

Juris[®] Die Monatszeitschrift

JM 12 | DEZEMBER
2019

Topthema:

**Goodbye Peterle, leb wohl
Lehre vom Tatherrschafts-
wechsel! Oder doch nicht?
Ärztliche Suizidbegleitung
im Lichte der aktuellen
BGH-Rechtsprechung**

Wiss. Mit. Dr. Alexandra Windsberger

Interview:

**Digitale Justiz aus dem Blick-
winkel des Zukunftsforschers**

Digitalisierungsexperte Philipp Otto

In dieser Ausgabe:

**Die EU-Urheberrechtsreform:
„Digitales Update“**

Prof. Dr. Hannes Ludyga

**Arbeitnehmerdatenschutz und
DSGVO – erste Erfahrungen
mit dem neuen Recht**

RA und FA für Arbeitsrecht Thomas Faas

**Kommando zurück? Ent-
wurf des JStG 2019 soll
Rechtsprechung des BFH
ausbremsen – zulasten der
Steuerzahler**

VRi inBFH Prof. Dr. Monika Jachmann-
Michel und Wiss. Mit. Dr. Stefan Grunow





Jetzt neu: Bauer/Klie/Lütgens, Heidelberger Kommentar zum Betreuungs- und Unterbringungsrecht (HK-BUR)

juris PartnerModul

Betreuungsrecht

partnered by Bundesanzeiger Verlag | C.F. Müller | De Gruyter | Erich Schmidt Verlag | Giesecking | IWW Institut | Verlag Dr. Otto Schmidt | zerb verlag

Das Online-Modul liefert alle wichtigen Informationen rund um das Betreuungsrecht. Es ist speziell konzipiert für alle, die mit dem Betreuungs- und Vormundschaftsrecht befasst sind.

Sie nutzen hochkarätige Kommentare speziell zum Betreuungsrecht. Eine große Zahl von Handbüchern deckt alle relevanten Themenbereiche ab, von Betreuungs- und Unterbringungsverfahren über Haftung und Vergütung des Betreuers bis zu Vorsorgevollmacht, Betreuungs- und Patientenverfügung.

Sie finden alle „Entscheidungen, die Sie kennen müssen“. Die BtPrax, Zeitschrift für Sozialarbeit, gutachterliche Tätigkeit und Rechtsanwendung in der Betreuung, liefert neben der aktuellen Rechtsprechung umfassende Informationen und konkrete Praxishilfen zum gesamten Betreuungs- und Unterbringungsrecht sowie angrenzenden Rechtsgebieten.

Inhalt:

- Betreuungsrecht, Bienwald/Sonnenfeld/Harm/Bienwald
- Betreuungsrechtliche Praxis, BtPrax
- Heidelberger Kommentar zum Betreuungs- und Unterbringungsrecht, HK-BUR, Bauer/Klie/Lütgens (Hrsg.)
- Die Haftung des Betreuers, Deinert/Lütgens/Meier
- Die Vergütung des Betreuers, Deinert/Lütgen
- FamFG, Bahrenfuss (Hrsg.)
- Handbuch Betreuungsrecht, Meier/Deinert
- Praxiskommentar Betreuungs- und Unterbringungsverfahren, Fröschle (Hrsg.)
- Seniorenrecht aktuell, SR
- Systematischer Praxiskommentar Betreuungsrecht, Dodegge/Roth
- Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung und Patientenverfügung, Rudolf/Bittler/Roth
- und viele weitere Titel

+ Rechtsprechung, Gesetze und Literaturnachweise von juris

Mehr Informationen unter: www.juris.de/pm-betreuungsrecht



ab 39,00 €/Monat

zzgl. MwSt.

jurisAllianz

Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Zivil- und Wirtschaftsrecht

Die EU-Urheberrechtsreform: „Digitales Update“

Prof. Dr. Hannes Ludyga S. 442

Erfüllungsort der Nacherfüllung

EuGH, Urt. v. 23.05.2019 - C-52/18

Prof. Dr. Michael Jaensch S. 448

Geschenkt ist geschenkt – oder doch nicht?

BGH, Urt. v. 18.06.2019 - X ZR 107/16

RA und Wiss. Mit. Veris-Pascal Heintz S. 450

Widerruf vom Wohnmobil-Kaufvertrag im laufenden Rechtsstreit

BGH, Urt. v. 17.10.2018 - VIII ZR 212/17

RiLG Dr. Christoph Kretschmer, z. Zt. Wiss.

Mit. beim BGH S. 452

Arbeitsrecht

Arbeitnehmerdatenschutz und DSGVO – erste Erfahrungen mit dem neuen Recht

RA und FA für Arbeitsrecht Thomas Faas

S. 454

Sozialrecht

Der Anspruch auf Arbeitslosengeld nach unwiderruflicher Freistellung

BSG, Urt. v. 30.08.2018 - B 11 AL 15/17 R

Ass. iur. Bastian Brackelmann

S. 461

Verwaltungsrecht

Videoüberwachung in einer Zahnarztpraxis

BVerwG, Urt. v. 27.03.2019 - 6 C 2/18

RiVG Dr. Thomas Schwabenbauer

S. 465

Schallschutz in Gebieten zur Erholung, Freizeit und Sport und auf dem Wohnmobilstellplatz

BVerwG, Urt. v. 13.12.2018 - 3 A 17/15

ORR Sebastian Batzer

S. 468

INHALT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Steuerrecht

Kommando zurück? Entwurf des JStG 2019 soll Rechtsprechung des BFH ausbremsen – zulasten der Steuerzahler

VRi'inBFH Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel
und Wiss. Mit. Dr. Stefan Grunow

S. 471

Topthema:

Strafrecht

Goodbye Peterle, leb wohl Lehre vom Tatherrschaftswechsel! Oder doch nicht? Ärztliche Suizidbegleitung im Lichte der aktuellen BGH-Rechtsprechung

Wiss. Mit. Dr. Alexandra Windsberger

S. 477

INTERVIEW

Digitale Justiz aus dem Blickwinkel des Zukunftsforschers

Interview mit:

Digitalisierungsexperte Philipp Otto

S. 482

Grenzen der ärztlichen Sterbehilfe verschoben?



Prof. Dr. Thomas Voelzke
Vizepräsident des Bundessozialgerichts

Der BGH hatte die bisher geltende Grenze zwischen Sterbehilfe aus humanitären Gründen und strafbarem Handeln des Arztes in seinem Urteil vom 04.07.1984 - 3 StR 96/84 gezogen. Der behandelnde Arzt hatte die Patientin im Zustand schwerster Vergiftung aufgefunden. Neben Morphium-Ampullen und Tabletten-Röhrchen fand er den Zettel: „An meinen Arzt. Bitte kein Krankenhaus. Erlösung. Ich will zu meinem Peterle.“ Die 77jährige Witwe hatte auf diese Weise ihre mehrfach geäußerte Absicht, ihrem nach fünfzigjähriger Ehe gestorbenen Mann in den Tod nachzufolgen, umgesetzt. Der Arzt hatte den letzten Willen seiner Patientin respektiert und keinen Krankenwagen gerufen, sondern bis zum letzten Atemzug bei der Sterbenden Wache gehalten.

Zwar wurde der behandelnde Arzt Dr. Wittig aufgrund der speziellen Umstände des Falles freigesprochen, jedoch hatte der BGH in seinem Urteil aus dem Jahr 1984 zugleich klargestellt, dass ein Arzt, der eine Patientin im Anschluss an Suizidhandlungen bewusstlos vorfindet, bei einem Unterlassen von Rettungsmaßnahmen eine Strafbarkeit wegen eines Tötungsdelikts durch Unterlassen riskiert. Der hieraus resultierende Wertungswiderspruch ist von der Literatur mit folgendem Beispiel auf den Punkt gebracht worden: Der Garant darf dem Suizidenten zwar den Strick reichen, sobald dieser sich jedoch in die Schlinge fallen lässt, muss er ihn unverzüglich abschneiden.

Mit zwei Urteilen vom 03.07.2019 hat der BGH im „Hamburger Fall“ und im „Berliner Fall“ Freisprüche für Ärzte, die Suizidwillige begleiteten und bis zuletzt keine Rettungsmaßnahmen trafen, durch die jeweiligen Landgerichte bestätigt.

Der Frage, ob mit diesen Urteilen tatsächlich eine Tendenz zur Entkriminalisierung der ärztlichen Suizidbegleitung einhergeht und welche Konsequenzen sich für Angehörige ergeben, wird in dem Aufsatz von Alexandra Windsberger nachgegangen.

Gleich zwei Aufsätze des aktuellen Heftes befassen sich mit Themenstellungen, die sich für das Recht im Zusammenhang mit der Digitalisierung stellen: Unser zivilrechtlicher Aufsatz von Hannes Ludyga bietet einen Überblick zur EU-Richtlinie über das „Urheberrecht und verwandte Schutzrechte im Binnenmarkt“. Die Auseinandersetzungen um die Reform sind noch gut im Gedächtnis. Bei den Debatten um die „Upload-Filter“ gehört die Kennzeichnung „Zensurkeule“ – so etwa der Vorsitzende der Jungen Union Tilman Kuban – noch zu den eher moderaten Tönen. Im Beitrag wird aufgezeigt, dass die Verwendung maschineller Upload-Filter trotz der Gefahr eines „overblockings“ zur präventiven Verhinderung von Urheberrechtsverletzungen im Grunde alternativlos sind.

Der wechselseitige Zusammenhang zwischen Digitalisierung und Big Data ist offenkundig. In der Folge wurde eine Stärkung von Datenschutzrechten in allen Lebensbereichen eine unabwiesbare Aufgabe. Über erste Erfahrungen mit dem durch die DSGVO neugestalteten Arbeitnehmerdatenschutz berichtet unser arbeitsrechtlicher Aufsatz. Vor dem Hintergrund, dass jedenfalls in der Praxis der kleineren und mittleren Unternehmen bis heute zum Teil noch kein entsprechendes Problembewusstsein besteht, ist die Darstellung von praxisrelevanten Anwendungs- und Auslegungsfragen von besonderem Wert, weil nach Einschätzung des Autors Thomas Faas mit einer Verstärkung der Kontrolltätigkeit der Aufsichtsbehörden und der Höhe der Geldbußen zu rechnen ist.

Die „Digitalen Updates“ werden abgerundet durch das Interview dieses Heftes, das Herr VPräsLG Holger Radke mit dem Zukunftsforscher Philipp Otto geführt hat. Inhalt des Interviews sind einerseits die gerade in der Justiz hinreichend bekannten inneren Widerstände, sich auf die mit der Digitalisierung zusammenhängenden Innovationen einzulassen. Zum anderen richtet sich der Blick in die Zukunft, in der – das ist die beruhigende Botschaft – das Rechtssystem trotz aller technischer Änderungen ein Grundpfeiler unserer demokratischen Gesellschaft bleiben wird.

Im Namen aller Herausgeber und Experten wünsche ich Ihnen wiederum eine anregende Lektüre

Thomas Voelzke

Die EU-Urheberrechtsreform: „Digitales Update“

Prof. Dr. Hannes Ludyga

A. Gesetzgebungsverfahren

Der Ministerrat der EU stimmte am 15.04.2019 der EU-Richtlinie über das „Urheberrecht und verwandte Schutzrechte im Binnenmarkt“ (Urh-RL) nach vorheriger Verabschiedung der Richtlinie durch das Europäische Parlament zu. Ein auf EU-Ebene 2016 eingeleitetes Gesetzgebungsverfahren wurde damit abgeschlossen. Zur Umsetzung in nationales Recht bleiben den Mitgliedstaaten der EU nach der Veröffentlichung der Urh-RL im EU-Amtsblatt zwei Jahre Zeit.¹

Die Reform des Urheberrechts ist eine „zentrale Säule“ der „Strategie für einen digitalen Binnenmarkt“ der EU-Kommission² und bildet eine Reaktion auf technische Entwicklungen.³ Artur-Axel Wandtke nennt die Verabschiedung der Urh-RL einen weiteren „Schritt in Richtung eines modernen europäischen Urheberrechts“.⁴ Nach Thomas Dreier war es notwendig, „den EU-rechtlichen Urheberrechtsrahmen an die fortgeschrittene technische und wirtschaftliche Entwicklung anzupassen.“⁵ Die Urh-RL leistet einen Beitrag dazu, die „Rechtssicherheit der grenzüberschreitenden Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke zu erhöhen“.⁶ Bei der Reform des Urheberrechts sind der Schutz des Geistigen Eigentums gem. Art. 17 Abs. 2 EU-Grundrechte-Charta (GrCh), das Grundrecht der unternehmerischen Freiheit (Art. 16 GrCh), die Informationsfreiheit der Internetnutzer (Art. 11 GrCh) und die Meinungsfreiheit (Art. 11 GrCh) zu beachten.⁷ In Einklang zu bringen sind die Interessen von Urhebern, Diensteanbietern im Internet und den Nutzern von Online-Plattformen.⁸ Zu den Nutzern gehören diejenigen, die Inhalte auf Online-Plattformen hochladen und die Menschen, die diese Inhalte abrufen.

Die öffentlichen Diskussionen über die Urh-RL wiesen „Züge eines Glaubenskriegs“⁹ auf. Zu nachhaltiger Kritik führte im Rahmen der „Plattformverantwortlichkeit“¹⁰ gem. Art. 17 Urh-RL die Einführung von „Upload-Filtern“ für Online-Plattformen wie YouTube und die Neuregelung des Leistungsschutzrechts für Presseverleger nach Art. 15 Urh-RL.¹¹ Da die Debatten über „Upload-Filter“ und das Leistungsschutzrecht für Presseverlage den öffentlichen Diskurs bestimmten,¹² stehen diese Regelungen im Mittelpunkt des vorliegenden Beitrags.

B. Inhalt und Gegenstand der Urh-RL

Die Urh-RL umfasst fünf Titel und bildet eine Reaktion auf neue „Vervielfältigungs- und Verbreitungswege“¹³ von Inhalten durch die Digitalisierung. Der erste Titel regelt den Anwendungsbereich der Urh-RL und enthält für die Zwecke der Richtlinie geltende Begriffsbestimmungen (Art. 1 – 2 Urh-RL).¹⁴ Maßnahmen zur Anpassung von Ausnahmen und Beschränkungen an das digitale und grenzüberschreitende Umfeld bilden den Gegenstand des zweiten Titels der Urh-RL.¹⁵ Dazu gehören Schranken für das Text- und Data-Mining (Art. 3 – 4 Urh-RL),¹⁶ Regelungen über die Nutzung von Werken und sonstigen Schutzgegenständen für digitale und grenzüberschreitende Unterrichts- und Lehrtätigkeiten (Art. 5 Urh-RL) und die Erhaltung des Kulturerbes (Art. 6 Urh-RL). Der Bewahrung des Kulturerbes soll die europaweite „Digitalisierung von Kulturgut“ dienen.¹⁷ Art. 6 der Urh-RL richtet sich an Bibliotheken, Museen, Archive und Einrichtungen des Film-

1 Kaesling, JZ 2019, 587, 589; Hofmann, jurisPR-WettbR 6/2019 Anm. 1; Pravemann, GRUR 2019, 788; juris-Redaktion, Pressemitteilung des EP vom 26.03.2019. 348 Parlamentarier stimmten für die Richtlinie, 274 dagegen und 36 Abgeordnete enthielten sich. Bis zum 07.06.2021 bleibt den EU-Mitgliedstaaten Zeit, die Urh-RL in nationales Recht umzusetzen. Frankreich plant eine möglichst schnelle Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht.

2 Grünberger, ZUM 2019, 281.

3 Kaesling, JZ 2019, 586; Specht, GRUR 2019, 253, 259.

4 Wandtke, NJW 2019, 1841.

5 Dreier, GRUR 2019, 771.

6 Dazu allgemein: Stieper, ZUM 2019, 211.

7 Hofmann, GRUR 2018, 21.

8 Kaesling, JZ 2019, 587.

9 Wandtke, NJW 2019, 1841.

10 Hofmann, jurisPR-WettbR 6/2019 Anm. 1.

11 www.bpb.de/politik/hintergrund-aktuell/287108/eu-urheberrechtsreform (zuletzt abgerufen am 18.10.2019).

12 Stieper, ZUM 2019, 212.

13 Kaesling, JZ 2019, 586.

14 Urh-RL, Titel I; Hofmann, jurisPR-WettbR 6/2019 Anm. 1.

15 Urh-RL, Titel II.

16 Spindler, CR 2019, 278, 281. Die Schranke gem. § 60d UrhG im deutschen nationalen Recht kann vermutlich „weitgehend aufrechterhalten bleiben“. Stieper, ZUM 2019, 213. Data-Mining ist eine digitale Technik, „mit der große Datenmengen automatisch analysiert werden, um verborgene Muster und Zusammenhänge aufzudecken“.

17 Urh-RL, Titel II; Hofmann, jurisPR-WettbR 6/2019, Anm. 1.

und Tonerbes.¹⁸ Die Urh-RL bekennt sich in Art. 6 Urh-RL dazu, dass die Wahrung und der Schutz der kulturellen Vielfalt eine Aufgabe des Urheberrechts bildet.¹⁹

Der dritte Titel der Urh-RL normiert Maßnahmen zur Verbesserung der Lizenzierungspraxis und zur Gewährleistung eines breiteren Zugangs zu Inhalten. Der Titel betrifft vergriffene Werke und sonstige Schutzgegenstände (Art. 8 – 11 Urh-RL),²⁰ Maßnahmen zur Erleichterung der kollektiven Lizenzvergabe (Art. 12 Urh-RL), die Zugänglichkeit und Verfügbarkeit audiovisueller Werke über Videoabrufdienste (Art. 13 Urh-RL) und gemeinfreie Werke der bildenden Kunst (Art. 14 Urh-RL). Ein bedeutender Inhalt des dritten Titels ist die „Remonopolisierung“ gemeinfreier Werke nach Art. 14 Urh-RL, der im nationalen Recht § 72 UrhG in Teilen widerspricht.²¹ Das Ziel von Art. 14 Urh-RL ist es, „die grenzüberschreitende Verbreitung von originaltreuen Vervielfältigungen im Interesse des Zugangs zur Kultur und des kulturellen Erbes zu schützen“. Vervielfältigungen der gemeinfreien Werke können durch 3-D-Drucker erfolgen.²²

Maßnahmen zur Schaffung eines funktionsfähigen Marktes für den Urheberrechtsschutz sind Teil des vierten Titels der Urh-RL. Der Titel enthält Bestimmungen über den Schutz von Presseveröffentlichungen in Hinblick auf die Online-Nutzung (Art. 15 Urh-RL), die Verlegerbeteiligung (Art. 16 Urh-RL),²³ die „Plattformverantwortlichkeit“ (Art. 17 Urh-RL) und das Urhebervertragsrecht (Art. 18 Urh-RL). Art. 18 der Urh-RL verlangt bezogen auf das Urhebervertragsrecht wie § 32 UrhG eine angemessene und verhältnismäßige Vergütung der Urheber. Erstmals wird auf europäischer Ebene das Urhebervertragsrecht Gegenstand der Harmonisierung. Ein Ziel von Art. 18 Urh-RL ist eine Stärkung der Urheber, die sich grds. in einer schwachen Verhandlungsposition befinden.²⁴ In der Online- und Offline-Welt gehört die angemessene Vergütung von Urhebern zu „Grundkonstanten im Urheberrecht“.²⁵ Der fünfte Titel der Urh-RL trifft Schlussbestimmungen.²⁶

Keinen Eingang in die Urh-RL fanden Bestimmungen über das Urheberpersönlichkeitsrecht und die Persönlichkeitsrechte der ausübenden Künstler.²⁷ Ein Leistungsschutzrecht für Sportveranstalter wurde, anders als ursprünglich geplant, nicht in die Urh-RL aufgenommen.²⁸

C. „Plattformverantwortlichkeit“

Art. 17 der Urh-RL regelt die sog. Plattformverantwortlichkeit etwa von YouTube oder Vimeo für von Nutzern hochgeladene Inhalte und normiert erstmals umfassend ein „Haftungssystem für das Urheberrecht“²⁹ auf europäischer Ebene. Ein Ziel einer solchen Bestimmung ist eine Rechtssicherheit für Online-Plattformen,³⁰ Nutzer und Urheber.³¹ Art. 17 Urh-RL liegt

der Gedanke zugrunde, dass Online-Plattformen grds. für rechtsverletzende Inhalte haften³² und behandelt Online-Plattformen bzw. Diensteanbieter als aktive Täter für „Handlungen der öffentlichen Zugänglichmachung und Vervielfältigung durch seine Nutzer“.³³ Das rechtswidrige Verhalten von Nutzern ist nach Art. 17 Urh-RL den Online-Plattformen zuzurechnen.³⁴ Online-Plattformen gestatten es Nutzern, urheberrechtlich geschützte Inhalte hochzuladen.³⁵ Das Haftungsprivileg für Online-Plattformen gem. Art. 14 E-Commerce-RL durchbricht Art. 17 Urh-RL.³⁶ Art. 17 Abs. 4 Urh-RL geht dem Haftungsprivileg nach Art. 14 E-Commerce-RL in den einschlägigen Fällen vor.³⁷

Die von Art. 17 der Urh-RL erfassten Online-Plattformen nennt die Urh-RL „Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten“. Es handelt sich um eine neue Begrifflichkeit im Urheberrecht.³⁸ „Diensteanbieter für das Tei-

18 Wandtke, NJW 2019, 1843; Urh-RL, Titel II. Einrichtungen des Kulturerbes ist es nach Art. 6 der Urh-RL gestattet, Werke und sonstige Schutzgegenstände, die sich dauerhaft in ihren Sammlungen befinden, unabhängig vom Format oder Medium für die Zwecke der Erhaltung dieser Werke oder sonstigen Schutzgegenstände in dem für diese Erhaltung notwendigen Umfang zu vervielfältigen. Art. 6 der Urh-RL verfolgt im Wesentlichen die Ziele der §§ 60e, 60f UrhG.

19 Dazu allgemein: Wandtke, MMR 2017, 367.

20 Wandtke, NJW 2019, 1843. In Teilen entsprechende Bestimmungen kennen die §§ 51, 52 VGG.

21 Urh-RL, Titel III; Hofmann, jurisPR-WettbR 6/2019 Anm. 1.

22 Wandtke, NJW 2019, 1844.

23 Urh-RL, Titel IV; Wandtke, NJW 2019, 1844, 1845. Art. 16 Urh-RL regelt einen Ausgleichsanspruch für Verleger. Es handelt sich um einen „Anspruch eigener“ Art. Die Mitgliedstaaten können nach Art. 16 Urh-RL festlegen, dass für den Fall, dass ein Urheber einem Verleger ein Recht übertragen oder ihm eine Lizenz erteilt hat, diese Übertragung oder Lizenzierung eine hinreichende Rechtsgrundlage für den Anspruch des Verlegers auf seinen Anteil am Ausgleich für die jeweilige Nutzung des Werkes im Rahmen einer Ausnahme oder Beschränkung für das übertragene oder lizenzierte Recht darstellt.

24 Urh-RL, Titel IV; Hofmann, jurisPR-WettbR 6/2019 Anm. 1; Stieper, ZUM 2019, 212.

25 Grütters, ZUM 2019, 209.

26 Urh-RL, Titel V; Hofmann, jurisPR-WettbR 6/2019 Anm. 1.

27 Wandtke, NJW 2019, 1841; Suwelack, MMR 2018, 582.

28 Wandtke, NJW 2019, 1847.

29 Wandtke, NJW 2019, 1845.

30 Weidert/Uhlenhut/von Lintig, GRUR-Prax 2019, 269. Zu Online-Plattformen gehören Online-Marktplätze, Multimedia-Portale, Bewertungsportale, soziale Netzwerke und Plattformen mit von Nutzern generierten Inhalten.

31 Homschuh, ZUM 2019, 222; Hofmann, jurisPR-WettbR 6/2019 Anm. 1.

32 Kaesling, JZ 2019, 587.

33 Volkmann, CR 2019, 378.

34 Wandtke, NJW 2019, 1846.

35 Hofmann, GRUR 2018, 27.

36 Spindler, CR 2019, 284.

37 Volkmann, CR 2019, 378.

38 Spindler, CR 2019, 283.

len von Online-Inhalten“ ist nach der Urh-RL ein „Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft, bei dem der Hauptzweck bzw. einer der Hauptzwecke darin besteht, eine große Menge an von seinen Nutzern hochgeladenen, urheberrechtlich geschützten Werken oder sonstigen Schutzgegenständen zu speichern und der Öffentlichkeit Zugang hierzu zu verschaffen, wobei dieser Anbieter diese Inhalte organisiert und zum Zwecke der Gewinnerzielung bewirbt“. Plattformen wie Wikipedia, die nicht profitorientiert arbeiten, Online-Marktplätze wie eBay, WhatsApp-Gruppen oder Cloud-Dienste fallen nicht unter Art. 17 Urh-RL. Die Auseinandersetzung mit Inhalten durch Zitate oder mit Parodien ist nach der Urh-RL weiterhin erlaubt.³⁹

Art. 17 der Urh-RL verpflichtet Online-Plattformen, von den Rechteinhabern hochgeladener Inhalte eine entsprechende Erlaubnis einzuholen bzw. Lizenzvereinbarungen abzuschließen.⁴⁰ Eine nachträgliche Genehmigung steht der Erlaubnis gleich.⁴¹ Die Erteilung einer Erlaubnis erfordert eine Rechteinräumung gem. §§ 31 ff. UrhG im nationalen Recht.⁴² Erteilen muss ein Urheber eine Erlaubnis nicht.⁴³ Unabhängig von einer Erlaubnis oder einer Lizenzvereinbarung ist, die „Plattformverantwortlichkeit“ unter bestimmten Voraussetzungen abzulehnen.⁴⁴ Unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit muss für einen Ausschluss der „Plattformverantwortlichkeit“ gem. Art. 17 Abs. 4 Urh-RL der Diensteanbieter im Rahmen einer Exkulpationsmöglichkeit⁴⁵ den Nachweis erbringen, dass er

- „a) alle Anstrengungen unternommen hat, um die Erlaubnis einzuholen,
- b) nach Maßgabe hoher branchenüblichen Standards für die berufliche Sorgfalt alle Anstrengungen unternommen hat, um sicherzustellen, dass bestimmte Werke und sonstige Schutzgegenstände, zu denen die Rechteinhaber den Anbietern dieser Dienste einschlägige und notwendige Informationen bereitgestellt haben, nicht verfügbar sind; und in jedem Fall
- c) nach Erhalt eines hinreichend begründeten Hinweises von den Rechteinhabern unverzüglich gehandelt hat, um den Zugang zu den entsprechenden Werken oder sonstigen Schutzgegenständen zu sperren bzw. die entsprechenden Werke oder sonstigen Schutzgegenstände von seinen Internetseiten zu entfernen, und alle Anstrengungen unternommen hat, um gemäß Buchstabe b das künftige Hochladen dieser Werke oder sonstigen Schutzgegenstände zu verhindern“.⁴⁶

Im Ergebnis erkennt Art. 17 Abs. 4 der Urh-RL die Notwendigkeit von Upload-Filtern an,⁴⁷ obwohl das nicht im Gesetzestext steht.⁴⁸ Maschinelle Upload-Filter verhindern die Zugänglichmachung urheberrechtlich geschützter In-

halte auf Online-Plattformen.⁴⁹ Ein anderes System, das Urheberrechtsverletzungen im Vorfeld erkennt, ist kaum vorstellbar.⁵⁰ Eine Überprüfung aller Inhalte durch Menschen wäre „unverhältnismäßig teuer“.⁵¹ Bei YouTube müssten – nach Zahlen von 2017 – Upload-Filter pro Minute 400 Stunden neu hochgeladenes Videomaterial überprüfen.⁵² Neben Wortfiltern bestehen Filter für Videos, Bilder oder Audiospuren.⁵³ Einen Upload-Filter, der bereits jetzt eingesetzt wird, entwickelte Google für 100 Mio. US-Dollar. In der Praxis sind kleinere Unternehmen auf diesen Filter von Google angewiesen.⁵⁴ Upload-Filter führen zu Problemen, wenn diese rechtmäßige Inhalte erfassen.⁵⁵

39 Urh-RL, Titel I Art. 2 Nr. 6; Pravemann, GRUR 2019, 784; Grüters, ZUM 2019, 209; Hofmann, jurisPR-WettbR 6/2019, Anm. 1; Spindler, CR 2019, 284. Anbieter von Diensten, etwa nicht gewinnorientierte Online-Enzyklopädien, nicht gewinnorientierte, bildungsbezogene und wissenschaftliche Repositorien, Entwicklungs- und Weitergabeplattformen für quelloffene Software, Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste im Sinne der Richtlinie (EU) 2018/1972, Online-Marktplätze, zwischen Unternehmen erbrachte Cloud-Dienste sowie Cloud-Dienste, die ihren Nutzern das Hochladen von Inhalten für den Eigengebrauch ermöglichen, sind nach der Urh-RL keine Dienstleister für das Teilen von Online-Inhalten im Sinne dieser Richtlinie.

40 Urh-RL, Titel IV Art. 17 Abs. 1 Satz 2; Hofmann, jurisPR-WettbR 6/2019 Anm. 1.

41 Volkmann, CR 2019, 379.

42 Wandtke/Hauck, ZUM 2019, 630.

43 Wandtke/Hauck, ZUM 2019, 630.

44 Hofmann, jurisPR-WettbR 6/2019 Anm. 1.

45 Wandtke/Hauck, ZUM 2019, 633.

46 Art. 17 Abs. 4 Urh-RL.

47 Hofmann, jurisPR-WettbR 6/2019 Anm. 1; Spindler, CR 2019, 288; Wandtke, NJW 2019, 1846. Von möglichen Upload-Filtern nicht erfasst werden Online-Plattformbetreiber mit einem Jahresumsatz von unter 10 Mio. € und deren Zahl der Besucher im Monat in der EU nicht mehr als 5 Mio. beträgt.

48 Dreier, GRUR 2019, 776; Pravemann, GRUR 2019, 783; www.lto/recht/hintergruende/h/eu-urheberrecht-richtlinie-artikel-13-upload-filter-facebook-youtube-instagram/ (zuletzt abgerufen am 18.10.2019).

49 Kaesling, JZ 2019, 588; Suwelack, MMR 2018, 585.

50 Spindler, CR 2019, 285.

51 Gielen/Tiessen, EuZW 2019, 644.

52 Kaesling, JZ 2019, 588.

53 Kaesling, JZ 2019, 588; Specht, NJW 2019, 256.

54 Kaesling, JZ 2019, 588; Spindler, CR 2019, 286; Volkmann, CR 2019, 381; Dreier, GRUR 2019, 777; www.lto/recht/hintergruende/h/eu-urheberrecht-richtlinie-artikel-13-upload-filter-facebook-youtube-instagram/ (zuletzt abgerufen am 18.10.2019). Es handelt sich um den Filter Content-ID.

55 Hofmann, jurisPR-WettbR 6/2019 Anm. 1; Art. 17 Abs. 7 Urh-RL. Art. 17 Abs. 7 der Urh-RL bestimmt, dass die Zusammenarbeit von Diensteanbietern und Rechteinhabern nicht bewirken darf, „dass von Nutzern hochgeladene Werke oder sonstige Schutzgegenstände, bei denen kein Verstoß gegen das Urheberrecht oder verwandte Schutzrechte vorliegt, nicht verfügbar sind, und zwar auch dann, wenn die Nutzung eines Werkes oder sonstigen Schutzgegenstandes im Rahmen einer Ausnahme oder Beschränkung erlaubt ist“.

Die Filter bleiben fehleranfällig.⁵⁶ Zuverlässig kontrollieren Upload-Filter die Abgrenzung von rechtmäßigen und rechtswidrigen Inhalten nicht.⁵⁷ Vor diesem Hintergrund wird vertreten, dass die Verwendung von Upload-Filtern eine „Quadratur des Kreises“ bedeutet.⁵⁸ Allerdings darf eine solche Einschätzung nicht dazu führen, „Rechtsverletzungen [...] nicht [...] zu vermeiden, weil rechtmäßige Handlungen erfasst werden“.⁵⁹ Unter Umständen gibt die Urh-RL ökonomische Anreize zur Entwicklung neuer Filter.⁶⁰ Den Nutzern sollen im Fall der Sperrung eines Accounts „zügige Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren“ zur Verfügung stehen.⁶¹

Die Möglichkeit eines „overblockings“ durch Upload-Filter besteht,⁶² was nach der Urh-RL ohne Sanktionen bleibt.⁶³ Es existiert die Gefahr, dass Dienstanbieter zur Vermeidung einer Haftung großzügig filtern und rechtmäßige Inhalte erfassen.⁶⁴ Gewarnt wird vor einer zu strengen Kontrolle⁶⁵ und Kritiker befürchten durch die Einführung von Upload-Filtern eine Einschränkung der Meinungsfreiheit,⁶⁶ wenn Dienstanbieter Haftungsrisiken entgehen wollen.⁶⁷ Zur Wahrung der Meinungsfreiheit kommt effektiven „Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren“ der Dienstanbieter eine Schlüsselrolle zur Gewährleistung der Meinungsfreiheit und des Urheberrechts zu.⁶⁸ Gegen die Gefahr eines „overblockings“ spricht, dass Online-Plattformen wie YouTube möglichst viele Werbeeinnahmen durch Abrufe erzielen wollen.⁶⁹

Upload-Filter haben die DSGVO⁷⁰ und das von Art. 8 GrCh geschützte Recht auf den Schutz personenbezogener Daten und das in Art. 11 GrCh genannte Recht auf freien Empfang oder freie Sendung von Informationen zu beachten.⁷¹ Durch Upload-Filter droht eine allgemeine Überwachung von Diensteanbietern, Nutzern und Urhebern.⁷² Upload-Filter dürfen gem. Art. 15 E-Commerce-RL nicht zu einer allgemeinen Überwachungspflicht führen.⁷³ Nach dem EuGH stoßen Upload-Filter an die Grenze der Zulässigkeit, wenn der „Provider erstens in sämtlichen elektronischen Kommunikationen aller seiner Kunden die im „Peer-to-Peer“-Verkehr durchgeleiteten Dateien identifiziert, dass er zweitens im Rahmen dieses Verkehrs die Dateien identifiziert, die Werke enthalten, an denen Inhaber von Rechten des geistigen Eigentums Rechte zu haben behaupten, dass er drittens unter diesen Dateien diejenigen ermittelt, die unzulässigerweise ausgetauscht werden, und dass er viertens jeden von ihm als unzulässig qualifizierten Austausch von Dateien sperrt.“⁷⁴ Unklar ist, ob derzeit eingesetzte oder noch zu entwickelnde Upload-Filter dem Maßstab der Rechtsprechung des EuGH gerecht werden.⁷⁵ Es stellt sich die Frage, wie ein Einsatz von Upload-Filtern ohne eine eigentliche „Überwachung“ der Diensteanbieter, Nutzer und Urheber erfolgen kann.⁷⁶

Die Haltung Deutschlands hinsichtlich der Einführung von Upload-Filtern blieb während des Gesetzgebungsverfahrens widersprüchlich. Zwar lehnt der Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD den Einsatz von Upload-Filtern als „unverhältnismäßig“ ab. Im Ergebnis stimmte Deutschland aber einer Richtlinie zu, die die Einführung von Upload-Filtern alternativlos erscheinen lässt. Die Haltung der „schwarz-roten“ Bundesregierung führte zu zahlreichen Demonstrationen in deutschen Städten.⁷⁷ Derzeit erwägt die Bundesregierung ein ausdrückliches Verbot von Upload-Filtern.⁷⁸ Das Verbot von Upload-Filtern ist vor dem Hintergrund des Wortlauts und Ziels von Art. 17 Urh-RL fragwürdig.⁷⁹

Unabhängig von der Wirksamkeit der Urh-RL in der Praxis ist ein Ziel von Art. 17 Urh-RL die bessere Vergütung von Urhebern, die an zahlreichen Uploads nichts verdienen. Art. 17 Urh-RL geht davon aus, dass viele Online-Plattformen aus der Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke einen höheren Erlös erwirtschaften als die Urheber selbst bzw. die Kultur- und Kreativwirtschaft.⁸⁰ In der Online-Welt herrscht eine – so die Musikindustrie – wirtschaftliche Ungleichheit, was die Verteilung von Geldern zwischen

56 www.lto/recht/hintergruende/h/eu-urheberrecht-richtlinie-artikel-13-upload-filter-facebook-youtube-instagram/ (zuletzt abgerufen am 18.10.2019).

