

Juris[®] Die Monatszeitschrift

JM 12 | DEZEMBER 2021

Topthema:

70 Jahre BVerfG: (K)eine Torte?

RA Prof. Dr. Guido Britz

Interview:

Der Deutsche Juristen-Fakultätentag und unsere Juristenausbildung

Prof. Dr. Dr. h.c. Tiziana Chiusi

In dieser Ausgabe:

Das Arbeitsausfallrisiko in der Pandemie (Teil 1)

Die Zurechnung des Arbeitsausfallrisikos und ein Paukenschlag des BAG

VRiLArbG Dr. Jochen Sievers und
RA'in Dr. Sophie Kruppa

Ausbau der Infrastruktur für Elektromobilität

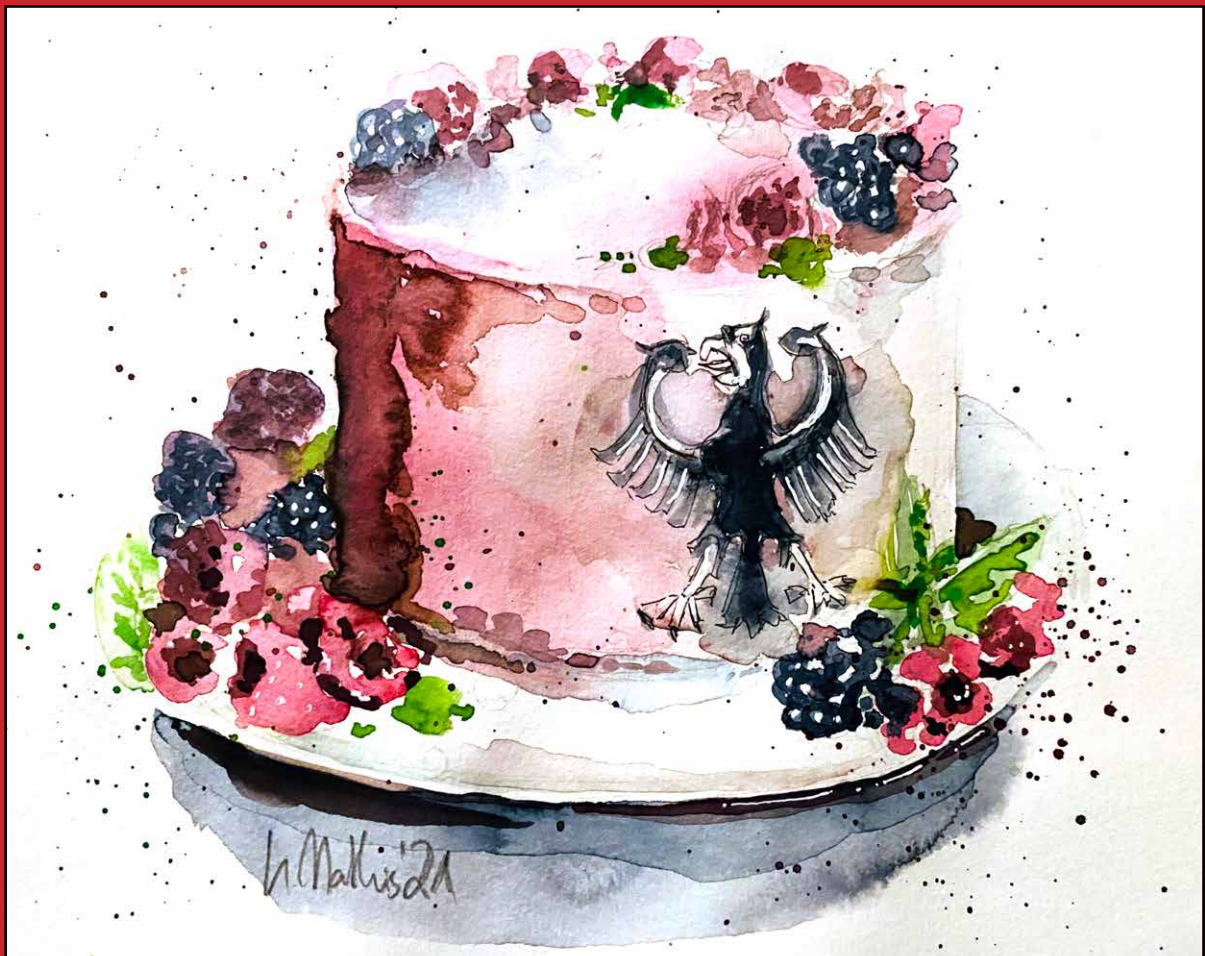
Prof. Dr. Matthias Knauff, LL.M. Eur. und
Friederike Pfeifer

Zinsregeln im Steuerrecht verfassungswidrig

RiBFH Dr. Nils Trossen

Strafbarkeit und Irrtum um Cum-Ex-Geschäfte

RiLG Dr. Klaus Liebl, z. Zt. Wiss. Mit.
beim BFH





Der Maßstab
für alle Fälle

STAUDINGER online. ENTSCHEIDEND besser.

Der STAUDINGER BGB-Kommentar:
Unverzichtbare Kompetenz für Justiz, Praxis und Wissenschaft.

Verlag Dr. Otto Schmidt | De Gruyter

juris – Das Rechtsportal hat das Premium-Werk in die digitale Zukunft transportiert. Der STAUDINGER Online setzt neue Maßstäbe für die juristische Recherche. Der gesamte Kommentar ist mit einem Klick durchsuchbar – überall und jederzeit. Monatliche Aktualisierungen garantieren den Zugriff auf den neuesten Rechtsstand. Entscheidungen, Normen und Premium-Literatur der jurisAllianz sind intelligent verlinkt. Dank der State-of-the-Art-Technologie von juris – Das Rechtsportal arbeiten Sie intuitiv, komfortabel und zeitsparend.

Entdecken Sie jetzt den STAUDINGER Online exklusiv unter:
staudinger.juris.de

jurisAllianz 
Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Zivil- und Wirtschaftsrecht

**Anspruch auf Vorschusszahlung bei Nach-
erfüllung**

BGH, Urt. v. 07.04.2021 - VIII ZR 191/19

Prof. Dr. Michael Jaensch S. 442

**Der Begriff der „öffentlich zugänglichen Ver-
steigerung“ i.S.d. § 474 Abs. 2 Satz 2 BGB**

BGH, Urt. v. 07.04.2021 - VIII ZR 49/19

Dr. Carolin Maus, lic. en droit S. 444

Arbeitsrecht

**Das Arbeitsausfallrisiko in der Pandemie
(Teil 1)**

**Die Zurechnung des Arbeitsausfallrisikos
und ein Paukenschlag des BAG**

VRiLArbG Dr. Jochen Sievers und RA'in

Dr. Sophie Kruppa S. 446

Sozialrecht

Rente optimieren!

BGH, Urt. v. 11.03.2021 - III ZR 27/20

VPräsBSG Prof. Dr. Thomas Voelzke S. 453

Verwaltungsrecht

**Ausbau der Infrastruktur für Elektromobi-
lität**

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

Friederike Pfeifer S. 456

**ADHS im Prüfungsrecht: Nachteilsaus-
gleich bei unerkanntem Dauerleiden?**

BVerwG, Urt. v. 24.02.2021 - 6 C 1/20

RiLG Dr. Christoph Jeremias S. 460

Steuerrecht

**Zinsregeln im Steuerrecht verfassungs-
widrig – zugleich eine Besprechung von
BVerfG, Beschl. v. 08.07.2021 -**

1 BvR 2237/14 und 1 BvR 2422/17

RiBFH Dr. Nils Trossen S. 463

Erratum:

In Heft 11/2021 wurde der Autor „RA Dr. Benjamin Pant“ irrtümlich als „RA Dr. Michael Pant“ bezeichnet. Wir bitten, dieses Versehen zu entschuldigen.

INHALT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Strafrecht

Strafbarkeit und Irrtum um Cum-Ex-Geschäfte – zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 28.07.2021 - 1 StR 519/20

RiLG Dr. Klaus Liebl, z. Zt. Wiss. Mit. beim BFH S. 469

Topthema:

DER BESONDERE BEITRAG

70 Jahre BVerfG: (K)eine Torte?

RA Prof. Dr. Guido Britz

S. 475

INTERVIEW

Der Deutsche Juristen-Fakultätentag und unsere Juristenausbildung

Interview mit:

Prof. Dr. Dr. h.c. Tiziana Chiusi

S. 481

„Wer aus der Geschichte nichts lernt...“



Holger Radke
Vizepräsident des Landgerichts Karlsruhe

ist dazu verdammt, sie zu wiederholen.“ Diese Erkenntnis – deren Formulierung, mit gewissen Differenzierungen in der Wortwahl, dem Philosophen und Schriftsteller George Santayana zugeschrieben wird – vermag auch für die deutsche Rechtsgeschichte Gültigkeit zu beanspruchen. Da gäbe es für den heutigen Gesetzgeber viel Gutes zu lernen, etwa beim Blick in die legislative Kunst bei älteren Gesetzeswerken, insbesondere dem BGB von 1896. Es gab aber auch sehr dunkle Kapitel, namentlich bei der Umsetzung oder besser: Pervertierung des Rechts durch den sog. Volksgerichtshof ab 1934, dessen unseliges Wirken insoweit lehrreich war, ist und bleiben muss, als sich eine Instrumentalisierung des Rechts, wie sie dort stattgefunden hat, niemals wiederholen darf.

Nach 1945 hat man der deutschen Justiz bisweilen vorgeworfen, sie habe nicht genug aus dieser Vergangenheit gelernt, sei „auf dem rechten Auge blind“ geblieben, habe nationalsozialistisch vorbelastete Juristen in prestigeträchtige und einflussreiche Positionen gelangen lassen und keine konsequente Aufarbeitung der eigenen Vergangenheit betrieben. Es gibt bedrückende Beispiele, die dies belegen, aber gelernt hat die Justiz aus ihrer Geschichte glücklicher Weise auch, was wohl nirgends so augenfällig wird wie beim Blick an die Spitze der Justizpyramide, beim Blick auf das BVerfG. Einer Umfrage des Meinungsforschungsinstituts FORSA aus diesem Jahr zufolge bringen 78 % der Bevölkerung dem Gericht „großes Vertrau-

en“ entgegen, ein Wert, von dem andere Verfassungsorgane weit entfernt sind. Diese Anerkennung, diesen guten Ruf haben sich die Verfassungsrichterinnen und -richter in den letzten 70 Jahren durch viele prägende Urteile verdient, mit denen sie – in wunderbarem Gegensatz zum Volksgerichtshof – den Rechtsstaat, die Demokratie und unser gesamtes Gemeinwesen geschützt und weiterentwickelt haben. Unser Experte Prof. Dr. Britz hat zum Geburtstag einen Rückblick auf die frühen Entscheidungen des Gerichts im Öffentlichen Recht, im Straf- und im Zivilrecht gewagt, dem ich unter anderem die Erkenntnis verdanke, dass jedenfalls das Verfassungsgericht schon in den frühen 50er Jahren Entscheidungen getroffen hat, mit denen es die strafrechtliche Aufarbeitung der nationalsozialistischen Vergangenheit rechtlich abgesichert hat.

Auch aktuell steht das BVerfG dank der Pandemie einmal mehr vor der schwierigen Aufgabe, die Balance zwischen den Freiheitsrechten des einzelnen und den Eingriffsbefugnissen des Staates am Maßstab der Verfassung auszutarieren. Die Auswirkungen von Corona zeigen sich aber natürlich nicht nur im Verfassungsrecht, sondern betreffen auf dem Weg zur finalen Klärung in Karlsruhe nahezu alle Rechtsbereiche. So ergeben sich zentrale Fragen für viele Beschäftigte im Arbeitsrecht, wenn es etwa darum geht, wer bei Betriebs-schließungen oder Einschränkungen der Geschäftstätigkeit, die der Staat zur Eindämmung des Virus dem Land verordnet, das Arbeitsausfallrisiko trägt. Die spannende aktuelle Entwicklung dieser Frage in der obergerichtlichen Rechtsprechung stellen Herr Dr. Sievers und Frau Dr. Kruppa im ersten Teil ihres Aufsatzes zu einem „Paukenschlag des BAG“ dar.

Schließlich bietet das aktuelle Heft der JM eine Informations- und Fortbildungsquelle selbst für die Koalitionäre in der sich anbahnenden neuen Bundesregierung. Denn zum großen Zukunftsthema der Bewältigung der Klimakrise, dem man sich ja mit hoher Priorität widmen möchte, gehört nicht zuletzt die Elektromobilität und hier bietet der Beitrag von Prof. Dr. Knauf und Friederike Pfeifer einen lehrreichen Überblick über die – durchaus verschachtelte – aktuelle Regelung der Ladeinfrastruktur. „Ernsthaftes Bemühen“ attestieren die Autoren dem Gesetzgeber in den zurückliegenden Jahren, aber es bleibt noch viel zu tun, soll die wachsende Flotte der E-Fahrzeuge (erstmalig war im September 2021 mit dem Tesla Model 3 ein stromgetriebenes Fahrzeug meistverkauft in Europa) adäquat in der Fläche versorgt werden.

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

Holger Radke

Zivil- und Wirtschaftsrecht

Anspruch auf Vorschusszahlung bei Nacherfüllung

BGH, Urt. v. 07.04.2021 - VIII ZR 191/19

Prof. Dr. Michael Jaensch

A. Problemstellung

Für Verträge, durch die ein Verbraucher von einem Unternehmer eine bewegliche Sache kauft (Verbrauchsgüterkaufverträge), sehen die §§ 474 ff. BGB spezielle Vorschriften zu den allgemeinen kaufrechtlichen Regelungen der §§ 433 ff. BGB vor.

I. Verbraucher ist aufgrund § 13 BGB jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihren gewerblichen noch selbständig beruflichen Tätigkeiten zugerechnet werden können. Unklar ist, ob diese Zwecke objektiv¹ durch die Umstände oder subjektiv von den Parteien bestimmt werden. Der VIII. Zivilsenat hatte die Frage zunächst offengelassen² und festgestellt, dass beim Vertragsschluss mit einer natürlichen Person vom Verbraucherhandeln auszugehen sei, es sei denn, dem anderen Teil ist eindeutig und zweifelsfrei das Gegenteil erkennbar.³ Später sprach er sich zumindest verbal für den objektiven Ansatz aus.⁴ Er hatte nunmehr Gelegenheit, seine Position zu verdeutlichen.

II. Der Gesetzgeber hat die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie⁵ weitgehend überschneidend umgesetzt und nur für Teilbereiche Sonderregeln für Verbrauchsgüterkaufverträge in den §§ 474 ff. BGB vorgesehen. Hierzu gehört der vom BGH im Wege der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung entwickelte Kostenvorschussanspruch,⁶ der zur Umsetzung dieser Rechtsprechung⁷ 2018 durch § 475 Abs. 6 BGB (2018) kodifiziert wurde⁸ und auch nach Umsetzung der Warenkaufrichtlinie⁹ ab 2022 inhaltlich unverändert in § 475 Abs. 4 BGB (2022)¹⁰ fortbestehen wird. Demnach kann der Verbraucher für Aufwendungen, die ihm durch die Nacherfüllung aufgrund § 439 Abs. 2 und 3 BGB (2018) entstehen, einen Vorschuss verlangen. Unter Absatz 2 fallen die Aufwendungen, die dem Käufer beim Transport der mangelhaften Sache zum Sitz des Verkäufers als Erfüllungsort der Nacherfüllung entstehen. Von Absatz 3 sind Aufwendungen des Käufers für den Ausbau der mangelhaften und Einbau der nachgelieferten mangelfreien Sache erfasst. Zu klären hatte der BGH, ob der Vorschussanspruch auch die Kosten für die Nachlieferung der mangelfreien Sache einschließt.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Kläger, der eine Tischlerei betrieb, kaufte von der Beklagten, mit der er in ständiger Geschäftsbeziehung stand, Hölzer zur Sanierung der Terrasse seines Privathauses. Unter dem Zusatz „Tischlerei“ auf Auftragsbestätigung und Rechnung lieferte die Beklagte die Hölzer. Später machte der Kläger geltend, dass die Hölzer nicht witterungsbeständig seien und sich somit nicht für den Außenbereich eignen. Er verlangte von der Beklagten einen Kostenvorschuss für den Ausbau der alten und den Einbau als auch die Lieferung neuer Hölzer. Das Landgericht hat der Klage überwiegend stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen, da es die für den Vorschussanspruch erforderliche Verbrauchereigenschaft des Klägers verneint hat. Die hiergegen gerichtete Revision hat Erfolg.

Auf der Grundlage des bis zum 31.12.2017 geltenden Kaufrechts und im Einklang mit der Vorinstanz leitet der Gerichtshof für Verbrauchsgüterkaufverträge den Vorschussanspruch aus seiner richtlinienkonformen Auslegung des Nachlieferungsanspruchs nach § 439 Abs. 1 BGB ab, um die von Art. 3 Abs. 3 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und § 439 Abs. 2 (seit 2018 Abs. 3) BGB geforderte Unentgeltlichkeit der Nacherfüllung zu gewährleisten.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts bejaht der BGH die Verbrauchereigenschaft des Klägers nach § 13 BGB. Es sei grds. auf den objektiv zu bestimmenden Vertragszweck abzustellen und bei einem Vertragsschluss mit einer natürlichen Person von einem Verbraucher auszugehen. Eine gegenteilige Zurechnung käme nur in Betracht, wenn dem Vertragspartner aufgrund eindeutiger und zweifelsfreier Hinweise erkennbar ist, dass sein Gegenüber einen gewerblichen oder selbständig beruflichen Zweck

- 1 BGH, Urt. v. 24.02.2005 - III ZB 36/04 Rn. 9; BGH, Urt. v. 15.11.2007 - III ZR 295/06 Rn. 6.; vgl. EuGH, Urt. v. 09.11.2016 - C-149/15 Rn. 32 - „Wathelet“ zum Begriff „Verkäufer“ im Sinne der Richtlinie 1999/44/EG.
- 2 BGH, Urt. v. 22.12.2004 - VIII ZR 91/04 Rn. 11; BGH, Urt. v. 30.09.2009 - VIII ZR 7/09 Rn. 9.
- 3 BGH, Urt. v. 30.09.2009 - VIII ZR 7/09 Rn. 10 f.; BGH, Urt. v. 13.03.2013 - VIII ZR 186/12 Rn. 18.
- 4 BGH, Urt. v. 27.09.2017 - VIII ZR 271/16 Rn. 41; BGH, Urt. v. 18.10.2017 - VIII ZR 32/16 Rn. 31.
- 5 Richtlinie 1999/44/EG v. 25.05.1999, ABl. L 171/12 v. 07.07.1999.
- 6 Vorschuss der Ausbauposten: BGH, Urt. v. 21.12.2011 - VIII ZR 70/08 Rn. 49 f.; Transportkostenvorschuss: BGH, Urt. v. 13.04.2011 - VIII ZR 220/10 Rn. 37, 44; BGH, Urt. v. 19.07.2017 - VIII ZR 278/16 Rn. 28 ff.; einschränkend jedoch EuGH, Urt. v. 23.05.2019 - C-52/18 Rn. 56 - „Füllia“.
- 7 RegE, BT-Drs. 18/8486, S. 45.
- 8 Gesetz v. 28.04.2017, BGBl. I, 969.
- 9 Richtlinie (EU) 2019/771 v. 20.05.2019, ABl. L 136/28 v. 22.05.2019.
- 10 Gesetz v. 25.06.2021, BGBl. I, 2133.

verfolgt. Für seine objektive Verbrauchereigenschaft trage zwar der Verbraucher die Darlegungs- und Beweislast. Im Zweifel sei aber aufgrund der negativen Formulierung des § 13 BGB vom Verbraucherhandeln auszugehen. Demnach sei der Kläger Verbraucher. Der Bezug auf die Tischlerei lasse keinen eindeutigen und zweifelsfreien Bezug auf berufliche Zwecke zu. Es sei kein Grund ersichtlich, warum der Kläger für private Zwecke einen anderen Verkäufer aufsuchen solle.

Der Vorschussanspruch beschränke sich auf Aufwendungen des Käufers für Ausbau der mangelhaften und Einbau mangelfreier Hölzer. Einen Vorschuss für die Ersatzlieferung könne der Käufer nicht verlangen, da ihm – anders als dem Mieter oder Besteller eines Werks – kein Selbstvornahmerecht zusteht.

C. Bewertung

I. Zur Bestimmung der Verbrauchereigenschaft nach § 13 BGB ist der Zweck, zu dem das Rechtsgeschäft abgeschlossen wird, grds. objektiv zu definieren. Hierin stimmen der III. und der VIII. Zivilsenat sowie der EuGH überein.¹¹ Der objektive Zweck wird nach dem objektiven Empfängerhorizont ermittelt.¹² Den Parteien ist es verwehrt, durch besondere Vertragsgestaltungen den objektiven Vertragszweck zu ändern, um sich der Anwendung der zwingenden verbraucherschützenden Normen zu entziehen. Bei einem Vertragsschluss mit einer natürlichen Person ist grds. von einem Verbraucher auszugehen. Fraglich ist jedoch, inwiefern Umstände zu berücksichtigen sind, die diesem objektiv ermittelten Vertragszweck widersprechen. Während das einige ablehnen,¹³ bezieht die h.A. Umstände mit ein, die dem anderen Vertragsteil erkennbar waren.¹⁴ Diese Linie verfolgt und bekräftigt der erkennende Senat, indem der objektive Ansatz zur Bestimmung des privaten Zwecks um ein subjektives Element korrigiert wird, sofern der anderen Partei erkennbare Umstände vorliegen, die eindeutig und zweifelsfrei auf einen gewerblichen oder selbstständig beruflichen Zweck hinweisen. Mangels dieser eindeutigen und zweifelsfreien Hinweise wurde eine Unternehmereigenschaft bei einer privaten Bestellung einer Rechtsanwältin,¹⁵ dem Verkauf mehrerer privat genutzter Gebrauchtwagen¹⁶ und eines privat genutzten Pferdes durch einen selbständigen Reitlehrer¹⁷ ebenso verneint wie nunmehr der Erwerb eines Dressurpferdes für die Amateurreiterei¹⁸ und von Hölzern für die private Terrasse eines selbständigen Tischlers. Der Vertragspartner, dem eine natürliche Person gegenübersteht, muss im Grundsatz davon ausgehen, es mit einem Verbraucher zu tun zu haben, selbst wenn die Person ein Gewerbe betreibt oder selbstständig beruflich tätig ist.

II. Mit den Ausführungen zum Vorschussanspruch bestätigt der BGH seine Rechtsprechung zu der bis 2017 geltenden Rechtslage. Der darin zum Ausdruck kommende Gedanke, dass der Verbraucher für Kosten, mit denen er in Vorleistung treten muss und die vom Verkäufer zu tragen sind, einen Vorschuss verlangen kann, ist nunmehr in § 475 Abs. 6 BGB kodifiziert. Allerdings geht dieser Vorschussanspruch über die Anforderungen der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie hinaus. Denn nach Auffassung des EuGH, der sich auf das Gebot der Unentgeltlichkeit (Art. 3 Abs. 3 Unterabsatz 1) sowie der Vermeidung erheblicher Unannehmlichkeiten für den Verbraucher (Art. 3 Abs. 3 Unterabsatz 3) stützt, enthält die Richtlinie keine Verpflichtung des Verkäufers, einen Vorschuss zu zahlen, sofern die vom Verbraucher aufzubringende Vorleistung keine Belastung darstellt, die ihn von der Geltendmachung seiner Rechte abhalten könnte. Eine derartige Belastung ist nach den Umständen des Einzelfalls festzustellen, wobei insbesondere die Höhe der Transportkosten, der Wert der Kaufsache und die Möglichkeiten des Verbrauchers zählen, seinen Kostenerstattungsanspruch gegen den Verkäufer durchzusetzen.¹⁹ Der Vorschussanspruch ist demnach nicht die Regel, von der für Bagatellfälle eine Ausnahme gilt,²⁰ sondern die Ausnahme, die im Einzelfall positiv festzustellen ist. Der weitergehende Verbraucherschutz des § 475 Abs. 6 BGB ist aufgrund Art. 8 Abs. 2 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zulässig. Dies ändert sich mit Art. 4 der Warenkaufrichtlinie, welcher eine Vollharmonisierung anordnet, die es den Mitgliedstaaten untersagt, ein höheres Schutzniveau vorzusehen, soweit es nicht ausdrücklich gestattet ist. Die Warenkaufrichtlinie enthält wie die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie keine ausdrückliche Regelung zur Vorschusszahlung und ordnet unverändert die Unentgeltlichkeit der Nacherfüllung (Art. 14 Abs. 1 Buchst. a)) sowie die Vermeidung erheblicher Unannehmlichkeiten (Art. 13 Abs. 4 Buchst. d)) an, ohne dass den Mitgliedstaaten Abweichungen gestattet sind. Die Rechtsprechung des EuGH ist auf das neue Recht zu übertragen.

11 Siehe Fn. 1 und 2.

12 Fritzsche in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2018, § 13 Rn. 42, Stand 09.12.2019.

13 Micklitz in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2018, § 13 Rn. 45; Schürmbrand, JZ 2009, 133, 136 f.

14 EuGH, Urt. v. 20.01.2005 - C-464/01 Rn. 54 - „Gruber“; Martinek/Heine in: jurisPK BGB, 9. Aufl., § 13 Rn. 27 f., Stand 14.06.2021; vgl. auch Martens in: BeckOK, BGB, 58. Edition, § 13 Rn. 40, Stand 01.05.2021.

15 BGH, Urt. v. 30.09.2009 - VIII ZR 7/09.

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

17 BGH, Urt. v. 18.10.2017 - VIII ZR 32/16.

18 BGH, Urt. v. 07.04.2021 - VIII ZR 49/19.

19 EuGH, Urt. v. 23.05.2019 - C-52/18 Rn. 55 f. - „Füllä“.

20 A.A. Feldmann, EuZW 2019, 601, 602 f.

§ 475 Abs. 4 BGB (n.F. 2022) sieht mit seinem uneingeschränkten Vorschussanspruch ein höheres Schutzniveau als die Warenkaufrichtlinie vor und verstößt daher gegen das Gebot der Vollharmonisierung. Zwar ist schwer vorstellbar, dass der Gesetzgeber die EuGH-Rechtsprechung übersehen hat.²¹ Noch unwahrscheinlicher ist es jedoch, dass er sich mit § 475 Abs. 4 BGB (n.F. 2022) über die unionsrechtlichen Vorgaben hinwegsetzen wollte. Demnach wird § 475 Abs. 4 BGB (n.F. 2022) bis zu seiner Änderung richtlinienkonform dahin gehend zu reduzieren sein, dass ein Vorschussanspruch nur besteht, sofern die Vorleistung des Verbrauchers geeignet ist, diesen von der Geltendmachung seiner Rechte abzuhalten.

D. Auswirkungen für die Praxis

Zutreffend hat der BGH den Vorschussanspruch nicht auf die Ersatzlieferung gem. § 439 Abs. 1 BGB erstreckt. Die Entscheidung steht im Einklang mit dem Wortlaut von § 475 Abs. 6 (ab n.F. 2022: Abs. 4) BGB, der den Anspruch auf Aufwendungen nach § 439 Abs. 2 und 3 BGB beschränkt. Das Urteil deckt sich zudem mit dem Sinn und Zweck der Norm, einen Vorschuss nur dann zu gewähren, wenn der Käufer in Vorleistung treten muss. Im Hinblick auf die Ersatzlieferung ist der Käufer zur Vorleistung weder berechtigt²² noch verpflichtet. Dennoch ist er nicht zur Vorfinanzierung gezwungen. Statt einen Vorschuss für eine nicht erfolgte Ersatzlieferung zu beanspruchen, kann der Käufer nach erfolglosem Fristablauf die fiktiven Kosten der Mangelbeseitigung als Schadensersatz statt der Leistung (kleiner Schadensersatz)²³ geltend machen.

21 Vgl. Feldmann, EuZW 2019, 601, 603 zu § 675 Abs. 6.

22 Vgl. zur unberechtigten Selbstvornahme: BGH, Urt. v. 23.02.2005 - VIII ZR 100/04; BGH, Urt. v. 22.06.2005 - VIII ZR 1/05; BGH, Urt. v. 07.12.2005 - VIII ZR 126/05.

23 BGH, Urt. v. 12.03.2021 - V ZR 33/19.

Der Begriff der „öffentlich zugänglichen Versteigerung“ i.S.d. § 474 Abs. 2 Satz 2 BGB BGH, Urt. v. 07.04.2021 - VIII ZR 49/19

Dr. Carolin Maus, lic. en droit

A. Problemstellung

In der vorliegenden Entscheidung hatte der BGH sich (erneut) mit den Spezifika der kaufrechtlichen Gewährleis-

tungsrechte im Fall eines Pferdekaufs zu befassen. Mag die Konstellation bekannt sein, lag der Schwerpunkt der richterlichen Argumentation freilich gar nicht so sehr auf den sonst „üblichen“ Problematiken der Feststellung eines Sachmangels nach § 434 Abs. 1 Satz 2 BGB¹ oder der Abgrenzung von neuen und gebrauchten Sachen im Rahmen des § 474 Abs. 2 Satz 2 BGB.² Vielmehr erlangt die Entscheidung ihre Bedeutung durch die Präzisierung des Begriffs der „öffentlich zugänglichen Versteigerung“ i.S.d. § 474 Abs. 2 Satz 2 BGB. Notwendig war diese Klärstellung, weil im Zuge des am 13.06.2014 in Kraft getretenen Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung die bisherige Formulierung „öffentliche Versteigerung“ in § 474 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F., die in § 383 Abs. 3 Satz 1 BGB definiert ist,³ durch die in der zeitgleich geschaffenen Vorschrift des § 312g Abs. 2 Nr. 10 BGB gesetzlich definierten Formulierung „öffentlich zugängliche Versteigerung“ des nunmehr geltenden § 474 Abs. 2 Satz 2 BGB ersetzt wurde.⁴ Im Zuge dieser Gesetzesänderung waren in der Literatur und der unterinstanzlichen Rechtsprechung vereinzelt Unklarheiten darüber aufgekommen, ob der neu eingeführte Begriff der öffentlich zugänglichen Versteigerung i.S.d. § 312g Abs. 2 Nr. 10 BGB oder im Sinne des engeren § 383 Abs. 3 Satz 1 BGB auszulegen ist.

Eine öffentliche Versteigerung gem. § 383 Abs. 3 Satz 1 BGB liegt vor, wenn die Versteigerung durch einen für den Versteigerungsort bestellten Gerichtsvollzieher oder zu Versteigerungen befugten anderen Beamten oder öffentlich angestellten Versteigerer öffentlich erfolgt. Die Vorschrift stellt damit besondere persönliche Voraussetzungen an die Person des Versteigerers.⁵ Dagegen ist eine öffentlich zugängliche Versteigerung nach § 312g Abs. 2 Nr. 10 BGB bereits anzunehmen, wenn der Unternehmer Verbrauchern, die persönlich anwesend sind oder denen diese Möglichkeit gewährt wird, Waren oder Dienstleistungen anbietet, und zwar in einem vom Versteigerer durchgeführten, auf konkurrierenden Geboten basieren-

1 Hierzu BGH, Urt. v. 27.05.2020 - VIII ZR 315/18 Rn. 25 ff.; BGH, Urt. v. 30.10.2019 - VIII ZR 69/18 Rn. 25 ff.; BGH, Urt. v. 18.10.2017 - VIII ZR 32/16 Rn. 24 ff.; hierzu Geisler, jurisPR-BGHZivilR 1/2018, Anmerkung 1.

2 Hierzu BGH, Urt. v. 09.10.2019 - VIII ZR 240/18 Rn. 25 ff.

3 BGH, Urt. v. 09.11.2005 - VIII ZR 116/05; BGH, Urt. v. 24.02.2010 - VIII ZR 71/09 Rn. 12 ff.

4 BGBl. I 2013, 3652. Zur Gesetzesänderung siehe BGH, Urt. v. 27.05.2020 - VIII ZR 315/18 Rn. 51; Faust in: BeckOK, BGB, § 474 Rn. 33 f., Stand 01.05.2021; Lorenz in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2019, § 474 Rn. 14.

