

JURIS[®] Die Monatszeitschrift

JM 3 | MÄRZ
2020

Topthema:

Das neue Fachkräfteeinwanderungsgesetz

RiBVerwG a.D. Prof. Dr. Harald Dörig

Interview: Ansichten eines Juristen und Politikers

VRiBAG a.D. und THJM a.D. Harald Schliemann

In dieser Ausgabe:

Legal Tech und die Justiz – ein Zukunftsmodell? (Teil 2)

Wiss. Mit. Stephanie Vogelgesang und
VPräsAG a.D. Dr. Jochen Krüger

Vom „Normalvertrag“ zum „Normalarbeitsvertrag“ an deutschen Bühnen?

RiBAG Dr. Sebastian Roloff

Solo- oder scheinselfständig? Die Rechtsprechung zu § 266a StGB, § 7 SGB IV bedarf der Revision!

Prof. Dr. Marco Mansdörfer



Herberger | Martinek | Rüßmann | Weth | Würdinger
juris PraxisKommentar

BGB

Schuldrecht

§§ 241 bis 432 Dr. Markus Junker

§§ 433 bis 630h Prof. Dr. Roland Michael Beckmann

§§ 631 bis 853 Prof. Dr. Dr. h.c. Helmut Rüßmann

Online-Kommentar
inkl. E-Book!

NEU: Band 2 Schuldrecht – 9. Auflage

Immer auf dem neuesten Rechtsstand, maximale Zeitersparnis! Die Autoren arbeiten Aktualisierungen online ständig ein. Zitierte Urteile, Normen und Literatur sind direkt verlinkt.

Die Neuauflage berücksichtigt u. a.:

- Finanzaufsichtsergänzungsgesetz
- Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes
- Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts
- Gesetz zur Einführung eines Anspruchs auf Hinterbliebenengeld
- Gesetz zur Umsetzung der Zweiten Zahlungsdiensterichtlinie
- Gesetz zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage
- Mietrechtsanpassungsgesetz

www.juris.de/bgb2

Ständige Aktualisierung

INHALT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Zivil- und Wirtschaftsrecht

Legal Tech und die Justiz – ein Zukunftsmodell? (Teil 2)

Wiss. Mit. Stephanie Vogelgesang und
VPräsAG a.D. Dr. Jochen Krüger

S. 90

Auswirkungen des Angehörigen-Entlas- tungsgesetzes auf den Elternunterhalt

W.a. RiAG a.D. Dr. Wolfram Viefhues

S. 96

Mehr Privatsphäre durch Einwilligungsvor- behalt?

EuGH, Urt. v. 01.10.2019 - C-673/17

RA Sebastian Hilgert und Stv. Dir. d. AG Peter
Hilgert

S. 97

Arbeitsrecht

Vom „Normalvertrag“ zum „Normal- arbeitsvertrag“ an deutschen Bühnen? Oder der Versuch nach „Sciotto“ zu einer angemessenen Abwägung von Kunst-, Berufs- und Tarifvertragsfreiheit zu gelangen

RiBAG Dr. Sebastian Roloff

S. 100

Topthema:

Verwaltungsrecht

Das neue Fachkräfteeinwanderungsgesetz

RiBVerwG a.D. Prof. Dr. Harald Dörig

S. 108

Indizierung des Bushido-Albums durch die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien

BVerwG, Urt. v. 30.10.2019 - 6 C 18/18

Prof. Dr. Andrea Edenharter

S. 115

Fahreignung bei gelegentlichem Cannabiskonsum und erstmaligem Verstoß gegen das Trennungsgebot

BVerwG, Urt. v. 11.04.2019 - 3 C 2/18

RiOVG Dr. André Niesler

S. 118

INHALT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Steuerrecht

Neue Verlustverrechnungsbeschränkungen bei den Einkünften aus Kapitalvermögen

VRi'inBFH Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel S. 120

Strafrecht

Solo- oder scheinselbstständig? Die Rechtsprechung zu § 266a StGB, § 7 SGB IV bedarf der Revision!

Prof. Dr. Marco Mansdörfer S. 123

INTERVIEW

Ansichten eines Juristen und Politikers

Interview mit:

VRiBAG a.D. und THJM a.D. Harald
Schliemann

S. 129

Aktiver Gesetzgeber



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

Auch politische Krisen in der deutschen Regierung bremsen den Gesetzgeber nicht in seinem steten Bemühen um neue normative Rahmenbedingungen. Freilich drängt sich bisweilen die Frage nach Richtung, Zeitnähe und Stringenz seiner Aktivitäten auf. Das vorliegende Heft der jM widmet sich – neben aktuellen Judikaten von EuGH und BVerwG sowie spannenden Themen am Puls der Zeit (Legal Tech, Scheinselbstständigkeit, Arbeitsverträge an deutschen Bühnen) – drei bedeutenden Gesetzen aus 2020.

Im Zentrum steht das neue Fachkräfteeinwanderungsgesetz (S. 108). Das Thema Einwanderung nach Deutschland birgt vielfachen politischen Zündstoff. Denkt mancher dabei doch vor allem an eine Zuwanderung in Deutschlands Sozialsysteme. Jedoch ist Deutschland auf Fachkräfte aus dem Ausland angewiesen, um den künftigen Personalbedarf der Wirtschaft zu decken. Hierauf hat der Bundestag mit dem zum 01.03.2020 in Kraft tretenden Gesetz richtungsweisend reagiert. Es dürfen anders als mit der bisherigen Blue Card EU nicht nur Hochschulabsolventen einwandern, sondern auch Fachkräfte mit Berufsausbildung, die unter 45 Jahren auch keine bestimmte Mindestvergütung erhalten müssen. Dabei gilt zwar weiterhin der Grundsatz der Bedarfszuwanderung, d.h. für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis muss ein konkreter Arbeitsplatz vorliegen, während klassische Einwanderungsländer dem Prinzip der Potenzialzuwanderung

folgend „the best and the brightest“ mit einem punktebasierten Auswahlverfahren gewinnen wollen. Allerdings wird nunmehr weitergehend als bisher auch die Einreise zu Arbeitsplatzsuche, Berufsausbildung und Weiterqualifikation ermöglicht. Das birgt auch die Gefahr der Einreise, um in Deutschland Asyl zu beantragen. Inwieweit die Einreise zu Nachqualifikation und Anerkennung einer erworbenen beruflichen Qualifikation unter dem Tenor „Tausche Asyl gegen Arbeit“ erfolgreich sein wird, muss sich erst noch zeigen. Im Praxistest zu bewähren hat sich aber vor allem das beschleunigte Bescheidungsverfahren unter Verzicht auf eine Prüfung der Bundesagentur für Arbeit, ob der fragliche Arbeitsplatz mit einem Deutschen oder in Deutschland lebenden EU-Bürger besetzt werden könnte.

Während die Fachkräfteeinwanderung das Problem der geburtenschwachen Jahrgänge beheben soll, betrifft das bereits zum 01.01.2020 in Kraft getretene Angehörigen-Entlastungsgesetz die steigende Lebenserwartung der Bevölkerung (dazu S. 96) Es schränkt die Haftung für den Elternunterhalt dadurch ein, dass ein Anspruch auf diesen nur in solchen Fällen auf den vorleistenden Sozialleistungsträger übergeleitet wird, in denen das unterhaltspflichtige Kind ein jährliches Bruttoeinkommen von mehr als 100.000 € erzielt. Das Vermögen des Kindes wird nicht berücksichtigt. Das zivilrechtliche Unterhaltsrecht ist von dieser Grenze jedoch nicht berührt, sodass der pflegebedürftige Elternteil selbst sein Kind auf Unterhalt in Anspruch nehmen kann, wenn es weniger als 100.000 € verdient.

Steuergesetzliche Neuregelungen gerade jüngerer Datums zeichnen sich bisweilen durch zwei unschöne Merkmale aus: Sie werden in Gesetzen „versteckt“, in denen sie der unbefangene Leser nie vermuten würde und sie sind das unsystematische Ergebnis eines wenig steuerrechtlich geprägten all-gemeinpolitischen „Hin und Her“. Prototypisch dafür sind die neuen Verrechnungsbeschränkungen für Verluste aus Optionen und wertlos gewordenen Anlageinstrumenten im Rahmen der Abgeltungsteuer, enthalten in dem „Gesetz zur Einführung einer Pflicht zur Mitteilung grenzüberschreitender Steuergestaltungen“ in § 20 Abs. 6 Sätze 5 und 6 EStG n.F. (dazu S. 120)

Die vorliegende jM schließt mit dem Interview eines außergewöhnlichen Juristen, war doch Harald Schliemann Rechtsanwalt, Richter und Landesjustizminister und auch ein passionierter Kirchenarbeitsrechtler.

Im Namen der Herausgeber wünsche ich Ihnen eine angenehme Lektüre,

Monika Jachmann-Michel

Legal Tech und die Justiz – ein Zukunftsmodell? (Teil 2)

Wiss. Mit. Stephanie Vogelgesang und VPräsAG a.D. Dr. Jochen Krüger

Ausgangsüberlegungen

Fragen des Legal Tech¹ werden zurzeit vorrangig mit Blick auf die Anwaltschaft erörtert. Im ersten Teil² des Beitrags wurde näher dargelegt, warum „Legal Tech und die Justiz“ als eigenständiges Problem angesehen und diskutiert werden sollte. Verwiesen wurde in diesem Zusammenhang u.a. auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben und Bestandsgarantien für die Justiz,³ die es in dieser Form für die Anwaltschaft nicht gibt.⁴ Auch im inzwischen allgemein zugänglichen Abschlussbericht der Länderarbeitsgruppe Legal Tech⁵ werden im Zusammenhang mit den Legal-Tech-Anwendungen innerhalb der Justiz die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen hervorgehoben.⁶

G. Konkrete Anwendungsfelder des Legal-Tech-Gedankens in der Justiz

Im Folgenden sollen drei Themenbereiche erörtert werden, die im ersten Teil des Beitrags bereits erwähnt wurden:

- (1) Legal Tech und Fragen des strukturierten Parteivortrags
- (2) Legal Tech und das Konzept der Smart Contracts
- (3) Legal Tech und Legal Robots

Diese Fragestellungen sind an sich auch Gegenstand der allgemeinen⁷ Legal-Tech-Diskussion. Sie werden dennoch in den Mittelpunkt der folgenden Überlegungen gestellt, weil sie in besonderer Weise geeignet erscheinen, spezifische Aspekte des hier interessierenden Themas „Legal Tech und die Justiz“ sichtbar zu machen.

I. Legal Tech und das Konzept des strukturierten Parteivortrags

Das Konzept des strukturierten Parteivortrags kann als ein klassisches Beispiel einer Legal-Tech-Anwendung für die Justiz eingeordnet werden. Es hat erkennbar das Ziel, durch den IT-Einsatz insbesondere die richterliche Arbeit zu unterstützen⁸ und damit auch zu erleichtern.

1. Zu den Grundlagen des Konzepts

Das Konzept des strukturierten Parteivortrags im elektronischen Zivilprozess⁹ wird bereits seit längerer Zeit diskutiert.¹⁰ Die jetzige Aktualität des Themas hängt erkennbar mit der rechtspolitischen Grundsatzentscheidung – Einführung des

elektronischen Rechtsverkehrs (ERV) und Einführung der eAkte auch bei der Justiz – zusammen. Dabei ist insbesondere eine zentrale Überlegung wegweisend geworden: Das Verfahrenskonzept bei ERV und eAkte kann auf Dauer nicht nur Abbild der früheren papiergeprägten Abläufe sein.¹¹ Ziel eines elektronisch orientierten Verfahrenskonzepts muss es vielmehr sein, die spezifischen Vorteile und Optionen elektronischer Geschäftsvorgänge bestmöglich zu nutzen.

Diskutiert wird im Zusammenhang mit dem Gedanken der Strukturierung z.B. der vermehrte Einsatz von Formularen als Steuerungselement des elektronischen Rechtsverkehrs.¹² Erörtert wird auch das Konzept eines anwaltlichen Datenraums, der sich an einen gerichtlichen Datenraum für

1 Dies ist die Abkürzung für Legal Technology.

2 Dazu Teil 1 des Beitrags, jM 2019, 398 bis 404 – auf den Beitrag wird inhaltlich Bezug genommen.

3 In Vordergrund der Analyse stehen die Gerichte.

4 Z.B. Grundsatz des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) bzw. Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. 1 GG).

5 Zum Hinweis auf die Arbeitsgruppe bereits jM 2019, 401.

6 Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Legal Tech: Herausforderungen für die Justiz, S. 54 ff.

7 In diesem Zusammenhang z.B. Breidenbach/Glatz, Rechtshandbuch Legal Tech, 2018, Inhaltsverzeichnis Abschnitt 4 (u.a. Blockchain und Smart Contracts), Abschnitt 7 (strukturierter Parteivortrag im Zivilprozess); bezüglich Legal Robots vgl. z.B. Wagner, Legal Tech und Legal Robots, Der Wandel im Rechtsmarkt durch neue Technologien und künstliche Intelligenz, 2018, S. 31.

8 Dazu Gaier in: Breidenbach/Glatz, Rechtshandbuch Legal Tech, 2018, Justiz und Digitalisierung – Strukturiertes Parteivorbringen im Zivilprozess, S. 189 ff., 195 (dort Rn. 20).

9 Dazu z.B. die umfangreichen Nachweise bei Effer-Uhe, GVRZ 2018, 6 ff.

10 Schnelle/Bender, DRiZ 1993, 97 ff.

11 Dazu Weller/Köbler, Verfahrensgrundsätze und Modellregeln für die grundsätzlich elektronische Führung gerichtlicher Erkenntnisverfahren, S. 17.

12 Dazu z.B. Herberger, jurPC Web.-Dok. 81/2013, Abs. 35.

jM-Reihe „Justiz digital“

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

jedes einzelne Verfahren anschließt.¹³ Auch dieser Ansatz ist offen für den Einsatz von Formularen.¹⁴

Inhaltlicher Ausgangspunkt für die neuere zivilprozessuale Diskussion über den strukturierten Parteivortrag sind insbesondere zwei Beschlüsse, die auf dem 70. Deutschen Juristentag (DJT) 2014 in der prozessrechtlichen Abteilung gefasst wurden.¹⁵ Das allgemeine Thema der prozessrechtlichen Abteilung war dabei: „Der Richter im Zivilprozess – Sind ZPO und GVG noch zeitgemäß?“ Mit knapper Mehrheit wurde der inhaltlich zentrale Beschluss Nr. 13 gefasst: „Über verbindliche Regelungen ist sicherzustellen, dass die Parteien ihren Vortrag zum tatsächlichen und rechtlichen Vorbringen strukturieren.“¹⁶ Angedacht ist in diesem Zusammenhang, dass sich der Klägervortrag eng an den Voraussetzungen einer oder mehrerer Anspruchsgrundlagen orientiert. Anhand dieser Vorgaben soll sodann der Beklagtenvortrag erfolgen. Ergänzt wurde dieses Konzept durch einen weiteren Beschluss Nr. 15: „Damit verbunden wird eine Verpflichtung des Gerichts zu vertiefter Prozessleitung, die bei Wahrung des rechtlichen Gehörs zu einer Abschichtung des Vortrages führt.“¹⁷

2. Überlegungen zur Praxistauglichkeit des Konzepts

Dieses Grundmodell¹⁸ wird hier als Bezugspunkt zugrunde gelegt. Bei dem skizzierten Konzept können sich faktische und rechtliche Probleme ergeben. So hängt der Umfang des notwendigen Klägervortrags im Tatsächlichen gem. § 138 ZPO auch vom Bestreiten des Beklagten ab. Was der Beklagte genau bestreiten will, ergibt sich aber oftmals erst aus der Klageerwiderung. Zudem kann der Kläger anfangs nicht wissen, welche Rechtsauffassung genau das Gericht bezüglich der einzelnen denkbaren Anspruchsgrundlagen vertritt. Daher wurde auch – wie zuvor dargestellt – auf dem 70. DJT ergänzend eine Verpflichtung des Gerichts zur vertieften Prozessleitung beschlossen.¹⁹ Bereits jetzt ist aber das Gericht gem. § 139 ZPO zur materiellen Prozessleitung verpflichtet. Eine der zentralen Fragen wird sein, was unter „vertiefter Prozessleitung“ zu verstehen ist, ohne dass das Gericht in die Gefahr der Befangenheit gerät.

Reibungsverluste können bei einem Konzept des streng strukturierten Parteivortrags zudem im Rahmen des Instanzenzugs entstehen. Rechtsfragen werden oftmals von den Gerichten der einzelnen Instanzen unterschiedlich beantwortet. Dass insoweit Meinungsunterschiede bis in die obersten Instanzen realistisch sind, zeigt bereits eine Regelung wie § 132 GVG. Danach wird (Abs. 1) beim BGH u.a. ein Großer Senat für Zivilsachen gebildet. Dieser entscheidet, wenn in einer Rechtsfrage ein Zivilsenat des BGH von

einem anderen Zivilsenat oder von dem Großen Senat für Zivilsachen abweichen will (§ 132 Abs. 2 Satz 1 GVG). Eine der konzeptionell zu beantwortenden Fragen muss daher sein, ob bzw. inwieweit bei unterschiedlicher rechtlicher Auffassung insbesondere in den einzelnen gerichtlichen Tatsacheninstanzen das Konzept des strukturierten Parteivortrags aufrechterhalten bleiben kann oder soll. Zudem ist es eine alte Erfahrung in der anwaltlichen Praxis, dass Mandanten oft Wert auf einen persönlich gefärbten Vortrag legen, auch wenn dieser für die Rechtsfrage eigentlich nicht relevant ist.²⁰ Dies spricht nicht dagegen, entsprechende Konzepte unter möglichst realen Bedingungen zu überprüfen. So ist es methodisch und inhaltlich äußerst hilfreich, dass an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften in Speyer in einer Projekt-AG mit Studenten die Praxistauglichkeit des Konzepts eines strukturierten Parteivortrags ausprobiert wird.²¹ Herangezogen werden dabei Fälle aus dem zweiten juristischen Staatsexamen. Diese beruhen oftmals auf realen Entscheidungen. Begleitet wird das Projekt von Prof. Gaier, Prof. Herberger und dem Präsidenten des LG Darmstadt Dr. Köbler und damit von ausgewiesenen Fachleuten gerade für Fragen des strukturierten Parteivortrags. Mit diesem Laboransatz²² können praxisnahe Erfahrungswerte geschaffen werden, ohne dass echte Rechtsverluste drohen.

II. Legal Tech und das Konzept der Smart Contracts

Durch den rasanten technischen Fortschritt eröffnen sich ständig neue Möglichkeiten, die für den hier interessierenden Bereich „Legal Tech und die Justiz“ von Bedeutung sein können.

So werden zurzeit verstärkt „Smart Contracts“ im Zusammenhang mit der Blockchain-Technologie genannt.²³ Auch auf dem 26. EDV Gerichtstag 2017 in Saarbrücken wurde im Arbeitskreis „Legal Tech – Automatisierung von Verträ-

13 Zu diesem Verfahrenskonzept z.B. Weller/Köbler, Verfahrensgrundsätze und Modellregeln für die grundsätzlich elektronische Führung gerichtlicher Erkenntnisverfahren, S. 27.

14 Weller/Köbler, Verfahrensgrundsätze und Modellregeln für die grundsätzlich elektronische Führung gerichtlicher Erkenntnisverfahren, S. 31.

15 Dazu und zum Folgenden 70. Deutscher Juristentag, Hannover 2014, Beschlüsse, Abteilung Prozessrecht.

16 Der Beschluss Nr. 13 wurde mit 41:38:5 angenommen.

17 Der Beschluss Nr. 15 wurde mit 46:30:8 angenommen.

18 Dazu z.B. auch Vorwerk, NJW 2017, 2326 ff.

19 70. Deutscher Juristentag, Beschluss Nr. 15.

20 Zu diesem Gesichtspunkt auch Köbler, AnwBl. Online 2018, 400.

21 Näher Köbler, AnwBl. Online 2018, 399 f.

22 Dazu Köbler, AnwBl. Online 2018, 400.

23 Glatz in: Breidenbach/Glatz, Rechtshandbuch Legal Tech, 2018, Blockchain – Ein Paradigmenwechsel?, S. 71 ff., vgl. zu den technischen Grundlagen der Blockchain, S. 59 ff.

gen“ das Thema Smart Contracts vorgestellt.²⁴ Smart Contracts sind Verträge auf Software-Basis, bei denen unterschiedliche Vertragsbedingungen hinterlegt werden können. Diese Vertragsbedingungen werden als Regeln modelliert und automatisch überwacht. Smart Contracts können so implementiert werden, dass sie die vereinbarten Transaktionen der Parteien selbstständig koordinieren und durchführen.²⁵ Smart Contracts werden daher auch als selbstvollziehende Verträge verstanden.²⁶

Das Konzept der Blockchain ist durch seine dezentrale Struktur charakterisiert. Ein Vertrauen in eine zentrale Partei oder andere Nutzer ist nicht erforderlich.²⁷ Zudem wird der Grundsatz der nachträglichen Unveränderlichkeit als ein wesentliches Element hervorgehoben.²⁸

Die allgemeine Thematik „Smart Contracts/Blockchain“ kann im Rahmen des vorliegenden Beitrags nicht umfassend aufbereitet werden. Sie wird daher nur insoweit skizziert, als sie in spezifischer Weise für das Ausgangsthema Legal Tech und die Justiz relevant erscheint.

Ein zentraler Vorteil bei „Smart Contracts“ wird darin gesehen, dass diese die Vertragserfüllung automatisieren und erzwingen können.²⁹ Dies erfolgt ohne Rückgriff auf die klassischen Durchsetzungsmechanismen des nationalen Rechts,³⁰ insbesondere ohne Einschaltung der Justiz.³¹ Unter diesem Aspekt bedeutet das Konzept der Smart Contracts/Blockchain zunächst eine klare Verringerung des gerichtlichen Arbeitsumfangs und könnte schon deshalb als Legal-Tech-Anwendung der Justiz eingeordnet werden. Arbeiterleichterung allein kann bzw. sollte aber nicht das einzige Kriterium sein, wenn es um das Thema Legal Tech und die Justiz und die Bewertung von technischen Konzepten geht. So ist anerkannt, dass der spezifische Unterschied eines Smart Contracts gegenüber einem normalen Vertrag gerade im Fall der zwangsweisen Durchsetzung vertraglicher Ansprüche zum Tragen kommt.³² Dadurch können in besonderer Weise Konfliktlagen zwischen technischer Konzeption und dem Recht entstehen.

Einige Gesichtspunkte dazu sollen im Folgenden kurz dargestellt werden. Als spezifischer Vorteil des Smart Contracts wird – wie zuvor skizziert – angesehen, dass er sich ohne Einschaltung weiterer Akteure, insbesondere ohne Einschaltung der Justiz, selbst vollstreckt. Darin kann aber im Einzelfall ein gravierendes Problem liegen. So kann ein Vermieter von Wohnraum auf die naheliegende Idee kommen, einen Smart Contract zur automatisierten Erfüllung einzusetzen.³³ Dafür müsste nur automatisch der Zugang zur Wohnung gesperrt werden, sobald eine monatliche Miete nicht in vollem Umfang rechtzeitig eingeht.

Dieses Verhalten würde aber gegen das geltende Mietrecht verstoßen. Danach erfordert eine außerordentliche fristlose

Kündigung bei Wohnraummietverträgen gem. § 543 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a) BGB i.V.m. § 549 BGB, dass der Mieter in zwei aufeinanderfolgenden Terminen mit der Entrichtung der Miete in Verzug ist. Davon kann gem. § 549 Abs. 1 BGB i.V.m. § 569 Abs. 5 Satz 1 BGB auch durch eine Vereinbarung nicht zuungunsten des Mieters abgewichen werden. Schon deshalb handelt es sich bei einem derartigen Smart Contract um verbotene Eigenmacht i.S.d. § 858 BGB.³⁴ Ein Selbsthilferecht des Vermieters gibt es nur unter den engen Voraussetzungen des § 229 BGB. Im Übrigen berechtigt auch das Selbsthilferecht des Vermieters nicht zum Aussperren des Mieters.³⁵

Problematisch kann diese vollstreckungsrechtliche Selbstjustiz auch unter faktischen Gesichtspunkten werden. So kann der ausgesperrte Mieter sich bspw. nicht mehr um Kleinkinder, Hunde oder pflegebedürftige Angehörige kümmern, die sich möglicherweise noch in der Wohnung befinden. Der naheliegende Hinweis, dass ein Mieter bei einer

24 www.edvgt.de/veranstaltung/legal-tech (zuletzt abgerufen am 23.01.2020).

25 Dazu Glatz in: Breidenbach/Glatz, Rechtshandbuch Legal Tech, 2018, Smart Contracts: Chancen und Herausforderungen algorithmischer Vertragsgestaltung, S. 110 Rn. 5.

26 Wagner, Legal Tech und Legal Robots, Der Wandel im Rechtsmarkt durch neue Technologien und künstliche Intelligenz, 2018, S. 21.

27 Dazu Pesch in: Fries/Paal, Smart Contracts, 2019, Blockchain, Smart Contracts und Datenschutz, S. 16; zur Blockchain-Technologie auch Glatz in: Breidenbach/Glatz, Rechtshandbuch Legal Tech, 2018, Blockchain – Ein Paradigmenwechsel?, S. 60 (dort Rn. 8).

28 Pesch in: Fries/Paal, Smart Contracts, 2019, Blockchain, Smart Contracts und Datenschutz, S. 16; dazu auch Wagner, Legal Tech und Legal Robots, Der Wandel im Rechtsmarkt durch neue Technologien und künstliche Intelligenz, 2018, S. 22.

29 Dazu Glatz in: Breidenbach/Glatz, Rechtshandbuch Legal Tech, 2018, Smart Contracts: Chancen und Herausforderungen algorithmischer Vertragsgestaltung, S. 113 Rn. 14.

30 So Glatz in: Breidenbach/Glatz, Rechtshandbuch Legal Tech, 2018, Smart Contracts: Chancen und Herausforderungen algorithmischer Vertragsgestaltung, S. 110 Rn. 6.

31 Wagner, Legal Tech und Legal Robots, Der Wandel im Rechtsmarkt durch neue Technologien und künstliche Intelligenz, 2018, S. 21.

32 Dazu z.B. Glatz in: Breidenbach/Glatz, Rechtshandbuch Legal Tech, 2018, Smart Contracts: Chancen und Herausforderungen algorithmischer Vertragsgestaltung, S. 113 Rn. 14.

33 Zu diesem praktischen Anwendungsfall eines Smart Contracts auch Simmchen, MMR 2017, 162, 164 bzw. Krupar in: Buschmann und andere, Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht, 2018, Die Blockchain im Prozessrecht – Möglichkeiten und Grenzen, S. 167.

34 Zu dieser Fallgestaltung Riehm in: Fries/Paal, Smart Contracts, 2019, Smart Contracts und verbotene Eigenmacht, S. 86 ff.

35 Riehm in: Fries/Paal, Smart Contracts, 2019, Smart Contracts und verbotene Eigenmacht, S. 93, unter Hinweis auf OLG Celle, Beschl. v. 27.06.2017 - 2 U 63/17; vgl. in diesem Zusammenhang auch OLG Dresden, Urte. v. 14.06.2017 - AZ 5 U 1426/16.

unzulässigen automatischen Wohnraumspernung einen Schlüsseldienst beauftragen, sich die Kosten nach § 823 Abs. 2 BGB. i.V.m. § 858 Abs. 1 BGB ersetzen lassen und notfalls die Tür aufbrechen kann,³⁶ beseitigt im Ergebnis oftmals nicht die Konfliktsituation. Wenn ein Mieter nach Hause kommt und vor verschlossener Tür steht, muss er zunächst einen Schlüsseldienst finden und die entsprechenden Kosten vorfinanzieren. Der Hinweis auf das zulässige Aufbrechen der Tür³⁷ kann nur bedingt als überzeugende Problemlösung angesehen werden. Denn bei einem derartigen Aufbrechen hätte typischerweise auch jede andere Person Zugang zur Wohnung.

Auch die zentrale Schutznorm des § 811 ZPO, die die Unpfändbarkeit von bestimmten lebenswichtigen Sachen enthält, ist betroffen.³⁸ Wenn der Zugang zur Wohnung faktisch gesperrt ist, hat der Betroffene weder Zugriff auf Kleidungsstücke, die dem persönlichen Gebrauch dienen (Nr. 1) noch auf seine Dienstkleidung (Nr. 7) noch auf seine Familienpapiere (Nr. 11). Dies zeigt, dass die Wohnung als Ort der Privat- und Intimsphäre im weitesten Sinn etwas mit dem Gedanken der Menschenwürde zu tun hat. Dies kommt auch in der vollstreckungsrechtlichen Schutznorm des § 765a ZPO zum Ausdruck. Danach kann auf Antrag des Schuldners eine Maßnahme der Zwangsvollstreckung ganz oder teilweise aufgehoben werden, wenn die Maßnahme wegen ganz besonderer Umstände eine besondere Härte bedeutet. Ausweislich § 765a Abs. 3 ZPO gilt diese Regelung auch für Räumungssachen. Bei diesen muss spätestens zwei Wochen vor dem festgesetzten Räumungstermin ein entsprechender Antrag gestellt werden. Diese Schutznorm wird zulasten des Betroffenen gegenstandslos, wenn ein selbstvollziehender Smart Contract sofort den Zugang verhindert.

Dies zeigt, dass das Selbstvollstreckungskonzept der Smart Contracts jedenfalls bei Wohnraummietverhältnissen gesetzliche Bestimmungen mit Schutzcharakter infrage stellen kann. Deutlich wird dadurch auch der Wert staatlicher, insbesondere gerichtlicher Entscheidungsträger auf der Vollstreckungsebene. Damit soll das Selbsthilferecht des Einzelnen beschränkt werden, bei dem unabhängig von Fragen der Rechtmäßigkeit oftmals nur der Stärkere gewinnt.

„In der Tat sind Smart Contracts keine intelligenten Rechtsverträge. Sie scheren sich nicht um das Recht. Vielmehr machen sie das Recht überflüssig innerhalb ihres beschränkten Wirkungskreises.“³⁹ Diese Ausführungen von Glatz verdeutlichen die grundsätzliche Dimension des Konfliktpotenzials von Smart Contracts mit Blick auf das geltende Recht. Wenn technische Konzepte, die jedenfalls bisher keine irgendwie geartete demokratische Legitimation vorweisen können, das Recht in Teilbereichen überflüssig machen wollen, ist eine intensive Diskussion erforderlich. Auch das

Konzept der Blockchain hat jedenfalls im Einzelfall erkennbar Probleme, das geltende Recht adäquat abzubilden. So wird – wie skizziert – als Vorteil hervorgehoben, dass die Blockchain nicht nachträglich verändert werden kann. Dieser Aspekt der Unveränderlichkeit⁴⁰ wird aber dann zu einem Problem, wenn ein Vertrag z.B. gem. § 134 BGB wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot von vorneherein nichtig ist. Gleiches gilt, wenn ein Anfechtungsrecht z.B. wegen arglistiger Täuschung (§ 123 Abs. 1 BGB) gegeben ist. Gem. § 142 Abs. 1 BGB bewirkt die Anfechtung, dass das Rechtsgeschäft von Anfang an als nichtig anzusehen ist. Problematisch erscheint die Blockchain bspw. auch mit Blick auf das Recht auf Vergessenwerden, wie es in Art. 17 DSGVO vertyp ist.⁴¹

Derartige Widersprüche zwischen dem Recht und den technisch geprägten Legal-Tech-Anwendungen der Smart Contracts bzw. der Blockchain werden in der neueren Diskussion auch verstärkt thematisiert.⁴² Dies bedeutet keine generelle Absage an das zuvor geschilderte Konzept. Es bedeutet zunächst nur, dass es Friktionen zwischen Recht und eingesetzter Technik geben kann, die gelöst werden müssen. Gerade im Zusammenhang mit dem rechtswidrigen Einsatz von Smart Contracts bei Wohnraum wird auch ein konzeptionelles Problem der Smart Contracts deutlich.⁴³ Der Verwender eines Smart Contracts hat regelmäßig keinen Anreiz, etwaige Einwendungen oder Ansprüche der Gegenseite technisch zu implementieren. Dies würde die eigene Rechtsposition nur schwächen. Die damit verbundenen Grundsatzfragen können hier nicht vertieft werden. Erwähnenswert erscheint jedoch der Hinweis, dass bei verbotswidriger eigenmächtiger Sperrung einer Wohnung auch der Einsatz des Strafrechts z.B. wegen einer Nötigung gem. § 240 StGB in Betracht kommen kann.⁴⁴

36 Riehm in: Fries/Paal, Smart Contracts, 2019, Smart Contracts und verbotene Eigenmacht, S. 93.

37 Riehm in: Fries/Paal, Smart Contracts, 2019, Smart Contracts und verbotene Eigenmacht, S. 93.

38 Dazu auch Matzke in: Fries/Paal, Smart Contracts, 2019, Smart Contracts statt Zwangsvollstreckung?, S. 110.

39 So wörtlich z.B. Glatz in: Breidenbach/Glatz, Rechtshandbuch Legal Tech, 2018, Smart Contracts: Chancen und Herausforderungen algorithmischer Vertragsgestaltung, S. 115 Rn. 24.

40 Wagner, Legal Tech und Legal Robots, Der Wandel im Rechtsmarkt durch neue Technologien und künstliche Intelligenz, 2018, S. 22.

41 Zu den spezifischen Problemen des Smart Contracts beim Datenschutz auch Pesch in: Fries/Paal, Smart Contracts, 2019, Blockchain, Smart Contracts und Datenschutz, S. 18 f.

42 Dazu z.B. Schrey/Thalhofer, NJW 2017, 1434 – 1436; Schawe, MMR 2019, 221.

43 Dazu und zum Folgenden allgemein Schawe, MMR 2019, 221.

44 In diesem Zusammenhang Riehm in: Fries/Paal, Smart Contracts, 2019, Smart Contracts und verbotene Eigenmacht, S. 93, unter Hinweis auf OLG Köln, Urt. v. 25.07.1995 - Ss 340/95 - 104 - NJW 1996, 472.

