

dazu, was aber Zufallsfunde in dieser Hinsicht nicht ausschließt. Jedoch beschränkt § 7 IV 2 G 10 die Übermittlung von im Rahmen der Strategischen Kontrolle erlangten Erkenntnissen des BND an die Strafverfolgungsbehörden auch auf einen enumerativ gefassten Katalog von Delikten. Steuerhinterziehung ist in diesem Deliktskatalog nicht enthalten.

#### IV. Fazit

Im Besteuerungsverfahren ist weder das Abhören der Telekommunikation noch die Verwertung von Erkenntnissen aus der Überwachung der Telekommunikation aus anderen Verfahren wie dem Strafverfahren zulässig. Auch im Strafverfahren lässt der Verdacht der Steuerhinterziehung (§ 370 AO) eine TKÜ (§ 100 a StPO) nicht zu; dieser Ausschluss einer TKÜ bei Steuerhinterziehung gilt mit Ausnahme der Konstellation fortgesetzt-bandenmäßiger Verkürzung von Umsatz-

oder Verbrauchssteuern auch für besonders schwere Fälle (§ 370 III AO). Bei sonstigen Steuerdelikten ist eine TKÜ nur bei gewerbsmäßigem, gewaltsamem und bandenmäßigem Schmuggel (§ 373 AO) oder gewerbsmäßiger oder bandenmäßiger Steuerhehlerei (§ 374 II AO) vorgesehen. Jedoch ist nicht ausgeschlossen, dass es bei einem engen sachlichen Zusammenhang einer Steuerhinterziehung mit einer der Katalogtaten des § 100 a II StPO zu einer Verwertung von TKÜ-Erkenntnissen in einem Strafverfahren wegen Steuerhinterziehung kommt. Diese Grundsätze gelten entsprechend bei Abhörmaßnahmen ausländischer Staaten, die ihre Erkenntnisse an deutsche Strafverfolgungsbehörden weitergeben. Eine Auskunft über Verkehrsdaten (Telekommunikationsverbindungsdaten) an die Strafverfolgungsorgane setzt nach § 100 g StPO eine Straftat von erheblicher Bedeutung voraus, die nach hier vertretener Auffassung erst ab einem Schadensumfang von 1 Mio. Euro zu bejahen ist. ■

## Zur Rechtsprechung

Professor Dr. Johanna Hey\*

### Verbot rückwirkender Klarstellung als Weg zu besserer Gesetzgebung?

#### I. Fehleranfälligkeit moderner Gesetzgebung

Der moderne Gesetzgeber arbeitet unter Zeitdruck und mit einem enormen Gesetzesausstoß. Das stetige Anschwellen des Bundesgesetzblatts<sup>1</sup> belegt die Produktivität. Dass dabei Fehler passieren, liegt auf der Hand. Die Klage über die schlechte Qualität der Gesetzgebung ist Legion.<sup>2</sup> Dabei geht es nicht nur um Gesetzgebungsaktionismus oder die abnehmende Fähigkeit zu Abstraktion, sondern auch um handwerkliche Fehler, Ungenauigkeiten in den Formulierungen, zu eng oder zu weit gefasste Tatbestandsmerkmale, übersehene Folgeanpassungen in anderen Gesetzen, ins Leere gehende Verweisungen. Verständlicherweise sinnt der Gesetzgeber dann auf Nachbesserung, weshalb gerade größere Gesetzesvorhaben häufig sogar mehrere Korrekturgesetze nach sich ziehen. Die entscheidende Frage ist, ob dies zum Nachteil der Bürger auch rückwirkend geschehen darf. Darf der Gesetzgeber fehlerhafte Gesetze mit echter Rückwirkung für bereits abgeschlossene Sachverhalte im Nachhinein reparieren?

#### II. Der Anlassfall

Über diese sehr grundsätzliche Frage hat der *Erste Senat* des *BVerfG* mit Beschluss vom 17.12.2013 entschieden und dabei den Schutz des Bürgers für eine der wichtigsten Fallgruppen *echter Rückwirkung* – die rückwirkende gesetzgeberische Klarstellung – erheblich gestärkt. Anlass war eine steuerrechtliche Rückwirkung. Die Entscheidung trifft aber allgemeine, weit über das Steuerrecht hinausreichende Aussagen,<sup>3</sup> die freilich im *Senat* umstritten waren, wie das Abstimmungsergebnis der mit 5:3 Stimmen ergangenen Entscheidung und das scharf formulierte Sondervotum von *Masing* zeigen.