5 Ulrici in: BeckOGK, BGB, § 383 Rn. 69, Stand 01.05.2021.

den transparenten Verfahren, bei dem der Bieter, der den Zuschlag erhalten hat, zum Erwerb der Waren oder Dienstleistungen verpflichtet ist.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

In casu ersteigerte die Klägerin, die in England ein Gestüt betreibt, auf einer von dem beklagten Pferdezuchtverband im eigenen Namen durchgeführten und für die Öffentlichkeit zugänglichen Eliteauktion für Reitpferde eine zum damaligen Zeitpunkt dreijährige Stute. Nachdem die Klägerin das Pferd nach England hatte verbringen lassen, ergaben dort vorgenommene Untersuchungen, dass die Stute an den Vorderbeinen eine Lahmheit aufwies, die auf Veränderungen an den Vorderfüßen beruhte. Daraufhin erklärte die Klägerin unter Berufung auf ihre Gewährleistungsrechte den Rücktritt vom Kaufvertrag und nahm den Beklagten u.a. auf Rückerstattung des Kaufpreises in Anspruch. Das Landgericht gab der Klage statt und begründete dies damit, dass es dem Beklagten nicht gelungen sei, die zugunsten der Klägerin geltende Vermutung des § 476 BGB a.F. (§ 477 BGB n.F.) zu widerlegen, deren Anwendbarkeit auch nicht gem. § 474 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 383 Abs. 3 Satz 1 BGB ausgeschlossen sei.⁶ Das Berufungsgericht verneinte hingegen bereits die Verbrauchereigenschaft der Klägerin und wies die Klage wegen des nicht erbrachten Nachweises eines Sachmangels ab.⁷

Der BGH rügt zunächst, dass das Berufungsgericht die Klägerin zu Unrecht als Unternehmerin behandelt habe.⁸ Besonderes Gewicht legt der Senat auf die Begründung seiner Ansicht, wonach der Begriff der öffentlich zugänglichen Versteigerung i.S.d. § 474 Abs. 2 Satz 2 BGB – entgegen der Auffassung des Landgerichts – gem. § 312g Abs. 2 Nr. 10 BGB auszulegen sei.⁹ Die Richter positionieren sich eindeutig: Nach der Neufassung des § 474 Abs. 2 Satz 2 BGB ist für die Annahme einer öffentlich zugänglichen Versteigerung im Sinne der Vorschrift nicht (mehr) erforderlich, dass der Versteigerer die persönlichen Anforderungen gem. § 383 Abs. 3 Satz 1 BGB, § 34b Abs. 5 GewO erfüllt.¹⁰

Schulmäßig rekurriert der BGH zunächst auf den Wortlaut und die Systematik des § 474 Abs. 2 Satz 2 BGB. Der in der Norm verwendete Begriff der öffentlich zugänglichen Versteigerung stehe im Zusammenhang mit dem zeitgleich eingeführten § 312g Abs. 2 Nr. 10 BGB, der eine Legaldefinition für diesen Terminus enthält.¹¹ Eine solche Legaldefinition beansprucht grds. für den gesamten Anwendungsbereich des Gesetzes, in dem sie erfolgt, Geltung, wenn nicht der Gesetzgeber für einen Einzelfall erkennbar davon abgewichen ist.¹² Auch liefe es dem in der Gesetzesänderung dokumentierten Willen des Gesetzgebers zuwider, wenn trotz der erfolgten Änderung bei der Auslegung des nunmehr verwendeten Begriffs der öffentlich zugänglichen Versteigerung weiterhin

auf die Legaldefinition des § 383 Abs. 3 Satz 1 BGB und nicht auf diejenige des § 312g Abs. 2 Nr. 10 BGB abgestellt würde.¹³ Zwar sei zuzugeben, dass in der Gesetzesbegründung zu § 474 Abs. 2 Satz 2 BGB von einer öffentlichen Versteigerung die Rede ist.¹⁴ Wollte man dieser Formulierung indes entnehmen, der Gesetzgeber habe trotz der Änderung des Gesetzeswortlauts inhaltlich am Begriff der öffentlichen Versteigerung festhalten wollen, ergäbe die Tatsache, dass er sich dennoch für eine Anpassung des Wortlauts des § 474 Abs. 2 Satz 2 BGB an die Regelung in § 312g Abs. 2 Nr. 10 BGB entschieden hat, keinen Sinn.¹⁵ Schließlich entspreche die Auslegung gem. § 312g Abs. 2 Nr. 10 BGB dem Begriff der öffentlichen Versteigerung im Sinne der Verbraucherrechtlinie.¹⁶ Vor diesem Hintergrund hatte der Gesetzgeber bei der Verwendung des Begriffs der öffentlichen Versteigerung in der Gesetzesbegründung vermutlich den europäischen Terminus im Auge, der im deutschen Recht seine inhaltliche Entsprechung trotz der Begriffsidentität gerade nicht in § 383 Abs. 3 Satz 1 BGB, sondern in § 312g Abs. 2 Nr. 10 BGB findet.¹⁷

C. Kontext der Entscheidung

Mit der ursprünglichen, bis zum 13.06.2014 geltenden Fassung des § 474 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. i.V.m. § 383 Abs. 3 Satz 1 BGB zog das deutsche Recht die Ausnahmevorschrift enger, als es in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vorgesehen war, da diese den Begriff der öffentlichen Versteigerung nicht legaldefinierte und damit alle Versteigerungen erfasste, die der Öffentlichkeit zugänglich sind, ohne dass es auf eine bestimmte Legitimation des Versteigerers ankam.¹⁸ Die Gesetzesänderung erfolgte daraufhin im Bestreben einer Angleichung der nationalen Gesetzeslage an das nunmehr in Art. 2

6 LG Münster, Ur. v. 14.05.2018 - 2 O 134/16, nicht veröffentlicht; BGH, Ur. v. 07.04.2021 - VIII ZR 49/19 Rn. 8.

7 OLG Hamm, Ur. v. 28.01.2019 - 2 U 98/18 Rn. 34 ff., 45 ff.

8 BGH, Ur. v. 07.04.2021 - VIII ZR 49/19 Rn. 29, 73 ff. Zu den maßgeblichen Kriterien siehe BGH, Ur. v. 18.10.2017 - VIII ZR 32/16 Rn. 31; BGH, Ur. v. 27.09.2017 - VIII ZR 271/16 Rn. 41.

9 BGH, Ur. v. 07.04.2021 - VIII ZR 49/19 Rn. 30 ff.

10 BGH, Ur. v. 07.04.2021 - VIII ZR 49/19 Rn. 35.

11 BGH, Ur. v. 07.04.2021 - VIII ZR 49/19 Rn. 37.

12 BGH, Ur. v. 09.11.2005 - VIII ZR 116/05 Rn. 10; BGH, Ur. v. 07.04.2021 - VIII ZR 49/19 Rn. 37.

13 BGH, Ur. v. 07.04.2021 - VIII ZR 49/19 Rn. 38.

14 BT-Drs. 17/12637, S. 69; BR-Drs. 817/12, S. 113.

15 BGH, Ur. v. 07.04.2021 - VIII ZR 49/19 Rn. 40.

16 Art. 2 Nr. 13 und Erwägungsgrund 24 der Verbraucherrechtlinie 2011/83/EU, ABl. EU Nr. L 304, S. 64 sowie neuerdings Art. 2 Nr. 15 und Art. 3 Abs. 5 Buchst. a) der Warenkaufrichtlinie 2019/771/EU, ABl. EU Nr. L 136, S. 28.

17 BGH, Ur. v. 07.04.2021 - VIII ZR 49/19 Rn. 42.

18 Faust in: BeckOK, BGB, § 474 Rn. 33, Stand 01.05.2021.

Nr. 13 und Erwägungsgrund 24 der Verbraucherrechterichtlinie dokumentierte europäische Verständnis vom Begriff der öffentlichen Versteigerung.¹⁹ Dabei hat der Gesetzgeber wohl übersehen, dass dieser Begriff inhaltlich gerade nicht mit § 383 Abs. 3 Satz 1 BGB, sondern mit § 312g Abs. 2 Nr. 10 BGB übereinstimmt und angesichts der terminologischen Begriffsvielfalt der § 474 Abs. 1 Satz 2 a.F., § 474 Abs. 2 Satz 2 n.F., § 383 Abs. 3 Satz 1, § 312g Abs. 2 Nr. 10 BGB und Art. 2 Nr. 13 der Verbraucherrechterichtlinie offenbar den Überblick verloren. Denn in der Gesetzesbegründung zu § 474 Abs. 2 Satz 2 BGB heißt es neben den schon aufgeführten Erwägungen insbesondere auch, dass die Neufassung der Norm inhaltlich dem bisherigen § 474 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 und Satz 2 BGB a.F. entspreche.²⁰ Dass dies indessen nicht der Fall ist, hat der BGH mit dem vorliegenden Urteil überzeugend dargelegt. Ausgehend von der ungenauen Gesetzesbegründung konnten freilich leicht Missverständnisse über die Auslegung des Begriffs der öffentlich zugänglichen Versteigerung aufkommen, die nicht wenige Stimmen in Literatur und Praxis zu der Annahme verleitet hat, es sei weiterhin das in § 383 Abs. 3 Satz 1 BGB kodifizierte Verständnis maßgebend.²¹ So rügt auch der BGH, dass der Gesetzgeber sich wohl des Umstands nicht bewusst war, dass mit der sprachlichen Anpassung in § 474 Abs. 2 Satz 2 BGB gleichsam eine inhaltliche Veränderung verbunden war.²²

D. Auswirkungen für die Praxis

Inhaltlich-sachliche Änderungen gehen mit der Entscheidung nicht einher. Sie beinhaltet eine eher formale Klarstellung der seit 2014 geltenden Rechtslage und bestätigt die gesetzlich intendierte Herabsenkung des Verbraucherschutz-

zes durch die Ausweitung der Bereichsausnahme in § 474 Abs. 2 Satz 2 BGB.²³ Unsicherheiten hinsichtlich der Auslegung und des Anwendungsbereiches dieser Vorschrift sollten künftig nicht mehr aufkommen.

E. Bewertung

Die Entscheidung birgt eine begrüßenswerte und argumentativ überzeugende Klarstellung der verwirrenden Begriffsvielfalt des deutschen und europäischen Rechts zu öffentlichen und öffentlich zugänglichen Versteigerungen, die sich wegen der Verwendung teilweise identischer, aber inhaltlich divergierender Begrifflichkeiten als besonders konfus erwies. Vor allem aber gibt sie Anlass, einen mahnenden Blick in Richtung des Gesetzgebers zu werfen, der mit seiner ungenauen Gesetzesbegründung erst für Verwirrung gestiftet und die höchstrichterliche Intervention erforderlich gemacht hat.

19 Zur Frage, ob das mit der Verbraucherrechterichtlinie verfolgte Ziel der Vollharmonisierung den nationalen Gesetzgeber möglicherweise sogar zu einer Anpassung des § 474 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. gezwungen hätte, siehe Augenhöfer in: BeckOGK, BGB, § 474 Rn. 94, Stand 01.04.2021.

20 BT-Drs. 17/12637, S. 69; BR-Drs. 817/12, S. 113.

21 So Ball in: jurisPK, BGB, 9. Aufl. 2020, § 474 Rn. 49 f.; Berger in: Jauernig, BGB, 18. Aufl. 2021, §§ 474, 475 Rn. 6; Büdenbender in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, 4. Aufl. 2021, § 474 Rn. 15; zur Rechtslage vor dem 13.06.2014 noch BGH, Urt. v. 09.11.2005 - VIII ZR 116/05; zustimmend Lorenz, EWIR 2006, 67.

22 BGH, Urt. v. 07.04.2021 - VIII ZR 49/19 Rn. 42; vgl. Faust in: BeckOK, BGB, § 474 Rn. 34, Stand 01.05.2021.

23 Lorenz in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2019, § 474 Rn. 14.

Arbeitsrecht

Das Arbeitsausfallrisiko in der Pandemie (Teil 1*) Die Zurechnung des Arbeitsausfallrisikos und ein Paukenschlag des BAG

VRiArbG Dr. Jochen Sievers und RA'in Dr. Sophie Kruppa

A. Einleitung

Bereits zu Beginn der Pandemie bestand Anlass, der Frage nachzugehen, wie sich die Ausbreitung des Coronavirus auf das Arbeitsrecht auswirkt.¹ Seinerzeit konnte die Prognose gewagt werden, dass sich die durch das Coronavi-

rus ergebenden Probleme angemessen und interessengerecht mit den Instrumentarien des geltenden Arbeitsrechts lösen lassen.

* Der zweite Teil wird in der kommenden Ausgabe der jM fortgesetzt.

Knapp zwei Jahre später ist die Pandemie noch immer in vollem Gange. Zu den zahlreichen daraus folgenden Fragestellungen liegen inzwischen viele Entscheidungen und Aufsätze vor und es fällt nicht leicht, den Überblick zu behalten. Zusätzlich wird die Betrachtung aufgrund der unterschiedlichen Verfahrensordnungen und Herangehensweise der Arbeitsgerichtsbarkeit einerseits und der Verwaltungsgerichtsbarkeit andererseits erschwert.

Darüber hinaus haben sich im Verlaufe der Pandemie die tatsächlichen sowie rechtlichen Grundlagen, die für eine Betrachtung wesentlich sind, zum Teil erheblich verändert. So war Anfang 2020 ein Impfstoff in weiter Ferne, während nunmehr jeder Erwachsene, bei dem die gesundheitlichen Voraussetzungen gegeben sind, geimpft werden kann. Die arbeitsrechtlichen Anspruchsgrundlagen für „Lohn ohne Arbeit“ sind zwar unverändert geblieben. Mehrfach geändert wurde allerdings die in § 56 IfSG enthaltene Regelung zu Entschädigungsansprüchen, sodass intensiv diskutiert wird, ob die Änderungen des IfSG im Wege der systematischen Auslegung Anlass für eine teilweise Neuinterpretation der arbeitsrechtlichen Bestimmungen bieten. Dabei stellt sich vor allem die Frage, ob das Risiko eines pandemiebedingten Arbeitsausfalls angemessen zwischen Arbeitnehmern, Arbeitgebern und dem Staat aufgeteilt ist.² Unter Einbeziehung der gesetzlichen Entschädigungsregelungen ergeben sich grds. drei Möglichkeiten:

- Der Arbeitnehmer, der nicht arbeiten kann, trägt das Arbeitsentgeltrisiko, wenn er weder einen Vergütungsanspruch gegen den Arbeitgeber noch einen Entschädigungsanspruch hat.
- Der Arbeitgeber trägt das Risiko, wenn er dem Arbeitnehmer Vergütung oder eine Entschädigung zahlen muss, ohne Rückgriff beim Staat nehmen zu können.
- Der Staat übernimmt das Risiko, wenn er selbst an den Arbeitnehmer eine Entschädigung auszuzahlen oder einen Erstattungsanspruch des Arbeitgebers zu erfüllen hat.

B. Die gesetzlichen Regelungen im Überblick

Die gesetzlichen Bestimmungen zur Bewältigung der Pandemie beruhen auf dem Grundgedanken, dass der Staat deren finanzielle Folgen nicht allein und vollständig zu tragen hat. Die dafür erforderliche Abgrenzung fällt grds. leicht. Der Staat lässt dem Arbeitgeber den Vortritt. Dieser soll Vergütungsansprüche, die der Arbeitnehmer außerhalb einer Pandemie unter bestimmten Voraussetzungen trotz nicht erbrachter Arbeit geltend machen kann, auch während einer Pandemie schulden, ohne dass ihm ein Erstattungsanspruch gegen den Staat zusteht. Scheidet der

Arbeitgeber als Schuldner eines Erfüllungsanspruchs aus, kann der Arbeitnehmer nach Maßgabe des § 56 IfSG in bestimmten Fällen eine Entschädigung vom Staat verlangen.

Wenn es um die Aufteilung des Risikos zwischen Arbeitgebern und Staat geht, verwendet das IfSG den Begriff „Verdienstausfall“ (§ 56 Abs. 1 Satz 2 IfSG). Im Arbeitsrecht wird als Gegenbegriff von der „vereinbarten Vergütung“ (§ 611a Abs. 2 BGB) gesprochen. Dies bedeutet, dass ein Verdienstausfall nicht gegeben ist, wenn der Arbeitnehmer einen Vergütungsanspruch gegen den Arbeitgeber hat. Ein Vergütungsanspruch steht dem Arbeitnehmer nicht nur zu, wenn er tatsächlich gearbeitet hat, sondern auch, wenn der Gesetzgeber Abweichungen von dem Grundsatz „Kein Lohn ohne Arbeit“ geregelt hat, die den Vergütungsanspruch trotz Nichtleistung des Arbeitnehmers aufrechterhalten.

Der Vergütungsanspruch (§ 611a Abs. 2 BGB) wird aufrechterhalten, wenn der Arbeitgeber

- Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall zu leisten hat (§ 3 EFZG);
- dem Arbeitnehmer Zahlung wegen Annahmeverzuges schuldet (§ 615 Satz 1 BGB);
- Zahlung an den Arbeitnehmer wegen dessen vorübergehender Verhinderung leisten muss (§ 616 Satz 1 BGB);
- für den Eintritt der Unmöglichkeit allein oder weit überwiegend verantwortlich ist (§ 326 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BGB).³

Schuldet der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer keine Vergütung, kann dem Arbeitnehmer ein Entschädigungsanspruch gegen den Staat zustehen (§ 56 Abs. 1 Satz 1 IfSG).⁴ Die Auszahlung nimmt jedoch in vielen Fällen nicht der Staat selbst vor. Vielmehr fungiert der Arbeitgeber nach Maßgabe des § 56 Abs. 5 Satz 1 IfSG als Zahlstelle. Ihm steht in diesen Fällen ein Erstattungsanspruch gegen den Staat zu (§ 56 Abs. 5 Satz 3 IfSG). Somit können sich die von den Verwaltungsgerichten zu behandelnden Streitfragen nicht nur aus dem Verhältnis Arbeitnehmer/

1 Sievers, jM 2020, 189.

2 Nach der Rechtsprechung des BVerfG (Beschl. v. 03.12.1969 - 1 BVR 624/56 Rn. 83) verlangt die Werteordnung des Grundgesetzes, dass „die staatliche Gemeinschaft Lasten mitträgt, die aus einem von der Gesamtheit zu tragenden Schicksal [...] entstanden sind und mehr oder weniger zufällig nur einige Bürger oder bestimmte Gruppen getroffen haben.“

3 Vgl. zur Anwendbarkeit dieser Vorschrift im Arbeitsrecht BAG, Urt. v. 23.09.2015 - 5 AZR 146/14.

4 Die konkret zuständige Behörde ergibt sich aus dem Landesrecht (§ 54 IfSG).

Staat ergeben, sondern (und gerade) auch aus dem Verhältnis Arbeitgeber/Staat.

C. Paukenschlag des BAG

Bisher entspricht es ganz überwiegender Auffassung, dass die vier oben genannten arbeitsrechtlichen Anspruchsgrundlagen auch bei einem coronabedingten Arbeitsausfall heranzuziehen sind.⁵ Dabei kann grob danach unterschieden werden, aus welcher Sphäre der Grund für den Arbeitsausfall stammt:

Ist der ganze Betrieb, wie etwa bei einer behördlich angeordneten Betriebsschließung, betroffen, kommen § 611a Abs. 2, § 615 BGB als Anspruchsgrundlage für einen fortbestehenden Vergütungsanspruch in Betracht, weil die Betriebsschließung dem Betriebsrisiko des Arbeitgebers zugerechnet wird. Den Gegenbegriff zum Betriebsrisiko bildet das allgemeine Lebensrisiko, bei dessen Realisierung der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber keine Vergütung verlangen kann. Befindet sich der Arbeitgeber nicht in Annahmeverzug, weil der Arbeitnehmer nicht leistungsfähig ist (§ 297 BGB), kann der Vergütungsanspruch nach § 326 Abs. 2 BGB bei Vorliegen der dort genannten Voraussetzungen aufrechterhalten werden.⁶

Sind nur einzelne Arbeitnehmer, wie etwa bei einer behördlich angeordneten Quarantäne, betroffen, wird von einem subjektiven Leistungshindernis gesprochen, dessen Handhabung § 616 BGB für den arbeitsfähigen und § 3 EFZG für den arbeitsunfähig erkrankten Arbeitnehmer zum Gegenstand haben.

Die Zahlungsverpflichtung des Arbeitgebers bei einem pandemiebedingten Arbeitsausfall ist nur vereinzelt in Zweifel gezogen worden.⁷ Zur Begründung wurde darauf verwiesen, dass der Arbeitsausfall in den Zeiten von Corona nicht mehr dem Betriebsrisiko des Arbeitgebers zugerechnet und auch nicht mehr von einem subjektiven Leistungshindernis des Arbeitnehmers gesprochen werden könne. Dem wurde entgegengehalten, dass die gesetzlichen Regelungen auf der Vorstellung des Gesetzgebers basierten, die Risikozuweisung sei auch in Krisenzeiten wie dargestellt vorzunehmen.

Angesichts dieser Ausgangslage kommt die Entscheidung des BAG vom 13.10.2021⁸ einem Paukenschlag gleich, weil der 5. Senat die Position der bisherigen Mindermeinung eingenommen hat. Er hat entschieden, dass der Arbeitgeber im Lockdown das Betriebsrisiko nicht zu tragen habe. Daher stehe dem Arbeitnehmer kein Vergütungsanspruch wegen Annahmeverzugs bei einer coronabedingten Betriebsschließung zu. Die Entscheidung betraf den Lohnanspruch einer Verkäuferin für April 2020. In diesem Monat

war das Ladengeschäft der Arbeitgeberin, in dem sie Nähmaschinen nebst Zubehör verkauft, aufgrund der „Allgemeinverfügung über das Verbot von Veranstaltungen, Zusammenkünften und der Öffnung bestimmter Betriebe zur Eindämmung des Coronavirus“ der Freien Hansestadt Bremen vom 23.03.2020 geschlossen.

Dem BAG zufolge trägt der Arbeitgeber nicht das Risiko des Arbeitsausfalls, wenn – wie hier – zum Schutz der Bevölkerung vor schweren und tödlichen Krankheitsverläufen infolge von SARS-CoV-2-Infektionen durch behördliche Anordnung in einem Bundesland die sozialen Kontakte auf ein Minimum reduziert und nahezu flächendeckend alle nicht für die Versorgung der Bevölkerung notwendigen Einrichtungen geschlossen wurden. In einem solchen Fall realisiere sich nicht ein in einem bestimmten Betrieb angelegtes Betriebsrisiko. Die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung sei vielmehr Folge eines hoheitlichen Eingriffs zur Bekämpfung einer die Gesellschaft insgesamt treffenden Gefahrenlage. Es sei Sache des Staates, ggf. für einen adäquaten Ausgleich der den Beschäftigten durch den hoheitlichen Eingriff entstehenden finanziellen Nachteile zu sorgen. Soweit ein solcher nicht gewährleistet sei, beruhe dies auf Lücken in dem sozialversicherungsrechtlichen Regelungssystem. Aus dem Fehlen nachgelagerter Ansprüche lasse sich jedoch keine arbeitsrechtliche Zahlungspflicht des Arbeitgebers herleiten.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass nach wie vor die vom Deutschen Bundestag festgestellte epidemische Lage von nationaler Tragweite i.S.d. § 5 Abs. 1 Satz 6 IfSG besteht. Solange dies der Fall ist, lässt es sich kaum begründen, das Risiko des Arbeitsausfalls einzelnen Arbeitgebern oder Arbeitnehmern zuzurechnen. Den Arbeitgebern wird nach der Gegenauffassung vielmehr ein eigentlich gesamtgesellschaftliches Risiko zugewiesen. Das BAG nimmt zu Recht an, dass der Hinweis, die Risikozuweisung ergebe sich bei Unternehmungen mit viel Publikumsverkehr aus der Schaffung eines besonde-

5 Preis/Mazurek/Schmid, NZA 2020, 1137; Adjan/Lettmeier, NZA 2021, 161, 164; VG Frankfurt, Urt. v. 20.07.2021 - 5 K 578/21.F; VG Bayreuth, Urt. v. 07.07.2021 - B 7 K 21.222; OVG Lüneburg, Urt. v. 02.07.2021 - 13 LA 258/21; VG Freiburg, Urt. v. 02.07.2021 - 10 K 547/21; VG Karlsruhe, Urt. v. 10.05.2021 - 9 K 67/21; LArbG Düsseldorf, Urt. v. 30.03.2021 - 8 Sa 674/20 (Revision anhängig beim BAG unter dem AZ 5 AZR 366/21); LArbG Hannover, Urt. v. 22.03.2021 - 11 Sa 1062/20; ArbG Aachen, Urt. v. 30.03.2021 - 1 Ca 3196/20; ArbG Mannheim, Urt. v. 25.03.2021 - 8 Ca 409/20.

6 BAG, Urt. v. 23.09.2015 - 5 AZR 146/14.

7 Kraayvanger/Schrader, NZA-RR 20, 623 ff., nach denen § 616 BGB während der Pandemie keine Anwendung findet; ebenso Wank in: Festschrift für Düwell, 2021, S. 63, 69; Sievers, jM 2020, 189, 191.

8 BAG, Urt. v. 13.10.2021 - 5 AZR 211/21 - Pressemitteilung.

ren Betriebsrisikos,⁹ nicht zu überzeugen vermag. Die Setzung dieses Risikos konnten viele Arbeitgeber leicht beenden. Es sei nur auf die im Einzelhandel lange geübte Praxis hingewiesen, Kunden nur einzeln und nacheinander den Zutritt zu dem Ladenlokal zu gewähren. Gleichwohl mussten auch Betriebe schließen, die zu solchen Maßnahmen sofort bereit waren.

Die vom 5. Senat für § 615 BGB entwickelten Grundsätze beanspruchen auch für § 616 BGB Geltung. Bei einer gesamtgesellschaftlichen Gefahrenlage ist auch bei der Anordnung einer Quarantäne nicht mehr von einem subjektiven Leistungshindernis auszugehen.¹⁰

D. § 56 IfSG

I. Anwendungsbereich von § 56 IfSG bis zum 29.02.2020

§ 56 IfSG hatte bis 2020 praktisch schon deswegen keine Relevanz, weil es vergleichbare Pandemien schlicht nicht gab. Unabhängig davon hat die Vorschrift dem Staat für den Fall einer Pandemie nur in sehr eingeschränktem Umfang die Verpflichtung zur Zahlung einer Entschädigung auferlegt.

Dies beruhte auf der Regelung zum persönlichen Anwendungsbereich, der sich nur auf diese Personen erstreckte (§ 56 Abs. 1 Satz 1 IfSG a.F.):

- Ausscheider gem. § 2 Nr. 6 IfSG,
- Ansteckungsverdächtige gem. § 2 Nr. 7 IfSG,
- sonstige Träger von Krankheitserregern i.S.v. § 31 Satz 2 IfSG.

Damit bestand bei Betriebsschließungen kein Entschädigungsanspruch.¹¹ Dieser setzte vielmehr einen mit der speziellen Lebenssituation des Arbeitnehmers (die bei seinen Kollegen möglicherweise nicht vorlag) verknüpften Umstand voraus.¹² Daher gingen Arbeitnehmer insgesamt leer aus, wenn eine gesamtgesellschaftliche Gefahrenlage anzunehmen war. Wie dargelegt, steht dem Arbeitnehmer nach der Entscheidung des BAG vom 13.10.2021 auch kein Anspruch aus § 611a Abs. 2, § 615 BGB zu.¹³

Der arbeitsunfähig erkrankte Arbeitnehmer konnte ebenfalls keine Entschädigung beanspruchen. Denn die Auflistung in § 56 Abs. 1 Satz 1 IfSG erstreckte sich nicht auf Kranke gem. § 2 Nr. 4 IfSG. Der Gesetzgeber ging davon aus, dass der Arbeitnehmer über das EFZG ausreichend geschützt sei. Eine Entlastung der Arbeitgeber wurde nicht als erforderlich angesehen, weil sie das Risiko der Arbeitsunfähigkeit für sechs Wochen unabhängig von einer Pandemie-lage tragen sollten.

Ein Entschädigungsanspruch war somit nur bei einem in der Person des Arbeitnehmers liegenden Leistungshindernis, welches arbeitsrechtlich von § 616 BGB erfasst wird, vorgesehen. Aber auch insoweit ergaben sich weitere Einschränkungen der Einstandspflicht des Staates.

Die Personen mussten gem. § 56 Abs. 1 Satz 1 IfSG einem Tätigkeitsverbot (§§ 31, 34, 32 IfSG) unterliegen und „Betroffener“ sein (... „als“ ...). Auch für die Absonderung, mit der die von § 30 IfSG behandelte Quarantäne gemeint ist, mussten weitere Voraussetzungen erfüllt sein, die sich aus § 56 Abs. 1 Satz 2 IfSG ergaben. Damit bestand bspw. keine Entschädigungsverpflichtung, wenn sich ein Arbeitnehmer aus guten Gründen in Eigenquarantäne begeben oder der Arbeitgeber eine entsprechende Anordnung getroffen hatte.¹⁴

II. Änderungen des § 56 IfSG ab dem 01.03.2020

Die hier zu behandelnden Änderungen betreffen hauptsächlich zwei Bereiche.

Zum einen sind sukzessive Erweiterungen des personellen Anwendungsbereichs erfolgt. Diese lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Änderungen des § 56 Abs. 1 Satz 1 und 2 IfSG (u.a. Einbeziehung der Krankheitsverdächtigen gem. § 2 Nr. 5 IfSG in Satz 1 und von Kranken in Satz 2);
- Erweiterung auf Personen, denen gegenüber noch keine behördliche Anordnung ergangen ist (§ 56 Abs. 1 Satz 3 IfSG);
- Erweiterung auf Personen, die pandemiebedingt nicht arbeiten können, weil sie vorrangige Betreuungspflichten erfüllen (§ 56 Abs. 1a IfSG).

Zum anderen haben Neuregelungen (§ 56 Abs. 1 Satz 4 und 5 IfSG) den sachlichen Anwendungsbereich eingeeengt, weil der Gesetzgeber die Risikozuweisung an den Staat in bestimmten Konstellationen als nicht (mehr) angemessen erachtet. Unter bestimmten Voraussetzungen werden nicht impfwillige und reisefreudige Personen in die (eigene) Verantwortung genommen.

⁹ Preis/Mazurek/Schmid, NZA 2020, 1137, 1142.

¹⁰ Theoretisch ließe sich die Frage auch für § 3 EFZG stellen. Der Entgeltfortzahlungsanspruch des ohne Verschulden an Corona erkrankten Arbeitnehmers wird jedoch in der Praxis aus guten Gründen (die hier nicht dargestellt werden können) nicht in Zweifel gezogen.

¹¹ OLG Köln, Urt. v. 20.09.2021 - 7 U 1/21; Eckart/Kruse in: BeckOK, InfSchR, IfSG § 56 Rn. 30.1, Stand 01.10.2021.

¹² Eckart/Kruse in: BeckOK, InfSchR, IfSG § 56 Rn. 30.1.

¹³ BAG, Urt. v. 13.10.2021 - 5 AZR 211/21 - Pressemitteilung.

¹⁴ Eckart/Kruse in: BeckOK, InfSchR, IfSG § 56 Rn. 90.

E. Das Rangverhältnis

Angesichts der aufgezeigten engen Verzahnung der arbeitsrechtlichen Vergütungsvorschriften mit der im IfSG getroffenen Entschädigungsregelung ist die Frage nach dem Verhältnis der Vorschriften zueinander zu klären, weil die genannten Bestimmungen (§ 56 IfSG, § 616 BGB, § 3 EFZG) so formuliert sind, dass sie eine Monokausalität verlangen. Sie sollen nur dann zur Anwendung kommen, wenn die Ursache des Arbeitsausfalls, mit der sich die jeweilige Bestimmung befasst, alleiniger Grund für den Arbeitsausfall ist.

Die Verwaltungsgerichte sind übereinstimmend der Auffassung, das IfSG sei subsidiär. Gemeint ist damit, dass bei der Prüfung der arbeitsrechtlichen Anspruchsgrundlagen die in § 56 IfSG aufgeführten Maßnahmen (Tätigkeitsverbot, Absonderung) nicht zu berücksichtigen seien.

In diesem Sinne verstanden kann in der Tat kein vernünftiger Zweifel an der Subsidiarität der Entschädigungsregelungen bestehen, hat doch der Gesetzgeber in § 56 Abs. 1 Satz 1 IfSG unmissverständlich geregelt, dass ein Entschädigungsanspruch nur bei einem Verdienstaustausfall besteht. In dieselbe Richtung weist auch der Sinn und Zweck der Entschädigungsregelung, denn der Gesetzgeber wollte den Staat nicht allein und noch nicht einmal vorrangig für die Folgen infektionsschutzrechtlicher Maßnahmen eintreten lassen. Sie stellt eine Billigkeitsregelung für den Fall dar, dass andere Instrumente zur Linderung der materiellen Not nicht mehr zur Verfügung stehen. Der Gesetzgeber hat auch keinen Grund gesehen, Arbeitgeber von der Verpflichtung zur Zahlung der Vergütung zu befreien, die auch ohne die vorliegende Notlage bestanden hätte.¹⁵

Für Verwirrung sorgt in diesem Zusammenhang allerdings die nur schwer verständliche Bestimmung des § 56 Abs. 7 Satz 1 IfSG. Sie besagt, dass der Entschädigungsanspruch bestehen bleibt, wenn der Arbeitnehmer, der zunächst arbeitsfähig war, aber trotzdem keinen Vergütungs-, sondern einen Entschädigungsanspruch hatte, nunmehr arbeitsunfähig erkrankt. Diese Voraussetzungen sind insbesondere erfüllt, wenn sich der Arbeitnehmer in Zeiten, in denen eine gesamtgesellschaftliche Gefahrenlage nicht vorliegt, in Quarantäne befindet, aber keinen Anspruch aus § 611a Abs. 2 i.V.m. § 616 BGB hat, weil die zeitliche Grenze überschritten wurde. In diesem Fall erhält er eine Entschädigung, solange er arbeitsfähig ist. Wird er später arbeitsunfähig, stünde ihm eigentlich nach der dargestellten Grundregel kein Anspruch auf Entschädigung, sondern ausschließlich auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall zu.

Zu beachten ist, dass der Gesetzgeber mit der Aussage, dass der Entschädigungsanspruch bestehen bleibt, keine Aussage zu dem Anspruch aus § 611a Abs. 2 BGB i.V.m. § 3 EFZG getroffen hat. Wenn die weiteren Voraussetzungen des § 3 EFZG gegeben sind, steht dem Arbeitnehmer daher sowohl ein Entschädigungs- als auch ein Entgeltfortzahlungsanspruch zu, der allerdings der Höhe nach insgesamt auf den Entgeltfortzahlungsanspruch begrenzt ist. Bei der Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen des § 3 EFZG verbleibt es damit dabei, dass die in § 56 IfSG getroffene Regelung der Annahme einer Monokausalität nicht entgegensteht. Damit verschafft die Vorschrift dem Arbeitnehmer in ihrem begrenzten Anwendungsbereich einen zusätzlichen Anspruch.¹⁶ Soweit demgegenüber angenommen wird, auch im Anwendungsbereich des § 56 IfSG bestehe entweder nur ein Entschädigungs- oder nur ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall,¹⁷ vermag dies nicht zu überzeugen. Die Vorschrift soll die Ansprüche der Arbeitnehmer aus dem EFZG nicht einschränken. Sie macht daher für das Entschädigungsrecht eine Ausnahme von dem Grundsatz der Monokausalität bzw. der Subsidiarität, indem sie Arbeitnehmern, die einen Entgeltfortzahlungsanspruch haben, zusätzlich einen Entschädigungsanspruch zubilligt. Damit bestätigt sie die Geltung der Grundregel außerhalb ihres (begrenzten) Anwendungsbereichs.

Dafür sprechen entscheidend Sinn und Zweck der Vorschrift, die sich wiederum der Entstehungsgeschichte entnehmen lassen. Die hier verwandte Formulierung wurde bereits Anfang der 1970er Jahre in das damalige BSeuchG aufgenommen.¹⁸ Sie sollte den Geschädigten durch die Sicherstellung einer schnellen Hilfe begünstigen.¹⁹ Sie zielte dagegen nicht auf eine Einschränkung der Ansprüche des Arbeitnehmers ab. Insbesondere war und ist sie nicht dazu bestimmt, den Entgeltfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers in bestimmten Fällen auszuschließen. Sie trifft eine Regelung nur für das Entschädigungsrecht und nicht für

¹⁵ Daher muss der Mitautor seine in dem ersten Aufsatz zu Corona geäußerte Rechtsauffassung korrigieren, vgl. Sievers, *jm* 2020, 189, 197 f.

¹⁶ Eckart/Kruse in: BeckOK, InfSchR, IfSG § 56 Rn. 90; Ricken in: BeckOK, ArbR, EFZG, § 3 Rn. 26; Grimm/Göbel, ArbRB 2021, 47, 49.

¹⁷ ArbG Aachen, Urt. v. 11.03.2021 - 1 Ca 3196/20; Reinhard in: *ErfK*, 21. Aufl. 2021, EFZG § 3 Rn. 19a; Sagan/Brockfeld, *NJW* 2020, 1112, 1113, nehmen an, dass nur ein Entschädigungsanspruch gegeben ist. Beden, *NZA* 2021, 917 f., geht davon aus, dass abhängig von der zeitlichen Reihenfolge entweder ein Entschädigungsanspruch oder ein Anspruch nach § 3 EFZG besteht.