57 Kaesling, JZ 2019, 588; Stieper, ZUM 2019, 216.

58 Spindler, CR 2019, 283.

59 Weidert/Uhlenhut/von Lintig, GRUR-Prax 2019, 297.

60 Weidert/Uhlenhut/von Lintig, GRUR-Prax 2019, 297.

61 Art. 17 Abs. 9 Urh-RL.

62 Kaesling, JZ 2019, 590.

63 Kaesling, JZ 2019, 589.

64 Volkmann, CR 2019, 381.

65 www.faz.net/-ikh-9jx14 (zuletzt abgerufen am 18.10.2019).

66 Stieper, ZUM 2019, 216; www.bpb.de/politik/hintergrund-aktuell/287108/eu-urheberrechtsreform (zuletzt abgerufen am 19.03.2019).

67 Pravemann, GRUR 2019, 788.

68 Dreier, GRUR 2019, 777.

69 Pravemann, GRUR 2019, 788.

70 Spindler, CR 2019, 289.

71 Specht, NJW 2019, 257.

72 Wandtke, NJW 2019, 1846.

73 Specht, NJW 2019, 257.

74 EuGH, Urt. v. 24.11.2011 – C-70/10 Rn. 38; Specht, NJW 2019, 257; Dreier, GRUR 2019, 776.

75 Specht, NJW 2019, 257.

76 Wandtke/Hauck, ZUM 2019, 635.

77 Spindler, CR 2019, 283; www.bpb.de/politik/hintergrund-aktuell/287108/eu-urheberrechtsreform (zuletzt abgerufen am 18.10.2019). Bis zu 5 Mio. Menschen unterzeichneten europaweit die Online-Petition „Save the Internet“.

78 Kaesling, JZ 2019, 590.

79 Gielen/Tiessen, EuZW 2019, 644.

80 Hofmann, GRUR 2018, 27.

Diensteanbietern und Urhebern betrifft.⁸¹ An den Werbeeinnahmen der Online-Plattformen partizipieren Urheber bisher nicht umfassend.⁸² Es wird davon ausgegangen, dass Google oder YouTube durch Werbeeinnahmen, die zum Geschäftsmodell gehören,⁸³ enorme Geldsummen verdienen.⁸⁴ Urheber müssen von ihrer geistigen Arbeit leben und „nicht nur knapp überleben“. Die im Internet „immer noch weitverbreitete Gratismentalität“ muss beendet werden.⁸⁵ Eine Vergütungsfreiheit im Internet darf nicht zur Gewohnheit werden.⁸⁶ Zahlreiche urheberrechtlich geschützte Inhalte, die auf Online-Plattformen ohne Erlaubnis hochgeladen werden, wurden zu Zeiten geschaffen, als es Online-Plattformen noch nicht gab.⁸⁷

D. Leistungsschutzrechte für Presseverlage

Art. 15 Urh-RL führt ein Leistungsschutzrecht für Presseverlage mit einem Sitz oder einer Hauptniederlassung in der EU ein. In Deutschland besteht ein solches Leistungsschutzrecht gem. den §§ 87 ff. UrhG.⁸⁸ Jüngst hat der EuGH entschieden, dass das deutsche Leistungsschutzrecht aus formellen Gründen nicht anwendbar ist.⁸⁹ Mit der Notwendigkeit einer Niederlassung des Verlags in einem EU-Mitgliedstaat liegt nach der Urh-RL – anders als im deutschen Recht – eine „fremdenrechtliche Begrenzung“ der berechtigten Presseverlage vor.⁹⁰ Das europäische Leistungsschutzrecht umfasst Vervielfältigungen und das öffentliche Zugänglichmachen, wenn es um eine „online Verbreitung“ geht.⁹¹ Es ist als „Investitionsschutzrecht“ gedacht⁹² und erweitert den bestehenden urheberrechtlichen Schutz für Presseerzeugnisse.⁹³ Die Urh-RL verbietet es Suchmaschinen wie Google oder Bing und Online-Auftritten anderer Presseverleger sowie Plattformen wie Facebook oder YouTube fortan ohne eine Zustimmung der Presseverlage, Ausschnitte von Presseartikeln, so bezeichnete Snippets, anzuzeigen.⁹⁴

Die Aufnahme eines Leistungsschutzrechts für Presseverlage in die Urh-RL war auf eine Initiative und die Bemühungen Deutschlands zurückzuführen.⁹⁵ Ziel eines Leistungsschutzrechts für Presseverlage ist nach den Erwägungsgründen zur Urh-RL die Sicherung des „Qualitätsjournalismus“ und eines Zugangs der Bürger zu Informationen.⁹⁶ Presseverlage können ihre Inhalte aufgrund des Leistungsschutzrechts lizenzieren und die unberechtigte Nutzung von Inhalten verhindern.⁹⁷ Der Leistungsschutz soll einen Beitrag dazu leisten, Presseveröffentlichungen im Zeitalter der Digitalisierung weiterhin wirtschaftlich zu gestalten.⁹⁸

Die Definition des Presseverlags in der Urh-RL wirkt unständig. Nicht zuletzt an dieser Stelle wird deutlich, dass die Urh-RL „in struktureller und sprachlicher Hinsicht kein Meisterwerk der Gesetzgebung ist“.⁹⁹ Der Be-

griff des Verlags von Presseveröffentlichungen gilt nach den Erwägungsgründen „für Dienstleister wie Presseverlage oder -agenturen“, die Presseveröffentlichungen gemäß der vorliegenden Richtlinie veröffentlichen“.¹⁰⁰ Die Definition der Presseveröffentlichung bzw. des Presseerzeugnisses weist, worauf Gerald Spindler zu Recht hinweist, „im Zeitalter von elektronischer Presse und dem gleitenden Übergang von Individual- zu Massenkommunikation“ Probleme auf.¹⁰¹ Erfasst von dem Leistungsschutzrecht werden nach der Urh-RL journalistische Veröffentlichungen in Zeitungen, jede Woche oder einmal im Monat erscheinende Zeitschriften und Nachrichtenwebsites mit Textbeiträgen, Fotografien oder Videos.¹⁰² Das Leistungsschutzrecht gilt nicht für in einer Presseveröffentlichung angeführte reine Fakten und für Blogs, die im Rahmen der Tätigkeit, die nicht unter der redaktionellen Verantwortung und der Aufsicht eines Dienstleisters wie eines Presseverlags stattfindet.¹⁰³ Die Negierung eines Leistungsschutzrechts für Fakten könnte bewirken, dass Wetterberichte oder Fußballergebnisse vom Leistungsschutzrecht für Presseverlage nicht erfasst werden.¹⁰⁴ Das Leistungsschutzrecht für Presseverlage

81 Hornschuh, ZUM 2019, 223; Weidert/Uhlenhut/von Lintig, GRUR-Prax 2019, 295.

82 Spindler, CR 2019, 283.

83 Pravemann, GRUR 2019, 784.

84 www.lto/recht/hintergruende/h/eu-urheberrecht-richtlinie-artikel-13-upload-filter-facebook-youtube-instagram/ (zuletzt abgerufen am 18.10.2019).

85 Grütters, ZUM 2019, 207, 209.

86 Hornschuh, ZUM 2019, 223.

87 Kaesling, JZ 2019, 590, 591.

88 Ackermann, ZUM 2019, 375; Hofmann, jurisPR-WettbR 6/2019 Anm. 1; Spindler, CR 2019, 282. In Spanien gibt es kein Leistungsschutzrecht für Presseverlage, sondern eine vergütungspflichtige Schrankenbestimmung, die zur Begründung einer gesetzlichen Lizenz führt.

89 EuGH, Urt. v. 12.09.2019 - C-299/17.

90 Ackermann, ZUM 2019, 376.

91 Spindler, CR 2019, 283; Urh-RL, Erwägungsgründe 55, 57.

92 Wandtke, MMR 2017, 372.

93 Suwelack, MMR 2018, 583.

94 www.bpb.de/politik/hintergrund-aktuell/287108/eu-urheberrechtsreform (zuletzt abgerufen am 18.10.2019); Stieper, ZUM 2019, 214; Wandtke, NJW 2019, 1844. § 87g Abs. 4 UrhG nennt nur Suchmaschinen und wird daher als „lex google“ bezeichnet.

95 Spindler, CR 2019, 281.

96 Urh-RL, Erwägungsgrund 54; Wandtke, NJW 2019, 1844.

97 Grütters, ZUM 2019, 209.

98 Grütters, ZUM 2019, 209.

99 Dreier, GRUR 2019, 772.

100 Urh-RL, Erwägungsgrund 55; Wandtke, NJW 2019, 1844.

101 Spindler, CR 2019, 282.

102 Urh-RL, Erwägungsgrund 56; Wandtke, NJW 2019, 1844.

103 Urh-RL, Erwägungsgründe 56, 57; Wandtke, NJW 2019, 1844.

104 Spindler, CR 2019, 282, 283.

führt zu der schwierigen Abgrenzung von Meinungen und Tatsachenbehauptungen.¹⁰⁵

Forderungen von Wissenschaftsverlagen im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens wegen des Gleichbehandlungsgrundsatzes mit Presseverlagen auf eine Ebene gestellt zu werden, fanden beim Europäischen Gesetzgeber kein Gehör. Die Urh-RL bestimmt ausdrücklich, dass „Periodika, die für wissenschaftliche Zwecke oder akademische Zwecke verlegt werden, etwa Wissenschaftsjournale“ „keine Presseveröffentlichungen im Sinne dieser Richtlinie“ sind. Es stellen sich Abgrenzungsfragen für Publikationsorgane, die „in einer Grauzone zwischen wissenschaftlichem Zweck und normalen Nachrichten stehen“. Zu denken ist an Legal Tribune Online.¹⁰⁶

Nicht erfasst von dem Leistungsschutzrecht sind die private oder nicht kommerzielle Nutzung von Presseveröffentlichungen durch einzelne Nutzer, das Setzen von Hyperlinks und die Nutzung einzelner Wörter oder sehr kurzer Auszüge aus einer Presseveröffentlichung.¹⁰⁷ In der Literatur wird befürchtet, dass die Ausnahme hinsichtlich kurzer und sehr kurzer Auszüge aus einer Presseveröffentlichung zu einem „Leerlaufen des Rechts“ führt.¹⁰⁸ Unabhängig von den Regelungen droht, dass etwa Google die Presseverlage drängt, auf das Leistungsschutzrecht für Presseverlage zu verzichten.¹⁰⁹

Das Leistungsschutzrecht nach der Urh-RL erlischt zwei Jahre nach der Veröffentlichung der Presseveröffentlichung. Da Presseerzeugnisse grds. tagesaktuell oder kurz nach der Veröffentlichung gelesen werden, ist die Schutzdauer in erster Linie für die Nutzung der Inhalte in Nachrichtenarchiven von Relevanz.¹¹⁰ Die Urheber der in einer Presseveröffentlichung enthaltenen Werke erhalten nach der Urh-RL einen angemessenen Anteil der Einnahmen, die die Presseverlage aus der Nutzung ihrer Presseveröffentlichung durch Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft erhalten.¹¹¹

Ein Argument für ein Leistungsschutzrecht für Presseverlage ist, dass sich möglicherweise zahlreiche Nutzer mit der Information durch Snippets begnügen und die Homepage des Presseverlags nicht aufrufen. Es droht ein Ausfall des Erlöses bei den Presseverlagen.¹¹² Da insoweit belastbares Zahlenmaterial fehlt, kann nicht ausgeschlossen werden, dass Snippets von Suchmaschinen den Absatz der Presseverlage sogar fördern.¹¹³ In der Literatur wird gegen das Leistungsschutzrecht vorgebracht, dass „Presseverleger stärker auf die Leistung von Suchmaschinen und anderen Referenzierungsdiensten angewiesen sind als umgekehrt“.¹¹⁴ Wissenschaftler gehen davon aus, dass ein Leistungsschutzrecht für Presseverlage „schädliche Wirkungen für die Entwick-

lung digitaler Nachrichtenmärkte“ hat.¹¹⁵ Aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtung erweist sich ein Leistungsschutzrecht für Presseverlage als fragwürdig.¹¹⁶

E. Zusammenfassung und Ausblick

Die Urh-RL zeigt, dass das „Urheberrecht online wie offline“ gilt.¹¹⁷ Sie stärkt die Rechte von Urhebern, die mehr als bisher von den Einnahmen der Diensteanbieter profitieren sollen.¹¹⁸ Unklar bleibt in der Praxis, ob sich Diensteanbieter an die Urh-RL halten oder der Richtlinie entgegen „ihre Marktmacht ausüben“.¹¹⁹ Die Urh-RL führt in Teilen zur Harmonisierung des Urheberrechts auf europäischer Ebene. Eine wünschenswerte und umfassende Harmonisierung der Schranken des Urheberrechts bleibt aus.¹²⁰

Polen hat vor dem EuGH ein Nichtigkeitsverfahren gegen die Urh-RL eingeleitet, da die Richtlinie angeblich die Zensur fördere und Meinungsfreiheit gefährde.¹²¹ Fraglich bleibt damit, ob die Urh-RL in allen Teilen in nationales Recht umgesetzt werden kann. Unabhängig davon stehen die EU-Mitgliedstaaten vor einer „Mammutaufgabe“ wegen der zahlreichen in nationales Recht umzusetzenden Bestimmungen.¹²²

105 Hager in: Staudinger, BGB, 2017, C. Das Persönlichkeitsrecht Rn. C 73; Rixecker in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2018, Anhang zu § 12 Rn. 181.

106 Spindler, CR 2019, 282; Urh-RL, Erwägungsgrund 56, Titel I.

107 Urh-RL, Titel IV; Hofmann, jurisPR-WettbR 6/2019 Anm. 1; Wandtke, NJW 2019, 1844; Spindler, CR 2019, 282. „Einzelne Wörter“ und „sehr kurze Auszüge aus einer Presseveröffentlichung“ nennt § 87f UrhG. In Anlehnung an das deutsche Urheberrecht könnte eine Begrenzung auf acht Wörter angenommen werden.

108 Hofmann, jurisPR-WettbR 6/2019 Anm. 1.

109 Hofmann, jurisPR-WettbR 6/2019 Anm. 1.

110 Urh-RL, Titel IV; Ackermann, ZUM 2019, 378; Stieper, ZUM 2019, 214; Wandtke, NJW 2019, 1844. § 87g Abs. 2 UrhG nennt eine Schutzfrist von einem Jahr.

111 Urh-RL, Titel IV; Wandtke, NJW 2019, 1844. § 87g Abs. 2 UrhG nennt eine Schutzfrist von einem Jahr.

112 Suwelack, MMR 2018, 583.

113 Ackermann, ZUM 2019, 381.

114 Stieper, ZUM 2019, 215.

115 Ackermann, ZUM 2019, 375.

116 Ackermann, ZUM 2019, 379.

117 Kaesling, JZ 2019, 588.

118 Wandtke/Hauck, ZUM 2019, 627.

119 Wandtke, NJW 2019, 1846.

120 Dreier, GRUR 2019, 772; Stieper, ZUM 2019, 212, 213. Die Einführung neuer Schranken zugunsten von blinder und sehbehinderter Menschen war nicht auf die EU-Urheberrechtsreform, sondern auf die Umsetzung des Marrakesch-Abkommens zurückzuführen.

121 Kaesling, JZ 2019, 589.

122 Wandtke/Hauck, ZUM 2019, 627.

Erfüllungsort der Nacherfüllung

EuGH, Urt. v. 23.05.2019 - C-52/18

Prof. Dr. Michael Jaensch

A. Problemstellung

Verlangt der Käufer Nacherfüllung wegen mangelhafter Lieferung, stellt sich die Frage nach dem Erfüllungsort, d.h. nach dem Ort, an dem die Kaufsache dem Verkäufer zur Verfügung zu stellen ist. Weder der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie¹ (kurz: die Richtlinie) noch den kaufrechtlichen Bestimmungen des BGB ist hierzu eine klare Aussage zu entnehmen. Der BGH urteilte, dass sich der Erfüllungsort gem. § 269 BGB in erster Linie nach der vertraglichen Vereinbarung und in Ermangelung dieser aus den jeweiligen Umständen ergebe. Lasse sich auch hieraus keine Erkenntnis ziehen, liege der Nacherfüllungsort am Ort des Verkäufers.² Umstände, die den Erfüllungsort am Wohnsitz des Käufers oder den Belegenheitsort der Kaufsache begründen, könnten vorliegen, wenn die Sache zum Auf- oder Einbau vorgesehen oder deren Transport nur unter erschwerten Bedingungen zu bewerkstelligen ist.³ Hingegen hat der BGH beim Kauf eines schwer transportierbaren mangelhaften Bootes nicht auf dessen Belegenheitsort, sondern auf den gemeinsamen Wohnsitz der Parteien abgestellt.⁴ Nach der BGH-Rechtsprechung kann der Käufer einen Transportkostenvorschuss verlangen.⁵ Für ein taugliches Nacherfüllungsverlangen, welches den Käufer nach Ablauf einer angemessenen Frist zum Rücktritt berechtigt, muss er dem Verkäufer Gelegenheit geben, die Kaufsache am Erfüllungsort der Nacherfüllung zu untersuchen.⁶ Dabei liegt ein taugliches Nacherfüllungsverlangen bereits dann vor, wenn die Verbringung der Kaufsache zum Ort der Nacherfüllung nur deshalb unterbleibt, weil der Verkäufer einen Kostenvorschuss verweigert.⁷ Mittlerweile ist die Vorschusspflicht begrenzt auf Verbrauchsgüterkaufverträge in § 475 Abs. 6 BGB festgeschrieben.

Der BGH hatte von einer Vorlage zum EuGH abgesehen.⁸ Wie bereits zum Umfang der Nacherfüllung für Wiedereinbaukosten, zu dem ein Amtsgericht⁹ die vom BGH unterlassene Vorlage¹⁰ nachgeholt hatte, kamen nunmehr dem AG Norderstedt Zweifel an der höchstrichterlichen Rechtsprechung.¹¹ Seine Vorlagefragen wie auch die Erwägungen des EuGH beschränken sich auf Güter, die im Fernabsatz erworben wurden, obwohl die Richtlinie unabhängig vom Absatzweg gilt.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Gegenstand der Klage vor dem Amtsgericht ist die Kaufpreistrückzahlung. Der Kläger hat von der Beklagten ein

5 × 6 Meter großes Zelt erworben, ohne dass der Erfüllungsort der Nacherfüllung bestimmt wurde. Zur Beseitigung der von der Beklagten zurückgewiesenen Mängel hat der Kläger Nacherfüllung an seinem Wohnort verlangt. Vorprozessual hat die Beklagte nicht auf die Übersendung des Zeltes bestanden und keine sonstigen Anstalten zur Nacherfüllung unternommen, sodass der Kläger den Rücktritt erklärt hat. Das Amtsgericht hat Zweifel, ob eine Bestimmung des Nacherfüllungsorts nach den Umständen des Einzelfalls mit der Richtlinie vereinbar ist. In seinen sechs Vorlagefragen will es wissen, 1. nach welchen Kriterien sich der Erfüllungsort ermitteln lässt, 2. ob der Verkäufer zum Vorschuss der Transportkosten verpflichtet ist und 3. unter welchen Umständen der Verbraucher, der dem Verkäufer das Verbrauchsgut nicht an dessen Geschäftssitz zur Verfügung gestellt hat, zurücktreten kann. Der Gerichtshof fasst die Fragen entsprechend zusammen:

1. Zum Erfüllungsort stellt der EuGH fest, dass die Richtlinie diesen zwar nicht bestimme, hierzu jedoch ein dreifaches Erfordernis vorgebe. Demnach müsse die Nacherfüllung unentgeltlich, innerhalb einer angemessenen Frist und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen. Das erste Erfordernis der Unentgeltlichkeit solle den Verbraucher vor drohenden finanziellen Belastungen schützen, sodass er nicht davon abgehalten werde, seine Ansprüche geltend zu machen. Auswirkungen auf den Erfüllungsort habe es jedoch nicht. Für das zweite Erfordernis der fristgemäßen Nacherfüllung könnte diese bei ausländischem Geschäftssitz schneller erfolgen, wenn der Verbraucher den Transport organisiert. Verfügt der Verkäufer über ein Transportnetz, wäre es hingegen günstiger, wenn er die Sache abholt. Gemäß dem dritten Erfordernis seien lediglich erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher zu vermeiden. Ihm sei ein gewisser Aufwand für das Verpacken und die Rückgabe zuzumuten. Lediglich in bestimmten Fällen, in denen die Sache besonders schwer, sperrig oder zerbrechlich sei, könne eine Beförderung des Gutes zum Geschäftssitz des Verkäufers eine erhebliche Unannehmlichkeit darstellen. Nach alledem hänge die Bestim-

1 Richtlinie 1999/44/EG vom 25.05.1999, ABl. EG L 171 vom 07.07.1999, 12 ff.

2 BGH, Urt. v. 13.04.2011 - VIII ZR 220/10 Rn. 20 ff.

3 BGH, Urt. v. 13.04.2011 - VIII ZR 220/10 Rn. 34.

4 BGH, Urt. v. 19.12.2012 - VIII ZR 96/12 Rn. 24.

5 BGH, Urt. v. 13.04.2011 - VIII ZR 220/10 Rn. 37, 44.

6 BGH, Urt. v. 19.12.2012 - VIII ZR 96/12 Rn. 24.

7 BGH, Urt. v. 19.07.2017 - VIII ZR 278/16 Rn. 28 ff.

8 BGH, Urt. v. 13.04.2011 - VIII ZR 220/10 Rn. 35 ff.; BGH, Urt. v. 19.07.2017 - VIII ZR 278/16 Rn. 22 ff.

9 AG Schorndorf, Beschl. v. 25.02.2009 - 2 C 818/08.

10 BGH, Urt. v. 15.07.2008 - VIII ZR 211/07 Rn. 24 f.

11 AG Norderstedt, Beschl. v. 27.12.2017 - 47 C 31/16.

mung des Erfüllungsorts der Nacherfüllung von den Umständen des Einzelfalls ab.

2. Eine Verpflichtung des Verkäufers, in Vorkasse zu treten, könne die Nacherfüllung verzögern und somit deren fristgemäße Durchführung erschweren. Zudem könne sie den Verkäufer zu sehr belasten, insbesondere wenn sich herausstellt, dass das Gut mangelfrei war. Daher fordere die Richtlinie keine systematische Vorschusspflicht. Diese könne jedoch im Einzelfall bestehen, wenn die Vorleistung den Verbraucher von der Geltendmachung seiner Ansprüche abhalten könne.

3. Der Verbraucher müsse dem Verkäufer eine ausreichende Möglichkeit zur Nacherfüllung geben, um zurücktreten zu können. Dem genüge es, wenn er den Verkäufer über die Vertragswidrigkeit des Gutes und seine Wahl der Abhilfe unterrichtet und ihm das Gut, dessen Transport an den Geschäftssitz des Verkäufers für den Verbraucher eine erhebliche Unannehmlichkeit darstellen könnte, an seinem Wohnsitz bereitstellt. Der Rücktritt setzt voraus, dass der Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist Maßnahmen zur Nacherfüllung ergriffen hat, wozu die Mitteilung gehört, an welchem Ort das Gut bereitzustellen ist.

C. Bewertung

I. Die Bundesregierung hat die Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefragen angezweifelt. In der Tat hätte das AG Norderstedt in Anwendung der BGH-Kriterien¹² – wie gewünscht – den Nacherfüllungsort am Belegenheitsort der Kaufsache annehmen können, da der Transport des 5 × 6 Meter großen Zeltens nur schwer zu bewerkstelligen ist. Jedoch begehrt es eine einheitliche Festlegung des Erfüllungsorts am Belegenheitsort.¹³ Dem hat der EuGH nicht entsprochen und stattdessen die Rechtsprechung des BGH weitgehend bestätigt. Durch Verneinung einer generellen Vorschusspflicht blieb er sogar hinter dessen Anforderungen. Dass § 475 Abs. 6 BGB eine allgemeine Vorschusspflicht vorschreibt, führt zu keinem Konflikt mit der Richtlinie, deren Art. 8 Abs. 2 den Mitgliedstaaten gestattet, zugunsten der Verbraucher strengere Bestimmungen zu erlassen. Die Rechtsprechung des BGH zum tauglichen Nacherfüllungsverlangen erfährt durch den EuGH lediglich eine weitere Variante. Befindet sich der Nacherfüllungsort beim Verkäufer und unterlässt der Käufer den Transport, kann er nach einer angemessenen Frist nicht nur dann zurücktreten, wenn der Verkäufer einen Vorschuss der Transportkosten verweigert, sondern auch dann, wenn er keine Maßnahmen zur Mangelbeseitigung unternimmt, insbesondere es versäumt, dem Käufer mitzuteilen, an welchem Ort die Sache zu bringen ist.

II. Von den bisher vier zur Richtlinie ergangenen Urteilen¹⁴ ist dies die ausgewogenste Entscheidung. Zuvor hatte der EuGH allgemein festgestellt, dass die Nachbesserung in der Situation zu erfolgen habe, in der sich das Gut zum Zeitpunkt des Auftretens des Mangels befindet,¹⁵ was auf den Ort der Nacherfüllung am Belegenheitsort der Kaufsache hindeutet. Nunmehr folgt der Gerichtshof mit seiner Entscheidung, den Erfüllungsort der Nacherfüllung nach den Umständen des Einzelfalls festzulegen, dem Generalanwalt, der bemüht war, die Interessen von Verbraucher und Verkäufer in einen gerechten Ausgleich zu bringen.¹⁶

III. Obwohl der Nacherfüllungsort im Einzelfall zu bestimmen ist, ist die vom AG Norderstedt beklagte Rechtsunsicherheit¹⁷ weitgehend gebannt. Zwar trifft zu, dass der Verbraucher mangels tauglichem Nacherfüllungsverlangen nicht zurücktreten kann, wenn er sich weigert, die Sache zum Verkäufer zu transportieren, da er verkennt, dass sich dort der Erfüllungsort befindet. Ebenso erhält er die Transportkosten wegen unberechtigter Selbstvornahme nicht erstattet, wenn er die Sache von sich aus zum Verkäufer bringt, obwohl der Erfüllungsort bei ihm liegt.¹⁸ Allerdings entgeht der Verbraucher der Selbstvornahme-Falle, wenn er die Sache nach Aufforderung des Verkäufers zu ihm bringt. Dann ist dieser mit der Selbstvornahme des Transports einverstanden und hat die Kosten zu ersetzen.¹⁹ Teilt hingegen der Verkäufer dem Verbraucher nicht mit, an welchem Ort die Sache zu bringen ist, kann der Verbraucher infolge des EuGH-Urteils zurücktreten.

IV. Wie vor ihm der BGH für § 439 Abs. 2 BGB²⁰ erkennt der EuGH zutreffend, dass sich aus der Unentgeltlichkeit kein Kriterium zum Erfüllungsort der Nacherfüllung herleiten lässt. Damit bleibt die Divergenz zum Werkvertrag bestehen, wo der BGH aus der Kostentragung des Unternehmers nach § 635 Abs. 2 BGB folgert, der Erfüllungsort liege am Belegenheitsort des Werks.²¹

12 BGH, Ur. v. 13.04.2011 - VIII ZR 220/10 Rn. 34.

13 AG Norderstedt, Beschl. v. 27.12.2017 - 47 C 31/16 Rn. 33.

14 EuGH, Ur. v. 17.04.2008 - C-404/06 - „Quelle“; EuGH, Ur. v. 16.06.2011 - verb. C-65/09 und C-87/09 - „Weber u. Putz“; EuGH, Ur. v. 04.06.2015 - C-497/13 - „Faber“; EuGH, Ur. v. 23.05.2019 - C-52/18 - „Füllla“.

15 EuGH, Ur. v. 16.06.2011 - verb. C-65/09 und C-87/09 - „Weber u. Putz“ Rn. 51.

16 Schlussanträge des Generalanwalts Wahl vom 15.01.2019 - C-52/18 Rn. 67 ff.

17 AG Norderstedt, Beschl. v. 27.12.2017 - 47 C 31/16 Rn. 31.

18 Faust in: BeckOK, BGB, 50. Edition, § 439 Rn. 32, Stand 01.11.2018; a.A. mit je unterschiedlicher Begründung Cziupka, NJW 2013, 1043, 1045; Nemeček, NJW 2016, 2375, 2377.

19 Schwab, JuS 2013, 931, 934.

20 BGH, Ur. v. 13.04.2011 - VIII ZR 220/10 Rn. 23 ff.

21 BGH, Ur. v. 08.01.2008 - X ZR 97/05 Rn. 13.

V. Letztlich ist die Entscheidung des EuGH, den Mitgliedstaaten die Bestimmung des Erfüllungsorts der Nacherfüllung zu überlassen, zukunftsweisend. Die Warenkaufrichtlinie,²² die die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie aufhebt, enthält auch keine Bestimmung zum Erfüllungsort der Nacherfüllung und überlässt die Entscheidung ausweislich des Erwägungsgrunds 56 dem nationalen Recht.

D. Auswirkungen für die Praxis

Dem Verkäufer ist zu raten, dem Verbraucher nach Mängelanzeige mitzuteilen, an welchem Ort ihm die Sache zur Verfügung zu stellen ist. Kein Erfolg verspricht, in Verkäufer-AGB den Nacherfüllungsort pauschal am Geschäftssitz des Verwenders festzulegen. Denn im Einzelfall könnte der Transport für den Verbraucher mit erheblichen Unannehmlichkeiten i.S.v. Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie verbunden sein. Dann läge der Nacherfüllungsort in richtlinienkonformer Auslegung von § 269 Abs. 1 BGB bei ihm,²³ sodass die Klausel aufgrund § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB wegen Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung als unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners unwirksam sein könnte. Zu bedenken ist, dass es für den Verkäufer nicht unbedingt vorteilhaft ist, wenn der Nacherfüllungsort sich an seinem Geschäftssitz befindet. Wie das AG Norderstedt zu Recht bemerkt, kann er den Transport, dessen Kosten er zu ersetzen hat, oft preisgünstiger organisieren.²⁴ Hierzu bieten sich vorfrankierte Retourscheine und ein Abholdienst für sperrige Ware als Lösung an, wie sie bereits praktiziert wird.

22 Richtlinie (EU) 2019/771 vom 20.05.2019, ABl. EU L 136 vom 22.05.2019, 28 ff.

23 BGH, Urt. v. 13.04.2011 - VIII ZR 220/10 Rn. 46.

24 AG Norderstedt, Beschl. v. 27.12.2017 - 47 C 31/16 Rn. 35.

Geschenkt ist geschenkt – oder doch nicht? BGH, Urt. v. 18.06.2019 - X ZR 107/16

RA und Wiss. Mit. Veris-Pascal Heintz

A. Problemstellung

Nicht selten wenden Eltern ihrem Kind und dessen (Ehe-)Partner Geldmittel zu, die dem Erwerb oder der Finanzierung einer Wohnimmobilie dienen sollen. Dem liegt i.d.R. die Vorstellung zugrunde, dass die Immobilie von dem Kind und dessen (Ehe-)Partner für einige Zeit gemeinsam ge-

nutzt wird. Bei einer Trennung des (Ehe-)Paares stellt sich für die Eltern die Frage, ob sie die Zuwendungen – zumindest anteilig – zurückfordern können. Der BGH hat für den Fall einer gescheiterten Ehe einen Rückforderungsanspruch gegen das Schwiegerkind unter bestimmten Voraussetzungen bejaht. Durch das Scheitern der Ehe sei die Geschäftsgrundlage für die Schenkung nachträglich entfallen, da die schenkweise Zuwendung nicht mehr der Schaffung bzw. dem Fortbestand der gemeinsamen Ehwohnung diene.¹ Nunmehr hatte der BGH zu entscheiden, ob das Vertrauen in den Fortbestand der Beziehung auch bei einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft derart schützenswert ist, dass die Geschäftsgrundlage der Schenkung bei einer Trennung entfallen kann.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Sachverhalt

Die Tochter der Klägerin lebte mit dem Beklagten seit 2002 in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Im Jahr 2011 erwarben die Tochter und der Beklagte ein Hausgrundstück zum gemeinsamen Wohnen. Die Klägerin und ihr Ehemann wandten dem Paar zur Finanzierung dieses Immobilienerwerbs Beträge von mehr als 100.000 € zu. Keine zwei Jahre später kam es zur Trennung des Paares. Die Klägerin forderte daraufhin aus eigenem und dem abgetretenen Recht ihres Ehemannes die Hälfte der zugewandten Beträge vom Beklagten zurück.

II. Entscheidungen der Vorinstanzen

Das LG Potsdam² hat der Klage stattgegeben, die Berufung vor dem OLG Brandenburg³ ist im Wesentlichen ohne Erfolg geblieben. Nach Ansicht des OLG Brandenburg stehe der Klägerin ein Rückzahlungsanspruch gem. § 516 Abs. 1, § 313 Abs. 3 BGB i.V.m. § 346 Abs. 1 BGB (i.V.m. § 398 BGB) zu.⁴ Die Klägerin könne sich auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen, da sich mit der Trennung des Beklagten und ihrer Tochter Umstände i.S.d. § 313 BGB schwerwiegend verändert haben, die zur Geschäftsgrundlage der Schenkung erhoben worden seien.⁵ Der Schenkung habe nämlich die für den Beklagten erkennbare Vorstellung zugrunde gelegen, dass die Beziehung von einiger Dauer sein werde.⁶ Ein Festhalten an der Schenkung sei der Klägerin

1 BGH, Urt. v. 03.02.2010 - XII ZR 189/06 Rn. 28; BGH, Urt. v. 21.07.2010 - XII ZR 180/09 Rn. 16; BGH, Urt. v. 20.07.2011 - XII ZR 149/09 Rn. 29.

