

Juris[®] Die Monatszeitschrift

JM 7 | JULI
2021

Topthema:

Verluste aus Aktien – Stand der aktuellen Rechtsprechung

VRi'inBFH Prof. Dr. Monika Jachmann-
Michel

In dieser Ausgabe:

Die Digitalisierung der Justiz am Beispiel des Zivilprozesses – von Thesen zur Umsetzung (Teil 2)

RiOLG Dennis Müller und RiLG Jens Gomm

Homeoffice – Begriff, Anspruch und Herausforderungen

PD Dr. Tim Husemann

Der Grundsatz des Förderns und Forderns im Grundsicherungsrecht: Ein Auslaufmodell?

PD. Dr. Roman Lehner

Das neue Infektionsschutz- gesetz

Dr. Simone Kuhlmann

Die antiken Gesetzestafeln von Gortyn auf Kreta – ein rechtshistorischer Reisebericht

RA und Univ.-Prof. (em.) Dr. Dr. Dr. hc.
mult. Michael Martinek





Ein Muss für
meine Kanzlei

STAUDINGER online. ENTSCHEIDEND besser.

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

Verlag Dr. Otto Schmidt | De Gruyter

Mit dem STAUDINGER Online steigern Sie die Effizienz Ihrer Recherchearbeit deutlich: Digital von juris – Das Rechtsportal aufbereitet, hochfunktionell verlinkt und permanent aktualisiert, liefert Ihnen das Premium-Werk sekundenschnell stichhaltige Argumente für Ihren Fall und verschafft Ihrer Kanzlei den entscheidenden Wettbewerbsvorteil.

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

jurisAllianz 
Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.

INHALT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Zivil- und Wirtschaftsrecht

Die Digitalisierung der Justiz am Beispiel des Zivilprozesses – von Thesen zur Umsetzung (Teil 2)

RiOLG Dennis Müller und RiLG Jens Gomm S. 266

Grenzen der Wissenszurechnung und (sekundäre) Darlegungslast im Diesel-Abgasskandal

BGH, Urt. v. 08.03.2021 - VI ZR 505/19
RA Veris-Pascal Heintz, LL.M. S. 270

Berufsspezifisches Risiko und Schadenszurechnung bei einem tätlichen Angriff auf einen Polizeibeamten

BGH, Urt. v. 08.12.2020 - VI ZR 19/20
Prof. Dr. Markus Würdinger S. 272

Arbeitsrecht

Homeoffice – Begriff, Anspruch und Herausforderungen

PD Dr. Tim Husemann S. 274

Das Ringen um die Entgeltlisten zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber

BAG, Beschl. v. 28.07.2020 - 1 ABR 6/19
RA und FA für Arbeitsrecht Dr. Detlef Grimm und RA Malte Göbel S. 281

Sozialrecht

Der Grundsatz des Förderns und Forderns im Grundsicherungsrecht: Ein Auslaufmodell?

PD. Dr. Roman Lehner S. 283

Verwaltungsrecht

Das neue Infektionsschutzgesetz

Dr. Simone Kuhlmann S. 288

Auskunft zu Disziplinarverfahren wegen Vernichtung von NSU-Akten

BVerwG, Urt. v. 13.10.2020 - 2 C 41/18
RiBVerwG Dr. Klaus von der Weiden S. 294

INHALT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Topthema:

Steuerrecht

**Verluste aus Aktien – Stand der aktuellen
Rechtsprechung**

VRi'inBFH Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel S. 297

DER BESONDERE BEITRAG

**Die antiken Gesetzestafeln von Gortyn auf
Kreta – ein rechtshistorischer Reisebericht**

RA und Univ.-Prof. (em.) Dr. Dr. Dr. hc. mult.

Michael Martinek

S. 304

Private Wertpapiergeschäfte – kein grenzenloses Füllhorn für den Fiskus



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

Die geltende Besteuerung von Aktien im Privatvermögen zeichnet sich dadurch aus, dass realisierte Gewinne umfassend besteuert werden, Verluste aus der Aktienveräußerung jedoch nur mit Gewinnen aus eben einer solchen verrechenbar sind, unter Umständen also gar nicht. Dies basiert auf dem ganz besonderen Systemdenken des deutschen Steuergesetzgebers bzw. der ihn maßgeblich beratenden Finanzverwaltung, das keineswegs bei der Idee einer gleichmäßigen Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit unter Wahrung der Freiheit des einzelnen Steuerpflichtigen nach Maßgabe eines klaren und einfachen Gesetzes ansetzt, sondern auf situative Haushaltslücken zu reagieren sucht. So geht politische Krisenbewältigung regelmäßig mit einer Verschärfung der Steuergesetze zu Gunsten des Fiskus einher.

Auch die Einführung der Abgeltungsteuer 2009 inklusive einer umfassenden Steuerbarkeit des privaten Kapitalvermögens hinsichtlich seiner Substanz, nicht nur – wie traditionell – hinsichtlich seiner Erträge, stand im Zeichen einer Krise. Die Finanzkrise hat den Steuergesetzgeber motiviert, die – da angeblich spekulativ erzeugt – im Szenario eines Börsencrashes als besonders gefährlich für das Steueraufkommen empfundenen Aktienverluste gegenüber allen anderen Verlusten aus Kapitalvermögen zu benachteiligen. Sie sind nicht wie die anderen Kapitalverluste (insoweit

„eingesperrt“ in der Schedule) mit positiven Erträgen aus Kapitalvermögen verrechenbar, sondern nur mit Gewinnen aus Aktienveräußerungen, insbesondere aber nicht mit Dividenden. Für das mittelbare Investment in Aktien über Fonds gilt das nicht.

Die Frage nach der Rechtfertigung dieser speziellen Benachteiligung von Aktienveräußerungsverlusten hat schon die Einführung der Schedule der privaten Kapitaleinkünfte begleitet. Seither gab es in der Literatur kaum Stimmen, die von einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung ausgegangen sind. Argument des Fiskus für diese Beschränkung waren die angeblich aus der Spekulation mit Aktien resultierenden besonderen Haushaltsrisiken im Falle eines Börsencrashes. Warum das bei mittelbaren Investitionen in Aktien anders sein sollte, spielte für den Gesetzgeber keine Rolle, zumal der Steuerpflichtige ja nicht gezwungen sei, in Aktien zu investieren – gerade in Zeiten von Negativzinsen und eines politischen Aufrufs zur ergänzenden Altersvorsorge ein widersprüchliches Staatsgebaren. Dabei hat der Gesetzgeber wohl übersehen, dass selbst wenn die Investition in Aktien so gefährlich für den Staatshaushalt sein soll, diese Gefahr durch die Beschränkung der Verrechnung von realisierten Substanzverlusten auf Veräußerungsgewinne aus Aktien in Zeiten eines Börsencrashes kaum zu bannen ist; bedürfte es doch gerade dann entsprechender positiver Kapitaleinkünfte, deren Verrechnung verhindert werden könnte.

Nunmehr hatte der BFH nach mehr als zehn Jahren Gelegenheit, im Rahmen einer Vorlage an das BVerfG (dazu Jachmann-Michel, S. 301 sub. C.) die ganze Unzulänglichkeit der Rechtfertigung dieser Diskriminierung des Investments in Aktien aufzuarbeiten, dies gerade in einer politischen und gesellschaftlichen Situation, in der die Regierung – so situativ wie unangegriffen – sehr viel Geld verteilt hat und sich nun bei denen zu refinanzieren sucht, die sie für leistungsfähig hält. Die Vorlage der Verlustverrechnungsbeschränkung für Aktienveräußerungsverluste an das BVerfG sollte dem Gesetzgeber ein Signal dafür sein, dass staatliche Finanznot – sei sie auch in einer allgemeinen Krise in Kauf genommen – nicht jegliche Zusatzbelastung des Steuerpflichtigen rechtfertigt. Denn der rechtsstaatlichen Eingriffsbeschränkungen bedarf es gerade in der Krise, wenn sie auch hier den politischen Akteuren besonders hinderlich erscheinen mögen.

Im Namen der Herausgeber wünsche ich eine angenehme Lektüre der vorliegenden Ausgabe.

Monika Jachmann-Michel

Die Digitalisierung der Justiz am Beispiel des Zivilprozesses – von Thesen zur Umsetzung (Teil 2)*

RiOLG Dennis Müller und RiLG Jens Gomm

B. Bewertung einzelner Vorschläge (Fortsetzung)

[...]

V. Strukturierter Parteivortrag

Einer der in den bisherigen Veranstaltungen am kontroversesten diskutierten Vorschläge der Arbeitsgruppe ist die Idee, die mündliche Verhandlung nicht mehr durch einen Austausch klassischer Schriftsätze vorzubereiten, sondern stattdessen im Anwaltsprozess ein Basisdokument vorzusehen, dessen Strukturierung anhand des Lebenssachverhalts durch die Klageschrift oder das Gericht vorgegeben wird und an dem die Parteien und das Gericht gemeinsam arbeiten. Ab der Replik soll Vortrag nur noch an der sachlich-chronologisch passenden Stelle des Basisdokuments ergänzt werden können.¹ Das Basisdokument soll im Verlauf des Prozesses verbindlich werden und den Tatbestand des Urteils ersetzen.²

Mit diesem Vorschlag greift die Arbeitsgruppe eine bereits seit vielen Jahren in der Literatur geführte Diskussion über moderne Strukturierungsmöglichkeiten des Zivilprozesses auf.³ Er steht dabei im Kontext einer der größten Herausforderungen der Justiz in Zivilverfahren: der Informationsflut. Nicht erst seit den Masseverfahren im Zuge des Dieselabgasskandals werden den Zivilgerichten umfangreiche Schriftsätze mit noch umfangreicheren Anlagen übermittelt. In den Schriftsätzen wird in jedem Verfahren vorsorglich umfassend zu jedweder Fallkonstellation anhand ausführlicher Textbausteine vorgetragen. In solchen Verfahren gehört es zu den Hauptaufgaben des Gerichts aus einer oft hoch dreistelligen Blattzahl der Akte die – oft wenigen – für das konkrete Verfahren relevanten Informationen herauszufiltern.

Gerade für solche Fälle wären Erleichterungen bei der Erschließung des Prozessstoffs sehr hilfreich. Zugleich stellt sich aber die Frage, ob der beschriebene Weg dieses Ziel zu erreichen, noch zeitgemäß ist, oder ob die technische Entwicklung – insbesondere im Bereich sog. künstlicher Intelligenz mit selbstlernenden Algorithmen – nicht inzwischen bereits so weit fortgeschritten ist, dass eine Strukturierung anhand eines manuell strukturierten Basisdokuments ihrerseits bereits wieder eher anachronistisch anmutet.

Insofern ist zu differenzieren: In bestimmten Bereichen, insbesondere bei häufig vorkommenden vergleichbaren Fallkonstellationen wie den bereits angesprochenen Sachverhalten des sog. Diesel-Abgasskandals, aber auch bei Klagen auf Fluggastentschädigung kann eine Vorstrukturierung durch das Gericht und ein formularmäßiger Vortrag zu den Spezifika des Einzelfalls für alle Beteiligten einen erheblichen Mehrwert bieten. Um mit einem solchen Vorgehen Erfahrungen zu sammeln, könnte es sich anbieten, die Verordnungsermächtigung des § 130c ZPO zu nutzen und durch Rechtsverordnung geeignete strukturierte Formulare für Schriftsätze in solchen Verfahren einzuführen. Zwar hatte der Gesetzgeber bei Einführung der Ermächtigungsgrundlage primär andere Fallkonstellationen vor Augen (z.B. im Kostenfestsetzungs- und PKH-Verfahren).⁴ Sie wurde aber bewusst weit gefasst und dürfte daher auch die Einführung von Formularen für bestimmte Verfahrensarten abdecken. Statt der – technisch nicht trivial realisierbaren – gemeinsamen Bearbeitung eines Dokuments durch Gericht und Prozessbetei-

* Der Beitrag knüpft an den in Heft 6/2021 erschienenen ersten Teil an, in dem der aktuelle Stand der Diskussion und die Vorschläge zum einheitlichen Justizportal, dem elektronischen Nachrichtenraum, dem beschleunigten Online-Verfahren und dem elektronischen Rechtsverkehr dargestellt wurden (jM 2021, 222 ff.). Der zweite und abschließende Teil befasst sich mit dem strukturierten Parteivortrag und der elektronischen Zwangsvollstreckung. Außerdem werden Strategien zur Umsetzung der Vorschläge in den Blick genommen.

1 Köbler, AnwBl 2021, 283.

2 Diskussionspapier, S. 31 ff.; Köbler, AnwBl 2021, 283.

3 Siehe z.B. Gaier, ZRP 2015, 101, 104; Vorwerk, NJW 2017, 2326, Zwickel, MDR 2016, 988, 992; Köbler, AnwBl Online 2018, 399, 400; Köbler, DRiZ 2019, 212, 213; Herberger/Köbler, AnwBl Online 2019, 351; Köbler/Weller, AnwBl Online 2018, 383; Greger, NJW 2019, 3429, 3431.

4 BT-Drs. 17/12634, S. 27.

jM-Reihe „Justiz digital“

Weg vom papierzentrierten Verfahren hin zum digitalen Prozess – diese umfangreiche Umstrukturierung stellt die Justiz vor erhebliche Herausforderungen. Unsere Reihe beleuchtet diese und wird zur Lösung beitragen.

ligte⁵ könnte eine Art Basisdokument dann bei Gericht durch Gegenüberstellung der in den jeweiligen Formularspalten eingetragenen Daten – automatisiert durch eine geeignete Software – entstehen und den Parteien zugänglich gemacht werden. Dem Gericht könnte dabei eine (teil-)automatisierte Weiterverarbeitung der strukturierten Informationen für Entscheidungsentwürfe ermöglicht werden.

In den übrigen Zivilverfahren, die in weit stärkerem Maße durch die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls geprägt sind, dürfte es demgegenüber vorzugswürdig sein, am bisherigen Prozedere der in den Grenzen der §§ 253, 261 ZPO freien inhaltlichen Gestaltung der Schriftsätze festzuhalten; zumal sich bereits kritische Stimmen aus der Anwaltschaft zu diesem Vorschlag gemeldet haben,⁶ der der Schriftsatz auch zur Kommunikation mit der eigenen Mandantschaft dient. Anstelle einer manuellen Strukturierung dürfte in diesen Fällen eine Aufbereitung durch künstliche Intelligenz (KI) das zeitgemäße Mittel der Wahl sein, um unstrukturierte Informationen aus einem Dokument in strukturierte Informationen zu überführen. Die Struktur könnte dabei durch das Gericht durch eine Auflistung eines Verzeichnisses mit Ordnungsziffern vorgegeben werden (vgl. § 139 Abs. 1 Satz 3 ZPO), anhand derer die KI die Informationen aus den Dokumenten zusammensucht und sortiert. Ohne den Einsatz von KI bei der Bewältigung der Informationsflut bei Gericht erprobt zu haben, kann ein Bedürfnis eine Strukturierung anhand eines Basisdokuments als Regelfall für sämtliche Zivilprozesse⁷ vorzusehen, nicht festgestellt werden.⁸

Deshalb wäre es wünschenswert, einerseits für bestimmte Fallkonstellationen Formulare nach § 130c ZPO zu erproben (insbesondere in Masseverfahren) und andererseits Pilotprojekte zur Informationsaufbereitung durch KI in sonstigen Zivilsachen auf den Weg zu bringen.

VI. Elektronische Zwangsvollstreckung

Ein Bereich, der sowohl im Rahmen der bisherigen Umsetzungsprojekte im eJustice-Umfeld als auch in der Diskussion um einen modernisierten Zivilprozess noch ein gewisses Schattendasein fristet, ist die Digitalisierung des Zwangsvollstreckungsverfahrens, was sich am deutlichsten an der bislang fehlenden Ermächtigung zur Führung elektronischer Akten durch den Gerichtsvollzieher zeigt.⁹ Auch die Tatsache, dass die Zwangsvollstreckung – von den vereinfachten Verfahren nach § 754a ZPO und § 829a ZPO sowie der vollstreckungsähnlichen elektronischen Vollziehung einstweiliger Verfügungen¹⁰ abgesehen – stets vollstreckbare Ausfertigungen und somit zwingend

die Papierform (vgl. § 307 Abs. 2 Satz 1 ZPO) voraussetzt, zeigt, dass das 8. Buch der ZPO noch nicht im digitalen Zeitalter angekommen ist.

Die Arbeitsgruppe schlägt insoweit vor, das zum 01.01.2022 verpflichtend von den Notarinnen und Notaren zu nutzende elektronische Urkundenarchiv der Bundesnotarkammer zu einem Titelregister für gerichtliche Vollstreckungstitel auszubauen.¹¹ Dabei soll weiterhin grds. an dem Verfahren zur Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen (§§ 724 ff. ZPO) festgehalten werden, diese sollen aber nicht an die Vollstreckungsgläubiger übermittelt, sondern elektronisch im Titelregister verwahrt und dort von den Vollstreckungsorganen eingesehen werden.

Eine solche Umsetzung würde zwar ein digitales Zwangsvollstreckungsverfahren ermöglichen, aber zugleich – wie die Arbeitsgruppe auch selbst konstatiert¹² – einen beträchtlichen technischen und organisatorischen Implementierungs- und Betriebsaufwand hervorrufen und wegen der Ablage sämtlicher Vollstreckungstitel im Volltext auch komplexe datenschutz- und IT-sicherheitsrechtliche Fragestellungen aufwerfen.

Es stellt sich daher die Frage, ob nicht in diesem Bereich ein weitergehender Ansatz vorzuziehen wäre, bei dem vollständig auf vollstreckbare Ausfertigungen verzichtet wird und bei dem der durch sie bezweckte Schuldnerschutz vor Doppelvollstreckung auf andere Weise gewährleistet würde. Einen interessanten, einfachen und datenschutzfreundlichen Ansatz, der eine nähere Betrachtung verdient, liefert dabei der in einem Pilotprojekt der Bundesnotarkammer und des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz entwickelte Prototyp eines Gültigkeitsregisters auf Blockchain-Basis.¹³ Dabei wird nicht der Vollstreckungstitel selbst in dem Register abgelegt, sondern lediglich eine eindeutige Dokument-ID. Wird diese Dokument-ID bspw. auf einer beglaubigten elektronischen Abschrift nach § 169 Abs. 4 ZPO oder dem „elektronischen Original“ i.S.d. § 169 Abs. 5 ZPO¹⁴ wiedergegeben, kann anhand des Gültigkeitsregisters, z.B. von einem Computer

5 Das gemeinsame Dokument befürwortend indes Greger, AnwBl 2021, 284.

6 Römermann, AnwBl 2021, 285.

7 Diskussionspapier, S. 35 f.

8 Ebenso Römermann, AnwBl 2021, 285.

9 D. Müller in: jurisPK ERV, § 753 ZPO Rn. 60 f.

10 Vgl. dazu Müller, RD 2021, 78.

11 Diskussionspapier, S. 107 ff.

12 Diskussionspapier, S. 111.

13 Ausführlich dazu Danninger, RD 2021, 109, 114 ff.

14 Zum Begriff siehe Gomm in: jurisPK ERV, Kap. 6.2 Rn. 116; Müller, RD 2021, 78, 79.

oder Mobilgerät aus, in Echtzeit geprüft werden, ob der Vollstreckungstitel noch gültig ist. In den Fällen, in denen bisher die vollstreckbare Ausfertigung an den Schuldner ausgehändigt wird (z.B. § 757 ZPO), müsste das Vollstreckungsorgan die Möglichkeit erhalten, den Gültigkeitsstatus im Register zu verändern.

C. Umsetzung

Die Initiative der Arbeitsgruppe und die Vielzahl der in dem Diskussionspapier enthaltenen Vorschläge zeigen, dass nicht nur freundliches Interesse an der Digitalisierung, sondern auch der Wille zur konkreten Veränderung vorhanden ist. Woran liegt es dann aber, dass die Digitalisierung der Justiz noch nicht so weit fortgeschritten ist?

I. Ideen?

Die Digitalisierung der Justiz leidet nicht daran, dass keine oder nur unzureichende Ideen zur Fortentwicklung der Technik und des Verfahrensrechts existieren. An Ideenreichtum für die Digitalisierung der Justiz mangelte es in der Justiz auch bislang nicht. Seit dem Jahr 1992 präsentieren die Landesjustizverwaltungen und ihre Entwicklungsverbände, aber auch Unternehmen jährlich auf dem EDV-Gerichtstag in Saarbrücken nicht nur den aktuellen Stand der IT-Projekte in der Justiz, sondern Vorschläge für die Weiterentwicklung und diskutieren diese. Viele Vorschläge des Diskussionspapiers und noch wesentlich weiterreichende Ideen wurden dort präsentiert und diskutiert. Dem Diskussionspapier kommt das große Verdienst zu, einige dieser Vorschläge zu bündeln, neue Ideen und Aspekte hinzuzufügen und vor allem die Digitalisierung der Justiz mit starker Stimme zu unterstützen.

II. Veraltete Verfahrensordnungen?

Das Diskussionspapier stellt die Behauptung auf, dass der Digitalisierungsschub den Zivilprozess unberührt gelassen habe, weil ihm unter dem geltenden Recht kaum Rechnung getragen werden könne.¹⁵ Diese Analyse lässt sich kaum mit den bisherigen Erfahrungen vereinbaren: Die Möglichkeit per Bild-Tonübertragung zu verhandeln wurde mit § 128a ZPO durch das Zivilprozessreformgesetz vom 27.07.2001, der elektronische Rechtsverkehr in § 130a ZPO durch das Formanpassungsgesetz vom 13.07.2001 und die elektronische Akte in § 298a ZPO durch das Justizkommunikationsgesetz vom 22.03.2005 eingeführt. In den letzten 20 Jahren fehlte nicht die gesetzliche Grundlage, sondern von dieser wurde mangels technischer Umsetzung – abgesehen von Pilotversuchen – zunächst kaum Gebrauch gemacht. Von „Schnellbooten“ ist die Justiz vor diesem Hintergrund ziemlich

weit entfernt. Auch wenn es uns Juristen in unserem Selbstverständnis schmerzen mag: Die Digitalisierung hängt weniger von Gesetzgebungsvorhaben und juristischen Erörterungen ab, als von der technisch-organisatorischen Umsetzung in der Praxis. Dies wird besonders deutlich daran, wie die Videoverhandlung in der Pandemie ohne jede gesetzliche Änderung in kurzer Zeit an Bedeutung gewonnen hat und etabliert wurde.

Damit soll nicht gesagt werden, dass nicht auch gesetzliche Änderungen erforderlich sein können: Soweit nach den vorstehenden Ausführungen trotz des weiten Spielraums, den das Gesetz jetzt schon bietet und der bislang ungenutzt geblieben ist, Hindernisse für einen digitalen Ablauf bestehen, sollten diese beseitigt werden, um Praxiserfahrungen in Pilotversuchen sammeln zu können. Allerdings sollte sich die Regelungsdichte auf das wirklich notwendige verfahrensrechtliche Mindestmaß beschränken: Es wird kaum sinnvoll möglich sein, schon vor dem Beginn eines ersten Pilotprojektes, „am grünen Tisch“ zielführende Vorgaben zu den Einzelheiten durch Gesetz und Verordnung zu machen. Die wahren Herausforderungen zeigen sich – wie z.B. die Erfahrung bei der Einführung der elektronischen Akte lehrt – erst in der Praxis. Dies setzt die Offenheit und Bereitschaft voraus, aus den Erfahrungen notwendige Korrekturen der Gesetzeslage abzuleiten. Daran bestand aber schon in der Vergangenheit weder unter den Ländern noch beim federführenden BMJV ein Mangel und die Äußerungen von Frau Nieradzik versprechen auch für die Zukunft eine kraftvolle Unterstützung.

III. Technisch-organisatorische Umsetzung

Nachdem sicherlich nicht fehlende Ideen und die Gesetzeslage nur zu einem untergeordneten Teil für den noch deutlich ausbaufähigen Stand der Digitalisierung der Justiz verantwortlich sind, richtet sich der Fokus auf die Frage, warum die Umsetzung technischer Neuerungen so zögerlich verläuft. Eine einfache Antwort hierauf gibt es nicht. Es würde den hiesigen Rahmen sprengen, wollte man die vielschichtige Komplexität von IT-Projekten abschließend umschreiben zu versuchen. Rein cursorisch möge man bedenken, dass in den 16 Ländern unterschiedliche Anforderungen der Gerichtsbarkeiten und Fachbereiche, unterschiedliche Kommunikationspartner, unterschiedliche technische Betriebsumgebungen abhängig von den jeweiligen Dienstleistern sowie eine Vielzahl unterschiedlicher Anwendungen existieren.

¹⁵ Diskussionspapier, S. 1.

Diese Komplexität führt zwangsläufig zu dem Wunsch nach Vereinfachung. Zusammen entwickeln die Länder bereits das gemeinsame Fachverfahren (gefa), die Handelsregister-Software AuRegis sowie ein bundeseinheitliches Datenbankgrundbuch (dabag). Auch werden Vorschläge unterbreitet, den technischen Betrieb länderübergreifend hin zu einer „Justiz-Cloud“ zu entwickeln.¹⁶

So einleuchtend diese Bestrebungen nach einem größtmöglichen Maß an Einheitlichkeit auf den ersten Blick sind, so herausfordernd ist die Konsolidierung der Justiz-IT in der Praxis. Man führe sich vor Augen, mit welchen Herausforderungen der Bund bei der IT-Konsolidierung allein in seinem eigenen Geschäftsbereich umzugehen hat, um zu erahnen wie komplex eine gemeinsame IT-Entwicklung von allen 16 Ländern ist. Selbst wenn diese aufgrund des großen Engagements der Kolleginnen und Kollegen erfolgreich sein wird, wird man kaum noch von digitalen „Schnellbooten“ sprechen können.

Stattdessen könnte man erwägen, neue Projekte von vornherein kleiner anzulegen und möglichst schnell in der Praxis selbst zu entwickeln.¹⁷ Gerade die Entwicklung in der Praxis selbst birgt ein großes Potenzial zur Straffung der Entwicklungsabläufe: Nicht nur werden die Kommunikations- und Abstimmungsstrukturen stark vereinfacht, sondern es werden auch frühzeitig wertvolle Erfahrungen dazu gesammelt, was funktioniert und was nicht bzw. wo Veränderungen erforderlich sind. Dies entspricht im Grundgedanken der Strategie der sog. „Reallabore“, die das BMWi verfolgt.¹⁸ Diese Testräume für Innovation und Regulierung sollen es möglich machen, unter realen Bedingungen innovative Technologien, Produkte, Dienstleistungen oder Ansätze zu erproben, die mit dem bestehenden Rechts- und Regulierungsrahmen nur bedingt vereinbar sind.¹⁹ Allerdings dürfte es sich bei der Justiz anbieten, derartige Labore in der Praxis möglichst eng in den laufenden Geschäftsbetrieb eines Gerichtes zu integrieren, um den vielfältigen technischen und organisatorischen Abhängigkeiten Rechnung zu tragen.

Kleinere Projekte würden einzelnen Ländern darüber hinaus ermöglichen, projektbezogen zusammenzuarbeiten und so die Potenziale des Föderalismus zu nutzen. Aber was ist dann mit dem berühmten föderalen Flickenteppich? Würden kleinere Projekte nicht zu einer weiteren Zersplitterung der IT-Landschaft der Justiz führen? Natürlich würden (noch) mehr Anwendungen entwickelt. Eine Vielfalt von kleineren Anwendungen könnte allerdings nicht nur den Bedarf von passgenauen, fachspezifischen Lösungen decken, sondern auch einen echten Wettbewerb um die besten Lösungen befeuern.

Der Gefahr einer Zersplitterung durch eine unüberschaubare Zahl von „Insellösungen“ müsste mit präzise gefassten und verbindlichen technischen Standards in der IT begegnet werden. Wenn der Kommunikationspartner – sei es aus der Anwaltschaft, sei es unter den Gerichten selbst – immer dasselbe „Produkt“ erhält, ist es für ihn unerheblich, mit welcher Anwendung es erstellt wurde. Für die Entwicklung der Anwendungen selbst käme es darauf an, dass die Daten der Justiz (einschließlich der Informationen der elektronischen Akten) ausnahmslos über offene, standardisierte Schnittstellen für andere Anwendungen zugänglich wären. Könnte eine interoperable Grundlage geschaffen werden, würde sich die Ausgestaltung der Anwendungen auf die Konkretisierung für den jeweiligen Anwendungsfall beschränken. Ob für den jeweiligen Anwendungsfall ein Großprojekt aller Länder gemeinsam erforderlich ist oder doch lieber zunächst ein Schnellboot einzelner Länder entwickelt wird, ist dann eine Frage, die zielgenau für das jeweilige Vorhaben beantwortet werden kann.

D. Fazit

Das Diskussionspapier der Arbeitsgruppe der Präsidentinnen und Präsidenten der Oberlandesgerichte, des BGH, des Bayerischen Obersten Landesgerichts und des Kammergerichts hat schon jetzt viele wertvolle Impulse gesetzt und eine breite Diskussion ausgelöst. Einige Vorschläge bieten das Potenzial für spürbare Verbesserungen für die Justiz und die Rechtsuchenden durch die Digitalisierung. Weder mangelt es dabei an Ideen, noch bedarf es für viele dieser Ideen einer rechtlichen Änderung. Die Grundprinzipien der ZPO haben sich bewährt und stehen Digitalisierungsvorhaben nicht im Wege. Statt sich also in rechtlichen Grundsatzdiskussionen zur kleinen oder großen Reform der ZPO zu verlieren, sollte jetzt zunächst die konkrete Umsetzung in den Blick genommen werden, da allein von dieser der Erfolg der Digitalisierung abhängt. Dazu sollte möglichst bald konkret erprobt werden, was sich in der Praxis bewährt und was nicht.

¹⁶ Vgl. Schumacher, Länderübergreifender IT-Betrieb der Zukunft „Justiz-Cloud“ als Perspektive, 20.09.2018, www.edvgt.de/veranstaltung/blk-laenderuebergreifender-it-betrieb-der-zukunft-justiz-cloud-als-perspektive/ (zuletzt abgerufen am 26.05.2021).

¹⁷ So auch aus Anwaltssicht Degen/Emmert, Elektronischer Rechtsverkehr, Rn. 13.

¹⁸ BMWi, Freiräume für Innovation – Handbuch für Reallabore.

¹⁹ Dazu auch Heil, ZIP 2021, 502, 507.

Grenzen der Wissenszurechnung und (sekundäre) Darlegungslast im Diesel-Abgasskandal

BGH, Urt. v. 08.03.2021 - VI ZR 505/19

RA Veris-Pascal Heintz, LL.M.

A. Problemstellung

Die rechtliche Auseinandersetzung mit dem „Dieselgate“ wird seit geraumer Zeit durch deliktsrechtliche Anspruchsgrundlagen bestimmt, da nur diese einen direkten Zugriff auf den Hersteller ermöglichen.¹ Bei der Durchsetzung eines Anspruchs auf Herstellerhaftung steht die anspruchstellende und damit darlegungs- und beweisbelastete Partei stets vor dem Problem, über unternehmensinterne Vorgänge und Entscheidungsprozesse kaum Angaben machen zu können.² Gegenüber der Volkswagen AG genügte deshalb ein Parteivortrag, der konkrete Anhaltspunkte dafür lieferte, dass es sich bei der Verwendung der unzulässigen Abschalteinrichtung um eine unternehmerische Strategieentscheidung gehandelt habe, um ihr die sekundäre Darlegungslast aufzuerlegen.³ In Anbetracht des Umstands, dass die rechtswidrig manipulierten Dieselmotoren der Volkswagen AG konzernweit zum Einsatz gekommen sind, stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die vorbezeichneten prozessualen Erwägungen auch bei einer Tochtergesellschaft zum Tragen kommen. Zudem besteht Anlass, sich mit der Wissenszurechnung bzw. Wissenszusammenrechnung innerhalb eines Konzerns zu beschäftigen.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Sachverhalt und Prozessverlauf

Der Kläger erwarb von einem Autohändler einen Gebrauchtwagen, dessen von der Volkswagen AG gelieferter Dieselmotor mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgestattet ist. Im Rahmen eines Rückrufs wurde ein Software-Update auf das Fahrzeug aufgespielt. Der Kläger begehrt von der beklagten Fahrzeugherstellerin, einer Konzerntochter der Volkswagen AG, u.a. die Rückzahlung des gezahlten Kaufpreises nebst Verzugszinsen Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs. Das Landgericht hatte seiner Klage im Wesentlichen stattgegeben, das Berufungsgericht hat die Verurteilung zur Leistung von Schadensersatz dem Grunde nach bestätigt, bei der Bemessung der Schadensersatzhöhe aber die Fahrzeugnutzung im Wege der Vorteilsausgleichung angerechnet.⁴ Auf die Revision der Beklagten hob der BGH

das Berufungsurteil auf und verwies die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück.

II. Entscheidungsgründe des BGH

Der BGH nahm Anstoß an den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts, nach denen ein deliktsrechtlicher Anspruch auf Kaufpreiserstattung nach § 826 BGB i.V.m. § 31 BGB (analog) nicht bejaht werden könne. So sei schon nicht festgestellt worden, dass nicht nur bei der Volkswagen AG als Motorenentwicklerin und Konzernmutter, sondern auch bei der beklagten Konzerntochter eine auf arglistige Täuschung des Kraftfahrtbundesamtes und der Käuferseite gerichtete Strategieentscheidung getroffen worden sei. Ebenso wenig sei aufgeklärt worden, ob für die Beklagte handelnde Personen an der von der Volkswagen AG getroffenen Entscheidung zumindest beteiligt gewesen seien.

Ein sittenwidriges Vorgehen der Beklagten komme zwar auch dann in Betracht, wenn die für die Beklagten handelnden Personen von der Manipulation der gelieferten Dieselmotoren wussten und den Einbau in die eigenen Fahrzeuge trotzdem veranlasst haben. Die diesbezüglichen Feststellungen des Berufungsgerichts seien jedoch rechtsfehlerhaft getroffen worden. Die Haftung der Beklagten könne – anders als das Berufungsgericht meint – nicht über eine Zurechnung bzw. Zusammenrechnung des im Konzern vorhandenen Wissens entsprechend § 166 BGB begründet werden. Der klägerische Sachvortrag lasse keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine Kenntnis der Leitungsebene der Beklagten von der Verwendung der unzulässigen Abschalteinrichtung erkennen. In Anbetracht dessen habe das Berufungsgericht nicht von einer sekundären Darlegungslast der Beklagten ausgehen dürfen.

