

Juris[®] Die Monatszeitschrift

JM 1 | JANUAR
2020

Topthema:

Influencer – ein neues Berufsbild im Fokus des Rechts

VRiLG Dr. Steffen Wesche, M.A.

Interview:

Das chinesische Sozialpunktesystem für Einzelpersonen und Unternehmen – Funktionen, Sanktionen und Implikationen

RA'in Dr. Madeleine Martinek, AHK Peking

In dieser Ausgabe:

Der Mietspiegel – ein Überblick über ein wichtiges Instrument zur Mietenregulierung

Dr. Jutta Hartmann

Die Offenlegung geheim gehaltener Informationen im Verwaltungsprozess

Ri'inVG Dr. Jessica Niehaus

Mit Contergan-Handicap als Richter in der Justiz

RiLG Prof. Dr. Herbert Taubner





juris PartnerModule – geschmiedet zu Ihrem Vorteil

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

www.juris.de/partnermodule

Über 70 Online-Module –
mehr als 35 Rechtsgebiete

jurisAllianz

Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.

juris
Das Rechtsportal

ottoschmidt

DE GRUYTER

ESV ERICH
SCHMIDT
VERLAG

C.F. Müller

rehm
Verlagsgruppe Hüterling Verlag Berlin

STOTAX
Stollfuß Medien

Reguvis

dfv Mediengruppe

DeutscherAnwaltVerlag

DeutscherNotarVerlag

IWW
INSTITUT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Topthema:

Zivil- und Wirtschaftsrecht

Influencer – ein neues Berufsbild im Fokus des Rechts

VRiLG Dr. Steffen Wesche, M.A. S. 2

Der Mietspiegel – ein Überblick über ein wichtiges Instrument zur Mietenregulierung

Dr. Jutta Hartmann S. 7

Hinterbliebenengeld für Ehefrau, vier Kinder und den Bruder

LG Tübingen, Urt. v. 17.05.2019 - 3 O 108/18
VRiOLG a.D. Lothar Jaeger S. 12

Sozialrecht

Leistungen vom Jobcenter für den Besuch naher Angehörigen?

BSG, Urt. v. 28.11.2018 - B 14 AS 47/17 R und B 14 AS 48/17 R
RiLSG Jan Schiller S. 15

Verwaltungsrecht

Die Offenlegung geheim gehaltener Informationen im Verwaltungsprozess

Ri'inVG Dr. Jessica Niehaus S. 19

Jahresfrist für den Widerruf einer Subvention

BVerwG, Urt. v. 23.01.2019 - 10 C 5/17
RiBVerwG Dr. Robert Seegmüller S. 24

Steuerrecht

Verluste eines Gesellschafters aus dem Forderungsverzicht zugunsten seiner Kapitalgesellschaft

BFH, Urt. v. 06.08.2019 - VIII R 18/16
VRi'inBFH Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel S. 27

Steuerbegünstigung für dauerdefizitäre Tätigkeiten von der öffentlichen Hand beherrschter Kapitalgesellschaften als staatliche Beihilfe

BFH, Beschl. v. 13.03.2019 - I 18/19
RiFG Dr. Ruben Martini, LL.B. S. 30

INHALT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Strafrecht

Reden ist Silber, Schweigen ist Gold – wie aus einem Zeugen ein Beschuldigter werden kann

BGH, Beschl. v. 06.06.2019 - StB 14/19

Wiss. Mit. Kai-Daniel Weil

S. 32

DER BESONDERE BEITRAG

Der „besondere Beitrag“ – redaktionelle Ankündigung einer neuen jM-Rubrik des juristischen Feuilletons

Univ.-Prof. Dr. Dr. Dr. hc. mult. Michael Martinek

S. 36

Mit Contergan-Handicap als Richter in der Justiz

RiLG Prof. Dr. Herbert Taubner

S. 37

INTERVIEW

Das chinesische Sozialpunktesystem für Einzelpersonen und Unternehmen – Funktionen, Sanktionen und Implikationen

Interview mit:

RA'in Dr. Madeleine Martinek, AHK Peking

S. 41

Auf ein Neues



Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Winterhoff,
Hamburg

Dies betrifft natürlich zuallererst das Jahr 2020, für das ich Ihnen im Namen aller Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der jM alles Gute wünschen darf. Neues gibt es aber auch im Bereich der Jurisprudenz, in unserem Fall nämlich ein neues Berufsbild, dasjenige des Influencers. Vielleicht sind Sie ja schon „Follower“ eines solchen und lesen mit großem Interesse die „Posts“ über das „Unboxing“ eines frisch erworbenen Produkts oder die sonstigen „Hauls“ Ihrer YouTube- oder Instagram-Bekanntheit, mit der Sie vielleicht sogar schon ein „Meet & Greet“ hatten. Ihnen sagen diese hübschen neudeutschen Begriffe nichts? Dann lassen Sie sich mitnehmen in die schöne neue Welt der sozialen Medien durch unseren Top-Beitrag „Influencer – ein neues Berufsbild im Fokus des Rechts“. VRiLG Dr. Steffen Wesche skizziert das Geschäftsmodell der Influencer und widmet sich dessen rechtlichen Rahmenbedingungen. Erläutert werden nicht nur die Vorgaben aus dem Telemediengesetz, dem Rundfunkstaatsvertrag und dem Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb, sondern auch drei Gerichtsentscheidungen aus jüngerer Zeit, die sich mit dem Geschäftsgebaren von Influencern wie Cathi Hummels befassen und diesem Grenzen setzen.

Zurück in klassisches juristisches Fahrwasser führt der Beitrag „Die Offenlegung geheim gehaltener Informationen im Verwaltungsprozess“ von Ri’inVG Dr. Jessica Niehaus. Er widmet sich der Frage, wie in einem rechtsstaatlich ausgestalteten Gerichtsverfahren mit dem Umstand umgegangen

werden kann, dass Behörden immer häufiger die Herausgabe sicherheitsrelevanter Beweismaterialien verweigern. Diese Frage wird aus rechtsvergleichender Perspektive sowie mit Blick auf die einschlägigen Gewährleistungen der EU-Grundrechtecharta und der EMRK erörtert. Erwähnenswert ist außerdem der Aufsatz „Der Mietspiegel – ein Überblick über ein wichtiges Instrument zur Mietenregulierung“. Die Höhe der Mieten insbesondere in Großstädten und Möglichkeiten zu ihrer Begrenzung sind in aller Munde. Die Stichworte Mietpreisbremse und Mietendeckel dürfte fast jeder schon einmal gehört haben. Zentrales Instrument für die Ermittlung der noch zulässigen Miethöhe ist dabei der Mietspiegel. Doch was ist ein Mietspiegel, wie wird er aufgestellt, welche Kriterien spielen eine Rolle, und gibt es unterschiedliche Arten von Mietspiegeln? All das erklärt Ihnen Dr. Jutta Hartmann in ihrem Beitrag.

Nicht nur Internetnutzer und Mieten sollen beeinflusst werden, sondern auch die Gesamtheit der Menschen und Unternehmen. Damit sind wir in China und dem dort kurz vor der Einführung stehenden Sozialpunktesystem. Im Rahmen dieses Systems sollen die Verhaltensweisen von Einzelpersonen und Unternehmen mittels modernster Technologien erfasst, algorithmisch verarbeitet und bewertet werden. Folge einer positiven Bewertung sind Privilegierungen wie Reiseerleichterungen und niedrigere Steuersätze, Konsequenzen einer negativen Bewertung schlechtere Kreditbedingungen und eine gedrosselte Internetgeschwindigkeit. Was für uns unvorstellbar erscheint, wird zunehmend Teil der chinesischen Realität. Über diese Realität berichtet im Rahmen unseres lesenswerten Interviews aus der Innenperspektive Dr. Madeleine Martinek, die in der Außenhandelskammer Peking tätig ist.

Das neue Jahr bringt der jM schließlich auch eine neue Rubrik, nämlich den „Besonderen Beitrag“. Er ist als eine Art juristisches Feuilleton konzipiert und soll den Anspruch der jM unterstreichen, nicht nur thematisch, sondern auch stilistisch dazu anzuregen, einen Blick über den eigenen „Tellerrand“ zu riskieren. Den Auftakt der neuen Rubrik bildet nach einer ausführlicheren Erläuterung des neuen Formats der Beitrag „Mit Contergan-Handikap als Richter in der Justiz“ von Prof. Dr. Herbert Taubner, der nicht nur über seine eigenen Erfahrungen in Justizdienst, sondern auch über die Arbeit der Schwerbehindertenvertretung berichtet.

Eine ertragreiche Lektüre der vorliegenden Ausgabe der jM wünscht Ihnen – auch im Namen der anderen Herausgeber und Experten – Ihr

Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Winterhoff

Influencer – ein neues Berufsbild im Fokus des Rechts

VRiLG Dr. Steffen Wesche, M.A.

A. Einleitung

YouTube ist knapp 15 Jahre alt, Instagram keine 10 Jahre. Aus dem Alltag vieler Menschen sind solche Portale nicht mehr wegzudenken. YouTube hat mehrere Milliarden Aufrufe am Tag und beansprucht rund 10 % des gesamten Internetverkehrs. Instagram kann sich mittlerweile einer Milliarde aktiver Nutzer rühmen. Für andere soziale Medien gilt Vergleichbares. Nutzer von Snapchat verschicken über 10 Milliarden Kurzvideos pro Tag. Der Markt ist stets in Bewegung. Das deutschsprachige Geschäftskontakte-Netzwerk mit Jobbörse Xing muss vielleicht in den nächsten Jahren LinkedIn weichen. Die Smartphone-App TikTok, ein (Musik-)Videoportal, das strikter chinesischer Zensur unterliegt, wurde binnen eines Jahres über eine Milliarde Mal heruntergeladen und hat Whatsapp in den Download-Charts von Platz 1 verdrängt.¹

Am Puls der Zeit sind die meist jüngeren Nutzer, daneben aber auch Marketing-Professionals, die auf und mit den Portalen Geld verdienen. YouTube mag ein basisdemokratisches Medium zur kreativen Selbstermächtigung sein, daneben und insbesondere aber eine durchkommerzialisierte Werbepattform mit meist trivialen Inhalten.² Hinter fast allen erfolgreichen YouTubern stehen professionelle Agenturen. Der hauptsächlich vermittelte Wert ist der Materialismus: Ich bin toll, wenn und weil ich XY besitze. Die Fotos der schönen und reichen Menschen auf Instagram ähneln sich immer mehr, dank gesponsorter Reisen zum Sonnenuntergang nach Bali und raffinierter Filter-Bearbeitung. Diese schönen und reichen Menschen heißen „Influencer“, weil sie das Kaufverhalten ihrer Abonnenten („Follower“) beeinflussen (sollen).

Das auf Instagram betriebene Marketing soll in diesem Beitrag stellvertretend für ein rechtliches Problem stehen, das in den letzten gut zwei Jahren auf die Gerichte zugekommen ist. Wie ist mit Influencer-Werbung umzugehen? Um diese Frage beantworten zu können, bedarf es zunächst eines näheren Blicks auf die tatsächlichen Umstände (B.), sodann auf den Rechtsrahmen (C.), bevor in der gebotenen Kürze aktuelle Gerichtsentscheidungen referiert werden sollen (D.).

B. Das Geschäftsmodell

Influencer-Marketing ist ein Geschäftsmodell. Viele junge Menschen geben inzwischen, fragt man sie nach ihrem

Traumberuf, „Influencer“ an. Das Spiel mit dem Wort „Influenza“, welches sie nicht kennen, nötigt ihnen allenfalls ein müdes Lächeln ab. Einige Influencer sind vermögend geworden, viele versuchen es ihnen gleichzutun. Es gibt Influencer mit mehreren Millionen Abonnenten, aber auch solche, „Micro-Influencer“ bzw. „Nano-Influencer“ genannt, mit einigen Hundert bis wenigen Tausend Followern. Je nach Produkt können aus Sicht des Werbetreibenden eher die Stars der Branche oder eher die Newcomer attraktiv sein. Dabei berücksichtigen die darauf spezialisierten Agenturen sowohl den Preis der Beiträge, also des „Contents“, den die Influencer liefern, als auch die Reichweite und die Intensität der Beziehung des Influencers zu seiner „Community“. Insbesondere muss der Influencer in der Lage sein, das Image und Erscheinungsbild des Produkts oder Markennamens glaubwürdig zu verkörpern.

Aus Sicht eines aufstrebenden Influencers kommt es darauf an, durch den produzierten Content möglichst attraktiv für werbetreibende Unternehmen zu sein. Dafür muss man in Vorleistung gehen und hübsche Selbstporträts, neudeutsch: Selfies, auf der Plattform einstellen („posten“), garniert mit ein paar eingängigen, möglichst emotionalen Worten, Smileys und weiterführenden Hashtags, also Verlinkungen auf andere Accounts. Am Anfang erhält man vielleicht von einem Startup ein neues Produkt zugeschickt, das man in ein paar Shootings einbaut und mit lobender Erwähnung postet, um dann die Fotos und Rechte ohne Berechnung dem Hersteller zu überlassen. Später bedient man sich eines Managers, der die Kontakte zu den Werbetreibenden knüpft und Verträge schließt.

Influencer-Marketing wirkt. Bei den jüngeren Leuten haben die sozialen Medien längst Zeitung, Zeitschrift, Rundfunk und Fernsehen abgelöst. In einer Studie aus dem Jahr 2017 wurde ermittelt, dass knapp 40 % aller Nutzer sozialer Medien in der Alterskohorte von 14 bis 23 Jahren durch Beiträge von Influencern auf Produkte aufmerksam werden. Gerade unter den 14- bis 17-Jährigen ist die Kaufbereitschaft besonders hoch.³ Eine weitere Studie des IT-Verbandes Bit-

¹ Daten sämtlich aus Wikipedia.

² Frühbrodt/Floren, Unboxing YouTube, 2019, S. 6.

³ Daten nach Mallick/Weller, WRP 2018, 155, 156 m.w.N.

com aus dem Jahr 2018 ermittelte, dass knapp 10 % der Internetnutzer bereits Produkte auf Empfehlung eines Influencers erworben haben.⁴ Instagram hat eine Altersbegrenzung ab 13 Jahren. Sie ist aber leicht zu umgehen. Zu den Nutzern gehören viele Kinder, die in den genannten Studien nicht befragt wurden. Grds. anderes dürfte insoweit aber nicht gelten. Selbstverständlich sind auch ältere Nutzer auf sozialen Medien unterwegs. Dementsprechend werben Influencer auch für Kinderwagen und Küchengeräte, Autos und Reisedestinationen.

Doch warum lassen sich Menschen von Influencern beeinflussen? Influencer präsentieren sich in ihren Posts als Mensch und „Freund“, nicht als „bloßes“ Model. Sie geben meist Einblicke in ihr Privatleben, auch wenn es sich dabei um eine Inszenierung handelt. Die Distanz zum Betrachter wird durch die scheinbare Privatheit der Posts verringert. Der Follower vertraut „seinem“ Influencer, mithin auch dessen Vorlieben und Kaufentscheidungen. Man möchte so sein wie Bianca „Bibi“ Heinecke oder Daggi Bee, um zwei der bekanntesten deutschen Beauty & Lifestyle-Stars zu nennen.

Der Werbewert wächst mit dem Eindruck der Authentizität. Gelingt es, den Betrachter in ein Vertrauensverhältnis mit dem Werbenden zu bringen, steigt die Wahrscheinlichkeit eines nachfolgenden Geschäfts zwischen ihm und dem Hersteller/Händler des beworbenen Gegenstands signifikant. Einer typischen Werbeanzeige bringt der Leser nur begrenzt Vertrauen entgegen. Er erkennt, dass da jemand etwas verkaufen will, und wer verkaufen will, gibt keine objektiv-neutrale Beschreibung. Die Werbewirtschaft versucht seit Langem, professionelle Models als echte Person, also mit Namen und Hintergründen, zu präsentieren, um deren Beliebtheit für die Werbebotschaft zu nutzen. Bei Influencern gelingt dies auf ganz natürliche Art und Weise: Sie treten von vornherein nicht als Werbetreibende auf, sondern als Mensch wie du und ich, nur besonders hübsch, fit oder gewandt in Computerspielen. Scheinbar en passant zeigen sie die Produkte oder bedienen sich einer persönlichen Bezugnahme mittels emotionaler Ich-Botschaften („gefällt mir unheimlich gut“, „hab' ich bei meinem letzten Shopping zufällig gefunden“, „kann ich mir leisten“). Manche Influencer kann man auch persönlich treffen („Meet & Greet“) und manche besitzen ihre eigene Produktlinie. Die Grenze zwischen Privatleben und Beruf ist unsichtbar. Das Private ist das Geschäftliche ist das Private.

An der Konsumorientierung ihrer Idole stören sich die Fans nicht, im Gegenteil. Videos, in denen YouTuber gerade erworbene, möglichst neu auf den Markt gekommene Markenprodukte zu Hause auspacken und ihre Eindrücke schildern („Unboxing“), erfreuen sich großer Beliebtheit, ebenso die

sog. Hauls („Fang“ oder „Beute“) oder Produkttests. Verbreitet werden die Produkte auch „platziert“, also mehr oder weniger „nebenbei“ in Fotos oder Videos integriert.

Wer seinen Kaufanreiz sogleich in die Tat umsetzen möchte, kann auf einen Link oder Hashtag klicken, um auf die Seite des Herstellers oder Vertriebs geführt zu werden. Instagram bietet Tap Tags: Beim Klicken auf das Foto erscheint der Name – z.B. – des Herstellers eines vom Influencer getragenen Kleidungsstücks wie ein kleines Schild. Klickt man dann auf dieses Schild, wird man auf den Instagram-Account des Herstellers weitergeleitet. Eine so unmittelbare Wirkung lässt sich mit keiner anderen Werbeform erzielen. Es nimmt nicht wunder, dass immer größere Teile der Werbebudgets für Influencer-Marketing reserviert werden.⁵

C. Rechtsrahmen

Das Recht tritt auf den Plan, wenn Werbung verschleiert wird. Denn dadurch gerät die Integrität der Entscheidungsgrundlage des Adressaten in Gefahr. Der Adressat soll Werbebotschaften als solche erkennen und sich deren Subjektivität und Absichten bewusst machen können. Den Aussagen neutraler Dritter wird regelmäßig größeres Vertrauen geschenkt, weil sie vermeintlich kein unmittelbares eigenes Interesse an der Entscheidung des Adressaten haben.⁶

In drei deutschen Gesetzen finden sich Regelungen zur Schleichwerbung: im Telemediengesetz (TMG), im Rundfunkstaatsvertrag (RStV) und im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Auf die zugrundeliegenden unionsrechtlichen Vorschriften soll hier nicht näher eingegangen werden.

I. Telemediengesetz

Unter den Anwendungsbereich des TMG fallen Anbieter von Telemedien, also elektronischer Informations- und Kommunikationsdienste (§ 1 Abs. 1 Satz 1, § 2 Satz 1 Nr. 1 TMG). Nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG muss jede kommerzielle Kommunikation des Diensteanbieters klar als solche erkennbar sein (Trennungsgrundsatz). § 2 Satz 1 Nr. 5 TMG definiert kommerzielle Kommunikation als jede Form der Kommunikation, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren, Dienstleistungen oder

⁴ Zitiert nach Frühbrodt/Floren, Unboxing YouTube, 2019, S. 43 m.w.N.

⁵ Lettmann, GRUR 2018, 1206.

⁶ BGH, Urt. v. 31.10.2012 - I ZR 205/11 Rn. 16 – „Preisrätselgewinnauslobung V“; Frank in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. Aufl. 2016, § 5a Rn. 253.

des Erscheinungsbilds eines Unternehmens [...] dient. Kommerzielle Kommunikation liegt nicht vor bei Angaben in Bezug auf Waren und Dienstleistungen oder das Erscheinungsbild eines Unternehmens [...], die unabhängig und insbesondere ohne finanzielle Gegenleistung gemacht werden (§ 2 Satz 1 Nr. 5 Buchst. b TMG).

Die Tätigkeit eines Influencers wird damit in aller Regel vom Trennungsgebot des TMG erfasst. Der Begriff der kommerziellen Kommunikation ist in § 2 Satz 1 Nr. 5 TMG weit definiert. Selbst wenn keine Zuwendung eines Dritten vorliegt, der Beitrag aber werblich und interessengeleitet und daher nicht „unabhängig“ im Sinne der Legaldefinition ist, handelt es sich regelmäßig um kommerzielle, also kennzeichnungspflichtige Kommunikation.⁷

Die Einhaltung dieser Vorschriften wird von den Landesmedienanstalten überwacht, denen die Werbeaufsicht über Rundfunk und Internet obliegt (§ 59 Abs. 2, § 60 RStV). Sie geben einen Leitfaden zur Werbekennzeichnung in Social Media heraus.⁸ Zutreffend heißt es dort, Beiträge über Produkte, Dienstleistungen, Marken, Unternehmen usw., auch wenn sie aus eigener Motivation und ohne kommerziellen Anreiz Dritter veröffentlicht werden, ebenso wie Links/Tags auf Quellenangaben, könnten bereits dann als „Werbung“ kennzeichnungspflichtig sein, wenn sie „zu positiv“ gehalten sind. Denn in einem solchen Fall steht im Verhältnis des Influencers zu den Followern – und auf dieses Verhältnis kommt es maßgeblich an – die Werbebotschaft im Vordergrund. Dabei darf nicht vergessen werden, dass der Influencer stets auch selbst als Unternehmer aktiv ist, sprich sein eigenes (Werbe-)Unternehmen fördert, und zwar auch und gerade dann, wenn er nicht offensichtlich Werbung für Dritte macht.⁹

Die Medienanstalten verstehen ihre Tätigkeit eher präventiv und aufklärend. Zur Verhängung eines Bußgelds auf Grundlage von § 16 Abs. 1 TMG (Verschleierung des kommerziellen Charakters eines Beitrags) ist es bislang nur im Fall des YouTubers „Flying Uwe“ gekommen.

II. Rundfunkstaatsvertrag

Auch der RStV wird von den Medienanstalten administriert. Nach § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV muss Werbung i.S.v. § 2 Abs. 2 Nr. 7 RStV als solche klar erkennbar und vom übrigen Inhalt der Angebote eindeutig getrennt sein. Die Trennungs- und Kennzeichnungsbestimmungen der §§ 7, 8 RStV gelten für „fernsehähnliche“ Videoangebote – wie bei YouTubern mit eigenem Kanal – entsprechend (§ 58 Abs. 3 Satz 1 RStV). Der Regelungsbereich ist im Hinblick auf soziale Medien enger als der des TMG, ohne dass für Videos ein weiterreichender Schutz gegen Schleichwerbung erzielt würde. In aller Regel kommt es daher für die

rechtliche Prüfung auf die Vorschriften des RStV nicht entscheidend an.¹⁰

III. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

In Fällen von Schleichwerbung ist i.d.R. § 5a Abs. 6 UWG anwendbar.¹¹ Danach handelt unlauter, wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht, sofern sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt und das Nichtkenntlichmachen geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Geschäftliche Handlung ist nach der Legaldefinition des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt.

Die für gewerblichen Rechtsschutz zuständigen Gerichte hatten bereits mehrfach mit verdeckter Werbung in Social Media zu tun. Die Fälle gelangten dorthin meist durch vorangegangene Abmahnungen des Verbands Sozialer Wettbewerb (VSW) in Berlin. Dieser zählt verschiedene Zeitungs- und Zeitschriftenverlage zu seinen Mitgliedern, die mit den Influencern um die knappen Werbebudgets konkurrieren.¹² Der Verband ist deswegen gem. § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG klagebefugt.

D. Entscheidungen der Gerichte

Die meisten wettbewerbsrechtlichen Gerichtsentscheidungen betonen den geschäftlichen Charakter des Auftretens der Influencer, lassen sich also auf die private Anmutung ihrer Beiträge nicht ein. Das Auftreten dient – jedenfalls auch – der Imagewerbung und mittelbar dem Absatz von Waren, seien es eigene Produktlinien, seien es Produkte Dritter. Umstritten ist hingegen, ob sich der kommerzielle Zweck unmittelbar aus den Umständen ergibt, denn dann bedarf es keines Werbehinweises.

7 Gerecke, GRUR 2018, 153, 155.

8 Download des Leitfadens (Stand November 2018) unter: www.die-medienanstalten.de/themen/werbeaufsicht/ (zuletzt abgerufen am 20.11.2019).

9 KG, Urt. v. 08.01.2019 - 5 U 83/18 Rn. 54; LG Karlsruhe, Urt. v. 21.03.2019 - 13 O 38/18 KfH Rn. 43 f.

10 Vgl. auch Gerecke, GRUR 2018, 153, 154.

11 LG Karlsruhe, Urt. v. 21.03.2019 - 13 O 38/18 KfH Rn. 31.

12 LG Heilbronn, Urt. v. 08.05.2018 - 21 O 14/18 KfH Rn. 45.

Drei der entschiedenen Fälle seien exemplarisch herausgegriffen. Die betroffenen Influencerinnen sind alle auf Instagram aktiv. Sie bedienen sich dort der oben erwähnten Methode, ihre Bilder mit Tap Tags zu versehen, die auf die jeweiligen Hersteller-Accounts verlinkt sind. Eine Kennzeichnung als „Werbung“ enthalten die Posts nicht.

I. Vreni Frost

Nach frühen Entscheidungen des OLG Celle,¹³ des Kammergerichts¹⁴ und einiger Landgerichte¹⁵ war der Fall von Vreni Frost, einer Berliner Mode-Bloggerin und Influencerin, Mitte 2018 der erste größere Aufreger in der Instagram-Szene. Frost nennt auf Instagram mehr als 50.000 Follower ihr eigen.

1. Das LG Berlin gab einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung statt¹⁶ und führte u.a. aus, bei den fraglichen Instagram-Posts handele es sich um geschäftliche Handlungen zur Förderung fremder Unternehmen und des eigenen Unternehmens als Influencerin. Das Interesse an den Produkten werde geweckt, indem sie am eigenen Körper bzw. im Zusammenhang mit der Person von Vreni Frost präsentiert werden. Der Produktabsatz werde dadurch erleichtert, dass der Interessent bei Betätigung der Links auf den Instagram-Account der Produkthanbieter geleitet wird. Frost trete nicht als Privatperson auf, die ihre persönlichen Vorlieben im Internet veröffentlicht. Die Verlinkung auf die Instagram-Accounts der Unternehmen spreche dagegen, dass sie nur eventuellen Nachfragen von Followern nach der Herkunft der Sachen auf ihren Fotos vorgreifen wolle. Hierzu wäre eine Verlinkung, noch dazu auf den gesamten Shop, nicht erforderlich. Das Landgericht stellt also wesentlich auf die Verlinkung auf den Account des Produkthanbieters ab.¹⁷ Eine möglicherweise vorhandene private Motivation könne nicht sauber von der zweifelsohne vorhandenen gewerblichen Motivation getrennt werden. Zugleich hält das Landgericht fest, dass es nicht darauf ankomme, ob Frost als Gegenleistung Entgelte oder sonstige Vorteile erhält oder ob sie die präsentierten Produkte selbst erworben hat.

Eine Kennzeichnung des kommerziellen Zwecks der Beiträge sei auch nicht entbehrlich. Zumindest Teile der angesprochenen Verkehrskreise, zu denen nicht nur internetaffine, im Bereich Social Media erfahrene Nutzer gehörten, sondern die breite Öffentlichkeit und insbesondere auch Kinder und Jugendliche, die weniger aufmerksam und lesegeübt seien und sich erstmals mit solchen Posts befassen, würden den kommerziellen Zweck nicht sofort erkennen.

2. Das Urteil wurde vom Kammergericht nur teilweise bestätigt.¹⁸ Die Abänderung bezieht sich auf einen Post von

Vreni Frost, in dem sie mitteilt, auf der Rückkehr von einer Reise zu sein, Ruhebedürfnis zu haben und sich auf die Heimkehr zu freuen. Auf dem Bild sind Sweatshirt, Brosche und Bauchtasche mit Tags versehen. Das Kammergericht ordnete die Emotionsbekundungen Frosts als redaktionellen Inhalt ein, der von der durch Art. 11 Abs. 2 EUGrDRCh geschützten Medienfreiheit erfasst sei. Die Mitteilung, unter welcher Marke die vorgestellten Produkte angeboten werden und wo sie bezogen werden können, beantworte ein bestehendes Informationsbedürfnis. Die Links auf Hersteller bzw. Händler ermöglichten weitergehende Informationen. Der Sinn eines sozialen Netzwerks bestehe jedenfalls auch darin, Verbindungen zwischen den Nutzern herzustellen. Außerdem habe Frost die Produkte selbst gekauft.

Es bestehen Zweifel, ob dem beizutreten ist. Soweit das Kammergericht die Pflicht zur Werbekennzeichnung auf solche Beiträge beschränken möchte, für die der Influencer unmittelbar oder mittelbar ein Entgelt oder einen geldwerten Vorteil erhalten hat,¹⁹ blendet dies den bei Influencern untrennbaren Zusammenhang zwischen der Förderung des eigenen und fremder Unternehmen aus. Gerade scheinbar (!) rein private Posts, die der Influencer in eine Serie kommerzieller Beiträge einfügt, sollen seine Glaubwürdigkeit in seiner Community ebenso erhalten, wie sie gegenüber den verlinkten Unternehmen eine *Invitatio ad offerendum* für eine künftige Werbepartnerschaft darstellen. Der Verstoß gegen den lautereren Wettbewerb liegt in der Verschleierung des werblichen Charakters gegenüber den Adressaten. Dann kommt es bei der Beurteilung, ob eine geschäftliche Handlung vorliegt, nicht darauf an, ob der Influencer für seinen Post ein Entgelt erhalten hat.²⁰

Bei seiner Annahme, die Tap Tags befriedigten das Informationsbedürfnis der Betrachter, geht das Kammergericht möglicherweise von einem romantischen Bild von Social Media, jedenfalls von Instagram aus, das seit einigen Jahren nicht (mehr) der Realität entsprechen dürfte. Ein Bild einer Katze ist etwas anderes als ein Bild einer Katze mit

13 OLG Celle, Urt. v. 08.06.2017 - 13 U 53/17.

14 KG, Beschl. v. 17.10.2017 - 5 W 233/17.

15 LG Hagen, Urt. v. 13.09.2017 - 23 O 30/17; LG Heilbronn, Urt. v. 08.05.2018 - 21 O 14/18 KfH; LG Osnabrück, Urt. v. 12.06.2018 - 14 O 135/18.

16 LG Berlin, Urt. v. 24.05.2018 - 52 O 101/18.

17 Ebenso – neben den bereits zitierten Entscheidungen – LG Itzehoe, Urt. v. 23.11.2018 - 3 O 151/18 Rn. 39.

18 KG, Urt. v. 08.01.2019 - 5 U 83/18 Rn. 102 ff.

19 So KG, Urt. v. 08.01.2019 - 5 U 83/18 Rn. 136.

20 Ähnlich OLG Braunschweig, Beschl. v. 08.01.2019 - 2 U 89/18 Rn. 14; LG Karlsruhe, Urt. v. 21.03.2019 - 13 O 38/18 KfH Rn. 44 f., 50 f.; LG Hamburg, Urt. v. 28.03.2019 - 403 HKO 127/18 Rn. 36 ff.

Katzenfutter und einem Link zu Whiskas o.Ä. Dem Influencer bleibt es unbenommen, den Hersteller oder Händler eines von ihm präsentierten Produkts zu nennen. Damit ist das Informationsbedürfnis gedeckt. Lobeshymnen ebenso wie Verlinkungen zum Hersteller gehen darüber hinaus. Sie machen aus der „Verbindung zwischen Nutzern“, von der das Kammergericht spricht, eine Werbebotschaft.

II. Pamela Reif

Mit ihren 4,4 Millionen Abonnenten ist Pamela Reif, eine Fitness- und Mode-Influencerin mit eigenen Produktlinien und Büchern, ein echter Star auf Instagram. Auch sie verlinkte ihre Posts mit den Hersteller-Accounts, und zwar unabhängig davon, ob eine bezahlte Werbepartnerschaft bestand.

In seinem Urteil²¹ hielt das LG Karlsruhe u.a. fest, der betont private Charakter der geposteten Fotos und ggf. der begleitenden Story ändere nichts am Vorliegen einer geschäftlichen Handlung. Es sei gerade das Wesen der Influencer-Werbung, dass der Influencer immer zugleich an seinem Image und seiner Authentizität arbeite. Unbezahlte Posts seien nicht als rein privat anzusehen, sie stünden in einem unauflösbaren Kontext mit den bezahlten Werbebeiträgen. Durch Veröffentlichung gerade auch privat anmutender Bilder und Texte erhalte sich ein Influencer die Gunst seiner Zielgruppe. Die Berufung auf redaktionelle Inhalte hat das Landgericht der Beklagten versagt. Denn keiner der Posts diene zumindest vorrangig der Information und Meinungsbildung seiner Adressaten.

Die Werbekennzeichnung sei auch nicht entbehrlich. Der kommerzielle Zweck sei den Nutzern nicht schon deswegen offenbar, weil jeder, der auf einen Beitrag geht, dessen Urheber mehrere Millionen Abonnenten hat, weiß, dass er es mit einem Influencer zu tun hat, oder weil kostenlose Internetdienste meist durch Werbung finanziert werden. Eine große Zahl, aber keinesfalls sämtliche Nutzer wüssten den werblichen Charakter des Auftretens von Influencern einzuschätzen, zumal private mit werblichen Inhalten gezielt gemischt würden. Das Gericht hält die oft jugendlichen, teils noch unter 14-jährigen Nutzer für besonders schutzwürdig. Kinder seien zwar im Umgang mit sozialen Medien geübt, jedoch weniger aufmerksam und leseerfahren. Sie widmen einem Post nur eine kurze Aufmerksamkeitsspanne (oft nur wenige Sekunden bis zum nächsten Klick) und seien generell leichter verführbar.

III. Cathi Hummels

Besser davon kam die Frau des Fußballers Mats Hummels, Cathi Hummels, die ebenfalls mit Hersteller-Verlin-

kungen arbeitet. Das LG München I wies die Unterlassungsklage des VSW ab.²² Bei den Streitgegenständlichen Posts sei unmittelbar aus den Umständen erkennbar, dass sie geschäftliche Handlungen mit einem kommerziellen Zweck sind. Ein Influencer mit einem verifizierten Account („blauer Haken“) und 485.000 Abonnenten kommuniziere über diesen Account nicht mit wirklichen Freunden. Jedem Betrachter müsse klar sein, dass kommerzielle Zwecke dahinterstünden. Instagram-Accounts würden vor allem von Verbrauchern aufgerufen, die sich mehr oder weniger regelmäßig auf diesem Medium bewegen und deshalb informiert darüber seien, dass Social Media nicht nur private, sondern oftmals auch kommerziell genutzte Accounts beinhalte. Auch Kinder und Jugendliche seien nicht besonders schutzbedürftig, weil sie der älteren Generation in Sachen Influencer-Marketing voraus seien.²³

Den Erwägungen des Landgerichts mag man beipflichten, wenn man selbst eine gewisse Gewandtheit im Umgang mit Social Media besitzt. Aber lässt sich diese Perspektive auf Kinder übertragen, die ihre ersten Kontakte damit haben? Das Landgericht schränkt selbst ein, der kommerzielle Zweck „müsse“ klar sein und Instagram werde „vor allem“ von informierten Verbrauchern aufgerufen. Was ist mit den übrigen? Der kommerzielle Zweck ergibt sich nur dann unmittelbar aus den Umständen, wenn er auf den ersten Blick und ohne jeden Zweifel erkennbar ist. Hingegen genügt es nicht, wenn der durchschnittliche Betrachter erst nach einer analysierenden Lektüre des Beitrags dessen werbliche Wirkung erkennt.²⁴ Auf Bild-Posts in Instagram übertragen bedeutet dies, dass beim bloßen Betrachten des Bildes „ins Auge fallen“ muss, dass es sich um Werbung handelt.²⁵ Dies ist weder der Fall, wenn der Account den „blauen Haken“ besitzt, noch dann, wenn man – auf Smartphones erst nach einem weiteren Klick – feststellen kann, wie viele Abonnenten er besitzt.