¹⁸ § 49 Abs. 4b BSeuchG v. 25.08.1971, BGBl. I, 1401; vgl. Eckart/Kruse in: BeckOK, InfSchR, IfSG, § 56 Rn. 89.

¹⁹ Eckart/Kruse in: BeckOK, InfSchR, IfSG § 56 Rn. 89; Ricken in: BeckOK ArbR, EFZG § 3 Rn. 26.

das EFZG. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass es für den Arbeitnehmer nicht nur um den Austausch des Schuldners geht. Denn die Entschädigung nach dem IfSG fällt in bestimmten Konstellationen niedriger aus als die Entgeltfortzahlung nach dem EFZG, wie § 56 Abs. 2 Satz 4 IfSG verdeutlicht.²⁰

F. Die einzelnen praktisch relevanten Fallkonstellationen

I. Ansprüche des symptomfrei erkrankten Arbeitnehmers

1. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

Ungeklärt ist, ob der symptomfrei an Covid-19 erkrankte Arbeitnehmer als arbeitsunfähig anzusehen ist. Klar ist, dass keine Arbeitsunfähigkeit gegeben ist, wenn er ohne sich selbst oder Andere zu gefährden, weiterhin arbeiten kann, wie das im Einzelfall bei einer Tätigkeit im Homeoffice der Fall sein mag.

Sind solche Voraussetzungen nicht gegeben, wird überwiegend ebenfalls angenommen, dass keine Arbeitsunfähigkeit vorliege und damit auch kein Entgeltfortzahlungsanspruch bestehe.²¹ Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass es nur auf mögliche abträgliche Folgen einer Arbeitstätigkeit für den Arbeitnehmer selbst ankomme. Auf dieser Basis stellt sich die Frage, ob der Arbeitnehmer in diesen Fällen durch das IfSG abgesichert ist.

2. IfSG

Hiervon konnte lange nicht ausgegangen werden. Wie bereits dargelegt, erstreckte sich der Anwendungsbereich der Entschädigungsregelungen nicht auf Kranke. Dies galt nicht nur für § 56 Abs. 1 Satz 1 IfSG, sondern auch für § 56 Abs. 1 Satz 2 IfSG a.F., der eine Absonderung als Ausscheider oder Ansteckungsverdächtiger verlangte. Aus der in § 2 Nr. 7 IfSG erfolgten Begriffsbestimmung ergab sich eindeutig, dass Kranke nicht erfasst wurden.

Anders verhält es sich für die zum 23.04.2021 erfolgte Neuregelung in § 56 Abs. 1 Satz 2 und 3 IfSG, die auch Kranke einbezieht.²² Die Neuregelung entfaltet indes keine Rückwirkung.²³

Zudem ist erforderlich, dass eine Anordnung nach §§ 30 oder 31 IfSG zum Zeitpunkt der vorsorglichen Absonderung oder Nichtausübung beruflicher Tätigkeiten erlassen wurde oder hätte erlassen werden können.²⁴ Das VG Bayreuth nimmt an, dass die vorsorgliche Selbstisolation darüber hinaus voraussetze, dass eine behördliche Anordnung der Absonderung nachgeholt wird und damit auch tatsächlich

(nachträglich) ergeht.²⁵ Dem ist nicht zuzustimmen. Aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt sich dies nicht.

II. Betriebsschließung

Wie bereits ausgeführt, steht dem Arbeitnehmer bei einer gesamtgesellschaftlichen Gefahrenlage bei einer Betriebsschließung wegen der Pandemie kein Vergütungsanspruch gegen den Arbeitgeber aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs zu. Ein Entschädigungsanspruch besteht ebenfalls nicht. In diesen Fällen tragen die Arbeitnehmer somit das Risiko des pandemiebedingten Arbeitsausfalls allein.

III. Quarantäne

Dem arbeitsfähigen Arbeitnehmer kann bei einer behördlich angeordneten Quarantäne ein Vergütungsanspruch gegen den Arbeitgeber aus § 611a Abs. 2 BGB i.V.m. § 616 BGB zustehen. Voraussetzung ist, dass keine die Gesellschaft insgesamt treffende Gefahrenlage vorliegt. Wenn und solange der Vergütungsanspruch aufrechterhalten wird, haben weder Arbeitnehmer noch Arbeitgeber Ansprüche aus dem IfSG.

Besteht der Anspruch aus § 611a Abs. 2 BGB i.V.m. § 616 BGB nicht (mehr), kann die Absonderung einen Entschädigungsanspruch begründen (§ 56 Abs. 1 Satz 2 IfSG). Diesen hat der Arbeitgeber auszuführen, der sodann Erstattung verlangen kann (§ 56 Abs. 5 IfSG).²⁶

Hat der Arbeitgeber eine Dienstreise in ein Risikogebiet angeordnet und ergeht gegen den Arbeitnehmer nach seiner Rückkehr eine Absonderungsverfügung, befindet sich der Arbeitgeber in Annahmeverzug.²⁷ Dem steht nicht entgegen, dass der Arbeitnehmer (eigentlich) wegen der behördlichen Maßnahme nicht leistungsfähig ist (§ 297 BGB). Diese ist bei der Prüfung der Monokausalität nicht zu berücksichtigen.

Ist keine Absonderung erlassen worden und lagen die Voraussetzungen für eine Absonderung auch nicht vor (vgl. § 56

20 Eckart/Kruse in: BeckOK, InfSchR, IfSG § 56 Rn. 90.

21 Vgl. nur ArbG Bonn, Ur. v. 07.07.2021 - 2 Ca 504/21; Preis/Mazurek/Schmid, NZA 2020, 1137, 1138; Düwell, BB 2020, 891, 897; Sievers, jM 2020, 189, 197.

22 Vgl. BT-Drs. 19/27291, S. 61.

23 VG Bayreuth, Ur. v. 21.06.2021 - B 7 K 21/110; VG Frankfurt, Ur. v. 13.04.2021 - 5 K 109/21.F.

24 Eckart/Kruse in: BeckOK, InfSchR, IfSG § 56 Rn. 26a.

25 VG Bayreuth, Ur. v. 21.06.2021 - B 7 K 21.110 Rn. 26.

26 Wie bei einer Erkrankung während einer Quarantäne zu verfahren ist, wird im zweiten Teil des Beitrags ausführlicher erörtert.

27 VG Karlsruhe, Ur. v. 10.05.2021 - 9 K 67/21.

Abs. 1 Satz 3 IfSG), besteht kein Anspruch aus dem IfSG. Arbeitsrechtlich ist zu unterscheiden. Hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer aus Vorsichtsgründen freigestellt, befindet er sich in Annahmeverzug.²⁸ Dies gilt nicht, wenn sich der Arbeitnehmer selbst freigestellt hat.²⁹

G. Die Folgen der Entscheidung des BAG

Die Auswirkungen des Urteils des BAG auf die Praxis lassen sich noch nicht vollständig beurteilen, weil die Urteilsgründe noch nicht vorliegen. Vorsicht ist vor allem geboten, weil noch nicht klar ist, wann von einer die „Gesellschaft insgesamt treffenden Gefahrenlage“ auszugehen ist. Unterhalb dieser Schwelle gelten die Grundsätze, die sich nach der bisher überwiegenden Auffassung auf alle pandemiebedingten Betriebsschließungen erstrecken sollten.³⁰

Einige der Folgen zeichnen sich allerdings bereits jetzt ab.

I. Korrekturbedarf bei pandemiebedingten Betriebsschließungen

Klar ist schon jetzt, dass die neue Rechtsprechung bei pandemiebedingten Betriebsschließungen zu unbefriedigenden Ergebnissen führt. Die einseitige Belastung der Arbeitnehmer kann nur als ungerecht und dringend korrekturbedürftig angesehen werden. Dabei wird der Gesetzgeber auch darüber zu befinden haben, ob die Entschädigungsregelungen rückwirkend zugunsten der Arbeitnehmer geändert werden müssen. Dieselben Gründe, die gegen eine einseitige Belastung der Arbeitgeber sprechen, beanspruchen auch hier Geltung.

II. Arbeitgeber hat Entschädigung gezahlt

Auf die Fälle, in denen der Arbeitgeber als Zahlstelle des Staates eine Entschädigung gezahlt und eine Erstattung erhalten hat, hat das Urteil des BAG keine Auswirkung. Im laufenden Erstattungsverfahren kann er auf das Urteil des BAG verweisen und geltend machen, dass dem Arbeitnehmer kein Vergütungsanspruch zusteht. Dieser Weg ist ihm versperrt, wenn ein ablehnender Bescheid bestandskräftig oder ein klageabweisendes Urteil des Verwaltungsgerichts rechtskräftig geworden ist.

III. Arbeitgeber hat Vergütung gem. §§ 615, 616 BGB gezahlt

In den Fällen, in denen der Arbeitgeber die Vergütung aufgrund der §§ 615, 616 BGB gezahlt hat, kann er vom Arbeitnehmer Rückzahlung der Vergütung aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB verlangen, wenn keine Verfallfrist eingreift. Zu erwägen ist allerdings, ob dem Arbeitnehmer statt des zuvor angenommenen Vergütungsanspruchs ein Entschädigungsan-

spruch zusteht, den der Arbeitgeber auszuzahlen hätte (§ 56 Abs. 5 Satz 1 IfSG).

Bei der praktischen Abwicklung kann nicht angenommen werden, dass der Arbeitgeber mit der vorgenommenen Zahlung einen etwaigen Entschädigungsanspruch bereits erfüllt hat (§ 362 Abs. 1 BGB). Dem steht entgegen, dass er bei der Zahlung nicht den Willen hatte, den Entschädigungsanspruch des Arbeitnehmers zu erfüllen. Zwar kommt es nach der Rechtsprechung des BAG für den Eintritt der Erfüllungswirkung regelmäßig nicht auf die Willensrichtung des Leistenden an. Nach der „Theorie der realen Leistungsbewirkung“, die das BAG seiner Rechtsprechung zugrunde legt, ist die Erfüllungswirkung kraft Gesetzes die objektive Tatbestandsfolge der Leistung.³¹ Dies kann jedoch vorliegend nicht gelten, weil der Arbeitgeber nicht Schuldner des Entschädigungsanspruchs ist, sondern nur die Funktion einer Zahlstelle einnimmt und somit als Dritter (§ 267 Abs. 1 Satz 1 BGB) leistet. Der Leistung eines Dritten kommt nur Erfüllungswirkung zu, wenn er den entsprechenden Willen hat und zum Ausdruck bringt, auf die Verpflichtung des Schuldners zu leisten. Eine derartige Tilgungsbestimmung kann auch nachträglich getroffen werden.³²

Nimmt der Arbeitgeber eine nachträgliche Tilgungsbestimmung nicht vor, kann der Arbeitnehmer nicht aufrechnen, weil der Arbeitgeber nicht Schuldner des Anspruchs ist und es somit an der Gegenseitigkeit fehlt (§ 387 BGB). Er kann jedoch die Dolo-Agit-Einrede (§ 242 BGB) erheben. Danach kann der Arbeitgeber nichts vom Arbeitnehmer zurückverlangen, was er in gleicher Höhe aus einem anderen Rechtsgrund an den Arbeitnehmer auszuzahlen hat.³³

Daraus folgt zugleich, dass dem Arbeitgeber ein Bereicherungsanspruch nur zusteht, wenn die Voraussetzungen für einen Vergütungsanspruch und für einen Entschädigungs-

28 ArbG Dortmund, Urt. v. 24.11.2020 - 5 Ca 2057/20; Adjan/Lettmeier, NZA 2021, 161, 164.

29 VG Frankfurt, Urt. v. 13.04.2021 - 5 K 109/21.F.

30 Der Vorsitzende des 5. Senats Linck hat in der mündlichen Verhandlung nach Presseberichten (Zeit-Online v. 14.10.2021) darauf hingewiesen, dass die ersten Corona-Verordnungen die am weitesten reichenden gewesen seien. Ob alle Verordnungen diese Tragweite gehabt hätten, müsse im konkreten Fall geprüft werden. Zudem müsse geprüft werden, ob es anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten gegeben habe.

31 BAG, Urt. v. 17.01.2018 - 5 AZR 69/17 Rn. 14.

32 BGH, Urt. v. 13.03.2014 - IX ZR 147/11; BGH, Urt. v. 15.05.1986 - VII ZR 274/85.

33 Vgl. BAG, Urt. v. 11.07.1990 - 5 AZR 557/89 (zur vergleichbaren Konstellation beim Kurzarbeitergeld).

anspruch nicht gegeben waren. Es obliegt dem Arbeitgeber, dies vorab selbst zu prüfen, bevor er sich entscheidet, ob er den Arbeitnehmer in Anspruch nimmt oder bei der zuständigen Behörde einen aus der Zahlung der Entschädigung folgenden Erstattungsanspruch (§ 56 Abs. 5 Satz 3 IfSG) beantragt.

IV. Reaktion der Verwaltungsgerichte

Mit Spannung darf die Reaktion der Verwaltungsgerichte erwartet werden. Soweit ersichtlich, haben bisher alle veröffentlichten Entscheidungen aus dieser Gerichtsbarkeit angenommen, dass § 615 und § 616 BGB auch während der Lockdowns Anwendung finden. Es bleibt abzuwarten, ob sie die Linie des BAG ohne Weiteres übernehmen.

Für den Fall, dass dies nicht geschehen sollte, würden sich erhebliche praktische Probleme ergeben, zumal es lange dauern könnte, bis eine mögliche Divergenz geklärt würde.

Die praktischen Probleme könnten sich in den Fällen ergeben, in denen der Arbeitgeber – statt wie bisher Vergütung – eine Entschädigung an den Arbeitnehmer auszahlt. Es wäre für alle Beteiligten kaum nachvollziehbar, wenn die Verwaltungsgerichte den Erstattungsanspruch des Arbeitgebers weiterhin mit dem Verweis auf einen bestehenden Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers abweisen würden, während damit zu rechnen wäre, dass der Arbeitnehmer mit einer Vergütungsklage bei den Arbeitsgerichten keinen Erfolg haben würde.

Eine zügige Harmonisierung der Rechtsprechung wäre nicht zu erwarten. Es kann nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass die Verwaltungsgerichte bei einer Fortführung ihrer bisherigen Rechtsprechung zu § 616 BGB den Standpunkt einnehmen, dass sie damit nicht von der Rechtsprechung des BAG abweichen, weil diese bisher nur zu § 615 BGB ergangen ist. Hinzu kommt, dass eine Abweichung von einer Entscheidung des BAG nicht zu den ausdrücklich geregelten Gründen für eine Zulassung der Berufung (§ 124 Abs. 2 Nr. 4 VwGO) bzw. für eine Zulassung der Revision (§ 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO) zählt.³⁴ Zwar legt eine derartige Abweichung nahe, dass der Zulassungsgrund der „grundsätzlichen Bedeutung“ (§§ 124 Abs. 2 Nr. 3, 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) gegeben ist; zwingend ist dies jedoch nicht.³⁵

³⁴ Dies gilt umgekehrt auch für die Zulassung der Berufung (§ 64 Abs. 3 Nr. 3 ArbGG) bzw. der Revision (§ 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG) im arbeitsgerichtlichen Verfahren.

³⁵ In der Entscheidung v. 23.09.2021 hat das OVG Lüneburg – 13 LA 286/21 – die grundsätzliche Bedeutung in Bezug auf § 616 BGB verneint.

Sozialrecht

Rente optimieren!

BGH, Urt. v. 11.03.2021 - III ZR 27/20

VPräsBSG Prof. Dr. Thomas Voelzke

A. Problemstellung

Die Komplexität des Sozialversicherungsrechts und die den Leistungsberechtigten innerhalb der Systeme der sozialen Sicherheit eingeräumten Gestaltungsmöglichkeiten können dazu führen, dass der Berechtigte nicht den für ihn leistungsrechtlich optimalen Weg beschreitet. Davon, wie sich Gestaltungsmöglichkeiten und das subjektive Recht des Versicherten auf Beratung (§ 14 SGB I) zueinander verhalten, handelt die hier besprochene Entscheidung.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der 1950 geborenen schwerbehinderten Klägerin teilte der beklagte Rentenversicherungsträger mit einer Rentenauskunft im Januar 2014 mit, dass sie bis zum Erreichen der Regelaltersgrenze am 12.04.2016 ohne Berücksichtigung von Rentenanpassungen eine monatliche Regelaltersrente von 985,45 Euro bekomme, wenn bis zu diesem Zeitpunkt Beiträge wie im Durchschnitt der letzten fünf Kalenderjahre gezahlt würden. Bei dem im Hinblick auf die Rentenauskunft im April 2014 durchgeführten persönlichen Beratungstermin erstellte der Berater eine „unverbindliche Proberechnung“, wobei er unter Berücksichtigung von weiteren Beschäftigungszeiten bis zum 30.06.2014 eine Altersrente für schwerbehinderte Menschen i.H.v. 934,79 Euro ab 01.07.2014 errechnete.

Die Klägerin übte, da sie noch das Weihnachtsgeld erhalten wollte, bis einschließlich November 2014 eine Erwerbstätigkeit aus. Der beklagte Rentenversicherungsträger gewährte auf den Antrag der Klägerin vom 15.07.2014 ab dem 01.12.2014 eine abschlagsfreie Altersrente für schwerbehinderte Menschen mit einer monatlichen Rentenhöhe von lediglich 894,23 Euro. Hierbei entfiel die Anrechnung zusätzlicher fiktiver Entgeltpunkte nach § 262 SGB VI (Mindestentgeltpunkte bei geringem Arbeitsentgelt) mit Rücksicht auf einen weiteren Versorgungsausgleich, die Verdoppelung der Kindererziehungszeiten durch das RV-Leistungsverbesserungs-

gesetz¹ sowie den zusätzlich erzielten Verdienst bis einschließlich 30.11.2014.

Die Klägerin machte zur Begründung ihres Amtshaftungsanspruchs geltend, dass der beklagte Rentenversicherungsträger sie insbesondere habe darauf hinweisen müssen, dass die Verschiebung des Rentenbeginns und die Weiterarbeit bis 30. November zum Wegfall der Privilegierung des § 262 SGB VI führen könne. Sie verlangte die Zahlung von 2.008,40 Euro sowie von monatlich 45,41 Euro ab 01.11.2018 nebst Feststellung einer Anpassungsverpflichtung.

Die Klägerin war mit ihrem Begehren erst beim BGH im Sinne der Zurückverweisung erfolgreich: Die Beklagte habe die ihr gem. § 14 SGB I obliegende Pflicht zur Beratung und somit eine drittbezogene Amtspflicht i.S.d. § 839 BGB verletzt. Die Beklagte habe bei dem Beratungsgespräch, spätestens jedoch mit dem Rentenantrag darauf hinweisen müssen, dass das in der zweiten Jahreshälfte erzielte Arbeitsentgelt sich rentenschädlich auswirke, wenn dadurch der in § 262 Abs. 1 Satz 1 SGB VI genannte Durchschnittswert von 0,0625 Entgeltpunkten erreicht werde. Bei ordnungsgemäßer Beratung hätte die Klägerin die Altersrente zu einem früheren Zeitpunkt beantragen können.

Wie schon in seiner Entscheidung vom 02.08.2018² stützt der BGH seinen Ansatz von einem umfassenden Beratungsanspruch des Versicherten darauf, dass dieser Grundlage für das Funktionieren des immer komplizierter werdenden sozialen Leistungssystems sei. Dadurch solle sichergestellt werden, dass die nach dem Sozialgesetzbuch bestehenden sozialen Rechte möglichst weitgehend verwirklicht würden (§ 2 Abs. 2 Halbsatz 2 SGB I). Hierzu räume § 14 Satz 1 SGB I jedem Bürger einen subjektiven Anspruch auf umfassende Beratung über die ihn betreffenden Fragen im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme sozialer Rechte oder der Erfüllung sozialer Pflichten ein. Der Bürger müsse befähigt werden, von ihm offenstehenden Entscheidungsspielräumen sachgerecht Gebrauch zu machen.³

Bezogen auf den zur Entscheidung gestellten Sachverhalt hat der BGH eine Beratungspflicht des Rentenversicherungsträgers bejaht. Die Klägerin sei auch aufklärungsbedürftig gewesen, da sie davon ausgehen dürfen, dass ein weiterer Hinzuverdienst zu zusätzlichen Beitragszeiten und damit zu einer Rentensteigerung führen würden.

Das Verschulden der Mitarbeiter des Rentenversicherungsträgers sei auch nicht mit Rücksicht auf die sog. Kollegialgerichts-Richtlinie ausgeschlossen. Die Vorinstanzen hätten den Inhalt der schriftlichen Rentenauskunft vom Januar

2014 nur unvollständig erfasst, weil der dort enthaltene Hinweis auf eine Steigerung der Regelaltersrente durch Zahlung von Beiträgen wie im Durchschnitt der letzten fünf Kalenderjahre ohne nähere Erläuterung geeignet gewesen sei, die Klägerin in die Irre zu führen. Dieser Effekt sei noch dadurch verstärkt worden, dass bei dem persönlichen Beratungsgespräch das Zahlenwerk und die Berechnungen aus der Rentenauskunft unverändert zugrunde gelegt worden sei. Die Vorinstanzen hätten zudem die im Sozialrecht bestehenden besonderen Beratungs- und Belehrungspflichten nur unzureichend erfasst.

Die Zurückverweisung erfolgte mit Rücksicht darauf, dass der während der Weiterarbeit erzielte Verdienst noch mit der geringeren Rente zu saldieren war.

C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung führt die Leitlinien der bisherigen Rechtsprechung des BGH zum Amtshaftungsanspruch sowie der Rechtsprechung des BSG zum Herstellungsanspruch überzeugend fort. Der Amtshaftungsanspruch gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG und der Herstellungsanspruch stehen als haftungsrechtliche Grundlagen selbständig nebeneinander.⁴

Der Herstellungsanspruch setzt nach ständiger Rechtsprechung voraus, dass der Sozialleistungsträger eine ihm aufgrund eines Gesetzes oder eines Sozialrechtsverhältnisses obliegende Pflicht verletzt hat.⁵ Zu diesen Pflichten gehört nicht zuletzt die Beratungspflicht des § 14 SGB I. In den Fällen einer unterlassenen Beratung ist zur Bejahung der Voraussetzungen des Herstellungsanspruchs erforderlich, dass eine ausreichende Beratung den Versicherten ursächlich veranlasst hätte, eine vorhandene Gestaltungsmöglichkeit tatsächlich zu nutzen.⁶ Schließlich muss der durch das Verwaltungshandeln bewirkte Nachteil durch eine zulässige Amtshandlung beseitigt werden können und die Korrektur mit dem jeweiligen Gesetzeszweck in Einklang stehen.⁷ Ein Verschulden der Bediensteten wird nicht vorausgesetzt.

Im Ergebnis dieser Rechtsprechung sind den Leistungsberechtigten insbesondere die aus der einschlägigen sozialrechtli-

1 V. 01.07.2014, BGBl. I 2014, 787.

2 BGH, Urt. v. 02.08.2018 - III ZR 466/16; zu dieser Entscheidung Voelzke, jM 2019, 236.

3 Öndül in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB I, 3. Aufl., § 14 Rn. 16.

4 Knecht in: Hauck/Noftz, SGB I, K Vorbem. §§ 13 – 15 Rn. 24.

5 BSG, Urt. v. 30.09.2009 - B 9 VG 3/08 R Rn. 41.

6 BSG, Urt. v. 16.06.1994 - 13 RJ 25/93.

7 BSG, Urt. v. 25.01.1994 - 7 RA 50/93.

chen Gesetzeslage erwachsenden Gestaltungsmöglichkeiten aufzuzeigen: So hat das BSG zum Rentenversicherungsrecht erkannt, dass der Rentenversicherungsträger Versicherte mit einem Anspruch auf Regelaltersrente schon vor Vollendung ihres 60. Lebensjahres auf die mit der Inanspruchnahme Vor- und Nachteile, auf die mit einer verspäteten Antragstellung verbundenen Rechtsnachteile sowie darauf hinzuweisen hat, dass er allein anhand der gespeicherten Daten die im Einzelfall angemessene Lösung nicht erkennen kann. Insoweit muss er eine Beratung hierzu anzubieten.⁸

Die eigentliche Ursache für die Ausweitung der Beratungspflichten der Leistungsträger liegt zu einem guten Teil in der Komplexität und der daraus resultierenden Widersprüchlichkeiten des sozialrechtlichen Leistungssystems. Ein gutes Beispiel hierfür bietet die vom BGH eingehend behandelte Vorschrift über die Mindestentgeltpunkte bei geringem Arbeitsentgelt (§ 262 SGB VI). Es handelt sich um eine Regelung, mit der ein sozialer Ausgleich für die bis zum Inkrafttreten des SGB VI geltende Regelung über die Rente nach Mindesteinkommen geschaffen werden sollte. Begünstigt werden hierdurch in erster Linie Teilzeitbeschäftigte, Beschäftigte in unteren Lohngruppen und weibliche Versicherte, die nach Kindererziehung oder Pflegetätigkeiten nur noch eingeschränkt erwerbstätig sein konnten.⁹

Die Anhebung der Mindestentgeltpunkte setzt nach § 262 Abs. 1 Satz 1 SGB VI voraus, dass (1.) mindestens 35 Jahre mit rentenrechtlichen Zeiten vorhanden sind und (2.) sich aus den Kalendermonaten mit vollwertigen Pflichtbeiträgen ein Durchschnittswert von weniger als 0,0625 Entgeltpunkten ergibt. Hierbei steht der Wert von 0,0625 Entgeltpunkten für 75 % des Durchschnittseinkommens. Wird dieser Wert überschritten, unterbleibt die Anwendung der Vorschrift vollständig. Für die Beurteilung maßgebend ist der Zeitpunkt des Rentenbeginns. Soweit Rentenauskünfte bei der Berechnung auf den Zeitpunkt der Auskunft abstellen, sind die Aussagen angesichts der Struktur der Vorschrift zwangsläufig mit Unsicherheit behaftet. Es kann zu dem vom BGH als „geradezu paradoxer Effekt“ bezeichneten Ergebnis kommen, dass sich die Erzielung weiteren Arbeitsentgelts als rentenschädlich erweist. Der Umstand, dass die weitere Ausübung von Weiterarbeit zu einer Verschlechterung der Sozialversicherungsansprüche führen kann, ist in der Tat so fernliegend, dass sich eine hierauf bezogene Beratung geradezu aufdrängen muss.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Folgewirkungen der Entscheidung des BGH auf die Beratungspraxis der Rentenversicherungsträger bei vergleichbaren Sachverhaltsgestaltungen sind überschaubar, weil es

sich bei § 262 SGB VI mit Rücksicht darauf, dass lediglich Pflichtbeitragszeiten vor dem 01.01.1992 höher bewertet werden, um auslaufendes Recht handelt. Die Nachfolgeregelung (§ 70 Abs. 3a SGB VI) hat einen anderen Anknüpfungspunkt.

Über die entschiedene Fallgestaltung hinaus ist jedoch von fortwirkender Bedeutung, dass der BGH eine Beratungspflicht auch „zum Nachteil der Versichertengemeinschaft“ bejaht. Die Optimierung von Sozialleistungsansprüchen widerspricht gerade nicht dem Zweck des Gesetzes und ist schon gar nicht rechtsmissbräuchlich. Dieser Auffassung ist zuzustimmen: Die Beratungspflichten umfassen also grds. auch etwa die frühere Herbeiführung des Versicherungsfalls. Insbesondere in der Rechtsprechung des BSG zum sozialrechtlichen Herstellungsanspruch war bereits anerkannt, dass die Beratungspflichten darauf angelegt sind, den Leistungsanspruch der Versicherten zu optimieren.¹⁰ In der Rechtsprechung sind allerdings auch äußerste Grenzen der Beratungspflichten gezogen worden. Diese liegen im Arbeitslosenversicherungsrecht darin, dass eine Beratung allein zu dem Zweck, durch Verzicht auf Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis den Zugang zu Leistungen der Arbeitslosenversicherung zu eröffnen, nicht gefordert werden kann.¹¹

E. Bewertung

Der BGH stützt seinen Ansatz von einer umfassenden Beratungspflicht der Sozialleistungsträger nachvollziehbar darauf, dass der Bürger im Sozialrecht häufig seine Lage in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht erkennbar nicht richtig zu beurteilen mag. Durch den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch bzw. den Amtshaftungsanspruch werden also letztlich Unstimmigkeiten der immer komplexer werdenden sozialen Leistungssysteme kompensiert. Einem weiteren Aufschaukeln von weiteren Differenzierungen im Leistungsgerech mit Rücksicht auf eine vermeintliche Einzelfallgerechtigkeit einerseits und dadurch weiter ausufernden Beratungspflichten der Leistungsträger andererseits kann der Gesetzgeber nur dadurch begegnen, dass er sich künftig größere Zurückhaltung auferlegt und damit einen Beitrag zu einer besseren Handhabbarkeit und Übersichtlichkeit des Leistungsrechts für Rechtsanwender und Leistungsberechtigte leistet.

⁸ BSG, Urt. v. 06.03.2003 - B 4 RA 38/02 R.

⁹ LSG Potsdam, Urt. v. 05.12.2019 - L 17 R 662/16 Rn. 21; Dankelmann in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB VII, 3. Aufl., § 262 Rn. 17.

¹⁰ Vgl. Gutzler in: Lilge/Gutzler, SGB I, 5. Aufl., § 14 Rn. 33.

¹¹ BSG, Urt. v. 21.03.1990 - 7 RA 36/88.

Ausbau der Infrastruktur für Elektromobilität

Prof. Dr. Matthias Knauff, LL.M. Eur. und Friederike Pfeifer

A. Einleitung

Die Durchsetzung der Elektromobilität aus Gründen des Klimaschutzes und als Bestandteil der Verkehrswende setzt neben der Verfügbarkeit entsprechender Fahrzeuge auf dem Markt eine hinreichend ausgebaute Ladeinfrastruktur voraus. Vor allem Letztere hat sich in der Praxis jedoch als unzureichend erwiesen. Zwar wurden in einer ersten Welle rechtsetzerischer Aktivität zwischen 2015 und 2017 bereits einige grundlegende Vorschriften geschaffen. Dazu gehören das Gesetz zur Bevorrechtigung der Verwendung elektrisch betriebener Fahrzeuge (Elektromobilitätsgesetz – EmoG),¹ die Verordnung über technische Mindestanforderungen an den sicheren und interoperablen Aufbau und Betrieb von öffentlich zugänglichen Ladepunkten für Elektromobile (Ladesäulenverordnung – LSV)² sowie – soweit elektrisch betriebene Sharing-Fahrzeuge betroffen sind – das Gesetz zur Bevorrechtigung des Carsharing (Carsharinggesetz – CsgG).³ Ebenfalls sind hier die gesetzgeberischen Entscheidungen zur Einordnung von Ladeinfrastruktur als Letztverbraucher nach § 3 Nr. 24 EnWG, sowie von E-Fahrzeugen als steuerbare Verbrauchseinrichtungen nach § 14a EnWG zu nennen. Diese Regelungen waren jedoch nicht in der Lage, das Ziel der Bundesregierung, eine Million Elektrofahrzeuge bis 2020 auf die Straße zu bringen,⁴ auch nur annähernd zu erreichen.⁵

Mit Blick auf das nahende Ende der 19. Legislaturperiode und unter dem Eindruck europarechtlicher und klimapolitischer Notwendigkeiten hat der Gesetzgeber in den Jahren 2020 und 2021 einen erneuten Anlauf unternommen und eine Vielzahl neuer Rechtsgrundlagen geschaffen, die auf den Ausbau der für die Elektromobilität erforderlichen Infrastruktur abzielen. Diese betreffen die öffentliche (B.) und private Ladeinfrastruktur (C.). Gewisse Restriktionen gehen mit neuen energierechtlichen Vorgaben einher (D.).

B. Öffentliche Ladeinfrastruktur

I. SchnellLG

Das Gesetz über die Bereitstellung flächendeckender Schnellladeinfrastruktur für reine Batterieelektrofahrzeuge (Schnellladegesetz – SchnellLG)⁶ sieht Rahmenbedingungen und Ausführungsvorschriften für den Ausbau eines deutschlandweit flächendeckenden Schnellladenetzes vor. Ohne dass dies im Gesetz einen Niederschlag gefunden hätte, sollen da-

mit der Aufbau und Betrieb von zunächst 1.000 Schnellladestandorten⁷ ermöglicht werden. Hinsichtlich der Notwendigkeit des Gesetzes verweist die Begründung auf den bislang unzureichenden Bestand an verfügbarer Schnellladeinfrastruktur und deren überwiegend unwirtschaftlichen Betrieb, der einer raschen Dekarbonisierung des Straßenverkehrs entgegenstehe und sich negativ auf die Erreichung der nationalen Klimaschutzziele im Verkehr auszuwirken geeignet sei.⁸

Der Anwendungsbereich des SchnellLG beschränkt sich auf die Schnellladeinfrastruktur für rein batterieelektrisch betriebene Fahrzeuge der Klassen M und N (§ 1 SchnellLG), mithin Kraftfahrzeuge zur Personen- und Güterbeförderung. Freilich wird die Nutzung dieser Infrastruktur durch Plug-in-Hybride rechtlich nicht ausgeschlossen. Als Schnellladepunkt definiert das Gesetz einen Ladepunkt, an dem Strom mit einer Ladeleistung von mindestens 150 kW geladen werden kann (§ 2 Nr. 2 SchnellLG).

Dem Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) weist das Gesetz eine zentrale Funktion zu (§ 3 SchnellLG). Dazu gehören die Bedarfsermittlung sowie die Festlegung weiterer Rahmenbedingungen (u.a. hinsichtlich Umweltverträglichkeit). Zudem ist sicherzustellen, dass die Stromversorgung der E-Fahrzeuge mit erneuerbaren Energien erfolgt. Die Schnellladepunkte sollen jedoch nicht vom Bund, sondern während eines bestimmten Zeitraums nach Durchführung europaweiter Vergabeverfahren durch private Auftragnehmer betrieben werden. Da diesen explizit keine besonderen oder ausschließlichen Rechte i.S.v. Art. 106 Abs. 1 AEUV⁹

1 BGBl. I 2015, 898.

2 BGBl. I 2016, 457.

3 BGBl. I 2017, 2230.

4 Nationaler Entwicklungsplan Elektromobilität der Bundesregierung, 2009, S. 2 (www.bmvi.de/blaetterkatalog/catalogs/219176/pdf/complete.pdf).

5 Am 01.01.2021 waren laut Kraftfahrt-Bundesamt deutschlandweit 309.083 reine Elektrofahrzeuge zugelassen (www.kba.de/DE/Statistik/Fahrzeuge/Bestand/Umwelt/fz_b_umwelt_archiv/2021/2021_b_umwelt_dusl.html?nn=2598042) (zuletzt abgerufen am 14.10.2021).

