotten. Sie muss sich und ihre Expertokratie verständlich machen. Die funktionsgerechte Begründung (Art. 296 Abs. 2 AEUV) ermöglicht Kontrolle (unten I.) und Rechenschaft in monetären Dialogen (unten II.). Eine Zentralbank, die „Eignung, Wirkung und Nebenwirkungen der geldpolitischen Maßnahmen“ aufdeckt, die „Abwägung transparent durchführt“⁵⁷ und Grenzbelastungsproben vermeidet, wird das Kooperationsverhältnis zwischen BVerfG und EuGH (unten III.) nicht strapazieren.

I. Goldene Brücke

Das Verhältnismäßigkeitskriterium ist keine Hintertür, sondern eine goldene Brücke – für die EZB und ihre Kontrolleure. Indem die Zentralbank der Geldpolitik ein zielbewusstes, wohlhabgewogenes und transparentes Format gibt, findet sie zu einem fundierten Mandat mit festen Außengrenzen. Zumutungen der Fiskalpolitik kann sie leichter zurückwei-

sen. Vor allem aber kann sie das expertokratisch bestimmte Proprium und die begrenzte Reichweite der Geldpolitik systematisch ausweisen und damit den EuGH befähigen, „judiziell formulierbare Nachfragen“⁵⁸ so zu stellen, dass Inhalts- und Grenzkontrolle unterscheidbar werden. Der Inhalt der Geldpolitik gehört der EZB, die Grenzkontrolle dem EuGH. Im „Kommunikationsraum Verhältnismäßigkeit“ kann die EZB geldpolitisches Ermessen absichern und ihre strikte Ausrichtung auf Preisstabilität verlässlich untermauern. Das gilt insbesondere für Krisenprogramme, die als außerordentliche Notmaßnahmen ausgeflaggt werden, wie nunmehr die Corona-Operation PEPP.⁵⁹ (Selbst-)Kontrolle entlang der Verhältnismäßigkeit hält die Balance zwischen Mandat und Rechenschaft.

Der Beschluss des Deutschen Bundestages vom 02.07.2020⁶⁰ entspricht dieser Erwartung. Förmlich nimmt das Parlament mit Blick auf die „nach der Gerichtsentscheidung veröffentlichten Informationen“ zur Kenntnis, dass sich der EZB-Rat auf eine kompetenzgerechte „Abwägung der betroffenen Belange und eine Gewichtung der berührten Interessen“ eingelassen, auch erkannt habe, „dass unerwünschte Effekte im Zeitverlauf zunehmen und letztlich die insgesamt positiven Effekte übersteigen könnten“. Der Bundestag hält die Vorgaben des Urteils „für erfüllt“. Das historische Dokument bestätigt eindrucksvoll: Rechenschaft der EZB befähigt die integrationspolitisch, aber auch integrationsrechtlich zuständigen Parlamente, ihre Verantwortung wahrzunehmen, ohne die Unabhängigkeit der EZB in Frage zu stellen.

II. Monetäre Dialoge

Die EZB ist unabhängig in der Wahrnehmung ihrer Aufgabe, nicht jedoch freigezeichnet von Begründung und Rechen-

52 BVerfG, Beschl. v. 18.07.2017 - 2 BvR 859/15 u.a. - Vorlagefragen 3 c), 3 d) und 4.

53 So aber der vormalige deutsche EuGH-Richter Günter Hirsch, FAZ v. 20.05.2020, 6.

54 BVerfG, Urte. v. 12.10.1993 - 2 BvR 2134, 2159/92 - BVerfGE 89, 155, 212: „grundlegendes Prinzip“.

55 Anders, schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar: Sachverständiger Fratzscher, Anhörung im Ausschuss für die Angelegenheiten der EU am 25.05.2020, StenProt 19/64, S. 13 f.; vgl. demgegenüber die Stellungnahme des Sachverständigen D. Meyer, Drs. 19(21)96, S. 1 ff.

56 BVerfG, Urte. v. 05.05.2020 - 2 BvR 859/15 u.a. Rn. 163 und Rn. 234 f.

57 Zitate: Bundesbankpräsident Weidmann, FAS v. 21.06.2020, 25.

58 Müller-Graff, EuZW 2019, 172, 173. Vgl. EuGH, Urte. v. 16.06.2015 - C 62/14 Rn. 70.

59 Pandemic Emergency Purchase Programme der EZB v. 24.03.2020: ABl. EU 2020 L 91, S. 1.

60 BT-Drs. 19/20621, angenommen gegen die Stimmen der AfD-Fraktion bei Enthaltung der Fraktion Die Linke, Plenarprotokoll 19/170 v. 02.07.2020, S. 21283 (A).

schaft. „Rechenschaft abzulegen und Unabhängigkeit sind doch sowieso zwei Seiten ein und derselben Medaille.“⁶¹ Foren der Erörterung und Verständigung sind wohletabliert: Die EZB berichtet vierteljährlich über die Tätigkeit des ESZB (Art. 15 Satzung EZB/ESZB) und legt insbesondere dem Europäischen Parlament Jahresberichte vor (Art. 284 Abs. 3 UAbs. 1 AEUV). Die EZB-Präsidentin und die Direktoriumsmitglieder können vor den zuständigen Ausschüssen des Europäischen Parlaments gehört werden (Art. 284 Abs. 3 UAbs. 2 AEUV). Von der Direktbeziehung zwischen Europäischem Parlament und EZB profitiert auch der Deutsche Bundestag. Dem Ausschuss für die Angelegenheiten der EU gehören „berufene“ deutsche Abgeordnete des Europäischen Parlaments als „mitwirkungsberechtigte Mitglieder“ an (§ 93b Abs. 8 GOBT). Auch zwischen dem Finanzausschuss und der Bundesbank finden monetäre Dialoge statt. Die Bundesbank berät die Bundesregierung (§ 13 Abs. 1 BBankG). Allerdings können Regierung und Parlament ihre Integrationsverantwortung nur im europäischen Verbund wahrnehmen. Die Bundesregierung entsendet Mitglieder in den Ministerrat, der die EZB-Präsidentin zu Tagungen einlädt, wenn der Rat „Fragen im Zusammenhang mit den Zielen und Aufgaben des ESZB erörtert“ (Art. 284 Abs. 2 AEUV). Nicht zuletzt sieht der Vertrag über Stabilität, Koordination und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion (VSKS, sog. Fiskalvertrag) eine „Konferenz von Vertretern der zuständigen Ausschüsse des Europäischen Parlaments und von Vertretern der zuständigen Ausschüsse der nationalen Parlamente“ vor (Art. 13 VSKS). Die interparlamentarische Artikel-13-Konferenz kann als Forum und Vorposten der letztverantwortlichen Versammlungen auf europäischer und nationaler Ebene gelten.⁶² Die Parlamente repräsentieren die und entscheiden für die Herren der Verträge, ihnen ist der WWU-Politikvorbehalt anvertraut, sie tragen die Verantwortung für die Statik der Wirtschafts- und Währungsunion.

III. Erneuerung der Kooperation

Der EuGH judiziert im Alltag als Fachgericht, dessen Bedeutung mit dem unaufhörlichen Wachstum des „unionsrechtlichen Fachrechts“⁶³ stetig mitwächst. Zugleich zuständig für Unionsbürgerrechte, für Organ- und Verbandskompetenzen nimmt er verfassungsgerichtliche Funktionen wahr. Zur Kontrolle der EZB hat er sich selbstverständlich bekannt. Betraut mit der „Wahrung“ des Primärrechts (Art. 19 EUV), befindet er über einzelne Unionskompetenzen, aber auch über Einzelermächtigung als Prinzip und gewährleistet er den Politikvorbehalt des Art. 48 EUV. Im Dialog mit der nationalen Verfassungsgerichtsbarkeit über Verbandskompetenzen ist er nicht nur der Verbandspersönlichkeit Union (Art. 47 EUV) verpflichtet, sondern der Gesamtunion, der

Union der Staaten, der Union der Völker Europas (Art. 1 EUV). Sobald der EuGH diese Aufgabe wahrnimmt, seine gesamtföderale Funktion in echter, partnerschaftlich-dialogischer Kooperation⁶⁴ mit den mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichten, beendet er die irritierende Debatte über einen Kompetenzgerichtshof. Bestenfalls führt die Zuspitzung im PSPP-Konflikt zu einer Stärkung des EuGH. Seine Autorität ist in der europäischen Rechtsgemeinschaft unverzichtbar.

61 Bundesbankpräsident Weidmann, FAS v. 21.06.2020, 25.

62 Baddeley in: von Arnald/Hufeld, SK Lissabon-Begleitgesetz, 2. Aufl. 2018, § 15 Rn. 18.

63 BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019 - 1 BvR 276/17 - „Recht auf Vergessen II“ Rn. 78.

64 Kahl, NVwZ 2020, 824, 827.

Steuerrecht

Ausschluss des Werbungskostenabzugs und begrenzter Sonderausgabenabzug für Erstausbildungskosten verfassungsgemäß BVerfG, Beschl. v. 19.11.2019 - 2 BvL 22-27/14

RiLG Dr. Klaus Lieblich*

A. Problemstellung

Bis 2002 wurde zwischen steuerlich als Werbungskosten/Betriebsausgaben unbegrenzt abziehbaren Fort- und Weiterbildungskosten und allenfalls als Sonderausgaben beschränkt abziehbaren Berufsausbildungskosten differenziert.

Der BFH gab beginnend mit einer Entscheidung vom 17.12.2002¹ diese Differenzierung auf. Danach waren auch Kosten einer erstmaligen Berufsausbildung bei entsprechender Veranlassung unbegrenzt als Werbungskosten abziehbar. Zugleich waren sie als negative Einkünfte im Rahmen des vertikalen und horizontalen Verlustausgleichs mit anderen Einkünften verrechenbar. Ein Verlustvor- bzw. -rücktrag in den Grenzen des § 10d EStG war ebenfalls möglich.

* Der Beitrag wurde in nichtdienstlicher Eigenschaft verfasst und gibt die persönliche Auffassung des Autors wieder.

1 BFH, Urt. v. 17.12.2002 - VI R 137/01 - BStBl. II 2003, 407.

Aufgrund erwarteter Steuerausfälle² wurde durch das Gesetz zur Änderung der Abgabenordnung und weiterer Gesetze vom 21.07.2004³ u.a. durch den neu geschaffenen § 12 Nr. 5 EStG mit Wirkung zum 01.01.2004 geregelt, dass Aufwendungen des Steuerpflichtigen für seine erstmalige Berufsausbildung und für ein Erststudium nur als Sonderausgaben berücksichtigungsfähig sind, wenn diese nicht im Rahmen eines Dienstverhältnisses stattfinden; Berufsausbildungskosten waren nach § 10 Abs. 1 Nr. 7 EStG als Sonderausgaben i.H.v. 4.000 € begrenzt abziehbar.

Der BFH hat hierzu am 28.07.2011 entschieden, dass die Kosten für eine erstmalige Berufsausbildung bzw. ein Erststudium als vorab entstandene (vorweggenommene) Werbungskosten bzw. Betriebsausgaben steuerlich abziehbar seien. Der auf 4.000 € begrenzte Sonderausgabenabzug solcher Kosten nach § 10 Abs. 1 Nr. 7 EStG und § 12 Nr. 5 EStG stehe dem nicht entgegen; der (unbegrenzte) Abzug von Erstausbildungskosten als Werbungskosten bzw. Betriebsausgaben sei gegenüber dem (begrenzten) Sonderausgabenabzug vorrangig.⁴

Hierauf hat der Gesetzgeber umgehend durch das BeitrRLUmsG vom 07.12.2011⁵ reagiert. Durch § 9 Abs. 5 EStG und § 4 Abs. 9 EStG wurden rückwirkend ab dem Veranlagungszeitraum 2004 (§ 52 Abs. 23d i.d.F. des BeitrRLUmsG) Aufwendungen für eine erstmalige Berufsausbildung oder für ein Erststudium, das zugleich eine Erstausbildung vermittelt, vom Werbungskosten- und Betriebsausgabenabzug ausgeschlossen, wenn diese Berufsausbildung oder das Erststudium nicht im Rahmen eines Dienstverhältnisses stattfindet. Durch dieses Abzugsverbot sollte die Grundentscheidung des Gesetzgebers verdeutlicht werden, dass die erste Berufsausbildung und das Erststudium als Erstausbildung der privaten Lebensführung zuzuordnen seien.⁶ Im Gegenzug wurde der Sonderausgabenabzug ab dem Veranlagungszeitraum 2012 von 4.000 € auf 6.000 € angehoben.