Das Landgericht will sodann aus der Schwierigkeit, die Posts ordnungsgemäß zu kennzeichnen, darauf schließen, ob überhaupt eine Irreführung vorliegt. Die Schwierigkeit ist indes hausgemacht und der Schluss ein klassisches non sequitur: Wer Privates und Geschäftliches bewusst – irreführend – vermischt, kann sich nicht gerade deswegen der Werbekennzeichnung entziehen.

21 LG Karlsruhe, Urt. v. 21.03.2019 - 13 O 38/18 KfH.

22 LG München I, Urt. v. 29.04.2019 - 4 HK O 14312/18.

23 Zustimmung Böse, MDR 2019, 769, 771.

24 BGH, Urt. v. 31.10.2012 - I ZR 205/11 Rn. 25 - Preisrätselgewinnauslobung V.

25 LG Karlsruhe, Urt. v. 21.03.2019 - 13 O 38/18 KfH Rn. 55.

Zutreffend verweist das Landgericht darauf, dass Frauenzeitschriften ähnliche Themen wie Cathi Hummels behandeln: Mode, Reise, Kinder. Die Zeitschriften geben dabei Produktempfehlungen ab, die in den jeweiligen Online-Bereichen teilweise auch Verlinkungen aufweisen. Das Entsprechende gilt, wie hinzuzufügen ist, für eine Vielzahl von Printmedien, deren Gegenstand und wirtschaftliche Grundlage darin besteht, Produkte an den Mann oder die Frau zu bringen und dies mit (meist ausgesprochen dünnen) redaktionellen Beiträgen zu kaschieren. Anders als das Landgericht meint, wird daraus ein Argument nicht schon, indem Art. 3 GG angeführt wird. Dafür müsste zunächst gezeigt werden, dass der konkrete Internet-Auftritt der Zeitschriften (das Urteil des Landgerichts bleibt hier allgemein und nennt keine Namen) seinerseits rechtmäßig ist.

E. Ausblick

Die Öffentlichkeit, insbesondere „das Netz“, reagiert meist ablehnend auf Verbotsverfügungen der Gerichte. Schon die Tätigkeit des VSW wird – wie die aller „Abmahnvereine“ –

höchst kritisch gesehen. Übersehen wird dabei, dass durch Änderungen im Wettbewerbsrecht der vergangenen Jahre von einem Wildwuchs an Abmahnungen keine Rede mehr sein kann. Im Wettbewerbsrecht tätige Anwälte und Richter können bestätigen, dass Unterlassungsklagen von Wettbewerbsverbänden inzwischen in der Mehrzahl der Fälle zulässig und begründet sind.

Gleichwohl ist die öffentliche Diskussion um die Vorgänge zu begrüßen. Die Justiz schafft hier im Dialog mit Influencern und den Medienanstalten langsam Rechtsklarheit in einem Gebiet, das aufgrund neuer technischer Möglichkeiten neue Geschäftsfelder eröffnet hat – und damit neue Rechtsprobleme. Die Rechtsprobleme beschränken sich allerdings meist auf Rechtsanwendungsfragen, also das „Hin- und Herwandern des Blicks“ (Karl Engisch) zwischen neuartigen Aktivitäten (hier der Influencer) und dem Recht, welches hierfür geeignete Grundsätze bereithält: Schutz der Integrität von Verbraucherentscheidungen, Jugendschutz und Schutz des lautereren Wettbewerbs – sprich gleiche Bedingungen für alle Marktteilnehmer.

Der Mietspiegel – ein Überblick über ein wichtiges Instrument zur Mietenregulierung

Dr. Jutta Hartmann*

A. Einleitung

Mit dem Vergleichsmietensystem der §§ 558 ff. BGB bringt der Gesetzgeber seinen Willen zum Ausdruck, das Bedürfnis des Vermieters, auch im laufenden Mietverhältnis einen angemessenen Mietzins verlangen zu können, und das Bedürfnis des Mieters, dauerhaft eine angemessene Miete zu zahlen, in einen sachgerechten Ausgleich zu bringen. Gerade in Zeiten der Wohnraumverknappung und der gestiegenen Nachfrage nach Mietwohnungen in Großstädten und Ballungszentren und der damit erzielbaren hochpreisigen Mieten wird die Tauglichkeit von Mietspiegeln zur Ermittlung der Mieterhöhung allerdings zunehmend infrage gestellt, um so Mieterhöhungen durchsetzen zu können, die weit über den in den Mietspiegeln ausgewiesenen Maximalwerten liegen.

B. Der Anspruch des Vermieters auf Vertragsveränderung

Der Vermieter ist gem. § 558 Abs. 1 Satz 1 BGB berechtigt, vom Mieter die Zustimmung zu einer alle 15 Monate stattfindenden Mietanhebung auf das ortsübliche Niveau zu verlangen. Die Vorschrift des § 558 BGB ist die zentrale Vorschrift des Vergleichsmietensystems, der dem Vermieter

einen Anspruch auf Vertragsveränderung gibt und damit den Grundsatz des BGB, „pacta sunt servanda“, durchbricht.¹ Notwendig ist diese Durchbrechung wegen § 573 Abs. 1 Satz 2 BGB, wonach der Vermieter nicht zum Zwecke der Mieterhöhung kündigen darf. Durch § 558 Abs. 1 BGB wird ihm die Möglichkeit gegeben, von seinem Mieter den Mietzins verlangen zu können, den andere Mieter für vergleichbaren Wohnraum in bestehenden Mietverhältnissen zahlen müssen (ortsübliche Vergleichsmiete).

Die ortsübliche Vergleichsmiete wird gebildet aus den üblichen Entgelten, die in der Gemeinde oder einer vergleichbaren Gemeinde für Wohnraum vergleichbarer Art, Größe, Lage und energetischer Ausstattung und Beschaffenheit in den letzten vier Jahren vereinbart oder geändert² wurden, § 558 Abs. 2 Satz 1 BGB. Üblich sind Mieten, die für vergleichbare Wohnungen (= Wohnungen mit den in § 558 Abs. 2 BGB genannten fünf Wohnwertmerkmalen, siehe unten) in der Gemeinde bei bestehenden Mietverhältnissen

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

1 Börstinghaus in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 558 BGB Rn. 18.

2 Mit Ausnahme von Erhöhungen nach § 560 BGB.

unter gewöhnlichen Umständen tatsächlich oder üblicherweise gezahlt werden.³

Grds. außer Betracht bleiben müssen dabei solche Mieten, die wegen ungewöhnlicher oder persönlicher Verhältnisse unüblich niedrig oder hoch sind, sowie Mieten, die nicht im gewöhnlichen Geschäftsverkehr zustande gekommen sind.⁴ Grundlage der ortsüblichen Vergleichsmiete ist damit der Durchschnitt aller Mieten für vergleichbaren Wohnraum, die zum Zeitpunkt des Zugangs des Mieterhöhungsverlangens entrichtet werden. Die ortsübliche Vergleichsmiete stellt folglich eine marktorientierte Durchschnittsmiete und damit einen repräsentativen Querschnitt der Mietpreise, die für die jeweilige Wohnungskategorie gezahlt werden, dar.⁵ Diese „generelle“ Durchschnittsmiete wird jedoch durch § 558 Abs. 2 Satz 1 BGB modifiziert. Denn aus § 558 Abs. 2 Satz 1 BGB ergibt sich, dass nicht alle in einer Gemeinde gezahlten Mieten in die ortsübliche Vergleichsmiete einfließen. Das Gesetz unterscheidet hier in sachlicher, zeitlicher und räumlicher Hinsicht: Es dürfen nur Mietverhältnisse berücksichtigt werden, die in den letzten vier Jahren (vor Zugang des Erhöhungsverlangens) vereinbart oder geändert worden sind (zeitliche Komponente); Wohnraum, bei dem die Miethöhe durch Gesetz oder im Zusammenhang mit einer Förderzusage festgelegt worden ist, darf nicht berücksichtigt werden (sachliche Komponente) und es muss sich um Mieten handeln, die in der Gemeinde oder einer vergleichbaren Gemeinde vereinbart oder geändert worden sind (räumliche Komponente).

Die abschließende Legaldefinition in § 558 Abs. 2 BGB enthält fünf Wohnwertmerkmale:

(1) „Art“

Hiermit ist insbesondere die Struktur des Hauses und der Wohnung gemeint, also bspw. abgeschlossene oder nicht abgeschlossene Wohnungen, Altbau oder Neubau, Einfamilienhaus, Reihenhaus oder Mehrfamilienhaus, Apartment oder Mehrzimmerwohnung.⁶

(2) „Größe“

Das Wohnwertmerkmal „Größe“ hat eine doppelte Bedeutung im System der Mieterhöhung auf die ortsübliche Vergleichsmiete. Als Wohnwertmerkmal hat sie Einfluss auf die Höhe der qm-Miete. Damit hat sie natürlich auch Einfluss auf die Höhe der Gesamtmiete (= qm-Miete × Wohnfläche). Regelmäßig sind die pro Quadratmeter gezahlten Mieten bei kleineren Wohnungen höher als bei sog. Normalwohnungen. Demgegenüber ist die qm-Miete bei sehr großen Wohnungen durchaus niedriger als bei sog. Normalwohnungen. Dies hat neben dem Einfluss von Angebot und Nachfrage auch damit zu tun, dass die Ge-

stehungskosten für kleine Wohnungen zum Teil genauso hoch sind wie die von großen Wohnungen. So kostet der Bau des Badezimmers ungefähr gleichviel, ebenso die Wohnungstür, eine Gegensprechanlage, die Kücheninstallationen oder die Therme bei einer Etagenheizung. Während die Miete pro Quadratmeter daher insbesondere bei Wohnungen unter 40 m² überproportional ansteigt, entwickelt sich die Abhängigkeit zwischen Wohnungsgröße und Quadratmetermiete bei den größeren Wohnungen nicht mehr so stark.⁷

(3) „Ausstattung“

Mit diesem Merkmal ist all das gemeint, was der Vermieter dem Mieter zur ständigen Benutzung zur Verfügung gestellt hat, und für das der Mieter keine besondere Vergütung zu zahlen hat, wie z.B. Kellerraum oder Speicher, Wandschränke, Badezimmereinrichtungen, Heizungen, Bodenbeläge sowie alle zur gemeinsamen Benutzung verfügbaren Räume, wie bspw. Waschküche oder Fahrradkeller, Gärten, Kinderspielanlagen.⁸

(4) „Beschaffenheit“

Gemeint ist der Zuschnitt der Wohnung einschließlich der mitvermieteten Hausteile sowie Art und Gestaltung der Umgebung, Bauweise und Instandhaltungsgrad.⁹

(5) „Lage“

Das Merkmal „Lage“ teilt sich auf in Lage innerhalb der Gemeinde („Makrolage“) und Lage innerhalb des Hauses („Mikrolage“).

„Makrolage“ bedeutet die Qualifikation eines ganzen Stadtteils oder zumindest eines Quartiers als gute oder schlechte Lage. Die Ortslage wird dabei bestimmt durch die Baudichte, den baulichen Zustand des Ortsteils, Frei- und Grünflächen, landschaftlichen Charakter sowie Beeinträchtigungen durch Lärm, Geruch, Verkehr.

Mit „Mikrolage“ bezeichnet man die Lage im Haus, sprich Vorderhaus, Hinterhaus, Geschosslage und die Ausrichtung nach Himmelsrichtung.¹⁰

3 Die Interpretation des Begriffes „üblich“ ist jedoch umstritten, siehe Clar, NZM 2014, 889.

4 So sind auch alle Mieten, die durch andere als die fünf Wohnwertfaktoren bestimmt wurden (sog. Diskriminierungsmieten), herauszunehmen.

5 Börstinghaus in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 558 BGB Rn. 44.

6 Börstinghaus in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 558 BGB Rn. 51 ff.

7 Börstinghaus in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 558 BGB Rn. 56 ff.

8 Börstinghaus in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 558 BGB Rn. 66 ff.

9 Börstinghaus in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 558 BGB Rn. 77 ff.

10 Börstinghaus in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 558 BGB Rn. 89.

Der Lagefaktor ist nach objektiven Kriterien zu bestimmen.¹¹ Das Merkmal „Lage“ ist das umstrittenste Wohnwertmerkmal, da auch „schlechte“ Lagen begehrt sein können. Zudem werden auch bei empirisch aufgestellten Mietspiegeln die Wohnlagekarten häufig jahrzehntelang nicht fortgeschrieben oder nur im Arbeitskreis Mietspiegel ausgehandelt.¹²

Die Anhebung der Miete darf innerhalb von drei Jahren höchstens 20 % betragen (Kappungsgrenze), § 558 Abs. 3 Satz 1 BGB; in Gebieten mit angespannten Wohnungsmärkten, die die Bundesländer mittels Kappungsgrenzenverordnungen festgelegt haben, 15 % in drei Jahren, § 558 Abs. 3 Satz 2 BGB. Zurzeit gibt es in zwölf Bundesländern eine Kappungsgrenzenverordnung. Nur im Saarland, Thüringen, Sachsen-Anhalt und Mecklenburg-Vorpommern gilt nach wie vor flächendeckend eine 20 %-Kappungsgrenze. Der BGH hat mit Urteil vom 04.11.2015¹³ klargestellt und wurde durch den Nichtannahmebeschluss des BVerfG vom 14.04.2016 in seiner Auffassung bestätigt,¹⁴ dass eine Landesregierung ermächtigt ist, für Gemeinden mit erhöhtem Wohnungsbedarf festzulegen, dass die Miete in drei Jahren höchstens um 15 % steigen darf, da die Ermächtigungsgrundlage des § 558 Abs. 3 Satz 3 BGB dem Bestimmtheitsgebot nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG genügt und weder gegen die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG noch gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) oder gegen die Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) verstößt.

Das Mieterhöhungsverlangen kann gem. § 558 Abs. 1 Satz 2 BGB frühestens ein Jahr nach der letzten Mieterhöhung geltend gemacht werden.

Zur Begründung der Mieterhöhung nach § 558 Abs. 1 BGB schreibt § 558a Abs. 1 BGB Textform vor. Grds. muss der Vermieter seinem Mieterhöhungsverlangen den Mietspiegel nicht beifügen, wenn dieser öffentlich und kostenlos zugänglich ist.¹⁵ Der Vermieter muss den Mieter nicht darüber informieren, wo der Mietspiegel erhältlich ist.¹⁶ Die Veröffentlichung eines Mietspiegels im Amtsblatt der Gemeinde reicht aus – die Beifügung des Mietspiegels ist in diesem Fall entbehrlich; ebenso wenn der Mietspiegel kostenlos von der Gemeinde oder den Interessenverbänden oder im Kundenzentrum des Vermieters abgegeben wird.¹⁷ Der Ansicht des BGH, von der allgemeinen Zugänglichkeit des Mietspiegels auch bei einer geringen „Schutzgebühr“ von 3 € auszugehen,¹⁸ kann nicht gefolgt werden, da es hier um die Begründungsmöglichkeit des Vermieters für eine Mieterhöhung geht, für deren Überprüfung der Mieter kein Geld zu zahlen haben soll.¹⁹ Auch die Veröffentlichung im Internet reicht nicht aus, da nicht jeder Mieter Zugang zum Internet hat.²⁰

Dem Vermieter steht ein Anspruch auf Zustimmung zur Mieterhöhung bis zur Höhe derjenigen ortsüblichen Vergleichsmiete zu, die zum Zeitpunkt des Zugangs des Mieterhöhungsverlangens im Mietspiegel ausgewiesen war.²¹

Da die ortsübliche Vergleichsmiete dynamisch ist, kann ein Mietspiegel diesen Wert zum maßgeblichen Stichtag (dem Zeitpunkt des Zugangs des Mieterhöhungsverlangens) zwangsläufig nicht korrekt wiedergeben, da der ausgewiesene Wert auf einer vor diesem Zeitpunkt liegenden Datenerhebung beruht. Laut BGH sind die Gerichte jedoch nicht gehindert, bei Überprüfung der Begründetheit eines ordnungsgemäßen Mieterhöhungsverlangens wegen einer Steigerung der ortsüblichen Vergleichsmiete, die in der Zeit zwischen der Datenerhebung zum Mietspiegel und dem Zugang des Mieterhöhungsverlangens eingetreten ist (sog. Stichtagsdifferenz), einen Zuschlag zum Mietspiegelwert vorzunehmen.²² Dies bedeutet aber nicht, dass der Vermieter im Mieterhöhungsverlangen eine solche Stichtagsdifferenz als Zuschlag zu den Mietspiegelwerten ansetzen darf.²³

C. Mietspiegel

Für die Mieterhöhungsbegründung kann der Vermieter gem. § 558a Abs. 2 BGB insbesondere Bezug nehmen auf einen Mietspiegel, eine Auskunft aus einer Mietdatenbank, ein Sachverständigen Gutachten oder auf drei Vergleichswohnungen. In vielen Gemeinden ist das üblicherweise gezahlte Entgelt für vergleichbare Wohnungen aus dem Mietspiegel abzulesen. Es gibt einfache und qualifizierte Mietspiegel.²⁴

Geburtsdatum des Mietspiegels ist der 01.01.1975. Ab diesem Zeitpunkt verlangte § 2 Abs. 2 MHG²⁵ zur Begrün-

11 Böstinghaus in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 558 BGB Rn. 95.

12 Böstinghaus in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 558 BGB Rn. 88.

13 BGH, Ur. v. 04.11.2015 - VIII ZR 217/14.

14 BVerfG, Beschl. v. 14.04.2016 - 1 BvR 243/16.

15 Böstinghaus in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 558a BGB Rn. 34.

16 Böstinghaus in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 558a BGB Rn. 34.

17 Böstinghaus in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 558a BGB Rn. 34.

18 BGH, Ur. v. 30.09.2009 - VIII ZR 276/08.

19 Böstinghaus in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 558a BGB Rn. 34.

20 Streitig, siehe Böstinghaus in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 558a BGB Rn. 34 m.w.N.

21 Böstinghaus in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 558a BGB Rn. 67.

22 BGH, Ur. v. 15.03.2017 - VIII ZR 295/15 - WuM 2017, 208.

23 Streitig, ausführlich zur sog. Stichtagsproblematik siehe Böstinghaus in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 558a BGB Rn. 68 m.w.N.; Böstinghaus, jurisPR-MietR 11/2017 Anm. 3.

24 Siehe § 558c BGB und § 558d BGB.

25 Zweites Gesetz über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum, Zweites Wohnraumkündigungsschutzgesetz – 2. WKSchG, Art. 3: Gesetz zur Regelung der Miethöhe, BGBl. I 1974, 3603.

derung für Mieterhöhungen „eine Übersicht über die üblichen Entgelte in der Gemeinde, soweit die Übersicht von der Gemeinde oder von Interessenvertretern von Vermietern und Mietern erstellt worden ist“. Im Jahr 1981 scheiterte der Versuch der Verabschiedung eines Mietspiegelgesetzes am Veto des Bundesrates. Das Gesetz sah vor, dass Gemeinden mit mehr als 100.000 Einwohnern verpflichtet werden sollten, Mietspiegel zu erstellen. Bei kleineren Gemeinden sollte dies auf Antrag der Interessenverbände geschehen.²⁶

Im Zuge der Schaffung des § 2 Abs. 2 MHG wurde die damalige Bundesregierung durch den Bundestag aufgefordert, „baldmöglichst mit den Ländern und den kommunalen Spitzenverbänden Verhandlungen mit dem Ziel aufzunehmen, festzustellen, ob und inwieweit eine vermehrte Aufstellung von Mietspiegeln durch die Gemeinden ermöglicht werden kann und sodann über das Ergebnis der Beratung [zu] berichten“. ²⁷ Folge davon war die Einrichtung des Arbeitskreises „Mietspiegel“ beim Bundesminister für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau. Der Arbeitskreis veröffentlichte erstmalig im Jahr 1976 rechtlich unverbindliche Hinweise für die Aufstellung von Mietspiegeln.²⁸ Die aktuellsten Hinweise für die Erstellung von Mietspiegeln stammen aus dem Jahr 2014,²⁹ die jedoch lediglich eine Orientierungshilfe darstellen und keine Rechtsverbindlichkeit aufweisen.³⁰

Der Vorteil von Mietspiegeln liegt darin, dass sie das örtliche Mietniveau auf einer breiten Informationsbasis abbilden. Mietspiegel sind zwar keine förmlichen Beweismittel nach den Vorschriften der ZPO, sie werden in der Praxis von den Gerichten aber häufig zur Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete herangezogen. Lange Zeit wurde die Tauglichkeit von Mietspiegeln zur Begründung von Mieterhöhungen im laufenden Mietverhältnis nicht ernsthaft angezweifelt. Dies ist heute leider anders.³¹

I. Der einfache Mietspiegel

Der einfache Mietspiegel wird in § 558c Abs. 1 BGB wie folgt definiert: „Ein Mietspiegel ist eine Übersicht über die ortsübliche Vergleichsmiete, soweit die Übersicht von der Gemeinde oder von Interessenvertretern der Vermieter und der Mieter gemeinsam erstellt oder anerkannt worden ist“.

Der einfache Mietspiegel stellt damit lediglich eine statistisch aufbereitete Sammlung von Vergleichsmieten dar, deren Datenqualität sehr unterschiedlich ist.³² Ausreichend ist, dass er zwischen Vermieter- und Mieterverband ausgehandelt wurde oder von einem Interessenverband alleine aufgestellt und vom anderen Verband anerkannt wurde. Der einfache Mietspiegel kann vor Gericht im Rahmen der

freien Beweiswürdigung zur Feststellung der ortsüblichen Miete herangezogen werden und hat daher eine hohe praktische Bedeutung.³³

II. Der qualifizierte Mietspiegel

Der qualifizierte Mietspiegel wird in § 558d Abs. 1 BGB wie folgt definiert: „Ein qualifizierter Mietspiegel ist ein Mietspiegel, der nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstellt und von der Gemeinde oder von Interessenvertretern der Vermieter und der Mieter anerkannt worden ist“.

In einem Mieterhöhungsprozess wird gem. § 558d Abs. 3 BGB vermutet, dass die qualifizierten Mietspiegelwerte tatsächlich den ortsüblichen Mietpreis wiedergeben; diese Vermutung ist nur mit ganz erheblichen Argumenten zu widerlegen.³⁴

Als Methoden zur Erstellung qualifizierter Mietspiegel sind in der Wissenschaft sowohl die Tabellen- als auch die Regressionsmethode anerkannt und werden in der Praxis angewandt.³⁵ Der Erstellungsprozess ist bei beiden Methoden ähnlich: Beide basieren auf einer repräsentativen empirischen Datenerhebung, und bei beiden wird der Einfluss einzelner Wohnwertmerkmale auf die Miethöhe mit gleichwertigen statistischen Verfahren untersucht.³⁶ Die Regressionsmethode basiert auf dem Gedanken, dass sich die

26 Artz, Recht und Rechtsgeschichte, in: Reform des Mietspiegels, Gutachterstudie, Wirtschaftsrat Deutschland, S. 10.

27 BR-Drs. 7/2629; Artz, Recht und Rechtsgeschichte, in: Reform des Mietspiegels, Gutachterstudie, Wirtschaftsrat Deutschland, S. 10. BR-Drs. 7/2629; Artz, Recht und Rechtsgeschichte, in: Reform des Mietspiegels, Gutachterstudie, Wirtschaftsrat Deutschland, S. 11.

28 Siehe Börstinghaus/Clar, Mietspiegel, Anh. Kap. B I.

29 Siehe die vom Bundesinstitut für Bau-, Stadt und Raumforschung (BBSR) in 2. (gegenüber der 1. Aufl. 2002 inhaltlich unveränderter) Aufl. 2014 herausgegebenen „Hinweisen zur Erstellung von Mietspiegeln“: www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/Veroeffentlichungen/Sonderveroeffentlichungen/2014/DL_HinweiseErstellungMietspiegel_neu.pdf;jsessionid=DDBEB15F511428C2BA77B7355B110F0C.live21302?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 20.11.2019).

30 Artz, Recht und Rechtsgeschichte, in: Reform des Mietspiegels, Gutachterstudie, Wirtschaftsrat Deutschland, S. 10.

31 Siehe die Ausführungen unter B.V.

32 Siehe ausführlich Börstinghaus in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 558c, 558d BGB Rn. 32 ff.

33 Siehe zuletzt BGH, Urt. v. 13.02.2019 - VIII ZR 245/17 mit Anmerkung Schach, jurisPR-MietR 8/2019 Anm. 3; Börstinghaus in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, §§ 558c, 558d BGB Rn. 8; Hartmann, jM 10/2019, 356.

34 Siehe ausführlich Börstinghaus in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, §§ 558c, 558d BGB Rn. 81 ff., 103; LG Hamburg, Urt. v. 10.06.2005 - 311 S 8/05.

35 Leutner, WuM 2019, 128.

36 www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/Veroeffentlichungen/Sonderveroeffentlichungen/2014/DL_HinweiseErstellungMietspiegel_neu.pdf;jsessionid=DDBEB15F511428C2BA77B7355B110F0C.live21302?__blob=publicationFile&v=3, S. 26 (zuletzt abgerufen am 20.11.2019).

Miete aus der Bewertung ihrer Wohnwertmerkmale durch die Marktpartner ergibt und dass dieser Zusammenhang mit einer mathematischen Gleichung beschrieben werden kann. Jedes Merkmal (z.B. die Größe der Wohnung, das Baualter, die Ausstattungsqualität) leistet einen Beitrag zum Mietpreis der Wohnung. Das Zusammenwirken aller Merkmale ergibt die abzubildende Miete.³⁷ Laut Bundesinstitut für Bau-, Stadt und Raumforschung (BBSR) zeigen die bisherigen Erfahrungen, dass es nicht „das“ Verfahren zur Erstellung eines Regressionsmietspiegels gibt, sondern verschiedene Varianten der Methode zur Anwendung kommen können. Welche angemessen ist, müsse für den jeweiligen Wohnungsmarkt entschieden werden. Dies liege insbesondere daran, dass zwischen einzelnen Wohnwertmerkmalen enge Beziehungen bestehen können. So fänden sich in guter Wohnlage auch häufig Wohnungen mit guter Ausstattung, was es erschwere, die (höhere) Miete dem einen oder anderen Merkmal isoliert zuzurechnen.³⁸ Dagegen liegt der Tabellenmethode die Überlegung zugrunde, dass sich die Struktur des Wohnungsmarktes in typischen Kategorien von Wohnungen beschreiben lässt. Die Kategorien werden durch Kombinationen von Wohnwertmerkmalen (z.B. Altbau, mit Bad, Größe unter 40 qm, einfache Wohnlage) bestimmt und in einem Mietspiegelfeld abgebildet. Dabei darf die Strukturierung der Tabellen bei einem qualifizierten Tabellenmietspiegel nicht willkürlich erfolgen. Vielmehr müssen hierzu mit geeigneten wissenschaftlichen Methoden diejenigen Wohnwertmerkmale identifiziert werden, die den statistisch bedeutsamsten Einfluss auf die Miethöhe haben. Außerdem muss gewährleistet sein, dass die Tabellenfelder in sich möglichst homogen und gegenüber anderen Feldern möglichst verschieden sind. Der Tabellenmietspiegel muss dabei nicht auf wenige, die Miete stark beeinflussende Merkmale reduziert werden. Im Rahmen eines Systems von Zu- und Abschlägen oder eines Punktesystems können auch Merkmale mit geringerem Einfluss auf die Miethöhe statistisch ermittelt und angemessen berücksichtigt werden.³⁹

Rund 3/4 aller qualifizierten Mietspiegel in Deutschland sind Tabellenmietspiegel, auch in den beiden größten deutschen Städten Berlin und Hamburg werden Mietspiegel als Tabellenmietspiegel erstellt; in der drittgrößten Stadt München dagegen nach der Regressionsmethode.⁴⁰ Obwohl beide Methoden lange Zeit „friedlich“ koexistierten und Tabellenmietspiegel sich in Mieterhöhungsverfahren immer wieder bewährt haben, wurde in jüngster Zeit vereinzelt versucht, Tabellenmietspiegel abzuwerten.⁴¹

D. Aktuelles

Alle deutschen Großstädte mit mehr als 500.000 Einwohnern – bis auf Bremen – haben Mietspiegel. In Gemeinden mit 100.000 bis 500.000 Einwohnern haben 89 % einen

Mietspiegel. Nicht alle diese Mietspiegel sind qualifiziert. So hat die Großstadt Köln bspw. einen einfachen Mietspiegel.⁴² Laut Mietspiegeldatenbank des BBSR gibt es zwar in den meisten Großstädten eine entsprechende statistische Grundlage, gerade in kleineren Städten mit bis zu 50.000 Einwohnern sind es aber deutlich weniger als die Hälfte der Kommunen; in Gemeinden unter 20.000 Einwohnern sind es gar nur 2 %, die über einen Mietspiegel verfügen.⁴³ Laut BBSR beziehen sich derzeit 701 Kommunen auf Angaben aus ca. 350 Mietspiegeln, von denen wiederum 86 als qualifiziert geführt werden.⁴⁴ Laut F&B-Mietspiegelindex besaßen dagegen 573 Gemeinden über 10.000 Einwohner im Jahr 2018 einen Mietspiegel.⁴⁵

Insbesondere seit Einführung der Ermächtigung der Länder zum Erlass von Mietpreisbremsenverordnungen⁴⁶ im Juni 2015 werden Mietspiegel vermehrt kritisiert und angegriffen.⁴⁷ Denn diente der Mietspiegel bis Juni 2015 allein zur Ermittlung der zu erhöhenden Miete im laufenden Mietverhältnis, wird er nun auch für Neuvermietungen herangezogen: Der Vermieter darf in den Gemeinden, in denen eine gültige Mietpreisbremsenverordnung existiert, „nur“ eine Miete vom neuen Mieter verlangen, die maximal 10 % über der

37 www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/Veroeffentlichungen/Sonderveroeffentlichungen/2014/DL_HinweiseErstellungMietspiegel_neu.pdf;jsessionid=DDBEB15F511428C2BA77B7355B110F0C.live21302?__blob=publicationFile&v=3, S. 27 (zuletzt abgerufen am 20.11.2019).

38 www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/Veroeffentlichungen/Sonderveroeffentlichungen/2014/DL_HinweiseErstellungMietspiegel_neu.pdf;jsessionid=DDBEB15F511428C2BA77B7355B110F0C.live21302?__blob=publicationFile&v=3, S. 27 (zuletzt abgerufen am 20.11.2019).

39 www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/Veroeffentlichungen/Sonderveroeffentlichungen/2014/DL_HinweiseErstellungMietspiegel_neu.pdf;jsessionid=DDBEB15F511428C2BA77B7355B110F0C.live21302?__blob=publicationFile&v=3, S. 27 f. (zuletzt abgerufen am 20.11.2019).

40 Leutner, WuM 2019, 128.

41 Siehe ausführlich Leutner, WuM 2019, 129 f.

42 Artz, Recht und Rechtsgeschichte, in: Reform des Mietspiegels, Gutachterstudie, Wirtschaftsrat Deutschland, S. 13 f.

43 Evaluierung der Mietpreisbremse, Endbericht, Studie im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV), S. 45.

44 Artz, Recht und Rechtsgeschichte, in: Reform des Mietspiegels, Gutachterstudie, Wirtschaftsrat Deutschland, S. 13 f.; www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/WohnenImmobilien/Immobilienmarktbeobachtung/Projekt-eFachbeitraege/Mietspiegel/Mietspiegel.html (zuletzt abgerufen am 20.11.2019).

45 F&B-Mietspiegelindex 2018.

46 Gesetz zur Dämpfung des Mietanstiegs auf angespannten Wohnungsmärkten und zur Stärkung des Bestellerprinzips bei der Wohnungsvermittlung (Mietrechtsnovellierungsgesetz – MietNovG), BGBl. I, 610.

47 Siehe zuletzt: LG Berlin, Urt. v. 11.04.2019 - 67 S 21/19 und VerfGH Berlin, Beschl. v. 16.05.2018 - 171/16; VerfGH Berlin, Beschl. v. 19.12.2018 - 122/16; VerfGH Berlin, Beschl. v. 19.12.2018 - 141/16; VerfGH Berlin, Beschl. v. 19.12.2018 - 37/17; AG Neukölln, Urt. v. 16.08.2017 - 17 C 224/16; Börstinghaus, jurisPR-MietR 11/2019 Anm. 1.

ortsüblichen Vergleichsmiete liegt. So waren bspw. sowohl der Berliner Mietspiegel 2015 als auch der Berliner Mietspiegel 2017 vielfach Gegenstand von Gerichtsverfahren vor Berliner Gerichten.⁴⁸ Auch das BVerfG musste sich bereits mit dem Vorwurf der Verfassungswidrigkeit der Mietpreisbremse beschäftigen. Am 18.07.2019 hat das BVerfG jedoch beschlossen, dass die mit dem Mietrechtsnovellierungsgesetz geschaffenen Vorschriften zur Regulierung der Miethöhe bei Mietbeginn im nicht preisgebundenen Wohnraum („Mietpreisbremse“) nicht verfassungswidrig sind und nicht gegen die Garantie des Eigentums, die Vertragsfreiheit oder den allgemeinen Gleichheitssatz verstoßen.⁴⁹

Die Bedeutung und Streitträchtigkeit des Mietspiegels wird auch in Zukunft nicht abnehmen. Im Mai dieses Jahres hat die damalige Bundesjustizministerin Dr. Katarina Barley zwei Referentenentwürfe⁵⁰ für einen verbesserten Mieterschutz vorgelegt, mit denen die Vorschriften rund um die Mietpreisbremse und Mietpreisüberhöhungen nachgebessert werden sollen.

