

Juris[®] Die Monatszeitschrift

JM 5 | MAI
2020

Topthema:

Infiziertes Arbeitsrecht? Wie ein Virus auf das Arbeitsrecht einwirkt

VRiLArbG Dr. Jochen Sievers

Interview:

Kontrolle der „Fünften Gewalt“?

Timo Lange, LobbyControl e.V.

In dieser Ausgabe:

Mit der Bazooka gegen die Krise – Auswirkungen des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der Covid-19- Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafrechtsverfahren vom 27.03.2020 auf Sanierung und Insolvenz

W.a. RiAG PD Dr. Gunter Deppenkemper,
LL.M., LL.M

Die Sanktionen nach dem SGB II – Karlsruhe locuta, causa finita?

Prof. Dr. Marc Sieper, Mag. rer. publ.

Die Kapitalertragsteuer – das normative Umfeld von „Cum/Ex und Co“ Teil 1: Allgemeine Grund- sätze des Abzugsverfahrens

VRi'inBFH Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel





NEU!

juris PartnerModul

Personalvertretungsrecht

partnered by Erich Schmidt Verlag | rehm

Die Online-Bibliothek verschafft Ihnen bequem den Überblick über das komplexe Recht der Personalvertretung an der Schnittstelle von Arbeits- und Verwaltungsrecht. Schnell und bequem per Mausclick klären Sie Detailfragen etwa zur dienstlichen Beurteilung, zum Datenschutz oder zu den Versorgungsmöglichkeiten im öffentlichen Dienst.

Das Angebot ist in folgenden Ländervarianten erhältlich:

- Bund
- Berlin
- Mecklenburg-Vorpommern
- Niedersachsen
- Nordrhein-Westfalen
- Sachsen
- Sachsen-Anhalt
- Thüringen

Inhalt:

- DS-GVO/BDSG, Schaffland/Wiltfang
- Personalvertretungsrecht des Bundes und der Länder, Fürst (Begr.)
- Das personalvertretungsrechtliche Beschlussverfahren, Gronimus
- Die dienstliche Beurteilung, Lorse
- Die Versorgung der Beamten und anderweitig Beschäftigten im öffentlichen Dienst, Marburger
- Die Personalvertretung, PersV
- ein Titel pro Ländervariante speziell zum dort geltenden Personalvertretungsrecht
- und viele weitere Titel

+ zitierte Rechtsprechung, Gesetze und Literaturnachweise von juris

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



ab 59,00 €/Monat

zzgl. MwSt.

juris Allianz

Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.

INHALT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Zivil- und Wirtschaftsrecht

Mit der Bazooka gegen die Krise – Auswirkungen des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der Covid-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 27.03.2020 auf Sanierung und Insolvenz
W.a. RiAG PD Dr. Gunter Deppenkemper,
LL.M, LL.M

S. 178

Neues zum Ehegattenunterhalt bei höheren Einkommensverhältnissen
BGH, Beschl. v. 25.09.2019 - XII ZB 25/19
W.a. RiAG a.D. Dr. Wolfram Viefhues

S. 184

Der WEG-Verwaltervertrag im Geflecht von WEG- und allgemeinem Zivilrecht
BGH, Urt. v. 05.07.2019 - V ZR 278/17
VPräs'inAG Dr. Beate Flatow

S. 187

Topthema:

Arbeitsrecht

Infiziertes Arbeitsrecht? Wie ein Virus auf das Arbeitsrecht einwirkt
VRiLArbG Dr. Jochen Sievers

S. 189

Sozialrecht

Die Sanktionen nach dem SGB II – Karlsruhe locuta, causa finita?
Prof. Dr. Marc Sieper, Mag. rer. publ.

S. 202

Verwaltungsrecht

Kennzeichnungspflicht für Polizeivollzugsbeamte verfassungswidrig?
BVerwG, Urt. v. 26.09.2019 - 2 C 32/18
RiBVerwG Dr. Klaus von der Weiden

S. 209

INHALT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Steuerrecht

Die Kapitalertragsteuer – das normative Umfeld von „Cum/Ex und Co“
Teil 1: Allgemeine Grundsätze des Abzugsverfahrens

VRi'inBFH Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel S. 212

INTERVIEW

Kontrolle der „Fünften Gewalt“?

Interview mit:

Timo Lange, LobbyControl e.V.

S. 218

Florett oder Bazooka?



Prof. Dr. Thomas Voelzke
Vizepräsident des Bundessozialgerichts

Das Corona-Virus hat in einem vor kurzer Zeit noch nicht vorstellbarem Ausmaß in alle Lebensbereiche eingegriffen. Innerhalb weniger Tage leerten sich die prall gefüllten Terminkalender und es trat eine Entschleunigung von einhundert auf null ein, die eher einer Vollbremsung glich. Die Pandemie selbst und die in ihrer Folge angeordneten Kontaktbeschränkungen haben jetzt schon wirtschaftliche Schäden angerichtet, deren Umfang noch nicht annähernd abschätzbar sind. Auf der Hand liegen die hieraus erwachsenden juristischen Folgeprobleme: Das aktuelle Heft der jM greift deshalb derartige aktuelle Fragestellungen mit gleich zwei Aufsätzen auf. Die juristische Aufarbeitung der Corona-Krise wird auch in den kommenden Heften der jM fortgesetzt werden.

Die rechtlichen Folgen der Krise werden im aktuellen Heft der jM für das Arbeits- und Insolvenzrecht aufgearbeitet. Es zeigen sich hierbei durchaus unterschiedliche Ansätze für eine Problembewältigung. In unserem Top-Aufsatz „Infiziertes Arbeitsrecht? Wie ein Virus auf das Arbeitsrecht einwirkt“ legt Jochen Sievers dar, wie die durch Arbeitsausfälle erwachsenden Probleme ohne eine „lex corona“ mit den traditionellen Instrumentarien des geltenden Arbeitsrechts interessengerecht bewältigt werden können. Immerhin bedarf es auch hier – zum Beispiel beim Thema Kurzarbeit – flankierender gesetzlicher Maßnahmen, die in dem genannten Aufsatz bereits angesprochen und im kommenden Heft hinsicht-

lich der gesetzlichen Änderungen beim Kurzarbeitergeld in einem weiteren Aufsatz vertieft werden.

Eine ganz andere Herangehensweise des Gesetzgebers wird im Aufsatz mit dem Titel „Mit der Bazooka gegen die Krise – Auswirkungen des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der Covid-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht auf Sanierung und Insolvenz“ aufgezeigt. Der Autor Gunter Deppenkemper geht der Frage nach, ob das Hilfspakt die Erwartungen erfüllen kann und welche Gefahren damit verbunden sind. Zudem werden die Wechselwirkungen der Sofortmaßnahmen mit der anstehenden Umsetzung der Restrukturierungsrichtlinie erläutert.

Ein für das Konzept vom aktivierenden Sozialstaat unverzichtbares Instrument bilden Sanktionen bei der Verletzung von Mitwirkungsobliegenheiten. Allerdings war seit der Neukonzeption der existenzsichernden Systeme ungeklärt, ob das Sanktionensystem vor dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums Bestand haben würde. Das BVerfG hat in seinem Urteil vom 05.11.2019 differenzierende Antworten gegeben. Marc Sieper untersucht in seinem Aufsatz „Die Sanktionen nach dem SGB II – Karlsruhe locuta, causa finita?“ u.a., welche Spielräume für den Gesetzgeber verbleiben.

Monika Jachmann-Michel legt in ihrem Aufsatz die steuerrechtlichen Grundlagen für das Verständnis der anstehenden strafrechtlichen Aufarbeitung der Cum-Ex-Problematik. Im ersten Strafverfahren sind jetzt zwei Aktienhändler vom Landgericht Bonn verurteilt worden. Auch hier spielte die Corona-Krise zumindest eine bemerkenswerte Nebenrolle, denn eine Schöffin erschien an den letzten Verhandlungstagen nur noch mit Mundschutz. Gegen mehr als 600 Beschuldigte wird bei einem auf mindestens acht Milliarden Euro geschätzten Gesamtschaden weiter ermittelt.

Die Information über die Tätigkeit von NGOs gehörte bislang nicht zum inhaltlichen Angebot der jM. Dies ändert sich nun mit dem Interview dieses Heftes, das ich mit Timo Lange, einem Vertreter von LobbyControl e.V., geführt habe. Nicht zuletzt wegen ihres im Grundgesetz nicht vorgesehenen, aber faktisch unbestreitbaren Einflusses der Lobbyisten auf Legislative und Exekutive lohnt sich ein Nachdenken über die von LobbyControl verfolgten Ziele allemal. Vielleicht regt Sie das Interview auch dazu an, einmal an einer Stadtführung zu den Lobbybüros im Regierungsviertel teilzunehmen?

Ich wünsche Ihnen in diesen schweren Zeiten eine besonders anregende Lektüre – und bleiben Sie gesund!

Thomas Voelzke

Mit der Bazooka gegen die Krise – Auswirkungen des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der Covid-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 27.03.2020 auf Sanierung und Insolvenz

W.a. RiAG PD Dr. Gunter Deppenkemper, LL.M, LL.M

A. Prolog

Vergleichsweise lautlos wurde nach jahrelangen Diskussionen in Fachkreisen am 26.06.2019 die RL (EU) 2019/1023 („Restrukturierungsrichtlinie“ – im Folgenden „RiL“)¹ veröffentlicht, aufgrund der Deutschland erstmals ein Sanierungsverfahren außerhalb des Insolvenzverfahrens bekommt. Ziel der Richtlinie ist es, bestandsfähige Unternehmen durch Restrukturierung vor der Insolvenz bewahren, um Arbeitsplatzverluste und den Verlust von Know-how und Kompetenzen zu verhindern und den Gesamtwert für die Wirtschaft insgesamt zu maximieren (Erwägungsgrund 2). Dazu werden bestimmte Restrukturierungswerkzeuge, die die Richtlinie in ihrem 2. Titel unter „Präventive Restrukturierungsrahmen“ regelt, bereitstellt.² So kann der Schuldner eine Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen im Sinne eines Ruhen des Rechts, die Forderung durchzusetzen oder das Vermögen des Schuldners zu pfänden oder zu verwerten, gegenüber seinen Gläubigern einwenden (Art. 6 Abs. 1 RiL i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 RiL). Entgegen dem Grundsatz des § 273 BGB kann der Gläubiger nicht allein deswegen, weil der Schuldner die Aussetzung beantragt, seine geschuldeten Leistungen aus wesentlichen noch zu erfüllenden Verträgen (dazu Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 RiL) verweigern oder diese Verträge kündigen oder vorzeitig fällig stellen (Art. 7 Abs. 4 RiL). Für die Dauer der Aussetzung ruht die Pflicht (vgl. § 15a InsO), einen Insolvenzantrag zu stellen (Art. 7 Abs. 1 RiL).³ Ein Gläubigerantrag wird entsprechend aufgeschoben (Art. 7 Abs. 2 RiL). Diese „Schonfrist“ kann und soll genutzt werden, um einen Restrukturierungsplan (Art. 8 Abs. 1 RiL) mit Restrukturierungsmaßnahmen (dazu Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 RiL), die die Änderung der Zusammensetzung, der Bedingungen oder der Struktur der Vermögenswerte und Verbindlichkeiten eines Schuldners oder jedes anderen Teils der Kapitalstruktur umfassen können, zu erarbeiten und – ggf. gegen den Widerstand Einzelnen (vgl. Art. 11 RiL) – zu vereinbaren und durch die zuständige Behörde bestätigen zu lassen (vgl. Art. 15 RiL).

Auffallend medienwirksam mit „es ist die Bazooka“ beschrieben dagegen Finanzminister Olaf Scholz am 13.03.2020 ein geplantes Hilfspaket gegen die Folgen der Coronakrise.⁴ Unsicherheit ist – nicht nur – für die Märkte Gift. Und so, wie rasche

Garantiezusagen durch die Kanzlerin und den Finanzminister am Beginn der Finanzmarktkrise beruhigend gewirkt haben, sollte die martialische Begrifflichkeit offenbar Handlungsfähigkeit und -willen pointiert ausdrücken. Worte aktivieren Assoziationen. „Insolvenz“ spannt einen negativ belegten Bedeutungsrahmen mit gedanklichen Verknüpfungen zu finanziellem und sozialem Tod. Gegenteilig wirkt der Framing-Effekt bei einem Rahmen, der durch positiv konnotierte Begriffe wie „Hilfe zur Sanierung“ und „Rettung“ aktiviert wird.

Erfüllt das Hilfspaket aber tatsächlich die hervorgerufenen Erwartungen? Und was heißt das konkret schon jetzt für Schuldner, denen die Insolvenz droht, oder für ihre Vertragspartner wie Vermieter oder Darlehensgeber? Einige Antworten, die das Gesetz dazu gibt, werden im Folgenden vorgestellt. Es wird sich zeigen, dass die eingesetzten massiven Werkzeuge in deutlicher Parallele zu denen stehen, die aufgrund der Restrukturierungsrichtlinie alsbald in Deutschland eingeführt werden. Durch dieses Zusammenspiel kann sich ihre Wirkung deutlich verstärken. Das eröffnet Chancen, aber auch ganz erhebliche Gefahren.

B. COVInsAG

Art. 1 des Gesetzes enthält das COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz (COVInsAG). Dieses will infolge der COVID-19-Pandemie insolvent geworden oder in die Krise⁵ geratenen

1 RL 2019/1023/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.06.2019 über präventive Restrukturierungsrahmen, über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der RL 2017/1132/EU (Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz), ABI 2019 L 172 vom 26.06.2019, 18. Zum Gesetzgebungsverfahren vgl. Albrecht, ZInsO 2019, 1813 f.; Bornemann, NZI-Beilage 1/2019, 6; Freitag, ZIP 2019, 541 f.; Jacobi, ZInsO 2017, 1 ff.

2 Einzelheiten bei Deppenkemper, ZIP 2020, 595 ff.

3 Vgl. Blankenburg, ZInsO 2017, 241, 246; Deppenkemper, ZIP 2020, 595, 598; Müller, ZGR 2018, 56, 66.

4 Das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der Covid-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht wurde am 27.03.2020 in BGBl. I, 569 verkündet.

5 Restrukturierungsbemühungen in der Liquiditätskrise sind oft zu spät.

Unternehmen die Fortführung erleichtern. Ihnen soll Zeit verschafft werden, die Insolvenzreife zu beseitigen, insbesondere dazu staatliche Hilfen in Anspruch zu nehmen oder Vereinbarungen mit Gläubigern und Kapitalgebern zu treffen. Flankierend werden Haftungs- und Anfechtungsrisiken beschränkt. Das soll verhindern, dass Geschäftsverbindungen zum Schuldner wegen dessen Krise abgebrochen werden und zur Gewährung von Sanierungskrediten motivieren.⁶

Das COVInsAG selbst umfasst vier Paragraphen. § 1 COVInsAG regelt die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht. § 2 COVInsAG bestimmt die Folgen der Aussetzung für die Haftung und Strafbarkeit und schränkt darüber hinaus in erheblicher Weise die Anfechtbarkeit bestimmter erwünschter Geschäfte ein. § 3 COVInsAG limitiert sodann die Möglichkeit von Fremdanträgen. Die Verordnungsermächtigung in § 4 COVInsAG eröffnet schließlich eine Verlängerung des Anwendungsbereiches der § 1 und § 3 COVInsAG.

I. Aussetzung der Insolvenzantragspflicht/Ruhen der Fremdanträge

§ 15a InsO normiert für juristische Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit die Pflicht, spätestens drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) oder Überschuldung (§ 19 InsO) einen Eröffnungsantrag zu stellen. Diese Pflicht ist straf- und haftungsbewehrt. Hinzukommen zivilrechtlichen (Haftungs-)Folgen verspäteter Insolvenzantragsstellung (§ 64 Satz 1 GmbHG;⁷ § 92 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 AktG, § 130a Abs. 1 Satz 1 HGB; § 99 Satz 1 GenG; für Vereinsvorstände § 42 Abs. 2 BGB).⁸

1. Zeitraum

Nach § 1 COVInsAG ist die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags nach § 15a InsO und nach § 42 Abs. 2 BGB (zunächst) bis zum 30.09.2020 ausgesetzt. Das gilt, da Art. 1 gem. Art. 6 mit Wirkung vom 01.03.2020 in Kraft tritt, rückwirkend ab 01.03.2020. Damit will der Gesetzgeber den Fällen gerecht zu werden, in denen die Frist des § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO bereits läuft oder sogar abgelaufen ist.⁹

Das Gesetz nennt allerdings als Datum, zu dem Art. 1 außer Kraft tritt, nicht den 01.10.2020, sondern den 01.04.2021. Hintergrund ist, dass das Justizministerium gem. Art. 1 § 4 ermächtigt ist, durch Rechtsverordnung die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht bis höchstens 31.03.2021 zu verlängern, wenn dies aufgrund fortbestehender Nachfrage nach verfügbaren öffentlichen Hilfen, andauernder Finanzierungsschwierigkeiten oder sonstiger Umstände geboten erscheint. Diese Verlängerung wird eintreten. Natürlich wird es in einem halben Jahr ganz erhebliche Nachfrage nach (verfügbarer) öffentlicher Hilfe und vielfach gravieren-

de Finanzierungsschwierigkeiten geben. Zahlreiche Unternehmen, die die wirtschaftlichen Verwerfungen anfangs noch aus eigener Kraft stemmen konnten, werden bei der zu erwartenden Rezession Hilfe anfragen. Und diejenigen Unternehmen, die sogleich die angekündigten Bürgschaften und Kredite abrufen mussten, werden auch in fünf Monaten noch ums wirtschaftliche Überleben kämpfen. Eine kurzfristige wirtschaftliche Besserung ist illusionär. Viele Unternehmen werden auch mittelfristig nicht in der Lage sein, die wegen der Krise aufgetürmten Schulden und aufgenommenen Darlehen schrittweise abzutragen. Gerade deshalb kommt der Umsetzung der Restrukturierungsrichtlinie allergrößte Bedeutung zu.

2. Voraussetzungen

a. Aussicht, Zahlungsfähigkeit wieder herzustellen

Der Dispens von der Antragspflicht ist ausgeschlossen, wenn keine Aussichten bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. Wie die Werkzeuge des Restrukturierungsrahmens (vgl. Art. 4 RiL) sollen die Hilfen des COVInsAG nur bestandsfähigen Unternehmen zugutekommen. Zahlungsunfähigkeit ist i.d.R. anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat (§ 17 Abs. 2 Satz 2 InsO). Nach den hierzu vom BGH entwickelten Grundsätzen liegt keine Zahlungsstockung, sondern Zahlungsunfähigkeit im Rechtssinne vor, wenn die innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke des Schuldners 10 % überschreitet, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig beseitigt werden wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist.¹⁰

Die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners stellt eine zentrale Zäsur da: Spätestens jetzt hat der Schuldner zum Schutz zukünftiger und auch bisheriger Gläubiger, die über das Insolvenzverfahren paritätisch auf die (verbliebene) Masse zu-

6 Formulierungshilfe der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht Begründung (im Folgenden: Entwurf), S. 19.

7 Dazu BGH, Urt. 19.11.2019 - II ZR 233/18 Rn. 15.

8 Vgl. Bremen in: Graf-Schlicker, InsO, 5. Aufl. 2020, § 15a Rn. 2; Steffek in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Stand 71. Lieferung, § 15a Rn. 92 Stand 04.2017.

9 Entwurf, S. 48.

10 BGH, Beschl. v. 13.06.2006 - IX ZB 238/05 Rn. 6; BGH, Urt. v. 06.12.2012 - IX ZR 3/12 Rn. 19; auch BGH, Urt. v. 19.12.2017 - II ZR 88/16 Rn. 10; BGH, Beschl. v. 10.07.2018 - 1 StR 605/16 Rn. 3; Einzelheiten zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit bei Mock in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 17 Rn. 30.

greifen können, Insolvenzantrag zu stellen. Im eröffneten Verfahren wird der Insolvenzverwalter versuchen, die Masse zu mehren, indem er die Rechtshandlungen des Schuldners vor Insolvenzeröffnung danach überprüft, ob an die Zahlungsunfähigkeit anknüpfende Anfechtungstatbestände verwirklicht worden sind.

Für eine Sanierung nach der Restrukturierungsrichtlinie, die Zugang zu den Restrukturierungswerkzeugen nur eröffnet, solange eine Insolvenz nur wahrscheinlich ist (Art. 4 Abs. 1 RiL), wäre es jetzt zu spät.¹¹ Zudem erlaubt es Art. 4 Abs. 3 RiL, Schuldner ohne Aussicht auf Bestandsfähigkeit auszuschließen. Ein Eingriff durch Restrukturierungsmaßnahmen kann nur gerechtfertigt sein, wenn das Ziel, welches mit ihm verfolgt wird, auch erreichbar ist. Abgehalten werden müssen daher Schuldner, die durch den Eintritt in das Restrukturierungsverfahren nur versuchen Zeit zu gewinnen, die nicht mehr vorhanden ist.¹² Der BGH hat dazu bereits Kriterien geliefert.¹³ Genauso ist Schuldner der Zugriff auf weitere Liquidität und weitere Privilegien durch das Hilfspaket versagt, wenn dessen Ziel, die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zu beseitigen, nicht eintreten kann.

Nicht erwähnt wird die Überschuldung als Eröffnungsgrund bei juristischen Personen. In der Tat ist in der Praxis die Zahlungsunfähigkeit der häufigste Eröffnungsgrund, auch, weil sie deutlich leichter feststellbar ist und weil es bei einer positiven Zahlungsfähigkeitsprognose auf die rechnerische Überschuldung meist nicht mehr ankommt.¹⁴ Der Überschuldungstatbestand ist als Insolvenzauslöser daher temporär ausgesetzt.¹⁵ Insofern ist nachvollziehbar, dass das Gesetz als Ausschlussgrund nur nennt, dass keine Aussichten bestehen, die Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. Ohnehin wird zum Eröffnungsgrund „Überschuldung“ (§ 19 InsO) – auch in Hinblick auf den Anwendungsbereich eines potenziellen Restrukturierungsrechts – heftig diskutiert, welche Funktion er heute noch hat, ob er zu einem bloßen Antragsrecht¹⁶ umgestaltet oder sogar ganz abgeschafft¹⁷ werden solle. Dagegen wird zutreffend geltend gemacht, dass die Koordinierungs- und Ordnungsfunktion des Insolvenzverfahrens bewahrt bleiben muss und dabei die Antragspflicht (§ 15a InsO) und der Eröffnungsgrund der Überschuldung (§ 19 InsO),¹⁸ der zur ständigen Selbstkontrolle zwingt, durchaus auch im Zusammenspiel mit § 64 Satz 1 GmbHG wichtige Bausteine sind. In § 1 COVInsAG wird die Überschuldung aber nicht erwähnt. War der Schuldner also am 31.12.2019 zwar überschuldet, aber nicht zahlungsunfähig, steht das dem Dispens nicht entgegen.

Auffallend ist zudem das Datum 31.12.2019, auf das der Gesetzgeber abstellt. Jedenfalls bis Ende Februar 2020 gab es in Deutschland keine relevanten Auswirkungen der Co-

ronakrise. Die Absicht des Gesetzgebers ist es, den Schuldner von den Schwierigkeiten, die Kausalität der Krise nachzuweisen, weitgehend zu befreien.¹⁹ De facto wird dadurch bei einer im Januar oder Februar 2020 eingetretenen Zahlungsunfähigkeit eine Kausalität vermutet, von der feststeht, dass es sie nicht gibt. Ferner fällt auf, dass der Gesetzgeber keinerlei Vorgaben macht, in welchem Prognosezeitraum die Zahlungsunfähigkeit beseitigt werden können muss. Hinweise, an den bei § 19 Abs. 2 InsO üblichen Zeitraum von bis zu zwei Geschäftsjahren anzuknüpfen, finden sich nicht. Das mag angesichts der aktuellen Unwägbarkeiten angemessen sein. Daher dürfte dieser Ausschlussgrund letztlich nur greifen, wenn feststeht, dass auch in ferner Zukunft keine Zahlungsfähigkeit hergestellt werden kann.

b. Kausalität der Coronakrise für die Insolvenzreife; Vermutung

§ 1 Satz 2 COVInsAG schließt den Dispens ferner aus, wenn die Insolvenzreife nicht auf den Folgen der Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus beruht. Der Grundfall ist also, dass die Antragspflicht ausgesetzt ist, es sei denn, die genannten Ausnahmen stünden fest. Die Beweislast dafür liegt bei demjenigen, der sich auf das Bestehen der Antragspflicht beruft.²⁰ Neben diesem günstigen Regel-Ausnahmeverhältnis kommt dem Schuldner noch ein Weiteres zu Gute: § 1 Satz 3 COVInsAG vermutet, dass, wenn der Schuldner am 31.12.2019 nicht zahlungsunfähig war, die (spätere) Insolvenzreife auf den Auswirkungen der Covid-19-Pandemie beruht und Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. „Damit soll gewährleistet werden, dass die derzeit bestehenden Unsicherheiten und Schwierigkeiten hinsichtlich des Nachweises der Kau-

11 Blankenburg, ZInsO 2017, 241, 242; Madaus, NZI 2017, 329, 330; Schmidt, WM 2017, 1735, 1736; Stohrer, ZInsO 2018, 660, 661.

12 Vgl. Thole, ZIP 2017, 101, 103; Harmann, ZInsO 2019, 1701, 1713 f.

13 Vgl. zur Fortführung des Unternehmens, wenn ein Insolvenzgrund vorliegt, BGH, Urt. v. 26.01.2017 - IX ZR 285/14 Rn. 27; BGH, Urt. v. 13.07.1992 - II ZR 269/91; ferner die IDW S 6 – Vorgaben, dort Rn. 17, 18, 24.

14 Zur Fortführungsprognose s. BGH, Urt. v. 26.01.2017 - IX ZR 285/14 Rn. 33 ff.

15 So pointiert Mock in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 19 Rn. 12.

16 Man erinnere sich: „Die Konkursantragspflicht ergänzt damit den mit den Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften bewirkten Gläubigerschutz; zusammen mit diesen stellt sie die Rechtfertigung für das Haftungsprivileg der Gesellschafter dar“, so BGH, Urt. v. 06.06.1994 - II ZR 292/91 - ZIP 1994, 1103, 1109, dazu Wilhelm, EWIR 1994, 791.