2 LG Potsdam, Urt. v. 20.08.2015 - 2 O 166/14.

3 OLG Brandenburg, Urt. v. 26.10.2016 - 4 U 159/15.

4 OLG Brandenburg, Urt. v. 26.10.2016 - 4 U 159/15 Rn. 11.

5 OLG Brandenburg, Urt. v. 26.10.2016 - 4 U 159/15 Rn. 14.

6 OLG Brandenburg, Urt. v. 26.10.2016 - 4 U 159/15 Rn. 14.

nicht zuzumuten.⁷ Bei der Bemessung des Rückzahlungsanspruchs sei zu berücksichtigen, dass sich der Zweck der Schenkung (das gemeinsame Wohnen) zumindest teilweise verwirklicht habe.⁸ In Anknüpfung an Wever⁹ hat das OLG Brandenburg einen quotalen Abzug vorgenommen, der aus der tatsächlichen Nutzungsdauer ab dem Zeitpunkt der Zuwendung im Verhältnis zur erwarteten Gesamtdauer der Lebensgemeinschaft zu ermitteln sei.¹⁰

III. Entscheidungsgründe des BGH

Der 10. Zivilsenat des BGH hat die Ausführungen des OLG Brandenburg im Ergebnis bestätigt. Mit der Schenkung eines Grundstücks oder bestimmter Geldbeträge zum Erwerb bzw. zur Finanzierung von Grundeigentum an das eigene Kind und dessen Partner verbinde der Schenker regelmäßig die Erwartung, die Nutzung der Immobilie werde jedenfalls von einiger Dauer sein (Rn. 15, 19). Dies dürfe aber nicht zu der Annahme führen, Geschäftsgrundlage der Schenkung sei die Vorstellung einer lebenslangen Dauer der Beziehung (Rn. 20). Das (zwischenzeitliche) Scheitern einer Beziehung gehöre zu den typischen „Risiken“ der Schenkung als freigiebige Zuwendung (Rn. 18, 20).

Im Streitfall sei die Geschäftsgrundlage der Schenkung weggefallen, da es nach weniger als zwei Jahren zur Trennung gekommen sei und sich hierdurch die der Zuwendung zugrunde liegende Annahme, die Partner würden die Lebensgemeinschaft nicht nur für kurze Zeit fortsetzen, als unzutreffend erwiesen habe (Rn. 25). Bei einer derart kurzen Beziehungsdauer sei die Annahme gerechtfertigt, dass die Zuwendung bei Kenntnis des alsbaldigen Endes des Zusammenlebens nicht gemacht worden wäre. Ein unverändertes Festhalten an der Schenkung könne dem Schenker dann nicht zugemutet werden (Rn. 30).

Einer Minderung des Rückzahlungsanspruchs wegen der teilweisen Zweckverwirklichung der Schenkung hat der BGH – anders als das OLG Brandenburg –¹¹ eine Absage erteilt (Rn. 34 ff.). Eine quotenmäßige Berechnung widerspreche schon dem mutmaßlichen Parteiwillen. Es sei nur danach zu fragen, ob der Schenker bei Kenntnis der tatsächlichen Beziehungsdauer von einer Schenkung abgesehen oder sie gleichwohl – und im Zweifel in gleicher Höhe – versprochen hätte (Rn. 37).

C. Kontext der Entscheidung

Im Jahr 2010 gab der BGH seine bisherige Rechtsprechung auf und betrachtete Zuwendungen an das Schwiegerkind, die mit Rücksicht auf die Ehe ihres Kindes und zur Begünstigung des ehelichen Zusammenlebens gemacht wurden, fortan nicht mehr als unbenannte Zuwendung,¹² sondern als Schenkung.¹³ Das vorliegende Urteil hält an dieser neu-

eren Rechtsprechung fest und weitet sie auf elterliche Zuwendungen an den nichtehelichen Lebenspartner des eigenen Kindes aus. Der BGH hat insoweit bestätigt, „dass das Vertrauen auf den Fortbestand der Beziehung auch bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften so schützenswert ist, dass die Geschäftsgrundlage bei einer Trennung entfallen kann – jedenfalls dann, wenn die Beziehung schon kurze Zeit nach der Schenkung scheiterte“.¹⁴

D. Auswirkungen für die Praxis

Eltern, die ihrem Kind und dessen Partner ein Grundstück oder Geldmittel zum Erwerb bzw. zur Finanzierung von Immobilien zuwenden, steht im Trennungsfall jedenfalls dann ein Rückforderungsanspruch zu, wenn die Beziehung (und damit die gemeinsame Nutzung der Immobilie) nach der Zuwendung von einer unerwartet kurzen Fortdauer war. Um zu bestimmen, was als „kurze Dauer“ anzusehen ist, kann auf die Rechtsprechung des BGH zur Bemessung der kurzen Dauer einer Ehe i.S.d. § 1579 Nr. 1 BGB zurückgegriffen werden (Rn. 21). Insoweit ist auf die konkreten Lebensverhältnisse des Paares abzustellen, wobei eine zeitliche Konkretisierung im Interesse der praktischen Handhabbarkeit nicht ausgeschlossen ist.¹⁵ Der BGH hat eine Ehedauer bis etwa zwei Jahre als eine kurze und ab etwa drei Jahren als nicht mehr kurz beurteilt.¹⁶ Diese Zeiträume können – obgleich sie einen anderen rechtlichen Zusammenhang betreffen – entsprechend herangezogen werden (Rn. 21).

In der Beratungspraxis sollte darauf hingewirkt werden, dass Schenkungen der Eltern nur an das eigene Kind erfolgen, das dann wiederum selbst entscheiden kann, ob und inwieweit es den (Ehe-)Partner hieran partizipieren lässt.¹⁷

7 OLG Brandenburg, Ur. v. 26.10.2016 - 4 U 159/15 Rn. 19 ff.

8 OLG Brandenburg, Ur. v. 26.10.2016 - 4 U 159/15 Rn. 25.

9 Wever, FamRZ 2016, 857.

10 OLG Brandenburg, Ur. v. 26.10.2016 - 4 U 159/15 Rn. 25.

11 OLG Brandenburg, Ur. v. 26.10.2016 - 4 U 159/15 Rn. 25.

12 So aber noch BGH, Ur. v. 04.02.1998 - XII ZR 160/96 Rn. 11; BGH, Ur. v. 28.10.1998 - XII ZR 255/96 Rn. 10; BGH, Ur. v. 07.09.2005 - XII ZR 316/02 Rn. 9.

13 Grundlegend BGH, Ur. v. 03.02.2010 - XII ZR 189/06 Rn. 20 ff.

14 BGH zum Geldgeschenk der Schwiegereltern in spe: Die Trennung als Wegfall der Geschäftsgrundlage, Legal Tribune Online, 18.06.2019, online abrufbar unter: www.lto.de/persistent/a_id/35973/ (zuletzt abgerufen am 16.10.2019).

15 Hollinger in: jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 1579 Rn. 12.

16 BGH, Ur. v. 26.11.1980 - IVb ZR 542/80 Rn. 15; BGH, Ur. v. 23.12.1981 - IVb ZR 639/80 Rn. 10; BGH, Ur. v. 27.01.1999 - XII ZR 89/97 Rn. 19; BGH, Ur. v. 30.03.2011 - XII ZR 3/09 Rn. 37.

17 So zu den schwiegerelterlichen Zuwendungen Koch, DNotZ 2010, 852, 864; hierbei sollte die steuerliche Gestaltung der „Kettenschenkungen“ in Betracht gezogen werden, vgl. Langenfeld, ZEV 2010, 371, 377.

Dies ist schon aus schenkungsteuerrechtlicher Sicht geboten, da nur so der „Kinderfreibetrag“ i.H.v. 400.000 € (§ 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG) genutzt werden kann. Sollte trotzdem eine direkte Zuwendung an den Partner des eigenen Kindes gewünscht sein, muss auf eine klare vertragliche Regelung geachtet werden, die auch die Rückforderungsmöglichkeiten im Trennungsfall adäquat berücksichtigt.¹⁸

E. Bewertung

Das vorliegende Urteil erweist sich als dogmatisch fundierte Fortführung der neueren Rechtsprechungslinie des BGH zur Rückforderung von elterlichen Schenkungen an das eigene Kind und dessen (Ehe-)Partner. Der BGH erkennt zu Recht, dass die Vorstellung einer bestimmten Beziehungsdauer nicht der Lebenserfahrung entspricht und daher i.d.R. nicht ohne entsprechende tatrichterliche Feststellungen zur Geschäftsgrundlage erhoben werden kann. Richtigerweise kann der Schenker nur erwarten, dass die Lebensgemeinschaft – und damit die gemeinsame Nutzung der Immobilie – von mehr als kurzer Dauer ist. Nahezu lehrbuchartig führt der BGH aus, dass den Beschenkten ansonsten grds. keine Pflicht zur Rückgabe der Schenkung trifft, es sei denn, die Schenkung ist mit einer Auflage (§ 525 BGB) oder Zweckabreden (§ 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB) verbunden oder die Grenzen der §§ 528, 530 BGB sind überschritten (vgl. Rn. 17). Beim Scheitern einer länger andauernden Beziehung vermag die Rechtslage also der volkstümlichen Redensart „Geschenkt ist geschenkt, wiederholen ist gestohlen“ zu entsprechen.

¹⁸ So zu den schwiegerelterlichen Zuwendungen Bruch, MittBayNot 2011, 138, 145.

Widerruf vom Wohnmobil-Kaufvertrag im laufenden Rechtsstreit

BGH, Urt. v. 17.10.2018 - VIII ZR 212/17

RiLG Dr. Christoph Kretschmer, z. Zt. Wiss. Mit. beim BGH

A. Problemstellung

Das Berufungsverfahren im Zivilprozess stellt eine eingeschränkte Tatsacheninstanz dar, in der neuer Sachvortrag grds. nur unter den Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO

geltend gemacht werden kann. Danach sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel in der zweiten Instanz nur zuzulassen, wenn sie einen Gesichtspunkt betreffen, der vom erstinstanzlichen Gericht erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten worden ist, infolge eines Verfahrensmangels nicht geltend gemacht wurden oder in erster Instanz nicht geltend gemacht worden sind, ohne dass dies auf der Nachlässigkeit einer Partei beruht. Umstritten ist dabei, wie mit einer Gestaltungserklärung – z.B. der Kündigung oder dem Widerruf eines Vertrags – umzugehen ist, die erst nach der erstinstanzlichen Entscheidung abgegeben wurde. Müssen für deren Berücksichtigung auch die Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO vorliegen oder der Sachvortrag zur Gestaltungserklärung zumindest unstrittig sein? Der BGH musste über diese Rechtsfrage im Zusammenhang mit dem Widerruf eines Kaufvertrags über ein Luxuswohnmobil entscheiden. Die Entscheidung führt zudem die bisherige Rechtsprechung fort, wann ein Fahrzeug nach längerer Standzeit noch als „fabrikneu“ anzusehen ist.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Der Beklagte erwarb im Januar 2015 ein von der klagenden Händlerin als „integriertes Neufahrzeug“ im Internet zum Verkauf angebotenes Wohnmobil Concorde Carver 841 L zum Preis von insgesamt 177.900 €. Die Klage auf Verurteilung des Beklagten zur Zahlung des Kaufpreises (abzüglich einer bereits geleisteten Anzahlung) Zugumzug gegen Übergabe und Übereignung des Wohnmobils hatte vor dem Landgericht zunächst Erfolg.

Nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils erklärte der Beklagte erstmals mit an die Klägerin gerichtetem Schreiben vom September 2015 den Widerruf des Kaufvertrags, da er diesen als Verbraucher außerhalb der Geschäftsräume der Klägerin geschlossen habe. Hilfsweise erklärte der Beklagte zudem den Rücktritt vom Kaufvertrag, weil das Wohnmobil – wie er erst jetzt erfahren habe – bereits im Oktober 2013 an einen Vertragshändler ausgeliefert worden war und damit entgegen den getroffenen Vereinbarungen kein Neufahrzeug mehr gewesen sei. Auf die Berufung des Beklagten, mit der er außerdem widerklagend die Rückzahlung der bereits geleisteten Anzahlung beantragt hat, hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Die vom Oberlandesgericht zugelassene Revision hatte Erfolg und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

II. Der VIII. Zivilsenat des BGH hat zwar die Auffassung des Berufungsgerichts bestätigt, dass es sich bei dem von der Klägerin angebotenen Wohnmobil nicht um das nach

dem Kaufvertrag geschuldete Neufahrzeug handelte. Anders als das Berufungsgericht gemeint hat, konnte der Kaufpreisanspruch der Klägerin jedoch nicht aufgrund eines wirksamen Rücktritts vom Kaufvertrag verneint und der widerklagend geltend gemachte Anspruch auf Rückgewähr der Anzahlung nicht bejaht werden.

1. Das Wohnmobil war entgegen der von den Parteien getroffenen Vereinbarung nicht mehr „neu“, da es bei Abschluss des Kaufvertrags bereits über 15 Monate alt war. Die gefestigte Rechtsprechung,¹ wonach ein unbenutztes Kraftfahrzeug nur dann die Beschaffenheit „fabrikneu“ aufweist, wenn und solange das Modell weiter unverändert gebaut wird, wenn es keine standzeitbedingten Mängel aufweist und zwischen der Herstellung und dem Abschluss des Kaufvertrags nicht mehr als zwölf Monate liegen, ist auch auf den Kauf von Wohnmobilen anwendbar. Zwar kann bei Wohnmobilen, insbesondere bei solchen der Luxusklasse, angesichts der Art ihrer Verwendung mit längeren Standzeiten als bei Pkw bis zum Verkauf gerechnet werden. Der Käufer eines „fabrikneuen“ Wohnmobils kann aber berechtigterweise erwarten, dass dieses zwischen Herstellung und Kauf nicht mehr als ein Jahr lang unbenutzt gestanden hat. Auch ein Wohnmobil unterliegt wie jedes andere Kraftfahrzeug einem Alterungsprozess und einer Verschlechterung des Zustands des Fahrzeugs durch infolge des Zeitablaufs eintretende Materialermüdung, Oxidation und andere physikalische Veränderungen. Der BGH hielt auch die Auffassung der Klägerin nicht für stichhaltig, dass es dem Käufer eines Wohnmobils im Regelfall weniger auf die Fahreigenschaften als vielmehr auf den gebotenen Wohnkomfort ankomme. Vielmehr lässt sich daraus für die Beurteilung als „neu“ nichts herleiten, zumal es auf der Hand liegt, dass ein Wohnmobil vornehmlich zum Reisen konzipiert und gebaut ist.

2. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Voraussetzungen für einen Rücktritt vom Kaufvertrag seien gegeben, da eine Nachfristsetzung des Beklagten zur Leistung oder Nacherfüllung gem. § 326 Abs. 5, § 275 BGB wegen eines „nicht behebbaren“ Mangels entbehrlich gewesen sei, beruht allerdings auf einem grundlegenden rechtlichen Fehlverständnis. Es liegt vielmehr in der Natur der Sache, dass es sich bei dem Kauf eines Neufahrzeugs regelmäßig um eine Gattungsschuld gem. § 243 Abs. 1 BGB handelt und die Klägerin eine vertragliche Beschaffungspflicht für ein fabrikneues Wohnmobil Concorde Carver 841 L übernommen hat. Anhaltspunkte dafür, dass sich die Leistungspflicht der Klägerin nach dem übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien auf das zu dieser Zeit bei ihr vorhandene und von dem Beklagten besichtigte Exemplar beschränken sollte, sind nicht erkennbar. Schließlich wurde die Gattungsschuld auch nicht dadurch zur Stück-

schuld, dass die Klägerin dem Beklagten das nicht vertragsgemäße Fahrzeug als Leistung angeboten hat.

Mangels hinreichender Feststellungen hierzu konnte der BGH aber nicht beurteilen, ob der Klägerin die Lieferung des vertraglich geschuldeten Neufahrzeugs aus anderen Gründen nach § 275 BGB unmöglich und eine Fristsetzung des Beklagten deshalb entbehrlich war.

3. Nach den bisherigen Feststellungen konnte auch nicht abschließend entschieden werden, ob dem Beklagten ein Widerrufsrecht zustand und das Urteil des Berufungsgerichts daher aus anderen Gründen im Ergebnis richtig war. Der BGH hat in diesem Zusammenhang deutlich gemacht, dass – anders als das Berufungsgericht gemeint hat – eine Partei nicht verpflichtet ist, ein ihr materiell-rechtlich zustehendes Gestaltungsrecht wie das Widerrufsrecht bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in erster Instanz auszuüben. Sie ist auch dann nicht mit dem diesem Gestaltungsrecht zugrunde liegenden Tatsachenvorbringen prozessrechtlich ausgeschlossen, wenn sie das Gestaltungsrecht erst zu einem späteren Zeitpunkt ausübt. Die Präklusionsvorschrift für die zweite Instanz des § 531 Abs. 2 ZPO soll die Parteien lediglich dazu anhalten, zu einem bereits vorliegenden und rechtlich relevanten Tatsachenstoff rechtzeitig vorzutragen, verfolgt aber nicht den Zweck, auf eine (beschleunigte) Veränderung der materiellen Rechtslage hinzuwirken. Dementsprechend ist auch ein erst nach Schluss der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung ausgeübtes Gestaltungsrecht auf entsprechenden Parteivortrag in der Berufungsinstanz grds. zu berücksichtigen, und zwar unabhängig davon, ob die Erklärung des Gestaltungsrechts als solche von der Gegenseite bestritten oder zwischen den Parteien unstreitig ist.

Damit war im Streitfall das streitige Vorbringen des Beklagten zum Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des von ihm geltend gemachten Widerrufs in der Berufungsinstanz zu berücksichtigen. Eine Nachlässigkeit i.S.v. § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO kommt bei dem zulässigerweise ausgeübten Widerruf des Beklagten nach Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht von vornherein nicht in Betracht.

Das Berufungsgericht wird nach der Zurückweisung durch den BGH noch zu klären haben, ob der Beklagte seine auf Abschluss des Kaufvertrags gerichtete Willenserklärung auch in materiell-rechtlicher Hinsicht wirksam widerrufen hat. Hierzu fehlten aber weitere Feststellungen, die das Berufungsgericht bislang noch nicht getroffen hat.

1 BGH, Urt. v. 29.06.2016 - VIII ZR 191/15 Rn. 44 f.; BGH, Urt. v. 06.02.2013 - VIII ZR 374/11 Rn. 10; BGH, Urt. v. 15.10.2003 - VIII ZR 227/02 Rn. 8 ff.; jeweils m.w.N.

C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung des VIII. Zivilsenats klärt eine seit Langem diskutierte Frage, auch wenn diese in der Praxis in vielen Fällen nicht streitentscheidend ist. Die tatsächliche Ausübung eines Gestaltungsrechts ist zwischen den Parteien meist unstrittig, gestritten wird nur um die rechtlichen Folgen der Erklärung. Da unstrittiges neues Tatsachenvorbringen in der Berufungsinstanz immer zu berücksichtigen ist,² konnten erst später erklärte Widerrufs- oder Kündigungs-erklärungen ohnehin für die Entscheidung im Berufungsverfahren herangezogen werden.

Das Urteil verdient Zustimmung. Es ist auf einer Linie mit der Rechtsprechung des VII. Zivilsenats zu einer besonderen Konstellation im Bau- und Architektenrecht: Dort ist anerkannt, dass der Werkunternehmer oder Architekt auch in der zweiten Instanz noch eine (ggf. korrigierte) Schlussrechnung vorlegen kann und diese nicht auf der Grundlage der § 529 Abs. 1, § 531 Abs. 2 ZPO unberücksichtigt bleiben kann.³

D. Auswirkungen für die Praxis

Mit der neuen Entscheidung des BGH kann eine zuvor übersehene Möglichkeit zur Kündigung, zum Rücktritt oder zum Widerruf des Vertrags auch in der zweiten Instanz noch ge-

nutzt werden, sofern die weiteren Voraussetzungen (wie die Wahrung der Widerrufsfrist) für die Ausübung des Gestaltungsrechts vorliegen. Ausdrücklich offengelassen hat der VIII. Zivilsenat allerdings, ob unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs in besonderen Fällen etwas anderes gelten kann. Es könnten also abweichend zu beurteilende Fälle denkbar sein, in dem etwa der Gegner bewusst und in Schädigungsabsicht im laufenden Rechtsstreit hingehalten und dann erst in zweiter Instanz das Gestaltungsrecht „aus dem Hut gezaubert“ wird.

Vorsicht ist zudem geboten, wenn der Rechtsstreit bereits rechtskräftig abgeschlossen ist. Mit der Vollstreckungsgegenklage kann ein erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung ausgeübtes Gestaltungsrecht nicht mehr berücksichtigt werden, da für den Ausschluss der Geltendmachung von gesetzlichen Gestaltungsrechten nach § 767 Abs. 2 ZPO nicht auf den Zeitpunkt der Ausübung, sondern auf den Zeitpunkt ihres Entstehens und der Befugnis zu ihrer Ausübung abzustellen ist.⁴

2 Vgl. BGH, Beschl. v. 23.06.2008 - GSZ 1/08 Rn. 10; BGH, Urt. v. 20.05.2009 - VIII ZR 247/06 Rn. 15; jeweils m.w.N.

3 Vgl. BGH, Urt. v. 06.10.2005 - VII ZR 229/03 Rn. 10 ff.; BGH, Urt. v. 09.10.2003 - VII ZR 335/02 Rn. 16 f.

4 Vgl. BGH, Urt. v. 08.05.2014 - IX ZR 118/12 Rn. 17; BGH, Urt. v. 16.11.2005 - VIII ZR 218/04 Rn. 14.

Arbeitsrecht

Arbeitnehmerdatenschutz und DSGVO – erste Erfahrungen mit dem neuen Recht

RA und FA für Arbeitsrecht Thomas Faas

Seit dem 25.05.2018 gilt die Datenschutz-Grundverordnung¹ (DSGVO) verbindlich in allen EU-Mitgliedstaaten. Zeitgleich ist auch die Neufassung des Bundesdatenschutzgesetzes² (BDSG) in Kraft getreten.³ Der folgende Beitrag beleuchtet vor dem Hintergrund praktischer Erfahrungen aus etwas mehr als einem Jahr unter der Geltung des neuen Rechts ausgewählte Problemkomplexe im Arbeitnehmerdatenschutz.

A. Verhältnis zwischen DSGVO und BDSG

Der wesentliche Unterschied zwischen der DSGVO und der Datenschutz-Richtlinie aus dem Jahr 1995⁴ (DS-RL)

besteht darin, dass die DSGVO aufgrund ihrer Rechtsqualität als Verordnung keines nationalen Umsetzungs-

1 Verordnung EU 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.04.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, ABl. EU 2016 L 119, 1.

2 Bundesdatenschutzgesetz vom 30.06.2016, BGBl. I 2016, 2097.

3 Vgl. hierzu bereits Grimm/Göbel, jM 2018, 278 ff.

4 Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. EG 1995 L 281, 31.

aktes bedarf. Sie ist eo ipso in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat (Art. 288 Abs. 2 AEUV). Im Verhältnis zu abweichenden nationalen Rechtsvorschriften genießt sie Anwendungsvorrang.⁵ Demgegenüber war die DS-RL zwar hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überließ jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel ihrer Umsetzung in nationales Recht (Art. 288 Abs. 3 AEUV).

Mit der DSGVO sollen der bisherige zersplitterte Rechtszustand im Datenschutzrecht in Europa bekämpft und gleiche Marktchancen im Binnenmarkt („level playing field“) herbeigeführt werden. Aus diesem Grund bezweckt die DSGVO eine Voll-Harmonisierung des Rechtsrahmens für die Verarbeitung personenbezogener Daten in der EU. Eine wesentliche Modifikation dieses grundlegenden Strukturprinzips der DSGVO ergibt sich durch Öffnungsklauseln bzw. Ausfüllungsermächtigungen, die unter bestimmten innerhalb der DSGVO näher festgelegten Voraussetzungen Raum für spezifischere nationale Rechtsvorschriften lassen. Für die Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext sieht Art. 88 Abs. 1 DSGVO vor, dass die Mitgliedstaaten durch Rechtsvorschriften oder durch Kollektivvereinbarungen spezifischere Vorschriften zur Gewährleistung des Schutzes der Rechte und Freiheiten hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext, insbesondere für Zwecke der Einstellung, der Erfüllung des Arbeitsvertrags, einschließlich der Erfüllung von durch Rechtsvorschriften oder durch Kollektivvereinbarungen festgelegten Pflichten [...] und für Zwecke der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses vorsehen können. Als Konsequenz hieraus ergibt sich im Arbeitnehmerdatenschutz ein Nebeneinander der Vorgaben der DSGVO einerseits und nationaler Rechtsvorschriften (insbesondere im BDSG) zur Ausgestaltung der Öffnungsklausel des Art. 88 DSGVO andererseits.

B. Praktische Implementierung in Unternehmen

Unternehmen in Deutschland waren und sind bei der Implementierung der DSGVO zunächst mit einer Reihe von Anforderungen konfrontiert, die im Wesentlichen bereits unter der Geltung der DS-RL und des BDSG a.F. zu beachten waren. Zu diesen bekannten Anforderungen zählen der Sache nach etwa die zentralen Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten (Art. 5 Abs. 1 Buchst. a – f DSGVO: Rechtmäßigkeit, Verarbeitung nach Treu und Glauben, Transparenz, Zweckbindung, Datenminimierung, Richtigkeit, Speicherbegrenzung, Integrität und Vertraulichkeit), die Regelungssystematik des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt (Art. 6 Abs. 1, Art. 9 Abs. 2 DSGVO), die für

die Wahrung von Datenschutz und Datensicherheit zu treffenden technischen und organisatorischen Maßnahmen (Art. 24, 32 DSGVO) oder die Verpflichtung zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten (Art. 37 ff. DSGVO, § 38 BDSG).

Neue Anforderungen haben sich insbesondere aus der mit der DSGVO eingeführten Rechenschaftspflicht (Art. 5 Abs. 2 DSGVO) ergeben. Hiernach muss der Verantwortliche einer Datenverarbeitung die Einhaltung der in Art. 5 Abs. 1 DSGVO aufgeführten Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten jederzeit nachweisen können. Flankiert wird diese Verpflichtung durch eine prozessuale Beweislastumkehr im Fall einer Inanspruchnahme des Verantwortlichen auf Schadensersatz (Art. 82 Abs. 3 DSGVO). Darüber hinaus bestehen nach der DSGVO im Vergleich zur früheren Rechtslage strengere Anforderungen an die Rechtswirksamkeit von Einwilligungen (Art. 7 DSGVO, § 26 Abs. 2 BDSG), erweiterte Informationspflichten bei der Erhebung personenbezogener Daten (Art. 13, 14 DSGVO) und eine verschärfte Meldepflicht bei Verletzungen des Schutzes personenbezogener Daten (Art. 33, 34 DSGVO).

Nicht zuletzt angesichts des drastisch erhöhten Bußgeldrahmens im Fall von Verstößen (Art. 83 DSGVO) und zur Vermeidung einer persönlichen Haftung ihrer Organvertreter sind Unternehmen gut beraten, jeweils angepasst auf ihre Größe und datenschutzrechtliche Risikoexposition eine Datenschutz-(Compliance-)Organisation einzurichten und zu unterhalten. In der Praxis hat sich in diesem Zusammenhang die Durchführung einer „gap analysis“ als hilfreich erwiesen. Hierunter versteht man die strukturierte Ermittlung des datenschutzrechtlichen Status quo („Ist“-Zustand) und dessen Gegenüberstellung mit den rechtlichen Anforderungen („Soll“-Zustand). Auf dieser Basis lassen sich der Umfang des Anpassungsbedarfs und die Schwere von Haftungsrisiken feststellen, entsprechende Prioritäten setzen bzw. Budgets definieren und ein Projektfahrplan aufstellen.⁶

Nach den Erfahrungen aus der Beratungspraxis hatten mit Ablauf der zweijährigen Übergangsphase und dem Beginn der verbindlichen Geltung der DSGVO am 25.05.2018 nur vergleichsweise wenige Unternehmen sämtliche internen Prozesse schon so weit angepasst, dass von einer vollständigen Einhaltung aller datenschutzrechtlichen Anforderungen gesprochen werden konnte. Mittlerweile sind jedenfalls große Unternehmen in datenschutzrechtlicher Hinsicht meist

5 Vgl. EuGH, Urt. v. 15.07.1964 - 6/64; EuGH, Urt. v. 09.03.1978 - 106/77.

6 Vgl. Wybitul/Draf, BB 2016, 2101 ff.; Baumgartner, ZD 2017, 405 f.

recht gut aufgestellt. Bei kleinen und mittleren Unternehmen ergibt sich jedoch ein eher durchwachsenes Bild. So wurden nach verschiedenen Studien per Mai 2019 bei ca. 20 % der Unternehmen erst einzelne Umsetzungsmaßnahmen getroffen, während bei ca. 5 % der Unternehmen noch nicht einmal mit der Umsetzung begonnen wurde.⁷ Als Gründe für Umsetzungsdefizite lassen sich eine unrealistische Zeit- und Ressourcenplanung, die fehlende Detailkenntnis der eigenen Verarbeitungsvorgänge, die allgemeine Knappheit datenschutzrechtlich qualifizierten Personals, teilweise auch das Fehlen ausreichender Budgetfreigaben durch das Management ausmachen. Zudem gibt es in einigen Unternehmen trotz der flächendeckenden Berichterstattung auch außerhalb des Fachschrifttums (insbesondere zur ggf. existenzgefährdenden Höhe möglicher Geldbußen) offenbar zum Teil bis heute kein entsprechendes Problembewusstsein. Schließlich mag auch der Umstand, dass bislang jedenfalls in Deutschland noch keine medienwirksamen Höchstbetrags-Geldbußen verhängt wurden, dazu beigetragen haben, dass die Anforderungen der DSGVO bislang noch nicht flächendeckend umgesetzt worden sind.

C. Ausgesuchte Problemkomplexe

Aus der Vielzahl von Anwendungs- und Auslegungsfragen im Arbeitnehmerdatenschutz sollen nachstehend einige praxisrelevante Problemkomplexe näher beleuchtet werden, zu denen zum Teil bereits erste Rechtsprechung vorliegt.

I. Betroffenenrechte

1. Allgemeine Anforderungen, Art. 12 DSGVO

Die Vorschrift des Art. 12 DSGVO normiert allgemeine, vor die Klammer gezogene Anforderungen und Pflichten des für eine Datenverarbeitung Verantwortlichen im Zusammenhang mit der Gewährleistung der in Art. 13 – 22 DSGVO im Einzelnen geregelten Betroffenenrechte. Hiernach müssen alle der betroffenen Person zu erteilenden Informationen in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache übermittelt werden (Art. 12 Abs. 1 Satz 1 DSGVO). Dies kann schriftlich oder ggf. auch elektronisch erfolgen (Art. 12 Abs. 1 Satz 2 DSGVO). In zeitlicher Hinsicht ist von Bedeutung, dass die Zurverfügungstellung beantragter Informationen unverzüglich, in jedem Fall aber innerhalb eines Monats nach Eingang des Antrags (Art. 12 Abs. 3 Satz 1 DSGVO) erfolgen muss. Eine Verlängerung der Frist um bis zu zwei Monate kommt nur in Betracht, wenn dies unter Berücksichtigung der Komplexität und der Anzahl von Anträgen erforderlich ist (Art. 12 Abs. 3 Satz 2 DSGVO). Informationen nach Art. 13, 14 DSGVO (Informationspflicht bei

Erhebung von personenbezogenen Daten) sowie Mitteilungen und Maßnahmen gem. Art. 15 – 22 DSGVO (u.a. Auskunft, Berichtigung und Löschung) sind unentgeltlich zur Verfügung zu stellen (Art. 12 Abs. 5 DSGVO). Eine Begründung für die Geltendmachung von Betroffenenrechten durch den Antragsteller sieht die DSGVO nicht vor. Lediglich bei offensichtlich unbegründeten oder exzessiven Anträgen ist der Verantwortliche berechtigt, die Bearbeitung zu verweigern oder ein angemessenes Entgelt zu erheben. Dabei obliegt es dem Verantwortlichen, den Nachweis für den offenkundig unbegründeten oder exzessiven Charakter des Antrags zu erbringen (Art. 12 Abs. 5 Satz 1 – 3 DSGVO).

2. Informationspflichten, Art. 13, 14 DSGVO

Nach Art. 13 DSGVO bzw. Art. 14 DSGVO sind der betroffenen Person vom Verantwortlichen bei der Erhebung personenbezogener Daten diverse Informationen zu erteilen. Der Katalog mitzuteilender Angaben ist im Fall der Erhebung personenbezogener Daten bei der betroffenen Person (Art. 13 DSGVO) und im Fall der Erhebung personenbezogener Daten bei Dritten (Art. 14 DSGVO) im Wesentlichen deckungsgleich, weshalb in der Praxis meist nicht zwischen der jeweiligen Erhebungssituation unterschieden, sondern ein beide Konstellationen abdeckendes Informationsschreiben verwendet wird.

Zu den mitzuteilenden Informationen gehören u.a. Name und Kontaktdaten des Verantwortlichen, ggf. Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten, Zwecke und Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung, ggf. Empfänger oder Kategorien von Empfängern, Dauer der Speicherung oder Kriterien für deren Festlegung, Bestehen eines Rechts auf Auskunft, Berichtigung, Löschung, Einschränkung der Verarbeitung, Widerspruch und Datenübertragbarkeit sowie eines Beschwerderechts bei der Aufsichtsbehörde. Nur bei Art. 13 DSGVO ist zusätzlich über das Bestehen einer Verpflichtung zur Bereitstellung der Daten und die Folgen einer Nichtbereitstellung der Daten zu informieren, während nur bei Art. 14 DSGVO zusätzlich Angaben dazu zu machen sind, aus welcher Quelle die personenbezogenen Daten über die betroffene Person stammen.

Die Informationspflicht nach Art. 13 DSGVO (Datenerhebung beim Betroffenen) besteht zum Zeitpunkt der Erhebung der Daten, die Informationspflicht nach Art. 14 DSGVO

⁷ Vgl. Business-Studie der Brabblers AG Mai 2019 (S. 9), www.ginlo.net/media/filer_public/05/a2/05a2525d-6f61-4326-ad30-68154e0af129/ginlo_studie2019_digitaler_kommunikation_und_datenschutz.pdf; ähnlich Umfrage des TÜV-Süd aus Mai 2019, www.tuev-sued.de/tuev-sued-konzern/presse/pressearchiv/umfrage-noch-grosser-handlungsbedarf-bei-umsetzung-der-dsgvo (jeweils zuletzt abgerufen am 23.10.2019).

(Datenerhebung bei Dritten) innerhalb angemessener Frist, längstens jedoch innerhalb eines Monats nach der Datenerhebung (Art. 13 Abs. 1, Art. 14 Abs. 3 DSGVO).