Das Verfahren drehte sich um die Frage, ab welchem Zeitpunkt das durch Steuersenkungsgesetz vom 23.10.2000<sup>4</sup> eingeführte und seit 2002 geltende Verbot von Teilwertabschreibungen (§ 8 b III KStG) auch für Kapitalanlagegesellschaften gilt. Eine ausdrückliche Verweisung war im streitgegenständlichen Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften (KAGG) nicht enthalten. § 40 a I 1 KAGG in der Fassung des Steuersen-

kungsgesetzes vom 23.10.2000 verwies lediglich auf den Absatz 2 von § 8 b KStG, der Einkünfte aus Beteiligungsveräußerung von der Steuer befreit, nicht jedoch auf Absatz 3. Dabei wird die in Absatz 3 verfügte Unbeachtlichkeit von Gewinnminderungen als Kehrseite zu der in § 8 b II KStG geregelten Steuerfreiheit für Veräußerungsgewinne verstanden.<sup>5</sup> Erst mit dem Gesetz zur Umsetzung der Protokollerklärung der Bundesregierung zur Vermittlungsempfehlung zum Steuervergünstigungsabbaugesetz vom 22.12.2003<sup>6</sup> wurde § 8 b III KStG in § 40 a I 2 KAGG ausdrücklich für anwendbar erklärt, und zwar gem. § 43 XVIII KAGG für „alle Veranlagungszeiträume ..., soweit Festsetzungen noch nicht bestandskräftig sind“, folglich mit unbegrenzter Rückwirkung. Nach Auffassung des Gesetzgebers handelte es sich um eine „redaktionelle Klarstellung“.<sup>7</sup>

Die Frage der Auslegung von § 40 a I KAGG sowie der Einordnung der rückwirkenden Einfügung von Satz 2<sup>8</sup> hatte die Ebene des *BFH* noch nicht erreicht und war unter den Finanzgerichten umstritten.<sup>9</sup> Das *FG Münster* rief daraufhin in

\* Die Autorin ist Direktorin des Instituts für Steuerrecht an der Universität zu Köln. – Besprechung von *BVerfG*, Beschl. v. 17.12.2013 – 1 BvL 5/08, NVwZ 2014, 577 = NJW 2014, 1581 Ls. (unter Nr. 2 in diesem Heft).

1 1960: 1092 Seiten; 1980: 2356 Seiten; 2013: 4388 Seiten.

2 Für eine systematische Analyse s. *Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988; *Groll*, In der Flut der Gesetze, 1985.

3 Vgl. auch die abweichende Meinung *Masing*, NVwZ 2014, 583: „Entgegen ihrem ersten Anschein betrifft die Entscheidung nicht fachrechtliche Spezialprobleme, sondern grundsätzliche Fragen zur Reichweite der Gestaltungsbefugnis des Gesetzgebers für unklare, offengebliebene Rechtsfragen der Vergangenheit.“

4 BGBl. I 2000, 1433.

5 BT-Drs. 14/2683, 124.

6 BGBl. I 2003, 2840.

7 BT-Drs. 15/1518, 17.

8 Verfassungswidrigkeit für den Veranlagungszeitraum 2003 abgelehnt von *FG Nürnberg*, EFG 2010, 163 = BeckRS 2009, 26027880.

9 Die Anwendung von § 8 b III KStG bejahend *FG München*, EFG 2008, 991 = BeckRS 2008, 26024940; EFG 2009, 1053 = BeckRS 2009, 26027056; offengelassen von *BFH*, BStBl. II 2011, 229 = DStRE 2010, 282.

einem den Veranlagungszeitraum 2002 betreffenden Verfahren das *BVerfG* an.