C. Kontext der Entscheidung

Eine Anwendung der Grundsätze der Wissenszurechnung und Wissenszusammenrechnung im Rahmen des § 826 BGB hat der BGH bereits im Jahre 2016 abgelehnt.⁵ Das zur Feststellung der Sittenwidrigkeit erforderliche „moralische Unwerturteil“ könne letztlich nicht durch eine Zusammenrechnung der an verschiedenen Stellen bzw. bei verschiede-

1 Riehm, NJW 2019, 1105; Heintz, WuB 2020, 570, 571 f.

2 Siehe schon Heintz, jM 2017, 354, 359.

3 BGH, Urt. v. 25.05.2020 - VI ZR 252/19 Rn. 39; BGH, Urt. v. 30.07.2020 - VI ZR 397/19 Rn. 14.

4 Vgl. BGH, Pressemitteilung Nr. 50/2021 v. 08.03.2021.

5 BGH, Urt. v. 28.06.2016 - VI ZR 536/15 Rn. 23; siehe Thürk, jurisPR-BGHZivilR 21/2016 Anm. 3.

nen Personen vorhandenen Kenntnisse begründet werden.⁶ Wegen des „personalen Charakter[s]“ der Schadensersatzpflicht nach § 826 BGB muss die relevante Kenntnis der haftungsbegründenden Umstände vielmehr insgesamt bei einem verfassungsmäßigen Vertreter gegeben sein.⁷ Aus der Zusammenrechnung einzelner kognitiver Elemente könne außerdem nicht verlässlich auf das Wollenselement des Schädigungsvorsatzes geschlossen werden.⁸ In dem vorliegenden Urteil hält der BGH an jener Rechtsprechung fest und ergänzt argumentativ, dass eine Wissenszurechnung erst recht nicht über die Grenzen rechtlich selbständiger (Konzern-)Gesellschaften hinaus erfolgen könne.

D. Auswirkungen für die Praxis

Nach dem vorliegenden Urteil dürfte klar sein, dass ein Anspruch auf Herstellerhaftung gegen eine Tochtergesellschaft der Volkswagen AG deutlich schwieriger durchzusetzen ist als gegen die Volkswagen AG selbst.⁹ Es reicht hier gerade nicht aus, pauschal auf eine Kenntnis des Vorstands von der Verwendung der unzulässigen Abschaltvorrichtung zu verweisen.¹⁰ Die Anspruchstellerseite muss also hinreichende Anhaltspunkte für eine solche Kenntnis liefern, was eine hohe prozessuale Hürde darstellt. Der BGH macht insoweit deutlich, dass je nach Klagegegner unterschiedliche Anforderungen an den Parteivortrag zu stellen sind. Der Kläger des hiesigen Verfahrens wird durch die Zurückverweisung an die Vorinstanz erneut Gelegenheit haben, seiner Darlegungslast in ausreichendem Maße nachzukommen. Das Ergebnis darf mit Spannung erwartet werden. Die praktische Bedeutung der Entscheidung dürfte dennoch eher gering ausfallen, weil die Tochtergesellschaften der Volkswagen AG vergleichsweise selten verklagt wurden.¹¹

Bei nüchterner Betrachtung der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung im Zusammenhang mit dem Diesel-Abgasskandal wird man die Zweckmäßigkeit eines (weiteren) prozessualen Vorgehens gegen die Volkswagen AG oder eine ihrer Tochtergesellschaften durchaus infrage stellen müssen. So drohen bereits alle nach dem 31.12.2018 erhobenen Schadensersatzklagen an dem Eintritt der Verjährung zu scheitern, sofern die jeweilige Klägerseite nicht darlegen und nötigenfalls beweisen kann, dass die erforderliche Kenntnis der anspruchsbegründenden Umstände ohne grobe Fahrlässigkeit (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB) erst nach dem Jahre 2015 erlangt wurde.¹² Die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs nach § 826 BGB i.V.m. § 31 BGB analog wird sich ohnehin nur noch für diejenigen Geschädigten „rechnen“, deren Fahrzeug relativ alt ist und eine geringe Laufleistung aufweist, da sonst die im Wege der Vorteilsausgleichung anzurechnenden Nutzungsvorteile zu einer Aufzehrung des Schadensersatzanspruchs füh-

ren.¹³ Einen Anspruch auf „Deliktzinsen“ nach § 849 BGB hat der BGH ebenfalls verneint.¹⁴ Hinzu kommen die hier skizzierten Anforderungen an den klägerischen Sachvortrag bei der Inanspruchnahme einer Konzerntochter der Volkswagen AG.

E. Bewertung

Aufgrund des personalen und auf eine individuelle Willensbildung bezogenen Charakters des § 826 BGB bildet die Norm keinen geeigneten Anwendungsfall für die Grundsätze der Wissenszurechnung und Wissenszusammenrechnung.¹⁵ Der BGH lehnt daher eine Zusammenrechnung der an verschiedenen Stellen bzw. bei verschiedenen Personen vorhandenen Wissens Elemente – bezogen auf eine Haftung nach § 826 BGB i.V.m. § 31 BGB analog – zu Recht ab.¹⁶ Eine solche Wissenszurechnung bzw. Wissenszusammenrechnung wäre sowieso entbehrlich, wenn die in Anspruch genommene juristische Person (auch) über die sekundäre Darlegungslast in die Pflicht genommen werden könnte.¹⁷ Das wird in den Gerichtsverfahren gegen die Konzerntöch-

6 BGH, Ur. v. 28.06.2016 - VI ZR 536/15 Rn. 23; vgl. Eberl-Borges, LMK 2018, 403369.

7 BGH, Ur. v. 28.06.2016 - VI ZR 536/15 Rn. 23; Eberl-Borges, LMK 2018, 403369.

8 BGH, Ur. v. 28.06.2016 - VI ZR 536/15 Rn. 26.

9 Janisch, Große Beweislast im Abgasskandal, Süddeutsche Zeitung, 08.03.2021, online abrufbar unter: www.sueddeutsche.de/wirtschaft/audi-bgh-abgasskandal-1.5228901 (zuletzt abgerufen am 27.05.2021).

10 In Verfahren gegen die Volkswagen AG genügte eine solche pauschale Behauptung, siehe BGH, Ur. v. 25.05.2020 - VI ZR 252/19 Rn. 39; BGH, Ur. v. 30.07.2020 - VI ZR 367/19 Rn. 18.

11 Nach den Angaben der Audi AG liegt die Zahl der gegen sie gerichteten Schadensersatzklagen wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung im niedrigen vierstelligen Bereich, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 08.03.2021, online abrufbar unter www.faz.net/aktuell/wirtschaft/audi-muss-im-dieselskandal-voerst-keinen-schadensersatz-zahlen-17233608.html (zuletzt abgerufen am 27.05.2021).

12 Implizit BGH, Ur. v. 17.12.2020 - VI ZR 739/20 Rn. 17 ff.; siehe hierzu Syrbe, SVR 2021, 62, 65; Heintz, WuB 2021, 177, 181.

13 BGH, Ur. v. 25.05.2020 - VI ZR 252/19 Rn. 64 ff.; BGH, Ur. v. 30.07.2020 - VI ZR 354/19 Rn. 11; BGH, Ur. v. 30.07.2020 - VI ZR 397/19 Rn. 34; Lorenz, NJW 2020, 1924, 1927; siehe hierzu Heintz, WuB 2020, 570, 572 f.

14 BGH, Ur. v. 30.07.2020 - VI ZR 354/19 Rn. 17 ff.; BGH, Ur. v. 30.07.2020 - VI ZR 397/19 Rn. 20 ff.; siehe hierzu Jaensch, jM 2021, 62 ff.; kritisch hierzu Heintz, WuB 2020, 570, 571 ff. und Heintz, WuB 2020, 573, 575 ff.

15 So schon BGH, Ur. v. 28.06.2016 - VI ZR 536/15 Rn. 23; ebenso Handke, BB 2016, 2636.

16 So schon BGH, Ur. v. 28.06.2016 - VI ZR 536/15 Rn. 23; Frisch, EWiR 2016, 762; Handke, BB 2016, 2636; kritisch Wagner in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2020, § 826 Rn. 41 f.

17 Vgl. Wagner in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2020, § 826 Rn. 42 m.w.N.

ter der Volkswagen AG fortan nicht mehr ohne Weiteres möglich sein. Die jeweilige Klägersseite wird nämlich immense Schwierigkeiten haben, die sie treffende primäre Darlegungslast zu erfüllen, damit überhaupt an eine sekundäre Darlegungslast gedacht werden kann. Im Ergebnis hat der BGH somit eine Beschränkung der sekundären Darlegungslast auf Fälle vorgenommen, in denen gegen die Volkswagen AG geklagt wird.¹⁸ Durch die Zurückweisung des Rechtsstreits an die Vorinstanz wird sich dort zeigen müssen, wie detailliert der klägerische Vortrag ausfallen muss. Die diesbezüglichen Anforderungen dürfen jedenfalls nicht überspannt werden. Ansonsten droht eine ungerechtfertigte Haftungsprivilegierung der Konzerntöchter der Volkswagen AG.

18 Vgl. Wagner in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2020, § 826 Rn. 42a.

Berufsspezifisches Risiko und Schadenszurechnung bei einem tätlichen Angriff auf einen Polizeibeamten

BGH, Urt. v. 08.12.2020 - VI ZR 19/20

Prof. Dr. Markus Würdinger

A. Problemstellung

Angriffe auf Polizisten, Feuerwehrleute und Sanitäter sind in den letzten Jahren deutlich angestiegen. Der Gesetzgeber hat als Reaktion auf diese Entwicklung im Jahre 2017 einen neuen Straftatbestand des tätlichen Angriffs auf Vollstreckungsbeamte (§ 114 StGB) eingeführt. Dahinter steht der Gedanke, dass diese bei einem Angriff während der Ausübung ihres Dienstes nicht als Individualpersonen attackiert werden, sondern „als Repräsentanten der staatlichen Gewalt“. ¹ In zivilrechtlicher Hinsicht ist die deliktische Haftung eines Schädigers problematisch, wenn etwa ein Polizist als Folge eines derartigen Angriffs eine psychische Gesundheitsverletzung erleidet. Dazu kam es im vorliegenden Fall nach einem unmittelbaren körperlichen Angriff auf einen Polizisten, der zusammen mit weiteren Kollegen einen Konflikt zwischen dem damals 18-jährigen Beklagten und anderen Gästen einer Cocktailbar schlichten wollte. Der Beklagte war erkennbar stark alkoholisiert. Er kam

einem Platzverweis nicht nach und wehrte sich heftig gegen die Ingewahrsamnahme. Dabei verletzte er einen Polizeibeamten am rechten Daumen (Distorsion, Zerrung des rechten Seitenbandes und Partialruptur des Kapselapparates am Daumengrundgelenk). Zudem – und das war das Kernproblem des Falls – erlitt der Polizist eine posttraumatische Belastungsstörung (PTBS), infolge derer er dauerhaft dienstunfähig wurde. Das Land Niedersachsen forderte aus abgetretenem Recht Schadensersatz (vor allem wegen des Verdienstauffalls) i.H.v. rund 105.000 Euro.² Die erste Instanz (LG Stade)³ hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben, das Berufungsgericht (OLG Celle)⁴ hat die Klage dagegen hinsichtlich der Schadenspositionen, die auf die psychische Beeinträchtigung zurückzuführen sind, abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt das klagende Land die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Im Kern geht es um die Frage, wer das Haftungsrisiko trägt, wenn ein Polizist als Folge eines konflikthaften dienstlichen Einsatzes eine psychische Gesundheitsverletzung erleidet. In Einklang mit der bisherigen Judikatur⁵ können nach dem BGH die durch ein Geschehen ausgelösten psychischen Störungen von Krankheitswert eine Gesundheitsverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB sein. Ein solcher Fall war bei der hier gegebenen Traumafolgestörung von Krankheitswert, einer spezifischen Phobie, die zur Dienstunfähigkeit des Polizeibeamten geführt hat, als Folge der Handlungen des Beklagten zu unterstellen. Anders als in den Fällen sog. Schockschäden war der Polizist unmittelbar beteiligt und sogar Opfer eines unmittelbaren Angriffs des Beklagten.

Im Zentrum der juristischen Bewertung stand die Kausalität und Zurechnung im Rahmen einer deliktischen Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB bzw. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 113 StGB und § 223 StGB. Das Verhalten des Beklagten war für die Gesundheitsverletzung äquivalent und adäquat kausal. Problematisch war, ob eine Zurechnung nach den Maßstäben der Lehre vom Schutzzweck der Norm anzunehmen ist.⁶ Daran fehlt es i.d.R., wenn sich eine Gefahr realisiert hat, die dem allgemeinen Lebensrisiko bzw. einem berufs-

1 BT-Drs. 18/11161, S. 1.

2 Zum Anspruchsübergang nach Art. 14 Satz 1 BayBG, Würdinger/Lackner, BayVBl. 2020, 757 ff.

3 LG Stade, Urt. v. 05.07.2019 - 6 O 59/19.

4 OLG Celle, Urt. v. 12.12.2019 - 5 U 116/19.

5 Siehe etwa BGH, Urt. v. 21.05.2019 - VI ZR 299/17 Rn. 7; BGH, Urt. v. 27.01.2015 - VI ZR 548/12 Rn. 6 m.w.N.

6 Dazu kritisch Würdinger, jM 2018, 408, 409 („wenig greifbar und summarisch ... in dieser Konstellation“).

spezifischen Risiko zuzuordnen ist. Die Vorinstanz hatte Letzteres bejaht. Es habe sich das Risiko für eine Beeinträchtigung verwirklicht, das der Polizeibeamte schon mit seiner Berufswahl eingegangen sei.⁷ Es habe sich damit um eine Situation gehandelt, mit der Polizeibeamte im Rahmen ihrer Berufstätigkeit ständig rechnen müssten. Es sei ihre Aufgabe in der Gesellschaft, derartige Konflikte zwischen streitenden, auch stark alkoholisierten Menschen zu schlichten oder zu beenden. Sollte aus einer solchen für den verletzten Polizeibeamten alltäglichen Situation letztlich eine so gravierende psychische Störung resultieren, dass er dienstunfähig werde, sei dies dem Schädiger nicht mehr zuzurechnen.⁸

Der VI. Zivilsenat justiert die gebotene wertende Betrachtung anders und ordnet das Risiko jedenfalls bei einer unmittelbaren aufgezwungenen Beteiligung an einem traumatisierenden Geschehen grds. auch bei Verwirklichung eines berufsspezifischen Risikos dem Schädiger zu.⁹ Auch wenn es zur Ausbildung und zum Beruf von Polizeibeamten gehöre, sich auf derartige Belastungssituationen vorzubereiten, mit ihnen umzugehen, sie zu bewältigen und zu verarbeiten, gebiete eine solche Vorbereitung und etwaige Stärkung ihrer Psyche regelmäßig nicht, ihnen beim dennoch erfolgenden Eintritt einer psychischen Erkrankung den Schutz des Deliktsrechts zu versagen.¹⁰ Der VI. Zivilsenat stellt zudem auf ein Gleichstellungsargument ab: Es sei nicht zu erklären, weshalb zwischen physischen und psychischen Primärschäden unterschieden werden sollte.¹¹ Wie der Streitfall selbst zeige, gehöre es auch zum Berufsrisiko eines Polizeibeamten, beim Einsatz physische Verletzungen zu erleiden.¹²

C. Kontext der Entscheidung

Bejaht hatte der VI. Zivilsenat im Jahre 2018 die Kausalität und Zurechnung bei einem Amoklauf in einer Schule und damit den Weg für eine deliktische Haftung des Amokläufers nach § 823 Abs. 1 BGB eröffnet. Einer der Polizeibeamten erlitt infolge des Einsatzes am Tatort als Reaktion auf eine schwere seelische Belastung eine Anpassungsstörung. Der Senat hat den Zurechnungszusammenhang zwischen der Amoktat und der psychischen Gesundheitsverletzung gerade nicht mit Rekurs auf das allgemeine oder berufsspezifische Lebensrisiko verneint.¹³ Freilich fiel die Argumentation betont einzelfallbezogen aus: Der BGH ordnete den Fall weder dem allgemeinen Lebensrisiko des Geschädigten zu noch dem (besonderen) Berufsrisiko, das einem Polizisten im Einsatz zufällt. Er stellte darauf ab, dass es sich bei der Amoktat um ein vorsätzliches, schweres Gewaltverbrechen handelte, mit dem typischerweise Angst und Schrecken verbreitet werden

sollte und verbreitet wurde, und dass das Verhalten eines Amokläufers sich durch ein hohes Maß an Aggressivität nicht nur gegenüber der körperlichen, sondern auch der seelischen Unversehrtheit der Betroffenen auszeichnet.¹⁴ Der BGH hatte es in diesem Judikat versäumt, sich grundlegend und umfassend zur Zurechnung in den „Berufshelferfällen“ zu äußern.¹⁵ Der vorliegende Fall¹⁶ bot dem VI. Zivilsenat endlich die Gelegenheit, verbliebene Unklarheiten zu beseitigen und seine Judikatur zu verallgemeinern. Nun lag keine Ausnahmesituation vor, sondern ein Fall eines polizeilichen Routineeinsatzes.

D. Auswirkungen für die Praxis

Das Haftungsrisiko für psychische Gesundheitsverletzungen eines Polizeibeamten oder einer professionellen Rettungskraft trägt damit grds. der Angreifer – auch bei einer normalen Polizeiarbeit und bei Routineeinsätzen. Im Fall einer Insolvenz stehen die Chancen schlecht, dass ihm angesichts der bestehenden deliktischen Forderungen eine Entschuldung langfristig gelingt.¹⁷

Auf den ersten Blick führt die Entscheidung zu einer uferlosen Ausweitung der Haftung. Der BGH benennt aber fünf wichtige Einschränkungen: Erstens komme eine Haftung für psychische Beeinträchtigungen in diesen Konstellationen nur in Betracht, wenn die Beeinträchtigung selbst einen Krankheitswert besitze.¹⁸ Zweitens sei für eine Zurechnung regelmäßig maßgeblich, dass der Schädiger dem Geschädigten die Rolle eines unmittelbar Beteiligten aufgezwungen hat (anders in Fällen bloßer Anwesenheit bei

7 OLG Celle, Ur. v. 12.12.2019 - 5 U 116/19 Rn. 35.

8 OLG Celle, Ur. v. 12.12.2019 - 5 U 116/19 Rn. 38.

9 BGH, Ur. v. 08.12.2020 - VI ZR 19/20 Rn. 16.

10 BGH, Ur. v. 08.12.2020 - VI ZR 19/20 Rn. 16.

11 BGH, Ur. v. 08.12.2020 - VI ZR 19/20 Rn. 17.

12 BGH, Ur. v. 08.12.2020 - VI ZR 19/20 Rn. 18.

13 BGH, Ur. v. 17.04.2018 - VI ZR 237/17 Rn. 17.

14 BGH, Ur. v. 17.04.2018 - VI ZR 237/17 Rn. 20.

15 Siehe dazu kritisch Würdinger, jM 2018, 408, 409: „Damit bricht der Senat die Rechtssicherheit auf und öffnet im Haftungsrecht ein wenig die Büchse der Pandora.“

16 Keine Vergleichbarkeit dieses Falls mit dem „Amoktatfall“ sieht die Vorinstanz: OLG Celle, Ur. v. 12.12.2019 - 5 U 116/19 Rn. 41: „Es handelt sich hier gerade nicht um ein solches vorsätzliches schweres Gewaltverbrechen wie der Amoklauf, der der oben genannten Entscheidung des Bundesgerichtshofes zugrunde lag.“

17 Würdinger, jM 2018, 408, 409; zu einem Feststellungsantrag: LG Stade, Ur. v. 05.07.2019 - 6 O 59/19: „Es wird festgestellt, dass die Schadensersatzforderung auf einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung beruht.“

18 BGH, Ur. v. 08.12.2020 - VI ZR 19/20 Rn. 21 mit Rekurs auf BGH, Ur. v. 30.04.1996 - VI ZR 55/95 Rn. 15 m.w.N.

einem Unfallgeschehen).¹⁹ Drittens bestehe bei der Kausalität der „Filter der Adäquanz“ (für besonders eigenartige, unwahrscheinliche und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassende Umstände).²⁰ Viertens gelte das strenge Beweismaß des § 286 ZPO, das die volle Überzeugung des Tatrichters erfordert, wenn die psychische Erkrankung als Primärschaden geltend gemacht werde.²¹ Fünftens ergebe sich ein weiterer „Filter“ daraus, dass sich der Verschuldensvorwurf auf den gesamten haftungsbegründenden Tatbestand – mithin auch auf die haftungsbegründende Kausalität und damit auch den Primärschaden erstrecken müsse.²²

E. Bewertung

Fasst man die Quintessenz des Urteils zusammen, so spricht diese Judikatur auf den ersten Blick eine begrüßenswerte Rechtssicherheit für die Rechtspraxis: „Das Risiko einer psychischen Gesundheitsverletzung eines Polizeibeamten oder einer professionellen Rettungskraft ist bei der gebotenen wertenden Betrachtung jedenfalls bei unmittelbarer aufgezwungener Beteiligung an einem traumatisierenden Geschehen grundsätzlich auch bei Verwirklichung eines berufsspezifischen Risikos dem Schädiger zuzuordnen.“²³ Hiermit wird der in der fachgerichtlichen Rechtsprechung und in Teilen der Literatur angedachten Haftungsbeschränkung im Fall der Verwirklichung eines allgemeinen Berufsrisikos eine Absage erteilt.²⁴ Doch am Ende des Judikats recurriert der VI. Zivilsenat auf einen „Fil-

ter“ beim Verschulden, der die Rechtssicherheit erneut aufbrechen könnte. Es kommt nach dem BGH darauf an, ob der Schädiger die Möglichkeit des Eintritts eines schädigenden Erfolges im Allgemeinen hätte vorhersehen können.²⁵ Letzteres werde aber bei psychischen Erkrankungen als Folge von Routineeinsätzen „nicht immer der Fall sein“.²⁶ Was dies konkret in den Berufshelferfällen bedeutet, wird sich in einer Fallgruppenbildung erst herausstellen. Der BGH hätte gut daran getan, diesen Satz ein wenig genauer zu erläutern. Die Zurechnungsproblematik wird damit letztlich weitgehend in die Prüfung des Verschuldens verlagert, ohne dass dem Rechtsanwender praxistaugliche Orientierungsmaßstäbe an die Hand gegeben werden. Es gilt demnach der Satz: BGH locuta, causa non finita!

19 BGH, Urt. v. 08.12.2020 - VI ZR 19/20 Rn. 22; BGH, Urt. v. 17.04.2018 - VI ZR 237/17 Rn. 15.

20 BGH, Urt. v. 08.12.2020 - VI ZR 19/20 Rn. 23; siehe etwa dazu bereits BGH, Urt. v. 04.07.1994 - II ZR 126/93 Rn. 15.

21 BGH, Urt. v. 08.12.2020 - VI ZR 19/20 Rn. 24; BGH, Urt. v. 29.01.2019 - VI ZR 113/17 - LS und Rn. 12.

22 BGH, Urt. v. 08.12.2020 - VI ZR 19/20 Rn. 25.

23 BGH, Urt. v. 08.12.2020 - VI ZR 19/20 - LS.

24 OLG Celle, Urt. v. 28.04.2005 - 9 U 242/04 Rn. 11 (Bundesgrenzschutzbeamter); OLG Schleswig, Urt. v. 01.08.2019 - 7 U 14/18 Rn. 27 (Rettungsassistent); LG Duisburg, Urt. v. 28.09.2015 - 8 O 361/14 Rn. 35 (Feuerwehrmann); Würdinger, jM 2018, 408, 409 f.

25 Siehe dazu bereits BGH, Urt. v. 30.04.1996 - VI ZR 55/95 Rn. 15.

26 BGH, Urt. v. 08.12.2020 - VI ZR 19/20 Rn. 25.

Arbeitsrecht

Homeoffice – Begriff, Anspruch und Herausforderungen

PD Dr. Tim Husemann

Das Homeoffice ist – neben dem bereits krisenerprobten Kurzarbeitergeld – das arbeitsrechtliche Instrument der Stunde. Der Begriff „Homeoffice“ fand wegen Corona Aufnahme in die Rechtssprache – versehen mit einer Bedeutung, die man bisher nicht mit dem „Heimbüro“ verband. Was in Zukunft gelten wird, ist unklar.

Es gibt Grund zur Annahme, dass Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen dann häufiger als bisher den Wunsch äußern

werden, zumindest teilweise, im Homeoffice zu arbeiten. Findet dieser Wunsch Unterstützung im Recht? Diese Frage möchte dieser Beitrag beantworten und zudem aufzeigen, dass die verstärkte Nutzung des Homeoffice in Zeiten der Pandemie Herausforderungen zutage fördert, die durch den aktuell diskutierten Gesetzentwurf, der die Thematik arbeitsrechtlich und vor allen Dingen langfristig regeln soll, nicht abschließend gelöst werden.

A. Homeoffice – heutiges Provisorium und zukünftiges Begriffsverständnis

Homeoffice gibt es nicht erst, seitdem es das Coronavirus gibt. Der „Telearbeitsplatz“ wird in § 2 Abs. 7 der ArbStättV beschrieben.

„Telearbeitsplätze sind vom Arbeitgeber fest eingerichtete Bildschirmarbeitsplätze im Privatbereich der Beschäftigten, für die der Arbeitgeber eine mit den Beschäftigten vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit und die Dauer der Einrichtung festgelegt hat.“

Der Begriff „Homeoffice“ allerdings hat seine rechtliche Verankerung zunächst als Mittel der Pandemiebekämpfung gefunden. Eine Folge ist, dass der Begriff nicht mehr¹ mit dem des Telearbeitsplatzes übereinstimmt.

I. Sars-CoV-2-Arbeitsschutzregel

Diese SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel dient dazu, die Anforderungen an den Arbeitsschutz im Hinblick auf das Coronavirus zu konkretisieren.²

Unter Punkt 2.2 Abs. 1 findet sich folgende Regelung:

„Mobiles Arbeiten ist eine Arbeitsform, die nicht in einer Arbeitsstätte gemäß § 2 Absatz 1 Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV) oder an einem fest eingerichteten Telearbeitsplatz gemäß § 2 Absatz 7 ArbStättV im Privatbereich des Beschäftigten ausgeübt wird, sondern bei dem die Beschäftigten an beliebigen anderen Orten (zum Beispiel beim Kunden, in Verkehrsmitteln, in einer Wohnung) tätig werden.“

Die Erwähnung des Homeoffice folgt im dritten Absatz: „Homeoffice ist eine Form des mobilen Arbeitens.“

Homeoffice wird als eine Form des mobilen Arbeitens eingeordnet, was dessen provisorischen Charakter verdeutlicht. Denn der Arbeitnehmer soll, da mobil, im Homeoffice ähnlich tätig werden, wie er es auch in Verkehrsmitteln könnte. Nach Punkt 2.2 Abs. 3 der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel soll Homeoffice dem Arbeitnehmer ermöglichen, „zum Beispiel unter Nutzung tragbarer IT-Systeme (zum Beispiel Notebooks) oder Datenträger, für den Arbeitgeber tätig zu sein.“

Diese Vorschriften zum Homeoffice haben jenes Provisorium vor Augen, das es pandemiebedingt derzeit auch häufig ist. Die Tätigkeit gründet dabei auf nicht viel mehr als dem eilig aus dem Büro mitgenommenen oder schnell angeschafften Notebook und wird nicht in einem extra eingerichteten Büroraum, sondern notfalls am Küchentisch ausgeübt. Ein Provisorium, das insofern „mobil“ ist, weil es eben ins Wohnzimmer umziehen kann, wenn der Küchentisch zum Essen gebraucht wird. Eine solche Tätig-

keit hat mit der an einem eigenen Schreibtisch, d.h. an einem Arbeitsplatz im engeren Sinne, wenig zu tun. Konsequenterweise gilt deswegen die ArbStättV für das mobile Arbeiten nicht,³ d.h. auch nicht für das Homeoffice i.S.d. Sars-CoV-2-Arbeitsschutzregel.⁴

II. Arbeitsschutzrecht

Die rechtliche Verankerung innerhalb der Normen zur Virusbekämpfung wird – hoffentlich – nur von kurzer Dauer sein. Nach Ende der Pandemie könnte ein Homeoffice wieder mit dem Begriff des Telearbeitsplatzes gleichgesetzt werden, der – wie bereits oben erwähnt – in § 2 Abs. 7 ArbStättV als fest eingerichteter Bildschirmarbeitsplatz im Privatbereich der Beschäftigten beschrieben wird.

Wer zuhause („Home“) ein Büro („Office“) hat, der arbeitet wohl eher an einem fest installierten Bildschirmarbeitsplatz als mit dem Laptop am Küchentisch. Wenn die rechtliche Verankerung in der Sars-CoV-2-Arbeitsschutzregel entfällt, würde Homeoffice ein Büro in den eigenen vier Wänden meinen – und nicht das coronabedingte Provisorium.

III. Gesetzentwurf

Der aktuelle Gesetzentwurf, der das mobile Arbeiten in § 111 GewO verorten will, orientiert sich allerdings eher an dem Begriffsverständnis, das durch die Pandemie hervorgehoben wurde. Infolgedessen ordnet er das Homeoffice als einen Unterfall der mobilen Arbeit ein, das – je nachdem, wie es konkret ausgestattet ist – auch als Telearbeitsplatz ausgestaltet sein kann.⁵

Besser wäre es, dass Homeoffice zukünftig wieder als Telearbeitsplatz i.S.d. ArbStättV einzuordnen, um den Beschäftigten den damit verbundenen Arbeitsschutz zukommen zu lassen. Dieser besteht insbesondere in der an ergonomischen Bedürfnissen ausgerichteten Ausstattung des Arbeitsplatz-

1 Vgl. noch im Sinne von häuslicher Telearbeit Benkert, NJW-Spezial 2019, 306; Rieble/Picker, ZFA 2013, 383, 384; Landmann/Rohmer, GewO, § 1 ArbSchG Überschrift vor Rn. 56.

2 Vgl. die Einleitung der Arbeitsschutzregel, abrufbar unter www.baua.de/DE/Angebote/Rechtstexte-und-Technische-Regeln/Regelwerk/AR-CoV-2/pdf/AR-CoV-2.pdf?__blob=publicationFile&v=14 (zuletzt abgerufen am 28.05.2021).

3 BR-Drs. 506/16, S. 24; Hidalgo, NZA 2019, 1449, 1450; Keilich/Brummer, SPA 2020, 126.

4 Deusch, ZMV 2021, 1.

5 Vgl. Referentenentwurf eines Gesetzes zur mobilen Arbeit (Stand 14.01.2021), S. 13 abrufbar unter www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetze/Referentenentwurf/ref-mobile-arbeit-gesetz.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt abgerufen am 28.05.2021).

zes.⁶ Weil es daran im Moment in den ad hoc geschaffenen Homeoffices zur Pandemiebekämpfung häufig fehlt, klagt jeder Dritte Beschäftigte über körperliche Beschwerden, die durch die fehlende Ausstattung verursacht wurden.⁷

B. Anspruch

Findet der Wunsch nach Homeoffice Unterstützung im Recht? Die meisten Arbeitsverträge werden keine Regelung im Hinblick auf das Homeoffice enthalten, sondern einen anderen Arbeitsort festlegen. Diese Festlegung stellt eine wichtige Grenze des Weisungsrechts dar.⁸ Denn dort, wo Arbeitgeber und Arbeitnehmer etwas vereinbart haben, kann einseitig nicht etwas anderes angeordnet werden. Ein Anspruch, zuhause zu arbeiten, besteht dann grds. nicht.

I. Erste Ausnahme

Kein Grundsatz ohne Ausnahme. Die erste Ausnahme ist dem Coronavirus geschuldet.

Die Regelung des § 28b Abs. 7 IfSG beinhaltet nunmehr⁹ die coronabedingte Vorschrift zum Homeoffice, die zuvor, als bloß einseitige Verpflichtung gegenüber den Arbeitgebern, in § 2 Abs. 4 Corona-ArbSchVO enthalten war.

„Der Arbeitgeber hat den Beschäftigten im Fall von Büroarbeit oder vergleichbaren Tätigkeiten anzubieten, diese Tätigkeiten in deren Wohnung auszuführen, wenn keine zwingenden betriebsbedingten Gründe entgegenstehen. Die Beschäftigten haben dieses Angebot anzunehmen, soweit ihrerseits keine Gründe entgegenstehen. [...]“

Die Vorschrift ist Teil des öffentlich-rechtlichen Infektionsschutzrechts. Sie begründet der zuständigen Behörde gegenüber Pflichten, aber keinen zivilrechtlichen Anspruch der Arbeitsvertragsparteien auf Einrichtung eines Homeoffice, weder für den Arbeitgeber noch für den Arbeitnehmer.¹⁰

Den Arbeitgeber trifft die Pflicht, den Beschäftigten „Homeoffice“, wie es in den Gesetzesmaterialien genannt wird,¹¹ anzubieten, wenn keine betriebsbedingten Gründe dagegen sprechen. Diese liegen nach der Vorstellung des Gesetzgebers dann vor, wenn die Betriebsabläufe sonst erheblich eingeschränkt würden oder gar nicht aufrechterhalten werden könnten. Demgegenüber sollen technische oder organisatorische Gründe nur vorübergehend von der Pflicht, Homeoffice anzubieten, befreien.¹²

Arbeitnehmer müssen das Angebot annehmen, wenn nicht bspw. die räumliche Enge, Störungen durch Dritte oder unzureichende technische Ausstattung dem entgegenstehen.¹³

Die Frage des Homeoffice hängt auch unter der Geltung der Vorschrift des § 28b Abs. 7 IfSG vom entsprechenden Willen der Arbeitsvertragsparteien ab. Denn der Behörde – die einen entsprechenden Verstoß erst mal feststellen müsste – spielt der Umstand, dass ein Verstoß gegen die Regelungen weder für den Arbeitgeber noch für den Arbeitnehmer straf- oder bußgeldbewehrt ist, sicher nicht in die Karten. Als Instrument im Verhältnis Arbeitgeber-Arbeitnehmer bleibt der mögliche Hinweis auf § 28b Abs. 7 IfSG ein stumpfes Schwert.