Da im Arbeitsverhältnis zahlreiche Anlässe für die Erhebung personenbezogener Beschäftigtendaten bei Arbeitnehmern oder Dritten bestehen, würde eine Erfüllung der Informationspflichten bei jeder konkreten Datenerhebung die Unternehmen zwangsläufig überfordern. In der Praxis werden die nach Art. 13, 14 DSGVO mitzuteilenden Informationen daher für eine möglichst große Anzahl absehbarer Anwendungsfälle und einen möglichst großen Kreis betroffener Arbeitnehmer in einer vorformulierten Standard-Information zusammengefasst. So müssen Unternehmen lediglich noch in vorher nicht absehbaren Sonderkonstellationen auf eine anlassbezogene individuelle Informationserteilung zurückgreifen. Dementsprechend werden Bewerber jeweils zu Beginn des Bewerbungsverfahrens auf die in diesem Rahmen von ihnen bzw. von Dritten zu erhebenden personenbezogenen Daten und die weiteren nach Art. 13, 14 DSGVO erforderlichen Angaben mit einem umfassenden Informationsschreiben hingewiesen. Dies geschieht bei Stellenausschreibungen auf Online-Bewerbungsportalen meist durch Einblendung einer entsprechenden Informationsseite vor Weiterleitung des Interessenten auf die Eingabemaske für die personenbezogenen Daten. Führt das Bewerbungsverfahren zum Abschluss eines Arbeitsvertrages, findet man in der Praxis umfangreiche „Beipackzettel“ zum Arbeitsvertrag, mit denen der Arbeitgeber den Arbeitnehmer analog zum Medizinrecht über die datenschutzrechtlichen „Risiken und Nebenwirkungen“ im Arbeitsverhältnis informiert.⁸

3. Auskunftsrecht, Art. 15 DSGVO

Eines der im Arbeitsverhältnis wichtigsten Betroffenenrechte ist das Auskunftsrecht nach Art. 15 DSGVO. Hiernach kann die betroffene Person vom Verantwortlichen Auskunft zu „Ob“ und „Wie“ der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten verlangen. Der Wortlaut von Art. 15 Abs. 3 DSGVO sieht darüber hinaus einen Anspruch auf Zurverfügungstellung einer Kopie der personenbezogenen Daten, die Gegenstand der Verarbeitung sind, vor. Die Reichweite des Rechts auf Auskunft und auf Datenkopie ist ebenso wie der notwendige Detaillierungsgrad der hierbei vom Arbeitgeber als Verantwortlichem mitzuteilenden Angaben bislang noch weitgehend ungeklärt. In der Praxis stellt sich insoweit etwa die Frage, ob das Recht auf Datenkopie auch einen Anspruch auf Herausgabe der vollständigen E-Mail-Korrespondenz der betroffenen Person im ggf. jahrzehntelang bestehenden Arbeitsverhältnis umfassen kann.⁹ Unabhängig von der Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Reichweite des Auskunftsanspruchs besteht für den Verantwortlichen in tatsächlicher Hinsicht ein

nicht zu unterschätzender Aufwand für die Ermittlung und Bereitstellung der Daten des Betroffenen. Denn Datenverarbeitungen im Arbeitsverhältnis erfolgen meist nicht in einem einzigen IT-System, sondern je nach Verarbeitungszweck in einer Vielzahl unterschiedlicher Systeme mit zahlreichen unterschiedlichen Dateiformaten.

Es ist außerdem festzustellen, dass der Anspruch auf Auskunft und Datenkopie von Arbeitnehmerseite zunehmend häufiger während laufender gerichtlicher Streitigkeiten mit dem Arbeitgeber geltend gemacht wird. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie eine prozessuale Ausforschung der Gegenseite verhindert werden kann und ob dem Anspruch des Arbeitnehmers nach Art. 15 DSGVO berechnete Interessen Dritter, insbesondere das Interesse am Schutz der Anonymität von Whistleblowern, mit Erfolg entgegengehalten werden können.

Nach Ansicht des LArbG Stuttgart wird das Recht auf Auskunft nach Art. 15 DSGVO gem. § 34 Abs. 1, § 29 Abs. 1 Satz 2 BDSG nur insoweit eingeschränkt, „soweit“ durch die Auskunft Informationen offenbart würden, die nach einer Rechtsvorschrift oder ihrem Wesen nach, insbesondere wegen der überwiegenden berechtigten Interessen eines Dritten, geheim gehalten werden müssen. Der Schutz von Informanten könne ein an sich anerkanntes Geheimhaltungsinteresse darstellen. Für das Vorliegen eines solchen Geheimhaltungsinteresses sei der Arbeitgeber darlegungspflichtig. Dabei reiche jedoch der pauschale Hinweis auf die Notwendigkeit des bedingungslosen Schutzes der Anonymität für die Funktionsfähigkeit eines Hinweisgebersystems nicht aus. Vielmehr müsse der Arbeitgeber vortragen, welche konkreten personenbezogenen Daten nicht herausgegeben werden könnten, ohne dass schützenswerte Interessen Dritter tangiert werden. Hierzu müssten nicht zwingend die personenbezogenen Daten als solche preisgegeben werden. Ausreichend, aber auch erforderlich sei die konkrete Darlegung, auf welche genauen Informationen („Sachverhalt/Vorfall/Thema in zeitlicher und örtlicher Eingrenzung nebst handelnden Personen“) sich das überwiegende berechnete Interesse an einer Geheimhaltung beziehen soll. Nur unter diesen Voraussetzungen seien dem Gericht die notwendige Einzelfallabwägung und eine etwa vorzunehmende gegenständliche Einschränkung im Tenor möglich. Es bleibt abzuwarten, wie sich das BAG zu der zugelassenen und zwischenzeitlich eingelegten Revision positionieren wird.¹⁰

⁸ Vgl. Kamps/Bonanni, ArbRB 2017, 119 ff.; Grimm/Kühne, ArbRB 2018, 185 ff.

⁹ Dazu Dzida, BB 2018, 2677, 2679 f.

¹⁰ LArbG Stuttgart, Urt. v. 20.12.2018 - 17 Sa 11/18; Revision beim BAG anhängig unter dem Az. 5 AZR 66/19.

4. Recht auf Löschung, Art. 17 DSGVO

Die Vorschrift des Art. 17 DSGVO sieht einen Anspruch der betroffenen Person auf unverzügliche Löschung ihrer personenbezogenen Daten durch den Verantwortlichen u.a. dann vor, wenn die personenbezogenen Daten für die Zwecke, für die sie erhoben oder auf sonstige Weise verarbeitet wurden, nicht mehr notwendig sind (Art. 17 Abs. 1 Buchst. a DSGVO) oder wenn die betroffene Person ihre Einwilligung, auf die sich die Verarbeitung gem. Art. 6 Abs. 1 Buchst. a DSGVO oder Art. 9 Abs. 2 Buchst. a DSGVO stützte, widerruft und es an einer anderweitigen Rechtsgrundlage für die Verarbeitung fehlt (Art. 17 Abs. 1 Buchst. b DSGVO). Praktisch wichtige Ausschlussstatbestände bestehen u.a. in Fällen, in denen die Verarbeitung zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung, also insbesondere der Einhaltung gesetzlicher Aufbewahrungspflichten, oder zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen erforderlich ist (Art. 17 Abs. 3 Buchst. a, d DSGVO).¹¹

Die Lösungsverpflichtung nach Art. 17 DSGVO wird insbesondere im Zusammenhang mit der Entfernung von Abmahnungen aus der Personalakte relevant. Nach der zur früheren Rechtslage ergangenen ständigen Rechtsprechung des BAG besteht nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Anspruch auf Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte gem. §§ 242, 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB nur dann, wenn es objektive Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Abmahnung dem Arbeitnehmer noch schaden kann. Hierfür ist der Arbeitnehmer darlegungs- und beweispflichtig.¹² Demgegenüber hat das LArbG Halle unter der Geltung der DSGVO entschieden, dass der aus Art. 17 Abs. 1 DSGVO folgende Anspruch auf Löschung einer Abmahnung aus der Personalakte keine Darlegung des Arbeitnehmers verlangt, dass es objektive Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Abmahnung ihm noch schaden könnte. Der Anspruch auf Löschung werde auch nicht wegen unverhältnismäßigen Aufwands nach § 35 BDSG eingeschränkt oder durch die Bestimmungen über die Datenverarbeitung im Beschäftigungsverhältnis nach § 26 BDSG ausgeschlossen.¹³

II. Videoüberwachung

Hinsichtlich der materiellen Anforderungen an Zulässigkeit und Grenzen einer offenen oder verdeckten Videoüberwachung im Arbeitsverhältnis haben sich nach herrschender Auffassung durch die DSGVO bzw. die Neufassung des BDSG keine Änderungen ergeben. Die zur DS-RL und zu § 32 BDSG a.F. ergangene Rechtsprechung¹⁴ ist auch unter der Geltung von § 26 BDSG weiterhin anwendbar.¹⁵

Nach einer Entscheidung des BAG aus dem August 2018 wird die Speicherung von Bildsequenzen aus einer zulässigen offenen Videoüberwachung, die vorsätzliche Handlungen eines Arbeitnehmers zulasten des Eigentums des Arbeitgebers zeigen, nicht durch bloßen Zeitablauf unverhältnismäßig, solange die Rechtsverfolgung durch den Arbeitgeber materiell-rechtlich möglich ist. Der entschiedene Fall betraf eine offene Videoüberwachung in einem Verkaufsraum, deren Daten erst mehrere Monate nach ihrer Erhebung wegen eines konkreten Unterschlagungsverdachts gegen eine als Verkäuferin tätige Arbeitnehmerin ausgewertet worden waren. Nach der Begründung des BAG stellt die Vorschrift des § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG a.F. (= § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG) für die Verarbeitung und Nutzung von personenbezogenen Daten eines Beschäftigten, die der Arbeitgeber durch eine Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Räume erlangt hat, eine eigenständige, von den Voraussetzungen des § 6b Abs. 3 BDSG a.F. (= § 4 Abs. 3 BDSG) unabhängige Erlaubnisnorm dar. Der rechtmäßig gefilmte Vorsatztäter ist in Bezug auf die Aufdeckung und Verfolgung seiner materiell-rechtlich noch verfolgbaren Tat nicht schutzwürdig. Er wird dies auch nicht durch bloßen Zeitablauf. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht kann nicht zu dem alleinigen Zweck in Anspruch genommen werden, sich vor dem Eintritt von Verfall, Verjährung oder Verwirkung der Verantwortung für vorsätzlich rechtswidriges Handeln zu entziehen.¹⁶

III. Betriebsrat als Verantwortlicher im Sinne des Datenschutzrechts?

Die Tätigkeit des Betriebsrats erfordert nach den zugrunde liegenden gesetzlichen Aufgabenzuweisungen und Beteiligungserfordernissen (z.B. nach §§ 80, 82 – 85, 89 – 91, 99, 102 BetrVG, § 167 SGB IX) zwangsläufig die umfangreiche Verarbeitung personenbezogener Daten von Arbeitnehmern. Insofern stellt sich unter Geltung der DSGVO die Frage, welche Stellung der Betriebsrat in datenschutzrechtlicher Hinsicht (Verantwortlicher, Teil des Verantwortlichen, Empfänger von Daten, Dritter) einnimmt.

11 Umfassend zu Aufbewahrungs- und Lösungsfristen Faas/Henseler, BB 2018, 2292 ff.; Haumann/Karwatzki/Ernst, DB 2018, 2697 ff.

12 BAG, Ur. v. 17.11.2016 - 2 AZR 730/15; BAG, Ur. v. 14.09.1994 - 5 AZR 632/93.

13 LArbG Halle, Ur. v. 23.11.2018 - 5 Sa 7/17.

14 Siehe z.B. BAG, Ur. v. 22.09.2016 - 2 AZR 848/15; BAG, Ur. v. 20.10.2016 - 2 AZR 395/15.

15 Byers/Wenzel, BB 2017, 2036 ff.; Lachenmann, ZD 2017, 407, 410 f.; a.A. Maschmann in: Kühling/Buchner, DSGVO, 2. Aufl. 2018, § 26 BDSG Rn. 22 (Unzulässigkeit verdeckter Videoüberwachung).

16 BAG, Ur. v. 23.08.2018 - 2 AZR 133/18.

Nach der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung zu DS-RL und BDSG a.F. war der Betriebsrat als Teil der verantwortlichen Stelle einzustufen. Zur Begründung wurde insbesondere auf den aus § 1 Abs. 3 BDSG a.F. abzuleitenden Vorrang des BetrVG gegenüber dem BDSG verwiesen. Allerdings sei trotz der datenschutzrechtlichen Zuordnung des Betriebsrats zum Arbeitgeber als verantwortlicher Stelle ein Kontrollrecht des Datenschutzbeauftragten hinsichtlich der Datenverarbeitung des Betriebsrats zu verneinen. Ein solches Kontrollrecht wäre nach Ansicht des BAG mit der vom BetrVG vorgeschriebenen Unabhängigkeit des (G)BR von der Arbeitgeberin unvereinbar. Ein so massiver und wertungs-widersprüchlicher Eingriff in ein Strukturprinzip des BetrVG könne dem BDSG nicht entnommen werden.¹⁷

Der frühere Begründungsweg des BAG über den rechtlichen Vorrang des BetrVG gegenüber datenschutzrechtlichen Bestimmungen kann unter der Geltung der DSGVO nicht mehr herangezogen werden.¹⁸ Denn die DSGVO sieht keine Einschränkungen der Kontrollbefugnisse des Datenschutzbeauftragten hinsichtlich der Datenverarbeitung des Betriebsrats vor und genießt Anwendungsvorrang gegenüber allen nationalen Rechtsvorschriften, einschließlich des BetrVG.

Vor diesem Hintergrund vertritt die Mehrheit von acht Datenschutz-Aufsichtsbehörden der Bundesländer sowie Teile der jüngeren Rechtsprechung und des Schrifttums die Auffassung, dass der Betriebsrat datenschutzrechtlich als eigener Verantwortlicher anzusehen sei. Zur Begründung wird vor allem auf die Unabhängigkeit des Betriebsrats und die fehlende Einflussmöglichkeit des Arbeitgebers auf die Datenverarbeitung des Betriebsrats verwiesen.¹⁹

Demgegenüber geht die wohl h.M. in Rechtsprechung und Schrifttum davon aus, dass der Betriebsrat auch weiterhin als Teil der verantwortlichen Stelle anzusehen, datenschutzrechtlich also dem Arbeitgeber zuzuordnen sei. Der Betriebsrat habe wegen § 40 Abs. 2 BetrVG keine freie Entscheidung über die Mittel der Verarbeitung, sondern könne nur im Rahmen der vorgegebenen IT-Infrastruktur des Arbeitgebers agieren. Zudem könne der Betriebsrat die Zwecke der von ihm vorzunehmenden Datenverarbeitung nicht in freier Eigenverantwortung bestimmen, sondern sei insoweit an gesetzliche Vorgaben gebunden.²⁰

Die rechtlichen Konsequenzen dieses Meinungsstreits sind von erheblicher praktischer Bedeutung. Wenn man eine eigenständige datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit des Betriebsrats bejaht, wäre dieser selbst Adressat von Betroffenenrechten der Arbeitnehmer, etwa auf Informationserteilung nach Art. 13, 14 DSGVO oder auf Auskunft nach

Art. 15 DSGVO. Darüber hinaus träge den Betriebsrat jedenfalls bei Verarbeitung besonderer Datenkategorien i.S.v. Art. 9 Abs. 1 DSGVO die Verpflichtung, selbst ein Verzeichnis der Verarbeitungstätigkeiten gem. Art. 30 Abs. 1 DSGVO zu führen und dieses der Aufsichtsbehörde auf Anfrage zur Verfügung zu stellen.

Wenn man demgegenüber den Betriebsrat als Teil des Verantwortlichen einstuft, dürfte dem Arbeitgeber mit Blick auf seine Rechenschaftspflicht nach Art. 5 Abs. 2 DSGVO und seine Verpflichtung zur Führung eines vollständigen Verzeichnisses aller Verarbeitungsvorgänge nach Art. 30 DSGVO ein Auskunftsanspruch gegen den Betriebsrat hinsichtlich dort erfolgender Datenverarbeitungsvorgänge zustehen. Schließlich ist es bei Einstufung des Betriebsrats als Teil des Verantwortlichen konsequent, dem Arbeitgeber ein Recht zur Auskunftsverweigerung einzuräumen, wenn der Betriebsrat bei der Verarbeitung personenbezogener Daten grundlegende Anforderungen zu Datenschutz und Datensicherheit außer Acht lässt. Dementsprechend hat das BAG jüngst – ohne sich allerdings abschließend zum vorerwähnten Meinungsstreit zu positionieren – entschieden, dass der Arbeitgeber die Weitergabe besonderer Kategorien personenbezogener Daten (im Streitfall Angaben über die Schwangerschaft von Arbeitnehmerinnen) an den Betriebsrat verweigern darf, wenn der Betriebsrat zur Wahrung der Interessen der von der Datenverarbeitung betroffenen Arbeitnehmer keine angemessenen und spezifischen Schutzmaßnahmen trifft.²¹

Bis zu einer vermutlich erst in mehreren Jahren zu erwartenden abschließenden Klärung der Streitfrage durch den EuGH dürfte es sich für die Betriebsparteien empfehlen, selbst praktikable Lösungen zu schaffen. Insofern kommt etwa der Abschluss einer Betriebsvereinbarung oder Regelungsabsprache mit Rahmenregelungen für den Datenschutz bei der Betriebsratsarbeit in Betracht.²² Der deutsche Gesetzgeber könnte seinerseits de lege ferenda die in Art. 4 Nr. 7 Halbsatz 2 DSGVO vorgesehene Möglichkeit nutzen, die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit des Betriebsrats durch gesetzliche Regelung festzulegen.

17 BAG, Beschl. v. 11.11.1997 - 1 ABR 21/97; BAG, Beschl. v. 07.02.2012 - 1 ABR 46/10.

18 Stück, ZD 2019, 256, 259.

19 LArbG Halle, Beschl. v. 18.12.2018 - 4 TaBV 19/17; Kort, ZD 2017, 319, 322 f.; differenzierend Kurzböck/Weinbeck, BB 2018, 1652 ff.

20 LArbG Frankfurt, Beschl. v. 10.12.2018 - 16 TaBV 130/18; LArbG Hannover, Beschl. v. 22.10.2018 - 12 TaBV 23/18; Kranig/Wybitul/Zimmer-Helfrich, ZD 2019, 1 ff.; Brams/Möhle, ZD 2018, 570, 571.

21 BAG, Beschl. v. 09.04.2019 - 1 ABR 51/17.

22 Kranig/Wybitul/Zimmer-Helfrich, ZD 2019, 1, 3.

IV. DSGVO und Auskunftsansprüche des Betriebsrats

Unter der Geltung der DSGVO hat sich des Weiteren die Frage ergeben, ob Auskunftsansprüche des Betriebsrats aus datenschutzrechtlichen Gründen einzuschränken sind.

So wurde von einigen Arbeitgebern unter Bezugnahme auf den Grundsatz der Datenminimierung (Art. 5 Abs. 1 Buchst. c DSGVO) versucht, im Zusammenhang mit dem Recht des Betriebsausschusses bzw. des Betriebsrats (in Betrieben mit i.d.R. nicht mehr als 200 Arbeitnehmern) auf Einsicht in die Bruttolohn- und -gehaltslisten nach § 80 Abs. 2 Satz 2 BetrVG ein zweistufiges Verfahren zu etablieren. In einem ersten Schritt sollten zunächst nur anonymisierte Entgeltlisten bereitgestellt werden; erst bei von Betriebsratsseite konkret zu benennenden Anhaltspunkten für Verstöße gegen anwendbare Tarifverträge oder die innerbetriebliche Lohngerechtigkeit sollten in einem zweiten Schritt Klardaten von betroffenen Arbeitnehmern offengelegt werden.

Die mit solchen Sachverhaltskonstellationen befassten Instanzgerichte²³ und jüngst auch das BAG²⁴ haben diese Argumentation jedoch durchweg zurückgewiesen und entschieden, dass die Listen über die Bruttolöhne und -gehälter auch unter Geltung der DSGVO weiterhin in nicht anonymisierter Form zur Einsichtnahme bereitzustellen sind. Ein „Zwei-Stufen-Modell“ im vorgeschilderten Sinne würde die Wahrnehmung der dem Betriebsrat obliegenden Schutzaufträge und Förderpflichten erschweren.²⁵ Mit dem Grundsatz der Datensparsamkeit kann daher nicht gerechtfertigt werden, dem Betriebsrat die von diesem für die Wahrnehmung seiner Überwachungsaufgaben nach § 80 Abs. 1 BetrVG benötigten personenbezogenen Daten der Beschäftigten vorzuenthalten.²⁶ Dem Arbeitgeber steht es auch nicht zu, sich gegenüber dem Anspruch des Betriebsrats aus § 80 Abs. 2 Satz 2 BetrVG auf die Grundrechte von Arbeitnehmern zu berufen.²⁷ Zudem erlaubt die Vorschrift des § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG ausdrücklich die Datenverarbeitung zum Zwecke der Ausübung von Rechten der Interessenvertretung der Beschäftigten.²⁸

Der Betriebsrat besitzt zur Überwachung der Einhaltung von Arbeitsschutzvorschriften zudem einen Informationsanspruch aus § 80 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. Abs. 2 Satz 1 BetrVG. Dieser bezieht sich bei der Überwachung der Einhaltung mutterschutzrechtlicher Bestimmungen selbst dann auf die namentliche Benennung von schwangeren Mitarbeiterinnen, wenn diese der Weitergabe ihres Namens an den Betriebsrat ausdrücklich widersprochen haben. Die Erfüllung der dem Betriebsrat von Gesetzes wegen zugewiesenen Aufgaben ist nicht von einer vorherigen Einwilligung

der Arbeitnehmer abhängig und steht nach der betriebsverfassungsrechtlichen Konzeption nicht zu deren Disposition.²⁹

V. Rechtsfolgen bei Verstößen

Die Vorschrift des Art. 82 DSGVO sieht eine Haftung auf Schadensersatz bei Verletzung datenschutzrechtlicher Bestimmungen vor. Hiermit sind zunächst materielle Schäden erfasst. Im Unterschied zum früheren Recht sind nun auch immaterielle Schäden ersatzfähig. Dies bedeutet, dass Schmerzensgeld unter Geltung der DSGVO abweichend von der diesbezüglichen früheren Rechtsprechung³⁰ auch ohne schwerwiegende Verletzung des Persönlichkeitsrechts verlangt werden kann. Dies gilt lediglich dann nicht, wenn es sich um einen Bagatelverstoß ohne ernsthafte Beeinträchtigung von persönlichkeitsbezogenen Belangen handelt.³¹ Im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Schadensersatz für tatsächliche oder vermeintliche Datenschutzverstöße ist ferner zu beachten, dass die Verteidigungsmöglichkeiten des Arbeitgebers angesichts der in Art. 82 Abs. 3 DSGVO angeordneten Beweislastverteilung erheblich eingeschränkt sind. Hiernach wird der Verantwortliche nur dann von der Haftung befreit, wenn er nachweist, dass er in keinerlei Hinsicht für den Umstand, durch den der Schaden eingetreten ist, verantwortlich ist.

Hinsichtlich der Verhängung von Geldbußen hat die Aufsichtsbehörde nach Art. 83 Abs. 1 DSGVO sicherzustellen, dass diese in jedem Einzelfall wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sind. Dabei gilt bei Verstößen gegen Grundprinzipien und Betroffenenrechte sowie bei Nichtbefolgung von Anweisungen der Aufsichtsbehörde ein Rahmen von bis zu 20 Mio. € oder 4 % des weltweiten (Konzern-)Jahresumsatzes (Art. 83 Abs. 5, 6 DSGVO), während bei Verstößen hinsichtlich technischer und or-

23 LArbG Hamm, Beschl. v. 19.09.2017 - 7 TaBV 43/17; LArbG Hannover, Beschl. v. 22.10.2018 - 12 TaBV 23/18; LArbG Frankfurt, Beschl. v. 10.12.2018 - 16 TaBV 130/18; LArbG Halle, Beschl. v. 18.12.2018 - 4 TaBV 19/17; LArbG Rostock, Beschl. v. 15.05.2019 - 3 TaBV 10/18.

24 BAG, Beschl. v. 07.05.2019 - 1 ABR 53/17.

25 LArbG Hannover, Beschl. v. 22.10.2018 - 12 TaBV 23/18.

26 LArbG Frankfurt, Beschl. v. 10.12.2018 - 16 TaBV 130/18.

27 LArbG Hamm, Beschl. v. 19.09.2017 - 7 TaBV 43/17; BAG, Beschl. v. 14.01.2014 - 1 ABR 54/12.

28 BAG, Beschl. v. 07.05.2019 - 1 ABR 53/17; LArbG Halle, Beschl. v. 18.12.2018 - 4 TaBV 19/17.

29 BAG, Beschl. v. 09.04.2019 - 1 ABR 51/17; LArbG München, Beschl. v. 27.09.2017 - 11 TaBV 36/17.

30 BAG, Urt. v. 19.02.2015 - 8 AZR 1007/13; BGH, Urt. v. 05.10.2004 - VI ZR 255/03.

31 AG Diez, Urt. v. 07.11.2018 - 8 C 130/18.

ganisatorischer Anforderungen ein Rahmen von bis zu 10 Mio. € oder 2 % des weltweiten (Konzern-)Jahresumsatzes (Art. 83 Abs. 4 DSGVO) eröffnet ist. Die Bemessung im Einzelfall erfolgt unter Beachtung des umfangreichen Kriterienkatalogs in Art. 83 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a – k DSGVO. Nach den bislang in Deutschland öffentlich bekannt gewordenen Fällen hat sich insoweit eine Kooperation mit der Aufsichtsbehörde (Buchst. f) als besonders praxisrelevant erwiesen.

In Deutschland wurden per 12/2018 insgesamt 41 Geldbußen verhängt, wobei der Höchstbetrag mit 80.000 € auf einen Fall versehentlich im Internet gelandeter Gesundheitsdaten entfiel.³² Gegen das soziale Netzwerk Knuddels.de wurde im Zusammenhang mit einem Hacker-Angriff mit Diebstahl von 330.000 unverschlüsselt abgelegten Kundendaten wegen der beispielhaften Kooperation mit der Aufsichtsbehörde eine Geldbuße von „lediglich“ 20.000 € verhängt.³³ Demgegenüber fallen die bislang bekannt gewordenen Geldbußen im Ausland meist deutlich höher aus. So wurde etwa in Portugal im Juli 2018 eine Geldbuße von 400.000 € wegen fehlender Zugriffsbegrenzung auf Patientendaten in einem Krankenhaus verhängt.³⁴ In Frankreich wurde im Januar 2019 gegen Google eine Geldbuße i.H.v. 50 Mio. € wegen fehlender Transparenz bezüglich der Angaben zum Zweck der Datenverarbeitung und zur Speicherdauer verhängt.³⁵

D. Fazit

Die ursprünglichen Befürchtungen zu negativen Auswirkungen der DSGVO haben sich im Bereich des Arbeitnehmerdatenschutzes nicht realisiert. Die Höhe der Geldbußen bewegt sich in Deutschland bislang weit unterhalb der durch die DSGVO eröffneten Maximalbeträge. Allerdings dürfte in näherer Zukunft mit einer Verstärkung der Kontrolltätigkeit der Aufsichtsbehörden und der Höhe von Geldbußen zu rechnen sein. Dabei ist wegen der begrenzten Personalausstattung der Aufsichtsbehörden eher mit Stichproben in ausgewählten Branchen (z.B. Social Media-Unternehmen) als mit flächendeckenden Kontrollen zu rechnen. Die zunehmende Abstimmung der nationalen Aufsichtsbehörden im Europäischen Datenschutzausschuss (Art. 68 ff. DSGVO) wird mittelfristig auch in Deutschland dazu führen, dass sich das Niveau der Geldbußen erhöht.³⁶ Schließlich muss das Spannungsverhältnis zwischen europarechtlich determiniertem Datenschutzrecht und nationalen Rechtsvorschriften (insbesondere im BetrVG) wegen des Anwendungsvorrangs der DSGVO (Art. 288 Abs. 2 AEUV) teilweise neu austariert werden. Letztverbindliche Klärungen entsprechender Auslegungs-

fragen sind erst in mehreren Jahren nach entsprechenden Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV) durch den EuGH zu erwarten.

32 Handelsblatt vom 18.01.2019, www.handelsblatt.com/politik/deutschland/datenschutzgrundverordnung-behoerden-verhaengen-erste-bussgelder-wegen-verstoessen-gegen-dsgvo/23872806.html?ticket=ST-613882-YqOQSZVduSpbeduYdcIf-ap5 (zuletzt abgerufen am 23.10.2019).

33 www.datenschutz.org/dsgvo-strafe-fuer-knuddels-ein-echo-aus-der-vergangenheit/ (zuletzt abgerufen am 23.10.2019).

34 FAZ.net vom 23.10.2018, www.faz.net/aktuell/wirtschaft/diginomics/dsgvo-strafe-krankenhaus-in-portugal-muss-400-000-euro-zahlen-15852321.html#void Publico vom 22.10.2018, www.publico.pt/2018/10/22/sociedade/noticia/hospital-barreiro-contesta-judicialmente-coima-400-mil-euros-comissao-dados-1848479 (jeweils zuletzt abgerufen am 23.10.2019).

35 Spiegel Online vom 21.01.2019, www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/dsgvo-50-millionen-euro-strafe-fuer-google-in-frankreich-a-1249171.html; Pressemitteilung der CNIL (Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés) vom 21.01.2019, www.cnil.fr/en/cnils-restricted-committee-imposes-financial-penalty-50-million-euros-against-google-llc (jeweils zuletzt abgerufen am 23.10.2019).

36 Vgl. Wybitul/Brink/Albrecht, NZA 2018, 285, 286.

Sozialrecht

Der Anspruch auf Arbeitslosengeld nach unwiderruflicher Freistellung

BSG, Urt. v. 30.08.2018 - B 11 AL 15/17 R

Ass. iur. Bastian Brackelmann*

A. Einleitung

Arbeitsverhältnisse enden zumeist durch Kündigung, seltener durch einen Aufhebungsvertrag. Die Kündigung durch den Arbeitgeber beendet etwa ein Drittel aller Arbeitsverhältnisse, durch einvernehmliche Auflösung enden etwa 10 % der Arbeitsverhältnisse.¹ Dabei erhalten nach einer Studie aus dem Jahr 2008 insgesamt 21 % der Arbeitnehmer eine Freistellung, wobei diese Quote bei arbeitgeberseitiger Kündigung auf 32 % steigt und die durchschnittliche Dauer der Freistellung fünf Wochen betrug; in jedem elften Fall dauert die Freistellung länger

* Der Autor ist Stellvertretender Bundesgeschäftsführer des Sozialverbands VdK Deutschland e.V.

1 Gensicke/Pfarr/Tschersich/Ullmann/Zeibig, ArbuR 2008, 431, 431.

als drei Monate.² Gerade nach einer Kündigung durch den Arbeitgeber folgt auf das Ende des Arbeitsverhältnisses zunächst die Arbeitslosigkeit nebst Arbeitslosengeldbezug. Die Frage, wie sich eine unwiderrufliche Freistellung auf den Arbeitslosengeldanspruch auswirkt, hat in jüngster Vergangenheit die Sozialgerichte beschäftigt. Am 30.08.2018 hat der 11. Senat des BSG hierzu eine höchstrichterliche Entscheidung getroffen. Der Beitrag soll dieses Urteil einordnen und beleuchten sowie Folgen für die Praxis arbeitsrechtlicher Beratung und Gestaltung aufzeigen.

B. Der Fall

Die Klägerin war seit 1996 als Pharmareferentin beschäftigt. Mit ihrem Arbeitgeber schloss sie einen Aufhebungsvertrag, nach dem das Arbeitsverhältnis zum 30.04.2012 enden sollte. Außerdem wurde sie ab dem 01.05.2011 unwiderruflich von ihrer Pflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung freigestellt. Ihre Vergütung i.H.v. etwa 5.300 € monatlich wurde weitergezahlt. Von März 2012 bis Ende März 2013 bezog die Klägerin Krankentagegeld aus einer privaten Krankenversicherung. Nachdem sich die Klägerin rechtzeitig arbeitsuchend gemeldet und Arbeitslosengeld (ALG) beantragt hatte, bewilligte die beklagte Arbeitsagentur zwar ALG ab Ende März 2013. Jedoch bemaß sie das ALG auf fiktiver Grundlage und damit niedriger, als es sich aus dem eigentlichen Gehalt der Klägerin ergeben würde. Denn die Beklagte war der Auffassung, dass die Zeit der unwiderruflichen Freistellung bei der Bemessung des ALG nicht miteinzubeziehen sei. Da deswegen weniger als 150 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt vorgelegen hätte, sei auf fiktiver Grundlage zu bemessen. Widerspruch und Klage blieben erfolglos. Die Berufung änderte das Urteil des Sozialgerichts. Indes war die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten erfolgreich, sodass das BSG entscheiden konnte.

C. Die Problemstellung

Um das Problem zu verstehen, werden die entsprechenden sozial- und arbeitsrechtlichen Grundsätze kurz dargestellt. Im Kern geht es um die Frage, ob eine unwiderrufliche Freistellung (genauer ihr Wirksamwerden) bewirkt, dass Versicherte aus der versicherungspflichtigen Beschäftigung i.S.d. § 150 Abs. 1 Satz 1 SGB III ausscheiden. Denn wie hoch das Arbeitslosengeld ist, bestimmt sich danach, wie viel ein Versicherter in einem bestimmten Zeitraum vor Eintritt der Beschäftigungslosigkeit verdient hat. Es kann also erheblichen Einfluss auf die Höhe des Arbeitslosengeldes haben, ab wann jemand beschäftigungslos war.

I. Unwiderrufliche Freistellung

Der Arbeitsvertrag verpflichtet den Arbeitgeber nicht nur dazu, die vereinbarte Vergütung zu zahlen. Er muss den Arbeitnehmer auch beschäftigen.³ Im Rahmen einer Freistellung weist der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer keine Arbeitsaufgaben mehr zu oder entzieht die bisherige Tätigkeit ersatzlos.⁴ Stellt der Arbeitgeber „unwiderruflich“ frei, so kann er die Freistellung nicht mehr einseitig rückgängig machen.⁵ Jedenfalls bei der einseitigen Freistellung bleibt der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers regelmäßig bestehen,⁶ während er bei einvernehmlicher Freistellung zumeist vertraglich vereinbart wird.

II. Die Voraussetzungen des Anspruchs auf Arbeitslosengeld

Den Anspruch auf Arbeitslosengeld regelt § 137 SGB III. Arbeitslosengeld erhält nach Abs. 1, wer arbeitslos ist, sich arbeitslos gemeldet hat und die Anwartschaftszeit erfüllt. Als arbeitslos definiert § 138 Abs. 1 SGB III Arbeitnehmer, die nicht in einem Beschäftigungsverhältnis stehen (Beschäftigungslosigkeit), bemüht sind diesen Zustand zu beenden (Eigenbemühungen) und der Vermittlung durch die BA zur Verfügung stehen. Zentral ist insoweit die Tatbestandsvoraussetzung der Beschäftigungslosigkeit.

III. Die Bemessung der Höhe des Arbeitslosengeldes

Die Bemessung des ALG ist in §§ 149 ff. SGB III geregelt. Ein kinderloser Versicherter erhält nach § 149 Nr. 2 SGB III 60 % des pauschalierten Nettoentgelts, das sich aus dem Bruttoentgelt ergibt, das der Versicherte im Bemessungszeitraum erzielt hat. Hierbei handelt es sich um das Bemessungsentgelt. Maßgeblich ist also ein bestimmtes Arbeitsentgelt (§ 14 SGB IV), das in einem bestimmten Zeitraum erzielt wurde. Für die vorliegenden Betrachtungen ist in erster Linie der Bemessungszeitraum von Interesse. Nach § 150 Abs. 1 Satz 1 SGB III umfasst der Bemessungszeitraum die beim Ausscheiden aus dem jeweiligen Beschäftigungsverhältnis abgerechneten Entgeltabrechnungszeiträume der versicherungspflichtigen Beschäftigungen im Bemessungsrahmen. Der Bemessungsrahmen dauert ein Jahr und endet (rückwirkend betrachtet) an dem Tag bevor der Anspruch auf das ALG entsteht.

² Gensicke/Pfarr/Tschersich/Ullmann/Zeibig, ArbuR 2008, 431, 438.

³ Ahrendt in: Schaub, ArbR-HdB, § 109 Rn. 1.

⁴ Ahrendt in: Schaub, ArbR-HdB, § 109 Rn. 14.

⁵ Reichold in: MünchArbR, 3. Aufl., § 37 Rn. 22; Ahrendt in: Schaub, ArbR-HdB, § 109 Rn. 14.