Der 6. Senat des BFH ging in sechs inhaltsgleichen Beschlüssen vom 17.07.2014 von der Verfassungswidrigkeit von § 9 Abs. 6 EStG i.d.F. des BeitrRLUmsG aus und holte deswegen beim BVerfG eine Entscheidung ein, ob die Vorschrift mit dem Grundgesetz vereinbar ist.⁷ Nach dem BFH verstoße die Regelung gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG in der Ausprägung des daraus abgeleiteten verfassungsrechtlichen Gebots der Besteuerung nach der finanziellen Leistungsfähigkeit und des Gebots der Folgerichtigkeit. Die Vorschrift gehe typisierend davon aus, dass die erste Ausbildung außerhalb eines Dienstverhältnisses niemals, aber die im Rahmen eines Dienstverhältnisses durchgeführte Berufsausbildung stets einen hinreichenden Veranlassungszusammenhang zur späteren Berufstätigkeit aufweisen könne und dies auch für alle zweiten und diesen nachfolgenden Ausbildungen gelte.

Eine derartig typisierende Regelung werde den Anforderungen nicht gerecht, die von Verfassungswegen der Gesetzgeber bei generalisierenden, typisierenden und pauschalierenden Regelungen zu beachten habe. Im Lichte der von Art. 12 GG geschützten Berufswahlfreiheit sei es von Verfassungswegen auch nicht zulässig, den Steuerpflichtigen auf Ausbildungsgänge zu verweisen, die keine oder geringere Kosten verursachen.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Das BVerfG ist den Vorlagebeschlüssen des BFH nicht gefolgt. Er hat entschieden, dass § 9 Abs. 6 EStG i.d.F. des BeitrRLUmsG mit dem Grundgesetz vereinbar sei; die Vorschrift verstoße nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz.⁸

Das BVerfG legt in seiner Entscheidung vorab die allgemein anerkannten verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Grundsätze dar, insbesondere die Gebote der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und der folgerichtigen Umsetzung des steuerlichen Ausgangstatbestandes (Art. 3 Abs. 1 GG) und das (einfachgesetzlich) im Steuerrecht geltende objektive und subjektive Nettoprinzip.⁹ Die Zuordnung von Aufwendungen im Schnittbereich zwischen betrieblicher/beruflicher Sphäre und privater, also die allgemeine Lebensführung betreffende Sphäre, ist nach dem BVerfG ein in erster Linie vom Steuergesetzgeber zu lösendes Problem. Verfassungsrechtlich sei dies nur zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber willkürlich verfare.

Der Gesetzgeber dürfe daher ausgehend vom objektiven und subjektiven Nettoprinzip Erstausbildungskosten als wesentlich privat (mit-)veranlasst qualifizieren. Für die unterschiedliche einkommensteuerliche Behandlung von Erstausbildungskosten gegenüber Aufwendungen für zweite oder weitere Ausbildungen sowie Aufwendungen für eine erste Berufsausbildung oder ein Erststudium, die

2 BT-Drs. 15/3339, S. 3.

3 BGBl. I 2004, 1753.

4 BFH, Urt. v. 28.07.2011 - VI R 5/10, VI R 7/10 und 38/10 - BStBl. II 2011, 553, 557 und 561.

5 Gesetz zur Umsetzung der Beitreibungsrichtlinie sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften (Beitreibungsrichtlinien-Umsetzungsgesetz – BeitrRLUmsG) – BGBl. I 2011, 2592.

6 BT-Drs. 17/7542, S. 11.

7 BFH, Beschl. v. 17.07.2014 - VI R 8/12, VI R 61/11, VI R 2/12, VI R 38/12, VI R 2/13, VI R 72/13.

8 BVerfG, Beschl. v. 19.11.2019 - 2 BvL 22-27/14; vgl. zuvor auch schon BVerfG, Beschl. v. 08.07.1993 - 2 BvR 773/93.

9 Vgl. dazu zusammenfassend nur BVerfG, Beschl. v. 19.11.2019 - 2 BvL 22-27/14 Rn. 94 ff.

im Rahmen eines Dienstverhältnisses stattfinden, bestehe ein sachlich einleuchtender Grund; diese Ungleichbehandlung sei nicht willkürlich. Der objektive Zusammenhang von Aufwendungen für eine Erstausbildung oder ein Erststudium, das eine Erstausbildung vermittelt, mit einem konkreten späteren Beruf, sei typischerweise gering ausgeprägt. Die Regelung erfasse insbesondere rein schulische Ausbildungen und das Hochschulstudium unmittelbar im Anschluss an den zum Studium berechtigenden Schulabschluss. In diesen Fällen sei der Veranlassungszusammenhang mit Einnahmen aus einer später konkret ausgeübten Erwerbstätigkeit deutlich geringer. Es sei deshalb nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber Erstausbildungskosten als jedenfalls untrennbar gemischt veranlasste Aufwendungen systematisch den Sonderausgaben zugeordnet hat. Nach der Rechtsprechung des BFH¹⁰ scheide im Fall gemischter Veranlassungsbeiträge, die – wie vorliegend – mangels objektivierbarer Kriterien tatsächlich unteilbar sind und bei denen nicht der private Beitrag für sich gesehen völlig unbedeutend ist, ein Abzug der Aufwendungen als Werbungskosten insgesamt aus.

Auch die Differenzierung zwischen Erstausbildungsaufwand und den Aufwendungen für Zweit- und weitere Ausbildungen (Studiengänge) halte einer gleichheitsrechtlichen Überprüfung stand. Für Letztere richte sich die Zuordnung zu den Werbungskosten einfachrechtlich danach, ob eine berufliche Veranlassung gegeben ist. Eine solche einfachgesetzliche Regelung sei sachlich gerechtfertigt, weil die Gründe für eine Zweit- oder weitere Ausbildung so heterogen seien, dass sie sich einer typisierenden Erfassung als maßgeblich privat (mit-)veranlasst entziehe. Es sei deshalb nicht willkürlich, sondern vielmehr naheliegend, Zweit- oder weitere Ausbildungen anders als die Erstausbildung einer Einzelfallbetrachtung zu unterziehen. Auf Grundlage dieser Einzelfallbetrachtung sei zu entscheiden, ob die dafür getätigten Aufwendungen einen hinreichend konkreten Veranlassungszusammenhang mit der ausgeübten oder einer zukünftigen Erwerbstätigkeit aufweisen oder nicht.

Für die Differenzierung zwischen Erstausbildungen und Erststudiengängen innerhalb und außerhalb eines Dienstverhältnisses sei ebenfalls ein sachlich einleuchtender Grund gegeben, der die Differenzierung rechtfertige. Anders als bei einer Erstausbildung außerhalb eines Dienstverhältnisses bestehe ein objektiv feststellbarer Veranlassungszusammenhang dieser Aufwendungen mit einer gegenwärtigen Erwerbstätigkeit.

Die Begrenzung des Sonderausgabenabzugs für Erstausbildungskosten auf einen Höchstbetrag von 4.000 € in den Streitjahren verstoße weder gegen das Gebot der Steuerfreiheit des Existenzminimums noch sei sie bei einer Würdi-

gung im Lichte betroffener Grundrechte zu beanstanden. Der existenzielle Bedarf des Auszubildenden werde während der Erstausbildung grds. durch die zivilrechtliche Unterhaltspflicht der Eltern gedeckt, die das Einkommensteuerrecht typisierend im Rahmen des Familienleistungsausgleichs und als außergewöhnliche Belastung in besonderen Fällen (§§ 31 f., 33a EStG) berücksichtige. Alternativ oder kumulativ erfolge eine sozialrechtliche finanzielle Unterstützung vorrangig durch Ansprüche auf Leistungen nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz (vgl. § 22 SGB XII). Soweit die Auszubildenden/Studierenden eigenes Einkommen haben, werde das Existenzminimum durch den Grundfreibetrag (§ 32a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 EStG) abgedeckt. Eine Berufsausbildung, die jedenfalls ein das Existenzminimum sicherndes späteres Einkommen gewährleistet, könne mit Aufwendungen unterhalb des Höchstbetrags für den Sonderausgabenabzug nach § 10 Abs. 1 Nr. 7 EStG ohne Weiteres erreicht werden. In der ganz überwiegenden Zahl der Fälle bilde der Sonderausgabenabzug nach § 10 Abs. 1 Nr. 7 EStG i.H.v. 4.000 € bzw. ab dem Veranlagungszeitraum 2012 i.H.v. 6.000 € die erforderlichen Kosten für eine eigene Erstausbildung realitätsgerecht ab, sodass auch im Lichte der zu betrachtenden Grundrechte der begrenzte Sonderausgabenabzug für Erstausbildungskosten nicht zu beanstanden sei.

Darüber hinaus seien erhöhte Anforderungen an den Differenzierungsgrund mit Rücksicht darauf, dass sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten (Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG) auswirken kann, nicht geboten. Zwar sei das Absolvieren einer berufsbezogenen (Erst-)Ausbildung durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt. Allerdings fehle es aufgrund der Zuordnung von Erstausbildungskosten zu den Sonderausgaben und des damit verbundenen Ausschlusses eines Verlustabzugs nach § 10d EStG an einer objektiv berufsregelnden Tendenz. Eine uneingeschränkte steuerliche Entlastung von Erstausbildungsaufwand in beliebiger Höhe auf Kosten der Allgemeinheit ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt zwangsläufig, pflichtbestimmten Aufwands geboten. Insofern unterscheiden sich Ausbildungskosten etwa von erwerbsbedingten Kinderbetreuungskosten. Letztere seien unter dem besonderen Schutz von Art. 6 Abs. 1 GG zwangsläufiger Aufwand, weil der Gesetzgeber dem Steuerpflichtigen nicht die „Vermeidbarkeit“ seiner Kinder entgegenhalten dürfe.

C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung des BVerfG bewegt sich im Kern um die Abgrenzung beruflich/betrieblich veranlasster Aufwendun-

¹⁰ Vgl. BFH, Beschl. v. 21.09.2009 - GrS 1/06.

gen und Kosten der Lebensführung. Während erstgenannte Kategorie im Binnensystem des EStG grds. unbegrenzt zum steuerlichen Abzug zugelassen ist, ist die zweite Kategorie grds. steuerlich unbeachtlich und nur in Ausnahmefällen (begrenzt) steuerlich berücksichtigungsfähig.

Ist ein Aufwand sowohl beruflich/betrieblich als auch privat und daher gemischt veranlasst, ist dieser Aufwand in einen grds. ertragsteuerlich abziehbaren und ertragsteuerlich nicht abziehbaren Anteil aufzuteilen, soweit objektive Kriterien für eine entsprechende Aufteilung vorliegen und die berufliche/betriebliche (Mit-)Veranlassung nicht von völlig untergeordneter Bedeutung ist. Fehlt es dagegen an objektiven Kriterien für eine Aufteilung, kommt der ertragsteuerliche Abzug solcher Aufwendungen grds. insgesamt nicht in Betracht.¹¹

In diesem Kontext bewegen sich Erstausbildungskosten. Bei diesen lässt sich weder eine ausschließlich berufliche/betriebliche oder private Veranlassung feststellen. Auch fehlen objektive Kriterien, um die Kosten entsprechend aufzuteilen. Ähnliche Abgrenzungsfragen stellen sich z.B. beim Abzug berufsbedingter Kinderbetreuungskosten¹² und Fahrten zwischen Wohnung und erster Tätigkeitsstätte bzw. Familienheimfahrten anlässlich einer berufsbedingten doppelten Haushaltsführung.¹³ Diesen Aufwendungen ist gemein, dass sie untrennbar privat als auch beruflich/betrieblich veranlasst sind. Während aber berufsbedingte Kinderbetreuungskosten als Sonderausgaben abziehbar sind, ist für die oben genannten Fahrten ein Abzug als Werbungskosten/Betriebsausgaben im Rahmen der Entfernungspauschale möglich. Bei den zuvor genannten Aufwendungen hat der Gesetzgeber somit ebenfalls eine Zuordnungsentscheidung getroffen, ob und in welchem Umfang diese Aufwendungen ertragsteuerlich berücksichtigt werden können.