### III. Unterscheidung zwischen konstitutiven und deklaratorischen Klarstellungen

Dass der am 27.12.2003 verkündete § 43 XVIII KAGG für den dem Streitfall zu Grunde liegenden Veranlagungszeitraum 2002 echte Rückwirkung entfaltet, weil ein bereits entstandener Steueranspruch verschärft und damit in einen abgeschlossenen Sachverhalt eingegriffen wird, war nicht weiter problematisch. Fraglich war jedoch, ob es sich überhaupt um eine rückwirkende Verschärfung der Rechtslage handelt oder ob hier nur formulierungstechnisch klargestellt wurde, was von Anfang an galt. Das *BVerfG* unterscheidet insofern zwischen verfassungsrechtlich unproblematischen formellen Rückwirkungen und Rückwirkungen in „materiell-rechtlicher Hinsicht“.<sup>10</sup> Das Rückwirkungsverbot greift nur dann ein, wenn die Gesetzesänderung die Rechtslage zu Lasten des Bürgers *umgestaltet*. Die Unterscheidung ist von immenser Bedeutung, weil der Gesetzgeber für rein deklaratorische Rechtsänderungen mit Vergangenheitswirkung keinerlei Rechtfertigung bedarf.

Hier findet sich die erste Weichenstellung der Besprechungsentscheidung. Der KAGG-Beschluss macht unmissverständlich deutlich, dass zum einen nicht der Gesetzgeber, sondern die für die Rechtsanwendung zuständigen Gerichte entscheiden, ob eine Gesetzesänderung deklaratorisch ist.<sup>11</sup> Die beliebte Bagatellisierung in Gesetzesbegründungen,<sup>12</sup> eine Änderung sei „rein klarstellend“, diene lediglich der Beseitigung redaktioneller Fehler, hat keine Rechtswirkung. Zum anderen wird der Bereich deklaratorischer Änderung sehr eng gezogen. Sobald die ursprüngliche Gesetzesfassung Anlass zu Auslegungszweifeln gibt, was sich etwa in abweichenden ersten Entscheidungen der Instanzgerichte dokumentiert, wirkt der nachträgliche Eingriff des Gesetzgebers konstitutiv. Welche Auslegung „richtig“ ist, bleibt außer Betracht, solange unterschiedliche Auslegungsergebnisse vertretbar sind. Der Gesetzgeber ist nicht berechtigt, seine Interpretation rückwirkend durch eine Gesetzesänderung durchzusetzen, die andere Auslegungen unmöglich macht. Ein derartiges Recht zu „authentischer Interpretation“<sup>13</sup> ist mit der Funktionsordnung des Grundgesetzes, die die Aufgabe der letztverbindlichen Gesetzesauslegung in Art. 92 GG der Judikative zuweist, unvereinbar. Der Gesetzgeber, der mit einem rückwirkenden Interpretationsgesetz eine *mögliche* Interpretation der Ursprungsfassung festschreibt und andere zuvor vertretbare Auslegungsergebnisse unmöglich macht, greift gestaltend, das heißt konstitutiv, in den der Judikative vorbehaltenen Auslegungsprozess ein.<sup>14</sup>

### IV. Rechtfertigung konstitutiv wirkender Klarstellungen

#### 1. Über das bloße Klarstellungsinteresse hinausgehender Rechtfertigungsbedarf

Aus der ersten Weichenstellung für eine konstitutive Rechtsänderung folgt die Notwendigkeit zur Rechtfertigung rückwirkender Gesetzgebung anhand allgemeiner Maßstäbe. Das Klarstellungsinteresse setzt den Rechtfertigungsmaßstab nicht herab.<sup>15</sup> Ausgehend von einem grundsätzlichen Verbot echter Rückwirkung akzeptiert das *BVerfG* Eingriffe in abgeschlossene Sachverhalte nur, wenn die Änderung vorhersehbar war, so dass nicht auf den Fortbestand der günstigeren Rechtslage vertraut werden konnte,<sup>16</sup> oder wenn überwiegende Gründe des Gemeinwohls sie erzwingen.<sup>17</sup>