⁶ Lakies in: Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid, Arbeitsrecht, § 26 SGB III Rn. 10.

Beispiel: Das Arbeitsverhältnis des A endet am 31.12.2018. Ab dem 01.01.2019 ist A beschäftigungslos und erfüllt die übrigen Anspruchsvoraussetzungen. A hat seit dem Jahr 2014 durchgängig gearbeitet und wurde bis zuletzt beschäftigt und entsprechend im Monatsrhythmus vergütet. Der Bemessungsrahmen dauert in diesem Fall vom 31.12.2017 bis zum 31.12.2018. Gleiches gilt für den Bemessungszeitraum, weil im Bemessungsrahmen alle Entgeltabrechnungszeiträume (Monate) abgerechnet wurden.

Es kommt also darauf an, in welchem Umfang ein Versicherter vor der Arbeitslosigkeit Arbeitsentgelt erzielt hat. Abzustellen ist auf den Zeitpunkt des „Ausscheidens aus dem Beschäftigungsverhältnis“. Daher ist es wiederum von Bedeutung, was aus rechtlicher Sicht darunter zu verstehen ist. Im Folgenden ist daher kurz auf Struktur und Verständnis des Beschäftigungsbegriffs einzugehen. In diesem Zusammenhang ist auch die sog. fiktive Bemessung von Bedeutung. Im Normalfall ist ausschlaggebend, was der Arbeitslose – vereinfacht ausgedrückt – im Jahr vor der Beschäftigungslosigkeit verdient hat (siehe Beispiel oben). Ist hier nur wenig Verdienst vorhanden, wird der Bemessungsrahmen auf zwei Jahre erweitert. Kommen auch dann weniger als 150 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt zusammen, greift die fiktive Bemessung. In diesen Fällen wird das Arbeitsentgelt fiktiv und unmittelbar nach den in Bezug genommenen abstrakt-generellen Größen bestimmt. Die fiktive Leistungsbemessung wird an Qualifikationsstufen orientiert, denen jeweils ein an die Bezugsgröße der Sozialversicherung gekoppeltes Entgelt zugeordnet ist.⁷ Fast ausnahmslos ist das ALG dann deutlich niedriger als bei Zugrundelegung des zuletzt tatsächlich erzielten Arbeitsentgelts.

D. Der sozialversicherungsrechtliche Beschäftigungsbegriff

Der Begriff der Beschäftigung ist im Sozialversicherungsrecht von zentraler Bedeutung. Beschäftigung wird in § 7 Abs. 1 Satz SGB IV allgemein definiert als die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Dieser Begriff gilt für die gesamte Sozialversicherung. Die Sozialgesetzbücher III, V, VI, VII und XI sind sehr ähnlich gegliedert: Zu Beginn wird der jeweils versicherte Personenkreis festgelegt. Anknüpfungspunkt dafür, versichert zu sein, ist regelmäßig eine Beschäftigung i.S.d. § 7 SGB IV, vgl. § 24 Abs. 1 SGB III, § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI. Es folgt jeweils das Leistungsrecht, in dem die einzelnen Leistungen und deren Voraussetzungen bestimmt wer-

den. Auch hier ist der Umstand einer Beschäftigung von Bedeutung. In den hinteren Abschnitten folgt jeweils das Recht der Finanzierung und der Beiträge. Auch für die Pflicht, Beiträge zur jeweiligen Sozialversicherung zu leisten, ist die Beschäftigung regelmäßige Voraussetzung, vgl. § 342 SGB III, § 226 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 162 Nr. 1 SGB VI.

Der Begriff der Beschäftigung spielt also im Versicherungs- bzw. Beitragsrecht ebenso eine Rolle bzw. ist gleichermaßen Tatbestandsvoraussetzung wie im Leistungsrecht. Nicht nur dies ist allen Sozial(versicherungs)gesetzbüchern gemein. Übereinstimmend werden für alle Zweige der Sozialversicherung auch jeweils ein Leistungskatalog (Leistungsrecht) sowie deren Finanzierung (Beitragsrecht) geregelt.

I. Beschäftigung und Arbeitsverhältnis

Ein Arbeitsverhältnis entsteht, indem ein Arbeitsvertrag i.S.d. § 611a BGB abgeschlossen wird. Regelmäßig leistet der Arbeitnehmer dann nichtselbstständige Arbeit i.S.d. § 7 Abs. 1 SGB IV. Es liegt dann auch Beschäftigung vor. Endet das Arbeitsverhältnis (durch Kündigung, Befristung etc.), endet, von speziellen Fällen abgesehen, auch die Beschäftigung. Komplizierter sind Fälle, in denen das Arbeitsverhältnis rechtlich besteht (keine Kündigung etc.), aber faktisch keine Beschäftigung vorliegt, weil der Arbeitnehmer nicht arbeitet. Der Grund hierfür ist oft Krankheit oder Erwerbsminderung, aber eben auch eine Freistellung.

II. Funktionsdifferente Auslegung des Begriffs der Beschäftigung

Im Fall bezahlter Freistellung ist das gezahlte Arbeitsentgelt beitragspflichtig. Es liegt dann Beschäftigung im beitragsrechtlichen Sinne vor (wenn Beschäftigung, dann Beitrag). Fraglich kann nun sein, ob auch Beschäftigung im leistungsrechtlichen Sinne vorliegt (wenn Beschäftigung, dann Leistung). Diese Unterscheidung geht zum einen auf das Sozialversicherungsrecht selbst zurück: mal ist Beschäftigung Tatbestandsvoraussetzung für eine Sozialleistung, mal ist sie Tatbestandsvoraussetzung für Beitragspflicht. Ausgangspunkt in jüngerer Vergangenheit war aber auch eine Entscheidung des BSG aus dem Jahr 2008.⁸ Eine schlaue (nicht kluge) Einzugsstelle war der Meinung, die Beschäftigung eines freigestellten und bezahlten Versicherten sei im beitragsrecht-

⁷ Brackelmann in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB III, 2. Aufl. 2019, § 152 SGB III Rn. 3.

⁸ BSG, Urt. v. 24.09.2008 - B 12 KR 22/07 R.

lichen Sinne beendet, da er ja nicht mehr beschäftigt werde. Deshalb zog sie bereits für die Zeit der Freistellung keine Beiträge zur Sozialversicherung mehr ein. Das BSG führte aus, dass die Beschäftigung im leistungsrechtlichen Sinne unabhängig vom (Fort-)bestehen eines Arbeitsverhältnisses im Sinne des Arbeitsrechts durch die tatsächliche Nichtbeschäftigung des Versicherten, d.h. durch die fehlende Arbeitsleistung gekennzeichnet sei; selbst wenn Beschäftigungslosigkeit im leistungsrechtlichen Sinne gegeben sei, schließe dies das Vorliegen einer Beschäftigung im beitragsrechtlichen Sinne nicht aus.⁹

III. Beschäftigungslosigkeit i.S.d. § 138 Abs. 1 Nr. 1 SGB III

Das Recht der Arbeitslosenversicherung ist denkwürdig der einzige Zweig der Sozialversicherung, indem es zwar für die Beitragspflicht auf Beschäftigung ankommt, die zentrale Leistung ALG aber Beschäftigungslosigkeit voraussetzt.

1. Die Ausgangslage

Zentral für den ALG-Anspruch ist die Voraussetzung der Arbeitslosigkeit. Dies definiert § 138 Abs. 1 Nr. 1 SGB III als „nicht in einem Beschäftigungsverhältnis“ stehend (Beschäftigungslosigkeit). Zu beachten ist andererseits aber auch, dass Arbeitslosigkeit nach § 138 Abs. 1 Nr. 1 SGB III nur Beschäftigungslosigkeit voraussetzt, nicht aber Arbeitsverhältnislosigkeit. Der Arbeitnehmer ist also trotz eines bestehenden Arbeitsverhältnisses beschäftigungslos, wenn er tatsächlich nicht beschäftigt wird.¹⁰ Die Kombination aus Fortzahlung des Arbeitsentgelts und fehlender Beschäftigung ist im SGB III nicht geregelt. Nur der umgekehrte Fall ist gesetzlich normiert: Nach § 157 Abs. 3 Satz 1 SGB III wird Arbeitslosengeld für den Fall (gleichwohl) geleistet, dass der Anspruch eigentlich ruht, weil der Versicherte Arbeitsentgelt beanspruchen kann, der Arbeitgeber tatsächlich aber kein Arbeitsentgelt zahlt. Entsprechend schwerfällt die rechtliche Einordnung. Das während der Freistellung erzielte Arbeitsentgelt ist aber unstreitig beitragspflichtig (siehe oben). Dieser leistungsrechtliche Beschäftigungsbegriff ist bei der Bemessung des ALG im Rahmen des § 150 Abs. 1 SGB III aber nicht anzuwenden. Denn für die Zeit der bezahlten (unwiderruflichen) Freistellung werden ja gar keine Entgeltersatzleistungen der Arbeitsförderung beansprucht. Letztlich soll der leistungsrechtliche Beschäftigungsbegriff dem Versicherten zum Vorteil gereichen, weil trotz bestehenden Arbeitsverhältnisses sozialrechtlicher Schutz gewährt wird.

2. Entscheidungen der Landessozialgerichte

Der im Ausgangsfall vertretenen Auffassung der BA sind die meisten Landessozialgerichte gefolgt.¹¹ Eine zweifelhafte Stütze findet diese Ansicht in zwei Entscheidungen des BSG, in denen formuliert worden war, dass maßgebend sei, dass die Arbeitsleistung tatsächlich nicht mehr erbracht werde, weil der Arbeitgeber auf seine Verfügungsbefugnis verzichtet habe.¹² Dem war das LSG Essen entgegengetreten. Es hat ausgeführt, dass es auch für das Beschäftigungsverhältnis im leistungsrechtlichen Sinn unschädlich sei, dass der Arbeitnehmer unwiderruflich freigestellt ist und der Arbeitgeber bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise auf die Ausübung seines Direktionsrechts verzichte, wenn der Arbeitgeber aufgrund einer Vereinbarung mit dem Arbeitnehmer diesem das bisherige Arbeitsentgelt bis zum vertraglich vereinbarten Ende des Arbeitsverhältnisses freiwillig weiterzahle.¹³

E. Die Entscheidung des BSG vom 30.08.2018

In dem sich daran anschließenden Revisionsverfahren vertritt das BSG nunmehr zutreffend die Auffassung, dass maßgebend für die Arbeitslosengeldbemessung i.S.d. § 150 Abs. 1 Satz 1 SGB III der Begriff der Beschäftigung im versicherungsrechtlichen Sinn sei. Soweit Entscheidungen des Senats ein anderes Begriffsverständnis entnommen werden könne, halte der Senat hieran nicht fest. Danach sind die während einer unwiderruflichen Freistellung abgerechneten Entgeltzeiträume also zu berücksichtigen; maßgeblich ist, dass der Versicherte aus dem Beschäftigungsverhältnis im beitrags- bzw. versicherungsrechtlichen Sinne ausscheidet.

Ein Anknüpfen an das rechtsgeschäftlich vereinbarte Ende des Arbeitsverhältnisses – wie im Fall des versicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses – lege schon der Wortlaut des § 150 Abs. 1 Satz 1 SGB III nahe. Bereits der Wortlaut der Regelung beziehe die für den Bemessungszeitraum relevanten Entgeltabrechnungszeiträume auf die „versicherungspflichtigen Beschäftigungen“. Bezugspunkt des Ausscheidens sei das „jeweilige Beschäftigungsverhältnis“ sowie die Entgeltabrechnungszeiträume.

9 BSG, Urt. v. 24.09.2008 - B 12 KR 22/07 R Rn. 21.

10 Öndül in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB III, 2. Aufl. 2019, § 138 Rn. 28.

11 LSG Hamburg, Urt. v. 05.04.2017 - L 2 AL 84/16; LSG Stuttgart, Urt. v. 29.06.2018 - L 8 AL 27/18; LSG Darmstadt, Beschl. v. 25.07.2017 - L 7 AL 16/17; LSG München, Urt. v. 19.09.2017 - L 10 AL 67/17.

12 BSG, Urt. v. 08.07.2009 - B 11 AL 14/08 R Rn. 22; BSG, Beschl. v. 30.04.2010 - B 11 AL 160/09 B.

13 LSG Essen, Urt. v. 23.02.2017 - L 9 AL 150/15 Rn. 34.

me der „versicherungspflichtigen Beschäftigungen“.¹⁴ Entsprechendes ergebe sich auch aus systematischer Auslegung.¹⁵ Keinen Widerspruch sieht der 11. Senat da, wo durch die faktische Nichtbeschäftigung Beschäftigungslosigkeit i.S.d. § 138 Abs. 1 Nr. 1 SGB III eintritt. Denn der Inhalt der konkreten Rechtsnorm – ob nun § 138 Abs. 1 Nr. 1 SGB III oder § 150 Abs. 1 Satz 1 SGB III – sei „funktionsdifferent“, also im Hinblick auf die jeweilige Stellung und Aufgabe der Regelung in der Rechtsordnung, zu bestimmen.¹⁶ Der Begriff des Beschäftigungsverhältnisses im Bemessungsrecht diene nicht dazu, den Eintritt des Versicherungsschutzes, sondern die Höhe des versicherten Risikos zu bestimmen.¹⁷

F. Auswirkungen für die Praxis

Das Arbeitsentgelt, das ein Arbeitnehmer respektive Versicherter während einer unwiderruflichen Freistellung erhält, ist bei der Bemessung des ALG zu berücksichtigen. Das ist das zentrale Ergebnis des Urteils vom 30.08.2018. Aber ist damit alles einfacher und besser? Es kommt darauf an. Denn bei der Gestaltung von Umstrukturierungen, Betriebsstilllegungen und Massenentlassungen sind der Fantasie von Personalern und Betriebsräten, von Einigungsstellen-Mitgliedern und Arbeitsrechtsanwälte/-anwältinnen keine Grenzen gesetzt.

Beispiel: Ein Autobauer schließt sein Werk am Standort K. In mehreren Wellen wird Personal freigesetzt, gegliedert nach Alter und Betriebszugehörigkeit der Mitarbeiter. Solchen Mitarbeitern, die ein rentennahes Alter haben, soll der Weg in die Rente erleichtert werden. Über einen langen ALG-Bezug soll das Alter für eine (irgendeine) Rente in sozialverträglicher Weise erreicht werden. Daher werden neben Sozialplanabfindungen in großzügigem Umfang bezahlte Freistellungen gewährt. Um die Kosten hierfür in Grenzen zu halten, erhalten die betroffenen Mitarbeiter aber einen abgesenkten Lohn: im ersten halben Jahr der Freistellung um 15 %, im zweiten Halbjahr um 30 %. Der Bemessung des ALG ist dies zugrunde zu legen. Denn die Freistellung zählt ja mit. Hierin liegt jetzt ein echter Nachteil beim späteren ALG-Bezug, auf den die beratende Praxis hinweisen muss.

Die bezahlte Freistellung ist also als Instrument, um die Beendigung von Arbeitsverhältnissen zu gestalten, grds. attraktiver geworden. Dabei sind aber die Folgen nach wie vor zu bedenken.

¹⁴ BSG, Urt. v. 30.08.2018 - B 11 AL 15/17 R Rn. 24.

¹⁵ BSG, Urt. v. 30.08.2018 - B 11 AL 15/17 R Rn. 25.

¹⁶ BSG, Urt. v. 30.08.2018 - B 11 AL 15/17 R Rn. 26.

¹⁷ BSG, Urt. v. 30.08.2018 - B 11 AL 15/17 R Rn. 26.

Verwaltungsrecht

Videüberwachung in einer Zahnarztpraxis BVerwG, Urt. v. 27.03.2019 - 6 C 2/18

RiVG Dr. Thomas Schwabenbauer

A. Problemstellung

Von Überwachungskameras ist nahezu jeder Bürger im Alltag betroffen. Einkaufszentren, Eingangsbereiche von Wohnhäusern und Hotels oder Fußballstadien werden vielfach durch Videoanlagen überwacht. Auch Einzelpersonen setzen auf Videotechnik – sei es, um ihre Häuser zu schützen, Fehlverhalten im Straßenverkehr zu dokumentieren (Dashcams) oder um – wie im hier interessierenden Fall – den Publikumsverkehr in einer Arztpraxis vom Behandlungszimmer aus im Blick zu behalten. Aus datenschutzrechtlicher Perspektive stellen sich in solchen Fällen typischerweise zwei Fragen: Ob und unter welchen Voraussetzungen dürfen Privatpersonen in welchem Umfang Videoüberwachung überhaupt betreiben? Nach welchen Maßgaben können (Datenschutz-)Aufsichtsbehörden hiergegen ggf. einschreiten?

Das Urteil des BVerwG vom 27.03.2019 gibt auf diese Fragen Antworten. Es formuliert Anforderungen an die Zulässigkeit der Videoüberwachung durch Private, in dem es die notwendige Erforderlichkeitsprüfung hinsichtlich zweier gern vorgebrachter Argumente – Straftatenprävention und Kostenersparnis – konturiert und auf eine rationale Basis rückbindet. Darüber hinaus äußert sich das BVerwG in einem obiter dictum zur Auslegung der auf den Fall nicht anwendbaren DSGVO.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Sachverhalt und Entscheidungsergebnis

In dem beurteilten Fall wehrte sich eine Zahnärztin gegen eine datenschutzrechtliche Anordnung der zuständigen Landesbeauftragten für den Datenschutz, mit der diese eine in der Praxis betriebene Videoüberwachung untersagte. Die Eingangstür der Praxis ist während der Öffnungszeiten nicht verschlossen; der Empfangstresen ist grds. nicht besetzt. Oberhalb des Tresens befindet sich eine Digitalkamera, die laufende Bilder in Echtzeit herstellt. Die Bilder können auf Monitoren angesehen werden, die die Klägerin in den Behandlungszimmern aufgestellt hat (sog. Kamera-Monitor-System). Sie werden nicht gespeichert. Durch die Kamera werden der Bereich hinter dem Empfangstresen so-

wie diejenigen Bereiche überwacht, in denen sich Besucher nach dem ungehinderten Betreten der Praxis aufhalten. An der Außenseite der Eingangstür und am Tresen hat die Klägerin jeweils ein Schild mit der Aufschrift „Videogesichert“ angebracht.

Mit Bescheid vom 16.10.2012 erließ die beklagte Landesbeauftragte nach einer Anhörung u.a. die Anordnung, dass während der faktischen Besuchszeiten der Praxis in den Behandlungszimmern vorhandene Videokameras auszuschalten sind (Nr. 1) und die Kamera beim Anmeldetresen lediglich auf den Mitarbeiterbereich hinter dem Tresen auszurichten und so abzudecken ist, dass ersichtlich ist, dass der öffentlich zugängliche Bereich nicht überwacht wird (Nr. 2). Weitere Anordnungen betrafen den Umgang mit Hinweisschildern (Nr. 3, 4). Den gegen den Bescheid erhobenen Widerspruch wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 29.01.2013 zurück.

In erster Instanz hob das VG Potsdam die Anordnung Nr. 1 auf und wies im Übrigen die Klage ab. Das OVG Berlin-Brandenburg hob zudem den Bescheid hinsichtlich der Anordnungen zu Nr. 3 und 4 sowie hinsichtlich der Anordnung Nr. 2 auf, soweit darin der Klägerin aufgegeben wurde, die Kamera beim Anmeldetresen während der faktischen Besuchszeiten der Praxis so abzudecken, dass ersichtlich ist, dass der öffentlich zugängliche Bereich nicht überwacht wird. Die Klägerin legte Revision ein, die das Oberverwaltungsgericht wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen hatte. Das BVerwG wies die Revision zurück. Im Ergebnis blieb daher die Klage erfolglos, soweit sie sich gegen die Anordnung richtete, die Kamera so auszurichten, dass die Bereiche, die Besuchern offenstehen, während der Öffnungszeiten der Praxis nicht mehr erfasst werden.

II. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Anordnung

Zunächst hatte das BVerwG den maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der datenschutzrechtlichen Anordnung zu bestimmen. Hierfür bestand deshalb Anlass, weil sich seit dem Erlass des Widerspruchsbescheids durch die DSGVO das datenschutzrechtliche Regelungsregime zumindest in Aufbau und Struktur (nicht aber immer im Ergebnis) grundlegend geändert hat.

Nach Ansicht des BVerwG ist der maßgebliche Zeitpunkt der des Erlasses des (Widerspruchs-)Bescheids und nicht etwa der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung. Wie stets richtet sich die Antwort auf diese Frage nach dem jeweiligen materiellen Recht.

Rechtsgrundlage für die Anordnung war § 38 Abs. 5 Satz 1 BDSG in der bis zum 25.05.2018 geltenden Fassung (a.F.). Hiernach konnte die (Datenschutz-)Aufsichtsbehörde „zur Gewährleistung der Einhaltung“ u.a. des BDSG „Maßnahmen zur Beseitigung festgestellter Verstöße [bei der Datenverarbeitung] anordnen“. Diese Norm ist eine Ermessensvorschrift. Die gerichtliche Nachprüfung einer behördlichen Ermessensentscheidung bezieht sich, so stellt das BVerwG klar, grds. auf den Zeitpunkt der Ausübung des Ermessens. Dies ergibt sich daraus, dass die Verwaltungsgerichte wegen § 114 Satz 1 VwGO insbesondere daran gehindert sind, ihre eigenen Auswählerwägungen an die Stelle derjenigen der Behörde zu setzen. Hieraus ergibt sich grds., dass Ermessensentscheidungen nicht anhand von tatsächlichen und rechtlichen Erkenntnissen nachgeprüft werden dürften, die die Behörde nicht in ihre Erwägungen einbeziehen konnte, weil sie zum Zeitpunkt der Ermessensausübung noch nicht vorlagen.

Auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ist auch nicht deshalb abzustellen, weil das auferlegte Gebot sich ständig aktualisiert (den neu geschaffenen Zustand hat die Klägerin auf Dauer beizubehalten). Allerdings hat die Beklagte wegen dieses Dauercharakters bei Änderung der Sach- oder Rechtslage nach Maßgabe der §§ 49 ff. (L) VwVfG zu prüfen, ob sie die Anordnung für die Zukunft aufrechterhält. Auch aus der zwischenzeitlichen Geltung der DSGVO folgt kein anderer Zeitpunkt als der der letzten Behördenentscheidung. Der DSGVO lässt sich nach Ansicht des BVerwG nicht entnehmen, dass ihre Regelungen einen Geltungsanspruch für Sachverhalte erheben, die die Behörden der Mitgliedstaaten vor dem 25.05.2018 auf der Grundlage des damals geltenden nationalen Rechts verbindlich geregelt haben. Die DSGVO stellt ein neuartiges Regelwerk dar, das nur darauf abzielt, das Datenschutzrecht innerhalb der EU für die Zukunft, nicht jedoch für die Vergangenheit zu regulieren und zu vereinheitlichen.

III. Unvereinbarkeit der konkreten Videoüberwachung mit § 6b Abs. 1 BDSG a.F.

Eine Anordnung nach § 38 Abs. 5 Satz 1 BDSG a.F. setzt einen Verstoß gegen eine Datenschutzvorschrift voraus. Im vorliegenden Fall ist die von der Klägerin zu beachtende Vorschrift § 6b Abs. 1 Satz 1 BDSG a.F. Hiernach ist die Beobachtung öffentlich zugänglicher Räume mit Videoüberwachung Privatpersonen u.a. gestattet, soweit sie „zur Wahrnehmung berechtigter Interessen für konkret festgelegte Zwecke“ (Nr. 3) „erforderlich ist und keine Anhaltspunkte bestehen, dass schutzwürdige Interessen der Betroffenen überwiegen“. Eine Überwachung ist daher erlaubt, wenn – verkürzt formuliert – sie erforderlich ist

und eine Abwägung ein Überwiegen der Interessen des Berechtigten gegenüber den Interessen der Betroffenen, von der Beobachtung wegen ihres informationellen Selbstbestimmungsrechts verschont zu werden, ergibt. Es ist dabei Sache des Berechtigten, darzulegen, aus welchen Gründen er eine Videoüberwachung für angezeigt hält.

Die Erforderlichkeitsprüfung fällt im konkreten Fall zu Lasten der Klägerin aus. Das Argument der Klägerin, der ungehinderte Zugang zu ihrer Praxis könne ausgenutzt werden, um dort unerkannt Straftaten zu begehen, überzeugt das BVerwG nicht. Die Verhinderung und Aufklärung von Straftaten können eine Videoüberwachung nur dann als objektiv begründbar rechtfertigen, wenn eine Gefährdungslage besteht, die über das allgemeine Lebensrisiko hinausgeht. Eine solche Gefährdung kann sich nur aus tatsächlichen Erkenntnissen ergeben; subjektive Befürchtungen oder ein Gefühl der Unsicherheit reichen nicht aus. Das Oberverwaltungsgericht hatte keine Tatsachen festgestellt, die die Annahme stützen, in Bezug auf die Praxis der Klägerin bestehe eine erhöhte, über das allgemeine Lebensrisiko hinausgehende Gefährdungslage. Das Gebäude, in dem sich die Praxis befindet, liegt nicht in einem Gebiet mit erhöhtem Gefahrenpotenzial.

Der Umstand, dass in der Praxis Betäubungsmittel und Wertsachen wie etwa Zahngold aufbewahrt werden, ist für sich genommen nicht geeignet, eine besondere Gefährdung in Bezug auf Diebstähle während der Öffnungszeiten zu begründen. Gleiches gilt hinsichtlich der Wertsachen von Patienten. Diebstähle von Betäubungsmitteln und Wertsachen kann die Klägerin durch Alternativen verhindern (Aufbewahrung in verschlossenen Behältnissen; Anhalten der Patienten, ihre Wertsachen in das Behandlungszimmer mitzunehmen; Aufstellen von abschließbaren Schränken). Soweit eine Überwachung dem Schutz von Patienten nach ihrer Behandlung dienen soll, kann als Alternative diesen ein Notfall-Alarmknopf in die Hand gegeben werden.

Auch das Bestreben, mittels Videoüberwachung Kosten einzusparen, konnte das BVerwG nicht überzeugen. Dieses Anliegen kann zwar ein berechtigtes Interesse darstellen – dies gilt namentlich für das Interesse, Personalkosten zu vermeiden, die durch die Einstellung von Beschäftigten anfallen –, allerdings muss der Verantwortliche darlegen, dass er diese Kosten auch durch andere Vorkehrungen, insbesondere durch organisatorische Veränderungen anstelle der Videoüberwachung nicht vermeiden oder in einer hinnehmbaren Größenordnung halten kann. Die Kostenersparnis kann die Erforderlichkeit jeden-

falls nur begründen, wenn die ansonsten entstehenden Kosten im Verhältnis zu dem Umfang der geschäftlichen Tätigkeit ins Gewicht fallen oder gar deren Wirtschaftlichkeit infrage stellen. Hier fehlte es im konkreten Fall an entsprechenden Nachweisen.

IV. Vereinbarkeit der Anordnung mit der DSGVO

Das BVerwG hält – in einem obiter dictum – die Anordnung, die Digitalkamera so auszurichten, dass sie den öffentlich zugänglichen Bereich der Zahnarztpraxis der Klägerin nicht erfasst, überdies mit den Vorgaben der DSGVO für vereinbar.

Rechtsgrundlage für die Aufsichtsbehörde wäre insoweit Art. 58 Abs. 2 Buchst. d i. V. m. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. f DSGVO. Diese Befugnis soll als Auffangtatbestand grds. jede unionsrechtswidrige Verarbeitung von personenbezogenen Daten erfassen. Eine rechtswidrige Verarbeitung durch die Klägerin liegt auch bei Anwendung der DSGVO vor.

Die hergestellten Bilder enthalten aufgrund der Erkennbarkeit der abgebildeten Personen personenbezogene Daten i. S. v. Art. 4 Nr. 1 DSGVO. Bei den Bildaufnahmen handelt es sich um eine Verarbeitung dieser Daten (Art. 4 Nr. 2 DSGVO), und zwar auch dann, wenn diese nicht gespeichert werden. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Verarbeitung sind in Art. 6 Abs. 1 DSGVO abschließend geregelt. Haben die Betroffenen – wie im vorliegenden Fall – nicht rechtswirksam in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten eingewilligt, sind Verarbeitungsvorgänge nur rechtmäßig, wenn sie auf mindestens einen Erlaubnistatbestand des Art. 6 Abs. 1 DSGVO gestützt werden können.

Das BVerwG stellt klar, dass Datenverarbeitungen durch Privatpersonen von vornherein nicht auf Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. e DSGVO gestützt werden können. Der Anwendungsbereich des Tatbestands ist entsprechend seinem Wortlaut auf behördliche oder staatlich veranlasste Verarbeitungsvorgänge beschränkt. Privatpersonen könnten sich darauf nur berufen, wenn es einem entsprechenden staatlichen Übertragungsakt gäbe. Hieran fehlte es.

Daraus ergibt sich des Weiteren, dass die Öffnungsklauseln des Art. 6 Abs. 2 und 3 DSGVO für Verarbeitungen nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. e DSGVO Videoüberwachungen privater Verantwortlicher nicht erfassen. Das BVerwG stellt in einem kurzen Satz fest: „Aufgrund dessen ist kein Raum für eine künftige Anwendung des § 4 Abs. 1 Satz 1 des seit 25.05.2018 geltenden Bundesdatenschutzgesetzes in der Fassung von Art. 1 des Gesetzes vom 30.06.2017 (BGBl. I S. 2097) – BDSG n.F. – als wortgleicher Nachfolgeregelung des § 6b Abs. 1 BDSG a.F. auf Videoüberwachungen privater Verantwortlicher.“

In anderen Worten: § 4 BDSG ist für Fälle der Videoüberwachung durch nicht öffentliche Stellen aus unionsrechtlichen Gründen nicht anwendbar. Damit erweist sich auch die vom Gesetzgeber im Rahmen des Videoüberwachungsverbesserungsgesetzes¹ zunächst in § 6b Abs. 1 Satz 2 BDSG a.F. aufgenommene Fiktion, die sich nunmehr in § 4 Abs. 1 Satz 2 BDSG n.F. findet, für die überwiegende Zahl an gedachten Einsatzfällen als hinfällig. Diese eher beiläufig geäußerte Ansicht des BVerwG ist von großer Bedeutung und deckt sich mit der bereits in der Literatur weithin vertretenen Ansicht.

Konsequenter misst das BVerwG Videoüberwachungen privater Verantwortlicher daher an Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. f DSGVO. Danach muss die Verarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich sein, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen. Das zweistufige Prüfprogramm dieser Bestimmung entspricht nach Ansicht des BVerwG demjenigen des § 6b Abs. 1 BDSG a.F. Das BVerwG verneint letztlich die Erforderlichkeit unter Bezugnahme auf Erwägungsgrund 47 der DSGVO.

C. Kontext der Entscheidung

Spätestens seitdem die DSGVO breiten Teilen der Öffentlichkeit das Thema Datenschutz ins Bewusstsein gerufen hat, stoßen Entscheidungen aus dem Bereich des Datenschutzrechts auf ein breites Interesse in der Öffentlichkeit. Fragen der Videoüberwachung gehören insoweit allerdings zu den „alten“ Themen des Datenschutzes, die gegenüber moderneren Fragestellungen – etwa zum Datenschutz im Internet und bei Nutzung von Social Media² – an Bedeutung verloren haben. Gleichwohl handelt es sich bei der Videoüberwachung um eine besonders verbreitete Form der alltäglichen Datenverarbeitung, die auch viele Privatpersonen betreiben.

D. Auswirkungen für die Praxis

Das Urteil des BVerwG konturiert verbreitete Argumente, die von Betreibern von Videoüberwachungsanlagen häufig ins Feld geführt werden und leistet so einen Beitrag zur Rechtssicherheit. Es betont die Verantwortung des Berechtigten, die für seine (beabsichtigte) Datenverarbeitung streitenden Interessen darzulegen und rational zu begründen. Insbesondere beugt das Gericht einem leichtfertigen argumentativen Rückgriff der Berechtigten auf die Gefahr von Straftaten vor. Straftaten können immer geschehen – dieses Lebensrisiko genügt für eine Rechtfertigung einer Videoüberwachung grds. nicht. Wichtig ist auch, dass eine mögliche Kostenersparnis nicht ohne Weiteres den Einsatz von Überwachungstechnik rechtfertigen kann.

Die Entscheidung ist damit nicht nur für die Aufsichtsbehörden, sondern auch für nicht öffentliche Stellen von erheblicher Relevanz. Da die Aussagen der Entscheidung auch grds. für öffentliche Stellen Geltung beanspruchen (auch wenn hier die [Landes-]Vorschriften teils etwas anders formuliert sind), ist die Entscheidung auch für dortige Entscheidungsträger von Interesse.

Schließlich enthalten die Aussagen des BVerwG zur DSGVO Klarstellungen, die für die Aufsichtsbehörden wie die Verantwortlichen ebenfalls von Interesse sind. Das gilt insbesondere für die festgestellte Unionsrechtswidrigkeit des § 4 BDSG n.F., soweit die Norm für nicht öffentliche Stellen gilt.

1 Gesetz vom 28.04.2017 (BGBl. I, 968).

2 Jüngst etwa EuGH, Urt. v. 29.07.2019 - C-40/17 - „Facebook-Like-Button“.

Schallschutz in Gebieten zur Erholung, Freizeit und Sport und auf dem Wohnmobilstellplatz

BVerwG, Urt. v. 13.12.2018 - 3 A 17/15

ORR Sebastian Batzer

A. Problemstellung

Ruheräume gewinnen in innerstädtischen, verdichteten Räumen mit einem ausgeprägten Geräuschpegel und/oder Siedlungsgebieten mit begrenzten Grünflächen zur Naherholung an Bedeutung. Neben der Steigerung täglicher Lebensqualität haben diese auch Bedeutung für klimatische Bedingungen. Das hier zu besprechende Verfahren bot Anlass, Fragen des Schallschutzes für solche Nutzungen zu ergründen.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Sachverhalt

Der 3 km lange Planfeststellungsabschnitt ist Teil der Ausbaustrecke von Oberhausen im westlichen Ruhrgebiet bis zur niederländischen Grenze bei Emmerich (europäischen Güterverkehrskorridor Rotterdam-Genua). Die Betriebsprognose sieht im Jahr 2025 tags 280 und nachts 77 Züge

vor. Die Klägerin ist eine kreisfreie Stadt, auf deren Gemeindegebiet der Planfeststellungsabschnitt liegt. Die Gleisanlage soll um mindestens ein weiteres Gleis auf insgesamt fünf Gleise erweitert werden. Es grenzen ein innerstädtisches Naherholungsgebiet u.a. mit See, Minigolfanlage, Tiergehege, Schloss und einem Wohnmobilstellplatz sowie ein Sportpark mit Fußballstadion an. Der Schutz solcher Nutzungen auf dem Eigentum einer Gemeinde war zentrales Thema. Gegenstand des Urteils sind Anträge auf weitere Schutzmaßnahmen gegen Schall und Erschütterungen.¹

II. Rechtlicher Rahmen

Nach § 41 Abs. 1 BImSchG ist bei dem Bau oder der wesentlichen Änderung öffentlicher Straßen sowie von Eisenbahnen, Magnetschwebebahnen und Straßenbahnen unbeschadet des § 50 sicherzustellen, dass durch diese keine schädlichen Umwelteinwirkungen durch Verkehrsgeräusche hervorgerufen werden können, die nach dem Stand der Technik vermeidbar sind (sog. aktiver Schallschutz). Nach Abs. 2 der Norm gilt dies nicht, soweit die Kosten der Schutzmaßnahme außer Verhältnis zu dem angestrebten Schutzzweck stehen würden. In § 42 BImSchG folgen Regelungen zur Erstattung für Schutzmaßnahmen am Immissionsort (sog. passiver Schallschutz wie bspw. Schallschutzfenster). Grenzwerte und Berechnung gibt die 16. BImSchV (Verkehrslärmschutzverordnung) vor.