D. Bewertung

Die Entscheidung des BVerfG überzeugt. Die Zuordnung von Aufwendungen im Schnittbereich zwischen betrieblicher/beruflicher und privater Sphäre ist regelmäßig mit einer Wertung verbunden. Das BVerfG weist dabei dem Gesetzgeber die Aufgabe zu, diese Wertung in erster Linie selbst zu treffen. Hierbei räumt das BVerfG dem Gesetzgeber zwar einen nicht unerheblichen Gestaltungs- und Typisierungsspielräume ein. Dieser ist aber auch erforderlich, um den Gesetzgeber nicht in ein zu enges Korsett zu zwingen. Andernfalls könnte dieser die von ihm – im Rahmen des Grundgesetzes – selbst gesetzte politische Agenda nicht umsetzen.

11 Vgl. BFH, Beschl. v. 21.09.2009 - GrS 1/06.

12 Vgl. dazu nur BVerfG, Beschl. v. 16.03.2005 - 2 BvL 7/00.

13 Vgl. dazu nur BVerfG, Urt. v. 09.12.2008 - 2 BvL 1/07.

Aufsichtsratsmitglieder als Unternehmer? BFH, Urt. v. 27.11.2019 - V R 23/19 (V R 62/17)

RiBFH Dr. Gerhard Michel

A. Problemstellung

Der Aufsichtsrat ist als Kontrollorgan der Geschäftsführung für Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, Genossenschaften sowie Gesellschaften mit beschränkter Haftung über 500 Arbeitnehmer gesetzlich vorgesehen; darüber hinaus kann ein Aufsichtsrat oder ein ähnliches Überwachungsorgan (z.B. Beirat) auf freiwilliger Basis bestellt werden. Eine Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder ist gesetzlich zwar nicht explizit geregelt, sie ist jedoch üblich und wird regelmäßig in der Satzung festgesetzt oder von der Hauptversammlung bewilligt (§ 113 Abs. 1 Satz 2 AktG). Die Vergütung gehört zu den Einkünften aus sonstiger selbstständiger Tätigkeit (§ 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG) und war bislang auch umsatzsteuerpflichtig. Denn es entsprach allgemeiner Ansicht, dass das Mitglied eines Aufsichtsrats grds. selbstständig tätig und damit umsatzsteuerrechtlich ein Unternehmer ist. Eine Ausnahme gilt lediglich für Beamte und andere Bedienstete einer Gebietskörperschaft, die eine Aufsichtsratsmitglieder auf Verlangen oder Veranlassung ihres Dienstherrn übernommen und ihre Vergütung ganz oder teilweise an diesen abzuführen haben. Hier geht die Finanzverwaltung wegen des engen Zusammenhangs mit dem Dienstverhältnis davon aus, dass die Aufsichtsratsmitglieder lediglich Teil der unselbstständigen Tätigkeit darstellt.¹

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Im Besprechungsurteil klagte ein leitender Angestellter der S-AG, der bis März 2015 auch Aufsichtsratsmitglied der E-AG war, einer Tochtergesellschaft der S-AG. Nach der Satzung der E-AG erhielt jedes Aufsichtsratsmitglied für seine Tätigkeit eine jährliche Festvergütung von 20.000 € oder einen zeitanteiligen Anteil hiervon. Zudem wurden den Aufsichtsratsmitgliedern die durch die Ausübung ihres Amtes entstehenden Auslagen erstattet. Nach seinem Anstellungsvertrag mit der S-AG waren Vergütungen für die Wahrnehmung von Aufsichtsratsmandaten in Konzern- und Beteiligungsgesellschaften zu melden und abzuführen.

Die E-AG rechnete gegenüber dem Kläger die Aufsichtsratsvergütung für 2013 mit Gutschrift und Steuerausweis (Entgelt: 20.000 € und Umsatzsteuer zum Regelsteuersatz:

1 Vgl. Verfügung der OFD Frankfurt/M. v. 04.10.2013 - S 7100 A 287 - St 110 - DStR 2014, 428 Nr. 2.

3.800 €) ab. Dieser Gutschrift widersprach der Kläger und zahlte die Umsatzsteuer an die E-AG zurück. Für 2014 und 2015 rechnete die E-AG die Aufsichtsratsvergütung per Gutschrift ohne Steuerausweis i.H.v. 20.000 € ab. Der Kläger gab für die Streitjahre 2013 bis 2015 zunächst Umsatzsteuererklärungen ab, in denen er die Aufsichtsratsvergütungen als Entgelt für dem Regelsteuersatz unterliegende Leistungen behandelte. Gegen die entsprechenden Steuerfestsetzungen legte er erfolglos Einspruch ein. Auch die Klage zum Finanzgericht hatte keinen Erfolg. Nach dessen Urteil vom 26.01.2017² ist auch ein Aufsichtsratsmitglied, das leitender Angestellter der Konzernmutter ist und in den Aufsichtsrat einer Tochter-AG entsandt wird, mit seiner Aufsichtsrats Tätigkeit als Unternehmer tätig.

II. Die Revision des Klägers vor dem BFH hatte hingegen Erfolg. Der BFH hob das Urteil des Finanzgerichts auf und gab der Klage statt. Der Kläger sei als Mitglied des Aufsichtsrats kein Unternehmer, weil er aufgrund einer nicht variablen Festvergütung kein Vergütungsrisiko trage.

1. Die im Streitfall entscheidende Frage nach der Unternehmereigenschaft beantwortet das nationale Umsatzsteuergesetz (UStG) in § 2 Abs. 1 Satz 1. Danach ist Unternehmer, wer eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbstständig ausübt; gewerblich oder beruflich ist jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen, auch wenn die Gewinnerzielungsabsicht fehlt. Vom Anwendungsbereich des UStG ausgeschlossen sind natürliche Personen, die einem Unternehmen so eingegliedert sind, dass sie den Weisungen des Unternehmers zu folgen haben (§ 2 Abs. 1 Satz 3 UStG).

2. Da das nationale Umsatzsteuerrecht im Rahmen der EU vollständig harmonisiert ist, sind bei seiner Auslegung und damit auch bei § 2 Abs. 1 UStG die Bestimmungen der Mehrwertsteuer-Systemrichtlinie (MwStSystRL) zu berücksichtigen. Im Streitfall war dieser Aspekt deshalb von besonderer Bedeutung, weil der EuGH nur einige Monate vor dem Besprechungsurteil in einem ähnlichen Fall über die Auslegung der einschlägigen Bestimmungen des Unionsrechts (Art. 9 und 10 MwStSystRL) zu entscheiden hatte.³

a. Die MwStSystRL verwendet anstelle des Begriffs „Unternehmer“ den Terminus „Steuerpflichtiger“ und regelt in Art. 9 durch Fiktion, dass als Steuerpflichtiger gilt, wer eine wirtschaftliche Tätigkeit selbstständig ausübt. Als „wirtschaftliche Tätigkeit“ gelten alle Tätigkeiten eines Erzeugers, Händlers oder Dienstleistenden einschließlich der Tätigkeiten der Urproduzenten, der Landwirte sowie der freien Berufe und der diesen gleichgestellten Berufe. Lohn- und Gehaltsempfänger werden – ähnlich wie im nationalen Recht – von der Besteuerung ausgenommen, soweit sie an ihren Arbeitgeber durch einen Arbeitsvertrag oder ein sons-

tiges Rechtsverhältnis gebunden sind, das hinsichtlich der Arbeitsbedingungen und des Arbeitsentgelts sowie der Verantwortlichkeit des Arbeitgebers ein Verhältnis der Unterordnung schafft (Art. 10 MwStSystRL).

b. In dem vom EuGH entschiedenen Fall war der Kläger („IO“) Mitglied des Aufsichtsrats einer Stiftung in den Niederlanden. In deren Satzung war u.a. geregelt, dass die Mitglieder des Aufsichtsrats nur wegen Fahrlässigkeit bei der Ausübung ihrer Aufgaben oder anderer schwerwiegender Gründe suspendiert oder entlassen werden können. Für seine Tätigkeit als Mitglied des Aufsichtsrats erhielt „IO“ eine Bruttovergütung, deren Höhe weder von der Teilnahme an Sitzungen noch von seinen tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden abhing.

Der EuGH entschied in dieser Sache, dass ein Mitglied des Aufsichtsrats einer Stiftung („IO“) keine selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit ausübe, wenn er zwar weder dem Vorstand noch dem Aufsichtsrat hierarchisch untergeordnet ist, aber nicht in eigenem Namen, für eigene Rechnung und in eigener Verantwortung, sondern für Rechnung und unter Verantwortung des Aufsichtsrats handelt und dabei auch nicht das wirtschaftliche Risiko seiner Tätigkeit trägt, weil er eine feste Vergütung erhält, die weder von der Teilnahme an Sitzungen noch von seinen tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden abhängt. Gegen die Selbstständigkeit des Klägers führte der EuGH zudem an, dass eine durch das Aufsichtsratsmitglied begangene Fahrlässigkeit keine unmittelbaren Auswirkungen auf seine Vergütung hatte.

3. Der BFH übertrug die Grundsätze des EuGH-Urteils „IO“ auf den Streitfall und änderte seine bisherige Rechtsprechung zur Unternehmereigenschaft des Aufsichtsratsmitglieds für den Fall, dass das Aufsichtsratsmitglied kein wirtschaftliches Risiko trägt.

a. Das fehlende wirtschaftliche Risiko ergab sich im Besprechungsfall daraus, dass der Kläger eine jährlich gleich hohe Festvergütung erhielt, die keinerlei variable Vergütungsbestandteile aufwies (vgl. hierzu z.B. § 113 Abs. 3 AktG a.F.). Zudem wirkte der Kläger als Mitglied des Aufsichtsrats nur an den durch Beschluss zu treffenden Entscheidungen des Aufsichtsrats mit (vgl. § 108 Abs. 1 AktG), wobei fahrlässiges Handeln auf die Vergütung keinen unmittelbaren Einfluss hatte, sondern nur eine Verantwortlichkeit nach § 116 AktG begründete. Auf die Verrechnungspflicht und ein sich hieraus ergebendes Abhängigkeitsverhältnis kam es nicht mehr an.

² FG Münster, Ur. v. 26.01.2017 - 5 K 1419/16 U.

³ EuGH, Ur. v. 13.06.2019 - C-420/18 - „IO“.

b. Der BFH ließ es allerdings offen, in welchen anderen Fällen die Tätigkeit als Mitglied eines Aufsichtsrats demgegenüber weiterhin als unternehmerisch ausgeübt anzusehen sein könnte. Dies betrifft die Fälle, in denen das Aufsichtsratsmitglied entweder nur eine variable Vergütung oder aber eine Mischvergütung aus festen und variablen Bestandteilen erhält. In diesen Fällen könnte somit entsprechend der bisherigen BFH-Rechtsprechung eine Unternehmereigenschaft weiterhin zu bejahen sein.

C. Kontext der Entscheidung

Nach bislang herrschender Auffassung waren Aufsichtsräte regelmäßig als Unternehmer anzusehen. Begründet wurde dies insbesondere mit der fehlenden Weisungsgebundenheit (§ 111 Abs. 5 AktG i.V.m. § 116 AktG) und damit, dass die Aufsichtsratsmitglieder ihr Amt höchstpersönlich wahrzunehmen haben. Dies schließe die Unterwerfung unter den Willen anderer aus. Für die Weisungsfreiheit spreche auch die jedes Aufsichtsratsmitglied persönlich treffende Verantwortlichkeit und Haftung gem. § 116 AktG i.V.m. § 93 AktG.⁴ Das Besprechungsurteil schränkt diese fast fünfzigjährige Rechtsprechung⁵ jedenfalls für solche Fälle ein, in denen das Aufsichtsratsmitglied fest vergütet wird und damit kein wirtschaftliches Risiko trägt. Eine Überraschung konnte diese Entscheidung schon deswegen nicht darstellen, weil das Verfahren beim BFH zunächst im Hinblick auf die anstehende Entscheidung des EuGH in der Sache „IO“ ruhte und die nationalen Gerichte die Vorgaben des EuGH zur Auslegung von Unionsrecht (hier: Art. 9 und Art. 10 MwStSystRL) durch richtlinienkonforme Auslegung zu berücksichtigen haben.⁶

D. Auswirkungen für die Praxis

Hinsichtlich der praktischen Auswirkungen für die Umsatzbesteuerung von Vergütungen für die Aufsichtsrats Tätigkeit ist wie folgt zu unterscheiden:

I. Tätigkeit als Aufsichtsrat gegen Festvergütung

1. Das Besprechungsurteil ist für die betroffenen Aufsichtsräte insoweit von Vorteil, als sie in Zukunft wegen ihrer Aufsichtsrats Tätigkeit keine Umsatzsteuererklärungen mehr abzugeben haben. Finanzielle Vorteile hat das Urteil für Gesellschaften, die nicht oder nicht zum vollen Vorsteuerabzug berechtigt sind (z.B. Banken, Versicherungen). Für diese entfällt künftig die als Kostenfaktor wirkende Umsatzsteuer auf die ihnen bislang in Rechnung gestellte oder von ihnen durch Gutschrift abgerechnete Vergütung für die Aufsichtsrats Tätigkeit.