III. Legal Tech und Legal Robots

Legal Robots sollen in praxistauglicher Weise Rechtsfragen selbstständig lösen.⁴⁵ Wenn sie damit schneller als Menschen sind, stellen sich Grundsatzfragen für das rechtliche Gesamtsystem.⁴⁶

1. Ausgangsüberlegungen

Insoweit haben Legal Robots auch das größte Veränderungspotenzial, soweit es die Justiz betrifft. Daher wurden sie hier in der Ausgangsstrukturierung des Problemfeldes auch als dritte und stärkste Form künstlicher Intelligenz ausgewiesen.⁴⁷ Mit Blick auf die Anwaltschaft wurde im Zusammenhang mit Legal-Tech-Anwendungen sogar die radikale Frage gestellt, ob dies zum Ende der Anwaltschaft (The End of Lawyers) führt.⁴⁸ Angesichts der verfassungsrechtlichen Vorgaben und Bestandsgarantien (z.B. Art. 97 GG und Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) besteht hinsichtlich der Gerichte eine andere Ausgangslage. Dies wird auch zu Recht im Abschlussbericht der Länderarbeitsgruppe Legal Tech: „Herausforderungen für die Justiz“ betont.⁴⁹ So verlangt das Grundgesetz einen Richter als natürliche Person.⁵⁰

2. Anmerkungen zum faktischen Anwendungsbereich von Legal Robots

Die technischen Möglichkeiten sprechen zurzeit nur für einen sehr begrenzten Anwendungsbereich von Legal Robots in der Justiz.⁵¹ In diesem Zusammenhang wurde auch auf § 35a VwVfG hingewiesen, in dem verallgemeinerungsfähige Vorstellungen des Gesetzgebers über die aktuelle Leistungsfähigkeit von automatisierten Entscheidungsträgern im Recht deutlich werden.⁵² Insbesondere bei der technischen Erfassung und Umsetzung von unbestimmten Rechtsbegriffen wie etwa den guten Sitten in § 138 BGB oder bei einer Leistung nach Treu und Glauben gem. § 242 BGB zeigen sich noch deutliche Schwächen automatisierter Systeme. Auch der im Zivilrecht grds. zulässige und vielfach umgesetzte Gedanke einer analogen Anwendung⁵³ kann zurzeit noch nicht technisch adäquat und praxistauglich umgesetzt werden. Technische Entwicklungen haben aber oft eine spezifische Dynamik mit großen Entwicklungssprüngen. Es erscheint daher sachgerecht, sich bereits jetzt mit der notwendigen Grundsatzdiskussion und speziell mit dem Einsatz von Legal Robots zu befassen.⁵⁴

3. Anmerkungen zur konzeptionellen Bedeutung des Themas „Legal Tech und Legal Robots für die Justiz“

In der bisherigen Analyse ist deutlich geworden, dass es verfassungsrechtliche Vorgaben für ein richterzentriertes Verfahrensmodell gibt. Daraus lässt sich jedoch allein kein Argu-

ment für die Legal-Tech-/Legal-Robot-Diskussion in der Justiz ableiten. Denn auch das geltende Recht kennt z.B. mit dem Mahnverfahren (§§ 688 ff. ZPO) ein Verfahren, das ohne Einschaltung eines Richters zu einem Vollstreckungsbescheid und damit zu einem Vollstreckungstitel (§ 794 Abs. 1 Nr. 4 ZPO) führen kann. Zudem werden – gerade auch zur Vermeidung von oftmals zeit- und kostenintensiven Verfahren – alternative Formen der Streitlösung ohne das traditionelle staatliche Richtermodell diskutiert. Genannt werden kann in diesem Zusammenhang z.B. die Online-Streitbeilegung (Online Dispute Resolution – ODR),⁵⁵ die Justiz und Rechtsanwälte in diesem Bereich weitestgehend überflüssig machen würde. Dies bedeutet, dass eine technisch gestützte Streitbeilegung auch ohne das traditionelle richterliche Verfahren denkbar ist und in Teilbereichen sogar verstärkt gefordert wird.⁵⁶ Die damit verbundenen Systemfragen können hier nur angedeutet werden. Wichtig ist im vorliegenden Zusammenhang zunächst der „pädagogische Wert“ dieser Entwicklung. Die zuvor skizzierte Legal-Tech-Diskussion zwingt dazu, nicht allein die verfassungsrechtlichen Grundlagen für ein gerichtliches Verfahren zu betonen. Vielmehr muss in der rechtspolitischen Diskussion Rechenschaft darüber abgelegt werden, worin der spezifische Wert eines gerichtlichen Verfahrens mit Richter und Öffentlichkeit und im Übrigen auch mit der Anwaltschaft besteht. So behandelt z.B. Schliesky⁵⁷ in

45 Wagner, Legal Tech und Legal Robots, Der Wandel im Rechtsmarkt durch neue Technologien und künstliche Intelligenz, 2018, S. 2.

46 Wagner, Legal Tech und Legal Robots, Der Wandel im Rechtsmarkt durch neue Technologien und künstliche Intelligenz, 2018, S. 2.

47 Dazu Teil 1 des Beitrags, jM 2019, 398 f.

48 Dazu Teil 1 des Beitrags, jM 2019, 399, unter Hinweis auf Wagner, Legal Tech und Legal Robots, Der Wandel im Rechtsmarkt durch neue Technologien und künstliche Intelligenz, 2018, Vorwort VII.

49 Abschlussbericht Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Legal Tech: Herausforderungen für die Justiz, S. 67 f.

50 Zu den damit verbundenen Fragen auch Guckelberger/Starosta, DRiZ 2020, 22 ff.

51 Dazu Teil 1 des Beitrags, jM 2019, 403.

52 Ausweislich § 35a VwVfG kann ein Verwaltungsakt vollständig durch automatische Einrichtungen erlassen werden, sofern dies durch Rechtsvorschrift zugelassen ist und weder ein Ermessen noch ein Beurteilungsspielraum besteht.

53 Die Analogie setzt u.a. eine „vergleichbare Interessenlage“ voraus.

54 Zum allgemeinen Thema Algorithmen als Herausforderungen für das Recht z.B. Martini, JZ 2017, 1017 ff. bzw. Hoffmann-Riem, AöR 142 (2017), 1 ff.; zur automatischen Rechtspflege auch Fries, RW 4/2018, 414 ff.

55 Dazu z.B. näher Braegelmann in: Hartung/Bues/Halbleib, Legal Tech, Die Digitalisierung des Rechtsmarkts, 2018, S. 215 ff., u.a. mit dem Hinweis auf die international wachsende Verbreitung der Online-Streitbeilegung.

56 Dies gilt z.B. bei geringfügigen Forderungen; vgl. z.B. Nicolai/Wölber, ZRP 2018, 229 ff.

57 Schliesky, NJW 2019, 3692.

einem neueren Beitrag das Thema „Digitale Ethik und Recht“. Darin betont er die ethische Fundierung des Rechts, wie sie z.B. in Art. 1 Abs. 1 GG (Schutz der Menschenwürde) zum Ausdruck kommt. Diesen Anforderungen müssen auch algorithmische Entscheidungsträger genügen. Dies führt – so Schliesky – zur Notwendigkeit einer effektiven Algorithmenkontrolle.

Zudem lenkt die spezifische Legal Tech- und Legal Robots-Diskussion den Blick auf ein seit Langem diskutiertes zivilprozessuales Grundsatzproblem. Es geht um die Frage, ob bzw. inwieweit das herkömmliche gerichtliche Verfahren einen systematischen Wert hat und ggf. welchen. So hat bspw. Prütting sich grundlegend mit dem Thema „Gerechtigkeit durch Verfahren“ befasst.⁵⁸ Stellvertretend kann dabei an die Argumentationslinien in dem Beitrag „Der Zivilprozess im Jahre 2030: Ein Prozess ohne Zukunft? Faktoren in der Zukunftsdebatte: Anwälte, Richter und die ZPO“⁵⁹ angeknüpft werden. Dabei betont Prütting den spezifischen Gerechtigkeitwert verfahrensrechtlicher Normen. Dieser ist u.a. durch Gesichtspunkte wie rechtliches Gehör für alle Seiten, Entscheidung durch eine neutrale und unabhängige Person und rationale Ergebnisbegründung charakterisiert. Dabei schafft insbesondere eine rationale Ergebnisbegründung erst Rechtssicherheit und Rechtsfrieden. Auch das im Abschlussbericht der Länderarbeitsgruppe Legal Tech angesprochene oftmals anzutreffende Bedürfnis der Beteiligten, ihren Standpunkt persönlich äußern zu dürfen,⁶⁰ spricht für ein auf soziale Kommunikation angelegtes Verfahrenskonzept. Dieses kann durch Legal-Tech-Anwendungen wie Legal Robots nicht in gleicher Weise umgesetzt werden.

H. Fazit

Die Ausgangsfrage, ob „Legal Tech und die Justiz“ ein Zukunftsmodell darstellt, kann nur nach eingehender Analyse der einzelnen Legal-Tech-Anwendungen beantwortet werden. Die Diskussion steht insoweit in vielen Bereichen erst am Anfang. Gesichert erscheint, dass jedenfalls die Fragestellung ein Thema mit wachsender Aktualität darstellt. Mit dem klaren Bekenntnis des Gesetzgebers zu einem elektronischen Rechtsverkehr und zu einer elektronischen Aktenführung sind unumkehrbar die Weichen für eine grundsätzliche Digitalisierung des Verfahrens geschaffen worden. Daraus resultiert auch eine strukturelle Offenheit für Legal-Tech-Anwendungen. In der dabei notwendigen Grundsatzdiskussion sollte gerade die Justiz aus übergeordneten Gesichtspunkten den grundrechtlich abgesicherten Wert des bisherigen gerichtlichen Verfahrens mit Richter, Öffentlichkeit und Anwaltschaft betonen. Zwar muss die Justiz in der rechtspolitischen Diskussion offen sein für alternative, insbesondere auch digitale For-

men der Streitbeilegung. Dies gilt insbesondere dort, wo typischerweise aus Kosten- und Zeitgründen sowieso ein Verzicht auf ein gerichtliches Verfahren naheliegt.

Grds. ist jedoch daran festzuhalten, dass der Rechtsstaat in seiner Doppelfunktion als Garant der Freiheit und Sicherheit auch in digitalen Zeiten seine Wirkung in die Gesellschaft hinein behalten muss.⁶¹ Demokratie und Rechtsstaat benötigen ein Grundvertrauen der Bürger. Daher ist in der Legal-Tech-Diskussion verstärkt darauf zu achten, dass z.B. Legal-Tech-Anwendungen, die das geltende Recht oftmals nicht unerheblich ändern, eine irgendwie geartete staatliche Legitimation nachweisen.⁶² In diesen Zusammenhang ist auch der spezifische Wert eines öffentlichen staatlichen Gerichtsverfahrens einzuordnen. Kollektive Rechtssicherheit, die für ein Grundvertrauen der Bürger erforderlich ist, setzt individuelle Gerechtigkeit⁶³ oder jedenfalls das erkennbare Bemühen darum voraus. Insoweit erfüllen öffentliche gerichtliche Verfahren eine soziale und gesellschaftliche Funktion, die durch algorithmische Entscheidungen oder durch andere Formen der künstlichen Intelligenz nicht adäquat abgebildet werden können. Insbesondere sind aufgrund der gerichtlichen Begründungspflicht typischerweise auch Transparenz und Nachvollziehbarkeit staatlicher Entscheidungen gewährleistet. Allgemein muss angesichts der skizzierten Risiken eine zurückhaltende Bewertung von automatisierten Entscheidungsträgern im Recht nicht Ausdruck von Rückständigkeit oder Technikfeindlichkeit sein. „Die Justiz ist kein Start-up-Unternehmen, das nach dem Prinzip ‚Trial and Error‘ verfahren und bei Marktversagen einfach abgewickelt werden kann.“⁶⁴

Nicht ohne Grund wirbt der frühere Vizepräsident des BVerfG Kirchhof neuerdings für einen „Menschenvorbehalt“ bei wesentlichen Entscheidungen.⁶⁵ Sonst – so Kirchhof – wird „unsere Rechtsordnung im wahrsten Sinne des Wortes unmenschlich“.

58 Zu den damit verbundenen Fragen z.B. Prütting, jM 2016, 354; dazu auch Weth, jM 2016, 353; vgl. auch den Dialog von Weth und Prütting zum Thema „Der klassische staatliche Zivilprozess ist nicht am Ende“, jM 2019, 217 ff.

59 Dazu und zum Folgenden Prütting, AnwBl. 2013, 401 ff.

60 Abschlussbericht Länderarbeitsgruppe Legal Tech, Legal Tech: Herausforderungen für die Justiz, S. 66.

61 Dazu z.B. Papier, NJW 2017, 3026.

62 Etwa in Form einer staatlichen Kontrolle oder Zertifizierung.

63 So Prütting, Ritsumeikan Law Review 2015, 75.

64 Insoweit zutreffend Korves in: Buschmann und andere, Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht, 2018, Die Zukunft und die Zeit danach – Gedanken zu elektronischem Rechtsverkehr und elektronischer Akte, S. 53.

65 Dazu und zum Folgenden Kirchhof, Legal Tribune Online, 31.12.2019 (zuletzt aufgerufen am 23.01.2020).

Auswirkungen des Angehörigen-Entlastungsgesetzes auf den Elternunterhalt

W.a. RiAG a.D. Dr. Wolfram Viefhues

Mit dem zum 01.01.2020 in Kraft getretenen Angehörigen-Entlastungsgesetz¹ hat der Gesetzgeber eine Reihe von sozialpolitischen Problemen geregelt und speziell die Haftung für den Elternunterhalt erheblich eingeschränkt.²

Elternunterhalt spielt in der familienrechtlichen Praxis eine Rolle speziell in Fällen der Haftung der Kinder für den Bedarf eines pflegebedürftigen Elternteils. Konkret stellt sich die Situation aus unterhaltsrechtlicher Sicht in der Praxis wie folgt dar:

Der unterhaltsrechtliche Bedarf des pflegebedürftigen Elternteils setzt sich zusammen aus den anfallenden – und oft erheblichen – Heimkosten³ und einem Taschengeld, in Form der sozialrechtlich gewährten Barbeträge, also des angemessenen Barbetrags nach § 35 Abs. 2 Satz 1 SGB XII⁴ sowie des Zusatzbarbetrags nach § 133a SGB XII.⁵

In aller Regel reichen die eigenen Einkünfte des Elternteils (Rente, Pension, Leistungen der Pflegeversicherung, ggf. Leistungen der Grundsicherung) nicht aus, um diese regelmäßig anfallenden Kosten zu decken. Soweit eigenes Vermögen vorhanden ist, muss der Elternteil auch dieses einsetzen, um die Kosten zu decken – bis das Vermögen verbraucht ist. Hier kann in der Praxis auch die Schenkungsanfechtung eine Rolle spielen, wenn Vermögen an Dritte verschenkt worden ist.⁶

Dann springt der Sozialleistungsträger ein und muss den unterhaltsrechtlichen Bedarf decken. Verbunden ist dies mit der Überleitung eines ggf. vorhandenen Anspruchs auf Elternunterhalt gegen ein oder mehrere Kinder des pflegebedürftigen Elternteils, die ggf. gem. § 1606 Abs. 3 Satz 1 BGB als Teilschuldner nach Maßgabe ihrer Erwerbs- und Vermögensverhältnisse auf Elternunterhalt haften.⁷

Hier setzt das Angehörigen-Entlastungsgesetz ein, indem dieser Anspruchsübergang eingeschränkt wird auf Fälle, in denen das unterhaltspflichtige Kind ein jährliches Bruttoeinkommen von mehr als 100.000 € erzielt (§ 94 Abs. 1a SGB XII). Diese Einkommensgrenze umfasst das gesamte Jahresbruttoeinkommen. Folglich sind auch sonstige Einnahmen z.B. aus Vermietung, Verpachtung oder Wertpapierhandel als Einkommen im Sinne dieser 100.000 €-Grenze zu berücksichtigen sind. Hierbei können eine Reihe von Abzügen zu berücksichtigen sein. Auch ergeben sich – je nach Abzug von Steuern und Vorsorgebedarf – sehr unterschiedliche monatliche Nettoeinkünfte, die für die Unterhaltsberechnung relevant sind.⁸ Allerdings wird vorhandenes Vermögen dabei nicht berücksichtigt. Gegen ein Kind, das

weniger als 100.000 € verdient, kann daher der Sozialleistungsträger auch dann keinen Rückgriff nehmen, wenn das Kind über erhebliches Vermögen verfügt.

Der Unterhaltsrückgriff in der Sozialhilfe bis zu einem Jahreseinkommen von 100.000 € entfällt automatisch, denn es wird vermutet, dass das Einkommen der unterhaltsverpflichteten Personen nach Satz 1 die Jahreseinkommensgrenze nicht überschreitet (§ 94 Abs. 1a Satz 3 SGB XII).

Zur Widerlegung dieser Vermutung nach Satz 3 kann der jeweils für die Ausführung des Gesetzes zuständige Träger von den Leistungsberechtigten Angaben verlangen, die Rückschlüsse auf die Einkommensverhältnisse der Unterhaltspflichtigen zulassen (§ 94 Abs. 1a Satz 4 SGB XII). Liegen im Einzelfall hinreichende Anhaltspunkte für ein Überschreiten der Jahreseinkommensgrenze vor, so ist § 117 SGB XII (Pflicht zur Auskunft) anzuwenden (§ 94 Abs. 1a Satz 5 SGB XII).

Das Angehörigen-Entlastungsgesetz gilt für Unterhaltsansprüche seit dem 01.01.2020. Eine rückwirkende Anwendung der Regelungen erfolgt nicht.

Soweit der Sozialleistungsträger bereits über einen Titel über den laufenden Unterhalt verfügt, der naturgemäß auch noch aktuell laufende Unterhaltsansprüche umfasst, sollte der Unterhaltspflichtige den Leistungsträger zu einem Verzicht auf die Rechte aus diesem Titel und ggf. die Herausgabe des Titels auffordern.

Kommt der Sozialleistungsträger dieser Aufforderung nicht nach, muss ein gerichtliches Verfahren auf Abänderung eingeleitet werden. Dieses richtet sich bei einem gerichtlichen Titel nach § 238 FamFG, bei einer Unterhaltsvereinbarung oder bei einer einseitigen notariellen Unterhaltsverpflichtung nach § 239 FamFG. Grundlage für das Abänderungsverlangen ist die Änderung des Gesetzes. Der Abände-

1 BGBl. I 2019, 2135.

2 Ausführlich dazu Doering-Striening/Hauß/Schürmann, FamRZ 2020, 137.

3 BGH, Beschl. v. 07.10.2015 - XII ZB 26/15; siehe auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.06.2017 - II-1 UF 34/17; dazu BGH, Beschl. v. 12.09.2018 - XII ZB 384/17.

4 BGH, Urt. v. 21.11.2012 - XII ZR 150/10; BGH, Beschl. v. 17.06.2015 - XII ZB 458/14 - FamRZ 2015, 1594 mit Anmerkung Borth; BGH, Beschl. v. 27.04.2016 - XII ZB 485/14.

5 BGH, Urt. v. 28.07.2010 - XII ZR 140/07.

6 Hierzu BGH, Beschl. v. 20.02.2019 - XII ZB 364/18.

7 Vgl. BGH, Urt. v. 25.06.2003 - XII ZR 63/00.

8 Dazu Doering-Striening/Hauß/Schürmann, FamRZ 2020, 137, 138.

rungsantrag des zu Unterhalt verpflichteten Kindes hat daher in den einschlägigen Fällen allein aufgrund der Gesetzesänderung Erfolg.

Wurde der Sozialleistungsträger vor Einleitung des gerichtlichen Abänderungsverfahrens nicht zum freiwilligen Verzicht aufgefordert, besteht die Gefahr, dass dieser im gerichtlichen Verfahren den Anspruch sofort anerkennt und der Antragsteller – also das Kind – mit den Verfahrenskosten belastet wird (§ 243 Satz 2 Nr. 4 FamFG). Besteht der Titel fort, besteht die Gefahr, dass weiter vollstreckt werden kann, auch wenn die materiell-rechtliche Grundlage des Anspruchs entfallen ist.

Von einer Übertragung der neuen Regelung zum Unterhaltsrückgriff auch auf Ehegatten hat der Gesetzgeber abgesehen. Begründet wurde dies mit der besonderen gegenseitigen familiären Einstandspflicht. Im SGB XII wird dieser besonderen Verpflichtung durch das Institut der Einstandsgemeinschaft (§ 27 Abs. 2 SGB XII) Rechnung getragen. Leben Ehegatten in einem gemeinsamen Haushalt, ist das Einkommen beider Ehegatten bei der Frage einer eventuellen Bedürftigkeit zu berücksichtigen. Dann stellt sich die Frage einer Heranziehung als Unterhaltsverpflichteter durch den Träger der Sozialhilfe nicht. Allerdings wird das bei der Unterbringung eines Ehegatten im Pflegeheim⁹ oder in einer Einrichtung des betreuten Wohnens¹⁰ in der Praxis entstehende soziale Problem für den auf Ehegattenunterhalt haftenden anderen Ehegatten durch das neue Gesetz nicht beseitigt.

Hinzuweisen bleibt zum Abschluss noch darauf, dass das Angehörigen-Entlastungsgesetz nur den sozialrechtlichen Anspruchsübergang betrifft, nicht aber in das Unterhaltsrecht selbst eingreift. Wenn kein Anspruchsübergang auf den Sozialhilfeträger erfolgt, bleibt es also dabei, dass der pflegebedürftige Elternteil selbst sein Kind in Anspruch auf Unterhalt in Anspruch nehmen kann, auch wenn dieses Kind weniger als 100.000 € im Jahr verdient.

Wird Elternunterhalt noch geltend gemacht (entweder vom pflegedürftigen Elternteil selbst oder vom Sozialhilfeträger gegen ein Kind mit einem 100.000 € übersteigenden Jahreseinkommen), so sind aufseiten des auf Zahlung in Anspruch genommenen Kindes die Selbstbehaltssätze für das Kind selbst und ggf. seines Ehegatten zu berücksichtigen, die in der Düsseldorfer Tabelle festgelegt sind. Allerdings konnten die Neuregelungen des Angehörigen-Entlastungsgesetzes noch nicht in die Selbstbehaltssätze der zum 01.01.2020 geltenden Düsseldorfer Tabelle eingearbeitet werden. Es ist aber sachgerecht, den Selbstbehalt unterhaltspflichtiger Kinder in entsprechender Höhe ebenfalls anzupassen. Nur damit kann vermieden werden, dass es bei geringfügiger Überschreitung der Grenze von 100.000 €

zu unangemessenen Ergebnissen kommt. Denn der Zweck des Gesetzes, Familien wirksam zu entlasten und den Familienfrieden zu wahren, darf nicht dadurch in sein Gegenteil verkehrt werden, dass bei einem nur geringfügig höheren Einkommen des in Anspruch genommenen Kindes ein geringerer Betrag für die eigene Lebensführung verbleibt, als einem Pflichtigen mit geringerem Einkommen zugestanden wird.

9 Dazu BGH, Beschl. v. 27.04.2016 - XII ZB 485/14; siehe auch OLG Celle, Beschl. v. 20.10.2015 - 18 UF 5/15.

10 Vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 30.06.2017 - 6 WF 105/17; dazu Reinken, jurisPR-FamR 25/2017 Anm. 5.

Mehr Privatsphäre durch Einwilligungsvorbehalt?

EuGH, Urt. v. 01.10.2019 - C-673/17

RA Sebastian Hilgert und Stv. Dir. d. AG Peter Hilgert

A. Problemstellung

Für Werbekonzerne sind sie Gold wert, für Nutzer ein wenig beachtetes Ärgernis und für Gerichte seit Jahren Stein des Anstoßes.¹ (HTTP-)Cookies sind Textinformationen, die vom Webbrowser auf dem Endgerät des Internetnutzers gespeichert werden und vom Verwender ausgelesen werden können. Dies können rein statistische Daten sein, die keinen Rückschluss auf den Nutzer zulassen, aber auch solche, die den Nutzer „tracken“, also eine Nachverfolgung ermöglichen, wann er wo im Internet aktiv gewesen ist. Solche Cookies können u.U. über Jahre aktiv sein² und werden häufig z.B. im Rahmen von Web Analytics oder Webtracking eingesetzt.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Ausgangspunkt der vorliegenden Entscheidung ist ein Rechtsstreit zwischen der Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. und einem Anbieter von Online-Gewinnspielen. Dieser hatte im Rahmen eines Gewinnspiels die Zustimmung zur Cookie Verwendung bereits voreingestellt, sodass die Teilnehmer mit der Teilnahme am Gewinnspiel auch in die Verwendung von Tracking Cookies

1 Vgl. schon Lapp, ITRB 2001, 113.

2 Voigt, MMR 2009, 377, 378.

und die Weitergabe der Daten an Sponsoren und Werbepartner einwilligten. Der BGH hat dem EuGH die Sache zur Vorabentscheidung vorgelegt, da zweifelhaft sei, ob hierin eine wirksame Einwilligung i.S.v. Art. 5 Abs. 3 und Art. 2 Buchst. f) der RL 2002/58 (ePrivacy-RL) i.V.m. Art. 2 Buchst. h) der RL 95/46 (Datenschutz-RL) zu sehen sei. Zudem sollte der EuGH die Frage des Umfangs der sich aus Art. 5 Abs. 3 der RL 2002/58 ergebenden Informationspflicht klären.

Mit Wirkung vom 25.05.2018 und somit nach der letzten mündlichen Verhandlung des vorlegenden Gerichts (14.07.2017) wurden die RL 95/46 gem. Art. 94 Abs. 1 der VO 2016/679 (DSGVO) aufgehoben und durch diese ersetzt. Da das Ausgangsverfahren auch auf zukünftiges Verhalten des Anbieters abzielt, hat der EuGH die vorgelegten Fragen sowohl auf Grundlage der RL 95/46 als auch der VO 2016/679 beantwortet.

Im Ergebnis kommt der EuGH sowohl unter Anwendung der Datenschutz-RL als auch der DSGVO zu dem Ergebnis, dass in der Teilnahme an dem Gewinnspiel keine wirksame Zustimmung zur Verwendung von Cookies und die Weitergabe der Daten an Dritte zu sehen sei. Hinsichtlich der RL 2002/58 ergebe sich schon aus dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 3, dass eine ausdrückliche Einwilligung verlangt werde und eine Einwilligungsvermutung nicht ausreiche. Gestützt werde diese Auslegung durch den Erwägungsgrund (ErwGrd) 17, wonach der Wille des Nutzers durch spezielle Angaben, bspw. die Markierung eines Feldes auf einer Internetseite zum Ausdruck kommen müsse, sodass aktives Tun verlangt werde und die Akzeptanz einer Voreinstellung nicht ausreiche. Dies ergebe sich letztendlich auch aus Art. 2 Buchst. h) RL 95/46, auf den Art. 5 Abs. 3 RL 2002/58 verweise. Danach sei eine „Einwilligung“ jede Willensbekundung, die ohne Zwang, für den konkreten Fall, in Kenntnis der Sachlage erfolge und mit der die betroffene Person akzeptiere, dass ihre personenbezogenen Daten verarbeitet werden.

Bestätigt werde dies durch die Entstehungsgeschichte des Art. 5 Abs. 3 RL 2002/58, der ursprünglich ein Verweigerungsrecht zur Cookie-Speicherung vorgesehen habe. Durch die RL 2009/136 sei diese unter Einwilligungsvorbehalt gestellt worden.

Unter der DSGVO habe sich diese Rechtslage weiter verschärft. Nach Art. 4 Nr. 11, und Art. 6 Abs. 1 Buchst. a) müsse eine Einwilligung freiwillig für einen bestimmten Fall in informierter Weise und unmissverständlich mittels Erklärung oder sonstiger eindeutig bestätigender Handlung abgegeben werden. Dies lasse nur den Schluss zu, dass die Einwilligung mittels aktiven Tuns abgegeben werden müsse.

Gemäß ErwGrd 32 der DSGVO könne Untätigkeit bei bereits angekreuztem Kästchen nicht zu einer wirksamen Einwilligung führen.

Der Einwilligungsvorbehalt gelte unabhängig davon, ob personenbezogene Daten oder sonstige, auf elektronischen Endgeräten gespeicherte Informationen betroffen seien. Aus ErwGrd 24 zur RL 2002/58 ergebe sich, dass auch diese Teile der Privatsphäre des Nutzers zuzuordnen seien, die dem Schutz der EMRK unterlägen. Entscheidend sei, dass ohne ausdrückliche Zustimmung in die Endgeräte der Nutzer eingedrungen werde, um an diese Daten zu gelangen.

Daher könne weder nach alter noch nach neuer Rechtslage eine wirksame Einwilligung durch ein voreingestelltes Ankreuzkästchen, welches der Nutzer nur abwählen könne, erteilt werden. Dies gelte auch, wenn diese Voreinstellung mit der Teilnahme an einem Gewinnspiel kombiniert werden, zu der der Nutzer eine aktive Taste betätigen müsse. Denn gem. Art. 2 Buchst. h) der RL 95/46 müsse sich die Willensbekundung „auf den konkreten Fall“, hier also die Datenverarbeitung beziehen und können nicht aus Willensbekundungen im Zusammenhang mit anderen Gegenständen abgeleitet werden.

Ob der umgekehrte Fall, dass eine Teilnahme an Gewinnspielen nur möglich wäre, wenn auch der Cookienutzung zugestimmt würde, brauche der EuGH nicht zu entscheiden. Problematisch könnte dies im Hinblick auf das Erfordernis „ohne Zwang“ in Art. 2 Buchst. h) der RL 95/46 bzw. „freiwillig“ in Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 Abs. 4 der VO 2016/679 sein.

Um eine wirksame Einwilligung erteilen zu können, sei gem. Art. 5 Abs. 3 RL 2002/58 eine klare und umfassende Information des Nutzers u.a. über die Zwecke der Verarbeitung gemäß RL 95/46 erforderlich. Er müsse in die Lage versetzt werden, die Konsequenzen einer etwaigen Einwilligung zu erkennen und die Funktionsweise der verwendeten Cookies zu verstehen. Hierzu gehörten nach Art. 10 RL 95/46 neben der Identität des Verantwortlichen und der Zweckbestimmung der Verarbeitung auch Informationen über den Empfänger.

Informationen über die Dauer der Verarbeitung der Daten seien zwar in Art. 10 der RL 95/46 nicht ausdrücklich geregelt. Allerdings ergäbe sich aus dem Wort „zumindest“ in der vorgenannten Regelung, dass die dortige Aufzählung nicht abschließend sei. Information über die Funktionsdauer der Cookies stehe im Einklang mit dem dort aufgeführten Erfordernis einer Verarbeitung nach Treu und Glauben. Eine Situation wie im vorliegenden Ausgangsverfahren impliziert eine lange oder sogar unbegrenzte Funktionsdauer, in der zahlreiche Informationen

über Nutzungsgewohnheiten und Häufigkeit der Besuche der Websites der Vertragspartner des Veranstalters gesammelt werden. Diese Auslegung wird in Art. 13 Abs. 2 Buchst. a) VO 2016/679 bestätigt, wonach eine faire und transparente Verarbeitung zu gewährleisten ist. Dies umfasst auch die Dauer der Speicherung personenbezogener Daten oder, falls dies nicht möglich sei, Kriterien für die Festlegung dieser Dauer.

Die Angaben dazu, ob Dritte Zugriff auf die Cookies erhalten, seien Informationen, die in Art. 10 Buchst. c) RL 95/46 bzw. Art. 13 Abs. 1 Buchst. e) VO 2016/679 ausdrücklich genannt seien. Dort seien die Empfänger oder die Kategorie von Empfängern der Daten explizit genannt.

C. Kontext der Entscheidung

Das deutsche Recht differenziert zwischen Cookies, die rein statistische Funktion haben und keine Rückbeziehung auf einen bestimmten Nutzer ermöglichen und solchen zur Aktivitätenverfolgung, die eine Maßnahme zur Erhebung persönlicher Daten darstellt.³

Art. 6 Abs. 1 DSGVO stellt die Erhebung von personenbezogenen Daten grds. unter den Vorbehalt eines Rechtfertigungsgrundes. Im Fall von Cookies ist mangels eines anderweitigen Rechtfertigungsgrundes regelmäßig eine Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. a) erforderlich. Anderes gilt nur für technisch notwendige Cookies, die keine personenbezogenen Daten erheben, sondern nur technische Daten zwischenspeichern, um den Webdienst auf dem Endgerät des Nutzers anbieten zu können. Da hier keine personenbezogenen Daten verarbeitet werden, ist bereits der Anwendungsbereich des Art. 6 DSGVO nicht eröffnet.

Bei Cookies, die nur statistische Daten abrufen, greift § 15 Abs. 3 TMG, wonach der Diensteanbieter ohne Einwilligung Nutzerdaten erheben darf. Dem Nutzer steht nur – nach Informationen zur Datenerhebung – ein Widerspruchsrecht zu. Anders als andere Staaten wie z.B. die Niederlande⁴ und Österreich,⁵ die die Einwilligungslösung spätestens mit Inkrafttreten der e-Privacy-RL und Modifizierung durch die Cookie-RL in nationales Recht übernommen haben,⁶ hat der deutsche Gesetzgeber auf eine Umsetzung – trotz Erarbeitung eines entsprechenden Entwurfs⁷ – verzichtet und die alte Widerspruchslösung beibehalten.⁸ Diese Differenzierung ist nach der o.g. Entscheidung des EuGH europarechtswidrig. Diskutiert wird deshalb die Möglichkeit einer über den Wortlaut hinausgehenden europarechtskonformen Auslegung der Norm.⁹ Im vorliegenden Fall würde dies bedeuten, ein Einwilligungserfordernis in eine Widerspruchslösung hineinzulesen – und damit gleichsam contra legem den Wortlaut in sein Gegenteil zu verkehren.

In Betracht kommt daher eher eine Verdrängung des nationalen Rechts auf Grundlage des Anwendungsvorrangs¹⁰ des EU-Rechts.¹¹ Dies hat zur Folge, dass sich Diensteanbieter auf die Widerspruchslösung des § 15 Abs. 3 TMG nicht berufen können.¹²

D. Auswirkungen für die Praxis

Mit seiner Entscheidung stellt der EuGH klar, dass die gängige Praxis, die Einwilligung der Nutzer gleichsam nebenbei einzuholen bzw. der Verweis auf die Widerspruchsmöglichkeit, unzulässig ist.