C. Kontext der Entscheidung

I. Klagebefugnis von Gemeinden

Die Klägerin ist Eigentümerin von Grundstücken an der Strecke. Auf diesen befinden sich bauliche Anlagen. In einer solchen Situation ist ein Ausschluss einer Beeinträchtigung auf dieser Prüfungsstufe in aller Regel nicht möglich.² Gemeinden können wie ein privater Grundstückseigentümer Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Verkehrsgeräusche nach Maßgabe der §§ 41 ff. BImSchG und der 16. BImSchV verlangen.³

II. Schutz gegen Schall

1. Berechnung

Wie in nahezu allen auf Schallschutz gerichteten Verfahren setzt sich der Senat mit Fragen der Berechnung, insbesondere zum Schienenbonus⁴ und dem Betriebsprogramm auseinander. Er konnte sich zur Beantwortung auf bestehende Rechtsprechung stützen.⁵ Die Übergangsregelung zum Schienenbonus ist nicht zu beanstanden. Für das Betriebsprogramm – wichtiger Eingangsparameter zur Dimensio-

nierung des Schallschutzes – ist nicht eine Maximalkapazität, sondern der tatsächlich zu erwartende Verkehr, bspw. anhand Prognosen aus dem Bundesverkehrswegeplan zu ermitteln.

2. Wohngrundstücke

Bei den Wohngrundstücken scheidet weitergehender aktiver Schutz an der Unverhältnismäßigkeit der Kosten einer Schallschutzwand in Relation zu den gelösten Schutzfällen sowie der baurechtlichen Unzulässigkeit der Wohnnutzung.

An einem Grundstück wären für einen sog. Vollschutz, die Einhaltung der Grenzwerte allein durch aktive Maßnahmen, 625.000 € nötig gewesen. Für nur ein Gebäude mit einer Grenzwertüberschreitung im Nachtzeitraum war das unverhältnismäßig und der Verweis auf eine Kostenerstattung für passiven Lärmschutz zulässig.⁶ Die Rechtsprechung deutet eine Akzeptanz an, die Nachtruhe könne durch passive Maßnahmen ausreichend geschützt werden. Das geräuschreduzierende Schienenschleifverfahren „Besonders überwachtes Gleis“ war aus technischen Gründen (zu kurze Strecken zwischen Weichenstraßen) nicht möglich. Die Kosten für Schienenstegdämpfer als innovative Möglichkeit waren mit einer Schallschutzwand vergleichbar.

An einem weiteren Grundstück war die frühere Heimwart-Wohnung eines Jugendheims nicht als solche schutzwürdig. Die Nutzung als Jugendheim ist aufgegeben und die Wohnnutzung im Außenbereich daher nicht zulässig. Gestützt auf bereits bestehende Rechtsprechung stellt der Senat klar, dass eine baurechtlich nicht genehmigte und auch nicht genehmigungsfähige Wohnnutzung gegenüber Immissionen rechtlich nicht geschützt ist. Dies folge allgemeinen Grundsätzen. Ein Belang muss nicht berücksichtigt werden, wenn ihm die

1 Dieser Beitrag beschränkt sich auf den Schallschutz. Umfangreiche Fragen des Brand- und Katastrophenschutzes insbesondere zum vermehrt erwarteten Gefahrgutaufkommen wurden zwischen den Beteiligten durch Vereinbarung geklärt.

2 Eine mangelnde Klagebefugnis konnte aufgrund der Entfernung zur Strecke mit einer entsprechend niedrigen Schallbelastung als Einzelfall im Rheintal angenommen werden (BVerwG, Ur. v. 12.04.2018 - 3 A 16/15 Rn. 15).

3 Selbiges gilt für den nach § 74 Abs. 2 Satz 2 VwVfG zu gewährenden Schutz vor Erschütterungen.

4 Ein inzwischen mit einer Übergangsfrist abgelöster Abzug von 5 dB(A) auf den Immissionswert, § 43 Abs. 1 Satz 2 BImSchG, § 4 Abs. 3 der 16. BImSchV.

5 Aus jüngerer Zeit: BVerwG, Ur. v. 29.06.2017 - 3 A 1/16; BVerwG, Ur. v. 12.04.2018 - 3 A 10/15; BVerwG, Ur. v. 06.09.2018 - 3 A 11/15; BVerwG, Ur. v. 08.09.2016 - 3 A 5/15.

6 Eingehend hat sich der Senat im Urteil vom 08.09.2016 (3 A 5.15 Rn. 57 ff.) damit beschäftigt. Die Zahlen des dortigen Sachverhalts zeigen, dass der Blick auf nur einen Kennwert nicht unbedingt zur Lösung verhilft.

Schutzwürdigkeit fehlt. § 2 Abs. 2 der 16. BImSchV drücke dies für bauliche Anlagen im Außenbereich mit dem Erfordernis aus, die Schutzbedürftigkeit entsprechend zu beurteilen.

3. Reisemobilstellplatz

Nach seiner Entscheidung zu einem Campingplatz an einem See⁷ beschäftigt das BVerwG erneut das Thema Reisemobil. Ein Stellplatz wird in aller Regel eine bauliche Anlage sein und damit den Schutz der 16. BImSchV auslösen, fraglich ist das Niveau. Der Campingplatz am See wurde als Mischgebiet beurteilt. Der hiesige Platz war weniger geprägt von einer Eignung und Infrastruktur für den Urlaub als vielmehr durch seine Nähe zu Attraktionen der Gemeinde. Trotz der spärlichen Ausstattung war ein grundsätzlicher Schutz nicht abzuspüren, da Übernachten nicht verboten sei und ein Reisemobil die Infrastruktur selbst biete. Das Schutzniveau sei aber aufgrund der örtlichen Gegebenheiten geringer. Die Richter binden dies zum einen an die Regelvorstellungen, die der Ordnungsgeber mit dem Schutzniveau für Anlagen in Mischgebieten verbinde und der Stellplatz nicht erfülle. Einem gewöhnlichen Campingplatz entspreche der Platz nicht. Zum anderen bindet der Senat dies an die vorhabenunabhängige erhebliche Vorbelastung durch einen anderen Schienenstrang, die allein schon zu einer Überschreitung der Nacht-Grenzwerte führt. Die Klägerin habe den Platz selbst in das von Schienenverkehrslärm geprägte Gebiet geplant. Der Immissionsgrenzwert für ein Gewerbegebiet nachts wird eingehalten.

4. Nutzung zu Erholung, Freizeit und Sport

Aufgrund der Ausprägung der Schienenverkehrsgeräusche des konkreten Vorhabens konnte das BVerwG rechtlich interessante Fragen offenlassen. Zu Park-, Sport- und Grünanlagen ist fraglich, ob sie nach §§ 41, 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BImSchG i.V.m. der 16. BImSchV von vornherein nicht geschützt werden können (Rn. 44, 46), insbesondere ob solche Gebiete zur Nachbarschaft i.S.d. § 3 Abs. 1, § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BImSchG, § 2 Abs. 1 16. BImSchV zählen (Rn. 45). Geklärt wird die Frage, welches Schutzniveau erreicht werden müsste (Rn. 47).

Zur Klassifizierung als Nachbarschaft lässt der Senat eine gewisse Tendenz erkennen. Hintergrund ist die Anwendbarkeit der zum Schutz der Nachbarschaft (§ 2 Abs. 1 der 16. BImSchV) festgelegten Grenzwerte der 16. BImSchV. Die über § 3 Abs. 1 BImSchG auch zu erfassende Allgemeinheit unterfällt dem Wortlaut nicht. Deren Schutz könnte auch „nur“ im Rahmen des § 41 BImSchG zu klären sein,⁸ wofür keine Grenzwerte zur Verfügung stehen. Die Tendenz leitet der Senat her aus einer Parallelwertung zu Kurheimen nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 16. BImSchV, den Gesetzgebungsmaterialien und bisheriger Rechtsprechung. Unter Nachbarschaft ist der gesamte Einwir-

kungsbereich der Anlage zu verstehen, nicht nur die unmittelbar angrenzenden Grundstücke. Jedenfalls Eigentümer in diesem Einwirkungsbereich sind Nachbarn. Dass ein Eigentümer das Grundstück der Allgemeinheit zur Verfügung stellt, ändere an der Zugehörigkeit zur Nachbarschaft nichts.

Darauf aufbauend seien jedenfalls die (im Fall aber von der Klägerin nicht im Einzelnen vorgetragenen) baulichen Anlagen im Gebiet mit deren zugeordneten Freiflächen entsprechend der Schutzbedürftigkeit zu beurteilen (§ 2 Abs. 2 Satz 2 16. BImSchV). Die 16. BImSchV schütze nicht nur das Wohnen mit einem Außenwohnbereich; auch Anlagen und Gebiete, die der Erholung dienen, können in ihren Anwendungsbereich fallen. Beispiele hierfür sind eben ein Kurheim (als besondere Anlage) oder ein Campingplatz.⁹ Hinsichtlich der Park-, Grün- und Sportanlagen, welche die Klägerin vor allem im Blick hat, lässt der Senat dies jedoch offen. Entsprechend bisheriger Rechtsprechung wird zwar wiederholt, dass der Außenbereich als solcher weder eine Anlage noch ein schutzbedürftiges Gebiet im Sinne der 16. BImSchV ist. Gleichzeitig aber wird die im Fall vorhandene besondere Nutzung als Erholungs-, Freizeit- und Sporteinrichtung betont.

Konkret wird der Senat zur Schutzbedürftigkeit. Die Nutzung zu Erholung, Freizeit und Sport müsse nicht weitergehend geschützt werden als Wohnungen im Außenbereich mit den ihnen zugeordneten Außenwohnbereichen. Damit sind als Immissionsgrenzwerte die eines Kern-, Dorf- und Mischgebiets (Tag 64 dB(A), Nacht 54 dB(A)) anzuwenden. Das ist nur konsequent und zutreffend begründet. Der vorübergehende Aufenthalt für Erholung, Freizeit und Sport, der selbst zu erheblichen Geräuschbelastungen für die Nachbarschaft führen kann, ist nicht schutzbedürftiger als das auf Dauer angelegte Wohnen. Diese Grenzwerte wurden vorliegend bis auf einen Randstreifen von weniger als 50 m Breite nicht überschritten. Für den von Pegelüberschreitungen betroffenen Randstreifen war eine starke Vorbelastung festzustellen. Die Klägerin hat eine besondere Schutzwürdigkeit hier nicht substantiiert geltend gemacht.

Zum Abschluss der Behandlung des Schienenverkehrslärms – und damit die inhaltliche Verortung offenlegend – geht der Senat auf die Abwägung ein. Hier findet sich, was zumeist und berechtigterweise nach Abarbeitung des zwingenden Rechts (neben einer Alternativenprüfung) noch ausgeführt werden kann. Sind die Regeln des zwingenden Rechts eingehalten, also die maßgeblichen Grenzwerte unterschritten, ist i.d.R. kein Schutz darüber hinaus zu gewähren.

⁷ BVerwG, Urt. v. 06.09.2018 - 3 A 14/15 Rn. 19 ff.

⁸ Vgl. dazu Jarass, BImSchG, § 41 Rn. 54 m.w.N.

⁹ BVerwG, Urt. v. 06.09.2018 - 3 A 14/15 Rn. 20.

D. Auswirkungen für die Praxis

Der Senat hat seit 2015 im Rahmen seiner erstinstanzlichen Zuständigkeit zu acht Infrastrukturprojekten Entscheidungen getroffen. Die Klagebefugnis einer Gemeinde aus §§ 41 ff. BImSchG für in ihrem Eigentum stehende Grundstücke wird weiterhin möglich sein.¹⁰ Eine Klage zur Schallbelastung eines beliebigen Außenbereichs – bspw. die eingangs erwähnten Ruheräume – muss sich mit geringen Erfolgsaussichten abfinden. Gleichzeitig aber können konkrete Nutzungen einen Schutz erfahren, der jedenfalls vom Eigentümer durchgesetzt werden kann. Die hiesige Entscheidung zeigt bei Erholung, Freizeit und Sport das Schutzniveau auf. Es geht nicht über das des Wohnens im Außenbereich hinaus.

Ferner verdeutlicht die Entscheidung die – in den Grenzen des § 86 Abs. 1 VwGO – nicht zu unterschätzende Bedeutung

des Klagevortrags. Insbesondere die tatsächlichen Umstände und Beeinträchtigungen sollten sorgfältig aufgezeigt sein. Je nach Klagesituation können das die Beziehung zum Vorhaben, eine etwaige Eigentümer- oder Nachbarschaftsstellung oder eine gemeindliche Einrichtung sein. Lagepläne veranschaulichen den Vortrag. Die Nutzung von Gebäuden, ggf. mit Lage sensibler Räume – wie den Schlafräumen – sollte aufbereitet sein. Hieran anknüpfend sollten die befürchteten Auswirkungen des Vorhabens aufgezeigt werden. Eine Gemeinde sollte eigene Gestaltungs- und Planungsabsichten detailliert anführen und sich bewusst sein, dass sie nicht Individualinteressen einzelner Bürger geltend machen kann.

¹⁰ Die mögliche Beeinträchtigung des kommunalen Selbstverwaltungsrechts (Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG) im Rahmen der Abwägung (§ 18 Satz 2 AEG) ist dann auf dieser Stufe weniger relevant.

Steuerrecht

Kommando zurück? Entwurf des JStG 2019 soll Rechtsprechung des BFH ausbremsen – zulasten der Steuerzahler

VRI'inBFH Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel und Wiss. Mit. Dr. Stefan Grunow

Mit dem „Entwurf eines Gesetzes zur weiteren steuerlichen Förderung der Elektromobilität und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften“¹ (im Folgenden: JStG 2019) beabsichtigt der Gesetzgeber auch eine Korrektur der Rechtsprechung des BFH zu Verlusten aus privaten Kapitalanlagen, um das Steueraufkommen zu sichern. In der Sache setzt er sich über die gleichheitsrechtlich geforderte Symmetrie zwischen der Besteuerung von Gewinnen und Verlusten hinweg und versagt so dem Steuerpflichtigen die Anrechnung von Substanzverlusten. Der folgende Beitrag stellt die geplanten Änderungen durch das JStG 2019 im Hinblick auf die steuerliche Berücksichtigung von Vermögensverlusten dar und zeigt Verwerfungen auf. Um ein geschlossenes Bild der Auswirkungen des JStG 2019 auf die Besteuerung der Kapitaleinkünfte zu zeichnen, werden anschließend weitere Neuerungen skizziert.

A. Vermögensverluste beim Ausfall von Wirtschaftsgütern

Die Einführung der Abgeltungsteuer führte zu einem Paradigmenwechsel. An die Stelle der Trennung zwischen Ertrags-

und Vermögensebene trat die steuerliche Verstrickung auch der Einkunftsquelle.² Es sollten alle Wertzuwächse im Zusammenhang mit Kapitalanlagen erfasst werden.³ Damit stellte sich aber zugleich die Frage, wie Einbußen auf der Vermögensebene – insbesondere beim Ausfall von Kapitalanlagen – steuerlich zu behandeln sind.

I. Rechtsprechung des BFH

Der BFH legte seinen Entscheidungen zur Behandlung von Verlusten bei Kapitalanlagen den Gedanken eines folgerichtigen Steuersystems zugrunde. Wird ein Wertzuwachs besteuert, so muss auch ein entsprechender Verlust steuerliche Beachtung finden. Diese systemkonforme Gleichbehandlung von Gewinnen und Verlusten zieht sich wie ein roter Faden durch das EStG⁴ und die Rechtsprechung des BFH. So wurde

¹ BT-Drs. 19/13436. Am 27.09.2019 beriet der Bundestag den Entwurf in erster Lesung.

² BFH, Urt. v. 24.10.2017 - VIII R 13/15 Rn. 11 f. m.w.N.

³ BT-Drs. 16/4841, S. 54, 56.

⁴ Vgl. Zapf, FR 2019, 804, 810; BT-Drs. 19/11387, S. 7; siehe nur § 2 Abs. 2, § 3c EStG.

etwa entschieden, dass der endgültige Ausfall einer Kapitalforderung in der privaten Vermögenssphäre – als Rückzahlung zu Null – zu einem steuerlich anzuerkennenden Verlust nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7, Satz 2, Abs. 4 EStG führt.⁵ Auch das Verfallenlassen einer Option ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung gem. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a EStG steuerbar und der Verlust in Form der Anschaffungskosten dementsprechend nach § 20 Abs. 4 Satz 5 EStG zu berücksichtigen.⁶ Wenn die gewinnbringende Einlösung einer Option zu versteuern ist, kann der verlustbehaftete Verfall als andere Seite der Medaille nicht unberücksichtigt bleiben. In einer weiteren Entscheidung dieser Reihe urteilte der BFH, dass Anschaffungskosten von Aktien auch dann einen abzugsfähigen Verlust begründen, wenn die wertlos gewordenen Anteile ohne Gegenleistung oder gegen einen symbolischen Kaufpreis zwischen fremden Dritten übertragen werden.⁷ Gleiches gilt für die Einziehung von Aktien ohne Gegenleistung aufgrund eines amerikanischen Insolvenzplanverfahrens.⁸ Zuletzt erkannte der BFH die Anschaffungskosten für Knock-out-Zertifikate bei Eintritt des Knock-out-Ereignisses als Verlust an.⁹ Dabei kam es nicht auf die Einordnung als Termingeschäft an, weil entweder § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a EStG oder § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7, Satz 2 EStG die Verlustberücksichtigung ermöglicht. Allen diesen Entscheidungen ist gemein, dass sie die Tatbestände des § 20 Abs. 2 EStG dahin gehend auslegen, dass sie nicht nur Substanzzuwächse, sondern folgerichtig auch Substanzverluste erfassen.

II. Einschränkung der Verlustberücksichtigung durch das JStG 2019

Diese Linien der Rechtsprechung sind dem fiskalisch motivierten Steuergesetzgeber freilich ein Dorn im Auge, weil die Anerkennung von Verlusten stets mit steuerlichen Mindereinnahmen korrespondiert. So sieht er sich veranlasst, der Rechtsprechung mit einem „Nichtanwendungsgesetz“ zu begegnen.

1. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a EStG-E

Vor diesem Hintergrund wird zunächst dem Verfall von Optionen im Privatvermögen die einkommensteuerrechtliche Relevanz abgesprochen. Dazu wird § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a EStG-E wie folgt gefasst: „Zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören auch [...] der Gewinn [...] bei Termingeschäften, durch die der Steuerpflichtige durch Beendigung des Rechts einen Differenzausgleich oder einen durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmten Geldbetrag oder Vorteil erlangt. Der Verfall einer Option gilt nicht als Beendigung des Rechts“. Die Neuregelung ist erstmals auf Termingeschäfte anwendbar, die nach dem 31.12.2019 abgeschlossen werden, § 52 Abs. 28 Satz 23 EStG-E.

2. § 20 Abs. 2 Satz 3 EStG-E

Zudem wird nach § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG ein neuer Satz eingefügt, der die Veräußerungstatbestände einschränkt: „Keine Veräußerung ist (Nr. 1) die ganze oder teilweise Uneinbringlichkeit einer Kapitalforderung, (Nr. 2) die Ausbuchung wertloser Wirtschaftsgüter im Sinne des Absatzes 1 durch die die Kapitalerträge auszahlende Stelle, (Nr. 3) die Übertragung wertloser Wirtschaftsgüter im Sinne des Absatzes 1 auf einen Dritten oder (Nr. 4) ein den Nummern 1 bis 3 dieses Satzes vergleichbarer Ausfall von Wirtschaftsgütern im Sinne des Absatzes 1.“ Nach § 52 Abs. 1 Satz 1 EStG ist die Regelung erstmals auf den Veranlagungszeitraum 2020 anwendbar.

3. § 17 Abs. 2a EStG-E

Um aber die Finanzierungsfreiheit der Gesellschafter trotz der Änderungen in § 20 Abs. 2 EStG-E sicherzustellen und den Anteilseignern weiterhin eine Darlehensgewährung an ihre Kapitalgesellschaft unter Wahrung des steuerlichen Nettoprinzips zu ermöglichen,¹⁰ wird § 17 Abs. 2a EStG-E eingeführt. Diese Regelung sei wegen der neuen Rechtsprechung des BFH zu Verlusten bei privaten Gesellschafterdarlehen erforderlich. Methodisch bedeutet dies einen Bruch mit den Vorgaben des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG),¹¹ dem Rechnung tragend der BFH seine frühere Rechtsprechung zu nachträglichen Anschaffungskosten im Rahmen von § 17 EStG aufgegeben hatte. Diese Grundsätze der Rechtsprechung zum Rechtsstand vor Geltung des MoMiG sollen nunmehr via Gesetz wieder eingeführt werden.¹² Der BFH hatte damals angenommen, dass ein Verlust aus einem eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen ebenso wie die Inanspruchnahme aus einer Gesellschaftersicherheit zu nachträglichen Anschaffungskosten der Beteiligung führt.¹³ Mit der Aufhebung des Eigenkapitalersatzrechts durch das

5 BFH, Urt. v. 24.10.2017 - VIII R 13/15 Rn. 10 ff.

6 BFH, Urt. v. 12.01.2016 - IX R 48/14 Rn. 13 ff.; BFH, Urt. v. 12.01.2016 - IX R 49/14 Rn. 9 ff.; BFH, Urt. v. 12.01.2016 - IX R 50/14 Rn. 7 ff.; zustimmend BMF, BStBl. I 2016, 527 Rn. 27, 32.

7 BFH, Urt. v. 12.06.2018 - VIII R 32/16 Rn. 13; vgl. BMF, BStBl. I 2019, 464 Rn. 59.

8 BFH, Urt. v. 15.05.2015 - IX R 57/13 Rn. 15. Demgegenüber verlangt § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG ein vom Willen des Steuerpflichtigen getragenes Veräußerungs-„geschäft“, das bei einer Grundstücksenteignung nicht vorliegt (BFH, Urt. v. 23.07.2019 - IX R 28/18 Rn. 23).

9 BFH, Urt. v. 20.11.2018 - VIII R 37/15 Rn. 9 ff.; zustimmend BMF, DStR 2019, 1975 Rn. 8a; vgl. BMF, BStBl. I 2018, 624 Rn. 27, 32.

10 Vgl. BT-Drs. 19/13436, S. 112; Dorn, DB 2019, 1930, 1932; Meurer, BB 2019, 1074, 1074.

11 BGBl. I 2008, 2026.

12 Vgl. Zapf, FR 2019, 804, 811; Ott, DStZ 2019, 648, 648 f.

13 BFH, Urt. v. 07.12.2010 - IX R 16/10 Rn. 24 m.w.N.; Neyer, DB 2019, 1640, 1640 f.

MoMiG ist die gesetzliche Grundlage für die bisherige Rechtsprechung entfallen. Im Rahmen des § 17 EStG waren daher – nach einer vertrauensschützenden Übergangsphase bis 27.09.2017 – eigenkapitalersetzende Finanzierungshilfen grds. nicht mehr als nachträgliche Anschaffungskosten anzuerkennen.¹⁴ Damit war der Weg für eine Berücksichtigung des Verlustes aus Gesellschafterdarlehen über § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7, Satz 2, Abs. 4 EStG frei.¹⁵ Mit § 20 Abs. 2 EStG-E ist dieser Weg versperrt.

In Abweichung von der Rechtsprechung gewährleistet § 17 Abs. 2a EStG-E, dass Verluste aus gesellschaftsrechtlich veranlassten Finanzierungshilfen auch dann gewinnmindernd im Rahmen des § 17 EStG zu berücksichtigen sind, wenn sie nach den Grundsätzen des MoMiG zu behandeln sind.¹⁶ Die Neuregelung führt zu den überholten Grundsätzen des Eigenkapitalersatzrechts zurück: „Anschaffungskosten sind die Aufwendungen, die geleistet werden, um die Anteile im Sinne des Absatzes 1 zu erwerben. Zu den Anschaffungskosten gehören auch die Nebenkosten sowie die nachträglichen Anschaffungskosten. Zu den nachträglichen Anschaffungskosten im Sinne des Satzes 2 gehören insbesondere (Nr. 1) offene oder verdeckte Einlagen, (Nr. 2) Darlehensverluste, soweit die Gewährung des Darlehens oder das Stehenlassen des Darlehens in der Krise der Gesellschaft gesellschaftsrechtlich veranlasst war, und (Nr. 3) Ausfälle von Bürgschaftsregressforderungen und vergleichbaren Forderungen, soweit die Hingabe oder das Stehenlassen der betreffenden Sicherheit gesellschaftsrechtlich veranlasst war. Eine gesellschaftsrechtliche Veranlassung liegt regelmäßig vor, wenn ein fremder Dritter das Darlehen oder Sicherungsmittel im Sinne der Nummern 2 oder 3 bei sonst gleichen Umständen zurückgefordert oder nicht gewährt hätte. Leistet der Steuerpflichtige über den Nennbetrag seiner Anteile hinaus Einzahlungen in das Kapital der Gesellschaft, sind die Einzahlungen bei der Ermittlung der Anschaffungskosten gleichmäßig auf seine gesamten Anteile einschließlich seiner im Rahmen von Kapitalerhöhungen erhaltenen neuen Anteile aufzuteilen.“ § 17 Abs. 2a EStG-E gilt unabhängig von der Beteiligungshöhe, sodass auch nichtgeschäftsführende Kleinanleger mit einer Beteiligungsquote zwischen 1 % und 10 %, auf die das Eigenkapitalersatzrecht nach § 39 Abs. 5 InsO keine Anwendung findet, Verluste aus Finanzierungshilfen über § 17 EStG geltend machen können.¹⁷ § 17 Abs. 2a EStG-E wäre erstmals auf Veräußerungen bzw. dieser gleichgestellten Fälle (z.B. Gesellschaftsaufösungen) nach dem 31.07.2019 (Kabinettsbeschluss) anzuwenden, sofern keine frühere Anwendung beantragt wird, § 52 Abs. 25a EStG-E.¹⁸

III. Im Schlepptau der Förderung der Elektromobilität in die falsche Richtung

Der Gesetzgeber hat mit der Beschränkung der Berücksichtigung von Verlusten in § 20 Abs. 2 EStG-E einen Irrweg ein-

geschlagen. Sein Entwurf reicht weit über eine bloße „Klarstellung“¹⁹ hinaus und konterkariert die gefestigte Rechtsprechung des BFH. Er verkennt dabei nicht nur die negative Signalwirkung seiner Neuregelung, sondern setzt sich auch über steuersystematische Strukturen hinweg und wirft verfassungsrechtliche Fragen auf.²⁰

1. Schwindende Rechtssicherheit

Seit Einführung der Abgeltungsteuer sind gem. § 20 Abs. 2 EStG auch Veräußerungen von Kapitalvermögen und deren Ersatztatbestände steuerbar. Gerade im Hinblick auf diese für die Einkünfte aus Kapitalvermögen neue Steuerbarkeit auch der Vermögenssubstanz ist eine klare und verlässliche Rechtslage für den Steuerpflichtigen von immenser Bedeutung. Nur sie ermöglicht Planbarkeit und nachhaltige Investitionen. Nachdem sich insoweit eine nachvollziehbare Rechtslage durch die höchstrichterliche Auslegung der neuen Tatbestände – freilich entgegen der Verwaltungsmeinung²¹ – manifestierte, zerstört der Gesetzgeber die gewonnene Rechtssicherheit und schafft durch unbestimmte Rechtsbegriffe erneuten Diskussionsbedarf.²² Wann ist etwa ein Wirtschaftsgut „wertlos“ i.S.d. § 20 Abs. 2 Satz 3 EStG-E?²³ Welche Voraussetzungen hat ein „vergleichbarer“ Ausfall von Wirtschaftsgütern? Erfasst § 17 Abs. 2a EStG-E dieselben Fallgruppen wie die frühere Rechtsprechung zu nachträglichen Anschaffungskosten wegen des Ausfalls von Finanzierungshilfen eines Gesellschafters (Krisendarlehen, in der Krise stehengelassene und krisenbestimmte Darlehen sowie Finanzplandarlehen), obwohl sich diese „als rechtsunsicher und kaum administrierbar erwiesen“ haben?²⁴ Die erneute Kehrtwende verunsichert nicht nur den Steuerzahler, sondern begründet auch erhebliche Verfahrenslasten für Depotbanken, die abermals eine Umstellung auf sich nehmen müssen.²⁵

Dabei verbleibt dem Steuerpflichtigen kaum Zeit, um auf die Änderungen zu reagieren. Zwar soll § 20 Abs. 2 Satz 3 EStG-E erstmals auf den Veranlagungszeitraum 2020 Anwendung

14 BFH, Urt. v. 11.07.2017 - IX R 36/15 Rn. 32 f.; BFH, Urt. v. 20.07.2018 - IX R 5/15 Rn. 19 f.; Desens, DStR 2019, 1071, 1072 f.; Meurer, BB 2019, 1074, 1074; Ott, StuB 2019, 649, 649.

15 Dazu stellvertretend Jachmann-Michel, BB 2018, 2329, 2330; Levedag in: Schmidt, EStG, 38. Aufl. 2019, § 20 Rn. 255; Desens, DStR 2019, 1071, 1072; Ott, DStZ 2019, 412, 418; kritisch Gragert, NWB 2019, 2842, 2847.

16 BT-Drs. 19/13436, S. 112.

17 Ott, DStZ 2019, 648, 652; Ott, StuB 2019, 649, 652.

18 Ott, DStZ 2019, 648, 650.

19 BT-Drs. 19/13436, S. 112 f.

20 BR-Drs. 356/19(B), S. 30.

21 Vgl. etwa BMF, BStBl. I 2016, 85 Rn. 60.

22 Desens, DStR 2019, 1071, 1074; Hagen/Schober, BB 2019, 1630, 1631.

23 Dorn, DB 2019, 1930, 1931.

24 BR-Drs. 356/19(B), S. 30 (Zitat); Zapf, FR 2019, 804, 811.

25 Hagen/Schober, BB 2019, 1630, 1631.

finden, sodass ein zeitnahes Ausweichen möglich bleibt.²⁶ Dennoch entfaltet die Neuregelung eine unechte Rückwirkung, weil sie tatbestandlich an Sachverhalte anknüpft, die bereits vor dem 01.01.2020 in Gang gesetzt wurden. Nach der Gesetzesbegründung sei das Vertrauen des Steuerpflichtigen auf die Rechtsprechung des BFH jedoch nicht schutzwürdig und die Rückwirkung daher hinzunehmen.²⁷ Diese Einschätzung stößt auf erhebliche Bedenken.²⁸ Die verbindliche Auslegung gesetzlicher Normen ist Aufgabe der rechtsprechenden Gewalt.²⁹ Wenn auch die höchstrichterliche Rechtsprechung keine dem formellen Gesetzesrecht gleichkommende Bindungswirkung entfaltet, geht von ihr doch eine entscheidende Präjudizwirkung für künftige Fälle aus.³⁰ Mit seiner umfassend begründeten Entscheidung zum Forderungsausfall vom 24.10.2017 hat der BFH einen Vertrauensstatbestand geschaffen, der sich nahtlos in die dargelegte Reihe der Urteile zur Anerkennung von Verlusten aus privaten Kapitalanlagen einfügt. Der Steuerpflichtige durfte deshalb auf ein weites Verständnis der Veräußerungstatbestände des § 20 Abs. 2 EStG vertrauen. Das geschaffene Vertrauen wird nun durch die rückwirkende Neuregelung enttäuscht.

Die Anwendung des § 17 Abs. 2a EStG-E ab 31.07.2019 würde sich unter Rückwirkungsaspekten als problematisch erweisen, soweit sie rückwirkend einen Rückgriff auf die steuerlichen Vorzüge des § 20 EStG ausschließen würde. Werden Verluste aus Gesellschafterdarlehen als nachträgliche Anschaffungskosten im Rahmen des § 17 EStG berücksichtigt, unterfallen sie dem Teilabzugsverbot der § 3 Nr. 40 Buchst. c, § 3c Abs. 2 Satz 1 EStG und können nur zu 60 % abgezogen werden. Bei Anwendung des § 20 EStG wäre aber ein vollumfänglicher Verlustausgleich mit anderen Einkünften aus Kapitalvermögen möglich, § 20 Abs. 6 EStG. Bei einer Beteiligung von mindestens 10 % ließe § 32d Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b, Satz 2 EStG sogar den Ausgleich mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten zu.³¹ Für den Steuerpflichtigen wiegt diese Rückwirkung schwer, soweit eine Verlustrealisierung nach bisheriger Rechtslage nicht mehr möglich wäre.³² Indes spricht einiges dafür, dass § 17 Abs. 2a EStG-E, indem er ausschließlich den Anschaffungskostenbegriff regelt, § 20 EStG nur insoweit gem. § 20 Abs. 8 EStG verdrängt, als es um Anschaffungskosten bei der Veräußerung einer Beteiligung von mindestens 1 % geht. Eine andere Frage ist, ob der Einzelvorgang etwa einer verdeckten Einlage i.S.d. § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG während des Bestandes einer Beteiligung steuerbar ist.³³

2. Gefährdete Steuerakzeptanz – Ungleichbehandlung von Gewinnen und Verlusten

Das zentrale Problem des JStG 2019 liegt jedoch in der steuerlichen Ungleichbehandlung von Gewinnen und Verlusten. Der Fiskus verhält sich inkonsequent, wenn er an Wertverlusten nicht in gleicher Weise wie an Wertzuwächsen partizipiert,

wenn er Steuererhöhungen durch Optionserträge und Veräußerungsgewinne von Kapitalanlagen generiert, gleichzeitig aber das Verlustrisiko ablehnt. Schließlich erfasst der ertragsteuerliche Gewinnbegriff auch Verluste.³⁴ § 20 Abs. 2 EStG-E lässt Verluste unberücksichtigt und setzt sich damit in Widerspruch zum Grundanliegen der Abgeltungsteuer.³⁵ Mit ihrer Einführung war die Trennung zwischen Ertrags- und Vermögensebene aufgegeben und eine Erfassung aller Wertveränderungen bei Kapitalanlagen herbeigeführt worden.³⁶ Diese Systementscheidung ist konsequent auszugestalten.³⁷ Werden Vermögenszuwächse umfassend besteuert, müssen folgerichtig auch Vermögensverluste umfassend Berücksichtigung finden. Die Einschränkung der Verlustanerkennung aus rein fiskalischen Gründen verletzt das Folgerichtigkeitsgebot.³⁸

Erschwerend kommt hinzu, dass sich die Neuregelung über die Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit hinwegsetzt.³⁹ Die Leistungsfähigkeit eines Optionskäufers ist um die Optionsprämie gemindert, unabhängig davon, ob er die Option ausübt oder verfallen lässt.⁴⁰ Es entbehrt innerer Logik, im Rahmen der Tatbestände des § 20 Abs. 2 EStG Wertverluste in geringerem Ausmaß anzuerkennen, den wertlosen Verfall aber auszuschließen. Gerade der Ausfall von Wirtschaftsgütern mindert die Leistungsfähigkeit erheblich. Diese Verluste wären erst recht anzuerkennen. Zudem wird durch die Nichtanerkennung des Ausfalls einer Forderung die Verrechnung mit laufenden Zinszahlungen derselben Forderung ausgeschlossen, obwohl es sich um die identische Quelle steuerlicher Leistungsfähigkeit handelt. Besteuert wird dann eine scheinbare Leistungsfähigkeit.