2. Soweit Unternehmen bislang den Vorsteuerabzug aus Abrechnungen von Aufsichtsräten (oder ihnen erteilte

Gutschriften) geltend gemacht haben, kommt im Fall eines Rückforderungsanspruchs des Finanzamts die Berufung auf den Vertrauensschutztatbestand des § 176 Abs. 1 Nr. 3 AO in Betracht. Indem die Finanzverwaltung das Besprechungsurteil nicht im Bundessteuerblatt veröffentlicht und damit ihre Angehörigen nicht zur Anwendung in gleich gelagerten Fällen verpflichtet, gibt sie zu erkennen, dass weiterhin Abschnitt 2.2. Abs. 2 Satz 7 UStAE gilt, wonach die Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied selbstständig erfolgt.

II. Tätigkeit als Aufsichtsrat gegen variable Vergütung

Der BFH hat ausdrücklich offengelassen, ob die Änderung der Rechtsprechung auch dann gilt, wenn das Aufsichtsratsmitglied eine variable Vergütung erhält, bspw. als Anteil am Jahresgewinn.⁷ Insoweit herrscht erhebliche Rechtsunsicherheit, da über die Frage der Selbstständigkeit oder Unselbstständigkeit zukünftig im Rahmen einer Einzelabwägung zu entscheiden sein könnte.⁸ Diese Unsicherheit lässt sich nur durch eine Umstellung der Vergütung auf Festvergütung beseitigen.

III. Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied gegen Mischvergütung

Ebenfalls unsicher ist die Beurteilung der Selbstständigkeit, wenn der Aufsichtsrat sowohl eine Festvergütung als auch eine zusätzliche variable Vergütung (bspw. nach Arbeitsstunden oder Sitzungsteilnahme) erhält. Hier könnte darauf abgestellt werden, in welchem Verhältnis Festvergütung und variable Vergütung zueinander stehen.⁹

Nachdem das Finanzamt die Revision V R 6/20 gegen das Urteil des FG Hannover vom 19.11.2019¹⁰ zur Unternehmereigenschaft des Verwaltungsratsvorsitzenden eines berufsständischen Versorgungswerks zurückgenommen hat, ist eine weitere Klärung der Problematik durch eine höchstrichterliche Entscheidung in nächster Zeit nicht zu erwarten.

4 Vgl. zuletzt FG Münster, Urt. v. 26.01.2017 - 5 K 1419/16 U.

5 Vgl. bereits BFH, Urt. v. 27.07.1972 - V R 136/71 - BStBl. II 1972, 810.

6 Vgl. Nieskens, EU-UStB 2019, 90, 92; Treiber in: Sölch/Ringleb, UStG, § 2 Rn. 100.

7 Vgl. § 113 Abs. 3 AktG in seiner bis zum 31.12.2019 geltenden Fassung.

8 Vobbe/Stelzer, DStR 2020, 1089, 1094, 1095; Heinrichshofen, GmbHR 2020, 382, 385.

9 Küffner/Kirchinger, UR 2020, 190, 193; Heinrichshofen, GmbHR 2020, 382.

10 FG Hannover, Urt. v. 19.11.2019 - 5 K 282/18.

Der „Gefährder“ und die drohende Gefahr

RA und Wiss. Mit. Kai-Daniel Weil

A. Einleitung

Der „Gefährder“ – eine Begrifflichkeit, die im Rahmen der medialen Berichterstattung insbesondere im Zusammenhang mit dschihadistischem Terrorismus auftaucht.¹ Dieser Personenkreis nehme, so Guld, „in der Betrachtung der innerstaatlichen terroristischen Gefährdung eine Schlüsselrolle ein.“² Derzeit gibt es 630 religiös und 65 rechtspolitisch motivierte Gefährder in Deutschland.³ Doch was versteht man überhaupt unter diesem so populären Begriff und fand er ggf. auch schon Einzug in die deutsche Rechtsordnung?

B. Der Gefährder und die (konkrete) Gefahr

Was man unter einem Gefährder versteht, ist nicht gesetzlich definiert.⁴ Stattdessen orientiert man sich an einer „Definition“ einer Arbeitsgruppe aus dem Jahre 2004, wonach ein Gefährder „eine Person, bei der bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie politisch motivierte Straftaten von erheblicher Bedeutung, insbesondere solche im Sinne des § 100a der Strafprozessordnung (StPO), begehen wird“, sein soll.⁵ Insbesondere die fehlende gesetzliche Normierung ist zu Recht Gegenstand einiger Kritik.⁶

Betrachtet man den Hintergrund, wieso der Gesetzgeber noch immer keine bundeseinheitliche, verbindliche Definition geschaffen hat, so erkennt man, dass dies mit der Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen im Grundgesetz zusammenhängt. Denn eine Regelung der Begrifflichkeit auf Bundesebene – bspw. im Bundeskriminalamt- oder Bundespolizeigesetz – hätte keine Bindungswirkung im übrigen Polizeirecht, da ebendies nach Art. 30 GG i.V.m. Art. 70 Abs. 1 GG und mangels Regelung in Art. 73 f. GG, unter die Kompetenzen der Bundesländer fällt.⁷ Entsprechend könnte eine solche bundeseinheitliche, verbindliche Regelung bspw. durch die Verlagerung der Gesetzgebungskompetenz für das gesamte Polizeirecht auf den Bund und mithin eine Änderung des GG erfolgen.⁸ Als (einfachere und tatsächlich auch gangbare) Alternative hierzu käme – ohne eine solche Änderung der Kompetenzzuschreibungen – in Betracht, dass alle Bundesländer in ihr jeweiliges Polizeigesetz die Legaldefinition des Gefährders aufnehmen würden.⁹ Dies brächte wesentlich mehr Rechtssicherheit und Effektivität im Umgang mit den Gefährdern mit sich,

als eine informelle Absprache der Arbeitsgemeinschaft der Leiter der Landeskriminalämter und des Bundeskriminalamtes.¹⁰

Unter Zugrundelegung der vorstehenden Definition nimmt die Polizei eine Einstufung¹¹ als Gefährder vor, „wenn be-

- 1 Beispielhaft sei hierzu aufgeführt, dass auch Anis Amri – der Dschihadist, der am 19.12.2016 den Anschlag auf den Breitscheidplatz in Berlin verübte – als Gefährder galt, vgl. Schmidt, *Wie sicher sind wir?*, S. 51. Kretschmann/Legnaro, *APuZ* 21-23/2019, 11, 16 weisen darauf hin, dass der Begriff des Gefährders nach den Anschlägen des 11.09.2011 entstanden sei. In diesem Zusammenhang muss allerdings beachtet werden, dass die Begrifflichkeit des Gefährders nicht nur Dschihadisten umfasst, sondern, dass dies ein genereller Begriff darstellt, der alle Formen politisch motivierter Kriminalität umfasst, vgl. Austermann/Schlichte, *KJ* 51 (2018), 479.
- 2 Guld, *Der Kriminalist* 12/2018, 24, 25.
- 3 Stand 06/07.2020, vgl. <https://www.tagesschau.de/inland/islamisten-deutschland-105.html>; <https://www.tagesschau.de/inland/rechts-extreme-gefaehrder-101.html> (jeweils zuletzt abgerufen am 27.07.2020). Die noch im Dezember 2019 insgesamt verzeichneten 752 Gefährder wurden wie folgt eingeteilt: fünf linkspolitisch, 46 rechtspolitisch, 21 ausländische Ideologie und 679 religiöse Ideologie, vgl. BT-Drs. 19/15668, S. 4 f., sodass die Anzahl der religiös motivierten Gefährder rückläufig ist und diejenige der rechtspolitisch motivierten Gefährder steigt.
- 4 So auch Hanschmann, *KJ* 50 (2017), 434; Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, *WD* 3 – 3000 – 046/17, S. 3.
- 5 Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, *WD* 3 – 3000 – 046/17, S. 3.
- 6 Im Zusammenhang mit dieser Definition drängen sich zwei Kritikpunkte auf: zum einen die fehlende gesetzliche Normierung und zum anderen die (inhaltliche) Weite der Definition. Vgl. hierzu Wartenphul, *JM* 11/2017, 423, 424; Guld, *Der Kriminalist*, 12/2018, 24, 25.
- 7 Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, *WD* 3 – 3000 – 046/17, S. 3 f.
- 8 Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, *WD* 3 – 3000 – 046/17, S. 4.
- 9 So auch Guld, *der Kriminalist* 12/2018, 24, 27 f.; Kretschmann/Legnaro, *APuZ* 21 – 23/2019, 11, 13 ff. führen aus, dass, mit Ausnahme von Thüringen, derzeit alle Bundesländer Entwürfe für Neuregelungen im Polizeirecht planen.
- 10 Guld, *der Kriminalist* 12/2018, 24, 25. Hierbei ist allerdings zuzugeben, dass eine solche Vereinheitlichung auch über den Begriff der drohenden Gefahr, der nachfolgend noch erörtert wird, erfolgen kann, solange hierbei eine Einheitlichkeit bei der Begriffsbildung gewahrt wird.
- 11 Die Einstufung erfolgt, genauso wie die Ausstufung, durch das jeweilige Bundesland bzw. die zuständige Polizeibehörde, in dem die betroffene Person ihren Hauptwohnsitz hat, vgl. BT-Drs. 18/11369, S. 7. Siehe zu den damit verbundenen Rechtsfolgen BT-Drs. 18/12196, S. 2; Austermann/Schlichte, *KJ* 51 (2018), 479, 480.

stimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sich die Person an politisch motivierten Straftaten von erheblicher Bedeutung beteiligen wird [1/4].¹² Hierfür wendet sie allerdings weder das „achtstufige Prognosemodell“¹³ noch das „RADAR-iTE“¹⁴ an.¹⁵ Vielmehr existiert hierfür noch immer kein standardisiertes Verfahren, weshalb die Einstufung anhand der vorhandenen Informationen einer Person „im Ermessen des einzelnen nachbearbeitenden Polizeibeamten“¹⁶ liegt.¹⁷ Diese Informationen werden im Vorfeld der Einstufung gewonnen bzw. zusammengetragen und bewertet.¹⁸ Aus einer Vielzahl von Hinweisen und Informationen über die bestimmte Person – oft auch falschen Hinweisen – wird lediglich aufgrund einer allgemeinen „polizeilichen Erfahrung“¹⁹ eine „Gefahrenprognose“ erstellt.²⁰ Insofern erfolgt auch die Einstufung als Gefährder – wie im Polizeirecht üblich – anhand einer Prognose.²¹ Die Prognoseentscheidung die im „Regelfall“ im Polizei- und Ordnungsrecht bei einer konkreten Gefahr zu treffen ist, lässt sich aus der Definition ebendieser ableiten. „Eine solche liegt vor, wenn ein bestimmter einzelner Sachverhalt, d.h. eine konkrete Sachlage oder ein konkretes Verhalten bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden für Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit und Ordnung führen würde.“²²

Hierbei wird erkennbar, dass bei der vorzunehmenden Prognoseentscheidung eine bestimmte (gefährliche) Situation im Mittelpunkt steht, die hinreichend wahrscheinlich zu einem Schaden führen wird. Vergleicht man dies mit der „Definition“ eines Gefährders, so wird bereits hieran zweierlei offenbar: einerseits liegt der Fokus der Betrachtung allein und abstrakt auf einer individuellen Person als solcher und nicht mehr auf einer konkreten Situation oder einem konkreten Verhalten.²³ Und andererseits werden Abstriche beim Wahrscheinlichkeitsurteil bzw. der Vorhersagbarkeit gemacht, da lediglich Tatsachen vorliegen müssen, die die Begehung einer solchen Straftat als möglich erscheinen lassen.²⁴ Insofern scheint die übliche Definition einer konkreten Gefahr nicht auf den Gefährder zu passen, weshalb sich der bayerische Landesgesetzgeber – nach Erlass des Urteils des BVerfG zum Bundeskriminalamtgesetz – dazu entschlossen hat, eine neue Form der Gefahr einzuführen – die drohende Gefahr.²⁵

C. Das Urteil des BVerfG zum Bundeskriminalamtgesetz

Diese Form der Gefahr, die in Bayern in Art. 11 Abs. 3 PAG normiert ist,²⁶ stellt somit eine Reaktion auf den dschihadistischen Terrorismus in Deutschland und das Urteil²⁷ des BVerfG zum Bundeskriminalamtgesetz (BKAG) dar.²⁸ In dem genannten Urteil hat das BVerfG nämlich ausgeführt:

„Der Gesetzgeber ist von Verfassungs wegen aber nicht von vornherein für jede Art der Aufgabenwahrnehmung auf die Schaffung von Eingriffstatbeständen beschränkt, die dem tradierten sicherheitsrechtlichen Modell der Abwehr konkreter, unmittelbar bevorstehender oder gegenwärtiger Gefahren entsprechen. Vielmehr kann er die Grenzen für bestimmte Bereiche mit dem Ziel schon der Straftatenverhütung auch weiter ziehen, indem er die Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs reduziert. [...] Eine hinreichend konkretisierte Gefahr in diesem Sinne kann danach schon bestehen, wenn sich der zum Schaden führende Kausalverlauf noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlich-

12 www.bka.de/DE/Presse/Listenseite_Pressemitteilungen/2017/Presse2017/170202_Radar.html (zuletzt abgerufen am 27.07.2020).