Zulässig ist eine Einwilligungserklärung ohne Voreinstellung, bei der sich bspw. ein Fenster – ähnlich der Benutzerkontensteuerung eines Windows-Betriebssystems – öffnet, das sich deutlich vom Hintergrund abhebt, und in welchem der Nutzer umfassend informiert wird. Dies müsste auch dann der Fall sein, wenn die Einwilligungserklärung Voraussetzung für die weitergehende Nutzung der Webseite ist.¹³ Allerdings könnte dies im Hinblick auf das Erfordernis „ohne Zwang“ in Art. 2 Buchst. h) der RL 95/46 bzw. „freiwillig“ in Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 Abs. 4 der VO 2016/679 problematisch sein.

Wegen des Erfordernisses der Freiwilligkeit der Einwilligung ist demgegenüber jede Form der „Nutzerlenkung“ unzulässig.¹⁴ Hierunter fallen gezielte Anordnung, Beschriftung oder Einfärbung der Buttons, die zu einer Zustimmung bewegen sollen, bspw. die Grünfärbung des Buttons zur Akzeptanz von Cookies und die Graufärbung für die Ablehnung, sodass dem Nutzer suggeriert wird, die letztgenannte Option sei nicht verfügbar.

3 Auer-Reinsdorff/Conrad, IT-R-HdB, 3. Aufl. 2019, § 36 Datenschutz im Internet Rn. 149, Breyer, ZD 2018, 302, 303.

4 Jeloschek/Härting, ITRB 2013, 84, 87.

5 Rössel, ITRB 2018, 27, 28.

6 Laue/Kremer, Das neue Datenschutzrecht in der betrieblichen Praxis, 2. Aufl. 2019, § 2 Zulässigkeit der Verarbeitung Rn. 12.

7 BT-Drs. 17/8454.

8 Nink in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 15 TMG Rn. 2 f.

9 Hoeren/Sieber/Holzengel, MMR-HdB, 49. EL Juli 2019, Teil 16.2 Datenschutz im Internet, Rn. 275 f.

10 EuGH, Urt. v. 15.07.1964 – 6/64 – „Costa gegen ENEL“.

11 Laue/Kremer, Das neue Datenschutzrecht in der betrieblichen Praxis, 2. Aufl. 2019, § 2 Zulässigkeit der Verarbeitung Rn. 13.

12 Laue/Kremer, Das neue Datenschutzrecht in der betrieblichen Praxis, 2. Aufl. 2019, § 2 Zulässigkeit der Verarbeitung Rn. 13; So im Ergebnis auch Nink in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 15 TMG Rn. 1; Thiel, GRUR-Prax 2019, 492.

13 Vgl. Moos/Rothkegel, MMR 2019, 736, 738.

14 Vgl. Laue/Kremer, Das neue Datenschutzrecht in der betrieblichen Praxis, 2. Aufl. 2019, § 2 Zulässigkeit der Verarbeitung Rn. 18.

Ob unter diesen Bedingungen die „kostenfreie“, d.h. werbefinanzierte Webnutzung eine Zukunft hat, bleibt abzuwarten. Ohne Cookies ist eine personalisierte, auf den Nutzer zugeschnittene Werbung nicht ohne Weiteres möglich.

Abhilfe könnte schaffen, die Nutzung einer Website von der Einwilligungserklärung abhängig zu machen. Dem könnte das Koppelungsverbot (Art. 7 Abs. 4 DSGVO, ErwGrd 42 zur DSGVO) sowie die Freiwilligkeit der Einwilligung entgegenstehen.¹⁵ Eine Koppelung der Einwilligung mit der Erlaubnis, ein Angebot in Anspruch zu nehmen ist dann unfreiwillig, wenn die Datenerhebung andernfalls nicht notwendig gewesen wäre.¹⁶ Fraglich ist, ob vom Koppelungsverbot auch Angebote erfasst wären, die gegen die Preisgabe von Daten ein „mehr“ an Umfang böten – ähnlich den Paywall-Angeboten zahlreicher Onlinemedien. Damit dürfte die „Bezahlung“ des Angebots durch Preisgabe von Daten in den Vertragszweck eingebunden und als Gegenleistung für die (unentgeltliche) Erbringung der Angebotsleistung nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) zulässig sein.¹⁷ Ein vollständiges „Verstecken“ des Angebots hinter einer „Cookie-Wall“ hat indes in der Vergangenheit bereits den Unmut der Nutzer auf sich gezogen.¹⁸

E. Fazit

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass der EuGH für mehr Klarheit bei der Cookie Nutzung gesorgt hat. Insbesondere die Frage der Koppelung der Einwilligung mit einem erweiterten Informationsangebot dürfte für weitere Diskussionen sorgen. Eine Entschärfung hätte die geplante ePrivacy-VO bringen können, in deren ErwGrd 21 eine Ausnahmeregel für überwiegend werbefinanzierte journalistische Angebote vorgesehen war.¹⁹ Diese wurde zwischenzeitlich zurückgezogen.²⁰

15 Laue/Kremer, Das neue Datenschutzrecht in der betrieblichen Praxis, 2. Aufl. 2019, § 2 Zulässigkeit der Verarbeitung Rn. 22.

16 Härting in: Härting, Internetrecht, 6. Aufl. 2017, Art. 7 DSGVO Rn. 51 ff.

17 Laue/Kremer, Das neue Datenschutzrecht in der betrieblichen Praxis, 2. Aufl. 2019, § 2 Zulässigkeit der Verarbeitung Rn. 24.

18 Jeloschek/Härting, ITRB 2013, 84, 87.

19 Stand 09.11.2019.

20 www.bvdw.org/themen/recht/kommunikationsrecht-eprivacy/, Stand 15.12.2019.

Arbeitsrecht

Vom „Normalvertrag“ zum „Normalarbeitsvertrag“ an deutschen Bühnen?

Oder der Versuch nach „Sciotto“ zu einer angemessenen Abwägung von Kunst-, Berufs- und Tarifvertragsfreiheit zu gelangen

RiBAG Dr. Sebastian Roloff

A. Einleitung

Im Anwendungsbereich des Normalvertrags Bühne¹ – also für Solisten, Bühnentechniker, Chorsänger und Tänzer² – ist das befristete Arbeitsverhältnis und eine bloß befristete Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses „mit Rücksicht auf die künstlerischen Belange“ die Regel, § 2 Abs. 2 NV-Bühne.³ Für den EuGH ist das unbefristete Arbeitsverhältnis die Norm⁴ – auch wegen des in Nr. 6 – 8 der Allgemeinen Erwägungen der Präambel und in § 1 Buchst. b), § 5 Nr. 1 der in der Richtlinie 1999/70/EG inkorporierten EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung⁵ zum Aus-

druck kommenden Schutzes vor missbräuchlich befristeten Verträgen. Der für die Kontrolle von Befristungen zuständige Siebte Senat des BAG erlaubt an Bühnen Befristungen aufgrund der Eigenart der künstlerischen Tätig-

1 Im Folgenden: NV-Bühne.

2 Der Beitrag verwendet zur besseren Lesbarkeit das generische Maskulinum.

3 Schneider, EuZA 2019, 362, 370.

4 EuGH, Urt. v. 25.10.2018 - C-331/17 - „Sciotto“ Rn. 30, 31.

5 Im Folgenden: Rahmenvereinbarung.

keit (§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG) unter Abwägung mit der Berufsfreiheit des Arbeitnehmers, wobei sich der Senat an die Abwägung der Tarifvertragsparteien gebunden fühlt.⁶ Für den Senat ist also – vereinfacht gesprochen – der Tarifvertrag die Norm. Die Wirksamkeit der Befristungspraxis an deutschen Bühnen ist wieder in der Diskussion, seitdem der EuGH in der Rechtssache der Balletttänzerin Martina Sciotto gegen ihren Arbeitgeber⁷ ein italienisches Gesetz „über dringliche Vorschriften auf dem Gebiet von Schauspiel und Kultur“ kassiert hat, das dort abweichend vom italienischen Befristungsrecht unbeschränkt Befristungen für künstlerisch und technisch Beschäftigte zugelassen hat.⁸

Der Beitrag wird zunächst das deutsche Befristungskonzept nach dem NV-Bühne und die hierzu ergangene Rechtsprechung vor dem Hintergrund der Kunstfreiheit beleuchten, um sie dann einer verfassungs- und unionsrechtlichen Prüfung zu unterziehen. Ob das im Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD vereinbarte neue Befristungsrecht noch Gesetz wird, ist offen. Danach soll zur Vermeidung von endlosen Kettenbefristungen eine Befristung unzulässig sein, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis mit einer Gesamtdauer von fünf oder mehr Jahren bestanden hat. Allerdings soll eine Ausnahmeregelung wegen der Eigenart des Arbeitsverhältnisses für „Künstler“ und „Fußballer“ getroffen werden.⁹ Nicht unerwähnt bleiben soll an dieser Stelle der Umstand, dass der NV-Bühne im Jahr 2019 sein 100-jähriges Bestehen feiern konnte – so wie andere sozialpolitische Errungenschaften, darunter das Tarifvertrags- und das Betriebsverfassungsrecht.

B. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach dem NV-Bühne

I. Die Befristung

Von etwas mehr als 40.000 ständig und abhängig Beschäftigten an deutschen Bühnen zu Beginn des Jahres 2018 ist etwa die Hälfte von den Befristungsregeln des NV-Bühne betroffen.¹⁰ Für die von § 1 NV-Bühne erfassten Künstler und Techniker ist der befristete oder Zeitvertrag die Regel, § 2 Abs. 2 NV-Bühne. Der Vertrag wird regelmäßig auf ein Jahr bzw. eine Spielzeit¹¹ befristet. Nach § 61 Abs. 2 Satz 1 NV-Bühne und den entsprechenden Regelungen für die anderen Beschäftigungsbereiche¹² endet der befristete Vertrag nicht automatisch mit der Befristung – wie sonst bei kalendermäßigen Befristungen nach § 15 Abs. 1 TzBfG üblich; ein mindestens für ein Jahr (Spielzeit) abgeschlossener Arbeitsvertrag verlängert sich vielmehr zu den gleichen Bedingungen um ein weiteres

Jahr (Spielzeit), wenn keine der Vertragsparteien der anderen bis zum 31.10. der Spielzeit, mit deren Ablauf der Arbeitsvertrag endet, schriftlich mitteilt, dass sie nicht beabsichtigt, den Arbeitsvertrag zu verlängern (Nichtverlängerungsmittelteilung). Der befristete Vertrag wird also immer weiter um ein Jahr befristet fortgesetzt. Diese befristete Fortsetzung kann also bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus Altersgründen beim Erreichen der Regelaltersgrenze währen, § 61 Abs. 9 NV-Bühne.

II. Die Nichtverlängerungsmittelteilung

Im Achten Kapitel des NV-Bühne zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses verweist der Tarifvertrag in seiner ersten Bestimmung auf die Sonderregelungen zur Nichtverlängerungsmittelteilung für die einzelnen Beschäftigungsgruppen, § 42 Abs. 1 NV-Bühne. Diese Regelung ist vor dem Hintergrund des sich stets um eine Spielzeit fortsetzenden Zeitvertrags nach § 2 Abs. 2 NV-Bühne i.V.m. § 61 Abs. 2 Satz 1 NV-Bühne zu sehen. Will der Arbeitgeber die fortgesetzte Befristungskette unterbrechen und das Arbeitsverhältnis beenden, muss er dem Arbeitnehmer die Nichtverlängerung mitteilen, § 61 Abs. 2 NV-Bühne. Der Arbeitnehmer ist zunächst nach den genauen Regeln in § 61 Abs. 4 – 7 NV-Bühne vor der Erklärung anzuhören und ihm sind die Gründe für die Beendigung mitzuteilen.¹³ Ob diese Gründe aber tatsächlich die Beendigung rechtfertigen, ist unerheblich, da an die Mitteilung keine gerichtlich überprüfbaren materiellen Anforderungen gestellt werden.¹⁴ Der Arbeitgeber benötigt für die Nichtverlängerung keinen gerichtlich

6 BAG, Urt. v. 13.12.2017 - 7 AZR 369/16 - „Maskenbildnerin II“; die in der Revision bestätigte Entscheidung des LArbG Köln, Urt. v. 17.05.2016 - 12 Sa 991/15 erging unter dem Vorsitz des Verfassers.

7 EuGH, Urt. v. 25.10.2018 - C-331/17.

8 Vgl. hierzu Assmann, Bühnengenossenschaft 3/2019, 7; Kuckuk, NZA 2019, 22; Opolony, ZUM 2019, 327; Scharnke, Bühnengenossenschaft 3/2019, 9; Schneider, EuZA 2019, 362.

9 Koalitionsvertrag 2018, Zeilennummer 2348 – 2353.

10 Vgl. Theaterstatistik Summentabellen zu 4 zum 01.01.2018.

11 Die Protokollnotiz zu § 61 NV-Bühne definiert den Begriff der Spielzeit wie folgt: „Soweit bei Angaben von Zeiträumen die Bezeichnung ‚Jahr (Spielzeit)‘ oder die Bezeichnung ‚Jahre (Spielzeiten)‘ verwendet werden, ist es unerheblich, ob die Spielzeit bzw. die Anzahl der Spielzeiten in Kalendertagen kürzer oder länger als ein Jahr bzw. die entsprechende Anzahl von Jahren sind“.

12 §§ 69 [Techniker], 83 [Chorsänger], 96 [Tänzer] NV-Bühne. § 69 und § 96 NV-Bühne entsprechen nahezu wörtlich § 61 NV-Bühne, Schneider in: HK-NV Bühne, 3. Aufl., § 69 Rn. 1 sowie § 96 Rn. 1.

13 Zu dem besonderen Anhörungsverfahren siehe BAG, Urt. v. 13.12.2017 - 7 AZR 369/16 Rn. 48; ausführlich Sievers, TzBfG, 5. Aufl., § 14 Rn. 288; beachtenswert ist im Kontext von Art. 12 Abs. 1 GG stets, wenn mehr über Form- als über Inhaltsfragen gestritten wird.

14 Schneider in: HK-NV Bühne, 3. Aufl., § 61 Rn. 6.

überprüfbar sachlichen Grund, nicht einmal einen künstlerischen.¹⁵ Auch eine Kontrolle der Mitteilung nach § 315 BGB unterbleibt. Die Mitteilung soll zudem rein deklaratorischen Charakter haben und keinen gesetzlichen Unwirksamkeitsgründen wie § 178 SGB IX unterliegen,¹⁶ was wegen ihrer rechtsgeschäftsähnlichen Wirkung sehr zweifelhaft ist. Sie ist jedenfalls als geschäftsähnliche Erklärung anzusehen.¹⁷

Besteht das Arbeitsverhältnis am Ende einer Spielzeit an derselben Bühne ununterbrochen mehr als acht Jahre (Spielzeiten), muss die Nichtverlängerungsmittelung der anderen Vertragspartei früher – nämlich bis zum 31.07. der jeweils vorangegangenen Spielzeit – schriftlich zugegangen sein, § 61 Abs. 2 Satz 2 NV-Bühne. Materielle Anforderungen bestehen freilich immer noch nicht. Besteht das Arbeitsverhältnis am Ende einer Spielzeit ununterbrochen mehr als 15 Jahre, kann der Arbeitgeber eine Nichtverlängerungsmittelung nur noch aussprechen, um das Arbeitsverhältnis unter anderen Vertragsbedingungen – auch außerhalb der im Arbeitsvertrag angegebenen Bühne(n) – fortzusetzen. Dabei soll der Inhalt des Arbeitsverhältnisses in den Grenzen billigen Ermessens (!) Veränderungen unterworfen werden können.¹⁸ Das gilt nicht, wenn der Arbeitnehmer bereits das 55. Lebensjahr vollendet hat. Dann kann der Arbeitgeber allein die Vertragsbedingungen verändern, nicht jedoch den Einsatzort, § 61 Abs. 3 Unterabsatz 2 NV-Bühne. Allerdings können die Vertragsparteien vereinbaren, dass nach acht Jahren Vertragsdauer, also wenn die längere Ankündigungsfrist greift, bis zu vier nachfolgende Spielzeiten nicht für die Berechnung zählen sollen. Der besondere Schutz greift dann also erst nach 19 Jahren. Mit anderen Worten kann nach dem NV-Bühne bis zu 14 bzw. 18 Jahre das Arbeitsverhältnis (frei) automatisch befristet fortgesetzt werden.

Diese Grundsätze gelten grds. für das gesamte vom Tarifvertrag erfasste künstlerische und technische Personal – mit einer Abweichung für Opernchorsänger, § 83 Abs. 8 – 10 NV-Bühne: Die Mitteilung des Arbeitgebers ist unwirksam, wenn künstlerische Belange der Bühne durch die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses nicht beeinträchtigt werden und wenn die Interessen des Opernchormitglieds am Bestand des Arbeitsplatzes die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses gebieten. Hier findet in der Sache eine „kleine Kündigungsschutzrechtliche“ Prüfung statt.¹⁹

III. Die Abfindung

Daneben enthält der NV-Bühne exemplarisch in § 62 einen nach der Beschäftigungsdauer gestaffelten Abfindungsschutz sowie sonstige Leistungen, wenn der Arbeitnehmer

aus Anlass eines Intendantenwechsels infolge einer vom Arbeitgeber ausgesprochenen Nichtverlängerungsmittelung in der ersten Spielzeit nach dem Intendantenwechsel nicht mehr im Arbeitsverhältnis steht.

IV. Das gerichtliche Verfahren

Das Bühnenarbeitsrecht ist eine besondere Materie des Arbeitsrechts, das wegen des besonderen Verfahrens nach § 101 Abs. 2 ff. ArbGG und der in § 53 NV-Bühne vorgesehenen Bühnenschiedsgerichte auch das arbeitsgerichtliche Verfahren erheblich modifiziert. Die Befristung einerseits und die Nichtverlängerungsmittelung andererseits erfordern vom Arbeitnehmer ein gezieltes fristgerechtes gerichtliches Vorgehen. Er muss grds. beides angreifen: Die Nichtverlängerungsmittelung ist nach § 61 Abs. 8 NV-Bühne selbstständig innerhalb einer Ausschlussfrist von vier Monaten nach den Terminen zur Nichtverlängerungsmittelung beim Schiedsgericht anzufechten. Die Befristung muss der Arbeitnehmer nach § 17 Satz 1 TzBfG innerhalb von drei Wochen nach dem vereinbarten Ende des befristeten Arbeitsvertrags ebenfalls beim Schiedsgericht angreifen. Der Arbeitnehmer muss sich daher fristgemäß gegen die Befristung und gegen die Nichtverlängerungsmittelung wehren, will er nicht riskieren, das Arbeitsverhältnis nach erfolgreichem Vorgehen gegen die Nichtverlängerungsmittelung nur erneut befristet fortsetzen zu können.²⁰ Ob § 6 Satz 1 KSchG (entsprechend) i.V.m. § 17 Satz 2 TzBfG zugunsten des Klägers fruchtbar gemacht werden kann,²¹ wenn er versehentlich nur einen Beendigungstatbestand angreift, wofür manches spricht, soll hier nicht vertieft werden.²² Allerdings kann er auch ein

15 Ganß/Assmann, Arbeitsrecht der Bühne, Teil I, Kap. 7, Rn. 107.

16 Schneider in: HK-NV Bühne, 3. Aufl., § 61 Rn. 12 m.w.N.

17 BAG, Urt. v. 20.03.2019 - 7 AZR 237/17 Rn. 40: jedenfalls geschäftsähnlich; Bolwin/Sponer, Bühnen- und Orchesterrecht, § 61 NV-Bühne Rn. 30, Stand Juni 2018: Willenserklärung; so auch MHdB ArbR/Pallasch, 4. Aufl., Bd. 2, § 165 Rn. 52; vgl. zur Ablehnung einer Bewerbung und ihrer fristauslösenden Wirkung: BAG, Urt. v. 29.06.2017 - 8 AZR 402/15 Rn. 22 und zum feststellungsfähigen Rechtsverhältnis: BAG, Urt. v. 20.03.2019 - 7 AZR 237/17 Rn. 15.

18 Vgl. ausführlich Schneider in: HK-NV Bühne, 3. Aufl., § 61 Rn. 16 m.w.N.; Ganß/Assmann, Arbeitsrecht der Bühne, Teil I, Kap. 7, Rn. 132 ff.

19 Vgl. Schneider in: HK-NV Bühne, 3. Aufl., § 83 Rn. 17 ff.

20 Zur Antragstellung und zu den Streitgegenständen vgl. BAG, Urt. v. 13.12.2017 - 7 AZR 369/16 Rn. 13, 46; grundlegend: BAG, Urt. v. 15.05.2013 - 7 AZR 665/11 Rn. 22 ff.

21 BAG, Urt. v. 18.12.2014 - 2 AZR 163/14 Rn. 19.

22 Vgl. grundlegend Roloff in: NK-GA, § 6 KSchG Rn. 23, 24 sowie BAG, Urt. v. 21.03.2017 - 7 AZR 222/15 zur Zweckbefristungskontrollklage; siehe auch ohne Erörterung dieser Frage: BAG, Urt. v. 15.05.2013 - 7 AZR 665/11 Rn. 35.

Interesse an einer nur befristeten Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses haben, weshalb er dann nur die Nichtverlängerung angreifen wird.

Bevor der klagende Arbeitnehmer die Arbeitsgerichte anrufen kann, muss er das Verfahren vor dem Bühnenschieds- und Bühnenschiedsgericht durch zwei Instanzen durchlaufen, § 53 NV-Bühne. Danach kann und wird vom Unterliegenden Aufhebungsklage vor den Arbeitsgerichten erhoben werden, § 110 ArbGG, die dort ggf. drei Instanzen durchläuft. Und obwohl die Aufhebungsklagen nach § 38 des Tarifvertrags über die Bühnenschiedsgerichtsbarkeit (Bühnenschiedsgerichtsordnung) und nach § 37 des Tarifvertrags über die Bühnenschiedsgerichtsbarkeit für Opernchöre allein beim Arbeitsgericht und LArbG Köln gebündelt sind,²³ sind diese Klagen in der Instanz in aller Regel Exoten.

C. Die Rechtsprechung des BAG

Der Siebte Senat des BAG stützt die Rechtfertigung der Befristung im Anwendungsbereich des NV-Bühne für das künstlerische Personal auf die Eigenart der Arbeitsleistung, § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG.²⁴ Dafür spreche bereits stark der Wille des Gesetzgebers, aber auch die Möglichkeit, den Besonderheiten der Kunstfreiheit angemessen Rechnung zu tragen. Den künstlerischen Vorstellungen des Intendanten und dem Abwechslungsbedürfnis der Zuschauer soll unter Abwägung mit der Berufsfreiheit der künstlerisch tätigen Arbeitnehmer Rechnung getragen werden können.²⁵ Außerdem liege es im eigenen Interesse der Künstler, dass an anderen Bühnen durch Befristungen Arbeitsplätze frei würden.²⁶ Bei der Abwägung der Grundrechte und damit auch des ausreichenden Bestandsschutzes, komme dem Tarifvertrag eine große Bedeutung zu, da er als angemessener Ausgleich anzusehen sei, es sei denn, für die getroffene Regelung seien plausible, einleuchtende Gründe nicht erkennbar.²⁷ Als künstlerisches Personal sollen dabei nicht nur Tendenzträger, sondern sämtliche künstlerisch tätigen Arbeitnehmer anzusehen sein, da § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG allein an die Arbeitsleistung anknüpfe. Für diese künstlerische Arbeitsleistung genüge es, dass nach § 1 Abs. 3 Satz 2 NV-Bühne im Arbeitsvertrag eine überwiegend künstlerische Tätigkeit vereinbart sei.²⁸ Auch hier soll aus dem Tarifvertrag folgen, dass die Tätigkeit aufgrund der Vereinbarung auch künstlerische Aufgaben umfasse.²⁹ Diese Annahme stehe im Einklang mit der Rahmenvereinbarung: Der Befristungsgrund sei ein sachlicher Grund i.S.d. § 5 Nr. 1 und charakteristisch für die Beschäftigung in dieser Branche, wobei die Befristung nicht einfach nur für eine Branche zugelassen werde.³⁰ Dem Bestandsschutzinteresse des

Arbeitnehmers sei durch die Nichtverlängerungsmittelung ausreichend Rechnung getragen, da dem Arbeitnehmer nach der erforderlichen Anhörung „geraume Zeit“ verbleibe, um sich ein anderes Engagement zu suchen.³¹ Außerdem greife nach 15 Jahren Zugehörigkeit der Bestandsschutz durch Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zu ggf. geänderten Arbeitsbedingungen.³² Der Siebte Senat beendet seine Ausführungen mit folgender Annahme: „Diese Beurteilung und Abwägung der beiderseitigen Interessen durch die Tarifvertragsparteien ist zu respektieren. Für die getroffene Regelung gibt es einleuchtende Gründe. Es bestehen vorliegend auch keine besonderen Umstände, die in die von den Tarifvertragsparteien vorgenommene Interessenabwägung ersichtlich nicht eingeflossen sind.“

D. Die neue Rechtsprechung des EuGH

Vor diesem Rechtsprechungshintergrund wird das bereits angesprochene Urteil des EuGH vom 25.10.2018 in der Rechtssache C-331/17 besonders interessant.³³ Denn der Gerichtshof hatte sich erneut³⁴ mit nationalen Regelungen zu beschäftigen, die Arbeitsverhältnisse an Bühnen dem Schutz des Befristungsrechts entzogen. Da der NV-Bühne ganz sicher nicht vollständig den Schutz des Befristungsrechts entzieht, sollen hier die für das deutsche Recht maßgeblichen Passagen aus dem Urteil des Gerichtshofs wiedergegeben werden, um ihre Reichweite zu überprüfen: Zwar können die Mitgliedstaaten die besonderen Anforderungen bestimmter Branchen – wie der Bühnen – berücksichtigen, allerdings bedürfe es genau bezeichneter, konkreter Umstände, die eine Tätigkeit ausmachen und daher Befristungsketten rechtfertigen könn-

23 Ausschließliche Zuständigkeit nach § 48 Abs. 2 ArbGG: Germelmann in: Germelmann/Matthes/Prütting, ArbGG, 9. Aufl., Anhang § 3 BSchGO Rn. 1.

24 BAG, Urte. v. 02.08.2017 - 7 AZR 601/15 - „Maskenbildnerin I“ Rn. 47 ff.; BAG, Urte. v. 13.12.2017 - 7 AZR 369/16 Rn. 19; zustimmend u.a. Ganß/Assmann, Arbeitsrecht der Bühne, Teil I, Kap. 4, Rn. 15; ablehnend Bruns, RdA 2018, 373, 375.

25 BAG, Urte. v. 13.12.2017 - 7 AZR 369/16 Rn. 20 m.w.N., 21.

26 BAG, Urte. v. 02.08.2017 - 7 AZR 601/15 Rn. 47.

27 BAG, Urte. v. 13.12.2017 - 7 AZR 369/16 Rn. 22.

28 BAG, Urte. v. 13.12.2017 - 7 AZR 369/16 Rn. 26, 27.

29 BAG, Urte. v. 13.12.2017 - 7 AZR 369/16 Rn. 30; kritisch Backhaus in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 5. Aufl., § 14 TzBfG Rn. 193.

30 BAG, Urte. v. 13.12.2017 - 7 AZR 369/16 Rn. 36.

31 BAG, Urte. v. 13.12.2017 - 7 AZR 369/16 Rn. 42.

32 BAG, Urte. v. 13.12.2017 - 7 AZR 369/16 Rn. 42.

33 EuGH, Urte. v. 25.10.2018 - C-331/17.

34 Siehe bereits EuGH, Urte. v. 26.06.2015 - C-238/14 - „Kommission/Luxemburg“.

ten.³⁵ Es bedürfe objektiver und transparenter Kriterien, ob die befristete Verlängerung einem echten Bedarf entspreche und zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet und erforderlich sei. Andernfalls berge eine gesetzliche Regelung die Gefahr des Missbrauchs der Befristung.³⁶ Der Gerichtshof lässt weder die besondere Eigenschaft der Arbeitgeber – Kultur und künstlerisches Erbe – noch das Brauchtum entsprechender Verträge noch haushaltsrechtliche Gründe gelten. Hier liegt der Schwerpunkt der Entscheidung. Kultur und künstlerisches Erbe erkennt der Gerichtshof zwar als legitimen Grund an, verlangt aber, dass dieses Ziel gerade die befristete Beschäftigung erfordert.³⁷ Es sei nicht ersichtlich, dass gerade diese Branche ein gleiches Verhältnis von Arbeitnehmern und Nutzern verlange oder andere schwer vorhersehbare Arbeiten erledigen müsse. Zwar begründe die jährliche Programmgestaltung einen zeitweiligen Einstellungsbedarf, befristete Arbeitsverträge für Daueraufgaben, die zur „normalen Tätigkeit“ der Oper gehörten, könnten allerdings nicht zugelassen werden.³⁸ Daher müsse ein vorübergehender Bedarf für die Verlängerung befristeter Verträge konkret überprüft werden.³⁹ Der Gerichtshof endet mit den Sätzen: „Die jährliche Programmplanung der verschiedenen Aufführungen kann zwar die Einstellung besonderer oder zusätzlicher Arbeitnehmer erforderlich machen, aus den dem Gerichtshof vorliegenden Akten geht jedoch nicht hervor, inwiefern die künstlerischen Aufführungen, für die die Verträge der Klägerin des Ausgangsverfahrens geschlossen wurden, besonders gewesen wären, und auch nicht, aus welchem Grund sie zu einem nur vorübergehenden Personalbedarf geführt hätten. Überdies wurden mit den verschiedenen befristeten Arbeitsverträgen, mit denen die Klägerin eingestellt wurde, über mehrere Jahre hinweg ähnliche Aufgaben erfüllt, sodass dieses Arbeitsverhältnis – was zu überprüfen jedoch Aufgabe des vorliegenden Gerichts ist – einem Bedürfnis entsprochen haben könnte, das nicht vorübergehend war, sondern vielmehr dauerhaft.“⁴⁰

Die Entscheidung mag vor dem Hintergrund der offenkundig problematischen italienischen Regelung gedeutet werden. Allerdings darf nicht übersehen werden, dass die doch recht grundsätzlichen Ausführungen in der Entscheidung der Zehnten Kammer des Gerichtshofs vom Präsidenten des Gerichtshofs Lenaerts und vom Berichterstatter Biltgen stammen. Beide haben auch an den Entscheidungen Egenberger und IR in ebendieser Funktion mitgewirkt und dort ähnliche hohe Anforderungen an die Rechtfertigung im Diskriminierungsrecht geschaffen.⁴¹ Zudem wurde die Entscheidung in einer nachfolgenden Entscheidung der Ersten Kammer des EuGH unter dem Vorsitz des Vizepräsidenten Silva de La-

puerta ausführlich wiedergegeben.⁴² Bereits vor diesem Hintergrund dürfte die Entscheidung kein „Ausreißer“ sein. Damit enthält sie grundlegende Ausführungen, die für die unionsrechtliche Sicht auf die Regelungen des NV-Bühne von erheblicher Bedeutung sind.

E. Reaktionen auf die Entscheidung des EuGH

Die Reaktionen auf die Entscheidung des EuGH reichen – wie so oft nach Entscheidungen aus Luxemburg – von „Weiter so“ bis hin zu „Alles neu“. Kalb, Kuckuk und Müller-Glöße sehen keine Auswirkungen der Entscheidung des Gerichtshofs auf den NV-Bühne.⁴³ Die Regelungen des NV-Bühne genügen auch nach der Auffassung Opolonys den Vorgaben des Gerichtshofs, da neben der Anwendung des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG eine Missbrauchsprüfung der einzelnen Befristung nach § 242 BGB durchzuführen sei.⁴⁴ Erwägungsgrund 12 der Rahmenvereinbarung gestehe den Tarifvertragsparteien eine Einschätzungsprärogative zu.⁴⁵ Auch Schneider hält die Befristungen nach NV-Bühne für unionsrechtskonform und weist auf die Missbrauchskontrolle hin.⁴⁶ Außerdem seien die Voraussetzungen des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG im Einzelfall zu prüfen.⁴⁷ Sie weist allerdings auch darauf hin, dass das Bühnenrecht nicht selten zu ausufernden Befristungskarrieren führe, die oft nur aus zwei Gründen ihr Ende fänden: Intendantenwechsel und gerade noch keine 15 Jahre bestehende Arbeitsverhältnisse.⁴⁸ Hier habe eine Missbrauchskontrolle stattzufinden, um lange

35 EuGH, Ur. v. 25.10.2018 - C-331/17 Rn. 39.

36 EuGH, Ur. v. 25.10.2018 - C-331/17 Rn. 40.

37 EuGH, Ur. v. 25.10.2018 - C-331/17 Rn. 45.

38 EuGH, Ur. v. 25.10.2018 - C-331/17 Rn. 50.

39 EuGH, Ur. v. 25.10.2018 - C-331/17 Rn. 50, 52.

40 EuGH, Ur. v. 25.10.2018 - C-331/17 Rn. 53, 54.

41 EuGH, Ur. v. 17.04.2018 - C-414/16 - „Egenberger“ (siehe auch Greiner, *JM* 2018, 233 ff.); EuGH, Ur. v. 11.09.2018 - C-68/17 - [IR].

42 EuGH, Ur. v. 08.05.2019 - C-494/17 - „Rossato“ Rn. 24 ff.

43 Kalb in: Groeger, *Arbeitsrecht im Öffentlichen Dienst*, 3. Aufl., Rn. 38.10b; Kuckuk, *NZA* 2019, 22, 25; Müller-Glöße in: *ErfK*, 20. Aufl., § 14 TzBfG Rn. 47.

44 Opolony, *ZUM* 2019, 327, 328; in diese Richtung bereits Jousen, *EuZA* 2015, 323, 331 zur Vorgängerentscheidung der hier besprochenen Rechtssache „Sciotto“: EuGH, Ur. v. 26.06.2015 - C-238/14 - „Kommission/Luxemburg“; so auch Backhaus in: *Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsgesetz*, 5. Aufl., § 14 TzBfG Rn. 181a; *MHdB ArbR/Pallasch*, 4. Aufl., Bd. 2, § 165 Rn. 52; strenger Meinel in: *Meinel/Heyn/Herms, TzBfG*, 5. Aufl., § 14 Rn. 151; Bayreuther in: *BeckOK, ArbR*, 54. Edition, § 14 TzBfG Rn. 55.