6 BGBl. I 2021, 2141.

7 Pressemitteilung des BMVI v. 10.02.2021 Nr. 017/2021 (www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Pressemitteilungen/2021/017-scheuer-schnellladegesetz.html) (zuletzt abgerufen am 14.10.2021).

8 BR-Drs. 156/21, S. 1.

9 Dazu Knauff in: Lowenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, Art. 106 AEUV Rn. 35 ff.

eingräumt werden sollen, wird es sich wegen der damit verbundenen, von den beauftragten Unternehmen zu tragenden wirtschaftlichen Risiken grds. um Konzessionsvergaben i.S.v. § 105 GWB handeln. Die Bereitstellung von Schnellladeinfrastruktur soll in mindestens 18 Losen ausgeschrieben werden, deren Zuschnitt insbesondere wirtschaftlich attraktive und weniger attraktive Standorte mit dem Ziel einer bundesweiten Abdeckung bündelt (§ 4 SchnellLG).

Weitere Vorschriften betreffen Nebenbetriebe an den Bundesautobahnen i.S.v. § 15 Abs. 1 FStrG und die Bedingungen der Integration von Schnellladeinfrastruktur in bestehende Konzessionsverträge (§ 5 SchnellLG). Bei dem Ausbau der Schnellladeinfrastruktur sollen überdies die berechtigten Interessen der „Bestandsinfrastrukturanbieter“ berücksichtigt werden (§ 6 SchnellLG). Dabei handelt es sich um diejenigen Unternehmen, die bereits bei Inkrafttreten des Gesetzes im Bereich der Ladeinfrastruktur mit mehr als 22 kW tätig sind (§ 2 Nr. 6 SchnellLG). Hinzu kommen einige Bestimmungen über den Erlass ergänzender Rechtsverordnungen (§ 7 SchnellLG), die Möglichkeit der Beleihung (nur) von juristischen Personen des privaten Rechts mit der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben nach dem SchnellLG (§ 8 SchnellLG) und Berichtspflichten des BMVI (§ 9 SchnellLG).

Dem SchnellLG liegt ein grds. neuer Regelungsansatz zugrunde. Indem das Gesetz die „Sicherstellung der Gewährleistung einer flächendeckenden, bedarfsgerechten Bereitstellung eines öffentlich zugänglichen Infrastrukturnetzes“¹⁰ für die Elektromobilität und konkret die „praktisch handhabbare Umsetzung des koordinierten flächendeckenden Aufbaus der Schnellladeinfrastruktur [...] vor dem Hintergrund der nationalen Klimaschutzziele [als] wichtiges Gemeinschaftsgut“¹¹ qualifiziert, weist es dem Staat eine deutlich aktivere Rolle bei der Gestaltung des Übergangs zur Elektromobilität zu als zuvor. Letztlich erfolgt die „Beschaffung“ eines wichtigen Bausteins der Energiewende im Verkehr, um Marktdefizite auszugleichen und die „Reichweitenangst“ als wichtiges psychologisches Hindernis des Umstiegs von konventionellen auf elektrisch betriebene Kraftfahrzeuge im Mittel- und Langstreckenverkehr zu überwinden. Freilich kann es sich dabei um nicht mehr als einen Anstoß handeln. Absehbar sind Konflikte mit eigenwirtschaftlich tätigen Betreibern von Schnellladeinfrastruktur. Auch ist die gesetzliche Ausgestaltung eines konkreten Beschaffungsvorgangs zumindest ungewöhnlich. Insoweit läge auch eine deutlichere Verzahnung mit dem Vergaberecht nicht fern. Offen ist zudem die Einpassung des Aufbaus und Betriebs von Schnellladeinfrastruktur in das erst kürzlich reformierte

System der Zuständigkeiten für Planung und Bau der Bundesfernstraßen.¹²

II. LSV 2021

Die LSV soll nach BR-Beschluss vom 17.09.2021 eine Weiterentwicklung erfahren.¹³ Ihr Anwendungsbereich wird demzufolge auf die Fahrzeugklassen M und N in ihrer Gesamtheit erweitert (§ 1 LSV-neu). Wie bisher bilden technische Aspekte den Hauptgegenstand der LSV. Zur Umsetzung der Richtlinie 2014/94/EU über den Aufbau der Infrastruktur für alternative Kraftstoffe¹⁴ geschaffen, beinhaltet die LSV u.a. Anforderungen an Steckerstandards (§ 3 LSV) zur Gewährleistung einer interoperablen Bedienung zwischen verschiedenen Herstellern, sowie an die Ermöglichung des punktuellen Aufladens (Aufladen ohne vorherigen Abschluss eines längerfristigen Vertragsverhältnisses für den Ladestrombezug, § 4 LSV). Die LSV gilt grds. nur für öffentlich zugängliche Ladepunkte. Dies setzt zukünftig voraus, dass „der zum Ladepunkt gehörende Parkplatz von einem unbestimmten oder nur nach allgemeinen Merkmalen bestimmbar Personenkreis tatsächlich befahren werden kann, es sei denn, der Betreiber hat am Ladepunkt oder in unmittelbarer räumlicher Nähe zum Ladepunkt durch eine deutlich sichtbare Kennzeichnung oder Beschilderung die Nutzung auf einen individuell bestimmten Personenkreis beschränkt; der Personenkreis wird nicht allein dadurch bestimmt, dass die Nutzung des Ladepunktes von einer Anmeldung oder Registrierung abhängig gemacht wird“ (§ 2 Nr. 5 LSV-neu). Weiterhin werden Normalladepunkte (Ladeleistung bis maximal 22 kW, § 2 Nr. 7 LSV) und Schnellladepunkte (Ladeleistung größer 22 kW, § 2 Nr. 8 LSV) unterschieden. Stets geboten ist eine eichrechtskonforme, d.h. messgenaue und transparente Abrechnung des erhaltenen Ladestroms unter fälschungssicherer Übermittlung der Abrechnungsdaten.¹⁵ Nach umstrittener,¹⁶ aber mittlerweile wohl weithin akzeptierter Auffassung des BMWI muss aufgrund von § 3 PAngV die Abrechnung auf Basis der bezogenen Strommenge (kWh) erfolgen, kann aber verbrauchsunabhängige weitere Preis-

10 BR-Drs. 156/21, S. 8.

11 BR-Drs. 156/21, S. 23.

12 Die sog. Autobahn-GmbH des Bundes hat gem. § 5 Abs. 1 Satz 1 InfrGG am 01.01.2021 den Betrieb aufgenommen; näher Gröpl in: Maunz/Dürig, GG, Art. 90 GG Rn. 54 f.

13 BR-Drs. 401/21 (Beschluss).

14 ABl. 2014 L 307/1, geändert durch Delegierte VO (EU) 2018/674, ABl. 2018 L 114/1.

15 Mühe/de Wyl, EnWZ 2018, 339.

16 Mühe/de Wyl, EnWZ 2018, 339, 342.

bestandteile enthalten.¹⁷ Neu geschaffen wurden die Gebote der Ausstattung von neuen Ladesäulen mit kartenbasierten Zahlungsmöglichkeiten ab 2023 (§ 4 LSV-neu) sowie mit einer Schnittstelle zur Übermittlung von Standortinformationen und dynamischen Daten (z.B. Belegungsstatus) bei Neuaufbau ab 01.03.2022 (§ 3 Abs. 4 LSV-neu).¹⁸

C. Private Ladeinfrastruktur

Private Ladeinfrastruktur weist notwendig einen Gebäudebezug auf.¹⁹ Zugleich lässt sich gebäudenah oder -integriert erzeugter Strom aus erneuerbaren Energien für Mobilitätszwecke nutzen. Die vielfach beschworene Sektorkopplung hat insoweit durch die neuere Rechtsetzung einen erheblichen Schub erhalten.

I. GEIG

Das Gesetz zum Aufbau einer gebäudeintegrierten Lade- und Leitungsinfrastruktur für die Elektromobilität (Gebäude-Elektromobilitätsinfrastruktur-Gesetz – GEIG)²⁰ regelt die Schaffung vorbereitender Leitungsinfrastruktur sowie die Bereitstellung von Ladepunkten an größeren Parkplätzen von Wohn- und Nichtwohngebäuden. Angestrebt wird so die Verbesserung der Lademöglichkeiten für Elektrofahrzeuge zu Hause, am Arbeitsplatz und bei alltäglichen Besorgungen. Mittel- bis langfristig soll dies auch der Weiterentwicklung hin zu Ladepunkten zu geringeren Kosten dienen.²¹ Das GEIG setzt Art. 8 Abs. 2 – 6 RL 2010/31/EU über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden²² in deutsches Recht um, da die betreffenden Regelungen nicht in das kurz zuvor erlassene Gesetz zur Einsparung von Energie und zur Nutzung erneuerbarer Energien zur Wärme- und Kälteerzeugung in Gebäuden (Gebäudeenergiegesetz – GEG)²³ aufgenommen wurden.²⁴ Dabei geht das GEIG – entgegen der ursprünglichen Ankündigung einer 1:1-Umsetzung²⁵ – über die europarechtlichen Mindestanforderungen hinaus.

Im Zentrum des GEIG steht die Verpflichtung zur Schaffung von Ladeinfrastruktur für Elektromobile in oder an Gebäuden. Diese ist zunächst auf den Neubau oder – vorbehaltlich der Ausnahmen wegen Unwirtschaftlichkeit (§ 14 Abs. 1 GEIG) – größere Renovierungen von Bestandsgebäuden beschränkt. Für neue Wohngebäude mit mehr als fünf Stellplätzen bezieht sich diese Verpflichtung auf die Ausstattung jedes Stellplatzes mit Leitungsinfrastruktur (§ 6 GEIG). Neu zu errichtende Nichtwohngebäude mit mehr als sechs Stellplätzen sind mit Leitungsinfrastruktur für jeden dritten Stellplatz und zusätzlich einem Ladepunkt auszustatten (§ 7 GEIG). Bei größeren Renovierungen sind Bestandswohngebäude

mit mehr als zehn Stellplätzen mit Leitungsinfrastruktur an jedem Stellplatz auszustatten (§ 8 GEIG). Der Schwellenwert von zehn Stellplätzen gilt im Renovierungsfalle auch für Nichtwohngebäude, bei denen jeder fünfte Stellplatz mit Leitungsinfrastruktur auszustatten und zusätzlich mindestens ein Ladepunkt zu errichten ist (§ 9 GEIG). Unabhängig von Renovierungsmaßnahmen sind darüber hinaus ab dem 01.01.2025 alle Nichtwohngebäude mit mehr als 20 Stellplätzen mit mindestens einem Ladepunkt auszustatten (§ 10 Abs. 1 GEIG). Die Verpflichtung können Eigentümer, die in mehr als einem Nichtwohngebäude einen Ladepunkt zu errichten haben, auch gebündelt erfüllen (§ 10 Abs. 2, 3 GEIG). Von KMU selbst genutzte Gebäude sind von den Verpflichtungen allerdings ausgenommen (§ 1 Abs. 2 GEIG). Bauherren oder Eigentümer können die Verpflichtungen nach §§ 6 – 10 GEIG zudem gemeinsam erfüllen, wenn zwischen den Gebäuden ein räumlicher Zusammenhang besteht (§ 12 Abs. 1 Satz 1 GEIG). Zugunsten von Quartierslösungen²⁶ können entsprechende Kooperationsvereinbarungen die Ausstattung mit Leitungs- bzw. Ladeinfrastruktur sowie die ggf. erforderliche Benutzung von oder Leitungsführung über Grundstücke regeln und Dritte (insbesondere Energieversorgungsunternehmen) beteiligen (§ 12 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 GEIG).

17 BMWI, Rechtsgutachten zur Anwendbarkeit von § 3 Preisangabenverordnung (PAngV) auf Ladestrom für Elektromobile, 24.08.2018, 2 (www.bmw.de/Redaktion/DE/Downloads/P-R/preisangabe-fuer-und-abrechnung-von-ladestrom-fuer-elektromobile-rechtsgutachten.pdf?__blob=publicationFile&v=11) (zuletzt abgerufen am 14.10.2021).

18 BMWI, Änderung der Ladesäulenverordnung, Infopapier, 11.05.2021, 1 f. (www.bmw.de/Redaktion/DE/Publikationen/Energie/210511-infopapier-aenderung-der-ladesaeulenverordnung.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt abgerufen am 14.10.2021).

19 Zur rechtlichen Einordnung von Elektromobilität im Quartierskontext siehe vertiefend Zengerling in: Dickhaut, Integration von Elektromobilität in Neubau und Bestand, Forschungsbericht, 2018 (https://repos.hcu-hamburg.de/bitstream/hcu/483/1/e_Quartier_Hamburg_Teilbericht_D_Rechtliche_Aspekte.pdf) (zuletzt abgerufen am 14.10.2021) u.a. mit Schwerpunkten Bauplanungs- (8 ff.) und Bauordnungsrecht (27 ff.); Harendt/Mayer, EWeRK 2016, 161, 163 ff.).

20 BGBl. I 2021, 354.

21 BT-Drs. 19/18962, S. 1.

22 ABl. 2010 L 153/13; zuletzt geändert durch Richtlinie (EU) 2018/844, ABl. L 156, 75.

23 BGBl. I 2020 1728.

24 Zu den Hintergründen BT-Drs. 19/9775, S. 6.

25 Pressemitteilung des BMWI v. 04.03.2021 (www.bmw.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2020/20200304-kabinett-verabschiedet-gesetz-zum-aufbau-von-lade-und-leitungsinfrastruktur-elektromobilitaet.html) (zuletzt abgerufen am 14.10.2021).

26 BT-Drs. 19/26587, S. 18.

Die Differenzierung von Leitungs- und Ladeinfrastruktur überträgt mit teils abweichender Begrifflichkeit die Unterscheidung zwischen vorbereitender und funktionsfähiger Infrastruktur in der Richtlinie 2010/31/EU in das nationale Recht. Die Leitungsinfrastruktur umfasst „die Gesamtheit aller Leitungsführungen zur Aufnahme von elektro- und datentechnischen Leitungen in Gebäuden oder im räumlichen Zusammenhang von Gebäuden vom Stellplatz über den Zählpunkt eines Anschlussnutzers bis zu den Schutzelementen“ (§ 2 Nr. 10 GEIG). Das Gesetz konkretisiert den Begriff dahin gehend, dass elektro-, bau- und datentechnische Vorschriften bzw. anerkannte Regeln der Technik zu beachten sind. Zur Leitungsinfrastruktur gehört insbesondere auch der erforderliche Raum für den Einbau intelligenter Messsysteme für ein Lademanagement (§ 4 GEIG). Ladeinfrastruktur umfasst demgegenüber „die Summe aller elektrotechnischen Verbindungen, Mess-, Steuer- und Regelungseinrichtungen, einschließlich Überstrom- und Überspannungsschutzeinrichtungen, die zur Installation, zum Betrieb und zur Steuerung von Ladepunkten für die Elektromobilität notwendig sind“ (§ 2 Nr. 8 GEIG). Als Ladepunkt gilt dabei „eine Einrichtung, die zum Aufladen von Elektromobilen geeignet und bestimmt ist und an der zur gleichen Zeit nur ein Elektromobil aufgeladen werden kann“ (§ 2 Nr. 9 GEIG).

II. Wohnungseigentumsrecht und BGB-Mietrecht

Die intensiv diskutierte Frage nach einem „Right to Plug“, also den Anspruch von Bewohnern, von ihnen genutzte gebäude nahe Stellflächen mit Ladeinfrastruktur auszustatten,²⁷ hat der Bundesgesetzgeber mit Erlass des Gesetzes zur Förderung der Elektromobilität und zur Modernisierung des Wohnungseigentumsgesetzes und zur Änderung von kosten- und grundbuchrechtlichen Vorschriften (Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetzes – WEMoG)²⁸ aus Gründen des Klimaschutzes²⁹ bejaht. Nunmehr kann jeder Wohnungseigentümer gegenüber der Wohnungseigentümergeinschaft bauliche Veränderungen verlangen, die dem Laden von Elektrofahrzeugen dienen (§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 WEG). Hierfür trägt er die Kosten und darf die Nutzungen ziehen (§ 21 Abs. 1 WEG). Auf den weiterhin erforderlichen Beschluss der Versammlung der Wohnungseigentümer besteht ein Anspruch, der erforderlichenfalls auch im Wege der Beschlussersetzungsklage durchgesetzt werden kann.³⁰

Einen entsprechenden Anspruch begründet § 554 Abs. 1 BGB grds. auch zugunsten von Mietern gegenüber Vermietern. Er besteht jedoch „nicht, wenn die bauliche Veränderung dem Vermieter auch unter Würdigung der Interessen des Mieters nicht zugemutet werden kann.“ Eine Übernahme der Kosten durch den Vermieter ist

nicht vorgesehen. Bei Ende des Mietverhältnisses gelten mangels spezifischer Regelungen die allgemeinen Bestimmungen, aus denen eine Verpflichtung des Mieters zum Rückbau baulicher Veränderungen folgt. Das finanzielle Risiko verbleibt somit grds. beim einbauwilligen Mieter, sodass eine Umsetzung der Vorschrift durch Mieter ohne staatliche Förderung zweifelhaft erscheint und damit die Erreichbarkeit des Regelungsziels infrage steht.³¹

D. Energiewirtschaftsrechtlicher Rahmen

Das am 25.06.2021 beschlossene Gesetz zur Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben und zur Regelung reiner Wasserstoffnetze im Energiewirtschaftsrecht³² sieht anknüpfend an Art. 33 Abs. 2 RL (EU) 2019/944 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt³³ vor, dass Betreiber von Elektrizitätsverteilernetzen weder Eigentümer von Ladepunkten für Elektromobile sein noch diese Ladepunkte entwickeln, verwalten oder betreiben dürfen; ausgenommen sind private Ladepunkte für den Eigengebrauch des Betreibers von Elektrizitätsverteilernetzen (§ 7c Abs. 1 EnWG). Von der durch Art. 33 Abs. 3 – 4 RL (EU) 2019/944 eröffneten Möglichkeit, Ausnahmen von dem Verbot vorzusehen, wird für Fälle regionalen Marktversagens in Hinblick auf den Ladeinfrastrukturausbaubedarf Gebrauch gemacht.³⁴ Bis eine entsprechende Rechtsverordnung geschaffen ist, verbleibt es aber bei einem grundsätzlichen Verbot (§ 7c Abs. 3 EnWG).³⁵ Ziel ist es, Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Ob es hierfür freilich einer Einbeziehung des Betriebs von Ladesäulen in das energierechtliche Entflechtungsregime³⁶ bedarf, erscheint ebenso zweifelhaft wie die Entscheidung darüber dem nationalen Gesetzgeber entzogen ist. Eine potenziell gewisse retardierende Wirkung auf den Ladesäulenausbau ist damit gleichwohl verbunden.

27 Vgl. hierzu bereits Rodi/Hartwig, ZUR 2014, 592; zur Genese der dem WEMoG vorgehenden Entwürfe siehe Pfeifer/Nowack, ZUR 2019, 650, 655, Dötsch, ZWE 2020, 215 f., Dötsch/Schultzky/Zscheschack, WEG-Recht 2021, Kap. 6 Rn. 171 m.w.N.

28 BGBl. I 2020, 2187.

29 BR-Drs. 168/20, S. 100 f.

30 Im Einzelnen dazu Elzer in: BeckOK, WEG, 45. Edition, 01.07.2021, WEG § 20 Rn. 71 ff., 113.

31 Näher Dötsch, ZWE 2020, 215, 224 f.; Rolfs, NZM 2020, 902, 908 a.E.

32 BGBl. I 2021, 3026.

33 ABl. L 158 v. 14.06.2019, S. 125.

34 BR-Drs. 165/21, S. 9.

35 BR-Drs. 165/21, S. 68.

36 Dazu ausführlich Knauff in: Kment, EnWG, 2. Aufl. 2019, §§ 6 ff.

E. Ausblick

Innerhalb eines Jahres hat das Elektromobilitäts-Infrastrukturrecht einen erheblichen und vorbildlosen Entwicklungsschub erfahren. Auch wenn die Ausgestaltung und Verortung der neuen Regelungen nicht in jeder Hinsicht als gelungen anzusehen sind, sind sie doch Ausdruck eines ernsthaften Bemühens um die Schaffung funktionsadäquater Rechtsgrundlagen für den notwendigen Ausbau der Ladeinfrastruktur, ohne deren Existenz die Elektromobilität zum Scheitern verurteilt ist. Weitere Impulse für den Ausbau insbesondere des Schnellladenetzes sind aus dem EU-Klimapaket „Fit for 55“³⁷ zu erwarten. Als Teil des Gesetzgebungspakets sieht ein Entwurf für eine die Richtlinie 2014/94/EU ergänzende Verordnung vor, bis Ende 2025 entlang der wichtigsten europäischen Schnellstraßen den Aufbau von Schnellladestationen alle 60 km verpflichtend vorzugeben.

Auch eine hervorragende ausgebauten Ladeinfrastruktur bewirkt freilich nicht gleichsam von allein die Ersetzung konventionell angetriebener Fahrzeuge durch Elektromobile. Die nach wie vor bedeutsame Anreizsetzung durch den „Umweltbonus“³⁸ und steuerliche Maßnahmen, vgl. § 3d KraftStG, § 6 Nr. 4 EStG, wird daher auch und zunehmend durch fahrzeugbezogene Regelungen ergänzt. Die Verordnung (EU) 2019/631 zur Festsetzung von CO₂-Emissionsnormen für neue Personenkraftwagen und für neue leichte Nutzfahrzeuge³⁹ sowie die Verordnung (EU) 2019/1242 zur Festlegung von CO₂-Emissionsnormen für neue schwere Nutzfahrzeuge⁴⁰ erzwingen vor dem Hintergrund der EU-Klimaziele für die erfassten Kraftfahrzeuge bis zum Jahr 2030 weithin den Übergang zur emissionsarmen bzw. -freien Mobilität und weisen daher den Weg zur Elektromobilität. Entsprechendes gilt für das Gesetz über die Beschaffung sauberer Straßenfahrzeuge (Saubere-Fahrzeuge-Beschaffungs-Gesetz – SaubFahrzeugBeschG),⁴¹ das die novellierte Richtlinie 2009/33/EG über die Förderung sauberer Straßenfahrzeuge zur Unterstützung einer emissionsarmen Mobilität⁴² in deutsches Recht umsetzt und seit August 2021 anstelle der § 68 VgV und § 59 SektV die Vergabe öffentlicher Aufträge regelt, deren Gegenstand Straßenfahrzeuge sind. Die Verteuerung konventioneller Treibstoffe durch das Gesetz über einen nationalen Zertifikatehandel für Brennstoffemissionen (Brennstoffemissionshandelsgesetz – BEHG)⁴³ ist ebenfalls geeignet, durch Preissignale den Übergang zur Elektromobilität zu befördern.

Greifen infrastruktur- und fahrzeugbezogene Vorgaben wie vorgesehen ineinander, sollte der Rückstand des Ausbaus der Elektromobilität in Deutschland in den kommenden Jahren aufzuholen und sollten die auf den

Verkehrssektor bezogenen Ziele im – anknüpfend an die Klimaschutzentscheidung des BVerfG⁴⁴ ebenfalls 2021 geänderten⁴⁵ – Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG) erreichbar sein. Unverzichtbare Voraussetzung hierfür ist allerdings die Schaffung von Akzeptanz für die Elektromobilität in der Bevölkerung, was nicht zuletzt eine Abfederung sozialer Härten erfordert, soll individuelle Mobilität nicht zum Luxusgut werden.

37 COM (2021) 550 final.

38 www.bafa.de/DE/Energie/Energieeffizienz/Elektromobilitaet/elektromobilitaet_node.html (zuletzt abgerufen am 14.10.2021).

39 ABl. 2019 L 111/13.

40 ABl. 2019 L 198/202.

41 BGBl. I 2021, 1691.

42 ABl. 2009 L 120/5, geändert durch Richtlinie (EU) 2019/1161, ABl. 2019 L 188/116.

43 BGBl. I 2019, 2728.

44 BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20 und 1 BvR 288/20. Siehe hierzu auch Bartone, jM 2021, 326 ff.

45 BGBl. I 2021, 3905.

ADHS im Prüfungsrecht: Nachteilsausgleich bei unerkanntem Dauerleiden?*

BVerwG, Urt. v. 24.02.2021 - 6 C 1/20

RiLG Dr. Christoph Jeremias

A. Problemstellung

Im Prüfungsrecht ist der Umgang mit erkrankten oder unter einer Behinderung leidenden Prüflingen ein „Dauerbrenner“. Unbestritten ist, dass ein Prüfling, der sich auf dem Weg zur Prüfung bei einem Fahrradunfall verletzt, die Möglichkeit hat, von der Prüfung zurückzutreten. Denn er würde benachteiligt, wenn er die Prüfung trotz Prüfungsunfähigkeit ablegen müsste. Da ein solcher Rücktritt einen weiteren späteren Prüfungsversuch zur Folge hat und wegen des das Prüfungsrecht beherrschenden Gebots der Chancengleichheit, unterliegt seine Zulassung engen Voraussetzungen. Besonderes Missbrauchspotenzial in dem Sinne, dass ein Prüfling

* Für stets weiterführende Diskussionen danke ich herzlich VRiVG Fischer und Ri Dr. Dieterich.

sich einen weiteren, ihm eigentlich nicht zustehenden Prüfungsversuch „erschleicht“, birgt ein erst nach der Prüfung erklärter Rücktritt. Im Gegensatz zu einer (temporären) Prüfungsunfähigkeit berechtigt ein Dauerleiden nicht zum Rücktritt, indes kann – wie unter Umständen auch bei lediglich temporären Erkrankungen (z.B. akute Sehnenscheidenentzündung) – ein Nachteilsausgleich zu gewähren sein.¹ Hierunter werden geeignete Ausgleichsmaßnahmen verstanden, die den Schwierigkeiten des Prüflings Rechnung tragen, seine vorhandenen Fähigkeiten unter Geltung der einheitlichen Prüfungsbedingungen darzustellen.² Derartige für den Prüfling günstigere Bedingungen können etwa verlängerte Schreib- oder zusätzliche Pausenzeiten sein.

Mit Fragen von Prüfungsunfähigkeit und Dauerleiden, Rücktritt und Nachteilsausgleich hatte sich das BVerwG in seiner Entscheidung zu befassen.

B. Gegenstand und Inhalt der Entscheidung

Der Kläger – ein Student – bestand im Wintersemester 2011/12 zwei Modulprüfungen nicht. Ende 2012 wurde bei ihm ADHS diagnostiziert. Daraufhin trat er von den nicht bestandenen Modulprüfungen zurück und ließ sich medikamentös und verhaltenstherapeutisch behandeln. Die beklagte Hochschule lehnte den Antrag auf Anerkennung des nachträglichen Rücktritts ab. Nach der erfolglosen Teilnahme auch am letzten Prüfungsversuch 2013, stellte die Beklagte fest, dass alle Prüfungsversuche ausgeschöpft seien. Der Kläger begehrt die Genehmigung seines Rücktritts und meint zudem, dass Prüflinge mit einem Dauerleiden einen Nachteilsausgleich beanspruchen könnten, den er bei rechtzeitiger Kenntnisnahme seiner Erkrankung beantragt hätte.

Das VG Arnsberg hat die Klage abgewiesen. Das OVG Münster hat die Berufung zurückgewiesen. ADHS berechtige als Dauerleiden nicht zum Rücktritt. Nach den eingeholten sachverständigen Aussagen sei ADHS nicht heilbar. Es liege eine dauerhafte schwere Behinderung vor. Durch medizinische Behandlung könne zwar zu meist eine Symptomverbesserung erzielt werden, es blieben jedoch i.d.R. Defizite, die nur eine kompromiss-hafte Lebensgestaltung ermöglichten. Daher könne beim Kläger nicht mit der Herstellung eines „Normalzustandes“ im Sinne von gesund oder jedenfalls im Wesentlichen „symptomfrei“ in einem für das Prüfungsrechtsverhältnis absehbaren Zeitraum sicher gerechnet werden.

Das BVerwG hat die hiergegen gerichtete Revision zurückgewiesen. Rücktrittsgrund könne zwar auch eine

nachträglich geltend gemachte krankheitsbedingte Prüfungsunfähigkeit sein. Dies setze aber eine Erkrankung voraus, die zu einer nur zeitweisen Beeinträchtigung des physischen oder psychischen Zustands eines Prüflings führt. Demgegenüber berechtige ein Dauerleiden nicht zum Rücktritt, da es die tatsächliche individuelle Leistungsfähigkeit des Prüflings trotz ärztlicher Hilfe prognostisch nicht nur vorübergehend, sondern dauerhaft oder auf unbestimmte Zeit ohne sichere Heilungschance einschränke und als persönlichkeitsbedingte Eigenschaft präge. Eine längerfristige Erkrankung könne nur dann einen Prüfungsrücktritt rechtfertigen, wenn die durch die medizinische Behandlung angestrebte Persönlichkeitsveränderung hin zu einem prüfungsrechtlichen Normalzustand, der als „gesund“ oder jedenfalls im Wesentlichen „symptomfrei“ zu bewerten sei, sicher, in einem für das Prüfungsrechtsverhältnis absehbaren Zeitraum erreichbar sei. Eine nur hohe Wahrscheinlichkeit einer Heilung genüge nicht. Nach der Prüfung könne ein Prüfling nur zurücktreten, wenn er seine vorübergehende krankheitsbedingte Beeinträchtigung zur Zeit der Prüfung nicht erkennen konnte. Aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG folge nichts anderes, weil die anderenfalls herbeigeführte Bevorzugung behinderter Prüflinge mit dem Prüfungszweck und dem prüfungsrechtlichen Grundsatz der Chancengleichheit kollidiere. Nach den bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts stelle sich ADHS als Dauerleiden dar, sodass ein Rücktritt ausscheide. Abschließend reißt das BVerwG die Frage an, ob ein weiterer Prüfungsversuch wegen nachträglicher Geltendmachung eines Anspruchs auf Nachteilsausgleich zu gewähren sei. Dies verneint das Gericht, weil der Kläger sich hierauf nicht rechtzeitig berufen habe.

C. Kontext der Entscheidung

Das Urteil folgt der seit Langem bestehenden prüfungsrechtlichen Judikatur,³ wonach ein Dauerleiden insbesondere aus Gründen der Chancengleichheit nicht zum Rücktritt berechtigt. Neu sind indes die Überlegungen zur Möglichkeit eines nachträglichen Nachteilsausgleichs, wenn der Prüfling zur Zeit der Prüfung keine Kenntnis von dem einen Nachteilsausgleich rechtfertigenden Dauerleiden hatte.

1 Zum Ganzen Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 7. Aufl. 2018, Rn. 249 ff.

2 BVerwG, Urt. v. 29.07.2015 - 6 C 35/14; Jeremias, NVwZ 2019, 839, 840.

3 BVerwG, Beschl. v. 13.12.1985 - 7 B 210/85 Rn. 6; VGH Mannheim, Beschl. v. 29.04.2016 - 9 S 582/16 Rn. 8.

D. Auswirkungen für die Praxis

Mit der Entscheidung setzt das BVerwG ein klares und begrüßenswertes Zeichen, aus Gründen der Chancengleichheit weiterhin strenge Anforderungen an die Gewährung eines Prüfungsrücktritts zu stellen. Die Hervorhebung der Chancengleichheit deutet darauf hin, dass das BVerwG auch im Hinblick auf eine inklusive Hochschule keine erleichterte Gewährung von Rücktritt und Nachteilsausgleich befürwortet.⁴ Hiergegen sprechen auch gewichtige Argumente: Jedenfalls bei berufsbezogenen Prüfungen, die eine subjektive Berufszugangsregelung darstellen und als solche verfassungsmäßig gerechtfertigt sein müssen, muss Ausgangspunkt für die Frage, ob ein Nachteilsausgleich gewährt werden kann, der Prüfungszweck und nicht die Person des Prüflings sein.⁵ Denn mit der normativ festgestellten Notwendigkeit, die für den Beruf erforderliche Qualifikation durch eine erfolgreiche Prüfung nachzuweisen, geht die Einschätzung des Gesetzgebers einher, dass dieser Prüfungsvorbehalt als Eingriff in die Berufsfreiheit erforderlich ist. Ein Nachteilsausgleich darf die Feststellung, dass diese Prüfungsinhalte tatsächlich vom Prüfling beherrscht werden, nicht infrage stellen. Weichte man die Prüfungsanforderungen auf, stellte sich die Frage, ob die von den nicht an einer Behinderung leidenden Studierenden zu fordernden Leistungen überhaupt erforderlich sind und damit den Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG rechtfertigen können.

Ferner deutet die Entscheidung zum ersten Mal die Möglichkeit eines nachträglich zu gewährenden Nachteilsausgleichs im Fall eines unerkannten Dauerleidens an (dazu unter E.).

E. Bewertung

Das BVerwG hat im Ausgangspunkt seine langjährige Rechtsprechung zu Rücktritt und Dauerleiden fortgeführt. Dabei hat es zu Recht die überragende Bedeutung des Grundsatzes der Chancengleichheit im Prüfungsrecht betont und daher eine Rücktrittsmöglichkeit wegen eines Dauerleidens verneint.

Gleichwohl wäre in Rn. 22 des Urteils eine größere terminologische Schärfe geboten gewesen. Zutreffend führt der Senat dort zwar aus, dass eine mit Erfolg behandelbare, aber unerkannte längerfristige Erkrankung als Fall der unerkannten Prüfungsunfähigkeit zum nachträglichen Rücktritt berechtigen kann.⁶ Allerdings bezeichnet der Senat eine solche längerfristige Erkrankung als „Dauerleiden“. Allein die Anführungszeichen deuten darauf hin, dass hiermit kein – den Prüfungsrücktritt gerade nicht rechtfertigen-

des – Dauerleiden im Sinne des Prüfungsrechts in Bezug genommen werden soll. Diese begriffliche Unschärfe trägt leider nicht zur klaren Unterscheidung zwischen einer Erkrankung, die als Prüfungsunfähigkeit einen Rücktritt rechtfertigen kann, und einem Dauerleiden, das gerade nicht die Möglichkeit eines Rücktritts eröffnet, bei. Diese Differenzierung ist im Prüfungsrecht jedoch im Hinblick auf die mit ihr verbundenen unterschiedlichen Rechtsfolgen wesentlich.

Ferner erscheint der dritte amtliche Leitsatz unglücklich, wonach „der Prüfling einen Anspruch auf Gewährung eines Nachteilsausgleichs wegen eines Dauerleidens nach Ablegung der Prüfung unverzüglich geltend“ machen muss. Diese Aussage findet sich so nicht im Urteil, sie ist im Zusammenhang mit Rn. 28 f. des Urteils zu lesen.