#### 2. Unklare und verworrene Rechtslage

Am ehesten kam hier die Fallgruppe fehlenden Vertrauens infolge einer unklaren und verworrenen Rechtslage<sup>18</sup> in Betracht. Es handelt sich um einen Sonderfall des fehlenden Vertrauens, bei dem es nicht darum geht, ob die Gesetzesunterworfenen mit einer rückwirkenden Rechtsänderung rechnen mussten, sondern es fehlt von vornherein an einer geeigneten Grundlage, anhand derer sich Gesetzesvertrauen bilden könnte. Zum Einsatz gekommen ist dieser Ausnahmetatbestand nur in den Anfangsjahren der Bundesrepublik im Zusammenhang mit rückwirkenden Maßnahmen zur Bewältigung der Kriegs- und Nachkriegswirren.<sup>19</sup> Seine Problematik liegt vor allem darin begründet, dass eine derart unklare und verworrene Rechtslage mit den Anforderungen eines Rechtsstaats in Normallage unvereinbar ist. Dieses Defizit würde sich dann gleich doppelt zu Lasten des Bürgers auswirken, indem der Gesetzgeber zum einen geeignete Rechtsgrundlagen vorenthält, zum anderen derartige Rechtsgrundlagen im Nachhinein zu Lasten des Bürgers schaffen darf.<sup>20</sup> Richtigerweise muss der Gesetzgeber, wenn es ihm nicht gelingt, hinreichend bestimmte Eingriffsgrundlagen zu schaffen, für die Vergangenheit ganz auf den Eingriff verzichten.<sup>21</sup> Die unklare und verworrene Rechtslage ist so zu behandeln, als habe es kein Gesetz gegeben. Genauso wie die erstmalige Schaffung von Eingriffsgrundlagen auf die Zukunft beschränkt ist, kann das zur Handlungsanleitung und damit als Vertrauensgrundlage ungeeignete Gesetz nur mit Wirkung für die Zukunft nachgebessert werden.<sup>22</sup>

Auslegungsbedürftigkeit, auch Auslegungsschwierigkeiten führen indes ohnehin nicht dazu, dass die Rechtslage derart unklar und verworren ist, dass der Gesetzgeber zu rückwirkender Klarstellung berechtigt ist.<sup>23</sup> Der KAGG-Beschluss macht deutlich, dass ein kategorialer Unterschied zwischen einer völlig unverständlichen, nicht auslegungsfähigen und einer auslegungsbedürftigen Rechtslage besteht. Die Auslegungsbedürftigkeit steht der Bildung von Vertrauen nicht entgegen und zwar unabhängig davon, ob sich bereits eine gefestigte Rechtsprechung herausgebildet hat. Andernfalls

10 *BVerfG*, NVwZ 2014, 577 (578 unter B II 1 b u. 2 a).

11 Dies kann durchaus auch dazu führen, dass eine vom Gesetzgeber als konstitutiv bezeichnete Gesetzesänderung fachgerichtlich – weil sie eine bereits zuvor praktizierte Auslegung festschreibt – als nur deklaratorisch eingestuft wird, vgl. *BVerfG*, HFR 2012, 545 (547) = BeckRS 2012, 48172.

12 Kritisch mit Nachweisen dieser Begründungspraxis Hey, Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem, 2002, 368; dies., DStJG 27 (2004), 91 (98).

13 Grundlegend zu Begriff und Historie Meyer in FS 50 Jahre BSG, 2004, 221.

14 Treffend Birk, FR 2014, 338.

15 *BVerfGE* 126, 369 (392) = BeckRS 2010, 52581 = NJW 2010, 3705 Ls.: „Eine durch einen Interessenkonflikt zwischen Gesetzgeber und Rechtsprechung ausgelöste Normsetzung ist nicht anders zu beurteilen als eine durch sonstige Gründe veranlasste rückwirkende Gesetzgebung.“

16 Dies ist die Grundlage der ständigen Rspr., wonach das Vertrauen ab dem Beschluss des neuen Gesetzes im Bundestag grds. entfallen soll, vgl. etwa *BVerfGE* 13, 261 (272) = NJW 1962, 291; *BVerfGE* 97, 67 (87) = NJW 1998, 1547; dagegen Hey, NJW 2007, 408.

17 *BVerfGE* 97, 67 (79 ff.) = NJW 1998, 1547.

18 *BVerfGE* 13, 261 (272) = NJW 1962, 291; *BVerfGE* 18, 429 (439) = NJW 1965, 1267; *BVerfGE* 30, 367 (388) = NJW 1971, 309.

19 Schön, FS J. Lang, 2010, 221 (227).

20 Hey, DStJG 27 (2004), 91 (101 f.); ähnlich Schön (o. Fn. 19), 221 (226) für die Fallgruppe der rückwirkenden Korrektur verfassungswidriger Gesetze.