17 Umfassende Übersicht bei Bork, Beilage zu ZIP 43/2019, 1 ff m.w.N.

18 Müller in: Jaeger, InsO, 1. Aufl. 2004, § 19 Rn. 4: „präventiven Gläubigerschutz“.

19 Entwurf, S. 26.

20 Entwurf, S. 22.

salität und der Prognostizierbarkeit der weiteren Entwicklungen in keiner Weise zulasten des Antragspflichtigen geht“, heißt es in der Entwurfsbegründung.²¹

Die gesetzliche Vermutung ist widerleglich (§ 292 Satz 1 ZPO). Allerdings könne, so die Begründung, eine Widerlegung nur in Betracht kommen, wenn kein Zweifel daran besteht, dass die COVID-19-Pandemie nicht ursächlich für die Insolvenzreife war und dass die Beseitigung einer eingetretenen Insolvenzreife nicht gelingen konnte; es seien insoweit höchste Anforderungen zu stellen.²² Diese Formulierungen mögen den gesetzgeberischen Impetus zum Ausdruck bringen, sind aber doch ungenau. Eine – widerlegliche – gesetzliche Vermutung kann von dem, gegen den sie spricht, erfolgreich angegriffen werden, wenn er die Vermutungsbasis (hier: keine Zahlungsunfähigkeit am 31.12.2019) mittels Gegenbeweises angreift und die Überzeugung des Gerichts davon, dass die Ausgangstatsachen vorliegen, erschüttert.²³ Denn die Vermutungsbasis muss die Partei beweisen, die sich auf sie als ihr günstig beruft, mithin der Schuldner.²⁴ Aber auch, wenn dem Schuldner das nicht gelingt oder sogar feststeht, dass er am 31.12.2019 zahlungsunfähig war, bleibt es dann bei der für ihn günstigen Beweislast. Im Ergebnis muss daher derjenige, der eine Verletzung der Antragspflicht geltend macht, den Hauptbeweis erbringen, d.h. dem Gericht die entsprechende volle Überzeugung (§ 286 Abs. 1 ZPO) vermitteln.

3. Folgen

Die haftungsrechtlichen Folgen werden durch verschiedene Fiktionen in § 2 COVInsAG vermieden. So fingiert § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG, dass Zahlungen, die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen, insbesondere solche zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes oder der Sanierung, als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters i.S.v. § 64 Satz 2 GmbHG, § 92 Abs. 2 Satz 2 AktG, § 130a Abs. 1 Satz 2 HGB und § 99 Satz 2 GenG vereinbar sind, soweit die Antragspflicht nach § 1 COVInsAG ausgesetzt ist. Damit soll Geschäftsleitern der Raum verschafft werden, das Geschäft zu sanieren und dazu ggf. neu auszurichten.²⁵

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG gelten bis zum 30.09.2023 insbesondere Tilgungen und Zinszahlungen auf im Anfechtungszeitraum gewährte neue Kredite oder Gesellschafterdarlehen als nicht gläubigerbenachteiligend. Hintergrund ist, dass der Insolvenzverwalter bestimmte Rechtshandlungen, die vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden sind und die Insolvenzgläubiger durch einen Zahlungsabfluss beim Schuldner benachteiligen, anfechten kann (§ 129 InsO), wenn ein Anfechtungsgrund vorliegt (vgl. § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 131 Abs. 1 Nr. 2 und 3,

§ 133 Abs. 1 Satz 1 InsO). Dazu gehören auch Tilgungsleistungen zeitlich ab einem Jahr vor dem Eröffnungsantrag auf ein Gesellschafterdarlehen (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO).²⁶ Der Gesetzgeber will aber Banken und andere Kreditgeber, auch Warenlieferanten, motivieren, Krisenunternehmen zusätzliche – frische – Liquidität zur Verfügung zu stellen. Sie sollen nicht befürchten müssen, zur Rückgewähr zwischenzeitlicher Leistungen verpflichtet zu werden.²⁷ Flankierend hebt das Gesetz den Nachrang (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO) bei Insolvenzanträgen bis 30.09.2023 auf. Die bloße Stellung von Gesellschaftersicherheiten (vgl. § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO) ist aber ebenso wenig erfasst, wie eine Novation oder Prolongation. Hier schafft § 2 Abs. 1 Nr. 3 COVInsAG Rechtssicherheit: Ein Sittenverstoß bei der Gewährung von Krediten und/oder deren Besicherung kann sich zwar aus einer Insolvenzverschleppung oder einer anderweitigen Gläubigergefährdung bzw. Kredittäuschung ergeben.²⁸ Werden aber im Aussetzungszeitraum Unternehmen (ggf. auch durch auch Prolongationen und Novationen) gestützt, die durch die Corona-Krise in die Liquiditätsschwierigkeiten geraten sind, schließt § 2 Abs. 1 Nr. 3 COVInsAG die Wertung als sittenwidriger Beitrag aus. Unberührt von den zeitlichen Beschränkungen der Privilegierung bleiben nach § 2 Abs. 3 COVInsAG Kredite, die im Rahmen staatlicher Hilfsprogramme, z.B. von der KfW, anlässlich der Corona-Krise gewährt werden. Fiskusprivilegien (z.B. § 55 Abs. 4 InsO) werden im Insolvenzrecht zu Recht kritisch gesehen, wenn es um den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung geht. Bei Hilfen im Rahmen der staatlichen Hilfsprogramme, die eben auch nicht zu marktconformen Kriterien und Bedingungen vergeben werden, ist aber nachvollziehbar und richtig, dass der Staat sich eine weitergehende Haftungs- und Anfechtungsbeschränkung sichert.

§ 2 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 COVInsAG schließt die Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen, die dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht haben, die dieser in der Art und zu der Zeit beanspruchen konnte, in einem späteren Insolvenzverfahren aus. Das scheint in Widerspruch zu § 2 COVInsAG zu stehen, der zur Bereitstellung „frischen Geldes“ motivieren soll. Schutzrichtung der

21 Entwurf, S. 26.

22 Entwurf, S. 26.

23 Laumen in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, 4. Aufl. 2019, Band 1, Kap. 3, Rn. 24.

24 Bacher in: BeckOK, ZPO, 35. Edition, § 292 Rn. 11 Stand 01.01.2020; Prütting in: MünchKomm, ZPO, 5. Aufl. 2016, § 292 Rn. 20.

25 Entwurf, S. 27.

26 Beispielhaft BGH, Urt. v. 21.11.2019 - IX ZR 223/18 Rn. 11 ff.; BGH, Urt. v. 02.05.2019 - IX ZR 67/18 Rn. 8 ff.

27 Entwurf, S. 27.

28 BGH, Urt. v. 12.04.2016 - XI ZR 305/14 Rn. 39.

Regelung sind aber in der Tat gerade Fällen, in denen kein neuer Kredit vorliegt, z.B. bei Vermietern sowie Leasinggebern, aber auch Lieferanten als Gläubigern. Ihnen wird die Sorge genommen, bei einem späteren Insolvenzverfahren über das Vermögen ihres Schuldners zwischenzeitliche Zahlungen zurückzahlen zu müssen. So soll der Motivation begegnet werden, die Vertragsbeziehung schnell zu beenden. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 Satz 3 COVInsAG gilt ein entsprechender Schutz z.B. bei Leistungen an Erfüllung statt oder erfüllungshalber, bei Auswechslung einer Sicherheit, als Anreiz für die Fortsetzung der Vertragsbeziehungen bei der Verkürzung von Zahlungszielen und bei der Gewährung von Zahlungserleichterungen, weil eine solche die Liquidität des Unternehmens stärkt.²⁹

In allen Fällen kann die Anfechtung weiterhin bei einer inkongruenten Deckung,³⁰ also wenn die Leistung dem Gläubiger gar nicht, nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zustand, oder dann erfolgen, wenn dem anderen Teil bekannt war, dass die Restrukturierungsbemühungen die Insolvenzreife nicht beseitigen können (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 Halbsatz 2 COVInsAG). Nur entsprechende positive Kenntnis lässt den Anfechtungsschutz entfallen. Die Formulierung „es sei denn“ macht wiederum deutlich, dass die Beweislast dafür bei demjenigen liegt, der sich auf die Anfechtbarkeit beruft.

4. Erweiterung

Nach § 2 Abs. 1 COVInsAG gilt die beschriebene Fiktion, soweit nach § 1 COVInsAG die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags ausgesetzt ist. Der Gesetzgeber will die mit den Fiktionen beabsichtigten Erleichterungen und Anreize aber auch zugunsten derjenigen Schuldner einsetzen, die keiner Antragspflicht unterliegen. Daher gelten sie nach § 2 Abs. 2 COVInsAG auch für die nicht antragspflichtigen Unternehmen.

Eine Antragspflicht kann nur nach § 1 COVInsAG ausgesetzt sein, wenn sie ansonsten bestünde. Das setzt, wie dargelegt, Zahlungsunfähigkeit oder bei juristischen Personen Überschuldung voraus. Der Gesetzgeber geht aber weiter. Er will auch all diejenigen Schuldner begünstigen, die durch die Corona-Krise in ernsthafte wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten sind, ohne bereits insolvent zu sein. Daher gelten die Fiktionen nach § 2 Abs. 1 Nr. 2, 3 und 4 COVInsAG generell für alle Schuldner, auch wenn sie weder zahlungsunfähig noch überschuldet sind (§ 2 Abs. 2 Halbsatz 2 COVInsAG).

5. Fremdanträge

Für Fremdanträge, die binnen drei Monaten nach dem Tag nach der Verkündung des Gesetzes gestellt wurden (und

über die noch nicht entschieden wurde), muss für eine Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Eröffnungsgrund (§ 16 InsO) bereits am 01.03.2020 vorgelegen haben (§ 3 COVInsAG). Damit will der Gesetzgeber für einen Zeitraum von drei Monaten verhindert, dass von der Corona-Krise betroffene Unternehmen, die am 01.03.2020 noch nicht insolvent waren, durch Gläubigerinsolvenzanträge in ein Insolvenzverfahren gezwungen werden können. Die Vorschrift wird gem. Art. 4 Satz 1 rückwirkend zum 01.03.2020 in Kraft gesetzt.

C. Moratorium

I. Leistungsverweigerungsrecht bei bestimmten Dauerschuldverhältnissen

Die Restrukturierungsrichtlinie kennt ein Moratorium derart, dass ein Schuldner für wenigstens vier Monate eine Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen zur Unterstützung der Verhandlungen über einen Restrukturierungsplan in Anspruch nehmen kann (Art. 6 RiL).³¹ Zweck ist, den Beteiligten Zeit zu geben, vor einer Insolvenz Sanierungsmaßnahmen zu verhandeln und ins Werk zu setzen, ohne dass die Sanierungsbemühungen durch Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen konterkariert werden und ggf. sogar einen Wettlauf der Gläubiger um die noch vorhandene Masse auslösen. Art. 5 des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der Covid-19-Pandemie sieht mit ähnlicher Zielsetzung weitreichende Eingriffe in die Vertragsbeziehungen vor. Sie werden in Art. 240 EGBGB statuiert:

In Art. 240 § 1 EGBGB wird ein Moratorium angeordnet. Danach können Verbraucher (§ 13 BGB) bei Verbraucherverträgen (§ 310 Abs. 3 BGB) und Kleinstunternehmen – das sind nach Anhang I Art. 2 Abs. 3 der Empfehlung 2003/361/EG (ABl. L 124 vom 20.05.2003, S. 36) Unternehmen, die weniger als 10 Personen beschäftigt und deren Jahresumsatz bzw. Jahresbilanz 2 Mio. € nicht überschreitet – Leistungen zur Erfüllung bestimmter wesentlicher Dauerschuldverhältnisse, die vor dem 08.03.2020 geschlossen wurden, bis zum 30.06.2020 verweigern.

Mit dieser Regelung will der Gesetzgeber verhindern, dass Verbraucher und Kleinstunternehmen etwa von Leistungen der Grundversorgung (Strom, Gas, Telekommunikation, soweit zivilrechtlich geregelt auch Wasser) abgeschnitten werden, weil sie ihren Zahlungspflichten krisenbedingt nicht nachkommen können.³² Bei den ab dem 08.03.2020

²⁹ Entwurf, S. 28.

³⁰ Dazu Kayser/Freudenberg in: MünchKomm, InsO, § 131 Rn. 8 – 44a.

³¹ Einzelheiten bei Deppenkemper, ZIP 2020, 595, 596 ff.

³² Entwurf, S. 1, 39.

geschlossenen Verträgen erachtet der Gesetzgeber den Schuldner jedoch nicht als schutzwürdig, da ab dann die pandemieartige Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus in der Öffentlichkeit absehbar gewesen sei.³³

Weitere Voraussetzung des Leistungsverweigerungsrechts ist es, dass ansonsten der Lebensunterhalt bzw. die wirtschaftliche Lebensgrundlage gefährdet wäre. Ferner muss die Leistungsschwierigkeit auf die Corona-Krise zurückzuführen sein. Die Leistungspflicht ist dann nach der Krise, nach Ablauf des Moratoriums, zu erfüllen. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass Schuldner zur Jahresmitte hin wieder ihren vertraglichen Pflichten nachzukommen können. Daher ist zunächst der 30.06.2020 als Endpunkt des Moratoriums vorgesehen. Nach Art. 5 § 4 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 kann es aber verlängert werden, und zwar mit Zustimmung des Bundesrates über den 30.09.2020 hinaus. Nach Art. 6 Abs. 6 tritt der neue Art. 240 EGBGB am 30.06.2022 außer Kraft.

Das Leistungsverweigerungsrecht muss einredeweise geltend gemacht werden. Es lässt die primäre Leistungspflicht bestehen, aber hindert die Vollstreckbarkeit der vereinbarten Leistung und zugleich die Entstehung von Sekundäransprüchen, die an die Nichterbringung von Leistungspflichten geknüpft sind (z.B. Verzug, § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB; Schadensersatz statt der Leistung, § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB; Rücktritt, § 323 Abs. 1 BGB).³⁴ Der Gesetzgeber geht damit über das Moratorium der Restrukturierungsrichtlinie hinaus. Dort definiert Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 RiL die Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen als das Ruhen des Rechts, die Forderung durchzusetzen oder das Vermögen des Schuldners zu pfänden oder zu verwerten. Die Aussetzung im Sinne der Restrukturierungsrichtlinie ist also keine gesetzlich angeordnete Stundung; auch nach der Aussetzung kann Verzug eintreten.³⁵

Nach der Restrukturierungsrichtlinie können vom Anwendungsbereich des Moratoriums bestimmte Forderungen ausgeschlossen werden, wenn deren Gläubiger durch die Aussetzung in unangemessener Weise beeinträchtigt würden (Art. 6 Abs. 4 RiL).³⁶ Ähnlich zieht der deutsche Gesetzgeber beim Moratorium eine Schranke: Zum Schutz des Gläubigers gilt das Leistungsverweigerungsrecht nicht, wenn seine Ausübung für den Gläubiger unzumutbar ist, weil dadurch seine eigene wirtschaftliche Existenz gefährdet wäre. In diesem Fall gibt Art. 240 § 1 Abs. 3 Satz 3 EGBGB dem Schuldner ein Kündigungsrecht nach den einschlägigen Vorschriften (z.B. § 628 BGB).³⁷

Anders als in Art. 1 ist in Art. 5 § 1 keine Beweislastumkehrungen oder Vermutungen für den Schuldner vorgesehen. Im Streitfall hat der Schuldner also zu beweisen, dass die Corona-Krise für seine Leistungsschwierigkeiten kausal und er durch eine Leistungserbringung existenziell gefährdet

ist. Zumindest für die erste dieser Voraussetzungen schiene eine Beweislastumkehr bis 30.06.2020 naheliegend.

II. Miet- und Darlehensrecht

Für das Mietrecht und das Darlehensrecht enthält Art. 5 § 2 und § 3 gesonderte Regelungen. Sie werden vom neuen Art. 240 § 1 Abs. 1, Abs. 2 EGBGB nicht umfasst. Vielmehr sieht Art. 5 § 2 für Miet- und Pachtverhältnisse lediglich einen Kündigungsausschluss – erfasst ist sowohl die außerordentliche fristlose Kündigung nach § 543 BGB als auch die ordentliche Kündigung nach § 573 BGB – des Vermieters vor, wenn der Mieter im Zeitraum vom 01.04.2020 bis 30.06.2020 trotz Fälligkeit die Miete nicht leistet, sofern die Nichtleistung auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht. Der Zusammenhang zwischen COVID-19-Pandemie und Nichtleistung ist glaubhaft zu machen (§ 294 ZPO); statt des Vollbeweises reicht insoweit also eine Wahrscheinlichkeitsfeststellung.³⁸

Der Gesetzgeber will damit der Gefahr begegnen, dass, wer infolge der Corona-Krise vorübergehend seine Miete nicht fristgerecht zahlen kann, deswegen die Kündigung befürchten muss.³⁹ Auf sonstige Kündigungsgründe erstreckt sich die Beschränkung des Kündigungsrechts daher nicht. Anders als bei den von Art. 5 § 1 erfassten Fällen erhalten Mieter aber kein Leistungsverweigerungsrecht. Sie bleiben grds. zur Leistung verpflichtet und können z.B. in Verzug geraten. Dadurch soll die Eingriffsintensität in die Rechte des Vermieters gemildert werden. Zudem ist die Regelung nur bis zum 30.06.2022 anzuwenden (Art. 5 § 3 Abs. 4). Bestehen dann noch Zahlungsrückständen aus Mietzeiten zwischen 01.04.2020 und 30.06.2020, kann dann derentwegen gekündigt werden.

Erfasst sind auch Mieter von Gewerbeimmobilien. Auch für diese ist die Rechtssicherheit, die die Regelung schafft, für einen kurzen Zeitraum zu begrüßen. Hier bleibt allerdings zu fragen, ob der Ausfall der Nutzungsmöglichkeit wegen einer weltweiten Pandemie nicht über die Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage zu einer Vertragsanpassung führt (§ 313 BGB).⁴⁰ So hat das RG schon 1915 – also

33 Entwurf, S. 40.

34 Entwurf, S. 40.

35 Vgl. Schröder in: Schmidt, Sanierungsrecht, 2. Aufl. 2019, Teil 2 B, Rn. 64; Deppenkemper, ZIP 2020, 595, 597.

36 Riggert, NZI-Beilage 2017, 47, denkt an Lieferantenforderungen und eine Beschränkung des Moratoriums auf finanzierende Kreditinstitute.

37 Entwurf, S. 41.

38 Prütting in: MünchKomm, ZPO, 5. Aufl. 2016, § 294 Rn. 24; Greger in: Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 294 Rn. 1.

39 Entwurf, S. 42.

40 Vgl. Finkenauer in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 267.

lange bevor Paul Oertmann 1921 in „Die Geschäftsgrundlage“ die Lehre von den Voraussetzungen seines Schwiegervaters Bernhard Windscheids aufgriff, stark weiterentwickelte und letztlich zum Durchbruch verhalf – in einem Fall, dass während des 1. Weltkriegs öffentliche Tänze polizeilich verboten waren und der Pächter einer vorwiegend dem Tanzbetriebe dienenden Gastwirtschaft Minderung forderte, aus § 537 BGB gefolgert, der Mieter sei von der Zahlung des Mietzinses befreit.⁴¹ Zwar stellen solche allgemeinen äußeren Umstände keinen Mangel der Mietsache dar. Die Risikoverteilung des § 537 BGB⁴² lässt sich aber heute bei der Wertung des § 313 BGB fruchtbar machen, wenn nicht schon § 326 BGB greift.

III. Darlehensverträge

Nur kurz kann hier auf Art. 5 § 3 hingewiesen werden, wonach bei vor dem 15.03.2020 geschlossenen Verbraucherdarlehensverträgen ab 01.04.2020 bis 30.06.2020 fällig werdende Rückzahlungsansprüche für drei Monaten gestundet werden, wenn die Erfüllung wegen der Coronakrise nicht zumutbar ist. Wider gilt eine Ausnahme, wenn die Stundung für den Darlehensgeber unzumutbar ist. Der Verbraucher kann die Zahlungen auch weiterhin erbringen. Dann gilt die Stundung als nicht erfolgt. Kündigungen des Darlehensgebers wegen Zahlungsverzugs, wegen wesentlicher Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Verbrauchers oder der Werthaltigkeit einer für das Darlehen gestellten Sicherheit sind bis zum Ablauf der Stundung ausgeschlossen (Art. 5 § 3 Abs. 3).

D. Fazit und Ausblick

Der Gesetzgeber hat in kürzester Zeit ein Bündel verschiedener Maßnahmen verabschiedet, die angesichts der Krise sinnvoll sein dürften, zum Teil aber tiefgehend in die Strukturen des Insolvenz- und Privatrechts eingreifen. So verschafft das Leistungsverweigerungsrecht und das Moratorium dem Schuldner zwar Zeit, doch heißt das umgekehrt eben auch, dass Rechte des Gläubigers in einem Zeitraum, in dem seine Forderung noch werthaltig erscheint, beschnitten werden. Der Effekt ist, dass zu seinen Lasten zeitweise die Liquidität des Schuldners geschont wird. Auch angesichts der unsicheren Zeitdauer ergeben sich für die Gläubiger schwer kalkulierbare Risiken. Scheitert die Konsolidierung, wird zuvor noch vorhandenes Vermögen beim Schuldner abgeschmolzen und ungesicherte Forderungen werden i.d.R. uneinbringlich. Hinzukommt, dass durch die Aussetzung der Antragspflicht negative Anreize dahin gesetzt werden, trotz Insolvenzreife mit sog. Zombieunternehmen⁴³ am Markt zu bleiben; in vielen Fällen wird sich dem Moratorium die Folgeinsolvenz anschließen. Diese Effekte könnten sich dramatisch verschärfen, wenn sich zeitlich unmittelbar an die Regelungen des Geset-

zes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie die Möglichkeit ergäbe, die noch zu schaffenden Werkzeuge der Restrukturierungsrichtlinie zu nutzen: Der Gesetzgeber hat die Richtlinie bis zum 17.07.2021 umzusetzen;⁴⁴ ein Referentenentwurf wird für diesen Sommer erwartet. Andererseits birgt das künftige Restrukturierungsgesetz auch die große Chance, zielgerichtet und passgenau den zahlreichen KMU, die das Rückgrat der deutschen Wirtschaft bilden, eine Möglichkeit zu schaffen, ihre Kapitalstruktur zu verbessern, z.B. durch einen Schuldenschnitt.

41 RG, Urt. v. 09.11.1915 - III 145/15.

42 Dazu Lehmann-Richter in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 14. Aufl. 2019, § 537 BGB Rn. 26.

43 Dazu Schnabl/Siemon, NZI 2018, 913, 916.

44 Um ein Jahr kann die Frist verlängert werden (Art. 34 Abs. 2 RiL).

Neues zum Ehegattenunterhalt bei höheren Einkommensverhältnissen

BGH, Beschl. v. 25.09.2019 - XII ZB 25/19

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

A. Problemstellung

Die Berechnung des Ehegattenunterhalts bei höheren Einkommensverhältnissen – früher unter dem Stichwort „Konkreter Bedarf“ behandelt – hat durch die zu einem unterhaltsrechtlichen Auskunftsanspruch ergangene Entscheidung des BGH vom 15.11.2017 - XII ZB 503/16¹ eine gravierende Wendung erfahren. Nunmehr hat sich der BGH erneut mit dieser Fallgestaltung befasst und in einem auf Zahlung gerichteten Verfahren seine Rechtsprechung weiter konkretisiert.

Außerdem enthält die Entscheidung Neuigkeiten zum Altersvorsorgeunterhalt, Klarstellungen zu den Auswirkungen eines Unterhaltsanspruchs aus § 1615I BGB auf die geschiedene Ehe; Hinweise zur Erwerbsobliegenheit der ersten Ehefrau und zur praktischen Handhabung der Befristungsvorschrift des § 1578b Abs. 2 BGB.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Ehegatten haben im 1996 geheiratet und leben seit spätestens Juni 2013 getrennt. Die im 1999 und 2001 ge-

1 BGH, Beschl. v. 15.11.2017 - XII ZB 503/16; dazu Viefhues, jM 2018, 460.

borenen Söhne blieben bei der Ehefrau. Der Ehemann erzielte 2018 ein unterhaltsrelevantes Bruttoeinkommen von rd. 294.000 €

Das Amtsgericht schied die Ehe der Beteiligten im Dezember 2016, führte den Versorgungsausgleich durch und verpflichtete den Ehemann zur unbefristeten Zahlung von nachehelichem Unterhalt i.H.v. rund 2.250 € nebst Altersvorsorgeunterhalt i.H.v. rund 570 €

Im Februar 2018 heiratete der geschiedene Ehemann seine neue Lebensgefährtin, mit der er eine bereits im August 2015 geborene gemeinsame Tochter hat.

Das Oberlandesgericht nahm für den Zeitraum bis einschließlich Oktober 2018 keine Änderung vor, verpflichtete den Ehemann ab November 2018 zur monatlichen Zahlung von Elementarunterhalt i.H.v. rund 2.900 € und von Altersvorsorgeunterhalt i.H.v. rund 1.060 €, setzte die monatlichen Unterhaltsbeträge für die Zeit ab Januar 2024 auf 1.300 € Elementarunterhalt und 400 € Altersvorsorgeunterhalt herab und lehnte eine Befristung ab.

Die Rechtsbeschwerde des Ehemannes blieb erfolglos. Der Anspruch der geschiedenen Ehefrau auf Aufstockungsunterhalt gem. § 1573 Abs. 2 BGB umfasst auch den Altersvorsorgeunterhalt nach § 1578 Abs. 3 BGB.

Zur schlüssigen Darlegung des Unterhaltsbedarfs war trotz des hohen Einkommens des Ehemannes keine konkrete Bedarfsbemessung erforderlich. Der nach den ehelichen Lebensverhältnissen zu bemessende Bedarf (§ 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB) richtet sich nach dem verfügbaren Familieneinkommen, also dem Einkommen, das für Konsumzwecke der beiden Eheleute zur Verfügung steht und damit unterhaltsrelevant ist. Dabei sind die Einkünfte der Eheleute vorab zu bereinigen um vorrangigen Kindesunterhalt, sonstige eheprägende Unterhaltsverpflichtungen, berufsbedingte Aufwendungen und etwaige weitere berücksichtigungsfähige Positionen. Nicht in Abzug zu bringen ist der als Einkommensbruchteil berechnete sog. Erwerbsanreiz.

Bereits entschieden hatte der BGH, dass eine tatsächliche Vermutung für den vollständigen Verbrauch des Familieneinkommens besteht, soweit dieses das Doppelte des höchsten Einkommensbetrags der Düsseldorfer Tabelle – also derzeit den Betrag von 11.000 € – nicht übersteigt.² In diesem Einkommensbereich ist folglich davon auszugehen, dass das gesamte Familieneinkommen für den Lebensunterhalt verbraucht worden ist, sodass sich der unterhaltsrechtlich relevante Bedarf und der daraus abgeleitete Ehegattenunterhaltsanspruch nach einer Quote aus diesem Familieneinkommen berechnen lassen.

Überschreitet das Familieneinkommen jedoch diese Grenze, greift eine solche Vermutung nicht mehr. Dann kann der

unterhaltsberechtigten Ehegatten zwar auch Unterhalt nach der Quotenmethode verlangen, muss aber die vollständige Verwendung des Familieneinkommens für den Lebensbedarf darlegen und – wenn der Unterhaltspflichtige dies bestritten – in vollem Umfang beweisen.³ Um dieser Darlegungsverpflichtung nachkommen zu können, hatte der BGH dem unterhaltsberechtigten Ehegatten einen Auskunftsanspruch zugebilligt, den der unterhaltspflichtige Ehegatte nach jetziger Rechtsprechung nicht mehr abwehren kann mit dem Hinweis, er sei unbeschränkt leistungsfähig.⁴

Jetzt verdeutlicht der BGH, dass für die praktische Behandlung der einschlägigen Fälle in den Oberlandesgerichtsbezirken, in denen mit der 3/7-Quote gerechnet wird, die Grenze für den Regelfall bei 4.714 € und bei Berechnung mit der Quote von 45 % nach den Süddeutschen Leitlinien bei 4.950 € gezogen wird. In diesem Bereich kann der Unterhalt schlicht nach der entsprechenden Quote begründet werden; der Bedarf des unterhaltsberechtigten Ehegatten ist folglich auch dann schlüssig dargelegt, wenn er nichts zur konkreten Verwendung des Familieneinkommens vorträgt.

C. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung enthält neben dieser Fortentwicklung der mit dem Beschluss vom 15.11.2017⁵ eingeleiteten Rechtsprechung eine für die Praxis wichtige Neuerung zum Altersvorsorgeunterhalt.

Im Unterhaltsrecht ist anerkannt, dass sowohl der Verpflichtete als auch der Berechtigte für eine zusätzliche Altersversorgung tatsächliche Rücklagen bis zur Höhe von 4 % seines Bruttoeinkommens vornehmen kann, die von seinem unterhaltsrechtlich relevanten Einkommen abzuziehen sind.⁶ Es bleibt dem Betroffenen dabei überlassen, wie er für sein Alter weitere Vorsorge trifft.⁷ Allerdings muss in geeigneter Form für das Alter vorgesorgt werden. Deshalb sind alle Arten der hierauf gerichteten Vermögensbildung zu akzeptieren und jede Art von langfristiger, der Alterssicherung dienender Geldanlage ist anzuerkennen. Das gilt für den Erwerb von Immobilien, Wertpapieren oder Fonds-

2 BGH, Beschl. v. 15.11.2017 - XII ZB 503/16.

3 BGH, Beschl. v. 15.11.2017 - XII ZB 503/16.

4 BGH, Beschl. v. 15.11.2017 - XII ZB 503/16; vgl. Viefhues in: juris PK-BGB, 2020, § 1605 Rn. 21 ff.

5 BGH, Beschl. v. 15.11.2017 - XII ZB 503/16.

6 BGH, Urt. v. 28.02.2007 - XII ZR 37/05 Rn. 27 m.w.N., BGH, Urt. v. 01.06.2011 - XII ZR 45/09 Rn. 35 m.w.N.

7 BGH, Urt. v. 30.08.2006 - XII ZR 98/04 - FamRZ 2006, 1511 mit Anmerkung Klinkhammer; vgl. auch BGH, Urt. v. 25.10.2006 - XII ZR 141/04.

beteiligungen ebenso wie für Lebensversicherungen und betriebliche Zusatzversicherungen bzw. solche des öffentlichen Dienstes, Direktversicherungen und Sparguthaben.⁸ Je langfristiger die Anlage erfolgt ist, desto eher lässt sich begründen, dass sie für die Altersversorgung bestimmt ist und nicht zur Finanzierung des nächsten Urlaubs oder Ähnlichem dienen wird.

Auf der anderen Seite gehören zum Lebensbedarf eines Unterhaltsberechtigten auch die Kosten einer angemessenen Versicherung für den Fall des Alters sowie der verminderten Erwerbsfähigkeit. Daher steht einem Ehegatten vom Zeitpunkt der Zustellung des Scheidungsantrags auch ein Anspruch auf Altersvorsorgeunterhalt zu (§ 1578 Abs. 3 BGB). Der Berechtigte ist hinsichtlich seiner Altersvorsorge so zu behandeln, als ob er aus einer versicherungspflichtigen Erwerbstätigkeit Nettoeinkünfte in Höhe des ihm an sich zustehenden Elementarunterhalts hätte. Dementsprechend wird der als Elementarunterhalt zugesprochene Betrag dem Nettoarbeitsentgelt gleichgestellt und dieses zur Ermittlung der darauf entfallenden Vorsorgebeiträge mithilfe der sog. Bremer Tabelle in ein fiktives Bruttoeinkommen umgerechnet.⁹ Dabei ist der Altersvorsorgeunterhalt auch nicht durch die Beitragsbemessungsgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung der Höhe nach begrenzt.¹⁰

Neu in der Entscheidung ist der in Leitsatz 4 niedergelegte Gedanke, der unterhaltsberechtigten Ehefrau ebenfalls eine zusätzliche Altersversorgung zuzugestehen, wenn der Unterhaltspflichtige eine unterhaltsrechtlich anzuerkennende zusätzliche Altersvorsorge betreibt. Der Berechtigte kann dann mehr verlangen als sich nach der sog. Bremer Tabelle ergibt, nämlich insgesamt 22,6 % (8,6 % als aktueller Beitragssatz der gesetzlichen Rentenversicherung zuzüglich 4 % zusätzlicher Altersversorgung).

Interessant sind auch die Ausführungen des BGH zu den Auswirkungen eines Unterhaltsanspruchs aus § 1615I BGB auf die geschiedene Ehe im Fall der Eheschließung des geschiedenen Ehemannes mit der neuen Partnerin.

Nach Rechtskraft der Scheidung heiratete der geschiedene Ehemann seine neue Lebensgefährtin, mit der er eine bereits vor der Rechtskraft der Scheidung geborene gemeinsame Tochter hat.

Maßstab für den Bedarf der geschiedenen Ehefrau ist die Einkommenssituation während der ehelichen Lebensverhältnisse, die nach der Rechtsprechung des BGH allerdings erst mit Rechtskraft der Scheidung enden.¹¹

Dagegen bleibt eine nacheheliche Entwicklung, die keinen Anknüpfungspunkt in der Ehe findet, ohne Auswirkung auf den Unterhaltsbedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen.

Folglich wirken sich auch Veränderungen zwischen dem Zeitpunkt der Trennung der Ehegatten, an dem eigentlich die bisherigen realen Lebensverhältnisse der Ehegatten ihr praktisches Ende gefunden haben, und der regelmäßig deutlich später liegenden Rechtskraft der Scheidung noch auf den Bedarf des unterhaltsberechtigten Ehegatten aus. Die Belastung mit dem Unterhaltsanspruch vor Rechtskraft der Scheidung geborenen weiteren Kindes des Ehemannes wirkt sich damit auch nachteilig auf den Bedarf der Noch-Ehefrau aus.

Daher kann sich in der Praxis eine vor der unterhaltsberechtigten Ehefrau z.B. durch zahlreiche Verbundanträge ausgelöste Verlängerung der Trennungszeit und des Trennungsunterhaltsanspruchs durch die damit verbundene Verzögerung der Rechtskraft der Scheidung später negativ auf ihren nachehelichen Unterhaltsanspruch auswirken, wenn zwischenzeitlich noch vor Rechtskraft der Scheidung ein Kind aus einer neuen Partnerschaft geboren wird.

Aber auch die neue Partnerin hat als Mutter dieses Kindes einen Unterhaltsanspruch nach § 1615I BGB, auch wenn dieser inhaltlich und zeitlich weitaus enger ist als der Unterhaltsanspruch einer geschiedenen Frau. Hat der Noch-Ehemann aber seine Verpflichtung zum Betreuungsunterhalt gem. § 1615I BGB noch während der Ehe erfüllt, dann hat die entsprechende Unterhaltsverpflichtung folglich das die ehelichen Lebensverhältnisse prägende Familieneinkommen reduziert. Heiratet der ehedem unterhaltspflichtige Ehemann nach seiner Scheidung die neue Partnerin, dann ist seine Unterhaltspflicht gegenüber dieser neuen Ehegattin – jetzt aus § 1570 BGB – ausnahmsweise für die Bemessung des Unterhaltsbedarfs des von ihm geschiedenen früheren Ehegatten zu berücksichtigen.¹² Denn die Ansprüche auf Betreuungsunterhalt nach § 1615I und § 1570 BGB unterscheiden sich bezogen auf die Dauer der Anspruchsberechtigung nicht voneinander.¹³

Anders ist die Rechtslage, wenn der geschiedene Ehemann ohne Geburt eines Kindes neu heiratet. Die Unterhaltspflicht gegenüber diesem neuen Ehegatten entsteht erst nach der Scheidung der ersten Ehe und kann sich folglich

8 KG, Urt. v. 26.02.2010 - 13 UF 97/09.

9 Siehe dazu Nr. 15.4. der Unterhaltsleitlinien des jeweiligen Oberlandesgerichts.

10 BGH, Urt. v. 11.08.2010 - XII ZR 102/09 Rn. 34 ff. m.w.N., BGH, Urt. v. 30.11.2011 - XII ZR 35/09 Rn. 17 m.w.N.

11 BGH, Urt. v. 07.12.2011 - XII ZR 151/09; BGH, Beschl. v. 07.05.2014 - XII ZB 258/13; BGH, Urt. v. 16.01.1985 - IVb ZR 59/83; BGH, Urt. v. 20.05.1981 - IVb ZR 556/80.

12 BGH, Beschl. v. 25.09.2019 - XII ZB 25/19 Rn. 31 ff.

13 BGH, Beschl. v. 02.10.2013 - XII ZB 249/12 Rn. 21.

nicht auf den Bedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen auswirken, sondern betrifft erst die Leistungsfähigkeit des unterhaltspflichtigen Ehegatten.¹⁴

Außerdem enthält die Entscheidung Klarstellungen zur Erwerbsobliegenheit der geschiedenen Ehefrau sowie zur praktischen Handhabung der Befristungsvorschrift des § 1578b Abs. 2 BGB unter Berücksichtigung der jeweiligen Darlegungslast und zu den hierbei maßgeblichen Billigkeitsaspekten.

14 BGH, Urt. v. 07.12.2011 - XII ZR 151/09 Rn. 26 m.w.N., BGH, Beschl. v. 07.05.2014 - XII ZB 258/13 Rn. 15 m.w.N.

Der WEG-Verwaltervertrag im Geflecht von WEG- und allgemeinem Zivilrecht

BGH, Urt. v. 05.07.2019 - V ZR 278/17

VPräs'inAG Dr. Beate Flatow

A. Problemstellung

Mit dem Bestellungsbeschluss nach § 26 WEG wird der Verwalter zum Organ einer Wohnungseigentümergeinschaft.¹ Daneben gibt es den Verwaltervertrag, der die Pflichten des Verwalters und seine Vergütung individuell regelt. Auch über den Verwaltervertrag beschließt die Wohnungseigentümergeinschaft. Dieser Beschluss heißt üblicherweise Ermächtigungsbeschluss, denn rechtstechnisch werden hier einzelne Eigentümer ermächtigt, im Namen der Gemeinschaft einen bestimmten Vertrag mit dem Verwalter zu schließen. Der Ermächtigungsbeschluss kann sich auch auf zentrale Vorgaben beschränken und das Aushandeln des Vertragstextes den ermächtigten Eigentümern übertragen.²

Immer ist zwischen Verwalterbestellung und Verwaltervertrag zu unterscheiden.³ Es sind getrennte Rechtsakte, die nur inhaltlich miteinander verknüpft sind.⁴ D.h. aber nicht, dass zwei Tagesordnungspunkte und zwei Beschlüsse zwingend sind. Die Eigentümer haben vielmehr die Wahl. Ein zusammengefasster Beschluss „Bestellung des Verwalters V zu den Bedingungen des anliegenden Verwaltervertrags“ ist ebenso möglich wie die Trennung von Bestellungs- und Ermächtigungsbeschluss.⁵ Bei einer Trennung müssen die beiden Beschlüsse lediglich in der gleichen Versammlung gefasst werden und muss der Verwaltervertrag zumindest in seinen wirtschaftlichen Eckpunkten festgelegt sein.⁶ Un-

klar war bisher, ob und an welcher Stelle eine AGB-Kontrolle der meist vorformulierten Verträge stattfindet.

Der BGH hat mit der Entscheidung vom 05.07.2019 innerhalb dieses Geflechts aus WEG-Recht und allgemeinem Zivilrecht zwei Fragen beantwortet:

Erstens: Können AGB-widrige Klauseln dazu führen, dass der Ermächtigungsbeschluss ordnungsgemäßer Verwaltung widerspricht und ganz oder teilweise (in den betroffenen Klauseln) aufzuheben ist?

Zweitens: Kann ein ungültiger Ermächtigungsbeschluss nach § 139 BGB auch die Verwalterbestellung mit sich reißend, ggf. sogar bei zwei getrennten Beschlüssen?

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Wohnungseigentümergeinschaft, der die Parteien angehörten, beschloss in zwei getrennten Beschlüssen einerseits die erneute Bestellung einer Verwalterin (TOP 2) und andererseits die Ermächtigung dreier Eigentümer zum Abschluss eines Verwaltervertrags, der als Entwurf bereits vorlag (TOP 3). Beide Beschlüsse focht die Klägerin an, zunächst mit Erfolg. Das Landgericht führte in der Berufungsentscheidung aus, der Vertrag enthalte eine Reihe von Klauseln, die nach § 307 BGB unwirksam seien. Insgesamt seien die Mängel, die die Wohnungseigentümer schwerwiegend benachteiligen würden, so gravierend, dass dieser Vertrag nicht mehr ordnungsgemäßer Verwaltung entspreche. Die Unwirksamkeit des Ermächtigungsbeschlusses ziehe entsprechend § 139 BGB die Unwirksamkeit des Bestellungsbeschlusses nach sich.

Der BGH ließ die Revision zu und hob das Urteil auf. Die Klauselkontrolle nach dem AGB-Recht habe im Ermächtigungsbeschluss keinen Platz. Dazu finden sich in der Entscheidung drei Argumente.

I. Durch einen Vertrag mit AGB-widrigen Klauseln würden die Eigentümer gerade nicht benachteiligt, weil diese Klauseln nach § 306 Abs. 1 und 2 BGB nichtig seien. Die Nichtigkeit werde durch die Bestandskraft eines Beschlusses zum Vertrag nicht beseitigt.⁷

1 Vgl. nur BGH, Beschl. v. 02.06.2005 - V ZB 32/05 Rn. 19; OLG Köln, Beschl. v. 04.01.2007 - 16 Wx 232/06.

2 Vgl. OLG Köln, Beschl. v. 13.07.2001 - 16 Wx 115/01; OLG Hamm, Beschl. v. 19.10.2000 - 15 W 133/00.

3 BGH, Urt. v. 06.03.1997 - III ZR 248/95 - unter II.1.a. (Rn. 18).

4 BGH, Urt. v. 27.02.2015 - V ZR 114/14 Rn. 5.

5 Vgl. Riecke/v. Rechenberg, MDR 2016, 191, 194; LG Hamburg, Urt. V. 05.11.2014 - 318 S 47/14.

6 BGH, Urt. v. 22.06.2012 - V ZR 190/11 Rn. 12.

7 Verweis u.a. auf LG München, Beschl. v. 11.10.2017 - 1 T 475/16 Rn. 6; Sauren, NZM 2018, 272, 273 f.; Ott, ZWE 2016, 159, 162.

II. Die Kontrolldichte zum Ermächtigungsbeschluss werde uneinheitlich, wenn der Vertrag einer AGB-Kontrolle unterzogen werde. Diese komme nämlich nur dann zum Tragen, wenn schon ein Vertragsentwurf vorliege – aber nicht, wenn den Wohnungseigentümern in zulässiger Weise nur die Eckpunkte vorgegeben würden, sie also noch Verhandlungsspielraum hätten.

III. Wenn die AGB-Kontrolle Teil der Ordnungsgemäßheit des Ermächtigungsbeschlusses sei, müssten die beschließenden Eigentümer vor Beschlussfassung diese AGB-Kontrolle selbst vornehmen, ggf. Rechtsrat einholen. Das Gleiche würde für die ermächtigten Eigentümer gelten. Das sei nicht zumutbar, zumal nicht einmal der fachliche Rechtsrat Gewissheit über das Ergebnis einer späteren gerichtlichen Kontrolle gäbe.

Der BGH stellt klar, dass der Verwaltervertrag nicht jeder Kontrolle entzogen ist. Die Eckpunkte des Verwaltervertrags seien daraufhin zu überprüfen, ob sie ordnungsgemäßer Verwaltung entsprächen. Die Verwaltervergütung müsse in Festlegung und Ausgestaltung dem Wirtschaftlichkeitsgebot entsprechen. Die Entscheidung befasst sich hier ausführlich mit den möglichen Modellen zur Vergütungsstruktur.⁸

Soweit das Berufungsgericht den Bestellungsbeschluss gleich mit für ungültig erklärt hatte, hatte auch das keinen Bestand. Der BGH bekräftigt die sog. Trennungstheorie.⁹ Wenn die Wohnungseigentümer zur Bestellung und zum Vertrag getrennte Beschlüsse fassen würden, seien diese nach § 23 Abs. 4 WEG auch getrennt zu behandeln. § 139 BGB finde dann keine Anwendung. Das schließe es aus, den Bestellungs- oder den Ermächtigungsbeschluss allein deshalb für ungültig zu erklären, weil der jeweils andere Beschluss ungültig sei. Die Wechselwirkung zwischen Bestellung und Verwaltervertrag führe allerdings in der weiteren Behandlung durch die Eigentümergemeinschaft zu Konsequenzen. Einerseits widerspreche es ordnungsgemäßer Verwaltung, wenn wegen Ungültigkeit des Ermächtigungsbeschlusses ein bestellter Verwalter auf Dauer ohne Vertrag bliebe. In diesem Fall habe jeder Wohnungseigentümer nach § 21 Abs. 3 und 5 WEG einen Anspruch auf Abberufung des wirksam bestellten Verwalters. Sei umgekehrt nur der Bestellungsbeschluss für ungültig erklärt worden, bestehe ein Anspruch auf Kündigung des Verwaltervertrags aus wichtigem Grund. Ggf. könnten diese Ansprüche im Wege einer Verpflichtungsklage durchgesetzt werden.

C. Kontext der Entscheidung

Zur ersten Frage erteilt BGH der bisher ganz herrschenden Auffassung eine Absage. Diese hatte verlangt, bei Anfechtung des Ermächtigungsbeschlusses eine Klauselkontrolle durchzuführen.¹⁰ Der Ermächtigungsbeschluss sei so ausulegen, dass er nur für Verträge ohne AGB-widrige Klauseln

gelte.¹¹ Außerdem sei der Verwalter Teil der Binnenstruktur der Gemeinschaft. Vor diesem Hintergrund sei Rechtsschutz gegen AGB-widrige Klauseln (nur) im Wege der Anfechtungsklage zu erlangen.¹² Wenn ein Verwaltervertrag bestandskräftig beschlossen sei, sei er einer späteren AGB-Kontrolle entzogen.¹³

Zur Verknüpfung von Bestellungs- und Ermächtigungsbeschluss sind die Fallgruppen der getrennten Beschlussfassung einerseits und der Zusammenfassung beider Punkte in einem Beschluss andererseits zwingend zu unterscheiden:

Haben die Wohnungseigentümer Bestellung und Vertrag getrennt beschlossen, fehlt der Einheitlichkeitswille i.S.d. § 139 BGB. Die Aussage des LG Frankfurt, § 139 BGB sei gleichwohl analog anzuwenden,¹⁴ ist wohl eine Mindermeinung.¹⁵ Die vom LG Frankfurt zitierten Entscheidungen tragen diese Auffassung auch nicht. Dort war gerade umgekehrt jeweils nur ein Beschluss gefasst worden.¹⁶

Gibt es dagegen nur einen Beschluss – z.B. „Bestellung von V und Verwaltervertrag mit V“ oder „Bestellung von V auf der Basis des anliegenden Verwaltervertrags“, wendet die Rechtsprechung § 139 BGB durchweg an, prüft also – bei teilbaren Beschlussgegenständen – im Einzelfall, ob der eine oder der andere Teil des Beschlusses auch isoliert gefasst worden wäre.¹⁷ Das entspricht auch der wohl einheitlichen Rechtsprechung zur Anfechtung anderer Beschlüsse.¹⁸

8 Verweis u.a. auf Hügel/Elzer, Wohnungseigentümergebiet, 2. Aufl. 2018, § 26 Rn. 145; Greiner in: BeckOGK, WEG, § 26 WEG Rn. 231 f., Stand 01.08.2019 (Jetzt: 01.12.2019).

9 Grundlegend (für Abberufung und Vertragskündigung) BGH, Beschl. v. 20.06.2002 - V ZB 39/01; vgl. weiter BGH, Ur. v. 22.06.2012 - V ZR 190/11 Rn. 5; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.05.2006 - 3 Wx 51/06; Jennißen, Wohnungseigentümergebiet, 6. Aufl. 2019, § 26 WEG Rn. 19; Jacoby in: Staudinger, BGB, 2018, § 26 WEG Rn. 29.

10 Vgl. BayObLG, Beschl. v. 02.08.1990 - BReg 2 Z 40/90; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.05.2006 - 3 Wx 51/06; OLG München, Beschl. v. 20.03.2008 - 34 Wx 46/07; LG Hamburg, Ur. v. 05.11.2014 - 318 S 47/14; inzident LG Köln, Ur. v. 15.11.2018 - 29 S 285/17; Greiner in: BeckOGK, WEG, § 26 WEG Rn. 190 und 190.1 Stand 01.12.2019; Hügel/Elzer, WEG, 2. Aufl. 2018, § 26 WEG Rn. 135; Becker in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 26 WEG Rn. 125 und 182; Lehmann-Richter, ZWE 2015, 193.

11 So Lehmann-Richter, ZWE 2015, 193, 195.

12 Greiner in: BeckOGK, WEG, § 26 WEG Rn. 193 Stand 01.12.2019.

13 Vgl. Greiner in: BeckOGK, WEG, § 26 WEG Rn. 190.1 Stand 01.12.2019.

14 LG Frankfurt a. M., Ur. v. 27.09.2017 - 13 S 49/16; LG Frankfurt a. M., Ur. v. 07.06.2018 - 13 S 88/17.

15 Vgl. von Schledorn, ZWE 2018, 41.

16 Vgl. LG Hamburg, Ur. v. 05.11.2014 - 318 S 47/14; OLG Köln, Beschl. v. 04.01.2007 - 16 Wx 232/06 Rn. 4.

17 Vgl. LG Hamburg, Ur. v. 05.11.2014 - 318 S 47/14; OLG Köln, Beschl. v. 04.01.2007 - 16 Wx 232/06; LG Köln, Ur. v. 15.11.2018 - 29 S 285/17.

18 Vgl. nur grundlegend BGH, Versäumnisur. v. 11.05.2012 - V ZR 193/11 Rn. 10; LG Stuttgart, Ur. v. 11.05.2016 - 19 S 47/14.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Bedeutung für die Praxis ist erheblich, soweit es um die Frage der Anfechtung eines Ermächtigungsbeschlusses geht. Es ergibt keinen Sinn mehr, den Verwaltervertrag einer AGB-Prüfung zu unterziehen und damit die Beschlussanfechtung zu begründen. Die Klauselkontrolle ist kein Kriterium. Es bleibt den Eigentümern hier nur, die Mehrheit schon in der Versammlung von einem Vertrag mit vielen AGB-widrigen Klauseln abzubringen. Danach ist es zu spät. Wenn der Beschluss nicht wegen AGB-Verstößen im Vertrag angefochten werden kann, lässt sich mit dieser Begründung auch keine Kündigung nach § 21 Abs. 4 und 8 WEG durchsetzen.

Keine durchgreifende Änderung ergibt sich daraus, dass der BGH die Anwendung des § 139 BGB nur innerhalb eines Beschlusses zulässt, nicht aber bei zwei Beschlüssen. Das ist schon bisher (fast) einhellige Meinung gewesen. Es ist Aufgabe des Verwalters, auf die unterschiedlichen Konsequenzen hinzuweisen, die sich allein aus der Formulierung der Tagesordnung – ein Beschluss oder zwei Beschlüsse – ergeben können.

E. Bewertung

Die Entscheidung erscheint systematisch richtig. Sie schafft auch Rechtssicherheit. Den Wohnungseigentümern wird damit freilich nicht geholfen. Bisher gab es im Anfechtungsprozess eine Art Vorabprüfung des gesamten Vertrags. Damit wussten Eigentümer und Verwalter Bescheid und konnten sich danach richten. Jetzt sind die Eigentümer nur noch aus § 306 BGB in der Anwendung einzelner Klauseln geschützt. Das müssen sie erst einmal merken – und müssen sich dann im laufenden Vertrag in jedem betroffenen Einzelpunkt gegen ihren eigenen Verwalter stellen. Immerhin entfaltet der Verwaltervertrag Schutzwirkung zugunsten der Eigentümer,¹⁹ sodass auch einzelne Eigentümer Schadensersatzansprüche aus der Verwendung unwirksamer Klauseln (§ 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB) geltend machen können – wenn sie denn einen Schaden erleiden. Außerdem gibt es möglicherweise Ansprüche, die nach § 21 Abs. 4 WEG durchgesetzt werden können. In jedem Fall wird es nicht einfacher.

¹⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 07.07.2016 - V ZB 15/14.

Arbeitsrecht

Infiziertes Arbeitsrecht? Wie ein Virus auf das Arbeitsrecht einwirkt

VRiArbG Dr. Jochen Sievers

A. Einleitung

Die Coronavirus-Pandemie hat Deutschland, Europa und die Welt fest im Griff. Das Ausmaß der Bedrohung erfordert drastische Maßnahmen zum Gesundheitsschutz, die weitreichende Folgen für das gesellschaftliche, aber auch das Arbeitsleben haben.

Konkrete Folge der Pandemie ist, dass Arbeitnehmer vielfach aus unterschiedlichen Gründen nicht arbeiten (können). Für diesen Fall ist zunächst von dem allgemeinen Grundsatz auszugehen: Ohne Arbeit kein Lohn. Bekanntlich sieht das Arbeitsrecht von diesem Grundsatz zahlreiche Ausnahmen vor. Es stellt sich die Frage, wie in Zeiten von Corona das Arbeitsausfallrisiko zwischen Arbeitnehmern, Arbeitgebern und staatlichen Institutionen verteilt ist.

Dabei sind verschiedene Konstellationen in den Blick zu nehmen. So kann die Arbeit ausfallen, obwohl der Arbeit-

nehmer arbeitsfähig (gesund) ist. Dies ist etwa der Fall, wenn der Arbeitgeber Produktionsschwierigkeiten hat oder eine behördliche Betriebsstilllegung erfolgt. Der Arbeitsausfall kann aber auch auf Gründen beruhen, die der Sphäre des Arbeitnehmers zuzurechnen sind. Hiervon ist auszugehen, wenn er nicht zur Arbeit kommt, weil er ein erkranktes Familienmitglied pflegt. Denkbar ist weiterhin, dass der Arbeitnehmer nicht arbeiten kann (darf), weil der Verdacht einer Erkrankung besteht. Schließlich ist die Rechtslage zu untersuchen, wenn der Arbeitnehmer erkrankt ist.

Besondere Probleme treten auf, wenn für den Arbeitsausfall mehrere Gründe zusammentreffen. Angesprochen ist etwa der Fall, dass zunächst eine Betriebsstilllegung erfolgt ist und sodann der zunächst gesunde Arbeitnehmer arbeitsunfähig erkrankt. Zumeist verlangen die arbeitsrechtlichen Anspruchsgrundlagen für ihren Anwendungsbereich grds. eine „Monokausalität“. Zu klären ist, welche Anspruchs-

grundlage vorrangig ist. Die Frage nach dem Konkurrenzverhältnis der unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen stellt sich mit besonderer Dringlichkeit, wenn sich die Ansprüche sowohl gegen den Arbeitgeber als auch gegen den Staat richten können.