45 Opolony, *ZUM* 2019, 327, 330.

46 Schneider, *EuZA* 2019, 362, 371.

47 Schneider, *EuZA* 2019, 362, 371.

48 Schneider, *EuZA* 2019, 362, 371 f.

Befristungsketten zu verhindern – gerade auch bei Daueraufgaben. Hierzu habe der Gerichtshof indes keine Aussagen treffen müssen.⁴⁹

Assmann unterstreicht, dass der Siebte Senat des BAG keine eigenständige Missbrauchskontrolle im Anwendungsbereich des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG mehr vornehme. Daher sei bei den Bühnentechnikern zu beachten, dass der NV-Bühne auch materiell ungünstigere Arbeitsbedingungen enthalte und bei fehlender künstlerischer Beschäftigung von einem Missbrauch auszugehen sei.⁵⁰ Scharnke fordert die Arbeitgeber im NV-Bühne zu Konzessionen auf, damit dort Kontrollmechanismen für die Missbrauchsgefahr von Kettenbefristungen insbesondere bei Bühnentechnikern eingefügt werden könnten.⁵¹ Noch strenger geht Krebber von einer Kehrtwende nach der Entscheidung des Gerichtshofs aus: Für mitgliedstaatliche verfassungsrechtliche Erwägungen lasse die Rahmenvereinbarung wegen des Anwendungsvorrangs – auch vor Verfassungsrecht – keinen Raum.⁵² Es sei zu beachten, dass die Rahmenvereinbarung ohne Ausnahme verlangt, dass der Möglichkeit der Verlängerung befristeter Verträge irgendwann ein Ende gesetzt wird. Deshalb seien Erwägungen, die ein solches Ende von ihrem theoretischen Ansatz und ihrer Argumentation her nicht von vornherein mit einschließen, nicht im Einklang mit der Rahmenvereinbarung.⁵³ Es falle schwer, in der Rechtsprechung Elemente zu erkennen, die dazu führen könnten, das auch bei Sportlern und Künstlern irgendwann ein Missbrauch aufeinanderfolgender befristeter Arbeitsverhältnisse vorliege.⁵⁴ Die Entscheidungsgründe erweckten vielmehr den Eindruck, dass im Ergebnis immer eine (weitere) Befristung möglich sei.⁵⁵ Auch Franzen und Roth meinen, der EuGH lasse sich durchaus so verstehen, dass jedem Sachgrund ein „einfacher“ vorübergehender Bedarf immanent sein müsse.⁵⁶ Das könnte den im Bühnenbereich herangezogenen Sachgrund der „Eigenart der Arbeitsleistung“ in seiner Auslegung durch das BAG in Bedrängnis bringen.⁵⁷ Der EuGH fordere einen „einfachen“ vorübergehenden Bedarf, der kumulativ zu einem besonderen Charakter der betreffenden künstlerischen Aufführung vorliegen müsse.⁵⁸ Differenzierend wollen u.a. Backhaus und Sievers schon länger die Eigenart der Tätigkeit nur bei bestimmten Beschäftigtengruppen als Befristungsgrund gelten lassen;⁵⁹ Backhaus stellt zudem auf die fehlende Befristungspraxis und -möglichkeit nach dem TV-K bei Orchestermusikern ab.⁶⁰

F. Lösungsansätze

Der von einigen Autoren aufgezeigte Weg einer Missbrauchsprüfung im Einzelfall ist nach der Rechtsprechung

des Siebten Senats des BAG wie gesehen versperrt: Im Rahmen der Anwendung des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG für Befristungen nach dem NV-Bühne findet eine solche nicht mehr statt.⁶¹ Die institutionelle Rechtsmissbrauchsprüfung sei nicht veranlasst, wenn bereits der Sachgrund selbst eine umfassende Interessenabwägung verlangt.⁶² Auch eine konkrete Interessenabwägung und eine Überprüfung der konkreten künstlerischen Tätigkeit im Rahmen des § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG ist ausgeschlossen, da sich der Senat wegen der Nichtverlängerungsmittelteilung an die Abwägungen der Tarifvertragsparteien gebunden sieht.⁶³

Der Hinweis auf den Schutz durch die Nichtverlängerungsmittelteilung und den zeitlichen Vorlauf kann hinterfragt werden. Die (schieds-)gerichtliche Kontrolle der Nichtverlängerungsmittelteilung ist zwar möglich, was die Entscheidung zur altersdiskriminierenden Mittelteilung zeigt.⁶⁴ Der zeitliche Vorlauf zwischen Anhörung, Erklärung und Beendigung ist mit vielen Monaten auch erheblich. Allerdings findet keine materielle Prüfung auf etwaige Beendigungsgründe statt. Zudem führt die Unwirksamkeit der Mittelteilung nur zur befristeten Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für eine Spielzeit in der Befristungskette. Der Bühnenarbeitgeber kann und wird ohne Weiteres im Verlauf des (bühnenschieds-)gerichtlichen Verfahrens eine weitere Nichtverlängerung mitteilen. Da die Mittelteilung zudem in aller Regel keiner materiellen Kontrolle auf das Vorliegen von Beendigungsgründen unterliegt, kann sie bis zur Grenze der Willkür und der Diskriminierung frei ausgesprochen werden. Die Anhörung des Arbeitnehmers ist insoweit keine echte materiell-rechtliche Hürde; die beste Anhörung und die

49 Schneider, EuZA 2019, 362, 372.

50 Assmann, Bühnengenossenschaft 3/2019, 7, 9.

51 Scharnke, Bühnengenossenschaft 3/2019, 9, 10.

52 EuArbR/Krebber, 3. Aufl., § 5 RL 1999/70/EG Rn. 58; freilich könnte sich aus den Entscheidungen des BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019 - 1 BvR 276/17 und 1 BvR 16/13 (Recht auf Vergessen I und II) Abweichendes ergeben.

53 EuArbR/Krebber, 3. Aufl., § 5 RL 1999/70/EG Rn. 58.

54 Krebber, Anm. AP TzBfG § 14 Nr. 171.

55 Krebber, Anm. AP TzBfG § 14 Nr. 171.

56 Franzen/Roth, EuZA 2019, 143, 169.

57 Franzen/Roth, EuZA 2019, 143, 169.

58 Franzen/Roth, EuZA 2019, 143, 169.

59 Backhaus in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 5. Aufl., § 14 TzBfG Rn. 190 – 196 – „Solomitglieder und Tänzer“; Sievers, TzBfG, 5. Aufl., § 14 Rn. 293, 294.

60 Backhaus in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 5. Aufl., § 14 TzBfG Rn. 195.

61 BAG, Urt. v. 30.08.2017 - 7 AZR 864/15 - „TV-Schauspieler“.

62 BAG, Urt. v. 30.08.2017 - 7 AZR 864/15 Rn. 49.

63 BAG, Urt. v. 13.12.2017 - 7 AZR 369/16 Rn. 22, 43.

64 BAG, Urt. v. 20.03.2019 - 7 AZR 237/17.

längste Mitteilungsfrist⁶⁵ ersetzen keine materielle Prüfung.

Dennoch lassen sich der bestehenden Rechtsprechung Elemente entnehmen, die den Erfordernissen des Gerichtshofs Rechnung tragen könnten. Wesentlich strenger geht der Siebte Senat des BAG bei Befristungen aufgrund Kunst- und Rundfunkfreiheit außerhalb von Tarifverträgen vor: Mit einem Arbeitnehmer, der nach dem Inhalt der geschuldeten Tätigkeit keinen oder nur einen unmaßgeblichen Einfluss auf die Umsetzung der künstlerischen Konzeption hat, kann die Befristung nicht auf § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG gestützt werden.⁶⁶ Auch im Bereich der Rundfunkfreiheit stellt der Senat darauf ab, mit welcher Intensität der betroffene Mitarbeiter auf das Programm der Rundfunkanstalt Einfluss nehmen kann und wie groß die Gefahr im Fall eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses ist, dass die Rundfunkanstalt nicht mehr den Erfordernissen eines vielfältigen Programms und den sich künftig ändernden Informationsbedürfnissen und Publikumsinteressen gerecht werden kann.⁶⁷

Streng ist der Siebte Senat des BAG auch mit Tarifverträgen, die von der Öffnungsklausel für sachgrundlose Befristungen in § 14 Abs. 2 Satz 3 TzBfG Gebrauch machen: Der systematische Gesamtzusammenhang sowie der Sinn und Zweck des TzBfG, aber auch verfassungs- und unionsrechtliche Gründe gebieten eine Beschränkung der Öffnungsklausel, sodass – auch unter Beachtung der Tarifautonomie – die Dauer eines sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnisses maximal sechs Jahre beträgt und das Arbeitsverhältnis höchstens neun Mal verlängert werden darf.⁶⁸ Der Senat führt hier ausdrücklich aus, dass nur solche Bestimmungen von der Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien gedeckt sind, die auch unter Berücksichtigung der branchenspezifischen Besonderheiten noch der Verwirklichung der Zwecke der sachgrundlosen Befristung dienen können. Je länger die Höchstbefristungsdauer und je größer die Anzahl an Verlängerungen sei, desto weniger könne davon ausgegangen werden, dass mit der befristeten Beschäftigung auf eine unsichere und schwankende Auftragslage reagiert und wechselnden Marktbedingungen Rechnung getragen werden solle. Vielmehr spreche eine solche Beschäftigung für einen Dauerbedarf.⁶⁹

Auch bei der Rechtsprechung zum institutionellen Rechtsmissbrauch können Anleihen genommen werden.⁷⁰ Denn auch die künstlerisch tätigen Arbeitnehmer werden in aller Regel wegen eines Dauerbedarfs eingesetzt.⁷¹ Zur Bestimmung zieht der Siebte Senat des BAG ein Mehrfaches der für sachgrundlose Befristungen bezeichneten Grenzen heran. Überschreitet die Gesamtdauer des befristeten

Arbeitsverhältnisses acht Jahre oder wurden mehr als zwölf Verlängerungen des befristeten Arbeitsvertrags vereinbart, hängt es von weiteren, zunächst vom Arbeitnehmer vorzutragenden Umständen ab, ob ein Rechtsmissbrauch anzunehmen ist; Gleiches gilt, wenn die Gesamtdauer des befristeten Arbeitsverhältnisses sechs Jahre überschreitet und mehr als neun Vertragsverlängerungen vereinbart wurden.⁷² Ein Rechtsmissbrauch ist jedenfalls indiziert, wenn die Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses zehn Jahre überschreitet oder mehr als 15 Vertragsverlängerungen vereinbart wurden oder wenn mehr als zwölf Vertragsverlängerungen bei einer Gesamtdauer von mehr als acht Jahren vorliegen.⁷³ Wenn man nun davon ausgeht, dass der Arbeitnehmer im Bühnenbereich nach 14 Jahren Beschäftigung und 14 Befristungen ohne nachzuprüfenden Grund eine Nichtverlängerungsmittelteilung erhalten kann, muss die Frage nach der Reichweite der Tarifautonomie und dem ausreichenden Schutz der Berufsfreiheit sowie der Kunstfreiheit des künstlerisch tätigen Arbeitnehmers im bestehenden Arbeitsverhältnis gestellt werden.

Bis zum Ablauf von 14 Jahren unterliegt die Beendigungsmittelteilung keinen materiellen Grenzen. Schneider führt folgerichtig aus, dass insoweit kein Sozialschutz besteht.⁷⁴ Wenn die Dauer nach § 61 Abs. 3 Unterabs. 3 NV-Bühne um vier weitere Jahre auf dann 18 Jahre und 18 Befristungen verlängert wird, dürfte die Tarifvertragsfreiheit ihre Grenzen erreicht haben, insbesondere wenn man die Wertung des Siebten Senats des BAG in den Blick nimmt zur „sehr lange“ zurückliegenden – und damit für eine erneute sachgrundlose Befristung unschädlichen – Vorbeschäftigung: Da ein Erwerbsleben typischerweise mindestens 40 Jahre umfasst, könnte ein Arbeitgeber bei einer 15-jährigen Karenz jedenfalls drei sachgrundlos befristete Arbeitsverträge von jeweils zweijähriger Dauer mit demselben Arbeitnehmer – zu Beginn, in der Mitte und am Ende seines Erwerbsle-

65 Vgl. zu diesem Aspekt: Kalb in: Groeger, Arbeitsrecht im Öffentlichen Dienst, 3. Aufl., Rn. 38.10.

66 BAG, Urt. v. 13.12.2017 - 7 AZR 369/16 Rn. 33.

67 BAG, Urt. v. 24.10.2018 - 7 AZR 92/17 - [Producer] Rn. 18 ; vgl. auch BAG, Urt. v. 13.12.2017 - 7 AZR 69/16 - „Redakteurin“.

68 BAG, Urt. v. 17.04.2019 - 7 AZR 410/17 Rn. 17 m.w.N. und unter Bezugnahme auf die hier besprochene Entscheidung in Sachen „Sciotto“ in Rn. 26.

69 BAG, Urt. v. 17.04.2019 - 7 AZR 410/17 Rn. 24.

70 In diese Richtung zu § 242 BGB auch Schneider in: HK-NV Bühne, 3. Aufl., § 61 Rn. 14, 32: Beendigungsmittelteilung zur alleinigen Abwendung des höheren Bestandsschutzes.

71 Vgl. gründlich Brose in: Preis/Sagan, EuArbR, 2. Aufl., Rn. 13.169.

72 BAG, Urt. v. 23.05.2018 - 7 AZR 16/17 Rn. 32 m.w.N.

73 BAG, Urt. v. 23.05.2018 - 7 AZR 16/17 Rn. 33 m.w.N.

74 Schneider in: HK-NV Bühne, 3. Aufl., § 61 Rn. 6.

bens – schließen.⁷⁵ Die von den Tarifvertragsparteien im NV-Bühne vorgenommene – und gerichtlich nicht überprüfbar – Typisierung führt zu einer „sehr langen“ Befristungskette, die nahezu ein halbes Erwerbsleben ohne echte Bestandssicherheit dauern kann. Hinzu kommt, dass das Durchlaufen des erforderlichen bühnenschieds- und arbeitsgerichtlichen Verfahrens einen sehr langen Atem vom klagenden Arbeitnehmer erfordert, was ebenfalls erheblichen Einfluss auf die Berufsfreiheit und ihren effektiven Rechtsschutz haben dürfte. Hier könnten – bildhaft gesprochen – kommunizierende Röhren⁷⁶ zwischen Bestandsschutz und künstlerischer Freiheit helfen. Je stärker und länger der Bestandsschutz eingeschränkt ist und je stärker der Dauerbedarf indiziert ist, desto größer muss das Bedürfnis nach künstlerischer Freiheit sein, um einen Missbrauch zu vermeiden.

Vor dem Hintergrund der Rechtssache „Sciotto“ muss auch die Frage gestellt werden, ob eine gesetzliche Regelung, die den Regelungen des NV-Bühne entspräche, den befristungsrechtlichen Segen des Gerichtshofs erhielte. Denn eines steht fest: Den Tarifvertragsparteien kann nach der Rechtsprechung des EuGH kein größerer Spielraum als dem Gesetzgeber für die Abwägung von Kunst- und Berufsfreiheit eingeräumt werden. Es dürfte zudem schwerfallen, den Sozialpartnern die Beurteilung der Kunstfreiheit und ihrer Bedeutung sowie ihre Abwägung mit der Berufsfreiheit der Arbeitnehmer (ganz) zu überlassen. Die Kombination des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG mit tarifvertraglicher Autonomie kommt damit einer gesetzlichen Freistellung von der Befristungskontrolle gleich.

Die Antwort auf die vorliegenden Fragen muss nach der Entscheidung des Gerichtshofs als offen und noch nicht hinreichend geklärt bezeichnet werden. Er hat sich bislang weder mit Befristungsketten befasst, die durch Beendigungsmittelungen akut werden, die ihrerseits – spät, aber immerhin – zeitlichen und gewissen inhaltlichen Schranken unterworfen sind, noch mit tarifvertraglichen Regelungen, die dies ermöglichen. Ob dieser Mechanismus in dieser umfassenden Form sachliche Gründe i.S.v. § 5 Nr. 1 Buchst. a) oder – was sehr unwahrscheinlich erscheint – eine Art der zulässigen Zahl der Verlängerungen solcher Verträge i.S.v. § 5 Nr. 1 Buchst. c) Rahmenvereinbarung festlegen kann, ist nicht hinreichend geklärt. Diese Fragen könnten dem EuGH gestellt werden, auch um die Reichweite der Tarifautonomie im Befristungsrecht zu klären.⁷⁷

Zu guter Letzt: Auch das Abstellen auf die künstlerische Arbeitsleistung in Abgrenzung zum Tendenzträger ist kein Ausweg. An anderer Stelle – nämlich beim Arbeitnehmer-

begriff – haben sich zur Eigenart der Tätigkeit und damit zur Arbeitsleistung – strenge – Kriterien vor grundrechtlichem Hintergrund herausgebildet, wenn die Arbeitnehmereigenschaft verneint werden soll. § 611a Abs. 1 Satz 4 BGB bestimmt, dass der Grad der persönlichen Abhängigkeit zur Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit abhängt. Auch hier soll grundrechtlichen Bedürfnissen wie der Rundfunk- und Kunstfreiheit in bestimmten Branchen Rechnung getragen werden.⁷⁸ Rundfunkanstalten können daher programmgestaltende Mitarbeiter als freie beschäftigen, wenn die verfügbaren Vertragsgestaltungen – wie Teilzeitbeschäftigungs- oder Befristungsabreden (sic!) – zur Sicherung der Aktualität und Flexibilität der Berichterstattung in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht nicht in gleicher Weise geeignet sind.⁷⁹ Ganz ähnlich hat der Fünfte Senat des BAG bei einem Opernsänger wegen der künstlerischen Besonderheiten und damit wegen der Art der Tätigkeit ein Arbeitsverhältnis verneint.⁸⁰ Der offenkundig enge Zusammenhang zwischen Arbeitnehmerstatus und zulässiger Befristung wird auch in der Entscheidung des Siebten Senats des BAG vom 24.10.2018 deutlich: Die Rundfunkanstalt kann ihrem Wechselbedürfnis nicht nur durch die Befristung von Arbeitsverträgen programmgestaltender Mitarbeiter, sondern auch durch deren Beschäftigung als freie Mitarbeiter Rechnung tragen.⁸¹ In diesem Fall könne eine langjährige Tätigkeit dafür sprechen, dass bei der Rundfunkanstalt kein Bedürfnis nach einem Wechsel besteht.⁸² Beim Schauspieler einer Krimiserie hat der Siebte Senat des BAG zugunsten des Klägers unterstellt, dass es sich bei dem zuletzt geschlossenen Schauspielervertrag um einen Arbeitsvertrag handelt und dass er deshalb in den Anwendungsbereich des TzBfG fällt.⁸³ Diese strengen Anforderungen an die freie Mitarbeit – auch an Bühnen –

75 BAG, Urt. v. 17.04.2019 - 7 AZR 323/17 Rn. 25.

76 Vgl. hierzu BAG, Urt. v. 28.02.2019 - 8 AZR 201/18 Rn. 68 zur Verwirkung nach § 242 BGB.

77 Ob bereits die Bühnenschiedsgerichte den Gerichtshof anrufen könnten, ist umstritten: vgl. Roloff in: Preis/Sagan, EuArbR, 2. Aufl., Rn. 228 für Einigungsstellen bejahend; a.A. Wißmann in: ErfK, 20. Aufl., Art. 267 AEUV Rn. 16 f.; EuArbR/Höpfner, 3. Aufl., Art. 267 AEUV Rn. 19.

78 BT-Drs. 18/9232, S. 32 unter ausdrücklicher Bezugnahme Rundfunk-, Presse- und Kunstfreiheit.

79 BAG, Urt. v. 17.04.2013 - 10 AZR 272/12 Rn. 16 unter Bezugnahme auf BVerfG, Beschl. v. 18.02.2000 - 1 BvR 491/93, u.a. zu II 2 c bb der Gründe.

80 BAG, Urt. v. 07.02.2007 - 5 AZR 270/06 Rn. 16 ff.

81 BAG, Urt. v. 24.10.2018 - 7 AZR 92/17 - „Producer“ Rn. 21.

82 BAG, Urt. v. 24.10.2018 - 7 AZR 92/17 Rn. 21 unter Bezugnahme auf BVerfG, Beschl. v. 13.01.1982 - 1 BvR 848/77 u.a. - „freier Rundfunkmitarbeiter WDR“ zu C III 2 der Gründe.

83 BAG, Urt. v. 30.08.2017 - 7 AZR 864/15 Rn. 13; Pallasch, RdA 2019, 61.

dürften Einfluss auf den sachlichen Grund an Repertoire- und Ensembletheatern haben, zumal den Tarifvertragsparteien im künstlerischen Bereich keine Deutungshoheit für den Arbeitnehmerstatus eingeräumt wird.⁸⁴

G. Fazit

Der deutsche Gesetzgeber wollte den Bühnen mit § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG sicher keinen Freibrief für Befristungen mit künstlerisch und technisch Beschäftigten erteilen. Er wollte vielmehr ein Recht der Bühnen begründen, „entsprechend dem vom Intendanten verfolgten künstleri-

schen Konzept Arbeitsverträge mit Solisten (Schauspieler, Solosänger, Tänzer, Kapellmeister u.a.) jeweils befristet abzuschließen“.⁸⁵ Freilich führt der Gesetzgeber diesen Konflikt widerstreitender grundrechtlich geschützter Interessen keiner Lösung zu, sondern überlässt dies der Rechtsprechung.⁸⁶

84 BAG, Urt. v. 22.08.2001 - 5 AZR 502/99; ausführlich G. Reinecke, NZA-RR 2019, 57, 58.

85 BT-Drs. 14/4374, S. 19.

86 Preis in: Staudinger, BGB, 2019, § 620 Rn. 119.

Verwaltungsrecht

Das neue Fachkräfteeinwanderungsgesetz

RiBVerwG a.D. Prof. Dr. Harald Dörig

Deutschland benötigt für seinen Arbeitsmarkt Fachkräfte aus dem Ausland. Aufgrund des dramatischen Geburtenrückgangs bei den Deutschen reicht selbst die starke Zuwanderung in den letzten zehn Jahren mit einem Zuwachs von 5,16 Mio. Ausländern¹ nicht aus, den künftigen Bedarf der Wirtschaft zu decken. Wie Wissenschaftler im Auftrag der Bertelsmann-Stiftung errechnet haben, würde das Potenzial an Erwerbspersonen bis zum Jahr 2060 ohne weitere Zuwanderung von derzeit 47 Mio. auf dann nur noch 31 Mio. schrumpfen. Das wäre ein Rückgang der Erwerbstätigen um ein Drittel. Selbst eine hohe Steigerung der inländischen Erwerbsbeteiligung durch eine Angleichung der Erwerbsquoten von Frauen und Männern sowie die Einführung einer „Rente mit 70“ würde bis 2060 nur vier Mio. zusätzliche Erwerbstätige mobilisieren und somit die Schrumpfung der Gesamtzahl nur geringfügig abfedern.² Um den demografisch bedingten Rückgang des Erwerbstätigen in einem verkraftbaren Bereich zu halten, bedarf es nach der Studie einer jährlichen Zuwanderung von 260.000 Personen aus dem Ausland, die sich in 114.000 EU-Bürger und 146.000 Drittstaatsangehörige aufteilen.³

Der Deutsche Bundestag hat in Kenntnis des Bedarfs an Fachkräften im vergangenen Jahr das zum 01.03.2020 in Kraft tretende Fachkräfteeinwanderungsgesetz beschlossen.⁴ Nach dem neuen Gesetz können nicht nur Fachkräfte mit einem Hochschulabschluss einwandern – wie bisher nach den Regeln der Blue Card EU, sondern auch Fachkräfte

mit qualifizierter Berufsausbildung. Sind diese jünger als 45 Jahre, müssen sie hier auch keine bestimmte Mindestvergütung erhalten. Zudem werden neue Möglichkeiten der Einreise zur Arbeitsplatzsuche, Berufsausbildung und Weiterqualifizierung eröffnet. Vielversprechend sind des Weiteren Regeln über ein beschleunigtes Bescheidungsverfahren.

A. Bedarfszuwanderung im Unterschied zur Potenzialzuwanderung

Das deutsche Recht der Fachkräfteeinwanderung wird durch den Grundsatz der Bedarfszuwanderung geprägt. Hieran hält auch die gesetzliche Neuregelung fest. Denn Voraussetzung für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis bleibt, dass ein konkretes Arbeitsplatzangebot vorliegen muss (§ 18 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Aufenthaltsgesetz – AufenthG). Im Gegensatz zu Deutschland setzen die klassischen Einwanderungsländer wie USA, Kanada und Australien stärker auf das Prinzip der Potenzialzuwanderung.⁵ Ein Einwanderer braucht kein Arbeitsplatzangebot

1 Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, Das Bundesamt in Zahlen, 2018, S. 80.

2 Bertelsmann-Stiftung, Zuwanderung und Digitalisierung, 2019, S. 7 ff.

3 Bertelsmann-Studie, S. 8.

4 BGBl. I 2019, S. 1307; zum Referentenentwurf vgl. Offer, jM 2019, 59.

5 Dörig, NVwZ 2016, 1033.

in diesen Ländern, in ihm sollte aber das Potenzial stecken, ein wirtschaftlicher Gewinn für das Aufnahmeland zu sein. Diese Länder wollen „the best and the brightest“ – die besten und hellsten Köpfe. Wie finden sie diese? Mit einem punktebasierten Auswahlverfahren.

Nehmen wir das Beispiel Kanada: Jährlich stellt der Einwanderungsminister dem Parlament einen Plan für die angestrebte Zahl neuer Zuwanderer vor, den sog. Levels Plan. Dieser legt nach Einwandererkategorien fest, wie viele Fachkräfte, Familienangehörige und humanitäre Zuwanderer in Kanada aufgenommen werden sollen. Für das Jahr 2020 wird eine Einwandererzahl (permanent residents) von 341.000 angestrebt, davon 195.000 Fachkräfte.⁶ Die Fachkräfte werden im Rahmen von unterschiedlichen Programmen ausgewählt. Dazu zählen Programme für Hochqualifizierte, aber auch Programme zur Deckung eines bestimmten Arbeitskräftebedarfs, z.B. für Pflegekräfte (Zielzahl für 2020: 5.000).

Die Interessenten an einer Einwanderung für die so bestimmten Plätze werden auf der Grundlage eines Punkteverfahrens ausgewählt. Die Punkte wurden vergeben für Sprachkenntnisse, Ausbildung und Qualifikation, Alter und Arbeitserfahrung. Seit 2008 sind in Kanada allerdings vielfältige Reformen erfolgt, die als Abkehr vom Vorrang der Potenzialzuwanderung zu werten sind. Nunmehr wird zusätzlich zur persönlichen Qualifikation verlangt, dass der Bewerber Erfahrung in einem vom Staat definierten Mangelberuf hat oder ein konkretes Arbeitsangebot in Kanada besitzt. Denn Kanada musste in den 1990-er Jahren feststellen, dass die ausgewählten Einwanderer in zu geringem Maße eine ihrer Qualifikation entsprechende Arbeit fanden. Die Einkommen der Eingewanderten betragen noch fünf Jahre nach ihrer Ankunft nur 60 % des Einkommens der in Kanada Geborenen.

B. Die Kernpunkte des Fachkräfteeinwanderungsgesetzes

I. Erwerbstätigkeit grds. erlaubt

Das Gesetz vollzieht einen Paradigmenwechsel. War legal im Land lebenden Ausländern bisher eine Erwerbstätigkeit grds. verboten, es sei denn sie wurde genehmigt (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt), darf nun grds. jeder arbeiten (Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt, § 4a AufenthG).

Zudem erweitert das Gesetz das Spektrum der beruflichen Tätigkeiten, die aufgrund einer bestimmten Qualifikation ausgeübt werden dürfen. Liegt ein Arbeitsvertrag und eine anerkannte Qualifikation vor (Hochschulstudium oder qualifizierte Berufsausbildung), können Fachkräfte in allen Be-

rufen arbeiten, zu denen sie ihre Qualifikation befähigt (§§ 18a, 18b AufenthG). Nach bisheriger Rechtslage musste die Beschäftigung der beruflichen Qualifikation entsprechen (§ 6 Beschäftigungsverordnung – BeschV a.F.). Jetzt darf der Konditor künftig auch als Bäcker arbeiten, bisher durfte er das nicht.

II. Verzicht auf Vorrangprüfung der Bundesagentur für Arbeit

Die Bundesagentur für Arbeit (BA) wird bei der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zwar weiterhin i.d.R. beteiligt, sie wird aber grds. von der Prüfung befreit, ob der Arbeitsplatz mit einem Deutschen oder einem in Deutschland lebenden Unionsbürger besetzt werden könnte (Vorrangprüfung – § 39 AufenthG). Der Verzicht auf die Vorrangprüfung erleichtert und beschleunigt die Erteilung von Aufenthaltstiteln zur Erwerbsmigration, wenn ein Arbeitsvertrag und eine anerkannte Qualifikation vorliegen.

III. Einheitlicher Fachkräftebegriff

Das Gesetz geht von einem einheitlichen Fachkräftebegriff aus, der Hochschulabsolventen und Beschäftigte mit qualifizierter Berufsausbildung umfasst.

Fachkraft ist gem. § 18 Abs. 3 AufenthG ein Ausländer, der

1. eine inländische qualifizierte Berufsausbildung oder eine mit einer inländischen qualifizierten Berufsausbildung gleichwertige ausländische Berufsqualifikation besitzt (Fachkraft mit Berufsausbildung)
- oder
2. einen deutschen, einen anerkannten ausländischen oder einen einem deutschen Hochschulabschluss vergleichbaren ausländischen Hochschulabschluss

besitzt (Fachkraft mit akademischer Ausbildung).

Eine qualifizierte Berufsausbildung im Sinne dieses Gesetzes liegt vor, wenn diese in einem staatlich anerkannten oder vergleichbar geregelten Ausbildungsberuf erbracht wurde, für den eine Ausbildungsdauer von mindestens zwei Jahren vorgeschrieben ist (§ 2 Abs. 12a AufenthG).

IV. Voraussetzungen für die Einwanderung von Fachkräften

§ 18 Abs. 1 AufenthG definiert nun präziser als bisher das Ziel der Fachkräfteeinwanderung. Danach orientiert sich

⁶ Government of Canada, 2019 – 2021 Immigration Levels Plan; www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/news/notices/supplementary-immigration-levels-2019.html (zuletzt abgerufen am 20.01.2020).

die Zulassung ausländischer Beschäftigter an den Erfordernissen des Wirtschafts- und Wissenschaftsstandortes Deutschland unter Berücksichtigung der Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt. Die besonderen Möglichkeiten für ausländische Fachkräfte dienen der Sicherung der Fachkräftebasis und der Stärkung der sozialen Sicherungssysteme. Sie sind ausgerichtet auf die nachhaltige Integration von Fachkräften in den Arbeitsmarkt und die Gesellschaft unter Beachtung der Interessen der öffentlichen Sicherheit.⁷

§ 18 Abs. 2 AufenthG enthält allgemeine Erteilungsvoraussetzungen, die für alle Aufenthalte zum Zweck der Ausübung einer Beschäftigung gelten. Diese treten zu den allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 AufenthG hinzu. Erforderlich ist, dass:

1. ein konkretes Arbeitsplatzangebot vorliegt,
 2. die BA der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 39 AufenthG zugestimmt hat, ohne dass es einer Vorrangprüfung bedarf, ob die Stelle nicht auch mit einem Deutschen besetzt werden könnte.
 3. eine Berufsausübungserlaubnis erteilt wurde oder zugesagt ist, soweit diese erforderlich ist (z.B. für Tätigkeit als Arzt, Krankenpfleger oder Ingenieur),⁸
 4. die Gleichwertigkeit der Qualifikation festgestellt wurde oder ein anerkannter ausländischer oder ein einem deutschen Hochschulabschluss vergleichbarer ausländischer Hochschulabschluss vorliegt,
- und
5. nach Vollendung des 45. Lebensjahres des Ausländers die Höhe des Gehalts mindestens 55 % der jährlichen Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung entspricht, sofern es um die erstmalige Erteilung eines Aufenthaltstitels nach § 18a oder § 18b Abs. 1 AufenthG geht (also außer Blue Card EU).

Ein Problem bei der Gewinnung von Fachkräften ist das Erfordernis, dass die Abschlüsse und Qualifikationen gleichwertig sein müssen (§ 18 Abs. 2 Nr. 4 AufenthG). Das gilt für Berufe mit und ohne Notwendigkeit einer besonderen Berufsausübungserlaubnis, also auch für den angestellten Elektriker oder Installateur. Dieses Erfordernis war aber ein zentrales Anliegen von Handwerks- und Handelskammern. Die Gleichwertigkeit der Berufsqualifikation muss von durch eine hierfür bestimmte zuständige Stelle festgestellt werden. Für die nichthandwerklichen Gewerbeberufe ist das die IHK, für handwerkliche Berufe die Handwerkskammer, für den Bereich der Rechtspflege die zuständige Rechtsanwalts-, Patentanwalts- oder Notarkammer.⁹ Das Gesetz ist durch das Bemühen gekennzeichnet, das Verfahren zur Anerkennung der Qualifikation zu vereinfachen und zu beschleunigen. Außerdem werden umfangreiche Möglichkeiten des Aufenthalts zur Nachqualifizierung eröffnet.

Nach dem Bericht der Bundesregierung zum Anerkennungsgesetz vom Dezember 2019 wurden seit 2012 knapp 280.000 Anerkennungsanträge zu bundesrechtlich oder landesrechtlich geregelten Berufen gestellt.¹⁰ Fast die Hälfte der Anträge betrafen Berufe in der Gesundheits- und Krankenpflege. Aber auch die Zahl der Ärzte, die Anträge stellten, ist hoch. 2018 wurde bei 52,5 % der abgeschlossenen Verfahren in bundesrechtlich geregelten Berufen eine volle Gleichwertigkeit festgestellt, fast jeder zehnte Antragsteller erhielt eine teilweise Gleichwertigkeit. Bei etwas mehr als einem Drittel erfolgte die Auflage einer Ausgleichsmaßnahme. Nur in 2,3 % der Fälle konnte keine Gleichwertigkeit festgestellt werden.