Aus diesen Ausführungen darf nicht geschlussfolgert werden, dass ein Nachteilsausgleich in jedem Fall auch noch nach der Prüfung beantragt werden kann. Denn das den Prüflingen obliegende Mitwirkungsgebot verlangt einen solchen Antrag grds. vor der Prüfung.⁷ Auch folgt hieraus nicht, dass ein vor der Prüfung beantragter, aber dann nicht gewährter Nachteilsausgleich nach der Prüfung in Form einer Rüge unverzüglich geltend zu machen wäre. Denn eine exzessive Ausdehnung von Rügeobliegenheiten darf letztlich dem Prüfling nicht die Verantwortung für ein ordnungsgemäßes Prüfungsverfahren auferlegen.⁸ Vielmehr fällt die ordnungsgemäße Bescheidung eines Antrags auf Nachteilsausgleich in die Sphäre der Prüfungsbehörde; einen ihr unterlaufenen Fehler muss der Prüfling nicht gesondert rügen.

Die Ausführungen im Tatbestand (Rn. 7 a.E.) deuten darauf hin, dass das BVerwG einen Nachteilsausgleich auch nach der Prüfung für den Fall in Betracht zieht, dass ein grds. ausgleichsfähiges Dauerleiden zur Zeit der Prüfung für den Prüfling noch nicht erkennbar war. Hiermit betritt der Senat Neuland. Betrachtet man den Rücktritt als Spe-

4 So wohl aber Ennuschat, Nachteilsausgleiche für Studierende mit Behinderungen – Prüfungsrechtliche Bausteine einer inklusiven Hochschule, 2019.

5 Anders wohl der Ansatz von Ennuschat, Nachteilsausgleiche für Studierende mit Behinderungen – Prüfungsrechtliche Bausteine einer inklusiven Hochschule, 2019, S. 55 ff., siehe aber auch S. 101.

6 Vgl. bereits die erste BVerwG-Entscheidung in dieser Sache: Beschl. v. 25.01.2018 - 6 B 36/17 Rn. 29 und VGH Mannheim, Beschl. v. 29.04.2016 - 9 S 582/16 Rn. 8; Jeremias, NVwZ 2019, 839 f.

7 OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 16.08.2017 - 5 N 21.16 Rn. 8; Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 7. Aufl. 2018, Rn. 259.

8 Birnbaum, NVwZ 2006, 286; Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 7. Aufl. 2018, Rn. 217.

zialfall des Nachteilsausgleichs – was gut vertretbar erscheint –, spricht viel für eine entsprechende Behandlung von einerseits unerkannter Prüfungsunfähigkeit, die unter strengen Voraussetzungen einen nachträglichen Rücktritt rechtfertigen kann,⁹ und andererseits unerkanntem Dauerleiden. Es erscheint nicht fernliegend, dass unter entsprechend strengen Voraussetzungen der Prüfling auch im Fall eines unerkannten Dauerleidens nachträglich einen Nachteilsausgleich begehren kann. Ein solcher nachträglicher Nachteilsausgleich ist allerdings nur bei Dauerleiden denkbar, die ausgleichsfähig sind, also bei Leiden, die die abzuprüfende Leistungsfähigkeit nicht berühren.¹⁰ Da die ADHS-Erkrankung des Klägers dessen prüfungsrelevante Leistungsfähigkeit berührt, war bereits deshalb kein Nachteilsausgleich zu gewähren. Körperliche Leiden, die zu einem Nachteilsausgleich führen können – wie etwa Sehnenscheidenentzündungen –, dürften für den Prüfling i.d.R. erkennbar sein. Tatsächliche Relevanz könnte ein nachträglicher Nachteilsausgleich wegen eines unerkannten Dauerleidens daher nur in seltenen Fällen erlangen. Denkbar wäre der Fall eines „unerkannten Legastheni-

kers“; denn Legasthenie stellt keine Störung der geistigen Leistungsfähigkeit dar.¹¹

Gestattet man im Fall eines unerkannten Dauerleidens einen nachträglichen Nachteilsausgleich, führt dieser zu einem weiteren Prüfungsversuch – dann unter Gewährung eines nicht überkompensierenden¹² Nachteilsausgleichs. Allerdings ist dann nicht nachvollziehbar, warum der Prüfling diesen nach Ablegung der Prüfung unverzüglich geltend machen muss. Der sich auf ein unerkanntes Dauerleiden berufende Prüfling muss vielmehr – wie auch sonst im Prüfungsrecht – unverzüglich agieren, sobald er vom tatsächlich bestehenden, nachteilsausgleichsfähigen Dauerleiden erfahren hat.

9 Hierzu Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 7. Aufl. 2018, Rn. 288 ff.

10 Zu dieser wesentlichen Differenzierung: Jeremias, NVwZ 2019, 839, 840 f. Siehe ferner die Nachweise in Rn. 28 des Urteils.

11 BVerwG, Urt. v. 29.07.2015 - 6 C 35/14 Rn. 18 f.

12 Hierzu Jeremias, NVwZ 2019, 839, 841 f.

Steuerrecht

Zinsregeln im Steuerrecht verfassungswidrig – zugleich eine Besprechung von BVerfG, Beschl. v. 08.07.2021 - 1 BvR 2237/14 und 1 BvR 2422/17

RiBFH Dr. Nils Trossen

A. Problemstellung

Die Höhe des Zinssatzes nach § 238 der AO im Rahmen der Vollverzinsung nach § 233a AO war spätestens seit der ab dem Jahr 2014 andauernden strukturellen und nachhaltigen Niedrigzinsphase umstritten und harrete der verfassungsrechtlichen Klärung. Auf die Entscheidung der beiden seit dem Jahr 2014 und 2017 anhängigen Verfahren wartete die Praxis daher seit Langem. Nicht nur vor dem Hintergrund der allgemeinen Zinsentwicklung, sondern auch mit Blick auf den Umstand, dass in anderen Be-

reichen wie § 288, § 247 BGB oder § 203 Abs. 2 BewG mit variablen, an die Marktentwicklung angepassten Zinsen gearbeitet wurde, erschien die Regelung mehr und mehr anachronistisch und aus der Zeit gefallen. Da Steuerveranlagungen mittlerweile in der weitaus überwiegenden Zahl maschinell oder zumindest mithilfe automatisierter Programme größtenteils computergestützt erfolgen, griff das Argument, ein starrer Zinssatz erleichtere die Zinsberechnung immer weniger. Der BFH hatte daher auch bereits „schwerwiegende“ Zweifel an der Verfassungsmä-

Bigkeit der Regelung geäußert.¹ Zudem gab es zahlreiche Gesetzesinitiativen, um am hergebrachten und schon seit längerem verfassungsrechtlich zweifelhaften Zustand etwas zu ändern.²

Die Entscheidung des BVerfG, wonach die Regelungen zur Vollverzinsung mit einer festen Höhe von 0,5 % pro Monat (= 6 % p.a.) für Verzinsungszeiträume ab dem 01.01.2014 mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar und ab dem 01.01.2019 unanwendbar sind, kam daher mit Ansage und war erwartbar. Der nachfolgende Beitrag analysiert Inhalt und Gegenstand der Entscheidung (unter B.), beleuchtet den steuerlichen und verfassungsrechtlichen Kontext (unter C.) und betrachtet die Auswirkungen für die Praxis (unter D.). Am Schluss werden Beratungsempfehlungen und ein Ausblick (unter E.) gegeben.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Entscheidung lagen die Verzinsung von Gewerbesteuerforderungen in der Folge einer Außenprüfung und damit einer der häufigen Praxisfälle von Nachzahlungszinsen zugrunde. Das BVerfG hat die Vollverzinsung nach § 233a AO dem Grunde nach als verfassungsgemäß bestätigt, die Höhe des Zinssatzes nach § 238 AO hingegen beanstandet. Das BVerfG hat § 233a AO i.V.m. § 238 AO umfassend und für alle Jahre ab 2014 für verfassungswidrig erklärt. Es wurde die Fortgeltung der Vorschriften bis zum 31.12.2018 und die Unanwendbarkeit ab dem Jahr 2019 angeordnet. Der Gesetzgeber wurde zu einer Neuregelung bis zum 31.07.2022 verpflichtet. Diese muss allerdings nicht zwingend rückwirkend erfolgen.³

Nach der Entscheidung des BVerfG hat sich die gesetzliche Typisierung des Zinssatzes an veränderten tatsächlichen Bedingungen zu orientieren.⁴ Denn gleichheitsrechtlicher Ausgangspunkt für die Auswahl des Zinsgegenstands und die Bestimmung des Zinssatzes ist ein stufenloser am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab. Zinsregelungen als steuerliche Nebenleistungen (§ 3 Abs. 4 AO) bedürfen zur Wahrung der Belastungsgleichheit eines über den Zweck der Einnahmeerzielung hinausgehenden, besonderen sachlichen Rechtfertigungsgrunds. Der Gesetzgeber kann bei der Auswahl eines Zinsgegenstands und der Bemessung eines Zinssatzes typisierende Regelungen treffen und dabei in erheblichem Umfang die Praktikabilität mit dem Ziel der Einfachheit der Zinsfestsetzung und -erhebung berücksichtigen. Zinsregelungen müssen grds. in der Lage sein, den mit ihnen verfolgten Belastungsgrund realitätsgerecht abzubilden. Werden Zinsen als steuerliche Nebenleistungen aber allein zum Zweck des Vorteils-

ausgleichs erhoben, muss die Differenzierung nach Maßgabe des (tatsächlichen) Vorteils vorgenommen werden, dessen Nutzungsmöglichkeit mit dem Zins abgegolten werden soll. Die typisierende Festlegung des Zinssatzes ist trotz grundsätzlicher Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers nicht mehr zu rechtfertigen, wenn dieser Zinssatz unter veränderten tatsächlichen Bedingungen oder angesichts einer veränderten Erkenntnislage weder durch die maßstabbildenden noch durch andere geeignete Kriterien getragen ist.⁵

Die Anwendung des § 233a AO führt daher ab dem Jahr 2014 i.V.m. § 238 Abs. 1 Satz 1 AO zu einer verfassungsrechtlich relevanten Ungleichbehandlung innerhalb der Gruppe der Steuerpflichtigen, die dem Fiskus aufgrund einer Steuerfestsetzung einen bestimmten Steuerbetrag schulden.⁶ Steuerschuldner, deren Steuer erst nach Ablauf der Karenzzeit von 15 Monaten⁷ festgesetzt wird, werden gegenüber Steuerschuldern, deren Steuer innerhalb der Karenzzeit festgesetzt wird (Vergleichs paar), ungleich behandelt.⁸ Die verfassungsrechtlich relevante Ungleichheit liegt damit nicht in einer rechtfertigungsbedürftigen Ungleichbehandlung innerhalb der Gruppe der Zinszahlungspflichtigen, sondern allein in einer rechtfertigungsbedürftigen Ungleichbehandlung der zinszahlungspflichtigen gegenüber den nicht zinszahlungspflichtigen Steuerschuldern durch die typisierende Annahme eines durch eine späte Steuerfestsetzung entstandenen potenziellen Liquiditätsvorteils i.H.v. monatlich 0,5 % Zinsen.⁹

Die Vollverzinsung als solches ist vom BVerfG nicht beanstandet worden. Das Ziel der Vollverzinsung, einen Ausgleich dafür zu schaffen, dass die Steuern bei den einzelnen Steuerpflichtigen zu unterschiedlichen Zeit-

1 BFH, Beschl. v. 25.04.2018 - IX B 21/18 - BStBl. II 2018, 415; BFH, Beschl. v. 03.09.2018 - VIII B 15/18 und BFH, Beschl. v. 04.07.2019 - VIII B 128/18; anders noch BFH, Urt. v. 09.11.2017 - III R 10/16 - BStBl. II 2018, 255.

2 BT-Drs. 19/2579, S. 1 f., BT-Drs. 19/13574, S. 4, BT-Drs. 19/14883; BT-Drs. 19/14909 und BT-Drs. 19/19601; BR-Drs. 324/18 und BR-Drs. 396/18.

3 Rn. 249 der Besprechungsentscheidung.

4 Vgl. die zutreffende Analyse von Kanzler, NWB 2021, 2500, 2501.

5 Vgl. Rn. 199.

6 Vgl. Rn. 102 f.

7 Diese war vor dem Hintergrund der COVID-19 Pandemie für den Veranlagungszeitraum 2019 um sechs Monate auf 21 Monate und für den Veranlagungszeitraum 2020 um drei Monate auf 18 Monate verlängert worden.

8 Vgl. Rn. 103.

9 Vgl. Rn. 105.

punkten festgesetzt und fällig werden, ist legitim. Die ungleiche Behandlung zinszahlungspflichtiger und nicht zinszahlungspflichtiger Steuerschuldner, die an das Differenzierungskriterium des Ablaufs der Karenzzeit anknüpft, ist geeignet, einen Ausgleich dafür zu schaffen, dass die Steuern bei den einzelnen Steuerpflichtigen zu unterschiedlichen Zeitpunkten festgesetzt und fällig werden.¹⁰

Im Zeitpunkt des Inkrafttretens der AO entsprach die 6 %-ige Verzinsung in etwa dem seinerzeitigen Marktniveau. Die Zinsregelungen waren daher ursprünglich noch zur Förderung des Gesetzeszwecks im verfassungsrechtlichen Sinne erforderlich.¹¹ Der Zinssatz von monatlich 0,5 % bildete im Zeitpunkt der erstmaligen Schaffung der Regelung durch das Steuerreformgesetz 1990¹² den durch eine späte Steuerfestsetzung entstehenden Zinsvorteil hinreichend ab.¹³ Aufgrund der sich seit dem Jahr 2008 fortlaufend verändernden tatsächlichen Verhältnisse glich der Zinssatz von monatlich 0,5 % allerdings nur noch für bis in das Jahr 2013 fallende Verzinsungszeiträume den durch die Vollverzinsung auszugleichenden Vorteil hinreichend aus. Für in das Jahr 2014 sowie danach fallende Verzinsungszeiträume ist der Zinssatz von 6 % pro Jahr dagegen eindeutig nicht mehr in der Lage, den Erhebungszweck der Nachzahlungszinsen realitätsgerecht abzubilden und ist damit in dieser Höhe nicht mehr zur Förderung des Gesetzeszwecks erforderlich.¹⁴

Das allgemeine Zinsniveau begann ab Mitte der 90er Jahre erheblich zu sinken. Nach dem Beginn der Finanzkrise setzte sich der Trend zur Zinssenkung fort und mit der Verstärkung des niedrigen Zinsniveaus hat sich eine gegenüber den Vorjahren nachhaltige Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse ereignet. Es hat sich ein strukturelles und nachhaltiges Niedrigzinsniveau entwickelt.¹⁵ Übliche und zyklische Zinsschwankungen fanden nicht mehr statt. Der typisierte Zinssatz hat sich damit mehr und mehr von dem potenziell erzielbaren Liquiditätsvorteil entfernt und entfaltet spätestens für in das Jahr 2014 fallende Verzinsungszeiträume im Regelfall überschießende Wirkung.¹⁶ Diese Entwicklung hat sich bis heute fortgesetzt und ist seit spätestens 2014 dauerhaft. Von dem anhand der maßstabbildenden Kriterien ermittelbaren Zinssatz weicht der in § 238 Abs. 1 Satz 1 AO normierte Zinssatz spätestens ab dem Jahr 2014 erheblich ab und ist damit evident realitätsfern.¹⁷ Er ist in dem sich verfestigenden Niedrigzinsniveau offensichtlich nicht mehr in der Lage, den durch eine späte Heranziehung zur Steuer entstehenden potenziellen Vorteil hinreichend abzubilden. Der Gesetzgeber kann daher nicht mehr kraft seiner Einschätzungsprärogative an sei-

ner ursprünglichen Bewertung der tatsächlichen Verhältnisse festhalten. Die Vollverzinsung im Nachzahlungsfall mit dem typisierten entfaltet damit spätestens für in das Jahr 2014 fallende Verzinsungszeiträume im Regelfall eine überschießende Wirkung und ist verfassungswidrig geworden.¹⁸

C. Kontext der Entscheidung

Die Zinsregelungen in § 233a AO und § 238 AO sind von großer praktischer Bedeutung. Jede Steuerfestsetzung bei der Einkommensteuer, Körperschaftsteuer, Umsatzsteuer und Gewerbesteuer (Veranlagungssteuern) nach Ablauf der 15-Monats-Frist (Karenzzeit) zieht eine Zinsfestsetzung nach sich. Der Grund dafür ist unerheblich. Dies kann seine Ursache in der verspäteten Abgabe einer Steuererklärung haben, dem Auftreten einer neuen Tatsache i.S.d. § 173 AO, der Umsetzung eines Grundlagenbescheids in der Folge einer Änderung nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO oder der Änderung in der Folge einer Betriebsprüfung. Gerade in den letzten beiden Fällen hat der Steuerpflichtige oftmals keinen Einfluss auf den Zeitpunkt der geänderten Steuerfestsetzung. Die Zinsen betragen nach § 238 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 AO 0,5 % für jeden vollen Monat (Zinsmonat) des Zinslaufs. Maßgebend für die Zinsberechnung ist allein die Differenz zwischen der zuvor festgesetzten Steuer (vermindert um die gesetzlich vorgesehenen Abzugsbeträge wie Lohnsteuer und Kapitalertragsteuer) und der später festgesetzten Steuer (Unterschiedsbetrag). Bei Unterschiedsbeträgen zugunsten des Steuerpflichtigen gilt der Grundsatz der Istverzinsung (§ 233a Abs. 3 Satz 3 AO). Bei Unterschiedsbeträgen zulasten des Steuerpflichtigen gilt das Prinzip der Sollverzinsung. Daneben sind in der AO noch Stundungszinsen (§ 234 AO), Hinterziehungszinsen (§ 235 AO), Prozesszinsen (§ 236 AO) und Aussetzungszinsen (§ 237 AO) geregelt. Zudem enthalten viele Einzelsteuergesetze Verzinsungsregelungen, bei denen die Regelung des § 238 AO unmittelbar oder zumindest entsprechend gilt (z.B. § 6b Abs. 7 EStG).¹⁹ Zinsfestsetzungen zugunsten oder zulast-

10 Vgl. Rn. 124.

11 Vgl. Rn. 140.

12 Steuerreformgesetz 1990 v. 25.07.1988, BGBl. I 1988, 1093.

13 Vgl. Rn. 174, 201.

14 Vgl. Rn. 203.

15 Vgl. Rn. 216.

16 Vgl. Rn. 197.

17 Vgl. Rn. 205, 214.

18 Rn. 214.

19 Vgl. Baum, NWB 2021, 2580.

ten des Steuerpflichtigen sind daher Alltag und spielen in der Praxis eine wichtige Rolle.

Mit der Entscheidung schreibt das BVerfG seine bisherige Dogmatik zur Anwendung des Art. 3 Abs. 1 GG im Steuerrecht fort, konkretisiert diese aber für Fragen der Verzinsung. Art. 3 Abs. 1 GG verwehrt dem Gesetzgeber nicht jede Differenzierung. Differenzierungen bedürfen jedoch stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Ziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Dabei gilt ein stufenloser am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen. Sowohl bei der Auswahl des Steuergegenstands als auch bei der Bestimmung des Steuersatzes belässt der Gleichheitssatz dem Steuergesetzgeber einen weitreichenden Entscheidungsspielraum.²⁰

Für die Auswahl des Zinsgegenstands und die Bestimmung des Zinssatzes gilt das nicht in gleicher Weise. Denn bei den von den Steuerpflichtigen erhobenen Nachzahlungszinsen handelt es sich gerade nicht um eine Steuer, sondern um steuerliche Nebenleistungen (§ 3 Abs. 4 AO), also um Geldleistungspflichten, die neben einer Steuer entstehen und eine zusätzliche, über die eigentliche Besteuerung hinausgehende Belastung darstellen. Diese bedürfen zur Wahrung der Belastungsgleichheit eines über den Zweck der Einnahmeerzielung hinausgehenden, besonderen sachlichen Rechtfertigungsgrundes, der eine deutliche Unterscheidung gegenüber der Steuer ermöglicht.²¹

Der Gesetzgeber darf vor dem Hintergrund der Effektivität der Besteuerung und eines praktikablen Gesetzesvollzugs unter bestimmten Voraussetzungen typisierende Regelungen verwenden, ohne allein schon wegen der damit unvermeidlich verbundenen Benachteiligung Einzelner gegen den allgemeinen Gleichheitssatz zu verstoßen.²² Auch bei der Auswahl des Zinsgegenstands und der Bemessung des Zinssatzes kann der Gesetzgeber typisierende Regelungen treffen und sich dabei in erheblichem Umfang von Praktikabilitätsabwägungen mit dem Ziel der Einfachheit der Zinsfestsetzung und -erhebung leiten lassen. Begrenzt wird sein Spielraum allerdings dadurch, dass die von ihm geschaffenen Zinsregelungen grds. in der Lage sein müssen, den mit ihnen verfolgten Belastungsgrund realitätsgerecht abzubilden. Werden Zinsen als steuerliche Nebenleistungen allein zum Zweck des Vorteilsausgleichs erhoben, bedeutet dies, dass die Differenzierung nach Maßgabe des Vorteils vorgenommen werden muss, dessen Nutzungsmöglichkeit mit dem

Zins abgegolten werden soll.²³ Die Bemessung des durch die späte Steuerfestsetzung im Nachzahlungsfall potenziell entstehenden Zinsvorteils, der durch die Vollverzinsung zum Zwecke des Vorteilsausgleichs abgeschöpft werden soll, bedarf insofern einer Einschätzung und Bewertung zahlreicher ungewisser Umstände, die sich selbst bei detaillierter Einzelfallbetrachtung nicht mit Sicherheit bestimmen lassen.²⁴ Die materielle Kontrolle des Zinssatzes durch die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung beschränkt sich darauf, ob er evident unzureichend ist, den durch die Vollverzinsung auszugleichenden Vorteil realitätsgerecht abzubilden.²⁵

Bei der Prüfung, ob die Grenzen zulässiger Typisierung gewahrt sind, ist grds. von der Beurteilung der Verhältnisse zum Zeitpunkt der Gesetzgebung auszugehen.²⁶ Liegt einer Typisierung anhand eines einmal gewählten Kriteriums eine Einschätzung und Bewertung der tatsächlichen Verhältnisse zugrunde und sieht der Gesetzgeber insoweit keinen Anpassungsmechanismus vor, überprüft das BVerfG, ob die anhand dieses Kriteriums getroffene Regelung auch unter veränderten Rahmenbedingungen noch von der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers getragen wird und daher im Ergebnis zu rechtfertigen ist. Dies ist jedenfalls dann nicht mehr der Fall, wenn sich eine Regelung unter veränderten tatsächlichen Bedingungen als evident nicht mehr realitätsgerecht erweist.²⁷

Grds. hat das BVerfG an der Verfassungsmäßigkeit der Vollverzinsung nach § 233a, § 238 Abs. 1 Satz 1 AO keine Zweifel. Das Ziel der Vollverzinsung, einen Ausgleich dafür zu schaffen, dass die Steuern bei den einzelnen Steuerpflichtigen zu unterschiedlichen Zeitpunkten festgesetzt und fällig werden, ist legitim.²⁸ Die ungleiche Behandlung zinszahlungspflichtiger und nicht zinszahlungspflichtiger Steuerschuldner, die an das Differenzierungskriterium des Ablaufs der Karenzzeit anknüpft, ist zur Erreichung dieses Ziels geeignet.²⁹ Die Festsetzung von 0,5 % Zinsen pro vollen Monat des Zinslaufs ist verfassungsrechtlich allerdings nur dann erforderlich, wenn

20 Vgl. Rn. 113.

21 Vgl. Rn. 113.

22 Vgl. Rn. 114.

23 Vgl. Rn. 151.

24 Vgl. Rn. 153.

25 Vgl. Rn. 153.

26 Vgl. Rn. 154.

27 Vgl. Rn. 155, 199 f.

28 Vgl. Rn. 123.

29 Rn. 123, 130.

kein milderes, aber ebenso wirksames Mittel zur Verfügung steht, um das Ziel zu erreichen oder jedenfalls zu fördern.³⁰

Ab dem Verzinsungszeitraum 2014 bildet der Zinssatz von monatlich 0,5 % den durch eine späte Steuerfestsetzung entstehenden Zinsvorteil jedoch nicht mehr hinreichend ab.³¹ Die Zinshöhe ist offenkundig nicht mehr in der Lage, den Erhebungszweck der Nachzahlungszinsen realitätsgerecht abzubilden und damit in dieser Höhe nicht mehr zur Förderung des Gesetzeszwecks erforderlich.³² Denn die typisierende Festlegung des Zinssatzes ist trotz der grds. vorhandenen Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers nicht mehr zu rechtfertigen, wenn dieser Zinssatz unter veränderten tatsächlichen Bedingungen oder angesichts einer veränderten Erkenntnislage weder durch die maßstabbildend zugrunde gelegten noch durch sonstige geeignete Kriterien getragen ist. Da bis zum Beginn der Finanzkrise im Jahr 2008 noch zyklische Schwankungen am Kapitalmarkt stattgefunden haben, in deren Bandbreite sich der Zinssatz von 6 % pro Jahr bewegte, war dieser bis dahin in der Lage, den durch eine späte Steuerfestsetzung entstehenden Vorteil der Steuerpflichtigen im Nachzahlungsfall typisierend abzubilden. Unter den sich seit dem Jahr 2008 fortlaufend verändernden tatsächlichen Rahmenbedingungen lässt der gesetzliche Zinssatz allerdings nur noch für bis in das Jahr 2013 fallende Verzinsungszeiträume einen hinreichenden Schluss auf den potenziell erzielbaren Zinsvorteil zu. Für in das Jahr 2014 fallende Verzinsungszeiträume ist er dagegen in dieser Höhe evident realitätsfern und daher von der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers nicht mehr gedeckt.³³ Eine Verzinsung mit einem niedrigeren Zinssatz wäre mindestens gleich geeignet.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung betrifft nicht nur Zinsen wegen der Änderung von Gewerbesteuerfestsetzungen, sondern betrifft auch geänderte Festsetzungen bei der Einkommensteuer, Körperschaftsteuer und Umsatzsteuer. Da die Unvereinbarkeitserklärung nur den Zinssatz auf Nachzahlungs- und Erstattungszinsen betrifft, sind Stundungs-, Hinterziehungs- und Aussetzungszinsen nicht in gleicher Weise betroffen.³⁴ Denn diesen Zinsen kann sich der Steuerpflichtige durch Zahlung entziehen.

I. Veranlagungszeiträume 2014 bis 2018

Das BVerfG hat § 233a i.V.m. § 238 Abs. 1 Satz 1 AO für die Veranlagungszeiträume 2014 bis 2018 lediglich für unvereinbar mit dem GG erklärt (Fortgeltungsanord-

nung). Eine Pflicht für den Gesetzgeber zum Erlass einer rückwirkenden Regelung besteht nicht. Der bisherige Zinssatz von 0,5 % pro Monat kann für Verzinsungszeiträume bis zum 31.12.2018 somit weiter angewendet werden. Soweit die Unvereinbarkeitserklärung des BVerfG Zinsfestsetzungen für die Jahre 2014 bis 2018 betrifft, die bestandskräftig sind, sind diese nicht mehr änderbar. Dies folgt sowohl aus der Fortgeltungsanordnung als auch für Erstattungszinsen aus der Vertrauensschutzregelung des § 176 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO³⁵ Es spielt daher keine Rolle, dass das Bundesministerium der Finanzen (BMF) für Zinszeiträume ab 01.01.2012 bei Rechtsbehelfen die Aussetzung der Vollziehung zugelassen hatte³⁶ und dass in der Folge des BMF-Schreibens vom 02.05.2019 bereits alle Zinsfestsetzungen vorläufig ergangen waren.³⁷ Noch anhängige Einspruchsverfahren sind damit unbegründet. In zukünftig noch zu erlassenen Zinsbescheiden sind Nachzahlungs- und Erstattungszinsen weiterhin für Zeiträume bis zum 31.12.2018 mit 0,5 % je angefangenen Monat zu bemessen und endgültig festzusetzen.³⁸

II. Veranlagungszeiträume ab 2019

Ab dem 01.01.2019 greift die vom BVerfG ausgesprochene Unanwendbarkeitserklärung (Anwendungssperre). Die Verzinsungsregelung ist von Finanzämtern und Gerichten nicht mehr anzuwenden, laufende Zinsfestsetzungen sind auszusetzen. D.h. neue Nachzahlungs- und Erstattungszinsen dürfen nicht mehr festgesetzt werden.

1. Bestandskräftige Bescheide

Vor der Veröffentlichung der Entscheidung des BVerfG (d.h. vor dem 18.08.2021) unanfechtbar gewordene Zinsfestsetzungen sind weder aufzuheben noch zu ändern. Dies gilt auch, wenn diese Verzinsungszeiträume

30 Rn. 141 f.

31 Rn. 147.

32 Rn. 203.

33 Vgl. Rn. 199.

34 Vgl. Rn. 242 der Besprechungsentscheidung; BMF v. 17.09.2021; Fischer, jurisPR-SteuerR 39/2021 Anm. 1; Hendricks/Wedel, Ubg 2021, 536, 537; Baum, NWB 2021, 2580, 2584; a.A. Kanzler, NWB 2021, 2500, 2501.

35 Vgl. Kanzler, NWB 2021, 2500, 2501.

36 BMF-Schreiben v. 14.06.2018, BStBl. I 2018, 722; v. 14.12.2018, BStBl. I 2018, 1393 und v. 27.11.2019, BStBl. I 2019, 1266.

37 BMF-Schreiben v. 02.05.2019, BStBl. I 2019, 448.

38 Vgl. BMF v. 17.09.2021, BMF v. 17.09.2021, BMF v. 17.09.2021; Baum, NWB 2021, 2589, 2583; Hendricks/Wedel, Ubg 2021, 536, 538.

vor dem 01.01.2019 betreffen.³⁹ Insoweit schließt die bestehende Bestandskraft trotz der Entscheidung des BVerfG eine Änderung aus.

2. Bescheide mit Vorläufigkeitsvermerk

Bei Zinsfestsetzungen, die auf der Grundlage des BMF-Schreibens vom 02.05.2019 nach § 165 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AO vorläufig ergangen waren und die Zinszeiträume ab 01.01.2019 betreffen, ist zu unterscheiden:

- Handelt es sich um Nachzahlungszinsen, hat auf der Grundlage der neuen, bis zum 31.07.2022 zu treffenden gesetzlichen Regelung eine Neufestsetzung zu erfolgen.⁴⁰ Bis zum Feststehen der Neuregelungen sind noch laufende Zinsfestsetzungen nach § 165 Abs. 1 Satz 4 AO auszusetzen. Dies wird in den Steuerbescheiden auch entsprechend erläutert.⁴¹ Da die Ungewissheit mit Blick auf die Neuregelung fortbesteht, kommt eine Endgültigkeitserklärung nicht in Betracht.
- Geht es hingegen um die Festsetzung von Erstattungszinsen, besteht nach § 176 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO Vertrauensschutz, d.h. eine verbösernde Festsetzung mit niedrigeren Zinsen darf nicht erfolgen, solange noch keine gesetzliche Neuregelung mit Rückwirkung erfolgt ist.⁴² Denn nach dieser Vorschrift darf bei einer Aufhebung oder Änderung eines Zinsbescheids nicht zuungunsten des Steuerpflichtigen berücksichtigt werden, dass das BVerfG die Nichtigkeit der zugrunde liegenden gesetzlichen Regelung feststellt. Dies gilt auch im Fall einer Unvereinbarkeitserklärung.⁴³ Neue Festsetzungen von Erstattungszinsen sind bis zum Ergehen der Neuregelung ebenfalls ausgesetzt.

E. Beratungsempfehlungen und Ausblick

Der Gesetzgeber wurde durch das BVerfG verpflichtet, bis zum 31.07.2022 eine verfassungskonforme Neuregelung für die Verzinsungszeiträume ab 01.01.2019 zu treffen. Diese wird rückwirkend alle Zinsfestsetzungen ab 01.01.2019 betreffen. Aus Beratungssicht kann zunächst daher nur die weitere steuerpolitische Entwicklung abgewartet werden.

Vor diesem Hintergrund sind mehrere Möglichkeiten gegeben, die Neuregelung auszugestalten. So kann der Zinssatz variabel oder auch in Form eines starren Zinssatzes (z.B. 0,25 %) erfolgen, sofern dieser regelmäßig überprüft und angepasst wird.⁴⁴ Die Frage der zukünftigen Ausgestaltung der Verzinsungsregelungen wird daher mit Sicherheit Gegenstand der laufenden Koalitionsverhandlungen (und ggf. auch des nächsten Koalitionsver-

trags) sein und im ersten Halbjahr 2022 gesetzlich entschieden werden.

Es spricht aktuell viel dafür, dass der Gesetzgeber die Verzinsung am Basiszinssatz (ggf. mit einem pauschalen Zuschlag von z.B. 2 %) ausrichten wird.⁴⁵ Der Basiszinssatz ist ein klassischer Referenzzinssatz, wenn es darum geht, Zinsen für die Überlassung von Kapital zu berechnen. Da er seinerseits am Marktzinnsniveau ausgerichtet ist, ist er grds. geeignet, mit einem sachgerechten Aufschlag den Vorteil abzubilden, der Steuerpflichtigen durch eine späte Steuerfestsetzung potenziell zukommt.⁴⁶ Auch ein Mittelwert aus Kreditzinsen und Anlagezinsen (z.B. aus Festgeldkonten) kommt als tauglicher Maßstab in Betracht.⁴⁷

Änderungen an der (zinsfreien) Karenzzeit bieten sich nicht an. Diese hat den Zweck, die Phase der Erklärungsabgabe und Veranlagung zinsfrei zu halten und orientiert sich an den Abgabefristen für Steuererklärung. Eine Verkürzung, Abschaffung oder Verlängerung stünde in Widerspruch dazu und würde den Zinslauf noch mehr von der Bearbeitungs- und Umsetzungszeit in der Finanzverwaltung abhängig machen.