II. Zweite und dritte Ausnahme

Anders als die Vorschrift des § 28b Abs. 7 IfSG beinhalten § 16 Abs. 1 Satz 2 BGlG sowie § 164 Abs. 4 SGB IX einen subjektiven Anspruch. Diese sind aber für die Lösung der Gesamthematik ungeeignet, weil sie erstens nur einen kleinen Kreis von Anspruchsberechtigten definieren und zweitens die Position des Arbeitgebers eine hervorgehobene Berücksichtigung findet.

1. Anspruchsinhaberschaft

Der Kreis der Anspruchsberechtigten ist klein. Das BGlG gilt nur für Beschäftigte in Bundesbehörden,¹⁴ entsprechende Vorschriften für die Landesbediensteten fehlen in vielen Bundesländern.¹⁵ § 164 Abs. 4 SGB IX wendet sich nur an schwerbehinderte Menschen.¹⁶ Schon dieser Umstand begrenzt die Bedeutung der Regelungen für die Gesamthematik enorm, hinzu kommt dann noch die Berücksichtigung der Arbeitgeberinteressen im Tatbestand.

2. Tatbestandsvorgaben

Nach § 16 Abs. 1 Satz 2 BGlG müssen die Dienststellen Beschäftigten mit Familien und Pflegeaufgaben Telearbeits-

6 Vgl. ArbStättV, Anhang Anforderungen und Maßnahmen für Arbeitsstätten nach § 3 Nr. 6.1 Abs. 1.

7 Das ist ein Ergebnis einer im Auftrag der DEKRA durchgeführten Umfragen, siehe www.dekra.de/de/homeoffice-fluch-segen-asr2021/ (zuletzt abgerufen am 28.04.2021).

8 Jousen in: BeckOK, ArbR, 59. Edition, § 611a BGB Rn. 363.

9 Seit 24.04.2021, vgl. BGBl. I 2021, 805, 807.

10 Vgl. insoweit bereits die Begründung zur Vorläuferregelung, siehe Referentenentwurf zur SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung, S. 9 abrufbar unter www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetze/Regierungsentwurfe/reg-sars-cov-2-arbeitsschutzverordnung.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 28.05.2021).

11 BT-Drs. 19/28732, S. 20.

12 BT-Drs. 19/28732, S. 20.

13 BT-Drs. 19/28732, S. 21.

14 Vgl. § 2, § 3 Nr. 5 BGlG.

15 So z.B. in Rheinland-Pfalz oder in Nordrhein-Westfalen.

16 Brose in: BeckOK, SozR, 60. Edition, § 164 SGB IX Rn. 19; Düwell in: LPK-SGB IX, § 164 Rn. 178.

plätze nur im Rahmen der dienstlichen Möglichkeiten anbieten. Damit wird den Dienststellen ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt, der gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar ist.¹⁷ Der Antrag auf Einrichtung eines Telearbeitsplatzes darf nicht (!) nur dann abgelehnt werden, wenn zwingende dienstliche Belange entgegenstehen,¹⁸ der Dienstherr darf von seiner Organisationskompetenz vollumfänglich Gebrauch machen.¹⁹

Vergleichbar ist die Situation bei § 164 Abs. 4 Nr. 1 und 4 SGB IX, der – anders als die bisher in Rede stehenden Vorschriften – nicht auf die Einrichtung eines Homeoffice zielt, sondern u.a. die Einrichtung eines behinderungsgerechten Arbeitsplatzes postuliert.²⁰ Damit dieser sich zu einem Anspruch auf einen Telearbeitsplatz konkretisiert, müsste eine Ausübung der Arbeit nur im Homeoffice möglich²¹ und dem Arbeitgeber zumutbar bzw. für diesen nicht unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden sein. Neben anderen Gründen²² ist die Einrichtung eines Homeoffice-Arbeitsplatzes auch dann unzumutbar, wenn diese der Unternehmerentscheidung des Arbeitgebers zur Gestaltung seiner Arbeitsorganisation widerspricht.²³ Effektive Instrumente, ein Homeoffice zu erzwingen, existieren also nicht.²⁴

III. Kein Anspruch aus dem Arbeitsvertrag

Auch der Arbeitsvertrag selbst weist nicht den Weg ins Homeoffice. Zunächst führt die arbeitsvertraglich gebotene Berücksichtigung der Interessen des Arbeitnehmers nicht dazu, dass der Arbeitgeber diesen per Direktionsrecht ins Homeoffice schicken muss. Der Arbeitgeber ist zudem regelmäßig nicht an die einmalige Gestattung des Homeoffice gebunden, sondern kann den Arbeitnehmer wieder zurück ins Büro beordern.²⁵

Das arbeitsrechtliche Direktionsrecht ist im Hinblick auf das Homeoffice allerdings auch zugunsten des Arbeitnehmers beschränkt, denn der Arbeitgeber kann die Tätigkeit im Homeoffice nicht gegen dessen Willen anordnen.

1. Berücksichtigung von Interessen nach § 241 Abs. 2 BGB

§ 241 Abs. 2 BGB verpflichtet die Parteien eines Vertrages zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils. Das gilt auch beim Arbeitsvertrag. Kann die Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitnehmers den Arbeitgeber zwingen, ihn ins Homeoffice zu schicken? Das dürfte nur sehr selten der Fall sein, schließlich gilt zunächst die Bindung an das vertraglich Vereinbarte. Damit die Interessen des Arbeitnehmers entsprechende Berücksichtigung finden können, muss in Bezug auf die ursprünglich vereinbarte Arbeitsleistung ein unüberwindbares Leis-

tungshindernis bestehen, hervorgerufen etwa durch eine Krankheit des Arbeitnehmers, die verhindert, dass er seinen Arbeitsplatz im Betrieb aufsucht.²⁶ Eine solche Rücksicht müsste der Arbeitgeber nicht dauerhaft, sondern nur vorübergehend nehmen, nämlich bis der Arbeitnehmer das Leistungshindernis beseitigt hat. Die Rücksichtnahme muss nicht um jeden Preis erfolgen, sondern nur, wenn die Abweichung von dem, was ursprünglich vereinbart war, für den Arbeitgeber zumutbar ist. Das Homeoffice ist dem Arbeitgeber nur zumutbar, wenn keine betrieblichen Gründe existieren, die dagegensprechen.²⁷ Das ist z.B. dann der Fall, wenn eine Homeoffice-Tätigkeit der Arbeitsorganisation des Arbeitgebers widerspricht oder zu hohen wirtschaftlichen Belastungen führt.²⁸

Letztlich ist der Gedanke des § 162 Abs. 2 BGB zu nennen, der anstelle von Treu und Glauben²⁹ heranzuziehen ist, um einen Anspruch auf eine Tätigkeit im Homeoffice für eine Arbeitnehmerin zwecks Kinderbetreuung zu verneinen, weil diese durch einen nicht notwendigen Umzug erst selbst die Situation herbeigeführt hatte, die sie jetzt zu einer Tätigkeit im Homeoffice zwang.³⁰ Fälle, in denen die Interessen des Arbeitnehmers in Sinne einer Gestattung im Homeoffice zu arbeiten, zu berücksichtigen sind, gibt es damit nur wenig.

2. Weisung ins Homeoffice

Denkbar ist auch die gegenteilige Situation: Der Arbeitgeber möchte den Arbeitnehmer im Homeoffice arbeiten lassen, aber dieser möchte lieber weiterhin im Betrieb tätig sein. Kann der Arbeitgeber den Arbeitsort „Homeoffice“ einseitig bestimmen?

17 Picker, ZFA 2019, 269, 276.

18 VG Koblenz, Urt. v. 18.02.2015 - 2 K 719/14.KO Rn. 27; vgl. auch VG Trier, Urt. v. 01.03.2011 - 1 K 1202/10.TR Rn. 18.

19 VG Koblenz, Urt. v. 18.02.2015 - 2 K 719/14.KO Rn. 28.

20 Siehe dazu genauer Brose in: BeckOK, SozR, 60. Edition, § 164 SGB IX Rn. 23, 24; Düwell in: LPK-SGB IX, § 164 Rn. 179 ff.

21 Picker, ZFA 2019, 269, 276; Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl. 2020, Rn. 64.

22 Vgl. die Übersicht bei Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl. 2020, Rn. 71.

23 Vgl. LArbG Hamburg, Urt. v. 15.04.2015 - 5 Sa 107/12 Rn. 35 f.

24 Siehe insoweit auch Oberthür, MDR 2015, 1269, 1270.

25 Hierzu siehe ausführlich Picker, ZFA 2019, 269, 277.

26 Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl. 2020, Rn. 98.

27 Vgl. bereits Oberthür, MDR 2015, 1269, 1270.

28 Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl. 2020, Rn. 104.

29 So LArbG Mainz, Urt. v. 18.12.2014 - 5 Sa 378/14 Rn. 32 f.

30 Das Beispiel findet sich auch bei Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl. 2020, Rn. 100.

Als arbeitsrechtliche Besonderheit gibt das Direktionsrecht dem Arbeitgeber die Möglichkeit, Inhalt, Ort und Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher zu bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind, vgl. § 106 GewO. Das eröffnet dem Arbeitgeber die Möglichkeit, den Arbeitsort nach Vertragsbeginn zu verändern, allerdings nur innerhalb des Rahmens, den der Arbeitsvertrag häufig vorgibt. Wenn dort als Arbeitsort „Bochum“ festgehalten ist, kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer innerhalb Bochums versetzen, nicht allerdings nach Essen. Das würde noch erlauben, die Arbeitnehmer, die in Bochum wohnen, ins Homeoffice zu schicken. Die Ausübung des Weisungsrechts muss aber auch nach billigem Ermessen erfolgen. Dabei sind die schützenswerten Interessen der Arbeitsvertragsparteien einander gegenüberzustellen.³¹ Das von § 106 Satz 1 GewO geforderte billige Ermessen ist ein Einfallstor für die mittelbare Wirkung der Grundrechte.³² Die grundrechtlich gegenüber dem Staat garantierte Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 Abs. 1 GG verhindert im Rahmen des Arbeitsverhältnisses, dass der Arbeitgeber im Rahmen seines Weisungsrechtes auf die Wohnung zugreifen und diese von einem Rückzugs- zu einem Arbeitsort machen kann.³³

3. Bindende Gestattung

Der Inhalt des Direktionsrechts wirkt aber auch in entgegengesetzter Richtung zugunsten einer Tätigkeit im Büro des Arbeitgebers. Gemeint ist, dass die Erlaubnis, den Arbeitnehmer im Homeoffice arbeiten zu lassen, den Arbeitgeber nicht bis ans Vertragsende bindet, sondern regelmäßig die Möglichkeit lässt, die Tätigkeit im Homeoffice wieder zu beenden. Für die Frage, inwieweit der Arbeitgeber an die Gestattung zur Telearbeit gebunden ist, lässt sich die Rechtsprechung des BAG zur Bindungswirkung einzelner Weisungen fruchtbar machen.³⁴ Dabei muss das Weisungsrecht im Grundsatz keine Bindungswirkung entfalten, da nur auf diesem Wege die im Arbeitsvertrag notwendige Flexibilität erreicht wird. Wenn der Bauunternehmer seinen Polier anweist, auf einer bestimmten Baustelle tätig zu sein, muss er diese Weisung sinnvollerweise spätestens dann ändern können, wenn die Arbeit auf der Baustelle erledigt ist. Daher stellt die Rechtsprechung an die Bindung des Arbeitgebers an eine Weisung hohe Anforderungen und verlangt sowohl die Erfüllung einer zeitlichen Komponente als auch das Vorliegen besonderer Umstände, die gegen die bloße Ausübung des Weisungsrechts und für eine bindende, konkludente Vertragsänderung sprechen.³⁵ Allein

die Tatsache, dass der Arbeitgeber sein Direktionsrecht über einen längeren Zeitraum nicht ausübt, ruft keine Bindungswirkung hervor und konkretisiert die arbeitsvertragliche Pflicht nicht. Das BAG hat Arbeitgeber auch nach 14³⁶ oder 15³⁷ Jahren nicht daran gehindert, ihre Weisungen wieder zu ändern. Damit ist die Situation für diejenigen, die aufgrund der Pandemie ins Homeoffice gewechselt sind, klar. Ihr Arbeitgeber kann sie nach deren Ende wieder zurück ins Büro beordern, wenn es nicht zusätzliche Anhaltspunkte gibt, die dagegensprechen, d.h. beim Arbeitnehmer zu einem Vertrauen dahin gehend führen, dass er nicht mehr mit einer Änderung rechnen muss.

Das wäre z.B. dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer den Verbleib im Homeoffice zum Gegenstand der jährlichen Gehaltsverhandlung gemacht hat und sich das Arbeiten von zuhause aus mit Zugeständnissen an anderer Stelle erkaufte, z.B. mit dem Verzicht auf eine Gehaltserhöhung.

Ansonsten gilt, dass außerhalb der pandemiebedingten Maßnahmen eine Tätigkeit im Homeoffice nur dann möglich ist, wenn sich Arbeitnehmer und Arbeitgeber darauf einig sind.³⁸ Das wird nach dem Ende der Pandemie und bei Einführung der aktuell diskutierten Gesetzgebung so bleiben.

C. Gesetzentwurf

Denn der aktuelle Gesetzentwurf sieht vor, dem Arbeitnehmer in § 111 GewO nicht viel mehr als einen – mit §§ 8, 9a TzBfG vergleichbaren – Verhandlungsanspruch einzuräumen, in dessen Rahmen der Arbeitgeber den Wunsch nach Homeoffice mit Gründen, die lediglich nicht sachfremd oder willkürlich sind,³⁹ ablehnen können soll.

31 Preis in: ErfK, GewO, 21. Aufl. 2021, § 106 Rn. 10.

32 Siehe hierzu ausführlich Maschmann in: BeckOGK, GewO, § 106 Rn. 87 ff., Stand 01.09.2018.

33 Krieger/Rudnik/Povedano Peramato, NZA 2020, 473, 475; nach Rieble/Picker, ZFA 2013, 383, 402 führt das Homeoffice nicht zu einer Verbetrieblichung der Wohnung, sondern zur Privatisierung des Arbeitsplatzes.

34 So bereits Picker, ZFA 2019, 269, 277.

35 Vgl. Picker, ZFA 2019, 268 unter Heranziehung von BAG, Urt. v. 07.12.2000 - AZR 444/99; Maschmann in: BeckOGK, GewO, § 106 Rn. 42 ff., Stand 01.09.2018.

36 BAG, Urt. v. 07.12.2000 - 6 AZR 444/99.

37 BAG, Urt. v. 17.08.2011 - 10 AZR 202/10 Rn. 18 ff.

38 Punkte, die dabei zu berücksichtigen sind, finden sich bei Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl. 2020, Rn. 121.

39 Vgl. Referentenentwurf eines Gesetzes zur mobilen Arbeit, S. 14 abrufbar unter www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetze/Referentenentwuerfe/ref-mobile-arbeit-gesetz.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt abgerufen am 28.05.2021).

Bleibt die begründete Ablehnung aus, wird die Vereinbarung von mobiler Arbeit zugunsten des nachfragenden Arbeitnehmers fingiert. Sowohl per Betriebsvereinbarung als auch Tarifvertrag sollen andere, auch für den Arbeitnehmer ungünstigere Regelungen vereinbart werden können. Das gilt ebenfalls für die Beendigung der mobilen Arbeit. Hier sieht § 111 Abs. 7 GewO-E grds. vor, dass beide Parteien die mobile Arbeit durch Erklärung mit einer Frist von drei Monaten zum Ende eines Kalendermonats beenden können – soweit nichts anderes vereinbart ist.

Ob es ratsam ist, weitere Schutzmechanismen zugunsten der Arbeitnehmer gesetzlich zu verankern, lässt sich mithilfe einer Betrachtung der zwei Themen beantworten, die aktuell zum Homeoffice häufig diskutiert werden: Arbeitsschutz und Arbeitszeit.

I. Arbeitsschutz im Homeoffice

Nach § 1 ArbSchG hat das Arbeitsschutzrecht zum Ziel, die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Beschäftigten bei der Arbeit zu sichern und zu verbessern. Das soll, vgl. § 2 Abs. 1 ArbSchG, durch Maßnahmen zur Verhütung von Unfällen bei der Arbeit und arbeitsbedingten Gesundheitsgefahren geschehen. Welche Maßnahmen erforderlich sind, soll der Arbeitgeber nach § 5 Abs. 1 ArbSchG durch eine Beurteilung der für die Beschäftigten mit ihrer Arbeit verbundenen Gefährdung ermitteln.⁴⁰

Diese allgemeine Vorgabe wird durch eine ganze Reihe von arbeitsschutzrechtlichen Spezialvorschriften konkretisiert.⁴¹ In diesem Zusammenhang ist die ArbStättV von Bedeutung, die der Sicherheit und dem Schutz der Gesundheit der Beschäftigten beim Einrichten und Betreiben von Arbeitsstätten dient, vgl. § 1 Abs. 1 ArbStättV. Ist das Homeoffice eine solche Arbeitsstätte? Zur Zeit der Pandemie muss man sagen: Nein, denn der Gesetzgeber denkt das Homeoffice aktuell als Provisorium und, siehe die eingangs zitierte Arbeitsschutzregel, als Form des mobilen Arbeitens. Mobiles Arbeiten kennt keine feste Stätte. Das gilt nach § 1 Abs. 4 ArbStättV nicht für den Telearbeitsplatz, der nicht provisorisch, sondern definitionsgemäß fest eingerichtet und deswegen als Arbeitsstätte anzusehen ist. Das hat zur Folge, dass nach § 1 Abs. 4 ArbStättV der Arbeitgeber sowohl eine Gefährdungsbeurteilung, die durch Vorgaben in § 3 ArbStättV konkretisiert wird, als auch eine Unterweisung der Beschäftigten zur Gefahrvermeidung (§ 6 ArbStättV) vorzunehmen hat.

Kann der Arbeitgeber das leisten, wenn er den Telearbeitsplatz des Beschäftigten nicht ohne Weiteres besichtigen kann? Ja, denn die arbeitsschutzrechtliche Gefährdungs-

beurteilung verlangt keine Inaugenscheinnahme aller Arbeitsplätze. Zur Frage, wie der Arbeitgeber die Gefährdungsbeurteilung vorzunehmen hat, macht das Gesetz absichtlich nur wenige Vorgaben.⁴² Die Gefahren, die in physischer Hinsicht von einem Bildschirmarbeitsplatz ausgehen, sind beherrschbar und wohlbekannt. Denn im Anhang 6 der ArbStättV sind die Anforderungen, die an einen Bildschirmarbeitsplatz gestellt werden, festgehalten. Diese gelten sowohl für den Arbeitsplatz im Betrieb als auch für den im Privatbereich des Arbeitnehmers, sofern man diese nicht als mobile Arbeit, sondern als feste Telearbeit einordnet. Das wird u.a. daran deutlich, dass der heimische Arbeitsplatz schon nur in den Anwendungsbereich der ArbStättV fällt, soweit er von dem im Betrieb abweicht. Weil aber eben für diesen Typus des betrieblichen Arbeitsplatzes so konkrete Anforderungen formuliert werden,⁴³ muss der Arbeitgeber nicht jeden Telearbeitsplatz besichtigen, sondern kann sich darauf beschränken, den Arbeitnehmer mittels Fragebogen⁴⁴ abklären zu lassen, ob z.B. sichergestellt ist, dass die Bildschirmgeräte so aufgestellt sind, dass die Oberflächen frei von störenden Reflexionen und Blendungen sind.⁴⁵ Erst wenn sich aus den Angaben des Arbeitnehmers Widersprüche ergeben und der Arbeitgeber deshalb an der Einhaltung der Sicherheitsvorschriften zweifelt, ist ein Hausbesuch angezeigt, der aus diesem Grund und unter diesen Voraussetzungen im Rahmen der Homeoffice-Übereinkunft geregelt werden sollte.⁴⁶ Geben die Auskünfte des Arbeitnehmers keinen Anlass zu Misstrauen, muss der Arbeitgeber keine weiteren Maßnahmen fürchten,⁴⁷ da er jedenfalls nicht (grob) fahrlässig handelt, weder im Sinne der Bußgeldtatbestände des

40 Zur Beurteilung nach § 5 ArbSchG vgl. genauer Kreizberg in: Kollmer/Klindt/Schucht/Kreizberg, ArbSchG, 4. Aufl. 2021, § 5 Rn. 76 ff.; Wiebauer in: Landmann/Rohmer, GewO, 85. Ergänzungslieferung, September 2020, § 5 ArbSchG Rn. 7.

41 Siehe die Übersicht und Darstellung bei Kreizberg in: Kollmer/Klindt/Schucht/Kreizberg, ArbSchG, 4. Aufl. 2021, § 5 Rn. 5 ff.

42 Kreizberg in: Kollmer/Klindt/Schucht/Kreizberg, ArbSchG, 4. Aufl. 2021, § 5 Rn. 78; Wiebauer in: Landmann/Rohmer, GewO, 85. Ergänzungslieferung, September 2020, § 5 ArbSchG Rn. 7.

43 Vgl. auch die Übersicht bei Hidalgo, NZA 2019, 1449, 1456.

44 Ein Beispiel findet sich bei Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl. 2020, Rn. 704.

45 Vgl. Anhang 6.1 Abs. 4 ArbStättV.

46 Zu dieser umstrittenen Fragestellung vgl. insgesamt Hidalgo, NZA 2019, 1449 ff., die ebenfalls von der Möglichkeit, im Wege eines Fragebogens vorzugehen, ausgeht, allerdings erst, wenn der Arbeitnehmer einen Hausbesuch ablehnt, vgl. Hidalgo, NZA 2019, 1449, 1456; siehe ausführlich Rieble/Picker, ZFA 2013, 383, 389 ff.

47 Nach Hidalgo, NZA 2019, 1449, 1454, dürfe der Arbeitgeber auf die Richtigkeit der Angaben vertrauen.

ArbSchG,⁴⁸ noch i.S.d. § 111 SGB VII,⁴⁹ der ansonsten einen Rückgriff der Unfallversicherung erlauben würde.

Die tatsächlichen Probleme, die das Homeoffice für den Arbeitsschutz, bzw. besser gesagt: für die Gesundheit der Beschäftigten spielen wird, liegen nicht in der erschwerten Möglichkeit der Besichtigung. Sie liegen in einer auch zukünftig zu schlechten Ausstattung und den noch nicht ausreichend erforschten Gefahren für die psychische Gesundheit.

Die derzeitige Klassifizierung des Homeoffice als mobile Arbeit betont vor allem dessen provisorischen Charakter, der auch in dem Umstand zum Ausdruck kommt, dass die Tätigkeit mithilfe von tragbaren IT-System, d.h. etwa Notebooks, stattfindet. Der Blick auf die Vorgaben der ArbStättV zeigt jedoch, dass die Arbeit am Notebook, das auf dem Küchentisch steht, nicht dem entspricht, wie Bildschirmarbeit unter dem Gesichtspunkt der Arbeitssicherheit ausgestaltet sein sollte. In einer Befragung von ca. 1.500 Beschäftigten äußerte rund jeder dritte Befragte, aufgrund der Arbeit im Homeoffice gesundheitliche Probleme wegen eines mangelhaften, nicht ergonomischen Arbeitsplatzes zu haben.⁵⁰ Nach dem Ende der Pandemie sollte die Arbeit zuhause wieder als Telearbeit verstanden und die Heimarbeitsplätze entsprechend der Vorgaben des Arbeitsschutzes⁵¹ ausgestattet werden.

Keine Ausstattung schützt vor den psychischen Belastungen, die sich aus der Arbeit im Homeoffice ergeben und die sich gerade während der Pandemie besonders zeigen. Die Forschung steckt noch in den Kinderschuhen. Das bedeutet vor allem, dass noch keine Lösungen existieren, aber erste Gefahren identifiziert werden können. Stellvertretend sei hier das Work-Life-Blending benannt, das die Belastung beschreibt, wenn Arbeits- und Freizeit vermischen und damit einer Erholung des Arbeitnehmers entgegenstehen.⁵²

Ein noch typischeres Phänomen des Homeoffice ist das sog. Zoom-Fatigue.⁵³ Erste Untersuchungen haben gezeigt, dass sowohl die kurze zeitliche Verzögerung als auch die nur ausschnittshafte Wahrnehmung des Gegenübers für Teilnehmer einer Videokonferenz deutlich anstrengender ist als direkte Kommunikation. Die Frage wird sein, wie der Arbeitsschutz, der auch der psychischen Gesundheit des Arbeitnehmers zu dienen hat, vgl. § 4 Nr. 1 ArbSchG, darauf reagiert.

Helfen könnte es, dem Arbeitnehmer ein vorbehaltloses Rückkehrrecht zuzugestehen. Ein solches ist angedacht und in Absatz 7 des § 111 GewO-E⁵⁴ enthalten. Im Moment ist jedoch vorgesehen, dass sowohl die Arbeitsvertragsparteien als auch die Betriebspartner sowie die Tarifvertragsparteien ein Recht des Arbeitnehmers ausschließen können, aus dem Homeoffice in den Betrieb zurückzukehren. Mit

Blick auf die gerade zu Beginn der Tätigkeit im Homeoffice nicht absehbaren Belastungen für den Arbeitnehmer sollte dieser stets die Möglichkeit haben, in den Betrieb zurückzukehren, wobei – wie vorgesehen – zugunsten des Arbeitgebers Ankündigungsfristen greifen sollten.

II. Arbeitszeit im Homeoffice

Nicht nur zum Arbeitsschutz im Allgemeinen, sondern auch zur Arbeitszeit im Besonderen stellen sich bisher noch unbeantwortete Fragen. Das gilt zunächst nicht für die sich aus dem sog. Stechururteil des EuGH⁵⁵ ergebenden Konsequenzen. Anders, als der Entscheidungsname glauben lässt, verlangt die Rechtsprechung des Gerichtshofs vom Arbeitgeber nicht, eine Stechuhr am Eingang des Homeoffice zu befestigen. Er kann vielmehr die Erfassung der Arbeitszeit an den Arbeitnehmer delegieren. Das ist im Gesetzentwurf zum mobilen Arbeiten auch in § 112 GewO-E so vorgesehen und trägt den europäischen Vorgaben Rechnung, die eine Überprüfung durch die Aufsichtsbehörden ermöglichen sollen.⁵⁶ Der Arbeitgeber kann die Dokumentation der Arbeitszeit auf den Arbeitnehmer übertragen, nicht aber die Verantwortung für deren Einhaltung.

Die offene Frage ist vielmehr, was im Homeoffice überhaupt als Arbeitszeit gilt. Was mit work-life-blending beschrieben wird, hat erhebliche rechtliche Implikationen. Zunächst, wenn es um die Frage der Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten geht. Nicht jeder Arbeitgeber wird es als vertragsgemäße Leistung ansehen, wenn der Arbeitnehmer bei der Arbeit am Laptop das Kind auf dem Schoß hat, sich parallel mit dem Lebenspartner unterhält oder zwischen- durch nach der pflegebedürftigen Mutter sieht. Ist eine

48 Siehe dazu die Darstellung von Kohte/Schmitz in: Bross (Hrsg.), Handbuch Arbeitsstrafrecht, 2017, Kap. 19.

49 § 111 SGB VII erlaubt einen Regress beim Unternehmer, wenn der Versicherungsfall vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt wurde, vgl. Ricke in: KassKomm, SGB VII, 112. Ergänzungslieferung, Dezember 2020, § 111 Rn. 3.

50 Vgl. www.dekra.de/de/homeoffice-fluch-segen-asr2021/ (zuletzt abgerufen am 28.05.2021).

51 Vgl. ArbStättV, Anhang Anforderungen und Maßnahmen für Arbeitsstätten nach § 3 Nr. 6.1 Abs. 1.

52 Zur Vermischung von Arbeits- und Privatleben innerhalb der Arbeit 4.0 siehe auch Giesen/Kersten, Arbeit 4.0, S. 77 ff.

53 Vgl. hierzu genauer zuletzt Fauville/Luo/Queiroz/Bailenson/Hancock, Nonverbal Mechanisms Predict Zoom Fatigue and Explain Why Women Experience Higher Levels than Men, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3820035> (zuletzt abgerufen am 28.05.2021).

54 Siehe zum Gesetzentwurf insgesamt Schiefer, DB 2021, 114 ff.

55 EuGH, Urt. v. 14.05.2019 - C-55/18. Siehe auch Sittard/Esner, jM 2019, 284 ff.

56 EuGH, Urt. v. 14.05.2019 - C-55/18 Rn. 26.

Stunde, die der Arbeitnehmer unter diesen Bedingungen leistet, mit einer Stunde zu vergleichen, die der Arbeitnehmer ansonsten im Betrieb des Arbeitgebers verbringt – und entsprechend zu vergüten?

Darüber hinaus ist die klare Abgrenzung zwischen Arbeit und Freizeit nicht nur zentral für die Frage der Erfüllung der Hauptleistungspflicht, sondern auch für die Frage der Haftungsprivilegierung und den Unfallversicherungsschutz. Denn nur, wer eine betriebliche veranlasste Tätigkeit ausübt, kommt als Arbeitnehmer in den Genuss der Haftungsprivilegierung.⁵⁷ Ob eine Tätigkeit konkret dem Arbeitsverhältnis dient oder eher privat veranlasst war, lässt sich im Homeoffice schwerer unterscheiden als im Betrieb.

Ähnliche Probleme ergeben sich bei der Unfallversicherung, die nur denjenigen schützt, der einen Arbeitsunfall hat. Das führt aktuell dazu, dass es für den Unfallschutz von Bedeutung ist, ob der Nachbar oder ein Kollege an der Haustür klingelt, wenn der Arbeitnehmer auf dem Weg zur Haustür stürzt.⁵⁸

D. Fazit

Der Begriff Homeoffice wurde durch die Corona-Gesetzgebung belegt und mit einem Verständnis versehen, das ihm vorher nicht zgedacht war. Aktuell beschreibt Homeoffice eine Tätigkeit, die vom provisorischen und kurzfristigem Element bestimmt wird, das ansonsten der mobilen Arbeit innewohnt.

Nach der Pandemie sollte im Interesse des effektiven Arbeitsschutzes zu einem Verständnis im Sinne eines Telearbeitsplatzes zurückgekehrt werden, für den die ArbStättV – als Bildschirmarbeitsplatz zuhause – Anforderungen formuliert, die dem Gesundheitsschutz, das zeigen erste Erfahrungen, im Homeoffice sehr dienlich sind. Aufgrund der noch nicht näher erforschten gesundheitlichen Gefahren, die durch eine Tätigkeit im Homeoffice bestehen, sollte der Arbeitnehmer ein bedingungs-freies, nur mit einer Ankündigungsfrist verbundenes Rückkehrrecht besitzen. Es sollte darauf nicht – wie es der aktuelle Gesetzentwurf vorsieht – verzichtet werden können, weder persönlich noch durch Kollektivverträge. Sowohl im Arbeitsschutz als auch im Rahmen der Arbeitszeit hat die Pandemie bereits Fragen aufgeworfen, auf die das Recht noch keine ausreichende Antwort gegeben hat.

Das Ringen um die Entgeltlisten zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber

BAG, Beschl. v. 28.07.2020 - 1 ABR 6/19

RA und FA für Arbeitsrecht Dr. Detlef Grimm und
RA Malte Göbel

A. Problemstellung

Das BAG hatte sich im Juli 2020 mit einem Thema beschäftigt, das in verschiedenen Spielarten schon seit Langem Inhalt einer Vielzahl von Entscheidungen war. Es geht um den Inhalt der Einblicks- und Auswertungsrechte der Betriebsräte im Hinblick auf die Lohn- und Gehaltslisten in einem Betrieb. § 80 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 BetrVG normiert ein Recht des Betriebsrats, Einsicht in die Listen zu nehmen. Betriebsräte haben in der Vergangenheit versucht, dieses Einsichtsrecht in einen Herausgabeanspruch umzudeuten. Von Arbeitgeberseite gab es oft Versuche, den Anspruch mit anonymisierten Gehaltslisten zu erfüllen.

Im Zusammenhang mit dem Anspruch aus § 80 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 BetrVG sind die dem Streit zugrunde liegenden Fragen von der Rechtsprechung geklärt worden. Die Norm gewährt nur einen Einsichtsanspruch, kein Herausgaberecht,¹ die Überlassung anonymisierter Listen erfüllt den Anspruch allerdings nicht.²

Noch ungeklärt ist die Rechtslage dagegen in Bezug auf das Recht des Betriebsausschusses aus § 13 Abs. 2 Satz 1 EntgTranspG, die Entgeltlisten einzusehen und auszuwerten.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Mit der vorliegenden Entscheidung sollte das BAG nach dem Willen der Antragsteller zu der Frage Stellung nehmen, ob der Betriebsausschuss aus § 13 Abs. 2 Satz 1 EntgTranspG einen Anspruch auf Überlassung von Lohn-/Gehaltslisten geltend machen kann. Dabei bestand im konkreten Fall die Besonderheit, dass der Betriebsrat, der den Antrag gestellt hatte, für die Erfüllung der Auskunftsverlangen nach dem EntgTranspG nicht zuständig war, weil der Arbeitgeber diese Aufgabe nach § 14 Abs. 2 Satz 1, § 15 Abs. 2 EntgTranspG an sich gezogen hatte.

57 Vgl. hierzu Wilhelm, NZA 2021, 15 ff.

58 Das Beispiel stammt von Spellbrink, NZS 2016, 527, 528.

1 BAG, Beschl. v. 03.12.1981 - 6 ABR 8/80.

2 LArbG Hamm, Beschl. v. 19.09.2017 - 7 TaBV 43/17.

Das BAG ging aus diesem Grund auf die eigentlich aufgeworfene Frage, ob dem Betriebsrat nach § 13 Abs. 2 Satz 1 EntgTranspG ein Recht auf Übergabe der Lohn-/Gehaltslisten zusteht, gar nicht ein, sondern wies den Antrag mit der Begründung ab, dass ein Überlassungsanspruch nur bestehen könne, wenn der Betriebsrat Auskunftsverlangen der Arbeitnehmer nach § 10 Abs. 1, § 14 Abs. 1, § 15 Abs. 2 EntgTranspG zu beantworten habe. Das ist nicht der Fall, wenn der Arbeitgeber diese Aufgabe nach § 14 Abs. 2 Satz 1, § 15 Abs. 2 EntgTranspG an sich gezogen hat.