Arbeitgeber, die einerseits nicht produzieren können, andererseits aber den Lohn weiter an ihre Arbeitnehmer entrichten müssen, stehen vor erheblichen wirtschaftlichen Problemen. Schnell wird der Ruf nach einer „Lex Corona“ laut.¹ Der Beitrag will zeigen, dass es keines arbeitsrechtlichen Sondergesetzes bedarf. Die durch Corona zu erwartenden Probleme lassen sich angemessen und interessengerecht mit den Instrumentarien des geltenden Arbeitsrechts lösen.

B. Entgelt oder Ersatzleistungen bei Ausfall der Arbeit

I. Anspruchsgrundlagen

Es kommen mehrere Anspruchsgrundlagen in Betracht.

1. § 611a Abs. 2 BGB i.V.m. § 615 Satz 1 BGB

Der Arbeitgeber kann sich in Annahmeverzug befinden. Die Voraussetzungen ergeben sich aus §§ 293 ff. BGB. Nach § 297 BGB gerät der Arbeitgeber nicht in Annahmeverzug, wenn der Arbeitnehmer außerstande ist, die Arbeitsleistung zu bewirken. Die Ursache für die Leistungsunfähigkeit des Arbeitnehmers ist unerheblich. Das Unvermögen kann auf tatsächlichen Umständen (wie z.B. Arbeitsunfähigkeit) beruhen oder ihre Ursache im Rechtlichen haben, etwa wenn ein gesetzliches Beschäftigungsverbot besteht.²

Für die hier zu behandelnde Thematik ist weiterhin die Unterscheidung der Begriffe Betriebs-, Wirtschafts- und Wegerisiko von Bedeutung.

Von diesen drei Begriffen hat allein das Betriebsrisiko eine ausdrückliche gesetzliche Regelung erfahren. § 615 Satz 3 BGB sieht vor, dass die Sätze 1 und 2 entsprechend gelten in den Fällen, in denen der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt. Dem Gesetz ist allerdings keine inhaltliche Festlegung zu entnehmen. Diese hat der Gesetzgeber der Rechtsprechung überlassen. Das BAG versteht unter dem Betriebsrisiko das Risiko des Arbeitgebers, seinen Betrieb wegen einer Störung nicht betreiben zu können. Hiervon ist auszugehen, wenn Arbeitnehmer wegen des Ausfalls von Betriebsstoffen oder anderer für den Betriebsablauf notwendiger Betriebsmittel nicht beschäftigt werden können. Gleiches wird bei einer Betriebsstilllegung aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften/Anordnungen angenommen. Darüber hinaus trägt der Arbeitgeber das Risiko eines Geschehens, das von außen auf typische Be-

triebsmittel einwirkt und sich als höhere Gewalt darstellt, wie z.B. die Überschwemmung eines Fabrikgebäudes aufgrund einer Naturkatastrophe.³

Das Wirtschaftsrisiko ist angesprochen, wenn die Fortsetzung des Betriebes wegen Auftrags- oder Absatzmangels sinnlos wird.⁴ Das Wirtschaftsrisiko trägt ebenfalls der Arbeitgeber.⁵

Das Risiko, den Arbeitsort nicht zu erreichen (Wegerisiko), trägt demgegenüber der Arbeitnehmer.⁶ Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer unverschuldet nicht zum Arbeitsort (etwa wegen Schnee oder Glatteis) gelangt.

2. § 611a Abs. 2 BGB i.V.m. § 616 Satz 1 BGB, Leistungsverweigerungs- und Freistellungsrecht nach § 2 Abs. 1 PflegeZG, § 275 Abs. 3 BGB, § 45 Abs. 3 Satz 1 SGB V

a. § 611a Abs. 2 BGB i.V.m. § 616 Satz 1 BGB

§ 616 BGB fristet bisher als weitgehend unbekanntes Norm ein Schattendasein. Im Zuge der Corona-Krise könnte die Vorschrift eine ungeahnte Renaissance erfahren. Dies hängt wesentlich davon ab, ob der zeitliche Anwendungsbereich gegenüber der bisher vorherrschenden Interpretation weiter zu ziehen ist. Die Unschärfe des maßgeblichen Tatbestandsmerkmals („für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“) lässt jedenfalls viel Raum sowohl für ein enges als auch ein weites Verständnis.

Die Bestimmung hält den Vergütungsanspruch für bestimmte Fallkonstellationen, in denen dem Arbeitnehmer ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 Abs. 3 BGB zusteht, aufrecht. Die Anwendbarkeit der Vorschrift setzt zunächst voraus, dass der Arbeitnehmer an der Erbringung der Arbeitsleistung verhindert ist, ohne selbst erkrankt zu sein.⁷ Darüber hinaus muss es sich um einen in seiner Person liegenden Grund handeln. Die Vorschrift erstreckt sich daher nicht auf objektive Leistungshindernisse, die weder mit der Person noch mit der Sphäre des Arbeitnehmers zusammenhängen und die ganz allgemein der Erbringung der Arbeitsleistung entgegenstehen.⁸

1 Bauer, NZA Heft 5/20, Editorial.

2 BAG, Urt. v. 28.09.2016 - 5 AZR 224/16.

3 BAG, Urt. v. 18.11.2015 - 5 AZR 814/14; BAG, Urt. v. 23.09.2015 - 5 AZR 146/14.

4 BAG, Urt. v. 11.07.1990 - 5 AZR 557/89.

5 BAG, Urt. v. 23.06.1994 - 6 AZR 853/93.

6 BAG, Urt. v. 08.12.1982 - 4 AZR 134/80; BAG, Urt. v. 08.09.1982 - 5 AZR 283/80.

7 Preis in: ErfK, 20. Aufl. 2020, § 616 BGB Rn. 1.

8 BAG v. 08.12.1982 - 4 AZR 134/80; BAG, Urt. v. 19.04.1978 - 5 AZR 834/76; Krause in: HWK, 8. Aufl. 2018, § 616 BGB Rn. 17.

Vor diesem Hintergrund ist zu unterscheiden:

Kann der Arbeitnehmer wegen eines Beschäftigungsverbots oder der vorübergehenden Schließung des Betriebes nicht arbeiten, besteht kein Anspruch, weil ein objektives Leistungshindernis gegeben ist.⁹ Dieser Annahme steht nicht entgegen, dass ältere Rechtsprechung § 616 BGB bei einem „seuchenpolizeilichen Tätigkeitsverbot“ herangezogen hat.¹⁰ Der Unterschied besteht darin, dass bei einer Pandemie nicht mehr von einem subjektiven Leistungshindernis gesprochen werden kann.

Dagegen ist der Anwendungsbereich der Vorschrift eröffnet, wenn der Arbeitnehmer wegen der Corona-Pandemie nahe Angehörige zu pflegen hat. Denkbar ist auch, dass der Arbeitnehmer gesunde Kleinkinder betreuen muss, etwa weil der Kindergarten geschlossen ist. In Bezug auf größere Kinder wird zumeist in Anlehnung an § 45 Abs. 1 SGB V eine Altersgrenze von zwölf Jahren angenommen.¹¹ Diese kann allerdings nur für gesunde Kinder gelten. Bei älteren erkrankten Kindern kommt es auf die Umstände des Einzelfalls (insbesondere die Schwere der Erkrankung und den Entwicklungsstand des Kindes) an.

Voraussetzung ist weiterhin, dass der Arbeitnehmer die Arbeitsverhinderung nicht vermeiden kann. So scheidet ein Anspruch aus, wenn der Ehepartner oder Lebenspartner die Betreuung übernehmen kann.¹² Sind beide Eltern berufstätig, können sie frei wählen, wer auf das Kind aufpasst.¹³

Wie bereits ausgeführt, hängt die praktische Bedeutung der Regelung wesentlich davon ab, wie weit der zeitliche Anwendungsbereich zu bestimmen ist. Dies gilt insbesondere deswegen, weil der Anspruch insgesamt entfällt, wenn der Arbeitnehmer für eine erhebliche Zeit an der Arbeitsleistung verhindert ist.¹⁴ Als verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit wird in den hier zu behandelnden Betreuungsfällen üblicherweise ein Zeitraum von bis zu fünf Tagen angesehen. Teilweise wird die Grenze bei zehn Tagen, vereinzelt bei sechs Wochen gezogen.¹⁵

Nach hier vertretener Auffassung ist zunächst festzuhalten, dass es entgegen der vom BAG¹⁶ in älteren Entscheidungen vertretenen Auffassung nicht auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses ankommen kann. Hierfür bietet der Wortlaut der Vorschrift keinen Anhaltspunkt. Zudem hat die Pflichtenkollision, die die Vorschrift behandelt, keinen Bezug zur Dauer des Arbeitsverhältnisses. Aus systematischen Gründen bietet es sich an, die zeitliche Grenze bei zehn Arbeitstagen zu ziehen. Diesen Zeitraum versteht der Gesetzgeber ausweislich der Überschrift zu § 2 Abs. 1 PflegeZG bei einer Arbeitsverhinderung als „kurzzeitig“. „Kurzzeitig“ ist nichts anderes als „eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“.

b. Freistellungs- und Leistungsverweigerungsrechte nach § 45 Abs. 3 SGB V, § 2 Abs. 1 PflegeZG, § 44a Abs. 3 SGB XII, § 275 Abs. 3 BGB

Mehrere weitere Vorschriften ermöglichen es dem Arbeitnehmer, in Notsituationen der Arbeit fernzubleiben. Allerdings sehen diese Vorschriften keine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Fortzahlung der Bezüge vor.

Bei einer Erkrankung des Kindes besteht nach § 45 SGB V für jedes Kind längstens für zehn Kalendertage in jedem Kalenderjahr ein Anspruch auf Freistellung und damit korrespondierend ein Anspruch auf Krankengeld. Auch wenn der Wortlaut des § 45 Abs. 3 Satz 1 SGB V ein anderes Verständnis nahelegen könnte, ist der Arbeitnehmer bei einer Weigerung des Arbeitgebers, ihm die Freistellung zu gewähren, nicht darauf verwiesen, den Rechtsweg zu beschreiten, um seinen Anspruch durchzusetzen. Er kann der Arbeit vielmehr „eigenmächtig“ fernbleiben.¹⁷

§ 2 Abs. 1 PflegeZG räumt Arbeitnehmern das Recht ein, bis zu zehn Tagen der Arbeit fernzubleiben, um die akut erforderliche Pflege naher Angehöriger zu organisieren oder sicherzustellen. Liegen die Voraussetzungen vor, kann der Arbeitnehmer der Arbeit fernbleiben. Er muss sich nicht zuvor die Genehmigung des Arbeitgebers einholen; dem Arbeitnehmer obliegen nur Anzeige- und Nachweispflichten (§ 2 Abs. 2 PflegeZG). Diese sind jedoch nicht konstitutiv. Wenn ein Akutfall vorliegt, erlischt die Arbeitspflicht kraft Gesetzes. Wenn kein anderer Anspruch auf Lohnfortzahlung oder Lohnersatz (auch nicht aus § 45 Abs. 3 Satz 1 SGB V) besteht, kann bei einer Kurzzeitpflege nach § 2 PflegeZG ebenfalls bis zu zehn Tage Pflegeunterstützungsgeld beansprucht werden (§ 44a Abs. 3 Satz 1 SGB XI).

Liegen keine speziellen Vorschriften vor, kann bei einer Pflichtenkollision auf § 275 Abs. 3 BGB als Auffangtatbestand zurückgegriffen werden. Zu denken ist insbesondere

9 Vgl. Krause in: HWK, 8. Aufl. 2018, § 616 BGB Rn. 35.

10 BGH, Urt. v. 30.11.1978 - III ZR 43/77; LG Düsseldorf, Urt. v. 18.05.1966 - 11 b S 43/66.

11 Krause in: HWK, 8. Aufl. 2018, § 616 BGB Rn. 24; Grimm, ArbRB-Blog, Update vom 11.03.2020.

12 BAG, Urt. v. 20.06.1979 - 5 AZR 361/78; BAG, Urt. v. 19.04.1978 - 5 AZR 834/76.

13 BAG, Urt. v. 20.06.1979 - 5 AZR 361/78.

14 BAG, Urt. v. 11.08.1988 - 8 AZR 721/85.

15 Übersicht zum Meinungsstand bei Grimm, ArbRB-Blog, Update vom 11.03.2020.

16 BAG, Beschl. v. 17.12.1959 - GS 2/59; BAG, Urt. v. 13.11.1969 - 4 AZR 35/69.

17 LArbG Mainz, Urt. v. 08.11.2016 - 8 Sa 152/16; Rolfs in: ErfK, 20. Aufl. 2020, § 45 SGB V Rn. 9.

an die Betreuung eines gesunden Kindes, die nicht anderweitig sichergestellt werden kann.¹⁸

§ 275 Abs. 3 BGB begründet ein Leistungsverweigerungsrecht. Der Schuldner wird nicht kraft Gesetzes von seiner Leistungspflicht befreit, sondern erst durch Erhebung der Einrede nach § 275 Abs. 3 BGB. An die Erhebung der Einrede sind keine strengen Anforderungen zu stellen. Der Wille des Schuldners, die Erbringung der Leistung als unzumutbar zu verweigern, muss aber eindeutig erkennbar sein.¹⁹ Mit dem Leistungsverweigerungsrecht sind keine Ansprüche auf Entgelt oder Entgeltersatzleistungen verknüpft.

3. § 611a Abs. 2 BGB i.V.m. § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG

Ein Arbeitnehmer hat nach § 611a Abs. 2 BGB i.V.m. § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen.

Dem Arbeitnehmer steht auch dann ein Entgeltfortzahlungsanspruch zu, wenn er arbeitsunfähig erkrankt, während sich der Arbeitgeber in Annahmeverzug befindet.²⁰ Der Annahmeverzug endet, weil der Arbeitnehmer nicht leistungsfähig ist (§ 297 BGB). Dem Anspruch auf Entgeltfortzahlung steht nicht entgegen, dass der Arbeitnehmer auch bei bestehender Arbeitsfähigkeit nicht gearbeitet hätte. Maßgeblich ist jedoch insoweit, dass der Arbeitnehmer ohne die Arbeitsunfähigkeit einen Vergütungsanspruch gehabt hätte.

4. § 611a Abs. 2 BGB i.V.m. § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG

Solange er arbeitsfähig ist, kann es eine Option für den Arbeitnehmer sein, einen gewissen Zeitraum mit Urlaub zu überbrücken, um einen Anspruch auf Urlaubsentgelt zu erwerben. Auf die gleiche Idee kann der Arbeitgeber kommen, wenn ihm die Arbeit ausgeht. Dies hat für ihn – wenn er sich von der Verpflichtung zur Zahlung der Vergütung nicht lösen kann – den Vorteil, dass der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers ganz oder teilweise erfüllt wird.

a. Anspruch des Arbeitnehmers auf Urlaubserteilung

Der Arbeitgeber legt nach § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG die zeitliche Lage des Urlaubs fest. Dies erfolgt durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung.²¹ Dabei hat er die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers grds. zu berücksichtigen.

Dies bedeutet zunächst, dass der Arbeitnehmer Urlaub nur insoweit beantragen kann, als er ihm noch nicht für dieses

Jahr bereits erteilt worden ist. Die einmal vorgenommene Festlegung des Urlaubs durch den Arbeitgeber ist für beide Seiten grds. bindend.²²

Der Arbeitgeber muss dem Urlaubswunsch des Arbeitnehmers nicht nachkommen, wenn diesem dringende betriebliche Belange oder Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer entgegenstehen. Für die tatsächlichen Voraussetzungen dieses Leistungsverweigerungsrechts trägt er die Darlegung und Beweislast.²³ In Zeiten von Corona kann der Arbeitgeber den Urlaubswunsch ablehnen, wenn etwa wegen der Erkrankung anderer Arbeitnehmer eine Unterbesetzung absehbar ist. Dringende betriebliche Belange sind auch gegeben, wegen der Corona-Krise gerade besonders viel Arbeit anfällt (etwa bei einem Paketzusteller).

b. Recht des Arbeitgebers, Urlaub zu erteilen oder zu verlegen

Arbeitgeber können Arbeitnehmer bei auftretenden Produktionsschwierigkeiten in „Zwangsurlaub“ bzw. – freundlicher formuliert – in Betriebsferien schicken.

Auch hier gilt, dass eine solche Maßnahme insbesondere in Betracht kommt, wenn eine Festlegung des Urlaubs noch nicht erfolgt ist. Nach der Rechtsprechung des BAG kann der Arbeitgeber einen einmal genehmigten Urlaub nur in Notfällen widerrufen. Dabei muss es sich um zwingende Notwendigkeiten handeln, die für den Arbeitgeber nicht vorhersehbar waren (was bei „Corona“ der Fall ist) und einen anderen Ausweg nicht zulassen.²⁴ Ein derartiger Notfall ist gegeben, wenn wegen der Corona-Pandemie derzeit überhaupt keine Arbeitsmöglichkeiten für Arbeitnehmer bestehen, wohl aber absehbar im befristeten Urlaubszeitraum. Zwar trägt der Arbeitgeber grds. das Betriebsrisiko (§ 615 Satz 3 BGB).²⁵ Das Gebot

18 LArbG Mainz, Urt. v. 31.07.2019 - 12 Sa 299/18; Kohte, juris-PR ArbR 11/2020, Anm. 2.

19 BAG, Urt. v. 14.12.2017 - 2 AZR 86/17.

20 Müller-Glöge, RdA 2006, 105, 107; Reinhard in: ErfK, 20. Aufl. 2020, § 3 EFZG Rn. 21; Vogelsang, Entgeltfortzahlung, 2003, Rn. 96.

21 BAG, Urt. v. 24.03.2009 - 9 AZR 981/07; Klose in: MüHb ArbR, 4. Aufl. 2018, § 86 Rn. 60.

22 Düwell in: NK-GA, 1. Aufl. 2016, § 7 BUrlG Rn. 75.

23 Klose in: MüHb ArbR, 4. Aufl. 2018, § 86 Rn. 63 ff.; Gallner in: ErfK, 20. Aufl. 2020, § 7 BUrlG Rn. 17.

24 BAG, Urt. v. 19.12.1991 - 2 AZR 367/91; in der Entscheidung BAG, Urt. v. 20.06.2000 - 9 AZR 405/99 hat es der für das Urlaubsrecht zuständigen Neunte Senat offengelassen, ob ein derartiges Widerrufsrecht überhaupt besteht. Kritisch auch Düwell in: NK-GA, 1. Aufl. 2016, § 7 BUrlG Rn. 45 f.

25 Vgl. Holthaus in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath, Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2017, § 7 BUrlG Rn. 24.

der Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB) verlangt aber in einer derartigen Extremsituation vom Arbeitnehmer, nicht nur die eigenen Belange zu betonen, sondern einen zumutbaren Beitrag zum Erhalt des Unternehmens und damit auch seines Arbeitsplatzes zu leisten. Ein Notfall liegt auch vor, wenn wegen der Pandemie derzeit besonders viel Arbeit anfällt (etwa bei einem Hersteller von Hygieneartikeln). Auch insoweit gilt, dass dieser Umstand nicht nur in die Risikosphäre des Arbeitgebers fällt.

Da das Betriebsrisiko nicht vollständig vom Arbeitgeber auf die Arbeitnehmer verlagert werden darf, kann ein Widerruf auch in Zeiten von Corona je nach den Umständen des Einzelfalls nicht gegenüber der gesamten Belegschaft, sondern nur gegenüber einzelnen Arbeitnehmern in Betracht kommen. Er ist nur gegenüber einzelnen Arbeitnehmern als zulässig anzusehen, wenn nur einzelne Mitarbeiter dringend gebraucht werden, um den drohenden Zusammenbruch des Unternehmens zu verhindern.

Soweit eine Festlegung nicht erfolgt ist, können Betriebsferien in Betrieben mit Betriebsrat eingeführt werden.²⁶ Hierfür bedarf es in „normalen Zeiten“ der Zustimmung des Betriebsrats (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG). Die vorherige Einholung der Zustimmung des Betriebsrats ist in Zeiten von Corona nicht zwingend erforderlich. Zwar entfällt das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats auch in sog. Eilfällen nicht.²⁷ Von den Eilfällen werden jedoch sog. Notfälle abgegrenzt, in denen vorläufige einseitige Regelungen zulässig sind.²⁸ Unter einem Notfall wird eine plötzliche, nicht voraussehbar gewesene und schwerwiegende Situation verstanden, die zur Verhinderung nicht wiedergutzumachender Schäden zu unaufschiebbaren Maßnahmen zwingt; es muss eine Extremsituation vorliegen.²⁹ Eine derartige Extremsituation ist jedenfalls dann gegeben, wenn das Unternehmen wegen der Pandemie von einem auf den anderen Tag nicht mehr produzieren kann.

Ist kein Betriebsrat gebildet, kann der Arbeitgeber einseitig Betriebsferien einführen, wenn er die Interessen der Arbeitnehmer angemessen berücksichtigt.³⁰ Dabei ist zu beachten, dass der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse hat, Urlaub möglichst in Zeiten mit geringem Arbeitsanfall zu legen.³¹ Dies ist für Saisonbetriebe anerkannt, gilt aber nicht nur für diese. Daher kann der Arbeitgeber in Betrieben ohne Betriebsrat während der Corona-Krise auch einseitig Betriebsferien anordnen. Die Interessen der Arbeitnehmer sind allerdings nur dann angemessen berücksichtigt, wenn ihnen noch ausreichend Urlaubstage zur freien Verfügung stehen.³² Hiervon ist auszugehen, wenn den Arbeitnehmern 1/3 der Urlaubstage zur freien Verfügung verbleiben.

5. § 280 BGB (Recht auf/Pflicht zur Arbeit im Home-Office?)

Denkbar ist, dass der Arbeitnehmer einen Schadensersatzanspruch gegen den Arbeitgeber hat, wenn er die ihm bisher zugewiesene Tätigkeit im Betrieb nicht verrichten kann, weil er (möglicherweise) infiziert ist, es dem Arbeitgeber aber möglich ist, ihm eine Tätigkeit an einem anderen Ort als bisher anzubieten. In der Praxis geht es zumeist um die Frage, ob der Arbeitnehmer seine Tätigkeiten (vorübergehend) im Home-Office verrichten kann.

a. Ausgangspunkt: Vertragliche Abrede notwendig

Es besteht Einigkeit, dass eine Tätigkeit im Home-Office einer vertraglichen Grundlage bedarf. Liegt keine Vereinbarung vor, kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht in Ausübung des Direktionsrechts (§ 106 GewO) anweisen, im Home-Office zu arbeiten.³³

Daraus folgt, dass sich der Arbeitnehmer zunächst weigern kann, einer Weisung des Arbeitgebers, vorübergehend im Home-Office zu arbeiten, nachzukommen. Der Arbeitgeber ist auf den Ausspruch einer (außerordentlichen) Änderungskündigung verwiesen. Allerdings dürfte dem Arbeitnehmer in Zeiten von Corona bei einer Weigerung kein Anspruch aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges zustehen, weil die Voraussetzungen des böswilligen Unterlassens der Erzielung anderweitigen Verdienstes (§ 615 Satz 2 BGB) regelmäßig gegeben sein dürften.

b. Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches

Der Arbeitgeber kann sich schadensersatzpflichtig machen, wenn er sich grds. vertraglich das Recht vorbehalten hat, den Arbeitnehmer im Home-Office zu beschäfti-

26 BAG, Beschl. v. 28.07.1981 - 1 ABR 79/79.

27 BAG, Beschl. v. 08.12.2015 - 1 ABR 2/14; BAG, Beschl. v. 09.07.2013 - 1 ABR 19/12.

28 Fitting, BetrVG, 30. Aufl. 2020, § 87 Rn. 25; Kania in: ErfK, 20. Aufl. 2020, § 87 BetrVG Rn. 8.

29 BAG, Beschl. v. 20.03.2018 - 1 ABR 70/16; BAG, Beschl. v. 02.03.1982 - 1 ABR 74/79.

30 LArbG Düsseldorf, Urte. v. 20.06.2002 - 11 Sa 378/02; Düwll in: NK-GA, 1. Aufl. 2016, § 7 BUrIG Rn. 69.

31 LArbG Köln, Urte. v. 17.03.1995 - 13 Sa 1282/94; Düwll in: NK-GA, 1. Aufl. 2016, § 7 BUrIG Rn. 31.

32 Poeche in: Küttner, Personalbuch, 26. Aufl. 2019, Stichwort Betriebsurlaub Rn. 1.

33 LArbG Berlin-Brandenburg, Urte. v. 14.11.2018 - 17 Sa 562/18; LArbG Köln, Urte. v. 06.07.2015 - 5 SaGa 6/15; LArbG Mainz, Urte. v. 18.12.2014 - 5 Sa 378/14; Picker, ZFA 2019, 269 ff.; Benkert, NJW-Spezial 2019, 306; Richter, ArbRAktuell 2019, 142.

gen, er sich aber weigert, sein Direktionsrecht entsprechend auszuüben. Ist der Arbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage, die zu bewirkende Arbeitsleistung zu erbringen, kann der Arbeitgeber auf Verlangen des Arbeitnehmers nach § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet sein, ihn auf einen leidensgerechten Arbeitsplatz umzusetzen. Kommt er dem Verlangen schuldhaft nicht nach, steht dem Arbeitnehmer ein Schadensersatzanspruch wegen entgangener Vergütung aus § 280 Abs. 1 BGB zu.³⁴

Noch nicht abschließend geklärt ist, ob der Arbeitnehmer Schadensersatz verlangen kann, wenn sich der Arbeitgeber weigert, einer ihm angetragenen Vertragsänderung zuzustimmen.

Für schwerbehinderte Arbeitnehmer hat die Rechtsprechung des BAG allerdings Klarheit geschaffen. Die Verletzung der Pflicht zur behindertengerechten Beschäftigung (§ 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX) durch den Arbeitgeber begründet einen Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB und § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX. Dieser ist auf Ersatz der entgangenen Vergütung gerichtet.³⁵ Schadensersatz kann daher nur in der Höhe des Lohns zu geänderten Arbeitsbedingungen verlangt werden.³⁶

Offen ist, ob auch der nicht schwerbehinderte Arbeitnehmer einen Anspruch auf Vertragsänderung und bei unterbliebener Vertragsänderung einen Schadensersatzanspruch gegen den Arbeitgeber hat, wenn er zwar die ihm zuletzt durch den Arbeitgeber zugewiesene Tätigkeit nicht verrichten kann, wohl aber eine andere vertraglich nicht geschuldete (gleich- oder geringerwertige) Tätigkeit ausüben könnte, welche ihm der Arbeitgeber nicht ohne sein Einverständnis zuweisen kann. Die Frage ist zu bejahen.³⁷ Zu verweisen ist darauf, dass das BAG in der Begründung der Schadensersatzpflicht gegenüber einem schwerbehinderten Arbeitnehmer die Fürsorgeverpflichtung des Arbeitgebers betont. Diese besteht auch gegenüber dem nicht schwerbehinderten Arbeitnehmer. Daher besteht bei einer Weigerung des Arbeitgebers ein Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers, wenn er infolge von Corona nicht im Betrieb arbeiten kann, wohl aber von zu Hause arbeiten könnte.