Die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis steht im Ermessen der Ausländerbehörde. Bei der Ermessensausübung sind u.a. die ermessenslenkenden Gesichtspunkte aus § 18 Abs. 1 AufenthG zu berücksichtigen. Eine Mangelberufsliste gibt es für Fachkräfte im Sinne des nationalen Erwerbsmigrationsrechts nicht mehr.¹¹

Im Lauf des Gesetzgebungsverfahrens wurde für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 18a oder § 18b AufenthG eine Altersschwelle eingeführt, wonach Bewerber über 45 Jahre ein monatliches Gehalt von 55 % der Beitragsbemessungsgrenze zur Rentenversicherung (derzeit 3.795 €/Monat) oder eine angemessene Altersvorsorge nachweisen müssen.¹² Mit der Regelung wird das Ziel verfolgt, dass auch ältere Ausländer eine auskömmliche Lebensunterhaltssicherung für die Zeit nach Ausscheiden aus dem Berufsleben erreichen können.

Für Akademiker, die unter die Regelungen der Blue Card EU fallen, gelten gesonderte Regeln (§ 18b Abs. 2 AufenthG). Hier gibt es auch noch die Liste der Engpassberufe, für die eine niedrigere Gehaltsgrenze gilt (derzeit 3.588 €/Monat).

7 Zu den bisher geltenden Rechtsregeln für die Fachkräftezuwanderung vgl. Offer/Mastmann in: Dörig, Handbuch Migrations- und Integrationsrecht, 2018, S. 475 ff.

8 In „reglementierten Berufen“ dürfen Deutsche und Personen mit ausländischer Nationalität nur dann arbeiten, wenn sie eine ganz bestimmte Qualifikation besitzen. Das gilt z.B. für Ärzte und Rechtsanwälte. Es gilt auch für bestimmte Meister im Handwerk, wenn sie als selbstständige Unternehmer tätig sind.

9 Marx, Das neue Fachkräfteeinwanderungsgesetz, 2020, S. 86.

10 Bericht der Bundesregierung vom 23.12.2019 – BT-Drs. 19/16115 v. 13.12.2019.

11 Erhalten bleibt die Liste der für die abgesenkte Einkommensgrenze nach den Blue Card-Regeln maßgeblichen Berufe der Gruppen 21, 221 oder 25 der Empfehlung der EU-Kommission vom 29.10.2009 über die Verwendung der Internationalen Standardklassifikation der Berufe (ISCO-08) – ABl. L 292 vom 10.11.2009, S. 31.

12 BT-InnenA vom 05.06.2019 – BT-Drs. 19/10714, S. 9 und 22.

Aufenthaltstitel für Fachkräfte gem. den § 18a und § 18b AufenthG werden i.d.R. für die Dauer von vier Jahren erteilt (§ 18 Abs. 4 AufenthG). Anschließend haben sie unter den Voraussetzungen des § 18c AufenthG Anspruch auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis, ohne dass die BA zustimmen muss. Die Frist verkürzt sich auf zwei Jahre, wenn die Fachkraft eine inländische Berufsausbildung oder ein inländisches Studium erfolgreich abgeschlossen hat.

V. Einwanderung von Nicht-Fachkräften

Nach § 19c AufenthG kann einem Ausländer unabhängig von der Qualifikation als Fachkraft eine Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung erteilt werden, wenn dies die BeschV oder eine zwischenstaatliche Vereinbarung erlaubt.

Nach § 19c Abs. 1 AufenthG können Programme mit Herkunftsländern entwickelt werden, bestimmte dringend benötigte Arbeitnehmer einreisen zu lassen (z.B. Pflegehilfskräfte). In der hierbei zu schließenden zwischenstaatlichen Vereinbarung kann dann auch geregelt werden, dass bei Scheitern des Ausländers in Deutschland die Rückführung erleichtert wird.

Nach § 6 BeschV kann unter privilegierten Voraussetzungen eine qualifizierte Beschäftigung in Berufen der Informations- und Kommunikationstechnologie ermöglicht werden. Eine Aufenthaltserlaubnis kann in diesem Bereich unabhängig von einer Qualifikation als Fachkraft erteilt werden, wenn der Ausländer eine vergleichbare Qualifikation wie eine Fachkraft besitzt und dies durch eine aktuelle mindestens dreijährige Berufserfahrung nachgewiesen hat. Allerdings müssen IT-Kräfte ohne formalen Abschluss drei Jahre praktische Erfahrung und Gehalt von 60 % der Beitragsbemessungsgrenze zur Rentenversicherung (derzeit 4.140 €/Monat) nachweisen.¹³

VI. Einreise zur Arbeitsplatzsuche

Eine weitere Regelung betrifft Fachkräfte, die aus dem Ausland einreisen wollen zur Arbeitsplatzsuche. Nach § 20 AufenthG kann einer Fachkraft mit Berufsausbildung (Abs. 1) oder mit akademischer Ausbildung (Abs. 2) eine Aufenthaltserlaubnis für bis zu sechs Monate zur Suche nach einem Arbeitsplatz, zu dessen Ausübung ihre Qualifikation befähigt, erteilt werden. In bestimmten Fällen kann die Aufenthaltserlaubnis für die Dauer von neun bis 18 Monaten erteilt werden. Die längeren Fristen gelten für sog. Bildungsinländer, d.h. Ausländer mit inländischem Abschluss: zwölf Monate nach erfolgreichem Abschluss einer qualifizierten Berufsausbildung im Bundesgebiet, 18 Monate nach erfolgreichem Abschluss eines Studiums in Deutschland. Der Lebensunterhalt muss gesichert sein.

Die Regelung des § 20 Abs. 1 AufenthG ist auf fünf Jahre befristet (01.03.2025)

Sie eröffnet erstmals auch nichtakademischen Fachkräften (mit Berufsausbildung) die Einreise zur Suche nach einem Arbeitsplatz. Nach erfolgreichem Abschluss der Ausbildung kann dem Ausländer dann eine Aufenthaltserlaubnis zu Erwerbszwecken nach § 18a AufenthG erteilt werden. Wenn die nach den Regelungen des Bundes oder der Länder für die berufliche Anerkennung zuständige Stelle die Gleichwertigkeit der Berufsqualifikation mit einer inländischen qualifizierten Berufsausbildung festgestellt hat, ist von der Befähigung des Ausländers auszugehen. Als Voraussetzung werden zusätzlich deutsche Sprachkenntnisse gefordert, die der angestrebten Tätigkeit entsprechen. I.d.R. werden hier deutsche Sprachkenntnisse mindestens auf dem Niveau B1 erforderlich sein; insbesondere in medizinischen Berufen können auch höhere Anforderungen gegeben sein. Dies wird i.d.R. im Rahmen des Verfahrens zur Erteilung der Berufsausübungserlaubnis überprüft.

Durch die BeschV kann für bestimmte Berufe aus konjunkturellen oder arbeitsmarktpolitischen Gründen die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Arbeitsplatzsuche ausgeschlossen werden.

VII. Verbesserung des Zugangs zu Berufsausbildung

In § 16 AufenthG wird jetzt übergreifend der „Zugang zu Ausbildung“ geregelt und nicht allein der Zugang zum Studium. Dadurch wird die Gleichrangigkeit beider Ausbildungsformen unterstrichen, auch wenn sie unterschiedliche Voraussetzungen haben. Danach dient der Zugang von Ausländern zur Ausbildung „der allgemeinen Bildung und der internationalen Verständigung ebenso wie der Sicherung des Bedarfs des deutschen Arbeitsmarktes an Fachkräften.“

Eine Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der betrieblichen Aus- und Weiterbildung kann auf zwei Wegen erteilt werden (§ 16a Abs. 1 AufenthG): Zum ersten wenn die BA zugestimmt hat. Zum zweiten wenn durch die BeschV oder zwischenstaatliche Vereinbarung bestimmt ist, dass die Aus- und Weiterbildung ohne Zustimmung der BA zulässig ist. Ein Wechsel der Ausbildung ist möglich, hierzu wird dem Ausländer eine Suchfrist von bis zu sechs Monaten eingeräumt.

Es wird die Prüfung vereinfacht, ob der Lebensunterhalt gesichert ist. Es müssen monatlich Mittel in Höhe des BAföG-Satzes (§§ 13, 13a BAföG) vorhanden sein (§ 2 Abs. 3 Satz 5 AufenthG).

¹³ Dazu BT-InnenA vom 05.06.2019 – BT-Drs. 19/10714, S. 12 und 26.

Der Ausbildungsvertrag muss vor Einreise geschlossen sein, um mit diesem Titel einreisen zu können.

VIII. Einreise zur Nachqualifizierung und Anerkennung erworbener Qualifikation

Einem Ausländer kann unter bestimmten Voraussetzungen eine Aufenthaltserlaubnis zur Nachqualifizierung zum Zweck der Anerkennung seiner beruflichen Qualifikation erteilt werden (§ 16d AufenthG). Die Möglichkeiten hierfür sind gegenüber der bisherigen Rechtslage (§ 17a AufenthG a.F.) erweitert worden.

Der Gesetzgeber erkennt an, dass ausländische Qualifikationen und deutsche Anforderungen häufig nicht passgenau übereinstimmen. Insofern kann es in vielen Fällen erforderlich sein, vor oder parallel zu einer Beschäftigung in Deutschland Qualifizierungsmaßnahmen im Inland durchzuführen. Zu den Maßnahmen zählen Anpassungs- und Ausgleichsmaßnahmen in theoretischer und praktischer Form, Vorbereitungskurse auf Prüfungen und Sprachkurse. Qualifizierungsmaßnahmen können dabei auch rein betrieblich durchgeführt werden, wenn bspw. nur noch bestimmte praktische Fertigkeiten, Kenntnisse und Fähigkeiten nachgewiesen werden müssen.

§ 16d Abs. 1 AufenthG regelt den Aufenthalt für die Durchführung einer mehr als geringfügigen Qualifizierungsmaßnahme einschließlich sich daran anschließender Prüfungen. Bei einer Aufenthaltserlaubnis nach dieser Norm liegt der Schwerpunkt auf der Qualifizierung. Daneben ist eine von der Qualifizierungsmaßnahme unabhängige Beschäftigung von bis zu zehn Stunden je Woche zulässig. Voraussetzung für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis ist, dass der Ausländer über hinreichende deutsche Sprachkenntnisse verfügt und die Qualifizierungsmaßnahme geeignet ist, dem Ausländer die Anerkennung der Berufsqualifikation oder den Berufszugang zu ermöglichen. Die Aufenthaltserlaubnis kann für eine Dauer von bis zu 18 Monaten erteilt werden. Sie kann um bis zu sechs Monate verlängert werden, damit etwa eine nicht bestandene Prüfung wiederholt werden kann.

§ 16d Abs. 2 AufenthG erlaubt neben einer Qualifizierungsmaßnahme i.S.v. Abs. 1 eine umfangreichere Beschäftigung. Diese ist zeitlich nicht eingeschränkt, wenn sie in einem Zusammenhang mit berufsfachlichen Kenntnissen stehen, die in der späteren Beschäftigung verlangt werden. Außerdem muss ein konkretes Arbeitsplatzangebot für eine derartige Beschäftigung vorliegen.

Der neue Abs. 3 ermöglicht für nicht reglementierte Berufe (z.B. im Handwerk) einen Aufenthalt zur Feststellung der Gleichwertigkeit der ausländischen Berufsqualifikation mit

bereits paralleler Beschäftigung im anzuerkennenden Beruf. Dafür muss die zuständige Stelle als Ergebnis des Anerkennungsverfahrens festgestellt haben, dass schwerpunktmäßig Fertigkeiten in der betrieblichen Praxis fehlen, der Ausländer aber eine vergleichbare Befähigung wie bei der entsprechenden inländischen Berufsausbildung hat. Bei dieser „teilweisen“ Gleichwertigkeit ist gewährleistet, dass der Ausländer eine hinreichende berufliche Handlungsfähigkeit besitzt. Er muss eine ausländische Berufsbildung von üblicherweise mindestens zwei Jahren abgeschlossen haben. Weitere Voraussetzung ist, dass innerhalb eines Rahmens von bis zu zwei Jahren ein Ausgleich der festgestellten wesentlichen Unterschiede möglich ist. Hierzu ist die arbeitsvertragliche Zusicherung erforderlich, dass der Arbeitgeber dies ermöglichen wird.

Abs. 4 ermöglicht einen Aufenthalt zur Anerkennung von im Ausland erworbenen Berufsqualifikationen im Rahmen von sog. Vermittlungsabsprachen zwischen der BA und der Arbeitsverwaltung des Herkunftslandes. Davon profitieren etwa reglementierte Berufe im Gesundheits- und Pflegebereich, in denen aktuell ein großer Fachkräftebedarf besteht. Vorbild für solche Vermittlungsabsprachen ist die Vermittlung von Pflegekräften im Rahmen des Programms „Triple Win“. Mit diesem Programm werden durch die BA und die Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) in Kooperation mit den Arbeitsverwaltungen der Herkunftsländer seit 2013 mehr als 2.000 Pflegefachkräfte für den deutschen Arbeitsmarkt gewonnen, insbesondere aus Balkanstaaten, den Philippinen und Tunesien.¹⁴

Während des Anerkennungsverfahrens üben die Ausländer bereits eine Beschäftigung im erstrebten Berufsfeld aus. Die erforderliche Zustimmung der BA wird in einem neuen § 2 BeschV geregelt. Durch die Ausübung der Beschäftigung können die Ausländer bereits ihre Kenntnisse und Fähigkeiten in einem beruflichen Umfeld einsetzen und vertiefen und ihren Lebensunterhalt selbst sichern. Die BA trifft Absprachen nach dieser Regelung für ausgewählte Berufsqualifikationen des Herkunftslandes, in Abstimmung mit einer für die berufliche Anerkennung zuständigen Stelle oder den Fachverbänden. In der Absprache wird das für die Erlangung der Anerkennung erforderliche Verfahren geregelt. D.h. anders als bei Abs. 1 – 3 ist hier kein individuelles Anerkennungsverfahren Einreisevoraussetzung. Vielmehr wird im Rahmen der Vermittlungsabsprache eine allgemeine Einschätzung des Anerkennungslevels und der erforderlichen

¹⁴ Bundesinstitut für Berufsbildung, Berufliche Anerkennung im Einwanderungsprozess, 2019, S. 21.

derlichen Qualifizierungsmaßnahmen vorgenommen. Die BA begleitet das Verfahren im Inland, sodass gewährleistet ist, dass die Anerkennung auch tatsächlich erlangt wird.

Zudem ermöglicht die Regelung derartige Vermittlungssprachen auch für sonstige ausgewählte Berufe – insbesondere des Handwerks – unter Berücksichtigung der Ausbildungsstrukturen im Herkunftsland.¹⁵ Diese Regelung gilt befristet bis zum 01.03.2025.

Abweichend von der generellen Voraussetzung der Gleichwertigkeit von beruflichen Qualifikationen wird hierauf im Fall bestimmter Herkunftsländer verzichtet (§ 26 Abs. 1 BeschV – „best-friends-nations“, z.B. Israel, Kanada, Japan).

Privilegiert werden auch Angehörige der die sog. Westbalkan-Staaten (§ 26 Abs. 2 BeschV). Dadurch kann leichter und schneller eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden.¹⁶ Zudem wird nicht nur auf die Gleichwertigkeit verzichtet, sondern bereits auf das Vorliegen einer Qualifikation. D.h. die Westbalkan-Regelung ermöglicht auch die nichtqualifizierte Zuwanderung. Sie dient dazu, erfolglosen Asylbewerbern den Weg der Erwerbsmigration zu erleichtern („Tausche Asyl gegen Arbeit“).¹⁷ Aber die West-Balkanregelung wird durch das neue Fachkräfteinwanderungsgesetz nicht generalisiert. Vielmehr muss grds. weiterhin eine Qualifikation vorliegen und diese muss gleichwertig sein. Für die Westbalkan-Regelung gilt auch die Altersgrenze von 45 Jahren, es sei denn die Altersversorgung des Einwandernden ist gesichert (§ 1 Abs. 2 BeschV).

IX. Einreise zur Suche eines Ausbildungsplatzes

Die Neuregelung in § 17 AufenthG ermöglicht erstmals einen Aufenthalt in Deutschland zum Zweck der Suche nach einem Ausbildungsplatz, der auf eine qualifizierte Berufstätigkeit hinführt. Durch diese Regelung haben Ausbildungsplatzsuchende insbesondere die Möglichkeit, in kleinen und mittleren Unternehmen einen Ausbildungsplatz zu finden. Solche Betriebe haben oftmals keine Möglichkeit, Ausbildungsinteressenten unmittelbar aus dem Ausland zu gewinnen.

Nach § 17 AufenthG kann einem Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis unter vier Voraussetzungen erteilt werden:

1. Er darf das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet haben.
2. Der Lebensunterhalt muss gesichert sein.
3. Er muss über einen Abschluss einer deutschen Auslandsschule oder über einen Schulabschluss verfügen, der zum Hochschulzugang berechtigt.
4. Er muss über gute deutsche Sprachkenntnisse verfügen.

Der Lebensunterhalt ist gesichert, wenn Mittel in Höhe des BAföG plus 10 % vorhanden sind (§ 2 Abs. 3 Satz 6 AufenthG).

Die Aufenthaltserlaubnis wird für bis zu sechs Monate erteilt.

Kritiker der Regelung haben die Sorge, dass der Aufenthalt zur Suche eines Ausbildungsplatzes ausgenutzt werden kann, um dann in Deutschland Asyl zu beantragen. Die Kritiker weisen darauf hin, dass die Sicherung des Lebensunterhalts für sechs Monate in BAföG-Höhe eine niedrigere finanzielle Hürde darstelle als 10.000 € für einen Schlepper. Das ist in der Tat eine Gefahr. Andererseits muss der Bewerber über gute Deutschkenntnisse (B2 GER) und einen qualifizierten Schulabschluss verfügen.

Das Visum wird von der Botschaft ohne Beteiligung der Ausländerbehörden erteilt.

Die Regelung ist auf fünf Jahre befristet (01.03.2015).

Nach der Gesetzesbegründung sollen bei Ausnutzung der Regelung die Voraussetzungen eines offensichtlich unbegründeten Asylantrags vorliegen (§ 30 Abs. 3 AsylG). Das vereinfacht das Asylverfahren zwar, eine zwangsweise Aufenthaltsbeendigung kann aber gleichermaßen schwierig werden. Allerdings dürften die Identität geklärt und Reisedokumente vorhanden sein.

X. Verfahrensverbesserungen

1. Bündelung der Zuständigkeiten bei zentralen Ausländerbehörden

Nach § 71 Abs. 1 Satz 3 AufenthG sollen die Bundesländer mindestens eine zentrale Ausländerbehörde einrichten, die bei Visumanträgen zu Zwecken der Erwerbsmigration zuständig ist, sowie bei Visumanträgen des Ehegatten oder der minderjährigen ledigen Kinder, die in zeitlichem Zusammenhang gestellt werden. Durch Bundesrecht ist also nur vorgegeben, dass die Zentrale Ausländerbehörde bei Visumanträgen zum Zweck der Erwerbsmigration mitwirkt, nicht aber auch bei der anschließenden Erteilung der Aufenthaltserlaubnis. Dies könnte allerdings landesrechtlich so bestimmt werden.

¹⁵ Aus dem Bereich der Handwerkskammern gibt es vergleichbare Beispiele einer engen Verzahnung von Gleichwertigkeitsfeststellung, Rekrutierung und Qualifizierung; Bundesinstitut für Berufsbildung, Fn. 12, S. 21.

¹⁶ In 2018 hat die BA im Rahmen dieser Regelung 46.118 Zustimmungen erteilt; vgl. Kolb, ZAR 2019, 169 Fn. 5.

¹⁷ Dazu Burkert/Kolb, ZAR 2019, 308.

2. Servicestelle für anererkennungssuchende Fachkräfte

Bei der Einstufung und Anerkennung der im Ausland erworbenen Qualifikation sollen die Ausländer Unterstützung erhalten, die sich für eine Beschäftigung in Deutschland interessieren. Zu diesem Zweck ist im Februar 2020 eine zentrale Servicestelle für anererkennungssuchende Fachkräfte bei der BA eingerichtet worden (§ 421b SGB III). Diese berät im Rahmen eines bis Ende 2023 befristeten Modellvorhabens Personen, die sich im Ausland aufhalten, zu den Möglichkeiten der Anerkennung ausländischer Berufsabschlüsse und damit im Zusammenhang stehenden aufenthaltsrechtlichen Fragen und begleitet sie bei der Durchführung der entsprechenden Verfahren.

Die Verfahrensbegleitung kann insbesondere auch die Unterstützung bei der Zusammenstellung der erforderlichen Unterlagen und deren Weiterleitung an die zuständige Stelle umfassen. Die Zentrale Servicestelle Anerkennung soll im Anerkennungsverfahren eine Lotsenfunktion für die Personen übernehmen, die dieses Verfahren vom Ausland aus betreiben bzw. dort beginnen, und so die Verfahren unterstützen.

3. Beschleunigtes Verfahren

Der Gesetzgeber hat in § 81a AufenthG ein seltenes Positivbeispiel für Verwaltungsvereinfachung und Verfahrensbeschleunigung geschaffen. Gegen eine erhöhte Gebühr (411 €) können Unternehmen in Deutschland deutlich schneller als bisher die notwendigen Genehmigungen für die Einreise und den Aufenthalt einer von ihnen benötigten Fachkraft erhalten.¹⁸ In diesem Verfahren wird der künftige deutsche Arbeitgeber in Vollmacht des einreisewilligen Ausländers tätig. Grundlage für das beschleunigte Verfahren ist eine Verwaltungsvereinbarung zwischen dem Unternehmen und der zuständigen Ausländerbehörde (§ 81a Abs. 2 AufenthG). Das soll eine der neu bestimmten zentralen Ausländerbehörden sein, wenn eine solche eingerichtet worden ist. Kleinere Unternehmen können sich auch durch ihre Kammer vertreten lassen. Das Bundesinnenministerium hat im Rahmen seiner Anwendungshinweise zum neuen Gesetz ein Muster für eine solche Vereinbarung entworfen.

Bisher beklagen Fachkräfte und Unternehmen, dass die Gesamtdauer der behördlichen Verfahren zur Einreise von Fachkräften oft zu lange sei. Für die Sicherung des Fachkräftebedarfs sind langwierige Verfahren kontraproduktiv. Verfahrensverzögernd haben sich insbesondere die Verfahren zur Anerkennung der ausländischen Berufsqualifikation sowie die eingeschränkten Terminressourcen für

Visumserteilungen in den Auslandsvertretungen gezeigt. Dem soll das neue Verfahren nach § 81a AufenthG entgegenwirken.

Im Rahmen des zentral gesteuerten Verfahrens gelten Bearbeitungsfristen für die Ausländerbehörden (§ 81a Abs. 3 Nr. 3 und 6 AufenthG), für die für berufliche Anerkennung zuständigen Stellen (z.B. Zwei-Monats-Frist für Entscheidung über Gleichwertigkeit der Qualifikation nach § 14a Abs. 3 Berufsqualifikationsfeststellungsgesetz), für die BA (Ein-Wochen-Frist für Erteilung der BA-Zustimmung nach § 36 Abs. 2 Satz 2 BeschV) und für Auslandsvertretungen (Drei-Wochen für Terminvergabe und weitere drei Wochen für Entscheidung über Visumsantrag nach § 31a AufenthV).

Das beschleunigte Verfahren entlastet die Auslandsvertretungen, reduziert Reibungsverluste zwischen den beteiligten Behörden und gewährleistet infolge der Koordination durch die Ausländerbehörde ein hohes Maß an Rechtssicherheit. Die Ausländerbehörde fungiert dabei als Schnittstelle der verschiedenen am Verfahren beteiligten Stellen. Nach Vorliegen aller erforderlichen Voraussetzungen stimmt sie der Visumerteilung vorab zu. Zu den erforderlichen Voraussetzungen zählt neben der Feststellung der Gleichwertigkeit oder Vergleichbarkeit der ausländischen Berufsqualifikation auch die Zustimmung der BA, sofern diese erforderlich ist. Die Ausländerbehörde informiert die Auslandsvertretung über die bevorstehende Beantragung des Visums durch die ausländische Fachkraft und stimmt der Erteilung des Visums bereits vorab zu. Durch die Erteilung der Vorabzustimmung wird bestätigt, dass nach Prüfung des entscheidungserheblichen Sachverhalts im Inland aus Sicht der Ausländerbehörde der Erteilung des Visums nichts entgegensteht (z.B. Lebensunterhaltssicherung). Damit wird es der Botschaft erleichtert, nach Vorsprache des Ausländers innerhalb der ihr vorgegebenen Drei-Wochen-Frist über die Visumerteilung zu entscheiden. Deren Arbeit soll auch dadurch vereinfacht und vereinheitlicht werden, dass das Auswärtige Amt durch eine zentrale Stelle im Inland eine Vorprüfung für die Auslandsvertretungen durchführt.

Das Verfahren umfasst auch den Familiennachzug bei zeitgleicher Einreise und soll auch für sonstige qualifizierte Beschäftigte (insbesondere IT-Spezialisten, Forscher und Führungskräfte; nicht jedoch niedrig qualifizierte) gelten.

¹⁸ Vgl. hierzu Hammer/Klaus, ZAR 2019, 137, 144.

C. Fazit

Mit dem am 01.03.2020 in Kraft tretenden Fachkräfteeinwanderungsgesetz hat der Gesetzgeber ein modernes Regelwerk geschaffen. Es erleichtert die Fachkräftegewinnung, indem es beruflich Qualifizierte den akademisch Qualifizierten weitgehend gleichstellt und für Zuwanderer unter 45 Jahren von einer Gehaltsgrenze absieht. Das Gesetz hält zwar am Grundsatz der Bedarfszuwanderung fest, indem bei Einreise weiterhin ein konkretes Arbeitsplatzangebot vorliegen muss. Es öffnet sich aber gegenüber Elementen der Potenzialzuwanderung, indem es weitergehend als bisher die Einreise zur Suche eines Ausbildungs- oder Arbeitsplatzes sowie zur Nachqualifizierung ermöglicht. Zugleich wird das Verfahren zur Erteilung der Aufenthaltserlaubnis vereinfacht, indem die Vorrangprüfung der BA entfällt. Eine deutliche Verfahrensvereinfachung und -beschleunigung ist von dem arbeitgebergesteuerten Verfahren nach § 81a AufenthG zu erwarten.

Der nunmehr beginnende Praxistest wird zeigen, welche der gesetzlichen Regelungen sich bewährt und bei welchen nachjustiert werden muss. Für den Erfolg der Fachkräftegewinnung im Ausland kommt es zudem maßgeblich darauf an, dass die Bundesrepublik verstärkt Werbung für den Wirtschaftsstandort Deutschland an ausländischen Hochschulen und auf dortigen Messen betreibt, das Erlernen der deutschen Sprache im Ausland fördert und Bildungs- und Berufspartnerschaften mit Drittstaaten abschließt.

Indizierung des Bushido-Albums durch die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien

BVerwG, Urt. v. 30.10.2019 - 6 C 18/18

Prof. Dr. Andrea Edenharter

A. Problemstellung

Nach Art. 20 Abs. 4 Satz 1 GG steht der Rechtsweg offen, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird. Allerdings kann der Gesetzgeber der Verwaltung bei unbestimmten Rechtsbegriffen in gewissen Fällen einen Beurteilungsspielraum einräumen, der von den Gerichten nur eingeschränkt überprüfbar ist.¹ Während unbestimmte Rechtsbegriffe grds. voll-

ständig justiziabel sind, darf im Fall eines ausnahmsweise bestehenden Beurteilungsspielraums nur die Einhaltung der rechtlichen Grenzen des Beurteilungsspielraums gerichtlich überprüft werden.² Wann der zuständigen Behörde bei der Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs ein Beurteilungsspielraum zusteht, richtet sich nach den Vorgaben des materiellen Rechts.³ Das BVerwG bejaht einen Beurteilungsspielraum der Verwaltung insbesondere dann, wenn aufgrund eines persönlichen Eindrucks unter Berücksichtigung einer besonderen fachlichen Erfahrung entschieden wird.⁴ Ein Indiz für das Vorliegen eines Beurteilungsspielraums ist daher, dass die Entscheidung einem nach fachlichen oder legitimatorischen Gesichtspunkten besonders zusammengesetzten Gremium übertragen wurde,⁵ dass etwaige Meinungsdivergenzen in sich zum Ausgleich bringt und eine sachliche Entscheidungsfindung gewährleistet. Die Rechtsprechung erkennt gegenwärtig einen Beurteilungsspielraum in folgenden Fällen an: bei Prüfungsentscheidungen, prüfungsähnlichen Entscheidungen, beamtenrechtlichen Beurteilungen, Entscheidungen wertender Art durch weisungsfreie, mit Sachverständigen und/oder Interessenvertretern besetzte Ausschüsse, bei Prognoseentscheidungen und Risikobewertungen im Bereich des Umwelt- und Wirtschaftsrechts sowie bei Entscheidungen, die an vorgegebene Ziele und Faktoren im Bereich der Verwaltungs- oder Wirtschaftspolitik anknüpfen und durch diese bestimmt werden.⁶

Die Bonner Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien (BPjM), die mit zwölf weisungsunabhängigen Sachverständigen besetzt ist, galt lange Zeit als Paradebeispiel für eine Behörde mit eigenem Beurteilungsspielraum, der der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle entzogen ist. Begründet wurde der Beurteilungsspielraum der BPjM damit, dass nicht Verwaltungsjuristen über eine mögliche Indizierung entscheiden sollten, sondern ein pluralistisch besetztes Gremium mit Vertretern u.a. aus Kunst, Kultur, Religion, Erziehung und Jugendarbeit (§ 19 Abs. 5 Satz 1, Abs. 2, § 20 JuSchG). Vor dem Hintergrund von Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG sind Beurteilungsspielräume der Verwaltung nicht unproblematisch, vor allem dann nicht, wenn

1 BVerwG, Urt. v. 28.05.1963 - I C 247/58; Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 7 Rn. 31.

2 Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 7 Rn. 31.

3 BVerwG, Urt. v. 13.12.1979 - 5 C 1/79.

4 Ramsauer in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 20. Aufl. 2019, § 40 Rn. 102.

5 Ramsauer in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 20. Aufl. 2019, § 40 Rn. 102; Hopf/Braml, MMR 2009, 153, 153 f.

6 Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 7 Rn. 37 ff.