Das BAG legt das Einsichtsrecht des Betriebsrats in die Lohn-/Gehaltslisten aus § 13 Abs. 2 Satz 1 EntgTranspG in der Entscheidung mit großer methodischer Sorgfalt aus und kommt dabei zu dem wohlbegründeten Ergebnis, dass es nur bestehe, wenn der Betriebsrat auch die Auskunftsverlangen der Arbeitnehmer beantworte. Das ist zwar aufgrund des Wortlauts der Vorschrift nicht zwingend, da § 13 Abs. 2 Satz 1 EntgTranspG ein Einblicks- und Auswertungsrecht des Betriebsrats für die Erfüllung seiner Aufgaben nach Absatz 1 gewährt und der Betriebsrat nach § 13 Abs. 1 EntgTranspG nicht nur die Aufgabe hat, Auskunftsverlangen zu beantworten, sondern auch, die Entgeltgleichheit von Männern und Frauen im Betrieb zu fördern.

Das Einblicks- und Auswertungsrecht des Betriebsrats sei aber nach seinem Sinn und Zweck vor allem für die Beantwortung von Auskunftsverlangen erforderlich. Darüber hinaus führe die Gesetzesbegründung zum EntgTranspG aus, dass § 13 Abs. 2 Satz 1 EntgTranspG regelt, auf welcher Datengrundlage der Betriebsausschuss Auskunftsverlangen beantworten könne. Der Gesetzgeber habe daher mit dem Anspruch aus § 13 Abs. 2 Satz 1 EntgTranspG ein Instrument schaffen wollen, um dem Betriebsrat die Beantwortung von Auskunftsverlangen zu ermöglichen. Da der Arbeitgeber die Erfüllung der Auskunftsverlangen an sich gezogen habe, ermangele es dem Petitum des Betriebsrats an der Erforderlichkeit.

C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung markiert einen neuen Zwischenstand in dem seit langen zwischen Betriebsräten und Arbeitgebern ausgetragenen Konflikt über die Reichweite der Einsichtsrechte des Betriebsrats in Entgeltlisten, ist aber der eigentlich aufgeworfenen Frage, ob § 13 Abs. 2 Satz 1 EntgTranspG einen Anspruch auf Überlassung der Entgeltlisten gewährt, aus dem Weg gegangen. Die Instanzgerichte haben die Frage bisher verneint.³ Nach der jetzigen Entschei-

dung besteht ein Anspruch jedenfalls nur dann, wenn der Betriebsrat für die Beantwortung der Auskunftsverlangen nach § 10 Abs. 1, § 14 Abs. 1, § 15 Abs. 2 EntgTranspG zuständig ist.

D. Auswirkungen für die Praxis

Mit diesem Ergebnis hat das BAG einen für die Beratungspraxis interessanten Weg aufgezeigt, um Streitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Betriebsräten über die Überlassung von Entgeltlisten aus dem Weg zu gehen: beantwortet der Arbeitgeber Auskunftsverlangen seiner Arbeitnehmer nach dem Entgelttransparenzgesetz selbst, hat der Betriebsrat nach § 13 Abs. 2 Satz 1 EntgTranspG weder einen Einsichts- noch einen Überlassungsanspruch in Bezug auf die Gehaltslisten.

E. Bewertung

Die Entscheidung dürfte noch nicht den Schlusspunkt im Streit um die Überlassung von Entgeltlisten an den Betriebsrat markieren. Früher oder später wird das BAG die Frage, ob § 13 Abs. 2 Satz 1 EntgTranspG einen Anspruch auf Überlassung von Entgeltlisten begründet, zu beantworten haben. Die besseren Argumente sprechen dagegen: der Wortlaut des § 13 Abs. 2 Satz 1 EntgTranspG sieht nur ein Einsichts- und Auswertungsrecht vor. Man wird kaum behaupten können, dass der Gesetzgeber eigentlich einen Herausgabeanspruch schaffen wollte, sich dabei aber versehentlich unklar ausgedrückt habe. Außerdem hat § 13 Abs. 2 Satz 1 EntgTranspG auch als Einsichtsrecht neben § 80 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 BetrVG einen eigenständigen Anwendungsbereich, da der Arbeitgeber die Entgeltlisten nach § 13 Abs. 3 Satz 2, 3 EntgTranspG nach Geschlechtern aufschlüsseln und so aufbereiten muss, dass der Betriebsausschuss die Auskunftsverlangen erfüllen kann. § 80 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 BetrVG gewährt nur einen Anspruch auf Einblick in ohnehin bestehende Listen.

Bemerkenswert an der Entscheidung ist ihr methodischer Tiefgang. Sie liest sich über weite Strecken wie ein ausgesprochen sorgfältig begründetes Rechtsgutachten. Daher lohnt sich eine Lektüre auch für diejenigen, die sich besonders an juristischer Methodik und weniger am Arbeitsrecht erfreuen.

3 LArbG München, Beschl. v. 17.12.2019 - 6 TaBV 33/19; LArbG Düsseldorf, Beschl. v. 23.10.2018 - 8 TaBV 42/18.

Der Grundsatz des Förderns und Forderns im Grundsicherungsrecht: Ein Auslaufmodell?

PD. Dr. Roman Lehner

A. Einleitung

„Moderne Sozialdemokraten wollen das Sicherheitsnetz aus Ansprüchen in ein Sprungbrett in die Eigenverantwortung umwandeln“, heißt es im berühmten Schröder-Blair-Papier aus dem Jahr 1999,¹ jener ideellen Blaupause für die „Agenda 2010“-Reformen, welche 2003 u.a. in den Erlass des SGB II durch das Vierte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt² mündeten. Dieses Gesetz ist bekanntermaßen vom Grundsatz des „Förderns und Forderns“ geprägt, wobei die Gesetzssystematik für eine Priorität zugunsten des Forderns spricht.³ „Alle sozialpolitischen Instrumente müssen Lebenschancen verbessern, Selbsthilfe anregen, Eigenverantwortung fördern“,⁴ wird in dem Papier betont. Zieht man beide Formeln zusammen, wird deutlich, dass bei der Agenda-Politik weniger ein schlichtes Nebeneinander von Fördern und Fordern, sondern die Vorstellung eines Förderns durch Fordern Pate gestanden hat.

Die Diskussionen um die „Hartz-IV-Sanktionen“ haben in den letzten Jahren den Eindruck entstehen lassen, als gehe es beim Fördern zuvörderst um die Gewährung von Geldleistungen und beim Fordern vor allem darum, diese bei unbotmäßigem Verhalten zu kürzen. Dass der Grundsatz des Förderns etwas anderes meint und zudem mit dem Prinzip des Forderns innerlich verbunden ist, zeigt der Blick in § 14 SGB II. Dort normiert Absatz 2 Beratungsansprüche von Leistungsberechtigten, die sich nach Satz 2 auch auf Selbsthilfeobliegenheiten und Mitwirkungspflichten beziehen. Während Letztere in § 2 Abs. 1 Satz 2 und 3 SGB II erwerbsbezogen ausgestaltet sind, beziehen sich die allgemeinen Selbsthilfeobliegenheiten auf die Nutzung „aller Möglichkeiten“ zur Bestreitung des Lebensunterhalts „aus eigenen Mitteln und Kräften“ (Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1), mithin zur Vermeidung oder Reduzierung der Hilfsbedürftigkeit. Während mit „Kräften“ vor allem die Arbeitskraft gemeint ist (vgl. Abs. 2 Satz 2), ist der Begriff der „Mittel“ deutungs offen und erfasst so unterschiedliche Selbsthilfeeinstrumente wie die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche oder den Rückgriff auf andere Leistungsträger.⁵ In einem weiteren Sinne gehört auch die Verwertung von Vermögensrücklagen dazu, wobei die Schonregelung aus § 12 SGB II zu beachten ist, die den „Vorbehalt der Zumutbarkeit“, wel-

chem der Eigenverantwortungsgrundsatz unterliegt,⁶ für Vermögenswerte konkretisiert. Im Grunde basiert das SGB II auf einer Verknüpfung des klassischen sozialhilfrechtlichen Nachranggrundsatzes,⁷ wonach die Inanspruchnahme der Solidargemeinschaft in einem Subsidiaritätsverhältnis zu den realen Selbsthilfemöglichkeiten des Einzelnen steht, mit dem Leitbild des „aktivierenden Sozialstaats“,⁸ das auf die Mobilisierung des individuellen Erwerbspotenzials setzt.

Das Prinzip des Forderns ist also nicht erst durch das SGB II in das Existenzsicherungsrecht eingeführt worden, hat gleichwohl durch die Verbindung mit dem Grundsatz des Förderns eine spezifische Gestalt angenommen, da seither konkrete Einzelpflichten mit entsprechender „Sanktionsbewehrung“ gesetzlich festgelegt sind. Das Leistungsminde rungssystem in § 31a SGB II ist allerdings durch das BVerfG zuletzt zurückgestutzt worden. Die in der Dyade von Fördern und Fordern Anfang der 2000er Jahre gefundene „neue Balance zwischen individuellen Rechten und Pflichten“, die der frühere Kanzleramtschef Bodo Hombach als Ausweis erachtete für ein „neues Steuerungsmodell, das sehr vielmehr Kreativität braucht, Innovationsbereitschaft und den langen Atem vorausschauender, aktivierender Poli-

1 Abrufbar unter: www.welt.de/print-welt/article573342/Der-Weg-nach-vorn-fuer-Europas-Sozialdemokraten.html (zuletzt abgerufen am 19.05.2021).

2 Vom 23.12.2003 (BGBl. I, 2954).

3 Und zwar weil der Fördergrundsatz nicht in den grundlegenden Vorschriften der §§ 1 – 6b, sondern erst in § 14 SGB II im Rahmen der Normen über die Eingliederungsleistungen geregelt ist, siehe Burkiczka in: BeckOK, SozialR, 59. Edition, § 2 SGB II Rn. 2, Stand 01.12.2020; a.A. Knickrehm in: Gagel, SGB II/SGB III, 79. Ergänzungslieferung, § 2 SGB II Rn. 1; kritisch zum „ideologisch überschießende[n] Moment“ Berlitz in: NK-SGB II, 7. Aufl. 2021, § 2 Rn. 3.

4 Abrufbar unter: www.welt.de/print-welt/article573342/Der-Weg-nach-vorn-fuer-Europas-Sozialdemokraten.html (zuletzt abgerufen am 19.05.2021).

5 Überblick bei Knickrehm in: Gagel, SGB II/SGB III, 79. Ergänzungslieferung, § 2 SGB II Rn. 11.

6 Berlitz in: NK-SGB II, 7. Aufl. 2021, § 2 Rn. 17.

7 Statt vieler Kador in: Eicher/Luik, SGB II, 4. Aufl. 2017, § 2 Rn. 5.

8 Burkiczka in: BeckOK, SozialR, 59. Edition, § 2 SGB II Rn. 2, Stand 01.12.2020; Berlitz in: NK-SGB II, 7. Aufl. 2021, § 2 Rn. 4.

tik“,⁹ scheint nicht nur durch die Entscheidung des Ersten Senats aus dem Jahr 2019¹⁰ ins Wanken geraten zu sein. Auch das im Gefolge der Corona-Pandemie in § 67 SGB II eingeführte¹¹ „vereinfachte Verfahren für den Zugang zu sozialer Sicherung“, dessen Geltung bis zum 31.03.2021¹² bzw. 31.12.2021¹³ verlängert wurde, könnte geeignet sein, den Grundsatz des Forderns nachhaltig ins Hintertreffen gelangen zu lassen. Im Januar 2021 hat das BMAS nun auch einen Referentenentwurf¹⁴ vorgelegt, der die pandemiebedingten Erleichterungen zum Anlass nimmt, eine dauerhafte Neujustierung vorzunehmen: „Der Gesetzentwurf knüpft an diese Vereinfachungen an, damit Bürgerinnen und Bürger auch weiterhin von den Verbesserungen in der Grundsicherung für Arbeitsuchende profitieren können.“¹⁵

Dass im Frühjahr 2020 die – bereits abgeschwächten¹⁶ – Sanktionsverhängungen wegen Verstoßes gegen Mitwirkungspflichten pandemiebedingt sogar für einige Monate in Gänze ausgesetzt wurden, war vor dem Hintergrund der seinerzeit erfolgten Schließung der Jobcenter für den Publikumsverkehr nachvollziehbar. Gleichwohl reiht sich auch diese Notmaßnahme in eine Abfolge rechtlicher Neujustierungsmomente ein, die das inzwischen über eineinhalb Dekaden existente Grundsicherungsrecht für Arbeitssuchende in seiner konzeptionellen Ausrichtung signifikant verändern könnten. Ob sich die augenblicklich noch heterogen erscheinenden Einzelentwicklungen zu einer Gesamttendenz in Richtung einer nachhaltigen Abschwächung des Fordern-Prinzips verdichten werden, bleibt abzuwarten. Die durch das BVerfG vorgenommene verfassungsrechtliche Einhegung des Leistungsminderungssystems, also des Durchsetzungsinstrumentariums für die auf Aktivierung der Leistungsberechtigten abzielenden Mitwirkungspflichten schlechthin, mag im Ergebnis richtig sein und der Referentenentwurf setzt die Vorgaben auch nur konsequent um. Die verfassungsgerichtliche Positionierung beruht aber auf einem fragwürdigen dogmatischen Ansatz und birgt so die Gefahr einer Diskursverlagerung in Richtung einer Entkonditionalisierung des Grundsicherungsrechts unter Zuhilfenahme juristischer Argumente, hinter denen sich mitunter ideologische Vorstellungen verbergen können. Dieser Beitrag soll einen Überblick über zu beobachtende strukturelle Verschiebungen im Gefüge des SGB II geben.

B. Erster Impuls: Sozialschutz in der Krise

Im Zentrum der pandemiebedingten Rechtsänderungen steht die im März 2020 im Rahmen des Sozialschutzpakets I eingefügte¹⁷ Neuregelung in § 67 SGB II. Für zwischen dem 01.03.2020 und dem (inzwischen)¹⁸ 31.03.2021 beginnende Bewilligungszeiträume (vgl. Absatz 1) werden für insgesamt sechs Monate die gesetzlichen Vorgaben über

die vorrangige Heranziehung von Vermögenswerten (§ 12 Abs. 1 SGB II) für unbeachtlich erklärt (Abs. 2 Satz 1). Dies gilt nach Abs. 2 Satz 2 zwar nur, wenn kein erhebliches Vermögen vorhanden ist, die Nichterheblichkeit wird allerdings vermutet. Abs. 3 Satz 1 sieht vor, dass in den sechs Monaten zudem die tatsächlichen Aufwendungen für Unterkunft und Heizung stets als angemessen gelten, hier ist eine Widerlegung ausgeschlossen (Fiktion der Angemessenheit¹⁹). Diese Ungleichbehandlung überrascht, beruhen doch beide Obliegenheitspositionen – Vorrang der Vermögensverwertung und Vorrang der wohnräumlichen Bescheidung – gleichermaßen auf dem grundsicherungsrechtlichen Nachranggrundsatz.

Während bei Vorhandensein erheblicher Vermögenswerte – in der Praxis erfolgt hier eine Orientierung an wohngeldrechtlichen Maßstäben,²⁰ wobei wegen der Sondersituation eine Beschränkung auf kurzfristig verwertbare Positionen (vor allem Barmittel, Sparguthaben) erfolgt²¹ – der Nachranggrundsatz nur relativiert wird, sieht § 67

9 Zitiert nach J. Weiner, Sozialstaat oder Marktwirtschaft, abrufbar unter: www.deutschlandfunk.de/sozialstaat-oder-marktwirtschaft.1184.de.html?dram:article_id=185221 (zuletzt abgerufen am 19.05.2021).

10 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16.

11 Art. 1 Nr. 2 des Gesetzes für den erleichterten Zugang zu sozialer Sicherung und zum Einsatz und zur Absicherung sozialer Dienstleister aufgrund des Coronavirus SARS-CoV-2 (Sozialschutz-Paket I) vom 27.03.2020 (BGBl. I, 575).

12 Art. 4 Nr. 6.a) des Gesetzes zur Ermittlung der Regelbedarfe und zur Änderung des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch sowie weiterer Gesetze vom 09.12.2020 (BGBl. I, 2855).

13 Vgl. Art. 1 Nr. 3.b) des Entwurfs eines Gesetzes zur Regelung einer Einmalzahlung der Grundsicherungssysteme an erwachsene Leistungsberechtigte und zur Verlängerung des erleichterten Zugangs zu sozialer Sicherung und zur Änderung des Sozialdienste-Einsatzgesetzes aus Anlass der COVID-19-Pandemie (Sozialschutzpaket III), BT-Drs. 19/26542 Der Gesetzesbeschluss des Bundestags ist am 26.02.2021 erfolgt (BRat-Drs. 187/21), der Bundesrat hat diesem am 05.03.2021 zugestimmt.

14 Entwurf eines Elften Gesetzes zur Änderung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze vom 07.01.2021 (RefE SGB II).

15 RefE SGB II, S. 1.

16 Unten C.

17 Art. 1 Nr. 2 des Gesetzes für den erleichterten Zugang zu sozialer Sicherung und zum Einsatz und zur Absicherung sozialer Dienstleister aufgrund des Coronavirus SARS-CoV-2 (Sozialschutz-Paket I) vom 27.03.2020 (BGBl. I, 575).

18 Zur nun abermaligen Verlängerung o. Fn. 13.

19 BT-Drs. 19/18107, S. 25.

20 Knickrehm in: Gagel, SGB II/SGB III, 79. Ergänzungslieferung, § 67 SGB II Rn. 22; Geiger/Thie in: NK-SGB II, 7. Aufl. 2021, § 67 Rn. 24 m.w.N. Kritisch zum Schweigen des Gesetzgebers Burkiczak, NJW 2020, 1180, 1181.

21 Knickrehm in: Gagel, SGB II/SGB III, 79. Ergänzungslieferung, § 67 SGB II Rn. 25; Harich in: BeckOK, SozialR, 59. Edition, § 67 SGB II Rn. 3 m.w.N., Stand 01.12.2020.

Abs. 3 SGB II für die Wohnkosten keinerlei „Angemessenheitsobergrenze“²² vor. Die temporäre Aufhebung des Nachranggrundsatzes für Wohnkosten lässt sich mit dem gesetzgeberischen Willen, jeden Zwang zum Wohnungswechsel in der Pandemiezeit auszuschalten,²³ erklären. Immerhin in Fällen, in denen in vorangegangenen Bewilligungszeiträumen nur die angemessenen und nicht die tatsächlichen Wohnaufwendungen anerkannt wurden, soll nach § 67 Abs. 3 Satz 3 SGB II die Privilegierung nicht gelten. Abs. 3 Satz 2 sieht schließlich vor, dass die in § 22 Abs. 1 Satz 3 SGB II vorgesehene Schonfrist von maximal sechs Monaten, innerhalb derer generell die tatsächlichen Aufwendungen übernommen werden, wenn ein Wohnungswechsel nicht möglich oder zumutbar ist, durch die Sonderregelung nicht konsumiert wird; auf die allgemeine Schonfrist ist die aktuelle Freistellungsfrist also nicht anzurechnen.²⁴ Die Statik des Grundsicherungsrechts wird durch § 67 SGB II erheblich verändert. Entgegen der Normüberschrift handelt es sich nicht nur um eine Verfahrensregelung, denn eine rückwirkende Vermögensprüfung lässt sich hieraus nicht ableiten.²⁵ Allenfalls wenn Leistungsbezieher mit ihrem Vermögen erst innerhalb des Freistellungszeitraums über die Erheblichkeitsschwelle kommen, sodass der Bezugspunkt für die Vermutungsregel (Erklärung der Nichterheblichkeit im Leistungsantrag) nachträglich entfällt, wird man über eine Berücksichtigung unter Aufhebung des Leistungsbescheids und ggf. Rückerstattung zu viel erbrachter Leistungen nachdenken müssen.²⁶

Bedenkt man, dass die mit dem Sozialschutzpaket I bewirkten Veränderungen eine sozialrechtlich vollkommen atypische Situation, nämlich die für eine sehr große Zahl von Menschen geradezu schicksalhaft eingetretenen Einkommensverluste infolge der staatlichen Corona-Eindämmungsmaßnahmen adressieren, erscheint die bewirkte Schieflage zwischen den grundsicherungsrechtlichen Elementen von „Fördern“ und „Fordern“ nicht nur hinnehmbar, sondern sozialstaatlich geboten. Vor allem die hohe Zahl an Personen, die erstmalig in die Bedürftigkeit gefallen sind (z.B. Solo-Selbstständige) und bei denen nach „Rückkehr zur Normalität“ mit einer Wiedererlangung der Selbstunterhaltungsfähigkeit zu rechnen sein wird, lässt es plausibel erscheinen, eine weitergehende Schonung von Vermögenswerten zuzulassen. Ein Zwang zum „Leerräumen“ von Geschäfts- und Privatkonten oberhalb der eng bemessenen Schonvermögensregelungen aus § 12 SGB II würde die Rückkehr in die ökonomische Selbstständigkeit unnötig erschweren und somit letztlich den Subsidiaritätsgedanken, welcher dem Grundsicherungsrecht unterliegt, konterkarieren. Genauso erschien es überzogen, Beschäftigte, die infolge von Kurzarbeit in eine SGB-II-„Aufstocker“-Situation geraten, zu einem Wohnungswechsel zu veranlas-

sen, wenn doch vielfach zu erwarten sein wird, dass bei Rückkehr in die Normalbeschäftigung die bisherigen Unterkunftsaufwendungen problemlos wieder bestritten werden können. Fraglich ist bei alledem aber, ob die aktuelle Unwucht zulasten des Forderns bzw. der Subsidiarität insgesamt sich nach Ende der Pandemie überhaupt wieder einfangen lässt. Einige Aspekte der Sonderregelung aus § 67 SGB II dürften sich zu dauerhaften Reformelementen wandeln, wie mit Blick auf den o.g. Referentenentwurf zu einer SGB-II-Novelle bereits konstatiert werden kann.

C. Zweiter Impuls: Urteil des BVerfG zu den sog. Hartz-IV-Sanktionen

Einen weiteren Impuls zur Neujustierung des Grundsicherungsrechts hat der Erste Senat des BVerfG mit seinem Urteil zu den sog. Hartz-IV-Sanktionen²⁷ gegeben. Seither ist die Regelung in § 31a Abs. 1 Satz 1 SGB II insoweit mit dem Grundgesetz unvereinbar, als die Leistungsminderung um 30 % des Regelbedarfs infolge einer Pflichtverletzung nach § 31 SGB II auch für Fälle außergewöhnlicher Härten eintritt. Die Regelungen zur Minderung um 60 % bei erstmalig wiederholter (§ 31a Abs. 1 Satz 2 SGB II) bzw. zum völligen Leistungsausschluss bei nochmalig wiederholter Pflichtverletzung (Satz 3) sind generell als mit dem Grundgesetz unvereinbar zu erachten. Dass der Minderungszeitraum in § 31b Abs. 1 Satz 3 SGB II pauschal drei Monate beträgt, sodass eine vorzeitige Rückkehr zum vollen Leistungsumfang bei zwischenzeitlicher Erfüllung der Mitwirkungspflicht oder Versicherung der ernsthaften Bereitschaft hierzu ausgeschlossen ist, hat das BVerfG ebenfalls für verfassungswidrig befunden. Obgleich die Entscheidung des Senats vom Ergebnis her zu begrüßen ist, vermag die dogmatische Herleitung nicht zu überzeugen. Dabei ist der scheinbare Widerspruch, wonach die Unteilbarkeit eines menschenwürdeinduzierten Existenzminimums betont²⁸ und dann doch eine Minimierung um 30 % für nicht zu beanstanden erklärt wird,²⁹ rechtlich besehen gar keiner. Denn der verfassungsunmittelbare Anspruch auf Gewährleistung des physischen und sozio-kulturellen Existenzmini-

22 Harich in: BeckOK, SozialR, 59. Edition, § 67 SGB II Rn. 5 m.w.N., Stand 01.12.2020.

23 BT-Drs. 19/18107, S. 25.

24 Harich in: BeckOK, SozialR, 59. Edition, § 67 SGB II Rn. 5, Stand 01.12.2020.

25 Knickrehm in: Gagel, SGB II/SGB III, 79. Ergänzungslieferung, § 67 SGB II Rn. 20.

26 Knickrehm in: Gagel, SGB II/SGB III, 79. Ergänzungslieferung, § 67 SGB II Rn. 20.

27 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16.

28 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 157.

29 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 159 ff.

mums durch Bereitstellung ausreichender Mittel ergibt sich nicht allein aus Art. 1 Abs. 1 GG, sondern erst in dessen Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG.

Der diesem Prinzip eigene Ausgestaltungsspielraum des Sozialgesetzgebers,³⁰ der etwa bezüglich der Leistungshöhe durch den Grundsatz der Realitätsgerechtigkeit in tatsächlicher Hinsicht eingeschränkt ist,³¹ hat auch eine normative Komponente. Der Gesetzgeber darf die Leistungsgewährung an den Nachranggrundsatz koppeln und somit auch auf die Überwindung bestehender Bedürftigkeit abzielende Mitwirkungspflichten im Sinne eines aktiven Hinarbeitens auf die Rückkehr in den Arbeitsmarkt einfordern.³² Insofern wäre es nur konsequent gewesen, den grundrechtlichen Leistungsanspruch von vornherein als partiell mitwirkungsbedingt zu erfassen und dem Gesetzgeber insoweit die Befugnis zur Konkretisierung des Leistungsumfangs zuzusprechen. In der Sache tut der Senat dies zwar, indem aber zusätzlich ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit konstatiert wird, gelangt er noch in eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, die am Ende die Minderungsbegrenzung auf 30 % tragen soll.³³ Dafür, dass eine darüber hinausgehende Minderung positive Effekte mit Blick auf die intendierte Arbeitsmarktaktivierung entfaltet, lägen „tragfähige Erkenntnisse“ nicht vor,³⁴ es soll also bereits an der Eignung des „Eingriffs“ fehlen. Hingegen soll sich die Minderung um 30 %, bei Berücksichtigung von Härtefällen und jederzeitiger Rücknehmbarkeit der Leistungskürzung, als „derzeit auf der Grundlage plausibler Annahmen hinreichend tragfähig begründbar [Hervorh. d. Verf.]“³⁵ darstellen. Der über die Verhältnismäßigkeitsprüfung hereingenommene Empirievorbehalt wird künftig wie ein Damoklesschwert über dem Sozialgesetzgeber schweben. Im Grunde macht der Senat klar, dass er selbst die Kürzung um 30 % für gerade noch so begründbar hält, denn dass die Sanktionen die Erfüllung der Mitwirkungspflichten, die der Senat ihrerseits in ihrer Zwecktauglichkeit empirisch nur schwach abgesichert sieht, wahrscheinlicher machen, sei „nicht durch differenzierte Daten belegt“.³⁶ Ob es empirisch überhaupt möglich ist, den Anteil jener zu bestimmen, die nur infolge des Vorhandenseins eines Sanktionsregimes ihre Pflichten erfüllen, sei dahingestellt. Der Senat bringt sogar eine unsanktionierbare Mitwirkungspflicht ins Spiel und begibt sich auf rechtstheoretisches Glatteis wenn er darlegt, dass die Sanktion von vornherein nicht besser zur Erreichung des erstrebten Zwecks geeignet sein könnte, als die mit ihr bewehrte Pflicht selbst.³⁷ Würde es nach dieser Logik nicht jeder Sanktionsbewehrung einer Pflicht im Zweifel an der, für ihre Erforderlichkeit im Vergleich zu einer nicht sanktionierten Pflicht zu fordernden, besseren Geeignetheit mangeln? Die Forderung nach einer „Erfolgsquote“,³⁸ welche die Arbeitsmarktforschung bes-

ser heute als morgen liefern soll, führt aber am Kern des Problems vorbei. Denn der Nachranggrundsatz wird nicht falsch dadurch, dass empirisch nicht belegt werden kann, ob ohne ihn wirklich Scharen von Nicht-Bedürftigen zu Leistungsbeziehern würden, er ist normativer Natur.

Immerhin sieht der Senat die Sonderstellung der Pflicht aus § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II (Aufnahme einer zumutbaren Arbeit), die auch Anknüpfungspunkt für Leistungskürzungen sein kann. Hier soll sogar ein völliger Leistungsausschluss zulässig sein, ganz ohne Empirie, sondern allein auf Grundlage eines normativen Leitbilds: Wer es „selbst in der Hand“ hat, seine Bedürftigkeit zu überwinden und dies „willentlich verweigert“, kann auch in Ansehung seiner Menschenwürde von Leistungen ausgeschlossen werden.³⁹ Aus diesem Leitbild selbst hätte man aber auch die Kürzungsobergrenze für Wiederholungsfälle für weniger gewichtige Mitwirkungspflichtverletzungen (z.B. Terminversäumnisse) ableiten können, denn die Nachrangbeziehung zwischen Leistungsbezug und Terminwahrnehmung ist eine indirekte, sodass die Leistungskürzung hier immer nur eine symbolische, wenn auch höchst empfindliche, Wirkung erzielen kann. Auch den subjektiven Anspruch auf Härtefallberücksichtigung wie auf jederzeitige Revidierbarkeit bei Pflichterfüllung hätte man aus dem in Art. 1 GG angelegten Leitbild eines zur Selbsthilfe befähigten und zugleich in seinen Selbsthilfemöglichkeiten beschränkten Individuums direkt deduzieren können.

Hätte man sich den Ausflug in die freiheitsrechtliche Dogmatik gespart, wäre die Drohkulisse in Richtung des Gesetzgebers so nicht möglich gewesen: Sollte sich nämlich herausstellen, dass auch Kürzungen von 30 % zum Kontaktabbruch mit den Jobcentern führen können,⁴⁰ kann über die Verneinung der Geeignetheit die Verfassungswidrigkeit begründet werden. Erkauft wird dieser strenge Kontrollmaßstab mit der Vermittlung eines – wenn auch unzutreffenden – Eindrucks, das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums unterliege einem Quasi-Eingriffsvorbehalt, was der Senat durch eine missverständliche Formulierung sogar andeutet, wenn es zu den Leistungskürzungen heißt: „Der Gesetzgeber ent-

30 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 121 f.

31 BVerfG, Urt. v. 09.02.2010 - 1 BvL 1/09 u.a. Rn. 138 f.

32 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 125 f.

33 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 128 ff.

34 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 193, 200.

35 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 158.

36 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 167.

37 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 167.

38 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 167.

39 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 209.

40 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 144.

hält vor, was er nach Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG zu gewährleisten hat; er suspendiert, was Bedürftigen grundrechtlich gesichert zusteht, und belastet damit außerordentlich.“⁴¹ Der strenge Verhältnismäßigkeitsmaßstab, der an dieser Stelle eingeführt wird, lässt sich aber nicht mit einem (faktischen?) Eingriff in ein eingriffsresistentes Grundrecht begründen. Richtig wäre es gewesen, klarzustellen, dass in bestimmten, vom Gesetzgeber konkretisierend zu vermessenden Fällen, infolge einer willentlichen Verweigerung der Bedürftigkeitsüberwindung der grundrechtliche Gewährleistungsanspruch inhärenten Grenzen unterliegt.

D. SGB-II-Novelle 2021: Eine Zäsur

Der o.g. Referentenentwurf nimmt die pandemiebedingten wie die bundesverfassungsgerichtlichen Impulse auf. Die geplante Neufassung des § 31a SGB II setzt die Karlsruher Vorgaben zutreffend um. Bemerkenswert sind die Nachwirkungen der Corona-Sozialschutzregeln. § 67 SGB II soll wieder gestrichen werden, stattdessen soll nach § 12 Abs. 1a Satz 1 SGB II-E. bei Erstanträgen für die ersten zwei Jahre stets nur noch erhebliches Vermögen anspruchsmindernd Berücksichtigung finden, Satz 4 legt einen – am Wohngeldrecht orientierten⁴² – Höchstbetrag von 60.000 € für eine Einzelperson sowie Beträge von je 30.000 € für jedes weitere Mitglied einer Bedarfsgemeinschaft als unerheblich fest, wobei gemäß Satz 3 die Nichterheblichkeit bei entsprechender Erklärung im Erstantrag vermutet werden soll. Damit wird die Regelung des § 67 Abs. 2 SGB II perpetuiert und sogar ausgebaut (zwei Jahre statt sechs Monate). Das Gleiche gilt für § 67 Abs. 3 SGB II, dieser soll in § 22 Abs. 1 Satz 2 und 3 SGB II-E. dauerhafte Verortung finden. Bedenkt man, dass § 67 SGB II Grundsicherungsleistungen mit Blick auf eine exzeptionelle Krise „schnell und unbürokratisch zugänglich“⁴³ machen wollte, ist die Verstetigung dieses Regimes nicht selbstverständlich. Lapidar wird im Referentenentwurf auf die Erfahrungen der Jobcenter aus dieser Krise verwiesen: Man habe es „geschafft, mit einer schnellen und unbürokratischen Leistungsbewilligung den Lebensunterhalt Leistungsberechtigter zu sichern [¼].“⁴⁴ Nicht einmal ein Jahr nach Beginn der Corona-Krise ist schon von einem „bewährte[n] Element der Sonderregelungen zum erleichtern Zugang in Pandemiezeiten“⁴⁵ die Rede. Die Entwurfsverfasser gehen davon aus, dass die Verstetigung der Krisennormen geradezu logisch sei und schlussfolgern kühn: „Die Erfahrungen haben gezeigt, dass schnelle und zielgenaue Hilfen und ein einfacher Zugang zu diesen Hilfen das Vertrauen in den Sozialstaat stärken.“⁴⁶ Dabei wird zugegeben, dass nach Ende der Krise „die Erwerbstätigenquote wieder steigen“ dürfte⁴⁷ und daher auf ein

neues Narrativ verwiesen: den „strukturellen und digitalen Wandel in der Arbeitswelt“.⁴⁸ Zwar ist richtig, dass die in § 12 SGB II normierten Schonbeträge aus heutiger Sicht zu knapp bemessen erscheinen, eine großzügige Regelung für kurze Leistungsbezugsepisoden ist im Ergebnis zu begrüßen. Die Schutzklausel zugunsten der realen Wohnkosten erscheint indes überzogen und ist mit Blick auf das Fehlen einer Obergrenze sozialrechtlich problematisch.