6. § 56 IfSG und geplante Änderung des IfSG

Das Infektionsschutzgesetz räumt den Behörden weitreichende Möglichkeiten ein, Maßnahmen mit Auswirkungen auf das Arbeitsleben zu ergreifen. Sie können Schutzmaßnahmen treffen (§ 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG). Hierunter fallen die Anordnung einer Quarantäne (§ 30 IfSG) und die Verhängung eines beruflichen Tätigkeits-

verbots (§ 31 IfSG). Personen können verpflichtet werden, den Ort, an dem sie sich befinden, nicht zu verlassen oder bestimmte Orte nicht zu betreten, bis die notwendigen Schutzmaßnahmen durchgeführt worden sind (§ 28 Abs. 1 Satz 2 IfSG).

Gem. § 56 Abs. 1 Satz 1 IfSG besteht ein Entschädigungsanspruch, wenn ein behördliches Beschäftigungsverbot angeordnet worden ist. Die Höhe und Dauer bestimmen sich analog zu den Vorschriften zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall bzw. zum Krankengeld (§ 56 Abs. 2 IfSG). Wird der Entschädigungsberechtigte arbeitsunfähig, bleibt der Entschädigungsanspruch in Höhe des Betrags, der bei Eintritt der Arbeitsunfähigkeit an den Berechtigten auszuzahlen war, bestehen (§ 56 Abs. 7 Satz 1 IfSG).

Der Arbeitnehmer kann die Auszahlung des Entschädigungsbetrages unmittelbar vom Arbeitgeber verlangen (§ 56 Abs. 5 Satz 1 IfSG). Die wirtschaftliche Belastung trägt allerdings der Staat, denn dem Arbeitgeber werden die ausbezahlten Beträge auf Antrag von der zuständigen Behörde erstattet (§ 56 Abs. 5 Satz 2 IfSG).

Geplant ist zudem, das IfSG kurzfristig für den Zeitraum bis zum 31.12.2020 zu erweitern.³⁸ Eingeführt wird ein Entschädigungsanspruch für Verdienstauffälle bei behördlicher Schließung von Schulen und Kitas. Anspruchsberechtigt sollen erwerbstätige Sorgeberechtigte von Kindern bis zum 12. Lebensjahr sein, wenn sie ihre Kinder aufgrund der Schließung selbst betreuen müssen und daher ihrer beruflichen Tätigkeit nicht nachgehen können. Voraussetzung ist, dass die Betroffenen keine anderweitige zumutbare Betreuung (z.B. durch den anderen Elternteil oder die Notbetreuung in den Einrichtungen) realisieren können. Der Anspruch soll nicht bestehen, wenn es andere Möglichkeiten gibt, der Tätigkeit vorübergehend bezahlt fernzubleiben wie etwa der Abbau von Zeitguthaben. Auch sollen Ansprüche auf Kurzarbeitergeld dem Entschädigungsanspruch vorgehen. Die Regelung soll nicht für Zeiten gelten, in denen die Einrichtung wegen der Schulferien ohnehin geschlossen wäre.

34 BAG, Urt. v. 22.08.2017 - 5 AZR 592/17; BAG, Urt. v. 19.05.2010 - 5 AZR 162/09; BAG, Urt. v. 10.07.1991 - 5 AZR 383/90.

35 BAG, Urt. v. 04.10.2005 - 9 AZR 632/04; BAG, Urt. v. 03.12.2002 - 9 AZR 462/01.

36 Preis in: ErfK, 20. Aufl. 2020, § 615 BGB Rn. 44.

37 Skeptisch Preis in: ErfK, 20. Aufl. 2020, § 615 BGB Rn. 44a; ablehnend Kaiser, RdA 2015, 76, 82; Krause in: HWK, 8. Aufl. 2018, § 615 BGB Rn. 18.

38 Pressemitteilung des BMAS vom 23.03.2020.

7. Kurzarbeitergeld

Arbeitnehmer haben nach Maßgabe der §§ 95 ff. SGB III Anspruch auf Kurzarbeitergeld. Für den Zeitraum vom 01.03.2020 bis zum 31.12.2020 hat der Gesetzgeber als Reaktion auf die Corona-Pandemie erhebliche Verbesserungen in Bezug auf die Voraussetzungen, die Höhe und die Dauer der Leistungen beschlossen.

Zu beachten ist, dass nur dann Kurzarbeitergeld beansprucht werden kann, wenn die Kurzarbeit arbeitsrechtlich wirksam eingeführt worden ist.³⁹ Dies liegt darin begründet, dass der Arbeitnehmer seinen vollen Vergütungsanspruch aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges behält, wenn die Kurzarbeit arbeitsrechtlich nicht wirksam angeordnet worden ist.⁴⁰

a. Arbeitsrechtliche Voraussetzungen

Der Arbeitgeber ist nicht berechtigt, Kurzarbeit in Ausübung seines Direktionsrechts einseitig anzuordnen. Vielmehr bedarf es einer besonderen arbeitsrechtlichen Grundlage, die durch den Arbeitsvertrag, eine Betriebsvereinbarung oder einen Tarifvertrag geschaffen werden kann.

Wenn ein Betriebsrat gebildet worden ist, genügt eine arbeitsvertragliche Vereinbarung nicht, weil die Einführung der Kurzarbeit der zwingenden Mitbestimmung unterliegt (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG). Eine Betriebsvereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit muss die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten so eindeutig regeln, dass diese für die Arbeitnehmer zuverlässig zu erkennen sind. Erforderlich sind mindestens die Bestimmung von Beginn und Dauer der Kurzarbeit, die Regelung der Lage und Verteilung der Arbeitszeit sowie die Auswahl der betroffenen Arbeitnehmer.⁴¹

b. Sozialrechtliche Voraussetzungen in Zeiten von Corona

Politisch wird das Kurzarbeitergeld als entscheidendes Instrument für die Bewältigung der sozialen Folgen der Corona-Krise angesehen. Bereits in der Finanzkrise 2008 war diese Sozialleistung das wesentliche Instrument dafür, einerseits die von Lohnausfall betroffenen Arbeitnehmer abzusichern und andererseits massenhafte Kündigungen und Betriebsstillegungen zu vermeiden. Das Kurzarbeitergeld bewegt sich wie kaum eine andere Sozialleistung an der Schnittstelle von Sozial- und Arbeitsrecht und berücksichtigt sowohl die Interessen der Beschäftigten auf Lebensstandardsicherung als auch die der Arbeitgeber auf Entlastung bei fortbestehendem Betriebsrisiko mit der oben näher erläuterten

grundsätzlichen Verpflichtung zur Fortzahlung des Arbeitsentgelts.

Aufgrund der positiven Erfahrungen in der Finanzkrise hat der Gesetzgeber in beispielloser Schnelligkeit mit dem Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld vom 13.03.2020⁴² bis zum 31.12.2021 die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme von Kurzarbeitergeld erheblich erleichtert, indem die Bundesregierung ermächtigt wurde, den Anteil der in dem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer, die vom Entgeltausfall betroffen sein müssen, auf bis zu 10 % (zuvor 30 %) herabzusetzen, auf die Verpflichtung, zur Vermeidung von Kurzarbeit Arbeitszeitschulden aufzubauen, zu verzichten und eine vollständige oder teilweise Erstattung der von den Arbeitgebern allein zu tragenden Beiträge zur Sozialversicherung für Arbeitnehmer, die Kurzarbeitergeld beziehen, einzuführen (§ 109 Abs. 5 SGB III in der ab 15.03.2020 g.F.). Außerdem wurde das Kurzarbeitergeld auch für Leiharbeiter geöffnet (§ 11a AÜG in der ab 15.03.2020 geltenden Fassung). Zuvor waren Betriebe des Verleihgewerbes vom Kurzarbeitergeld grds. ausgeschlossen.

Der durch die Corona-Krise ausgelöste Arbeitsausfall ist ein typischer Anwendungsfall für das Kurzarbeitergeld i.S.d. § 96 Abs. 1 Nr. 1 SGB III. Handelt es sich um die unmittelbaren Folgen infektionsschutzrechtlicher Maßnahmen, beruht der Arbeitsausfall auf einem „unabwendbaren Ereignis“. Tritt ein Konjunkturreinbruch auf, beruht der Arbeitsausfall auf „wirtschaftlichen Gründen“. In beiden Fällen trifft den Arbeitgeber das Betriebsrisiko und ist er eigentlich zur Fortzahlung des Entgelts verpflichtet. Um Insolvenzen und Kündigungen zu vermeiden, haben Arbeitnehmer bei rechtmäßiger Anordnung von Kurzarbeit nach Maßgabe des § 95 SGB III einen Anspruch auf Kurzarbeitergeld. Das Kurzarbeitergeld gehört zu den Versicherungsleistungen der Arbeitslosenversicherung. Es ersetzt das wegen des Arbeitsausfalls tatsächlich entfallene Arbeitsentgelt. Auch ein vollständiger Ausfall des Arbeitsentgelts unterfällt dem Begriff der Kurzarbeit („Kurzarbeit Null“, § 98 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Halbsatz 2 SGB III). Obwohl es sich um einen Anspruch des Arbeitnehmers handelt, wird das Kurzarbeitergeld nur vom Arbeitgeber oder der Betriebsvertretung angezeigt (§ 99 Abs. 1 SGB III), von der Agentur für Arbeit treuhänderisch an den Arbeitgeber gezahlt und

39 Kühl in: Brand, SGB III, 8. Aufl. 2018, § 95 SGB III Rn. 9.

40 BAG, Urt. v. 18.11.2015 - 5 AZR 491/14; BAG, Urt. v. 16.12.2008 - 9 AZR 164/08.

41 BAG, Urt. v. 18.11.2015 - 5 AZR 491/14.

42 BGBl. I, 493.

von diesem errechnet und – ggf. zusammen mit einem Restanspruch auf Arbeitsentgelt – an den Arbeitnehmer ausgezahlt (§ 320 Abs. 1 Satz 2 SGB III). Das Kurzarbeitergeld beträgt für Arbeitnehmer mit Kind 67 %, im Übrigen 60 % der „Nettoentgeltdifferenz“ (§ 105 SGB III), die dem pauschaliert berechneten Nettolohnausfall entspricht (§ 106 SGB III).

c. Arbeitsunfähigkeit während der Kurzarbeit

Im Zuge der Entwicklung der Infektionszahlen wird ein Arbeitsausfall häufig auf einer Erkrankung des Arbeitnehmers beruhen. Auch dann soll der Arbeitnehmer wirtschaftlich abgesichert bleiben und gleichzeitig der Arbeitgeber durch die Verpflichtung zur Entgeltfortzahlung nicht in die Insolvenz getrieben oder zur Kündigung von Arbeitsverhältnissen gezwungen werden.

Für den Entgeltfortzahlungsanspruch während der Kurzarbeit kommt es darauf an, ob der Arbeitnehmer ohne die Arbeitsunfähigkeit gearbeitet hätte. Hätte der Arbeitnehmer ohne die Erkrankung (verkürzt) gearbeitet, erhält er Entgeltfortzahlung, deren Höhe sich nach § 4 Abs. 3 EFZG bestimmt. Maßgeblich ist somit nur noch die verkürzte Arbeitszeit. Wird in einer Kurzarbeiterperiode überhaupt nicht gearbeitet, steht dem arbeitsunfähig erkrankten Arbeitnehmer keine Entgeltfortzahlung zu, weil die Erkrankung nicht die alleinige Ursache des Arbeitsausfalls ist.

Für den Anspruch auf Kurzarbeitergeld ist relevant, wann die Erkrankung des Arbeitnehmers eingetreten ist:

War der Arbeitnehmer bei Eintritt der Kurzarbeit bereits arbeitsunfähig erkrankt, stünde ihm eigentlich der Anspruch auf Kurzarbeitergeld gegen die Agentur für Arbeit zu. Um einen kurzfristigen Wechsel des Sozialleistungsträgers zu vermeiden, erwirbt er jedoch einen Anspruch auf Krankengeld. Dies folgt aus § 47b Abs. 4 Satz 1 SGB V, der bestimmt, dass für Versicherte, die arbeitsunfähig erkranken, bevor in ihrem Betrieb die Voraussetzungen für den Bezug von Kurzarbeitergeld erfüllt sind, solange Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfall besteht, neben dem Arbeitsentgelt als Krankengeld der Betrag des Kurzarbeitergeldes gewährt wird, den der Versicherte erhielte, wenn er nicht arbeitsunfähig wäre. Der Arbeitgeber hat das Krankengeld kostenlos zu errechnen und auszuzahlen (§ 47b Abs. 4 Satz 2 SGB V). Nach Ende des Entgeltfortzahlungsanspruchs wird das Krankengeld dann in voller Höhe gezahlt.

Ist der Arbeitnehmer hingegen erst während des Bezugs von Kurzarbeitergeld arbeitsunfähig erkrankt, muss ein Wechsel des Sozialleistungsträgers nicht vermieden wer-

den, da dann bereits die Agentur für Arbeit Kurzarbeitergeld zahlt. Für diesen Fall gilt § 98 Abs. 3 SGB III: Solange Anspruch auf Entgeltfortzahlung besteht oder ohne den Arbeitsausfall bestehen würde, wird der ausgefallene Lohn durch Kurzarbeitergeld ersetzt. Anschließend – nach Ende der Entgeltfortzahlung – gibt es keinen durch Kurzarbeitergeld zu ersetzenden Lohnausfall mehr und besteht ein Anspruch auf Krankengeld.

d. Feiertag während der Kurzarbeit

Das Zusammentreffen von Kurzarbeit und Feiertag ist in § 2 Abs. 2 EFZG geregelt. Die Vorschrift entlastet die Agentur für Arbeit. Fällt nämlich ein Feiertag in den Zeitraum einer wirksam angeordneten Kurzarbeit, ist der Feiertag nicht die alleinige Ursache des Arbeitsausfalls, sodass der Arbeitgeber nach allgemeinen Grundsätzen nicht zur Zahlung von Feiertagsvergütung verpflichtet wäre. § 2 Abs. 2 EFZG ist zu entnehmen, dass an Feiertagen nicht die Agentur für Arbeit, sondern der Arbeitgeber zahlungspflichtig ist. Allerdings kann der Arbeitnehmer Feiertagslohn nur in Höhe des Kurzarbeitergeldes beanspruchen, dass er bezogen hätte, wenn kein Feiertag gewesen wäre.⁴³

Kurzarbeitergeld wird steuerfrei gezahlt (§ 3 Nr. 2 EStG). Dennoch muss der Arbeitgeber nach der Rechtsprechung des BAG die Lohnsteuer von der Feiertagsvergütung einbehalten und an das Finanzamt abführen, ohne dass er hierfür einen Ausgleich an den Arbeitnehmer zahlen müsste.⁴⁴ Damit erhält der Arbeitnehmer in einer Kurzarbeiterperiode an Feiertagen eine geringere Nettovergütung als an anderen Tagen.

Während des Bezugs von Kurzarbeitergeld besteht ein kranken- und rentenversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis fort (§ 192 Abs. 1 Nr. 4 SGB V bzw. § 1 Satz 1 Nr. 1 Halbsatz 2 SGB VI). Gem. § 249 Abs. 2 SGB V und § 168 Abs. 1 Nr. 1a SGB VI ist der Arbeitgeber auch während der Kurzarbeit zur Beitragszahlung verpflichtet. Da der Arbeitnehmer infolge der Feiertagsruhe nicht schlechter gestellt werden darf, als wenn er Kurzarbeitergeld erhalten hätte, er aber das Kurzarbeitergeld ohne Belastung mit Beiträgen für gesetzliche Sozialabgaben erhält, muss der Arbeitgeber auch die für den Feiertag anfallenden Sozialversicherungsbeiträge allein tragen.⁴⁵ In Zeiten von Corona kann sich der Arbeitgeber diese Bei-

⁴³ BAG, Urt. v. 08.05.1984 - 3 AZR 194/82; BAG, Urt. v. 05.07.1979 - 3 AZR 173/78.

⁴⁴ BAG, Urt. v. 08.05.1984 - 3 AZR 194/82.

⁴⁵ BAG, Urt. v. 08.05.1984 - 3 AZR 194/82.

träge erstatten lassen (§ 109 Abs. 5 SGB III in der ab 15.03.2020 g.F.).

e. Kurzarbeit, Arbeitsunfähigkeit und Feiertag

Erkrankt der Arbeitnehmer während einer Kurzarbeiterperiode an einem Feiertag, hat er Anspruch auf Feiertagsentgelt in Höhe des Kurzarbeitergeldes.⁴⁶ Etwas anderes ergibt sich nicht aus § 4 Abs. 3 Satz 2 EFZG. Dieser Vorschrift ist nicht zu entnehmen, dass der Arbeitnehmer die Vergütung erhalten soll, die er bezogen hätte, wenn er an dem Tag gearbeitet hätte und keine Kurzarbeit angeordnet worden wäre. Dann erhielte er nämlich eine höhere Vergütung als wenn er nicht arbeitsunfähig erkrankt gewesen wäre. Der Gesetzgeber wollte den erkrankten Arbeitnehmer aber nur so stellen, wie er stünde, wenn er nicht erkrankt wäre. Dann könnte er Feiertagsvergütung in Höhe des Kurzarbeitergeldes beanspruchen. § 4 Abs. 3 Satz 2 EFZG ist daher als gesetzliche Anordnung zu verstehen, den Arbeitnehmer so zu behandeln, als ob er nicht arbeitsunfähig erkrankt gewesen wäre.

II. Konkrete Folgerungen für die verschiedenen Fallkonstellationen

1. Der Arbeitnehmer ist gesund, arbeitet aber nicht

In diesem Fall scheiden Ansprüche aus dem Entgeltfortzahlungsgesetz und/oder dem Infektionsschutzgesetz von vornherein aus, weil der Arbeitnehmer weder arbeitsunfähig erkrankt noch Ausscheider, Ansteckungsverdächtiger, Krankheitsverdächtiger oder sonstiger Träger von Krankheitserregern ist. In Betracht kommt insbesondere ein Anspruch aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs.

a. Der Arbeitsausfall beruht auf einer Ursache

Annahmeverzug ist gegeben, wenn die Arbeit wegen Produktionsschwierigkeiten oder wegen behördlicher Betriebsstilllegung ausfällt.

Kein Anspruch besteht, wenn sich der Arbeitnehmer nicht zur Arbeit traut oder er es nicht schafft, zur Arbeitsstätte zu kommen.

Erbringt der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nicht, weil ein Familienmitglied erkrankt ist, kann für bis zu zehn Tagen ein Anspruch aus § 611a Abs. 2 BGB i.V.m. § 616 BGB gegeben sein.

b. Die Arbeit fällt aus, weil zwei oder mehr der genannten Gründe gegeben sind

Liegen sowohl Produktionsschwierigkeiten als auch eine behördliche Anordnung der Betriebsstilllegung vor,

befindet sich der Arbeitgeber (weiterhin) in Annahmeverzug.

Kann der Arbeitnehmer nicht zur Arbeitsstätte gelangen, erwirbt er jedoch selbst dann keinen Anspruch gegen den Arbeitgeber, wenn der Betrieb stillgelegt wird. Dabei kommt es nicht darauf an, welcher Umstand zuerst eingetreten ist.⁴⁷ Maßgeblich ist, dass der Arbeitnehmer nicht leistungsfähig ist.

2. Der Arbeitnehmer kann wegen des Verdachts einer Infektion nicht arbeiten

Kann der Arbeitnehmer nicht arbeiten, weil die Behörde wegen des Verdachts einer Infektion ein Beschäftigungsverbot ausgesprochen hat, scheidet ein Anspruch aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges aus, weil der Arbeitnehmer nicht leistungsfähig ist. Dies gilt selbst dann, wenn sich nachträglich herausstellt, dass der Verdacht der Infektion unbegründet war. Dies ändert nichts daran, dass der Arbeitnehmer in der Vergangenheit nicht leistungsfähig war.

Es besteht auch kein Anspruch aus dem Entgeltfortzahlungsgesetz. Stellt sich nachträglich heraus, dass der Arbeitnehmer nicht infiziert war, lag bereits keine Arbeitsunfähigkeit vor.

Lag dagegen bereits eine Infektion vor, ist zwar Arbeitsunfähigkeit gegeben.⁴⁸ Daraus folgt jedoch nicht, dass ein Entgeltfortzahlungsanspruch besteht. Auch wenn Arbeitsunfähigkeit vorliegt, ist ein Anspruch aus dem EFZG gleichwohl immer ausgeschlossen, wenn zugleich ein Beschäftigungsverbot ausgesprochen wurde. Dies beruht darauf, dass die Arbeitsunfähigkeit nicht die alleinige Ursache für den Ausfall der Arbeitsleistung ist. Der Arbeitnehmer hätte auch dann nicht gearbeitet, wenn er nicht arbeitsunfähig erkrankt gewesen wäre.

Diese Auffassung ist allerdings nicht unumstritten. In einer älteren Entscheidung hat das BAG die notwendige

46 Reinhard in: ErfK, 20. Aufl. 2020, § 2 EFZG Rn. 18 und § 4 EFZG Rn. 21; Müller-Glöge in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2020, § 2 EFZG Rn. 34.

47 Hensler in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2020, § 615 Rn. 34; a.A. Preis in: ErfK, 20. Aufl. 2020, § 615 BGB Rn. 133.

48 Dem steht § 3 Abs. 2 6. Spiegelstrich der Arbeitsunfähigkeitsrichtlinien nicht entgegen. Danach liegt Arbeitsunfähigkeit nicht vor, wenn Beschäftigungsverbote nach dem Infektionsschutzgesetz ausgesprochen wurden. Die Bestimmung stellt klar, dass der bloße Ausspruch eines Beschäftigungsverbot nicht zwingend zur Arbeitsunfähigkeit führt. Sie besagt nicht, dass keine Arbeitsunfähigkeit vorliegt, wenn ein Beschäftigungsverbot ausgesprochen wurde und zugleich die allgemeinen Voraussetzungen einer Arbeitsunfähigkeit gegeben sind.

Kausalität und damit auch einen Entgeltfortzahlungsanspruch bejaht.⁴⁹ Zur Begründung hat der 5. Senat darauf verwiesen, dass das gesetzliche Beschäftigungsverbot nur die Folge der Erkrankung sei. Es sei kein weiterer Umstand, der – für sich allein gesehen – in Fällen der vorliegenden Art Grund für eine Arbeitsverhinderung sein könnte. Zudem wäre ein Ausschluss von Entgeltfortzahlungsansprüchen in Fällen dieser Art mit Sinn und Zweck des (damals geltenden) Lohnfortzahlungsgesetzes nicht zu vereinbaren. Der Arbeiter sei auch in den Fällen, in denen er nicht nur wegen seiner Erkrankung, sondern auch wegen eines gesetzlichen Beschäftigungsverbotes nicht arbeiten dürfe, auf die wirtschaftliche Sicherung im Krankheitsfall angewiesen. Gerade bei besonders schweren Erkrankungen wäre andernfalls der Schutz des Lohnfortzahlungsgesetzes eingeschränkt. Das sei sachlich nicht zu rechtfertigen. Dem ist entgegenzuhalten, dass der Arbeitnehmer heute durch das IfSG umfassend geschützt ist. Zudem hätte der Arbeitnehmer auch ohne Feststellung seiner Arbeitsunfähigkeit nicht gearbeitet.

Damit ist (nur) ein Anspruch aus § 56 IfSG gegeben. Dieser besteht unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer tatsächlich infiziert war oder nicht. Er erfasst auch Ansteckungsverdächtige. Konkurrenzprobleme ergeben sich nicht.

Liegt ein konkreter Infektionsverdacht vor, gerät der Arbeitgeber auch dann nicht in Annahmeverzug, wenn kein Beschäftigungsverbot ausgesprochen wurde und er die Annahme des Arbeitsangebots des Arbeitnehmers verweigert. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht beschäftigen muss, wenn ansonsten ihm oder Betriebsangehörigen gesundheitliche Beeinträchtigungen drohen.⁵⁰ In diesem Fall ginge der Arbeitnehmer leer aus, sodass die Verhängung eines Beschäftigungsverbotes in seinem Interesse ist.

3. Der Arbeitnehmer ist erkrankt

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass ein Anspruch aus dem Entgeltfortzahlungsgesetz besteht, wenn kein Beschäftigungsverbot verhängt wurde. Gleiches gilt, wenn der Arbeitnehmer an einer anderen Erkrankung als an Corona erkrankt.

Bei bestehendem Beschäftigungsverbot besteht (nur) ein Anspruch aus dem Infektionsschutzgesetz.

III. Ausschluss der arbeitsrechtlichen Ansprüche aus § 611a Abs. 2. BGB i.V.m. § 615 Satz 1 und § 616 Satz 1 BGB

Der Umstand, dass der Arbeitgeber das Betriebsrisiko zu tragen hat, kann in den Zeiten von Corona vielfach zu

einer Existenzgefährdung des Unternehmens führen. Es stellt sich daher für die Ansprüche auf Fortzahlung der Vergütung aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs und wegen einer vorübergehenden Verhinderung die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen der Arbeitgeber Zahlungen unter Hinweis auf eine Existenzgefährdung verweigern kann.

Die Frage soll unter drei Gesichtspunkten untersucht werden. Zunächst ist zu klären, ob der Anspruch von vornherein beschränkt ist. Sodann soll die Abdingbarkeit des Anspruchs erörtert werden. Schließlich wird darauf eingegangen, welche Möglichkeiten der Arbeitgeber hat, wenn der Anspruch nicht wirksam vertraglich abbedungen wurde.

1. Begrenzung der Zuweisung des Betriebs- und Wirtschaftsrisikos an den Arbeitgeber

Nach der Rechtsprechung des BAG soll der Arbeitgeber das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko nicht ausnahmslos zu tragen haben. Arbeitnehmer sollen keinen Vergütungsanspruch haben, wenn die Unmöglichkeit der Beschäftigung auf ihr Verhalten zurückzuführen ist oder das die Betriebsstörung herbeiführende Ereignis den Betrieb wirtschaftlich so schwer trifft, dass bei Zahlung der vollen Löhne die Existenz des Betriebes gefährdet würde.⁵¹

Diese Rechtsprechung ist mangels gesetzlicher Grundlage abzulehnen. Sie berücksichtigt nicht, dass der Arbeitnehmer nicht an einem möglichen Gewinn beteiligt ist. Die Aussicht, erzielte Gewinne für eigene Zwecke verwenden zu können, ist untrennbar mit der Übernahme des Risikos, dass sich der angestrebte wirtschaftliche Erfolg nicht einstellt, verbunden.⁵² Darüber hinaus bedarf es der Begrenzung der Risikozuweisung an den Arbeitgeber nicht. Ihm stehen mit den sogleich dargestellten Instrumentarien ausreichende Möglichkeiten zur Verfügung.

49 BAG, Urt. v. 26.04.1978 - 5 AZR 7/77; zustimmend Reinhard in: ErfK, 20. Aufl. 2020, § 3 EFZG Rn. 19; Vogelsang in: HWK, 8. Aufl. 2018, § 3 EFZG Rn. 20. Jedenfalls im Ergebnis wie hier Müller-Glöge in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2020, § 3 EFZG Rn. 10; Linck in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 19. Aufl. 2019, § 98 Rn. 20a; Greiner in: MüHb ArbR, 4. Aufl. 2018, § 80 Rn. 41.