Vorgesehen ist u.a., dass die Mietpreisbremse um fünf Jahre verlängert wird, sodass die Landesregierungen bis Ende 2025 Gebiete mit angespannten Wohnungsmärkten ausweisen können, in denen dann die Mietpreisbremse gilt. Union und SPD haben zudem am 19.08.2019 u.a. beschlossen, dass der Mieter im Fall eines Verstoßes gegen die Mietpreisbremse zu viel gezahlte Miete rückwirkend für einen Zeitraum von 30 Monaten fordern können soll, wenn er den Verstoß gegen die Mietpreisbremse innerhalb von 30 Monaten nach Beginn des Mietverhältnisses rügt. Justizministerin Christine Lambrecht und Innenminister Horst Seehofer kündigten eine schnelle Umsetzung der Pläne an.⁵¹

Weiterhin soll die ortsübliche Vergleichsmiete künftig aus Vertragsabschlüssen und Mieterhöhungen der letzten sechs Jahre (statt bisher vier Jahre) gebildet werden.

Angesichts des elementaren Bedürfnisses nach bezahlbarem Mietwohnraum für alle Bevölkerungsschichten ist es zu begrüßen, dass der Gesetzgeber mit diesen Maßnahmen einem weiteren Anstieg der Wohnraumieten deutlichere Grenzen setzt.

48 LG Berlin, Urt. v. 14.02.2018 - 64 S 74/17; LG Berlin, Urt. v. 25.04.2018 - 65 S 238/17; AG Berlin-Mitte, Urt. v. 07.03.2018 - 9 C 324/17; LG Berlin, Urt. v. 13.08.2018 - 66 S 18/18; LG Berlin, Urt. v. 11.04.2019 - 67 S 21/19.

49 BVerfG, Beschl. v. 18.07.2019 - 1 BvL 1/18, 1 BvR 1595/18, 1 BvL 4/18.

50 Entwurf eines Gesetzes zur Zusammenführung und Verbesserung der Vorschriften über die zulässige Miethöhe bei Wohnraummangel; Entwurf eines Gesetzes zur Verlängerung des Betrachtungszeitraums für die ortsübliche Vergleichsmiete.

51 www.sueddeutsche.de/politik/spd-cdu-csu-mietpreisbremse-seehoferkoalition-1.4568025 (zuletzt abgerufen am 20.11.2019).

Hinterbliebenengeld für Ehefrau, vier Kinder und den Bruder

LG Tübingen, Urt. v. 17.05.2019 - 3 O 108/18

VRiOLG a.D. Lothar Jaeger

A. Problemstellung

Es handelt sich um die erste Entscheidung, die zum Hinterbliebenengeld veröffentlicht wurde. Das LG Tübingen hat dabei zunächst darauf abgestellt, ob ein Hinterbliebenengeld überhaupt geschuldet wird, wenn ein Hinterbliebener nach dem Tod eines nahen Angehörigen einen Schockschaden geltend gemacht hat und zu einem psychischen Schaden vorgetragen hat. Diese Frage hätte nach dem Ergebnis der Entscheidung offenbleiben können.

Zur Höhe des Hinterbliebenengeldes hat das Gericht unterschieden zwischen der Ehefrau des Verstorbenen und seinen vier Kindern sowie seinem Bruder. Es hat dazu unterschiedliche Bemessungsgrundlagen aufgestellt.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Kläger machen Schadensersatzansprüche nach dem tödlichen Verkehrsunfall eines verheirateten 60 Jahre alten vierfachen Familienvaters und Bruder eines Klägers geltend. Das Landgericht hat das Hinterbliebenengeld mit 12.000 € für die Witwe, 7.500 € für jedes der vier Kinder und 5.000 € für einen Bruder des Getöteten bemessen.

Der Unfall ereignete sich am 30.07.2017, also nur wenige Tage nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Einführung eines Anspruchs auf Hinterbliebenengeld¹ am 22.07.2017. Der Fahrer des Fahrzeugs wurde der fahrlässigen Tötung für schuldig befunden. Das Gericht verhängte nach Jugendstrafrecht gegen ihn mehrere Auflagen, u.a. zur Zahlung von 2.200 € an die Ehefrau als Vorschuss „auf ein noch zu vereinbarendes oder festzusetzendes Schmerzensgeld“.

Der Ehefrau des Getöteten wurde nach ärztlicher Behandlung ein Attest über eine „schwere Trauerreaktion“ ausgestellt, das dem LG Tübingen aber nicht genügte, um einen Schockschaden der Ehefrau zu bejahen. Die Ehefrau des Verstorbenen beehrte von den Beklagten ein „Schmerzensgeld“ i.H.v. jeweils 5.000 €, die übrigen Kläger von jeweils 2.500 €.

Das LG Tübingen verurteilte die Beklagten zur Zahlung von Hinterbliebenengeld an die Kläger, und zwar zu 12.000 € an die Witwe, zu 7.500 € an jedes der vier Kinder und zu 5.000 €

1 BGBl. I 2017, 2421.

an den Bruder des Getöteten. Die Entscheidung stützt sich nicht auf § 253 BGB, das Gericht hat den Klageantrag (zu Recht) so verstanden, dass die Kläger kein entgegen dem Wortlaut der Klageanträge ein Hinterbliebenengeld und kein Schmerzensgeld begehren. Die Entscheidung stützt sich auf § 844 Abs. 3 BGB, eine Norm, die durch das Gesetz zur Einführung eines Anspruchs auf Hinterbliebenengeld eingeführt wurde und die am 22.07.2017 in Kraft getreten ist.

In § 844 Abs. 3 BGB ist bestimmt:

Der Ersatzpflichtige hat dem Hinterbliebenen, der zur Zeit der Verletzung zu dem Getöteten in einem besonderen persönlichen Näheverhältnis stand, für das dem Hinterbliebenen zugefügte seelische Leid eine angemessene Entschädigung in Geld zu leisten. Ein besonderes persönliches Näheverhältnis wird vermutet, wenn der Hinterbliebene der Ehegatte, der Lebenspartner, ein Elternteil oder ein Kind des Getöteten war.

Eine gerichtliche Entscheidung zu dieser gesetzlichen Regelung ist bis zur Entscheidung des LG Tübingen, also rund 22 Monate nach Erlass des Gesetzes nicht bekannt geworden. Dies beruht u.a. darauf, dass viele Anwälte das Gesetz längere Zeit nicht einmal kannten und dass die Versicherer (auch) deshalb veröffentlichte Entscheidungen zum Hinterbliebenengeld scheuten, zumal Anspruchsteller nach Möglichkeit mit einem geringen Betrag, der möglichst nicht höher als 3.000 € sein sollte, entschädigt werden sollten und auch meist entschädigt wurden. Die bis zu dieser Entscheidung vergangene Zeit nach dem Inkrafttreten beweist, dass diese Taktik bisher aufgegangen ist.

Die Beklagten konnten auch in diesem Rechtsstreit den Versuch wagen, Klageabweisung zu beantragen, da sie einige Zahlungen geleistet hatten, weil möglicherweise zu erwarten war, dass das Landgericht einen Schockschaden der Klägerin verneinen würde und weil der Anwalt der Kläger nicht einmal ein Hinterbliebenengeld eingeklagt hatte, sondern nur „Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes an jeden Kläger“. Das Landgericht hat das Klagebegehren aber zutreffend eingeordnet und Ansprüche der Kläger aus § 844 Abs. 3 BGB bejaht.

Zur Ermittlung des angemessenen Hinterbliebenengeldes hat das Gericht sodann auf die Begründung des Gesetzes und einige dazu ergangene Literaturstellen zurückgegriffen, ohne letztlich eine eigene Meinung herauszuarbeiten. Auf sich gestellt kann man es der Kammer eines Landgerichts nicht verdenken, dass sie sich auf die Argumente aus dem Gesetzgebungsverfahren zurückgezogen hat. Im Gesetzgebungsverfahren wurde u.a. geäußert, dass das Hinterbliebenengeld im Schmerzensgeld für einen Schockschaden aufgehe. Aus dem Gesetz selbst ergibt sich dies aber nicht und es trifft auch nicht zu, wie so manch andere Aussage der Be-

gründung zu dem „mit heißer Nadel“ gestrickten Gesetz ebenfalls nicht durchdacht und unzutreffend ist.²

C. Kontext der Entscheidung

Bei einem Schockschaden geht es um eine Gesundheitsverletzung, also um etwas grundlegend anderes, als bei dem Hinterbliebenengeld, das einen Ausgleich für anzuerkennende Trauer und Leid des Hinterbliebenen gewährleisten soll, für Beeinträchtigungen, die gerade nicht zu einer Körperverletzung geführt haben.³ Wer einen Schockschaden erleidet, hat einen Schmerzensgeldanspruch, weil seine Gesundheit verletzt wurde. Dieser Anspruch ergibt sich aus § 253 BGB, eine Norm, die durch das Gesetz zur Einführung eines Anspruchs auf Hinterbliebenengeld nicht geändert wurde.

Der Anspruch auf Hinterbliebenengeld ist kein Schmerzensgeldanspruch. Das Hinterbliebenengeld soll ausdrücklich keinen Gesundheitsschaden ausgleichen, sondern helfen, Trauer und seelisches Leid zu lindern. Auch wer einen Schockschaden erleidet, empfindet daneben Trauer und seelisches Leid und erleidet darüber hinaus einen Gesundheitsschaden. Diese Beeinträchtigungen sind nicht identisch, ja sie sind meist nicht einmal vergleichbar.

Auf diese Besonderheiten hat auch G. Müller⁴ hingewiesen, insbesondere darauf, dass der Schockschaden sowohl materielle als auch immaterielle Ansprüche umfassen kann, sodass im Prinzip Ansprüche auf Schockschaden-Schmerzensgeld und Hinterbliebenengeld gleichzeitig bestehen können.

G. Müller meint zwar, dass die Begründung des Gesetzentwurfs klarstelle, dass nicht zusätzlich zu einem auf Schockschaden beruhenden Schmerzensgeld noch ein Hinterbliebenengeld verlangt werden könne. Das ist aber vor dem Deutschen Bundestag anders beraten worden. Fechner spricht in seiner Stellungnahme, die er in der 221. Sitzung des Deutschen Bundestages⁵ zu Protokoll gereicht hat, eindeutig von einer neuen selbständigen Anspruchsgrundlage, die für das Hinterbliebenengeld geschaffen werden soll. Nirgends ist die Rede davon, dass nur der Angehörige das Hinterbliebenengeld erhalten soll, der keinen eigenen Gesundheitsschaden zusätzlich erlitten hat. Im Gegenteil,

2 Jaeger/Luckey, Schmerzensgeld, 9. Aufl. 2018, Rn. 559 ff., 576; Jaeger, VersR 2017, 1041 ff.

3 Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch den Ausschuss Zivilrecht und Verkehrsrecht zur BR-Drs. 127/17, Stand 09.02.2017, S. 3.

4 Müller, Stellungnahme zum Hinterbliebenengeld, www.bundestag.de/blob/502726/15c898b3dda051726ca662687fdc1c07/mueller-data.pdf (zuletzt abgerufen am 19.11.2019) = Müller, VersR 2017, 321.

5 221. Sitzung des Deutschen Bundestages vom 09.03.2017, Plenarprotokoll 18/221, 22195.

Fechner stellt klar, er hoffe und erwarte, dass die Höhe des Hinterbliebenengeldes sich eigenständig und unabhängig vom Schmerzensgeld (für Schockschäden) entwickle und dass die Rechtsprechung zu höheren Beträgen komme.

Wie dem auch sei, die Kammer hätte sich in diesem Punkt nicht festlegen sollen, denn sie verneint einen Schockschaden der Klägerin, sodass es auf die Frage, ob das Hinterbliebenengeld neben einem Schmerzensgeld für einen Schockschaden zugebilligt werden kann, gar nicht ankommt (obiter dictum).

Wesentlich schwieriger war die Frage nach der Höhe des Hinterbliebenengeldes zu beantworten.

G. Müller⁶ meint, dass das Hinterbliebenengeld im Regelfall niedriger ausfallen müsse als ein Schockschaden-Schmerzensgeld, das neben dem seelischen Leid auch den Gesundheitsschaden von Krankheitswert entschädige. Dies ist jedoch nicht richtig, denn das Schmerzensgeld für einen Schockschaden wird nur gewährt und bemessen nach dem Gesundheitsschaden des Angehörigen, nicht aber „auch“ als Entschädigung für dessen seelisches Leid. Letzteres wird nach der Rechtsprechung des BGH beim einfachen Schockschaden gerade nicht entschädigt; Schmerzensgeld erhält der Angehörige nur bei einem schweren Schockschaden, wenn eine Gesundheitsverletzung vorliegt. Eine Gesundheitsverletzung wird nur bejaht, wenn die Trauer nach Art und Schwere deutlich über das hinausgeht, was Angehörige als mittelbar Betroffene in derartigen Fällen erfahrungsgemäß an Beeinträchtigungen erleiden;⁷ erst wenn die Trauer über das normale Maß hinausgeht, erreicht sie Krankheitswert,⁸ erst dann liegt darin eine Verletzung der Gesundheit, die einen Schmerzensgeldanspruch auslöst.

Bei der Bemessung des Hinterbliebenengeldes für die Klägerin stellt die Kammer auf die Ehedauer von 28 Jahren ab. Nach der gesetzlichen Bestimmung wird das Näheverhältnis zwischen Ehegatten ohnehin vermutet. Nun ist es sicher nicht in allen Ehen gleich innig. Von dieser positiven Erkenntnis sind aber nicht deshalb Abstriche zu machen, weil die Klägerin den Unfalltod nicht miterlebt hat. Darauf kommt es für das Hinterbliebenengeld gerade nicht an. Auch den Umstand, dass die Eheleute das gemeinsame Hobby des Motorradfahrens nach der Geburt der Kinder, also vor mehr als 20 Jahren, aufgegeben haben, kann man der Klägerin nicht ankreiden, das ist eine sachfremde Erwägung. Welche sonstigen Gemeinsamkeiten und Interessen die Eheleute hatten, hat die Kammer nicht festgestellt. Es mag sein, dass die Richter im Termin danach gefragt haben. Ob die Klägerin darauf (vielleicht) völlig unvorbereitet keine Antwort hatte oder ob sie überhaupt bereit war, in der Öffentlichkeit über ihr Eheleben zu sprechen, wird aus der Entscheidung nicht deutlich. Hier steht die richterliche Aufklärungspflicht gem. § 139 ZPO infrage und aus der Entscheidung ist nicht ersichtlich, ob die

Kammer dem Anwalt der Klägerin, der die Regelung zum Hinterbliebenengeld nicht einmal kannte, in der gebotenen Weise „nahe getreten“ ist, ergänzend vorzutragen. Unzureichenden Sachvortrag über das Zusammenleben der Eheleute durfte die Kammer jedenfalls nicht ohne deutlichen Hinweis auf die Bedeutung dieses Umstandes für die Höhe des Hinterbliebenengeldes „mindernd“ bei der Bestimmung der Höhe des Hinterbliebenengeldes berücksichtigen.

Die Dauer des Zusammenlebens der Eheleute und ihr intaktes Familienleben auch und gerade in Bezug auf die vier erwachsenen Kinder bilden – auch ohne weiteres Vorbringen – fast schon ein Höchstmaß an Nähebeziehung i.S.d. § 844 Abs. 3 BGB.

Dasselbe gilt auch für die vier Kinder. Zu Recht hat die Kammer die Kinder gleichbehandelt. Bei der Bemessung des Schmerzensgeldes für die Kinder aber darauf abzustellen, sie hätten mit dem tödlich verunglückten Vater nicht genau so lange zusammengelebt, wie die Mutter, geht dann aber doch nicht. Alle Kinder sind über 20 Jahre alt und leben oder haben 20 Jahre und länger im Familienverbund gelebt, solange dies angezeigt war. Von Unstimmigkeiten ist keine Rede. Wann soll die Nähebeziehung zu einem Vater größer sein? Hier wird die Rechtsprechung noch lernen müssen, etwaige Unterschiede überzeugend herauszuarbeiten.

Ob der Bruder des Verstorbenen mit einem Hinterbliebenengeld von 5.000 € zutreffend beschieden wurde, ist schwer zu beurteilen. Bei Geschwistern, insbesondere in höherem Alter, wird kraft Gesetzes kein Näheverhältnis vermutet. Der Bruder hat schon einiges zur Nähebeziehung vorgetragen, was über ein bloßes Verwandtschaftsverhältnis hinausgeht, sodass ein Hinterbliebenengeld für den Bruder sicher angesagt war.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung ist ein erster Schritt gegen die Erwartung der Versicherungswirtschaft, das Hinterbliebenengeld auf die Größenordnung von 3.000 € bis 5.000 € begrenzen zu können. Die Hinterbliebenen, die hier entschädigt wurden, sind in jeder Hinsicht normale Hinterbliebene. Die Ehefrau hat eine lange Ehe hinter sich, ihr psychischer Schaden hält sich in Grenzen. Die vier Kinder sind erwachsen und leiden keinesfalls so unter

6 Müller, Stellungnahme zum Hinterbliebenengeld, S. 6, www.bundestag.de/blob/502726/15c898b3dda051726ca662687fdc1c07/mueller-data.pdf (zuletzt abgerufen am 19.11.2019) = Müller, VersR 2017, 321; ebenso Bischoff, MDR 2017, 739 ff., 741.

7 BGH, Urt. v. 11.05.1971 - VI ZR 78/70; BGH, Urt. v. 04.04.1989 - VI ZR 97/88; OLG Nürnberg, Urt. v. 27.02.1998 - 6 U 3913/97; KG, Urt. v. 10.06.2004 - 12 U 315/02; Ebbing, ZGS 2003, 223, 227.

8 BGH, Urt. v. 30.04.1996 - VI ZR 55/95.

dem Tod des Vaters, wie es bei kleinen Kindern oder bei Heranwachsenden eher zu erwarten sein könnte. Beim Bruder des Getöteten ist eine eher seltene Bindung zu erkennen.

Man darf gespannt sein, wie sich diese Rechtsprechung weiterentwickelt.

E. Bewertung

Unterstellt man, dass der Klägerin und den vier Kindern auch ein höheres Hinterbliebenengeld, etwa i.H.v. 20.000 €, zustehen könnte, hätte dieses auch für den Bruder deutlich höher ausfallen können. Es dürfte durchaus vertretbar sein, der Ehefrau ein Hinterbliebenengeld von 20.000 € zuzubilligen. Zwar mag es sein, dass dann auch das Schmerzensgeld für den sog. echten Schockschaden künftig höher ausfallen muss als bisher – das ist dann eben so. Immerhin wird durch den Tod eines nahen Angehörigen auch in das Persönlichkeitsrecht der Hinterbliebenen eingegriffen, ein Umstand, der eine wesentlich höhere Geldentschädigung auf der Grundlage der Art. 1 und 2 GG begründen könnte.

Um auf diesem bisher von der Rechtsprechung noch nicht hinreichend bearbeiteten Gebiet zu Ergebnissen zu kommen, werden noch manche (Irr-)Wege begangen werden.

Sozialrecht

Leistungen vom Jobcenter für den Besuch naher Angehörigen?

BSG, Urt. v. 28.11.2018 - B 14 AS 47/17 R und B 14 AS 48/17 R

RiLSG Jan Schiller

A. Problemstellung

Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II umfassen nach § 19 Abs. 1 Satz 3 SGB II u.a. den Regelbedarf (§ 20 SGB II) und nicht durch den Regelbedarf abgedeckte Mehrbedarfe (§ 21 SGB II). Nach Satz 1 der mit Wirkung zum 03.06.2010 in Kraft getretenen¹ sog. Härtefallklausel² des § 21 Abs. 6 SGB II wird bei Leistungsberechtigten ein Mehrbedarf anerkannt, soweit im Einzelfall ein unabweisbarer, laufender, nicht nur einmaliger besonderer Bedarf besteht. Damit wurde das Urteil des BVerfG vom 09.02.2010³ (nahezu) wörtlich umgesetzt.⁴ Bis zur gesetzlichen Neuregelung konnte ein entsprechender Anspruch unmittelbar aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG geltend gemacht werden.⁵ Für die Zeit vor der Entschei-

dung des BVerfG griff das BSG für besondere (atypische) Bedarfslagen ausnahmsweise – zulasten des zuständigen Sozialhilfeträgers – auf § 73 (Satz 1) SGB XII zurück,⁶ wonach Leistungen auch in sonstigen Lebenslagen erbracht werden können, wenn sie den Einsatz öffentlicher Mittel rechtfertigen. Als eine solche besondere Bedarfslage ist die Ausübung des Umgangsrechts getrenntlebender Elternteile mit ihren minderjährigen Kindern dem Grunde nach anerkannt,⁷ auch nach § 21 Abs. 6 Satz 1 SGB II⁸ und unabhängig davon, ob die Eltern verheiratet sind, sich im familienrechtlichen Sinne getrennt haben, geschieden sind oder nie verheiratet waren.⁹ Ob Entsprechendes auch für den Kontakt mit Angehörigen jenseits der umgangsrechtlichen Eltern-Kind-Beziehung gilt, hat der Grundsicherungssenat¹⁰ des BSG mit zwei Urteilen vom 28.11.2018 entschieden.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidungen

I. Nach beiden Sachverhalten bestand eine unfreiwillige räumliche Distanz zwischen klagenden Leistungsberechtigten nach dem SGB II und ihnen nahestehenden Personen, für deren nicht nur einmalige Überwindung Leistungen von den beklagten Jobcentern begehrt wurden.

Im Verfahren B 14 AS 47/17 R („chinesische Ehefrau“) heiratete der deutsche Kläger im Ausland eine chinesische Staatsangehörige, kehrte 2007 nach Deutschland zurück und bezieht seitdem ALG II. Seit dieser Zeit lebe seine Ehefrau unfreiwillig von ihm getrennt in China. Ihrem Nachzug stünden aufenthaltsrechtliche Gründe entgegen, da ihr notwendige Mittel für den Sprachkurseerwerb fehlten.¹¹ Seinen 2011 beim Jobcenter gestellten Antrag auf Reisekosten von ca. 1.000 € jährlich zum Besuch der Ehefrau wurde abgelehnt. Klage und Berufung blieben in der Sache ohne Erfolg. Das Landessozialgericht¹² verneinte einen unabweis-

1 Art. 3a und Art. 4 Abs. 2 des Gesetzes zur Abschaffung des Finanzplanungsrates und zur Übertragung der fortzuführenden Aufgaben auf den Stabilitätsrat sowie zur Änderung weiterer Gesetze vom 27.05.2010, BGBl. I, 671, 672.

2 BT-Drs. 17/1465, S. 9.

3 BVerfG, Urt. v. 09.02.2010 - 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09 und 1 BvL 4/09 Rn. 204 ff.

4 Zur Kritik am Gesetzgebungsverfahren z.B. BT-Drs. 17/1465, S. 7.

5 BSG, Urt. v. 04.06.2014 - B 14 AS 30/13 R Rn. 14.

6 Grundlegend BSG, Urt. v. 07.11.2006 - B 7b AS 14/06 R Rn. 19 ff.

7 BSG, Urt. v. 07.11.2006 - B 7b AS 14/06 R Rn. 19 ff.

8 BT-Drs. 17/1465, S. 9; BSG, Urt. v. 04.06.2014 - B 14 AS 30/13 R Rn. 16;

BSG, Urt. v. 18.11.2014 - B 4 AS 4/14 R Rn. 15 f.

9 BSG, Urt. v. 11.02.2015 - B 4 AS 27/14 R Rn. 18 und 21.

10 Der 4. und 14. Senat sind seit 2018 personell identisch besetzt.

11 Zur vom Sozialhilfeträger beehrten Kostenübernahme vgl. BSG, Beschl. v. 06.12.2018 - B 8 SO 53/18 B.

12 LSG Darmstadt, Urt. v. 20.05.2016 - L 7 AS 848/14.

baren Bedarf, da auch aus Art. 6 Abs. 1 GG nicht folge, dass jegliche eine Familie betreffende Belastung auszugleichen sei.

Im Verfahren B 14 AS 48/17 R („ungarische Haft“) begehrt eine ALG II beziehende Mutter die Übernahme der von Januar 2010 bis Januar 2011 entstandenen Kosten für Besuche ihrer zunächst in Ungarn und später in Deutschland inhaftierten, 1986 geborenen Tochter. Diese sitze seit Ende 2009 in Untersuchungshaft wegen des Vorwurfs der Beteiligung an einem Tötungsdelikt. Die Kosten von insgesamt ca. 2.600 € für die monatlichen Besuche in Ungarn bis Oktober 2010 und anschließenden zweimonatlichen Besuche im Bundesgebiet habe sie sich geliehen. Ungeachtet früherer Differenzen habe sie sich verpflichtet gefühlt, ihrer Tochter beizustehen. Das Jobcenter lehnte Leistungen für diese Besuche ab. Klage und Berufung blieben ebenso ohne Erfolg. Das Landessozialgericht¹³ verneinte eine Rechtsgrundlage für die Zeit vor der Entscheidung des BVerfG vom 09.02.2010. Im Übrigen begründe der Umgang mit erwachsenen Kindern keinen existenznotwendigen Bedarf, da er auf freiwilliger Basis und in Erfüllung ausschließlich sittlicher Verpflichtungen erfolge.

II. Die – jeweils vom BSG zugelassenen – Revisionen der Kläger waren unterschiedlich erfolgreich. Die Revision des Klägers („chinesische Ehefrau“) wurde zurückgewiesen, auf die Revision der Klägerin („ungarische Haft“) wurde das Urteil des Landessozialgerichts aufgehoben und die Sache an dieses Gericht zurückerwiesen. Materiell-rechtlich stellte das BSG zunächst dar, dass Aufwendungen zur Kontaktpflege unter Angehörigen ihrer Art nach grds. vom Regelbedarf umfasst sind. Hierzu nahm es insbesondere Bezug auf die nach § 5 Abs. 1 RBEG¹⁴ für die Ermittlung des Regelbedarfs berücksichtigten Verbrauchsausgaben¹⁵ in den Abteilungen 7 (Verkehr), 8 (Nachrichtenübermittlung), 9 (Freizeit u.a.) und 11 (Beherbergungskosten u.a.), die der Teilhabe (§ 20 Abs. 1 Satz 2 SGB II) zuzuordnen seien, die Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen ermöglichen und Aufwendungen für Verwandtenbesuche einschließen würden. Dann gab es die Rechtsprechung zur dem Grunde nach anerkannten besonderen Bedarfslage bei Ausübung des Umgangsrechts getrenntlebender Elternteile mit ihren minderjährigen Kindern und zur Höhe des Mehrbedarfs wieder.

Entsprechendes gelte – unter Beachtung der Unterschiede zur Ausübung des Umgangsrechts – ebenso für intensive Familienbindungen jenseits der umgangsrechtlichen Eltern-Kind-Beziehung, wenn sie als tatsächlich gelebte Beziehung, die von besonderer Nähe, familiärer Verantwortlichkeit füreinander sowie Rücksichtnahme- und Beistandsbereitschaft geprägt seien und deshalb für die indi-

viduelle personale Existenz herausgehobene Bedeutung hätten. Eine besondere Bedarfslage komme in Betracht bei einer dem Einfluss des zu Besuchenden entzogenen außergewöhnlichen Situation, in der ein Verzicht auf die Begegnung mit dem i.S.v. Art. 6 Abs. 1 GG nahen Angehörigen nicht zugemutet werden könne, sei es, um die Beziehung in einer ihrer Bedeutung gerecht werdenden Weise aufrechtzuerhalten oder Beistand leisten zu können. Dies könne insbesondere angenommen werden bei erheblichen Notlagen oder einer ungewollten und – rechtlich oder tatsächlich – nicht änderbaren räumlichen Trennung (z.B. durch stationäre Unterbringung), die über längere Zeit anhalte und einen als erheblich anzusehenden Wunsch nach kontinuierlicher Begegnung begründe, soweit eine anderweitige Kommunikation nicht möglich sei oder nachvollziehbar als nicht ausreichend erscheine. Dies gelte auch bei Besuchen im Ausland, da der Nichtberücksichtigung von Mobilitätsausgaben mit Auslandsbezug im Regelbedarf keine grds. systemabgrenzende Wirkung beigemessen werden könne.

Nach diesen Maßstäben bestehe im Verfahren „chinesische Ehefrau“ schon keine entsprechende Sondersituation. Aufenthaltrechtliche Hindernisse für den Nachzug eines ausländischen Ehegatten zum deutschen Ehegatten im Bundesgebiet seien durch Betreiben des Verfahrens zur Visumserteilung zum Ehegattennachzug auszuräumen und würden weder bis zur Visumserteilung noch bei aufenthaltsrechtlich nicht zu beanstandender Ablehnung des Nachzugs einen Mehrbedarf begründen. Im Verfahren „ungarische Haft“ erscheine ein Mehrbedarf dem Grunde nach zwar nicht ausgeschlossen, indes seien nähere Feststellungen zu den Umständen der Inhaftierung und den Auswirkungen auf die Tochter der Klägerin notwendig.

C. Kontext der Entscheidungen

I. Das SGB II sieht keine abweichende Festsetzung des pauschalierten¹⁶ Regelbedarfs vor.¹⁷ Anderes gilt im Sozialhilferecht,¹⁸ woran sich § 21 Abs. 6 Satz 2 SGB II einerseits

13 LSG Chemnitz, Ur. v. 17.11.2016 - L 3 AS 428/14.

14 Im Verfahren B 14 AS 48/17 R war noch das 2010 geltende Recht (§ 2 Abs. 2 RSV) maßgeblich.

15 Insgesamt 94,48 € (BSG, Ur. v. 28.11.2018 - B 14 AS 48/17 R) bzw. 115,91 € (BSG, Ur. v. 28.11.2018 - B 14 AS 47/17 R) monatlich.

16 § 20 Abs. 1 Satz 3 SGB II.

17 BSG, Ur. v. 18.06.2008 - B 14 AS 22/07 R Rn. 22 ff. und BSG, Ur. v. 10.05.2011 - B 4 AS 11/10 R Rn. 16.

18 § 27a Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 SGB XII i.d.F. ab dem 01.01.2017; zuvor § 27a Abs. 4 Satz 1 SGB XII i.d.F. ab dem 01.01.2011 bzw. § 28 Abs. 1 Satz 2 SGB XII i.d.F. bis zum 31.12.2010; vgl. auch § 22 Abs. 1 Satz 2 BSHG.

orientierte.¹⁹ Andererseits weicht der nunmehr präzierte²⁰ § 27a Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 SGB XII²¹ nach seinem Wortlaut deutlich ab.²² Dies ist bei der Auslegung des § 21 Abs. 6 SGB II zu beachten, vor allem bei der Frage nach einem weiteren Rückgriff auf § 73 SGB XII.²³

II. Der Mehrbedarf nach § 21 Abs. 6 SGB II soll Bedarfe im System des SGB II decken, die entweder ihrer Art oder der Höhe nach bei der Bemessung des Regelbedarfs nicht berücksichtigt wurden²⁴ und weder von den typisierten Mehrbedarfen,²⁵ Sonderbedarfen²⁶ noch der Darlehensregelung des § 24 Abs. 1 SGB II erfasst sind. Dabei gingen sowohl das BVerfG²⁷ als auch der Gesetzgeber²⁸ von einem eingeschränkten Anwendungsbereich aus. Die Abgrenzung zum Regelbedarf ist mitunter schwierig, insbesondere wenn darin Anteile für vergleichbare Verbrauchsausgaben enthalten sind.²⁹ Der Entscheidung, ob ein Bedarf seiner Art oder der Höhe nach nicht vom Regelbedarf umfasst ist, bedarf es auch für die Abgrenzung zu § 24 Abs. 1 Satz 1 SGB II, da diese Darlehensregelung nur einen grds. „vom Regelbedarf [...] umfasste(n)“, jedoch im Einzelfall unabweisbaren, nicht oder nicht ausreichend gedeckten Bedarf erfasst.³⁰ Weiterhin gilt § 24 Abs. 1 Satz 1 SGB II nicht für dauerhafte und laufende Bedarfe.³¹

III. Die Deckung hoher Kosten für unabweisbare, einmalige³² besondere Bedarfe ist noch ungeklärt. Bei einem seiner Art nach vom Regelbedarf umfassten einmaligen Bedarf kann der Verweis auf ein Darlehen nach § 24 Abs. 1 SGB II seine Grenzen finden,³³ zumal die Tilgungsregelung im SGB II³⁴ zwingend ist. Auch insoweit weicht das SGB XII ab.³⁵ Bei einem seiner Art nach nicht vom Regelbedarf umfassten einmaligen Bedarf ist weder § 21 Abs. 6 Satz 1 SGB II noch § 24 Abs. 1 Satz 1 SGB II unmittelbar anwendbar, da § 21 Abs. 6 Satz 1 SGB II nicht für einmalige Bedarfe gilt und § 24 Abs. 1 Satz 1 SGB II ihrer Art nach nicht vom Regelbedarf umfasste Bedarfe nicht erfasst. In beiden Fällen kommt neben der verfassungskonformen Auslegung des § 24 Abs. 3 SGB II³⁶ die entsprechende Anwendung des § 21 Abs. 6 SGB II oder weiterhin der Rückgriff auf § 73 SGB XII³⁷ und jedenfalls bei einem seiner Art nach vom Regelbedarf umfassten Bedarf auch die einschränkende Auslegung des § 24 Abs. 1 SGB II³⁸ in Betracht.³⁹ Das BSG dürfte zu einer SGB II-immanenten Lösung neigen.⁴⁰

D. Bewertung der Entscheidungen

Der grundsätzlichen Anerkennung einer besonderen Bedarfslage zur Ermöglichung der Begegnung naher Angehöriger in Sondersituationen ist zuzustimmen. Hierfür spricht ergänzend zu dem vom Senat angeführten personalen Sicherungszweck des zu gewährleistenden Exis-

tenzminimums und besonderen Schutz von Ehe und Familie durch Art. 6 Abs. 1 GG die Anknüpfung des SGB II an eheliche⁴¹ und familiäre Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaften bei der Ermittlung der Hilfebedürftigkeit,⁴² die selbst erwachsene Kinder bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres,⁴³ Verwandte und Verschwägerter⁴⁴ erfasst, soweit ein gegenseitiges Entstehen in den Not- und Wech-

19 Vgl. § 27a Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 2 SGB XII i.d.F. bis zum 31.12.2016.

20 BT-Drs. 18/9984, S. 90.

21 I.d.F. ab dem 01.01.2017.

22 Gleichwohl von Parallelvorschriften/-regelungen ausgehend z.B. Gutzler in: jurisPK-SGB XII Rn. 13, 101 und 105, Stand 15.05.2017.

23 Hierzu unter C.III.

24 BSG, Ur. v. 20.01.2016 - B 14 AS 8/15 R Rn. 20.

25 § 21 Abs. 2 bis 5 und Abs. 7 SGB II.

26 Vgl. insbesondere § 24 Abs. 3 Satz 1 SGB II.

27 BVerfG, Ur. v. 09.02.2010 - 1 BvL 1/09 u.a. Rn. 208.

28 BT-Drs. 17/1465, S. 6 und 8.

29 BSG, Ur. v. 04.06.2014 - B 14 AS 30/13 R Rn. 20, 25 und 28; zur Ermittlung der in den Regelbedarf eingeflossenen Bedarfe und Abgrenzung zum Sonderbedarf BSG, Ur. v. 25.10.2017 - B 14 AS 4/17 R Rn. 16 ff. und BSG, Ur. v. 12.09.2018 - B 4 AS 33/17 R Rn. 22 f.