Insgesamt kritisch zu bewerten ist die gesetzgeberische Schlagseite zulasten des ursprünglichen Aktivierungsgedankens. Stattdessen wird nun der Begriff der „Lebensleistung“⁴⁹ gegengeschaltet, der für die Zwei-Jahres-Karenzzeit eine partielle Entkonditionalisierung des Grundsicherungsanspruchs legitimieren soll. Immerhin wird die Neuausrichtung auch mit dem Aktivierungskonzept begründet, so soll die Karenzzeit „als Anreiz, die Hilfebedürftigkeit innerhalb der ersten zwei Jahre zu überwinden“,⁵⁰ wirken. Ganz und gar abenteuerlich wird es, wenn auf die „Rechtsunsicherheit“ in Hinblick auf die behördliche Beurteilung der Angemessenheit der Wohnkosten verwiesen wird und es heißt: „Dies schlägt sich insbesondere in einer Vielzahl von Widerspruchs- und Klageverfahren nieder, wenn die tatsächlichen Aufwendungen nicht vollständig anerkannt werden. Diese werden zumindest für die Dauer der Karenzzeit vermieden.“⁵¹ Noch mehr Rechtssicherheit kann dann eigentlich nur noch die dauerhafte Übernahme der tatsächlichen Wohnkosten bieten, kapituliert hier der Gesetzgeber endgültig vor den Unwägbarkeiten eines normativ gehaltvollen Grundsicherungsrechts?

E. Fazit

Der „aktivierende Sozialstaat“ scheint an einem Wendepunkt angekommen. Die verfassungsrechtlichen und rechtspolitischen Neujustierungen im Grundsicherungsrecht für Arbeitssuchende sind in ihrer Tragweite nicht zu unterschätzen. Die staatliche Aktivierungsmacht wird einerseits eingehegt und überdies gesetzgeberisch eingeschränkt. Für das SGB-II-Recht beginnt nun wohl so etwas wie eine „neue Normalität“.

41 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 132.

42 RefE SGB II, S. 49.

43 BT-Drs. 19/18107, S. 2.

44 RefE SGB II, S. 1.

45 RefE SGB II, S. 49.

46 RefE SGB II, S. 1.

47 RefE SGB II, S. 1.

48 RefE SGB II, S. 1.

49 RefE SGB II, S. 53.

50 RefE SGB II, S. 49.

51 RefE SGB II, S. 53.

Das neue Infektionsschutzgesetz

Dr. Simone Kuhlmann

A. Einleitung

Zum 24.04.2021 ist das inzwischen nochmals überarbeitete¹ Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite in Kraft getreten. Neben einem einheitlichen Mindeststandard an Schutzmaßnahmen, die ab einem bestimmten Inzidenzwert gelten, sieht das Gesetz Ermächtigungen für die Bundesregierung vor, weitere Maßnahmen per Verordnung anzuordnen. Zu dieser bundeseinheitlichen Regelung hatte sich der Bundesgesetzgeber gezwungen gesehen, weil die Länder trotz des weiterhin sehr dynamischen Infektionsgeschehens die in den Bund-Länder-Konferenzen vereinbarte Notbremse nicht konsequent umsetzten und die Rufe nach einheitlichen Vorgaben lauter wurden. Dass eine bundeseinheitliche Strategie zur Bekämpfung einer nicht vor Ländergrenzen Halt machenden Pandemie sinnvoll ist, steht dabei außer Frage. Dennoch sieht sich das Gesetz erheblicher Kritik ausgesetzt, nicht zuletzt, weil es zu undifferenziert substantielle Freiheitsbeschränkungen zulasse. Die entsprechend dagegen geltend gemachten Eilanträge auf Aussetzung hat das BVerfG allerdings mit Beschlüssen vom 05. und 20.05.2021² mit Blick auf die Nachteile, die dadurch für die Pandemiebekämpfung entstehen könnten, abgewiesen. Offen bleibt dennoch, ob die Regelungen mit der Verfassung vereinbar sind.³ Dieses zu beleuchten, ist Inhalt dieses Beitrags.

B. Infektionsschutz als Bundesmaterie

Mit der Schaffung der einheitlichen Notbremse im IfSG hat der Bundesgesetzgeber von seiner ihm aus Art. 72 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG zustehenden konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht und damit die ihm institutionell obliegende, aber zeitweise an die Länder ausgelagerte Verantwortung für den Infektionsschutz wieder an sich gezogen. Damit entspricht er nicht nur dem Gedanken, dass der Bund den Infektionsschutz abschließend regeln kann, er trägt auch der rechtspolitischen Forderung Rechnung, Vorgaben für einen bundeseinheitlichen Vollzug zu normieren und dadurch eine zentrale Koordinierung der Pandemiebekämpfung zu ermöglichen.⁴ Die Kompetenzvorschrift aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG berechtigt ihn dabei, Maßnahmen gegen gemeingefährliche oder übertragbare

Krankheiten bei Menschen und Tieren zu erlassen, zu denen COVID-19 als Infektionskrankheit mit dem Potenzial, erhebliche Gesundheitsschäden hervorzurufen, unstrittig gehört.⁵ Erlaubt sind neben Maßnahmen der Bekämpfung auch solche, die der Prävention dienen.⁶

Eine Entmachtung der Länder oder Aushebelung des Föderalismus, wie mehrfach behauptet,⁷ geht mit der Neuregelung nicht einher. Zutreffend ist zwar, dass durch das Gebrauchmachen der Gesetzgebungskompetenz und insbesondere die Normierung von Verordnungsermächtigungen landesrechtliche Parallelvorschriften gesperrt sind⁸ und sich Kompetenzen zeitweise von den Ländern auf den Bund verschieben. Eine Ordnung, die dauerhaft die Macht vertikal auf die Ebene des Bundes verlagert und eine auf lokale Bedingungen flexibel abgestimmte Pandemiebekämpfung unmöglich macht, wird dadurch jedoch nicht geschaffen. So ist zunächst festzuhalten, dass die Zentralvorschrift § 28b IfSG, die neben den einheitlichen Schutzmaßnahmen auch eine Verordnungsermächtigung normiert, nicht nur bei COVID-19 greift und somit ein Tätigwerden des Bundes bei jedweder anderen Krankheit von vornherein ausschließt. Sie gilt gem. § 28b Abs. 10 IfSG auch nur für die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Bundestag, längstens aber bis zum Ablauf des 30.06.2021. Darüber hinaus bedarf jede Rechtsverordnung, die die Bundesregierung erlässt, gem. Art. 80 Abs. 2 GG der Zustimmung des Bundesrates, da das IfSG grds. von den

1 Die Überarbeitung enthält im Wesentlichen Präzisierungen zu den für das Bildungswesen getroffenen Regelungen sowie eine Ausweitung des in § 60 IfSG geregelten Aufopferungsanspruch auf Schädigungen durch Corona-Schutzimpfungen, vgl. BT-Drs. 19/29287.

2 BVerfG, Beschl. 05.05.2021 - 1 BvR 781/21, 805/21, 820/21, 854/21, 889/21; BVerfG, Beschl. v. 20.05.2021 - 1 BvR 900/21, 1 BvQ 64/21, 1 BvR 968/21, 1 BvR 928/21.

3 So auch BVerfG, Beschl. 05.05.2021 - 1 BvR 781/21, 805/21 Rn. 27.

4 Ebenso Schwarz, CoVuR 2021, 258, 259.

5 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 24.09.1969 - I WDB 11/68; Oeter in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 135.

6 Broemel in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 74 Rn. 70; Oeter in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 135.

7 Fischer in: WirtschaftsWoche v. 15.04.2021, abrufbar unter www.wiwo.de/politik/deutschland/infektionsschutzgesetz-gesetzliche-corona-notbremse-eine-verheerende-idee/27096122.html (zuletzt abgerufen am 26.05.2021); vgl. auch Kingreen BT-Drs. 19(14)323(19), S. 3.

8 Wittreck in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 72 Rn. 30.

Ländern im Auftrage des Bundes als eigene Angelegenheit ausgeführt wird. Schließlich bleibt es den Landesregierungen innerhalb des gesteckten Rahmens des IfSG nach wie vor unbenommen, auf Grundlage von § 32 IfSG Rechtsverordnungen zur Pandemiebekämpfung zu erlassen, um auf das Infektionsgeschehen im jeweiligen Bundesland flexibel reagieren zu können. Der Erlass strengerer als die im neuen § 28b IfSG vorgesehene Schutzmaßnahmen oder eigener Maßnahmen, sobald die Sieben-Tage-Inzidenz unter den für die Notbremse geltenden Schwellenwert 100 fällt, ist also durch die Länder weiterhin möglich.

C. Die zentralen Neuregelungen im Überblick

Im Zentrum der Neuregelung steht der § 28b IfSG. Er führt bei einem entsprechenden Infektionsgeschehen unmittelbar zum In- bzw. Außerkräfttreten⁹ bestimmter Schutzmaßnahmen (sog. Bundesnotbremse) und schreibt zugleich einen einheitlichen Mindeststandard fest. Letzterer fehlte bei der letzten Novellierung im vergangenen Jahr, als mit § 28a IfSG zwar ein Katalog mit möglichen Schutzmaßnahmen zur Eindämmung der Corona-Pandemie in das Infektionsschutzgesetz eingefügt, die Auswahl und das Ergreifen dieser Maßnahmen aber weitgehend in die Entscheidungshoheit der Länder gestellt wurde, vgl. § 32 IfSG. Zwar hatte der Gesetzgeber seinerzeit die Anzahl der Neuinfektionen je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen bereits als Maßstab für Schutzmaßnahmen benannt und daran anknüpfend Schwellenwerte für die Notwendigkeit von Maßnahmen definiert, jedoch keinen klar definierten einheitlichen Maßstab geschaffen, ab wann welche Maßnahmen in Betracht kommen.

Mit dem neuen § 28b IfSG wird diese Lücke geschlossen. Er legt in Absatz 1 verbindlich fest, welche Schutzmaßnahmen in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt automatisch gelten, wenn an drei aufeinander folgenden Tagen die vom Robert-Koch-Institut (RKI) veröffentlichte Anzahl an Neuinfektionen je 100.000 Einwohner den Schwellenwert von 100 überschreitet. Einer konkreten Gefährdungsbeurteilung für den jeweils betroffenen Landkreis/die betroffene Stadt und einer Entscheidung über die Anordnung der Maßnahmen bedarf es somit nicht mehr,¹⁰ vielmehr treten die Regeln ohne weiteren behördlichen Vollzugsakt in Kraft.¹¹ Sie sind somit selbstvollziehend. Zu den automatisch in Kraft tretenden Maßnahmen zählen neben den umstrittenen Ausgangsbeschränkungen (§ 28b Abs. 1 Nr. 2) u.a. strenge Kontaktbeschränkungen (§ 28b Abs. 1 Nr. 1), die Schließung von Freizeit- und Kultureinrichtungen, wie bspw. Freizeitparks oder Museen (§ 28b Abs. 1 Nr. 3 und 5), die Schließung

des Einzelhandels und der Gastronomie (§ 28b Abs. 1 Nr. 4 und 7) sowie das Verbot der Ausübung bzw. Inanspruchnahme körpernaher Dienstleistungen mit Ausnahme von medizinisch bzw. therapeutisch notwendigen Dienstleistungen (§ 28b Abs. 1 Nr. 8). Dabei sieht das Gesetz zu den jeweiligen Maßnahmen diverse Ausnahmen vor, wie etwa die Möglichkeit des sog. Termin-Shoppings bis zu einer Inzidenz von 150, die Auslieferung von Speisen und Getränken auch während der nächtlichen Ausgangsbeschränkung oder den Friseurbesuch mit Maske und negativem Corona-Test. Die verbindlich festgelegten Schutzmaßnahmen sind – einschließlich der Ausgangsbeschränkungen – dabei keineswegs neu, sondern bereits in dem durch das dritte Bevölkerungsschutzgesetz eingefügten Maßnahmenkatalog angelegt¹² und entsprechen den zuvor von der Bund-Länder-Konferenz getroffenen Beschlüssen.¹³

Neben dieser Zentralvorschrift finden sich mit § 28b Abs. 6 und § 28c überdies zwei Verordnungsermächtigungen zugunsten der Bundesregierung. Diese ermächtigen die Bundesregierung zum einen für den Zeitraum der Feststellung der pandemischen Lage, Präzisierungen und Erleichterungen zu den Schutzmaßnahmen zu erlassen (§ 28b Abs. 6 IfSG). Zum anderen erlauben sie ihr – auch über diesen Zeitraum hinaus – via Rechtsverordnung Ausnahmen und Erleichterungen für Geimpfte oder negativ-getestete Personen zu bestimmen (§ 28c IfSG). Bislang waren nur die Landesregierungen gem. § 32 IfSG ermächtigt, Rechtsverordnungen zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen bzw. andere Stellen per Rechtsverordnung dazu zu ermächtigen. Möglich war diese Verschiebung der vertikalen Kompetenzverteilung aufgrund von Art. 80 GG, welcher es dem Gesetzgeber erlaubt, die Bundesregierung zum Erlass von Rechtsverordnungen zu ermächtigen – allerdings nur unter dem Vorbehalt, dass der Bundesrat den einzelnen Verordnungen jeweils zustimmt.¹⁴

9 Gem. § 28b Abs. 2 IfSG treten die Maßnahmen automatisch bei einem Unterschreiten der 100er Inzidenz an fünf aufeinander folgenden Tagen wieder außer Kraft treten. Zur Kritik des dadurch potenziell entstehenden Jojo-Lockdowns Möllers, BT-Ausschussdrucksache 19(14)323(2), S. 3.

10 Allerdings sind die nach Landesrecht zuständigen Behörden nach § 28b Abs. 1 Satz 2 IfSG verpflichtet, in geeigneter Weise den Tag bekannt zu machen, ab dem die jeweiligen Maßnahmen gelten.

11 Mangold, Kurzgutachten „Grundrechtliche Bewertung einer Ausgangssperre zur Pandemiebekämpfung“ v. 20.04.2021, S. 11; Schwarz, CoVuR 2021, 258, 259.

12 Exemplarisch für die Ausgangsbeschränkungen siehe § 28a Abs. 2 Nr. 2 IfSG.

13 Vgl. MPK, Beschluss v. 03.03.2021 sowie Beschluss v. 22.03.2021, S. 3.

14 Siehe dazu ausführlich Galon, Verfassungsblog v. 02.04.2021.

D. Verfassungsmäßigkeit der Neuregelungen

Mit den Neuregelungen gehen empfindliche Grundrechtseinschränkungen, insbesondere was die Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) und die Berufs- und Handlungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG) betrifft, einher. Nicht nur deshalb sieht sich das Gesetz erheblicher Kritik ausgesetzt, was sich auch an der mit über 100 Verfahren hohen Anzahl der beim BVerfG in Kürze dagegen eingegangener Verfassungsbeschwerden zeigt. Vor allem die ausschließliche Koppelung der als zu undifferenziert beschriebenen Maßnahmen an den Inzidenzwert (I.) sowie die Ausgangsbeschränkungen (II.) werden neben den fehlenden Ausnahmeregelungen für Geimpfte und Genesene (III.) verfassungsrechtlich kritisch gesehen.

Um die Verfassungsmäßigkeit eingehend bewerten zu können, ist es unerlässlich, sich zunächst den Rahmen staatlichen Handelns in einer von Unsicherheit geprägten pandemischen Lage zu vergegenwärtigen: Mit der Notbremse in § 28b IfSG ist der Gesetzgeber seiner ihm aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG erwachsenen Schutzpflicht nachgekommen. Diese verpflichtet ihn zum Ergreifen von Schutzmaßnahmen gegen Bedrohungen für Leben und Gesundheit auch durch natürliche Gefahren wie ansteckende Krankheiten,¹⁵ räumt ihm aber zugleich einen weiten und gerichtlich nur begrenzt überprüfbaren Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum,¹⁶ „ob, mit welchem Schutzniveau und auf welche Weise“ er reagiert,¹⁷ ein. Letzteres trägt einerseits der Gestaltungsfunktion des Gesetzgeber Rechnung, die diesem qua Verfassung durch die Aufgabe zur Gesetzgebung überantwortet ist.¹⁸ Andererseits entspricht es der Tatsache, dass Entscheidungen des Gesetzgebers nicht nur vielfach prognostische Elemente immanent sind, sondern aufgrund von Unsicherheiten auch besonderen Herausforderungen unterliegen,¹⁹ wie sich insbesondere im Rahmen einer Pandemie zeigt. So handelt der Gesetzgeber trotz zeitlich fortgeschrittener Pandemie beim Treffen der Schutzmaßnahmen nach wie vor in einem Bereich, der von erheblichen Unsicherheiten geprägt ist.²⁰ Zwar hat sich das gesicherte Wissen über das Corona-Virus und seine epidemiologischen Eigenschaften im Laufe des vergangenen Jahres – auch trotz Auftreten immer neuer sog. Escape-Varianten – erheblich verbessert, was immer genauere Modellierungen und Risikoeinschätzungen zulässt. Dennoch fehlen zu bestimmten Fragestellungen, wie etwa zur Wirkung einzelner Schutzmaßnahmen oder den typischen Ansteckungsorten, noch immer gesicherte Erkenntnisse. Im Rahmen dieser bleibenden Ungewissheit obliegt es dem Spielraum des Gesetzgebers, die Ge-

fahr und das Risiko in politischer Verantwortung zu bewerten.²¹

Letzterer ist freilich nicht grenzenlos. Neben der unmittelbaren Bindung an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG) unterliegt der Gesetzgeber bei der Gestaltung von Gesetzen rechtsstaatlichen Grenzen, zu denen insbesondere die Bindung an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gehört. Danach dürfen vor allem die gewählten Maßnahmen nicht evident ungeeignet oder völlig unzulänglich sein, das Schutzziel zu erreichen.²² Wann das der Fall ist, bestimmt sich dabei auch anhand des wissenschaftlichen Erkenntnisfortschritts, den der Gesetzgeber bei grundrechtsrelevanten Fragestellungen – wie der vorliegenden – fortlaufend zu evaluieren und in seine Erwägungen einzustellen hat.²³ Nicht umsonst hat das BVerfG daher direkt zu Beginn der Pandemie darauf hingewiesen, dass für die verfassungsrechtliche Bewertung der Corona-Schutzmaßnahmen die fachwissenschaftliche, d.h. virologische, epidemiologische, medizinische und psychologische Bewertung von wesentlicher Bedeutung ist.²⁴ An einem Schutzkonzept, das aufgrund gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnis als überholt erkannt worden ist, darf er insofern nicht festhalten.²⁵

I. Der 100er-Inzidenzwert als (allein entscheidender) Indikator für Schutzmaßnahmen

Die Neuregelung koppelt das Inkrafttreten von Schutzmaßnahmen – abgesehen von Maßnahmen an Bildungseinrichtungen, wo diese erst bei einer Inzidenz von 165 greifen – im Kern an das Vorliegen des Inzidenzwerts 100. Neben der Höhe der einzeln gewählten Grenzwerte

15 Kunig/Kämmerer in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 103; Lorenz in: BK, 2021, Art. 2 II 1 Rn. 535.

16 BVerfG, Beschl. v. 06.05.1997 - 1 BvR 409/90; BVerfG, Urt. v. 30.07.2008 - 1 BvR 3262/0; BVerfG, Beschl. v. 06.03.2018 - 1 BvL 1/16 – ständige Rechtsprechung; Papier, DRIZ 2020, 180, 181.

17 BVerfG, Urt. v. 30.07.2008 - 1 BvR 3262/07.

18 Vgl. dazu Bickenbring, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014, S. 226 ff.

19 Vgl. dazu Bickenbring, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014, S. 160.

20 Zu den Herausforderungen der Ungewissheit in der Pandemie siehe Trute, GSZ 2020, 93 ff.

21 BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 - 1 BvR 2/05; BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18 Rn. 211.

22 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 06.03.2018 - 1 BvL 1/16 (ständige Rechtsprechung).

23 So auch Mangold, Kurzgutachten „Grundrechtliche Bewertung einer Ausgangssperre zur Pandemiebekämpfung“ v. 20.04.2021, S. 18.

24 BVerfG, Beschl. v. 31.03.2020 - 1 BvR 712/20 Rn. 17; BVerfG, Beschl. v. 15.07.2020 - 1 BvR 1630/20 Rn. 11.

25 BVerwG, Urt. v. 22.01.1997 - 11 C 7/95.

für das Eingreifen von Schutzmaßnahmen steht vor allem in der Kritik, dass keine zusätzlichen Parameter, wie bspw. die Belegung der Intensivstationen, die Sterbe- und Impfraten oder der Reproduktionswert, vom Gesetz berücksichtigt werden.²⁶ So erlaube der Inzidenzwert als alleiniger Indikator nicht nur angesichts steigender Impfquoten und einer höheren Anzahl durchgeführter Tests keine sachgerechte Bewertung des Infektionsgeschehens mehr,²⁷ er könne auch zu undifferenzierten und damit unverhältnismäßigen Maßnahmen führen.²⁸ Denn die Vorschrift erlaubt – was zutrifft – keine abweichende und auf die jeweilige Situation vor Ort angepasste Gefährdungsbeurteilung bspw. bei einem lokal klar eingrenzenden Infektionsgeschehen, sobald der als abstrakt gefährlich festgelegte Schwellenwert in dem betroffenen Landkreis erst einmal überschritten ist.

Die Frage der Verfassungsmäßigkeit des alleinigen Abstellens auf Inzidenzwerte muss dabei von der Zulässigkeit der einzelnen Grenzwerte gesondert betrachtet werden, auch wenn letztendlich beides in Kombination zum Greifen der Schutzmaßnahmen führt. Denn während es sich bei Ersterem um eine konzeptionelle Gestaltungsfrage des Schutzkonzepts handelt, geht es bei Festlegung der die Schutzmaßnahmen auslösenden Grenzwerte um eine Prognoseentscheidung, ab wann abstrakt von einer nicht mehr hinnehmbaren Gefahr auszugehen ist. Hinsichtlich beidem steht – wie eingangs beschrieben – dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungs- bzw. Einschätzungsspielraum zu, der durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit begrenzt ist.

Dabei muss hinsichtlich des alleinigen Abstellens auf den Inzidenzwert zunächst berücksichtigt werden, dass der Gesetzgeber damit die Bereitstellung eines einfach zu operationalisierenden Systems verfolgt, das ohne weitere hoheitliche Gefährdungsbeurteilung auskommt und zu Einheitlichkeit führt. Die Entscheidung für ein solches Konzept wird dabei solange als geeignet zu erachten sein, wie der Inzidenzwert keinen evident untauglichen Parameter zur Bestimmung des Infektionsgeschehens und damit zur Gefahrenlage darstellt.²⁹ Davon kann aber solange ausgegangen werden, wie die Gefahrenprognose ohne Hinzuziehung weiterer Parameter nicht evident verfälscht wäre. Das Letzteres beim Abstellen allein auf den Inzidenzwert der Fall ist, hat jedenfalls auch das BVerfG in seiner Eilentscheidung nicht als offenkundig erwiesen angesehen.³⁰ Denn das aus einer zunehmenden Zahl von Neuinfektionen, die die Inzidenz abbilde, auf eine Belastung des Gesundheitssystems geschlossen werden könne, sei, so das Gericht, nicht unplausibel. Dass dieses Konzept dabei zulasten differenzierter Maßnahmen jedenfalls innerhalb eines Kreises geht, wird dabei solange zu akzep-

tieren sein, wie einerseits das RKI von einer anhaltenden Zirkulation des Virus in der Bevölkerung ausgeht³¹ und andererseits das System nur auf begrenzte Dauer angelegt ist.

Ähnliches gilt für die Bewertung der Wahl der einzelnen Inzidenzwerte. Sie dürfen in ihrer Höhe weder in die eine noch in die andere Richtung evident ungeeignet sein, das zu schützende Rechtsgut, die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems, preiszugeben und die beeinträchtigten Freiheitsrechte in nicht erforderlichem Maße einschränken. Jedenfalls dürften sie nicht, wie zum Teil der Eindruck erweckt wurde, willkürlich gewählt sein, sondern müssen auf einer vernünftigen Tatsachenfeststellung des Gesetzgebers beruhen.³² Insofern wird man die einzelnen gewählten Inzidenzwerte in der Notbremse solange als geeignet und vom Prognosespielraum gedeckt ansehen müssen, wie die Tatsachenermittlungen darauf hindeuten, dass ab diesem Grenzwert eine Gefahr für das Gesundheitssystem und den Gesundheitsschutz besteht, und die Feststellung keine evidenten Fehler erkennen lässt. Das dieses jedenfalls beim Schwellenwert 100 angenommen werden kann, deutet das BVerfG in seiner Eilentscheidung an. Die Annahme ab einer solchen Inzidenz drohe eine Überlastung des Gesundheitswesens beruhe, so das Gericht, angesichts der Erfahrungen aus den früheren Phasen der Pandemie auf einer nachvollziehbaren Grundlage.³³

II. Die nächtlichen Ausgangsbeschränkungen

Die wohl umstrittenste Maßnahme, die die Neuregelung enthält, ist die in § 28b Abs. 1 Nr. 2 IfSG normierte nächtliche Ausgangsbeschränkung, die den Aufenthalt von Personen außerhalb der eigenen Wohnung von 22 bis 5 Uhr des Folgetages bußgeldbewehrt (§ 73 Abs. 1a Nr. 11c IfSG)

26 Kingreen, BT-Drs. 19(14)323(19), S. 8 f.; allgemein Murswiek, NVwZ-Extra 5/2921, 1, 2 f.

27 Krause, Ausschuss-Drucksache 19(14)288(21), S. 4.; Gall, Ausschuss-Drucksache 19(14)246(22), S. 3.

28 Zur Verfassungsmäßigkeit eines ausschließlich auf Inzidenzwerte beruhenden Konzepts vgl. VGH München, Beschl. v. 29.10.2020 - 20 NE 20/2360 Rn. 31.

29 Zur Unbedenklichkeit siehe auch Möllers, BT-Ausschussdrucksache 19(14)323(2), S. 2.

30 BVerfG, Beschl. v. 05.05.2021 - 1 BvR 781/21, 805/21 Rn. 40; vgl. zur Inzidenz als Anknüpfungspunkt auch Greve/Lassahn, NVwZ 2021, 665, 666 f.

31 RKI, Risikobewertung zu Covid-19 v. 26.05.2021, abrufbar unter www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html (zuletzt abgerufen am 26.05.2021).

32 Vgl. BVerfG, Urt. v. 04.05.2011 - 2 BvR 2333/08.

33 BVerfG, Beschl. v. 05.05.2021 - 1 BvR 781/21 Rn. 41.

untersagt. Während die Rechtsprechung die in den Corona-Verordnungen der Länder ergangenen Ausgangsbeschränkungen zunächst weitgehend für zulässig erachtete,³⁴ lehnen das Schrifttum³⁵ aber auch Teile der Rechtsprechung³⁶ inzwischen eine solche Maßnahme mit Blick auf deren Unverhältnismäßigkeit ab. Das BVerfG³⁷ selbst hält Letztere hingegen nicht für offensichtlich gegeben, auch weil zahlreiche Ausnahmeregelungen und der begrenzte Geltungszeitraum die Belastung der Ausgangsbeschränkungen abmildern würden.

Ob es sich bei den nächtlichen Ausgangsbeschränkungen um Eingriffe in die Freiheit der Person³⁸ (Art. 2 Abs. 2 Satz 2, Art. 104 Abs. 1 GG) oder vielmehr um Beschränkungen der allgemeinen Handlungsfreiheit³⁹ (Art. 2 Abs. 1 GG) handelt, hängt davon ab, ob man die bußgeldbewehrte Rechtspflicht, die eigene Wohnung nicht zu verlassen, als eine Maßnahme versteht, von der eine Zwangswirkung ausgeht.⁴⁰ Denn unter Freiheitsbeschränkungen werden in erster Linie Beschränkungen der Bewegungsfreiheit durch unmittelbaren Zwang, wie Verhaftungen oder Festnahmen, verstanden.⁴¹ Sind die Ausgangsbeschränkungen als Eingriff in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG zu qualifizieren, begegnet die Vorschrift jedenfalls bereits aufgrund ihres selbstvollziehenden Charakters erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken. Denn Freiheitsbeschränkungen dürfen gem. Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG nur „auf Grund“, nicht aber unmittelbar „durch“ Gesetz erfolgen.⁴²

Ungeachtet dessen werfen die Ausgangsbeschränkungen aber vor allem mit Blick auf die Verhältnismäßigkeit Fragen auf. Besonders ihre Geeignetheit als Schutzmaßnahme wird bezweifelt. Zum einen, weil Ausgangsbeschränkungen Menschen zum Verbleib in Innenräumen zwingen, obwohl Infektionen laut Aerosolforschung⁴³ vorrangig gerade dort stattfinden.⁴⁴ Zum anderen, weil ungewiss sei, welche Effekte Ausgangsbeschränkungen bei der Infektionsbekämpfung überhaupt entfalten.⁴⁵ Rekurriert wird dabei auf dieselben Studien, die auch der Gesetzentwurf zur Begründung anführt, mit dem Hinweis, dass diese allenfalls moderate Wirkungen feststellen würden, wenn nicht gänzlich als Beleg untauglich seien.

Die Verfassungsmäßigkeit der Ausgangsbeschränkung im Kern an deren Wirksamkeit bemessen zu wollen, verkennt jedoch, dass es angesichts fehlender gesicherter Erkenntnisse zur Wirkung einzelner Schutzmaßnahmen nach wie vor kaum möglich ist, die Geeignet- und Erforderlichkeit einzelner Maßnahmen, wie eben von Ausgangsbeschränkungen, zu bewerten. Letzteres betonen auch die von der Bundesregierung zur Begründung herangezogenen Studien selbst, wenn sie auf das Zusam-

menwirken mit anderen Maßnahmen verweisen.⁴⁶ Insofern kann es für die Frage der Verfassungskonformität der Ausgangsbeschränkungen – auch mit Blick auf den weiten Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers – nur darauf ankommen, ob sie sich in ein schlüssiges Konzept einfügen, das in seiner Gesamtheit geeignet, erforderlich und angemessen ist, das damit verfolgte Ziel zu erreichen und gleichzeitig die betroffenen Freiheitsrechte hinreichend berücksichtigt.⁴⁷

Ausgewiesenes Ziel der Notbremse ist die Verbreitung des Virus zu verlangsamen sowie das exponentielle Wachstum zu durchbrechen, um eine Überlastung des Gesundheitssystems insgesamt zu vermeiden.⁴⁸ Solange keine

34 Exemplarisch VGH München, Beschl. v. 14.12.2020 - 20 NE 20.2907; VerfGH Bayern, Beschl. v. 17.12.2020 - Vf. 110-VII-20; VG Sigmaringen, Beschl. v. 16.02.2021 - 3 K 326/21 Rn. 51 ff.; OVG Weimar, Beschl. v. 18.02.2021 - 3 EN 67/21.

35 Mangold, Kurzgutachten „Grundrechtliche Bewertung einer Ausgangssperre zur Pandemiebekämpfung“ v. 20.04.2021, S. 4; Schwarz, COVuR 2021, 258, 261; Kießling, BT-Ausschussdrucksache 19(14)323(6), Kingreen, BT-Drs. 19(14)323(19), S. 7 f., S. 12; Ferreau, JuWissBlog Nr. 31/2021 v. 14.04.2021.

36 VGH Mannheim, Beschl. v. 05.02.2021 - 1 S 321/21 Rn. 24 ff.; OVG Lüneburg, Beschl. v. 07.04.2021 - 13 ME 166/21 Rn. 22; OVG Greifswald, Beschl. v. 23.04.2021 - 1 KM 221/21 OVG Rn. 32.

37 BVerfG, Beschl. v. 05.05.2021 - 1 BvR 781/21, 805/21 vgl. Rn. 33, 45, 48 f.

38 So Papier, DRIZ 2020, 180, 182; Schwarz, COVuR 2021, 258, 261; Wißgott, VerfBlog v. 24.04.2021; VerfGH Saarland, Beschl. v. 28.04.2020 - LV 7/20 Rn. 28.

39 So Mangold, Kurzgutachten „Grundrechtliche Bewertung einer Ausgangssperre zur Pandemiebekämpfung“ v. 20.04.2021, S. 13 ff.; Greve/Lassahn, NVwZ 2021, 665, 668; VerfGH München, Beschl. v. 17.12.2020 - Vf. 110-VII-20 Rn. 27; OVG Lüneburg, Beschl. v. 07.04.2021 - 13 ME 166/21 Rn. 33; OVG Greifswald, Beschl. v. 23.04.2021 - 1 KM 221/21 OVG Rn. 49.

40 Vgl. Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 112.

41 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.05.1967 - 2 BvR 534/62; BVerfG, Urt. v. 14.05.1996 - 2 BvR 1516/93; BVerfG, Beschl. v. 10.04.1997 - 2 BvL 45/92.

42 Dazu eingehend Wißgott, VerfBlog v. 24.04.2021.

43 Gesellschaft für Aerosolforschung, Offener Brief v. 11.04.2021, S. 1.

44 Kingreen, BT-Drs. 19(14)323(19), S. 7; Mangold, Kurzgutachten „Grundrechtliche Bewertung einer Ausgangssperre zur Pandemiebekämpfung“ v. 20.04.2021, S. 18 f.; Ferreau, JuWissBlog Nr. 31/2021 v. 14.04.2021.

45 Kingreen, BT-Drs. 19(14)323(19), S. 7 f.; Mangold, Kurzgutachten „Grundrechtliche Bewertung einer Ausgangssperre zur Pandemiebekämpfung“ v. 20.04.2021, S. 19 f.

46 Preprint medRxiv: Sharma et al., Understanding the effectiveness of government interventions in Europe's second wave of COVID-19, S. 10; Preprint medRxiv: Di Domenico et al., Impact of January curfew measures on SARS-CoV-2 B.1.1.7 circulation in France, S. 2.