50 BAG, Urt. v. 16.04.2014 - 2 AZR 739/11; BAG, Urt. v. 29.10.1987 - 2 AZR 144/87; vgl. Preis in: ErfK, 20. Aufl. 2020, § 615 BGB Rn. 21 und 62.

51 BAG, Urt. v. 23.06.1994 - 6 AZR 853/93; BAG, Urt. v. 09.03.1983 - 4 AZR 301/80; BAG, Urt. v. 30.05.1963 - 5 AZR 282/62.

52 Preis in: ErfK, 20. Aufl. 2020, Rn. 126; Poeche in: Küttner, Personalbuch, 26. Aufl. 2019, Stichwort Betriebsstörung Rn. 2; Krause in: HWK, 8. Aufl. 2018, § 616 BGB Rn. 1.

2. Abbedingung von § 615 und § 616 BGB

Beide Vorschriften sind dispositiv und können sowohl durch individualrechtliche wie durch kollektivrechtliche Vereinbarungen ausgeschlossen werden.⁵³ Voraussetzung ist, dass die Vereinbarung eindeutig und klar ist.⁵⁴ Weiterhin wird in der Literatur angenommen, dass die Abbedingung nicht unbillig sein und der Arbeitgeber das ihn treffende Arbeitsentgeltrisiko nicht generell auf den Arbeitnehmer verlagern darf.⁵⁵

Unterliegt die arbeitsvertragliche Vereinbarung – wie zumeist – der AGB-Kontrolle, gilt ein (noch) strengerer Maßstab.⁵⁶ Es bedarf einer Interessenabwägung.⁵⁷ Zu Recht wird angenommen, dass bei jeder für den Arbeitnehmer belastenden Modifikation des § 615 BGB die Unwirksamkeit der Klausel indiziert ist und Abweichendes allenfalls dann gelten kann, wenn sich der Ausschluss auf eindeutig und transparent abgegrenzte Einzelfälle bezieht.⁵⁸ Gleiches gilt für § 616 BGB.

3. Möglichkeiten des Arbeitgebers bei fehlender oder unwirksamer Begrenzung des Anspruchs

Liegt keine Vereinbarung zur Abbedingung der Vorschriften vor oder erweist sich diese als unwirksam, ist zu erwägen, ob dem Arbeitgeber andere Instrumentarien zur Verfügung stehen, um seine Zahlungsverpflichtungen durch einseitige Maßnahmen zu begrenzen.

a. Wegfall der Geschäftsgrundlage

Zunächst liegt in derart außergewöhnlichen Zeiten der Gedanke an das Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) nahe. Zu bedenken ist allerdings, dass das Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage im Arbeitsrecht eine nur untergeordnete Rolle spielt. Dies hat seinen Grund darin, dass dem Arbeitgeber ein anderes Mittel zur Verfügung steht, das als spezielle Regelung vorrangig gilt.⁵⁹ Gemeint ist, dass der Arbeitgeber unter bestimmten Voraussetzungen eine Änderungskündigung aussprechen kann. Unter strengen Voraussetzungen kommt auch eine außerordentliche Änderungskündigung in Betracht.⁶⁰ Preis⁶¹ formuliert anschaulich, dass die Notwendigkeit, einen Arbeitsvertrag an geänderte Arbeitsbedingungen anzupassen, zwar Anlass für eine Änderungskündigung sein kann, diese aber nicht ersetzt.

b. Änderungskündigung

Allerdings scheidet auch eine (befristete) Änderungskündigung im Ergebnis aus.

Zwar ist nach der Rechtsprechung des BAG eine Änderungskündigung zur Entgeltreduzierung unter strengen Voraussetzungen möglich.⁶² Eine betriebsbedingte (Änderungs-)Kündigung setzt jedoch die Prognose voraus, dass es zu einer dauerhaften Reduzierung des Arbeitskräftebedarfes kommen wird. Ein nur vorübergehender Arbeitsmangel kann eine betriebsbedingte Kündigung nicht rechtfertigen.⁶³ Von einem dauerhaften Rückgang des Arbeitsbedarfes kann jedoch jedenfalls im gegenwärtigen Zeitpunkt in Bezug auf die Corona-Pandemie regelmäßig nicht ausgegangen werden.

Dies gilt insbesondere, wenn – wie zumeist in Zeiten von Corona – Kurzarbeit geleistet wird. Dieser Umstand spricht dafür, dass die Betriebsparteien nur von einem vorübergehenden Arbeitsmangel und nicht von einem dauerhaft gesunkenen Beschäftigungsbedarf ausgehen. Haben die Betriebsparteien durch die Einführung von Kurzarbeit den Umfang der vertraglich geschuldeten Arbeitszeit auf ein Niveau abgesenkt, dass den Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen gerade überflüssig macht, so kann ein dringendes betriebliches Kündigungserfordernis regelmäßig erst dann angenommen werden, wenn der Arbeitgeber die Möglichkeit zur Arbeitszeitreduzierung voll ausgeschöpft hat und gleichwohl noch ein Beschäftigungsüberhang besteht.⁶⁴

Damit bleibt es bei dem Befund, dass die Kurzarbeit das probate Mittel ist, um auf die Corona-Krise zu reagieren. Es kann allerdings schon jetzt abgesehen werden, dass trotz der massiven staatlichen Unterstützungsleistungen nicht alle Arbeitsplätze erhalten werden können. Erweist sich im späteren Verlauf, dass die Stilllegung des Betriebes oder eine dauerhafte

53 BAG, Urt. v. 22.04.2009 - 5 AZR 310/08; BAG, Urt. v. 07.02.2007 - 5 AZR 270/06; Preis in: ErfK, 20. Aufl. 2020, § 615 BGB Rn. 8 und § 616 BGB Rn. 13.

54 BAG, Urt. v. 22.04.2009 - 5 AZR 310/08; Preis in: ErfK, 20. Aufl. 2020, § 615 BGB Rn. 8.

55 Preis in: ErfK, 20. Aufl. 2020, Rn. 8; Richardi/Fischinger in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2019, § 615 BGB Rn. 13; Henssler in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2020, § 615 Rn. 11.

56 Vgl. BAG, Urt. v. 07.12.2005 - 5 AZR 535/04; Preis in: ErfK, 20. Aufl. 2020, § 615 BGB Rn. 8.

57 Vgl. BAG, Urt. v. 30.06.1976 - 5 AZR 246/75; Henssler in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2020, § 615 Rn. 11.

58 Bieder in: BeckOK, BGB, § 615 BGB Rn. 138.

59 BAG, Urt. v. 16.05.2002 - 2 AZR 292/01.

60 BAG, Urt. v. 20.12.2017 - 2 AZR 783/16 (F).

61 Preis in: ErfK, 20. Aufl. 2020, § 611a BGB Rn. 379.

62 BAG, Urt. v. 02.03.2017 - 2 AZR 546/16; BAG, Urt. v. 20.06.2013 - 2 AZR 396/12; BAG, Urt. v. 16.05.2002 - 2 AZR 292/01.

63 BAG, Urt. v. 23.02.2012 - 2 AZR 548/10; Rachor in: KR, 12. Aufl. 2019, § 1 KSchG Rn. 569.

64 BAG, Urt. v. 23.02.2012 - 2 AZR 548/10.

Reduzierung der Arbeitsmenge erforderlich ist, wird es zu dem Ausspruch betriebsbedingter Beendigungskündigung kommen. Hierfür gelten die allgemeinen Grundsätze. Coronabedingter Sonderregelungen bedarf es nicht.

C. Verhaltenspflichten von Arbeitgebern und Arbeitnehmern

I. Pflichten des Arbeitgebers

1. Schutz vor Infektionen

Arbeitgeber sind gegenüber ihren Arbeitnehmern verpflichtet, sie davor zu schützen, dass sie durch die Erkrankungen anderer Arbeitnehmer in ihrer Gesundheit gefährdet werden.

Dies folgt aus § 618 Abs. 1 BGB.⁶⁵ Danach hat der Arbeitgeber dafür zu sorgen, dass der Arbeitnehmer gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, als die Natur der Arbeitsleistung es gestattet.

Zudem kann die allgemeine Rücksichtnahmepflicht (§ 241 Abs. 2 BGB) herangezogen werden. Danach ist der Arbeitgeber verpflichtet, den Arbeitnehmer vor Gesundheitsgefahren zu schützen.⁶⁶

Darüber hinaus sieht § 4 Nr. 1 ArbSchG vor, dass die Arbeit so zu gestalten ist, dass eine Gefährdung für das Leben sowie die physische und psychische Gesundheit möglichst vermieden und die verbleibende Gefährdung möglichst gering gehalten wird.

Für Arbeitnehmer, die berufsbedingt in Kontakt mit infizierten Patienten kommen, ist zusätzlich die Biostoffverordnung zu beachten.⁶⁷

Aus den genannten Bestimmungen ist konkret die Verpflichtung des Arbeitgebers abzuleiten, alle Maßnahmen zu ergreifen, die das Ansteckungsrisiko für Arbeitnehmer reduzieren. Dies fängt bei Hygienemaßnahmen an (Bereitstellen von Desinfektionsmitteln), hört aber damit lange nicht auf. So sind Arbeitgeber als verpflichtet anzusehen, den unmittelbaren Kontakt von Arbeitnehmern so gering wie möglich zu halten. Dies kann bedeuten, Büromitarbeiter nur in Schichten oder alle zwei Tage heranzuziehen. Sind für ihn konkrete Anhaltspunkte erkennbar, dass ein Arbeitnehmer an der Virusinfektion erkrankt sein könnte, ist der Arbeitgeber zum Schutz der anderen Mitarbeiter verpflichtet, diesen Arbeitnehmer sofort zu suspendieren.

Wenn der Arbeitgeber seine Schutzpflichten verletzt, kann der Arbeitnehmer ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB ausüben.⁶⁸ Er behält seinen Vergütungsanspruch, weil sich der Arbeitgeber in Annahmeverzug befindet.⁶⁹ Ein Schadenersatzanspruch kommt nur ausnahmsweise in Be-

tracht, weil dem Arbeitgeber das Haftungsprivileg gem. § 104 SGB VII zugutekommt.⁷⁰

2. Hinweis- und Aufklärungspflicht

Aus § 241 Abs. 2 BGB können dem Arbeitgeber Hinweis- und Aufklärungspflichten erwachsen. Grds. hat allerdings innerhalb vertraglicher Beziehungen jede Partei für die Wahrnehmung ihrer Interessen selbst zu sorgen. Hinweis- und Aufklärungspflichten beruhen auf den besonderen Umständen des Einzelfalls und sind das Ergebnis einer umfassenden Interessenabwägung.⁷¹ Konkret sind Arbeitgeber als verpflichtet anzusehen, Arbeitnehmer über Ansteckungsrisiken im Betrieb und zu ergreifende Vorsichtsmaßnahmen zu informieren. Über ihnen bekannte Verdachts- und konkrete Krankheitsfälle, die sich auf ihre Gesundheit auswirken können, sind Arbeitnehmer in anonymisierter Form zu unterrichten.

II. Pflichten des Arbeitnehmers

1. Informationspflicht

Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 EFZG sind Arbeitnehmer verpflichtet, dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich mitzuteilen. Aus dieser Vorschrift lässt sich keine Verpflichtung des Arbeitnehmers ableiten, den Arbeitgeber über die Art der Erkrankung zu unterrichten.

Eine über das Entgeltfortzahlungsgesetz hinausgehende Verpflichtung kann sich aus § 241 Abs. 2 BGB ergeben.⁷² Es besteht Einigkeit, dass eine Pflicht zur unverzüglichen Unterrichtung des Arbeitgebers besteht, wenn der Arbeitnehmer an einer ansteckenden Krankheit leidet.⁷³ Dieser Grundsatz kann dahin gehend erweitert werden, dass schon dann eine Unterrichtspflicht besteht, wenn der Arbeitnehmer erfahren hat, dass ein konkreter Verdacht der Erkrankung gegeben ist.

⁶⁵ Vgl. Preis in: ErfK, 20. Aufl. 2020, § 611a BGB Rn. 618; Wank in: ErfK, 20. Aufl. 2020, § 618 BGB Rn. 13; Oetker in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2019, § 618 BGB Rn. 188 (verbunden mit dem Hinweis auf den Schutz vor Lungenerkrankungen anderer Arbeitnehmer).

⁶⁶ BAG, UrT. v. 21.12.2017 - 8 AZR 853/16.

⁶⁷ Hierzu Düwell, jurisPR-ArbR 11/2020, Anm. 1.

⁶⁸ BAG, UrT. v. 19.02.1997 - 5 AZR 982/94; BAG, UrT. v. 08.05.1996 - 5 AZR 315/95.

⁶⁹ Wank in: ErfK, 20. Aufl. 2020, § 618 BGB Rn. 27.

⁷⁰ Wank in: ErfK, 20. Aufl. 2020, § 618 BGB Rn. 30.

⁷¹ BAG, UrT. v. 21.12.2017 - 8 AZR 853/16.

⁷² LArbG Düsseldorf, UrT. v. 30.03.2012 - 6 Sa 1358/11.

⁷³ Spinner in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2020, § 611a BGB Rn. 1002; Müller-Glöge in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2020, § 5 EFZG Rn. 8.

2. Verhalten im Dienst

Arbeitnehmer sind nach § 15 Abs. 1 ArbSchG verpflichtet, für ihre und die Gesundheit der Personen zu sorgen, mit denen sie Kontakt haben. Sie müssen den Arbeitgeber über von ihnen erkannte Gefahren für die Gesundheit informieren (§ 16 Abs. 1 ArbSchG). Diese primär öffentlich-rechtlichen Pflichten stellen gem. § 241 Abs. 2, § 242 BGB zugleich arbeitsvertragliche Nebenpflichten dar.⁷⁴

Gesunde Arbeitnehmer sind daher bei der Ausübung ihrer Tätigkeit verpflichtet, sich so zu verhalten, dass ein mögliches Ansteckungsrisiko so weit wie möglich reduziert wird. Dazu gehört die Einhaltung der hygienischen Vorgaben ebenso wie das Gebot, möglichst Abstand von den Kollegen zu halten.

3. Außerdienstliches Verhalten

Außerhalb einer Arbeitsunfähigkeit wird zu Recht angenommen, dass der Arbeitnehmer allenfalls in sehr begrenztem Umfang verpflichtet ist, seine private Lebensführung an den Interessen des Arbeitgebers auszurichten. Der Arbeitnehmer kann sich auf das grundgesetzlich geschützte Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) berufen. Er ist nicht verpflichtet, „ein ordentliches Leben zu führen und sich dabei seine Arbeitsfähigkeit und seine Leistungskraft zu erhalten“.⁷⁵

Allerdings ist auch zu berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer in seiner privaten Lebensgestaltung nicht völlig frei ist. Das BAG formuliert dahin gehend, der Arbeitnehmer sei auch außerhalb seiner Arbeitszeit verpflichtet, auf die berechtigten Interessen des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen.⁷⁶ Nur so lässt sich begründen, dass für den Führer eines Fahrzeuges die Pflicht besteht, sich vor Dienstantritt so zu verhalten, dass er bei Dienstantritt fahrtauglich ist.⁷⁷ Das BAG zieht den Pflichtenkreis des Berufskraftfahrers noch weiter. Er verletzt durch eine Drogeneinnahme seine arbeitsvertraglichen Verpflichtungen auch dann, wenn es trotz des Drogenkonsums nicht zu einer konkreten Einschränkung der Fahrtüchtigkeit kommt.⁷⁸

Für „Corona“ ist daraus zu folgern, dass der Arbeitnehmer auch arbeitsvertraglich verpflichtet ist, behördlichen Anordnungen Folge zu leisten. Weigert er sich, kann der Arbeitgeber – ggf. nach vorheriger Abmahnung – kündigen und Schadensersatz verlangen. Für den Fall, dass der Arbeitnehmer arbeitsunfähig erkrankt, kann sich der Arbeitgeber auf ein Verschulden des Arbeitnehmers (§ 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG) berufen.

Für bloße behördliche oder wissenschaftliche Empfehlungen kann von einer derart weitgehenden Verpflichtung des Arbeitnehmers nicht ausgegangen werden. So besteht keine arbeitsvertragliche Nebenpflicht, nicht in Risikogebiete zu reisen, solange nur eine bloße Reisewarnung ausgesprochen worden ist. Allerdings kann in einem solchen Fall von einem Verschulden des Arbeitnehmers i.S.v. § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG ausgegangen werden, wenn der Arbeitgeber nachweisen kann, dass die Infizierung in einem Risikogebiet erfolgt ist.

D. Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bei telefonischer Krankschreibung

Die kassenärztliche Bundesvereinigung (KBV) und der GKV-Spitzenverband haben sich darauf verständigt, dass Patienten mit leichten Erkrankungen der oberen Atemwege nach telefonischer Rücksprache mit ihrem Arzt eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bis maximal 14 Tage ausgestellt bekommen können. Diese Sonderregelung gilt zunächst vom 23.03.2020 bis zum 23.06.2020.

Das eigentlich bestehende Fernbehandlungsverbot wurde schon zuvor durch eine Änderung von § 7 Musterberufsordnung für Ärztinnen und Ärzte gelockert. In der Literatur wird vielfach angenommen, derartigen Online-Bescheinigungen käme nicht derselbe Beweiswert zu wie konventionell ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen.⁷⁹ Dem kann jedenfalls für die derzeitige Corona-Krise nicht zugestimmt werden. Wenn Arbeitnehmer mit Atemwegsschwerden nicht die Arztpraxen aufsuchen, folgen sie exakt den Empfehlungen der Ärzte und Politiker. Sie müssen sich darauf verlassen dürfen, dass ihnen dadurch keine Nachteile entstehen.

74 Schucht in: Kollmer/Klindt/Schucht, ArbSchG, 3. Aufl. 2016 Rn. 3; Otto in: NK-GA, 1. Aufl. 2016, § 15 ArbSchG Rn. 9; Vogelsang in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019, § 154 Rn. 13.

75 Vgl. BAG, Urt. v. 23.06.1994 - 2 AZR 617/93; Preis in: ErfK, 20. Aufl. 2020, § 611a BGB Rn. 730; Maties in: BeckOGK, § 611a BGB Rn. 884.

76 BAG, Urt. v. 10.04.2014 - 2 AZR 684/13.

77 Maties in: BeckOGK, § 611a BGB Rn. 884.

78 BAG, Urt. v. 26.10.2016 - 6 AZR 471/15.

79 Vgl. Kleinebrink, ArbRB 2019, 147; Mökker/Flöter, ArbR 2019, 501; Heider, NZA 2019, 288; Müller, BB 2019, 2292. Vgl. auch BAG, Urt. v. 11.12.2019 - 5 AZR 505/18. Der 5. Senat lässt die Frage offen, lässt aber eine klare Tendenz erkennen, indem er darauf verweist, einer der Gründe dafür, weshalb nach der Lebenserfahrung der ärztlichen Bescheinigung in der Rechtsprechung des BAG hinsichtlich der Darlegung der Voraussetzungen des Anspruchs auf Entgeltfortzahlung ein hoher Beweiswert zuerkannt werde, sei, dass eine solche Untersuchung nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie zur Feststellung der Arbeitsunfähigkeit zu erfolgen habe.

Die Sanktionen nach dem SGB II – Karlsruhe locuta, causa finita?

Prof. Dr. Marc Sieper, Mag. rer. publ.

A. Vorbemerkung und Problemaufriss

Mit großer Spannung ist die am 05.11.2019 ergangene Entscheidung des BVerfG (1 BvL 7/16)¹ zu den Sanktionen im SGB II erwartet worden, nachdem der erste Senat am 15.01.2019 über den Fall mündlich verhandelt hatte, worüber die Medien auch berichteten. Die lange Zeitdauer zwischen mündlicher Verhandlung und Verkündung sowie Abfassung der Entscheidungsgründe könnte durchaus Anlass für Spekulationen bieten, ob die zu beurteilenden Rechtsfragen innerhalb des Richterkollegiums ebenso kontrovers diskutiert worden sind, wie dies infolge der eingehenden Berichterstattung und in der Bevölkerung der Fall gewesen ist.² So ging es nicht um weniger als die verfassungsrechtlich bedeutsame Frage, ob es dem Staat zusteht, diejenigen finanziellen Leistungen, die er leistungsberechtigten Personen als existenzsichernde Maßnahmen gewähren muss, an Mitwirkungspflichten als Bedingungen zu knüpfen, und es dann möglich ist, den leistungsberechtigten Personen eben diese finanziellen Mittel wegen Verstößen gegen diese Mitwirkungspflichten zu entziehen bzw. zukünftige Ansprüche im laufenden Leistungsbezug zu kürzen.

Unbestritten ist, dass der Staat als Ausprägung des Sozialstaatsprinzips des Art. 20 Abs. 1 GG in Kombination mit dem Grundrecht auf Wahrung der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG verpflichtet ist, allen, die sich in seinem Geltungsbereich aufhalten, denjenigen Betrag als Existenzminimum zu gewähren, den diese Menschen benötigen, um physisch überhaupt existieren zu können.³ Dieser bedeutsamen von Verfassungswegen gebotenen Verpflichtung kommt der Gesetzgeber mit verschiedenen Leistungsgesetzen nach, hinsichtlich erwerbsfähigen Personen geschieht dies mit dem SGB II. Folglich heißt es dann auch gleich zu Beginn dieses Gesetzes in § 1 Abs. 1 SGB II, dass die in diesem Gesetz genannten Leistungen zu dem Zweck gewährt werden, dass es den leistungsberechtigten Personen ermöglicht wird, ein Leben zu führen, dass der Würde des Menschen entspricht. Über die Höhe der gewährten Leistungen und die Frage der Auskömmlichkeit lässt sich leidenschaftlich streiten, aber die Zielrichtung des Gesetzes ist eindeutig. Knüpft der Staat diese Leistungen trotz Vorliegen der für ihre Gewährung genannten Voraussetzungen an Bedingungen bzw. Mitwirkungspflichten und entzieht der Staat der leistungsberechtigten Person dann infolge eines Verstoßes gegen derartige Mitwirkungspflichten

eben diese Mittel, ist es offensichtlich, dass ein Leben, das der Menschenwürde entspricht, nicht mehr gewährleistet sein kann oder jedenfalls zeitweise sehr fraglich ist.

Allerdings darf bei dieser Betrachtung nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Leistungen, die nach Maßgabe des SGB II ausgezahlt werden, gerade nicht aus zuvor von den leistungsberechtigten Personen gezahlten (Pflicht-)Beiträgen finanziert werden. Dieser Bereich gehört nicht zur Sozialversicherung i.S.d. § 4 Abs. 2 SGB I. Es wird stattdessen auf Steuergelder zurückgegriffen. Letztlich auch vor dem Hintergrund, die Gemeinschaft der Steuerzahler nicht übermäßig durch Steuererhöhungen belasten zu wollen, erfolgt die Leistungsgewährung außerhalb der Sozialversicherung oft nur nachrangig ausschließlich an bedürftige Personen, um sicherzustellen, dass die begrenzten finanziellen Ressourcen bestmöglich verwendet werden.

Die unbedingte und verfassungsrechtlich gebotene Sicherung des Existenzminimums und die Verpflichtung des Gesetzgebers, die Steuergemeinschaft nicht zu überfordern, stehen sich in diesem Punkt unversöhnlich gegenüber. Es geht um die Frage, wie viel Druck der Staat zur Verhaltenssteuerung einsetzen darf.⁴ Das BVerfG hatte eine schwierige Aufgabe, da es berufen war, hinsichtlich dieser beiden Positionen jedenfalls einen Ausgleich herbeizuführen, der die wechselseitigen Interessen angemessen berücksichtigt, wenn es schon nicht möglich ist, dass sie sich alle nebeneinander gleichberechtigt entfallen.

B. Fördern und Fordern im SGB II

Mit Wirkung zum 01.01.2005 ist im Rahmen des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt (ArbMDienstLG 4)⁵ das SGB II in Kraft getreten. Im Zuge des-

1 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16; hierzu: Schifferdecker/Brehm, NZS 2020, 1 – 6; Greiser/Sušnjär, NJW 2019, 3683 – 3687; Sartorius, ZAP 2019, 1293 – 1300; Schwarz/Vogt, NDV 2019, 529 – 534; Rixen, SGB 2020, 1 – 8; Sieper, jurisPR SozR 23/2019, Anm. 1.

2 Rixen, SGB 2020, 1, 1; Schifferdecker/Brehm, NZS 2020, 1, 2.

3 So z.B.: BVerfG, Urt. v. 09.02.2010 - 1 BvL 1/09; BVerfG, Urt. v. 09.02.2010 - 1 BvL 3/09; BVerfG, Urt. v. 09.02.2010 - 1 BvL 4/09; BVerfG, Urt. v. 07.09.2011 - 2 BvR 987/10; BVerfG, Urt. v. 07.09.2011 - 2 BvR 1485/10; BVerfG, Urt. v. 07.09.2011 - 2 BvR 1099/10.

4 Schifferdecker/Brehm, NZS 2020, 1, 1.

5 BGBl. I Nr. 66 vom 24.12.2003, 2954.

sen wurde die bisherige Arbeitslosenhilfe mit der Sozialhilfe für erwerbsfähige Leistungsberechtigte zusammengelegt. Ziel des Gesetzes ist es, nicht erwerbstätige, aber erwerbsfähige Leistungsberechtigte in den allgemeinen Arbeitsmarkt einzugliedern bzw. bereits erwerbstätige Leistungsberechtigte, die nicht in der Lage sind, ihren Bedarf selbst vollständig zu bestreiten, dahin gehend zu unterstützen, dass sie irgendwann ohne staatliche Unterstützung leben können. Bis der Vorgang der Eingliederung in Arbeit abgeschlossen ist, erhalten diese Personen Grundsicherung, umgangssprachlich „Arbeitslosengeld II“ (kurz: „ALG II“) oder im Hinblick auf den damals in das Gesetzgebungsverfahren eingebundenen seinerzeitigen VW-Personalvorstand Peter Hartz und die Nummerierung des Gesetzes auch „Hartz IV“ genannt.

Das Gesetz richtet sich grds. an alle Personen, die arbeiten können, die arbeiten müssen und die arbeiten dürfen und die aufgrund ihres gewöhnlichen Aufenthalts in Deutschland dem hiesigen Arbeitsmarkt zur Verfügung stehen. Entsprechend wird die erwerbsfähige leistungsberechtigte Person (im Folgenden: eLP) in § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II definiert. Dem gegenüber erhalten insbesondere Personen, die erwerbsunfähig (vgl. zum Begriff der Erwerbsfähigkeit: § 8 SGB II) sind und nicht arbeiten können, Personen, die altersbedingt unter 15 Jahren nicht arbeiten dürfen (vgl. hierzu auch § 5 Abs. 1 JArbSchG i.V.m. § 2 Abs. 1 JArbSchG) oder die infolge Erreichens der Regelaltersgrenze (vgl. § 7a SGB II bzw. § 235 Abs. 2 SGB VI) nicht mehr arbeiten müssen, kein ALG II. Dies bedeutet aber nicht, dass diese Personen keinerlei Leistungen bekommen. Leben diese zusammen mit eLP in einer Bedarfsgemeinschaft i.S.d. § 7 Abs. 3 SGB II, erhalten sie nach § 19 Abs. 1 Satz 2 SGB II sog. Sozialgeld nach den Regelungen des SGB II, sofern nicht der Anwendungsbereich des vierten Kapitels des SGB XII, d.h. die § 41 bis § 46 SGB XII („Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung“) eröffnet und Sozialhilfe zu gewähren ist.