30 BVerfG, Beschl. v. 23.07.2014 - 1 BvL 10/12, 1 BvL 12/12 und 1 BvR 1691/13 Rn. 5; zur vorherigen Darlehensregelung in § 23 Abs. 1 Satz 1 SGB II vgl. BSG, Ur. v. 28.10.2009 - B 14 AS 44/08 R Rn. 25.

31 BSG, Ur. v. 12.09.2018 - B 4 AS 33/17 R Rn. 37; zur vorherigen Darlehensregelung in § 23 Abs. 1 Satz 1 SGB II ständige Rechtsprechung seit BSG, Ur. v. 07.11.2006 - B 7b AS 14/06 R Rn. 20; vgl. auch BVerfG, Ur. v. 09.02.2010 - 1 BvL 1/09 u.a. Rn. 207 f und BVerfG, Beschl. v. 23.07.2014 - 1 BvL 10/12 u.a. Rn. 5.

32 Zur Abgrenzung zum laufenden Bedarf BSG, Ur. v. 18.11.2014 - B 4 AS 4/14 R Rn. 17; BSG, Ur. v. 11.02.2015 - B 4 AS 27/14 R Rn. 19 sowie BSG, Ur. v. 08.05.2019 - B 14 AS 6/18 R Rn. 29 und B 14 AS 13/18 R Rn. 29.

33 BVerfG, Beschl. v. 23.07.2014 - 1 BvL 10/12 u.a. Rn. 116 und 120; hier von nicht ausgehend bei einem Regelbedarf von 399 € und einmaligen Kosten von 217 € BSG, Ur. v. 12.09.2018 - B 4 AS 33/17 R Rn. 15 und 37 ff.

34 § 42a Abs. 2 SGB II.

35 Vgl. – auch zur Aufrechnungshöhe – § 37 Abs. 4 Satz 1 SGB XII i.V.m. Abs. 1 SGB XII.

36 § 24 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 SGB II für die sog. weiße Ware, vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.07.2014 - 1 BvL 10/12 u.a. Rn. 116 und 120.

37 § 5 Abs. 2 Satz 1 SGB II und § 21 Satz 1 SGB XII schließen dies weiterhin nicht aus.

38 Vgl. auch BSG, Ur. v. 28.11.2018 - B 14 AS 31/17 R Rn. 45 ff.

39 Für „extrem hohe[n] Kosten“ offengelassen von BSG, Ur. v. 12.09.2018 - B 4 AS 33/17 R Rn. 40.

40 Vgl. – teils auch in anderen Kontexten – BSG, Ur. v. 02.07.2009 - B 14 AS 54/08 R Rn. 31; BSG, Ur. v. 28.11.2018 - B 14 AS 31/17 R Rn. 48 f.; BSG, Ur. v. 28.11.2018 - B 14 AS 48/17 R Rn. 21; BSG, Ur. v. 08.05.2019 - B 14 AS 6/18 R Rn. 24 ff. und B 14 AS 13/18 R Rn. 24 ff.

41 Lebenspartner stets gleichgestellt.

42 Vgl. nur § 9 Abs. 1, 2 und 5 SGB II.

43 § 7 Abs. 3 Nr. 2 und 4 SGB II; hierzu BVerfG, Beschl. v. 27.07.2016 - 1 BvR 371/11.

44 § 9 Abs. 5 SGB II i.V.m. § 1 Abs. 2 ALG II-V.

selfällen des Lebens erwartet werden kann.⁴⁵ Spiegelbildlich hierzu ist es bei entsprechenden ehelichen oder familiären Bindungen und unterschiedlichen, voneinander entfernt liegenden Aufenthalts- bzw. Wohnorten dem Grunde nach geboten, in außergewöhnlichen Situationen bei Hilfebedürftigkeit eine besondere Bedarfslage anzuerkennen. § 21 Abs. 6 SGB II wird damit auch nicht zum Regelbedarf für Besuche naher Angehöriger. Zwar können neben Ehegatten alle Mitglieder einer sog. Generationen-Großfamilie erfasst sein, indes nur bei bestehenden intensiven Familienbindungen, die von besonderer Nähe und Zuneigung, Verantwortlichkeit füreinander, Rücksichtnahme- und Beistandsbereitschaft geprägt sind.⁴⁶ Seltener dürfte die weitere Voraussetzung für eine besondere Bedarfslage in diesem Kontext gegeben sein, da sie nicht typische Besuche erfasst – die mit Leistungen für den Regelbedarf zu bestreiten sind –, sondern nur solche in außergewöhnlichen Situationen. Diese versucht der 14. Senat des BSG, möglichst genau und einschränkend zu beschreiben (u.a. erhebliche Notlage oder ungewollte, nicht abänderbare, längere Zeit andauernde Trennung; Verzicht auf Begegnung unzumutbar; keine Kompensation durch mögliche Kommunikation). Ob unter den genannten Voraussetzungen stets eine „grundsicherungsrechtlich beachtliche Trennungssituation“⁴⁷ wie bei Ausübung des Umgangsrechts⁴⁸ besteht oder für die Annahme eines besonderen Bedarfs vom jeweiligen Regelbedarf der Höhe nach nicht erfasste Aufwendungen erforderlich sind, wird nicht ausdrücklich thematisiert. Etwas unklar bleibt, ob der Verweis auf das aufenthaltsrechtliche Verfahren zur Beendigung der geltend gemachten unfreiwilligen Trennung bereits der Anerkennung eines besonderen Bedarfs oder erst dessen Unabweisbarkeit entgegensteht.⁴⁹ Die strikte Anbindung an das Aufenthaltsrecht⁵⁰ erinnert an andere Zusammenhänge zur Entscheidungserheblichkeit ausländerbehördlicher Maßnahmen für die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums.⁵¹ Dass bestimmte Mobilitätsausgaben mit Auslandsbezug nicht vom Regelbedarf umfasst sind,⁵² war allein im Verfahren „ungarische Haft“ entscheidungserheblich.⁵³ Im Verfahren „chinesische Ehefrau“ wäre bei Anerkennung eines besonderen, unabweisbaren Bedarfs zu entscheiden gewesen, ob es sich bei einmal jährlich geltend gemachten Kosten⁵⁴ von ca. 1.000 € um „extrem hohe“⁵⁵ einmalige Bedarfe handelt und wenn, wie sie zu decken sind. Prozessual folgt der 14. Senat mit der ausnahmsweisen angenommenen Zulässigkeit einer sog. Elementenfeststellungsklage für die Geltendmachung von Leistungen für – einen nicht vom Regelbedarf abtrennbaren⁵⁶ – Mehrbedarf erstmals⁵⁷ Entscheidungen anderer Senate.⁵⁸ Nicht gesondert erwähnt wird im Verfahren „ungarische Haft“,⁵⁹ ob und

wie sich die begehrte Erstattung bereits verauslagter Kosten prozessual auswirkt.⁶⁰

Beide Entscheidungen verdeutlichen einmal mehr⁶¹ den herausfordernden Umgang mit dem Mehrbedarf nach § 21 Abs. 6 SGB II und belegen stets im Blick zu haltende⁶² fachübergreifende Zusammenhänge zwischen dem Existenzsicherungsrecht und anderen Fachgebieten.⁶³

E. Auswirkungen für die Praxis

Unzählige Verfahren sind nicht zu erwarten, in denen ein Mehrbedarf für den Besuch naher Angehörigen ernsthaft in Betracht kommt. Bei entsprechenden Anhaltspunkten⁶⁴ dürften indes teils schwierige bis umfangreiche Feststellungen und Bewertungen erforderlich sein. Weiteren Entscheidungen bleibt es vorbehalten, diesem neuen Anwendungsbereich des § 21 Abs. 6 SGB II schärfere Konturen zu verschaffen.

45 BVerfG, Beschl. v. 27.07.2016 - 1 BvR 371/11 Rn. 39.

46 BVerfG, Beschl. v. 24.06.2014 - 1 BvR 2926/13 Rn. 22 f.; zum geänderten Verständnis des BVerfG vom Begriff der Familie vgl. nur Uhle, NVwZ 2015, 272, der weitsichtig auf „erst noch sichtbar[e]“ Folgen hinwies.

47 BSG, Urt. v. 28.11.2018 - B 14 AS 47/17 R Rn. 18 und BSG, Urt. v. 28.11.2018 - B 14 AS 48/17 R Rn. 17.

48 BSG, Urt. v. 04.06.2014 - B 14 AS 30/13 R Rn. 20 und BSG, Urt. v. 18.11.2014 - B 4 AS 4/14 R Rn. 15 f.

49 BSG, Urt. v. 28.11.2018 - B 14 AS 47/17 R Rn. 23 mit Bezug auf BSG, Urt. v. 11.02.2015 - B 4 AS 27/14 R Rn. 27.

50 BSG, Urt. v. 28.11.2018 - B 14 AS 47/17 R Rn. 24.

51 BSG, Urt. v. 30.08.2017 - B 14 AS 31/16 R Rn. 48.

52 Zur Herausnahme von Aufwendungen für Luftverkehr, Pauschalreisen und Übernachtungen vgl. BT-Drs. 17/3404, S. 59 und 62 f. bzw. BT-Drs. 18/9984, S. 42 f., 45 und 48.

53 BSG, Urt. v. 28.11.2018 - B 14 AS 48/17 R Rn. 20 f.

54 LSG Darmstadt, Urt. v. 20.05.2016 - L 7 AS 848/14 Rn. 10.

55 BSG, Urt. v. 12.09.2018 - B 4 AS 33/17 R Rn. 40.

56 Vgl. nur BSG, Urt. v. 29.04.2015 - B 14 AS 8/14 R Rn. 12.

57 Dahin gehend indes bereits BSG, Beschl. v. 05.07.2016 - B 1 KR 18/16 B Rn. 9.

58 BSG, Urt. v. 28.11.2018 - B 14 AS 47/17 R Rn. 11.

59 Ebenso nicht BSG, Urt. v. 12.09.2018 - B 4 AS 33/17 R Rn. 2 und 9 ff.

60 Hierzu BSG, Urt. v. 10.10.2013 - B 4 AS 12/13 R Rn. 16.

61 Weiterhin BSG, Urt. v. 12.09.2018 - B 4 AS 33/17 R; BSG, Urt. v. 29.05.2019 - B 8 SO 8/17 R und B 8 SO 14/17 R; BSG, Urt. v. 08.05.2019 - B 14 AS 6/18 R und B 14 AS 13/18 R.

62 Vgl. auch das Motto der 51. Richterwoche des BSG: „Über den Zaun geblickt – Sozialrecht und Mehr“.

63 Zum Familienrecht vgl. z.B. Behrend, jM 2014, 22 ff.

64 Ermittlungen ins Blaue sind nicht erforderlich, vgl. BSG, Urt. v. 18.02.2010 - B 4 AS 29/09 R Rn. 31 und BSG, Urt. v. 20.01.2016 - B 14 AS 8/15 R Rn. 22 f.

Die Offenlegung geheim gehaltener Informationen im Verwaltungsprozess

Ri'inVG Dr. Jessica Niehaus

A. Einleitung

Die Frage, ob und in welchem Umfang Behörden im Gerichtsverfahren sensible Informationen zurückhalten dürfen, ist von aktueller Relevanz.¹ Berechtigte Interessen – wie der Schutz von Informanten, die Effizienz der Arbeit der Nachrichtendienste und die Aufrechterhaltung der nationalen Sicherheit – können die Nichtoffenlegung vertraulicher Dokumente rechtfertigen. Im Bereich des Asylrechts, in dem Terrorgefahr und Massenzuwanderung zu strengen Regeln und der Abschiebung terroristischer Gefährder geführt haben,² wird der Richter immer häufiger mit dem Problem konfrontiert, dass Behörden die Herausgabe von sicherheitsrelevanten Beweismaterialien verweigern.³ Die Nichtoffenlegung geheim gehaltener Informationen war daher ein zentrales Thema der Tagung der europäischen Sektion der Internationalen Asylrichtervereinigung („International Association of Refugee and Migration Judges“ – „IARMJ“) vom 12./13.05.2019 in Berlin. Die Ergebnisse der Tagung und die von den Asylrichtern im Vorfeld zusammengetragenen Verfahrensregeln („IARMJ-Länderanalyse“), die sich überwiegend im allgemeinen Verwaltungsprozessrecht befinden, gaben den Anlass für diesen Beitrag. Zwecks Herausarbeitung einheitlicher Rechtsgrundsätze werden nachfolgend drei nationale Verfahrenslösungen vorgestellt und im Lichte der europäischen Vorgaben betrachtet und bewertet.

B. Das Spannungsverhältnis zwischen Geheimnisschutz und Verfahrensfairness: Nationale Verfahrenslösungen

Im Gerichtsverfahren kann die Zurückhaltung von Informationen in zwei Konstellationen auftreten: Die vertraulichen Dokumente können Gegenstand eines selbständigen Auskunftsanspruchs sein.⁴ Der Streit kann aber auch ein belastendes Verwaltungshandeln betreffen, das sich auf Geheiminformationen stützt.⁵ In beiden Situationen tritt der Geheimnisschutz in ein Spannungsverhältnis zu rechtsstaatlichen Grundsätzen, die eine umfassende Überprüfung der Gründe einer Verwaltungsmaßnahme erfordern. Die Geheimhaltung beschränkt das Gebot der Verfahrensfairness, das auf europäischer Ebene in Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 47 Abs. 2 EU-Grundrechtecharta verankert ist. Eng mit dem Grundsatz der Verfahrensfair-

ness verbunden sind der Anspruch auf rechtliches Gehör, der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens und das Gebot der Waffengleichheit.⁶ Zur Gewährleistung dieser Prinzipien hat das Gericht den Verfahrensbeteiligten sämtliche Verfahrensunterlagen einschließlich der Beweismittel und Schriftsätze der Gegenseite zu übermitteln und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.⁷ Das Gericht muss sich mit dem entscheidungserheblichen Vorbringen und den Beweismitteln auseinandersetzen und seine Entscheidung begründen.⁸ Der Grundsatz der Verfahrensfairness gilt aber nicht absolut. Nach der Rechtsprechung von EGMR und EuGH können zwingende Sicherheitsinteressen einen Rückgriff auf geheime Informationen rechtfertigen, wenn und soweit sie mit den Verfahrensrechten des Einzelnen in Ausgleich gebracht werden. In Europa existieren sehr unterschiedliche Ansätze.⁹ Soweit die europäischen Staaten Verfahrensvorschriften zum Umgang mit Geheiminformationen geschaffen haben,¹⁰ variiert die den Gerichten übertragene Bedeutung erheblich, wie die nachfolgenden Beispiele verdeutlichen.

I. Frankreich

In Frankreich können Nachrichtendienste sicherheitsrelevante Informationen unter dem Schlagwort „secret de la

1 Etwa BVerwG, Beschl. v. 08.02.2019 - 20 F 2/17 und BVerwG, Urt. v. 30.01.2019 - 6 A 1/17.

2 Dörig, jM 2019, 238 ff.

3 Zu den Auswirkungen der Sicherheitserwägungen auf Asyl- und Einwanderungsfälle: Chlebný, European Journal of Migration and Law 2018, 115 ff.

4 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 08.02.2019 - 20 F 2.17.

5 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 08.03.2010 - 20 F 11/09; OVG Schleswig, Beschl. v. 30.09.2008 - 15 P 1/08.

6 EGMR, Urt. v. 19.09.2017 - Nr. 35289/11 - „Regner“ Rn. 146; EuGH, Urt. v. 02.05.2006 - C-341/04 - „Eurofood“ Rn. 66.

7 EGMR, Urt. v. 18.02.1997 - Nr. 18990/91 - „Nideröst-Huber“ Rn. 24; EuGH, Urt. v. 14.02.2008 - C-450/06 - „Varec“ Rn. 47.

8 EGMR, Urt. v. 19.04.1994 - Nr. 16034/90 - „van de Hurk“ Rn. 59 ff.; EuGH, Urt. v. 10.12.1998 - C-221/97 P - „Schröder u.a.“ Rn. 24.

9 Vgl. European Parliament, Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs („LIBE“), Studie vom 10.12.2014 („National Security and Secret Evidence in Legislation and before Courts: Exploring the Challenges“), abrufbar unter „europarl.europa.eu“.

10 Nach der IARMJ-Länderanalyse fehlen solche Bestimmungen z.B. in Finnland und Irland.

défense nationale“ einem strengen Schutzregime unterstellen.¹¹ Die Weiterleitung der geschützten Unterlagen setzt eine Freigabeentscheidung voraus, die in einem geregelten Verfahren erfolgt und im Wesentlichen der Behörde obliegt, welche die vertraulichen Dokumente ausgestellt hat. Ein Gericht kann im Rahmen eines bei ihm anhängigen Rechtsstreits die Freigabe entscheidungsrelevanter Unterlagen beantragen. Die geheimnisverwahrende Behörde wird sodann die unabhängige „Commission Consultative du Secret de la Défense Nationale“ anrufen, die eine Einschätzung über die Erforderlichkeit der Freigabe abgibt, ohne die anfragende Behörde hieran zu binden. Verweigert die geheimnisverwahrende Behörde weiterhin die Freigabe, hat das Gericht keine Zugriffsmöglichkeit auf die vertraulichen Dokumente. Nach der Rechtsprechung des obersten französischen Verwaltungsgerichts muss die Nichtoffenlegung entscheidungsrelevanter Dokumente aber begründet werden, und der Richter kann die Übermittlung aller sonstigen Unterlagen anordnen, die für die Lösung des Rechtsstreits bedeutsam sind.¹²

In bestimmten Bereichen bestehen weiterreichende Befugnisse des Gerichts. So besteht seit 2015 im Asylverfahren die Möglichkeit einer richterlichen Überprüfung der Geheimhaltungsgründe, wenn die französische Asylbehörde („Office français de protection des réfugiés et apatrides“ – „OFPRA“) sich zum Schutz von Informanten oder Dritter weigert, entscheidungsrelevante Informationen an den Betroffenen herauszugeben. Bestätigt der Richter die Erforderlichkeit der Geheimhaltung, so erhält der Betroffene nur eine Zusammenfassung der Informationen, die das Gericht bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen beabsichtigt. Kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass eine Geheimhaltung nicht erforderlich ist, so steht es OFPRA frei, diese Informationen aus dem Verfahren zurückzuziehen mit der Folge, dass das Gericht sie der Entscheidung nicht zugrunde legen kann.¹³ Eine Möglichkeit der Einsichtnahme in vertrauliche Unterlagen besteht ferner für einen speziellen Senat am Conseil d'Etat, der 2015 eingerichtet wurde, um Streitigkeiten über den rechtmäßigen und verhältnismäßigen Einsatz nachrichtendienstlicher Techniken zu entscheiden. Die Mitglieder dieses Senats überprüfen die Grundlagen der vertraulichen Informationen, zu denen sie – anders als der Betroffene – Zugang erhalten.¹⁴

Abgesehen von diesen gesetzlichen Spezialregelungen kann das Gericht die Einsicht in vertrauliche Unterlagen nicht erzwingen. Soweit die Behörde vertrauliche Unterlagen im Gerichtsverfahren freiwillig offenlegt, werden sie in das Verfahren eingeführt und der Gegenseite zugänglich gemacht. Eine besondere Rolle spielen die sog. „notes blanches“, d.h. Dokumente, die von den Geheimdiensten für das Innenministerium erstellt werden und die

Angaben zu den Gründen der Verwaltungsmaßnahme und zu der von ihr betroffenen Person enthalten, ohne ihre Informationsquelle zu offenbaren. Da „notes blanches“ regelmäßig auf vertraulichen Angaben beruhen, kann der Verwaltungsrichter sie nur eingeschränkt überprüfen. Dennoch führte der Notstand, der nach den terroristischen Anschlägen im Jahr 2015 in Frankreich ausgerufen wurde, zu einem verstärkten Gebrauch von „notes blanches“, die der Conseil d'Etat als zulässiges Beweismittel erachtet.¹⁵ Auch nach Aufhebung des Notstandes im Oktober 2017 messen französische Verwaltungsrichter „notes blanches“ eine besondere Bedeutung bei und gehen von einer Vermutung der Richtigkeit zugunsten der in ihnen enthaltenen Informationen aus, die der Betroffene mangels Zugriffs auf die zugrunde liegenden vertraulichen Dokumente nur schwer widerlegen kann.¹⁶

II. Vereinigtes Königreich

Im Vereinigten Königreich existiert eine Gesetzgebung, die eine richterliche Entscheidung auf Basis vertraulicher Unterlagen zulässt. Zu diesem Zweck hat das Vereinigte Königreich sog. „closed material procedures“ („CMPs“) geschaffen, die nur dem Richter und sicherheitsgeprüften speziellen Anwälten Zugang zu Geheiminformationen ermöglichen.¹⁷ Die Einführung der CMPs geht auf das Jahr 1997 und die Errichtung der Sonderkommission für Rechtsbehelfe in Einwanderungssachen („Special Immigration Appeals Commission“ – „SIAC“) zurück. Die SIAC ist ein besonderes Gericht, vor dem Entscheidungen über Einwanderung, Abschiebung oder Entzug der Staatsangehörigkeit angefochten werden können, wenn sie auf Erwägungen der nationalen Sicherheit beruhen. Obwohl CMPs zunächst auf den Bereich des Einwanderungsrechts beschränkt waren, wurde ihr Gebrauch im Zuge der Antiterrorismus-Gesetzgebung kontinuierlich ausgeweitet und auf das Zivilrecht erstreckt. Charakteristisch für das Verfahren ist, dass

11 Zum französischen Verfahren: Lantero, Mélanges en l'honneur du Professeur Dominique Turpin. *Etat du droit, état des droits*, LGDJ 2017, 599 ff.; LIBE, Studie vom 10.12.2014 (s.o. Fn. 9), S. 18 f.

12 Conseil d'Etat („CE“), Asssemblée, Entsch. v. 06.11.2002 - Nr. 194295 - „Moon Sun Myung“; CE, Entsch. v. 20.02.2012 - Nr. 350382, abrufbar unter „legifrance.gouv.fr“.

13 Art. L733-4 Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, abrufbar unter „legifrance.gouv.fr“ (zuletzt abgerufen am 25.11.2019).

14 Art. L841-1 Code de la sécurité intérieure i.V.m. Décret no. 2015-1211 vom 01.10.2015, abrufbar unter „legifrance.gouv.fr“.

15 CE, Entsch. v. 11.12.2015 - Nr. 395009 Rn. 28.

16 So die Einschätzung von Amnesty International, Bericht 11/2018 („Punished without Trial – The Use of Administrative Control Measures in the Context of Counter-Terrorism in France“), S. 16.

17 Zum englischen Modell: Barak-Erez/Waxman, *Colum. J. Transnat'l Law* vol. 48 (2009), 25 ff.; Sullivan, *Md. J. Int'l L.* vol. 29 (2014), 269 ff.

der Betroffene und sein persönlicher Anwalt nur die öffentlichen Unterlagen einsehen und an den öffentlichen Sitzungen teilnehmen dürfen, während ein dem Betroffenen zugewiesener spezieller Anwalt Zugang zu den vertraulichen Dokumenten erhält und den Betroffenen in den nicht öffentlichen Sitzungen repräsentiert. Der spezielle Anwalt hat die Aufgabe, die Interessen des Betroffenen wahrzunehmen; er kann Beweise vorlegen, Zeugen ins Kreuzverhör nehmen und gegenüber der SIAC schriftliche Erklärungen abgeben. Die Gegenseite ist verpflichtet, dem speziellen Anwalt eine Kopie des geheimen Beweismaterials zukommen zu lassen und die Gründe für die Geheimhaltung mitzuteilen. Außerdem muss sie eine Zusammenfassung des Geheimmaterials in einer Weise erstellen, die dem Betroffenen zugeleitet werden kann, ohne die öffentlichen Interessen zu verletzen. Der spezielle Anwalt darf jedoch ab dem Zeitpunkt, ab dem er das geheime Beweismaterial erhalten hat, nicht mehr mit dem Betroffenen über Verfahrensfragen kommunizieren. Die SIAC prüft das Beweismaterial und entscheidet darüber, ob die Geheimhaltung im öffentlichen Interesse aufrechterhalten bleibt. Sie erlässt i.d.R. zwei Urteile – ein öffentliches, das dem Betroffenen und beiden Anwälten zugeleitet wird und ein nicht öffentliches mit Ausführungen zu den geheimen Beweisen, das nur der spezielle Anwalt erhält.

III. Bundesrepublik Deutschland

In der Bundesrepublik Deutschland kann sich ein gerichtliches Urteil grds. nicht auf geheime Informationen stützen, denn das Recht auf rechtliches Gehör und das Gebot der Waffengleichheit (Art. 103 Abs. 1 GG) erfordern, dass die Verfahrensparteien sämtliche Beweise und Umstände erfahren, auf denen das Gericht seine Entscheidung zu stützen beabsichtigt.¹⁸ Die Behörden sind gem. § 99 Abs. 1 Satz 1 VwGO verpflichtet, ihre Akten auf Verlangen der Verwaltungsgerichte vorzulegen und eine Einsichtnahme durch die Verfahrensbeteiligten (§ 100 VwGO) zu ermöglichen. Gem. § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO ist die Zurückhaltung von Informationen und Unterlagen nur in den gesetzlich normierten Ausnahmesituationen zulässig, etwa wenn die Offenlegung Nachteile für das Wohl des Bundes oder eines Landes bereiten würde, d.h., wenn gewichtige Gründe wie die Bedrohung der äußeren und inneren Sicherheit vorliegen oder wenn und soweit die Bekanntgabe des Akteninhalts die Erfüllung der Aufgaben der Sicherheitsbehörden und ihre Zusammenarbeit mit anderen Behörden erschweren oder andere Personen gefährden würde.¹⁹ Liegen die Voraussetzungen einer zulässigen Geheimhaltung vor, so entscheidet die oberste Aufsichtsbehörde nach ihrem Ermessen, ob sie die Vorlage der Unterlagen verweigert oder Informationen (teilweise) offenlegt. Die Entscheidung kann auf Antrag des Betroffenen im Rahmen eines kontradiktorischen Zwischenverfahrens „in camera“ überprüft wer-

den.²⁰ Dieses Verfahren, das 2001 in Umsetzung einer Entscheidung des BVerfG eingeführt wurde,²¹ wird auf Antrag eingeleitet. Hält das Gericht der Hauptsache die zurückgehaltene Information für entscheidungsrelevant, so erklärt es den Antrag für zulässig und leitet die Akten dem hierfür eigens eingerichteten Fachsenat am zuständigen Oberverwaltungsgericht bzw. – wenn eine oberste Bundesbehörde die Vorlage verweigert hat – am BVerwG zu (§ 189 VwGO). Das Verfahren vor dem Fachsenat, an dem die Beteiligten des Hauptsacheverfahrens und die oberste Aufsichtsbehörde beteiligt sind, unterliegt dem materiellen Geheimnisschutz. Der Fachsenat entscheidet ausschließlich über die Frage, ob die verweigerter Aktenvorlage rechtmäßig war. Die Entscheidung ergeht ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss und ist zu begründen, ohne Art und Inhalt der geheim gehaltenen Informationen offenzulegen. Wird die Nichtoffenlegung als rechtswidrig eingestuft, sind die vertraulichen Informationen im Hauptsacheverfahren vollumfänglich verwertbar. Wird die Nichtoffenlegung für rechtmäßig gehalten, so werden die geheimen Dokumente nicht in das Hauptsacheverfahren eingeführt, und das Verwaltungsgericht kann seine Entscheidung nicht auf diesen Beweis stützen. Nach den Grundsätzen der Beweisverteilung gehen verbleibende Lücken in der Sachverhaltsaufklärung zulasten desjenigen, der aus ihnen eine günstige Rechtsfolge herleiten will.²²

IV. Zwischenergebnis

Das Vereinigte Königreich folgt einem Ansatz, der eine sehr weitgehende Nichtoffenlegung und Verwertung geheimer Informationen im Gerichtsverfahren zulässt. Zum Ausgleich der damit einhergehenden Verfahrensbeschränkungen hat das Vereinigte Königreich ein in Europa außergewöhnliches Sicherungsmittel durch spezielle Anwälte geschaffen, die den Betroffenen vertreten und Zugang zu den Geheimmaterialien erhalten.²³ Frankreich und Deutschland stehen hingegen für den Ansatz, der Geheiminformationen als Grundlage einer gerichtlichen Entscheidung prinzipiell nicht zulässt. Die Verwertung von Geheiminformationen ist nur insoweit möglich, als sie in dem Verfahren offengelegt und der Gegenpartei zugänglich gemacht werden. Anders als in Frankreich findet in der Bun-

18 BVerfG, Beschl. v. 26.05.1981 - 2 BvR 215/81 Rn. 91.

19 BVerwG, Beschl. v. 07.08.2013 - 20 F 43.07.8.

20 Zu diesem Verfahren: Benedikt, Geheimnisschutz im deutschen Verwaltungsprozess und im Verfahren vor der Unionsgerichtsbarkeit, S. 76 ff.; Buchberger in: Dietrich u.a., Nachrichtendienste im demokratischen Rechtsstaat, S. 116 ff.; Vogel, ZIS 2017, 28 ff.

21 BVerfG, Beschl. v. 27.10.1999 - 1 BvR 385/90 Rn. 90.

22 Zu den Folgen für das Hauptsacheverfahren: Benedikt, Geheimnisschutz im deutschen Verwaltungsprozess und im Verfahren vor der Unionsgerichtsbarkeit, S. 90 ff.

23 Nach der IARMJ-Länderanalyse existieren spezielle Rechtsanwältinnen auch in Norwegen.

desrepublik eine eingehende gerichtliche Kontrolle der Geheimhaltungsgründe statt. Eine Eigenart des deutschen Verfahrens ist, dass die Kontrolle nicht durch das Gericht der Hauptsache, sondern durch einen eigens geschaffenen Spruchkörper im Wege eines „in camera“-Zwischenverfahrens erfolgt.²⁴ Auf diese Weise wird den rechtsstaatlichen Grundsätzen in besonderem Maße Rechnung getragen und verhindert, dass das Gericht der Hauptsache ein überlegenes Wissen gegenüber dem Betroffenen erlangt.²⁵

C. Die europäischen Vorgaben

Nach der übereinstimmenden Rechtsprechung von EGMR und EuGH müssen Einschränkungen der Rechte aus Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. Art. 47 EU-GrdRCh ein legitimes Ziel verfolgen und unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erforderlich sein. Sind legitime Sicherheitsinteressen vorhanden, müssen sie in einen gerechten Ausgleich mit den Verfahrensrechten des Einzelnen gebracht werden. Der wesentliche Kern der prozessualen Grundrechte darf unter keinen Umständen verletzt werden.²⁶ Ferner ist es erforderlich, verfahrensrechtliche Vorkehrungen zu schaffen, die die Rechte des Einzelnen „so weit als möglich“²⁷ absichern.

I. Effektive gerichtliche Kontrolle und „in camera“-Verfahren

Der EGMR hat bereits 1996 in der Rechtssache „Chahal“ hervorgehoben, dass nationale Sicherheitsinteressen nicht von einer effektiven Kontrolle durch nationale Gerichte befreien. Als Beispiel für die Verwirklichung einer wirksamen Kontrolle verwies der EGMR auf das kanadische Modell, das eine gerichtliche Überprüfung der vertraulichen Dokumente „in camera“, d.h. unter Ausschluss der Öffentlichkeit, zulässt, wobei die Interessen des Betroffenen durch einen sicherheitsgeprüften Anwalt wahrgenommen werden.²⁸ Das Urteil „Chahal“ war der Auslöser für die Einführung des unter Abschnitt B.II. beschriebenen englischen Verfahrensmodells. In der Rechtssache „A. und andere“ erklärte der EGMR dieses Modell in seinen Grundsätzen mit Konventionsrecht für vereinbar. Konkret betraf der Fall elf Beschwerdeführer, die von dem Vereinigten Königreich im Zuge der Terroranschläge vom 11.09.2001 unter Berufung auf eine Notstandslage gem. Art. 15 EMRK festgenommen worden waren. Im Rahmen der Prüfung des Art. 5 Abs. 4 EMRK (Recht auf gerichtliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Haft) setzte sich der EGMR mit der Frage auseinander, ob die nicht vollständige Offenlegung der Beweise den Grundsatz der Verfahrensfairness verletzt. Er stellte in diesem Zusammenhang fest, dass SIAC ein unabhängiges Gericht im Sinne des Konventionsrechts ist, das Zugang zu den vertraulichen

Beweisunterlagen hatte und in der Lage war, sicherzustellen, dass nicht mehr Dokumente als unbedingt erforderlich zurückgehalten werden. Durch den speziellen Anwalt, der die Notwendigkeit der Geheimhaltung hinterfragen konnte, bestand eine zusätzliche Absicherung.²⁹ Damit waren verfahrensrechtliche Kontrollmechanismen geschaffen worden, die eine Nichtoffenlegung von Informationen prinzipiell ausgleichen können.³⁰

Auch der EuGH sieht in der Schaffung von „in camera“-Verfahren ein geeignetes Sicherungsmittel, wie seine Urteile in der Rechtssache „Kadi“ verdeutlichen. Der EuGH prüfte in diesen Verfahren die Rechtmäßigkeit einer EU-Verordnung, die die Mitgliedstaaten in genauer Umsetzung einer UN-Sicherheitsratsresolution dazu anhielt, das Vermögen der in einer Sanktionsliste aufgeführten Individuen wegen Verdachts der Beteiligung an terroristischen Straftaten einzufrieren. In seinem „Kadi I“-Urteil stellte der EuGH nicht nur fest, dass die EU-Verordnung ungeachtet der völkerrechtlichen Verpflichtungen an den EU-Grundrechtsstandards gemessen werden müsse, sondern auch dass zwingende Gründe der nationalen Sicherheit der Mitteilung bestimmter Umstände an den Betroffenen entgegenstehen können.³¹ In seinem „Kadi II“-Urteil, in dem sich der EuGH mit der überarbeiteten EU-Verordnung auseinandersetzte, führte er weiter aus, dass Sicherheitserwägungen nur die Geheimhaltung bestimmter Informationen gegenüber dem Betroffenen, nicht aber gegenüber dem Unionsrichter rechtfertigen können. Für eine effektive gerichtliche Kontrolle müsse sich der Unionsrichter vergewissern, dass die Maßnahme auf einer hinreichend gesicherten Grundlage beruht. Er habe daher von der zuständigen Behörde alle relevanten Dokumente, einschließlich der Geheiminformationen, anzufordern. Sei es der zuständigen

24 Nach der IARMJ-Analyse besteht eine ähnliche Praxis nur in den Niederlanden, wo die Rechtssache einer anderen Kammer zur Entscheidung übertragen wird, wenn legitime Geheimhaltungsgründe vorliegen und die Behörde die für die Offenlegung entscheidungsrelevanter Unterlagen erforderliche Zustimmung (§ 8:29 Nr. 5 niederländische Verwaltungsrechtsordnung – in englischer Sprache abrufbar unter „asylumlawdatabase.eu“) verweigert.