47 Trute, jM 2020, 291, 298; andeutend Greve/Lassahn, NVwZ 2021, 665, 667 f.

48 Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/28444, S. 8.

hinreichende Durchimpfung der Bevölkerung erfolgt ist, wird Letzteres nur durch eine Kontaktreduktion erreicht werden können,⁴⁹ auch weil eine höhere Anzahl an Tests Infektionen nicht hinreichend ausschließt. An welcher Stelle die Reduktion von Kontakten zu erfolgen hat, obliegt dabei im Grundsatz dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, wobei sich die Wahl in den Grenzen des zuvor genannten halten muss. Dass jedenfalls auch Ausgangsbeschränkungen innerhalb eines Kanons von Maßnahmen Kontakte verhindern und damit einen Beitrag zur Pandemiebekämpfung leisten können, ist trotz der Frage ihrer Effektivität im Einzelnen, die freilich auch immer von ihrer jeweiligen Ausgestaltung abhängt, weitgehend unbestritten.⁵⁰

Dennoch lässt sich vor allem auch mit Blick auf den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG an der Erforderlichkeit und Angemessenheit des Maßnahmenkanons in seiner konkreten Ausgestaltung zweifeln. Denn die Notbremse geht weitgehend einseitig zulasten des Privatlebens, während etwa der Arbeitsbereich weitgehend unreglementiert bleibt.⁵¹ So ist mit dem Gesetz weder eine Testpflicht für Beschäftigte noch eine ernst zu nehmende Home-Office-Pflicht eingeführt worden. Denn die in § 28b Abs. 7 IfSG neu geregelte Verpflichtung des Arbeitgebers, Home-Office anzubieten, kann der Beschäftigte letztendlich mit jedweden Gründen ablehnen. Dabei zeigen Studien,⁵² dass eine konsequente Home-Office-Pflicht (bislang werden lediglich 30 % ausgeschöpft)⁵³ das Infektionsgeschehen nachhaltig, wenn nicht sogar effektiver als eine Ausgangsbeschränkung beeinflussen kann. Denn dadurch reduzieren sich nicht nur die Kontakte am Arbeitsplatz, sondern auch solche auf dem Arbeitsweg. Zumal eine neue Studie belegt, dass die Infektionswahrscheinlichkeit in einem zur Hälfte besetzten Mehrpersonenbüro deutlich höher ist als bspw. in einem zu 80 % vollen Supermarkt.⁵⁴ Insofern erscheint es mit Blick auf den Gleichheitsgrundsatz wenig stimmig and verhältnismäßig, einen Bereich über Gebühr zu belasten, statt an anderer Stelle noch vorhandene mildere Mittel auszuschöpfen. Entsprechend hatte auch der VGH Mannheim konstatiert, dass Ausgangsbeschränkungen aufgrund ihrer hohen Eingriffsintensität nur zulässig sind, wenn der Verzicht auf sie unter Berücksichtigung aller anderen ergriffenen Maßnahmen [...] zu einer gewichtigen Verschlechterung des Infektionsgeschehens führen würde.⁵⁵

III. Fehlende Ausnahmen für Geimpfte, Getestete und Genesene

Überdies stand die Regelung deshalb in der Kritik, weil sie zum Zeitpunkt ihres Erlasses keine Ausnahmen für Ge-

impfte und Genesene vorsah, sondern lediglich – wie eingangs beschrieben – in § 28c IfSG eine Ermächtigung der Bundesregierung zur Regelung entsprechender Ausnahmen enthielt. Inzwischen ist die Kritik aufgrund des Gebrauchmachens von der Ermächtigung durch Erlass der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung⁵⁶ weitgehend abgeebbt, normiert diese doch entsprechende Ausnahmen von den Kontakt- und Ausgangsbeschränkungen für Geimpfte und Genesene sowie im Wesentlichen eine Gleichstellung dieser Personen mit negativ Getesteten.⁵⁷

Nichtsdestotrotz wirft die Konstruktion, Ausnahmen per Verordnung zu regeln, insoweit verfassungsrechtliche Bedenken auf, als die Aufhebung bestehender Freiheitsbeschränkungen nicht durch den Gesetzgeber selbst erfolgt, sondern in das Ermessen des Ordnungsgebers gestellt wird.⁵⁸ Denn die Wesentlichkeitsdoktrin des BVerfG sieht vor, dass der Gesetzgeber sämtliche Entscheidungen, die für die Grundrechtsverwirklichung wesentlich sind, selbst trifft.⁵⁹ Hinzu kommt, dass der § 28c IfSG keine weiteren Konkretisierungen, unter welchen Maßgaben welche Erleichterungen für den angesprochenen Personenkreis von der Bundesregierung vorgesehen werden können, enthält. Dabei hat der Gesetzgeber nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung selbst zu bestimmen.

Davon unabhängig bleibt die Frage, ob der Gesetzgeber mit der Regelung strenger Freiheitsbeschränkungen zugleich Ausnahmen von diesen für Geimpfte etc. hätte vor-

49 RKI, Epidemiologisches Bulletin 13/2021 v. 01.04.2021, S. 18.

50 VGH München, Beschl. v. 14.12.2020 - 20 NE 20/2907 Rn. 31; so auch im Ergebnis OVG Lüneburg, Beschl. v. 07.04.2021 - 13 ME 166/21 Rn. 23; VG Hamburg, Beschl. v. 02.04.2021 - 14 E 1579/21, S. 9 f.; andeutend auch BVerfG, Beschl. v. 05.05.2021 - 1 BvR 781/21, 805/21 Rn. 33 ff.

51 Ebenso Mangold, Kurzgutachten „Grundrechtliche Bewertung einer Ausgangssperre zur Pandemiebekämpfung“ v. 20.04.2021, S. 23 f.

52 MOBICOR, Mobilitätsreport Nr. 4 v. 05.03.2021, S. 18.; Alipour/Fadinger/Schymik, My Home is my Castle – The Benefit of Working from Home during a pandemic crisis, 2020.

53 MOBICOR, Mobilitätsreport Nr. 4 v. 05.03.2021, S. 18.

54 Kriegel/Hartmann, Covid-19 Ansteckung über Aerosolpartikel, Vergleichende Bewertung von Innenräumen hinsichtlich des situationsbedingten R-Wertes, S. 2.

55 VGH Mannheim, Beschl. v. 05.02.2021 - 1 S 321/21 Rn. 37 f.

56 BT-Drs. 19/29257.

57 Vgl. §§ 3 ff. SchAusnahmV; siehe hierzu BVerfG, Beschl. v. 20.05.2021 - 1 BvR 900/21 Rn. 8.

58 Möllers, BT-Ausschussdrucksache 19(14)323(2), S. 7; Schwarz, CoVuR 2021, 258, 262.

59 Vgl. nur BVerfG, Beschl. v. 02.08.1978 - 2 BvK 1/77; BVerfG, Beschl. v. 11.10.1994 - 1 BvR 337/92; BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02.

sehen müssen. Zutreffend ist, dass Freiheitsbeschränkungen nur solange und soweit gerechtfertigt sind, wie sie noch erforderlich und angemessen sind, um das mit ihnen angestrebte Ziel zu erreichen. Insofern erscheint es zunächst mehr als plausibel, Beschränkungen für Geimpfte etc. aufzuheben, wenn wissenschaftlich belegt⁶⁰ ist, dass sie selbst hinreichend vor schweren Krankheitsverläufen geschützt sind und von ihnen auch kein Ansteckungsrisiko über das allgemein zu tolerierende Maß mehr ausgeht. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass der Gesetzgeber mit den Regelungen im IfSG neben dem Primärziel der Vermeidung der Überlastung des Gesundheitssystems, im Kern auch den Gesundheitsschutz der Bevölkerung verfolgt. Das hat zur Folge, dass Freiheitsbeschränkungen nur soweit aufzuheben sind, wie dennoch sichergestellt bleibt, dass das Infektionsgeschehen hinreichend eingedämmt und der Gesundheitsschutz insbesondere für noch nicht Geimpfte nicht preisgegeben wird. Beides ist in einem Zeitpunkt der Pandemie, in dem erst ein geringer Anteil der Bevölkerung⁶¹ über einen vollständigen Impfschutz verfügte und wissenschaftlich bislang noch nicht vollständig geklärt ist,⁶² wie infektiös auch Geimpfte noch sein können, ungewiss. Denn die Studienlage⁶³ deutet darauf hin, dass auch Geimpfte das Virus in einem nicht vollständig zu vernachlässigen Maße noch übertragen und Auslöser von Infektionsketten sein können. Insofern ist es vom Spielraum des Gesetzgebers gedeckt, wenn sich dieser im Zeitpunkt eines anhaltend dynamischen Infektionsgeschehens mit der Aufhebung von Freiheitsbeschränkungen für Geimpfte zurückhält, auch wenn sich Letzteres mit zunehmender Durchimpfung nicht mehr wird rechtfertigen lassen.

E. Fazit und Ausblick

Mit der Notbremse hat der Gesetzgeber – trotz der zum Teil berechtigten Kritik an der handwerklichen Umsetzung – längst überfällige einheitliche Maßgaben für die Pandemiebekämpfung getroffen, deren Bestand aufgrund des erkennbaren Strebens der Länder nach eigenen Regeln jedoch begrenzt sein wird. Ob die Neuregelungen am Ende vom BVerfG als verfassungswidrig eingestuft werden – wenn es angesichts der kurzen Geltungsdauer der Vorschrift überhaupt noch je zu einer Hauptsacheentscheidung kommt –, wird vor allem davon abhängen, welcher Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum dem Gesetzgeber nach Auffassung des BVerfG im Moment des Gesetzeserlasses mit Blick auf die zu diesem Zeitpunkt vorliegenden wissenschaftlichen Erkenntnisse zuzugestehen war. In seinen Eilentscheidungen hat es jedenfalls schon angedeutet, dass es diesen angesichts der nach wie vor bestehenden Unsi-

cherheiten eher weit verstehen und die Anforderungen an die zugrunde liegenden Erwägungen nicht allzu streng fassen dürfte.⁶⁴ Insofern ist kaum vorstellbar, dass das BVerfG in der Hauptsacheentscheidung davon noch einmal grundlegend abrückt, zumal es auch die Belastungswirkung der Neuregelungen angesichts deren ohnehin begrenzter Geltungsdauer und den Ausnahmeregelungen als nicht offensichtlich unverhältnismäßig hoch eingestuft hat.⁶⁵

60 RKI, Bericht an die Ministerpräsidentenkonferenz v. 31.03.2021, abrufbar unter <https://fragdenstaat.de/dokumente/9391-31003bewertungdesrkia/>; Preprint medRxiv: Pritchard et al., Impact of vaccination on SARS-CoV-2 cases in the community, 2021 (zuletzt abgerufen am 26.05.2021).

61 Vgl. RKI, Digitales Impfquotenmonitoring zur COVID-19-Impfung, zum Zeitpunkt des Erlasses SchAusnahmV am 08.05.2021 waren es lediglich 8,1 der Gesamtbevölkerung.

62 European Center for Disease Prevention and Control, Risk of SARS-CoV-2 transmission from newly-infected individuals with previous infection/vaccination, 29.03.2021, S. 10 und S. 14.

63 Vgl. diese zusammenfassend Fischer, Seltener infiziert und weniger ansteckend in: Zeit Online v. 01.05.2021 m.w.N.

64 BVerfG, Beschl. v. 05.05.2021 - 1 BvR 781/21, 805/21 Rn. 36 ff.

65 BVerfG, Beschl. v. 05.05.2021 - 1 BvR 781/21, 805/21 Rn. 45 ff.; BVerfG, Beschl. v. 20.05.2021 - 1 BvR 900/21 Rn. 9, 14.

Auskunft zu Disziplinarverfahren wegen Vernichtung von NSU-Akten

BVerwG, Urt. v. 13.10.2020 - 2 C 41/18

RiBVerwG Dr. Klaus von der Weiden

A. Problemstellung

Die Aufdeckung der Mordserie der Rechtsterroristen des sog. Nationalsozialistischen Untergrunds (NSU) im November 2011 hat Deutschland erschüttert. Zehn Menschen, neun davon in Deutschland schon lange und gut integriert lebende Ausländer, sind dem Trio Mundlos, Bönnhardt und Tschäpe in den Jahren 2000 bis 2007 zum Opfer gefallen. Öffentlichkeit und Medien fragten, ob man den Tätern einer solchen Mordserie nicht schon früher auf die Spur hätte kommen können, ja müssen – wodurch die nachfolgenden Morde verhindert worden wären. Ein Dutzend Untersuchungsausschüsse in Bund und Ländern bemühte sich, die

Hintergründe aufzuklären. Und der Strafprozess gegen Tschäpe u.a. beim OLG München war nicht nur ein Strafprozess, sondern zugleich der Versuch der Aufklärung von Hintergründen, Strukturen und Motiven des Rechtsterrorismus und ist damit in zweifacher Weise ein Dokument der Zeitgeschichte.

Zu einem kleinen Nachbeben dieses großen Bebens kam es, als bekannt wurde, dass kurz nach der Aufdeckung der Mordserie ein Referatsleiter des Bundesamtes für Verfassungsschutz (BfV) Akten zu V-Leuten in der Thüringer Neonazi-Szene – das NSU-Terror-Trio stammte aus dieser Szene – vernichten ließ. Zwar betraf das Akten, die eigentlich schon hätten vernichtet sein sollen. Aber sie waren eben noch nicht vernichtet. Hier wurde gefragt: Warum ließ der Beamte die Akten jetzt vernichten? Handelte er nur, um etwas zuvor Versäumtes nachzuholen und damit – angesichts der mittlerweile erkennbaren Bedeutung der Sache – dumm oder wollte er vertuschen? Handelte er mit Wissen und Wollen seiner Vorgesetzten? Das BfV führte ein Disziplinarverfahren gegen den betreffenden Beamten.

Und hier beginnt „unser Fall“: Ein freier Journalist, der u.a. für die Wochenzeitung „Die Zeit“ arbeitet, stellte dem BfV im Jahr 2014 eine ganze Reihe von Fragen, vor allem zu dem Disziplinarverfahren gegen den Beamten, zu deren Beantwortung es eines Rückgriffs auf die Disziplinarakten bedurfte. Das BfV lehnte es ab, diese Fragen zu beantworten. Die Klage des Journalisten beim VG Köln und beim OVG Münster war teilweise erfolgreich. Beide Beteiligte – der Journalist und das BfV – brachten die Sache zum BVerwG. Dort war der für Beamtenrecht zuständige 2. Senat zur Entscheidung berufen.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Das BVerwG hat in seinem 29-seitigen Urteil den Auskunftsanspruch des Journalisten im Wesentlichen bejaht, zugleich aber auch die Voraussetzungen und Grenzen eines solchen Anspruchs konturiert.

Zunächst: Was ist die Anspruchsgrundlage für den Auskunftsanspruch des Journalisten? Es ist nicht Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG. Für einen verfassungsunmittelbaren Anspruch der Presse ist kein Raum, weil das einfache Recht einen Auskunftsanspruch bereithält, in dessen Rahmen das Informationsinteresse der Presse berücksichtigt werden kann. Denn § 111 des BBG regelt u.a. die Auskunftserteilung aus Personalakten an „Dritte“, also an andere als den betroffenen Beamten und seinen Dienstherrn. Danach dürfen Auskünfte an Dritte nur mit Einwilligung des Beamten erteilt werden, es sei denn, dass die Abwehr einer erheblichen Beeinträchtigung des Gemeinwohls

oder der Schutz berechtigter, höherrangiger Interessen des Dritten die Auskunftserteilung „zwingend erfordern“; die Auskunft ist auf den jeweils erforderlichen Umfang zu beschränken. Das BVerwG betont, dass es sich hierbei nicht nur um eine Ermächtigungsgrundlage zur Auskunftserteilung, sondern auch um eine Anspruchsgrundlage für den Dritten handelt.

Ob im konkreten Fall die Auskunftserteilung „zwingend erforderlich“ ist, kann nur bei Einstellung der widerstreitenden Belange in die hiernach vorzunehmende Abwägung und Gewichtung dieser Belange beurteilt werden. Welches sind die widerstreitenden Belange? Zunächst das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) des Beamten. Es schützt nicht nur elektronisch speicherbare, sondern sämtliche personenbezogenen Daten. Vom Schutzbereich erfasst sind auch Amtsträger, und zwar nicht nur bei Informationen mit privatem, sondern auch mit amtsbezogenem Inhalt. Zu berücksichtigen sind dann, wenn es – wie hier – um Personalakten in der Form von Disziplinarakten geht, zugunsten des Beamten auch die Verwertungsverbote und Vernichtungsgebote des § 16 (BDG; danach dürfen ausgesprochene disziplinarrechtliche Sanktionen nach einer bestimmten Anzahl von Jahren – die nach der Schwere der Sanktion abgestuft ist – nicht mehr verwertet werden und sind dann die entsprechenden Eintragungen in der Personalakte zu vernichten. Auch im Rahmen des § 111 BBG gewinnt das Recht des Betroffenen, „allein gelassen zu werden“, mit zunehmendem Zeitablauf an Bedeutung und setzt einem Informationsinteresse Dritter Grenzen, allerdings ohne dass sich diese zeitlichen Grenzen schematisch festlegen ließen; insbesondere begründet § 16 BDG keinen absoluten Vorrang des Rechts des Beamten auf informationelle Selbstbestimmung. Vielmehr ist – wie etwa in Fällen des § 51 Abs. 1 BZRG – eine Güter- und Interessenabwägung zwischen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Betroffenen und – hier – der durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleisteten Berichterstattungsfreiheit der Presse vorzunehmen.

Bei dieser Güter- und Interessenabwägung war einerseits zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber in § 111 BBG die Überwindung der gesetzlich normierten Vertraulichkeit der Personalaktendaten nur im Ausnahmefall zugelassen hat. Er hat im Spannungsverhältnis zwischen dem Informationsinteresse des Dritten und dem Vertraulichkeitsinteresse des Beamten dem Personalaktendatenschutz einen relativen Vorrang eingeräumt; das Informationsinteresse muss überwiegen.¹ Neben dem vorrangig

1 BVerwG, Urt. v. 29.06.2017 - 7 C 24/15 Rn. 66.

bezweckten Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung des betroffenen Beamten (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) ist aufseiten der Beklagten auch das öffentliche Interesse an der Vertraulichkeit von Disziplinarverfahren bei der Abwägung zu bedenken. Letztere soll die Funktionsfähigkeit des Disziplinarverfahrens gewährleisten. Zweck des Disziplinarverfahrens – als einer notwendigen Ergänzung der aus dem Lebenszeitprinzip, Art. 33 Abs. 5 GG, folgenden Unkündbarkeit von Beamten – ist es, das Vertrauen der Bevölkerung in die Integrität der Beamtenschaft und damit die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes sicherzustellen.

Andererseits war zu berücksichtigen, dass die von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geschützte Pressefreiheit nicht nur ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe ist, sondern auch eine Institutsgarantie enthält, die den Gesetzgeber verpflichtet, der Presse eine funktionsgemäße Betätigung zu ermöglichen, wozu auch die Schaffung von behördlichen Auskunftspflichten gehört.² Der Gesetzgeber darf hiervon nicht ganze Verwaltungsbereiche – auch nicht Auslands- oder Inlandsgeheimdienste – ausnehmen. Auch in sensiblen Verwaltungsbereichen muss die Presse wirksame Informations- und Recherchemöglichkeiten haben.

Daraus folgt für die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „zwingend erforderlich“ in § 111 BBG: Eine journalistische Relevanzprüfung ist unzulässig; die Presse muss nach ihren Kriterien selbst entscheiden dürfen, welche Informationen sie für erforderlich hält, um ein bestimmtes Thema zum Zweck einer Berichterstattung im Recherchewege aufzubereiten.³ Allerdings kann das Gewicht des Informationsinteresses der Presse vermindert – und deshalb die Auskunftserteilung nicht „zwingend erforderlich“ – sein, wenn die begehrte Information bereits aus anderen öffentlich zugänglichen Informationsquellen verfügbar ist.⁴

Unter Anwendung dieser Grundsätze waren im konkreten Fall die begehrten Auskünfte überwiegend zu erteilen. Dabei kam dem pressespezifischen Informationsinteresse angesichts der Bedeutung der Aufarbeitung der Verbrechen des NSU für das Gemeinwesen ein überragend großes Gewicht zu. Deshalb war auch unter Berücksichtigung des zugunsten des persönlichen Vertraulichkeitsinteresses streitenden Verwertungsverbots und der daraus folgenden Pflicht zur Vernichtung der Disziplinarakte eine andere Entscheidung als die Auskunftserteilung ausgeschlossen. Wichtig war dabei, dass im Fokus des konkreten Auskunftsverlangens nicht die Person des betroffenen Beamten stand, sondern das Handeln staatlicher Stellen bei der Aufklärung der Verbrechen des NSU. Weiter war von Gewicht, dass das geltend gemachte Informationsinteresse trotz des verstrichenen Zeitraums seit den Taten des NSU nach wie vor aktuell ist; die Aufarbeitung

der schweren Verbrechen des NSU und die damit im Zusammenhang stehenden legitimen Fragen nach einem behördlichen Versagen und seiner Aufklärung haben eine unverändert aktuelle Bedeutung für die Allgemeinheit.

Nur soweit der klagende Journalist die begehrten Informationen anderweitig erlangen konnte, die Frage vom BfV bereits anderweitig beantwortet war (hier vom früheren Präsidenten des BfV in einem der NSU-Untersuchungsausschüsse), die Frage nicht hinreichend bestimmt war, die Frage auf die Auskunft über Mutmaßungen Dritter über mögliche Motive des Beamten gerichtet war und schließlich die Frage der Sache nach über eine Auskunftserteilung hinausging und einer Nachzeichnung des Akteninhalts gleichkam, was auf eine – weder einfachrechtlich (§ 111 BBG) noch verfassungsrechtlich (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) gebotene – Akteneinsicht hinauslief, war das Gewicht des Persönlichkeitsrechts des Beamten und des Interesses des Dienstherrn stärker als das Gewicht der Pressefreiheit des Klägers.

C. Kontext der Entscheidung

Angesichts der überragenden öffentlichen Bedeutung der Aufklärung der NSU-Mordserie in all ihren Facetten drängte sich zwar auf, dass es im vorliegenden Fall einen Anspruch des Journalisten auf die begehrten Auskünfte geben muss – wo auch immer er herkommt und wie auch immer er ausgestaltet ist. Das ist im Ergebnis auch so. Gleichwohl war zuvor die Anspruchsgrundlage zu bestimmen und es waren widerstreitende Grundrechtspositionen auszutarieren. Und es waren Rechtssätze zu formulieren, die auch für weniger eindeutige Fälle „passen“.

Der von dem klagenden Journalisten geltend gemachte Anspruch bezieht sich auf Auskünfte aus Disziplinarakten. Dieser Auskunftsanspruch findet seine Rechtsgrundlage im Personalaktenrecht; Disziplinarakten gehören zu den Personalakten. Er folgt nicht unmittelbar aus dem Grundrecht der Pressefreiheit.⁵ Und er folgt auch nicht aus dem Informationsfreiheitsgesetz – hier begründet § 5 Abs. 2 IFG bei Informationen aus Unterlagen, die mit einem Dienst- oder Amtsverhältnis in Zusammenhang stehen, einen abwägungsresistenten Versagungsgrund zugunsten des Geheimhaltungsinteresses des Betroffenen.⁶

2 BVerfG, Urt. v. 05.08.1966 - 1 BvR 586/62 u.a.; BVerwG, Urt. v. 13.12.1984 - 7 C 139/81; BVerwG, Urt. v. 27.11.2013 - 6 A 5/13 Rn. 22.

3 Vgl. BVerwG, Urt. v. 01.10.2014 - 6 C 35/13 Rn. 41.

4 Vgl. BVerwG, Urt. v. 29.06.2017 - 7 C 24/15 Rn. 41.

5 Vgl. zu einem Auskunftsanspruch eines Journalisten unmittelbar aus dem Grundrecht der Pressefreiheit, Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, ebenfalls zu Tätigkeiten beim BfV: OVG Münster, Urt. v. 10.09.2019 - 15 A 2751/15.

D. Auswirkungen auf die Praxis

Das Urteil des BVerwG ist von Bedeutung über den entschiedenen Fall hinaus.

Es ist ohne Weiteres denkbar und vielfach naheliegend, dass in weniger spektakulären und eindeutigen Fällen mit anderen Gewichten auf der Waagschale auch ein anderes Ergebnis als die Auskunftserteilung gerechtfertigt ist. Stets ist bei der Anwendung der einfachgesetzlichen Anspruchsgrundlage auf Auskunftserteilung – hier § 111 BBG – eine sorgfältige Abwägung erforderlich: Eine Abwägung zwischen zum einen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Betroffenen und (wenn es um Disziplinarakten und nicht um sonstige Personalakten geht) zum anderen dem öffentlichen Interesse an der Vertraulichkeit von Disziplinarverfahren einerseits und dem – ggf. durch das Grundrecht der Pressefreiheit mit einem besonderen Gewicht versehenen – Informationsinteresse des Dritten andererseits.

Wichtig ist, dass in streitigen Fällen ein Anspruch auf Auskunft aus Disziplinarakten nicht durch Vernichtung der Disziplinarak-

ten faktisch unmöglich gemacht wird. Auch im vorliegenden Fall war eine Auskunftserteilung nur deshalb tatsächlich noch möglich, weil das BfV – vorbildlich und rechtlich geboten – die Disziplinarakte nach Ablauf der Tilgungsfrist des § 16 Abs. 1 BDG nicht wie von § 16 Abs. 3 Satz 1 BDG an sich vorgeschrieben vernichtet, sondern im Hinblick auf das bereits laufende Klageverfahren auf Auskunftserteilung versiegelt und an das Bundesinnenministerium übersandt hat. Genau so muss in Fällen eines Streits über das Bestehen oder den Umfang eines Auskunftsanspruchs aus Disziplinarakten verfahren werden, wenn während dieses Streits durch Zeitablauf ein gesetzliches Verwertungsverbot und Vernichtungsgebot entsteht: Akten versiegeln und aufbewahren. Wird letztlich ein Auskunftsanspruch bejaht, werden die Akten nach Erteilung der Auskunft vernichtet. Wird ein Auskunftsanspruch verneint, werden sie mit Bestands- bzw. Rechtskraft der Entscheidung vernichtet.

6 BVerwG, Urt. v. 27.11.2014 - 7 C 20/12 Rn. 19; BVerwG, Urt. v. 17.03.2016 - 7 C 2/15 Rn. 26; BVerwG, Urt. v. 28.02.2019 - 7 C 20/17 Rn. 20.

Steuerrecht

Verluste aus Aktien – Stand der aktuellen Rechtsprechung

VRI'inBFH Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel

A. Einführung

Seit Einführung der Abgeltungsteuer ist die mit ihr einhergehende umfassende Besteuerung auch der Vermögenssubstanz zentrales Thema der Rechtsprechung. Dabei stehen zwei Themenbereiche im Fokus. Zum einen tendiert die Finanzverwaltung zu § 42 AO, wenn zwar tatbestandlich eine Veräußerung im Sinne der ständigen Rechtsprechung vorliegt, diese aus Verwaltungssicht aber nicht wirtschaftlich motiviert ist bzw. sinnvoll erscheint (dazu B.I.). Zum anderen bleibt der Wortlaut von § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG zum Teil hinter der damit beabsichtigten umfassenden Steuerbarkeit des Kapitalstamms zurück. Die Linie des VIII. Senats des BFH ist es insoweit, dem umfassenden Regelungsanliegen von § 20 Abs. 2 EStG Rechnung zu tragen (dazu B.II.).

Was Aktienverluste betrifft, bedeutet das spezielle Verlustverrechnungsverbot gem. § 20 Abs. 6 Satz 4 EStG –

verfahrensrechtlich nachvollzogen im sog. Verlustverrechnungstopf für Aktien (§ 43a Abs. 3 Satz 2 EStG) – eine fragwürdige Schlechterstellung gegenüber anderen, ebenfalls dem Sondertarif unterliegenden Verlusten aus Kapitalvermögen. Dieser hat der BFH nunmehr zunächst einen Riegel vorgeschoben (dazu C.).

B. Verlustrealisierung durch Veräußerung oder einen vergleichbaren Tatbestand

I. Tatbestandsgemäße Veräußerung kein Gestaltungsmissbrauch – VIII R 9/17

Veräußerung i.S.v. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 EStG ist nach gefestigter Rechtsprechung die entgeltliche Übertragung des – zumindest wirtschaftlichen – Eigentums auf einen

Dritten. Weitere Tatbestandsmerkmale als den entgeltlichen Rechtsträgerwechsel enthält das Gesetz nicht.¹ Dass die Erfüllung des Tatbestands der Veräußerung von Aktien (§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG) weder von der Höhe der Gegenleistung noch von der Höhe der anfallenden Veräußerungskosten abhängig ist, bestätigt der BFH aktuell im Verfahren VIII R 9/17.² Er stellt klar, dass die Veräußerung wertloser Aktien grds. keinen Gestaltungsmissbrauch i.S.d. § 42 AO darstellt, selbst wenn sich der Verkäufer verpflichtet, vom Käufer wertlose Aktien zu kaufen.

Im entschiedenen Fall erwarb der Kläger 2011 Aktien für 4.685 Euro (1.000 Stück). In der Folgezeit verloren die Aktien aufgrund von Betrugsvorwürfen gegen die Gesellschaft erheblich an Wert und wurden von der kanadischen Börsenaufsicht vom Handel ausgeschlossen wurde. Im Februar 2013 veräußerte der Kläger alle Aktien zu einem Preis von 10 Euro (0,01 Euro pro Stück). Im Gegenzug erwarb er von der Käuferin wertlose Aktien. Im März 2013 wurden die Aktien aus dem Depot des Klägers ausgebucht und in das Depot der Käuferin übertragen.

Der Kläger beantragte für das Streitjahr 2013 den Abzug der laut Steuerbescheinigung der Bank für den Aktienverkauf angesetzten 1.405,52 Euro. Das Finanzamt ging von einer teilentgeltlichen Übertragung der Aktien aus (Anteil der entgeltlichen Übertragung 0,17 %, Veräußerungserlös 2 Euro).

Das Finanzgericht gab der Klage statt, die Revision des Finanzamts wurde zurückgewiesen. Der Verlust des Klägers aus der Veräußerung der Aktien (4.675 Euro) ist gem. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG i.V.m. Abs. 4 Satz 1 EStG zu berücksichtigen und aufgrund des Antrags nach § 32d Abs. 4 EStG mit Aktiengewinnen zu verrechnen ist (§ 20 Abs. 6 Satz 5 EStG). Unstreitig ging das Eigentum an den Aktien des Klägers auf die Käuferin über, da sie aus dessen Depot aus- und in das Depot der Käuferin eingebucht wurden. Dieser Rechtsträgerwechsel war auch entgeltlich, da die Käuferin an den Kläger einen Kaufpreis von 10 Euro gezahlt hat. Weitere Tatbestandsmerkmale stellt das Gesetz nicht auf.

Unerheblich ist, dass die Veräußerung der Aktien an die Bedingung geknüpft wurde, dass der Kläger im Gegenzug (wertlos gewordene) Aktien der Käuferin erwirbt. Denn dies ändert nichts daran, dass hinsichtlich der Aktien des Klägers ein Rechtsträgerwechsel stattgefunden hat. Auch der Abschluss eines Tauschvertrags über die Aktien des Klägers und der Käuferin – anstatt zweier Kaufverträge – wäre als Veräußerung i.S.d. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG anzusehen gewesen. Eine entgeltliche Anteilsübertragung liegt selbst dann vor, wenn wertlose Anteile ohne Gegenleistung zwischen fremden Dritten übertragen werden.³

Außer dem Kursverfall der Aktien und deren Ausschluss vom Handel an der Börse (Delisting) im Jahr 2012 ohne Ausbuchung aus dem Depot des Klägers führten noch nicht zu einer Realisierung des Aktienverlusts.⁴

Im Streitfall konnte offenbleiben, ob bereits die Ausbuchung der Aktien zu einer steuerlichen Berücksichtigung des Aktienverlusts führen könnte, da diese – wie die Veräußerung – erst im Streitjahr erfolgte.

Ein Missbrauch nach § 42 Abs. 2 Satz 1 AO liegt vor, wenn eine unangemessene rechtliche Gestaltung gewählt wird, die beim Steuerpflichtigen oder einem Dritten im Vergleich zu einer angemessenen Gestaltung zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil führt. Jedoch macht das Motiv, Steuern zu sparen, eine Gestaltung noch nicht unangemessen i.S.d. § 42 AO. Der Steuerpflichtige darf seine Verhältnisse grds. so gestalten, dass keine oder möglichst geringe Steuern anfallen, und dabei zivilrechtliche Gestaltungen, die vom Gesetz vorgesehen sind, frei verwenden. Eine rechtliche Gestaltung ist erst dann unangemessen, wenn der Steuerpflichtige nicht die vom Gesetzgeber vorausgesetzte Gestaltung zum Erreichen eines bestimmten wirtschaftlichen Ziels gebraucht, sondern dafür einen ungewöhnlichen Weg wählt, auf dem nach den Wertungen des Gesetzgebers das Ziel nicht erreichbar sein soll.

Der Kläger hat lediglich von gesetzlich vorgesehen Gestaltungsmöglichkeiten Gebrauch gemacht. Er verfolgte das Ziel, sich von den nahezu wertlosen Wertpapieren durch Übertragung auf einen Dritten zu trennen. Dieses Ziel war (sinnvoll) nicht anders als durch eine Veräußerung zu erreichen. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG sieht die Veräußerung von Aktien ausdrücklich vor und unterwirft sie der Besteuerung. Der Kläger hat daher nicht gegen eine vom Gesetzgeber vorgegebene Wertung verstoßen. Daran ändert sich nichts dadurch, dass ein Verlustgeschäft vorliegt, denn auch Veräußerungsverluste werden vom Anwendungsbereich des § 20 EStG erfasst. Es steht dem Steuerpflichtigen frei, ob, wann und an wen er seine Gesellschaftsanteile veräußert.

Auch der Umstand, dass die Übertragung der (wertlosen) Aktien des Klägers mit der Verpflichtung des Erwerbs wertloser Aktien verknüpft wurde, führt nicht zu einem Gestaltungsmissbrauch. Die gewählte Art der Veräußerung stellt

1 Stellvertretend BFH, Urt. v. 29.10.2019 - VIII R 16/16 - BStBl. II 2020, 245.

2 BFH, Urt. v. 29.09.2020 - VIII R 9/17; Anschluss an BFH, Urt. v. 12.06.2018 - VIII R 32/16 - BStBl. II 2019, 221.

3 BFH, Urt. v. 12.05.2015 - IX R 57/13 Rn. 15.

4 Dazu sogleich sub. II.

eine durch das Gesetz eingeräumte Möglichkeit dar, die nicht gegen vom Gesetzgeber vorgegebene Wertungen verstößt, zumal mögliche Kurssteigerungen der vom Kläger erworbenen Aktien steuerverstrickt sind.⁵

II. Analoge Anwendung des Veräußerungstatbestands – VIII R 34/16 und VIII R 20/18

Bereits im Verfahren VIII R 34/16⁶ hat der BFH entschieden, dass der Verlust aus dem entschädigungslosen Entzug von Aktien durch eine Kapitalherabsetzung auf Null samt eines Bezugsrechtsausschlusses für die anschließende Kapitalerhöhung auf der Grundlage eines Insolvenzplans analog § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG i.V.m. § 20 Abs. 4 Satz 1 EStG als Aktienveräußerungsverlust steuerbar ist.⁷ Diese Kapitalherabsetzung bewirkte den Untergang der Mitgliedschaftsrechte der Klägerin an der AG und wirtschaftlich den Entzug der Beteiligung zugunsten der ausschließlich an der Kapitalerhöhung teilnehmenden Neugesellschafterin. Jedoch erfassen weder der Veräußerungstatbestand des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG noch die der Veräußerung gleichgestellten Ersatztatbestände des § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG den Untergang der Beteiligung der Klägerin infolge der Kapitalherabsetzung auf Null samt des Bezugsrechtsausschlusses.