Alternativ kann der Gesetzgeber die Verzinsungsregelungen auch ganz abschaffen.⁴⁸ Dies wäre mit Sicherheit ein Beitrag zur Steuervereinfachung und vor dem Hintergrund einer Zinssituation, in der viele Banken und Sparkassen Negativzinsen erheben, nachvollziehbar. Dieser Wunsch, der Gesetzgeber möge im Wege einer Steuervereinfachung die Verzinsungsregeln der §§ 233 bis 239 ff. AO streichen, dürfte bei realistischer Betrachtung aufgrund der finanziellen Bedeutung der Verzinsung sowohl zugunsten als auch zulasten des Fiskus nicht in Erfüllung gehen, zumal – wie die Besprechungsentscheidung ausführt – gerade bei Betriebsprüfungen die Zinsen einen nicht unerheblichen Teil des Mehrergebnisses ausmachen.⁴⁹

39 Hendricks/Wedel, Ubg 2021, 536, 537.

40 Hendricks/Wedel, Ubg 2021, 536, 537.

41 BMF-Schreiben v. 02.05.2019, BStBl. I 2019, 448.

42 So auch Hendricks/Wedel, Ubg 2021, 536, 538.

43 Vgl. Rn. 258; Hendricks/Wedel, Ubg 2021, 536, 538.

44 Vgl. Rn. 146; Fleischer, NWB 2021, 2960, 2964.

45 Vgl. Art. 13 BayKAG; dafür auch Fleischer, NWB 2021, 2960, 2965; siehe auch Rn. 185 ff. der Besprechungsentscheidung.

46 Vgl. Rn. 187; bejahend auch Hiller, NWB 2021, 2561.

47 Vgl. Rn. 189.

48 Vgl. Rn. 245.

49 Vgl. Rn. 21.

Strafbarkeit und Irrtum um Cum-Ex-Geschäfte – zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 28.07.2021 - 1 StR 519/2*

RiLG Dr. Klaus Liebl, z. Zt. Wiss. Mit. beim BFH

A. Einleitung

Mit der Entscheidung des BGH vom 28.07.2021¹ wurde nunmehr erstmals für strafrechtliche Zwecke höchstrichterlich geklärt, dass sog. Cum-Ex-Gestaltungen strafbar sein können. Hintergrund des Verfahrens ist insbesondere die in steuerlicher Hinsicht umstrittene Frage, ob eine einmal einbehaltene Kapitalertragsteuer mehrfach bei verschiedenen Steuerpflichtigen zulasten des Fiskus angerechnet werden kann. Der BGH hat die vorgehende Entscheidung des LG Bonn² weitestgehend bestätigt und die Revisionen der Angeklagten, der Einziehungsbeteiligten und der Staatsanwaltschaft verworfen. Damit ist die Verurteilung der beiden Angeklagten, zwei britischen Aktienhändlern, und die Einziehungsentscheidungen gegen eine Bank i.H.v. 176.574.603 Euro rechtskräftig.

Der nachfolgende Beitrag gibt einen ersten Überblick über die Entscheidung des BGH. Zugleich soll aufgezeigt werden, inwieweit angesichts der komplexen steuerrechtlichen Fragen eine Strafbarkeit irrtumsbedingt ausscheiden könnte.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Die Grundstruktur der fraglichen „Cum-Ex-Aktiengeschäfte“³

Gegenstand der Entscheidung waren sog. Cum-Ex-Aktiengeschäfte in den Jahren 2007 bis 2011.⁴ Durch diese wurden gegenüber den Finanzbehörden die Erstattung von zuvor nicht abgeführten Kapitalertragsteuern (KapESt) nebst Solidaritätszuschlag (Soli) beantragt; dem Fiskus sollten also nicht Steuern, z.B. Einkommensteuern vorenthalten werden, sondern dieser sollte durch entsprechende Gestaltungen dazu veranlasst werden, Gelder unmittelbar zulasten der Staatskasse auszuführen oder auf bestehende Steueransprüche anzurechnen. Die „Tatbeute“ wurde über verschiedene Kurssicherungsgeschäfte unter den Akteuren verteilt, sodass eine unmittelbare Verteilung der erstatteten KapESt unter den Tätern nicht erfolgte.

Ausgangspunkt der Cum-Ex-Geschäfte waren Leerverkäufe.⁵ Der Veräußerer (Leerverkäufer) verkauft hierbei kurz

vor der Hauptversammlung Aktien mit Dividendenanspruch („Cum-Aktie“, z.B. für 100 Euro + 10 Euro Dividendenanspruch = 110 Euro). Da er diese nicht in seinem Bestand hatte, musste er sich zur Erfüllung seiner Lieferpflicht innerhalb der mit dem Käufer vereinbarten Frist im Rahmen eines Eindeckungsgeschäftes mit kürzerer Lieferfrist erst selbst noch beschaffen. Die Eindeckungsgeschäfte wurden schuldrechtlich über Aktien abgeschlossen, die keinen Dividendenanspruch mehr beinhalteten („Ex-Aktien“, z.B. für 100 Euro). Der Leerverkäufer konnte somit an den Käufer entgegen der ursprünglichen Vereinbarung keine Aktie mit Dividendenanspruch liefern, obwohl dieser einen entsprechenden Kaufpreis (z.B. 110 Euro) zahlte; die Dividende wurde an den Anteilseigner im Zeitpunkt der Hauptversammlung – nach Einbehalt von KapESt nebst Soli und dessen Abführung an die Finanzbehörden – ausgeschüttet und damit weder an den Leerverkäufer noch an den Käufer. Um den wirtschaftlichen Nachteil für den Käufer aus diesem Geschäft auszugleichen (der im Beispiel 110 Euro zahlte, aber eine „Ex“-Aktie im Wert von 100 Euro erhielt), wurde an diesen eine Dividendenkompensationszahlung in Höhe der Nettodividende geleistet, d.h. abzüglich der (angeblich) einbehaltenen und abgeführten KapESt nebst Soli (7,36 Euro). Über den Restbetrag des Kaufpreises (2,64 Euro) erhielt der Käufer von seiner inländischen Depotbank eine Kapitalertragsteuerbescheinigung über einbehaltene KapESt nebst Soli ausgestellt; diese nahm jedoch keinen Steuerabzug in dieser Höhe vor und führte diesen Betrag auch nicht an den Fis-

* Der Autor hat den Beitrag in nichtdienstlicher Eigenschaft verfasst und gibt seine persönliche Meinung wieder.

1 BGH, Urt. v. 28.07.2021 - 1 StR 519/20.

2 LG Bonn, Urt. v. 18.03.2020 - 62 KLs 1/19.

3 Hierbei handelt es sich um eine stark vereinfachte Darstellung der „Cum-Ex-Geschäfte“. Vgl. ausführlich BGH, Urt. v. 28.07.2021 - 1 StR 519/20 Rn. 5 ff. und LG Bonn, Urt. v. 18.03.2021 - 62 KLs 1/19 Rn. 42 ff.

4 Zur Entstehung von Cum/Ex-Geschäften, den durch das Jahressteuergesetz 2007 geänderten Bedingungen und dem Ende der Gestaltungen durch das OGAW-IV-UmsG v. 22.06.2011, BGBl. I 2011, 1126, vgl. z.B. Moes, JZ 2020, 529, 533 f. und BT-Drs. 18/12700, S. 112 ff.

5 Zu den verschiedenen Varianten von „Cum-Ex-Geschäften“ vgl. z.B. Spengel/Eisgruber, DStR 2015, 785, 796.

kus ab. Die Steuerbescheinigung legte der (Leer-)Käufer bei der jeweils zuständigen Finanzbehörde vor, wodurch die KapEst nebst Soli auf die eigene Steuerschuld des (Leer-)Käufers angerechnet oder ggf. auch erstattet wurde.⁶ Im Ergebnis erhielt der (Leer-)Käufer für seinen Kaufpreis (110 Euro) einen entsprechenden Gegenwert (Akte im Wert von 100 Euro, Dividendenkompensationszahlung i.H.v. 7,36 Euro und anrechenbare KapEst/Soli i.H.v. 2,64 Euro).

Der Verkäufer musste im Gegenzug für den Kaufpreis eine Aktie „Ex“-Dividende erwerben (100 Euro) und eine Dividendenkompensationszahlung i.H.v. (grds.) 10 Euro leisten. Die Besonderheit bei dieser Gestaltung ist nunmehr, dass auf die Dividendenkompensationszahlung aufgrund der Einbindung von ausländischen Depotbanken aufseiten des Leerverkäufers keine KapEst nebst Soli einbehalten wurde, da diese hierzu nicht verpflichtet waren. Gleichwohl erhielt der (Leer-)Käufer eine Kapitalertragsteuerbescheinigung. Dies führte dazu, dass der Leerverkäufer lediglich die Nettodividende i.H.v. 7,36 Euro als Kompensationszahlung an den (Leer-)Käufer entrichtete, der Betrag i.H.v. 2,64 Euro aber im Gegenzug von niemanden an den Fiskus abgeführt wurde. Hierdurch erzielte der Leerverkäufer einen „Gewinn“ in Höhe der nicht abgeführten KapEst nebst Soli, den der Fiskus durch Anrechnung auf die Steuerschuld des (Leer-)Käufers bzw. eine Erstattung an diesen finanzierte. Der „Gewinn“ wurde sodann unter den Akteuren über nicht marktgerechte Kursicherungsgeschäfte verteilt, die i.d.R. schon vor oder zeitgleich mit den Aktiengeschäften abgeschlossen wurden. Die auf diesem Weg vom (Leer-)Käufer erworbenen Aktien wurden später wieder zeitnah veräußert, oftmals an große institutionelle Anleger, sog. Stückgeber, die diese Aktien zuvor schon im Bestand hatten und diese ohne Dividendenanspruch an die Leerverkäufer veräußert hatten.⁷

II. Zur Tatbeteiligung der Angeklagten/weiterer Beteiligter

Die angeklagten britischen Händler übernahmen laut den Feststellungen des Landgerichts bei der Tatausführung u.a. die Planung und legten Zahlen im Hinblick auf Leerverkäufer, (Leer-)Käufer, geplante Handelsvolumina, Lieferanten der „Ex-Aktien“ sowie die Verteilung der Profite fest.⁸ Um die gewünschten Gewinne zu erzielen, seien entsprechende Handelsvolumina erforderlich gewesen.⁹ Als (Leer-)Käufer trat im entschiedenen Fall eine Bank auf, die die umfangreichen Geschäfte im Eigenhandel tätigte oder Investmentfonds, die durch bei privaten Investoren eingeworbenen Anlagesummen und durch entsprechende Kreditaufnahmen „gehebelt“ wurden. Die Investoren

wurden hierbei durch andere Beteiligte akquiriert, bei denen es sich um Mittäter handeln soll.¹⁰

III. Die Entscheidung des BGH im Hinblick auf eine strafbare Steuerhinterziehung

In strafrechtlicher Hinsicht bejahte der BGH den Straftatbestand des § 370 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 AO, wonach sich derjenige wegen Steuerhinterziehung strafbar macht, der u.a. gegenüber den Finanzbehörden über steuerlich erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben macht und hierdurch für sich oder einen anderen nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt. Die Steuerverkürzung sah der BGH darin gegeben, dass die Beteiligten (Leer-)Käufer in Steuererklärungen, Erstattungsanträgen oder KapEst-Anmeldungen anhand der eingereichten Formulare/übermittelten Daten die steuerlich erhebliche Angabe machten, dass KapEst und Soli tatsächlich einbehalten worden sei, obwohl ein solcher Einbehalt nicht erfolgt sei.¹¹ Der BGH entnahm dabei den eingereichten Erklärungen einen entsprechenden Erklärungsgehalt, wonach die KapEst nebst Soli einbehalten worden seien.¹²

Der BGH stellte steuerlich für einen Teil der abgeurteilten Fälle maßgeblich auf den Wortlaut des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG ab, wonach nur eine „erhobene“ Steuer angerechnet bzw. erstattet werden könne. „Erhoben“ sei die KapEst, wenn sie vom (zivilrechtlichen) Schuldner der Kapitalerträge für Rechnung des (zivilrechtlichen) Gläubigers der Kapitalerträge einbehalten wurde.¹³ Es sei zwar nicht erforder-

6 Vgl. auch BGH, Urt. v. 28.07.2021 - 1 StR 519/20 Rn. 54; zur KapEst als Quasi-Vorauszahlung vgl. nur Gosch in: Kirchhof/Seer, EStG, 20. Aufl. 2021, § 36 EStG Rn. 7.

7 Die hier genannten Akteure traten aber laut Feststellungen des LG Bonn regelmäßig lediglich über zahlreiche professionelle Marktteilnehmer in Kontakt, die die „Kreislauf-Aktiengeschäfte“ aufsetzten (vgl. BGH, Urt. v. 28.07.2021 - 1 StR 519/20 Rn. 8 und LG Bonn, Urt. v. 18.03.2021 - 62 KLS 1/19 Rn. 63).

8 Vgl. BGH, Urt. v. 28.07.2021 - 1 StR 519/20 Rn. 9.

9 Vgl. BGH, Urt. v. 28.07.2021 - 1 StR 519/20 Rn. 10.

10 Vgl. BGH, Urt. v. 28.07.2021 - 1 StR 519/20 Rn. 41, 85.

11 Vgl. BGH, Urt. v. 28.07.2021 - 1 StR 519/20 Rn. 49 ff.; a.A. Spilker, FR 2017, 138, 141 f., wonach die Tatsache, ob die Erhebung und Abführung der KapEst erfolgt sei, keine steuererhebliche Tatsache sei (was eine Strafbarkeit nach § 370 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 AO ausschließen würde); in diese Richtung auch Spatschek/Spilker, DB 2016, 2920, 2925 m.w.N., wonach es an einer unrichtigen Angabe fehle.

12 Vgl. BGH, Urt. v. 28.07.2021 - 1 StR 519/20 Rn. 51 ff. (betreffend eingereicherter Körperschaftsteuererklärungen), Rn. 57 f. (betreffend im elektronischen Sammelantragsverfahren eingereicherter Erstattungsanträge) und Rn. 59 f. (betreffend eingereicherter KapEst-Anmeldungen); vgl. auch Knauer/Schomburg, NSTZ 2019, 305, 311.

13 BGH, Urt. v. 28.07.2021 - 1 StR 519/20 Rn. 53 u.a. mit Verweis auf ständige Rechtsprechung, z.B. BFH, Urt. v. 23.04.1996 - VIII R 30/93 Rn. 14; FG Hessen, Urt. v. 10.03.2017 - 4 K 977/14 Rn. 99 f.

lich, dass die KapESt an den Fiskus abgeführt werde, aber der Einbehalt müsse erfolgen. Die Vorlage einer von den Banken ausgestellten Kapitalertragsteuerbescheinigung als alleinige Voraussetzung für eine Anrechnung/Erstattung sei nicht ausreichend.¹⁴ Daneben war in anderen Fällen § 11 Abs. 2 Sätze 1 und 2 InvStG als maßgebliche Erstattungsvorschrift entscheidend. Danach sind KapESt zu erstatten, wenn diese zuvor „einbehalten [...] und abgeführt“ worden waren. Die tatsächliche Abführung der Steuer an den Fiskus sei damit ausdrücklich Voraussetzung für die Steuererstattung.¹⁵

Sowohl die Tatbestandsvoraussetzungen von § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG als auch die von § 11 Abs. 2 Sätze 1 und 2 InvStG seien danach nicht erfüllt gewesen; es habe an einer Erhebung von KapESt auf die Dividendenkompensationszahlung gefehlt.¹⁶ Eine KapESt sei von niemandem auf die Dividendenkompensationszahlung in Abzug gebracht worden. Es habe auch nicht ausgereicht, dass der Leerkäufer von der Depotbank des Leerverkäufers einen Betrag in Höhe der Nettodividende erhalten habe. Ein Einbehalt von KapESt sei damit nicht verbunden gewesen. Das Landgericht habe rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die Depotbank über einen Betrag in Höhe der Nettodividende hinaus keinen Zugriff auf weitere Beträge nehmen konnte.¹⁷

Eine Verdoppelung der vom Emittenten der Aktien ausgeschütteten Dividende auf das Steuerschuldverhältnis des Leerverkäufers sei nicht möglich. Nach dem Willen des Gesetzgebers und der Gesetzessystematik sei vorgesehen, dass jeder Steuerbescheinigung ein vorangegangener Kapitalertragsteuerabzug vorausgehe.¹⁸ Dem stehe auch nicht entgegen, dass der Leerkäufer an den Leerverkäufer einen Kaufpreis einschließlich Bruttodividende entrichte, der damit – betragsmäßig – die KapESt nebst Soli enthalte. Dies entfalte keine steuerliche Wirkung.¹⁹

Den (Leer-)Käufern seien auch nicht die ausbezahlten Dividenden (und damit der insoweit erfolgte – einmalige – Einbehalt von KapESt und Soli) zuzurechnen;²⁰ ein Wirtschaftsgut (Aktien) und die daraus fließenden Erträge könnten nicht zur selben Zeit zwei Steuersubjekten exklusiv persönlich zugerechnet werden.²¹

C. Kontext der Entscheidung

Für das Verfahren vor dem BGH dürfte von Vorteil gewesen sein, dass es gegen zwei grds. kooperationsbereite Beschuldigte geführt wurde und u.a. ein in die Vorgänge eingeweihter Zeuge umfassend aussagte. Somit konnten in der Hauptverhandlung die komplizierten Strukturen der Geschäfte aufgeklärt und der festgestellte Sachverhalt steuerlich und strafrechtlich gewürdigt werden. Hinsicht-

lich des subjektiven Tatbestandes erachtete der BGH offenbar u.a. die Zeugenaussage, wonach „alle Fakten [...] auf dem Tisch gelegen [hätten]“ und „[d]ie Verantwortlichen als professionelle Marktteilnehmer [erkannt hätten], dass die Gewinne nur aus der Nichtabführung der Kapitalertragsteuer in Verbindung mit der Geltendmachung der Kapitalertragsteuer resultieren konnten und dass die Geschäfte ohne diese – schon aufgrund anfallender Transaktionskosten – Verlustgeschäfte wären“, für besonders entscheidend.²²

Demzufolge musste der BGH auch nicht auf die Frage eingehen, ob „auch die Kenntnis des Leerkäufers in den Blick zu nehmen sei, ob sein Vertragspartner die veräußerten Aktien tatsächlich im Bestand hatte oder nicht“. Denn – so der BGH – nach den Feststellungen des Landgerichts sei dies bei den maßgeblichen Beteiligten bekannt gewesen.²³ Die Aussage des BGH zielt auf den Einwand ab, dass der Käufer nicht wissen könne, ob er von einem Bestandsverkäufer erwirbt oder von einem Leerverkäufer.²⁴ Beim Erwerb vom Bestandsverkäufer bestünde womöglich bereits mit Abschluss des schuldrechtlichen Kaufvertrages wirtschaftliches Eigentum an den Aktien und damit ein Anspruch auf Anrechnung und Erstattung von KapESt.²⁵

Neben dieser offengelassenen Frage ist der BGH zudem nicht näher darauf eingegangen, warum es sich beim nicht erfolgten Einbehalt von KapESt um eine steuerlich erhebliche Tatsache i.S.v. § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO handelt. Ungeachtet der Gesetzeshistorie und der zweifelhaften Rechtslage²⁶ hielt er eine dezidierte Begründung offenbar nicht für erforderlich.²⁷ Dahin gehend wird bisweilen

14 BGH, Urt. v. 28.07.2021 - 1 StR 519/20 Rn. 52 ff.

15 BGH, Urt. v. 28.07.2021 - 1 StR 519/20 Rn. 58 ff.

16 BGH, Urt. v. 28.07.2021 - 1 StR 519/20 Rn. 63.

17 BGH, Urt. v. 28.07.2021 - 1 StR 519/20 Rn. 64 f.

18 BGH, Urt. v. 28.07.2021 - 1 StR 519/20 Rn. 68.

19 BGH, Urt. v. 28.07.2021 - 1 StR 519/20 Rn. 69.

20 Vgl. BGH, Urt. v. 28.07.2021 - 1 StR 519/20 Rn. 71 ff.

21 BGH, Urt. v. 28.07.2021 - 1 StR 519/20 Rn. 79.

22 Vgl. zum Ganzen BGH, Urt. v. 28.07.2021 - 1 StR 519/20 Rn. 86 und Rn. 104.

23 BGH, Urt. v. 28.07.2021 - 1 StR 519/20 Rn. 70.

24 Vgl. hierzu auch FG Köln, Urt. v. 19.07.2019 - 2 K 2672/17 Rn. 276 und Rn. 315 (Revision: BFH I R 22/20), wonach dies unerheblich sei, weil auf die objektive Lage abzustellen sei.

25 Vgl. dahin gehend nur BFH, Urt. v. 15.12.1999 - I R 29/97 Rn. 38 ff. und FG Köln, Urt. v. 19.07.2019 - 2 K 2672/17 Rn. 345 (Revision: BFH I R 22/20).

26 Vgl. hierzu z.B. Florstedt, FR 2016, 641, 641 m.w.N. in Fn. 1 hinsichtlich des Streitstands.

27 Zur steuerlich erheblichen Tatsache in Cum-Ex-Fällen vgl. ausführlich Knigge/Wittig, ZWH 2019, 69, 71 f.

die Frage aufgeworfen, ob eine steuerlich erhebliche Tatsache erst mit Erlass eines BMF Schreibens vom 05.05.2009²⁸ gegeben ist. In diesem kommt zum Ausdruck, dass die Verwaltung die vorliegende Problematik der mehrfachen KapESt-Erstattung erkannte und zu verhindern suchte, indem eine Berufsträgerbescheinigung verlangt wurde.²⁹ Anhaltspunkte für eine solche Sichtweise könnte die Rechtsprechung des BGH geben. Ausgehend von § 90 Abs. 1 Satz 2 AO, wonach die für die Besteuerung erheblichen Tatsachen wahrheitsgemäß und vollständig offenzulegen sind, bestehe für die Sachverhalte eine Offenbarungspflicht, deren rechtliche Relevanz objektiv zweifelhaft ist. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn die vom Steuerpflichtigen vertretene Auffassung über die Auslegung von Rechtsbegriffen oder die Subsumtion bestimmter Tatsachen von der Rechtsprechung, Richtlinien der Verwaltung oder der regelmäßigen Verwaltungspraxis abweicht.³⁰ Offenbar hat der BGH die vorliegenden rechtlichen Fragen aber nicht erst ab dem Erlass des BMF-Schreibens vom 05.05.2009 als objektiv zweifelhaft angesehen, sondern durchgehend.

Darüber hinaus hat sich der BGH nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob die handelnden Akteure deswegen straflos agiert haben könnten, weil diese eine – oftmals zitierte – Gesetzeslücke oder Versäumnisse des Staates ausnutzten.³¹ Ob der BGH einen solchen Einwand gelten lässt, ist fraglich. Das LG Bonn hat diese Frage lediglich am Rande behandelt,³² sodass der BGH offenbar keine Veranlassung sah, hierauf näher einzugehen. Da ein solcher Einwand in künftigen Verfahren zu erwarten ist, bleibt abzuwarten, welche Maßstäbe der BGH insoweit anwendet. Hinsichtlich der Untätigkeit von Behörden erkennt der BGH jedenfalls keinen Anspruch eines Straftäters an, dass eine Ermittlungsbehörde rechtzeitig gegen ihn einschreitet, um seine Taten zu verhindern. Das gelte auch dann, wenn durch sein Handeln fortlaufend weitere hohe Steuerschäden entstehen.³³ Übertragen auf den Gesetzgeber könnte der BGH daraus den Grundsatz ableiten, dass eine Untätigkeit des Gesetzgebers oder dessen ungenügenden Bemühungen zur Verhinderung von Cum-Ex-Geschäften der vorliegenden Art einer Strafbarkeit nicht entgegenstehen.

D. Auswirkung möglicher Irrtümer auf die Strafbarkeit

Der zuletzt sub. C genannte Aspekt leitet letztlich auf eine vom BGH ebenfalls nicht zu entscheidende Frage über, ob und welche Auswirkungen mögliche Irrtümer in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht auf die Strafbarkeit einzelner Akteure haben könnte. Es wäre voreilig, das Handeln sämtlicher Teilnehmer, insbesondere der Investoren, Aktienhändler, Bankmit-

arbeiter, Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer per se als strafbar zu erachten. Sofern sich Beschuldigte nicht erfolgreich auf berufstypisch „neutrale“ Handlungen berufen können,³⁴ werden diese versucht sein, auf Irrtümer in tatsächlicher (vgl. nachfolgend sub. I.) oder in rechtlicher Hinsicht (vgl. nachfolgend sub. II.) zu verweisen; es käme dann ggf. nur noch eine Ordnungswidrigkeit in Form einer leichtfertigen Steuerverkürzung nach § 378 AO in Betracht. Es stellen sich vielfach Vorsatzfragen, von denen nachfolgend lediglich ein kleiner Ausschnitt dargestellt werden soll.

I. Irrtum in tatsächlicher Hinsicht: Tatbestandsirrtum

Unabhängig von der konkreten steuerrechtlichen Würdigung dürfte in subjektiver Hinsicht maßgebend sein, ob und welche Umstände den einzelnen Beteiligten bekannt waren, die darauf schließen ließen, dass Wissen hinsichtlich der konkreten Tatumstände vorlag oder sich diese zumindest aufdrängten.³⁵ Einige Beteiligte könnten versucht sein, sich dahin gehend zu verteidigen, dass ihnen die Funktionsweise der Geschäfte und die hierdurch bedingten steuerlichen Folgen nicht bewusst waren und sie deswegen einem vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum unterlagen (§ 16 StGB).³⁶ Ein solcher ist dann anerkannt, wenn ein Steuerpflichtiger irrtümlich annimmt, dass ein entsprechender Anspruch auf Steuerabzug bestand,³⁷ weil er z.B. von einer mehrfachen Erstattung der KapESt schon keine Kenntnis hatte.

28 BMF, Schreiben v. 05.05.2009 - IV C 1 – S 2252/09/10003 - BStBl. I 2009, 631.

29 Vgl. dahin gehend z.B. Seer/Krumm, DStR 2013, 1814, 1816 f.

30 BGH, Ur. v. 10.11.1999 - 5 StR 221/99.

31 Vgl. hierzu z.B. Spatschek/Spilker, DB 2016, 2920, 2922; Spilker, FR 2017, 138; zur „insoweit“ widersprüchlichen bzw. irritierenden Gesetzesbegründung im Jahressteuergesetz 2007 vgl. z.B. Seer/Krumm, DStR 2013, 1757, 1761 und 1763; zur a.A. vgl. nur Spengler, DStR 2015, 785.

32 Vgl. LG Bonn, Ur. v. 18.03.2020 - 62 KLS 1/19 Rn. 1364.

33 Vgl. BGH, Ur. v. 28.07.2021 - 1 StR 519/17 Rn. 138 m.w.N.

34 Hiernach macht sich ein Gehilfe strafbar, wenn er weiß, dass das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf abzielt, eine strafbare Handlung zu begehen. Weiß der Hilfeleistende dagegen nicht, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Haupttäter verwendet wird, hält er es lediglich für möglich, dass sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt wird, so ist sein Handeln regelmäßig noch nicht als strafbare Beihilfehandlung zu beurteilen, es sei denn, das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten war derart hoch, dass er sich mit seiner Hilfeleistung die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein ließ (vgl. z.B. BGH, Ur. v. 17.06.2021 - 1 StR 132/21 Rn. 10 m.w.N. und Rn. 11).

35 Vgl. hierzu – aus zivilrechtlicher Sicht – z.B. OLG Stuttgart, Ur. v. 14.09.2018 - 5 U 98/17 Rn. 227 ff.

36 Vgl. auch Knauer/Schomburg, NSTZ 2019, 305, 311.

37 Vgl. zum Vorsteuerabzug BGH, Ur. v. 23.04.1986 - 3 StR 57/86; vgl. auch BGH, Ur. v. 13.03.2019 - 1 StR 520/18 Rn. 18 (Irrtum über das Bestehen eines Steueranspruchs).

Ob dieser oder ähnliche Einwände erfolgreich sind, bleibt abzuwarten. Für die Feststellung eines Tatbestandsirrtums bedarf es einer Gesamtwürdigung aller (objektiven) Umstände, die für das Vorstellungsbild des Täters von Bedeutung waren.³⁸ Hierbei ist eine konkrete Vorstellung des Täters über die konkrete steuerrechtliche Einordnung des gegenüber den Finanzbehörden nicht oder unrichtig erklärten Sachverhalts nicht erforderlich.³⁹ Für einen bedingten Vorsatz ist es schon ausreichend, wenn der Täter anhand einer laienhaften Bewertung der Umstände erkannte, dass ein Steueranspruch existiert, auf den er einwirkt (sog. Parallelwertung in der Laiensphäre).⁴⁰ Dabei genügt es, wenn der Täter einen Steueranspruch für möglich hält und er die Finanzbehörden gleichwohl über Besteuerungsgrundlagen in Unkenntnis lässt.⁴¹ Auf Cum-Ex-Sachverhalte übertragen bedeutet dies, dass es der Steuerpflichtige für möglich hält, dass KapESt tatsächlich nicht einbehalten wurde und die Finanzbehörden hierüber in Unkenntnis ließ, als er eine Anrechnung/Erstattung beantragte.

Hiervon ausgehend dürfte ein Tatbestandsirrtum bei Beteiligten umso weniger plausibel erscheinen, je näher diese die einzelnen Details und Funktionsweise der Geschäfte kannten bzw. sich dem nicht verschließen konnten. Dahin gehend könnten neben den insoweit vom LG Bonn festgestellten Geschäftsabläufen⁴² auch eine jüngste Entscheidung des FG Hessen⁴³ Anhaltspunkte liefern. Danach kann der Anscheinsbeweis einer Steuerbescheinigung über die Erhebung der KapESt dann nicht greifen, wenn Indizien vorliegen, die eine erhebliche Wahrscheinlichkeit begründen, dass die erworbenen Aktien aus einem Leerverkauf stammen und keine KapESt einbehalten wurde.⁴⁴ U.a. aus entsprechenden „Dividendenleveln“⁴⁵ könne geschlossen werden, dass es sich um Cum/Ex-Geschäfte ohne Einbehalt von KapESt handle, da andernfalls eine Wirtschaftlichkeit der Geschäfte nicht erreicht werden könne.⁴⁶

Dies setzt freilich voraus, dass im Strafverfahren überhaupt der Nachweis gelingt, dass der beantragten Anrechnung/Erstattung von KapESt keine einbehaltene KapESt gegenübersteht. Sollte ein solcher Nachweis nicht gelingen, dürfte nach dem Grundsatz in dubio pro reo eine Strafbarkeit ausscheiden.⁴⁷ In steuerlicher Hinsicht kann nach den Grundsätzen der Beweislast die Anrechnung/Erstattung von KapESt gleichwohl versagt werden, da insoweit bestehende Zweifel zulasten des Steuerpflichtigen gehen,⁴⁸ das steuerliche und strafrechtliche Ergebnis ist somit nicht zwingend deckungsgleich.

II. Irrtum in rechtlicher Hinsicht, insbesondere aufgrund eines Rechtsgutachtens

Sofern ein zuvor dargestellter Tatbestandsirrtum nicht in Betracht kommt, könnte auch ein Irrtum in rechtlicher Hinsicht den subjektiven Tatbestand ausschließen. Dabei dürfte aber

der Verweis auf eine vom Gesetzgeber geschaffene zweifelhafte Rechtslage und zahlreiche Literaturbeiträge noch nicht ausreichen, den subjektiven Tatbestand auszuschließen.⁴⁹ Denn zum einen vertreten zahlreiche Literaturbeiträge eine anderslautende Auffassungen.⁵⁰ Zum anderen erschienen die Fachbeiträge oftmals erst nach dem 01.01.2012 und damit nachdem die Geschäfte aufgrund gesetzgeberischer Maßnahmen eingestellt wurden.⁵¹ Es ist also fraglich, ob entsprechende Literaturbeiträge bereits während der Tatbestandsverwirklichung⁵² einen Irrtum hervorrufen konnten.

Anders dürfte dies aber sein, wenn sich Beteiligte im Vorfeld eigens Rechtsrat eingeholt haben und diesen ihrer rechtlichen Beurteilung zugrunde legten. An einem hierdurch begründeten Irrtum werden wohl strenge Anforderungen gestellt. Es dürften die identischen Maßstäbe wie

38 Zur vergleichbaren Prüfung im Einkommensteuerrecht hinsichtlich der Einkünfteerzielungsabsicht vgl. z.B. BFH, Beschl. v. 25.06.1984 - GrS 4/82 Rn. 185 ff.; Urt. v. 19.03.2009 - IV R 40/06 Rn. 9 f.; Urt. v. 23.08.2017 - X R 27/16 Rn. 15 ff.; BFH, Urt. v. 19.02.2019 - IX R 16/18 Rn. 15 ff.

39 Vgl. BGH, Urt. v. 10.01.2019 - 1 StR 347/18 Rn. 21 m.w.N.

40 Vgl. nur BGH, Urt. v. 10.01.2019 - 1 StR 341/18 Rn. 19 m.w.N. und Jäger in: Klein, AO, 15. Aufl. 2020, § 370 Rn. 172 ff. zur sog. Steueranspruchstheorie.

41 Vgl. BGH, Urt. v. 08.09.2011 - 1 StR 38/11 Rn. 21.

42 Vgl. hierzu z.B. LG Bonn, Urt. v. 18.03.2020 - 62 KLS 1/19 Rn. 61 ff.: komplexe Strukturen, kurze Haltedauer um unrichtige Steuerbescheinigung zu erlangen, kein unmittelbarer Kontakt zwischen den Vertragsparteien, hohe Handelsvolumen aufgrund geringer Gewinne pro Aktie; hoher Fremdkapitalanteil (Hebelwirkung); Kurssicherungsinstrumente zu Preisen, die von den nach den Marktregeln zu erwartenden Preisen abwichen und Wirtschaftlichkeit des Geschäfts nur bei Erstattung/Anrechnung von KapESt, ohne dass diese zuvor abgeführt wurde.

43 Vgl. FG Hessen, Beschl. v. 06.04.2021 - 4 V 723/20.

44 FG Hessen, Beschl. v. 06.04.2021 - 4 V 723/20 Rn. 141.

45 Vgl. hierzu und zur Relevanz der Dividendenlevel im Hinblick auf den subjektiven Tatbestand BGH, Urt. v. 27.08.2021 - 1 StR 519/20 Rn. 86; LG Bonn, Urt. v. 18.03.2020 - 1 KLS 1/19 Rn. 83 ff.; Knauer/Schomburg, NStZ 2019, 305, 312, zum „All-In-Level“; zu den Möglichkeiten der „Beuteverteilung“ vgl. auch Florstedt, DStR 2019, 695, 697.

46 FG Hessen, Beschl. v. 06.04.2021 - 4 V 723/20 Rn. 146; vgl. auch LG Bonn, Urt. v. 18.03.2020 - 62 KLS 1/19 Rn. 680 ff.; zum Verweis auf bestehende Dividendenlevel zur Abwehr zivilrechtlicher Ansprüche vgl. auch OLG Frankfurt, Urt. v. 02.07.2020 - 1 U 111/18 Rn. 25; LG Frankfurt, Urt. v. 23.09.2020 - 2/18 O 386/18 Rn. 71 f.

47 Zu Nachweisschwierigkeiten hinsichtlich des Einbezugs von KapESt beim Handeln um den Dividendenstichtag vgl. Schmid, DStR 2021, 1203, 1208.

48 Vgl. nur FG Hessen, Beschl. v. 06.04.2021 - 4 V 723/20 Rn. 88.

49 So aber z.B. Spaktschek/Spilker, DB 2016, 2920, 2925; vgl. auch Haritz/Werneburg, NWB 2015, 657, 663, unter Verweis auf die Gesetzesbegründung zum JStG 2007.