25 Das BVerfG schließt aber die Einführung eines „in camera“-Hauptsa- cheverfahrens nicht aus: BVerfG, Beschl. v. 13.04.2006 - 1 BvR 2087/03. Vgl. auch § 138 Abs. 2 TKG, wonach ein „in camera“-Haupt- sacheverfahren im Bereich des Telekommunikationsrechts möglich ist.

26 EGMR, Ur. v. 10.07.1998 - Nr. 62/1997/846/1052-1053 Rn. 72; EuGH, Ur. v. 04.06.2013 - C-300/11 Rn. 51.

27 EGMR (GK), Ur. v. 19.09.2017 - Nr. 35289/11 - „Regner“ Rn. 149; EuGH, Ur. v. 04.06.2013 - C-300/11 - „ZZ“ Rn. 65.

28 EGMR, Ur. v. 15.11.1996 - Nr. 22414/93 - „Chahal“ Rn. 131.

29 EGMR (GK), Ur. v. 19.02.2009 - Nr. 3455/05 - „A. und andere“ Rn. 219, 220.

30 Zum Problem der ausreichenden Information des Betroffenen siehe die Ausführungen unter C.II.

31 EuGH (GK), Ur. v. 03.09.2008 - C-402/05 P und C-415/05 - „Kadi I“ Rn. 343, 344.

Behörde nicht möglich, dieser Forderung nachzukommen, könne sich der Unionsrichter für seine Entscheidung nur auf die ihm übermittelten Angaben stützen.³² Mit diesem „Kadi II“-Urteil überträgt der EuGH die von dem EGMR entwickelten Anforderungen an eine effektive Kontrolle durch nationale Gerichte auf die eigene Gerichtsbarkeit und fordert die uneingeschränkte Einsicht in die vertraulichen Unterlagen. Das Urteil wird als richterrechtliche Einführung eines „in camera“-Verfahrens auf Unionsebene gewertet³³ und hat zu einer Änderung der Verfahrensordnung des EuG geführt.³⁴

Nach der Rechtsprechung von EGMR und EuGH ist eine Nichtoffenlegung und Verwertung von Geheiminformationen in gewissem Umfang zulässig.³⁵ Voraussetzung ist aber stets, dass eine effektive gerichtliche Kontrolle stattfindet. Maßgeblich sind die den nationalen Gerichten eingeräumten Befugnisse, die sich nicht nur auf die Prüfung der Gründe für das belastende Verwaltungshandeln, sondern auch auf die Untersuchung der Geheimhaltungserfordernisse erstrecken sollen.³⁶

II. Information des Betroffenen

Neben einer effektiven gerichtlichen Kontrolle müssen nationale Verfahren sicherstellen, dass Eingriffe in die Verfahrens- und Verteidigungsrechte des Einzelnen auf das unbedingt Erforderliche begrenzt werden.³⁷ Der EGMR stellte in der Rechtssache „A. und andere“ in Bezug auf das englische Verfahrensmodell fest, der spezielle Anwalt könne seine Funktion nur dann sinnvoll ausüben, wenn der Betroffene hinreichende Informationen über die gegen ihn erhobenen Vorwürfe habe, was in jedem Einzelfall zu prüfen sei. Basiert das belastende Verwaltungshandeln maßgeblich auf den vertraulichen Informationen und sind die Angaben in den öffentlichen Unterlagen zu allgemein, um eine effektive Verteidigung zu ermöglichen, so sei eine Konventionsverletzung anzunehmen.³⁸

Die Frage, inwieweit der Betroffene über die gegen ihn erhobenen Vorwürfe und Beweise informiert werden muss, war auch Gegenstand der EuGH-Entscheidung „ZZ“ vom 04.06.2013.³⁹ Der zugrunde liegende Sachverhalt betraf einen algerischen Staatsangehörigen, der mit seiner Familie über viele Jahre rechtmäßig im Vereinigten Königreich lebte und 2004 ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht erhielt. Ein Jahr später wurde ihm dieses Recht während seines Aufenthalts in Algerien entzogen und die Wiedereinreise mit der Begründung untersagt, er stelle nach Geheimdienstinformationen eine Gefahr für die nationale Sicherheit dar. Die zuständige SIAC gelangte aus den in ihrem vertraulichen Urteil ausgeführten Gründen zu der Überzeugung, der Betroffene habe sich in den Jahren 1995/1996 an terroristischen Aktivitäten und dem Netz der bewaffneten islamischen Gruppe beteiligt. Das Berufungsgericht hielt die Sachentscheidung für gerechtfertigt, setzte das Verfahren aber aus, weil es Bedenken hinsichtlich der fehlenden

Information des Betroffenen hatte. Der im Wege der Vorabentscheidung angerufene EuGH antwortete, Eingriffe in das Recht auf effektiven Rechtsschutz seien „auf das unbedingt Erforderliche“ zu begrenzen und der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens sei „so weit wie irgend möglich“ sicherzustellen, um dem Betroffenen eine sachdienliche Verteidigung zu ermöglichen. Dem Betroffenen müsse daher „der wesentliche Inhalt der Gründe“ der Entscheidung in einer Weise mitgeteilt werden, die die erforderliche Geheimhaltung der Beweise gebührend berücksichtige.

In Hinblick auf die EuGH-Entscheidung überrascht es, dass der EGMR in seiner jüngeren Entscheidung „Regner“ eine Konventionsverletzung – trotz eines vollständigen Informationsdefizits zulasten des Betroffenen – verneinte.⁴⁰ Der Fall betraf den Widerruf einer Sicherheitsfreigabe, die dem Beschwerdeführer Zugang zu vertraulichen Informationen eröffnete, die für seine Arbeit im tschechischen Verteidigungsministerium unerlässlich waren. Zur Begründung der Entscheidung verwies die Behörde auf Geheimdienstinformationen, die in der Person des Beschwerdeführers ein Sicherheitsrisiko sahen. Die tschechischen Gerichte, die – anders als der Beschwerdeführer – Zugang zu den vertraulichen Dokumenten hatten, wiesen die Klage zurück. Der anschließend angerufene EGMR erkannte keine Verletzung des Wesenskerns des Gebots der Verfahrensfairness. Für dieses Ergebnis sprach der Umstand, dass die nationalen Gerichte, die über die nötige Unabhängigkeit und Unparteilichkeit verfügten, die geheimen Dokumente überprüft hatten und die Offenlegung der Unterlagen, die nicht von den Geheimhaltungsgründen gedeckt waren, anordnen konnten. Ebenso waren sie ermächtigt, die Widerrufsentscheidung zu überprüfen und erforderlichenfalls zu annullieren. Der EGMR stellte fest, dass die Gerichte die ihnen zustehenden Befugnisse gebührend ausgeübt haben und keine Anhaltspunkte für eine willkürliche Zurückhaltung der vertraulichen Dokumente vorlagen. Lediglich in einem Obiter Dictum hob der EGMR als kritisch hervor, dass der Beschwerdeführer zu keinem Zeitpunkt über die Gründe der Widerrufsentscheidung informiert

32 EuGH (GK), Urt. v. 18.07.2013 - C-584/10 P u.a. - „Kadi II“ Rn. 119 – 123 und Rn. 125.

33 Etwa Kottmann, VerfBlog 2013/7/22, verfügbar unter www.verfassungsblog.de.

34 Art. 105 EuG-VerfO. Kritisch zur Einführung eines „in camera“-Verfahrens durch Änderung der VerfO: Vogel, ZIS 2017, 34.

35 Vgl. auch Art. 105 Abs. 8 EuG-VerfO.

36 Vgl. EuGH, Urt. v. 04.06.2013 - C-300/11 - „ZZ“ Rn. 58.

37 EGMR, Urt. v. 16.02.2000 - Nr. 27052/95 - „Jasper“ Rn. 52 und EuGH, Urt. v. 04.06.2013 - C-300/11 - „ZZ“ Rn. 64.

38 EGMR (GK), Urt. v. 19.02.2009 - Nr. 3455/05 - „A. und andere“ Rn. 220.

39 EuGH, Urt. v. 04.06.2013 - C-300/11 - „ZZ“.

40 EGMR (GK), Urt. v. 19.09.2017 - Nr. 35289/11 - „Regner“. Zur Kritik: Sondervotum der Richter Raimondi, Sicilianos u.a.

worden war. Im Wege einer Gesamtbetrachtung und unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls sowie der Natur des Rechtsstreits, der anders als der Fall „A. und andere“ keine Inhaftierungsentscheidung betraf, kam der EGMR zu dem Ergebnis, dass die Beschränkungen der Rechte aus Art. 6 Abs. 1 EMRK hinreichend ausgeglichen worden waren. Der EGMR, der über die Einhaltung des menschrechtlichen Mindestschutzes in Europa wacht, folgt damit einem flexibleren Ansatz als der EuGH.

D. Ergebnis

Der Geheimnisschutz ist für eine erfolgreiche Gefahrenabwehr und Terrorismusbekämpfung von wesentlicher Bedeutung, darf aber nicht zur Aufgabe rechtsstaatlicher Grundsätze führen. Nach der im Wesentlichen übereinstimmenden Rechtsprechung von EGMR und EuGH müssen die Mitgliedstaaten Verfahrensvorkehrungen – vorzugsweise in Form von „in-camera“-Verfahren – treffen, die die Interessen des Geheimnisschutzes und die Verfahrensrechte des Einzelnen in Ausgleich bringen und eine effektive gerichtliche Kontrolle sicherstellen. Einschränkungen der Informations- und Verteidigungsrechte sind auf das unbedingt Erforderliche zu begrenzen. Die IARMJ-Länderanalyse zeigt, dass einzelne Staaten bereits „in camera“-Verfahren und andere verfahrensrechtliche Absicherungen geschaffen haben. Sie legt aber auch die Schwierigkeiten offen, die bei der Umsetzung der europäischen Vorgaben auftreten. So besteht die Gefahr, dass geheime Informationen im Zuge der Terrorismusbekämpfung erheblich an Bedeutung gewinnen und dass die Rechte des Einzelnen übermäßig eingeschränkt werden. Die kontinuierliche Ausweitung des Anwendungsbereichs der CMPs im englischen Recht ist vor diesem Hintergrund bedenklich, zumal die Verteidigung des Betroffenen durch die fehlende Kommunikationsmöglichkeit mit dem speziellen Anwalt in ihrer Wirksamkeit beeinträchtigt wird.⁴¹ In Ländern wie in Frankreich hingegen, in denen geheime Beweise im Gerichtsverfahren verboten sind, stellt sich das Problem, dass Gerichte keine oder nur sehr eingeschränkte Möglichkeiten haben, die Geheimhaltungsentscheidung der Behörde zu überprüfen und auf die vertraulichen Unterlagen zuzugreifen. Die Mitgliedstaaten sind gehalten, derartige Hindernisse einer effektiven gerichtlichen Kontrolle und systematische Einschränkungen der Verteidigung zu beseitigen und ihre Rechtssysteme an die europäischen Vorgaben anzupassen. Wie EGMR und EuGH zu Recht hervorheben, nehmen die Gerichte eine Schlüsselrolle in dem Spannungsverhältnis zwischen Geheimnisschutz und Rechtsstaatlichkeit ein. Sie sind mit ausreichenden Befugnissen und geeigneten Verfahrenstechniken auszustatten, um ihrer besonderen Verantwortung gerecht werden zu können.

41 Sullivan, Md. J. Int'l L. vol. 29 (2014), 287.

Jahresfrist für den Widerruf einer Subvention

BVerwG, Urt. v. 23.01.2019 - 10 C 5/17

RiBVerwG Dr. Robert Seegmüller

A. Problemstellung

Seit Inkrafttreten der Verwaltungsverfahrensgesetze hat es zahlreiche Entscheidungen des BVerwG zum Beginn und zur Berechnung der Jahresfrist für die Rücknahme und den Widerruf von Verwaltungsakten gegeben. Angesichts der Fülle der Judikate kann man auf den ersten Blick den Eindruck gewinnen, dass insoweit alle rechtlichen Fragen geklärt sind. Bei genauem Hinsehen sind jedoch immer noch einige Lücken in der Rechtsprechung vorhanden. Dazu zählt u.a. die Frage, wann die Jahresfrist beginnt, wenn der von einer Rücknahme oder einem Widerruf Betroffene sich auf eine von der Behörde gesetzte Äußerungsfrist nicht meldet, welche Folgen es für den Fristlauf hat, wenn die Behörde während des Fristlaufs oder nach Fristablauf neue Ermittlungsmaßnahmen tätigt oder ihr Ermessen erneut ausübt und in welchen Fällen die verwaltungsgerichtliche Aufhebung eines Rücknahme- oder Widerrufsbescheides dazu führt, dass die Jahresfrist erneut zu laufen beginnt. Mit diesen Fragen – und einigen mehr – hatte die vorliegende Entscheidung sich zu befassen, der ein gescheitertes Zuwendungsverhältnis zugrunde liegt.

B. Gegenstand und Inhalt der Entscheidung

Die Klägerin betrieb eine Pension. 1998 pachtete sie zusätzlich die Räume eines durch Brand beschädigten Hotels am Elbufer und sanierte es auf ihre Kosten. Während des Elbhochwassers 2002 wurde das Hotel erneut beschädigt. Die Beklagte gewährte ihr im November 2002 zunächst einen verlorenen Zuschuss für die Wiederherstellung des Hotels. Den Zuwendungsbescheid nahm sie im Januar 2003 zurück, nachdem die Klägerin mitgeteilt hatte, der Pachtvertrag für das Hotel sei weggefallen.

Die Klägerin beantragte daraufhin erneut, ihr Wiederherstellungssubventionen wegen der Flutschäden an den von ihr vorgenommenen Einbauten und den von ihr eingebrachten Inventarstücken in dem von ihr gepachteten Hotel zu gewähren. Die Subventionen sollten nun aber nicht mehr dem Hotel zugutekommen, sondern dazu dienen, die in dem Hotel geschädigten Einbauten und Inventarstücke in einem Erweiterungsbau für die von ihr betriebene Pension „wiederherzustellen“. Im Februar 2003 gewährte die Beklagte ihr daraufhin einen verlorenen Zuschuss i.H.v. 267.000 € mit dem Zusatz „74,98 % der zuwendungsfähigen Kosten“. In ihrem Bescheid verwies sie auf die Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung (AN-

Best-P) und führte weiter aus, sie gehe davon aus, dass die von der Klägerin in ihrem Förderantrag aufgeführten geschädigten Mietereinbauten und beweglichen Anlagegüter von ihr eingebaut bzw. eingebracht, in ihrer Bilanz aktiviert worden seien und sich vollständig in ihrem Besitz befunden hätten. Der Zuschuss wurde bis 05.12.2003 vollständig ausbezahlt.

Unter dem 03.01.2005 vermerkte die Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW) gegenüber der Beklagten, dass die „Mietereinbauten“ und das Inventar in dem Hotel wohl nicht der Klägerin, sondern der Verpächterin gehört hätten und regte die Prüfung einer Rücknahme des Zuwendungsbescheides an. Am 18.01.2005 legte die Klägerin der Beklagten die Verwendungsnachweise für die von ihr erhaltene Zuwendung vor. Im April 2005 hörte die Beklagte die Klägerin zur Rücknahme des Zuwendungsbescheides wegen des Hinweises der KfW an. Auf Aufforderung der Beklagten ergänzte die Klägerin den von ihr eingereichten Verwendungsnachweis am 01.08.2005. Unter dem 27.04.2007 wurde ein Bericht über die Prüfung der von der Klägerin eingereichten Verwendungsnachweise gefertigt. Am 08.05.2007 hörte die Beklagte die Klägerin zu einer beabsichtigten Teilrücknahme der ihr gewährten Zuwendung an. Am 17.07.2008 erörterte die Beklagte die Sache mit der Klägerin. In dem Termin erklärte die Klägerin, sie wolle bis zum 01.09.2008 eine Bescheinigung ihres Steuerberaters zur Aktivierung der geltend gemachten Investitionen vorlegen. Eine solche Bescheinigung ging in der Folge bei dem Beklagten jedoch nicht ein.

Am 29.09.2010 stellte die Beklagte fest, die Voraussetzungen für die Zuwendung seien durch Eintritt der in Ziff. 2.1 AN-Best-P enthaltenen auflösenden Bedingung teilweise fortgefallen, weil die bei Gewährung der Zuwendung zugrunde liegenden Investitionskosten sich ermäßigt hätten. Die ausbezahlte Zuwendung sei daher i.H.v. 209.560 € zuzüglich Zinsen i.H.v. 59.391,45 € zu erstatten. Fördervoraussetzung sei gewesen, dass die geschädigten Wirtschaftsgüter im Zeitpunkt der Schädigung im Eigentum der Klägerin gestanden hätten und in ihrer Bilanz aktiviert gewesen seien. Das sei bei sämtlichen „Mietereinbauten“ sowie dem größeren Teil der Ersatzinvestitionen für geschädigte Inventarstücke nicht der Fall gewesen. Den Widerspruch der Klägerin wies die Beklagte aus den Gründen des Bescheides zurück und ergänzte, die Verringerung der Zuwendung werde zudem von einem entsprechenden – rückwirkenden – Teilwiderruf getragen. Die Leistung sei in Höhe der Überzahlung nicht zweckentsprechend verwendet worden, weil zuwendungsfähige Ausgaben insoweit nicht vorhanden seien.

Das Verwaltungsgericht wies die Klage ab. Auf die Berufung der Klägerin hin änderte das Oberverwaltungsgericht das Urteil des Verwaltungsgerichts und hob den Bescheid vom 29.09.2010 und den Widerspruchsbescheid auf. Die

Beklagte könne Teile der Zuwendung nur zurückverlangen, wenn der Zuwendungsbescheid insoweit in Wegfall geraten sei. Hierzu berufe sie sich auf den Eintritt einer auflösenden Bedingung und auf einen Teilwiderruf. Auf beides könne sie ihre Bescheide nicht stützen. Der Teilwiderruf sei erst nach Ablauf der Jahresfrist ergangen. Die Beklagte habe vollständige Kenntnis von allen für den Widerruf erheblichen Umständen spätestens bei Erlass des Ausgangsbescheides besessen, den Teilwiderruf aber erst mit dem Widerspruchsbescheid verfügt, der mehr als ein Jahr nach dem Ausgangsbescheid erlassen worden sei. Ob der Zuwendungsbescheid infolge des Eintritts einer auflösenden Bedingung weggefallen sei, könne dahinstehen, weil der Erstattungsanspruch dann jedenfalls verjährt sei.

Das BVerwG hat die Revision zurückgewiesen. Das Oberverwaltungsgericht hatte die streitgegenständlichen Bescheide dahin gehend ausgelegt, dass der Beklagte sein Rückforderungsbegehren sowohl auf den Eintritt einer auflösenden Bedingung als auch auf einen Widerruf stützt. Da die Bescheide schon dann Bestand gehabt hätten, wenn nur einer der beiden Gründe für den Wegfall des Zuwendungsbescheides mit höherrangigem Recht vereinbar gewesen wäre, musste das Oberverwaltungsgericht beide Gründe kumulativ prüfen und konnte nur, wenn es beide Gründe rechtlich beanstandete, zu einer Aufhebung der streitgegenständlichen Bescheide gelangen. An dieser Struktur der Berufungsentscheidung hat sich die Prüfung des BVerwG orientiert, ohne den Prüfungsgang des Oberverwaltungsgerichts allerdings in der Begründung seiner Entscheidung nachzuzeichnen.

Zunächst erläutert das BVerwG, dass der Zuwendungsbescheid allenfalls durch einen Widerruf in (teilweisen) Fortfall geraten sein kann (1.). Anschließend begründet es, dass dem Widerruf der Ablauf der Jahresfrist des § 1 VwVfG LSA i.V.m. § 49 Abs. 3 Satz 2 und § 48 Abs. 4 VwVfG entgegensteht. Diese schon vor Erlass des streitgegenständlichen Ausgangsbescheides am 29.09.2010 verstrichen gewesen (2.). Das Urteil des Oberverwaltungsgerichts erweise sich daher im Ergebnis als richtig.

I. Dass der Zuwendungsbescheid allenfalls durch einen Widerruf in Fortfall geraten sein kann, stützt das BVerwG auf insgesamt drei Erwägungen. Die streitgegenständlichen Bescheide enthielten einen Widerruf im Umfang des zurückgeforderten Betrages (a). Der Zuwendungsbescheid habe seine Wirksamkeit nicht durch eine auflösende Bedingung verloren (b). Der Zuwendungsbescheid sei nicht als Vorbehaltsbescheid zu verstehen. Die streitgegenständlichen Bescheide könnten daher nicht als Schlussbescheide anzusehen sein und insoweit den (teilweisen) Fortfall der Zuwendung ausgelöst haben (c).

1. Hinsichtlich des Inhalts der streitgegenständlichen Bescheide knüpft das BVerwG an das Auslegungsergebnis des

Oberverwaltungsgerichts an. Dieses habe den Widerspruchsbescheid als Widerruf ausgelegt. Dem sei der Beklagte nicht mit Verfahrensrügen entgegengetreten. Eine eigene Auslegung des Widerspruchsbescheides durch das BVerwG führe zu keinem anderen Ergebnis. Dafür spreche schon der klare Wortlaut des Widerspruchsbescheides. Das BVerwG wirft dann das Problem auf, ob der Ausgangsbescheid wegen der darin enthaltenen Ermessenserwägungen in einen Widerruf umgedeutet werden kann und ob es einer solchen Umdeutung angesichts der in § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO geregelten Einheit von Ausgangs- und Widerspruchsbescheid überhaupt bedürfe und lässt die Frage dann aber offen, weil die Jahresfrist schon vor dem Erlass des Ausgangsbescheides endgültig verstrichen war.

2. Hinsichtlich der Frage, ob der Zuwendungsbescheid (teilweise) durch den Eintritt einer auflösenden Bedingung weggefallen sei, knüpft das BVerwG an seine neuere Zuwendungsrechtsprechung an. Der Zuwendungsbescheid habe auf die ANBest-P Bezug genommen. Nach Ziff. 2.1 ANBest-P i.V.m. Ziff. 8.2.1 ANBest-P sollte der Bescheid seine Wirksamkeit verlieren, wenn und soweit sich nach der Bewilligung die in dem Finanzierungsplan veranschlagten zuwendungsfähigen Ausgaben ermäßigten. Die Klausel sei dahin gehend zu verstehen, dass die Zuwendung unter eine auflösende Bedingung gestellt sein solle. Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser Nebenbestimmung sei jedoch, dass sie mit § 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG vereinbar sei. Danach dürfe ein Verwaltungsakt nach pflichtgemäßem Ermessen mit einer Bedingung – soweit hier von Interesse – nur in dem Sinne verbunden werden, dass der Wegfall der Vergünstigung von dem ungewissen Eintritt eines zukünftigen Ereignisses abhängt. Hierunter fielen nur von der Außenwelt wahrnehmbare Handlungen, Erklärungen oder Geschehnisse, nicht hingegen nur zur Gedankenwelt eines Beteiligten gehörende Vorstellungen.¹ Als Ereignis kämen mithin lediglich rein tatsächliche Vorgänge in Betracht, die sinnlich wahrnehmbar und dem Beweise zugänglich seien, ohne dass es für seine Bejahung noch einer rechtlichen Wertung bedürfe. Das Zurückbleiben der zuwendungsfähigen Kosten hinter dem Förderbetrag oder hinter den veranschlagten Kosten sei jedoch kein Ereignis i.S.d. § 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG. Es erschöpfe sich nicht in der Feststellung entstandener Gesamtkosten, sondern setze zusätzlich die rechtliche Wertung voraus, welche dieser Gesamtkosten zuwendungsfähig seien.²

3. Schließlich ergebe die Auslegung des Zuwendungsbescheides, die das BVerwG hier selbst vornehmen könne, weil das Oberverwaltungsgericht dessen Regelungsgehalt insoweit offengelassen habe, dass die Förderhöhe nicht unter den Vorbehalt erst späterer Festsetzung gestellt worden sei. Nehme ein Förderbescheid auf die zuwendungsfä-

higen Gesamtkosten Bezug, so könne darin der Vorbehalt erst späterer Regelung der Förderhöhe zu sehen sein. Es könne sich aber auch um eine Festbetragsförderung handeln, die mit dem Hinweis darauf verbunden sei, dass die Förderung – ggf. teilweise – wegen Zweckverfehlung widerrufen werden könne, wenn die zuwendungsfähigen Gesamtkosten geringer ausfielen als angenommen. Im vorliegenden Fall liege eine Festbetragsförderung vor. Dies folge aus der bestimmten Nennung des Förderbetrages im Zuwendungsbescheid und den Begleitumständen zur Zuwendungsgewährung.

II. Seine Ausführungen zur Jahresfrist leitet das BVerwG mit einer Zusammenfassung seiner Rechtsprechung hierzu ein.

1. Die Jahresfrist des § 1 VwVfG LSA i.V.m. § 49 Abs. 3 Satz 2 und § 48 Abs. 4 VwVfG beginne erst zu laufen, wenn die Behörde – maßgeblich sei der zuständige Amtswalter – vollständige Kenntnis von dem für die Rücknahme oder den Widerruf des Verwaltungsaktes erheblichen Sachverhalt erlangt habe. Das sei der Fall, wenn sie ohne weitere Sachaufklärung objektiv in der Lage sei, unter sachgerechter Ausübung ihres Ermessens über die Rücknahme oder den Widerruf zu entscheiden.³ Die Jahresfrist sei dementsprechend keine Bearbeitungs-, sondern eine Entscheidungsfrist. Es stehe allerdings nicht im Belieben der Behörde, durch weitere Ermittlungsmaßnahmen den Fristlauf immer weiter hinauszuschieben. Der Maßstab für die Frage, wann die Sache entscheidungsreif sei, sei ein objektiver.

Sodann beschäftigt sich das BVerwG mit der Frage, wann eine Sache objektiv entscheidungsreif sei, bei der das Rücknahme- oder Widerrufsermessen, wie im vorliegenden Fall, nicht auf Null reduziert oder im Sinne eines „intendierten“ Ermessens regelhaft gebunden sei. In diesem Fall erlange die Behörde von den für die Ausübung ihres Ermessens maßgeblichen Umständen regelmäßig nur infolge einer – mit einer angemessenen Frist zur Stellungnahme verbundenen – Anhörung des Betroffenen die für den Beginn der Jahresfrist erforderliche vollständige Kenntnis. Unterlasse die Behörde die Anhörung, beginne die Frist nicht zu laufen. Allerdings bewirke die Anhörung des Betroffenen selbst noch nicht den Beginn der Frist. Maßgeblich sei vielmehr der Eingang von dessen Stellungnahme bei der Behörde. Entsprechendes gelte, wenn der Betroffene eine ihm von der Behörde gesetzte Frist zur Stellungnahme verstreichen lässt, ohne sich zu äußern.

1 BVerwG, Urt. v. 16.06.2015 - 10 C 15/14.

2 BVerwG, Urt. v. 16.06.2015 - 10 C 15/14 Rn. 13 ff. und BVerwG, Urt. v. 15.03.2017 - 10 C 1/16 Rn. 12 ff.; BVerwG, Beschl. v. 31.07.2017 - 10 B 26/16.

3 BVerwG, Beschl. v. 19.12.1984 – GrS 1/84 und 2/84; BVerwG, Urt. v. 28.06.2012 - 2 C 13/11 Rn. 29.

2. Anschließend wendet das BVerwG diese Maßstäbe auf den vorliegenden Fall an und kommt zu dem Ergebnis, dass die Jahresfrist bei Erlass des Ausgangsbescheides bereits verstrichen gewesen sei. Der Beklagte habe vor dem 08.05.2007 positive Kenntnis von den Gründen erlangt, auf die er seinen Widerruf gestützt habe. Er habe seinen Widerruf darauf gestützt, dass die „Mietereinbauten“ und das Inventar nicht im wirtschaftlichen Eigentum der Klägerin gestanden hätten und in ihrer Bilanz aktiviert gewesen seien. Hiervon habe er noch nicht durch die Übersendung der Verwendungsnachweise der Klägerin im August 2005 Kenntnis erlangt. Denn der bloße Akteninhalt verschaffe dem Amtswalter noch keine eigene Kenntnis. Kenntnis erlangt habe er aber durch den Eingang der Verwendungsnachweisprüfung am 27.04.2007. Von der Kenntnis der für die Ausübung des Aufhebungsermessens maßgeblichen Umstände sei mit Ablauf der der Klägerin von dem Beklagten in dem Erörterungstermin gesetzten Äußerungsfrist, dem 01.09.2008, auszugehen.

C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung knüpft an die differenzierte und facettenreiche bisherige Rechtsprechung des BVerwG zur Jahresfrist bei der Rücknahme und dem Widerruf von Verwaltungsakten an. Sie fasst die bisherige Rechtsprechung zum Beginn der Jahresfrist zusammen. Davon ausgehend füllt sie einige Lücken, die die bisherige Rechtsprechung gelassen hat. Sie klärt insbesondere, dass der Ablauf einer behördlich gesetzten Äußerungsfrist auch dann zum Eintritt der objektiven Entscheidungsreife führt, wenn der Betroffene sich nicht meldet. Sie betont weiter, dass die Frist – unabhängig davon, ob sie bereits abgelaufen ist – durch weitere Ermittlungsmaßnahmen oder eine erneute Ermessensausübung der Behörde nicht erneut in Lauf gesetzt wird. Sie hebt schließlich hervor, dass auch die Aufhebung einer Rücknahme- oder Widerrufsentscheidung durch ein Verwaltungsgericht die Rücknahme- oder Widerrufsfrist dann nicht erneut in Lauf setzt, wenn sie bei Erlass der aufgehobenen Rücknahme- oder Widerrufsentscheidung bereits verstrichen war.

D. Auswirkungen für die Praxis

Das BVerwG führt seine bisherige Rechtsprechung zur Jahresfrist fort. Die Jahresfrist ist weiterhin eine Entscheidungs- und keine Bearbeitungsfrist. Sie kann daher die ihr zugeordnete Funktion, für den Bürger Rechtssicherheit hinsichtlich des Fortbestandes von Verwaltungsakten zu schaffen, weiterhin nur eingeschränkt erfüllen. Allerdings klärt die Entscheidung, dass die Jahresfrist auch dann zu

laufen beginnt, wenn der Betroffene sich auf eine behördlicherseits gesetzte Äußerungsfrist nicht meldet und dass der Beginn der Jahresfrist in diesen Fällen mit dem Ablauf der Äußerungsfrist zusammenfällt. Dies dürfte nicht unerhebliche Bedeutung für die Rechtspraxis haben und die Zahl der Fälle erhöhen, in denen der Fristablauf der Rücknahme und dem Widerruf von Bescheiden entgegensteht.

Steuerrecht

Verluste eines Gesellschafters aus dem Forderungsverzicht zugunsten seiner Kapitalgesellschaft

BFH, Urt. v. 06.08.2019 - VIII R 18/16

VRi'inBFH Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel

A. Problemstellung

Intention der Abgeltungsteuer ist die umfassende Steuerbarkeit des Kapitalvermögens auch hinsichtlich von Wertsteigerungen. Grundtatbestand dieser Substanzbesteuerung gem. § 20 Abs. 2 EStG ist die Veräußerung. Verluste des Vermögensstamms erwachsen aber vielfach nicht aus einer Veräußerung nach traditionellem Begriffsverständnis.

Einen typischen Substanzverlust erleidet der Inhaber einer Forderung, wenn diese ausfällt. Der BFH hat – entgegen der Auffassung des BMF¹ – den Verlust aus dem Ausfall einer privaten Kapitalforderung i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG anerkannt (§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7, Satz 2, Abs. 4 EStG).² Das Verfahren VIII R 13/15³ betraf ein Darlehen zwischen frem-

1 BMF-Schreiben v. 18.01.2016 - IV C 1 - S 2252/08/10004:017 - BStBl. I 2016, 85.

2 A.A. FG Kassel, Urt. v. 12.04.2018 - 9 K 1053/15, Revision anhängig BFH, Beschl. v. 03.09.2019 - IX R 17/18; dazu Amann, DB 2018, 2404 ff.; FG Köln, Urt. v. 18.01.2017 - 9 K 267/14, Revision anhängig X R 9/17; grds. a.A. auch FG Düsseldorf, Urt. v. 23.11.2016 - 7 K 2175/16, Revision anhängig VIII R 34/16; demgegenüber aber FG Kassel, Urt. v. 10.04.2018 - 7 K 440/16, Revision anhängig VIII R 43/18 sowie FG Neustadt a.d.W., Urt. v. 12.12.2018 - 2 K 1952/16, Revision anhängig VIII R 5/19.

3 BFH, Urt. v. 24.10.2017 - VIII R 13/15 - BStBl. II 2018, 189; dazu Kahlert, DStR 2018, 229; Moritz/Strohm, BB 2018, 542; Ott, StuB 2018, 345; das FG Düsseldorf (FG Düsseldorf, Urt. v. 18.07.2018 - 7 K 3302/17 E) hat die Revision im zweiten Rechtsgang erneut zugelassen, Revision anhängig VIII R 28/18; ablehnend gegenüber der Rechtsprechung des VIII. Senats Ratschow, in: Blümich, EStG, § 20 Rn 393a, 427b.

den Dritten, das mit 5 % laufend verzinst und wegen Insolvenz des Schuldners (zum Teil) nicht zurückgezahlt wurde. Dieser Forderungsausfall führte mangels Rechtsträgerwechsels nicht zu einer Veräußerung. § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG stellt der Veräußerung aber verschiedene Ersatztatbestände gleich, um alle Wertveränderungen im Zusammenhang mit Kapitalanlagen zu erfassen.⁴ Danach ist u.a. auch die Rückzahlung von privaten Darlehensforderungen nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 EStG i.V.m. Satz 2 EStG steuerbar. Kann eine Veräußerung zu Null erfolgen,⁵ gilt Gleiches für die Rückzahlung. Der Forderungsausfall hat auch keinerlei Missbrauchscharakter.⁶

Relevant werden können diese Grundsätze zur Steuerbarkeit eines Forderungsausfalls insbesondere im Hinblick auf Verluste, die ein Gesellschafter aus Finanzierungshilfen zugunsten seiner Kapitalgesellschaft erleidet, die später ausfallen.⁷ Traditionell sind solche Verluste bei § 17 EStG verortet. Insoweit hat der IX. Senat des BFH im Verfahren IX R 36/15⁸ seine ständige Rechtsprechung zum Vorliegen nachträglicher Anschaffungskosten abgesehen von einem Übergangszeitraum aufgegeben. Nachträgliche Anschaffungskosten für eine Beteiligung sind danach grds. nur mehr solche Aufwendungen, die zu einer offenen/verdeckten Einlage führen,⁹ etwa auch der Verzicht auf eine noch werthaltige Forderung.

§ 17 EStG regelt aber nur die Realisierung des Werts der Beteiligung als solcher. Ist Gegenstand einer etwaigen Besteuerung der Wertentwicklung das Gesellschafterdarlehen selbst, gilt § 20 Abs. 2 EStG.