Grundrechtseinschränkungen in Rede stehen.⁷ Dementsprechend hat das BVerfG in seiner berühmten Entscheidung „Josefine Mutzenbacher“ aus dem Jahr 1990 entschieden, dass nach § 18 Abs. 3 Nr. 2 JuSchG ein Medium, das der Kunst dient, nicht indiziert werden kann, selbst wenn es pornografisch ist.⁸ Die Entscheidung der BPjM, ob ein Werk als Kunstwerk zu beurteilen ist oder nicht, sollte nach Auffassung des BVerfG als bloße sachverständige Äußerung des BPS vollständig der gerichtlichen Überprüfung unterliegen.⁹ Ein Rest an Beurteilungsspielraum verblieb lediglich für die Abwägung zwischen den Belangen der Kunst und den Belangen des Jugendschutzes.¹⁰ Dieser verbliebene Beurteilungsspielraum wurde nunmehr mit dem Urteil des BVerwG vom 30.10.2019 beseitigt.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die BPjM hatte im April 2015 das Album „Sonny Black“ des Rappers Bushido mit der Begründung indiziert, dass die Texte der darauf enthaltenen Lieder einen kriminellen Lebenswandel verherrlichten und mit Äußerungen durchsetzt seien, in denen Frauen und Homosexuelle in vulgärer Sprache herabgewürdigt und verächtlich gemacht würden.¹¹ Die Belange des Jugendschutzes überwögen diejenigen der Kunstfreiheit, da das Album reine Unterhaltung darstelle, aber keinen besonderen künstlerischen Anspruch besitze.¹² Vor der entscheidenden Sitzung hatte die BPjM die Plattenfirma und eine Vertriebsgesellschaft, deren Geschäftsführer Bushido ist, benachrichtigt. Bushido persönlich sowie weitere an dem Album Beteiligte wurden nicht benachrichtigt, da deren bürgerliche Namen und Anschriften der BPjM nicht bekannt waren. Bushido und die Plattenfirma äußerten sich in der Folgezeit nicht zu der geplanten Indizierung des Albums und erschienen auch nicht in der fraglichen Sitzung.¹³

Das BVerwG entschied, dass der BPjM bei der Indizierungsentscheidung kein Beurteilungsspielraum zustehe,¹⁴ was einer Aufgabe der eigenen Rechtsprechung aus der Zeit vor der Entscheidung „Josefine Mutzenbacher“ des BVerfG gleichkommt. Das Gericht argumentiert, dass vor dem Hintergrund der verfassungsgerichtlichen Argumentation zu Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG in der Entscheidung „Josefine Mutzenbacher“ nicht mehr überzeugend begründet werden könne, dass die Verwaltungsgerichte zwar die jugendgefährdenden Wirkungen eines Kunstwerks nach § 18 Abs. 1 Satz 1 und 2 JuSchG und im Rahmen der Abwägung das Gewicht der Belange Jugendschutz und Kunst letztverbindlich bestimmen, die Letztentscheidungsbefugnis für die abschließende Abwägungsentscheidung aber der BPjM vorbehalten sein soll.¹⁵ Aufgrund der den Verwaltungsgerichten zukommenden

Aufgabe, die zur Entscheidungsvorbereitung erforderlichen Feststellungen und Wertungen zu Jugendgefährdung und Kunst eigenverantwortlich zu treffen, erweise sich die Abwägungsentscheidung als nicht übermäßig schwierig.¹⁶ Die pluralistische, für eine besondere Sachkunde Gewähr bietende Besetzung, die Weisungsunabhängigkeit der Mitglieder und die Notwendigkeit einer qualifizierten Mehrheit für die Indizierung reichten für sich genommen im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG nicht aus, um dem Gremium einen Beurteilungsspielraum zuzuerkennen.¹⁷

In Bezug auf die Abwägung nimmt das BVerwG an, dass dem berechtigten Interesse an der Indizierung aus Gründen des Jugendschutzes Vorrang einzuräumen sei vor der durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geschützten Kunstfreiheit.¹⁸ Es geht davon aus, dass das BPjM einer Sachverständigenkommission gleichzustellen sei, mit der Folge, dass dessen Einschätzung zur Jugendgefährdung sowie zur Kunsteigenschaft des Werkes und dessen künstlerischem Gehalt von den Verwaltungsgerichten nach den Regeln des Sachverständigenbeweises verwertet werden könne. Deshalb seien die Verwaltungsgerichte grds. berechtigt und verpflichtet, die Erkenntnisse des BPjM ihrer Entscheidung zugrunde zu legen.¹⁹ Das von Bushido vorgelegte Privatgutachten habe die fachliche Richtigkeit der Aussagen des BPjM nicht erschüttern können.²⁰ Das Album habe jugendgefährdende Wirkungen und auch die Beurteilung des Kunstgehalts des Werkes als bloße Unterhaltung sei nicht zu beanstanden.²¹

C. Kontext der Entscheidung

Bushido hatte zunächst vor dem VG Köln gegen die Indizierung geklagt. Er hatte seine Klage u.a. damit begrün-

7 Näher dazu Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 7 Rn. 36.

8 BVerfG, Beschl. v. 27.11.1990 - 1 BvR 402/87.

9 BVerfG, Beschl. v. 27.11.1990 - 1 BvR 402/87.

10 BVerfG, Beschl. v. 27.11.1990 - 1 BvR 402/87 Rn. 50 ff.

11 Vgl. BVerwG, Ur. v. 30.10.2019 - 6 C 18/18 Rn. 3.

12 Vgl. BVerwG, Ur. v. 30.10.2019 - 6 C 18/18 Rn. 4.

13 Vgl. BVerwG, Ur. v. 30.10.2019 - 6 C 18/18 Rn. 2 f.

14 BVerwG, Ur. v. 30.10.2019 - 6 C 18/18 Rn. 11.

15 BVerwG, Ur. v. 30.10.2019 - 6 C 18/18 Rn. 18.

16 BVerwG, Ur. v. 30.10.2019 - 6 C 18/18 Rn. 19.

17 BVerwG, Ur. v. 30.10.2019 - 6 C 18/18 Rn. 19.

18 BVerwG, Ur. v. 30.10.2019 - 6 C 18/18 Rn. 23.

19 BVerwG, Ur. v. 30.10.2019 - 6 C 18/18 Rn. 49 ff.

20 BVerwG, Ur. v. 30.10.2019 - 6 C 18/18 Rn. 51.

21 BVerwG, Ur. v. 30.10.2019 - 6 C 18/18 Rn. 32 ff.

det, dass es die BPjM vor ihrer Entscheidung versäumt habe, ihm und den übrigen Miturhebern Gelegenheit zu geben, den künstlerischen Wert des Albums zu erläutern.²² Daher sei die Entscheidung der BPjM fehlerhaft gewesen und habe im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht geheilt werden können, nachdem bezüglich der Abwägung zwischen Kunstfreiheit und Jugendschutz ein Beurteilungsspielraum bestehe, den nur die BPjM selbst wahrnehmen könne.²³ Das VG Köln vertrat in seiner Entscheidung die Auffassung, dass ein Anhörungsmangel nicht vorliege bzw. jedenfalls aber geheilt worden sei. Außerdem sei die Indizierungsentscheidung materiell rechtmäßig.²⁴ Daraufhin hatte Bushido Berufung gegen das Urteil des VG Köln eingelegt. Das OVG Münster entschied, dass die BPjM grds. zumindest die Texte und Komponisten hätte anhören müssen, um den formellen Anforderungen an die Entscheidung über den künstlerischen Stellenwert eines Albums zu genügen.²⁵ Daher habe die Indizierung mangels Anhörung auch der Miturheber unter einem formellen Fehler gelitten, der aufgrund des Beurteilungsspielraums der BPjM zwangsläufig auch einen materiellen Fehler begründet habe.²⁶ Dieser Ansicht schloss sich das BVerwG aber unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung zu einem etwaigen Beurteilungsspielraum der BPjM, wie oben ausgeführt,²⁷ nicht an.

D. Auswirkungen auf die Praxis

Die Auswirkungen der Entscheidung des BVerwG auf die Praxis sind erheblich. Durch die Verneinung eines Beurteilungsspielraums der BPjM bei der Abwägung im Rahmen von Indizierungsentscheidungen wird den Verwaltungsgerichten eine vollumfängliche Kontrolle von Indizierungsentscheidungen ermöglicht, die nunmehr auch eine Überprüfung der Abwägung zwischen Jugendschutz und Kunstfreiheit im konkreten Fall zulässt. Daraus folgt, dass eine zu Unrecht unterbliebene Anhörung von an dem Werk beteiligter Künstler nicht automatisch zu einer Aufhebung der Indizierungsentscheidung führt, was für die Handlungsfähigkeit der BPjM eine erhebliche Erleichterung mit sich bringt. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf Medien wie Filme oder Computerspiele mit potenziell Tausenden an Miturhebern, die andernfalls vor einer Entscheidung der BPjM alle angehört werden müssten.²⁸

E. Bewertung

Das Urteil des BVerwG überzeugt, insbesondere im Hinblick auf die Verneinung eines Beurteilungsspielraums bei der Abwägung zwischen Jugendschutz und Kunstfreiheit.

Bei der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG handelt es sich um ein überragendes Verfassungsrechtsgut, das zu Recht als „Schlußstein“ im „Gewölbe des Rechtsstaats“ angesehen worden ist²⁹ und dessen Wirksamkeit geschmälert würde, wenn Beurteilungsspielräume allzu bereitwillig zuerkannt werden. Dies gilt umso mehr, als die Mitglieder des BPjM zumindest teilweise kaum demokratisch legitimiert sind und zudem weisungsfrei agieren. Hinzu kommt, dass trotz des weiten Kreises der in § 20 Abs. 1 JuSchG genannten vorschlagsberechtigten Verbände keineswegs alle in einer sich immer mehr ausdifferenzierenden Gesellschaft relevanten Gruppen ein Vorschlagsrecht für die Entsendung von Vertretern in das Gremium besitzen. Dies wird schon daran deutlich, dass im Fall der Religionsgemeinschaften etwa muslimische Gemeinden mangels Körperschaftsstatus bei der Besetzung außen vor bleiben.³⁰ Auch Randgruppen, etwa aus der Literatur, sind nicht zwingend vertreten. Daher besteht die Gefahr, dass sich die BPjM aus Betriebsblindheit bei ihren Entscheidungen zu sehr am Mainstream orientiert und neue Erscheinungsformen der Kunst vorschnell als jugendgefährdend einstuft, obwohl es deren ureigene Aufgabe ist, bewährte Denkmuster zu hinterfragen. Daneben ist fraglich, ob die vermutete Fachkompetenz bei den Mitgliedern des Gremiums im Einzelfall auch tatsächlich vorliegt.³¹

Freilich ist unklar, inwieweit die Entscheidung des BVerwG wirklich zur Verbesserung des Jugendschutzes beiträgt, nachdem die Mehrheit der Musik- und Filmtitel inzwischen auch online zugänglich ist und sich Online-Angebote wie Streaming-Dienste mangels Sitz im Gebiet der EU der Kontrolle der deutschen Justiz weitgehend entziehen. Die bestehenden Schutzlücken sollten jedoch nicht zum Anlass genommen werden, auf eine Kontrolle vollständig zu verzichten. Stattdessen müsste versucht werden, den Jugendschutz im Internet zu verbessern.

22 VG Köln, UrT. v. 02.09.2016 - 19 K 3287/15.

23 VG Köln, UrT. v. 02.09.2016 - 19 K 3287/15.

24 VG Köln, UrT. v. 02.09.2016 - 19 K 3287/15.

25 OVG Münster, UrT. v. 16.05.2018 - 19 A 2001/16 Rn. 20 ff.

26 OVG Münster, UrT. v. 16.05.2018 - 19 A 2001/16 Rn. 51 ff.

27 Siehe oben, B.

28 So auch Hilgert, Bundesprüfstelle gegen Rapper: Bushido-Album zu Recht indiziert, Legal Tribune Online v. 06.11.2019, abrufbar unter www.lto.de/recht/hintergruende/h/bverwg-6c-18-18-bushido-album-indiziert/ (zuletzt abgerufen am 28.01.2020).

29 Dürig, Kommentierung des Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz (1958), in: Dürig, *Gesammelte Schriften 1952 – 1983*, 1984, S. 197 ff. 197.

30 Näher zu den tatsächlich beteiligten Organisationen siehe Liesching in: Liesching, JuSchG, 1. Online-Ausgabe 2018, § 20 Rn. 1 f.

31 Zu diesem Problem siehe auch Maurer/Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 19. Aufl. 2017, § 7 Rn. 45.

Fahreignung bei gelegentlichem Cannabiskonsum und erstmaligem Verstoß gegen das Trennungsgebot

BVerwG, Urt. v. 11.04.2019 - 3 C 2/18

RiOVG Dr. André Niesler

A. Problemstellung

Cannabis ist das in Deutschland mit Abstand meistkonsumierte illegale Rauschmittel¹ und dementsprechend häufig auch unter den Inhabern einer Fahrerlaubnis verbreitet. Die Sanktion einer Ordnungswidrigkeit nach § 24a Abs. 2 Satz 1 StVG wegen des Führens eines Kraftfahrzeugs unter der Wirkung von Cannabis ist mit einer Geldbuße i.H.v. 500 bis zu 1.500 €, einem Fahrverbot von einem bis zu drei Monaten (§ 25 Abs. 1 Satz 2 StVG, Nr. 242 der Anlage zur BKatV) und der Eintragung von zwei Punkten in das Fahreignungsregister (§ 4 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 StVG i.V.m. Nr. 2.2.2 der Anlage 13 zur FeV) überschaubar. Nur für den Fall, dass sich der Fahrerlaubnisinhaber mit seiner Teilnahme am Straßenverkehr unter der Wirkung von Cannabis nach Maßgabe der §§ 315c, 316, 323a StGB strafbar gemacht hat, sieht § 69 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1, 2 und 4 StGB als Maßregel die Entziehung der Fahrerlaubnis durch das Strafgericht vor. Aber auch dann, wenn der Konsum von Cannabis nicht den Tatbestand einer Verkehrsstraftat verwirklicht, kann er empfindliche Folgen für den Bestand der Fahrerlaubnis haben.

Erlangt die Fahrerlaubnisbehörde Kenntnis davon, dass ein Fahrerlaubnisinhaber Cannabis konsumiert (vgl. nur § 2 Abs. 12 StVG), muss sie zum Zwecke der Gefahrenabwehr seine (Kraft-)Fahreignung überprüfen. Stellt sie fest, dass er wegen seines Cannabiskonsums zum Führen von Kraftfahrzeugen nicht geeignet ist, hat sie ihm gem. § 3 Abs. 1 Satz 1 StVG, § 3 Abs. 1 Satz 1, § 46 Abs. 1 Satz 1 FeV die Fahrerlaubnis und damit die Berechtigung zum Führen eines Kraftfahrzeugs auf öffentlichen Straßen (vgl. § 2 Abs. 1 Satz 1 StVG) zu entziehen. Dabei ist zu unterscheiden zwischen der einmaligen, der regelmäßigen und der gelegentlichen Einnahme von Cannabis. Der einmalige Konsum („Probierkonsum“) führt nicht zum Verlust der Fahreignung² und rechtfertigt für sich genommen auch nicht die Anforderung eines ärztlichen Gutachtens zur weiteren Aufklärung der (Kraft-)Fahreignung.³ Umgekehrt steht die Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen ohne Weiteres fest, wenn der Fahrerlaubnisinhaber regelmäßig Cannabis konsumiert (§ 3 Abs. 1 Satz 1 StVG, § 46 Abs. 1 Satz 1 FeV i.V.m. Nr. 9.2.1 der Anlage 4 zur FeV).

Hingegen ist ein Fahrerlaubnisinhaber, der gelegentlich Cannabis einnimmt, nach Nr. 9.2.2 der Anlage 4 zur FeV zum Führen von Kraftfahrzeugen geeignet, wenn er den

Konsum und das Fahren trennen kann, kein zusätzlicher Gebrauch von Alkohol oder anderen psychoaktiv wirkenden Stoffen erfolgt und auch keine Störung der Persönlichkeit und kein Kontrollverlust vorliegen. Dabei war bisher zwischen dem BVerwG⁴ und den meisten Obergerichten⁵ einerseits und dem VGH München⁶ andererseits umstritten, ob schon das erstmalige Führen eines Kraftfahrzeugs unter der Wirkung von Cannabis zum Verlust der Kraftfahreignung führt und deshalb unmittelbar die Entziehung der Fahrerlaubnis zur Folge hat. Mit dem vorliegenden Urteil vom 11.04.2019 und sechs weiteren Urteilen vom selben Tag⁷ hat das BVerwG seine Rechtsprechung geändert und ist nun wie der VGH München der Auffassung, dass dies nicht der Fall sei. Ein erstmaliger Verstoß gegen das Trennungsgebot rechtfertigt i.d.R. zunächst nur die Anordnung einer medizinisch-psychologischen Untersuchung (MPU).

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Mit rechtskräftigem Bußgeldbescheid wurden gegen die Klägerin des vorliegenden Verfahrens wegen fahrlässigen Führens eines Kraftfahrzeugs unter der Wirkung von Cannabis gem. § 24a Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 StVG eine Geldbuße und ein Fahrverbot verhängt, nachdem sie einer Verkehrskontrolle unterzogen worden war und die Untersuchung der dabei entnommenen Blutprobe eine Konzentration des psychoaktiven Cannabiswirkstoffs Tetrahydrocannabinol (THC) von 1,0 ng/ml, etwa 0,62 ng/ml 11-Hydroxy-THC (11-OH-THC) und etwa 7,6 ng/ml THC-Carbonsäure (THC-

1 Vgl. Die Drogenbeauftragte der Bundesregierung, Drogen- und Suchtbericht, 2019, S. 81.

2 Dauer in: Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, 45. Aufl. 2019, § 2 StVG Rn. 57; Koehl in: Haus/Krumm/Quarch, Gesamtes Verkehrsrecht, 2014, § 11 FeV Rn. 49, vgl. dort auch zur Darlegungslast des Betroffenen, dass es sich tatsächlich nur um einen einmaligen Konsum handele.

3 Dauer in: Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, 45. Aufl. 2019, § 14 FeV Rn. 14 zur verfassungskonformen Auslegung des § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 FeV.

4 BVerwG, Urt. v. 23.10.2014 - 3 C 3/13 Rn. 33, 36.

5 VGH Mannheim, Beschl. v. 07.03.2017 - 10 S 328/17 Rn. 4; OVG Münster, Beschl. v. 15.03.2017 - 16 A 432/16 Rn. 143 ff.; OVG Münster, Beschl. v. 04.12.2017 - 16 B 390/17 Rn. 9 ff.; OVG Lüneburg, Beschl. v. 07.04.2017 - 12 ME 49/17 Rn. 7; OVG Magdeburg, Beschl. v. 06.09.2017 - 3 M 171/17 Rn. 10 ff.; VGH Kassel, Beschl. v. 21.09.2017 - 2 D 1471/17 Rn. 12; OVG Koblenz, Beschl. v. 01.03.2018 - 10 B 10008/18 Rn. 10; OVG Bautzen, Beschl. v. 07.01.2019 - 3 B 364/18 Rn. 8.

6 VGH München, Urt. v. 25.04.2017 - 11 BV 17/33 Rn. 18 ff.; VGH München, Urt. v. 13.12.2017 - 11 BV 17/1876 Rn. 21 ff.; VGH München, Urt. v. 10.04.2018 - 11 BV 18/259 Rn. 28 ff.

7 BVerwG, Urt. v. 11.04.2019 - 3 C 13/17, 3 C 14/17, 3 C 25/17, 3 C 7/18, 3 C 8/18 und 3 C 9/18.

COOH) im Blutserum ergeben hatte. Das Landratsamt entzog ihr daraufhin die Fahrerlaubnis. Es stehe fest, dass die Klägerin zum Führen von Kraftfahrzeugen nicht geeignet sei, weil sie gelegentlich Cannabis konsumiere und ausweislich des dem Bußgeldbescheid zugrunde liegenden Vorfalls nicht gemäß Nr. 9.2.2 der Anlage 4 zur FeV zwischen dem Konsum von Cannabis und dem Führen eines Kraftfahrzeugs trennen könne. Das Verwaltungsgericht hat diese Entziehungsverfügung aufgehoben.⁸ Die dagegen eingelegte Berufung des Beklagten hat der VGH München zurückgewiesen.⁹ Das Verwaltungsgericht habe zutreffend entschieden, dass ein gelegentlicher Cannabiskonsum nicht schon nach der ersten Fahrt mit einem Kraftfahrzeug unter der Wirkung von Cannabis ohne weitere Aufklärungsmaßnahmen als fahruneignet angesehen werden könne.

Das BVerwG hat die Revision des Beklagten zurückgewiesen. Dabei hat es seine Rechtsprechung und die der Obergerichte zu den Voraussetzungen eines Verstoßes gegen das Trennungsgebot nach Nr. 9.2.2 der Anlage 4 zur FeV bestätigt. Geändert hat es seine Rechtsprechung hinsichtlich der aus einem erstmaligen Verstoß gegen das Trennungsgebot in Bezug auf die Fahreignung zu ziehenden Schlussfolgerung.

Die Klägerin sei nach den tatsächlichen Feststellungen des VGH, gegen die zulässige und begründete Verfahrensrügen nicht erhoben worden seien, gelegentliche Konsumentin. Sie habe in zumindest zwei selbstständigen Konsumvorgängen Cannabis zu sich genommen, und diese Konsumvorgänge hätten einen gewissen, auch zeitlichen Zusammenhang gehabt.

Ein Verstoß gegen das allein anhand objektiver Kriterien zu beurteilende Trennungsgebot liege vor, wenn der gelegentliche Cannabiskonsum mit einer THC-Konzentration von 1 ng/ml oder mehr („Risikogrenzwert“) ein Kraftfahrzeug führe. Ab dieser Konzentration bestehe, worauf es hier maßgeblich ankomme, eine nicht nur theoretische Möglichkeit der Beeinträchtigung der Fahrsicherheit durch den vorherigen Cannabiskonsum. An diesem von der Grenzwertkommission am 20.11.2002 beschlossenen und am 22.05.2007 aktualisierten und bestätigten Grenzwert sei in Einklang mit der Rechtsprechung der Obergerichte auch unter Berücksichtigung der neueren Empfehlungen der Grenzwertkommission vom September 2015 festzuhalten. Dabei hat das BVerwG zugleich seine Rechtsprechung bestätigt, dass bei der Feststellung des THC-Werts kein „Sicherheitsabschlag“ in Ansatz gebracht werden müsse, um möglichen Messungenauigkeiten Rechnung zu tragen.

Ein erstmaliger Verstoß gegen dieses Trennungsgebot der Nr. 9.2.2 der Anlage 4 zur FeV hatte nach der früheren Rechtsprechung des BVerwG Zweifel daran begründet, dass der Betroffene künftig stets die Trennung von Konsum

und Fahren beachten werde, weshalb seine Fahreignung zu verneinen sei.¹⁰ Diesen strikten Ansatz hat es nunmehr aufgegeben. Ohne vorherige MPU sei die Ungeeignetheit bei einem erstmaligen Verstoß nicht i.S.d. § 3 Abs. 1 Satz 1 StVG, § 46 Abs. 1 Satz 1 FeV erwiesen bzw. stehe nicht i.S.d. § 11 Abs. 7 FeV fest. Es bestünden zunächst nur klärungsbedürftige Bedenken hinsichtlich der Fahreignung i.S.d. § 46 Abs. 3 FeV. Die für die Annahme der Fahreignungsbedürftigkeit erforderlichen Prognose, dass der Betroffene auch künftig gegen das Trennungsgebot verstoßen werde, könne die Fahrerlaubnisbehörde nicht aus eigener Sachkompetenz treffen. Hierfür sei sie i.d.R. auf eine MPU angewiesen, über deren Anordnung sie in Ausübung pflichtgemäßen Ermessens zu entscheiden habe. Aus dem Wortlaut der Nr. 9.2.2 der Anlage 4 zur FeV lasse sich nicht ableiten, dass schon bei einem einmaligen Verstoß gegen das Trennungsgebot die Fahreignung zwingend zu verneinen sei. Auch der Verordnungsgeber sei ausweislich der Begründung der Neufassung der Fahrerlaubnis-Verordnung davon ausgegangen, dass in einem solchen Fall lediglich Zweifel an der Eignung bestünden, die nach Maßgabe des § 14 Abs. 1 Satz 3 FeV zu klären seien. Es sei ferner kein überzeugender Grund dafür ersichtlich, weshalb eine Fahrerlaubnis bereits nach einem erstmaligen Verstoß gegen das Trennungsgebot entzogen werden solle, während gem. § 14 Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 FeV selbst bei wiederholten Zuwiderhandlungen im Straßenverkehr nach § 24a StVG zunächst nur eine MPU anzuordnen sei. Etwas anderes lasse sich auch nicht aus einem anzustrebenden Gleichlauf mit der für Eignungszweifel bei einer Alkoholproblematik geltenden Vorschrift des § 13 FeV herleiten. Überdies gebe es keinen allgemeinen Erfahrungssatz des Inhalts, dass einem erstmaligen Verstoß gegen das Trennungsgebot ein weiterer folgen werde. Auch die von der Deutschen Gesellschaft für Verkehrsmedizin und der Deutschen Gesellschaft für Verkehrspsychologie verantwortete Kommentierung der Begutachtungsleitlinien für Kraftfahreignung gehe vom Erfordernis einer MPU bei gelegentlichem Cannabiskonsum und einem erstmaligen Verstoß gegen das Trennungsgebot aus.

C. Auswirkungen für die Praxis

Das Urteil hat unmittelbare Auswirkungen auf die Praxis sämtlicher Fahrerlaubnisbehörden der Länder, deren Obergerichte mit der früheren Rechtsprechung des BVerwG einen Verlust der Fahreignung unmittelbar infolge schon eines erstmaligen Verstoßes gegen das Trennungsgebot an-

⁸ VG München, Urt. v. 07.08.2017 - M 26 K 16/5301.

⁹ VGH München, Urt. v. 13.12.2017 - 11 BV 17/1876.

¹⁰ BVerwG, Urt. v. 23.10.2014 - 3 C 3/13 Rn. 33.

genommen hatten. Sie dürfen nun i.d.R. nicht mehr direkt die Fahrerlaubnis entziehen, sondern müssen zunächst ermessensfehlerfrei über die Anordnung einer MPU zur weiteren Aufklärung der Fahreignung entscheiden.

Streit wird hier nicht nur allgemein über die Frage der zulässigen Ermessenserwägungen aufkommen, sondern insbesondere auch über die Grenze der „MPU-Regel“. Das BVerwG sieht hier die Möglichkeit einer Ausnahme wegen besonderer Umstände des Einzelfalls, aufgrund derer die Fahrerlaubnisbehörde ohne MPU die Fahreignung verneinen können soll. Das von ihm dafür gelieferte Beispiel des „mit Blick auf die Verkehrssicherheit besonders verantwortungslose[n] Umgang[s] mit dem Cannabiskonsum“ (Rn. 37) lässt

Raum für Interpretationen und wird die Gerichte beschäftigen.

Für Betroffene eröffnet sich nun die Chance, nicht aber die Garantie, einer Entziehung ihrer Fahrerlaubnis zu entgehen. Medizinisch-psychologische Begutachtungen sind kein Selbstläufer zugunsten der Fahrerlaubnisinhaber und werden nicht selten die Entziehung der Fahrerlaubnis zur Folge haben. Betroffene werden deshalb in nicht wenigen Fällen einen Streit darüber führen, ob die Behörde das Gutachten formell ordnungsgemäß angefordert hat (vgl. § 11 Abs. 6 FeV) und ein negatives Gutachten oder die Weigerung der Beibringung eines Gutachtens (vgl. dazu § 11 Abs. 8 FeV) gegen sie verwertet werden kann.

Steuerrecht

Neue Verlustverrechnungsbeschränkungen bei den Einkünften aus Kapitalvermögen¹

VRi' inBFH Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel

A. Problemstellung

Zentraler Systembaustein der seit 2009 geltenden Abgeltungsteuer ist neben dem proportionalen Tarif von 25 % die umfassende Steuerbarkeit des Kapitalvermögens, d.h. der Erträge wie des Vermögensstamms.² Gem. § 20 Abs. 2 EStG werden die Gewinne aus der Veräußerung von Kapitalanlagen i.S.v. § 20 Abs. 1 EStG besteuert und damit folgerichtig auch die entsprechenden Verluste. Gleichwohl steht die Finanzverwaltung seit Einführung der Abgeltungsteuer für die umfassende Besteuerung zwar von Substanzzuwächsen bei Kapitalanlagen, nicht aber von realisierten Vermögensminderungen. Demgegenüber erkennt der BFH etwa Verluste aus Termingeschäften,³ insolvenzbedingten Forderungsausfällen,⁴ der Veräußerung wertloser Aktien⁵ oder aus Knock-out-Zertifikaten⁶ als folgerichtig an.

Nachdem nun die im Regierungsentwurf zum JStG 2019 noch vorgesehene Einschränkung der Steuerbarkeit von Verlusten aus dem Verfall von Optionen und aus wertlosen Anlageinstrumenten angesichts der von vielen Seiten geäußerten erheblichen Bedenken⁷ nicht übernommen wurde,⁸ wurde das politische Ziel einer Beschränkung der Verrechnung solcher Verluste mit dem Gesetz zur Einführung einer Pflicht zur Mitteilung grenzüberschreitender Steuergestal-

tungen in § 20 Abs. 6 Sätze 5 und 6 EStG n.F. umgesetzt – ein zumindest steuersystematisch verfehelter Schlag nicht nur gegen den Vereinfachungszweck der Abgeltungsteuer.

B. Regelungsinhalt der neuen Verlustverrechnungsbeschränkungen

Die Neuregelungen lauten wie folgt: „Verluste aus Kapitalvermögen im Sinne des Absatzes 2 Satz 1 Nummer 3 dürfen nur in Höhe von 10 000 € mit Gewinnen im Sinne des Absatzes 2 Satz 1 Nummer 3 und mit Einkünften im Sinne des § 20 Absatz 1 Nummer 11 ausgeglichen werden; die Sätze 2 und 3

1 § 20 Abs. 6 Sätze 5 und 6 EStG i.d.F. des Gesetzes zur Einführung einer Pflicht zur Mitteilung grenzüberschreitender Steuergestaltungen (BGBl. I 2019, 2875, 2884).

2 Vgl. nur BT-Drucks. 16/4841, S. 33, 55 ff. und 16/10189, S. 66.

3 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, 456 und BFH, Urt. v. 12.01.2016 - IX R 50/14 - BStBl. II 2016, 462.

4 BFH, Urt. v. 24.10.2017 - VIII R 13/15.

5 BFH, Urt. v. 12.06.2018 - VIII R 32/16.

6 BFH, Urt. v. 20.11.2018 - VIII R 37/15 – BStBl. II 2019, 507.

7 Vgl. dazu Jachmann-Michel/Grunow, jM 2019, 471, 473 ff. m.w.N.

8 Vgl. BT-Drs. 19/14873 (Beschlussempfehlung Finanzausschuss).

gelten sinngemäß mit der Maßgabe, dass nicht verrechnete Verluste je Folgejahr nur bis zur Höhe von 10 000 € mit Gewinnen im Sinne des Absatzes 2 Satz 1 Nummer 3 und mit Einkünften im Sinne des § 20 Absatz 1 Nummer 11 verrechnet werden dürfen. Verluste aus Kapitalvermögen aus der ganzen oder teilweisen Uneinbringlichkeit einer Kapitalforderung, aus der Ausbuchung wertloser Wirtschaftsgüter im Sinne des Absatzes 1, aus der Übertragung wertloser Wirtschaftsgüter im Sinne des Absatzes 1 auf einen Dritten oder aus einem sonstigen Ausfall von Wirtschaftsgütern im Sinne des Absatzes 1 dürfen nur in Höhe von 10 000 € mit Einkünften aus Kapitalvermögen ausgeglichen werden; die Sätze 2 und 3 gelten sinngemäß mit der Maßgabe, dass nicht verrechnete Verluste je Folgejahr nur bis zur Höhe von 10 000 € mit Einkünften aus Kapitalvermögen verrechnet werden dürfen.“ Satz 5 ist auf Verluste anzuwenden, die nach dem 31.12.2020 entstehen, Satz 6 auf Verluste, die nach dem 31.12.2019 entstehen.

Nach § 20 Abs. 6 Satz 5 EStG können also Verluste aus Termingeschäften, insbesondere aus dem Verfall von Optionen, nur mit Gewinnen aus Termingeschäften und den Erträgen aus Stillhaltergeschäften ausgeglichen werden. Die Verlustverrechnung ist beschränkt auf 10.000 € p.a. Nicht verrechnete Verluste können auf Folgejahre vorgetragen und jeweils in Höhe von 10.000 € mit Gewinnen aus Termingeschäften oder mit Stillhalterprämien verrechnet werden, wenn nach der unterjährigen Verlustverrechnung ein verrechenbarer Gewinn verbleibt. Die Verluste können nicht mit anderen Kapitalerträgen verrechnet werden. Erfasst sind dabei nicht nur der Verfall von Optionen, sondern alle Fälle, in denen negative Einkünfte bei Termingeschäften entstehen. Dies betrifft auch Verluste, die bislang unstrittig anerkannt waren, etwa aus der Zahlung eines Barausgleichs beim Closing von Optionen.

§ 20 Abs. 6 Satz 6 EStG regelt, dass Verluste aus der (teilweisen oder vollständigen) Uneinbringlichkeit von Kapitalforderungen, aus der Ausbuchung wertloser Wirtschaftsgüter i.S.d. § 20 Abs. 1 EStG, der Übertragung derartiger Wirtschaftsgüter auf einen Dritten oder aus dem sonstigen Ausfall solcher Wirtschaftsgüter nur mit Einkünften aus Kapitalvermögen ausgeglichen werden können. Auch hier gilt die Begrenzung der Verlustverrechnung auf 10.000 € p.a.

C. Einordnung/Auswirkungen für die Praxis

Die Neuregelungen erweitern die beiden bisher schon bestehenden Verlustverrechnungskreise für Verluste aus Aktienveräußerungen (§ 20 Abs. 6 Satz 4 EStG) und anderen Verlusten aus Kapitalvermögen (§ 20 Abs. 6 Sätze 1, 2 EStG) um zwei weitere, ohne dass letztere auch im Kapitalertragsteuer-Abzugsverfahren berücksichtigt werden könnten. Denn gem. § 43a Abs. 3 Satz 2 EStG hat die Verlustver-

rechnung beim Kapitalertragsteuer-Abzug zwar unter Berücksichtigung von § 20 Abs. 6 Satz 4 EStG zu erfolgen; die Neuregelungen werden hier jedoch nicht genannt. Auch kann die einzelne auszahlende Stelle die Grenze von 10.000 € nur für die bei ihr geführten Depots überwachen; zu lösen wäre diese Problematik u.U. über neue Steuerbescheinigungen i.S.v. § 45a Abs. 2, 3 EStG.⁹ Was Verluste aus einem Forderungsverzicht¹⁰ betrifft, so sind diese nach Verwaltungsmeinung nicht zu berücksichtigen,¹¹ woran gem. § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG die auszahlenden Stellen gebunden sind. Die materiell-rechtlich richtige Besteuerung kann hier der Steuerpflichtige nur im Veranlagungsverfahren erreichen.

In materiell-rechtlicher Hinsicht wird aus § 20 Abs. 6 Sätze 5 und 6 EStG n.F. zu schlussfolgern sein, dass alle dort genannten Verlusttatbestände gem. § 20 Abs. 2 EStG – ganz auf der Linie der Rechtsprechung des BFH – steuerbar sind; andernfalls wäre eine Verlustverrechnungsbeschränkung nicht schlüssig.

Was aber die Abgrenzung der nunmehr vier Verlustverrechnungskreise betrifft, werden sich durchaus neue Fragen stellen bzw. Friktionen ergeben können. Zu klären wird etwa der Begriff des Termingeschäfts sein. Bislang kam es bei Zertifikaten und Optionen darauf nicht an, weil die gleichen normativen Regelungen galten.¹² Unklar erscheint der Begriff der Ausbuchung. Es handelt sich um einen Realakt, wohl um einen Auffangtatbestand. Jedenfalls dürfte eine Veräußerung schon zeitlich vorrangig sein. Veräußerung ist nach ständiger Rechtsprechung aber auch die unentgeltliche Übertragung bei Wertlosigkeit.¹³ Laut Gesetzesbegründung¹⁴ sollen mit Einkünften aus Kapitalvermögen i.S.v. Satz 6 Einkünfte erfasst sein, die nicht Einkünfte i.S.v. Satz 4 und Satz 5 sind. Wirkliche Klarheit ergibt sich daraus nicht. Nicht gewollt dürfte die Ungleichbehandlung von Aktienverlusten sein, je nachdem ob sie aus der Veräußerung bei (teilweiser) Werthaltigkeit (Satz 4), aus der Veräußerung zu Null bei Wertlosigkeit (laut BFH Satz 4) oder aus Liquidation (steuerbar wohl gem. § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG (analog)) folgen. Letztere dürfte Satz 6 jedenfalls mit der Ausbuchung erfassen. Wenn aber die Liquidation im Rahmen von § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG der Veräußerung gleichsteht, sollte dann nicht Satz 4 gelten?