13 Siehe hierzu BT-Drs. 18/13422, S. 10.

14 Hierbei werden vorhandene oder rechtmäßig erhobene Informationen über eine Person in einen Risikobewertungsbogen eingegeben, vgl. www.bka.de/DE/Presse/Listenseite_Pressemitteilungen/2017/Presse2017/170202_Radar.html (zuletzt abgerufen am 27.07.2020). Siehe hierzu auch Guld, *Der Kriminalist* 12/2018, 24, 29 f.

15 Siehe hierzu Hanschmann, *KJ* 50 (2017), 434, 435 f.; BT-Drs. 19/1558 (neu), S. 2, 9; www.bka.de/DE/Presse/Listenseite_Pressemitteilungen/2017/Presse2017/170202_Radar.html (zuletzt abgerufen am 27.07.2020).

16 Wartenphul, *JM* 2017, 423, 424, die zu Recht die möglicherweise damit einhergehende erhöhte Fehleranfälligkeit kritisiert.

17 So auch Guld, *Der Kriminalist* 12/2018, 24, 26.

18 Guld, *Der Kriminalist* 12/2018, 24, 26, 29.

19 Wartenphul, *JM* 2017, 423, 424.

20 Guld, *Der Kriminalist* 12/2018, 24, 26 f.

21 Darnstädt, *DVBl* 2017, 88, 90.

22 BVerwG, *Urt. v. 28.03.2012 - 6 C 12/11*.

23 Austermann/Schlichte, *KJ* 51 (2018), 479.

24 Vgl. auch Darnstädt, *DVBl* 2017, 88, 89, der ausführt, dass der konkrete Gefahrenbegriff hierfür nicht einschlägig sein könne. So auch Hanschmann, *KJ* 50 (2017), 434, 438 ff., der den Gefährder zutreffend auch nicht vom Gefahrenverdacht erfasst sieht, da einerseits das Vorliegen einer bevorstehenden Gefahr hierbei kaum bemessen und andererseits dem Gefährder nicht nur mit Gefährderforschungsmaßnahmen begegnet werden könne. Auch die Figur der Anscheinsgefahr passe hierauf nicht. Aus hiesiger Sicht fällt der Gefährder auch nicht unter den abstrakten Gefahrenbegriff, da hierbei zumindest auf ein individuelles Verhalten und mithin den Einzelfall respektive die Einzelperson abgestellt werden muss.

25 So auch Austermann/Schlichte, *KJ* 51 (2018), 479, 484, die auf die bayerische Gesetzesbegründung verweisen.

26 Einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit von (u.a.) Art. 11 Abs. 3 PAG, hat der Bayerische Verfassungsgerichtshof abgewiesen, vgl. *VerfGH München, Entscheidung v. 07.3.2019 - Vf. 15-VII-18*. Eine Entscheidung in der Hauptsache steht noch aus.

27 BVerfG, *Urt. v. 20.04.2016 - 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09*. Siehe hierzu und zur Ausgangslage vor Erlass des Urteils Darnstädt, *DVBl* 2017, 88, 89 ff.

28 Müller, *BayVBl*. 4/2018, 109, 110; Waechter, *NVwZ* 2018, 458; Darnstädt, *DVBl* 2017, 88 f.

keit vorhersehen lässt, sofern bereits bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut hinweisen.“²⁹ Mit Blick auf die terroristische Bedrohung ging es sogar noch weiter: „In Bezug auf terroristische Straftaten, die oft durch lang geplante Taten von bisher nicht straffällig gewordenen Einzelnen an nicht vorhersehbaren Orten und in ganz verschiedener Weise verübt werden, können Überwachungsmaßnahmen auch dann erlaubt werden, wenn zwar noch nicht ein seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen erkennbar ist, jedoch das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie solche Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird. Denkbar ist das etwa, wenn eine Person aus einem Ausbildungslager für Terroristen im Ausland in die Bundesrepublik Deutschland einreist.“³⁰

An diesen Ausführungen wird erkennbar, dass das BVerfG den respektive die Gesetzgeber ausdrücklich dazu ermächtigt hat, die Grenzen der Bestimmung der polizeirechtlichen Gefahr im Bereich des Terrorismus auszuweiten und einen „neuen“ Gefahrenbegriff zu normieren. Das BVerfG hat in dem Urteil einerseits die Anforderungen, die an die polizeiliche Prognoseentscheidung in solchen Konstellationen zu stellen sind, inhaltlich „gelockert“ und andererseits die Anknüpfung an ein individuelles Verhalten zugelassen.

Die Ausweitung bzw. Lockerung im Rahmen der Prognoseentscheidung muss – da klar benannt – durch eine Reduzierung der Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs erfolgen.³¹ Entsprechend kann hier nicht von einer zeitlichen Vorverlagerung,³² sondern es muss von einer inhaltlichen Ausweitung bzw. der Inkaufnahme einer (inhaltlichen) Ungewissheit gesprochen werden.³³ Dass dies dem Polizeirecht nicht fremd ist, zeigt die „Je-desto-Formel“, die zur Bestimmung einer Gefahr herangezogen wird.³⁴ Denn auch hierbei kann – zugunsten eines bedeutenden Rechtsguts – die Anforderung an die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts herabgesenkt werden.³⁵ Es wird also auch in diesem Zusammenhang eine inhaltliche Ungewissheit hingenommen – zugunsten eines bedeutenden Rechtsguts. Auch diese Einschränkung hat das BVerfG in seinem Urteil vorgegeben, da dies bei einer drohenden Gefahr nur zugunsten eines überragend wichtigen Rechtsguts hingenommen werden kann.

D. Die drohende Gefahr und Art. 11 Abs. 3 PAG

Diese (erste) Möglichkeit, die das BVerfG in seinem Urteil darstellte, hat der bayerische Landesgesetzgeber in Art. 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 PAG³⁶ normiert und über den terroristischen Bereich hinaus ausgedehnt.³⁷

Die zweite im Urteil genannte Möglichkeit wurde in Art. 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 PAG aufgenommen, ebenfalls über den Terrorismus hinaus für anwendbar erklärt und knüpft an das vom BVerfG benannte individuelle Verhalten einer Person an.³⁸ Der darin enthaltene „personenbezogene Gefahrbegriff“³⁹ stellt nicht, wie im Polizeirecht sonst üblich, auf eine Situation oder ein Schadensereignis ab, sondern knüpft direkt an die handelnde Person an: „Gesucht ist nicht ein Schaden, sondern ein Störer“.⁴⁰ Gerade hierbei wird erkennbar, dass diese Variante maßgeblich auf die Erfassung der Gefährder angelegt ist.⁴¹ Denn während in der „Definiton“ des Gefährders von einer Person, bei der bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie [...] Straftaten [...] begehen wird, die Rede ist, wird dies im bay-

29 BVerfG, Urt. v. 20.04.2016 - 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09.

30 BVerfG, Urt. v. 20.04.2016 - 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09.

31 Das BVerfG hat in dem besagten Urteil hierzu (u.a.) einschränkend Folgendes ausgeführt: „Allgemeine Erfahrungssätze reichen insoweit allein nicht aus, um den Zugriff zu rechtfertigen. Vielmehr müssen bestimmte Tatsachen festgestellt sein, die im Einzelfall die Prognose eines Geschehens, das zu einer zurechenbaren Verletzung der hier relevanten Schutzgüter führt, tragen [...]“ Vgl. BVerfG, Urt. v. 20.04.2016 - 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09. Siehe hierzu auch Müller, BayVBl. 4/2018, 109, 112.

32 BVerfG, Beschl. v. 27.05.2020 – 1 BvR 1873/13, 1 BvR 2618/13, Rn. 152.

33 So auch Darnstädt, DVBl 2017, 88, 92, 96, der hierin „einen Perspektivenwechsel bei der Betrachtung des Vorfelds der Gefahren“ sieht. Siehe hierzu auch Kretschmann/Legnaro, APuZ 21 - 23/2019, 11, 16 f.: „Ermittelt werden hier Gefahren in ihrer Potenzialität“.

34 Müller, BayVBl. 4/2018, 109, 113.

35 Guckelberger in: Gröpl/Guckelberger/Wohlfarth, Landesrecht Saarland: Studienbuch, § 4 Rn. 42; Müller, BayVBl. 4/2018, 109, 113.

36 Dort heißt es: Die Polizei kann unbeschadet der Absätze 1 und 2 die notwendigen Maßnahmen treffen, um den Sachverhalt aufzuklären und um die Entstehung einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut zu verhindern, wenn im Einzelfall (2.) Vorbereitungshandlungen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen, wonach in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten sind (drohende Gefahr), soweit nicht die Art. 12 bis Art. 65 die Befugnisse der Polizei besonders regeln.

37 Kretschmann/Legnaro, APuZ 21 - 23/2019, 11, 12 f.; Waechter, NVwZ 2018, 458, 459.

38 Dort heißt es: Die Polizei kann unbeschadet der Absatz 1 und 2 die notwendigen Maßnahmen treffen, um den Sachverhalt aufzuklären und die Entstehung einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut zu verhindern, wenn im Einzelfall (1.) das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, wonach in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten sind (drohende Gefahr), soweit nicht die Art. 12 bis Art. 65 die Befugnisse der Polizei besonders regeln.

39 Darnstädt, DVBl 2017, 88.

40 Darnstädt, DVBl 2017, 88, 93; Austermann/Schlichte, KJ 51 (2018), 479.

41 Waechter, NVwZ 2018, 458, 461.

erischen Polizeirecht umgemünzt in das individuelle Verhalten einer Person, dass die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, wonach [...] Angriffe [...] zu erwarten sind.⁴² Austermann/Schlichte bringen es auf den Punkt, wenn sie in diesem Zusammenhang konstatieren: „Die Gefahr wird damit personalisiert.“⁴³

Wirft man noch abschließend und abstrakt einen Blick auf die Eingriffsbefugnisse, die an eine personifizierte Gefahr (entweder im Sinne einer drohenden Gefahr oder einer indirekten Einstufung als Gefährder)⁴⁴ anknüpfen, so wird deutlich, dass einer solch bereits dem Grunde nach gefährlichen Person nur mit „einschneidenden“ Mitteln begegnet werden kann. Insofern bringt dieser Gefahrenbegriff eine Erweiterung bzw. Ausweitung der Eingriffsbefugnisse mit sich.⁴⁵ Denn das einzig relevante Bezugsobjekt stellt die gefährliche Person als solche dar; weder eine zeitliche, noch eine räumliche Komponente spielt bei der Prognose eine Rolle.⁴⁶ Um diesen personellen Gefahrenherd „auslöschen“ zu können, bedarf es größtmöglicher Kontrolle über ihn, die in der „Beseitigung“ der Gefahr und mithin der Person als solcher gipfelt.⁴⁷ „Diese Entgrenzung der Eingriffsbefugnisse ist dem personifizierten Gefahrenbegriff inhärent.“⁴⁸

E. Fazit

Zusammenfassend lässt sich somit sagen, dass der politische Begriff des Gefährders nicht nur die Medien beschäftigt, sondern auch indirekt auf zweierlei Weise Einzug in die deutsche Rechtsordnung gefunden hat.⁴⁹ Unter dem Deckmantel der Terrorismusbekämpfung schufen das BVerfG und (zunächst) der bayerische Gesetzgeber einen neuen Gefahrenbegriff, der sich einzig auf eine gefährli-

che Person als solche bezieht – die drohende Gefahr (durch eine gefährliche Person). Ebendiese Person soll bereits im Vorfeld der Gefahrentstehung bestmöglich (durch das Ordnungsrecht) unter Kontrolle gehalten werden, so dass die damit verbundenen Eingriffsbefugnisse zwangsläufig sehr weitreichend und einschneidend sind. Letztlich hängen also der Begriff des Gefährders und die drohende Gefahr strukturell zusammen bzw. durch das Phänomen des Gefährders entstand ein Bedürfnis zur Schaffung der drohenden Gefahr.