Wie der Forderungsausfall bedeutet der Verzicht auf eine Darlehensforderung für die Forderungsinhaber einen Vermögensverlust. Beim Forderungsverzicht eines Gesellschafters¹⁰ geht das BMF hinsichtlich des werthaltigen Teils der Darlehensforderung von einer Einlage aus,¹¹ hinsichtlich des nicht werthaltigen Teils von einem steuerlich nicht zu berücksichtigenden Forderungsausfall.¹² Was die Einlage¹³ betrifft, folgt das BMF insoweit dem Großen Senat des BFH,¹⁴ als dieser festgestellt hat, dass ein auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhender Verzicht eines Gesellschafters auf seine nicht mehr voll werthaltige Forderung gegenüber seiner Kapitalgesellschaft bei dieser zu einer Einlage in Höhe des Teilwerts der Forderung¹⁵ führt, hinsichtlich des nicht werthaltigen Teils zu einem Forderungsausfall. Nach dem Rechtsstand der Entscheidung des Großen Senats führte der Forderungsausfall – anders als unter Geltung der Abgeltungsteuer – aber nicht zu einem steuerbaren Verlust.¹⁶ Nach neuem Recht entscheidet sich das Schicksal (jedenfalls) des nicht werthaltigen Teils der Forderung, auf die der Gesellschafter verzichtet, nach § 20 Abs. 2 EStG. Insoweit stellte sich die Finanzverwaltung bislang gegen die Steuerbarkeit eines Verzichts.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

In der hier besprochenen Entscheidung hat der BFH nunmehr entschieden, dass der Forderungsverzicht eines Gesellschafters gem. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7, Satz 2 EStG zu negativen Einkünften führen kann, die unter den Voraussetzungen des § 32d Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 Buchst. b) EStG mit positiven Einkünften anderer Einkunftsarten zu verrechnen sind (§ 32d Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 EStG). Im Einzelnen differenziert der BFH dabei zwischen dem werthaltigen und dem wertlosen Teil der Forderung.

Ein durch das Gesellschafterverhältnis veranlasster, unbedingter Verzicht eines Gesellschafters auf einen Teil der ihm gegen die Kapitalgesellschaft zustehenden Darlehensforderung führt zu einer Einlage i.S.d. § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG, soweit der Gesellschafter auf den werthaltigen Teil der Forderung verzichtet.¹⁷ Daraus, dass nach der Entscheidung des Großen Senats des BFH ein auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhender Verzicht eines Gesellschafters auf seine nicht mehr vollwertige Forderung gegenüber seiner Kapitalgesellschaft zu einer Einlage führt, soweit der Kläger auf den werthaltigen Teil der Forderung verzichtet, schließt der VIII. Senat, dass der Verzicht auf eine Teilforderung erst dann zu einer Einlage führt, wenn der Verzichtsbetrag den

4 Vgl. BT-Drs. 16/4841, S. 56.

5 BFH, Urt. v. 03.08.2016 - IX R 23/15 Rn 13 m.w.N.

6 Vgl. Jansen, DStR 2016, 2729, 2731.

7 Dazu stellvertretend auch Ott, StuB 2018, 35 ff.; Desens, DStR 2019, 1071 ff.; Neyer, DB 2019, 1640 ff.

8 BFH, Urt. v. 11.07.2017 - IX R 36/15; dazu Ott, StuB 2019, 35; Kahlert, DStR 2017, 2305; Förster/von Cölln, DB 2017, 2886; Ratschow, GmbHR 2017, 1204; Fuhrmann, NWB 2017, 4003; Schießl, StuB 2017, 765.

9 Vgl. BFH, Urt. v. 27.01.2016 - X R 33/13 Rn 46.

10 Dazu BFH, Urt. v. 06.08.2019 - VIII R 18/16; FG Münster, Urt. v. 12.03.2018 - 2 K 3127/15 E: Verlustberücksichtigung gem. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7, Satz 2, Abs. 4 EStG, Revision anhängig IX R 9/18.

11 Dazu FG Neustadt a.d.W., Urt. v. 19.11.2018 - 3 K 1846/15 Rn 73: Soweit die Forderung werthaltig ist, fließt dem Gesellschafter – gleichsam einer (Teil-)Rückzahlung – die Darlehensvaluta zu. Diese – und nicht die durch den Verzicht gerade zum Erlöschen gebrachte Kapitalforderung i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG – ist Gegenstand der (verdeckten) Einlage in die Kapitalgesellschaft.

12 BMF-Schreiben v. 18.01.2016 - IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306 - BStBl. I 2016, 85 Rn 61 f.

13 Zur Unterscheidung vom Vorliegen einer Einlage und deren Bewertung Ott, Stbg 2018, 17, 28.

14 BFH, Beschl. v. 09.06.1997 - GrS - 1/94 - BStBl. II 1998, 307.

15 Vgl. demgegenüber zur Bewertung der Einlage wertgeminderter Beteiligungen i.S.v. § 17 EStG und damit in Zusammenhang stehender Forderungen aus Gesellschafterdarlehen BFH, Urt. v. 29.11.2017 - X R 8/16 - BStBl. II 2018, 426 Rn 68 ff.; dazu Schießl, StuB 2018, 381, 384, 386 f.

16 BFH, Beschl. v. 09.06.1997 - GrS - 1/94 - BStBl. II 1998, 307.

17 Anschluss an Beschluss des Großen Senats des BFH, Beschl. v. 09.06.1997 - GrS - 1/94 - BStBl. II 1998, 307, unter C.II.4.

Nennwert des nicht werthaltigen Teils der Forderung übersteigt. Der Kläger hatte aber eine Forderung gegen die Gesellschaft im Nennwert von 801.768,78 € für einen Kaufpreis von 364.154,60 € erworben. Wenige Monate später hat er auf einen Teilbetrag von 275.000 € verzichtet. Der BFH geht hier aufgrund der kurzen Zeitspanne zwischen dem Erwerb der Forderung und dem Verzicht davon aus, dass die Forderung im Nennwert von 801.768 € zum Zeitpunkt des Verzichts einen Teilwert in Höhe des Kaufpreises von 364.154 € hatte. Der Kläger hat danach nicht auf den werthaltigen Teil der Forderung verzichtet. Hierfür wäre erforderlich gewesen, dass er auf einen Nennbetrag der Forderung verzichtet, der den nicht werthaltigen Teil der Forderung in Höhe von rund 437.000 € (801.768 € ./. 364.154 €) übersteigt. Mit dem Teilverzicht i.H.v. 275.000 €, der unter diesem Betrag liegt, hat der Kläger lediglich auf den nicht werthaltigen Teil der Forderung verzichtet.

Nach Einführung der Abgeltungsteuer kann aber der Verzicht auf den nicht werthaltigen Teil der Forderung zu negativen Kapitaleinkünften führen, da der Verzicht einer Abtretung der Forderung nach § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG gleich steht. Nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 EStG gehört zu den Einkünften aus Kapitalvermögen der Gewinn aus der Veräußerung von sonstigen Kapitalforderungen jeder Art i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG. Als Veräußerung in diesem Sinne gelten gem. § 20 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 EStG auch die Einlösung, Rückzahlung, Abtretung oder verdeckte Einlage in eine Kapitalgesellschaft. Der Veräußerung werden danach Ersatztatbestände gleichgestellt, um alle Wertveränderungen im Zusammenhang mit Kapitalanlagen zu erfassen. Die Ersatztatbestände unterliegen daher im Rahmen der Gewinnermittlung gem. § 20 Abs. 4 EStG den gleichen Grundsätzen. Soweit die Forderung nicht mehr werthaltig ist, bewirkt der Forderungsverzicht einen Forderungsausfall und steht so dem ausdrücklich vom Gesetz erfassten Realisationsvorgang einer Abtretung i.S.d. § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG gleich. Wirtschaftlich betrachtet macht es keinen Unterschied, ob der Gesellschafter eine Forderung an den Schuldner (die Gesellschaft) abtritt oder auf sie verzichtet. Der Anerkennung eines entsprechenden Verlustes steht die Freiwilligkeit des Verzichts nicht entgegen.¹⁸ Soweit das Steuergesetz an freie wirtschaftliche Dispositionen anknüpft, liegt es in der Natur der Sache, dass der Steuerpflichtige den Zeitpunkt bzw. Zeitraum der Besteuerung bestimmen kann. Es steht grds. in seinem Belieben, ob, wann und mit welchem Ertrag er z.B. Wertpapiere erwirbt und wieder veräußert. Der Steuerpflichtige macht insoweit lediglich von gesetzlich vorgesehenen Gestaltungsmöglichkeiten Gebrauch, missbraucht diese aber nicht.

Steuerliche Auswirkungen hat der Forderungsverzicht i.S.d. § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG (im Hinblick auf den nicht werthalti-

gen Teil der Forderung) gemäß nach § 20 Abs. 4 EStG dann, wenn der Steuerpflichtige für den nicht werthaltigen Teil der Forderung Anschaffungskosten getragen hat. Hieran fehlte es im entschiedenen Fall. Hat der Gesellschafter seiner Gesellschaft ein Darlehen gewährt, belaufen sich seine Anschaffungskosten regelmäßig auf den Nennbetrag der ausgereichten Mittel. Hat der Gesellschafter die Forderungen – wie im entschiedenen Fall – von einem Dritten erworben, belaufen sich die Anschaffungskosten für die Forderung i.d.R. auf den Kaufpreis. Die vom Kläger getragenen Anschaffungskosten waren dem werthaltigen Teil der Forderung zuzuordnen, sodass keine abzugsfähigen Anschaffungskosten auf den nicht werthaltigen Teil (Forderungsausfall) entfielen. Insoweit ist im Rahmen von § 20 Abs. 4 EStG davon auszugehen, dass der Erwerber der Forderung nur Aufwendungen für den zum Zeitpunkt des Erwerbs werthaltigen Teil der Forderung hat, auch wenn der Nennwert der Forderung höher ist und mit deren Erwerb die Erwartung verbunden ist, dass die Forderung wieder werthaltig werden könnte. Nach diesen Grundsätzen hatte der Kläger keine Anschaffungskosten in Bezug auf den nicht werthaltigen Teil der Forderung getragen. Der Kaufpreis wurde bei wirtschaftlicher Betrachtung für den werthaltigen Teil der Forderung aufgewandt. Der Verzicht i.H.v. 275.000 € bezog sich aber auf den nicht werthaltigen Teil der Forderung, für den dem Kläger keine Anschaffungskosten entstanden sind. Seine Leistungsfähigkeit wurde durch den Verzicht auf den nicht werthaltigen Teil der Forderung nicht gemindert, sodass kein steuerlich zu berücksichtigender Verlust vorlag.

C. Auswirkungen für die Praxis

Die Grundsätze des Besprechungsurteils gelten in gleicher Weise für den wesentlich i.S.v. § 17 EStG wie den nicht wesentlich beteiligten Gesellschafter. Beim wesentlich beteiligten Gesellschafter führt die (verdeckte) Einlage in Höhe des werthaltigen Teils der Forderung zudem zu nachträglichen Anschaffungskosten für die Beteiligung i.S.v. § 17 Abs. 2 EStG; beim weniger als 1 % beteiligten Gesellschafter werden die nachträglichen Anschaffungskosten auf die Beteiligung bei deren Veräußerung gem. § 20 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 4 EStG relevant.

Im Ergebnis ebenso wie ein auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhender Forderungsverzicht dürfte die Vereinbarung eines Rangrücktritts i.S.v. § 5 Abs. 2a EStG zu behandeln sein.¹⁹

Auf einen Forderungsverzicht außerhalb eines Gesellschaftsverhältnisses wären die Grundsätze des Besprechungsurteils

¹⁸ A.A. FG Neustadt a.d.W., Ur. v. 12.07.2016 - 3 K 1133/14.

¹⁹ Dazu vgl. Wacker, DB 2017, 26, 28 f., 30; Blumenberg/Neumann, Ubg 2016, 181, 186; Förster, DB 2018, 336, 342.

zu übertragen. Soweit die Forderung nicht mehr werthaltig ist, bewirkt der Forderungsverzicht auch hier einen Forderungsausfall und steht so dem ausdrücklich vom Gesetz erfassten Realisationsvorgang einer Abtretung i.S.d. § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG gleich. Zu fragen ist jedoch, ob ein Forderungsverzicht außerhalb eines Gesellschaftsverhältnisses durch eine steuerbare Tätigkeit veranlasst ist. Bei rein privaten Motiven wäre nicht von einem Veranlassungszusammenhang mit den Einkünften aus Kapitalvermögen auszugehen.²⁰ Wäre bei einer privaten Darlehensgewährung der spätere Verzicht schon geplant, fehlte es im Übrigen an der Einkünfteerzielungsabsicht im Hinblick auf § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG.

Der VIII. Senat des BFH führt mit der Einordnung des Forderungsverzichts eines Gesellschafters seine Rechtsprechung zur umfassenden Steuerbarkeit auch von Substanzverlusten im Rahmen der Abgeltungsteuer fort. Demgegenüber steht die Finanzverwaltung für eine umfassende Besteuerung zwar von realisierten Substanzgewinnen, nicht aber von realisierten Substanzverlusten. Dieser verfassungsrechtlich fragwürdigen Diktion folgend sah der Entwurf eines Gesetzes zur weiteren steuerlichen Förderung der Elektromobilität und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften²¹ Neuregelungen vor, die die zentralen Judikate des BFH zur umfassenden Steuerbarkeit des Kapitalvermögens i.S.v. § 20 EStG,²² die die Abgeltungsteuer bringen sollte, aushebeln sollen. Zu hoffen bleibt, dass der Gesetzgeber den massiven Bedenken hiergegen²³ folgt. Zunächst wurde das Gesetz am 07.11. in der Fassung des Finanzausschusses ohne die Änderungen des § 20 Abs. 2 EStG beschlossen.²⁴ Die Diskussion geht jedoch weiter.²⁵

20 Vgl. Moritz/Strohm, BB 2018, 542, 545.

21 BT-Drs. 19/13436.

22 Zur Steuerbarkeit des Optionsverfalls BFH, Urt. v. 12.01.2016 - IX R 48/14 - BStBl. II 2016, 456; BFH, Urt. v. 12.01.2016 - IX R 49/14 - BStBl. II 2016, 459; BFH, Urt. v. 12.01.2016 - IX R 50/14 - BStBl. II 2016, 462; zum Verlust aus dem Eintritt eines Knock-out-Ereignisses BFH, Urt. v. 20.11.2018 - VIII R 37/15; Reaktion: § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3a EStG n.F.: [...] Der Verfall einer Option gilt nicht als Beendigung des Rechts. Zum Ausfall von Kapitalforderungen/Kapitalanlagen BFH, Urt. v. 24.10.2017 - VIII R 13/15; BFH, Urt. v. 12.06.2018 - VIII R 32/16 - BStBl. II 2019, 221 (Veräußerung weder von der Höhe der Gegenleistung noch von der Höhe der anfallenden Veräußerungskosten abhängig; Reaktion: Nach § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG soll folgender Satz eingefügt werden: Keine Veräußerung ist 1. die ganze oder teilweise Uneinbringlichkeit einer Kapitalforderung, 2. die Ausbuchung wertloser Wirtschaftsgüter im Sinne des Absatzes 1 durch die die Kapitalerträge auszahlende Stelle, 3. die Übertragung wertloser Wirtschaftsgüter im Sinne des Absatzes 1 auf einen Dritten oder 4. ein den Nr. 1 bis 3 dieses Satzes vergleichbarer Ausfall von Wirtschaftsgütern im Sinne des Absatzes 1.

23 Finanzausschuss, BR-Drs. 356/19 (B), S. 29; aus der Literatur stellvertretend Jachmann-Michel/Grunow, jM 2019, 471 ff. m.w.N.

24 BT-Drs. 19/14873, S. 36.

25 Vgl. FAZ vom 12.11.2019, 23 zum „Hin und Her um Steuern für wertlose Papiere“.

Steuerbegünstigung für dauerdefizitäre Tätigkeiten von der öffentlichen Hand beherrschter Kapitalgesellschaften als staatliche Beihilfe

BFH, Beschl. v. 13.03.2019 - I 18/19

RiFG Dr. Ruben Martini, LL.B.

A. Problemstellung

Erbringt eine von juristischen Personen des öffentlichen Rechts beherrschte Kapitalgesellschaft Leistungen der – grds. der öffentlichen Hand obliegenden – Daseinsvorsorge und nimmt dafür auf Dauer Verluste hin, handelt es sich dabei steuerrechtlich grds. um nach § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG nicht abzugsfähige verdeckte Gewinnausschüttungen (vGA) an die Gesellschafter. Nach der Sonderregelung des § 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 2 KStG i.V.m. Satz 2 KStG sind jedoch die Rechtsfolgen einer vGA bei Kapitalgesellschaften, bei denen die Mehrheit der Stimmrechte auf juristische Personen des öffentlichen Rechts entfällt und nachweislich ausschließlich diese Gesellschafter die Verluste aus Dauerverlustgeschäften tragen, nicht bereits deshalb zu ziehen, weil sie ein solches Dauerverlustgeschäft ausüben.

Es besteht damit – im Gegensatz zu rein privatrechtlichen Gestaltungen – bei einer Beteiligung von juristischen Personen des öffentlichen Rechts die Möglichkeit, die Verluste aus einer Tätigkeit mit den Ergebnissen anderer Sparten zu verrechnen. Auch wenn es sich hierbei auf den ersten Blick um eine rein nationale Regelung ohne unmittelbaren grenzüberschreitenden Bezug handelt, steht diese Begünstigung in einem potenziellen Konflikt mit Art. 107 Abs. 1 AEUV als Grundnorm des europäischen Beihilferechts.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Klägerin des dem Beschluss des BFH zugrunde liegenden Verfahrens war eine GmbH, deren Anteile zu 100 % von einer Stadt gehalten wurden. Die GmbH versorgte die Bevölkerung mit Energieträgern, Trink- und Brauchwasser sowie Telekommunikation. Zudem betrieb und bewirtschaftete sie auch eine Schwimmhalle, die Verluste erzielte.

Der BFH ging – soweit das nationale Recht betroffen war – davon aus, dass es sich bei den von der Klägerin in den Streitjahren erwirtschafteten Verlusten grds. um vGA an die Stadt handelte, die jedoch nach § 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 2 KStG i.V.m. Satz 2 KStG dennoch zum Abzug zuzulassen waren. Jedoch legte der BFH dem EuGH die Frage vor, ob die

Steuerbegünstigung nach § 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 2 KStG i.V.m. Satz 2 KStG eine unter Art. 107 Abs. 1 AEUV fallende staatliche Beihilfe ist und damit dem Durchführungsverbot nach Art. 108 Abs. 3 AEUV unterliegt, weil sie ohne Beachtung des in Art. 108 Abs. 3 AEUV vorgesehenen Notifizierungsverfahrens eingeführt wurde.

Zunächst stellte der BFH fest, dass § 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 2 KStG i.V.m. Satz 2 KStG – im Sinne der Beihilfen-Definition des EuGH – als ein wirtschaftlicher Vorteil anzusehen ist, den das begünstigte Unternehmen unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte. Die Begünstigten werden dadurch finanziell bessergestellt als die übrigen Steuerpflichtigen, die ebenfalls einen gewinnerhöhenden Ansatz einer vGA verwirklichen und nicht die Voraussetzungen der Steuerbegünstigung erfüllen.

Die staatliche Maßnahme in Form des Nichtansatzes einer vGA war nach dem BFH auch nicht als Ausgleich dafür anzusehen, dass die Klägerin durch den Betrieb der Schwimmhalle möglicherweise (auch) gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen erbrachte.¹ Die Vorschrift benennt insoweit lediglich pauschal einige allgemeinpolitische Gründe für eine Begünstigung eines Dauerverlustgeschäfts. Eine klare Definition der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ist nicht erkennbar, ebenso wenig wie die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, um zu verhindern, dass dieser einen wirtschaftlichen Vorteil mit sich bringt, der das Unternehmen, dem er gewährt wird, gegenüber konkurrierenden Unternehmen begünstigt.

Auch ist – wie nach Art. 107 Abs. 1 AEUV grds. verboten – § 8 Abs. 7 Satz 2 KStG dem BFH nach geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Das Absehen von einem gewinnerhöhenden Ansatz der laufenden Betriebsverluste als vGA stärkt die kommunalen Eigengesellschaften in finanzieller Hinsicht. Potenziellen Mitbewerbern aus anderen Mitgliedstaaten wird dadurch die Möglichkeit, in Deutschland eine Schwimmhalle ähnlicher Art wie sie die Klägerin betreibt, zu eröffnen, deutlich erschwert. Zudem wird durch das Absehen vom gewinnerhöhenden Ansatz einer vGA die Möglichkeit geschaffen, die laufenden Verluste bei der Einkommensermittlung der Gesellschaft mit den Gewinnen aus weiteren Tätigkeitsbereichen (z.B. Energie- und Wasserversorgung etc.) zu verrechnen. Diese Tätigkeitsbereiche werden jedenfalls durch die Möglichkeit einer Verlustverrechnung finanziell gestärkt.

Auch bejahte der BFH die Frage, ob die Steuerbegünstigung nach § 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 2 KStG i.V.m. Satz 2 KStG mit einem selektiven Vorteil verbunden ist. Durch die Vorschrift wird erst die Möglichkeit geschaffen, die laufenden

Verluste bei der Einkommensermittlung der Gesellschaft mit Gewinnen aus weiteren Tätigkeitsbereichen zu verrechnen. Im Hinblick auf das mit der allgemeinen Regelung einer vGA in § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG verfolgte Ziel, wonach durch das Gesellschaftsverhältnis verursachte Vermögensminderungen die steuerliche Bemessungsgrundlage nicht vermindern dürfen, befinden sich alle Kapitalgesellschaften als Wirtschaftsteilnehmer in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation. Es handelt sich somit um einen Fall sektorspezifischer Selektivität zugunsten bestimmter Unternehmen aus dem Bereich der Daseinsvorsorge.

Zuletzt verneinte der BFH eine Rechtfertigung der Besserstellung durch die Natur oder den inneren Aufbau des Steuersystems. Der Begriff der staatlichen Beihilfe erfasst staatliche Maßnahmen, die eine Differenzierung zwischen Unternehmen vornehmen und damit a priori selektiv sind, dann nicht, wenn diese Differenzierung aus der Natur oder dem inneren Aufbau der Lastenregelung folgt, mit der sie in Zusammenhang stehen. Jedoch ist das mit § 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 2 KStG i.V.m. Satz 2 KStG verfolgte Ziel, die Finanzierung von Daseinsvorsorgeaufwendungen der öffentlichen Hand zu erleichtern, ein außersteuerliches, nicht steuersysteminhärentes Motiv und deshalb nicht geeignet, den Beihilfecharakter der Maßnahme auszuschließen.

Es lag auch keine sog. De-minimis-Beihilfe vor. Zwar stellen Finanzhilfen, die einen Gesamtbetrag von 200.000 € innerhalb von drei Jahren nicht überschreiten, keine staatlichen Beihilfen dar, da sie den Wettbewerb und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht wesentlich beeinträchtigen. Jedoch fällt nach der Rechtsprechung des EuGH eine nationale Regelung, die keine Begrenzung des Betrages vorsieht, den ein einzelnes Unternehmen erhalten kann, bereits nicht unter die in der Bekanntmachung der Kommission² aufgestellte „De-minimis“-Regel.³

C. Kontext der Entscheidung

Auch wenn das Steuerrecht in seiner Wahrnehmung als Eingriffsrecht zunächst nicht unmittelbar mit dem unionsrechtlichen Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV assoziiert wird, kann selbstverständlich – und in der Recht-

1 EuGH, Urt. v. 24.07.2003 - C-280/00 - „Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg“.

2 Verordnung (EG) Nr. 1998/2006 der Kommission vom 15.12.2006, ABl. EU 2006, Nr. L 379, 5.

3 EuGH, Urt. v. 03.03.2005 - C-172/03 - „Heiser“.

4 Siehe grundlegend EuGH, Urt. v. 02.07.1974 - 173/73 - „Italien/Kommission“.

sprechung des EuGH seit Langem anerkannt⁴ – auch die Verschonung von einer staatlichen Belastung unter den unionsrechtlichen Beihilfebegriff fallen. Inzwischen haben sich steuerlich überbrachte Beihilfen zu einem wesentlichen Handlungsfeld der Mitgliedsstaaten entwickelt. Zugleich kommt der letztverbindlichen – und damit der gerichtlichen – Klärung beihilferechtlicher Fragestellungen angesichts der wirtschaftlichen und praktischen Bedeutung steuerlicher Vergünstigungen und Verschonungen – insbesondere mit Blick auf finanzielle Dispositionen für die Zukunft – eine herausgehobene Bedeutung zu. Dem hat der BFH – über den Besprechungsfall hinaus – in jüngerer Zeit in mehreren Entscheidungen Rechnung getragen und die Vereinbarkeit des nationalen Steuerrechts mit dem unionsrechtlichen Beihilfeverbot problematisiert.⁵

D. Auswirkungen für die Praxis

Sollte der EuGH – ebenso wie der BFH – zu dem Ergebnis gelangen, dass § 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 2 KStG i.V.m. Satz 2 KStG eine staatliche Beihilfe darstellt und damit nach Art. 108 Abs. 3 AEUV nicht ohne vorheriges Notifizierungsverfahren hätte in Kraft gesetzt werden dürfen, sind sämtliche hiervon begünstigten Steuerpflichtigen betroffen. Als Folge einer solchen EuGH-Entscheidung sind – über den konkreten vom BFH entschiedenen Streitfall hinaus – sämtliche auf dieser Vorschrift beruhenden Vorteile zurückzuzuwählen.

Dies folgt – ohne dass es eines Rückgriffs auf die Änderungsvorschriften der AO bedarf – unmittelbar aus dem Unionsrecht. Im Gegensatz zum rein nationalen Recht sind hierbei auch vertrauensbegründende Handlungen von Mitgliedsstaaten – und damit insbesondere bestandskräftige Steuerbescheide – unbeachtlich. Dies gilt selbst dann, wenn mitgliedstaatliche Organe für die Rechtswidrigkeit des Bescheids in einem solchen Maße verantwortlich sind, dass deren Rücknahme einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt.⁶ Vor diesem Hintergrund sind insbesondere die in § 130 Abs. 2 und 3 AO für die Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte enthaltenen Vertrauensschutzbestände unbeachtlich.⁷

E. Bewertung

Steht im gerichtlichen Verfahren eine abstrakt-generelle steuerliche Begünstigung und nicht eine konkrete Einzelmaßnahme – etwa in Form eines Erlasses oder einer Erstattung – in Streit, haben in aller Regel weder der Steuerpflichtige noch die Finanzverwaltung ein Interesse an der Problematisierung beihilferechtlicher Fragestel-

lungen. Während der Steuerpflichtige bei einer Qualifikation als unionsrechtswidrige Beihilfe die Vergünstigung, die er ja gerade begehrt, schon aufgrund des Durchführungsverbotes nicht erhalten würde, besteht für die Finanzverwaltung im Fall einer unmittelbaren Entscheidung des nationalen Gerichts oder eines Vorabentscheidungsersuchens stets die Gefahr, die mit der Regelung beabsichtigte Lenkungswirkung – jedenfalls für die Zukunft – zu verlieren. Dieser insoweit bestehende Interessengleichlauf wird auch in dem der BFH-Entscheidung zugrunde liegenden Streitfall deutlich. Die Finanzverwaltung versagte die Anwendung des § 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 2 KStG i.V.m. Satz 2 KStG nicht etwa unter Berufung auf das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 AEUV; Streit bestand vielmehr über die rückwirkende Anwendung des nationalen Rechts.

Vor diesem Hintergrund ist es – unabhängig von der mit Spannung zu erwartenden Entscheidung des EuGH – zu begrüßen, dass der BFH die ihm im System des europäischen Mehrebenenrechtsschutzes obliegende Funktion, der Gefahr eines Fehlanreizes der Beteiligten zulasten der Wettbewerber auf dem gemeinsamen Binnenmarkt entgegen zu wirken,⁸ – mit erfreulicher Deutlichkeit – wahrgenommen hat.

5 Vgl. etwa BFH, Beschl. v. 30.05.2017 - II R 62/14 (EuGH-Vorlage zu § 6a GrEStG); BFH, Urt. v. 01.12.2015 - VII R 55/13 (Vereinbarkeit des LuftVStG mit Art. 107 Abs. 1 AEUV).

6 EuGH, Urt. v. 20.03.1997 - C-24/95 - „Alcan“.

7 So ausdrücklich für die Regelungen des deutschen allgemeinen Verwaltungsrechts EuGH, Urt. v. 20.09.1990 - C-5/89 - „Kommission/Deutschland“.

8 Vgl. hierzu auch Martini, StuW 2018, 337 ff.

Strafrecht

Reden ist Silber, Schweigen ist Gold – wie aus einem Zeugen ein Beschuldigter werden kann

BGH, Beschl. v. 06.06.2019 - StB 14/19

Wiss. Mit. Kai-Daniel Weil

A. Problemstellung

Der vorliegende Beschluss des BGH ist geradezu gespickt mit einer solchen Vielzahl an Fragestellungen, von denen jede für sich betrachtet eine Veröffentlichung des Beschlus-

ses in BGHSt nachvollziehbar machen würde.¹ Es überrascht daher nicht, dass die Entscheidung hierzu auch vorgesehen ist. Die vorliegende Anmerkung beschränkt sich jedoch auf die höchstrichterlichen Ausführungen zu dem Beschuldigtenbegriff in § 136 StPO.² Denn der Senat befasste sich umfassend mit der Frage, ab welchem Zeitpunkt eine solche Beschuldigtenstellung zwingend gegeben ist. Er stellte diesbezüglich zunächst die einzelnen Voraussetzungen dar und zeichnete daraufhin, anhand einer konkreten Vernehmungssituation nach, wie eine Aussage aus einem Zeugen einen Beschuldigten werden lässt. Darüber hinaus konkretisierte er in diesem Zusammenhang eine weniger prominente Abstufung in der Reihe der Tatverdachtsgrade, nämlich den sog. starken Tatverdacht.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Beschluss des BGH betraf einen Haftbefehl (4 BGs 25/19) aufgrund eines vom Generalbundesanwalt seit dem 23.11.2018 gegen den Beschuldigten geführten Ermittlungsverfahrens. Dieses hatte insbesondere den Verdacht der Beihilfe zum Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach § 7 Abs. 1 Nr. 5, § 2 VStGB i.V.m. § 27 Abs. 1 StGB in mindestens 2.000 Fällen zum Gegenstand.³ Denn dem Beschuldigten wurde u.a. vorgeworfen, als Mitarbeiter des syrischen Allgemeinen Geheimdienstes in der Zeit vom 01.07.2011 bis zum 15.01.2012 dazu Hilfe geleistet zu haben, in einem Gefängnis in Damaskus mindestens 2.000 Menschen zu foltern.

Auf den Haftprüfungsantrag des Verteidigers wurde der Haftbefehl mit Beschluss vom 17.05.2019 (4 BGs 128/19) durch den Ermittlungsrichter aufgehoben. Es wurde entsprechend auch die sofortige Entlassung des Beschuldigten aus der Untersuchungshaft angeordnet. Begründet wurde dies damit, dass ein dringender Tatverdacht wegen der in Rede stehenden Vorwürfe nicht gegeben sei. Die Taten könnten dem Beschuldigten nicht nachgewiesen werden. Als einzig belastendes Beweismittel kämen die Angaben des Beschuldigten bei der Polizei vom 16.08.2018 – damals noch als Zeuge – in Betracht. Diese seien jedoch größtenteils nicht verwertbar. Denn spätestens kurz nach Beginn der Zeugenvernehmung sei bereits offensichtlich gewesen, dass wegen seiner dort getätigten Äußerungen ein Tatverdacht gegen ihn bestanden habe, was eine Belehrung nach § 136 Abs. 1 Satz 2, § 163a Abs. 4 Satz 2 StPO erforderlich gemacht hätte. Der Verteidiger des Beschuldigten habe mit der eingereichten Antragsschrift der Verwertung nicht nur sinngemäß widersprochen, sondern dies auch telefonisch bestätigt.⁴

Gegen den erwähnten Beschluss hat der Generalbundesanwalt am 07.05.2019 Beschwerde eingelegt und diese

am 22.05.2019 dahin gehend begründet, dass eine Belehrung, wie sie der Ermittlungsrichter des BGH gefordert habe, weder zu Beginn noch im Verlauf der Zeugenvernehmung erforderlich gewesen sei. Es habe nämlich zu keiner Zeit ein solch starker Tatverdacht vorgelegen, welcher eine derartige Entscheidung rechtfertige. Entsprechend hätten die Beamten ihre Entscheidung, ob sie den (jetzigen) Beschuldigten (damals) als Zeugen oder als Beschuldigten vernehmen, pflichtgemäß getroffen, was keine willkürliche Überschreitung ihres Beurteilungsspielraums darstelle. Hieraus folge eine (umfassende) Verwertbarkeit der Aussage.

Der Ermittlungsrichter des BGH hat der Beschwerde des Generalbundesanwalts in der Folge nicht abgeholfen; die Beschwerde hatte allerdings sodann beim BGH zum Teil Erfolg, was in der Sache zu einer Änderung des Haftbefehls gegen den Beschuldigten führte: Er sei u.a. der Beihilfe zum Verbrechen gegen die Menschlichkeit in 30 Fällen dringend

1 Neben dem hier besprochenen Komplex der Beschuldigteneigenschaft enthält der Beschluss darüber hinaus die Problemfelder eines Beweisverwertungsverbotes, der Anwendung der Widerspruchslösung hierauf, des Tatbestandes des Verbrechens gegen die Menschlichkeit (§ 7 Abs. 1 Nr. 5, 2 VStGB) und des hierfür geltenden Weltrechtsprinzips (§ 1 VStGB).

2 Vgl. hierzu auch die Ausführungen von Kulhanek, NSTZ 2019, 539, 544 ff. An entsprechender Stelle erfolgen im hiesigen Beitrag allerdings jeweils Verweise zu den anderweitig aufgeworfenen Fragestellungen.

3 Der dringende Tatverdacht bezog sich sowohl bei Erlass des Haftbefehls als auch bei seiner späteren Änderung ebenso auf den Vorwurf der Beihilfe zur gefährlichen Körperverletzung nach § 223 Abs. 1, § 224 Abs. 1 Nr. 2 und 4, § 27 Abs. 1 StGB. Dies soll hiernach zur Beihilfe zum Verbrechen gegen die Menschlichkeit in Tateinheit nach § 52 StGB stehen. Zudem soll auf beide Vorwürfe deutsches Strafrecht Anwendung finden: Für die Beihilfe zum Verbrechen gegen die Menschlichkeit folgt dies aus § 1 VStGB (Weltrechtsprinzip) und für die Beihilfe zur gefährlichen Körperverletzung soll dies aus einer Annexkompetenz hierzu folgen, die insbesondere auf die Sachverhaltsidentität und mithin auf die Tateinheit gestützt wird. Vgl. hierzu die instruktiven Ausführungen von Gierhake, NJW 2019, 2627, 2635 f.