21 Insofern überzeugt der Einwand von Masing im Sondervotum zu *BVerfG*, NVwZ 2014, 577 (588 unter IV 3), dass es nicht sein kann, dass die größere Unklarheit zu einer rückwirkenden Korrektur berechtigen soll, die bloße Auslegungsbedürftigkeit dagegen nicht.

22 Ausführlich Hey (o. Fn. 12), 305.

23 *BVerfGE* 126, 369 (393 f.) = BeckRS 2010, 52581 = NJW 2010, 3705 Ls.; Mellinghoff, DStJG 27 (2004), 25 (36).

könnte der Gesetzgeber in den Anfangsjahren einer gesetzlichen Regelung unter Berufung auf die regelmäßig entstehenden Auslegungsprobleme stets mit Rückwirkung durch belastende Klarstellungen eine für den Bürger ungünstige Auslegung durchsetzen.<sup>24</sup> Scharf erkennt der KAGG-Beschluss, dass ein Rückwirkungsverbehalt bei Auslegungsbedürftigkeit Gefahr liefe, das gesamte Gebäude des rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes einstürzen zu lassen, da die Auslegungsbedürftigkeit von Normen den Regelfall darstellt.

### 3. Erkennbar systemwidrige bzw. verfassungswidrige Rechtslage

Der vorliegende Fall warf darüber hinaus die Frage nach der Zulässigkeit von Rückwirkungen auf, wenn das bisherige Recht in einem Maße systemwidrig und unbillig ist, dass ernsthafte Zweifel an seiner Verfassungsmäßigkeit bestehen.<sup>25</sup> Angesichts des logischen Zusammenhangs zwischen der Steuerfreiheit von Veräußerungsgewinnen und der Unbeachtlichkeit von Wertminderungen („Kehrseitenbetrachtung“)<sup>26</sup> war fraglich, ob die Steuerpflichtigen nicht hätten erkennen müssen, dass nicht nur § 8 b II KStG, auf den § 40 a I 1 KAGG von Anfang an verwies, gelten würde, sondern auch § 8 b III KStG. Muss man von einem Gesetzesanwender, insbesondere wenn es sich um eine Spezialistenmaterie wie das Recht institutioneller Kapitalanlagen handelt, nicht erwarten, dass er das Recht zu Ende denkt, sich nicht dümmer stellt, als er ist? Hier geht es um die Frage, zu wessen Lasten erkennbare Fehler des Gesetzgebers gehen.

Im Ergebnis konnte das *BVerfG* diese Frage offenlassen, da die fehlende Verweisung im vorliegenden Fall jedenfalls nicht evident systemwidrig oder unbillig war, denn der unvollständige Verweis führte nicht etwa dazu, dass Gewinne bei gleichzeitiger steuermindernder Wirkung von Teilwertabschreibungen steuerfrei realisiert werden konnten. Vielmehr war von dem von Anfang an enthaltenen Verweis auf § 8 b II KStG auch dessen Satz 2 umfasst, der die Anwendung der Veräußerungsgewinnbefreiung in dem Umfang ausschließt, in dem der Anteil in früheren Jahren steuerwirksam auf einen niedrigeren Teilwert abgeschrieben wurde. Es kam damit gar nicht zu einer Doppelbegünstigung, an deren Billigkeit die Rechtsunterworfenen tatsächlich hätten zweifeln müssen. Damit wird zugleich deutlich, dass – entgegen der im Sondervotum von *Masing* geäußerten Auffassung<sup>27</sup> – einfache Ungleichbehandlungen, wie sie hier zwischen Körperschaften und Kapitalanlagegesellschaften im Sinne des KAGG auftraten, auch wenn für sie kein Grund erkennbar ist, das Maß an Offensichtlichkeit, das einer Bildung von Vertrauen entgegensteht, nicht erreichen.<sup>28</sup> Dies ist nur sachgerecht, denn warum sollte man das Gesetzgebungscontrolling, das ureigene Sache des Parlaments und der dieses unterstützenden Fachministerien ist, dem Bürger auferlegen?