42 Vgl. hierzu auch Darnstädt, DVBl 2017, 88, 96, der hierfür als Anwendungsfall die Situation benennt, bei der „zwar ein mutmaßlicher Attentäter bekannt ist, eine geplante Tat aber im Dunkeln liegt“, was sich insofern auch mit dem Begriff des Gefährders deckt. Für weitere Fallbeispiele siehe Müller, BayVBl. 4/2018, 109, 113 f.

43 Austermann/Schlichte, KJ 51 (2018), 479.

44 Die Eingriffsbefugnisse im Landesrecht knüpfen an die drohende Gefahr an, wie z.B. Art. 34 PAG. Bundesrechtliche Maßnahmen setzen (indirekt) den Begriff des Gefährders voraus, wie bspw. § 58a AufenthG, ohne dass der Begriff als solcher im Wortlaut des Gesetzes auftaucht. Siehe hierzu auch Böhm, Der „Gefährder“ und das „Gefährdungsrecht“, S. 227; Hanschmann, KJ 50 (2017), 434, 434, 436.

45 Austermann/Schlichte, KJ 51 (2018), 479, 488 f.; Kretschmann/Legnaro, APuZ 21 – 23/2019, 11, 16.

46 So auch Austermann/Schlichte, KJ 51 (2018), 479, 488.

47 Austermann/Schlichte, KJ 51 (2018), 479, 488. Als solch intensiver Eingriff ist bspw. für einen Gefährder die Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG zu nennen. Siehe hierzu vertieft Dörig, jM 2019, 238 ff. Im Zusammenhang mit der drohenden Gefahr kann beispielhaft die Gewahrsamnahme nach Art. 17 Abs. 1 Nr. 5 PAG genannt werden.

48 Austermann/Schlichte, KJ 51 (2018), 479, 489.

49 Austermann/Schlichte, KJ 51 (2018), 479.

Hegel und die Rübe – zum 250. Geburtstag des „schwäbischen Teufelsdenkers“

RA Prof. Dr. Guido Britz

A. Einleitung

Im Jahre 1770, als Kant im vorgerückten Alter von bereits 46 Jahren den lange ersehnten Ruf der Universität Königsberg auf eine Professur für Logik und Metaphysik annahm, wurde Georg Wilhelm Friedrich Hegel am 27.08. in Stuttgart geboren. Seine Geburt wie sein Leben überhaupt fallen in eine aufregende und ereignisreiche Zeit des Um- und Aufbruchs¹. In deren Zentrum steht der Beginn der Französischen Revolution mit dem Sturm auf die Bastille am 14.07.1789. Hegel – zum Zeitpunkt des emblematischen historischen Ereignisses 18 Jahre alt und in einer beindruckenden „WG“² mit Hölderlin und Schelling beim Studium in Tübingen – soll den Jahrestag fortan stets mit einem Glas Champagner gefeiert haben³. Die Literatur über „Hegel“ füllt seit langem schon Bibliotheken und ein Produktionsende ist keinesfalls abzusehen. Hierbei sind Werk und Person zuweilen derart miteinander verschmolzen, dass ein Amalgam entstanden zu sein scheint. Denn Biografie, Entwicklung des Denkens und das konkrete Schaffen in Form von Entwürfen, Manuskripten, Publikationen und Vorlesungen werden nicht mehr hinreichend differenziert. Hinzu kommt, dass die Philosophie des „deutschen Aristoteles“ nach wie vor polarisiert. Der Zeitgenosse Schopenhauer bspw., der seine Vorlesung parallel zu der Hegels legte und die Konkurrenz verlor, versuchte, ihn als Scharlatan zu diskreditieren. Andere sehen im Sinne einer These von Kontinuitätslinien unmittelbare Verbindungen bis zu Hitler. Oder man verweist ihn schlicht als „toten Hund“ in die Rumpelkammer der Philosophie. Umgekehrt geht von Hegel eine ungeheure Faszination aus, sodass er als Großmeister der neuzeitlichen Philosophie und als berühmtester moderner Philosoph bezeichnet wird. Einen zentralen Ansatzpunkt der negativen Kritik stellt seine im Jahre 1820 vorgelegte Rechtsphilosophie dar, die ihm unter anderem den Vorwurf einbrachte, ein „Knechtsphilosoph“ zu sein⁴. Also: Staatergebener und serviler Denker oder Philosoph der Vernunft und Freiheit? Es lohnt allemal, Hegel aus Anlass seines Geburtstags wieder ein klein wenig näher in den Blick zu nehmen; und zwar mit einem Fokus auf der Straftheorie eingekleidet in eine kurze Skizze von Leben und Werk.

B. Zu Leben und Werk

In durchaus privilegierten Verhältnissen – der Vater war Finanzbeamter („Rentkammersekretär“) und die bildungsauffine Mutter stammte aus einer Anwaltsfamilie – wuchs Wil-

helm, so der Rufname, mit seiner jüngeren Schwester und einem noch jüngeren Bruder im Biotop „schwäbischer Ehrbarkeit“⁵ in Stuttgart auf. Er besuchte dort Gymnasium und Obergymnasium, wo er unter anderem eine philosophische Grundausbildung erhielt, und studierte anschließend in Tübingen Theologie und Philosophie; mit Schelling und Hölderlin in einer legendären „WG“ lebend. Hieran schlossen sich Stationen als Hofmeister in Bern, als Hauslehrer in Frankfurt, als Redakteur und Journalist in Bamberg sowie als Rektor eines humanistischen Gymnasiums in Nürnberg an. Eingerahmt ist hierdurch seine auch in anderer Hinsicht fruchtbare Zeit im damals intellektuell luziden „Saale-Athen“ (Jena) mit nachgeholter Promotion, nahezu zeitgleicher Habilitation⁶ sowie mit dem Erscheinen seines Erstlingswerks, der sog. Differenz-Schrift; eine Zeit, von der Vieweg sagt: „in Jena wird Hegel zu Hegel“⁷. Über seine erste Professur für Philosophie in Heidelberg an der neubadischen Universität Ruperto Carola im Jahre 1816 – ebenfalls erst im Alter von 46 Jahren (wie Kant) – krönte Hegel seine akademische Laufbahn ab 1818 als (Philosophie-) Professor an der Berliner Universität als einer der damals führenden Hochschulen in Europa.

Vier für sein Werk maßgebliche Monografien hat Hegel, der erst mit 31 Jahren erstmals publizierte, in einer relativ kurzen Schaffensphase von 1807 bis 1820 Jahren vorgelegt, nämlich die „Phänomenologie des Geistes“, die „Wissenschaft der Logik“, „Enzyklopädie der philosophischen Wis-

1 Taylor zufolge war es eine revolutionäre Zeit, aber auch die Zeit des „Sturm und Drang“ mit einer romantischen Generation (vgl. Taylor, Hegel, Berlin 1983, S. 13.).

2 Nach Vieweg (ders., Hegel. Der Philosoph der Freiheit, München 2019, S. 59) „die außergewöhnlichste Studentenbude aller Zeiten“. Gesprochen wird auch von der „Tübinger Troika“ (Vieweg, a.a.O., S. 27.) bzw. vom „göttlichen Dreieck“ (Vieweg, a.a.O., S. 58). Sich selbst hat die WG als „unsichtbare Kirche“ gesehen und bezeichnet (Safranski, Hölderlin, Komm! Ins Offene, Freund!, München 2019, S. 54).

3 Vieweg, (Fn. 2), S. 18. Weischedel (vgl.: ders., 34 große Philosophen in Alltag und Denken (16. Aufl. 1990) zufolge soll es eine Bouteille Rotwein gewesen sein.

4 Vieweg, (Fn. 2), S. 31. Zur Thematik: Vovelle, Der Mensch der Aufklärung, in: Vovelle [Hrsg.] Der Mensch der Aufklärung, Frankfurt a.M. 1996, S. 35: „Der Wolf und der Hund“: „Da plötzlich sieht er, dass am Halse kahl der Hund“.

5 Hierzu: Safranski (Fn. 2), S. 15 ff.

6 Zu den Schwierigkeiten im Zusammenhang mit Promotion und Habilitation: Jaeschke, Hegel Handbuch, S. 18 f.; Vieweg, (Fn. 2), S. 216 ff.

7 Vieweg, (Fn. 2), S. 193.

senschaften“ sowie zuletzt die kontroverse „Rechtsphilosophie“. Vor dem Hintergrund eines (Lebens-) Wegs „von Württemberg über die Schweiz, über die frankfurterischen, thüringischen und fränkischen Gefilde nach Baden und schließlich nach Preußen“ resümiert Vieweg anschaulich⁸:

Sein Philosophieren war kein Flanieren an den Ufern von Neckar und Saale, kein beschauliches Wandern durch den Thüringer Wald, sondern glich einer hochriskanten Perlenfischerei (...)

Die zentralen Werke des Philosophen stehen keinesfalls monolithisch nebeneinander. Vielmehr sind sie gedanklich-inhaltlich miteinander verbunden und verwoben. Den architektonisch-philosophischen Kern bildet sicherlich die – als „Jahrtausendwerk der Philosophie“ bezeichnete – permanent von Hegel fortgeschriebene⁹ „Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften“ mit dem darin enthaltenen „nothwendig System“; wobei der bewusst gewählte Titel als Enzyklopädie auf die primäre Funktion als Vorlesungsgrundlage hindeutet. Grundlegend als Schlüssel zum Gesamtwerk ist sodann aber auch die „Wissenschaft der Logik“ als „Buch der Bücher“, in welcher die Logik in das „System“ integriert wird. Mit seiner „Rechtsphilosophie“ hat der „schwäbische Teufelsdenker“¹⁰ schließlich ein umstrittenes Opus vorgelegt, das als ebenso brillant wie brisant oder als wirkungsmächtig und am schärfsten kritisiert qualifiziert wird.

Indessen war Hegel Kritik, auch scharfe, durchaus gewohnt. So hat bereits sein Abschlusszeugnis in Tübingen einen ärgerlichen Schreibfehler enthalten: „nullam operam impendit“ statt „multam operam impendit“; einschließlich des demgegenüber wiederum zutreffenden Monitums an den Theologieabsolventen, sich im defizitären Predigen zu üben. Auch seine Habilitation über die Planetenbahnen und die „Differenzschrift“ wurden trotz der ansonsten gelungenen Premiere im „literarischen Saus“ Jenas durchaus harsch rezensiert. Freilich dürfte Hegel ein stabiler, auch dem Leben keinesfalls abgewandter Gemütsmensch gewesen sein, den Rückschläge, Kritik und Gegenwind nicht aus der Bahn zu werfen vermochten. Denn er wird – trotz einer zum Teil nicht unerheblichen Arbeitsbelastung – als gesellig und unterhaltsam-charmant beschrieben, spielte gerne Karten und war weder alkoholischen Getränken noch dem schönen Geschlecht abgeneigt. Für ein robustes Selbstbewusstsein spricht ferner, dass er seinen schwäbischen Dialekt nicht ablegte, selbst als er in der betriebsamen Weltmetropole Berlin seine akademische Karriere als Philosoph von internationalem Rang krönte.

C. Zur „Rechtsphilosophie“ Hegels

Der vollständige Titel der unmittelbar durch die Ideen der Französischen Revolution inspirierten „Rechtsphilosophie“

lautet: Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundbegriffe. Grundlinien der Philosophie des Rechts.