50 Vgl. nur die Nachweise bei Florstedt, FR 2016, 641, Fn. 1.

51 Vgl. auch Spengel/Eisgruber, DStR 2015, 785, 800; Knigge/Wittig, ZWH 2019, 69, 78.

52 Der Tatbestand der Steuerhinterziehung ist jeweils mit Anrechnung/Erstattung der KapESt vollendet.

bei der Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums nach § 17 StGB gelten.⁵³ So muss die Auskunftsperson als auch die Auskunft aus der Sicht des Täters verlässlich sein und die Auskunft selbst muss zudem einen unrechtsverneinenden Inhalt haben. Die Auskunftsperson muss die Auskunft objektiv, sorgfältig, verantwortungsbewusst und insbesondere nach pflichtgemäßer Prüfung der Sach- und Rechtslage erteilen. Damit dies gewährleistet ist, muss die Auskunftsperson die Gewähr für eine diesen Anforderungen entsprechende Auskunftserteilung bieten, d.h. sie muss insbesondere sachkundig und unvoreingenommen sein und mit der Erteilung der Auskunft keinerlei Eigeninteresse verfolgen.⁵⁴ Bei Cum-Ex-Gestaltungen dürfte hiernach ein beachtlicher Irrtum in Betracht kommen, wenn z.B. ein mit entsprechender Expertise ausgestatteter Gutachter einem Investor ein Gutachten erstattet und danach keine rechtlichen Zweifel an der steuerlichen Anerkennungsfähigkeit der Geschäfte verbleiben.⁵⁵ Entscheidend ist also nicht nur die Qualität des Gutachtens, sondern im besonderen Maße die des Gutachters.⁵⁶ Dagegen dürfte ein beachtlicher Irrtum bei denjenigen Personen ausgeschlossen sein, die in die konkreten Umstände eingeweiht waren und dem beauftragten Gutachter ungeachtet dessen Expertise nicht sämtliche Umstände bekannt gaben. Ein solches Gutachten wäre objektiv zweifelhaft, was den Auftraggebern auch bewusst sein musste. Dies gilt auch für sog. Gefälligkeitsgutachten, die lediglich eine „Feigenblattfunktion“ haben.⁵⁷

Welche Maßstäbe die Rechtsprechung und insbesondere der BGH hierzu letztlich anlegt, bleibt abzuwarten. In der vorliegenden Entscheidung hatte der BGH hierzu keine gesonderten Ausführungen gemacht und die vom LG Bonn insoweit getroffene Würdigung nicht beanstandet.⁵⁸ Interessant dürfte auch die Frage sein, inwieweit die Möglichkeit von verbindlichen Auskünften Irrtumsfragen beeinflussen. Steuerrechtlich wäre eine verbindliche Klärung der Rechtslage jedenfalls im Verhältnis zu den Finanzbehörden und wie diese die einzelnen Geschäfte steuerlich behandeln, anhand von sog. verbindlichen Auskünften (§ 89 Abs. 2 AO⁵⁹) möglich gewesen. Aufgrund bestehender Haftungsrisiken war dies ggf. sogar geboten. Wird z.B. in einem Gutachten auf die Möglichkeit einer verbindlichen Auskunft hingewiesen oder diese gar empfohlen, und eine solche verbindliche Auskunft nicht eingeholt, könnten hieraus Rückschlüsse auf den subjektiven Tatbestand gezogen werden.

E. Fazit/Ausblick

Auch wenn der BGH nunmehr eine erste Entscheidung im Komplex Cum-Ex getroffen hat, sind damit noch lange nicht alle Fragen geklärt. Entscheidende Vorfrage für die Feststellung strafbaren Verhaltens ist jeweils, dass der Nachweis gelingt, dass KapEst nicht einbehalten, gleichwohl deren Erstattung/Anrechnung beantragt wurde, mithin der objektive

Tatbestand einer Steuerhinterziehung erfüllt ist. Darüber hinaus bestehen zahlreiche Fragen hinsichtlich des Vorsatzes der Beteiligten, die jeweils eine Würdigung sämtlicher Umstände im Einzelfall erforderlich machen.

Abzuwarten bleibt, wie der BFH die hier vorliegenden Gestaltungen bewerten wird.⁶⁰ Vergleichbare Verfahren endeten oftmals ohne Entscheidung des BFH vor den Finanzgerichten.⁶¹ Aufgrund eines beim BFH seit 2020 anhängiges Verfahrens⁶² könnten in der Finanzgerichtsbarkeit bisher noch nicht höchstgerichtlich geklärte Fragen ggf. zeitnah entschieden werden.⁶³ Da weder die Finanzgerichte noch der BFH an die Rechtsauffassung oder die tatsächlichen Feststellungen des BGH gebunden sind,⁶⁴ bleibt abzuwarten, ob der BFH die rechtliche Einschätzung des BGH teilt.⁶⁵ Dahin gehend stellt sich auch die Frage, ob einzelne Beteiligte aus Gründen des Vertrauensschutzes auf eine steuerliche Anrechnung/Erstattung hoffen können⁶⁶ oder diese auf zivilrechtliche Schadensersatzansprüche angewiesen sind.⁶⁷

53 Vgl. hierzu nur Knauer/Schomburg, NSTz 2019, 305, 314; Knigge/Wittig, ZWH 2019, 69, 78.

54 BGH, Urt. v. 11.10.2012 - 1 StR 213/10 Rn. 70.

55 Vgl. zu einem – wenn auch aus zivilrechtlicher Sicht – ungenügenden Gutachten im Rahmen von Cum-Ex-Gestaltungen OLG Stuttgart, Urt. v. 14.09.2018 - 5 U 98/17 Rn. 227 ff.

56 Zur Zweifelhafteigkeit der in Cum-Ex-Gestaltungen erstellten Gutachten (erhebliche Prognosemängel), insbesondere unter Verweis auf die Rechtsprechung des BFH und der Gesetzesbegründung zum Jahressteuergesetz 2007 vgl. nur Moes, JZ 2020, 529, 537.

57 Vgl. BGH, Urt. v. 21.12.2016 - 1 StR 253/16 Rn. 59.

58 Zum Einfluss von Gutachten auf das Vorstellungsbild der Täter vgl. LG Bonn, Urt. v. 18.03.2020 - 62 Kls 1/19 u.a. unter Rn. 598, 629, 808, 841 f., 1269 f., 1338 ff.

59 Eingefügt durch das Föderalismus-BegleitG v. 05.09.2006, BGBl. I 2006, 2098. Die Finanzbehörden waren aber schon zuvor befugt, verbindliche Auskünfte im Vorfeld einer steuerlichen Gestaltung zu erteilen (vgl. zum ganzen nur Seer in: Tipke/Kruse, AO/FGO, § 89 AO Rn. 21).

60 Bisher offengelassen, vgl. BFH, Urt. v. 16.04.2014 - I R 2/12 Rn. 32 (bloßer Durchgangserwerb), bestätigt BFH, Beschl. v. 04.03.2020 - I B 57/18.

61 Vgl. FG Hessen, Beschl. vom 08.10.2012 - 4 V 1661/11; FG Hessen, Urt. v. 10.02.2016 - 4 K 1684/14 und FG Hessen, Urt. v. 10.03.2017 - 4 K 977/14; zustimmend u.a. Rau, DStR 2017, 1852; zur Kritik vgl. u.a. Müller/Schade, BB 2017, 1239; Loritz, BB 2017, 2394; Spilker, FR 2017, 469, 473; vgl. auch FG Düsseldorf, Urt. v. 12.12.2016 - 6 K 1544/11 K, AO, für das Streitjahr 1990.

62 Vgl. Revision: I R 22/20, vorhergehend FG Hessen, Urt. v. 19.07.2019 - 2 K 2672/17 - EFG 2020, 367.

63 Vgl. S. 8 des Jahresberichts des BFH für das Jahr 2020, abrufbar unter www.bundesfinanzhof.de/de/service/publikationen/.

64 Vgl. hierzu nur Loose in: Tipke/Kruse, AO/FGO, § 71 AO Rn. 11 ff. m.w.N.

65 Zu den Folgen für eine bereits erfolgten strafrechtliche Verurteilung vgl. nur Knigge/Wittig, ZWH 2019, 69, 81.

66 Vgl. hierzu nur Moes, JZ 2020, 529, 536 f. m.w.N.

67 Zur zivilrechtlichen Haftung von beteiligten Banken und Beratern vgl. z.B. OLG Stuttgart, Urt. v. 14.09.2018 - 5 U 98/17 (rechtskräftig); OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.03.2018 - 9 U 179/16 Rn. 57 ff. (rechtskräftig); zur steuerrechtlichen und zivilrechtlichen Haftung vgl. weiterführend Florstedt, DStR 2019, 655 ff., 695 ff.

70 Jahre BVerfG: (K)eine Torte?

RA Prof. Dr. Guido Britz

A. Einleitung

In politisch spannenden, mitunter sogar turbulenten Zeiten feierte am 28.09. eine allseits respektierte Institution Geburtstag: Das BVerfG wurde 70 Jahre. Etwas mehr als zwei Jahre nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes ist das BVerfG am 28.09.1951 in einem Festakt in Gegenwart von Theodor Heuss und Konrad Adenauer feierlich eröffnet worden. Grundlage war das nach langen Diskussionen am 17.04.1951 in Kraft getretene „Gesetz über das Bundesverfassungsgericht“, welches bis heute für die Tätigkeit des Gerichts von maßgeblicher Relevanz ist. Der damals noch vorläufige Sitz des Gerichts in Karlsruhe ist im Mai des gleichen Jahres gesetzlich festgelegt worden. Der oft erwähnte „Gang nach Karlsruhe“ hat sich seitdem indessen etabliert. Geografie und Gerichtsbarkeit sind insofern verschmolzen: das BVerfG ist Karlsruhe.

Der „Karlsruhe“ entgegengebrachte Respekt und das korrespondierende Vertrauen wurden durch das höchste deutsche Gericht als einem „Hüter der Verfassung“¹ im Rahmen seiner Tätigkeit in rund 250.000 Verfahren seit 1951 selbst erarbeitet. Durch seine Entscheidungen in Form von begründeten Urteilen und Beschlüssen entstand ein qualitativ hochwertiger Fundus zum angewandten Verfassungsrecht und insbesondere zu den Grundrechten in ihrer gesamten Dynamik; nach pointierter Leseart ein gewaltiges Textfundament und ein Katechismus gelebter Demokratie.²

Ist Karlsruhe der Sitz lässt sich als Geburtsort³ des BVerfG die Vorschrift des Art. 93 GG nennen. An dieser Stelle sind die Zuständigkeiten des BVerfG, welches sich selbst als Verfassungsorgan sieht, abschließend aufgezählt. Unabhängig von historischen Wurzeln, die sich bei der Paulskirchenverfassung, beim Reichsgericht sowie beim Reichskammergericht und dem Staatsgerichtshof der Weimarer Republik finden lassen, stellt das BVerfG wegen des beträchtlichen Umfangs seiner Kompetenzen sowohl ein Verfassungs- als auch ein Staatsgerichtshof dar.

In einer Vielzahl von Entscheidungen hat das BVerfG in den skizzierten Bereichen Akzente gesetzt, Weichen gestellt oder Impulse gegeben; zuletzt durch den sog. Klima-Beschluss.⁴ Aus Anlass des Geburtstages sollen freilich die Anfänge nochmals in den Blick genommen werden. Denn das Gericht hat bereits am 07.09.1951 seine Arbeit aufgenommen und schon am 09.09.1951 seine erste Entscheidung verkündet. Um was ging es also in den ersten Entscheidun-

gen des BVerfG in den Bereichen Öffentlichen Rechts, Strafrecht und Zivilrecht?

B. Die ersten Entscheidungen des BVerfG

I. Öffentliches Recht

Die erste (Sach-)Entscheidung des BVerfG auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts befasste sich mit der Neugliederung der Länder Baden, Württemberg-Baden, Württemberg-Hohenzollern auf der Basis zweier Neugliederungsgesetze: Gesetz vom 04.05.1951⁵ (Erstes Neugliederungsgesetz) sowie das weitere Gesetz vom 04.05.1951⁶ (Zweites Neugliederungsgesetz). Das als epochal zu bezeichnende Urteil ist im ersten Band der amtlichen Sammlung (BVerfGE) unter der Nr. 10 abgedruckt.⁷ Ihm war eine einstweilige Anordnung vorausgegangen, die von den Landesregierungen der bisherigen südwestdeutschen Staaten Baden, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern beantragt und mit der die Ausführung des Neugliederungsgesetzes vom BVerfG bis zur Entscheidung in der Hauptsache ausgesetzt worden war.⁸ Im vorliegend thematisierten Urteil wurde das Erste Neugliederungsgesetz, das in seinem § 1 geregelt hatte, dass die Wahlperioden der Landtage der Länder Baden und Württemberg-Hohenzollern bis zum Außerkrafttreten der Landesverfassungen verlängert werden, in toto für nichtig erklärt, während in Bezug auf das Zweite Neugliederungsgesetz nur einige Vorschriften für nichtig erklärt wurden. In Anbetracht einer Vielzahl durch das Judikat angesprochener Fragen sollen ausgewählte Aspekte herausgegriffen werden.

1 Kritisch: Pieroth, GG, Art. 93 Rn. 5.

2 Müller-Neuhof, Die Macht, die aus dem Text kommt in: Tagesspiegel v. 08.09.2021.

3 Das BVerfG feiert 70. Geburtstag – ein Rückblick: <https://jura-online.de/blog/2021/09/09/das-bverfg-feiert-70-geburtstag-ein-rueckblick> (zuletzt abgerufen am 19.10.2021).

4 Grimm zufolge wird der Beschluss auf lange Dauer zu den bedeutenden Entscheidungen des Gerichts zählen (vgl. FAZ 23.09.2021). Siehe hierzu auch Bartone, JM 2021, 326 ff.

5 BGBl. I 1951, 283.

6 BGBl. I 1951, 284.

7 BVerfG, Ur. v. 23.10.1951 - 2 BvQ 1/51 - BVerfGE 1, 14.

8 BVerfG, Beschl. v. 09.09.1951 - 2 BvQ 1/51 - BVerfGE 1, 1.

Rechtlicher Ausgangspunkt des Urteils ist neben Art. 23 GG Satz 1 a.F.⁹ insbesondere Art. 118 GG, der aus verfassungshistorischen Gründen noch im Grundgesetz enthalten ist, aber im Hinblick auf die vorgenommene Neugliederung keine rechtliche Bedeutung mehr hat.¹⁰ Seitens des Senats wurden ausgehend davon zunächst das Demokratieprinzip, das Bundesstaatsprinzip sowie das Rechtsstaatsprinzip erörtert. Weitere bedeutsame Aspekte sind: Überpositives Recht als Bestandteil der Rechtsordnung und Problem des „verfassungswidrigen Verfassungsrechts“, Nichtigkeit von verfassungswidrigen Gesetzen, der allgemeine Gleichheitssatz sowie Fragen des Verfassungsprozessrechts.

1. Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG)

Wesentlich für das Demokratieprinzip ist, „dass den Wahlberechtigten das Wahlrecht nicht auf einem in der Verfassung nicht vorgesehenen Wege entzogen oder verkürzt wird. Das Wahlrecht wird auch beeinträchtigt, wenn fällige Wahlen hinausgeschoben werden.“¹¹ Es erfordert, „dass die Wahlperiode eines Landtags, deren Dauer das Volk durch Annahme der Verfassung bestimmt hat, nur in dem in dieser Verfassung vorgesehenen Verfahren, d.h. gegebenenfalls mit Zustimmung des Volkes, verlängert wird.“¹² Eine Verletzung des Demokratieprinzips hat das BVerfG in Bezug auf das Erste Neugliederungsgesetz darin gesehen, dass der Bund „ohne Zustimmung des Landesvolks eine nach der Landesverfassung fällige Wahl verhindert“ hat.¹³ Damit versagt das BVerfG dem scheinbar pragmatischen Weg einer Verlängerung der Legislaturperiode durch ein Bundesgesetz ohne Beteiligung der wahlberechtigten Landesbevölkerung die verfassungsrechtliche Legitimität und verschafft dem für die Bundesrepublik Deutschland fundamentalen demokratischen Prinzip in prägender Weise Geltung.

2. Bundesstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG)

„Im Geltungsbereich des Grundgesetzes bestehen nur die in Art. 23 [Satz 1 GG a.F.] aufgezählten Länder.“¹⁴ Gegenstand dieser Regelung war indessen nur der Zustand im Zeitpunkt, in dem das Grundgesetz in Kraft trat. Demgegenüber ist „in Art. 79 Abs. 3 GG [...] nur der Grundsatz unverbrüchlich gesichert, dass der Bund in Länder“ gegliedert sein muss. Eine Garantie für die derzeit bestehenden Länder und ihre Grenzen kennt das Grundgesetz nicht. Im Gegenteil, es sieht, wie sich aus Art. 29 und Art. 118 GG ergibt, sowohl Veränderungen im Gebietsstand der einzelnen Länder als auch eine Neugliederung des Bundesgebiets vor, die zur Beseitigung eines oder mehrerer bestehender Länder führen

kann.“ Damit ist zwar das Bundesstaatsprinzip von der „Ewigkeitsgarantie“ des Art. 79 Abs. 3 GG erfasst, begründet aber keine uneingeschränkte Bestandsgarantie bestimmter einzelner Bundesländer. Veränderungen ergaben sich in der Folge durch den Beitritt des Saarlandes im Jahr 1957¹⁵ sowie dem Beitritt der fünf neuen Bundesländer im Rahmen der Wiedervereinigung im Jahr 1990.¹⁶

3. Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG)

„Wenn die Fassung eines Gesetzes seinen wirklichen Gehalt nicht zum Ausdruck bringt, wenn sie missverständlich oder irreführend ist, oder wenn das Gesetz in sich widerspruchsvoll ist, kann es wegen Widerspruchs mit den Grundsätzen des Rechtsstaates nichtig sein.“¹⁷ Darauf aufbauend hat das BVerfG später weiterentwickelt, dass aus dem Rechtsstaatsprinzip u.a. die Prinzipien der Normenbestimmtheit und Normenklarheit folgen. Hieraus ergibt sich allgemein, dass Normen ihren Regelungsgehalt nicht verschleiern dürfen und für den Normadressaten verständlich sein müssen,¹⁸ ohne dass die Auslegungsbedürftigkeit einer Norm die gebotene Bestimmtheit nähme.¹⁹ Je schwerwiegendere Auswirkungen ein Gesetz hat, desto höher sind die Anforderungen an die Gesetzesbestimmtheit und -klarheit.²⁰

9 „Dieses Grundgesetz gilt zunächst im Gebiete der Länder Baden, Bayern, Bremen, Groß-Berlin, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern.“

10 Remmert in: Maunz/Dürig, GG, Art. 118 Rn. 1.

11 BVerfG, Ur. v. 23.10.1951 - 2 BvG 1/51 - BVerfGE 1, 14 (33).

12 BVerfG, Ur. v. 23.10.1951 - 2 BvG 1/51 - BVerfGE 1, 14 (33).

13 BVerfG, Ur. v. 23.10.1951 - 2 BvG 1/51 - BVerfGE 1, 14 (33).

14 BVerfG, Ur. v. 23.10.1951 - 2 BvG 1/51 - BVerfGE 1, 14 (21 ff.).

15 Gesetz über die Eingliederung des Saarlandes v. 23.12.1956, BGBl. I 1956, 1011.

16 Gesetz zu dem Vertrag v. 31.08.1990 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands – Einigungsvertragsgesetz – und der Vereinbarung v. 18.09.1990, BGBl. I 1990, 885.

17 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 07.04.1964 - 1 BvL 12/63 - BVerfGE 17, 306 (318).

18 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 14.02.1978 - 2 BvR 406/77 - BVerfGE 47, 239 (247).

19 Siehe z.B. hierzu und zum Vorstehenden Bartone in: Rensen/Brink, Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Band 1, Berlin 2009, S. 305 ff. m.w.N.

20 Siehe z.B. hierzu und zum Vorstehenden Bartone in: Rensen/Brink, Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Band 1, Berlin 2009, S. 305 ff. m.w.N.

4. Überpositives Recht als Bestandteil der Rechtsordnung und Problem des „verfassungswidrigen Verfassungsrechts“

Die bis heute umstrittene²¹ Anerkennung von überpositivem Recht scheint in Art. 20 Abs. 3 GG angelegt, da hier die Bindung der Exekutive und der Judikative „an Gesetz und Recht“ angeordnet wird. Demzufolge erkennt „das Bundesverfassungsgericht [...] die Existenz überpositiven, auch den Verfassungsgesetzgeber bindenden Rechtes an und ist zuständig, das gesetzte Recht daran zu messen.“²² In späterer Zeit formuliert das BVerfG, dass „nach allgemeiner Meinung ein enger Gesetzespositivismus abgelehnt“ werde. „Die Formel hält das Bewusstsein aufrecht, dass sich Gesetz und Recht zwar faktisch im Allgemeinen, aber nicht notwendig und immer decken. Das Recht ist nicht mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze identisch. Gegenüber den positiven Satzungen der Staatsgewalt kann unter Umständen ein Mehr an Recht bestehen, das seine Quelle in der verfassungsmäßigen Rechtsordnung als einem Sinn Ganzen besitzt und dem geschriebenen Gesetz gegenüber als Korrektiv zu wirken vermag.“²³ Mit einem Rückgriff auf überpositive Rechtsgrundsätze hat der BGH in den sog. Mauerschützenprozessen die Strafbarkeit der Angeklagten wegen Anstiftung zum Totschlag bzw. wegen Beihilfe zum Totschlag begründet.²⁴ In den nachfolgenden Verfassungsbeschwerdeverfahren hat das BVerfG seine ablehnende Entscheidung indessen nicht auf das überpositive Recht gestützt.²⁵

Mit der vorgenannten Problematik hängt die Frage zusammen, ob es verfassungswidriges Verfassungsrecht geben kann. Das BVerfG schließt dies nicht von vornherein aus: „Es gibt Verfassungsgrundsätze, die so elementar und so sehr Ausdruck eines auch der Verfassung vorausliegenden Rechts sind, dass sie den Verfassungsgesetzgeber selbst binden und dass andere Verfassungsbestimmungen, denen dieser Rang nicht zukommt, wegen ihres Verstoßes gegen sie nichtig sein können.“ Dies ist bei Anerkennung von überpositiven verfassungsrechtlichen Rechtsgrundsätzen konsequent, wirft aber die außerordentlich schwierige Frage auf, ob durch den *pouvoir constituant* geschaffenes Verfassungsrecht von unterschiedlichem Rang sein und an metapositivem Recht gemessen werden kann.²⁶ Das BVerfG betrachtet die Rechtsfigur mittlerweile zu Recht als problematisch, da auf derselben Normebene keine Hierarchie auszumachen ist, die ein Kriterium dafür liefern könnte, welcher verfassungsrechtlichen Norm Vorrang zukommt. Da das Grundgesetz nur als Einheit begriffen werden kann,²⁷ ist auf der Ebene der Verfassung selbst grds. nicht denkbar, dass aneinander messbare ranghöhere und rangniedere Normen existie-

ren.²⁸ Demnach wird angenommen, originäres Verfassungsrecht könne allenfalls dann als verfassungswidrig sein, wenn es offensichtlich gegen die Menschenwürde verstoße.²⁹

5. Nichtigkeit von verfassungswidrigen Gesetzen

„Stellt das Bundesverfassungsgericht fest, dass ein nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes erlassenes Gesetz wegen Widerspruchs mit dem Grundgesetz nichtig ist, so ist dieses Gesetz von Anfang an rechtsunwirksam“.³⁰ Dieser Grundsatz entspricht allgemeinem Verständnis und ist in § 78 Satz 1 BVerfGG für die abstrakte sowie in § 82 Abs. 1 BVerfGG für konkrete Normenkontrolle. Auch für die Verfassungsbeschwerde gilt diese Rechtsfolge gem. § 95 Abs. 3 Satz 1 BVerfGG. Obwohl die genannten gesetzlichen Bestimmungen dem Wortlaut nach zwingend sind, hat das BVerfG eine Reihe vom gesetzlichen Grundsatz abweichender Rechtsfolgenanordnungen entwickelt, auf die im Einzelnen an dieser Stelle nicht eingegangen werden kann.³¹

6. Der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)

Erstmals formuliert das BVerfG einen subsumierbare Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes, der „verboten, dass wesentlich Gleiches ungleich, nicht dagegen, dass wesentlich Ungleiches entsprechend der bestehenden Ungleichheit ungleich behandelt wird. Der Gleichheitssatz ist verletzt, wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden lässt,

21 Vgl. z.B. Grzeszick in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Rn. 63 ff.; Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 20 Rn. 38; Antoni in: Hömig/Wolff, GG, 12. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 14; Sachs in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 103 f.

22 BVerfG, Urt. v. 23.10.1951 - 2 BvG 1/51 - BVerfGE 1, 14 (21 ff.); BVerfG, Urt. v. 18.12.1953 - 1 BvL 106/53 - BVerfGE 3, 230.

23 BVerfG, Beschl. v. 14.02.1973 - 1 BvR 112/65 - BVerfGE 34, 269 (286 f.)

24 BGH, Urt. v. 26.07.1994 - 5 StR 98/94 - BGHSt 40, 218; BGH, Urt. v. 26.07.1994 - 5 StR 167/94 - BGHSt 40, 241.

25 BVerfG, Beschl. v. 24.10.1996 - 2 BvR 1851/94 - BVerfGE 95, 96.

26 Siehe Koriath in: Maunz/Dürig, GG, Art. 137 WRV Rn. 8.

27 Grundlegend BVerfG, Urt. v. 23.10.1951 - 2 BvG 1/51 - BVerfGE 1, 14 (32); ferner BVerfG, Urt. v. 03.05.2016 - 2 BvE 4/14 - BVerfGE 142, 25.

28 Vgl. BVerfG, Urt. v. 18.12.1953 - 1 BvL 106/53, BVerfGE 3, 225 (231 f.); BVerfG, Urt. v. 03.05.2016 - 2 BvE 4/14 - BVerfGE 142, 25.

29 BVerfG, Urt. v. 18.12.1953 - 1 BvL 106/53 - BVerfGE 3, 225 (233); BVerfG, Beschl. v. 05.10.1955 - 1 BvR 103/52 - BVerfGE 4, 294.

30 BVerfG, Urt. v. 23.10.1951 - 2 BvG 1/51 - BVerfGE 1, 14 (37).

31 Siehe z.B. Bartone in: Emmenegger/Wiedmann, Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Band 2, Berlin/Boston 2011, S. 73 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

kurzum, wenn die Bestimmung als willkürlich bezeichnet werden muss.“³² Diese „alte Formel“, die von einem (reinen) Willkürverbot ausgeht, hat heute noch Gültigkeit und wurde ab der Entscheidung des BVerfG vom 07.10.1980 - 1 BvL 50/79³³ durch die „neue Formel“ ergänzt. Diese besagt, dass Art. 3 Abs. 1 GG auch dann verletzt ist, „wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.“³⁴ In der neueren Rechtsprechung wird betont, „dass sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber ergeben, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengeren Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen.“³⁵

7. Verfassungsprozessrecht

Neben den bis heute gültigen³⁶ Grundsätzen³⁷ zum Verhältnis der beiden betroffenen Verfahrensarten (abstrakte Normenkontrolle und Bund-Länder-Streitverfahren)³⁸ stellt das BVerfG zum Prüfungsumfang bei der abstrakten Normenkontrolle fest: „Das Bundesverfassungsgericht hat die Gültigkeit eines ihm zur Prüfung unterbreiteten Gesetzes unter allen rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, auch soweit diese von den Beteiligten nicht geltend gemacht worden sind.“³⁹ Dies entspricht der Vorgabe des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG. Da sich die Verfassungswidrigkeit einer Norm aus jedwedem Verstoß gegen das Grundgesetz ergeben kann, besteht folglich keine Beschränkung des BVerfG im Prüfungsumfang.⁴⁰

II. Strafrecht

Die erste Entscheidung des BVerfG mit ausschließlich strafrechtlichem Bezug erscheint – insbesondere aus heutiger Sicht – wenig spektakulär. Die Bedeutsamkeit des Beschlusses des 1. Senats vom 18.09.1952⁴¹ erschließt sich vor allem aus dem zeitgeschichtlichen Kontext. Denn es ging hauptsächlich um die Verfassungsmäßigkeit der sog. Ahnungsgesetze; strafrechtlich gewendet: um Fragen der Verjährung. Freilich wurden auch Gesichtspunkte aufgegriffen, die zu den Kontinuitätslinien in der weiteren Rechtsprechung des BVerfG zu zählen sind.

1. Zum Gegenstand des Verfahrens: Mit einer Individualverfassungsbeschwerde wandte sich der Beschwerdeführer unmittelbar⁴² gegen eine strafrechtliche Verurteilung durch das LG Kassel vom 13.06.1952, mit welchem wegen Landfriedensbruches eine Gefängnisstrafe von einem Jahr ausgesprochen worden war. Die Straftat als solche war freilich

schon im März 1933 begangen worden: ein Zusammenstoß von SA und Kommunisten. Zum damaligen Zeitpunkt wurde das Verfahren indessen wegen des vermeintlichen oder behaupteten Vorliegens von Rechtfertigungsgründen („Nothilfe und Notwehr“) eingestellt. Der Verhandlung und Verurteilung durch das LG Kassel lag das hessische Gesetz zur Ahndung nationalsozialistischer Straftaten vom 29.05.1946 („Ahndungsgesetz“) zugrunde, welches nachträglich eine Hemmung von Verjährungsfristen eingeführt hatte.

Der Beschwerdeführer erachtete das sog. Ahndungsgesetz wegen Verstößen gegen Art. 2 Abs. 2 GG und Art. 104 Abs. 1 GG für nichtig. Auch vertrat er die Ansicht, das Gesetz sei unter Verletzung von Art. 3 GG und Art. 33 GG zu Unrecht gegen ihn angewendet worden. Durch Verfahrensmängel bei der Beweisaufnahme vor dem Instanzgericht wäre schließlich eine Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG gegeben. Hinsichtlich der fehlenden Erschöpfung des Rechtsweges war der Beschwerdeführer der Auffassung, dass seine Beschwerde von allgemeiner Bedeutung sei und ihm schwere, unabwendbare Nachteile bei einem Verweis auf den Rechtsweg entstünden.

2. Nachdem der Senat über § 90 Abs. 2 BVerfGG die allgemeine Bedeutung der Frage nach der Verfassungsmäßigkeit des sog. Ahndungsgesetzes und damit die Zulässigkeit der Beschwerde bejaht hatte, stand die Erörterung der Begründetheit deutlich im Vordergrund. Mit Blick auf die angefochtene strafrechtliche Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe bildeten die Vorschriften der Art. 2 Abs. 2, Art. 104 Abs. 1 GG hierbei den Ausgangspunkt; freilich mit der Klarstellung, dass die Gestaltung des Verfahrens, die Feststellung und Würdigung des Tatbestandes, die Auslegung der Gesetze und deren An-

32 BVerfG, Urt. v. 23.10.1951 - 2 BvG 1/51 - BVerfGE 1, 14, Leitsatz 18.

33 Grundlegend BVerfG, Beschl. v. 07.10.1980 - 1 BvL 50/79 - BVerfGE 55, 72.

34 BVerfG, Beschl. v. 07.10.1980 - 1 BvL 50/79 - BVerfGE 55, 72; sehr instruktiv zur Anwendung des Gleichheitssatzes: Wendt, NVwZ 1988, 778.

35 Aus der jüngeren Rechtsprechung z.B. BVerfG, Urt. v. 09.12.2008 - 2 BvL 1,2/07, 1,2/08 - BVerfGE 122, 210, 230; BVerfG, Beschl. v. 19.11.2019 - 2 BvL 22/14 - BVerfGE 152, 274.

36 Vgl. Lechner/Zuck, BVerfGG, 8. Aufl. 2019, Vor §§ 76 ff. Rn. 8 unter Hinweis auf BVerfG, Urt. v. 05.04.1952 - 2 BvH 1/52 - BVerfGE 1, 208 (219 ff.).

37 Vgl. Johann in: Walter/Grünwald, BVerfGG, 1. Aufl. 2020, § 68 Rn. 5.

38 BVerfG, Urt. v. 23.10.1951 - 2 BvG 1/51 - BVerfGE 1, 14 (30).

39 BVerfG, Urt. v. 23.10.1951 - 2 BvG 1/51 - BVerfGE 1, 14 (41).

40 Vgl. z.B. Karpenstein: in Walter/Grünwald, BVerfGG, 1. Aufl. 2020, § 76 Rn. 27 m.w.N.

41 BVerfG, Beschl. v. 18.09.1952 - 1 BvR 612/52.

42 Die Revision war zwar eingelegt, aber das Revisionsverfahren war noch nicht durchgeführt.

wendung auf den einzelnen Fall grds. alleine Sache der Strafgerichte sind.⁴³ Ausnahmen liegen vor, wenn in diesem Zusammenhang spezifisches Verfassungsrecht verletzt wurde oder die Verurteilung auf einem verfassungswidrigen Gesetz beruht.

Mit dem letztgenannten Gesichtspunkt war somit die Frage fokussiert, ob das sog. Ahndungsgesetz als nichtig oder als verfassungskonform zu qualifizieren ist. Als Maßstab zur Prüfung rekurrierte das BVerfG auf Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 103 Abs. 2 GG sowie auf Art. 3, Art. 33 GG. Eine Verletzung der Menschenwürde schloss der Senat mit der Begründung aus, dass das sog. Ahndungsgesetz nur einen weiteren Anwendungsfall eines bereits einfachgesetzlich kodifizierten Rechtsgedankens enthalte, wonach die Verjährung nicht laufen kann, solange der Wille der Strafverfolgungsbehörde rechtlich gehemmt ist. Ein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot wurde mit der Begründung abgelehnt, dass es nicht um Strafgesetze – wie vorliegend Landfriedensbruch – gehe, mithin Art. 103 Abs. 2 GG nicht einem Gesetz zur Modifikation von Verjährungsvorschriften entgegensteht. Auch ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz lehnte das Gericht ab, da das sog. Ahndungsgesetz nur eine infolge der nationalsozialistischen Willkürherrschaft eingetretene Ungleichheit wieder beseitigen wolle. An maßgeblicher Stelle führte das BVerfG Folgendes aus:

„Das Gesetz geht von der Tatsache aus, daß während der natsoz. Herrschaft unter völliger Mißachtung rechtsstaatlicher Grundsätze Straftaten nicht verfolgt wurden, weil sie von den damaligen Machthabern teils veranlasst oder gefördert, teils gern geduldet wurden. [...] Es gehört zu den Folgen dieser Mentalität, daß Straftaten, die den damaligen Machthabern genehm waren, nicht verfolgt wurden und dadurch verjährten. Das Ahndungsgesetz verletzt also nicht die Gleichheit vor dem Gesetz, sondern unternimmt es gerade um der Menschenwürde willen, die verletzte Gleichheit in diesem Bereich wiederherzustellen.“

3. Die Entscheidung des BVerfG enthält eine klare und unmissverständliche Positionierung zur fehlenden strafrechtlichen Verfolgung von Unrecht zur Zeit des Nationalsozialismus und dessen nachträglicher Aufarbeitung unter Geltung des Grundgesetzes. Dass im Jahre 1952 und damit frühzeitig in der noch jungen Bundesrepublik derart juristisch kristallisiert wurde, überrascht zunächst. Im Rückblick erscheint es zugleich bedauerlich, dass solche Maßstäbe nicht auch ansonsten und insbesondere auf die lange Zeit verschleppte Aufarbeitung der „fürchterlichen Justiz“ angewandt worden sind.