9 Vgl. auch Dahm/Hoffmann, DStR 2020, 81, 84.

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

11 BMF v. 18.01.2016, IV C1-S 2252/88/10004:017, BStBl. I 2016, 85 Rn. 61.

12 Vgl. zu Knock-out-Zertifikaten BFH, Urt. v. 20.11.2018 - VIII R 37/15 – BStBl. II 2019, 507.

13 Stellvertretend BFH, Urt. v. 12.05.2015 - IX R 57/13 Rn. 15 m.w.N.

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

Verluste aus		Verrechnung mit Gewinnen/ Einkünften aus	Norm
der Veräußerung von Aktien (lt. BFH auch wertlose Aktien)	unbegrenzt	Veräußerung von Aktien	§ 20 Abs. 6 Satz 4 EStG
KapV i.S.v. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG (Termingeschäfte)	10.000,- € Vortrag 10.000,- €	§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 und Abs. 1 Nr. 11 EStG (Termingeschäfte und Stillhalteprämien)	§ 20 Abs. 6 Satz 5 EStG n.F.
der ganzen oder teilweisen Uneinbringlichkeit einer Kapitalforderung	10.000,- € + Vortrag 10.000,- €	Kapitalvermögen (Abs. 1 und Abs. 2)	§ 20 Abs. 6 Satz 6 EStG n.F.
der Ausbuchung wertloser WG i.S.v. Abs. 1			←
der Übertragung wertloser WG i.S.v. Abs. 1			Abs. 6 Satz 4 – lex specialis?
einem sonstigen Ausfall von WG i.S.v. Abs. 1			

Die neuen Verlustverrechnungsbeschränkungen greifen nicht, wenn § 20 Abs. 6 EStG gem. § 32d Abs. 2 EStG nicht anwendbar ist, so insbesondere bei Gesellschafterdarlehen ab einer Beteiligung von 10 % (§ 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b EStG) oder auf Antrag bei Dividenden ab einer Beteiligung von 25 % oder 1 % plus beruflicher Tätigkeit (§ 32d Abs. 2 Nr. 3 EStG).

Grundlegende Bedenken gegen die neuen Verlustverrechnungsbeschränkungen bestehen insoweit, als sie mit der Gefahr einhergehen, dass eine Verlustberücksichtigung faktisch ganz ausgeschlossen sein kann. Kann doch ein Totalverlust der Vermögenssubstanz nur durch positive Kapitalerträge aus anderen Einzelanlagen ausgeglichen werden. Hierfür gilt aber zum einen die Begrenzung auf 10.000 € und zum anderen sind die Grenzen des jeweiligen Verlustverrechnungskreises zu wahren.¹⁵ Eine Rechtfertigung hierfür ist nicht ersichtlich, insbesondere nicht aus der Gesetzesbegründung.¹⁶ Danach soll im Hinblick auf § 20 Abs. 6 Satz 5 EStG der spekulativen Qualität von Termingeschäften begegnet werden, die sowohl hohe Gewinne als auch den Totalverlust der Anlage mit sich bringen könnten. „Verluste aus Termingeschäften werden deshalb in einem besonderen Verlustverrechnungskreis berücksichtigt, um das Investitionsvolumen und die daraus für Anleger entstehenden Verlustrisiken aus diesen spekulativen Anlagen zu begrenzen.“¹⁷ Damit soll wohl weniger der Anleger davor geschützt werden, zu hohen Verlustrisiken einzugehen, als der Fiskus vor den Folgen für das Steueraufkommen, die aber wiederum nicht beziffert werden. Dabei erscheint es jedenfalls nicht folgerichtig, dass spekulationsbedingte hohe Gewinne bei Zufluss voll zu versteuern sind, Verluste jährlich aber nur bis zu

10.000 € und u.U. – je nach Lebenserwartung des Steuerpflichtigen – gar nicht anerkannt werden.

Hinsichtlich von Satz 6 argumentiert die Gesetzesbegründung damit, dass Kleinanlegern typischerweise die sofortige Verlustberücksichtigung gewährt werden soll, während Anleger mit höheren Vermögenswerten typischerweise auch in größerem Umfang laufende Erträge erzielen und durch den für Kapitaleinkünfte einschlägigen Steuersatz von 25 % begünstigt seien. Eine Begrenzung der Verlustverrechnungsmöglichkeiten für diese Anlegergruppe sei vor diesem Hintergrund gerechtfertigt. Die in der Verlustverrechnungsbeschränkung liegende Verletzung des objektiven Nettoprinzips als zentralem Element einer gleichmäßigen Besteuerung nach der objektiven wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit soll also gerechtfertigt werden mit einer „Begünstigung“ durch den Abgeltungsteuersatz. Zum anderen werden typisierend vermögende und weniger vermögende Kapitalanleger ungleich behandelt – eine Ungleichbehandlung auf der Ebene der objektiven Leistungsfähigkeit soll durch sozialpolitische Aspekte gerechtfertigt werden.

Was die Annahme einer Begünstigung durch den Abgeltungsteuersatz betrifft, so zielt sie auf einen Vergleich der Besteuerung der Kapitaleinkünfte einerseits und der Einkünfte aus anderen Einkunftsarten andererseits. Dies ist im Hinblick darauf, dass die Abgeltungsteuer eine Schematisierung der Besteuerung der Kapitaleinkünfte darstellt, schon im Ansatz verfehlt. Das in sich geschlossene System der Abgeltungsteuer ist gerechtfertigt als Sondersystem neben der allgemeinen Einkommensbesteuerung. Die grundlegende Rechtfertigung der Abgeltungsteuer¹⁸ verlangt Folgerichtigkeit innerhalb dieser Schedule. Der Quellenabzug bedingt den Proportionalsteuersatz. Soziale Aspekte werden über die Günstigerprüfung (§ 32d Abs. 6 EStG) berücksichtigt. Im Kontext des objektiven Nettoprinzips ist hierfür – folgerichtig – kein Raum. Warum derselbe proportionale Steuersatz in Abhängigkeit von der Höhe der Einkünfte für den „Kleinsparer“ auch ohne Verlustverrechnungsbeschränkung gerechtfertigt sein soll, für den „Großsparer“ aber nicht, erschließt sich schwer. U.U. steht hinter dieser Terminologie der Gedanke, die „Großanleger“ könnten ihr Vermögen auch im betrieblichen Bereich investieren, womit sie der höhere progressive Steuersatz träfe. Das System der Abgeltungsteuer regelt aber jegliches privates Kapitalvermögen, d.h.

15 Vgl. auch Dahm/Hoffmann, DStR 2020, 81, 83.

16 BT-Drs. 19/15876, S. 68 f.

17 BT-Drs. 19/15876, S. 68.

18 BVerfG, Urt. v. 27.06.1991 - 2 BvR 1493/89 – BStBl. II 1991, 654 Rn. 144; BFH, Urt. v. 28.01.2015 - VIII R 13/13 – BStBl. II 2015, 393; BVerfG, Urt. v. 29.04.2014 - VIII R 9/13 – BStBl. II 2014, 986 Rn. 24; Jachmann-Michel in: Ismer/Reimer/Rust/Waldhoff (Hrsg.), Territorialität und Personalität – Festschrift für Moris Lehner, 2019, 417, 418 f.; Jachmann-Michel, Reformfragen der Abgeltungsteuer in: Schön/Schindler, Reformfragen des deutschen Steuerrechts, 2019, 31 ff.

weder Kapitalvermögen im Betriebsvermögen noch Beteiligungen, die einer beruflichen bzw. unternehmerischen Betätigung dienen. Diese Systementscheidung bedingt eine Ungleichbehandlung gegenüber betrieblichen Anlagen. Nur bei Zinsen resultiert diese Ungleichbehandlung privater und betrieblicher Kapitalerträge vor allem aus dem Sondertarif. Insofern wäre aber an den fehlenden Inflationsausgleich und drohende Negativzinsen zu denken. Bei Dividenden und Einkünften aus der Veräußerung von nicht wesentlichen Beteiligungen an Kapitalgesellschaften kommt hinzu, dass nur im Rahmen des Betriebsvermögens die Vorbelastung mit Körperschaftsteuer durch das Teileinkünfteverfahren pauschalierend berücksichtigt wird (§ 3 Nr. 40 Buchst. d EStG), bei entsprechenden im Privatvermögen

anfallenden Einkünften indessen nicht. Daneben ist der Abzug von Betriebsausgaben nicht möglich (§ 20 Abs. 9 EStG). Insofern werden Einkünfte aus Anteilen im Privatvermögen gegenüber solchen aus Anteilen im Betriebsvermögen benachteiligt. Von einer Begünstigung kann keine Rede sein.

Schon der erste Blick auf § 20 Abs. 6 Sätze 5 und 6 EStG n.F. zeigt also, dass der Steuergesetzgeber damit in die falsche Richtung marschiert. Der Protest bleibt nicht aus¹⁹ – zu Recht.

19 Stellvertretend Dahm/Hoffmann, DStR 2020, 81: „... - Schlimmer geht immer!"; DSJ „Focus-Money, 22.01.2020, S. 69: „Wir werden klagen!"; Mumme, tagesspiegel.de v. 22.01.2020: „Gefahr für Anleger, Steuern zahlen, ohne überhaupt etwas verdient zu haben" m.w.N.

Strafrecht

Solo- oder scheinselbstständig? Die Rechtsprechung zu § 266a StGB, § 7 SGB IV bedarf der Revision!

Prof. Dr. Marco Mansdörfer

A. Einführung

Zwei neuere Entscheidungen des 5. Strafsenats zum Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen i.S.v. § 266a StGB bei Paketzustellern¹ und Bühnenaufbauern² belegen eindrücklich den schmalen Grat zwischen echter Soloselbstständigkeit und bloßer Scheinselbstständigkeit. Der vorliegende Beitrag nimmt diese Entscheidungen zum Anlass, die Rechtsprechung nochmals einer grundlegenden Revision zu unterziehen und den aktuellen Stand der Reformvorschläge nachzuzeichnen. Bis eine endgültige Lösung gefunden wurde, bietet sich eine dogmatisch konsistente Zurückhaltung beim Sanktionsniveau an.

B. Der elementare Systemfehler in der Sozialversicherung

Reichskanzler Otto von Bismarck führte die Sozialversicherung ab 1883 schrittweise als Präventivmaßnahme zum Schutz der Staatsmacht vor sozialen Unruhen ein. Ziel war es, die Arbeiterklasse gegen Risiken wie Krankheit, Unfälle und Armut im Alter abzusichern und damit zu beruhigen. Der geniale Ansatz in diesem System war, dass die dafür notwendigen finanziellen Mittel von der Solidargemeinschaft der Arbeiter selbst aufgebracht werden sollten. Andere Gesellschaftsgruppen und der Fiskus selbst blieben außen vor. Die Beschränkung der Solidargemeinschaft auf Arbeiter dauert

bis heute fort. Das Gesetz spricht freilich nicht mehr vom „Arbeiter“, sondern von der „gegen Arbeitsentgelt beschäftigten Person“.³ Beschäftigung meint nach § 7 Abs. 1 SGB IV die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nachdem die Sozialversicherungsbeiträge inzwischen bei knapp 40 % des Einkommens liegen und je zur Hälfte vom Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu tragen sind, sind bei vielen die Grenzen der Solidarität erreicht.

Der Anreiz zur Flucht aus dieser Solidargemeinschaft ist also hoch. Dies gilt erst recht dort, wo die „nichtselbstständige“ Arbeit in einem Beschäftigungsverhältnis ohne große Umstände im Rahmen einer von der Sozialversicherung befreiten „selbstständigen“ Tätigkeit ausgeführt werden kann. Die Vertreter der Sozialversicherung sehen solche „Selbstständige“ kritisch. Gegen echte „Selbstständige“ sind ihnen die Hände gebunden. Anders ist dies bei nur scheinbar selbstständigen Beitragsflüchtlings. Wer „selbstständige“

1 BGH, Urt. v. 18.07.2019 – 5 StR 649/18.

2 BGH, Beschl. v. 13.12.2018 – 5 StR 275/18.

3 Vgl. zur gesetzlichen Krankenversicherung § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, zur gesetzlichen Rentenversicherung § 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI, zur gesetzlichen Arbeitslosenversicherung nach § 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III und zur Pflegeversicherung § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB XI jeweils i.V.m. § 2 Abs. 2 SGB IV.

Personen strukturiert in seinen Betrieb zur Erledigung integriert, sollte vorsichtig sein. Wo zu Zeiten hoher Arbeitslosigkeit ab dem Jahr 2003 politisch die Ich-AG gefördert wurde, droht dem Arbeitgeber heute neben häufig hohen Beitragsnachforderungen auch eine institutionenschützende Strafverfolgung nach § 266a StGB mit einem empfindlichen Sanktionsniveau. Der Grat zwischen zulässiger Soloselbstständigkeit und strafbarer Scheinselbstständigkeit ist schmal. Welches sind die wichtigsten Parameter? Wie sind diese zu gewichten? Wohin geht die aktuelle Entwicklung?

C. Abstrakte Abgrenzung zwischen Schein- und Soloselbstständigkeit

Ob eine Person als Arbeitnehmer eingestuft wird, bestimmt sich im Rahmen von § 266a StGB akzessorisch zum Sozialversicherungsrecht. Maßgeblich ist zunächst die Rechtsprechung des BSG. Danach setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer nicht selbstständige Dienste leistet und vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und er einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet.

Die vorgenannten Kriterien werden in den Entscheidungen der Sozial- und Strafgerichte geradezu stereotyp wiederholt und können als gesicherter Standard gelten.⁴ Dies gilt auch noch für die darauf aufbauend richterrechtlich entwickelten Auslegungsgrundsätze: Maßgebend für die Beurteilung ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung bzw. eine abwägende Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände.⁵ Dabei ist ausschlaggebend das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die hieraus gezogene Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung gehen der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine – formlose – Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer

Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgebend ist die Rechtsbeziehung, so wie sie praktiziert wird, und die praktizierte Beziehung, so wie sie rechtlich zulässig ist.⁶ Vornehmlich bei Diensten höherer Art kann das Weisungsrecht des Arbeitgebers auch eingeschränkt und „zur dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess“ verfeinert sein, wenn der Versicherte nur in den Betrieb eingegliedert ist.⁷

D. Abgrenzungsschwierigkeiten im Einzelfall

Über die im Einzelfall geltenden Maßstäbe herrscht damit zwar Klarheit. Aber: Klar sind die Maßstäbe deshalb noch lange nicht. Die Zahl der zu § 266a StGB und § 7 Abs. 1 SGB IV veröffentlichten Entscheidungen geht in die Tausende.⁸

I. Die tatsächlichen Abgrenzungsschwierigkeiten und ihre Gründe

Die Gründe für den rechtstatsächlich erheblichen Klärungsbedarf sind mehrschichtig. Oft sind die selbstständig erbrachten Leistungen von denen angestellter Arbeitnehmer äußerlich kaum zu unterscheiden: Wo liegt der Unterschied zwischen dem selbstständigen Fitnesstrainer, der Kunden im Sportstudio trainiert, und dem im Sportstudio angestellten Fitnesstrainer?⁹ Was unterscheidet im Möbelhaus den angestellten Verkäufer vom selbstständigen Einkaufsberater? Was den selbstständigen Busfahrer ohne Bus, vom selbstständigen Pilot ohne Flugzeug und vom angestellten Busfahrer?¹⁰ Im Kern sind die jeweiligen Tätigkeiten weitgehend identisch.

Generell Probleme bereiten verstetigte Geschäftsbeziehungen. Wenn sich der „Selbständige“ mit seiner Leistung eng mit den betrieblichen Prozessen des Geschäftspartners abstimmt, kann die Grenze zur „Eingliederung in den Betrieb“ leicht überschritten sein. Absprachen darüber, wie eine Leis-

4 Grundlegend BSG, Urt. v. 16.03.1972 - 3 RK 73/68; aus jüngerer Zeit etwa BGH, Beschl. v. 13.12.2018 - 5 StR 275/18 und BGH, Urt. v. 18.07.2019 - 5 StR 649/18; LSG München, Urt. v. 03.05.2018 - L 16 R 5144/16; LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 29.06.2018 - L 1 KR 490/15.

5 BGH, Beschl. v. 04.09.2013 - 1 StR 94/13.

6 BSG, Urt. v. 30.04.2013 - B 12 KR 19/11; BGH, Beschl. v. 05.06.2013 - 1 StR 626/12.

7 BSG, Urt. v. 18.12.2001 - B 12 KR 8/01.

8 Die Rechtsprechungsdatenbank von dejure.org weist zu § 7 SGB IV aktuell 3.573 Entscheidungen aus (Stand: 11.09.2019).

9 Vgl. dazu LSG Stuttgart, Urt. v. 24.04.2015 - L 4 R 1621/14 sowie LSG Stuttgart, Urt. v. 27.07.2016 - L 5 R 2554/15 mit dem Ergebnis einer abhängigen Beschäftigung einerseits und LSG Hamburg, Urt. v. 08.02.2016 - L 3 R 118/13 mit dem Ergebnis einer selbstständigen Tätigkeit andererseits.

10 LSG Stuttgart, Urt. v. 23.01.2004 - L 4 KR 3083/02.

tung erbracht werden soll, ähneln einem Weisungsrecht. Das Weisungsrecht ist zwar umfassender. Die Sozialgerichtsbarkeit geht aber bei „Diensten höherer Art“ dazu über, Weisungen bereits bei Anordnungen zur „dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess“ anzunehmen. Diese reduzierten Anforderungen haben zur Folge, dass das Kriterium des Weisungsrechts im Rahmen der geforderten Gesamtabwägung erheblich an Bedeutung verliert. Die Teilhabe am Arbeitsprozess kann im Einzelfall einem Teilgewerk nahekommen und umgekehrt.

Am Ende bleiben die von der ständigen Rechtsprechung aufgestellten Kriterien sehr abstrakt. Die Subsumtion im konkreten Fall ist schwierig. Die am Ende geforderte Gesamtabwägung ist dogmatisch ein Rückzug auf einen Dezi- sionismus. Erklären lässt sich das mit einem Verweis darauf, dass hier letztlich eben Institutionen geschützt werden, die in ihren Randbereichen unklar sind und auf der richter- rechtlich bestimmten Metaebene als solche nicht mehr klar definiert und hinterfragt werden.

II. Zwei beispielhafte Grenzfälle aus der Rechtspre- chung des 5. Strafsenats

Am Ende geben für die Abgrenzung zwischen angestellter und selbstständiger Tätigkeit damit oft Nuancen den Aus- schlag in die eine oder andere Richtung. Dabei handelt es sich um Einzelheiten in der Gestaltung, die in der Rückschau leicht anders zu gestalten gewesen wären. Wie eng Schein- und So- loselbstständigkeit beieinander liegen können, wird nachfol- gend an zwei Entscheidungen des 5. Strafsenats aus den Be- reichen Paketzustellung und Bühnenaufbau aufgezeigt.

1. BGH, Urt. v. 18.07.2019 - 5 StR 649/18

In seiner neuesten Entscheidung zu § 266a StGB verwirft der 5. Senat eine Revision der Staatsanwaltschaft gegen den Freispruch der Angeklagten vom Vorwurf als Betreiberin eines Kurierunternehmens sechs bei ihr als Arbeitneh- mer beschäftigte Fahrer nicht bei den zuständigen Sozial- versicherungsträgern angemeldet zu haben. Er bestätigt die Einschätzung der Wirtschaftsstrafkammer, die Transport- fahrer seien selbstständige Unternehmer gewesen.

Der Senat nimmt in seinen Entscheidungsgründen ausdrück- lich Bezug auf die durch die Sozialgerichte entwickelten Ab- grenzungskriterien. Dort wird für das Merkmal der „Einglie- derung in den Geschäftsbetrieb“ maßgeblich darauf abgestellt, ob die Fahrer (z.B. mit einem Tourenscanner) in das Informations- und Datennetz des Auftraggebers eingebun- den sind, ob ihnen einen Arbeitsplatz in dessen Räumlichkei- ten zur Verfügung steht und ihnen Arbeitsmittel oder einheit- liche Arbeitskleidung zur Verfügung gestellt werden sowie ob sie mit Personal des Auftraggebers zusammenarbeiten und ob Berichtspflichten oder weitergehende Kontrollen stattfin-

den.¹¹ Auch hier ist die Verpflichtung zum Tragen von Arbeits- kleidung mit Firmenlogos des Auftraggebers kein zwingendes Indiz für eine angestellte Tätigkeit.¹² Die Vorgabe eines festen Zeitschemas kann insbesondere dann ein starkes Indiz für eine abhängige Beschäftigung sein, wenn wegen dieser Vor- gaben rechtlich oder faktisch keine realistischen Möglichkei- ten einer anderweitigen Beschäftigung bestehen.¹³ Für das Merkmal der „Weisungsbefugnis“ stellt die Rechtsprechung darauf ab, ob und inwieweit die Details der Kuriertätigkeit be- reits vertraglich festgelegt sind. Soweit Leistungspflichten be- reits vertraglich konkretisiert sind, sei für einseitige Weisun- gen des Arbeitgebers von vornherein kein Raum.¹⁴ Das für die unternehmerische Selbstständigkeit maßgebliche Unterneh- merrisiko kann in dem Erwerb eigener Fahrzeuge, der Haf- tung für Falschlieferungen, der Werbung weiterer Kunden oder dem Einsatz von Subunternehmern liegen. Der Einsatz von Subunternehmern allein ist freilich nach der sozialge- richtlichen Rechtsprechung kein hinreichender Umstand für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit.¹⁵ Ein Vertrag auf unbestimmte Dauer ist umgekehrt kein Indiz für die An- nahme einer abhängigen Beschäftigung.¹⁶ Die Anmeldung eines Gewerbes oder die Ausstellung von Rechnungen mit Umsatzsteuer sind allenfalls schwache Indizien für eine Selbstständigkeit.¹⁷ Dem in diesem Kontext vorhandenen ge- setzlichen Leitbild des selbstständigen Frachtführers nach §§ 407 ff. HGB misst der Senat – auch insoweit in Einklang mit der sozialgerichtlichen Rechtsprechung¹⁸ – zwar nur untergeordnete, aber in Einzelpunkten wie der Verabredung von Lieferfristen (§ 423 HGB) oder den Weisungsrechten (§ 418 HG) doch beachtliche Bedeutung zu.¹⁹

Da im konkreten Fall ein „weiter Zeitrahmen“ für die Zustel- lung der Pakete vorgesehen war, „keine festen Arbeitszeiten vorgeschrieben waren“ und die Auslieferung „ohne Zuwei- sung einer festen Tour“ selbst bestimmt werden konnte, hat der Senat die Würdigung der Paketzustellung als selbststän- dige Tätigkeit durch die Wirtschaftsstrafkammer nicht bean-

11 LSG München, Urt. v. 03.05.2018 - L 16 R 5144/16 (mit der Annahme einer selbstständigen Tätigkeit); LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 29.06.2018 - L 1 KR 490/15 und LSG Stuttgart, Urt. v. 24.01.2017 - L 11 KR 1554/16 (jeweils mit der Annahme einer angestellten Beschäftigung).

12 So für den konkret entschiedenen Fall BGH, Urt. v. 18.07.2019 - 5 StR 649/18.

13 BGH, Urt. v. 18.07.2019 - 5 StR 649/18.

14 LSG München, Urt. v. 03.05.2018 - L 16 R 5144/16 anknüpfend an BSG, Urt. v. 04.04.1979 - 12 RK 37/77 und BSG, Urt. v. 27.11.1980 - 8a RU 74/79.

15 So ausdrücklich LSG Stuttgart, Urt. v. 24.01.2017 - L 11 KR 1554/16.

16 LSG München, Urt. v. 03.05.2018 - L 16 R 5144/16.

17 LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 29.06.2018 - L 1 KR 490/15.

18 LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 29.06.2018 - L 1 KR 490/15.

19 BGH, Urt. v. 18.07.2019 - 5 StR 649/18.

standet. Hinzu kam, dass faktisch die Möglichkeit bestand, die vertraglich eingeräumte Chance einer weitergehenden unternehmerischen Betätigung wahrzunehmen. Soweit diese Möglichkeit nicht wahrgenommen wurde, beruhte dies jedenfalls nicht auf einer Weisung. Auch aus der (einzigen) Terminvorgabe der Auslieferung der Pakete innerhalb eines Tages folgt nach Auffassung des Senats keine zeitliche Weisungsabhängigkeit. Die Vergütung „pro Paket“ sei erfolgsabhängig gewesen. Die Fahrer hätten „mit ihren eigenen Fahrzeugen das wesentliche Betriebsmittel“ gestellt und konnten – wie von einzelnen auch praktiziert – die Arbeit an Dritte delegieren. Das unternehmerische Risiko der Fahrer hätte in der Erreichbarkeit der Zustellungsadressaten, dem Verlust- und Beschädigungsrisiko sowie dem Rechtzeitkeitsrisiko gelegen. Im Ergebnis unbeachtlich war daher, dass für die Fahrer nicht nur die Arbeitskleidung besorgt, sondern auch die Rechnungen geschrieben wurden.

2. BGH, Beschl. v. 13.12.2018 - 5 StR 275/18

Im Ergebnis ebenfalls gehalten hat der 5. Strafsenat die gegenteilige Einordnung von Personal für Bühnenaufbau und Veranstaltungstechnik als bloße Scheinselbstständige in einem Urteil des LG Göttingen.

Der Senat verwies dabei gleich zu Beginn der sachlich-rechtlichen Prüfung auf die im Jahr 2015 durch den 1. Strafsenat grds. anerkannte Möglichkeit einer selbstständigen Tätigkeit von Bühnenarbeitern.²⁰ Da zwischen dem Angeklagten und den Arbeitern keine schriftlichen Vereinbarungen bestanden, war nach Ansicht des Senats maßgeblich auf „die Verhältnisse während der Arbeit“ abzustellen. Danach schuldeten die einzelnen Arbeiter „kein selbständiges Gewerk“, sondern übten ihre Tätigkeiten in hierarchisch strukturierten Teams nach (Einzel-)Weisungen des Crewchefs aus. Keine Rolle spielten dagegen die terminlichen und örtlichen Vorgaben, da solchen Vorgaben auch der Selbstständige unterworfen sei. Die Helfer waren höchstpersönlich verpflichtet und wurden nach festen, nicht verhandelbaren Stundensätzen bezahlt. Ein Unternehmerrisiko – und sei es auch nur in Form einer Haftung für eine Schlechtleistung – trugen die zu festen Stundensätzen vergüteten Arbeiter nicht.²¹ Die formale Anmeldung eines Gewerbes wurde daher ebenso wenig als aussagekräftiges Indiz gewertet wie der Umstand, dass die Arbeiter einzelne Aufträge ablehnen konnten und im verfahrensgegenständlichen Zeitraum auch für weitere Auftraggeber zuständig waren. Der Umstand, dass den Arbeitern kein Urlaub gewährt wurde und auch bei Krankheit kein Lohn gezahlt wurde, wurde schlicht als Belastung des Erwerbstätigen mit weiteren Risiken eingestuft.

Die Unterschiede zu dem vom 5. Senat zitierten Sachverhalt, den 2015 der erste Strafsenat gegenteilig entschieden hatte,

waren demnach trotz allem geringfügig.²² Am deutlichsten unterscheiden sich beide Urteile an dem Umfang der vor Ort erteilten Weisungen durch den Angeklagten. Auch im Fall des ersten Strafsenats schuldeten die eingesetzten Arbeiter keinen Erfolg und trugen „keinerlei unternehmerisches Risiko“.²³

III. Unausgesprochener Revisionsmaßstab

Nach der aktuellen Rechtsprechung ist die Abgrenzung zwischen echter Soloselbstständigkeit und (strafbarer) Scheinselbstständigkeit eine Gratwanderung. Schematische oder auch nur branchenspezifische Aussagen verbieten sich. Mehr noch: Es gibt tatsächlich nicht ein einziges Einzelkriterium, das als sicheres Indiz für oder gegen eine Selbstständigkeit herangezogen werden kann. Weder die Dauer der Arbeit für den Auftraggeber, noch das Tragen von einheitlicher Arbeitskleidung oder die Beschäftigung von Subunternehmern schließen die Annahme von Solo- oder Scheinselbstständigkeit aus. Stattdessen werden die Merkmale der Eingliederung in einen Geschäftsbetrieb, der Weisungsgebundenheit und des unternehmerischen Risikos im Rahmen einer Gesamtabwägung von vierzig bis fünfzig Einzelkriterien²⁴ vorgenommen. Der Revisionsmaßstab der beiden Entscheidungen des 5. Strafsenats geht – unausgesprochen – dahin, die Entscheidungen der Instanzgerichte (1) formal auf die richtige Bestimmung der Abwägungsparameter, (2) die Einhaltung des Abwägungsvorgangs und (3) inhaltlich auf eine Vertretbarkeit des Abwägungsergebnisses zu überprüfen.

E. Zum höchstrichterlichen Umgang mit der verbleibenden Rechtsunsicherheit

Die bestehende Rechtsunsicherheit räumt die Rechtsprechung des BGH in verschiedenen Entscheidungen inzwischen durchaus ein. Nur: Wie soll darauf reagiert werden? Die Diskussion dazu steht noch am Anfang. Tatsächlich können auf unterschiedlichen Ebenen eine ganze Reihe von Korrekturen vorgenommen werden.

I. Das Statusfeststellungsverfahren und seine Optimierung de lege ferenda

Der 5. Strafsenat hält das Maß an bestehender Rechtsunsicherheit für zumutbar, weil der Rechtsunterworfene

20 BGH, Beschl. v. 24.06.2015 - 1 StR 76/15.

21 Happe/Fischer, CB 2019, 346, 348 merken in diesem Zusammenhang an, dass sich der Senat an dieser Stelle von der sozialgerichtlichen Rechtsprechung entfernt.

22 Auch Happe/Fischer, CB 2019, 346, 349 halten die Argumentation für „keineswegs zwingend“.

23 BGH, Beschl. v. 24.06.2015 - 1 StR 76/15.

24 Vgl. dazu die tabellarische Auflistung der Einzelkriterien bei Metz, NStZ-RR 2013, 333, 334.

nicht darauf verwiesen ist, die Frage aufgrund eigener rechtlicher Beurteilung zu entscheiden. Er hat es „in der Hand [...], einen (kostenlosen) Antrag nach § 7a SGB IV bei der Deutschen Rentenversicherung Bund zu stellen und auf diesem Wege, gegebenenfalls durch weitere – die Fälligkeit des Gesamtsozialversicherungsbeitrages hinausschiebende (§ 7a Abs. 6 S. 2 SGB IV) – Anrufung der Sozialgerichte, klären zu lassen, ob eine Beschäftigung im Sinne des § 7 SGB IV vorliegt“.²⁵

Die damit verbundene Prozeduralisierung des Rechts ist an dieser Stelle nicht frei von Bedenken. Denn obgleich der Rechtsunterworfenen mit dem Statusfeststellungsverfahren ein zwar nicht endgültiges,²⁶ aber doch hinreichendes Maß an Rechtssicherheit erlangen kann, ist das noch keine Legitimation für eine unbestimmte Strafnorm. Tatsächlich verschiebt der 5. Strafsenat mit seiner Argumentation den Unrechtsvorwurf hin zum Unterlassen von Sicherungsmaßnahmen im Sinne eines Vorverschuldens. Eine solche Quasipflicht zu Vermeidemaßnahmen widerspricht den dogmatischen Ansätzen im traditionellen Kernstrafrecht, die in dem Ergreifen von Vermeidemaßnahmen, Indizien für einen Vorsatzausschluss sahen. Jenseits von § 266a StGB werden derartige Tendenzen allgemein sehr kritisch gesehen.²⁷

Eine gelungene Prozeduralisierung des Strafrechts wäre an dieser Stelle mit einer einfachen Maßnahme möglich: Würde über den sozialversicherungsrechtlichen Status bereits von Amts wegen bei der steuerlichen Erfassung der Selbstständigkeit entschieden, wäre den Interessen der Sozialversicherung Rechnung getragen, Rechtssicherheit geschaffen und das Thema schlagartig entkriminalisiert. Die praktische Anwendbarkeit könnte dann dadurch erleichtert werden, dass der Arbeitgeberbegriff streng steuerrechtsakzessorisch (namentlich zu § 1 Lohnsteuer-Durchführungsverordnung) definiert würde.

II. Innerbetriebliche Compliance als Beweisanzeichen für *dolus eventualis*

Eine gelungene Prozeduralisierung des Strafrechts wäre umso wünschenswerter, als der 5. Strafsenat alternativen innerbetrieblichen Compliancemaßnahmen skeptisch gegenüber steht.²⁸ In dem vorbesprochenen Fall der Bühnenaufbauer führten die „mit der Verteilung des (erg.: von seinem Steuerberater) ausgearbeiteten Fragebogens zusammenhängenden Umstände“ nach Ansicht des Senats dazu, dass der Angeklagte ernsthaft mit der Möglichkeit rechnete, gegen § 266a StGB zu verstoßen, und dies billigend in Kauf nahm. Da derselbe Steuerberater ausweislich der Entscheidungsgründe zuvor den städtischen Auftraggeber des Angeklagten durchaus kritisch beraten hatte, waren die Umstände so eindeutig aber vielleicht doch nicht. Hinzu kam, dass der Angeklagte im Vorfeld nach seiner eigenen Prüfung mehrere Per-

sonen in geringerem Umfangs beschäftigte, um dem einzelnen Selbstständigen nicht mehr als 5/6 (also rund 80 %) des Umsatzes zu bringen. Der Angeklagte war hier also bemüht, einem Umstand Rechnung zu tragen, dem die sozialgerichtliche Rechtsprechung erhebliches Gewicht einräumt.²⁹ Obwohl damit einzelne Maßnahmen getroffen wurden, wurde die innerbetrieblichen Compliance zum vorsatzbegründenden Faktor, weil die tatsächlich ergriffenen Maßnahmen nicht weit genug gegangen waren.

Die Position des Senats ist so deutlich, dass das Schrifttum im Nachgang zu der Entscheidung schon über „das Ende von Compliance-Checklisten“ sinniert.³⁰ Dabei wäre die Verknüpfung von Compliance und Vorsatzfeststellung nicht notwendig gewesen. Der Senat schildert, dass der Angeklagte im Rahmen einer Betriebsprüfung der Deutschen Rentenversicherung unzutreffende Angaben seines Anwalts über die Arbeitsabläufe kannte und billigte. Falschangaben und Täuschungen sind weitaus klarere Indizien für vorsätzliches Handeln.