Diese in § 20 Abs. 2 EStG vorhandene planwidrige Lücke hat der BFH durch eine entsprechende Anwendung des Veräußerungstatbestands gem. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG auf den im Streitfall eingetretenen „Aktienentzug“ geschlossen.

Nach denselben Grundsätzen hat der BFH im Verfahren VIII R 20/18⁸ die Steuerbarkeit des insolvenzbedingten Untergangs von Aktien begründet.

§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Abs. 2 Satz 2 EStG enthalten eine planwidrige Regelungslücke, soweit die dort enthaltenen Realisationstatbestände den Entzug von Aktien aufgrund der Auflösung und Abwicklung einer inländischen AG durch ein Insolvenzverfahren mit anschließender Löschung im Register nicht unmittelbar erfassen. Diese Regelungslücke ist durch eine entsprechende Anwendung des Veräußerungstatbestands gem. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG zu schließen.

Der BFH stellt klar, wann der analog angewandte Veräußerungstatbestand verwirklicht ist: Von einer „Veräußerung“ der Aktien ist danach auszugehen, wenn die AG bei Vermögenslosigkeit gem. § 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG im Register gelöscht wird und das Mitgliedschaftsrecht des Aktionärs erlischt. Bei einer (früheren) Ausbuchung der Aktien aus dem Depot des Steuerpflichtigen durch die Depotbank wird der Tatbestand schon zu diesem Zeitpunkt verwirklicht. Jedoch ist der Veräußerungstatbestand ist noch nicht ver-

wirklicht, wenn der Aktionär schon vor der Löschung der AG mit einer Auskehrung von Vermögen im Rahmen der Schlussverteilung des Vermögens der AG objektiv nicht mehr rechnen kann oder die Notierung der Aktien an der Börse eingestellt oder deren Börsenzulassung widerrufen wird.

Im entschiedenen Fall wurde über das Vermögen der AG, an der der Kläger Aktien hielt, 2012 das Insolvenzverfahren eröffnet. Die AG wurde dadurch aufgelöst (§ 262 Abs. 1 Nr. 3 AktG) und im Rahmen des Insolvenzverfahrens abgewickelt. Die Aktien der AG wurden zum 31.12.2013 noch mit einem Kurswert von 0,029 Euro je Aktien im Depot des Klägers ausgewiesen (Kaufpreis, 0,94 Euro). Der Kläger wollte im Streitjahr 2013 seinen Verlust von 9.400 Euro mit Aktienveräußerungsgewinnen verrechnen. Das Finanzamt berücksichtigte den Aktienveräußerungsverlust nicht. Das Finanzgericht wies die Klage ab, da vom Kläger geltend gemachte Aktienveräußerungsverluste weder in Höhe des bis zum 31.12.2013 eingetretenen Wertverlusts der Aktien noch als Totalverlust (9.400 Euro) gem. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2 Satz 2 und Abs. 4 EStG steuerbar sei.⁹

Der BFH hat die Revision des Klägers zurückgewiesen, da er keinen Aktienverlust realisiert hat.

Der Kursverfall des Aktienbestands bis zum Ende des Streitjahrs bewirkt keine Realisation eines steuerbaren Verlusts.

§ 20 EStG enthält keinen § 17 Abs. 4 Satz 1 EStG entsprechenden speziellen Tatbestand, der im Fall der Auflösung einer Aktiengesellschaft gem. § 262 AktG eine Veräußerung der Aktien fingiert. § 20 Abs. 2 EStG erfasst das zivilrechtliche Erlöschen des Mitgliedschaftsrechts des Aktionärs aufgrund der Auflösung, Abwicklung, Beendigung und Löschung einer insolventen AG nicht unmittelbar.

5 Auch § 20 Abs. 6 Satz 6 EStG stand der Verlustverrechnung nicht entgegen. Diese Vorschrift, nach der Verluste aus Kapitalvermögen, die der Kapitalertragsteuer unterliegen, nur verrechnet werden dürfen, wenn eine Bescheinigung der auszahlenden Stelle i.S.d. § 43a Abs. 3 Satz 4 EStG vorliegt, dient der Verhinderung eines doppelten Verlustabzugs. Eine solche Gefahr war im vorliegenden Fall nicht gegeben, da von der Bank für die Übertragung der streitgegenständlichen Aktien kein Verlust, sondern die Ersatzbemessungsgrundlage nach § 43a Abs. 2 Satz 10 EStG angesetzt wurde. Es war daher ausgeschlossen, dass der Verlust doppelt berücksichtigt wird. Es wäre reiner Formalismus, in diesem Fall für die Verlustverrechnung eine Bescheinigung i.S.d. § 20 Abs. 6 Satz 6 EStG zu verlangen. So schon BFH, Ur. v. 12.06.2018 - VIII R 32/16 - BStBl. II 2019, 221 Rn. 25 m.w.N.

6 BFH, Ur. v. 03.12.2019 - VIII R 34/16 - BStBl. II 2021, 836; Parallelentscheidung BFH, Ur. v. 03.12.2019 - VIII R 43/18.

7 Dazu Faber, DStR 2020, 1825.

8 BFH, Ur. v. 17.11.2020 - VIII R 20/18.

9 FG München, Ur. v. 13.03.2018 - 9 K 644/18.

Zeichnet sich die Liquidation oder Insolvenz einer AG ab, kann der Steuerpflichtige unstreitig steuerbare Aktienveräußerungsverluste erzielen, indem er seine Aktien gegen ein geringes (nicht zwingend kostendeckendes) Entgelt oder bei objektiver Wertlosigkeit auch ohne Entgelt auf einen Dritten überträgt. Die Leistungsfähigkeitsminderung des Anteilseigners, die eintritt, wenn ihm seine Aktie aufgrund des Erlöschens einer AG in der Insolvenz (ggf. entschädigungslos) entzogen wird, ist mit der Leistungsfähigkeitsminderung vergleichbar, die der Anteilseigner erleidet, wenn er seine Aktie während eines Insolvenzverfahrens vor der Löschung der AG veräußert.

Die im Gesetz enthaltene planwidrige Regelungslücke ist durch eine analoge Anwendung des Veräußerungstatbestands gem. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG zu schließen. Hierdurch wird der aufgrund der Lückenhaftigkeit des Gesetzes ansonsten drohenden Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG begegnet.

Bei analoger Anwendung des Veräußerungstatbestands in § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG wird der Tatbestand i.d.R. verwirklicht, wenn das Mitgliedschaftsrecht des Aktionärs infolge der Vollbeendigung der AG erlischt. Erst dieser endgültige Rechtsverlust ist demjenigen vergleichbar, den der Aktionär bei einer Übertragung der Aktie auf einen Dritten im Zuge einer Veräußerung erleidet. Das Mitgliedschaftsrecht des Aktionärs erlischt jedoch erst nach Abschluss des Insolvenzverfahrens, wenn die AG vermögenslos ist, gem. § 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG im Register gelöscht wird und hierdurch als juristische Person erlischt. Das Mitgliedschaftsrecht des Klägers an der AG war im Streitjahr indes noch nicht zivilrechtlich erloschen.

Bei entsprechender Anwendung des Veräußerungstatbestands in § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG kann der Tatbestand schon vor dem rechtlichen Untergang des Mitgliedschaftsrechts verwirklicht sein, wenn die Aktien aus dem Depot des Steuerpflichtigen ausgebucht werden. Denn der Aktionär verliert hierdurch wie bei einer Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an seinen Aktien auf einen Dritten endgültig die Verfügungsmacht über die Aktien und trägt die mit den Aktien verbundenen Kursrisiken und -chancen nicht mehr. Auch eine Ausbuchung der Aktien der AG aus dem Depot des Klägers hat im Streitjahr jedoch noch nicht stattgefunden.

Dass mit einer Auskehrung von Vermögen an die Aktionäre der AG nicht mehr zu rechnen gewesen ist, ist unerheblich. Soweit gem. § 17 Abs. 4 EStG i.V.m. Abs. 2 EStG ein Auflösungsverlust schon zu diesem Zeitpunkt realisiert sein kann, sind diese Grundsätze bei analoger Anwendung des Veräußerungstatbestands gem. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG nicht sinngemäß heranzuziehen.

Gem. § 17 Abs. 4 Satz 1 EStG entsteht ein Auflösungsge-
winn oder -verlust, wenn der gemeine Wert des dem Steuerpflichtigen zugeteilten oder zurückgezählten Vermögens einerseits (§ 17 Abs. 4 Satz 2 EStG) und die Liquidations- und Anschaffungskosten des Gesellschafters andererseits (§ 17 Abs. 2 Satz 1 EStG) feststehen. Die Ermittlung des Gewinns oder Verlusts erfordert eine Stichtagsbewertung; maßgebender Zeitpunkt der Gewinn- oder Verlustrealisierung ist derjenige, zu dem auf Basis einer ex ante-Betrachtung bei einer Gewinnermittlung durch Betriebsvermögensvergleich gem. § 4 Abs. 1, § 5 EStG nach handelsrechtlichen Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung der Gewinn oder Verlust realisiert wäre.

Für die Gewinnermittlung gem. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG i.V.m. Abs. 4 Satz 1 EStG aufgrund des Erlöschens des Mitgliedschaftsrechts oder der Ausbuchung der Aktien aus dem Depot ist demgegenüber nach dem Zuflussprinzip (§ 11 EStG) auf das tatsächlich zugeteilte und ausgekehrte Vermögen abzustellen.

Auch die für die Steuerbarkeit eines sog. Rückzahlungsverlusts gem. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7, Abs. 2 Satz 2 und Abs. 4 EStG aufgestellten Grundsätze zur Verwirklichung des Rückzahlungstatbestands bei Ausfall einer privaten sonstigen Kapitalforderung¹⁰ sind nicht auf den insolvenzbedingten Untergang von Aktien übertragbar.

Der endgültige Ausfall einer privaten Kapitalforderung i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG führt zu einem steuerlich anzuerkennenden Verlust gem. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7, Abs. 2 Satz 2 und Abs. 4 EStG. Dieser Verlust entsteht, wenn endgültig feststeht, dass (über die bereits gezahlten Beträge hinaus) keine (weiteren) Rückzahlungen (mehr) erfolgen werden. Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners reicht hierfür i.d.R. noch nicht aus. Etwas anderes gilt, wenn die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt worden ist oder aus anderen Gründen feststeht, dass keine Rückzahlung mehr zu erwarten ist. Der Rückzahlungstatbestand gem. § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG i.V.m. Satz 1 Nr. 7 EStG wird damit nach anderen zeitlichen Anknüpfungspunkten als der Veräußerungstatbestand gem. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG verwirklicht, da für die Tatbestandsverwirklichung eine endgültig ausbleibende Tilgung (Rückzahlung) der Darlehensforderung und nicht das zivilrechtliche Erlöschen der Forderung maßgeblich ist.

Nicht entscheidend für die Realisierung eines Aktienverlusts ist auch die Verkehrsfähigkeit der Aktien. Weder die

¹⁰ BFH, Urt. v. 24.10.2017 - VIII R 13/15 - BStBl. II 2020, 831.

Einstellung der börslichen Notierung einer Aktie noch der Widerruf der Zulassung der Aktie einer insolventen Gesellschaft zum Handel im regulierten Markt berühren den Bestand des Mitgliedschaftsrechts.

C. Beschränkte Verlustverrechnung?

Stellt die Abgeltungsteuer ein in sich geschlossenes Sondersystem der Besteuerung privater Kapitaleinkünfte dar,¹¹ so ist es folgerichtig, auch die Verlustverrechnung auf dieses Binnensystem zu beschränken. Das allgemeine Verlustverrechnungsverbot gem. § 20 Abs. 6 Satz 1 EStG ist insoweit folgerichtig, als der Sondertarif für Gewinne wie Verluste in gleicher Weise gelten muss.

Fragwürdig nicht nur im Hinblick auf eine folgerichtige Besteuerung der privaten Kapitalerträge sind jedoch die besonderen Verlustverrechnungsbeschränkungen in § 20 Abs. 6 Sätze 4 – 6 EStG.¹²

I. Vorlage an das BVerfG – VIII R 11/18

Im Verfahren VIII R 11/18 hat der BFH mit Beschluss vom 25.03.2021 eine Entscheidung des BVerfG darüber eingeholt, ob § 20 Abs. 6 Satz 5 EStG a.F.¹³ insoweit mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist, als Verluste aus der Veräußerung von Aktien nur mit Gewinnen aus der Veräußerung von Aktien verrechnet werden dürfen. Nach Überzeugung des vorlegenden VIII. Senats ist die Regelung verfassungswidrig. Denn die Vorschrift behandelt Steuerpflichtige bei der Bestimmung ihrer steuerpflichtigen Einkünfte ohne hinreichenden rechtfertigenden Grund unterschiedlich, je nachdem, ob sie Verluste aus der Veräußerung von Aktien oder aus anderen Kapitalanlagen erzielt haben. Dies gilt insbesondere, soweit Steuerpflichtige, die Verluste aus der Veräußerung von Aktien erzielt haben, gegenüber Steuerpflichtigen mit Verlusten aus der Veräußerung aktienbasierter Kapitalanlagen, die keine Aktien sind, schlechter gestellt werden.

Verluste aus der Veräußerung von Aktien im Sinne der zivilrechtlichen Definition und vergleichbarer ausländische Mitgliedschaftsrechte dürfen nur eingeschränkt, d.h. nur mit gleichartigen Gewinnen verrechnet werden, während Verluste aus anderen Kapitalanlagen i.S.d. § 20 Abs. 2 EStG, insbesondere solchen, die die Wertentwicklung von Aktien ab- bzw. nachbilden und deshalb im wirtschaftlichen Ergebnis auf eine mittelbare Investition in Aktien gerichtet sind (z.B. Aktienfondsanteile, Aktienzertifikate, Aktienoptionen und Ähnliches), ohne die Beschränkung des § 20 Abs. 6 Satz 5 EStG innerhalb der Schedule verrechenbar sind. Der Gesetzgeber hat solche Kapitalanlagen ausdrücklich nicht in den Anwendungs-

bereich des § 20 Abs. 6 Satz 5 EStG einbezogen, weil von ihnen, anders als von Aktien, kein qualifiziertes Haushaltsrisiko ausgehe.¹⁴ Nicht von § 20 Abs. 6 Satz 5 EStG erfasst sind bspw. Veräußerungsverluste aus Zertifikaten (Index-, Basket-, Discount-, Bonus-, Express-, Sprint-, Faktor-Zertifikaten etc.), Optionsscheinen (Call-, Put-, Discount-, Knock-out-, Inline-Optionsscheinen etc.), Aktienanleihen, Termingeschäften, eigenkapitalähnlichen Genussrechten, Teilrechten und Bezugsrechten auf Aktien.

Die Verlustverrechnungsbeschränkung für Aktienveräußerungsverluste bewirkt bei vorhandenen positiven Kapitalerträgen (§ 20 Abs. 1 und Abs. 2 EStG), die keine Aktienveräußerungsgewinne sind, dass sich die Steuerlast für den Veranlagungszeitraum der Veräußerung (Verlustentstehungszeitraum) im Rahmen des Kapitalertragsteuerabzugs und der Veranlagung erhöht und ein Liquiditäts- und Zinsnachteil verursacht wird, da der Gesetzgeber anders als bei der Mindestbesteuerung nach § 10d EStG nicht einen Höchstbetrag zum Abzug im jeweiligen Veranlagungszeitraum zulässt, sondern diesen auf einen ungewissen zukünftigen Zeitpunkt, zu dem Aktienveräußerungsgewinne in der zum Verlustausgleich erforderlichen Höhe vorliegen, verschiebt.

Bereits zu Lebzeiten des Steuerpflichtigen besteht die typisierende Gefahr einer weitgehenden Nichtverrechenbarkeit, wenn nach der Realisation eines Aktienveräußerungsverlusts keine gleichartigen Gewinne nachfolgen. Aktienveräußerungsgewinne werden im Veranlagungszeitraum, in dem sie erzielt werden, uneingeschränkt besteuert, können aber auch im Rahmen des Steuerabzugs und in der Veranlagung mit sonstigen negativen Kapitalerträgen ausgeglichen werden. So stehen Aktienveräußerungsgewinne typischerweise nicht mehr als Verlustverrechnungspotenzial für zukünftig entstehende Aktienveräußerungsverluste zur Verfügung. Sie sind bereits mit sonstigen negativen Kapitalerträgen gem. § 20 Abs. 6 Satz 2 EStG ausgeglichen oder besteuert worden und auch ein Verlustrücktrag ist nicht möglich. Es müssen daher erst wieder neue Aktienveräußerungsgewinne erzielt werden, um eine Verrechnung mit entstandenen Aktienveräußerungsverlusten zu erreichen.

Da ein Aktienveräußerungsverlust nicht in den vorangegangenen Veranlagungszeitraum zurückgetragen und mit

11 Dazu stellvertretend Jachmann-Michel, Die Besteuerung der Kapitaleinkünfte, 2. Aufl., S. 127 ff.

12 Vgl. dazu stellvertretend Jachmann-Michel, BB 2020, 727.

13 I.d.F. des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008 v. 14.08.2007, BGBl. I 2007, 1912.

14 BT-Drs. 16/5491, S. 19.

dort besteuerten Aktienveräußerungsgewinnen verrechnet werden kann, müssen erst wieder neue Aktienveräußerungsgewinne erzielt werden, um eine Verrechnung zu erreichen.

Zudem besteht die Gefahr eines endgültigen Verlustuntergangs bei Versterben des Steuerpflichtigen.

Der Gesetzgeber hat die Einführung der Verlustverrechnungsbeschränkung des § 20 Abs. 6 Satz 5 EStG maßgeblich mit den von Spekulationsgeschäften mit Aktien ausgehenden erheblichen Risiken für die öffentlichen Haushalte begründet, d.h. ausschließlich fiskalisch. Doch auch wenn man annimmt, dass einzelne Steuerpflichtige jedenfalls dann, wenn sie durch ihr Verhalten besondere Risiken für die öffentlichen Haushalte verursachen, zu Sonderlasten herangezogen werden dürfen, muss die gesetzgeberische Rechtfertigung, die typisierend an die mit Aktiengeschäften verbundenen Verlustrisiken anknüpft, realitätsgerecht ausgestaltet sein. Die Annahme des Gesetzgebers aber, auch bei Eintritt eines Börsencrashes würden trotz erheblicher Veräußerungsverluste andere positive Kapitalerträge (z.B. Zins- und Dividenderträge und Veräußerungsgewinne gem. § 20 Abs. 2 EStG) in einem Maße erzielt, dass die dadurch ermöglichte Verlustverrechnung innerhalb der Schedule ein strukturelles Haushaltsrisiko für den Fiskus aufgrund massiver Steuerausfälle mit sich bringen würde, ist nicht ohne Weiteres realitätsgerecht. Dass von Veräußerungsgeschäften mit Aktien qualifizierte Haushaltsrisiken für das staatliche Steueraufkommen ausgehen, ist vom Gesetzgeber nicht plausibel dargetan.

Auch soweit der Gesetzgeber zwar Verluste aus der Veräußerung von Aktien, nicht aber solche aus der Veräußerung indirekter Aktienanlagen (z.B. von Aktienfondsanteilen, Aktienzertifikaten oder Aktienoptionen) der besonderen Verlustverrechnungsbeschränkung des § 20 Abs. 6 Satz 5 EStG unterwirft, geht er von einer unzutreffenden Typisierung der Haushaltsrisiken aus. Es ist nicht realitätsgerecht, wenn der Gesetzgeber bei der Veräußerung von Aktienfondsanteilen in einem Börsencrash typisierend ein geringeres Haushaltsrisiko annimmt. Aktienfonds mindern zwar im Vergleich zu Einzelaktien durch ihre Streuung die Gefahr sehr hoher Verluste aufgrund von Unternehmensrisiken, sind aber von gesamtwirtschaftlichen Marktrisiken, die der Gesetzgeber als maßgeblichen Grund für die Schaffung des § 20 Abs. 6 Satz 5 EStG angesehen hat, in gleicher Weise betroffen. Von in Zusammenhang mit einem Börsencrash auftretenden Kursstürzen wären sie ebenfalls erfasst, und eine hierdurch ausgelöste Veräußerung einer großen Zahl von Aktienfondsanteilen würde ebenso wie die Veräußerung von

Einzelaktien zu einer Minderung des Steueraufkommens beitragen. Die Gesetzesbegründung verkennt ferner, dass auch Optionsscheine und Zertifikate zum Teil weit höhere Verlustrisiken als Aktien bergen.

Der Gesetzgeber überschreitet seine Typisierungsbefugnis schließlich auch insoweit, als er abstrakt drohende Haushaltsrisiken aufgrund eines Börsencrashes als Rechtfertigungsgrund für eine Verlustverrechnungsbeschränkung heranzieht, die ihre Wirkung unabhängig vom Eintritt eines Börsencrashes entfaltet.

Eine hinreichende verfassungsrechtliche Rechtfertigung kann schließlich nicht daraus erwachsen, dass der Steuerpflichtige grds. die Möglichkeit hätte, anstelle einer Direktanlage in Aktien auf andere (auch aktienbasierte) Kapitalanlagen auszuweichen, die nicht zu nach § 20 Abs. 6 Satz 5 EStG nur eingeschränkt verrechenbaren Veräußerungsverlusten führen. Ein mögliches Ausweichverhalten des Steuerpflichtigen vermag eine Ungleichbehandlung nur dann zu rechtfertigen, wenn es für den Steuerpflichtigen zumutbar ist und diesen insbesondere nicht an der Ausübung seiner grundrechtlich geschützten Freiheiten hindert. Von einer solchen Beeinträchtigung grundrechtlich geschützter Freiheiten wäre aus Sicht des Senats aber auszugehen, wenn sich der Steuerpflichtige aus Gründen der steuerlichen Verlustnutzung auf andere Anlageformen verweisen lassen müsste, da es allein ihm obliegt, im Rahmen seiner Dispositionsfreiheit zwischen den verschiedenen Anlageformen zu entscheiden.

II. Folgerungen

Wegen der Vorlage an das BVerfG ist die spezielle Verlustverrechnungsbeschränkung für Aktien (§ 20 Abs. 6 Satz 4 EStG) zunächst nicht anzuwenden. Verfahren, in denen diese Norm streitentscheidend ist, sind auszusetzen. Zunächst nicht rechtskräftig wird etwa die Entscheidung des FG Rheinland Pfalz,¹⁵ wonach die ersatzlose Ausbuchung von endgültig wertlos gewordenen Aktien zu einem nach § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG zu berücksichtigenden Vermögensverlust führt. Die Ausbuchung stelle ebenso wie der Ausfall einer Kapitalforderung einen endgültigen Vermögensverlust dar, der bei den Einkünften aus Kapitalvermögen anzusetzen sei.

Die Unanwendbarkeit bzw. der Wegfall von § 20 Abs. 6 Satz 4 EStG kann nicht durch Rückgriff auf § 20 Abs. 6 Satz 6 EStG kompensiert werden, nicht nur, weil auch diese Verlustverrechnungsbeschränkung verfassungsrecht-

¹⁵ FG Neustadt a. d. Weinstraße, Urt. v. 12.12.2018 - 2 K 1952/16, anh. Rev. VIII R 5/19.

lich bedenklich ist.¹⁶ Laut Gesetzesbegründung¹⁷ sollen mit Einkünften aus Kapitalvermögen i.S.v. Satz 6 solche Einkünfte erfasst sein, die nicht Einkünfte i.S.v. Satz 4 sind.

D. Fazit

I. Der BFH stellt erneut klar, dass die Folgen der Veräußerung einer wertlosen Kapitalanlage nicht über § 42 AO zu vermeiden sind, weil das Veräußerungsgeschäft nicht auf einen wirtschaftlichen Ertrag ausgerichtet ist, sondern allein darauf, sich von einer nahezu wertlosen Anlage durch Übertragung auf einen Dritten zu lösen. Denn dieses Ziel als solches steht nicht zur Disposition der Finanzverwaltung und es ist sinnvoll nicht anders als durch eine Veräußerung zu erreichen. Die gefestigte Rechtsprechung, wonach eine Veräußerung auch bei (annähernder) Wertlosigkeit möglich ist, solange sich Leistung und Gegenleistung entsprechen und keine Schenkung im Raum steht, kann nicht dadurch ausgehebelt werden, dass das Veräußerungsgeschäft als Missbrauch eingestuft wird. Denn grds. steht es dem Steuerpflichtigen frei, alle zivilrechtlich möglichen Gestaltungen so zu wählen, dass möglichst geringe Steuern anfallen.

Der eindeutige Veräußerungstatbestand, gekoppelt mit der Feststellung, dass das anzuerkennende Ziel, sich von einer nahezu wertlosen Anlage durch Rechtsträgerwechsel zu trennen, nur eben durch eine Veräußerung sinnvoll zu erreichen ist, betrifft alle Fallgestaltungen, in denen jenseits dieses Ziels ein angestrebter wirtschaftlicher Vorteil nicht erkennbar ist. Ist die Veräußerung nämlich das eigentliche Ziel eines Geschäfts, kann eben dieses Ziel nicht auf einem anderen „angemessenen“ Weg erreicht werden. Denn es steht im Belieben des Steuerpflichtigen, ob, wann und mit welchem Ertrag er Wertpapiere erwirbt und veräußert. Dieser Befund wäre wohl auch bei der Einordnung von Cum-/Cum-Gestaltungen zu bedenken.

II. Mit der Begründung der Steuerbarkeit des insolvenzbedingten Untergangs von Aktien führt der VIII. Senat des BFH seine Rechtsprechung konsequent fort, wonach unter dem Regime der Abgeltungsteuer die Substanz des privaten Kapitalvermögens auch im Verlustfall steuerbar ist. Da der Tatbestand des § 20 Abs. 2 EStG hinter diesem umfassenden Regelungsanspruch von § 20 EStG zurückbleibt, bedarf es der Analogie. Dabei orientiert sich der Senat streng an dem analog angewandten Veräußerungstatbestand. Führt die Veräußerung zum Verlust des juristischen oder zumindest wirtschaftlichen Eigentums, bedarf es dieses Verlusts auch zur Verwirklichung des analog angewandten Tatbestandes. Mit einer Übertragung der Grundsätze des § 17 EStG auf § 20 EStG hat dies nichts zu tun. Einen dem § 17 Abs. 4 Satz 1 EStG entsprechenden Tatbestand kennt das Regelungsre-

gime von § 20 EStG systemkonform gerade nicht. Ein Rückgriff auf Strukturen des § 17 EStG kommt nicht in Betracht. Gleiches gilt für die Grundsätze zur Verwirklichung des Rückzahlungstatbestands gem. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 EStG i.V.m. Abs. 2 Satz 2 EStG bei Ausfall einer privaten sonstigen Kapitalforderung. Da der Forderungsausfall ein Aliud ist gegenüber dem zivilrechtlichen Erlöschen der Forderung, kann für die Verlustrealisierung hier nicht dasselbe gelten wie für die analoge Anwendung des Veräußerungstatbestandes auf das Erlöschen des Mitgliedschaftsrechts eines Aktionärs.

Die Steuerbarkeit des insolvenzbedingten Aktienverlusts wird durch die Einfügung von § 20 Abs. 6 Satz 6 EStG n.F. bestätigt, wonach für Verluste aus Kapitalvermögen aus einem sonstigen Ausfall von Wirtschaftsgütern i.S.d. § 20 Abs. 1 EStG und aus der Ausbuchung wertloser Wirtschaftsgüter i.S.d. § 20 Abs. 1 EStG Verlustverrechnungsbeschränkungen gelten. Dies setzt die Steuerbarkeit der genannten Vorgänge voraus. Der Gesetzgeber hat im Zusammenhang mit den Neuregelungen jedoch davon abgesehen, § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Abs. 2 Satz 2 EStG um neue Realisationstatbestände zu erweitern. Er ist demnach davon ausgegangen, dass die im Gesetz vorhandenen Realisationstatbestände auch die in den neuen Verlustverrechnungsbeschränkungen beschriebenen Vorgänge erfassen, wenngleich dies im Tatbestand des Absatzes 2 nicht zum Ausdruck kommt. Ob man insoweit weiterhin eine Regelungslücke in Absatz 2 sehen, vom Vorliegen einer Veräußerung jenseits des bisher von der Rechtsprechung entwickelten Veräußerungsbegriffs ausgehen oder aber eine Anordnung der Steuerbarkeit in Abs. 6 Satz 6 annehmen will, bleibt im Ergebnis unerheblich.

III. Die Vorlage der Verlustverrechnungsbeschränkung für Aktienveräußerungsverluste nach Abs. 6 Satz 5 EStG (jetzt § 20 Abs. 6 Satz 4 EStG) an das BVerfG gibt ein klares Signal an den Gesetzgeber, dass staatliche Finanznot – sei sie auch in einer allgemeinen Krise in Kauf genommen – nicht jegliche Zusatzbelastung des Steuerpflichtigen rechtfertigt. Denn der rechtsstaatlichen Eingriffsbeschränkungen bedarf es gerade in der Krise, wenn sie auch hier den politischen Akteuren besonders hinderlich erscheinen mögen. Inwiefern der Vorlagebeschluss eine Blaupause für eine Entscheidung über § 20 Abs. 6 Sätze 5 und 6 EStG n.F. liefern wird, bleibt abzuwarten.

16 Grundlegend zur Verfassungswidrigkeit Drüen, FR 2020, 663; siehe stellvertretend auch Bachmann/Seifert, DStR 2021, 1, 2 ff. m.w.N.; Buge in: Herrmann/Heuer/Raupach, Jahreskommentierung 2020, § 20 EStG Anm. J 20-4; Ott, DStZ 2020, 189, 191; Förster/von Cölln/Lentz, DB 2020, 353, 356 m.w.N.; Geberth/Bartel, DB 2019, 2604, 2605; Dahm/Hoffmann, DStR 2020, 81, 84 – vgl. zu beabsichtigten Musterprozessen Focus Money v. 20.01.2021, S. 64.

17 BT-Drs. 19/15876, S. 69.

Die antiken Gesetzestafeln von Gortyn auf Kreta – ein rechtshistorischer Reisebericht

RA und Univ.-Prof. (em.) Dr. Dr. Dr. hc. mult. Michael Martinek

Unsere Rubrik „Der besondere Beitrag“ präsentiert in diesem Heft einen „rechtshistorischen Reisebericht“ von der Insel Kreta mit einem Einblick in das antike Stadtrecht von Gortyn, das zwar weit weniger bekannt ist als das etwa gleichzeitig, womöglich auch erst wenig später entstandene römische Zwölf Tafelgesetz von etwa 450 vor Chr., aber anders als jenes noch zum Gutteil „in Stein gemeißelt“ erhalten ist. Der Bericht lädt zu einem erbaulichen Rechtsausflug nach Gortyn ein.

A. Die kretische Stadt Gortyn und ihre Geschichte

In den grausigen Coronazeiten, die nun hoffentlich auslaufen und bald überwunden sein werden, wenn uns keine Mutante zurückschlägt, haben viele Menschen ganz besonders unter den Reisebeschränkungen gelitten und hautnah spüren müssen: Freiheit ist eben doch in erster Linie Bewegungs- und damit auch Reisefreiheit. Jetzt aber können wir wieder konkrete Pläne machen; wovon wir lange nur träumen durften, kann jetzt wieder gebucht werden: Strand, Meer, Sonne, fremde Kulturen, neue Erfahrungen. Deshalb kommt dieser „besondere Beitrag“ zur rechten Zeit, wenn er sich an diejenigen richtet, die bei nächster Gelegenheit einen Urlaub in Griechenland auf der beliebten Ferieninsel Kreta ins Auge fassen und hierauf ihre Vorfreude steigern wollen. Wem Kreta bislang nicht ins Blickfeld seiner Planungen geriet, kann vielleicht noch umdenken, wenn er jetzt von einem „juristischen Schatz“ dort erfährt. Unter den zahlreichen antiken Baudenkmalern dieser Insel – natürlich ist der Palast von Knossos des Königs Minos „ein Muss“ – ragt für den Touristen, der in seinem Berufsalltag Jurist ist (und im Urlaub Jurist bleibt), doch eine Sehenswürdigkeit besonders heraus: die Große Inschrift von Gortyn, „das umfangreichste zusammenhängende Schriftdenkmal, welches wir überhaupt von dem europäischen Recht vor Christi Geburt besitzen“.¹ Kreta ist eine juristische Schatzinsel.