### V. Grundsätzliche Schlussfolgerungen für das Rückwirkungsverbot und das Erfordernis eines Vertrauenstatbestands

Nach *Masing* verändert der KAGG-Beschluss vom 17.12.2013 das Fundament der bisherigen Rückwirkungsdogmatik.<sup>29</sup> Statt Vertrauensschutz zu gewähren, laufe der Beschluss auf die Absicherung eines objektiv-rechtlichen Reservats der Fachgerichtsbarkeit gegenüber dem Gesetzgeber hinaus. In der Tat stellt sich die Frage, was Vertrauensgrundlage ist, wenn das Gesetz mehrere Auslegungsmöglichkeiten eröffnet. Wie kann es sein, dass ein auslegungsoffenes Gesetz gegen eine ungünstige Auslegung durch den Gesetzgeber schützt, obwohl ein solcher Schutz gegenüber einer ungüns-

tigen Auslegung durch die funktionell zur Auslegung berufene Judikative nicht besteht?

Herrschend wird das Rückwirkungsverbot nicht objektiv-rechtlich begründet,<sup>30</sup> sondern als subjektives Recht aus dem im Rechtsstaatsprinzip und den Freiheitsrechten angesiedelten Vertrauensschutzprinzip abgeleitet. Deshalb bedarf es sowohl einer Vertrauensgrundlage als auch einer Vertrauensbetätigung.<sup>31</sup> Trotz dieser subjektiv-rechtlichen Begründung des Verbots rückwirkender belastender Gesetze kann Gesetzesvertrauen aber nicht individuell, sondern nur abstrakt und damit objektiv bestimmt werden. Weder kommt es darauf an, ob der Betroffene das Gesetz tatsächlich kannte, noch ob dieses für seine Handlungen ursächlich war. Auch die Frage der geeigneten Vertrauensgrundlage wird normativ und nicht empirisch ermittelt. Es geht um die Frage, ob der Bürger vertrauen durfte, nicht ob er vertraut hat. Aus diesem Grund wird der durch Gerichtsentscheidungen begründeten untergesetzlichen Rechtslage vielfach die Eignung als Vertrauensgrundlage abgesprochen.<sup>32</sup>

Das Problem rückwirkender Klarstellung zeigt indes, dass sich diese vertrauensschutzrechtliche Dichotomie zwischen Gesetz und Gesetzesanwendung nicht durchhalten lässt. Andernfalls könnten nur eindeutige, nicht auslegungsbedürftige Gesetze, die es praktisch nicht gibt, Vertrauen begründen.<sup>33</sup> Zwar kann das Gesetz immer nur in einer zulässigen Interpretation Vertrauensgrundlage sein, die Interpretationsbedürftigkeit steht der Begründung von Vertrauen jedoch nicht entgegen. Der Vertrauensschutzbereich umfasst zunächst jede unter Anwendung anerkannter Auslegungsregeln gewonnene Auslegung, wobei der Betroffene darauf vertrauen darf, dass sich die für ihn günstigste Auslegung durchsetzt. Nur so erklärt sich, warum es zur Bildung von Gesetzesvertrauen schon vor Begründung einer ständigen, die Norm in einer bestimmten Weise interpretierenden, (höchstrichterlichen) Rechtsprechung kommen kann.

Entgegen *Masing* geht es nicht um das Aufstellen „abstrakter Grenzen“ der gesetzgeberischen Regelungsbefugnis. Zwar enthält der KAGG-Beschluss auf den ersten Blick grundlegende Aussagen zur Gewaltenteilung und dem Verhältnis der Gewalten zueinander, die weit über das konkrete Rückwirkungsproblem hinausreichen. Tragend sind diese Aussagen indes nicht. Jedenfalls lässt sich ihre Bedeutung darauf reduzieren, dass es allein darum geht, ob der klarstellende Gesetzgeber eine Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot echter Rückwirkung für sich in Anspruch nehmen kann. Das Rückwirkungsverbot schützt nicht die Gerichtsbarkeit, sondern den Bürger vor nicht vorhersehbaren Grundrechtseingriffen. Dies wird schon daran deutlich, dass nicht die rückwirkende Klarstellung als solche ein Problem darstellt, wohl aber, wenn

24 *BVerfG*, NVwZ 2014, 577 (581 unter B II 3b bb [1] a).