III. Anpassungen des strafrechtlichen Tatbestandes

Die Defizite der vorhandenen prozeduralen Lösungen rücken materielle Ansätze zur Begrenzung des Straftatbestandes in den Vordergrund. Hier reichen die Lösungen von einem spezifisch strafrechtlichen Arbeitgeberbegriff, über eine Begrenzung des Straftatbestandes auf Fälle der unvertretbaren Annahme einer selbstständigen Tätigkeit bis hin zur ergänzenden Konkretisierung des Abwägungsansatzes um „Regelkriterien“.

Einen spezifisch strafrechtlichen Arbeitgeberbegriff hat der 5. Strafsenat mit einem Verweis auf die Ausführungen von Kudlich ausdrücklich verworfen.³¹ Für Kudlich spricht im Ergebnis die „enge Beziehung der Vorschrift zum Arbeits- und Sozialrecht“ für eine „möglichst deckungsgleiche“ Auslegung.³² Kudlich lehnt die Idee einer strafrechtsautonomen Auslegung vor dem Hintergrund des Bestimmtheitsgebots aber keineswegs grundlegend ab. Strafrechtsautonom wurde eine vergleichbare Problematik beim sog. faktischen Geschäftsführer

25 Insofern grds. kritisch Trüg, NSTZ 2015, 650.

26 BGH, Beschl. v. 13.12.2018 - 5 StR 275/18.

27 Vgl. etwa Fischer, StGB, § 17 Rn. 7; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band. I, S. 21, 49 ff.; Puppe in: Festschrift für Rudolphi, S. 231, 238 ff.

28 BGH, Beschl. v. 13.12.2018 - 5 StR 275/18.

29 Vgl. Happ/Fischer, CB 2019, 346, 348 mit Verweis auf BSG, Urt. v. 04.09.2018 - B 12 KR 11/17; LSG München, Urt. v. 18.11.2014 - L 5 R 1071/12.

30 Siehe etwa Happ/Fischer, CB 2019, 346.

31 BGH, Beschl. v. 13.12.2018 - 5 StR 275/18; gegen einen strafrechtsautonomen Arbeitgeberbegriff auch Schulz, NJW 2006, 183, 184.

32 Kudlich, ZIS 2011, 482, 488.

durch die Bildung von Fallgruppen und einen Kriterienkatalog („6 aus 8“)³³ im Grunde hinreichend vorhersehbar gelöst.

Als Arbeitnehmer i.S.d. § 266a StGB könnte danach etwa ausscheiden, wer vier aus den folgenden fünf Kriterien erfüllt, nämlich

- in einem Kalenderjahr nicht mehr als drei Monate für denselben Auftraggeber tätig ist,
- nicht mehr als 40 % seines Umsatzes mit einem Auftraggeber erzielt,
- keinen festen Arbeitsplatz bei seinem Auftraggeber hat,
- eigene Angestellte oder Subunternehmer beschäftigt und
- formell eine eigenständige Tätigkeit steuer- oder gewerberechtlich angemeldet hat.

Die vorgenannten Kriterien wären nicht nur einfacher zu festzustellen und zu subsumieren als die bisher geforderte Abwägungslösung auf der Basis einer umfangreich ausermittelten Arbeitswirklichkeit. Die von diesen Kriterien nicht erfassten Sachverhalte von sozialversicherungsrechtlicher Scheinselbstständigkeit lägen auch außerhalb des Bereichs, den ein institutionenschützendes Strafrecht absichern muss. Wegen der Signalwirkung, die das Wirtschaftsstrafrecht entfaltet, könnte damit gerechnet werden, dass insbesondere die 40% -Umsatzgrenze strikt beachtet würde. Für die Sozialversicherung könnte eine solche strafrechtliche Einschränkung im Ergebnis sogar höhere Einnahmen bewirken. Gegenüber dem Vorschlag, den Tatbestand des § 266a StGB auf Sachverhalte der unvertretbaren Annahme einer Selbstständigkeit zu reduzieren,³⁴ hätte ein schematisches Vorgehen den Vorteil der klaren Abgrenzbarkeit auf seiner Seite.

IV. Irrtumslösungen

Nach der von der Rechtsprechung herkömmlich vertretenen Position genügt in subjektiver Hinsicht, dass der Arbeitgeber in Bezug auf die pflichtbegründenden Aspekte diejenigen tatsächlichen Umstände kennt, aus denen seine Arbeitgeber-eigenschaft folgt.³⁵ Fehler in der rechtlichen Würdigung begründen danach lediglich einen i.d.R. vermeidbaren Verbot-irrtum. Der 1. Strafsenat hat in einem Urteil aus dem Januar 2018 obiter dictum den Willen zu einer Änderung dieser Rechtsprechung verlautbart³⁶ und liegt damit auf einer Linie, die in der Literatur³⁷ schon länger vertreten wird und in Ansätzen auch schon in der sozialgerichtlichen Rechtsprechung erkennbar war.³⁸ Da es sich um ein (normatives) Tatbestandsmerkmal handele, erwäge der Senat zukünftig auch die Fehlvorstellung über die Arbeitgeber-eigenschaft in § 266 StGB und die daraus folgende Abführungspflicht insgesamt als (vorsatzausschließenden) Tatbestandsirrtum zu behandeln. Wie man dem Vorschlag der Karlsruher Kollegen aus dem Weg geht, zeigen die Leipziger Richter:³⁹ Man stellt den Vorsatz auch hinsichtlich der normativen Folgen fest, dann

bedarf es keiner Entscheidung, wie ein entsprechender Irrtum zu behandeln ist.

V. Strafzumessungslösungen

Jedenfalls bis die Diskussion um eine angemessene Lösung der Probleme zu Ende ist, ist im Einzelfall Zurückhaltung bei der Strafzumessung geboten. § 46 StGB benennt als Strafzumessungstatsachen das „Maß der Pflichtwidrigkeit“ und die „Art der Ausführung“. Das Maß der Pflichtwidrigkeit ist neben Fahrlässigkeitsdelikten auch bei Vorsatzdelikten, bei denen der Täter gegen besondere Rechtspflichten verstößt von Bedeutung.⁴⁰ Zu diesen Rechtspflichten gehören auch die über § 266a StGB sanktionierten sozialversicherungsrechtlichen Pflichten des Arbeitgebers. In der Tatausführung kommt i.d.R. keine besondere kriminelle Energie, sondern eine misslungene sozialversicherungsrechtliche Steuerung zum Ausdruck. Freiheitsstrafen sind hier im Grunde nur schwer zu legitimieren.

F. Fazit

Eine in Teilen fragwürdige Institution, schlechte außerstrafrechtliche Verfahrensregeln, ein in Randbereichen unbestimmter Tatbestand, hohe Anforderungen an die instanzgerichtliche Sachverhaltsermittlung und ein stark an der Höhe der vorenthaltenen Beiträge orientiertes drakonisches Strafniveau – so lässt sich der derzeitige Zustand der strafrechtlichen Behandlung der Abgrenzung von Schein- und Soloselbstständigkeit auf einen kurzen Nenner bringen. Hinzu kommt, dass die problematischen Grenzfälle mit Blick auf das geschützte Rechtsgut des § 266a StGB „weitgehend zu vernachlässigen“⁴¹ sind. Das Unbehagen an der Vorschrift hat nicht umsonst auch aus Reihen der Justiz zu einer Reihe von Vorschlägen geführt, die die Strafbarkeit im Ergebnis signifikant einschränken würden. Konkrete Lösungsmöglichkeiten liegen an sich auf der Hand und wurden in der gebotenen Kürze skizziert. Eine Einigung auf eine der in der Diskussion befindlichen großen Lösungen ist derzeit dennoch nicht in Sicht. Bis es soweit ist, sollte jedenfalls im Rahmen der Strafzumessung dogmatisch konsistent Zurückhaltung geübt werden.

33 Grundlegend dazu Dierlamm, NStZ 1996, 153.

34 Ähnlich Floeth, NStZ-RR 2018, 182, 184: Vertretbarkeit der Annahme einer selbstständigen Tätigkeit als starkes („in der Regel“) Indiz gegen einen dolus eventualis.

35 So etwa noch BGH, Beschl. v. 07.10.2009 - 1 StR 478/09.

36 BGH, Ur. v. 24.01.2018 - 1 StR 331/17.

37 Kudlich, ZIS 2011, 482, 488.

38 LSG München, Ur. v. 05.12.2006 - L 5 KK 63/06 zu § 7b SGB IV in seiner bis zum 31.12.2007 geltenden Fassung (dazu auch Kudlich, ZIS 2011, 482, 489).

39 BGH, Beschl. v. 13.12.2018 - 5 StR 275/18.

40 Stellvertretend Fischer, StGB, 66. Aufl., 2019, § 46 Rn. 31.

41 Kudlich, ZIS 2011, 482, 484.

Ansichten eines Juristen und Politikers

Harald Schliemann kann auf ein außergewöhnlich breites berufliches Betätigungsfeld zurückblicken. Er war Rechtsanwalt, Richter und Landesjustizminister. Daneben war er immer mit großem Engagement als Kirchenarbeitsrechtler tätig. Wir sprachen mit ihm über seine vielfältigen Erfahrungen, insbesondere über das kirchliche Arbeitsrecht und die krisenhafte Entwicklung in diesem Bereich sowie seine Hoffnungen auf das Bundesverfassungsgericht.

Kalb: Lieber Herr Schliemann, Ihr berufliches Betätigungsfeld ist zweifellos beeindruckend. In Nachschlagewerken werden Sie als Jurist und Politiker bezeichnet. Welches Amt war Ihnen das liebste?

Schliemann: Das Amt des Vorsitzenden Richters am Bundesarbeitsgericht. Das Amt als Thüringer Justizminister war ebenfalls reizvoll.

Warum haben Sie sich für die Juristerei und insbesondere für den Richterberuf entschieden, nachdem Sie schon einige Zeit Rechtsanwalt waren?

Mich haben die verantwortete, verliehene Macht des Richters und seine Zeitsouveränität gereizt.

Jetzt sind sie wieder Rechtsanwalt, warum?

Ich wollte außerhalb der Gerichte gern noch etwas Arbeitsrecht – keine Forensik – betreiben. Das geht aber nur im Rahmen des Rechtsdienstleistungsgesetzes. Deshalb konnte ich nicht umhin, wieder Rechtsanwalt zu werden.

Sie waren lange Zeit Vorsitzender des Tarifenats des Bundesarbeitsgerichts. Welche Entscheidung war rückblickend für Sie die wichtigste?

Es waren die Entscheidungen des Vierten Senats zu den Wirkungen der arbeitsvertraglichen Inbezugnahme von Tarifnormen.

Gerade in der Rechtsprechung zum Tarifrecht sind einige Male wichtige Eckpunkte verändert worden, etwa bei der Tarifeinheit im Betrieb und bei den tariflichen Differenzierungsklauseln. Ist etwas daran an der Formel, „neue Richter – neues Recht“?

Nur wenig. Jeder Richter bringt natürlich sein richterliches Denken mit. Doch nicht jede Änderung der Rechtsprechung ist auf einen Wechsel der Person des Richters zurückzuführen. Viele Entwicklungen wurden und werden durch die Praxis des Arbeitslebens und durch die Gesetzgebung angestoßen oder ausgelöst.

Sie sind aus dem Richteramt beim Bundesarbeitsgericht in das Ministeramt in Thüringen gewechselt,

also von der Judikative in die Exekutive gekommen. War der Umstieg schwierig und wie sehr hat sich der berufliche Alltag verändert? Halten Sie einen Juristen für ein solches Amt gut ausgebildet?

Der Aufgabenwechsel war methodisch radikal, ist mir aber nicht sonderlich schwergefallen. Eine förmliche Ausbildung für das Amt eines Ministers sieht unser politisches System bekanntlich nicht vor. Die durch eine juristische Ausbildung vermittelten Kenntnisse und Fähigkeiten und die Berufserfahrung als Jurist sind für die Erfüllung der Aufgaben eines Justizministers von Vorteil.

Was waren für Sie die größten Herausforderungen als Thüringer Justizminister und was war Ihr größter Erfolg?

Die größte Herausforderung war die Aufrechterhaltung der Arbeitsfähigkeit der Justizbehörden des Freistaates Thüringen angesichts der vereinigungsbedingten, schlechten Altersstruktur der Richterschaft und der Staatsanwälte. Die zweitgrößte lag in der Besetzung der Ämter der Präsidenten oberster Gerichte (Oberlandesgerichte, Landesarbeitsgerichte, Landessozialgerichte und Finanzgerichte) des Freistaates Thüringen und des Generalstaatsanwaltes. Die dritte große Herausforderung lag darin, den Neubau einer Jugendstrafvollzugsanstalt voranzutreiben.

Neben Ihren staatlichen Ämtern waren Sie stets auch in der evangelischen Kirche engagiert, lange Zeit als Präsident des Kirchengerichtshofs sowie des Verfassungsgerichtshofs der Evangelischen Kirche in Deutschland. Wie unterscheiden sich staatliche und kirchliche Arbeitsgerichtsbarkeit, und darüber hinaus auch evangelische und katholische Gerichtsbarkeit?

Harald Schliemann



Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht a.D. und Justizminister Thüringen a.D.

Harald Schliemann war zunächst als Rechtsanwalt und ab 1975 als Richter tätig. Über das niedersächsische Landesarbeitsgericht (Vorsitzender Richter ab 1983) kam er 1987 zum Bundesarbeitsgericht. Dort war er ab 1998 Vorsitzender des überwiegend für das Tarifrecht zuständigen Vierten Senats. Von Juli 2004 bis Mai 2008 war er Justizminister des Freistaates Thüringen. Daneben war er von 1996 bis 2012 Präsident des Kirchengerichtshofs der Evangelischen Kirche in Deutschland (KGH.EKD) und von 2004 bis 2017 auch Präsident des Verfassungsgerichtshofs der Evangelischen Kirche in Deutschland (VerfGH.EKD).

Die beiden großen Kirchen haben ihre Arbeitsgerichtsbarkeiten erst gründen und entwickeln müssen. Der Ansatz blieb im Wesentlichen auf das kirchliche Mitbestimmungsrecht beschränkt; individualrechtliche Streitigkeiten über Arbeitsverhältnisse gehören vor die staatliche Arbeitsgerichtsbarkeit.

Die Arbeitsgerichtsbarkeiten sind in den beiden großen Kirchen unterschiedlich strukturiert. Im Bereich der evangelischen Kirchen gibt es zwei Tatsacheninstanzen, nämlich jeweils die kirchlichen Arbeitsgerichte in den evangelischen Landeskirchen und in der Evangelischen Kirche in Deutschland und – ihnen übergeordnet, aber auch letzte Instanz – die beiden Mitarbeitervertretungssenate im Kirchengerichtshof der Evangelischen Kirche in Deutschland. Tatsachenklärungen können in beiden Instanzen stattfinden; eine Zurückverweisung zwecks Tatsachenklärung findet nicht statt.

Die Arbeitsgerichtsbarkeit der katholischen Kirche in Deutschland ist erstinstanzlich als Tatsachengericht, zweit- und letztinstanzlich als Revisionsgericht aufgebaut. Von dort kann eine Sache an das erstinstanzliche kirchliche Arbeitsgericht zurückverwiesen werden, wenn noch eine weitere Sachaufklärung geboten ist.

Das kirchliche Arbeitsrecht ist zunehmend in die Kritik geraten, vor allem im Hinblick auf die konfessionsgebundenen Loyalitätspflichten der Mitarbeiter und Anforderungen bei der Einstellung. Der Europäische Gerichtshof und ihm folgend das Bundesarbeitsgericht haben in der Chefarztentscheidung und in der Sache Egenberger die Schrauben stark angezogen. Wie beurteilen Sie diese Entwicklung und sehen Sie weiteren Handlungsbedarf für die Kirchen?

Die Fragestellung ist komplex und nicht mit nur einem oder zwei Sätzen zu beantworten.

Beide großen Kirchen üben selbst und mit den ihnen zugeordneten Einrichtungen in Caritas und Diakonie vor allem in Krankenhäusern, Alten- und Pflegeheimen, Kindergärten, die *missio der Tat*, also tätige Nächstenliebe aus. Beide großen Kirchen werden nicht so sehr durch ihre religiösen Betätigungen in Gottesdiensten oder bei Eheschließungen, Taufen, Firmungen oder Konfirmationen, Bestattungsfeiern, sondern weit überwiegend mit diesen Aufgaben der tätigen Nächstenliebe wahrgenommen. Zusammen sind etwa 1,3 Millionen Arbeitnehmer in den Kirchen und den ihnen zugeordneten Einrichtungen beschäftigt. Das Sinken der Zahl konfessions- oder zumindest kirchengebundener Menschen hat zur Folge, dass bei Neueinstellungen hinsichtlich dieser Anforderungen immer wieder Abstriche gemacht und Kompromisse gefunden werden müssen, um das soziale und technische Funktionieren der Einrichtungen aufrecht zu er-

halten. Beide großen Kirchen legen selbst durch Regeln (katholische Grundordnung, evangelische Loyalitätsrichtlinien) abstrakt fest, ob und für welche Aufgaben in der verfassten Kirche, gerade aber auch in Einrichtungen der Caritas oder der Diakonie sie Konfessionszugehörigkeit oder Kirchengebundenheit oder nur eine loyale Haltung zur tätigen christlichen Nächstenliebe verlangen.

Die äußerlichen Ähnlichkeiten zwischen kirchlichen und nichtkirchlichen Einrichtungen lassen die Unterschiedlichkeiten der Betätigungsanlässe häufig unbeachtet. Die religiöse Dimension schwindet aus dem Blickfeld, Unterscheidungen der Arbeitnehmer wegen ihrer Religion werden als diskriminierend wahrgenommen.

Der Europäische Gerichtshof ist der Ansicht, für nur einen sehr engen Raum der kirchlichen Betätigung selbst (z.B. Liturgie, religiöse Feste) dürften die Kirchen an Mitarbeiter oder Stellenbewerber religiöse Anforderungen stellen. Staatliche Gerichte müssten kontrollieren, ob die Ausübung des kirchlichen korporativen Selbstbestimmungsrechts eine unzulässige Diskriminierung wegen der Religion darstelle. Das Bundesarbeitsgericht ist dem gefolgt, das Bundesverfassungsgericht wird Gelegenheit haben, die Verfassungsgemäßheit dieser Rechtsprechung im Hinblick auf die grundgesetzlich geschützte korporative Religionsfreiheit zu prüfen.

Sie sehen die Rechtsansicht des Europäischen Gerichtshofs also kritisch?

Die (derzeitige?) Rechtsauffassung des Europäischen Gerichtshofs halte ich (auch) für europarechtlich nicht haltbar. Die sog. Religionsklausel der allgemeinen Gleichbehandlungsrichtlinie (Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG), die der Europäische Gerichtshof in seinen beiden Entscheidungen zu Grunde gelegt hat, ist mit dem Primärrecht der Union nicht vereinbar. Sie verletzt Art. 17 Abs. 1 AEUV. Dieser Artikel des Primärrechts der Union besagt kategorisch: „Die Union achtet den Status, den Kirchen und religiöse Vereinigungen oder Gemeinschaften in den Mitgliedstaaten nach deren Rechtsvorschriften genießen, und beeinträchtigt ihn nicht“ (Art. 17 Abs. 1 AEUV). Mit anderen Worten: Die Union hat das korporative Selbstbestimmungs- und Selbstverwaltungsrecht zu achten. Dies gilt auch hinsichtlich der Einrichtungen in Diakonie und Caritas, die den Kirchen zugeordnet sind.

Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG (Religionsklausel) ist mit Art. 17 Abs. 1 AEUV unvereinbar, weil diese Bestimmung den Status der Kirchen nach deutschem Recht gerade nicht achtet, sondern ihn deutlich beeinträchtigt. Nach dem deutschen Staatskirchenrecht (Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 3 WRV) ist den Religionsgesellschaften und damit auch den Kirchen das Recht der Selbstbestimmung und der Selbstverwaltung

eigen. Damit sind Selbstverwaltungs- oder Selbstbestimmungsakte der Kirchen generell der Kontrolle durch die staatlichen Gerichte entzogen. Damit ist aber die Kontrolle kirchlicher Akte durch staatliche Gerichte, wie sie Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG vorsieht, unvereinbar. Dies übersehen der Europäische Gerichtshof und – ihm nolens folgend – auch das Bundesarbeitsgericht. Näheres zur Primärrechtswidrigkeit der Religionsklausel (Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG) habe ich in der Festschrift für Feldhoff ausgeführt.

Die politische Entwicklung ist absehbar. Es droht eine Überformung des Status der Kirchen und Religionsgesellschaften, den diese nach deutschem Recht genießen, durch eine das kirchliche korporative Selbstbestimmungsrecht völlig ausblendende individuelle Freiheit von jeder oder von einer bestimmten Religion.

Rechtlich und politisch besteht Handlungsbedarf. Der Status, den der Europäische Gerichtshof den Kirchen (und den ihnen zugeordneten Einrichtungen) zubilligt, gemahnt an die frühere Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bis zum Jahr 1985. Diese hat das Bundesverfassungsgericht als mit dem Grundgesetz (Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 3 WRV) unvereinbar erachtet. Es ist geboten, darauf hinzuwirken, dass der Status der Kirchen, wie er auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bis in die jüngste Zeit seinen Niederschlag gefunden hat, auch in und von der Union gemäß Art. 17 Abs. 1 AEUV geachtet und nicht beeinträchtigt wird und bleibt.

Welche Zukunft hat das besondere kirchliche Arbeitsrecht und insbesondere das Regelungsverfahren des „Dritten Weges“?

Das Verfahren des Dritten Weges wird vor allem von den Gewerkschaften nicht goutiert. Einzelne Kirchen oder Diakonieverbände haben den zweiten Weg (Tarifvertrag)

eingeschlagen. Die weitaus größte Zahl der Arbeits- und Entgeltbedingungen wird jedoch auf dem Dritten Weg geschaffen.

Der Dritte Weg der Kirchen beruht auf dem sog. Konsensprinzip (paritätische Verhandlung, verbindliche Schlichtung). Dem zweiten Weg liegt das sog. Konfliktprinzip (Arbeitskampf, Schlichtung nur als Vorschlag, Tarifvertrag) zu Grunde. Auf dem Dritten Weg verhandeln und beschließen die berufenen Vertreter beider Seiten in einer paritätisch besetzten Arbeitsrechtlichen Kommission mit mehr oder weniger qualifizierten Mehrheitsentscheidungen die „allgemeinen“ Arbeits- und Entgeltbedingungen. Kommt die Arbeitsrechtliche Kommission nicht zu einem Ergebnis, so kann eine übergeordnete Kommission (sog. Schieds- oder Schlichtungskommission) mit einfacher Mehrheit einen für alle verbindlichen Beschluss über die Angelegenheit fassen. Auch diese übergeordnete Kommission ist paritätisch besetzt, sie hat jedoch – anders als die Arbeitsrechtliche Kommission – einen (sekundär) stimmberechtigten „neutralen“ Vorsitz, auf den sich beide Seiten für die Dauer einer Amtszeit verständigt haben.

Abschließend, wenn Sie gestatten, noch einmal sehr persönlich: Wie gestalten Sie Ihren Ruhestand ohne „Entzugserscheinungen“ nach den früheren Ämtern?

Alles hat seine Zeit. „Entzugserscheinungen“ haben sich bei mir nicht gezeigt. Ich genieße die Chancen der Selbstgestaltung der Tagesläufe als Pensionär. Ein bisschen Betätigung „nach meiner Wahl“, überwiegend im kollektiven Arbeitsrecht, verbunden mit einem großen aufgabenfreien Raum, tut mir gut.

Herr Schliemann, danke für das freimütige Gespräch und alle guten Wünsche für Ihre künftigen Aktivitäten!

Das Interview wurde geführt von VRiLAG a.D.
Prof. Dr. Heinz-Jürgen Kalb.

Stephanie Vogelgesang



Wissenschaftliche Mitarbeiterin und Lehrbeauftragte an der Universität des Saarlandes

Wissenschaftliche Mitarbeiterin beim CISPA Helmholtz Center for Information Security und dem Lehrstuhl für Rechtsinformatik an der Universität des Saarlandes. Lehrbeauftragte an der Universität des Saarlandes (Fachbereich Rechtswissenschaften und Informatik) und an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer.

Prof. Dr. Marco Mansdörfer



Professor an der Universität des Saarlandes

Autor verschiedener Monografien und Beiträge mit Schwerpunkt im Wirtschaftsstrafrecht und europäischen Strafrecht. 2010 Habilitation im Deutschen und Europäischen Strafrecht und Strafprozessrecht. 2013 Ernennung zum Ordinarius für Strafrecht und Strafprozessrecht einschließlich Wirtschaftsstrafrecht durch die Universität des Saarlandes. Beratung von Unternehmen zu Fragen der Unternehmensverteidigung und der Prävention.

Dr. Jochen Krüger



Vizepräsident des Amtsgerichts a.D.

Nach seiner Tätigkeit als Vizepräsident des AG Saarbrücken ist Herr Krüger seit 2015 wissenschaftlicher Mitarbeiter beim Lehrstuhl für Rechtsinformatik an der Universität des Saarlandes und Lehrbeauftragter an der Universität des Saarlandes. Weiterhin ist er langjähriges Mitglied der Großen Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes.

Dr. Sebastian Roloff



Richter am Bundesarbeitsgericht

Herr Roloff legte die zweite juristische Staatsprüfung 2003 in Berlin ab. Bereits 2002 wurde er in Köln promoviert. Nach einer Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an der dortigen Universität trat er Mitte 2004 in die Arbeitsgerichtsbarkeit des Landes Nordrhein-Westfalen ein und war an den Arbeitsgerichten Bonn und Köln tätig. Von März 2012 bis August 2014 war er als wissenschaftlicher Mitarbeiter an das Bundesarbeitsgericht und seit dem September 2015 an das Landesarbeitsgericht Köln abgeordnet. Zum 01.06.2016 wurde Herr Roloff zum Richter am Bundesarbeitsgericht ernannt. Dort ist er zunächst dem Achten Senat zugeteilt worden; ab dem 01.3.2020 wechselt er in den Dritten Senat.

Prof. Dr. Harald Dörig



Richter am Bundesverwaltungsgericht a.D.

Herr Dörig war von 2000 bis 2018 Richter am Bundesverwaltungsgericht, davon 16 Jahre in dem für das Ausländer- und Asylrecht zuständigen 1. Revisionssenats. Er ist zudem Vizepräsident der Europäischen Asylrichtervereinigung und Honorarprofessor an der Universität Jena. Seine Publikationen im In- und Ausland erstrecken sich u.a. auf das Ausländer- und Asylrecht, Umweltrecht, Hochschulrecht und Verwaltungsverfahrenrecht. Der jM ist er als Mitglied des Expertengremiums verbunden.

IMPRESSUM

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

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

Redaktion: Ass. iur. Daniel Schumacher

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

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

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

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

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

Bestellungen: Über jede Buchhandlung und beim Verlag

Satz: Datagroup Int., Timisoara

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

ISSN: 2197-5345

7. Jahrgang

juris PraxisKommentar BGB Band 6, Int. Privatrecht und UN-Kaufrecht, 9. Auflage online

Bandherausgeber:

Prof. Dr. Markus Würdinger, Universität Passau

Im vorliegenden Band kommentieren namhafte Autoren zuverlässig und aktuell die zentralen Vorschriften des IPR sowie das praktisch wichtige UN-Kaufrecht (CISG). Ist das IPR auch im Ausgangspunkt nationales Recht (EGBGB), gewinnt die Europäisierung des IPR doch zunehmend an Bedeutung. Der juris PraxisKommentar Band 6 trägt dieser Entwicklung auch in der 9. Auflage in besonderer Weise Rechnung. Umfassend sind vor allem die sog. Rom-Verordnungen sowie die Europäische Erbrechtsverordnung berücksichtigt. Neu in Band 6 eingearbeitet wurde das Internationale Güterrechtsverfahrensgesetz (IntGüRVG - BGBl I 2018, 2573). Dieses dient in erster Linie der Durchführung von zwei EU-Verordnungen, die in den teilnehmenden Mitgliedstaaten ab Ende Januar 2019 anzuwenden sind. Thematisch dreht sich das Gesetz um Fragen des ehelichen Güterstands und güterrechtlicher Wirkungen eingetragener Partnerschaften, es ändert zahlreiche Artikel des EGBGB ab. Die wichtigsten nationalen und supranationalen Urteile sind praxisgerecht und fundiert verarbeitet. Die fortlaufend von den Autoren aktualisierte Online-Ausgabe wird ergänzt durch unsere tagesaktuelle Online-Datenbank und das E-Book als Offline-Medium. Ein rundum ideales Instrument für die praktische Arbeit, mit dem Sie die Entwicklungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur immer im Blick behalten.

Für Sie in Band 6 kommentiert:

- EGBGB
- UN-Kaufrecht (CISG)
- Rom I-VO
- Rom II-VO
- Rom III-VO
- EuErbVO
- Haager Unterhaltsprotokoll, Art. 15 Unterhaltsverordnung

1 – 3 Nutzer ab 12,00 €/ Monat*

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

www.juris.de/bgb6

juris PraxisKommentar SGB II Grundsicherung für Arbeitsuchende, 5. Auflage online

Herausgeber:

Prof. Dr. Claudia Bittner, LL.M., Richterin am LSG, Darmstadt

Die neue, 5. Auflage des vielfach zitierten Kommentars erläutert die Vorschriften des Grundsicherungsrechts auf aktuelle und gewohnt praxisorientierte Weise und greift neueste Entwicklungen und die Zusammenhänge des SGB II mit dem weiteren Sozialrecht auf. Im Werk enthalten sind auch die Kommentierung des § 6a BKGG (Kinderzuschlag) sowie des § 6b BKGG (Leistungen für Bildung und Teilhabe) auf aktuellem Stand.

Im Mittelpunkt der kommentierten Neufassung:

- Anspruchsvoraussetzungen
- Leistungen zur Eingliederung in Arbeit
- Leistungsarten (Arbeitslosengeld II, Sozialgeld)
- Sanktionen (Zumutbarkeit von Beschäftigungen und Absenkung von Leistungen)
- Finanzierung

Kommentierter Gesetzesstand:

- Teilhabechancengesetz v. 17.12.2018
- Qualifizierungschancengesetz v. 18.12.2018
- Starke-Familien-Gesetz v. 29.04.2019
- 2. Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU v. 20.11.2019
- Gesetz zur Änderung des Neunten und des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch v. 30.11.2019
- MDK-Reformgesetz v. 14.12.2019
- Gesetz zur Beteiligung des Bundes an den Integrationskosten der Länder und Kommunen in den Jahren 2020 und 2021 v. 9.12.2019

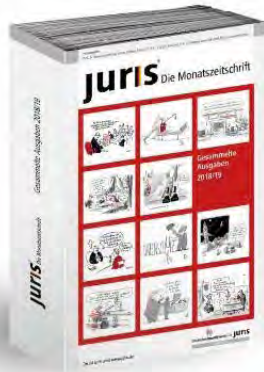
Auch die künftigen Änderungen durch das Gesetz zur Regelung des Sozialen Entschädigungsrechts v. 12.12.2019 werden angesprochen.

1 – 3 Nutzer ab 12,00 €/ Monat*

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

www.juris.de/sgbii

Einbanddecke für die jM-Jahrgänge 2018/2019



Ab sofort können Sie unsere Einbanddecken für die monatlich erscheinende Fachzeitschrift jM bestellen. Der Preis der Einbanddecke für die 22 Hefte der Jahrgänge 2018/2019 inkl. Jahresverzeichnis beträgt 18 € inkl. MwSt. und Porto. Bestellen Sie hier online:

www.juris.de/jM-Einband

juris PraxisKommentar SGB XII

Sozialhilfe / mit AsylbLG 3. Auflage online

Herausgeber:

- Pablo Coseriu, Vors. Richter am BSG, Kassel
- Jutta Siefert, Richterin am BSG, Kassel

Der juris PraxisKommentar SGB XII bietet eine umfassende und stets aktuelle Erläuterung der Vorschriften des Sozialhilferechts, einschließlich der Grundsiche-

rung im Alter und bei Erwerbsminderung sowie des AsylbLG. Die neue, 3. Auflage des vielfach zitierten Kommentars erläutert die Vorschriften der Sozialhilfe nach der strukturellen und inhaltlichen Neufassung durch das BTHG. Die Bezüge zum Eingliederungshilferecht, das vom SGB XII in das SGB IX überführt wurde, werden berücksichtigt. Ferner werden die für die Existenzsicherung der Asylbewerber maßgeblichen Vorschriften nach den Asylpaketen I und II (2015 und 216) sowie der weiteren Änderungen des AsylbLG vom August 2019 auf aktuellem Stand kommentiert.

Im Mittelpunkt der kommentierten Neufassung:

- Leistungen der Sozialhilfe
- Hilfe zum Lebensunterhalt, bei Krankheit und in besonderen Lebenslagen
- Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung
- Anrechnung des Einkommens und des Vermögens
- Kostenersatz und Rückforderung
- Zuständigkeit und Träger
- NEU: Mit dem Angehörigenentlastungsgesetz zur Begrenzung der Unterhaltsheranziehung von Eltern und Kindern in der Sozialhilfe

1 – 3 Nutzer ab 12,00 €/ Monat*

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

www.juris.de/sgbxii

Schlegel | Voelzke

juris PraxisKommentar

SGB XII

Sozialhilfe / mit AsylbLG

Pablo Coseriu
Jutta Siefert

Online-Kommentar
inkl. E-Book!

Neu: 3. Auflage

Immer auf dem neuesten Rechtsstand, maximale Zeitersparnis! Die Autoren arbeiten Aktualisierungen online ständig ein. Zitierte Urteile, Normen und Literatur sind direkt verlinkt.

Die Neuauflage berücksichtigt u. a.:

- Angehörigen-Entlastungsgesetz
- Gesetz zur Änderung des 9. und des 12. Buches SGB
- Starke-Familien-Gesetz
- 2. Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz (EU)
- 2. Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht
- 3. Gesetz zur Änderung des Asylbewerberleistungsgesetzes

www.juris.de/sgbxii

Ständige Aktualisierung

juris[®] Das Rechtsportal

Zusammen unschlagbar juris **DAV**



Zusammen unschlagbar juris **DAV**

Das exklusive Angebot für DAV-Mitglieder

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

Mehr Informationen erhalten Sie unter: www.juris.de/dav



ab **75,00 €**/Monat

zzgl. MwSt.

juris[®]


Deutscher **Anwalt**Verein