Die Stadt Gortyn, auch Gortys oder Gortyna genannt, liegt an der Straße von Mires nach Heraklion unweit des Ortes Agii Deki (Hagioi Deki) in der Messarà-Ebene von Kretas schönem Süden. Zugegeben: viel ist nicht übriggeblieben von der antiken Stadt, zu der man sich in einem eingezäunten Komplex gegen ein Entgelt Zutritt verschaffen muss. Die Stadt wurde wohl nicht erst, wie es die Sage will, von König Minos in der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts v. Chr. gegründet,

denn neuere Ausgrabungen und vor allem Keramikfunde haben eine Besiedlung schon im Neolithikum (4000 bis 3500 v. Chr.) nachgewiesen. Was uns heute im Kern als ein Trümmer- und Ruinenfeld begegnet, hat in seiner bewegten Geschichte große und wilde Zeiten gesehen. Der mythischen Überlieferung nach hat sich der Göttervater Zeus in Gestalt eines Stieres mit der aus Phönizien entführten Prinzessin Europa am Ufer des Lethaios-Flusses im Schatten einer immergrünen Platane gepaart. Schon Homer hat die Stadt in seiner Ilias als „fest ummauert“ besungen. Im 3. vorchristlichen Jahrhundert sollen bis zu 40.000 Menschen in der neben Knossos, Eleutherna, Kydonia und Lyktos mächtigsten Stadt der Insel gelebt haben. Der karthagische Feldherr Hannibal hat hier nach dem Scheitern seiner Feldzüge gegen Rom im Jahr 189 v. Chr. Asyl gefunden. Um das Jahr 68 v. Chr. besetzten die Römer die Insel und ernannten „Gortyna“ unter dem Feldherrn Caecilius Metellus zur Provinzhauptstadt nicht nur von Kreta, sondern auch von der in Nordafrika gelegenen römischen Provinz Cyrenaika. Die Römer sollen hier bis zu 5.000 Söldner einquartiert haben. Die Messarà-Ebene geriet zu einer der wichtigsten Kornkammern Roms. Auf dem Gelände wurden neben öffentlichen Gebäuden und Tempeln auch Brunnen, Kolonnaden, Werkstätten, Schulen, Aquädukte und Wasserwerke, Bäder, Wäschehäuser, Theater, Märkte und Schulen ausgebaut. Das Wasser leitete man aus den Hängen des Psiloritis, des mit 2.453 Metern höchsten Berges Kretas, herbei; den Stein für die Bauwerke entnahmen die Römer wie schon die früheren Bewohner aus einem nahe gelegenen Steinbruch, dem Messarà-Labyrinth, in der Nähe der Stadt Ambelouzos.

Um das Jahr 60 n. Chr. hat Apostel Paulus hier Station gemacht und gepredigt. Im 2. Jahrhundert ging von der Stadt als Bischofssitz (einem der zwölf Erzbistümer von Illyrien) die Christianisierung des östlichen Mittelmeerraumes aus, bevor sie im 9. Jahrhundert von aus Spanien fliehenden Arabern (Sarazenen) erobert und zerstört wurde und zur Piratenstadt verkam. Mehrere schwere Erdbeben erschütterten die Bausubstanz und die Infrastruktur. Die Venezianer (13. bis 17. Jahrhundert) sahen ebenso wie später die Türken von einem Wiederaufbau ab; die Stadt verfiel. Die Hauptstadt von Kreta wurde zunächst nach Candia (al-

¹ So Franz Bernhöft, Das Gesetz von Gortyn, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Band 6 (1886), Verlag Ferdinand Enke, Stuttgart, Seiten 282 – 440, 281.

Khandaq, heute Chania) und schließlich in das moderne Heraklion (Iraklio) verlegt. Und von Gortyn, wo die Menschen jahrhundertlang gelebt und gewirtschaftet hatten, wo sie gesungen und gelacht, getrauert und geweint, gefeiert und gekämpft hatten, ist nur noch ein umzäuntes Ruinenfeld geblieben, auf dem Touristen mit ihren Kameras und Rucksäcken neben Archäologen mit ihren Spachteln und Pinseln zu sehen sind.

All dies wird Ihnen vor Ort beispielsweise die ebenso sachkundige wie charmante Führerin Anastasia gern zu Beginn der Begehung des Geländes erklären. Eine Besichtigung wert ist natürlich die von Kaiser Justinian im 6. Jahrhundert errichtete Titus-Basilika, benannt nach dem Heiligen Titus, der von Apostel Paulus mit der Verbreitung des Christentums auf der Insel beauftragt worden war. Auch das Amphitheater ist gut erhalten. Dann aber führt der Weg zum gut erhaltenen Odeon, das die Römer für Konzerte, Vorträge und Schauspiele erbaut haben. An der Nordseite des Odeons steht ein kastenartiges Backstein-Gebäude von vielleicht 15 m Länge, 4 m Tiefe und 5 m Höhe, das am Ende des 19. Jahrhunderts von den Archäologen errichtet wurde. Es beherbergt in seiner Halle an der hinteren, nördlichen Längswand mehrere mannshohe Steinquader; darauf bzw. darin eingemeißelt: die berühmte Inschrift mit dem Stadtrecht von Gortyn. Diese Steinquader standen nicht immer dort. Ursprünglich bildeten sie wohl die Wände eines öffentlichen Gebäudes auf der Agora und waren auch viel zahlreicher (wohl 42 Steinblöcke). Das kastenartige Gebäude mit den zwölf erhaltenen Tafeln in seiner Halle ist nicht frei zugänglich; man kann die Inschrift nur aus einem Abstand von mehreren Metern von außen durch ein Eisengitter hindurch betrachten.

B. Die allgemeine Bedeutung der Inschrift

Als Entdecker der Inschrift wird Ihnen Anastasia bestimmt den italienischen (genauer: tiroler) Epigraphiker Dr. Federico Halbherr nennen, der im Juli 1884 – nach früheren vereinzelt Funden durch französische Touristen – im Bett eines abgesperrten Mühlbachs auf die ersten Quader gestoßen war, bevor er dem Deutschen Dr. Ernst Fabricius gemeinsam mit italienischen Archäologen die Ausgrabungen überließ, als Kreta übrigens noch unter türkischer Besatzung stand (erst 1898 erlangte Kreta seine Unabhängigkeit). Schnell erkannte man die außerordentliche Bedeutung der „Großen Inschrift von Gortyn“, die auch bald als „Königin der Inschriften“ bezeichnet wurde und als die wichtigste archäologische Entdeckung des Jahrhunderts gefeiert wurde. Man erkannte in ihr den ältesten Gesetzestext Europas und eine ergiebige Quelle der Erkenntnis über die Rechtsstellung freier Bürger und Sklaven und über Recht, Gesellschaft, Wirtschaft und Verwaltung einer kreti-

schischen Polis in der ersten Hälfte des 5. vorchristlichen Jahrhunderts. Der hohe Wert der Gesetze von Gortyn, deren Fund „für die Erkenntnis des griechischen Rechtes geradezu bahnbrechend“ war, beruht darauf, „dass sie das einzige größere zusammenhängende Stück einer griechischen Gesetzgebung darstellen, das auf uns gekommen ist“. Das gortynische Stadtrecht hat, folgt man Josef Kohler und Erich Ziebarth, die Erkenntnis gefördert, dass „es ein gemeingriechisches Recht gibt, auf indo-germanischer Grundlage beruhend, bei welchem die Familie und das Familienrecht der agnatisch patriarchalen Ordnung folgt, dabei aber wieder in manchen Punkten eigenartig gestaltet ist, mit Besonderheiten, die bei den verschiedenen griechischen Stämmen wiederkehren. [...] Es ist ein Recht ersten Ranges, ein Kulturrecht von feiner Entwicklung und ein Recht, welches zuerst den orientalischen Weltverkehr nach Europa gebracht und das jus aequum begründet hat.“²

Altgriechische Schulkenntnisse helfen beim Zugang zu den rund siebzehn Tausend Zeichen allerdings nicht weiter: Der Text ist in einem dorischen Dialekt und dazu in der so genannten bustrophedonen Schreibweise verfasst, beginnend in der ersten Zeile von links nach rechts, aber fortgesetzt in der nächsten Zeile von rechts nach links und dann wieder nach rechts, wobei die Schrift von rechts nach links die Buchstaben spiegelverkehrt, also nach der Art des Pflügens eines Feldes anordnet („wie ein Ochse beim Pflügen den Pfad wendet“ – griechisch „boustrophedon“).

Man weiß heute, dass diese umfangreichste griechische Inschrift auf ältere, nicht bekannte Rechtsquellen zurückgeht, also eine Art Neukodifikation bildet und – nach neuester Datierung – etwa zwischen 480 und 450 v. Chr. entstanden ist, möglicherweise also älter als das gemeinhin auf etwa 450 v. Chr. datierte Zwölftafelgesetz Roms ist. Irreführend ist es, wenn gelegentlich vom „Kodex“ von Gortyn gesprochen wird, denn die Inschrift bietet nicht etwa eine geschlossene, systematisch geordnete Kodifikation des Privatrechts, des Straf- und des Prozessrechts der Stadt. Vielmehr bieten die Gesetzestafeln von Gortyn nur Fragmente, zwar durchaus in Form von „Gesetzen“ im Sinne abstrakt-genereller Rechtssätze, nicht etwa nur in Form von „Fällen und Lösungen“. Dabei gewährt die Inschrift einen Einblick vor allem in das Privatrecht der antiken Stadt Gortyn wie er den Gräzisten sonst lediglich aus Athen verfügbar ist, dort aber nur im Wege der Zusammensetzung vieler Einzelquellen gewonnen werden konnte. Das Besondere ist, dass die Inschrift von Gortyn so gut erhalten ist und „leibhaftig“ bestaunt werden kann, während das römische Zwölftafelge-

² Josef Kohler / Erich Ziebarth, Das Stadtrecht von Gortyn und seine Beziehungen zum gemeingriechischen Rechte, Verlag Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1912, Seiten VII und VIII.

setz zwar nach ganz überwiegender Meinung einst physisch bestanden hat, aber längst auf unbekannte (oder umstrittene) Weise untergegangen ist.



© privat | M. Martinek

C. Überblick über den Inhalt der Inschrift

Zu den juristischen Aussagen der Inschrift wird die Archäologin und bekennende Nicht-Juristin Anastasia kaum nähere Auskünfte erteilen können. Sie erschließen sich erst, wenn man die schriftlichen Führer und die kleinen Abhandlungen aus dem Touristenbüro zu Rate zieht oder – viel besser noch – sich nach der Rückkehr zu Hause in das einschlägige Schrifttum zur antiken Rechtsgeschichte und in die Gortyn-Studien der Althistoriker vertieft, wie sich dies für den bildungsbeflissenen Juristen eigentlich gehört. Dabei bedarf die im Jahre 2017 erschienene, rund hundertseitige Schrift von Gerd Sachs als Schlüsselliteratur herausragender Erwähnung, die zwar von wörtlichen oder auch nur sinngemäßen Übersetzungen absieht, aber eine einfühlsame inhaltliche Darstellung und Erläuterung bietet.³ Wer auf einer wörtlichen Übersetzung mit Kommentaren besteht, mag auf das (im Touristenbüro erhältliche) Büchlein von Adonis S. Vasilakis zurückgreifen, der das Recht von Gortyn als „von einem Geist der Freiheit durchzogen und fortschrittlich“ kennzeichnet.⁴ Natürlich kann man sich auch in die wissenschaftliche Spezialliteratur endlos vertiefen.⁵

Im Mittelpunkt der Inschrift auf den 42 Kalksteinblöcken mit zwölf Kolonnen zu je rund 55 Zeilen steht neben prozessrechtlichen Fragen vor allem das Familien- und Erbrecht, namentlich die Annahme an Kindes Statt, die Rechtsstellung geschiedener Frauen und Witwen, von Kindern aus Mischehen zwischen Sklaven, Freien und Ausländern. Die ersten sechs der insgesamt zwölf (erhaltenen) Kolonnen befassen sich im Einzelnen mit dem Personenstand von Freien und Sklaven, mit dem Verbot der Eigenmacht (des Faustrechts), mit Vergewaltigung und Ehebruch, mit Vermögensteilungen bei Ehescheidungen, mit den Rechten einer

Sklavin nach ihrer Eheauflösung, mit der Kindesaussetzung und mit den familiären Machtverhältnissen, insbesondere der väterlichen Machtstellung. In den Kolonnen sieben bis zwölf finden sich Regelungen über Kinder von Freien und von Sklaven, zu Schenkungsfragen (z.B. Ungültigkeit einer Schenkung bei Überschuldung des Schenkers), zur Adoption und zur Haftung von Erben für Schulden des Erblassers.

Zum Prozessrecht heißt es in der Kolonne I (nach der Vasilakis-Übersetzung): „Götter! Wenn jemand einen Prozess gegen einen Freien oder einen Sklaven anstrengen will, soll er ihn nicht selbst vor dem Rechtsstreit festnehmen. Wenn er ihn doch ergreift, soll er – wenn es ein Freier ist – zu einer Strafe von zehn Stateren verurteilt werden, und – wenn es ein Sklave ist – zu einer Strafe von fünf Stateren – und es soll dessen Entlassung innerhalb von drei Tagen angeordnet werden. [...] Wenn er jedoch leugnet, dass er ihn ergriffen hat und es keinen Zeugen für die Tat gibt, soll der Richter unter Eid entscheiden. Wenn ein anderer Zeuge behauptet, dass der Ergriffene ein Freier ist, und ein anderer, dass er ein Sklave ist, dann gewinnt den Prozess derjenige, der behauptet, dass er ein Sklave sei.“

Eine Kostprobe aus der Kolonne VII zum Familien- und Erbrecht: „Wenn ein Sklave in das Haus eines Freien kommt und eine freie Frau heiratet, sollen ihre Kinder frei sein. Wenn jedoch eine freie Frau in das Haus eines Sklaven kommt und einen Sklaven heiratet, sollen die Kinder Skla-

- 3 Gerd Sachs, Die Große Gesetzesinschrift von Gortyn. Ein Spiegel der kretischen Gesellschaft in archaischer und klassischer Zeit, Verlag Dr. Kovac, Hamburg 2017.
- 4 Adonis S. Vasilakis, Die Große Inschrift des Gesetzeskodex von Gortyn, Verlag Mystis, Heraklion, Seite 38.
- 5 Besonders erwähnenswert noch: Johannes Baunack und Theodor Baunack, Die Inschrift von Gortyn, Verlag S. Hirzel, Leipzig 1885, Neudruck Verlag Dr. H.A. Gerstenberg, Hildesheim 1972; Bernhöft, Das Gesetz von Gortyn, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Band 6/1886, Verlag Ferdinand Enke, Stuttgart, Seiten 282 – 440; Franz Bücheler und Ernst Zitelmann, Das Recht von Gortyn, Rheinisches Museum für Philologie. Neue Folge Bd. 40, Ergänzungsheft XL, Frankfurt 1885, Nachdruck Scientia Verlag, Aalen 1960; Reinhard Koerner, Inschriftliche Gesetzestexte der frühen griechischen Polis. Aus dem Nachlass von Reinhard Koerner herausgegeben von K. Hallof, 1993; Heinrich Lewy, Federico Halbherr, Altes Stadtrecht von Gortyn auf Kreta: nach der von Halbherr und Fabricius aufgefundenen Inschrift, Gärtners Verlag, Berlin 1885; Stefan Link, Wenn die einen teilen wollen, die anderen aber nicht ... Zum Großen Gesetz von Gortyn, col. 5, 28-54, Göttinger Forum für Altertumswissenschaft 7 (2004), Seiten 59 – 66; Rainer R. Metzger, Untersuchungen zum Haftungs- und Vermögensrecht von Gortyn, Diss. Bern 1969, Schweizerische Beiträge zur Altertumswissenschaft Bd. 13, Friedrich Reinhardt Verlag, Basel 1973; J. Simon, Zur Inschrift von Gortyn, Wien 1886; Egon Weisz, Die große Inschrift von Gortyn und ihre Bestimmungen über Selbsthilfe und Prozeß (1948), in: Erich Berneker (Hrsg.), Zur griechischen Rechtsgeschichte, Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstadt 1968, Wege der Forschung Bd. 45, Seiten 315 – 349; Ronald F. Willetts, The Law Code of Gortyn, Verlag Walter de Gruyter, Berlin 1967, Supplement I KADMOS, Zeitschrift für Vor- und Frühgriechische Epigraphik.

ven sein. Wenn von derselben Mutter Kinder, die Freie sind, und Kinder, die Sklaven sind, geboren werden, sollen, wenn die Mutter stirbt, falls es Vermögen gibt, die Freien es bekommen. Wenn jedoch keine Freien geboren wurden, sollen das Vermögen die Angehörigen bekommen.“

Je mehr man sich in die Texte vertieft, desto farbenprächtiger entfaltet sich das Bild der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse von Gortyn im 5. Jahrhundert v. Chr. als einer antiken Agrargesellschaft. Als besonders markante Farbtupfer lassen sich beispielsweise folgende Befunde nennen: Der „Oikos“, d.h. die Haus-, Hof- und Wirtschaftsgemeinschaft mit der Familie, den Bediensteten, den Sklaven, mit den Gebäuden und Ländereien (Äckern und Weiden) unter dem „Kyrios“ als Familienoberhaupt und Haushaltsvorstand, bildete die gesellschaftliche, religiöse und wirtschaftliche Einheit, um deren Stärkung und Erhaltung in der männlichen Linie die Rechtsordnung in Todes- und Erbfällen bemüht war. Es gab keine gewillkürte, sondern nur eine gesetzliche Erbfolge, wonach die Söhne deutlich bevorzugt waren. Die Rechtsstellung der Frauen ließ ansonsten durchaus ein eigenes Vermögen und eine eigene Vermögensverwaltung, ja sogar eine Prozessführung darüber ohne Beistand zu, womit die Gortynerin offenbar besser stand als die Athenerin dieser Zeit. Sie konnte auch allein über ihre Eheschließung entscheiden, auch einen Sklaven heiraten. Das Mindestalter für eine Eheschließung betrug bei Männern und Frauen zwölf Jahre; Doppel- oder gar Mehrfachehen waren unerlaubt. Eine Scheidung konnte im Wege der Übereinkunft beider Eheleute, aber auch einseitig und grundlos erfolgen, ohne dass eine staatliche Kontrolle stattfand. Im Prozessrecht spielte der Eid eine herausragende Rolle, wobei auch der Richter selbst seine eher schiedsrichterlichen als staatlichen Pflichten zur Entscheidungsfindung unter Eid erfüllte. Den Eid der Richter und Zeugen muss man sich offenbar als eine Art Selbstverfluchung für den Fall vorstellen, dass das Urteil nicht gerecht bzw. die Aussage nicht wahrheitsgemäß war.

Auch wenn sich bei der Vertiefung in Einzelheiten der Inschrift kein Bezug der Regelungen des oligarchisch organisierten Stadtstaats Gortyn zu unserer Gegenwart herstellen läßt und nur von Fachleuten des früh-griechischen Rechts die historisch-juristische Bedeutung ermessen und gewürdigt werden kann, strahlt die Inschrift eine Faszination aus, die jeden Juristen noch heute in ihren Bann schlägt.

D. Die Inschrift als elementares Rechtserlebnis

In der Tat: Der Blick auf die Steinquadern und die Betrachtung der eingemeißelten Rechtstexte kann zum tief bewegenden Erlebnis für einen Juristen-Touristen werden (was unserer Führerin Anastasia wohl verschlossen bleiben dürfte). Denn die von diesem Ort ausströmende Aura ergreift den juristi-

schen Besucher mit elementarer Wucht, wenn ihm bewußt wird, dass ihm über einen Zeitraum von 2.500 Jahren hinweg ein großartiges Exempel für das Bemühen der Menschen um eine rechtliche Ordnung für ihr gedeihliches Zusammenleben vor Augen geführt wird. Es geht um mehr als nur um eine Reise in die Vergangenheit des Rechts und um eine unterhaltsame rechtshistorische Rückbesinnung. Kaum anderswo als beim Anblick der riesigen Wand mit den Gesetzestafeln von Gortyn kann der Begriff des „Gesetzes“, des „gesetzten“ Rechts, so ausdrucksvoll und ergreifend veranschaulicht werden. Gewiss, man könnte kleinere Fragmente der Gesetzestafeln auch im Archäologischen Museum von Heraklion, im Louvre oder im British Museum bestaunen. Die Inschrift vor Ort indes vergegenwärtigt dem Betrachter im Wortsinne „massiv“, dass Recht und Gesetz eine anthropologische Konstante von epochenübergreifender Unverzichtbarkeit sind, dass der ewige menschliche Kampf um die Errichtung einer Friedensordnung für Gesellschaft und Wirtschaft, Verwaltung und Politik doch stets fragmentarisch und defizitär bleibt und dass man sich den mythologischen Felsblock, den Sisyphos immer wieder aufs Neue bergauf wälzen musste, durchaus als Symbol des Rechts vorstellen kann. Die Inschrift von Gortyn, die übrigens wohl von nur einem einzigen Bildhauer erschaffen wurde, inhaltlich aber wohl auf eine Art Stadtrat oder Volksversammlung zurückzuführen ist, konstituiert eine rechtskulturelle Sensation.

Dem schon erwähnten Althistoriker Gerd Sachs verdanken wir den Hinweis auf eine Passage in der Schrift von Friedrich Schiller, Die Gesetzgebung des Lykurgus und Solon⁶, mit der auch dieser kleine rechtshistorische Reisebericht, der nicht zuletzt als eine Einladung zum Besuch von Gortyn gedacht ist⁷, nunmehr schließen darf:

„Der Stein leidet geduldig den bildenden Meißel [...] Der Gesetzgeber allein bearbeitet einen selbständigen widerstrebenden Stoff – die menschliche Freiheit. Nur unvollkommen kann er das Ideal in Erfüllung bringen, das er in seinem Gehirne noch so rein entworfen hat; aber hier ist der Versuch allein schon alles Lobes wert, wenn er mit uneigennützigem Wohlwollen unternommen wird und mit Zweckmäßigkeit vollendet wird.“

6 Friedrich Schiller, Die Gesetzgebung des Lykurgus und Solon, in: Thalia, Dritter Band, Heft 11 (1790), S. 30 – 82, S. 51/51 (Kap. 1 a.E.), Göschen Verlag, Leipzig, nach Hinweis von Gerd Sachs, siehe Fn. 3, Seite 106.

7 Das umzäunte Gebiet der Ausgrabungsstätte von Gortyn, mit etwa 400 Hektar eine der weitläufigsten archäologischen Stätten Griechenlands, kann das ganze Jahr über (außer an Feiertagen) besucht werden, im Winter von 9 bis 15, in den Sommermonaten von 8 bis 20 Uhr. Neben den offiziellen Führern trifft man mit ein wenig Glück auch (meist italienische Archäologen vor Ort, die gern über ihre Arbeit mit Spachteln und Pinseln zur Freilegung von Gefäßstücken oder Münzen usw. berichten. Im Sommer sollten Sie Ihren Hut und eine Flasche Wasser mitnehmen!

Dennis Müller



Richter am Oberlandesgericht

Herr Müller ist seit 2003 in der rheinland-pfälzischen Justiz tätig. Von 2016 bis 2019 leitete Herr Müller das Referat „eJustice – elektronischer Rechtsverkehr, elektronische Gerichtsakte, Organisationsberatung“ des JM Rheinland-Pfalz sowie das Programm ejustice.rlp. Seit 2020 ist er Mitglied des 3. Zivilsenats des OLG Koblenz. Er ist Lehrbeauftragter der Johannes-Gutenberg Universität Mainz und Mitautor des juris-Praxiskommentars Elektronischer Rechtsverkehr.

Jens Gomm



Richter am Landgericht

Herr Gomm ist seit dem Jahr 2010 in der Justiz des Landes Baden-Württemberg tätig. Von 2014 bis 2018 war er an das IT-Referat des Ministeriums der Justiz und für Europa Baden-Württemberg abgeordnet und wirkte dort im eJustice-Programm mit. Danach war er am LG Mannheim tätig und ist derzeit an das OLG Karlsruhe abgeordnet. Er ist Mitautor des juris-Praxiskommentars Elektronischer Rechtsverkehr.

Dr. Tim Husemann



Privatdozent an der Ruhr-Universität Bochum

Nach dem Studium in Osnabrück folgten Promotion und Habilitation an der Ruhr-Universität Bochum. Herr Husemann ist Akademischer Rat a.Z. am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht und Sozialrecht (Prof. Dr. Jacob Joussen) an der Ruhr-Universität Bochum.

Dr. Roman Lehner



Privatdozent an der Georg-August-Universität Göttingen

Seit 2014 Akademischer Rat a.Z. an der Georg-August-Universität Göttingen (derzeit am Institut für Öffentliches Recht), wo im Jahr 2020 die Habilitation erfolgte. Seither Lehrstuhlvertretungen in Göttingen, Bremen, Konstanz und Frankfurt am Main.

Dr. Simone Kuhlmann



Postdoc am Zentrum für Recht in der digitalen Transformation

Nach Studium, Referendariat und Tätigkeit als Wissenschaftliche Mitarbeiterin bei Taylor Wessing seit 2015 an der Universität Hamburg. Dort zunächst als Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Medien- und Telekommunikationsrecht von Prof. Dr. Hans-Heinrich Trute, seit 2020 als Postdoc am Zentrum für Recht in der digitalen Transformation.

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.

IMPRESSUM

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

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

Redaktion: Ass. iur. Daniel Schumacher

Medieninhaber und Verlag: juris GmbH, Juristisches Informationssystem für die Bundesrepublik Deutschland, Am Römerkastell 11, 66121 Saarbrücken, Tel.: 0681 5866-0, Fax: 0681 5866-239, E-Mail: jM@juris.de
Geschäftsführer: Samuel van Oostrom, Johannes Weichert, Aufsichtsratsvorsitzende: Ministerialdirigentin Eva-Lotta Gutjahr

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

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

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

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

Bestellungen: Über jede Buchhandlung und beim Verlag

Satz: Datagroup Int., Timisoara

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

ISSN: 2197-5345

8. Jahrgang

juris PraxisKommentar Internetrecht

Das Recht der Digitalisierung, 7. Auflage 2021

Hrsg.: **Prof. Dr. Dirk Heckmann**, Mitglied des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, Direktor im Bayerischen Forschungsinstitut für Digitale Transformation bidt.digital, Lehrstuhl für Recht und Sicherheit der Digitalisierung, Technische Universität, München, und **Dr. Anne Paschke**, Gastwissenschaftlerin am TUM Center for Digital Public Services, TU München, Lehrbeauftragte am Hasso-Plattner-Institut, Universität Potsdam

Die Neuauflage des fortan von Herrn Prof. Dr. Dirk Heckmann und Frau Dr. Anne Paschke gemeinsam herausgegebenen Werks berücksichtigt die relevanten Gesetzesentwicklungen, beispielsweise die Umsetzung der Urheberrechtsrichtlinie, und bietet Informationen zu Corona-bedingten Änderungen, etwa zum Thema Homeoffice in Pandemiezeiten.

Neu in der 7. Auflage sind unter anderem folgende Themen:

- Neue Kapitel zur Regulierung der technisch-organisatorischen Infrastruktur der Digitalisierung und zu Online-Plattformen
- Aktuelle Informationen zur Urheberrechts-Richtlinie
- Der sich rasant fortentwickelnde Bereich des digitalen Handels:
 - Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (RL 2019/770)
 - Richtlinie zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche in Umsetzung der EU-Richtlinie zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union (RL 2019/2161)
- Informationen zum Onlinezugangsgesetz und zur digitalen Verwaltungspraxis

- Neue europäische normativer E-Justice-Entwicklungen mit dem Entwurf weiterer Regelungen (u. a. die E-CODEX-Verordnung) im Zuge des Elektronischen Rechtsverkehrs
- Nutzung von Videokonferenzen in gerichtlichen Verfahren
- Vorstellung des umfangreichen Diskussionspapiers „Modernisierung des Zivilprozesses“ der Arbeitsgruppe der OLG- und BGH-Präsident/innen
- Brandaktuelle Themen wie die SARS-CoV-2-Arbeitschutzverordnung
- Die zum 01.01.2021 in Kraft getretene StGB-Novelle („Sechzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Modernisierung des Schriftenbegriffs und anderer Begriffe sowie Erweiterung der Strafbarkeit nach den §§ 86, 86a, 111 und 130 des Strafgesetzbuches bei Handlungen im Ausland (StrÄndG 60)“ – BGBl I 2020, 2600)

Verbesserter Zugang dank neuer Kapitelstruktur

Der juris PraxisKommentar Internetrecht wurde für die Neuauflage strukturell überarbeitet: Kapitel 1 enthält nun als Allgemeiner Teil gebündelt Informationen zu Recht und Rechtspolitik der Digitalisierung sowie zur Verantwortlichkeit der Diensteanbieter (ehemaliges Kapitel 10).

Fortlaufende Online-Aktualisierung durch renommierte Autoren

Alle Autoren verfolgen die Entwicklung der maßgeblichen Gesetze, Verordnungen und Entscheidungen permanent und fügen Aktualisierungen fortlaufend und zeitnah in die Kommentierung ein. So arbeiten Sie mit dem juris PraxisKommentar Internetrecht immer auf dem neuesten Rechtsstand.

www.juris.de/internetrecht

STAUDINGER Online powered by juris

Verlag Dr. Otto Schmidt – De Gruyter

ENTSCHEIDEND BESSER

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

Als vollständig digitale Fassung bietet Ihnen der STAUDINGER Online zahlreiche zusätzliche Vorteile gegenüber der bekannten Printfassung. Die Inhalte sind für Sie jederzeit und von jedem Ort der Welt verfügbar. Sie haben dank monatlicher Aktualisierungen immer den neuesten Stand im Zugriff. Durch die nahtlose Einbindung in juris –

Das Rechtsportal profitieren Sie von einer schnellen und intuitiven Handhabung sowie einer umfassenden und intelligenten Verlinkung mit der Premium-Literatur der jurisAllianz sowie den gesamten juris Inhalten – insgesamt über 25 Millionen digitale Dokumente. Auch alle weiteren juris Funktionalitäten wie beispielsweise Such-Filter, Schnellzugriffe, Favoriten sowie die Zitierfunktion können vollumfänglich genutzt werden.

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

STAUDINGER Online Gesamtausgabe

Das gesamte Werk als digitale Fassung:

BGB Bücher 1-5, EGBGB/IPR und Eckpfeiler des Zivilrechts - mit allen Vorteilen der juris Recherche und fortlaufenden Online-Aktualisierungen.

175,00 € im Monat für den 1. Nutzer

(2.-10. Nutzer nur 26 €/Nutzer und Monat)

Als Nutzer von juris Spectrum, Professionell, DAV, Kommune Professionell und Kommune Premium erhalten Sie 10 % Rabatt.

www.staudinger.juris.de

juris PartnerModul Verwaltungsrecht

partnered by Bundesanzeiger Verlag | C.F. Müller | De Gruyter | dfv Mediengruppe | Erich Schmidt Verlag | Giesecking | jehle | Kohlhammer | Reguvis Fachmedien | rehm | R.v.Decker | Stollfuß Medien | Verlag Dr. Otto Schmidt

Topaktuell zur BayBO-Novelle 2021 mit der „Bayerischen Bauordnung“ von Dr. Paul Molodovsky, Dipl. Ing. Gabriele Famers, und Dr. Timm Waldmann von unserem Partnerverlag rehm

Mit wenigen Mausklicks erschließen Sie sich Antworten auf sämtlichen Ebenen des Verwaltungsprozesses. Allen voran finden Sie Erläuterungen zu den Vorschriften der VwGO, des VwVfG, VwVG/ VwZG oder BVerfGG.

Sie erhalten Hilfestellung nicht nur im Arbeitsrecht des öffentlichen Dienstes (einschließlich Nebengebieten wie Besoldungs-, Versorgungs-, Disziplinarrecht), sondern insbesondere auch in der schwierigen Materie des Personalvertretungsrechts – inklusive der besonderen Verwaltungszweige (Bundespolizei, Bundeswehr und Sozialversicherungsträger).

Auch für die Bereiche Bau-, Energie- und Umweltrecht steht umfassend Literatur bereit: Sie arbeiten mit aktuellen Kommentierungen zum BauGB, zur BauNVO und zu den Bauordnungen ausgewählter Länder, zur ImmoWertV, zum BImSchG, UIG oder UmwRG. Selbstverständlich werden die relevanten EU-Vorschriften ebenfalls berücksichtigt.

Das komplexe Thema der kommunalen Haftung und der strafrechtlichen Verantwortlichkeit kommunal Bediensteter wird anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung und durch zahlreiche Beispiele veranschaulicht.

www.juris.de/pmverwr



NEU – jetzt gratis testen!

juris PartnerModul Unternehmensjuristen

partnered by Bundesanzeiger Verlag | C.F. Müller | De Gruyter | Deutscher Anwaltverlag | dfv Mediengruppe | Erich Schmidt Verlag | IWW Institut | Reguvis Fachmedien | Verlag Dr. Otto Schmidt

Als Legal Counsel verantworten Sie ein breites Aufgabenspektrum. Sie gewährleisten die Einhaltung bestehender Compliance-Regeln, um Ihr Unternehmen vor Schadensersatzklagen in Millionenhöhe zu bewahren. Das juris PartnerModul unterstützt Sie mit aktueller Premium-Literatur und intelligenten Arbeitshilfen.

Mit der digitalen Bibliothek klären Sie strittige Sachverhalte von AGB bis Urheberrecht sekundenschnell. Formular-Bausteine und Mustertexte fügen Sie per Klick passgenau in Ihre Textverarbeitung ein. Sie verfolgen den Werdegang neuer Gesetze und Verordnungen systemgestützt und erhalten Aktualisierungen laufend per E-Mail.

Inhalt:

- AGB-Recht, Schwab
- AnwaltFormulare, Heidel/Pauly/Wimmer-Amend
- Betriebs-Berater, BB
- Datenschutz und Datennutzung, Moos (Hrsg.)
- Der Lizenzvertrag, Groß
- Die Betriebsaufspaltung, Kaligin
- DS-GVO/BDSG, Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann
- GmbH-Gesetz, Lutter/Hommelhoff/Bayer/Kleindiek
- Handbuch Compliance-Management, Wieland/Steinmeyer/Grüniger (Hrsg.)
- HGB, Röhrich/Graf von Westphalen/Haas (Hrsg.)
- Handelsregisterrecht, Wieland/Steinmeyer/Grüniger (Hrsg.)
- juris Praxiskommentar UWG, Ullmann (Begr.)/Seichter (Hrsg.)
- Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, Gierschmann/Schlender u.a. (Hrsg.)
- Markenrecht, Heidelberger Kommentar, Ekey/Bender/Fuchs-Wisseemann (Hrsg.)
- ProdhaftG, Kullmann (Begr.)/Katzenmeier/Voigt (Hrsg.)
- und viele weitere Titel

+ Digitale Arbeitshilfen, Gesetze und zitierte Rechtsprechung von juris



ab **79,00 €**/Monat zzgl. MwSt.

Mehr Informationen und Gratistest unter:
www.juris.de/pm-unternehmensjuristen

juris Allianz
Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.

Zusammen unschlagbar juris **DAV**



Das exklusive Recherche-Angebot für DAV-Mitglieder

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

Mehr Informationen und Gratistest unter:
www.juris.de/dav



ab **75,00 €**/Monat

zzgl. MwSt.

juris[®]


DeutscherAnwaltVerein