Die angesprochene Betriebsblindheit kann an einem Urteil des BGH aus dem Jahre 1951 – und damit aus der gleichen Zeit – exemplifiziert werden, mit welchem skandalöse instanzgerichtliche Freisprüche und Einstellungen kassiert wurden. Als Polizeipräsident ab dem Jahre 1936 hatte der Angeklagte nämlich durch unsachliche Anträge Schutzhaft und Einweisungen in ein Konzentrationslager mit tödlichen Konsequenzen für Betroffene beantragt. Der 1. Senat des BGH führte im Rahmen revisionsgerichtlicher Intervention u.a. aus:

„[...] so darf doch nicht übersehen werden, daß das Verbrechen des Angeklagten, solange die nationalsozialistische Herrschaft bestand, überhaupt nicht verfolgt werden konnte. [...] Die Handlung des Angeklagten findet ihre Erklärung in der Unduldsamkeit und im Rassenhass. Wenn auch Verbrechen, die auf dieser Gesinnung beruhen, wegen der veränderten politischen Verhältnisse heute nicht mehr auf staatliche Duldung und Förderung rechnen können, so ist damit die Gesinnung selbst, was das Schwurgericht übersieht, noch keineswegs so überwunden, daß das Strafrecht hier keine wichtigen Aufgaben mehr hätte.“

Die beiden Schlaglichter zeigen, dass vor allem das BVerfG, aber auch der BGH durchaus in der Lage waren, strafrechtliche Instrumentarien in Reaktion auf nationalsozialistisches Unrecht zu stärken bzw. diesen Geltung zu verschaffen. Der noch junge Rechtsstaat ist damit durch die dritte Gewalt mit dem BVerfG an der Spitze richterrechtlich weiter abgesichert worden.

III. Zivilrecht

Die erste Entscheidung des BVerfG im Bereich des Zivilrechts datiert aus dem Jahre 1951. Im Beschl. v. 03.10.1951⁴⁴ führte der 1. Senat aus, dass es nicht Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit ist, die Entscheidung eines ordentlichen Gerichtes allgemein zu überprüfen. Vielmehr kann eine Überprüfung lediglich dahin gehend erfolgen, ob der Beschwerdeführer durch die angegriffene Entscheidung unmittelbar in seinen in § 90 Abs. 1 BVerfGG bezeichneten Rechten verletzt worden ist.

1. Der vorgenannten Entscheidung des BVerfG lag eine mietrechtliche Streitigkeit zugrunde, welche wohl aufgrund einer richterlichen Beweis- und Tatsachenwürdigung (im Folgenden: Würdigung) zuungunsten der Beschwerdefüh-

⁴³ Das lässt sich auf die Formel, dass das BVerfG nicht als „Superrevisionsinstanz“ fungiert und nicht die Anwendung des einfachen Rechts überprüft, reduzieren.

⁴⁴ BVerfG, Beschl. v. 03.10.1951 - 1 BvR 103/51.

rer ausgegangen war. Die Beschwerdeführer (Vermieter) griffen die Entscheidung aufgrund einer vermeintlichen Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes an. Die ordentliche Gerichtsbarkeit hatte nämlich im Rahmen der richterlichen Würdigung aus dem tatsächlichen Verhalten der Parteien das Zustandekommen eines Mietvertrages gefolgert. Das BVerfG verwarf die hierauf gestützte Verfassungsbeschwerde gem. § 24 BVerfGG als offensichtlich unbegründet. Denn nach Ansicht des Senats unterliegt eine auf Grundlage der richterlichen Würdigung getroffenen Entscheidung der ordentlichen Gerichte ohne die Verletzung eines Grundrechtes (vgl. § 90 Abs. 1 BVerfGG) nicht der Nachprüfbarkeit durch das BVerfG. Die zutreffende Entscheidung des BVerfG lässt die freie richterliche Würdigung als Kernelement der Gerichtsbarkeit erkennen.

2. Angriffsgegenstand einer Verfassungsbeschwerde sind grds. alle Akte der öffentlichen Gewalt, wobei der Begriff der „öffentlichen Gewalt“ die drei potenziell grundrechtsgefährdenden Staatsfunktionen umfasst, mithin auch die Rechtsprechung.⁴⁵ Fraglich ist dennoch, ob die instanzgerichtliche Rechtsprechung allgemein der Überprüfung durch das BVerfG unterworfen sein soll bzw. unterworfen ist. Denn die freie Beweiswürdigung des erkennenden Gerichts ist zentrales Element im Rahmen der Entscheidungsfindung. So normiert u.a. § 286 ZPO,⁴⁶ dass das Gericht – im Vertrauen auf Bildung, Integrität und unabhängige Stellung der erkennenden Richterinnen und Richter⁴⁷ – unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung sowie der Beweisaufnahme nach freier Überzeugung entscheidet. Diese freie Würdigung kann durch das BVerfG im Rahmen der Verfassungsbeschwerde nicht beschränkt oder hinterfragt werden. Diese ist einzig dem individuellen Grundrechtsschutz vorbehalten.⁴⁸ Zweck der Verfassungsbeschwerde ist, dass der Einzelne die grundrechtlich gewährleisteten Garantien gegenüber dem Staat durchsetzen kann.⁴⁹ Eine Verletzung der Grundrechte, wie es § 90 Abs. 1 BVerfGG fordert, kann freilich nicht bereits darin gesehen werden, dass nach (ansonsten) fehlerfreier, nach Ansicht des Beschwerdeführers aber unzutreffender Würdigung eine Entscheidung ergeht, welche dessen Rechtsempfinden zuwider läuft.

3. Mit der vorgenannten Entscheidung machte das BVerfG deutlich, dass die freie richterliche Würdigung der Verfassungsbeschwerde Grenzen setzt. Eine rechtsfehlerfreie richterliche Würdigung ist nicht überprüfbar. Dass der Rechtssuchende nicht schutzlos gestellt ist, wird daran deutlich, dass die dargestellte Freiheit der richterlichen Würdigung nicht unbegrenzte Gültigkeit in Anspruch nehmen kann. So hat das erkennende Gericht u.a. die Denkgesetze, seine Erfahrungssätze sowie die Naturgesetze zu beachten und seiner Entscheidung zugrunde zu legen.⁵⁰

Den hohen Stellenwert der freien Beweiswürdigung hat das BVerfG auch in weiteren Entscheidungen deutlich gemacht. So mit Beschl. v. 27.02.2008 - 1 BvR 2588/06.⁵¹ Denn auch in dieser Entscheidung wurde (nochmals) dargelegt, dass lediglich eine Verletzung von Grundrechten Gegenstand der Verfassungsbeschwerde sein kann. Diese sind jedoch nicht bereits dann verletzt, wenn lediglich eine fehlerfreie richterliche Würdigung erfolgte, welche der Beschwerdeführer als „falsch“ erachtet.

C. Fazit

Die Covid-19-Pandemie hatte Auswirkungen auf die Feierlichkeiten rund um den 70. Geburtstag des BVerfG. Geplant war u.a. ein Zugehen auf die Bevölkerung, indem die 16 Richter/innen mit ebenso vielen Torten eine entsprechende Anzahl von Marktplätzen im Land besuchen, um mit Bürger/innen zu diskutieren. Dies entspricht dem gewählten Leitmotiv, welches in der Kurzformel vom „Bürgergericht“ kondensiert. Es liegt auf der Hand, dass sich trotz der positiven Konnotation über das Motto diskutieren lässt. Denn zum einen wird der breite Aufgabenbereich des Gerichtshofs stark verkürzt dargestellt. Zum andern wird unterschlagen, dass nur wenige der eingelegten Verfassungsbeschwerden überhaupt erfolgreich sind; und dies zu Recht unter Berücksichtigung der Anforderung an Zulässigkeit und Begründetheit. Mithin besteht die nicht zu unterschätzende Gefahr einer Suggestion. Insofern war nämlich bereits in den ersten Entscheidungen ernüchternd zu akzentuieren, dass keine „Superrevisionsinstanz“ geschaffen worden war.

Der Blick zurück auf die Anfänge zeigt, dass dem BVerfG keine Schonzeit gegeben war. Nach seiner Gründung waren sofort ebenso wichtige wie aufsehenerregende Entscheidungen zu treffen, war aber auch über das gesamte Recht verteilt über diverse Themen mit dem Grundgesetz als Maßstab zu judizieren. Nicht alles konnte gelingen.⁵² Freilich vermochte sich das Gericht als feste und beständige Größe zu etablieren. Dafür gebührt ihm selbst eine Torte.

45 Vgl. Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, Rn. 176.

46 Ähnlich § 261 StPO und § 108 VwGO.

47 Vgl. Foerste in: Musilak/Voit, ZPO, § 286 Rn. 1.

48 Vgl. Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, Rn. 34.

49 Vgl. Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, Rn. 34.

50 Vgl. Prütting in: MünchKomm, ZPO, § 286 Rn. 14.

51 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 27.02.2008 - 1 BvR 2588/06.

52 Vgl. FAZ v. 23.09.2021: Was kann Karlsruhe? 70 Jahre Bundesverfassungsgericht – Dieter Grimm und Andreas Voßkuhle über Fehler, Leistungen, Corona und Europa.

Der Deutsche Juristen-Fakultätentag und unsere Juristenausbildung

Der Deutsche Juristen-Fakultätentag (DJFT) ist die Vereinigung der 45 deutschen Juristischen Fakultäten; hinzu kommen zehn deutschsprachige Fakultäten aus Österreich, der Schweiz und Ungarn. Der DJFT (<http://www.djft.de>) versteht sich als Interessenvertretung seiner Mitglieder in der Öffentlichkeit und wirkt auf die politische Willensbildung ein, u.a. durch das Gespräch mit Parlamenten, Behörden, Wissenschaftsorganisationen (HRK, WR, DFG, DAAD, Stifterverband) und Verbänden. Er steht in regem Kontakt mit den Justizministerien des Bundes und der Länder, den Landesjustizprüfungsämtern sowie europäischen und ausländischen Einrichtungen.

Frau Professorin Chiusi ist seit November 2019 Vorsitzende des DJFT, der auf eine 100-jährige Geschichte zurückblicken kann und am 19.11.2021 seine Mitgliederversammlung in Karlsruhe abhält. Was hat der DJFT zu den zentralen Fragen der deutschen Juristenausbildung zu sagen?

Martinek: Frau Professorin Chiusi, lassen Sie uns mit Corona beginnen. Die gemeinsame Presseerklärung des DJFT und des Bundesverbandes rechtswissenschaftlicher Fakultäten (BRF) vom 09.07.2021 hat von Bund und Ländern mit Blick auf das Wintersemester 2021/2022 konkrete Maßnahmen zur zügigen Rückkehr in die Hörsäle verlangt. Den Universitäten müsse die gleiche Priorität wie den Schulen zukommen. Der Schlüssel zum Gelingen eines möglichst „normalen“ Wintersemesters mit Präsenzbetrieb liege in der flächendeckenden Impfung der Studierenden und Lehrenden. Was ist aus dieser Forderung geworden?

Chiusi: Das bevorstehende Wintersemester soll ein Präsenzsemester sein. Das wird so angekündigt in beinahe allen Universitäten. In vielen Universitäten sollen auch „mobile Impfzentren“ eingerichtet werden, um denjenigen unter den Studierenden, die noch nicht geimpft sind, und dem Universitätspersonal eine zusätzliche und flexible Möglichkeit anzubieten, sich impfen zu lassen. Insoweit haben unsere gemeinsamen Appelle einen Beitrag zur Sensibilisierung von Politik und Universitätsleitungen geleistet. Selbstverständlich darf nicht vergessen werden, dass das Virus noch nicht ausgerottet ist. Entsprechend soll weiterhin die Situation ständig beobachtet werden, um schnell und effektiv reagieren zu können. Aber es war wichtig und richtig, die zentrale

Bedeutung der Universität laut und klar hervorzuheben.

Zum kontrovers diskutierten Thema der Schwerpunktbereichsausbildung betont der DJFT, die Ausbildung im Schwerpunktbereich müsse ein integraler Bestandteil des juristischen Studiums bleiben. Er hält den Beschluss der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister (JuMiKo) vom 07.11.2019, wonach aus den Noten der universitären Schwerpunktbereichsprüfung und der staatlichen Pflichtfachprüfung keine Gesamtnote mehr gebildet werden soll, für „nicht zielführend“. Können Sie uns dies bitte näher erläutern?

Das Schwerpunktbereichsstudium hat sich in den vergangenen Jahren als Erfolgsgeschichte der juristischen Fakultäten erwiesen. Es erlaubt eine Spezialisierung in Forschung und Lehre auf hohem Niveau schon während des universitären Studiums. Es eröffnet den Fakultäten die Möglichkeit einer ausgeprägten wissenschaftlichen Profilbildung, den Studierenden eine von individuellen Interessen getragene Fokussierung im Studium. Der Verzicht auf die Bildung einer Gesamtnote im Zeugnis über die Erste Juristische Prüfung könnte – so sieht es die Mehrheit der Fakultäten – zu einer praktischen Marginalisierung der Schwerpunktbereichsausbildung führen.

Wie geht der DJFT mit der vor allem von Studenten- seite vielfach beklagten, teilweise für unzumutbar gehaltenen „Überfülle“ des Prüfungsstoffs in der ersten juristischen Prüfung und den Vorschlägen einer Abschichtung oder Entzerrung der Prüfungsinhalte im Studienverlauf um?

Das Studium muss sich weiterhin am Bild des Einheitsjuristen, der mit dem Privatrecht, dem Öffentlichen Recht und dem Strafrecht vertraut ist, orientieren. Die Fächer

Prof. Dr. Dr. h.c. Tiziana Chiusi



Vorsitzende des Deutschen Juristen-Fakultätentags (DJFT)

Frau Chiusi ist Inhaberin des Lehrstuhls für Zivilrecht, Römisches Recht und Europäische Rechtsvergleichung an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes und Vorsitzende des DJFT.

sind nämlich miteinander in vielfältiger Weise verbunden, sodass die juristische Ausbildung weder auf eines davon verzichten noch sich zeitlich nur auf eines davon konzentrieren kann. Dabei ist gerade der Umstand, dass die drei Fächer und auch die Grundlagenfächer nicht nacheinander, sondern nebeneinander gelehrt und gelernt werden, von nicht unerheblicher Wichtigkeit, um deren Verflechtung zu erfassen. Nur die Zusammenschau der gesamten Rechtsordnung und ihr Bezug zu den Grundlagenfächern garantiert eine juristische Ausbildung, die die Schärfung des rechtswissenschaftlichen Denkens und das Bewusstsein für die gesellschafts- und rechtspolitische Verantwortung von Juristen und Juristinnen fördert.

Gleichzeitig sollte sich die juristische Ausbildung gerade aufgrund ihres wissenschaftlichen Anspruchs auf die Prüfung der dogmatischen Grundlagen der Kerngebiete der Rechtswissenschaft, des Systems der Rechtsordnung und seine Regelungstechniken fokussieren. Wir beobachten mit Sorge die Verbreitung der Idee unter den Studierenden, dass für das Bestehen des Examens Detailwissen nötig sei und dass es erforderlich und genügend sei, alle BGH-Entscheidungen und in der Lehre vertretene Ansichten auswendig zu kennen. Dieser Idee führt übrigens zu Ängsten und manchmal Panikzuständen bei Examenskandidaten und Examenskandidatinnen, die in keiner Weise durch die Ergebnisse der Prüfungen gerechtfertigt sind – nur 4,8% der Kandidaten schaffen nicht nach zwei Versuchen den erfolgreichen Abschluss. Ihre Verbreitung erfolgt gerade nicht durch die juristischen Fakultäten, sondern entfacht sich außerhalb der Universitäten. Sie ist gewissermaßen die Basis des Geschäftsmodells von kommerziellen Repetitorien. Es macht mich traurig, dass so viele Studierende daran glauben und sehe hier auch ein Versäumnis der Fakultäten.

Wir müssen den Studierenden klarer machen, dass es in der Prüfung nicht auf das auswendig Gelernte ankommt, sondern auf das, was man verstanden hat. Die Prüfungen haben zu ermitteln, ob die Kandidaten in der Lage sind, selbständig konsequente und vertretbare Lösungen zu finden und diese in methodisch wissenschaftlicher Weise zu begründen. Bei der Suche und Auswahl von Prüfungsaufgaben sollte strikt darauf geachtet werden.

Wie schätzt der DJFT die Bedeutung der Grundlagenfächer wie Rechtsphilosophie, Rechts- und Verfassungsgeschichte, Methodenlehre, Rechtsvergleichung, Rechtssoziologie ein?

Die Grundlagenfächer sind maßgeblich für die Gewährleistung des wissenschaftlichen Anspruchs der juristischen Ausbildung. Verständnis und Anwendung des Rechts bedürfen der rechtshistorischen, rechtsphilosophischen und rechtstheoretischen Rückkopplung, wenn sie nicht zum unreflektierten, unsystematischen und daher fehleranfälligen Normenvollzug verkommen sollen. Der DJFT hat daher sehr die Empfehlungen des Wissenschaftsrates¹ zur Stärkung der Grundlagenfächer und ihrer Verschränkung mit der Dogmatik, sowie der Vermittlung von Methodenkompetenz begrüßt.² Die Fakultäten sind berufen, das Angebot an Lehrveranstaltungen in den Grundlagenfächer zu gewährleisten.

Kontrovers diskutiert wird auch das Thema „Promotion und Fachhochschulen“. Auch hier hat sich der DJFT eindeutig positioniert. Nach der Beschlusslage soll das Recht, dem wissenschaftlichen Nachwuchs die Befähigung zu eigenständiger wissenschaftlicher Arbeit zu bescheinigen, auch weiterhin allein den Universitäten zustehen, wenngleich auch im Einzelfall eine Kooperation mit Kolleginnen und Kollegen der Fachhochschulen als angemessen angesehen werden kann. Die Gründung eines „Promotionskollegs für angewandte Forschung der Fachhochschulen“ Ende letzten Jahres in Nordrhein-Westfalen mit eigenständigem Promotionsrecht konnte der DJFT indes nicht verhindern. Sehen Sie die Entwicklung für das Fach Rechtswissenschaft als bedrohlich an, etwa im Hinblick auf die Aufgabe der Universitäten, Forschung und Lehre institutionell zu vereinen?

Universitäten und Fachhochschulen sind in der Struktur, in der Zielsetzung und in den Qualifikationsmerkmalen sowohl der Studierenden als auch der Lehrenden grundsätzlich verschieden. Das Recht, dem wissenschaftlichen Nachwuchs die Befähigung zu eigenständiger wissenschaftlicher Arbeit zu bescheinigen, steht allein den Universitäten zu. Das folgt aus ihrer typischen Aufgabe, wissenschaftliche Forschung und Lehre – also aus Artikel 5 Absatz 3 des Grundgesetzes – institutionell zu vereinen. Daher ist das Promotionsrecht für die Universität identitätsbestimmend.

Voraussetzung einer rechtswissenschaftlichen Promotion ist – außer der persönlichen Eignung der Kandidaten – der Umstand, dass diese einen Studiengang absolviert ha-

1 WR Jura 2013.

2 Beschluss 2018/II.

ben, der per se geeignet ist, die wissenschaftliche Basis für eine Promotionsarbeit zu legen, das heißt ein Studium, das die fachliche Breite, die Grundlagenorientierung und die Methodik gewährleistet. Das ist an Fachhochschulen grundsätzlich nicht der Fall, was wiederum ebenso aus ihrer spezifischen Aufgabe folgt. Freilich sind in den Promotionsordnungen der Fakultäten Möglichkeiten vorgesehen, in denen unter bestimmten Voraussetzungen eine Kooperation mit Professoren und Professorinnen der Fachhochschulen zum Zweck einer Promotion für angemessen erachtet wird.

Was erhoffen und erwarten Sie persönlich von der diesjährigen Mitgliederversammlung des DJFT?

Wir sind sehr gespannt auf die nächste Versammlung, die wir wegen der Pandemie einmal verschieben mussten. Wir werden das 100-jährige Bestehen des DJFT in Karlsruhe feiern, in der „Hauptstadt des Rechts“ unter starker Beteiligung des Bundesverfassungsgerichts. Präsident Harbarth wird am Vorabend des Fakultätentags im Rahmen des „wissenschaftspolitischen Abends“ über das Thema „Juristenausbildung in Zeiten besonderer Herausforderungen für die Rechtsstaatlichkeit“ sprechen; unser Ehrenvorsitzender, jetzt Richter am Bundesverfassungsgericht, Peter Huber wird bei der Versammlung über „Rechtsprechung und Rechtswissenschaft“ referieren. Er wird uns zusammen mit Henning Radtke, ebenso

ehemaliger Vorsitzender des DJFT und jetzt Richter am Bundesverfassungsgericht, durch das Bundesverfassungsgericht führen. Auch auf die Grußworte der Bundesjustizministerin Christine Lambrecht freuen wir uns sehr. All das wird sicherlich wertvolle Denk- und Reflexionsanstöße geben. Daher wünsche ich mir eine konstruktive und erbauliche Diskussion. Die deutsche Juristenausbildung trägt in nicht unwesentlicher Weise zum wirtschaftlichen Erfolg der Bundesrepublik, zum Funktionieren des Rechtsstaates und zum Zusammenhalt der Gesellschaft bei, indem sie für exzellente Protagonisten der Rechtspflege und der Verwaltung, der Wirtschaft und der Universitäten seit Jahrzehnten sorgt. Die ständige Verbesserung und Anpassung der Ausbildung – was übrigens in dieser ausgeprägten Form in keinem anderen universitären Fach stattfindet –, um Juristen und Juristinnen auf ihre besondere Verantwortung in Staat und Gesellschaft vorzubereiten, ist das Ziel der Arbeit des DJFT als Ort der Begegnung und der Diskussion unter den Fakultäten.

Frau Professor Chiusi, ich danke Ihnen sehr für dieses spannende Gespräch und wünsche der DJFT-Mitgliederversammlung ein gutes Gelingen!

Das Interview wurde von RA Univ.-Prof. em. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Martinek geführt.

Dr. Jochen Sievers



Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht

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

Dr. Sophie Kruppa



Rechtsanwältin

Dr. Sophie Kruppa ist Rechtsanwältin in der Praxisgruppe Arbeitsrecht bei Linklaters LLP in Düsseldorf. Sie hat Rechtswissenschaften mit arbeitsrechtlichem Schwerpunkt an der Universität zu Köln sowie der Duquesne University in Pittsburgh studiert. Anschließend war sie promotionsbegleitend als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln tätig. Im Rahmen des Referendariats absolvierte sie u.a. Stationen an der deutschen Botschaft in Washington D.C., bei Linklaters LLP und am LArbG Köln.

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



Professor an der Friedrich-Schiller-Universität Jena

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

Friederike Pfeifer



Teamleiterin Mobilität am IKEM-Institut

Friederike Pfeifer ist Wissenschaftliche Referentin und Teamleiterin Mobilität am IKEM-Institut für Klimaschutz, Energie und Mobilität e.V. (Berlin). Seit Ende 2017 bearbeitet sie dort im Rahmen interdisziplinärer Forschungsprojekte Rechtsfragen der Verkehrswende, u.a. der Elektromobilität.

Dr. Nils Trossen



Richter am Bundesfinanzhof

Nach Studium und Referendariat in Bayern Tätigkeit in der Finanzverwaltung Nordrhein-Westfalen. Seit 2002 Richter am FG Düsseldorf, von 2007 bis 2010 wissenschaftlicher Mitarbeiter am BVerfG. Seit 2013 Richter am BFH. Zahlreiche Veröffentlichungen zum Ertrags- und Unternehmenssteuerrecht sowie zum steuerlichen Verfahrensrecht. Daneben Vortragstätigkeit im Rahmen der Fortbildung für Steuerberater, Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfer.

Dr. Klaus Liebl



Richter am Landgericht

Herr Liebl ist Diplom-Finanzwirt (FH) und war bis 2007 bei der Finanzverwaltung im gehobenen Dienst tätig. Nach Abschluss seiner Promotion im Jahr 2010 und der zweiten Juristischen Staatsprüfung 2011 arbeitete er bis 2013 als Rechtsanwalt. Nunmehr ist er in der bayerischen Justiz beschäftigt. Dort war er bis 2017 Staatsanwalt und bis 2021 als Richter am Landgericht Mitglied einer Wirtschaftsstrafkammer. Derzeit ist er als wissenschaftlicher Mitarbeiter an den BFH abgeordnet. Er ist zudem Autor zahlreicher juristischer Publikationen.

IMPRESSUM

Herausgeber: Vizepräsident des BSG Prof. Dr. Thomas Voelzke, Kassel
Vors. Richter in am BFH Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel, München
Vizepräsident des OLG 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
Rechtsanwalt und Prof. (em.) 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, Aufsichtsratsvorsitzende: Ministerialdirigentin Eva-Lotta Gutjahr

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

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

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

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

Bestellungen: Über jede Buchhandlung und beim Verlag

Satz: Datagroup Int., Timisoara

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

ISSN: 2197-5345

8. Jahrgang

juris PraxisKommentar Straßenverkehrsrecht StVG | StVO | Zivilrecht | Ordnungswidrigkeiten- und Strafrecht | StVZO | FeV | FZV

2. Auflage 2022

Herausgeber:

Hans-Peter Freymann, Präsident des Landgerichts, Saarbrücken, und Wolfgang Wellner, Richter am Bundesgerichtshof, Karlsruhe

Teilherausgeber (Verwaltungsrecht):

Dr. Michael Trésoret, Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht, Trier

Wie nur wenige Rechtsgebiete prägt das Straßenverkehrsrecht den Alltag, sei es als Fahrer eines PKWs, eines Motorrades oder auch als Fußgänger und Radfahrer. Rechtsanwälte und Richter müssen dabei eine Vielzahl von Regelungen berücksichtigen. Die Neuauflage des juris PraxisKommentar Straßenverkehrsrecht verschafft professionelle Kenntnisse und Rechtssicherheit für die Beratung und die richterliche Entscheidung.

Die Autorinnen und Autoren – überwiegend Richterinnen und Richter – erläutern die Kernthemen aus allen Bereichen des Straßenverkehrsrechts. Die zivil- und verwaltungsrechtlichen Vorschriften werden ebenso wie die Regelungen des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts umfassend und zugleich praxisnah kommentiert:

- Straßenverkehrsgesetz - StVG
- Straßenverkehrsordnung - StVO
- Haftung und Schadenersatz nach BGB und anderen Vorschriften (z.B. HaftpflG)
- Gesetzlicher Forderungsübergang nach SGB X (Auszüge)
- StGB / StPO / OWiG (Auszüge)
- Bußgeldkatalogverordnung - BKatV
- Fahrerlaubnis- und Zulassungsrecht – FeV / FZV / StVZO

Zu der 1. Auflage wurden 2.000 Online-Aktualisierungshinweise in die Neuauflage des vielfach zitierten Kommentars eingearbeitet – darunter Hinweise zur Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur sowie erstmalige Erläuterungen.

Im Mittelpunkt der Überarbeitungen und Neukommentierungen stehen unter anderem:

- 54. Verordnung zur Änderung straßenverkehrsrechtlicher Vorschriften v. 20.04.2020 inklusive der strittigen Fragen zum Fahrverbot und zur Nichtigkeit des Bußgeldkatalogs
- Erste Verordnung zur Änderung der Bußgeldkatalog-Verordnung v. 13.10.2021
- StVO-ÄndVO v. 18.12.2020 mit der Reform der Bundesfernstraßenverwaltung
- Erläuterungen der Vorschriften zum „Automatisierten Fahren“ (§§ 1a-I StVG)
- Neuregelung zum § 315d StGB (Verbotene Kraftfahrzeugrennen)
- Erfahrungen mit der Reform des „Punktesystems“ im Rahmen des § 4 StVG Fahreignungs-Bewertungssystems
- Abrechnung auf Neuwagenbasis und fiktiver Schadensersatz nach § 249 BGB
- Neukommentierungen des § 253 BGB (Schmerzensgeld)
- Internetbasierte Zulassung nach § 15a ff. FZV
- Anforderungen an die Fahreignung nach Alkohol- und Drogenfahrten (§ 11 FeV)

Durch die bewährte Aktualisierung der Online-Version behalten Sie die Entwicklungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur auch künftig immer im Blick. Die bewährten Links auf zitierte Urteile, Normen und Literaturnachweise ersparen Zeit bei der Recherche und vermitteln Rechtssicherheit.

www.juris.de/stvr

STAUDINGER online. ENTSCHEIDEND besser.

Der STAUDINGER ist die Referenz unter den BGB-Kommentaren. Wissenschaftlich zuverlässig und praxisnah informiert er über alle Änderungen und Entwicklungen im Zivilrecht.

Dank hochrangiger Autoren aus Forschung und Praxis erhalten Sie eine fundierte und im Detail präzise Kommentierung des BGB, inklusive Einführungsgesetz, wichtigen Nebengesetzen und des Internationalen Privatrechts (IPR) – meinungsstark und lösungsorientiert. Der von den Verlagen **Dr. Otto Schmidt und De Gruyter** herausgegebene Großkommentar setzt sich vorausdenkend mit der relevanten Rechtsprechung auseinander und stellt die Auswirkungen auf aktuelle und potentielle Rechtsfragen sachlich dar.

Die speziell für die digitale Nutzung produzierte Online-Ausgabe überzeugt durch zahlreiche zusätzliche Vorteile gegenüber der bekannten Printfassung. Die Inhalte sind für Sie täglich 24 Stunden und von jedem Ort der Welt verfügbar. Sie haben dank intelligentem Aktualisierungskonzept immer den neuesten Rechtsstand im Zugriff. Durch die exklusive und nahtlose Einbindung in juris – Das Rechtsportal durchsuchen Sie den kompletten STAUDINGER Online in wenigen Sekunden mit nur einem Klick.

Gleichzeitig profitieren Sie nicht nur von der direkten Verfügbarkeit zitierter Entscheidungen, Normen oder der Premium-Literatur der jurisAllianz, sondern auch von der State-of-the-Art-Recherche-Technologie von juris. Umfassende digitale Funktionen wie Schnellzugriff, Favoriten, Suchfilter oder Zitierfunktion steigern Ihre Effizienz und beschleunigen Ihre Fallbearbeitung wesentlich.

Der STAUDINGER Online ist optimiert für die Nutzung in Kanzleien, Notariaten und Unternehmen. In Justiz und Wissenschaft ist er als einer der meistzitierten BGB-Großkommentare ohnehin unverzichtbar.

www.staudinger.juris.de

IN EIGENER SACHE

Liebe Leserinnen und Leser der jM,

für Ihre Treue und Ihr Vertrauen, die Sie uns im Jahr 2021 entgegengebracht haben, bedanken wir uns sehr herzlich.

Wir freuen uns auf eine erfolgreiche Fortsetzung im nächsten Jahr!

Ihren Familien und Ihnen wünschen wir im Namen der Geschäftsführung und Mitarbeiter von juris fröhliche Weihnachten und einen guten Start in ein glückliches und gesundes Jahr 2022!

Ihre juris GmbH

Neue Werke für Ihre Recherche freigeschaltet

Damit Sie bei juris immer die besten Rechtsinformationen finden, wird die juris Online-Recherche fortlaufend mit neuer Fachliteratur der **jurisAllianz** Partnerverlage ergänzt.

Die Allianz der Partnerverlage **Dr. Otto Schmidt, De Gruyter, Erich Schmidt, C.F. Müller, Hüthig Jehle Rehm, Stollfuß Medien, Reguvis, dfv Medien-gruppe, Deutscher Anwaltverlag, Deutscher Notarverlag, IWW Institut, RWS Verlag und Fachmedien Otto Schmidt** gestaltet gemeinsam mit juris die Zukunft der Online-Rechtsinformationswelt. Das Netzwerk nutzt die Stärken aller und schafft für die Kunden ein interessantes und vielfältiges Angebot. Es bündelt alle relevanten Rechtsinformationen der Verlage – insbesondere Zeitschriften, Kommentare und Handbücher – und verknüpft sie untereinander sowie mit der juris Rechtsprechung, den Gesetzen und Verwaltungsvorschriften. Eine aktuelle Übersicht finden Sie auf unserer Startseite:

www.juris.de/neuewerke



JURIS PRELEX

Das ist die Zukunft des Rechts.

Ihre Vorteile mit juris PreLex

- Gesetzesänderungen immer im Blick
- Aktuelles Compliance-Monitoring
- Intelligente E-Mail-Alerts und Newsfeeds

juris PreLex

Mit juris PreLex sind Sie dem Recht immer ein Stück voraus. Denn dank juris PreLex wissen Sie heute schon, welches Recht morgen gilt, und können auf kommende Gesetzesänderungen frühzeitig reagieren.

juris PreLex verschafft Ihnen bequem einen Überblick über neue Entwicklungen in der Gesetzgebung. Sie verfolgen laufende Gesetzgebungsverfahren einfach und intuitiv und werden über relevante Änderungen automatisch per E-Mail informiert.

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

ab **39,00 €**/Monat

zzgl. MwSt.

juris[®] Das Rechtsportal



Ein Portal. Die beste Literatur.

**Die Premiumliteratur der
jurisAllianz digital bei juris:**

- Hunderte Top-Titel führender Fachverlage
- Die Expertise hochrangiger Autoren
- Zu allen Rechts- und Themengebieten

**Premiumliteratur führender Fachverlage
vollständig digitalisiert**

Mit der juris Online-Bibliothek erhalten Sie Zugriff auf exzellente Premiumliteratur: Die vollständige Digitalisierung hochkarätiger Klassiker wie Erman BGB, Betriebs-Berater oder STAUDINGER Online garantiert ein effizientes Arbeiten auf höchstem Niveau. Sie profitieren von der laufenden Aktualisierung aller Inhalte; die zitierten Entscheidungen und Normen sind direkt im Zugriff. Dank der State-of-the-Art-Recherche-Technologie von juris beschleunigen Sie Ihre Fallbearbeitung wesentlich.

**juris Premiumliteratur jetzt entdecken
und 4 Wochen gratis testen:**
www.juris.de/premiumliteratur

jurisAllianz
Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.