26 Dorn, DB 2019, 1930, 1930.

27 BT-Drs. 19/13436, S. 114.

28 BR-Drs. 356/19(B), S. 31.

29 BVerfG, Beschl. v. 17.12.2013 - 1 BvL 5/08 Rn. 48, 55.

30 Jachmann in: Festschrift für Spindler, 2011, S. 115, 128 ff.

31 Vgl. zum Vorstehenden Ott, DStZ 2019, 412, 419, 425; Ott, Stbg 2019, 310, 316; Neyer, DB 2019, 1640, 1644; Strahl, kösdi 2019, 21392, 21395.

32 Vgl. Strahl, kösdi 2019, 21392, 21396.

33 A.A. Ott, StuB 2019, 649, 655; Ott, DStZ 2019, 648, 655.

34 BFH, Beschl. v. 26.10.1987 - GrS 2/86 Rn. 64.

35 Hagen/Schober, BB 2019, 1630, 1631.

36 BT-Drs. 16/4841, S. 54 ff.; BR-Drs. 356/19(B), S. 30; BFH, Urt. v. 24.10.2017 - VIII R 13/15 Rn. 11 f. m.w.N.; statt vieler Frey/Tomaszowski, BB 2019, 1377, 1377. Nach Auffassung der Bundesregierung (BT-Drs. 19/11387, S. 7) sollte mit der Einführung der Abgeltungsteuer nicht die Erfassung aller Wertveränderungen bei Kapitalanlagen erreicht werden, vgl. Dittes, BB 2019, 2208, 2210.

37 BVerfG, Urt. v. 10.04.2018 - 1 BvL 11/14 Rn. 105.

38 Brill, BeSt 2019, 27, 28; Dahm/Hoffmann, DStR 2019, 1239, 1242, 1246; Desens, DStR 2019, 1071, 1074; Jochum, FR 2019, 602, 603, 605; Zapf, FR 2019, 804, 811; kritisch auch BR-Drs. 356/19(B), S. 31; Bartelt/Geberth, DB 2019, 1175, 1176; Delp, DB 2019, 2148, 2151; Hagen/Schober, BB 2019, 1630, 1631; Ott, DStZ 2019, 648, 649; Ott, Stbg 2019, 310, 318.

39 Brill, BeSt 2019, 27, 28; Dahm/Hoffmann, DStR 2019, 1239, 1242, 1246.

40 BFH, Urt. v. 12.01.2016 - IX R 50/14 Rn. 14; Zapf, FR 2019, 804, 809.

higkeit, die nicht mehr realitätsgerecht erfasst wird. Auch im Hinblick auf die Gefahr einer erdrosselnden Besteuerung und die Bedrohung des Existenzminimums scheint eine Anerkennung der Verluste geboten. In diesem Sinne erklärte das BVerfG den gänzlichen Ausschluss der Verlustberücksichtigung in einer Entscheidung zur Vermietung beweglicher Gegenstände für verfassungswidrig.⁴¹

Wenn die öffentliche Hand – wie selbstverständlich – auf positive Einkünfte zugreift, aber die entsprechenden Verluste negiert, ist das für den Steuerpflichtigen nicht nachvollziehbar. Die Akzeptanz gegenüber dieser Steuererhebung schwindet auch deshalb, weil derselbe Ausfall eines Wirtschaftsgutes als Verlust anerkannt wird, wenn das Wirtschaftsgut im Betriebsvermögen liegt. So verkennt die Neuregelung die Bedeutung der Steuerakzeptanz für ein funktionierendes Steuersystem und die Rolle des Privatanehmers für eine erfolgreiche Volkswirtschaft.

3. Optionsverfall – Regelungstechnik und Rechtfertigungsversuche

Fragwürdig erscheint auch die Regelungstechnik des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a EStG-E. Der Wortlaut wird nur deshalb um die „Beendigung des Rechts“ erweitert, um anschließend den Optionsverfall mittels einer Fiktion auszunehmen.⁴² Dabei ist der Optionsverfall gerade das Musterbeispiel einer Rechtsbeendigung. Sein Ausschluss hat mit realitätsgerechter Erfassung der Lebenswirklichkeit nichts zu tun. Diese Fiktion dann als „Klarstellung“ zu bezeichnen, scheint abwegig. Zur Begründung wird sodann auf den mutmaßlichen Willen des historischen Gesetzgebers verwiesen, nach dem die bis zum 31.12.2008 geltende Rechtslage – mit Ausnahme der Haltefrist – fortzusetzen war.⁴³ Dagegen spricht allerdings, dass der Gesetzgeber mit der Einführung der Abgeltungsteuer einen Paradigmenwechsel mit der vollständigen Erfassung sämtlicher Wertveränderungen des Kapitalstamms erreichen wollte.⁴⁴ Zudem berücksichtigte der BFH bereits nach früherer Rechtslage Verluste aus einem Optionsverfall, sodass die Neuregelung selbst dann dem Willen des historischen Gesetzgebers widerspräche, wenn er an der alten Rechtslage hätte festhalten wollen.⁴⁵

Nach der Gesetzesbegründung vermeide die Neuregelung „darüber hinaus Steuerausfälle in nicht bezifferbarer Höhe“.⁴⁶ Jede Beschränkung der Anerkennung von Verlusten vermeidet Steuerausfälle. Gemeint sind damit wohl „erhebliche“ Steuerausfälle in nicht bezifferbarer Höhe. Rein fiskalische Interessen rechtfertigen aber keine Durchbrechung des Folgerichtigkeits- und Leistungsfähigkeitsprinzips.⁴⁷ Auch ist zweifelhaft, ob die geplante Neuregelung überhaupt Steuerausfälle vermeidet, zumal laufende Erträge aus Termingeschäften nach dem geplanten Wortlaut nicht mehr steuerbar wären, weil sie nicht durch Beendigung des Rechts entstehen.⁴⁸ Außerdem bleibt

der Gesetzgeber konkrete Anhaltspunkte schuldig, inwiefern solche Mindereinnahmen tatsächlich drohen.⁴⁹ Schließlich führen die vom Käufer gezahlten Optionsprämien bei der Gegenpartei (Stillhalter) zu steuerbaren Einkünften.⁵⁰ Die Gefahr einer ausufernden Verlustnutzung ist zudem jedenfalls durch die beschränkte Verrechenbarkeit nach § 20 Abs. 6 EStG begrenzt.⁵¹ Den möglichen Haushaltsrisiken tritt ferner die uneingeschränkte Teilhabe an positiven Einkünften gegenüber Optionsgeschäften werden nach bisheriger Rechtslage nicht – wie behauptet – auf Kosten der Allgemeinheit, sondern gleichmäßig aufseiten der Gewinne und Verluste besteuert.⁵² Falls dem Fiskus aber vermeintlich „hochspekulative Geschäfte auf Kosten der Allgemeinheit“⁵³ zu riskant wären, müsste er folgerichtig insgesamt auf deren steuerliche Erfassung verzichten.⁵⁴

4. Beschränkung der Veräußerungsverluste – Brüche in der Gesetzesbegründung

Auch § 20 Abs. 2 Satz 3 EStG-E soll die Rechtsprechung des BFH korrigieren, weil sie nicht der Intention des historischen Gesetzgebers entspreche, der nur Wertzuwächse, nicht aber generell Wertveränderungen erfassen wollte.⁵⁵ Primär sollten laufende Einkünfte nicht mehr in steuerfreie Veräußerungsgewinne transferiert werden können. Deshalb führe § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG ausschließlich Veräußerungssurrogate auf, deren wesentliche Merkmale der Rechtsträgerwechsel und die Entgeltlichkeit seien. Diese Merkmale lägen bei einem Wertverfall nicht vor.⁵⁶

Diese Begründung verkennt abermals den mit der Einführung der Abgeltungsteuer beabsichtigten Paradigmenwechsel.⁵⁷ Sie kann nicht erklären, warum durchweg Wertveränderungen auf der Vermögensebene Berücksichtigung finden und nur der vollständige Ausfall von Wirtschaftsgütern unbeachtlich bleiben soll. Die Veräußerungstatbestände erfassen

41 BVerfG, Beschl. v. 30.09.1998 - 2 BvR 1818/91 Rn. 33.

42 Jochum, FR 2019, 602, 604.

43 BT-Drs. 19/13436, S. 113.

44 Dahm/Hoffmann, DStR 2019, 1239, 1241; Zapf, FR 2019, 804, 809.

45 BFH, Urt. v. 26.09.2012 - IX R 50/09 Rn. 11 ff.; Dahm/Hoffmann, DStR 2019, 1239, 1241.

46 BT-Drs. 19/13436, S. 113.

47 BVerfG, Beschl. v. 29.03.2017 - 2 BvL 6/11 Rn. 104 m.w.N.

48 BR-Drs. 356/19(B), S. 32.

49 Dahm/Hoffmann, DStR 2019, 1239, 1242.

50 Hagen/Schober, BB 2019, 1630, 1631.

51 BFH, Urt. v. 12.01.2016 - IX R 50/14 Rn. 14.

52 Zapf, FR 2019, 804, 809.

53 BT-Drs. 19/13436, S. 113.

54 Vgl. Dahm/Hoffmann, DStR 2019, 1239, 1242; Jochum, FR 2019, 602, 604.

55 BT-Drs. 19/13436, S. 113 f.

56 BT-Drs. 19/13436, S. 113; BT-Drs. 19/11387, S. 7; Meurer, BB 2019, 1074, 1074.

57 Dahm/Hoffmann, DStR 2019, 1239, 1246.

selbstverständlich – wie § 20 Abs. 6 Satz 4 EStG für Aktienveräußerungsverluste zeigt – auch verlustbehaftete Veräußerungen. Eine Ausklammerung wertlos gewordener Aktien wäre widersprüchlich. Selbst wenn diese Beschränkung dem Willen des historischen Gesetzgebers entspräche, rechtfertigt dies keine Durchbrechung verfassungsrechtlicher Vorgaben. Auch die Behauptung, bei Kapitalforderungen sei eine positive Wertveränderung ohnehin ausgeschlossen,⁵⁸ ist verfehlt.⁵⁹ So erfasst auch § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 EStG Gewinne aus der Veräußerung von Kapitalforderungen. Welchen Sinn hätte diese Regelung, wenn positive Wertveränderungen bei Kapitalforderungen ausgeschlossen wären?⁶⁰

B. Weitere Neuerungen im Überblick

Neben den dargelegten problematischen Änderungen sieht das JStG 2019 eine Vielzahl weiterer Neuerungen im Hinblick auf die Besteuerung der Kapitaleinkünfte vor, die im Folgenden nur überblicksartig skizziert werden.

Zunächst soll das Steuerabzugsverfahren auf das Crowdfunding ausgedehnt werden. Darunter ist eine Kreditvergabe durch eine Vielzahl von Anlegern zu verstehen, die über Internet-Dienstleistungsplattformen zwischen dem Kreditnehmer und den Anlegern vermittelt wird. Bisher wurde die Einkommensteuer auf die anfallenden Zinsen nicht durch Abzug vom Kapitalertrag erhoben, weil kein Kreditinstitut, sondern der Kreditnehmer die Zinsen schuldet. Durch § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 Buchst. c EStG-E soll das Abzugsverfahren auch dann Anwendung finden, wenn „es sich um Zinsen aus Forderungen handelt, die über eine Internet-Dienstleistungsplattform erworben wurden“. Ergänzend bestimmt § 44 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 Buchst. c EStG-E den „inländische[n] Betreiber oder die inländische Zweigniederlassung eines ausländischen Betreibers einer Internet-Dienstleistungsplattform“ als auszahlende Stelle. Die Steuerabzugsverpflichtung für Plattformbetreiber soll die Verifikation von Steuerzahlungen verbessern. Der Betreiber dürfe für den Steuerabzug herangezogen werden, weil dieser grds. über die dafür notwendigen Informationen verfüge.⁶¹ Natürlich begründet der Quellenabzug für inländische Plattformbetreiber Verfahrenslasten und benachteiligt sie gegenüber ausländischen Betreibern. Allerdings stellt er auch einen gleichheitsgerechten Steuervollzug sicher.⁶² Dass der einleitende Satzteil des § 44 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 EStG-E den § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 Buchst. c EStG-E überhaupt nicht erfasst, wurde offensichtlich übersehen.⁶³

Ferner werden die Pflichten zur Ausstellung einer Steuerbescheinigung erweitert. Bisher bestand für auszahlende Stellen von Kapitalerträgen i.S.d. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 EStG (Ausschüttungen und Vorabpauschalen aus Investmentfonds) keine solche Verpflichtung. Um zu vermeiden, dass zwar ein Steuerabzug vorgenommen wird, die Kreditinsti-

tute aber die Erteilung einer Steuerbescheinigung verweigern, soll § 45a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG ergänzt werden.⁶⁴

Eine weitere Änderung findet sich in § 36a Abs. 4 EStG-E, der die Anzeige-, Anmeldungs- und Zahlungspflichten der Steuerpflichtigen konkretisiert. Er stellt insbesondere klar, dass es sich um eine Steueranmeldung handelt, die bis zum 10. Tag nach Ablauf des jeweiligen Jahres zu erfolgen hat. Auch § 49 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Buchst. c Doppelbuchst. aa Satz 2 EStG soll dahin gehend präzisiert werden, dass die dort geregelte Ausnahme von der beschränkten Steuerpflicht der Kapitaleinkünfte nicht für Wandelanleihen und Gewinnobligationen gilt. Außerdem soll die Abgeltungswirkung des § 50 Abs. 2 Satz 1 EStG nach dem neuen Satz 2 Nr. 6 für Kapitaleinkünfte entfallen, auf die § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 2 EStG Anwendung findet, wenn die Veranlagung beantragt wird. Damit kann die hälftige Freistellung der Bemessungsgrundlage für bestimmte Rentenversicherungen sowie Kapitalversicherungen auch bei beschränkt Steuerpflichtigen berücksichtigt werden.⁶⁵

Zuletzt enthält das JStG 2019 auch einige bloß redaktionelle Änderungen: So wird in § 20 Abs. 4a Satz 1 EStG-E (Tausch von Kapitalanteilen) der Verweis auf die Richtlinie 2009/133/EG aktualisiert. In § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 Buchst. b Satz 2 EStG-E entfällt die erloschene Deutsche Postbank AG aus der ergänzenden Liste der Kreditinstitute. Ebenso verweist die Regelung des § 44a Abs. 4b Satz 1 EStG-E (Steuerabzug von Genossenschaften) nun auf die Bescheinigungen nach Abs. 7 Satz 2 und Abs. 8 Satz 2, zumal sich die Sätze in den Verweisungsvorschriften verschoben hatten.⁶⁶

C. Fazit

Das geplante JStG 2019 stößt hinsichtlich § 20 Abs. 2 EStG-E auf erhebliche Bedenken. Die Änderungen bremsen nicht nur die Rechtsprechung des BFH zur Anerkennung von Vermögensverlusten aus. Sie werfen auch verfassungsrechtliche Fragen auf, verhindern Rechtssicherheit und gefährden die Steuerakzeptanz. Die Rechtfertigungsversuche der Gesetzesbegründung überzeugen nicht. Zu Recht sieht deshalb die Stellungnahme des Bundesrats eine Streichung dieser Änderungen vor:⁶⁷ Kommando zurück!

58 BT-Drs. 19/13436, S. 114.

59 Jochum, FR 2019, 602, 603; Ott, Stbg 2019, 310, 318.

60 Jochum, FR 2019, 602, 604.

61 Zum Vorstehenden BT-Drs. 19/13436, S. 117 f.; Hörster, NWB 2019, 2628, 2636.

62 Vgl. BVerfG, Urt. v. 09.03.2004 - 2 BvL 17/02 Rn. 63.

63 BR-Drs. 356/19(B), S. 40.

64 BT-Drs. 19/13436, S. 101.

65 BT-Drs. 19/13436, S. 102.

66 Zum Vorstehenden BT-Drs. 19/13436, S. 101.

67 BR-Drs. 356/19(B), S. 29. Die Bundesregierung prüft diesen Vorschlag, BT-Drs. 19/13712, S. 4.

Goodbye Peterle, leb wohl Lehre vom Tatherrschaftswechsel! Oder doch nicht?

Ärztliche Suizidbegleitung im Lichte der aktuellen BGH-Rechtsprechung

Wiss. Mit. Dr. Alexandra Windsberger

A. Einleitung

Vor 35 Jahren entschied der 3. Strafsenat im „Fall Wittig“¹, dass ein Hausarzt, der einen seiner Patienten im Anschluss an seinen Suizid bewusstlos vorfindet, eine Strafbarkeit wegen eines Tötungsdelikts durch Unterlassen riskiert, wenn er auf Rettungsmaßnahmen verzichtet. Mit zwei Urteilen vom 03.07.2019 entschloss sich der 5. Strafsenat des BGH nunmehr, zwei Freisprüche des LG Hamburg² und des LG Berlin³ in Fällen ärztlicher Suizidbegleitung zu bestätigen. Auch diesen angeklagten Ärzten war vorgeworfen worden, im Anschluss an die Bewusstlosigkeit der Suizidenten keine Rettungshandlung vorgenommen zu haben. Zugleich stellte der 5. Senat nun obiter fest, dass er durch die vorliegende Entscheidung „jedenfalls nicht in einer ein Anfrageverfahren nach § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG erfordernden Weise von der Entscheidung Wittig“ abweiche.⁴ Wie genau das zusammenpasst, wo die gegenwärtigen Grenzen zulässiger ärztlicher Sterbebegleitung liegen und welche Konsequenzen sich hieraus für die Sterbebegleitung durch Angehörige ergeben, bedarf einer näheren Untersuchung und ist Gegenstand dieses Beitrags.

B. Die aktuellen Entscheidungen und deren Inhalte

Gegenstand der aktuellen Urteile sind zwei verbundene Revisionsverfahren der Staatsanwaltschaften Berlin und Hamburg. In beiden Fällen wurden die angeklagten Ärzte, die Suizidwillige begleiteten und bis zuletzt keine Rettungsmaßnahmen einleiteten – was zuvor so mit den Suizidenten abgestimmt war – freigesprochen.⁵

I. Das „Berliner Verfahren“ (BGH, Urt. v. 03.07.2019 - 5 StR 393/18)

Im „Berliner Verfahren“ war der Angeklagte der Hausarzt der Suizidentin und unterhielt zu ihr über Jahre hinweg ein Arzt-Patienten-Verhältnis. Sie litt an einer langwierigen schweren Krankheit, die ihre Lebensqualität massiv einschränkte. Auf ihren Wunsch hin, aus dem Leben zu scheiden, verschrieb der Angeklagte die todbringenden Betäubungsmittel (Luminal), löste wenigstens ein Rezept selbst ein und verabreichte seiner Patientin das Medikament. Absprachegemäß sollte der

Angeklagte seine Patientin bis zum sicheren Herzstillstand begleiten, ohne Rettungshandlungen vorzunehmen. Nachdem der Angeklagte seine Patientin am 16.02.2013 nach Einnahme des Luminals bewusstlos vorfand, unterzog er sie zunächst einer palliativmedizinischen Behandlung (Verabreichung von Buscopan, Metoclopramid u.a.), um Schmerzen und Erbrechen im Endstadium zu vermeiden. Absprachegemäß unterließ er sonstige Rettungshandlungen und benachrichtigte den Notarzt erst, nachdem er den Tod festgestellt hatte. Wegen der Unterstützungshandlungen – Beschaffung der Betäubungsmittel – stand eine Strafbarkeit wegen Tötung auf Verlangen gem. § 216 StGB in Rede. Da nicht sicher feststellbar war, ob die Patientin in der präfinalen Phase mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit noch hätte gerettet werden können, war er zudem wegen versuchter Tötung auf Verlangen durch Unterlassen angeklagt, da er nach Eintritt der Bewusstlosigkeit Rettungsmaßnahmen (absprachegemäß) nicht einleitete.

II. Das „Hamburger Verfahren“ (BGH, Urt. v. 03.07.2019 - 5 StR 132/18)

Im sog. Hamburger Fall bestand hingegen kein Arzt-Patienten-Verhältnis. Der Angeklagte war Facharzt für Neurologie und Psychiatrie und wurde seitens eines Sterbevereins mit der Er-

1 BGH, Urt. v. 04.07.1984 - 3 StR 96/84.

2 LG Hamburg, Urt. v. 08.11.2017 - 619 KLs 7/16. Das mit der Sache befasste Landgericht lehnte zunächst gem. §§ 199, 204 StPO die Eröffnung des Hauptverfahrens ab. Auf die Vorschaltbeschwerde der Staatsanwaltschaft erging ein stattgebender Beschluss des OLG Hamburg (Beschl. v. 08.06.2016 - 1 Ws 13/16 mit ablehnender Anmerkung Miebach, NSTz 2016, 530, 536), infolge dessen gegen den Angeklagten das Hauptverfahren wegen Tötungsdelikts eröffnet wurde. Mit Urteil vom 08.11.2017 sprach das Landgericht den Angeklagten frei. Mit ihrer auf die Sachrüge gestützten Revision erstrebt die Staatsanwaltschaft eine Verurteilung entsprechend ihrer ursprünglichen Anklage.

3 LG Berlin, Urt. v. 08.03.2018 - 234 Js 339/13, das den Angeklagten unter jedem rechtlichen Gesichtspunkt freisprach. Zustimmend, Miebach, NSTz 2016, 530, 536.

4 BGH, Urt. v. 03.07.2019 - 5 StR 393/18 Rn. 36.

5 Ein Kurzüberblick über die beiden aktuellen Urteile bei Schlund, NJW-Spezial 2019, 632.

stellung eines Gutachtens über die Urteils- und Einsichtsfähigkeit sowie über die Wohlerwogenheit des Suizidwunsches bezüglich zweier Frauen beauftragt. In seinem Gutachten attestierte er den beiden Frauen aus psychiatrischer Sicht jeweils eine uneingeschränkte Urteilsfähigkeit und bestätigte, dass aus medizinischer Sicht keine Einwände gegen den Sterbewunsch erkennbar seien. Im Anschluss an das hierzu stattfindende persönliche Treffen, baten die Frauen den Angeklagten, sie auch später persönlich bei ihrem Suizid zu begleiten. Im November 2012 unterschrieben sie auf Veranlassung des Angeklagten ein Formblatt mit dem Titel „Aufklärung und Einwilligung“, in dem sie den Wunsch äußerten, ihr Leben in Frieden und Würde zu beenden. Für den Fall ihrer Handlungsunfähigkeit untersagten sie, auch unter Verweis auf ihre Patientenverfügung, jeder sie etwa noch lebend antreffenden Person jegliche Rettungsmaßnahmen. Nachdem sie am 10.11.2012, unter Mithilfe des Angeklagten, die für ihre Selbsttötung erforderlichen Medikamente zerkleinerten und in Wasser auflösten, nahmen sie diese Lösung im Beisein des Angeklagten selbstständig ein. Bereits kurze Zeit später schliefen sie ein. Der Angeklagte rief nicht den Notarzt und nahm auch sonst keine Rettungsbemühungen vor. Die Kammer konnte nicht feststellen, ob der Angeklagte den Frauen die Medikamente verschaffte. Im Zeitpunkt des Bewusstseinsverlustes bestand zwar noch eine gewisse Chance, das Leben der Frauen zu retten, jedoch hätten beide, wenn überhaupt, nur mit schweren Hirnschäden überlebt. Der Angeklagte wurde ebenfalls wegen den Unterstützungshandlungen im Vorfeld eines Tötungsdelikts und wegen der unterlassenen Rettung eines versuchten Tötungsdelikts durch Unterlassen angeklagt.

III. Strafbarkeit im Rahmen der Vorbereitungsphase

In beiden Fällen stellte der BGH nun fest, dass sich das Verhalten der Angeklagten im Vorfeld der Bewusstlosigkeit jeweils als straflose Beihilfe zum Suizid darstellte. Im „Berliner Verfahren“ habe der Arzt zwar die Medikamente beschafft, eingenommen habe sie aber die Suizidentin selbst. Die Tatherrschaft habe damit allein bei ihr gelegen. Im „Hamburger Verfahren“ war bereits tatsächlich nicht feststellbar, ob der Angeklagte die Medikamente beschafft hatte. Unabhängig davon haben auch die beiden Frauen alleinige Tatherrschaft gehabt, da sie die Medikamentenlösung selbstständig einnahmen. Willensmängel oder Anhaltspunkte für eine kurzzeitige Änderung ihres Sterbewunsches seien nicht ersichtlich gewesen. Im Hinblick auf das Vorbereitungsstadium wurden damit beide Freisprüche – zu Recht – uneingeschränkt bestätigt.

IV. Strafbarkeit im Rahmen der präfinalen Phase nach Eintritt der Bewusstlosigkeit

Wesentlich schwieriger und für die Praxis um ein Vielfaches bedeutender sind hingegen die höchstrichterlichen Ausführungen

zum zweiten Abschnitt der Selbsttötung – nämlich die Phase nach Eintritt der Bewusstlosigkeit. Der Senat hatte zu entscheiden, ob und inwieweit eine Person, die formal betrachtet Lebensschutzgarant ist – bspw. ein (behandelnder) Arzt – nach Eintritt der Bewusstlosigkeit auch gegen den frei gebildeten und ausdrücklich erklärten Willen des Suizidenten, eine Erfolgsabwendungspflicht für den Tod nach § 13 StGB trifft. Diese Frage ist deshalb von besonderem Interesse, da gerade in der präfinalen Phase die dogmatische Fassung der sog. Garantspflicht gegenüber Bewusstlosen Probleme bereitet. Angesprochen ist damit die seit 35 Jahren vorherrschende Rechtsprechung zum „Tatherrschaftswechsel“, die seit dem sog. Fall Wittig („Peterle-Urteil“)⁶ vertreten wird. Danach kann sich ein Garant, der zwar im Ausführungsstadium straflos Hilfe zum Suizid leistet, wegen Tötung durch Unterlassen strafbar machen, wenn er nach Eintritt der Bewusstlosigkeit keine Rettungsmaßnahmen einleitet. Seine Garantspflicht ergebe sich dann aus einem „Tatherrschaftswechsel“. Auf diese Konstruktion stützten die Staatsanwaltschaften Berlin und Hamburg jeweils ihre Sachrüge. Der BGH hingegen erteilte dieser Rechtsauffassung nunmehr – jedenfalls für die vorliegenden Konstellationen – eine Absage.

1. Im „Berliner Verfahren“ stellte der Senat fest, dass der Hausarzt der Suizidentin nicht mehr Garant für deren Leben war.⁷ Zwar habe eine solche Garantstellung viele Jahre lang bestanden, da der Angeklagte als betreuender Hausarzt ein Arzt-Patienten-Verhältnis zu der Angeklagten unterhielt. Insoweit unterscheidet sich das Verfahren in der Tat rein tatsächlich nicht vom „Fall Wittig“. Diese Pflichtenstellung ende jedoch nach Ansicht des Senats „spätestens als Frau D. ihren Sterbewunsch (nochmals) äußerte und diesen mit der von dem Angeklagten akzeptierten Bitte verband, er solle sie nach Einnahme der Tabletten zu Hause betreuen“. Entsprechend dieser Vereinbarung sei er nicht mehr Schutzgarant, sondern lediglich Sterbebegleiter. Dies begründet der BGH wie folgt: Aus dem „Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG)“ sei eine „Freiheit zur Krankheit“ abzuleiten und damit auch das Recht, lebenswichtige Heilbehandlungen abzulehnen. Außerdem gebiete es die Würde des Menschen, sein in einwilligungsfähigem Zustand ausgeübtes Selbstbestimmungsrecht auch dann noch zu respektieren, wenn er zu eigenverantwortlichem Entscheiden nicht mehr in der Lage ist. Dies unterstreiche auch die gesetzliche Regelung zur Patientenverfügung in § 1901a BGB, wonach die Verbindlichkeit des dort gefassten Willens ungeachtet des Stadiums

⁶ BGH, UrT. v. 04.07.1984 - 3 StR 96/84.

⁷ BGH, UrT. v. 03.07.2019 - 5 StR 393/18 Rn. 25 ff.

oder der Art der Erkrankung, maßgeblich sei. Außerdem folge aus Art. 8 EMRK das Recht einer Person zu entscheiden, wie und wann ihr Leben enden soll. Im Rahmen einer verfassungs- und konventionskonformen Auslegung der §§ 216, 13 StGB enthalte dies eine Orientierungs- und Leitfunktion. Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR habe auch das BVerwG dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht das Recht eines schwer kranken Patienten entnommen, zu entscheiden, wie und wann sein Leben enden soll. Auch die herrschende Auffassung im Schrifttum entnehme dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht einen Anspruch, in Ruhe sterben zu können. Angesichts der daraus gewachsenen Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts könne in Fällen des freiverantwortlichen Suizids der Arzt, der die Umstände kennt, nicht mit strafrechtlichen Konsequenzen dazu verpflichtet werden, gegen den Willen des Suizidenten zu handeln. Zugleich stellt der Senat jedoch am Ende dieser Ausführungen überraschenderweise fest, dass an der Rechtsprechung zum „Fall Wittig“ weiter festgehalten werden soll: „Mit der Beendigung der Garantenstellung als Hausarzt und der Vereinbarung einer bloßen Sterbebegleitung unterscheidet sich der vorliegende Fall in tatsächlicher Hinsicht von dem dem Urteil des 3. Strafsenats (Anmerkung: „Fall Wittig“) zugrundeliegenden Sachverhalt, in welchem eine abschließende Abrede über Fortbestand und Art des Arzt-Patienten-Verhältnisses noch nicht getroffen worden war.“⁸

2. Im „Hamburger Verfahren“ hingegen bestand von vornherein kein Arzt-Patienten-Verhältnis, da der Angeklagte lediglich einen Gutachtervertrag mit dem Sterbeverein unterhielt. Hier stand allenfalls eine Garantenpflicht aus Ingerenz in Rede, da der Angeklagte im Vorfeld der Selbsttötung die Frauen bei ihrem Suizid unterstützte. Zwar konnte nicht festgestellt werden, dass der Arzt die Medikamente beschaffte. Allerdings habe der Angeklagte – so der BGH – entgegen § 1 BÄO ein Gutachten erstellt und dadurch Hilfe zur Selbsttötung geleistet.⁹ Die BÄO enthalte jedoch lediglich Regelungen über das ärztliche Berufsbild und die Approbation.¹⁰ Die ärztlichen Berufsordnungen beinhalteten zudem Regelungen, wonach Ärzte gem. § 16 Satz 3 der Musterberufsordnung für Ärzte bzw. nach § 16 Satz 3 der Berufsordnung der Ärztekammer Westfalen-Lippe keine Hilfe zur Selbsttötung leisten dürfen bzw. sollen. Hiergegen habe der Angeklagte zwar verstoßen, „jedoch sind diese Gebote gerade nicht dem Schutz des konkret gefährdeten Rechtsguts zu dienen bestimmt“, sondern gehören zum „ärztlichen Standesrecht“.¹¹ Das ärztliche Standesrecht aber beziehe sich auf „berufsethische Verhaltensstandards“ und habe im Hinblick auf § 13 StGB keine „strafbe gründende Kraft“.¹² Mithin habe der Angeklagte bereits generell keine Garantenpflicht innegehabt, so der BGH.

C. Bewertung und Perspektive

Im Ergebnis lässt die aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung eine gewisse Tendenz zur Entkriminalisierung von ärztlicher Suizidbegleitung erkennen, was grds. begrüßenswert erscheint. Mit Blick auf die Rechtsprechung zum sog. Tatherrschaftswechsel¹³ im „Fall Wittig“, an der offenbar weiter festgehalten werden soll, drängt sich allerdings die Frage nach einer Systematisierung dieser Fälle auf, da beide aktuellen Verfahren mit Freisprüchen endeten, im „Fall Wittig“ hingegen auch weiterhin mit einer Bestrafung wegen Tötungsdelikts (durch Unterlassen) zu rechnen ist.

Die aktuell vorliegenden Fälle unterscheiden sich jedoch bereits in einem wesentlichen Punkt: Der ärztliche Gutachter im „Hamburger Fall“ hatte bereits von vornherein keine Garantenpflicht inne, da das Standesrecht der Ärzte keine geeignete Rechtsgrundlage zur Begründung einer Garantenpflicht darstellt. Auf einen etwaigen „Tatherrschaftswechsel“ konnte bereits aus diesem Grund nicht abgestellt werden. Ein Freispruch wegen Tötungsdelikts durch Unterlassen war damit zwingend und führt auch mit Blick auf den „Fall Wittig“ nicht zu Friktionen.

Anders hingegen verhält es sich mit dem Urteil im „Berliner Verfahren“. Auch wenn hier ein Freispruch bestätigt wurde, weist der BGH doch zugleich ausdrücklich darauf hin, dass hiermit eine Abweichung von der Rechtsprechung im „Fall Wittig“ nicht beabsichtigt ist. Ob und ab wann daher für einen Garanten eine Pflicht zur aktiven Verhinderung des Suizids seines Schützlings besteht und inwieweit einem Sterbehilfeverlangen im Zeitpunkt der Bewusstlosigkeit noch rechtliche Bedeutung zukommt, kann daher nur durch eine vergleichsweise Betrachtung der gesamten Rechtsprechung zum Thema „Suizidbegleitung“ beantwortet werden. Denn in beiden Fällen unterließ ein Arzt, der eine Garantenpflicht aus Vertrag innehatte, die Rettung seines Patienten. Wie also ist zu rechtfertigen, dass der eine die Bestrafung wegen eines Tötungsdelikts befürchten muss und der andere demgegenüber freizusprechen ist?