Aber losgelöst von der Frage, ob an bedürftige Personen ALG II, Sozialgeld oder Sozialhilfe gezahlt wird, bleibt festzustellen, dass die gewährten Leistungen betragsmäßig überwiegend identisch sind. Dies ist damit zu erklären, dass es unabhängig vom Leistungsregime stets um die Sicherung des Existenzminimums zur Führung eines menschenwürdigen Lebens geht, welches bei allen Menschen gleich ist. Es ist somit allein die Zielrichtung des SGB II, erwerbsfähige Personen in den allgemeinen Arbeitsmarkt zu bringen, welches die dort gewährten Leistungen von denen in der Sozialhilfe nach Maßgabe des SGB XII unterscheidet.

Das erste Kapitel des SGB II ist mit den Worten „Fördern und Fordern“ überschrieben, sodass diese beiden Grundsätze bei der Leistungserbringung prägend sind. Auffällig ist, dass sich entgegen der Reihenfolge der in der Überschrift der Grundsatz des Forderns mit § 2 SGB II weiter vorne im Gesetz findet,

während der Grundsatz des Förderns in § 14 SGB II niedergelegt ist. Zentrales Instrument der beabsichtigten Eingliederung in Arbeit ist die sog. Eingliederungsvereinbarung, die grds. nach § 15 Abs. 2 SGB II mit jeder eLP abgeschlossen werden soll. Eine solche Vereinbarung wird grds. als öffentlich-rechtlicher Vertrag i.S.d. § 53 SGB X von dieser mit dem Jobcenter ausgehandelt, kann aber auch nach § 15 Abs. 3 Satz 3 SGB II hoheitlich von diesem mittels Verwaltungsakt i.S.d. § 31 SGB X erlassen werden. In der Eingliederungsvereinbarung werden insbesondere nach § 15 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB II die Eigenbemühungen, die die eLP bei der Eingliederung in Arbeit zu unternehmen hat, niedergelegt, wobei sich diese nicht nur auf die Verpflichtung, Bewerbungsgespräche durchzuführen, erstrecken, sondern die unterschiedlichsten Maßnahmen entsprechend der zu Beginn erstellten Potenzialanalyse nach § 15 Abs. 1 SGB II umfassen können. Unabhängig davon besteht für die eLP die Verpflichtung, zum Zwecke der Arbeitsvermittlung den Kontakt mit dem Jobcenter zu halten und sich regelmäßig zu melden. Die eLP ist demnach nicht nur Objekt, sondern trägt als Subjekt selbstständig Verantwortung für das Gelingen des Eingliederungsprozesses.

Solange die eLP ihren Verpflichtungen nachkommt, besteht kein Konfliktpotenzial. Geschieht dies nicht, ist dies eine Pflichtverletzung, wofür die §§ 31 ff. SGB II Sanktionen in Form von Leistungskürzungen vorsehen. Der Gesetzgeber differenziert danach, welcher Art die Pflichtverletzung ist und wie alt die eLP ist.

§ 31 Abs. 1 SGB II bezieht sich auf Pflichtverstöße während des laufenden Leistungsbezugs, z.B. nach § 31 Abs. 1 Satz Nr. 1 SGB II, wenn sich die eLP weigert, ihren Verpflichtungen aus der Eingliederungsvereinbarung nachzukommen, insbesondere es unterlässt, die gebotenen Eigenbemühungen vorzunehmen. Nach § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II stellt u.a. die Weigerung, eine zumutbare Arbeit aufzunehmen oder fortzuführen eine Pflichtverletzung dar. Das Gleiche gilt für alle Handlungen, die die Anbahnung einer solchen vereiteln. Schließlich gilt es als Pflichtverstoß, wenn eine zumutbare Maßnahme zur Eingliederung in Arbeit nicht angetreten oder abgebrochen wird bzw. wenn Anlass für den Abbruch gegeben wird.

Die Bestimmung des § 31 Abs. 2 SGB II bezieht sich auf ein Verhalten der eLP, welches zur Bedürftigkeit und somit zur Inanspruchnahme von Leistungen nach dem SGB II geführt hat, d.h. wenn die eLP nach Vollendung des 18. Lebensjahres ihr Einkommen oder Vermögen in der Absicht gemindert hat, die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme von Grundsicherungsleistungen zu schaffen (§ 31 Abs. 2 Nr. 1 SGB II), trotz entsprechender Belehrung ein unwirtschaftliches Verhalten fortsetzt (§ 31 Abs. 2 Nr. 2 SGB II) oder im Zusammenhang mit Sperrfristen nach dem SGB III (§ 31 Abs. 2 Nr. 3 und 4 SGB II).

§ 32 SGB II regelt Meldeversäumnisse bezogen auf Termine vor dem zuständigen Leistungsträger oder im Zusammenhang mit einer ärztlichen oder psychologischen Untersuchung. Bleibt die eIP derartigen Terminen ohne triftigen Grund fern, ist dies auch eine Pflichtverletzung.

Liegt ein Pflichtverstoß vor, sieht der Gesetzgeber auf Rechtsfolgenseite unbedingt eine Sanktion vor, d.h. es handelt sich vom Wortlaut her um eine gebundene Entscheidung ohne jedweden Ermessensspielraum. Jeder Pflichtverstoß geht somit mit einer Leistungskürzung einher, sodass existenzsichernde Leistungen fortan für einen bestimmten Zeitraum gemindert werden. Auch dieser ist vom Gesetzgeber in § 31b SGB II mit drei Monaten starr vorgegeben und lässt vom Wortlaut her keinen Raum für eine individuelle Betrachtung und ein behördliches Ermessen. Auch wenn von den betroffenen Personen die vom Gesetzgeber vorgegebenen Sanktionen regelmäßig im Sinne einer „schwarzen Pädagogik“ als strafend empfunden werden, geht es bei diesen primär darum, auf das Verhalten der eIP einzuwirken, dass diese zukünftig das beanstandete Verhalten unterlassen.

Soweit es um Verstöße nach § 31 SGB II geht, wird vom Wortlaut des Gesetzes einerseits danach differenziert, um den wievielten Pflichtverstoß es sich innerhalb eines Zeitraumes von einem Jahr handelt. Kommt es erstmalig zu einer Pflichtverletzung i.S.d. § 31 SGB II, wird nach § 31a Abs. 1 Satz 1 SGB II der Regelbedarf um 30 % gemindert. Bei der zweiten Pflichtverletzung innerhalb eines Jahres erhöht sich nach § 31 Abs. 1 Satz 2 SGB II die Minderung auf 60 % des Regelbedarfs. Ab der dritten Pflichtverletzung entfällt das ALG II nach § 31a Abs. 1 Satz 3 SGB II vollständig. Eine Besonderheit besteht für eIP, die das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet haben. Bei diesen sind nach § 31a Abs. 2 SGB II verschärfte Sanktionen vorgesehen. Nach § 31a Abs. 2 Satz 1 SGB II entfällt bereits bei der ersten Sanktion die Leistungen weitgehend, sodass ausschließlich die Bedarfe für Unterkunft und Heizung (KdU) nach § 22 SGB II gezahlt werden. Bei der zweiten Pflichtverletzung innerhalb eines Jahres entfallen die Leistungen nach § 31a Abs. 2 Satz 2 SGB II dann komplett, d.h. es werden insbesondere auch keine Wohnkosten und auch keine Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung übernommen. Die Pflichtmitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung sowie der sozialen Pflegeversicherung endet.

Meldeversäumnisse nach § 32 SGB II werden gesondert sanktioniert. Nach § 32 Abs. 1 Satz 1 SGB II führt jeder Verstoß zu einer Minderung des Regelbedarfs um 10 %. § 32 Abs. 1 Satz 1 SGB II stellt klar, dass derartige Minderungen zu denen nach § 31a SGB II wegen Verstößen nach § 31 SGB II hinzutreten. Eine Obergrenze für die Summe der Minderungen ist im Gesetz nicht vorgesehen.

Die Sanktionen werden mit einem Verwaltungsakt i.S.d. § 31 SGB X verfügt, die die betroffene Person zwar mit einem Widerspruch und nach erfolglosem Widerspruchsverfahren Anfechtungsklage zum Sozialgericht anfechten. Allerdings haben diese Rechtsbehelfe nach § 39 Nr. 1 SGB II keine aufschiebende Wirkung. Trotz einer vielleicht sogar begründeten Anfechtung wird die Minderung somit in allen Fällen zeitnah vollzogen, sodass die eIP die Folgen ihres Verhaltens umgehend erfährt und mit den Konsequenzen konfrontiert wird.

Sanktionen sind in der Praxis von großer Bedeutung. Die Bundesagentur für Arbeit veröffentlicht regelmäßig Statistiken, aus denen sich Fallzahlen der verhängten Sanktionen ersehen lassen. Im Berichtsmonat September 2019,⁶ d.h. noch vor Verkündung der Entscheidung des BVerfG vom 05.11.2019, wurden insgesamt 70.571 neu verhängte Sanktionen verzeichnet, von denen 5.821 Fälle wegen eines Verstoßes nach § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB II, insgesamt 5.578 Fälle wegen eines Verstoßes nach § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II und insgesamt 1.799 Fälle wegen eines Verstoßes nach § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB II verhängt wurden. Den größten Anteil der sog. Zugänge im Berichtsmonat betrafen allerdings Meldeversäumnisse nach § 32 SGB II, die sich auf eine Gesamtsumme von 54.631 Fälle belaufen. Betrachtet man das Berichtsjahr Oktober 2018 bis September 2019 werden insgesamt 852.278 Fälle verzeichnet, wovon insgesamt 70.453 Fälle auf Pflichtverstöße nach § 31 Abs. 1 Satz 1 SGB II, insgesamt 68.239 Fälle auf Pflichtverstöße nach § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II und insgesamt 20.351 Fälle auf Pflichtverstöße nach § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB II gestützt wurden. Auch in der Betrachtung eines gesamten Jahres stellen die wegen Meldeversäumnissen i.S.d. § 32 SGB II verhängten Sanktionen mit 852.278 Gesamtfällen die häufigste Konstellation dar.

C. Die Entscheidung des BVerfG vom 05.11.2019

I. Der Ausgangsfall

Die Entscheidung des BVerfG vom 05.11.2019 geht zurück auf eine sog. Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG des SG Gotha vom 02.08.2016.⁷ Im dortigen sozialgerichtlichen Ausgangsverfahren wandte sich der seit mehreren Jahren im Bezug von Grundsicherungsleistungen für Arbeits-

6 https://statistik.arbeitsagentur.de/nn_1021952/SiteGlobals/Forms/Rubrikensuche/Rubrikensuche_Form.html?view=processForm&resourceId=210368&input_=&pageLocale=de&topicId=1023376&year_month=201909&year_month.GROUP=1&search=Suchen (zuletzt abgerufen am 24.03.2020).

7 SG Gotha, Beschl. v. 02.08.2016 - S. 25 AS 5157/14.

chende stehende Kläger gegen zwei Sanktionen des für ihn zuständigen Jobcenters, die jeweils zu einer Kürzung des Regelbedarfs nach § 20 SGB II geführt hatten. Die erste Sanktion wurde auf § 31 Abs. 1 Nr. 2 SGB II gestützt, weil sich der Kläger trotz vorheriger Belehrung über seine Mitwirkungspflichten geweigert habe, eine ihm angebotene und zumutbare Beschäftigung anzunehmen. Da der Kläger das 25. Lebensjahr bereits vollendet hatte, minderte diese erste Sanktion nach § 31a Abs. 1 Satz 1 SGB II i.V.m. § 31b SGB II den maßgeblichen Regelbedarf nach § 20 Abs. 2 Satz 1 SGB II der Regelbedarfsstufe 1 (seinerzeit: 391 €) für die Zeit vom 01.07.2014 bis zum 31.09.2014 um 30 %, d.h. um monatlich einen Betrag i.H.v. 117,30 €. Das Jobcenter verhängte mit Bescheid eine weitere Sanktion, die auf § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB II gestützt wurde, weil es der Kläger unterlassen habe, einen Aktivierungs- und Vermittlungsgutschein einzulösen. Auch hier war der Kläger zuvor entsprechend belehrt worden. Da diese zweite Sanktion innerhalb eines Jahres seit Verfügung der ersten Sanktion erfolgte und demnach nach Ansicht des Jobcenters eine wiederholte Pflichtverletzung darstellte, kürzte dieses den maßgeblichen Regelbedarf nach § 31a Abs. 1 Satz 2 SGB II i.V.m. § 31b SGB II für die Zeit vom 01.10.2014 bis zum 31.12.2014 um 60 %, d.h. um monatlich einen Betrag i.H.v. 234,60 €.

Nach jeweils erfolglosem Widerspruchverfahren erhob der Kläger Klage zum SG Gotha. Wegen § 39 Nr. 1 SGB II hatten diese Rechtsbehelfe keine aufschiebende Wirkung.

II. Umfang der verfassungsrechtlichen Überprüfung

Streitig waren im sozialgerichtlichen Ausgangsverfahren ausschließlich Sanktionen, die gegenüber einer über 25-jährigen Person ausgesprochen wurden und auf § 31 Abs. 1 Satz Nr. 1 und 2 SGB II gestützt waren und die zu einer Minderung auf der zweiten Stufe i.S.d. § 31a Abs. 1 Satz 2 SGB II geführt hatten. Hierauf bezog sich die Richtervorlage des SG Gotha vom 02.08.2016.

Das BVerfG hat die verfassungsrechtliche Prüfung wegen der Vergleichbarkeit auf die Pflichtverletzung des § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB II und die Minderung in der dritten Stufe des § 31a Abs. 1 Satz 3 SGB II, d.h. den vollständigen Wegfall der Leistungen ausgedehnt.

Demgegenüber hat es das BVerfG ausdrücklich abgelehnt, andere Sanktionen einzubeziehen. So fehlt in der Entscheidung eine verfassungsrechtliche Auseinandersetzung mit den in § 31 Abs. 2 SGB II genannten Pflichtverstößen, ferner mit den in der Praxis sehr relevanten Meldeversäumnissen des § 32 SGB II. Auch die in § 31a Abs. 2 Satz 1 und 2 SGB II vorgesehenen verschärften Sanktionen für eIP, die das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, wurde keiner weiteren verfassungsrechtlichen Prüfung unterzogen.

III. Teilweise Unvereinbarkeitserklärung

Das BVerfG hat die Bestimmungen des § 31a Abs. 1 Sätze 1, 2 und 3 SGB II und des § 31b Abs. 1 Satz 3 SGB II in den Fällen des § 31 Abs. 1 SGB II wegen eines Verstoßes gegen das Grundrecht der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärt.

Das BVerfG betonte zunächst, dass sich die zentralen Anforderungen des Gesetzgebers für die Ausgestaltung der Grundsicherungsleistungen für Erwerbsfähige aus der grundrechtlichen Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums ergeben würden, sodass die physische und soziokulturelle Existenz als einheitliche Gewährleistung gesichert sein müsse, wobei dem Gesetzgeber ein Gestaltungsspielraum zukomme, der durch das BVerfG nur zurückhaltend zu kontrollieren sei.⁸ Das BVerfG erachtete es in diesem Zusammenhang ausdrücklich für zulässig, Leistungen zur Sicherung der menschenwürdigen Existenz nur nachrangig zu gewähren und an Mitwirkungspflichten zu binden, die das Ziel haben, die Hilfebedürftigkeit der eIP zu überwinden, sofern diese gemessen an dieser Zielrichtung verhältnismäßig seien, wodurch das Sozialstaatsprinzip ausgestaltet würde.⁹ Das BVerfG führte aus, dass diese Mitwirkungspflichten dem Nachranggrundsatz entsprechen und zudem den in § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB II normierten Grundsatz des Forderns charakterisieren würden.¹⁰ Im Ergebnis erhob das BVerfG gegen die im Verfahren strittigen Mitwirkungspflichten des § 31 Abs. 1 SGB II als solche keine verfassungsrechtlichen Bedenken.¹¹

Dem Gesetzgeber stehe es in diesem Zusammenhang dann auch zu, Instrumente zur Durchsetzung derartige Mitwirkungspflichten vorzusehen, die jedoch verhältnismäßig sein müssen, wobei bei Leistungsminderungen besonders strenge Anforderungen bestehen, wenn hierdurch der bedürftigen Person Mittel entzogen würden, um Bedarfe zu decken, die ihr eine menschenwürdige Existenz ermöglichen.¹²

Bei der Frage der Verhältnismäßigkeit kam des BVerfG in diesem Zusammenhang darauf an, ob die Leistungsminderung unter Berücksichtigung ihrer Eignung zur Erreichung dieses Zwecks und als mildestes, gleich geeignetes Mittel in einem angemessenen Verhältnis zur Belastung der betroffenen Person stehe.¹³ Insgesamt setzte sich das BVerfG

8 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 119 bis 122.

9 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 123 bis 125.

10 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 140.

11 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 141.

12 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 129 bis 134.

13 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 133.

eingehend und kritisch mit den im Verfahren vorgelegten Studien, die sich mit der Frage der Eignung von Sanktionen als Mittel, den Vorgang der Eingliederung in Arbeit zu unterstützen, auseinandersetzen. So erachtete das BVerfG zunächst Mitwirkungsanforderungen als verfassungswidrig, die von vornherein als ungeeignet anzusehen seien, Menschen zumindest mittelbar wieder in Erwerbsarbeit zu bringen, ferner dürften Mitwirkungspflichten in der Praxis auch nicht zur Bevormundung, Erziehung oder Besserung missbraucht werden.¹⁴ Dies ist bei den in § 31a Abs. 1, § 31b SGB II normierten Sanktionsregelungen nicht der Fall, da diese ein legitimes Ziel verfolgen.¹⁵

Das BVerfG erachtete aber nicht alle zur Überprüfung gestellten gesetzlichen Regelungen für in jeder Hinsicht verhältnismäßig; nur die in § 31a Abs. 1 Satz 1 SGB II normierte Höhe einer Leistungsminderung von 30 % bezogen auf den maßgeblichen Regelsatz erachtete das BVerfG für hinreichend tragfähig begründet, obgleich bereits eine solche Sanktion die betroffene Person außerordentlich belastet.¹⁶ Allerdings bemängelte das BVerfG die vom Gesetzgeber im Fall des § 31a Abs. 1 Satz 1 SGB II als zwingend vorgesehene 30 %ige Minderung des maßgeblichen Regelbedarfs, die immer zu verhängen sei, selbst wenn sie offenkundig ungeeignet oder gar kontraproduktiv sei, oder eine außergewöhnliche Härte darstelle.¹⁷ Den betroffenen Personen muss auch bei entsprechenden Anhalten die Möglichkeit gegeben werden, mündlich ihre persönliche Situation darzulegen.¹⁸ Dies führt zu einer stärker individualisierten Betreuung und Beratung der eLP.¹⁹

Auch monierte das BVerfG, dass die Dauer der Minderung unabhängig von der Mitwirkung der betroffenen Person starr sei und nach § 31b Abs. 1 Satz 3 SGB II stets drei Monate andauere, sodass es möglich sein müsse, dass bei Nachholung der unterlassenen Mitwirkung der Leistungsbezug wieder einsetze.²⁰ Sowohl hinsichtlich der Frage, ob im Fall einer außergewöhnlichen Härte überhaupt eine Sanktion zu verhängen sei als auch im Zusammenhang mit der Frage der Nachholung erachtete das BVerfG eine Ermessensentscheidung des Jobcenters für angezeigt, zumal hinsichtlich letzterer Konstellation eine solche dem Gesetzgeber, wie sich aus § 31a Abs. 1 Satz 6, Abs. 2 Satz 4 SGB II zeige, nicht fremd ist.²¹

Soweit es die für den Fall der wiederholten Pflichtverletzung innerhalb eines Jahres in § 31a Abs. 1 Satz 2 SGB II vorgesehene Minderung des maßgeblichen Regelbedarfs um 60 % betraf, konnte das BVerfG mangels tragfähiger Erkenntnisse zur Eignung und Erforderlichkeit einer solchen Sanktion eine Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz in der derzeitigen Ausgestaltung nicht erkennen.²² Das Gericht bezweifelte insbesondere, dass für den Fall einer wieder-

holten Pflichtverletzung diese Sanktion immer erforderlich sei, um auf die betreffende Person einzuwirken.²³

Auch den vollständigen Wegfall der Leistungen nach § 31a Abs. 1 Satz 3 SGB II bei der dritten Pflichtverletzung innerhalb eines Jahres erachtete das BVerfG auf Grundlage der derzeitigen Erkenntnisse nicht mit dem Grundgesetz vereinbar.²⁴ Das BVerfG erkannte vor allem in dem drohenden Verlust der Wohnung sowie infolge des vollständigen Wegfalls der Leistung möglicherweise entstehenden Schulden für Stromkosten sowie Beiträgen zur Kranken- und Pflegeversicherung Bedenken gegen die Eignung der Sanktion.²⁵ Soweit der Gesetzgeber für diesen Fall nach § 31a Abs. 3 Satz 1 SGB II die Möglichkeit vorsehe, dass der Träger bei einer Minderung über 30 % des maßgeblichen Regelbedarfs hinaus nach § 31a Abs. 3 Satz 1 SGB II auf Antrag ergänzende Sachleistungen erbringen könne, erachtete das BVerfG dies für nicht genügend, die verfassungsrechtlichen Bedenken zu beseitigen.²⁶

IV. Übergangsregelungen

Das BVerfG hat die Regelungen in § 31a Abs. 1 Sätze 1, 2 und 3 SGB II sowie § 31b Abs. 1 Satz 3 SGB II in den Fällen des § 31 Abs. 1 SGB II für mit dem Grundgesetz für unvereinbar erklärt.²⁷

Bis zu einer gesetzlichen Änderung gibt das BVerfG verbindliche Übergangsregelungen vor,²⁸ die wegen § 31 Abs. 2 SGB II i.V.m. § 13 Nr. 11 BVerfGG Gesetzeskraft haben und somit nach Art. 20 Abs. 3 GG sowohl von den Behörden als auch von den Gerichten zu beachten sind. Die Entscheidungsformel wurde im Bundesgesetzblatt veröffentlicht.²⁹ Die Übergangsregelungen können sich sehen lassen.³⁰

Es ist somit zunächst festzustellen, dass bei jeder Sanktionierung für einen in § 31 Abs. 1 SGB II genannten Verstoß

14 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 141.

15 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 155.

16 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 158 bis 160.

17 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 159, 176, 184.

18 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 143.

19 Schwarz/Vogt, NDV 2019, 529, 532.

20 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 159, 177, 186 f., 198 ff.

21 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 185, 188.

22 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 189.

23 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 199.

24 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 201.

25 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 205 f.

26 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 208.

27 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 210.

28 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 214 ff.

29 BGBl. I 2019 Nr. 45 vom 11.12.2019, 2046 f.

30 Schifferdecker/Brehm, NZS 2020, 1, 2.

maximal eine Kürzung des maßgeblichen Regelbedarfs von 30 % verhängt werden darf, dies gilt auch dann, wenn es sich um einen wiederholten Verstoß handelt. Höhere Minderungen und Leistungskürzungen wurden als mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärt, sind demnach fortan gänzlich untersagt und dürfen nicht mehr verhängt werden.³¹ Es ist somit ausschließlich eine Minderung des Regelbedarfs nach § 20 SGB II in der vom BVerfG gerade noch verfassungskonform festgestellten Höhe statthaft, nicht jedoch eine Minderung oder gar ein Wegfall anderer Bedarfe wie Mehrbedarf insbesondere nach § 21 SGB II, Bedarfe für Kosten und Unterkunft (KdU) oder Sonderbedarf nach § 24 SGB II. Eine Wohnungslosigkeit droht demnach nicht mehr. Auch die Pflichtmitgliedschaft in der Krankenversicherung nach § 5 Abs. 1 Nr. 2a SGB V sowie in der Pflegeversicherung nach § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2a SGB XI bleibt ebenso wie die Übernahme von Beiträgen zu einer privaten Kranken- sowie Pflegeversicherung nach § 26 SGB II erhalten, da es nicht mehr zu einem vollständigen Wegfall des ALG II kommen darf. Dies entschärft die Situation.

Ungeachtet dessen verpflichtet das BVerfG das Jobcenter in allen Fällen, in denen eine Leistungsminderung als Sanktion im Raum steht, zu prüfen, ob dies im konkreten Einzelfall für die betroffene Person zu einer außergewöhnlichen Härte führen würde. Ist dies der Fall, steht der Behörde ein Ermessensspielraum zu, von der Sanktion abzusehen. Denn die Regelungen der § 31a Abs. 1 Sätze 1 bis 3 SGB II sind nach Ansicht des BVerfG verfassungswidrig, soweit sie ohne Berücksichtigung dessen eine zwingende Minderung vorsehen.³² Kritisiert wird an der insoweit gebotenen Einzelfallprüfung der administrative Aufwand.³³

Auch dann, wenn die betroffene Person nachträglich der Mitwirkungspflicht nachkommen oder sich jedenfalls ernsthaft und nachhaltig hierzu bereit erklären würde, müsse das Jobcenter prüfen, ob in Ausübung pflichtgemäßem Ermessen von diesem Zeitpunkt an die Leistung wieder in vollem Umfang erbracht werden können. Hält das Jobcenter gleichwohl an einer Minderung fest, darf diese ab diesem Zeitpunkt an nicht länger als einen Monat andauern. Soweit § 31b Abs. 1 Satz 3 SGB II insoweit eine starre Dauer der Leistungsminderung von drei Monaten vorsehe, wurde auch dies für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärt.³⁴ Mit der Einführung einer „Wohlverhaltensregelung“³⁵ verliert die Maßnahme den „reinen Strafcharakter“.³⁶

V. Umgang mit bereits bestandskräftigen Verwaltungsakten

Vom Zeitpunkt der Verkündung des Urteils des BVerfG am 05.11.2019 darf keine Sanktion mehr wegen einer Pflichtverletzung nach § 31 Abs. 1 SGB II verhängt werden, die

über das verfassungsrechtlich zu billigende Maß hinausgeht.