4 In Bezug auf die vom BGH entwickelte Widerspruchslösung bei Beweisverwertungsverböten stellte ebendieser fest, dass diese im Ermittlungs- und Zwischenverfahren – im Unterschied zum Hauptverfahren und zumindest bei einem Verstoß gegen § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO – amtswegig zu beachten seien. Entsprechend sei kein Widerspruch des Beschuldigten oder des Verteidigers zur Berücksichtigung bzw. Entstehung eines Beweisverwertungsverbots erforderlich. Ob dies auch für andere Beweisverwertungsverbote in diesen Verfahrensstadien gelten soll, hat der BGH nicht dargelegt, sodass dies abgewartet werden muss. Vgl. hierzu die kritischen und gleichsam instruktiven Ausführungen von Kulhanek, NSTZ 2019, 539, 544 ff., der – entgegen des BGH – daran festhalten will, dass der Widerspruch eine (vom Beschuldigten bzw. vom Verteidiger zu erklärende) Tatbestandsvoraussetzung eines Beweisverwertungsverbotes darstellt – unabhängig vom Verfahrensstadium.

verdächtig. Das sich dies maßgeblich aus den Angaben des Beschuldigten bei seiner polizeilichen Vernehmung als Zeuge ergebe, sei für die genannten 30 Fälle irrelevant. Den zuvor jedoch in Rede stehenden weiteren mindestens 1.970 Fällen stehe allerdings ein Beweisverwertungsverbot gem. § 136 Abs. 1 Satz 2, § 163a Abs. 4 Satz 2 StPO entgegen, da der Beschuldigte nicht ordnungsgemäß als solcher belehrt worden sei.

Im Einzelnen:

I. Der BGH führte zunächst erneut aus, dass die Beschuldigteneigenschaft in § 136 StPO einen subjektiven Verfolgungswillen voraussetze, der sich objektiv nach außen hin zeigen müsse (siehe auch § 397 Abs. 1 AO), wie dies bspw. bei der Einleitung eines förmlichen Ermittlungsverfahrens der Fall sei.⁵ In Bezug auf andere Fälle sei zwischen den unterschiedlichen Ermittlungsmaßnahmen zu differenzieren: Der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens seien diejenigen Maßnahmen gleichgestellt, die nur gegenüber dem Beschuldigten selbst angeordnet werden dürfen. Gleiches gelte dem Grund nach für ebensolche Maßnahmen, die an einen Tatverdacht anknüpfen, wie etwa eine Durchsuchung nach § 102 StPO.

II. Bei Vernehmungskonstellationen sei dies jedoch anders zu beurteilen:

1. Hierbei seien bspw. auch zulässige Situationen einer Zeugenvernehmung vorstellbar, in denen die Vernehmungsperson den Zeugen mit ihrem Verdacht konfrontiert, ohne dass hieraus „ein hinreichender Beleg dafür folge, dass der Vernehmende dem Vernommenen als Beschuldigten gegenübertritt“.⁶ Dies schließe jedoch umgekehrt nicht aus, dass sich der Verfolgungswille nicht auch aufgrund des angestrebten Ziels, der konkreten Gestaltung oder den Begleitumständen der Befragung ergeben könnte.

2. Sollte auch dies nicht der Fall sein, so könne sich letztlich – je nach Ausprägung des Tatverdachts – auch aus einer Umgehung der Beschuldigtenrechte ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO ergeben. Hierfür sei Voraussetzung, dass nach pflichtgemäßer Beurteilung ein derartiger Verdachtsgrad vorliege, der so stark sein müsse, dass eine Nichtbeachtung eine willkürliche Überschreitung der Grenzen des Beurteilungsspielraums darstelle. Dies sei zwar nicht erst dann der Fall, „wenn das überprüfende Gericht aus der ex-ante-Sicht des Vernehmenden einen dringenden Verdacht nach § 112 Abs. 1 Satz 1 StPO für gegeben hält“.⁷ Allerdings dürfe „auch nicht schon jeder gegen den Vernommenen bestehende Anfangsverdacht i.S.d. § 152 Abs. 2 StPO die Pflicht zu seiner Belehrung nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO nach sich“⁸ ziehen.

III. Im vorliegenden Fall kam der BGH zum Ergebnis, dass zu Beginn der Vernehmung keine der genannten Fallgruppen einschlägig gewesen ist und eine Vernehmung als Zeuge – zu diesem Zeitpunkt – noch ordnungsgemäß erfolgt sei. Weder aus dem Ziel, der Gestaltung, noch den Begleitumständen könne zu Beginn der Vernehmung auf eine Beschuldigteneigenschaft geschlossen werden. Es ergebe sich weder aus dem Protokoll noch aus den weiteren Umständen, dass die Vernehmung (maßgeblich) dazu gedacht sei, den Vernommenen als Täter zu identifizieren. Es sei keine konkrete Befragung dahin gehend erfolgt, inwieweit der Vernommene an diversen, möglicherweise strafbaren Handlungen beteiligt gewesen sei. Die Vernehmung habe vielmehr darauf abgezielt, im Allgemeinen „Aufgaben, Strukturen und Verantwortlichkeiten innerhalb der Abteilung 251 des Allgemeinen Geheimdienstes“⁹ zu erfahren. Gestützt werde dies durch den Umstand, dass vor der Vernehmung keine Anhaltspunkte auf eine derartige Beteiligung hindeuteten, weswegen auch davon auszugehen war, dass der Vernommene eine solche auch nicht – was er zunächst auch nicht tat – einräumen werde. Es habe zu diesem Zeitpunkt auch keine Verdachtslage bestanden, die auf eine (willkürliche) Umgehung der Beschuldigtenrechte nach § 136 Abs. 1 Satz 2, § 163a Abs. 4 Satz 2 StPO hindeute.

IV. Erst im Verlaufe der polizeilichen (Zeugen-)Vernehmung sei eine solche Verdachtslage entstanden, bei der eine Beschuldigtenbelehrung (zwingend) erforderlich gewesen sei. Dieser Zeitpunkt war allerdings erst erreicht, nachdem ausgesagt worden sei, die Gefangenen seien während ihrer Haftzeit in der Abteilung 251 gefoltert worden, nach „dem Monat April (2011)“ sei es auch „öfter“ vorgekommen, dass ihnen „das Bein gebrochen“ worden sei, um ihre künftige Teilnahme an Demonstrationen zu verhindern, und er habe „einmal selbst gesehen“, wie einer seiner Kollegen einen Inhaftierten auf solche Weise misshandelt habe.¹⁰ Zudem habe es keine Vernehmungen in den Abteilungen 251 und 285 gegeben, bei denen die Inhaftierten nicht gefoltert worden seien, sodass auch insofern von einer Kenntnis des Beschuldigten hierüber ausgegangen werden kann.¹¹

5 BGH, Beschl. v. 06.06.2019 - StB 14/19 Rn. 30 - NJW 2019, 2627, 2630 m. Anm. Gierhake.

6 BGH, Beschl. v. 06.06.2019 - StB 14/19 Rn. 31.

7 BGH, Beschl. v. 06.06.2019 - StB 14/19 Rn. 34.

8 BGH, Beschl. v. 06.06.2019 - StB 14/19 Rn. 34.

9 BGH, Beschl. v. 06.06.2019 - StB 14/19 Rn. 36.

10 BGH, Beschl. v. 06.06.2019 - StB 14/19 Rn. 40.

11 BGH, Beschl. v. 06.06.2019 - StB 14/19 Rn. 44.

C. Bewertung

Der vorliegende Beschluss des BGH ist einerseits zu begrüßen, da er die Grenze, ab wann eine Beschuldigteneigenschaft bestehen kann, etwas genauer ausleuchtet. Andererseits verbleiben gleichwohl auch weiterhin gewisse Unsicherheiten, die sowohl die Staatsanwaltschaft bzw. ihre Ermittlungspersonen als auch die Verteidigung betreffen. Insofern wäre es wünschenswert gewesen, wenn der BGH die Chance genutzt hätte, der Praxis intensivere Leitlinien an die Hand zu geben.

Zunächst ist zu konstatieren, dass der BGH seine bekannte Rechtsprechung fortführt.¹² Insofern konnte nunmehr auch (endlich) eine gewisse Präzisierung erfolgen. Denn nachdem der BGH zunächst ausgeführt hat, wie sich der Beschuldigtenbegriff des § 136 StPO nach heute überwiegend vertretener Auffassung¹³ dem Grunde nach zusammensetzt – nämlich aus einem subjektiven Verfolgungswillen und einer (objektiven) Manifestierung von ebendiesem – und einzelne (bereits bekannte) Fallgruppen auflistet, konkretisiert er den Begriff des starken Tatverdachts. Dies war dringend erforderlich, da diese Begrifflichkeit vom BGH maßgeblich dazu genutzt wurde, die „Willkürgrenze“ zu bestimmen. Sie wurde mithin dazu genutzt, festzulegen, ab wann „die Überschreitung der Grenzen des Beurteilungsspielraums“ der Ermittlungspersonen in Bezug auf das Vorliegen der Beschuldigteneigenschaft „als (objektiv) willkürlich“ beurteilt werden kann.¹⁴ Dies sei nämlich immer dann der Fall, „wenn es sich als sachlich unvertretbar erweist, einen die Belehrungspflicht des § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO auslösenden Tatverdacht zu verneinen“.¹⁵ Entsprechend hält der BGH nunmehr – leider nur mittelbar – fest, dass der maßgebliche Verdachtsgrad des starken Tatverdachts mit einem hinreichenden Tatverdacht i.S.d. § 170 Abs. 1, § 203 StPO vergleichbar sei.¹⁶ Denn es genüge hierfür zwar nicht jeder Anfangsverdacht i.S.d. § 152 Abs. 2 StPO, allerdings sei auch kein dringender Verdacht i.S.d. § 112 Abs. 1 Satz 1 StPO erforderlich, sodass sich letztlich der starke Verdacht nur im Bereich des hinreichenden Tatverdachts bewegen kann und deshalb bei einer „Wahrscheinlichkeit der späteren Verurteilung“¹⁷ vorliegt.¹⁸ Verstärkt wird dieser Gedanke durch die bisher vom BGH in diesem Zusammenhang häufiger verwendete Formulierung, dass „der Tatverdacht auf hinreichend gesicherten Erkenntnissen hinsichtlich Tat und Täter“¹⁹ beruhen bzw. „konkret und ernsthaft“²⁰ sein muss. Eine Bezugnahme hierbei auf die allgemeine kriminalistische Erfahrung erscheint allerdings grds. zu unsicher.²¹

Trotz dieser Klarstellung darf nicht unerwähnt bleiben, dass die Grenzen, ab wann ein solcher Verdachtsgrad bei

einer Vernehmung erreicht sein kann, fließend sind und letztlich eine Analyse des Einzelfalls maßgeblich sein wird. Insofern verdeutlicht der vorliegende Beschluss wieder einmal, wie wichtig einerseits die Kenntnis der prozessualen Rechte der Betroffenen selbst ist. Denn weder Zeugen (§ 55 StPO) und schon gar nicht Beschuldigte (§ 136 Abs. 1 Satz 2 StPO) müssen bei einer Vernehmung umfassend aussagen. Andererseits führt einem die Sachverhaltskonstellation erneut vor Augen, dass sich Betroffene – also sowohl Zeugen als auch Beschuldigte – aufgrund der Vielzahl und Komplexität der Fragstellungen im Zweifel so früh wie möglich im Verfahren einen rechtlichen Beistand (§ 68b StPO bzw. § 137 f. StPO) hinzuziehen sollten.²² Denn dieser kann sowohl die Vernehmungspersonen auf ihre Pflichten als auch die Betroffenen auf ihre Rechte hinweisen. Reden ist nämlich oft Silber und Schweigen Gold.

12 Siehe hierzu BGH, Urt. v. 03.07.2007 - 1 StR 3/07; BGH, Beschl. v. 18.07.2007 - 1 StR 280/07.

13 Während früher sowohl eine (rein) objektive und eine (rein) subjektive bzw. formelle Lehre zum Beschuldigtenbegriff vertreten wurden, folgt die heute mittlerweile weit überwiegende Ansicht einer (gemischt) objektiv-subjektiven Betrachtung, vgl. bspw. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, Einl. Rn. 77. Die objektive Lehre stellte den Tatverdacht in den Vordergrund, vgl. Kohlhaas, NJW 1965, 1254, 1255 und Montenbruck, ZStW 89 (1977), 878, 880 ff.; während demgegenüber die subjektive Lehre maßgeblich auf den Verdachtswillen abstellte, vgl. RGSt 32, 72, 73; Fincke, ZStW 95 (1983), 918, 919 ff.

14 BGH, Beschl. v. 06.06.2019 - StB 14/19 Rn. 33.

15 BGH, Beschl. v. 06.06.2019 - StB 14/19 Rn. 33.

16 BGH, Beschl. v. 06.06.2019 - StB 14/19.

17 Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 203 Rn. 2.

18 Unter dem Anfangsverdacht wird allgemein ein Verdachtsgrad verstanden, bei dem es nach der kriminalistischen Erfahrung möglich erscheint, dass eine verfolgbare Straftat vorliegt, vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 152 Rn. 4. Unter dem dringenden Tatverdacht versteht man ein Verdachtsgrad, bei dem die Wahrscheinlichkeit groß ist, dass der Beschuldigte Täter oder Teilnehmer einer Straftat ist, vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 112 Rn. 5.

19 Vgl. hierzu bspw. BGH, Beschl. v. 18.07.2007 - 1 StR 280/07; BGH, Beschl. v. 06.06.2019 - StB 14/19.

20 BGH, Beschl. v. 19.10.2011 - 1 StR 476/11.

21 So auch Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 163a Rn. 4a. Der BGH hingegen lässt es auch zu, die Beurteilung auf eine kriminalistische Erfahrung zu stützen, vgl. bspw. BGH, Beschl. v. 18.07.2007 - 1 StR 280/07; BGH, Beschl. v. 06.06.2019 - StB 14/19.

22 Dies gilt umso mehr, wenn man hierbei auch noch das Verhalten der Ermittlungsbeamten in die Beurteilung miteinbezieht, vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 163a Rn. 4a.

Der „besondere Beitrag“ – redaktionelle Ankündigung

einer neuen jM-Rubrik des juristischen Feuilletons

Liebe Leserinnen und Leser...

so dürfen diese Zeilen wohl beginnen, die aus unserem üblichen Programm der fachlichen jM-Beiträge ausscheren, sich von Redaktionsseite unmittelbar, in einer Art „Durchgriff“ an die Leserschaft wenden und sie um ein kurzes Innehalten und um trans-juristische Aufmerksamkeit für eine inhaltliche Gestaltungsfrage dieser Zeitschrift bitten. Schauen Sie: Unsere jährliche Redaktions- und Expertenkonferenz hat sich unlängst dazu entschlossen, künftig in lockerer, unregelmäßiger Folge, aber doch vielleicht zwei- oder dreimal im Jahr mit einem „besonderen Beitrag“ in einer eigenständigen jM-Rubrik aufzuwarten. Der „besondere Beitrag“ darf dabei von einer wissenschaftlichen Durchdringung juristischer Themen und Probleme absehen, kann den Blick über das harte juristische Alltagsgeschäft erheben und soll eher die Hintergründe unseres Fachs und unserer Berufswelten beleuchten. Dies mag etwa geschichtlich oder biographisch, es mag soziologisch oder rechtsvergleichend, es mag auch philosophisch oder literarisch, warum nicht auch gelegentlich anekdotisch oder humoristisch ausgerichtet sein, es mag in der Form eines Essays oder einer Glosse daherkommen; jedenfalls soll das Tor (oder doch ein Türchen) zu den im weiteren Sinne rechtskulturellen Raumbereichen unseres Fachs und unserer Tätigkeit geöffnet werden. Die beschlossene Neuerung – der Beschluss erging nach langer Vorbereitung und Diskussion im Ergebnis mit einer (wiewohl „nuancenreichen“) Einheitlichkeit – zielt darauf ab, die eher streng-fachlichen Beiträge und Entscheidungsanmerkungen zu den einzelnen Rechtsgebieten um Elemente des juristischen Feuilletons sowie um Dimensionen rechtskultureller Informationen und Reflexionen zu ergänzen.

Keine Sorge! Die jM ist und bleibt eine juristische Fachzeitschrift mit rechtswissenschaftlichem Selbstverständnis. Man darf sich freuen, dass ihre Beiträge vielfach in hochspezialisierten Aufsätzen, Monographien und Kommentaren Erwähnung finden und sogar von unseren obersten Gerichten zitiert werden. Ihre Leserschaft rekrutiert sich aber zum Gutteil auch aus Juristen der verschiedensten beruflichen Sparten, die gerade die fachliche Breite und rechtsgebietsübergreifende, sozusagen allgemein-juristische Ausrichtung unserer jM besonders schätzen und damit schon ihr Interesse an einem Blick über den sprichwörtlichen „Tellerand“ des eigenen Umfelds signalisieren. Einem solchen Interesse lässt sich durch die zusätzliche Würze „besonderer Beiträge“ mit feuilletonistischen und rechtskulturellen Akzenten verstärkt entgegen kommen. Es versteht sich, dass

dies unaufdringlich mit Behutsamkeit, Stil und Geschmack vonstattengehen muss. Für „Klatschspalten“ auf Boulevard-Niveau ist in der jM kein Platz!

Wir beginnen gleich in diesem Heft: Von einem Richter am Landgericht präsentieren wir umseitig einen sehr ungewöhnlichen Tätigkeits- und Erfahrungsbericht mit der Überschrift „Mit Contergan-Handicap als Richter in der Justiz“. Als nächster „besonderer Beitrag“ ist ein Aufsatz mit dem Titel vorgesehen „Die antiken Gesetzestafeln von Gortyns auf Kreta – ein rechtshistorischer Reisebericht“, sozusagen eine Art „Ferienfrucht“.

Man wende gegen die neue Rubrik nicht ein, sie nehme sich als überflüssiges oder gar störendes Beiwerk unserer jM aus, zumal doch ein jeder Jurist selbst am besten wisse, wie und womit er sich über- oder außerfachlich erhole und erbaue. Eine derartige Kritik verfehlt wohl das seriöse Anliegen einer feuilletonistischen Rubrik, die nicht auf belanglose schöngestimmte Erquickung, sondern in erster Linie auf eine rechtskulturelle Horizonsverweiterung abzielt. Denn man darf nicht verkennen, dass mit den angestrebten besonderen Beiträgen auch wertvolle Erkenntnis- und wichtige Bildungswerte vermittelt werden sollen, die im fachlich-juristischen Alltag unserer so stark auf das deutsche Justizrecht ausgerichteten Rechtswissenschaft verschüttet und verloren zu gehen drohen. Es gibt ja doch eine unbedingt förderungswürdige juristische Allgemeinbildung, die niemandem schaden, aber jedem nutzen kann.

Im allgemeinen Zeitungswesen ist das Feuilleton (französisch für „Blättchen“) seit der Mitte des 19. Jahrhunderts als „Kulturteil“ und eigenständiges Ressort neben Politik, Wirtschaft, Lokales und Sport fest etabliert. Zugegeben: Feuilleton-Beiträge als eigenständiges Genre juristischer Literatur nehmen sich im deutschen Rechtskreis (noch) als sehr ungewöhnlich aus. Vor allem in unseren juristischen Fachzeitschriften scheinen Hintergrundberichte betont unterhaltender oder allgemeinbildender Art, offen persönlich gefärbte oder gar humoristische Beiträge geradezu verpönt zu sein. Was sich außerhalb des dogmatischen Subsumtionszusammenhangs und des objektiven Wissenschaftsjargons bewegt, erregt vielfach Wut. Vor allem wird jede Form der Satire und Polemik beargwöhnt. Gewiss, wir kennen immerhin eine beachtliche Auswahl von launigen Büchern, juristischen Bildungswerken und sogar Witzbüchern, die gern als Weihnachts- oder Geburtstagsgeschenke namentlich unter Rechtsanwälten und Richtern ausgetauscht werden. Sie haben aber Ausnahme- und

Außenseitercharakter, etwa in der Tradition des berühmten, heute noch lesenswerten Buchs von Rudolf von Jhering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz – Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum, 1884, das mehrere Auflagen genießen konnte und 2009 von Max Leitner neu herausgegeben wurde. Die Lage ist übrigens keineswegs anders in den Ländern des romanischen Rechtskreises. In der Tat: in den literarischen Genres sämtlicher Rechtssysteme der römisch-rechtlichen, kontinental-europäischen Tradition müssen jedenfalls im Grundsatz alle Zweifel daran unterdrückt werden, dass Jura eine sehr ernste Sache ist (in den Ländern des Common-Law-Rechtskreises denkt man darüber übrigens anders). Sogar die witzig-besinnlichen Karikaturen, mit denen unsere jM von

Anfang an auf ihrer Titelseite aufrüttelt, stoßen gelegentlich bei der Leserschaft auf Befremden. Nun ist es gewiss zutreffend, dass Jura als Gestaltung einer friedlichen und gerechten Ordnung von Gesellschaft und Wirtschaft, Staat und Verwaltung eine ernste Sache ist. Aber darf man sich nicht gelegentlich auch in Fachzeitschriften einen gelassenen und distanzierten Blick hinter die Kulissen, auf Nebenschauplätze und Kleinigkeiten, auf das Beiwerk und auf Menschliches, Allzumenschliches gönnen oder sich einem Thema mit essayistischem Esprit widmen? Wir meinen: ja!, und hoffen dabei auf das Wohlwollen unserer Leserschaft.

Im Namen aller Herausgeber und Experten

Univ.-Prof. Dr. Dr. Dr. hc. mult. Michael Martinek

Mit Contergan-Handicap als Richter in der Justiz

RiLG Prof. Dr. Herbert Taubner

Als Richter mit einer Schwerbehinderung und als Schwerbehindertenvertreter in der Justiz möchte ich einen Einblick in die Besonderheiten meines Berufslebens geben und berichten, wie ich meine richterliche Tätigkeit mit einer schweren Contergan-Schädigung meistere und welche Aufgaben ich als Schwerbehindertenvertreter für den Richterbereich in der Justiz Baden-Württemberg übernommen habe.

A. Mein Leben als Contergan-Schwerbehinderter

Nach meiner Geburt als schwerbehinderter Junge mit einer sog. Contergan-Schädigung – ich kam mit stark verkürzten Armen auf die Welt – haben meine Eltern mich glücklicherweise nicht versteckt, sondern weitestgehend am normalen Leben teilnehmen lassen. Ich konnte auch mein Abitur an einem „normalen“ Gymnasium ablegen; der für „Contergan-Kinder“ damals vorgesehene Schulabschluss an einer Sonderschule in einem Körperbehindertenzentrum blieb mir erspart. Dies war ungewöhnlich: In der damaligen Zeit wurden viele Schüler mit körperlicher Behinderung von staatlichen Stellen an Sonderschulen verwiesen, obwohl sich nicht wenige Eltern dagegen wehrten. So landete auch ich zunächst in einem Körperbehinderten-Internat mit einer Sonderschule. Zu einer schicksalhaften Wende kam es aber dann in einer Schulpause, als mich mein Klassenlehrer fragte: „Herbert, warum bist du eigentlich hier in dieser Schule?“ Obwohl mir keine Antwort auf diese Frage einfiel, bildete dieses Gespräch den Auslöser für mein Bestreben, auf ein normales Gymnasium zu gelangen, was ich mit großer Unterstützung von Lehrern der Sonderschule schließlich erreichen konnte. Die allgemeine Hochschulreife verdanke ich somit nicht nur meinen Eltern, sondern auch den sehr engagierten Lehrkräf-

ten meiner Sonderschule, die es mir ermöglicht haben, gegen den Widerstand sogar der Heimleitung das Internat zu verlassen und auf ein Gymnasium zu wechseln. Mit der allgemeinen Hochschulreife in der Tasche konnte ich an der Universität Tübingen das Studium der Rechtswissenschaft aufnehmen, um – in üblicher Zeit – das erste und nach dem Referendardienst das zweite juristische Staatsexamen zu absolvieren. Dieses unvergessliche „Pausengespräch“ hat mir die Tür zu einer Zukunft aufgestoßen, die ansonsten eine völ-

Prof. Dr. Herbert Taubner



Richter am Landgericht

Nach dem Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Tübingen und Promotion an der Universität Konstanz ist Herr Taubner seit 1991 in der Justiz BW tätig, derzeit als Richter am LG Konstanz. Ab 1993 folgte Lehrtätigkeit an der Hochschule Konstanz – Technik, Wirtschaft und Gestaltung, von 2000 bis 2004 Lehrtätigkeit als abgeordneter Richter im Hochschuldienst an der

Juristischen Fakultät der Universität Konstanz. Von 2007 bis 2018 war er Vertrauensperson der schwerbehinderten Richterinnen und Richter für den Bereich des OLG Karlsruhe der ordentlichen Gerichtsbarkeit und ist seit Februar 2019 Erster Stellvertreter der Hauptvertrauensperson der Hauptschwerbehindertenvertretung für den Richterbereich in der Justiz BW. 2016 erfolgte die Bestellung zum Honorarprofessor durch die Hochschule Konstanz – Technik, Wirtschaft und Gestaltung.

lig andere Richtung eingeschlagen hätte. Erst später begriff ich so richtig, wie wichtig dieser Abschluss einer herkömmlichen juristischen Ausbildung für mich war. Anderen Schicksalsgefährten mit einer Contergan-Schädigung sind viele Berufsmöglichkeiten auf dem Arbeitsmarkt versperrt geblieben.

Als Mensch mit Contergan-Handicap führt man kein „normales Leben“, sondern muss sich jeden Tag aufs Neue unvorhersehbaren Herausforderungen stellen und weiß nie, ob man die „Barrieren“ zu bewältigen vermag. Wenn das Handicap wie bei mir unübersehbar ist, ist man ständig neugierigen Blicken ausgesetzt, was mir als Kleinkind noch nicht aufgefallen war, mir jedoch zunehmend eine Gewöhnung an meinen „Sonderstatus“ abverlangte. An eine gewisse Art von „Blicken“ kann ich mich bis heute kaum gewöhnen: Das manchmal verdutzte und hilflose, bisweilen gar gnadenlose und unerbittliche „Anstieren“ scheint mir doch nicht selten auf eine Abneigung gegen mich hinzuweisen, selbst wenn ich den glotzenden Gaffer noch so freundlich anlächle. Nachdem ich Familienvater mit drei prachtvollen Söhnen geworden war, sah sich gelegentlich auch die Familie insgesamt solchen Glotz-Attacken ausgesetzt, sodass sich meine Söhne manchmal vor mir postierten und demonstrativ zurückstierten – äußerst unangenehme Szenen! Eigentlich bietet mir nur die Faschingszeit willkommene Chancen, mich mit einem entsprechenden Kostüm gleichsam als Mensch ohne Handicap zu verkleiden. Ansonsten werde ich tagtäglich und überall als Contergan-Geschädigter „erkannt“. Gewiss, man kann dem hohen Wiedererkennungswert auch Vorteile abgewinnen. Viele Mitmenschen grüßen mich besonders freundlich und zuvorkommend, manchmal mit einem Hauch von „Mitleid“. Schmunzeln muss ich natürlich bei der Bemerkung, man habe mich „gleich am Gesicht“ wiedererkannt. Oft ist der Eindruck übermächtig, dass meine Zeitgenossen unsicher sind, wie sie überhaupt mit mir umgehen sollen, insbesondere was alltägliche Handreichungen und Hilfestellungen betrifft. Ich nehme gerne angemessene Hilfe an, lehne jedoch aufgedrängte Hilfe ab – vor allem, wenn sie mit unmittelbarer körperlicher Tuchfühlung verbunden ist. Als besonders angenehm empfinde ich es, wenn mir jemand Hilfe anbietet, mir aber die Entscheidung selbst überlässt, sie anzunehmen oder dankend abzulehnen.

Verwundert bin ich immer wieder darüber, dass mich meine Zeitgenossen manchmal nicht als vollwertigen Mitmenschen, sozusagen nicht als Ihresgleichen anzusehen vermögen. Es schmerzt und erschüttert mich, wenn ich im Restaurant häufig keine eigene Speisekarte vorgelegt erhalte, sondern der Kellner mit fragendem und unsicherem Blick allein auf meine Frau ausweicht. Wie selbstverständlich wird dann auch nicht mir, sondern meiner Frau die Rechnung präsentiert. Als völlig unangebracht empfinde ich es,

wenn in anderen Fällen ein besonders forschender Kellner meinen Geldbeutel einfach in die Hand nimmt, um sich das passende Geld herauszunehmen, ohne mich zu fragen. Kann das noch als gut gemeinte Hilfe verstanden werden? Es finden sich übrigens auch Mitmenschen – gottlob eher selten –, die mich unbedingt gern anfassen und mein Handicap hautnah erfühlen und abtasten wollen. Schon meine Eltern mussten sich gegen solche Peinlichkeiten wehren, als wildfremde Personen in den Kinderwagen greifen und mich anfassen wollten. Bei den üblichen Begrüßungen haben manche offenbar Angst, mir die (unterhalb des rechten Schultergelenks angewachsene) Hand zu geben oder gar zu schütteln, obwohl dies durchaus möglich wäre. Mein Handicap führt dazu, dass ich mich oft dazu erklären muss, dass ich mit der Hand nur bei Mundunterstützung zu schreiben vermag. Autofahren kann ich glücklicherweise durchaus, wenn auch nur mit einer besonderen, auch das linke Bein einbeziehenden Vorrichtung. Da mir meine oberen Extremitäten nahezu vollständig fehlen, müssen meine Familie, meine Freunde und ich oft kreativ werden und improvisieren: Ich kann als Sozius auf dem Motorrad mitfahren, nachdem mein Freund einen besonderen Gürtel als Sicherheitmittel „erfunden“ hat. Als zweiter Mann auf dem Surfbrett werde ich einfach mit einem Karabiner am Gabelbaum gesichert. Mich erfüllt es mit Stolz und Zufriedenheit, wenn ich mit der Hilfe und Geduld anderer und mit vielen „kreativen Lösungen“ doch weitgehend am sozialen Leben teilnehmen kann und ich beispielsweise am Ende einer anstrengenden Kletterei in der Seilschaft meiner Familie doch den Gipfel eines Berges erklommen habe.

Ich erlebe es als eine wichtige Maßnahme der Inklusion, dass Menschen mit Handicap „mitgenommen“ werden und sie daran teilhaben, gemeinsame Ziele zu erreichen. Dies gelingt natürlich nicht immer. Auch wenn sich manche Ziele für den Menschen mit Handicap später als unerreichbar erweisen mögen, ermutigt und stärkt doch immer anfangs der gemeinsame Wille zum Aufbruch in Richtung auf das Ziel, zumal eine Umkehr und ein Abbruch stets möglich bleiben. Denn es fällt andererseits ungemein schwer und bereitet große Schmerzen, wenn man als Behinderter von vornherein dazu abgestempelt wird, sich auf die Rolle des teilnahmslosen Zuschauers am Rand zu beschränken.

Alles in allem hatte ich großes Glück, dass ich in der Sonderschule, im Gymnasium und auch später an der Universität zu allermeist auf engagierte Lehrkräfte, Dozenten und Professoren stieß, die gemeinsam mit mir die Barrieren aufgrund meiner Schwerbehinderung einzuebnen bzw. aus dem Weg zu schaffen bereit waren. Diesen Aufgaben und ständigen Herausforderungen stellen sich nicht nur alltäglich meine Frau und meine Söhne, die mir seit vielen Jahren aufopferungsvoll beistehen, sondern seit meiner Schulzeit,

später im Studium und bis zum heutigen Tag im Berufsleben auch meine Freunde und meine Kollegen. Als Behinderter bin ich den Menschen unendlich dankbar, auf die ich mich jederzeit verlassen kann.

B. Meine Tätigkeit als Richter und akademischer Lehrer

Im Jahre 1991 trat ich als Richter auf Probe in den höheren Justizdienst des Landes Baden-Württemberg ein, um ab 1994 als Staatsanwalt auf Lebenszeit tätig zu sein und im Jahre 1995 zum Richter auf Lebenszeit ernannt zu werden. Seit 2009 verrichte ich als Zivilrichter am LG Konstanz meinen Dienst. Schon zu Beginn meiner richterlichen Tätigkeit hatte ich das Glück, einen Behördenleiter anzutreffen, der gleich einen behindertengerechten Arbeitsplatz für mich eingerichtet und mir sogar eine besondere Tonträger-Aufnahmeeinrichtung mit einer Fußschaltung besorgt hat, so dass ich dank dieser technischen Hilfsmittel genauso schnell Diktate erstellen kann wie meine Kollegen ohne Handicap. Ein anderer Behördenleiter hat mich bei meinem Berufseinstieg mit dem wohlthuenden Satz aufgemuntert: „Wenn man Sie auf die richtige Stelle setzt, funktionieren Sie wie ein Rädchen im Uhrwerk.“ Andererseits ist aber auch von einer „Führungsperson“ zu berichten, die mich mit dem weniger wohlthuenden Hinweis erschrak im Hinblick auf eine für mich völlig ungeeignete Stelle, meine behinderungsbedingt schweren Arbeitsbelastungen könne ich doch bestimmt gut kompensieren, da ich ja von Geburt an besondere Belastungen gewohnt sei. Dieses „Schlüssel-Erlebnis“ führte mir die herausragende Wichtigkeit der Hauptschwerbehindertenvertretung, der Vertrauensperson und damit der Interessenvertretung für Behinderte auch in der Justiz vor Augen, die später zu einem meiner Tätigkeitsschwerpunkte werden sollte.

Zugegeben: Als Richter mit offensichtlichem Contergan-Handicap fällt es mir oft leichter, unmittelbar und offen Fragen zu Behinderungen und Krankheiten von Beteiligten anzusprechen, während andere hier zuweilen scheu, zögerlich und zurückhaltend, manchmal regelrecht betreten und verlegen sind. So nehmen es mir auch Parteien und Anwälte nicht übel, wenn ich bei Themen, die mir gerade wegen meiner Behinderung weder fremd noch peinlich sind, unverhohlen und geradeheraus Stellung beziehe. Ich bin sehr erfreut und dankbar dafür, dass ich vom jetzigen Präsidenten meines Gerichts großartige Unterstützung erfahre, um auch im inzwischen fortgeschrittenen Alter mit meiner schweren körperlichen Behinderung eine letztlich „normale“ richterliche Tätigkeit als Richter einer Zivilkammer am LG Konstanz ausüben zu können. In der Justiz habe ich immer wieder äußerst hilfsbereite Kolleginnen und Kollegen angetroffen und viele wahre Freunde gewonnen, die mich

täglich zusammen mit meiner ausgezeichneten Assistenz bei meiner Arbeit tatkräftig unterstützen.