Das zuständige Landgericht hatte damals den Angeklagten Dr. Wittig zwar vom Vorwurf der Tötung auf Verlangen durch Unterlassen gem. §§ 216, 13 StGB freigesprochen, dies aller-

8 BGH, Ur. v. 03.07.2019 - 5 StR 393/18 Rn. 36.

9 BGH, Ur. v. 03.07.2019 - 5 StR 132/18 Rn. 36.

10 BGH, Ur. v. 03.07.2019 - 5 StR 132/18 Rn. 36.

11 BGH, Ur. v. 03.07.2019 - 5 StR 132/18 Rn. 39.

12 BGH, Ur. v. 03.07.2019 - 5 StR 132/18 Rn. 39.

13 Erstmals Erwähnung gefunden bei BGH, Ur. v. 05.07.1960 - 5 StR 131/60 - „Gurt-Fall“ mit Besprechung Heinitz, JR 1961, 21; bestätigt durch BGH, Ur. v. 04.07.1984 - 3 StR 96/84 - „Wittig-Fall“ und BGH, Beschl. v. 25.11.1986 - 1 StR 613/86 - „Scophedal-Fall“ mit Besprechung Roxin, NStZ 1987, 345.

dings nur deshalb, weil die Frau ersichtlich nur noch mit schweren Dauerschäden ins Leben hätte zurückgeholt werden können.¹⁴ Der Senat bemühte letztlich das Kriterium der „individuellen Zumutbarkeit“. ¹⁵ Obiter stellte der BGH jedoch fest, dass der Revision vielmehr darin zuzustimmen sei, dass sich ein Arzt in Fällen der vorliegenden Art durchaus wegen eines Tötungsdelikts strafbar machen kann, wenn er die lebensrettende Versorgung des Suizidpatienten unterlässt.¹⁶ Nach Ansicht des Senats im damaligen Fall sei davon auszugehen, dass die eigenverantwortlich gewollte und verwirklichte Selbsttötung zwar straflos sei und demnach akzessorisch auch die Beihilfe zu dieser Selbsttötung keine Strafbarkeit begründen könne. Diese Bewertung ende jedoch dort, wo der Suizident sein Bewusstsein verliere. Strafbarkeitsbegründend sei daher der Umstand, dass der den Selbsttötungsentschluss respektierende Garant untätig bleibt, obwohl der Suizident infolge Bewusstlosigkeit die Möglichkeit des Rücktritts von dem eigenverantwortlich in Gang gesetzten Kausalverlauf endgültig verloren habe.¹⁷ Nach allgemeinen Grundsätzen mache sich wegen eines Tötungsdelikts durch Unterlassen daher strafbar, „wer einen Bewusstlosen in einer lebensbedrohenden Lage antrifft und ihm die erforderliche und zumutbare Hilfe zur Lebensrettung nicht leistet, obwohl ihn z.B. als Ehegatte oder behandelnden Arzt, Garantpflichtigen für das Leben des Verunglückten treffen“. ¹⁸ An dieser Beurteilung ändere sich nichts dadurch, dass der eine Hilfeleistung erfordernde Zustand des handlungs- und willensunfähig gewordenen Opfers von diesem absichtlich herbeigeführt worden sei. Denn auch dann haben bei „wertender Betrachtung“¹⁹ der Untätigkeit des Garantens, die auf Täterschaft hinweisenden Elemente das Übergewicht gegenüber den Gesichtspunkten, die lediglich für eine Beihilfe zur straflosen Haupttat und damit für eine Straflosigkeit sprechen. Wenn nämlich der Suizident die tatsächliche Möglichkeit der Beeinflussung des Geschehens (Tatherrschaft) endgültig verloren habe, weil er infolge Bewusstlosigkeit nicht mehr von seinem Entschluss zurücktreten könne, hängt der Eintritt des Todes jetzt allein vom Verhalten des Garantens ab. [...] ²⁰ In diesem Stadium habe nicht mehr der Selbstmörder, sondern nur noch der Garant die „Tatherrschaft“ und – wenn er die Abhängigkeit des weiteren Verlaufs ausschließlich von seiner Entscheidung in seine Vorstellung aufgenommen hat – auch den Täterwillen. Dass der Garant hierbei nur den früher geäußerten Wunsch des Sterbenden erfüllen wolle, ändere hieran nichts.²¹ Zu Recht verweist das Schrifttum²² seit Jahren darauf, dass diese Konstruktion nicht nur recht merkwürdige Resultate hervorbringt, so der Garant den Strick zwar reichen dürfe, bei Eintritt der Bewusstlosigkeit die Schlinge jedoch wieder sofort durchtrennen müsste,²³ sondern auch schwerwiegenden dogmatischen Einwänden ausgesetzt ist.²⁴

Konsequenz dieser Rechtsprechung ist, dass dem freien Willen des Lebensmüden ab Eintritt der Bewusstlosigkeit

jedwede rechtliche Bedeutung abgesprochen wird²⁵ und die Strafbarkeit der Suizidbegleitung über viele Jahre hinweg Regel und nicht Ausnahme sein sollte. Wenn der BGH aktuell feststellt, dass jedenfalls nicht in einer ein Anfrageverfahren nach § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG erfordernden Weise von der „Entscheidung Wittig“ abzuweichen beabsichtigt sei, lässt sich für Fälle ärztlicher Suizidbegleitung feststellen, dass ein behandelnder Arzt den Sterbewunsch seines Patienten auch gegenwärtig nicht ohne Weiteres akzeptieren darf und ein Sterbenlassen auf Verlangen weiterhin strafbar bleibt. Nun ist zwar in beiden Fällen der Hausarzt, der ein Arzt-Patienten-Verhältnis unterhält, grds. Lebensschutzgarant i.S.v. § 13 StGB, den auch eine Erfolgsabwendungspflicht trifft. Maßgeblich für die unterschiedliche Behandlung beider Fälle soll nach Auffassung des BGH nun jedoch sein, dass diese Stellung im sog. Berliner Ver-

14 BGH, Urt. v. 04.07.1984 - 3 StR 96/84.

15 Eine zusammenfassende Analyse der Rechtsprechung zum Thema „Mitwirkung am Suizid“ bei Scheffler, „Die Rechtsprechung des BGH zur Strafbarkeit der Mitwirkung am Suizid – besser als ihr Ruf?“ in: Jahrbuch für Recht und Ethik, 1999, S. 341 – 376.

16 BGH, Urt. v. 04.07.1984 - 3 StR 96/84.

17 BGH, Urt. v. 04.07.1984 - 3 StR 96/84.

18 BGH, Urt. v. 04.07.1984 - 3 StR 96/84.

19 BGH, Urt. v. 04.07.1984 - 3 StR 96/84.

20 BGH, Urt. v. 04.07.1984 - 3 StR 96/84.

21 BGH, Urt. v. 04.07.1984 - 3 StR 96/84.

22 Besprechungen der Entscheidung „Wittig“ u.a. bei Gropp, NSTZ 1985, 97 ff.; Eser, MedR 1985, 6 ff.; Sowada, Jura 1985, 75 ff.

23 So Gallas, JZ 1960, 649, 689; Schneider in: MünchKomm, StGB, Vor § 211 Rn. 68; zustimmend Korte, Moderne Medizin und Strafrecht 1989, 145, 147; Engisch in: Eser, Suizid und Euthanasie, 1976, S. 312, 316; so auch bereits RG, Urt. v. 14.09.1936 - 3 D 244/36 - RGSt 70, 313 – 316.

24 So wird bspw. zu Recht angeführt, dass diese Rechtsprechung den Sterbewilligen pauschal für unbeachtlich erklärt, vgl. Eser, MedR 1985, 6, 11. Und auch der Umstand, dass eine Täterschaft jenseits subjektiver Kriterien begründet werden würde, wurde zu Recht kritisiert, vgl. Gropp, NSTZ 1985, 97, 99. Eser/Sternberg-Lieben lehnen eine Begehung des § 216 StGB durch Unterlassen bereits generell ab, vgl. Eser/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, StGB, § 216 Rn. 10. Zur Kritik des gegenwärtigen Schrifttums, das dem BGH in diesem Punkt seine Gefolgschaft seit Jahren nahezu übereinstimmend versagt, ausführlich Neumann in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, Vor § 211 Rn. 74 ff.; Rosenau in: LK-StGB, Vor § 211 Rn. 94 ff.; Schneider in: MünchKomm, StGB, Vor § 211 Rn. 73 f.; Fischer, StGB, Vor § 211 Rn. 25; Kühl in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, Vor § 211 Rn. 16; Hufen, NJW 2018, 1524, 1527; LG Hamburg, Urt. v. 08.11.2017 - 619 Kls 7/16 mit zustimmender Anmerkung Hoven, NSTZ 2018, 281, 284; Schütz, Betrifft: Die Justiz 2018, 20 ff. Anders nur Kutzer, MDR 1985, 710, 714, der in der Entkriminalisierung von Sterbebegleitung wohl eine „diskrete und zurückhaltende“ Suggestion mit dem Ziel, alte und kranke Menschen zu einem Freitod zu bewegen, sehen will. Ähnlich Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantieprinzip, 1972, S. 265 ff.; Geilen, JZ 1974, 145, 153.

25 So auch Rosenau in: LK-StGB, Vor § 211 Rn. 94; Duttge, NJW 2016, 120, 121.

fahren „abbedungen“ wurde. Im „Berliner Fall“ endete diese Garantenpflicht nämlich dort, wo Arzt und Patient eine „Sterbebegleitungs-Abrede“ treffen. Eine solche habe im „Fall Wittig“ nicht vorgelegen. Maßgeblich für den Fortbestand oder die Beendigung der grds. für den behandelnden Arzt bestehenden Erfolgsabwendungspflicht in § 13 StGB ist also, ob eine „abschließende Abrede“ über den Fortbestand des „Arzt-Patienten-Verhältnisses“ getroffen wurde.

Das Kriterium der „Abrede“ dürfte aber im Rahmen von Tötungsdelikten, die dem Schutz des Rechtsguts Leben dienen, welches verfassungsrechtlich unter einem „absoluten Schutz“ steht, insgesamt fragwürdig erscheinen. Welche – auch formellen – Anforderungen an eine solche „abschließende Abrede“ zu stellen sind, bleibt völlig offen. Hinzukommt, dass der Nachweis einer solchen die Praxis vor erhebliche Beweisschwierigkeiten stellen wird, da in den meisten Fällen einer der beiden „Vertragspartner“ verstorben ist bzw. – nach anderer Lesart – getötet wurde. Gilt dann stets der Zweifelsgrundsatz? Jenseits dieser Fallgestaltung stellt sich die Frage, ob diese Rechtsprechung nun auch für Garanten, deren Pflicht nicht – wie hier – aus Vertrag, sondern aus Ingerenz abgeleitet wird, gilt? Wenn ja, ist dann nur in den Fällen der Sterbebegleitung die Garantenpflicht im Wege einer Abrede grds. disponibel? Wenn nein, sind dann die jeweiligen Garantenpflichten von unterschiedlicher Verbindlichkeit, wenn manche abbedungen werden können, andere aber nicht? Es bleibt auch abzuwarten, welche Konsequenzen sich aus dieser Entscheidung für die Angehörigen-Sterbebegleitung²⁶ ergeben. Darf ein Angehöriger einen Sterbewilligen im Ausführungsstadium begleiten, muss dann aber schnell den Raum verlassen, um einer strafrechtlichen Haftung zu entgehen und deshalb den Sterbewilligen vereinsamt aus dem Leben scheiden lassen? Oder hat er in diesem Moment bereits zur Tötung auf Verlangen durch Unterlassen unmittelbar angesetzt? Sollte nun auch der Angehörige eine „Sterbebegleitungs-Abrede“ treffen? Was gilt generell für die Sterbebegleitung durch Angehörige? Die Garantenstellung eines Angehörigen folgt nämlich i.d.R. nicht aus Vertrag (Arzt-Patienten-Verhältnis), sondern aus Gesetz. Kann auch eine solche abbedungen werden?

Insgesamt handelt es sich daher im „Berliner Verfahren“ um eine Entscheidung, die im Hinblick auf das Ergebnis spontan begrüßenswert erscheint, aber zugleich die lang gehegte Hoffnung auf eine Abkehr von einer längst überholten Rechtsprechung bitter enttäuscht. Zwar macht sich jedenfalls ein Arzt dann nicht mehr wegen (versuchter) Tötung durch Unterlassen strafbar, sofern zuvor eine hinreichende „Sterbebegleitungsabrede“ getroffen wurde. Für alle übrigen Fälle schwebt hingegen über jedem Sterbebegleiter weiterhin das Damoklesschwert einer Strafbarkeit wegen eines unechten Unterlassungsdelikts in Gestalt der Lehre vom Tatherrschaftswechsel.

Mit der Entscheidung ist damit erneut eines der konfusesten und traurigsten Kapitel des Allgemeinen Teils des StGB angesprochen, nämlich das über Grund und Grenzen von Garantenpflichten beim unechten Unterlassungsdelikt. Das grundlegende Problem der Garantenstellung liegt in der Festlegung allgemeiner Kriterien zu ihrer Genese. Die Konstruktion einer Garantenpflicht kraft eines wie auch immer gearteten „Tatherrschaftsübergangs“ ist eine artifizielle Rechtsfigur und hat insgesamt keinen nennenswerten materiellen Gehalt. Unabhängig davon ist diese Lehre seit Jahren überzeugenden dogmatischen Einwänden ausgesetzt, so bspw., dass das Kriterium der Tatherrschaft bei Unterlassungen per se untauglich ist.²⁷ Der BGH stützte seine Entscheidung im „Fall Wittig“ damals u.a. auf Erkenntnisse der Suizidforschung, wonach häufig ein ernsthafter Suizidwille nach Beendigung des Selbsttötungsversuchs nicht mehr bestehe. Häufig hätten Suizidenten daher keinen Todeswunsch, sondern es handle sich vielmehr um einen „Schrei nach menschlichem Beistand“.²⁸ Dies setzt sich aber mit der Rechtsprechung der letzten Jahre, auch zum Thema Behandlungsabbruch,²⁹ und der Reform des Betreuungsrechts (§ 1901a BGB),³⁰ wonach dem Selbstbestimmungsrecht eine immer stärker werdende Bedeutung beigemessen wird, klar in Widerspruch. Es wäre daher an der Zeit, diesen Ansatz ausdrücklich und insgesamt für alle denkbaren Fälle aufzugeben und einen Garanten in Fällen des Suizids bei kommuniziertem Hilfeverzicht insgesamt strafrechtlich zu entpflichten.³¹ Wer in Kenntnis und aus Respekt vor einem freiverantwortlich gefassten Willen eines Suizidenten, der die Einleitung von Rettungsmaßnahmen zuvor untersagt hat, diesen bei dessen Selbsttötung begleitet, ohne aktiv in das Geschehen einzugreifen, muss unter jedem rechtlichen Gesichtspunkt sowohl im Hinblick auf das Ausführungsstadium als auch im Hinblick auf den Sterbeprozess (Bewusstlosigkeit) straflos sein; auch weil es sich um ein einheitliches Geschehen handelt. Alles andere greift in das verfassungsrechtlich verbürgte Selbstbestimmungsrecht ein und führt bei der Festlegung von strafrechtlichen Verantwortlichkeiten zu untragbaren Wertungswidersprüchen.³²

26 In einer Entscheidung des 2. Strafsenats des BGH vom 03.12.1982 („Jugendfreund-Fall“) führte dieser aus, dass jedenfalls ein beherbergender Jugendfreund keine Erfolgsabwendungspflicht trifft, wenn sich sein kranker Freund selbst tötet, vgl. BGH, Ur. v. 03.12.1982 - 2 StR 494/82.

27 Eingehend Neumann in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, Vor § 211 Rn. 74 ff.

28 BGH, Ur. v. 04.07.1984 - 3 StR 96/84.

29 BGH, Ur. v. 25.06.2010 - 2 StR 454/09 mit Anmerkung Hecker, JuS 2010, 1027 ff.

30 Insbesondere durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 29.07.2009 (BGBl. I, 2286).

31 So auch Schneider in: MünchKomm, StGB, Vor § 211 Rn. 70.

32 Vgl. ausführlich zur Inkonsistenz der „Lehre vom Tatherrschaftswechsel“ Rosenau in: LK-StGB, Vor § 211 Rn. 96 f.

Digitale Justiz aus dem Blickwinkel des Zukunftsforschers

Als „Think Tank“ oder auf gut Deutsch als „Denkfabrik“ bezeichnet man Forschungseinrichtungen oder Foren, die sich mit neuen Trends und zukünftigen Entwicklungen auseinandersetzen und Ideen und Szenarien für die Zukunft erarbeiten. „iRights.Lab“ (www.irights-lab.de) versteht sich als ein „Think Tank“ für die digitale Welt, der nicht nur, aber auch öffentliche Einrichtungen dabei unterstützt, die Herausforderungen der Digitalisierung mit geeigneten Strategien und praktischen Lösungen zu meistern. Philipp Otto ist der Gründer und Direktor dieser Denkfabrik. Wir haben mit ihm darüber gesprochen, wie er die Umstellung der Justiz auf eine ganz überwiegend elektronische Kommunikation und Aktenführung beurteilt.

Radke: Sehr geehrter Herr Otto, der Dichter und Satiriker Robert Gernhardt hat vor Jahren ein Gedicht mit den Anfangszeilen „Ums Buch ist mir nicht bange, das Buch hält sich noch lange“ verfasst, in dem er die Vorzüge des „Papiers“ gegenüber allen anderen Medien in leuchtenden Farben preist. Ausgerechnet der Justiz mit ihren „Aktenbergen“, die mit Wägen durch die Gerichte geschoben werden und von Instanz zu Instanz anwachsen, hat der Gesetzgeber nunmehr aber eine Umstellung auf die führende elektronische Akte bis spätestens zum Jahr 2026 verordnet. Ist diese Entscheidung aus Ihrer Sicht mit Blick auf den gesellschaftlichen Wandel und die Digitalisierung weiter Lebensbereiche richtig und notwendig?

Otto: Dem möchte ich ein Zitat von George Bernard Shaw entgegenhalten, der einmal sagte: „Der einzige Mensch, der sich vernünftig benimmt, ist mein Schneider. Er nimmt jedes Mal neu Maß, wenn er mich trifft, während alle anderen immer die alten Maßstäbe anlegen in der Meinung, sie passten auch heute noch.“

Ich glaube, es ist immer richtig und notwendig, zu überlegen, an welchen Stellen man dem gesellschaftlichen Wandel entsprechen sollte. Gerade der Bereich der Justiz kann sich dem nicht verschließen, weil er durch eine effektive und eben auch zeitgemäße Arbeit eine wesentliche Stütze dieser Gesellschaft bleiben muss. Die grundsätzlichen Werte mögen gleich, die Art, wie ihnen entsprochen wird aber muss offen sein für Veränderung. Nur so kann das Vertrauen der Bürger*innen aufrechterhalten oder im Zweifel sogar verbessert werden.

Elektronischer Rechtsverkehr und elektronische Aktenführung sind – zumindest in Teilbereichen – für die Justiz nicht neu. Man hat über mehr als ein Jahrzehnt

hinweg versucht, die Nutzer auf Justiz- und Anwaltsseite durch freiwillige Angebote für eine stärkere Nutzung digitaler Kommunikationswege zu begeistern. Die Erfolge waren äußerst überschaubar. Ist es der richtige Weg, den Wandel durch gesetzgeberische Maßnahmen zu erzwingen?

Das erinnert mich ein bisschen an die Diskussion zur Frauenquote, wo man festgestellt hat, dass Freiwilligkeit in manchen Feldern einfach nicht funktioniert. Das zeigt, dass in vielen ganz unterschiedlichen Lebensbereichen immer abzuwägen ist, was gesetzlich gesteuert werden sollte und was nicht – wo vielleicht bestimmte Anreize ausreichen.

Ich glaube aber: Ja, es ist der richtige Weg, gesetzliche Rahmen zu setzen. Allerdings müssen Form, Größe und Farbe dieses Rahmens in einem transparenten Diskurs definiert werden. Ich bin mir sicher: wenn dies in der nötigen Gründlichkeit und Ausführlichkeit geschieht, dann ist auch die Akzeptanz derjenigen gegeben, die von den Regelungen betroffen sind. Und Akzeptanz ist der Freiwilligkeit sehr nahe.

Eine Richterkollegin hat die Umstellung auf die elektronische Akte mir gegenüber einmal als die größte Herausforderung bezeichnet, die sie in ihrem Arbeitsleben bewältigen musste. Denn die tägliche Arbeit vieler Richterinnen und Richter, Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte hat ja sehr viel mit aufmerksamem Lesen, mit Nachdenken und Verstehen zu tun. Dieser Prozess war immer mit Schriftstücken verbunden, die verkörpert waren. Droht mit dem Wechsel hin zur elektronischen Akte nicht ein Qualitätsverlust, weil die gewohnten Pfade der Erfassung von Sachverhalten verlassen werden? Und wenn ja: kann man

Philipp Otto



Gründer und Direktor iRights.Lab

Herr Otto ist einer der führenden Digitalisierungsexperten in Deutschland und Leiter des Innovationsbüros des BMFSFJ. Er war Visiting Researcher beim Berkman Center for Internet & Society an der Harvard University und hat eine Vielzahl an Büchern, Aufsätzen und strategischen Analysen an der Schnittstelle zwischen Recht, Technik, Gesellschaft und Politik im Kontext der Digitalisierung veröffentlicht.

dieser Entwicklung – etwa mit Qualifizierungsmaßnahmen – entgegenwirken?

Ich glaube, das hat sehr viel mit persönlicher Einstellung zu tun. Wir beschäftigen und zum Beispiel in unserem Think Tank sehr viel mit dem Thema Digitale Verwaltung und untersuchen unter anderem im Bereich Data Governance Konzepte oder Verbesserungen bei internen Arbeitsprozessen. Dabei stellen wir fest, dass das technische Know-How nur eine von mehreren Komponenten ist, die eine Rolle bei der Digitalisierung spielen. Eine andere sehr wichtige, ist die Bereitschaft, sich auf Innovationen ganz grundsätzlich einzulassen. Das ist, was man heute gerne als "Mindset" bezeichnet.

Außerdem geht es oftmals darum, möglichst konkret zu zeigen, wie sich die alltägliche Arbeit nicht verkomplizieren, sondern im Gegenteil erleichtern lässt. So könnte man sich in Ihrem genannten Fall überlegen, welche Tools es gibt, um Textverständnis zu erleichtern oder Zusammenhänge zu veranschaulichen, also aktiv besser mit dem Text zu arbeiten. Ich denke hier auch an die Vorteile der Rechte- und Zugriffsverwaltung oder des standort- und zeitunabhängigen Zugangs zu Dokumenten.

Was sind geeignete Mittel und Wege, um Akzeptanz für eine solch grundlegende Umstellung zu schaffen und welchen Zeithorizont muss man realistischerweise veranschlagen, bis sich eine tiefgreifende Veränderung der Arbeitsweise etabliert hat?

Ich glaube, es ist immer wichtig, die Sinnhaftigkeit von Umstellungen erlebbar zu machen. Das sollte nicht von oben herab geschehen. Innovation um der Innovation Willen funktioniert in den wenigsten Bereichen des (Arbeits-)Lebens.

Diese Veränderungen müssen auch nicht von jetzt auf gleich und mit der Brechstange geschehen, sondern in Form eines integrativen Prozesses, der alle Betroffenen mitnimmt und Platz lässt für kritische Fragen. Innovation hört sich als Begriff immer sehr dynamisch an. Aber in Wirklichkeit braucht auch sie ihre Zeit.

Ein Begriff, der in Anwaltschaft und Justiz für großen Diskussionsbedarf sorgt, ist „Legal Tech“. Während Frankreich die statistische Auswertung von richterlichen Entscheidungen zum Zwecke des Erkennens von Mustern künftig mit bis zu fünf Jahren Gefängnis ahnden will, feiern sich in Deutschland Unternehmen dafür, dass ihre Algorithmen gerade in Verfahren, die für viele Anwälte angesichts im Einzelfall geringer Streitwerte nicht lukrativ sind, den Rechtssuchenden schnell zu belastbaren Ergebnissen ver-

helfen. Ist „Legal Tech“ ein Baustein in der Justiz der Zukunft oder eine Bedrohung unseres Rechtssystems?

Auch hier gilt: Innovation soll dort greifen, wo sie sinnvoll ist und in diesem Fall mehr Sicherheit bringt und Kapazitäten schafft. Legal Tech bedeutet ja beispielsweise auch, dass Arbeitsprozesse automatisiert werden und sich damit Erleichterung in der anwaltlichen und richterlichen Arbeit ergeben. Dadurch wird es möglich, mehr Zeit für individuelle Rechtsfragen aufzubringen und etwa standardisierte Dienstleistungen automatisch ablaufen zu lassen. Aber auch hier gilt: Die Technik wird den Menschen nicht ersetzen und Richter*innen aus Fleisch und Blut werden auch in Zukunft gebraucht.

Und ebenfalls klar ist: Gerade bei algorithmischen Systemen gilt es, Regeln und Grenzen zu definieren. Zur Not auch gesetzlich.

Wo sehen Sie die Justiz und unser Rechtssystem in 20 Jahren? Werden die Änderungen, wie etwa der elektronische Rechtsverkehr, die elektronische Aktenführung oder die Nutzung von Algorithmen zur Vorhersage von Entscheidungen die zentralen Modernisierungsmaßnahmen bleiben oder erkennen Sie bereits andere, womöglich noch weitergehende Tendenzen?

Das Rechtssystem wird auch in 20 und auch hoffentlich in 100 Jahren noch immer ein Grundpfeiler unserer demokratischen Gesellschaft sein und auf einem Konsens der ganz großen Mehrheit der Menschen basieren, die hier leben.

Die Verwaltung aber wird ganz anders aussehen – vielleicht gibt es kein einziges Blatt Papier mehr. Vermutlich wird es ganz selbstverständlich sein, dass Menschen, die über wenig finanziellen Spielraum und so gut wie kein juristisches Grundwissen verfügen, problemlos und unbürokratisch anwaltliche Beratung annehmen können, weil die Prozesse so weit optimiert sind, dass sie kaum noch Kosten verursachen.

Und vielleicht lachen wir dann nur noch, wenn wir dieses Interview dann nochmal lesen, weil uns die Fragen als etwas vorkommen, über das man längst nicht mehr nachdenken muss. All das fände ich sehr positiv und lässt mich äußerst optimistisch in die Zukunft blicken.

Herr Otto, ich danke Ihnen sehr für dieses Interview.

Das Interview wurde geführt von VPräsLG Holger Radke.

Prof. Dr. Hannes Ludyga

Professor an der Universität des Saarlandes

Studium der Rechtswissenschaften und Geschichte, Promotion und Habilitation an der LMU München. 2006 Promotion über die Rechtsstellung der Juden in Bayern im 19. Jahrhundert, 2009 Habilitation über Armenfürsorge in der Frühen Neuzeit. Seit 2014 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Immaterialgüterrecht, Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes.

Thomas Faas



Rechtsanwalt und Fachanwalt für
Arbeitsrecht

Thomas Faas begann seine anwaltliche Karriere 2005 im Fachbereich Arbeitsrecht bei einer international tätigen Großkanzlei in Köln. Im Jahr 2007 wechselte er zu einer anderen globalen Anwaltskanzlei an deren Düsseldorfer Standort, wo er seit 2010 als Local Partner tätig war. Im Oktober 2014 trat Thomas Faas bei Küttner Rechtsanwälte ein und ist dort Partner. Er berät und vertritt nationale und internationale Unternehmen sowie Führungskräfte in allen Fragen des Individual- und Kollektivarbeitsrechts. Einen Schwerpunkt seiner Tätigkeit bilden dabei die Beratung und die Gestaltung von Vereinbarungen im Bereich des Arbeitnehmerdatenschutzes. Herr Faas ist außerdem Verfasser zahlreicher Publikationen zum Arbeits- und Datenschutzrecht.

Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel



Vorsitzende Richterin am Bundesfinanzhof

Auf die Tätigkeit im Bayerischen Staatsministerium der Finanzen und Habilitation folgten eine Professur an der Universität Heidelberg sowie staats- und steuerrechtliche Lehrstühle an den Universitäten Jena und Hamburg. Seit 2005 Richterin am BFH; seit 2016 Vorsitzende Richterin des für Einkünfte aus selbständiger Arbeit und Kapitaleinkünfte zuständigen VIII. Senats. Außerdem Lehre an der LMU München. Frau Jachmann-Michel ist der jM als Herausgeberin verbunden.

Dr. Stefan Grunow



Wissenschaftlicher Mitarbeiter

Nach dem Studium der Rechtswissenschaften von 2010 bis 2015 an der Universität Augsburg war Herr Grunow wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Finanzrecht und Steuerrecht von Herrn Prof. Dr. Gregor Kirchhof, LL. M. und promovierte dort zum Thema „Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Steuerlast und Steuererhebung“. Während des Referendariats ab 2017 war er unter anderem für eine mittelständische Wirtschaftskanzlei und für Frau Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel am BFH tätig.

DIE AUTOREN

Dr. Alexandra Windsberger



Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der
Universität des Saarlandes

Nach dem Studium der Rechtswissenschaften zunächst wissenschaftliche Mitarbeiterin in der strafrechtlichen Abteilung der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes und Lehrbeauftragte. Währenddessen Promotion am Lehrstuhl von Prof. Dr. Marco Mansdörfer mit einer Arbeit im Insolvenzstrafrecht zum Thema Bankrott und Strafbarkeitsrisiken des Unternehmers in der Krise. 2016 bis 2018 Referendariat am OLG Zweibrücken. Seit Dezember 2018 wissenschaftliche Mitarbeiterin und Habilitandin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtslehre (Prof. Dr. Heinz Koriath).

IMPRESSUM

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

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

Redaktion: Ass. iur. Daniel Schumacher

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

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

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

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

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

Bestellungen: Über jede Buchhandlung und beim Verlag

Satz: Datagroup Int., Timisoara

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

ISSN: 2197-5345

6. Jahrgang

juris PraxisKommentar BGB Band 4 Familienrecht in 9. Auflage online



Bandherausgeber: Dr. Wolfram Viefhues, Weiterer aufsichtsführender Richter am Amtsgericht Oberhausen a.D.

Herausgeber:

- Prof. em. Dr. Maximilian Herberger
- Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. mult. Michael Martinek M.C.J. (New York)
- Prof. Dr. Stephan Weth
- Prof. Dr. Markus Würdinger

Der juris PraxisKommentar BGB Band 4 Familienrecht umfasst in der 9. Auflage das komplette Familienrecht sowie zahlreiche familienrechtlich relevante Gesetze wie das Gewaltschutzgesetz, das Versorgungsausgleichsgesetz, das Gesetz über die Vergütung von Vormündern und Betreuern sowie das Lebenspartnerschaftsgesetz.

Abgerundet wird das Werk durch kosten-, sozial- und steuerrechtliche Hinweise für die Praxis sowie durch die juris Berechnungsprogramme, mit denen sich Berechnungen zu vielfältigen Themengebieten durchführen lassen.

Auf einem derart bewegten Rechtsgebiet wie dem Familienrecht arbeiten unsere Autorinnen und Autoren pro Jahr mehrere hundert Aktualisierungshinweise in den Online-Kommentar ein. So bleiben Sie optimal auf

dem Laufenden, was wichtige neue Entscheidungen, Gesetzesänderungen und Meinungen in der Literatur angeht.

Die 9. Auflage berücksichtigt insbesondere gesetzliche Neuregelungen in den Bereichen:

- Gesetz zur Änderung der materiellen Zulässigkeitsvoraussetzungen von ärztlichen Zwangsmaßnahmen und zur Stärkung des Selbstbestimmungsrechts von Betreuten vom 17. Juli 2017 (BGBl I 2017, 2426)
- Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Spermien vom 17. Juli 2017 (BGBl I 2017, 2513)
- Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen vom 17. Juli 2017 (BGBl I 2017, 2429)
- Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht vom 20. Juli 2017 (BGBl I 2017, 2780)
- Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20. Juli 2017 (BGBl I 2017, 2787)
- Gesetz zur Förderung der Freizügigkeit von EU-Bürgerinnen und -Bürgern sowie zur Neuregelung verschiedener Aspekte des Internationalen Adoptionsrechts vom 31. Januar 2019 (BGBl I 2019, 54)
- Gesetz zur Umsetzung des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts v. 21. Dezember 2018 (BGBl I 2018, 2639)
- Gesetz zur Anpassung der Betreuer- und Vormündervergütung vom 22. Juni 2019 (BGBl I 2019, 866)

Die ständig aktualisierte Online-Ausgabe wird ergänzt durch unsere tagesaktuelle Online-Datenbank und das E-Book als Offline-Medium. Der juris PraxisKommentar ist damit ein rundum ideales Instrument für Ihre tägliche Arbeit.

1 – 3 Nutzer ab 12,00 € / Monat*

* Preis pro Monat zzgl. MwSt., 24 Monate Online-Zugang plus E-Book

www.juris.de/bgb4

**Letzte Bestellmöglichkeit bis 31.12.2019:
Jetzt zugreifen!**



Es sind noch ein paar wenige **Einbanddecken** für die jM-Jahrgänge 2016/2017 erhältlich. Sie können diese über unseren jurisAllianz Partner Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm noch bis 31.12.2019 bestellen. Der Preis der Einbanddecke (Ausl.-Nr.: HR201069) für die 22 Hefte der Jahrgänge 2016/2017 inkl. Jahresverzeichnis beträgt 15,00€ inkl. MwSt. Telefonische Bestellungen unter **089 / 2183 7928** oder per E-Mail an: **kundenservice@hjr-verlag.de**

Recherche-Tipp: Schon gewusst?

Nach Aufruf eines Zeitschriftenbeitrags in unserer juris Datenbank wird Ihnen am linken Bildschirmrand unser neues Binneninhaltsverzeichnis angezeigt. Über dieses Inhaltsverzeichnis können Sie auf einfachem Wege einzelne Gliederungspunkte ansteuern bzw. durch Öffnen der roten Pfeile weitere Punkte einblenden. Um das Inhaltsverzeichnis zu vergrößern bzw. zu verkleinern, ziehen Sie die Ansicht über den Trennstrich auf die gewünschte Größe.

Bei Fragen hilft Ihnen unser Kundenservice gerne weiter unter **Telefon 0681 5866-4422**.

Webinare

Als Teilnehmer eines juris Webinars besuchen Sie eine Online-Schulung – bequem und zeitsparend direkt vom eigenen Schreibtisch aus. In unserem virtuellen Seminarraum sehen Sie den Bildschirm des Referenten und verfolgen seine Präsentation in Echtzeit direkt in der Datenbank. Über verschiedene Wege, z.B. über Voice-over-IP oder via Chat, stehen Sie im direkten Kontakt mit dem Seminarleiter, können Fragen stellen oder auch mit den anderen Teilnehmern kommunizieren. Mit Hilfe der juris Webinare erfahren juris Nutzer immer wieder neue Möglichkeiten im Umgang mit unserer Rechercheoberfläche.

Einführungs-Webinar

10.12.2019, 14:00 – 15:00 Uhr

Fortgeschrittenen-Webinar

18.12.2019, 14:00 – 15:00 Uhr

Zur Terminübersicht und gratis Anmeldung:
www.juris.de/webinare

IN EIGENER SACHE

Liebe Leserinnen und Leser der jM,
für Ihre Treue und Ihr Vertrauen, die Sie uns im Jahr 2019 entgegengebracht haben, bedanken wir uns sehr herzlich. Wir freuen uns auf eine erfolgreiche Fortsetzung im nächsten Jahr!

Ihren Angehörigen und Ihnen wünschen wir im Namen der Geschäftsführung und Mitarbeiter von juris fröhliche Weihnachten und einen guten Start in ein glückliches und gesundes Jahr 2020!

Ihre juris GmbH



juris PartnerModule – geschmiedet zu Ihrem Vorteil

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

www.juris.de/partnermodule

Über 70 Online-Module –
mehr als 35 Rechtsgebiete

jurisAllianz

Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.

Juris
Das Rechtsportal

ottoschmidt

DE GRUYTER

ESV ERICH
SCHMIDT
VERLAG

C.F. Müller

rehm
Verlagsgruppe Hothig Jehle Rehm

STOTAX
Stollfuß Medien

Bundesanzeiger
Verlag

dfv Mediengruppe

DeutscherAnwaltVerlag

DeutscherNotarVerlag

IWW
INSTITUT

Herberger | Martinek | Rüßmann | Weth | Würdinger
juris PraxisKommentar

BGB

Familienrecht

Dr. Wolfram Viefhues

Online-Kommentar
inkl. E-Book!

NEU: Band 4 Familienrecht – 9. Auflage!

Auf neuestem Rechtsstand und gleichzeitig zeitsparend arbeiten mit dem juris PraxisKommentar BGB! Zitierte Urteile, Normen und Literaturnachweise rufen Sie direkt im Volltext auf. Die Autoren arbeiten Aktualisierungen online ständig ein.

In der Neuauflage u. a. bereits berücksichtigt: Das Gesetz zur Anpassung der Betreuer- und Vormündervergütung, das Gesetz zur Förderung der Freizügigkeit von EU-Bürgerinnen und -Bürgern sowie das Gesetz zur Umsetzung des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts.

www.juris.de/bgb4

Ständige Aktualisierung

juris[®] Das Rechtsportal