Wie aus dem Titelblatt hervorgeht, handelt es sich – ähnlich wie bei der „Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften“ – um eine Grundlage für Hegels Vorlesungen zum Thema. Zudem weist der Neugier weckende Titel auf den weit gespannten Horizont der „Rechtsphilosophie“ hin. Soll es doch um eine Melange von Naturrecht, Staatswissenschaften und Philosophie des Rechts gehen. In der Tat enthält die Monographie einen geradezu magisch anmutenden Kosmos an Themen von durchaus noch aktueller Relevanz. Tragende Konstruktionsprinzipien sind indessen der Begriff von der Freiheit und der Begriff vom objektiven Geist. Formal ist die labyrinthische „Rechtsphilosophie“ in eine Einleitung sowie drei Teile gegliedert; inhaltlich war und ist vieles – eben ganz „Hegel like“ – zuweilen mehr oder mitunter weniger umstritten. Die zeitgenössische Kritik reichte jedenfalls bis in den Fäkalbereich. Denn Scheffel dichtete:

Gott segn' euch, ihr trefflichen Vögel,

An der fernen Guanoküst', -

Trotz meinem Landsmann, dem Hegel,

Schafft ihr den gediegensten Mist!

Zur Skandalisierung bis hin zur Verteufelung der „Rechtsphilosophie“ haben freilich die Vorrede sowie vor allem der „verfemte Doppelsatz“¹¹ Anlass gegeben:

Was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernünftig.

Wurde doch dieser Satz – oder: die am häufigsten missverstandene Stelle der gesamten Philosophiegeschichte – dahingehend (fehl-)interpretiert, dass Hegel in einem restaurativ-reaktionären Sinne die bestehenden Herrschaftsstrukturen in Preußen zu legitimieren versuchte. In der Konsequenz liegt der Vorwurf der Kriecherei und der Kreation einer preußisch-nationalistischen und daher sehr beschränkten Rechts- wie Staatsphilosophie. Verkannt wird hierbei indessen, dass Hegel, der die Französische Revolution und die hiermit verbundenen aufklärerischen Ideen mit den Metaphern eines „herrlichen Sonnenaufgang(s)“ bzw. einer „Morgenröte“ umschrieb, als „Lichtmensch“ bewusst nicht nach der Devise „La Liberté ou la Mort“ lebte. Stattdessen agierte er bei allem

8 Vieweg, (Fn. 2), S. 26.

9 Zusammenfassend zu den Arbeiten als der „Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften“: Jaeschke, Hegel Handbuch, S. 239 ff.

10 Vieweg, (Fn. 2), S. 448.

11 Vieweg, (Fn. 2), S. 467.

Engagement für Vernunft und Freiheit taktisch-zurückhaltend¹². Das bereits zu Anfang 1819 fertiggestellte Manuskript zur „Rechtsphilosophie“, welches zur Leipziger Buchmesse im Herbst des gleichen Jahres vorliegen sollte, fiel deshalb den Karlsbader Beschlüssen und der hiermit verbundenen Stärkung der restaurativen Kräfte in Richtung strengerer Zensur und Überwachung gewissermaßen zum Opfer. Demzufolge enthält die überarbeitete Vorrede – ähnlich wie die Entstehung von Falladas Gefängnistagebuch „In meinem fremden Land“¹³ – als rhetorischen Schutzmechanismus einen gegenläufigen, zum Teil sogar ironischen Subtext. Mithin gilt¹⁴:

Hegels Rechtsphilosophie ist die antirestaurative Schrift aus dem Bereich der Philosophie.

Im Übrigen lässt sich mit Roxin konstatieren, dass die „Grundlinien der Philosophie des Rechts“ – bei aller Diskussion – zu den wichtigsten rechtsphilosophischen Texten bis heute zu zählen sind¹⁵.

D. Zu Hegels Straftheorie

Kaum ein Lehrbuch zum Allgemeinen Teil des Strafrechts kann sich im Bereich der Darstellung der Grundlagen der Aufgabe entledigen, Hegel – neben Kant – als prominenten Vertreter einer absoluten Straftheorie zu katalogisieren, um sodann diesen Ansatz als unzeitgemäß zu verwerfen und die relativen Straftheorien – gegebenenfalls (nur) in Verbindung mit einem Vergeltungsansatz¹⁶ – als überlegen entgegenzusetzen¹⁷. Die mitunter artifizielle Konkurrenz von sog. klassischen, jedoch vermeintlich antiquierten zu den als modern charakterisierten Auffassungen über Strafe und ihrer Legitimation mutet zuweilen an wie das Aufstellen von Pappkameraden auf der Schießbahn: sie werden aufgestellt, nur um anschließend durchlöchert zu werden. Der Minimaldiskurs ist hierbei auf die klassische dialektische Wendung von Strafe als der „Negation der Negation“¹⁸ und deren holzschnittartige Erläuterung reduziert. Das retrospektive „punitur, quia peccatum est“ umschreibt in diesem Zusammenhang den insofern zweckfreien Vergeltungsgedanken: „poena absoluta est ab effectu“; und damit im Sinne eines Gerechtigkeitspostulats die Wiederherstellung des durch die Straftat verletzten Rechts.

Obwohl Hegel seine Straftheorie in nur wenigen Paragraphen der „Rechtsphilosophie“ entfaltet hat, erscheint es deutlich zu kurz gegriffen, sie auf die zitierte Formel reduzieren zu wollen¹⁹. Welcher Gehalt und welcher Gewinn sich in aktueller (Re-) Formulierung destillieren und herauspräparieren lassen, hat vor allem Seelmann vorexerziert. Er hat nämlich Hegels Legitimationsversuche der Strafe auf ein Gesetzlich-

keits- und vor allem ein Anerkennungsargument zugespielt²⁰. Getragen war dies von der zentralen Erwägung, dass auch die präventiven Ansätze und deshalb die relativen Straftheorien Schwächen aufweisen; flankiert durch die melancholisch grundierte Feststellung, dass man sich von Hegellektüre verabschiedet habe²¹.

Unabhängig davon, dass eine skandalöse Sprache reklamiert wird²², welche freilich das Gesamtwerk prägend als „Hegel-Sound“ durchzieht, enthält die Rechtsphilosophie durchaus auch irritierende Passagen. Denn in § 218 ist beispielsweise zum Verhältnis von Verbrechen und Strafe überraschend zu lesen:

Diese Qualität nun oder Größe ist aber nach dem Zustande der Gesellschaft veränderlich, und in ihm liegt die Berechtigung, ... einen Diebstahl von ... einer Rübe ... mit dem Tode ... zu belegen.

In Frageform: Weshalb hält Hegel als Anhänger aufklärerischer Ideale an der Todesstrafe fest? Und wie kommt es dazu, dass in eklatant unverhältnismäßiger Art und Weise der Diebstahl einer Rübe mit dieser Strafe belegt werden kann? Das Festhalten Hegels an der Todesstrafe basiert auf der Überlegung, dass im Verbrechen das Recht als Recht verletzt wird²³ und es deshalb nach seiner eigenen, inneren

12 Hierzu: Ilting, in: Information Philosophie 1985 (n. 2), S. 18 ff. (21).

13 Britz, JM 2019, 254 ff. (257 ff.).

14 Vieweg, (Fn. 2), S. 466.

15 Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I (3. Aufl. München 1997), § 3 Rn. 4.

16 So die h.M. mit den Vereinigungstheorien; vgl. statt vieler: Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil I, Rn. 19 f. m.w.Nachw.

17 Eine Auswahl: Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I (3. Aufl. München 1997), § 3 Rn. 8: „wissenschaftlich nicht mehr haltbar“; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil (5. Aufl., Berlin 1993), § 8 III: „die Verwirklichung der absoluten Sittlichkeit auf Erden (ist) nicht Aufgabe des Staates.“

18 Hegel selbst hat in der „Rechtsphilosophie“ die prägnante Formel nicht verwendet. Sie kann lediglich den Vorlesungsmitschriften des Hegelschülers Eduard Gans entnommen werden.

19 Kritisch zu dieser berüchtigten Charakteristik: Seelmann, a.a.O. (Fn. 24), S. 12, 29.

20 Seelmann, Differenzen zwischen Kant und Hegel bei der Begründung der Strafe, in: Seelmann (Hrsg.), Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion. Hegels Straftheorien (Freiburg/München 1995), S. 124 f.; ders., Hegel und die Strafrechtsphilosophie der Aufklärung, a.a.O., S. 41 f.; hierzu auch: Koriath, Zum Streit über die positive Generalprävention – eine Skizze, in: Radtke pp. (Hrsg.), Muss Strafe sein? (Baden-Baden, 2004), S.62 f.

21 Seelmann, (Fn. 20), S. 12. Allgemein zur Krise der deutschen Rechtsphilosophie: Hilgendorf, in: FS f. Kindhäuser (Baden-Baden, 2019), S. 193 ff.

22 Koriath, a.a.O., S. 62 m.w.Nachw.

23 Ilting (Hrsg.), G.W.F. Hegel. Die Philosophie des Rechts (Stuttgart 1983), S. 68 f. (Rechtsphilosophie I, § 45).

Wichtigkeit bestraft werden muss²⁴; mit der Konsequenz, dass Wiedervergeltung zum Prinzip der Strafe²⁵ wird. Hinzu kommt, dass Hegel von der Begründung Beccarias hinsichtlich der Unzulässigkeit der Todesstrafe nicht überzeugt war²⁶, vielmehr nach seiner Diktion mit dem Verbrechen das Recht eingeräumt wird, dass dem Verbrecher Böses (wiedervergeltend) widerfährt²⁷. Dass ausgehend davon sogar disproportional gestraft werden kann, resultiert schließlich daraus, dass die veränderliche Gefährlichkeit des Verbrechens für die bürgerliche Gesellschaft einen Bemessungsmaßstab für die Strafe bilden soll²⁸. Denn die Strafe ist selbst ein Exempel gegen das Exempel des Verbrechens, sodass – neben weiteren Faktoren²⁹ – die gesellschaftlichen Rahmenbedingungen für das Strafen maßgebliche Bedeutung erlangen. In unsicheren Zeiten³⁰ also: Rübe weg – Rübe ab!

E. Zum Schluss

Wenn Klug im Jahre 1968 postulierte, dass es hohe Zeit sei, unter anderem die Straftheorie von Hegel mit ihren irrationalen gedankenlyrischen Exzessen endgültig zu verabschieden³¹, dürfte dies zumindest als voreilig zu bezeichnen sein. Denn es besteht ein unauflösbarer Zusammenhang zwischen der politischen und rechtlichen Verfassung einer Gesellschaft einerseits und dem in ihr existierenden Strafrecht mit einem ständig einzulösenden Geltungsanspruch andererseits³². Daher bleibt die permanente Frage nach der Legitimation von Strafe und Strafrecht. Mit der Ablehnung

einer Verbindung von Kriminalstrafe und Prävention setzt Hegel einen ebenso zentralen wie bleibenden Kontrapunkt. Denn Strafen müssen Hegel zufolge an und für sich gerecht sein³³. Der Mensch darf nämlich nicht wie ein Hund behandelt werden, gegen den man schlicht den Stock erhebt³⁴. Die Prognose, dass uns Hegel über den 250. Geburtstag hinaus erhalten bleibt, ist sicherlich nicht gewagt. Oder um es mit Iltting zu sagen³⁵: „Ich glaube, es ist nicht möglich, mit gutem Gewissen an Hegel vorbeizugehen (...)“

24 Iltting (Hrsg.), a.a.O., S. 131 f. (Rechtsphilosophie I, § 114).

25 Iltting (Hrsg.), a.a.O., S. 230 (Rechtsphilosophie I, § 113), S. 71 (Rechtsphilosophie I § 47).

26 Iltting (Hrsg.), a.a.O., S. 70 (Rechtsphilosophie I, § 46); vgl. auch: § 100 der Rechtsphilosophie.

27 Iltting, (Fn. 26). Kritisch: Hörnle, in: Handbuch des Strafrechts (Heidelberg, 2018), Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), § 12 Rn. 6.

28 Iltting (Hrsg.), a.a.O., S. 131 f. (Rechtsphilosophie I, § 114).

29 Iltting (Hrsg.), a.a.O., S. 132 (Rechtsphilosophie I § 114).

30 Vgl.: § 218 (Zusatz): Ist die Gesellschaft noch an sich wankend, dann müssen durch Strafen Exempel statuiert werden (...)

31 Klug, in: Vormbaum (Hrsg.), Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit Bd. II (Baden-Baden, 1993), S. 275.

32 Ähnlich: Fischer, Über das Strafen (München, 2018), S. 573 f.