Seit vielen Jahren nehme ich neben meiner Richtertätigkeit einen Lehrauftrag an der Fakultät Bauingenieurwesen der Hochschule Konstanz – Technik, Wirtschaft und Gestaltung wahr, die mich im Jahre 2016 zum Honorarprofessor ernannt hat. Von 2000 bis 2004 war ich als abgeordneter Richter im Hochschuldienst am Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Konstanz tätig; dort hatte ich auch meinen „Dr. iur.“ mit einer Dissertation „Der befangene Zivilrichter“ gemacht. Ebenso wie der Richterberuf erfüllt mich auch meine akademische Lehrtätigkeit mit Befriedigung und Erfüllung. Meine körperliche Behinderung hat mich daran nie hindern können. So genoss ich stets das unschätzbare Glück, sowohl von der Professorenschaft als auch den Mitarbeitern der Dekanate Verständnis und Unterstützung zu erfahren. Zudem konnte ich die erbauliche Erfahrung machen, dass die meisten Studenten im Umgang mit Schwerbehinderten über eine erstaunliche soziale Kompetenz verfügen und stets zu entgegenkommenden Hilfestellungen bei der Überwindung der verschiedensten Barrieren bereit sind. Es ist eine feine Sache, dass ich mich vielfach mit Bitten, Aufforderungen oder Ermahnungen zu Hilfeleistungen zurückhalten kann und die Hilfe aus eigenem Antrieb kommt. Es ist ja einfach unzutreffend, wenn man gelegentlich – ob von Betroffenen oder Nichtbetroffenen – hört, dass schwerbehinderte Menschen in unserer Gesellschaft kaum mehr Einschränkungen im Leben erfahren. Die Wahrheit lautet: Es erfordert immer noch und immer wieder unendlich viel physische und psychische Kraft, tagtäglich mit den Einschränkungen etwa eines Contergan-Handicaps zu leben.

C. Meine Tätigkeit als Schwerbehindertenvertreter

Schon seit 2007 bin ich als Vertrauensperson der schwerbehinderten Richterinnen und Richter für den Bereich des OLG Karlsruhe der ordentlichen Gerichtsbarkeit und dann von 2011 bis Ende 2018 als erster Stellvertreter der Hauptvertrauensperson der Hauptschwerbehindertenvertretung in der ordentlichen Gerichtsbarkeit tätig gewesen. Im Februar 2019 bin ich zum ersten Stellvertreter der Hauptvertrauensperson der Hauptschwerbehindertenvertretung für den Richterbereich in der Justiz Baden-Württemberg gewählt worden. Ich wollte und will als selbst Schwerbehinderter nicht nur immer die Hilfe anderer entgegennehmen, sondern meine gleichfalls schwerbehinderten Kolleginnen und Kollegen mit meinem Wissen und meiner Erfahrung bei ihrer Tätigkeit unterstützen. Die einzelnen Schwerbehinderungen sind sehr vielfältiger Natur und jede einzelne weist ganz spezifische Bedarfslagen auf, für die nicht nur einfach „technische“, sondern oft kreative, intelligente sowie auf den Einzelfall zugeschnittene ausgewogene Lösungen gefunden werden müssen. So gibt es Menschen mit einer Seh-

behinderung, mit einer Gehörschädigung, Menschen im Rollstuhl etwa mit Muskelerkrankungen oder Menschen wie mich mit einer Schädigung der oberen Extremitäten; und es gibt auch Menschen mit Handicaps, bei denen die Einschränkungen nicht auf den ersten Blick erkennbar sind.

Die Schwerbehindertenvertretung ist die gewählte Interessenvertretung der schwerbehinderten und ihnen gleichgestellten Beschäftigten. Das Gesetz spricht im SGB IX von „Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen“. In Betrieben und Dienststellen, in denen wenigstens fünf schwerbehinderte Menschen nicht nur vorübergehend beschäftigt werden, ist neben der Schwerbehindertenvertretung (Vertrauensperson) wenigstens ein Stellvertreter zu wählen (§ 177 Abs. 1 SGB IX). Als Aufgabe definiert das Gesetz (§ 178 Abs. 1 SGB IX), die Eingliederung schwerbehinderter Menschen im Arbeitsleben im Betrieb oder in der Dienststelle zu fördern und deren Interessen zu vertreten. Schwerpunkt der Tätigkeit ist neben der Förderung auch, den schwerbehinderten Menschen helfend und beratend zur Seite zu stehen. Die Schwerbehindertenvertretung hat darüber zu wachen, dass die zugunsten der schwerbehinderten Menschen geltenden Gesetze, Verordnungen usw. eingehalten und erfüllt werden. Ferner hat sie Maßnahmen, die den schwerbehinderten Menschen dienen sollen, bei den zuständigen Stellen zu beantragen, Anregungen und Beschwerden von schwerbehinderten Menschen entgegenzunehmen und gegebenenfalls in ein Gespräch hierüber mit dem Arbeitgeber bzw. dem Behördenleiter einzutreten. Ferner ist es ihre Aufgabe, über den Abschluss einer Integrationsvereinbarung zu verhandeln, bei der Einführung und Umsetzung des betrieblichen Eingliederungsmanagements mitzuwirken und Beschäftigte bei der Antragstellung auf Anerkennung der Schwerbehinderteneigenschaft oder auf Gleichstellung zu unterstützen (§ 178 Abs. 1 S. 3 SGB IX).

In Baden-Württemberg gibt es nunmehr für den gesamten richterlichen Bereich aller Gerichtsbarkeiten eine Hauptvertrauensperson mit weiteren Stellvertretern. Auf örtlicher Ebene der ordentlichen Gerichtsbarkeit werden für beide OLG-Bezirke örtliche Vertretungen, das heißt, entsprechende Vertrauenspersonen mit Stellvertretern, gewählt. Wir Vertrauenspersonen aller Gerichtsbarkeiten arbeiten zum Teil schon seit mehreren Jahren vertrauensvoll und fachübergreifend als Team zusammen, ebenso mit den Vertrauenspersonen im nichtrichterlichen Bereich. Unsere Tätigkeit besteht zum einen darin, Anfragen von Kolleginnen und Kollegen im Zusammenhang mit der Schwerbehinderteneigenschaft zu beantworten und ihre Anliegen gegenüber der Verwaltung oder dem Justizministerium zu vertreten. Zum anderen geben wir auf Nachfrage von Gerichtsvorständen oder Verwaltungsleitern Auskünfte oder Ratschläge zu behindertenrelevanten Fragestellungen. Ferner werden wir

zu Maßnahmen des Justizministeriums angehört oder zu Stellungnahmen aufgefordert. Zudem nimmt die Schwerbehindertenvertretung an Einstellungsgesprächen des Justizministeriums mit behinderten Bewerbern teil, sofern diese nicht widersprechen. Schließlich beschäftigen sich die Vertrauenspersonen mit Themen wie dem Gesundheitsmanagement und dem betrieblichen Eingliederungsmanagement. Weiterhin begleiten wir auch Sitzungen des Präsidialrats, insbesondere bei Bewerbungen behinderter Kolleginnen oder Kollegen. Zudem nehmen die Vertrauenspersonen sowohl an den Sitzungen des Bezirksrichterrates, als auch an denen des Landesrichter- und Staatsanwaltsrates teil. Die Zusammenarbeit der Vertrauenspersonen mit diesen Gremien kann man nur als reibungslos und gedeihlich bezeichnen, ebenso wie die Zusammenarbeit der Vertrauenspersonen mit der Leitung der Oberlandesgerichte sowie deren Mitarbeiter. Dem Ministerium der Justiz und für Europa Baden-Württemberg ist das Thema Inklusion meiner Meinung nach sehr wichtig, was sich in einer produktiven Zusammenarbeit mit der Schwerbehindertenvertretung widerspiegelt. Aus meiner Sicht wird nicht nur über Inklusion gesprochen, sondern den Worten folgen auch Taten.

Insgesamt stehen also die Vertrauenspersonen nicht nur „im Gesetzesblatt“, sondern wirklich „im Leben“ und tragen in vielfältiger Weise mit dazu bei, die Einstellungssituation sowie die Arbeitsbedingungen der Schwerbehinderten zu verbessern. Natürlich gehört dazu auch der Einsatz für die Barrierefreiheit der alten und neu zu errichtenden Justizgebäude sowie bei der Einführung der e-Akte. Hier gibt es noch viel zu tun, bis jeder Mitarbeiter mit Handicap seinen Arbeitsplatz wirklich barrierefrei nutzen kann. Es darf nicht nur beschwörend über Inklusion „gesprochen“ werden; entscheidend ist vielmehr, dass den verständnisvollen Worten und ermunternden Absichtserklärungen auch entschlossene und mutige Taten folgen und die Arbeitsbedingungen der Menschen mit Handicap nachhaltig verbessert werden. Dabei bleibt auch die Politik in Deutschland gefordert, die sich schon vor zehn Jahren in der UN-Behindertenrechtskonvention zur Verwirklichung der Inklusion verpflichtet und Menschen mit Behinderung die Teilhabe in allen Bereichen der Gesellschaft zugesichert hat. Diese Umsetzung sollte nicht nur als Verpflichtung verstanden werden, sondern aus Überzeugung erfolgen.

Ich bin jetzt nicht mehr allzu weit von meinem Ruhestand entfernt. Nach meinen Erfahrungen im Leben und in der richterlichen Berufstätigkeit sowie in meinem Einsatz als Schwerbehindertenvertreter wünsche ich mir von der Gesellschaft und jedem einzelnen Mitmenschen einen respektvollen Umgang mit uns Behinderten, der von Empathie und Entgegenkommen geprägt ist. Man muss nicht nur die Augen, sondern eben auch die Tür für einen Behinderten öffnen.

Das chinesische Sozialpunktesystem für Einzelpersonen und Unternehmen – Funktionen, Sanktionen und Implikationen

Die deutsche Öffentlichkeit reagiert zu allermeist mit Schrecken und Entsetzen auf die Nachrichten über den fortschreitenden Ausbau des Social Credit Systems (SCS) in China. Es scheinen sich die schlimmsten Horrorvorstellungen von George Orwell zum totalitären Überwachungsstaat zu verwirklichen. Diese Sozialpunktesysteme gehen auf ein Regierungsprojekt von 2014 zurück, sollen nach der Beendigung ihrer Pilotphasen bis Ende 2020 weitgehend durchgesetzt werden und dabei nicht nur Privatpersonen (Individual SCS), sondern auch Unternehmen (selbst ausländische) erfassen (Corporate SCS). Mit besonderem Befremden hören wir, dass jedenfalls das private SCS von einer deutlichen Mehrheit der Bevölkerung als Instrument der Durchsetzung und Aufrechterhaltung eines sozialverträglichen Wohlverhaltens begrüßt werden soll, wenn man den Berichten vertrauen darf. Umgekehrt befürchten europäische Unternehmen in China vom Unternehmens-SCS massive Kostenlasten durch Aufgaben der Datenerfassung und -übermittlung für die Kontrollbehörden. Auch von Beeinträchtigungen ihrer Wettbewerbsfähigkeit gegenüber inländischen Unternehmen durch das System der Sanktionen und Privilegien ist die Rede. In dieser Lage fällt die Orientierung für ausländische Beobachter schwer. Eine Hilfestellung darf man sich von unserer Interviewpartnerin Dr. Madeleine Martinek versprechen, die in Peking lebt und bei der Deutschen Auslandshandelskammer (AHK) unter anderem deutsche Unternehmen berät. Sie spricht in diesem Interview nicht für die AHK in Peking, sondern nimmt zu den Fragen der Redaktion allein als Privatperson mit ihren persönlichen Einschätzungen Stellung.

JM: Wie lässt sich das SCS zunächst für Privatpersonen in seiner Zielsetzung und Wirkungsweise kurz beschreiben?

Martinek: Das SCS basiert in allen Anwendungsbereichen auf der Big-Data-Technologie, mit der das Fehlverhalten und das Wohlverhalten von Personen ständig erfasst und die gesammelten Informationen algorithmisch verarbeitet und bewertet werden, um daran Sanktionen oder Privilegien anzuknüpfen. Bei Privatpersonen konzentriert sich das SCS auf das negative oder positive Sozialverhalten im weiteren Sinne. Dies beginnt schon – negativ – bei Verstößen gegen Verkehrsregeln, gegen Vorschriften zur Mülltrennung und gegen Rauchverbote oder auch bei verspäteten Mietzahlungen oder Kaufpreis-Ratenzahlungen. Positiv wirken sich etwa ehrenamtliche Tätigkeiten wie Einsätze in der Altenbetreuung oder als Schülerlotse aus. Das Verhalten wird bis hin zur Videoüberwachung mit Gesichtserkennung städtischer Ampel-

anlagen oder Müllcontainer (so inzwischen in Shanghai) erfasst und in Scoring-Systemen der Datenbanken mit Minus- oder Pluspunkten ausgewertet. Je nach dem Gesamtergebnis darf bzw. muss man sich beispielsweise auf Reiseerleichterungen oder -erschwerungen im Bahn- und Flugverkehr einstellen; Millionen von Bahn- oder Flugtickets sind schon wegen eines ungünstigen Sozialpunktesaldos versagt worden. Auch mit geringeren oder höheren Steuersätzen, mit beschleunigter oder gedrosselter Internetgeschwindigkeit, mit günstigeren oder schlechteren Kreditbedingungen und etwa mit Visa-Erleichterungen oder -Versagungen darf oder muss man rechnen. Sogar die frühere oder spätere Zuteilung eines Kindergarten- oder Studienplatzes kann davon abhängen. Nicht zu vergessen: Das SCS wirkt nicht nur im Vertikalverhältnis zwischen Bürger und Staat; vielmehr können sich auch der Arbeitgeber, die Bank oder der Vermieter daran orientieren, weil der jeweilige Punktestand auf den Data-Websites allgemein zugänglich ist.

Wie kann man sich denn die angeblich hohe Akzeptanz in der Bevölkerung für ein derart totales Überwachungs- und Kontrollsystem erklären?

Diese ganz überwiegende Akzeptanz ist wohl tatsächlich feststellbar. Viele Chinesen fühlen sich durch das SCS nicht bedroht und eingeschränkt, sondern eher geschützt und behütet. Einen Teil der Erklärung kann man in der viertausendjährigen Entwicklungsgeschichte Chinas mit seiner feudalistisch-paternalistischen Tradition vermuten, in der sich womöglich das Gefühl und das Bewusstsein ausgeprägt haben, dass eine permanente Überwachung und Kontrolle des eigenen individuellen Daseinsvollzugs selbstverständlicher Bestandteil der natürlichen Ordnung von Staat und Ge-

RA'in Dr. Madeleine Martinek, LL.M. (Göttingen), LL.M. (Nanjing)



Leiterin Abteilung Recht u. Investment der Auslandshandelskammer Peking

Nach dem Abitur in Johannesburg hat Frau Martinek in Heidelberg, Göttingen, Nanjing und Berlin Rechtswissenschaft sowie chinesische Sprache und Kultur studiert und mit einer englischsprachigen Dissertation zum chinesischen Verfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht in Göttingen promoviert. Der Referendarzeit in Berlin folgten das zweite Staatsexamen und die Zulassung als Rechtsanwältin vor dem Beginn ihrer jetzigen Tätigkeit in Peking.

sellschaft, Wirtschaft und Verwaltung sei. Damit zusammenhängend wird der individuellen Privatsphäre des Menschen eine ungleiche geringere Bedeutung zugemessen als bei uns. Im Übrigen sind die Gründe der Akzeptanz des SCS vielschichtig. Natürlich wünscht man sich auch in China die Einhaltung eines sozialetischen Mindeststandards zur Gewährleistung eines gedeihlichen Zusammenlebens; auf ein christliches Fundament der Nächstenliebe abendländischer Tradition kann man dabei freilich nicht bauen, und auch die sozialetischen Grundlagen etwa des Konfuzianismus sind seit der maoistischen Kulturrevolution ziemlich verschüttet. Schließlich ist China ein Land ohne ein „Zeitalter der Aufklärung“ und ein atheisches Land. Die Allgegenwart der Closed Circuit Television (CCTV) stört hier jedenfalls kaum jemanden. Und allemal freut sich die gehbehinderte Oma darüber, dass ihr inzwischen in der U-Bahn ein Sitzplatz oder bei der Straßenüberquerung Hilfe angeboten wird, auch wenn sich der Wohltäter dabei in erster Linie fotografieren lassen und Sozialkreditpunkte sammeln will. Einen anderen Erklärungsansatz für die verbreitete Zustimmung der Bevölkerung zu SCS bieten vielleicht die Schwächen des chinesischen Polizei- und Justizsystems gerade im Bereich der Kleinkriminalität und der Ordnungsverstöße; man kann das SCS teilweise als Justizersatz für die Rechtsdurchsetzung verstehen.

Beim Stichwort Justizersatz merkt man als Jurist auf: Wäre es denn nicht viel sinnvoller und sogar billiger, eher auf Gesetz und Recht und auf eine rechtsstaatliche Verwaltung und Justiz zu bauen, um ein sozialverträgliches Wohlverhalten durchzusetzen, anstatt Milliarden in Überwachungskameras und Softwareprogramme zu investieren?

Das ist das nicht nur ein finanzielles Problem. China verfügt über unerhörte Potenziale und unermessliche Kapazitäten in der digitalen Technologie, aber vergleichsweise über wenig juristisches und justizielles Know-how sowie noch kaum über hinreichende Skills und Manpower für eine moderne Justizverwaltung. Der Aufbau eines professionell ausgebildeten Juristenstandes und eines verlässlichen Rechts- und Gerichtssystems nach rechtsstaatlichen Grundsätzen stehen noch am Anfang, wobei das chinesische Verständnis von Rechtsstaatlichkeit (rule of law) und von Gesetz und Recht nur wenige Verbindungslinien zu unseren europäischen Begrifflichkeiten und Werthaltungen aufweist. Bedenken Sie, dass die Jahrzehnte unter Mao Zedong nach marxistisch-kommunistischer Ideologie bewusst rechtsfeindlich und rechtszerstörerisch geprägt waren. Natürlich weiß man inzwischen längst über die Bedeutung des Rechts, des Vertrags, des Eigentums usw. in einer marktwirtschaftlichen Ordnung und in einer modernen Gesellschaft Bescheid, aber es fehlt noch an Erfahrung. Es ist in dieser Lage nachvollziehbar, dass China zur Bewältigung von sozialen Ordnungsaufgaben und

zur Verhaltenssteuerung eher auf seine unerschöpflichen Ressourcen in der digitalen Technologie als auf weniger vertraute Instrumente des Rechts zurückgreift, zumal das SCS wirklich unbestechlich erscheint – der Algorithmus arbeitet korruptionsfrei – und alle gleichbehandelt werden, arm und reich und auch die Parteimitglieder.

Worauf zielt das Corporate SCS ab und wie wirkt es sich auf deutsche Unternehmen aus?

Bei Unternehmen steht die Konformität des Wirtschaftsverhaltens mit den gesetzlichen Bestimmungen im Mittelpunkt, beginnend etwa mit der Einhaltung der steuerrechtlichen Erklärungsfristen bis hin zur Erfüllung von umweltschützenden Auflagen für die Emissionswerte von Produktionsstätten. Der kleine Restaurantbesitzer soll die Verfallsdaten der Lebensmittel beachten; der Importeur von Pharmazeutika soll die Zollvorschriften einhalten. Auch Unternehmen sollen „besser erzogen“ werden. Die Qualität der hergestellten Waren und erbrachten Dienstleistungen, Verstöße gegen wettbewerbsrechtliche Regelungen, die Preispolitik des Unternehmens – buchstäblich „alles“ soll in etwa 30 verschiedenen Kategorien erfasst und nach einer Vielzahl von Gesichtspunkten mit Plus- und Minuspunkten bewertet werden, woraus dann ein Gesamtergebnis gebildet wird. Es geht also nicht nur um „Compliance“. Wieder steckt dahinter eine Big-Data-Technologie des Monitoring und des Processing, des Sammelns und Auswertens gigantischer Datenbestände; all dies „in no time“.

Aus den SCS-Werten können sich dann für die Unternehmen Konsequenzen der „Bestrafung“ oder „Belohnung“, des Black- oder Redlisting, ergeben. Beispiele sind höhere oder geringere Steuersätze, Erleichterungen oder Erschwerungen bei der Kreditvergabe, der Benutzungsrechte für Grundstücke, des Marktzugangs für Waren und Dienstleistungen, Bevorzugung oder Benachteiligung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, häufigere oder laxere Kontrollen durch Finanz- oder Zollbehörden, strengere oder großzügigere Überwachung der Arbeitssicherheit und dergleichen; kurz: tausende Nadelstiche oder tausende Streicheleinheiten vom existenzbedrohenden Blacklisting bis zur öffentlichen Auszeichnung in „red lists“, je nach dem, was das System ausspuckt. Dabei sind natürlich die Unternehmens-SCS mit den Individual-SCS vernetzt, sodass für das Rating eines Unternehmens auch die individuellen Scores ihrer Direktoren und des mittleren Managements ausschlaggebend sein können – und umgekehrt.

Wie gelangen denn die unternehmensbezogenen Informationen in die Datenbanken und wie kann man sich deren Auswertung vorstellen?

Die Unternehmen selbst werden zur umfangreichen Erhebung interner Daten und deren Übermittlung an bestimm-

te Behörden verpflichtet. Ergänzt wird dies durch weitreichende Inspektionen on- und offline. Die regionalen und nationalen Behörden konsolidieren die Datenbestände, übermitteln sie an die National Credit Information Sharing Platform bzw. das National Enterprise Credit Information Publicity System (sog. Unternehmensregister), woraufhin das Processing und Rating im National Internet and Monitoring System erfolgt, das übrigens auch die Datenbestände aus den Social Media Networks und den E-Commerce Plattformen auswertet. Das Rating selbst basiert auf detaillierten regierungsbehördlichen Vorgaben und daran ausgerichteten Algorithmen. Mehr als 350 Verordnungen und Bekanntmachungen auf zentraler, nationaler Ebene und mehr als 1.000 Dokumente auf lokalen Ebenen behandeln die differenzierte Festsetzung der SCS-Standards für das Scoring und Rating. Über die verschiedenen Sanktionsmöglichkeiten (bislang noch weniger über Belohnungsinstrumente) haben sich die Behörden in Dutzenden von Memoranda of Understanding bereits weitgehend abgesprochen.

Wie weit ist das System denn schon gediehen? Wird es tatsächlich bis Ende 2020 vollständig implementiert sein?

Es ist jedenfalls zum Gutteil einsatzbereit und wird schon heute sehr spürbar umgesetzt. Man darf sich das Jahresende 2020 deshalb nicht als eine Art „Startschuss“ vorstellen. Das System ist längst angelaufen und wird auch in den nächsten Jahren oder Jahrzehnten immer weiter verfeinert und vervollkommen werden. Einen Weg zurück wird es nicht geben. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass wir uns in Europa zu Unrecht vorstellen, die Chinesen würden ihre Überwachungs- und Kontrollsysteme mit ihren Privilegien und Sanktionen rigoros und konsequent, rational und stringent anwenden und durchsetzen. Das ist keineswegs zu erwarten; das SCS wird nicht von Deutschen, sondern von Chinesen administriert. Die Riesenlücke, die in China zwischen der Idealwelt der normativen Regelungsprogramme und der Realwelt ihrer oft kümmerlichen Durchsetzungsergebnisse klafft, wird auch im Bereich der SCS unüberbrückbar bleiben, was einerseits die Rechtssicherheit weiter vermindert, andererseits viel Raum für Verständigungen und Verhandlungen lässt.

Sind denn die deutschen und die anderen ausländischen Unternehmen in China auf das Corporate-SCS ausreichend vorbereitet?

Die ausländischen Unternehmen sind natürlich alarmiert und versuchen kraftvoll, das System und die spezifischen Anforderungen zu verstehen, um sich darauf einzustellen. Sie bauen entsprechende Compliance-Strukturen

auf, identifizieren Risiken und versuchen, negative Bewertungen im Vorfeld abzufangen. Schon hat unter Wettbewerbern ein „Rennen“ um bestmögliche Scores und Ratings eingesetzt. Viel Zeit für die Vorbereitungen ist nicht mehr. Werden massive Regelverstöße aufgedeckt, droht schon bald eine Qualifizierung als „heavily distrusted entity“; und eine solches Blacklisting kann „richtig teuer werden“. Schon der Aufbau eines Compliance-Apparats, der für den Umgang mit dem Corporate-SCS und seinen ständig wechselnden Anforderungen erforderlich ist, bedeutet vor allem für kleine und mittlere Unternehmen einen erstrangigen Kostenfaktor. Dies werden vielleicht nicht alle Unternehmen überleben, was sich gegebenenfalls auf komplette Wertschöpfungsketten auswirken kann: Wenn der kleine Zulieferbetrieb unter der Kostenlast in Insolvenz gerät, können bald auch der Assembler und Downstream Producer sowie schließlich seine Vertriebsorganisation gefährdet sein. Es kann also eng werden. Andererseits erscheinen starke internationale Unternehmen mit ihren Compliance-Abteilungen gut aufgestellt, um in den Ratings ordentlich abzuschneiden. Jedenfalls kommt auf die Unternehmen eine Lawine von Compliance-Aufgaben mit umfangreichen Datenerfassungen und -übermittlungen in bisher nicht bekanntem Ausmaß zu.

Müssen deutsche und andere ausländische Unternehmen nicht Diskriminierungen gegenüber chinesischen Unternehmen durch das SCS befürchten?

Dies ist derzeit nicht erkenn- und erwartbar, auch wenn das Unternehmens-SCS potenziell diskriminierend gehandhabt und zur übermäßigen Disziplinierung ausländischer und zur Privilegierung inländischer Unternehmen eingesetzt werden könnte. Im Kern jedoch versteht sich das Unternehmens-SCS als ein neues Regime des Marktzugangs und des Marktverhaltens, das für inländische und ausländische Unternehmen im Grundsatz (es gibt auch Abweichungen) gleichermaßen Geltung beansprucht. Nur Unternehmen, inländische und ausländische, die hinsichtlich der Verhaltensstandards nachweisbar „vertrauenswürdig“ (trustworthy) sind und bleiben, soll der Zugang zum chinesischen Markt und die Teilhabe daran gestattet sein. Vielleicht werden damit eher frühere diskriminierende Praktiken und Marktzutrittschranken (joint venture-Restriktionen, Investitionskataloge, branchenspezifische Negativlisten) abgebaut, womit sich China internationalen Unternehmen weiter öffnen würde. Wer die – allerdings sehr anspruchsvollen – Spielregeln einhält, ist hier willkommen.

Vielen Dank, Frau Dr. Martinek, für dieses Gespräch.

Das Interview wurde geführt von der JM-Redaktion.

Dr. Steffen Wesche, M.A.



Vorsitzender Richter am Landgericht

Dr. Wesche ist Vorsitzender einer Kammer für Handelssachen am Landgericht Karlsruhe sowie Güterichter. Nach einem Jahr als Gastwissenschaftler an der Columbia University (NYC), Magister in Philosophie und juristischer Dissertation ist er seit 2001 in der Justiz, nebst einer

Abordnung an das Bundesverfassungsgericht. Veröffentlichungen zu rechtsphilosophischen Themen sowie unter anderem zum Güterichterverfahren, dessen Implementation er in Baden-Württemberg betreibt.

Dr. Jutta Hartmann



Justiziarin in der Bundesgeschäftsstelle des Deutschen Mieterbundes

Nach dem Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Trier und Referendariat in Hessen und Berlin wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Artz an der Uni Bielefeld und Promotion zu einem mietrechtlichen Thema. Seit 2012 ist Frau Hartmann Justiziarin in der Bundesgeschäftsstelle des Deutschen Mieterbundes. Weiterhin ist sie Autorin diverser Veröffentlichungen in mietrechtlichen Fachpublikationen.

Dr. Jessica Niehaus



Richterin am Verwaltungsgericht

Nach dem Studium der Rechtswissenschaften in Mainz und Paris als Rechtsanwältin in der Wirtschaftskanzlei Gleiss Lutz von 2012 bis Ende 2014 beschäftigt. Nach der Promotion an der Universität Mainz folgte Ende 2014 der Wechsel in die hessische Justiz. Dort ist Frau

Niehaus als Richterin zunächst in der Zivilgerichtsbarkeit und seit 2015 in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, derzeit am Verwaltungsgericht Frankfurt, tätig.

IMPRESSUM

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

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

Weiterer aufsichtsführender Richter am AG a. D. Dr. Wolfram Viefhues, Oberhausen

Redaktion: Ass. iur. Daniel Schumacher

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

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

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

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

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

Bestellungen: Über jede Buchhandlung und beim Verlag

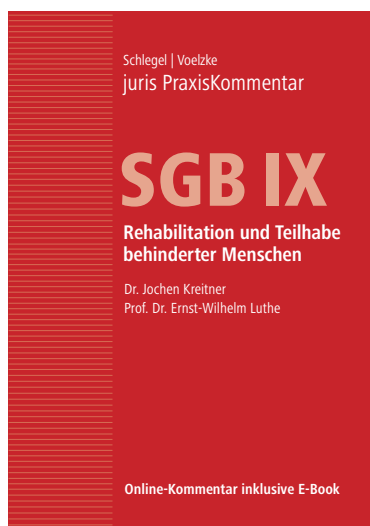
Satz: Datagroup Int., Timisoara

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

ISSN: 2197-5345

7. Jahrgang

juris PraxisKommentar SGB IX Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, 3. Auflage online



Bereits über 300 Aktualisierungshinweise zu Rechtsprechung, Literatur und Gesetzgebung seit Erscheinen der Neuauflage.

Neu: Das zum 01.01.2020 aus dem SGB XII in das SGB IX integrierte Recht der Eingliederungshilfe ist bereits berücksichtigt!

Der juris PraxisKommentar SGB IX bietet eine umfassende und stets aktuelle Erläuterung der Vorschriften des Rehabilitationsrechts, des neuen Teilhaberechts und des Schwerbehindertenrechts. Das Bundesteilhabegesetz ist bereits berücksichtigt. Die 3. Auflage kommentiert das SGB IX nach seiner strukturellen und inhaltlichen Neufassung durch das Bundesteilhabegesetz (BTHG) zum 01.01.2018. Diese Reform stellt die umfassendste Änderung des SGB IX seit dessen Einführung im Jahr 2001 dar.

Inklusion, Gleichbehandlung und Selbständigkeit; der Schutz und der Anspruch von Menschen mit Behinde-

rung oder von Behinderung bedrohter Menschen auf Teilhabe am gemeinschaftlichen und beruflichen Leben: die Begriffe zeigen die Themenvielfalt des SGB IX auf, das sozialrechtliche und arbeitsrechtliche Themen weit über ein reines Leistungsgesetz hinaus miteinander verbindet.

Kommentierter Gesetzesstand:

- Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen (BTHG) vom 23.12.2016 (BGBl I 2016, 3234): Die zum 01.01.2020 durch das Bundesteilhabegesetz erfolgten Änderungen sind bereits berücksichtigt: Die Vorschriften des Rechts der Eingliederungshilfe werden nun im juris PraxisKommentar SGB IX (§§ 90 – 122 SGB IX) kommentiert.
- Gesetz zur Änderung des Bundesversorgungsgesetzes und anderer Vorschriften (BVGuaÄndG 2017) vom 17.07.2017 (BGBl I 2017, 2541)
- Gesetz zur Durchführung von Verordnungen der Europäischen Union zur Bereitstellung von Produkten auf dem Markt und zur Änderung des Neunten und Zwölften Buches Sozialgesetzbuch (EGVenDG/SGB92018u12ÄndG) vom 18.04.2019 (BGBl I 2019, 473).

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

Bandherausgeber:

Dr. Jochen Kreitner, Vors. Richter am Landesarbeitsgericht, Köln; Prof. Dr. Ernst-Wilhelm Luthé, Direktor des Instituts für angewandte Rechts- und Sozialforschung, Ostfalia, Hochschule für angewandte Wissenschaften, Braunschweig/Wolfenbüttel; Universität Oldenburg

1 – 3 Nutzer ab 12,00 € / Monat*

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

www.juris.de/sgbix

Neues aus der Recherche: Erweitertes Binneninhaltsverzeichnis

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

Webinare

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

Einführungs-Webinar

15.01.2020, 14:00 – 15:00 Uhr

30.01.2020, 11:00 – 12:00 Uhr

12.02.2020, 14:00 – 15:00 Uhr

27.02.2020, 14:00 – 15:00 Uhr

11.03.2020, 11:00 – 12:00 Uhr

26.06.2020, 14:00 – 15:00 Uhr

Fortgeschrittenen-Webinar

10.01.2020, 10:00 – 11:00 Uhr

13.02.2020, 14:00 – 15:00 Uhr

05.03.2020, 10:00 – 11:00 Uhr

Zur Terminübersicht und gratis Anmeldung:

www.juris.de/webinare

Informationsveranstaltungen

Von Ihrem juristischen Informationsdienst erwarten Sie als Rechtsprofi nicht nur verlässliche und aktuelle Suchergebnisse, sondern auch maximale Effizienz bei der Nutzung der Datenbank. Damit Sie das Potential der juris Recherche optimal ausnutzen und funktionelle Neuerungen kennenlernen können, bieten wir regelmäßig Informationsforen in wechselnden Städten an. An Ihrer praktischen Anwendungssituation orientiert, zeigen Ihnen zwei unserer juristisch ausgebildeten und qualifizierten Referentinnen und Referenten, wie Sie Ihre Rechtsfragen mit Hilfe der juris Recherche schnell und gezielt lösen. Das Forum versteht sich auch als Raum für Ihre Fragen und Anregungen.

Die Themenschwerpunkte

- Intelligenter suchen: Tipps und Tricks für präzise Treffer
- Individueller anpassen: Personalisierung entsprechend Ihrer Bedürfnisse
- Immer auf dem Laufenden bleiben:
- Suchprofile und Informationsdienste per E-Mail
- Neue Inhalte: Verlagsinhalte der führenden jurisAllianz Partner

19.02.2020 Dresden, Intercity

09:30 – 12:00 Uhr

13:30 – 16:00 Uhr

11.03.2020 Saarbrücken, SZ-Forum

09:30 – 12:00 Uhr

25.03.2020 Berlin, Maritim Hotel Berlin

09:30 – 12:00 Uhr

13:30 – 16:00 Uhr

Die Teilnahme ist kostenlos. Eine Anmeldung an informationsforum@juris.de empfiehlt sich.

Herberger | Martinek | Rüßmann | Weth | Würdinger
juris PraxisKommentar

BGB

Familienrecht

Dr. Wolfram Viefhues

Online-Kommentar
inkl. E-Book!

NEU: Band 4 Familienrecht – 9. Auflage!

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

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

www.juris.de/bgb4

Ständige Aktualisierung

juris[®] Das Rechtsportal

STAUDINGER BGB

STAUDINGER Online
exklusiv bei juris!

Zu Recht auf unserer Seite

Nur bei juris recherchieren Sie im STAUDINGER Online. Durch die umfassende Verlinkung mit der kompletten juris Datenbank und monatliche Aktualisierungen arbeiten Sie stets rechtssicher.

Neben der Gesamtausgabe sind auch folgende Pakete im Teilabonnement erhältlich:

- STAUDINGER Online Bankrecht
- STAUDINGER Online Immobilienrecht
- STAUDINGER Online Kreditsicherheiten
- STAUDINGER Online Miet- und WEG-Recht

Jetzt gratis testen!

www.juris.de/staudinger

ab **21,00 €**/Monat *

* Preis für STAUDINGER Online Bankrecht pro Monat für den 1. Nutzer zzgl. MwSt., 12-Monats-Abo

juris[®] Das Rechtsportal