25 *BVerfG*, NVwZ 2014, 577 (582 unter B II 3 b bb [2]).

26 BT-Drs. 14/2683, 124.

27 Sondervotum zu *BVerfG*, NVwZ 2014, 577 (583 [588 unter IV 2 a]).

28 Gelegentlich ist das Gericht hier durchaus strenger, s. *BVerfGE* 122, 374 (394) = NVwZ 2009, 1025; ferner *BVerfGE* 97, 378 (389) = NJW 1998, 2731, allerdings zu einer unechten Rückwirkung.

29 So aber *Masing*, Sondervotum zu *BVerfG*, NVwZ 2014, 577 (583 Einleitung und 585 unter III).

30 Zu derartigen Begründungsversuchen s. *Hey* (o. Fn. 12), 234 ff.

31 Zum Vertrauenstatbestand *Mellinghoff*, DStJG 27 (2004), 25 (34 ff.); *Hey* (o. Fn. 12), 126 ff.

32 *BVerfGE* 84, 212 (227) = NJW 1991, 2549; *BVerfGE* 122, 248 (277) = NJW 2009, 1469; *BVerfGE* 131, 20 (42) = NVwZ 2012, 876.

33 In diese Richtung aber *BVerfGE* 123, 111 (129) = NZG 2009, 836 = NJW 2009, 3151 Ls., wonach eine „weit gefasste gesetzliche Grundlage“ zur Begründung von Vertrauen in eine bestimmte Interpretation ungeeignet sei.

der Gesetzgeber die *schlechteste* Interpretationsmöglichkeit verbindlich vorschreibt.

## VI. Über ein strenges Rückwirkungsverbot zu besserer Gesetzgebung?

Dass der KAGG-Beschluss, versteht man ihn als Grundsatzentscheidung und nicht als Ausreißer, weitreichende Folgen haben kann, steht außer Frage. Das Judikat könnte die Gesetzgebungskultur nachhaltig verändern, weil der *Erste Senat* deutlich macht, dass sich ungenaues Arbeiten jedenfalls insofern rächt, als der Gesetzgeber belastende Nachbesserungen grundsätzlich nur für die Zukunft durchsetzen kann. Dabei geht es entgegen *Masing* nicht um übertriebene Anforderungen an den Gesetzgeber, sondern um eine lange überfällige Sanktion schlampiger Gesetzgebung. Unklare Formulierungen, vergessene oder fehlerhafte Verweise, unterbliebene An-

passungen in anderen Gesetzen, wie sie der Besprechungsentcheidung zu Grunde lagen, sind durchaus vermeidbar. Mit den Instrumenten des Verfassungsrechts schien diesem Zustand bisher nicht beizukommen. Insbesondere das Bestimmtheitsgebot erwies sich als stumpfes Schwert, weil das *BVerfGE* es ausreichen lässt, dass die Fachgerichtsbarkeit auch missglückten überkomplizierten Vorschriften irgendwann einen Sinn einhaucht.<sup>34</sup> Wenn sich der Gesetzgeber weiterhin hierauf verlassen will, statt das Gesetzgebungscontrolling zu verbessern,<sup>35</sup> kann er nicht nachträglich die Spielregeln des untergesetzlichen Konkretisierungs- und Klarstellungsprozesses ändern. Das und nicht mehr macht der KAGG-Beschluss deutlich. ■

34 *BVerfGE* 127, 335 (356 ff.) = DStR 2010, 2290.

35 Für bessere Ex-ante-Evaluationen auch *Karpen*, ZRP 2008, 97 (99 f.), unter Berufung auf eine INSM-Studie.

## Bericht

Rechtsanwälte Michael Molitoris und Professor Dr. Thomas Klindt\*

# Die Entwicklungen im Produkthaftungs- und Produktsicherheitsrecht

Der Beitrag gibt einen Überblick über die aktuellen Entwicklungen im Produkthaftungs- und Produktsicherheitsrecht und knüpft an die Rechtsprechungsübersicht in NJW 2012, 1489 an. Der Berichtszeitraum umfasst die Jahre 2012 und 2013. Dabei wird in gewohnter Form differenziert zwischen den im Berichtszeitraum ergangenen produktsicherheits- und produkthaftungsrechtlichen Entscheidungen. Mit Blick auf den produktsicherheitsrechtlichen Bereich sind insbesondere die ersten Entscheidungen zum am 1.12.2011 in Kraft getretenen Produktsicherheitsgesetz hervorzuheben. Mit Blick auf das Produkthaftungsrecht dürfte sicherlich die Beantwortung der Vorlagebeschlüsse des BGH (Defibrillator- und Herzschrittmacher-Fälle) durch den EuGH mit Spannung erwartet werden.