33 Hierzu: § 99 der Rechtsphilosophie.

34 Vgl.: § 99 mit Blick auf Feuerbach und dessen Straftheorie.

35 Iltting, in: Information Rechtsphilosophie 1985 (n. 3), 18 ff. (22).

Prof. Dr. Uwe Berlit



Vorsitzender Richter am Bundesverwaltungsgericht

Uwe Berlit ist seit 2002 Richter am Bundesverwaltungsgericht, seit 2011 als Vorsitzender des u.a. für das Migrationsrecht zuständigen 1. Revisionsenats, und Vizepräsident des Verfassungsgerichtshofs des Freistaates Sachsen. Seit 2003 ist er richterlicher EDV-Beauftragter und aktuell u.a. mit der Einführung der „führenden“ elektronischen Akte befasst. Er ist Mitglied im Vorstand des Vereins Deutscher EDV-Gerichtstag. Er lehrt als Honorarprofessor an der Juristenfakultät.

Prof. (em.) Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Martinek, Master of Comparative Law (New York), Hon.-Prof. (Johannesburg), Hon.-Prof. (Wuhan)



Rechtsanwalt

Herr Martinek war mehr als 30 Jahre lang Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung sowie Direktor des Instituts für Europäisches Recht an der Universität des Saarlandes. Seit seiner Emeritierung 2019 ist er vor allem als Rechtsanwalt, Schiedsrichter und Gutachter sowie als Gastprofessor an mehreren ausländischen Universitäten tätig. Er ist Mitherausgeber des juris-Praxiskommentars zum BGB und ständiger Mitarbeiter der jM.

Lutz Wehrhahn



Vorsitzender Richter am Landessozialgericht

Der Verfasser war bis 2010 Direktor des Sozialgerichts Meiningen, unterbrochen durch eine Abordnung als wissenschaftlicher Mitarbeiter an das BSG von 2006 bis 2008. Seit 2010 ist er Vorsitzender Richter am Landessozialgericht in Erfurt. Neben seiner richterlichen Tätigkeit in Fachsenaten zur Grundsicherung für Arbeitsuchende, Sozialhilfe und Angelegenheiten der gesetzlichen Rentenversicherung ist er Mitautor mehrerer Kommentare.

Univ.-Prof. Dr. Ulrich Hufeld



Professor an der Helmut-Schmidt-Universität/Universität der Bundeswehr Hamburg

Promotion und Habilitation am Institut für Finanz- und Steuerrecht der Universität Heidelberg. Seit 2009 Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Steuerrecht an der Helmut-Schmidt-Universität Hamburg. Forschungsschwerpunkte im Staats- und Europarecht, im Finanzverfassungs- und Steuerrecht.

Kai-Daniel Weil



Rechtsanwalt und Wissenschaftlicher Mitarbeiter

Studium der Rechtswissenschaften bis 2017 an der Universität des Saarlandes mit Schwerpunkt deutsche und internationale Strafrechtspflege, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht. Von 2017 bis 2019 Referendariat am Saarländischen Oberlandesgericht; zugleich wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie von Prof. Dr. Heinz Koriath sowie Ausübung von Lehrtätigkeiten im Bereich des Strafrechts. Seit 2019 wissenschaftlicher Mitarbeiter mit Promotionsvorhaben ebenda. Seit Juli 2020 zudem Rechtsanwalt in der Kanzlei Abel & Kollegen in St. Ingbert.

IMPRESSUM

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

Expertengremium: Vors. Richter am BGH a.D. Wolfgang Ball, Lemberg
Rechtsanwalt Prof. Dr. Guido Britz, St. Ingbert
Vizepräsident des LArbG a.D. Prof. Dr. Heinz-Jürgen Kalb, Köln
Richter am BVerwG a.D. Prof. Dr. Harald Dörig, Erfurt
Prof. (em.) 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, Am Römerkastell 11, 66121 Saarbrücken, Tel.: 0681 5866-0, Fax: 0681 5866-239, E-Mail: jM@juris.de
Geschäftsführer: Samuel van Oostrom, Johannes Weichert, Aufsichtsratsvorsitzender: Ministerialdirigent Dr. Matthias Korte

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

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

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

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

Bestellungen: Über jede Buchhandlung und beim Verlag

Satz: Datagroup Int., Timisoara

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

ISSN: 2197-5345

7. Jahrgang

juris PreLex – die digitale Gesetzgebungsbibliothek

Mit juris PreLex verfolgen Sie den gesamten Entstehungsprozess von Gesetzen und Verordnungen aktuell, einfach und intuitiv. Sobald der Entwurf als Drucksache vorliegt, werden die wesentlichen Stationen und relevanten Dokumente des Werdegangs sowie das Gesetz selbst für die Onlinenutzung aufbereitet, umfassend verlinkt und in der juris Datenbank bereitgestellt.

Zahlreiche Filtermöglichkeiten erlauben es Ihnen, den kompletten Datenbestand hinsichtlich der individuell benötigten Informationen einzugrenzen, etwa nach Sachgebieten, nach Verfahrensstand oder nach bestimmten Normen. Sie können bestimmte Themenbereiche oder einzelne Rechtsetzungsverfahren beobachten lassen und erhalten über den juris PreLex Benachrichtigungsservice automatisch Meldung, sobald sich Änderungen ergeben.

NEU: Das innovative Compliance-Monitoring überprüft online verfügbare kommunale Satzungen hinsichtlich der dort zitierten Normen und benachrichtigt Sie, wenn Handlungsbedarf besteht.

Ihre Vorteile mit juris PreLex:

- frühzeitige Information über sich abzeichnende Rechtsänderungen
- speziell konfigurierbarer News-Bereich
- vollautomatischer Benachrichtigungsdienst
- Compliance-Monitoring: Systematische Beobachtung kommunaler Satzungen mit Änderungsmeldung
- Unterstützung bei Ihrer internen Prozessoptimierung
- Zeitersparnis bei gleichzeitiger Verringerung von Haftungsrisiken

Inhalte und Funktionalitäten:

- juris Bundesrecht
- Landesrecht aller 16 Bundesländer
- Ortsrecht (Kommunen über 15.000 Einwohner)
- europäische Gesetzgebung
- alle Verkündungsblätter des Bundes
- alle Gesetz- und Justizministerialblätter der Länder
- weitere Amtsblätter der Länder
- historische Verkündungsblätter
- Werdegänge (Bundesgesetze)
- Bundesrats- und Bundestagsdrucksachen

- Plenarprotokolle
- Handbuch des Staatsrechts, Isensee/Kirchhof

NEU: Compliance-Monitoring

- automatische E-Mail-Benachrichtigung
- individuell konfigurierbarer News-Bereich
- Interessens-/Themengebietsspezifische Infodienste

www.juris.de/prelex

juris PartnerModul Notare

partnered by C.F. Müller | De Gruyter | Deutscher Anwaltverlag | Deutscher Notarverlag | Deutsches Notarinstitut | dfv Mediengruppe | Erich Schmidt Verlag | IWW Institut | Reguvis Fachmedien | Verlag Dr. Otto Schmidt | ZAP Verlag | zerb verlag

Mit dem juris PartnerModul Notare stellen Sie Ihre Kanzlei ideal für die Zukunft auf. Die innovative Recherche-Lösung verbindet die ausgezeichnete verlegerische Kompetenz der jurisAllianz Partner mit der hochmodernen Datenbank-Technologie von juris – Das Rechtsportal und leistet dabei erheblich mehr als eine klassische Suchmaschine.

Sie erhalten ein intuitiv bedienbares Arbeitswerkzeug, das mit einem Mausklick Ergebnisse liefert und mit dessen Hilfe sich Prozesse standardisieren und automatisieren lassen. Die integrierte Premium-Literatur deckt die gesamte Bandbreite des notariellen Arbeitsbereiches ab – verlagsübergreifend, vom Traditions-Kommentar bis zum Formularbuch.

Verlagsübergreifende Literatur- und Wissensdatenbank

Die digitale Bibliothek beinhaltet Premiumliteratur führender Fachverlage der jurisAllianz, insgesamt über 90 Titel, vom Gesellschaftsrecht bis zum Steuerrecht, vom Familien- und Erbrecht bis zum Miet- und Wohnungseigentumsrecht.

Alle Werke sind für die Online-Nutzung aufbereitet und professionell verlinkt. Flaggschiff-Titel wie der Staudinger BGB und der Heidelberger Kommentar zum GNotKG sind exklusiv bei juris recherchierbar. Die juris Datenbank wird ständig aktualisiert, Neuauflagen automatisch integriert. Die intuitiv bedienbare juris Oberfläche ermöglicht die Crossrecherche über alle Dokumente in Sekundenschnelle.

Mit dem juris PartnerModul Notare verfolgen Sie außerdem die für Sie relevante Gesetzgebung von der Initiative an. Der juris Benachrichtigungsservice

informiert automatisch, sobald der Werdegang fortschreitet. Über den juris Fassungsvergleich werden Änderungen auf einen Blick sichtbar.

Digitale Tools und intelligente Arbeitshilfen

Das juris PartnerModul Notare lässt sich auf Wunsch direkt in Ihr Textverarbeitungsprogramm integrieren. Dann können Sie direkt aus Microsoft Word heraus auf die Inhalte des PartnerModuls zugreifen und Musterformulare mit einem Mausklick passgenau einfügen. Das System überprüft automatisch die Aktualität der Vorlage hinsichtlich der zugrundeliegenden Normen und weist Sie auf Neuregelungen hin.

Das Angebot umfasst zahlreiche Newsdienste, die Sie individuell nach Ihren Interessensgebieten konfigurieren können. Aktuelle Informationen zu neuen Rechtsentwicklungen sowie Ihre Verkündungsblätter nach BNotO werden automatisch an Ihren Arbeitsplatz gesendet.

NEU juris Word Add-In – Ihre Vorteile:

- Suche nach Formularen und Mustertexten – direkt aus Word heraus
- Übernahme der Formulare mit einem Klick in das bestehende Layout
- automatischer Aktualitäts-Check bezüglich Änderung zugrundeliegender Vorschriften

NEU Digitaler Pflichtbezug – Ihre Vorteile:

- automatische elektronische Zustellung Ihrer Verkündungsblätter gemäß § 32 BNotO
- einfacher Download und digitale Archivierung sparen Lagerfläche und Zeit
- Protokolle und Zertifikate für die komfortable Dokumentation als Bezugsnachweis

Gratis-Lizenzpaket für Ihre Fachangestellten

Das juris PartnerModul Notare beinhaltet Gratiszugänge für bis zu 10 Mitarbeiter Ihrer Kanzlei. Das Lizenzpaket umfasst die für Ihre Fachangestellten relevante Literatur (Basiskommentare, Zeitschriften, Hand- und Formularbücher). Der Einsatz des juris Word Add-Ins mit dem Formular-Aktualitäts-Check vereinfacht die Vertrags- und Urkundenvorbereitung deutlich und reduziert mögliche Fehlerquellen.

www.juris.de/notare

juris Webinare

Um sich über unsere neuen Produkte und neuen Funktionalitäten zu informieren, legen wir Ihnen unsere kostenlosen juris Webinare näher: Besuchen Sie eine Online-Schulung – bequem und zeitsparend direkt vom eigenen Schreibtisch aus.

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.

www.juris.de/webinare



juris PartnerModule – geschmiedet zu Ihrem Vorteil

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

www.juris.de/partnermodule

Über 70 Online-Module –
mehr als 35 Rechtsgebiete

jurisAllianz
Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.

Juris
Das Rechtsportal

ottoschmidt

DE
G DE GRUYTER

ESV ERICH
SCHMIDT
VERLAG

 C.F. Müller

rehm

STOTax
Stollfuß Medien

 Reguvis

dfv Mediengruppe

 DeutscherAnwaltVerlag

 DeutscherNotarVerlag

IWW
INSTITUT

EINE NOTARIN

KENNT NUR WERTVOLLE ZEIT!

Mehr Zeit gewinnen für das Wesentliche.

Das **juris PartnerModul Notare** verbindet online die Premium-Literatur der jurisAllianz Partner mit der hochmodernen juris Technologie. Das intuitiv bedienbare Arbeitswerkzeug deckt die gesamte Bandbreite des notariellen Arbeitsbereiches ab und hilft, Prozesse zu automatisieren. Die digitale Bibliothek stellt Inhalte, insgesamt über 90 Titel, vom Gesellschaftsrecht bis zum Steuerrecht, vom Familien- und Erbrecht bis zum Miet- und Wohnungseigentumsrecht, bereit. Das juris PartnerModul Notare verschafft Ihnen das wertvollste Gut – Zeit!



juris PartnerModul Notare

Jetzt beraten lassen und persönlichen Gratistest anfordern
unter: notare.juris.de

jurisAllianz
Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.