## I. Öffentlich-rechtliches Produktsicherheitsrecht

### 1. Kennzeichnungspflicht des Händlers bei Verbraucherprodukten

Über den Umweg des Wettbewerbsrechts fällt das *LG Hannover*<sup>1</sup> – im vorläufigen Rechtsschutz – die erste Entscheidung zum am 1.12.2011 in Kraft getretenen Produktsicherheitsgesetz (ProdSG).

Die Verfügungsklägerin (Klägerin) war eine Importgesellschaft, die Körnerpantoffeln vertreibt, welche in einer Mikrowelle aufgewärmt werden können und als Fußwärmer dienen. Die Verfügungsbeklagte (Beklagte) war Händlerin eines ständig wechselnden Sortiments. Die von der Beklagten ebenfalls angebotenen Körnerpantoffeln waren auf der Verpackung mit dem Namen der Herstellerin, jedoch nicht mit deren Kontaktanschrift gekennzeichnet. Die Klägerin sah hierin einen Verstoß gegen eine Regelung des Marktverhaltens iSd § 4 Nr. 11 UWG, mahnte die Beklagte ab und verklagte sie später.

Das *LG Hannover* wies die Klage ab. Zwar handele es sich bei den Bestimmungen des ProdSG zur Kennzeichnung von

Verbraucherprodukten um Normen zur Regelung des Marktverhaltens iSd § 4 Nr. 11 UWG und das Produkt genüge auch mangels (vollständiger) Kontaktanschrift nicht den Anforderungen des § 6 I Nr. 2 ProdSG. Die Beklagte gehöre aber nicht zum Adressatenkreis dieser Kennzeichnungsverpflichtungen. Nach § 6 ProdSG habe der Hersteller, sein Bevollmächtigter und der Einführer eines Produkts im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit den Namen und die Kontaktanschrift des Herstellers auf dem Verbraucherprodukt oder auf dessen Verpackung anzubringen. Nach § 6 V ProdSG habe der Händler lediglich dazu beizutragen, dass ausschließlich sichere Verbraucherprodukte auf dem Markt bereitgestellt werden. Die Verpflichtung, den Namen und die Kontaktanschrift des Herstellers auf dem Produkt bzw. der Verpackung anzubringen, treffe hingegen nach § 6 I ProdSG nur den Hersteller und den Einführer des Produkts.

### 2. Vertriebs- und Ausstellungsverbot für Elektrofahräder

Als erstes deutsches Verwaltungsgericht bestätigte das *VG Berlin*<sup>2</sup> in einem Eilverfahren ein auf das ProdSG gestütztes behördliches Vertriebsverbot für Elektrofahräder eines bestimmten Herstellers. Zudem verbot es auch das Ausstellen der Produkte. Nach den Erkenntnissen der Behörde bestehe der begründete Verdacht, dass die Elektrofahräder ein Explosionsrisiko aufweisen. Dies soll allerdings nur im Fall einer vorhersehbaren Fehlanwendung nach § 3 I Nr. 2 ProdSG vorliegen. Die Akkumulatoren der Elektrofahräder seien mit so genannten Kaltgerätesteckern ausgestattet. Bei ordnungsgemäßer Anwendung seien die Akkumulatoren allein an das separat mitgelieferte Ladegerät anzuschließen,

\* Die Autoren sind Partner der Kanzlei *Noerr LLP* in München.

1 *LG Hannover*, Urt. v. 19.1.2012 – 25 O 66/11, BeckRS 2012, 06159.

2 *VG Berlin*, Beschl. v. 9.2.2012 – 1 L 422/11, BeckRS 2012, 48767. Zur maschinenrechtlichen Behördenzuständigkeit bei Elektrofuhrädern *Burrer*, maschinenrichtlinie aktuell, I/2014, 14