Soweit es bereits in der Vergangenheit verfügte Sanktionen i.S.d. § 31 Abs. 1 SGB II angeht, muss differenziert werden. Wurde der Sanktionsbescheid nicht angefochten und trat Bestandskraft ein, wird dies durch die Entscheidung des BVerfG nicht berührt. In bereits bestandskräftige Sachverhalte wird nicht eingegriffen. Auch für den Fall, dass nach dem 05.11.2019 ein Antrag nach § 44 SGB X gestellt werden würde, wäre die Sonderregelung des § 40 Abs. 3 Satz 1 SGB II zu beachten, worauf auch das BVerfG ausdrücklich hinweist.³⁷ Ein Überprüfungsantrag wäre dann nur hinsichtlich von Minderungszeiträumen begründet, die zeitlich nach dem 05.11.2019 liegen. Vor dem 05.11.2019 liegende Zeiträume werden nicht berührt und dort verfügte Leistungsminderungen bleiben unabhängig von der Höhe unangetastet. Wurde der Bescheid hingegen wirksam angefochten und trat somit keine Bestandskraft ein, ist der Verwaltungsakt aufzuheben, soweit eine höhere Sanktion als die vom BVerfG nicht beanstandete 30 %ige Minderung des maßgeblichen Regelbedarfs ausgesprochen wurde.³⁸ Derartige Bescheide werden somit auf das vom BVerfG zulässige Maß zurückgesetzt, und zwar auch mit Wirkung für die Vergangenheit. Eine weitergehende Korrektur der nicht bestandskräftigen Bescheide, namentlich ob im Rahmen des über die Sanktion geführten Verwaltungsverfahrens die Frage einer außergewöhnlichen Härte im Raum stand, ist aber nicht vorgesehen.³⁹

D. Offene Fragen aus der Entscheidung des BVerfG

Das BVerfG war bei seiner Entscheidung an die aufgeworfenen Fragen aus der zu entscheidenden Normenkontrollvorlage des SG Gotha gebunden, wo lediglich Sanktionen nach § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 SGB II strittig waren. Wegen Vergleichbarkeit erweiterte das BVerfG den Prüfungsgegenstand allerdings auch auf die nicht strittige Sanktionsmöglichkeit des § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB II, ferner auf die zweite wiederholte Sanktion des § 31a Abs. 1 Satz 3 SGB II, d.h. den vollständigen Wegfall der Leistungen.⁴⁰ Das Gericht hat sich somit mit allen Sanktionen aus § 31 Abs. 1 SGB II in allen

31 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 215.

32 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 216.

33 Rixen, SGB 2020, 1,7.

34 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 217.

35 Greiser/Sušnjar, NJW 2019, 3683, 3686.

36 Schifferdecker/Brehm, NZS 2020, 1, 3.

37 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 220.

38 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 222.

39 Schifferdecker/Brehm, NZS 2020, 1, 5.

40 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 115.

drei Minderungs- bzw. Kürzungsstufen befasst, allerdings nur soweit es eLP angeht, die das 25. Lebensjahr bereits vollendet haben. Mit den verschärften Sanktionen, die der Gesetzgeber in § 31a Abs. 2 SGB II für eLP vorhält, die das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, hat sich das BVerfG nicht auseinandergesetzt. Insoweit fehlen auch verfassungsrechtlich fundierte Ausführungen zur Frage, ob eine solche altersmäßige Unterscheidung zulässig ist. Nach § 7 Abs. 3 Nr. 4 SGB II gehören unverheiratete bedürftige Kinder, wenn sie im elterlichen Haushalt leben, in die elterliche Bedarfsgemeinschaft, sodass auch ein Auszug von dort in einen eigenen Haushalt einer Begründung bedarf, wie sich den Regelungen in § 22 Abs. 5 SGB II und § 20 Abs. 3 SGB II entnehmen lässt. Ob aber diese grundsätzliche Zugehörigkeit zur elterlichen Bedarfsgemeinschaft einen Grund für eine zulässige Verschärfung der Sanktionen, die bereits auf der ersten Stufe alle Leistungen mit Ausnahme der Bedarfe nach § 22 SGB II und auf der zweiten Stufe bereits zum vollständigen Leistungswegfall führen, ist sehr fraglich. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Regelungen des § 31a Abs. 2 SGB II unabhängig davon greifen, ob die unter 25-jährige eLP in Bedarfsgemeinschaft mit ihren Eltern oder in einem eigenen Haushalt lebt. Vor allem in der zuletzt genannten Konstellation erschließt sich eine altersmäßige Differenzierung nicht. Es müssten tragfähige Gründe bestehen, die gegenüber dem vorgenannten Personenkreis eine solche höhere Sanktionierung obgleich der gleichen Pflichtverletzungen rechtfertigen würden. Solche Gründe sind nicht ersichtlich.

Auch andere Sanktionen waren nicht Gegenstand der Entscheidung vom 05.11.2019, d.h. weder die Sanktionen für unwirtschaftliches Verhalten und im Zusammenhang mit einer Sperrzeit nach § 31 Abs. 2 SGB II noch die § 32 SGB II vorgesehenen Sanktionen für Meldeversäumnisse.

Nachdem das BVerfG ausdrücklich festgestellt hat, dass Sanktionen nicht zur Bevormundung, Erziehung oder Besserung dienen dürfen,⁴¹ dürfte die Ungeeignetheit von Sanktionen wegen der in § 31 Abs. 2 Nr. 1, 3 und 4 SGB II genannten Konstellationen insgesamt feststehen, da hier Sachverhalte erfasst werden, die ausschließlich in der Vergangenheit liegen, sodass die eLP rückwirkend ihr Verhalten nicht ändern kann, wodurch eine Sanktion ausschließlich strafenden Charakter erhalten würde. Ob die in § 31 Abs. 2 Nr. 2 SGB II genannte Konstellation, in welcher die eLP ein unwirtschaftliches Verhalten nach entsprechender Belehrung fortsetzt, verfassungskonform ist, müsste noch geprüft werden, wobei auch hier die Geeignetheit einer hierauf gestützten Sanktion durch Begutachtung einschlägiger Studien geklärt werden müsste. Die Sanktion muss geeignet sein, das Ziel der Eingliederung in Arbeit zu fördern. Auch in diesem Zusammenhang wären jedenfalls Ermessensspielräume, wie dies das BVerfG in Härtefällen und bei Nachholung einer unterlasse-

nen Mitwirkung verlangt, einzuräumen, z.B. wenn die betreffende Person innerhalb des Minderungszeitraumes nach § 31b SGB II ein beanstandetes Verhalten abstellt, sodass sie wieder in den Genuss des Leistungsbezugs kommt.

E. Auftrag an den Gesetzgeber

Einer Nichtigkeitserklärung nach § 82 Abs. 1 BVerfGG i.V.m. § 78 Satz 1 BVerfGG bedurfte es im Hinblick auf die Regelungen der §§ 31 ff. SGB II nicht, weil der Gesetzgeber nach Ansicht des BVerfG verschiedene Möglichkeiten haben würde, den Verfassungsverstoß zu beseitigen.⁴² Der Gesetzgeber ist nunmehr berufen, die Sanktionen im SGB II unter Berücksichtigung der Ausführungen des BVerfG neu zu regeln; bis dahin sind einstweilen die vom BVerfG verfügte Übergangsregelungen zu beachten.

Sinnvoll wäre, wenn sich der Gesetzgeber zunächst nicht nur mit den Sanktionen des § 31 Abs. 1 SGB II, die Gegenstand der verfassungsrechtlichen Entscheidung gewesen sind, befasst, sondern auch die in § 31 Abs. 2 SGB II genannten Sanktionen sowie die wegen Meldeverstößen nach § 32 SGB II einer Novellierung unterzieht. Auch sollte der Gesetzgeber die unterschiedliche Beurteilung des betroffenen Personenkreises aufgeben und davon absehen, für unter 25-jährige eLP verschärfte Sanktionen vorzusehen. Hierfür gibt es keinen nachvollziehbaren Grund. Vor dem Hintergrund der Entscheidung des BVerfG dürften die verschärften Sanktionen hinsichtlich unter 25-jährigen eLP nicht mit dem Grundrecht auf Gewährung des Existenzminimums vereinbar sein.⁴³ Eingehend zu untersuchen wäre hier für den Fall, dass der Gesetzgeber an einem verschärften Sanktionsregime festhalten will, ob verschärfte Sanktionen überhaupt geeignet sind, auf die Personengruppe der unter 25-jährigen eLP stärker einzuwirken, als dies bei den an ältere eLP adressierten Sanktionen der Fall ist. Denn auf die Frage der Geeignetheit von Sanktionen kommt es, wie sich der Entscheidung des BVerfG vom 05.11.2019 entnehmen lässt, maßgeblich an.

Bei der Neuregelung der Sanktionen im SGB II insgesamt kann der Gesetzgeber auch unter die vom BVerfG noch für verfassungsrechtlich vertretbar erachteten Sanktionen gehen und niedrigere Höchstminderungssätze verfügen oder, worauf das BVerfG ausdrücklich hinweist, gänzlich auf Sanktionen verzichten.⁴⁴ Dies läge nach Ansicht des BVerfG

41 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 141.

42 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 212.

43 Greiser/Sušnjar, NJW 2019, 3683, 3686; Schifferdecker/Brehm, NZS 2020, 1, 5; Sartorius, ZPA 2019, 1293, 1300; Schwarz/Vogt, NDV 2019, 529, 532.

44 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 213.

im Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers.⁴⁵ Diese Option sollte dieser insbesondere vor dem Hintergrund der Masse der wegen Meldeversäumnissen verhängten Sanktionen in Erwägung zu ziehen, da diese mit nicht unerheblichen finanziellen Ressourcen einhergehen. Die Wirksamkeit derartiger Sanktionen dürfte ohnehin fraglich sein. In diesem Zusammenhang würde sich auch in den Fällen, in denen der Gesetzgeber an einer solchen Sanktion festhält, die Frage der Addition der Minderungen stellen, inwieweit diese zu anderen Sanktionen hinzutreten dürfen und auf welche Minderungshöhe hier maximal erkannt werden kann, weil auch Leistungsminderungen wegen Meldeversäumnissen begrenzt sein sollten.⁴⁶ Auf die in § 31 Abs. 2 SGB II genannten Sanktionen ist, soweit sie sich auf in der Vergangenheit liegende Sachverhalte bezieht, mangels Eignung ohnehin zu verzichten.

Selbst wenn der Gesetzgeber grds. an einem Sanktionssystem festhalten möchte, ist er nicht auf Leistungsminderungen beschränkt; er kann auch stattdessen die Leistungen von Geld auf Sachleistungen oder geldwerte Leistungen umstellen, worauf das BVerfG auch hinweist.⁴⁷ Dies würde zwar zu Einschränkungen in der Teilhabe führen, wäre aber im Hinblick auf die verfassungsrechtlich gebotene Verpflichtung der Sicherstellung des Existenzminimums tragbar. Eine Verpflichtung des Gesetzgebers, für wiederholte Pflichtverletzungen weitere oder sogar verschärfte Sanktionen vorzusehen, lässt sich der Entscheidung des BVerfG nicht entnehmen.

Ferner mag man auch, wenn man überhaupt weiterhin Sanktionen im SGB II vorsehen will, sich mit einer Sanktion begnügen. Sollte sich der Gesetzgeber aber dafür entscheiden, im Fall der wiederholten Pflichtverletzung eine eigenständige Sanktion zu verhängen, dürfte diese nicht in der Höhe ausfallen wie dies bisher mit § 31a Abs. 1 Sätze 2 und 3 SGB II der Fall gewesen ist. Das BVerfG weist darauf hin, dass der Gesetzgeber für einen solchen Fall eine geringere Minderung oder je nach Mitwirkungshandlung unterschiedliche Minderungshöhen vorsehen könne.⁴⁸ Auch solche liegen nach Ansicht des BVerfG im Rahmen seines Entscheidungsspielraumes.⁴⁹ Bei der Neuregelung wird der Gesetzgeber auch die vom BVerfG bis zu einer gesetzlichen Neuregelung vorgeschriebenen Übergangsregelungen⁵⁰ beachten müssen, sodass Regelungen vorsehen werden, um außergewöhnliche Härten zu vermeiden, ferner dass die Minderungsdauer in Abhängigkeit zur Frage der Nachholung der unterlassenen Mitwirkungspflicht oder der entsprechenden Bereiterklärung hierzu ausgestaltet wird.⁵¹ Die im Rahmen der Übergangszeit vorgesehene Härtefallregelung sowie die Möglichkeit der Verkürzung des Sanktionszeitraums müssen unbedingt auch bei den nicht im Verfahren vor dem BVerfG strittigen Sanktionen, z.B. den Sanktionen wegen Meldeversäumnissen,⁵² eingeführt werden.

F. Fazit

Nun ist „der Ball“ beim Gesetzgeber, der vor der Aufgabe steht, die beiden Extrempositionen miteinander zu versöhnen. Die Ausführungen des BVerfG sind hierbei zu beachten. Bis ein sicherlich langwieriger Gesetzgebungsprozess abgeschlossen werden kann, gelten die Übergangsregelungen des BVerfG. Diese sind sehr zu begrüßen, da sie die Sanktionen umgehend entschärfen, wodurch dann „Druck vom Kessel“ ist. Der gesetzlichen Neuregelung ist entgegen zu sehen.

45 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 224.

46 Schwarz/Vogt, NDV 2019, 529, 533.

47 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 213.

48 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 213.

49 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 224.

50 BGBl. I 2019 Nr. 45, 2046 f.

51 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 213.

52 Schifferdecker/Brehm, NZS 2020, 1, 5.

Verwaltungsrecht

Kennzeichnungspflicht für Polizeivollzugsbeamte verfassungswidrig?

BVerwG, Urt. v. 26.09.2019 - 2 C 32/18

RiBVerwG Dr. Klaus von der Weiden

A. Problemstellung

In einigen Bundesländern gibt es – in unterschiedlicher Ausgestaltung – eine sog. Kennzeichnungspflicht für Polizeivollzugsbeamte. Das bedeutet, dass sie durch an der Uniform angebrachte Namen oder Nummern erkennbar bzw. identifizierbar sind. In den meisten Bundesländern und beim Bund gibt es eine solche Kennzeichnungspflicht nicht. Bei der Namenskennzeichnung tragen die Polizeivollzugsbeamten im dienstlichen Kontakt mit dem Bürger ein Namensschild. Denkbar sind hier mehrere Untervarianten: die Beschränkung auf den Nachnamen, die Ergänzung um den Anfangsbuchstaben des Vornamens, die Ergänzung um den vollständigen Vornamen sowie die Ergänzung um den Dienstgrad oder dessen Abkürzung. Die Nummernkennzeichnung hat ihren Anwendungsbereich beim Einsatz der Polizeivollzugsbeamten in geschlossener Formation und in „voller Montur“, etwa bei Demonstrationen. Hier wird eine deutlich sichtbare mehrstellige Zahl oder eine Kombination aus Buch-

stabe(n) und Ziffern an der Uniform angebracht; diese Kennzeichnung kann einem Polizeivollzugsbeamten dauerhaft zugeteilt sein oder – z.B. von Einsatz zu Einsatz – wechseln.

Bezweckt werden mit der Kennzeichnungspflicht mehrere Ziele: Das Namensschild soll Bürgernähe zeigen und herstellen: Der Staat, der in Person von mit ggf. einschneidenden Eingriffsbefugnissen ausgestatteten Polizeivollzugsbeamten dem Bürger gegenübertritt, ermöglicht dem Bürger, den Polizeivollzugsbeamten von vornherein und nicht erst auf dessen Namensnennung hin mit dem Namen anzusprechen. Namensschild und Nummernkennzeichnung sollen außerdem die Ahndung von straf- und disziplinarrechtlich relevantem Fehlverhalten einzelner Polizeivollzugsbeamten erleichtern.

Allerdings wird die Kennzeichnungspflicht im politischen Raum und von den betroffenen Polizeibeamten vielfach kritisch gesehen. Die Einwände sind politischer und juristischer Natur: Die Polizeibeamten würden unter Generalverdacht gestellt, und das in einer Zeit, in der der Respekt ihnen gegenüber abgenommen habe und der Dienstherr sich deshalb eher stärker schützend vor sie stellen müsse. Außerdem verletzte die Kennzeichnungspflicht ihre Persönlichkeitsrechte. Und schließlich bringe die Kennzeichnungspflicht sie nicht nur bei der Namens-, sondern auch bei der Nummernvariante in die Gefahr, von einschlägigen Kreisen identifiziert und im Internet zur Zielscheibe zu werden.

Das BVerwG hatte sich mit der Brandenburger Variante zu beschäftigen. D.h.: ein auf den Nachnamen beschränktes Namensschild und eine dauerhafte Nummernkennzeichnung beim Einsatz in geschlossener Formation.

B. Gegenstand und Inhalt der Entscheidung

Die Klage eines brandenburgischen Polizeivollzugsbeamten, der sich gegen die Verpflichtung zum Tragen des Namensschilds und zur Kennzeichnung bei Einsätzen in einer geschlossenen Einheit wendet, ist auch beim BVerwG erfolglos geblieben. Das BVerwG hat im Wesentlichen ausgeführt:

I. Die gesetzlich angeordnete Verpflichtung von Polizeivollzugsbediensteten, bei Amtshandlungen an ihrer Dienstkleidung ein Namensschild zu tragen, ist verfassungsgemäß.

1. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, umfasst auch die Befugnis des Einzelnen, grds. selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden. Der Schutz des hieraus abgeleiteten Rechts auf informationelle Selbstbestimmung erstreckt sich auf alle Informationen, die etwas über die Bezugsperson aussagen können und damit auch auf den Namen. Damit greift die Namensschildpflicht in den Schutzbereich dieses Grundrechts ein.

2. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist nicht schrankenlos gewährleistet. Jenseits des unantastbaren Kernbereichs privater Lebensgestaltung kann es auf der Grundlage eines Gesetzes beschränkt werden, sofern dies im überwiegenen Allgemeininteresse liegt, sich Voraussetzungen und Umfang der Beschränkungen klar und für den Bürger erkennbar aus dem Gesetz ergeben und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist. Rechtsstaatsprinzip und Demokratiegebot verpflichten den Gesetzgeber, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen im Wesentlichen selbst zu treffen. Das hat der Landesgesetzgeber hier getan.

3. Die Pflicht zum Tragen eines Schilds mit dem Nachnamen ist verhältnismäßig.

Die Namensschildpflicht dient mit der Stärkung der Transparenz der Arbeit der Polizei und der Erleichterung der straf- und disziplinarrechtlichen Aufklärung von rechtswidrigem Verhalten legitimen Zielen. Die erleichterte Aufklärbarkeit von Übergriffen von Polizeivollzugsbediensteten beugt solchen Verstößen vor. Gerade die Begehung einer Straftat durch einen Amtsträger anlässlich der Wahrnehmung einer hoheitlichen Aufgabe erschüttert das Vertrauen in die Integrität staatlichen Handelns. Deshalb muss bereits der Anschein vermieden werden, dass gegen Amtswalter des Staates weniger effektiv ermittelt wird. Die Intensität des Eingriffs in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wird dadurch abgemildert, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit eröffnet hat, von der grundsätzlichen Verpflichtung abzuweichen. Außerdem darf der Beamte selbst über die Ausnahme entscheidet, wenn der hierfür eigentlich zuständige Vorgesetzte nicht erreichbar ist.

Zwar hat die Verpflichtung zur anlasslosen Offenbarung des Familiennamens für einen uniformierten Polizeivollzugsbediensteten eine beeinträchtigende Wirkung, weil der Name am Einsatzort bekannt wird und zudem nicht ausgeschlossen ist, dass Aufnahmen vom Einsatz und dem Verhalten der dort handelnden Bediensteten im Internet veröffentlicht werden. Allerdings ist der Familienname kein Datum aus der engen Privatsphäre des Bediensteten. Außerdem zeigen die bisherigen Untersuchungen, dass es weder eine steigende Zahl von Übergriffen gegen Polizeivollzugsbedienstete noch zur vermehrten Erhebung willkürlich-unberechtigter Strafanzeigen gegen Vollzugsbedienstete gekommen ist. Zudem kann der Polizeivollzugsbedienstete die Eintragung einer Auskunftssperre im Melderegister und auch einer Übermittlungssperre in den Fahrzeugregistern beantragen, um die Erlangung von weiteren Informationen über sich zu erschweren.

4. Es verstößt nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG, dass nur Polizeivollzugsbeamte in Dienstkleidung, nicht aber sonstige Bedienstete der Polizei zum Tragen eines Namensschildes verpflichtet sind. Diese Unterscheidung ist vor dem Hintergrund gerechtfertigt, dass Letztere regelmäßig keinen ständigen unmittelbaren Kontakt zum Bürger haben.

5. Schließlich verletzt die Namensschildpflicht nicht die Fürsorgepflicht als hergebrachter Grundsatz i.S.v. Art. 33 Abs. 5 GG. Sie hat für den einzelnen Polizeivollzugsbediensteten keine unzumutbaren Nachteile zur Folge. Unter Berufung auf die allgemeine Fürsorgepflicht kann eine zulässige gesetzgeberische Entscheidung nicht wieder infrage gestellt werden.

II. Auch die gesetzlich angeordnete Verpflichtung für Polizeivollzugsbedienstete, beim Einsatz geschlossener Einheiten an ihrer Dienstkleidung anstelle des Namensschilds eine zur nachträglichen Identitätsfeststellung geeignete Kennzeichnung mittels einer Ziffernkombination zu tragen, ist verfassungsgemäß.

1. Auch eine Nummernkennzeichnungspflicht greift in den Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ein. Denn auch der Umgang mit personenbezogenen Daten, die für sich genommen nur geringen Informationsgehalt haben, kann grundrechtserhebliche Auswirkungen auf die Privatheit und Verhaltensfreiheit des Betroffenen haben. Ein belangloses Datum gibt es nicht. Deshalb ist auch eine Nummernkennzeichnung ein personenbezogenes Datum.

2. Die gesetzliche Regelung genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Rechtfertigung eines Eingriffs in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

Legitimes Ziel der Nummernkennzeichnung ist primär die Sicherung der Aufklärbarkeit etwaiger Straftaten und nicht unerheblicher Dienstpflichtverletzungen von einzelnen Polizeivollzugsbediensteten im Rahmen von Einsätzen geschlossener Polizeieinheiten. Zugleich beugt sie rechtswidrigem Verhalten bei einem solchen Einsatz vor. Sie gewährleistet ferner, dass die Vielzahl rechtmäßig handelnder Polizeivollzugsbediensteter von einer Einbeziehung in konkrete Ermittlungen von vornherein verschont bleibt. Des Weiteren lassen sich Regressansprüche gegen delinquente Bedienstete einfacher durchsetzen. Die Kennzeichnungspflicht trägt zudem der Rechtsprechung des EuGH für Menschenrechte¹ Rechnung. Der Gerichtshof empfiehlt im Hinblick auf Art. 3 EMRK (Folterverbot), dass maskierte Polizeibeamte eine unverwechselbare Kennzeichnung, etwa eine Identifikationsnummer, sichtbar tragen. Andernfalls müssten die aus dem Einsatz von Polizeivollzugsbediensteten ohne individuelle Kennzeichnung resultierenden Schwierigkeiten bei der Zuordnung zu einem bestimmten Beamten durch entsprechende intensive Bemühungen bei der Aufklärung des Vorwurfs von Misshandlungen im Rahmen des Polizeieinsatzes ausgeglichen werden.

Ausgehend von der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers kann die Erforderlichkeit einer grds. festen Zuordnung der Kennzeichnung nicht verneint werden. Außerdem ist vorliegend jederzeit ein Wechsel der zugeordneten Kennzeichnung möglich; der Polizeivollzugsbeamte kann den einmaligen oder auch regelmäßigen Austausch der Kennzeichnung

beantragen. Die Verpflichtung zum Tragen der Kennzeichnung bei einem Einsatz einer geschlossenen Einheit ist angemessen. Die Intensität des Eingriffs ist relativ gering; die Zuordnung ist allein der personalverwaltenden Stelle unter Einhaltung von Sicherheitsvorkehrungen eröffnet.

III. Datenschutzrechtlich sind die betreffenden personenbezogenen Daten zu löschen, sobald ein Polizeivollzugsbediensteter eine Kennzeichnung nicht mehr nutzt und sofern die Daten nicht weiterhin für den Zweck ihrer Erhebung – die Feststellung der Identität des Polizeivollzugsbediensteten – erforderlich sind.

C. Kontext der Entscheidung

Die vor der Durchführung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens beim Verfassungsgericht des Landes Brandenburg unmittelbar gegen die gesetzliche Regelung erhobene Verfassungsbeschwerde war mit der Begründung verworfen worden, es fehle noch an einem behördlichen Vollzugsakt und diesen könne der Kläger angreifen.²

Ob der Verstoß eines Polizeivollzugsbediensteten gegen die Kennzeichnungspflicht zur Rechtswidrigkeit der Maßnahme führt oder welche Folgen im Übrigen eintreten, war im Revisionsverfahren beim BVerwG thematisiert worden, aber für die entscheidungserhebliche Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der gesetzlichen Regelungen ohne Bedeutung. Das Urteil verhält sich deshalb dazu nicht.

Gegen das ebenfalls am 26.09.2019 verkündete Urteil des BVerwG im Parallelverfahren 2 C 33/18 und die dortigen vorinstanzlichen Entscheidungen ist Verfassungsbeschwerde eingelegt worden.³ Es bleibt abzuwarten, ob auch das BVerfG die Verfassungskonformität der Kennzeichnungspflicht für Polizeivollzugsbeamte in Brandenburg bejaht.

D. Auswirkungen für die Praxis

Eine Kennzeichnungspflicht für Polizeivollzugsbeamte verstößt nicht per se gegen das Grundgesetz. Eine verfassungskonforme Ausgestaltung durch den Parlamentsgesetzgeber ist – bei strikter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – möglich. Das betrifft sowohl die Verpflichtung, ein Namensschild zu tragen, als auch diejenige, in einem geschlossenen Einsatz über eine Nummernkennzeichnung identifizierbar zu sein. Es ist eine politische Entscheidung des jeweiligen Gesetzgebers, solche Verpflichtungen vorzusehen oder nicht.

1 EGMR, Urt. v. 09.11.2017 - 47274/15; Hentschel und Stark, NJW 2018, 3763.

2 VerfGH Potsdam, Beschl. v. 20.06.2014 - 51/13.

3 2 BvR 2202/19.

Die Kapitalertragsteuer – das normative Umfeld von „Cum/Ex und Co“ Teil 1: Allgemeine Grundsätze des Abzugsverfahrens

VRi'inBFH Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel

Die Entscheidungen des FG Köln zu Cum-Ex¹ sowie des Hessischen Finanzgericht zu Cum-Cum² haben der Kapitalertragsteuer³ aktuell eine Prominenz verschafft, die diesem eher technisch anmutenden Ausschnitt der Einkommensbesteuerung sonst kaum zukommt. Vor diesem Hintergrund sollen im Folgenden die wesentlichen Strukturen des KapEst-Abzugsverfahrens aufgezeigt werden. Teil 1 beschreibt die allgemeinen Grundsätze des Abzugsverfahrens. Teil 2 wird sich in jM 6/20 mit internationalen Aspekten und Dividendenstripping beschäftigen.

A. Grundstruktur der KapEst

Die KapEst ist als Quellensteuer eine besondere Erhebungsform von Einkommensteuer⁴ (§ 20 EStG) und Körperschaftsteuer⁵ (§ 8 Abs. 1 Satz 1 KStG). Prägend für die Abgeltungsteuer sind der Abgeltungsteuersatz (§ 32d Abs. 1 EStG) sowie das Steuerabzugsverfahren (§§ 43 ff. EStG) mit der grundsätzlichen Abgeltungswirkung des Steuereinhalts (§ 43 Abs. 5 Satz 1 EStG). Dem korrespondieren materiellrechtlich insbesondere die Verlustverrechnungsbeschränkungen gem. § 20 Abs. 6 EStG und das Werbungskostenabzugsverbot (§ 20 Abs. 9 EStG).

Um jenseits des KapEst-Abzugs Steuergerechtigkeit sowie eine sachgerechte Abgrenzung der Abgeltungsteuer zur Regelbesteuerung des EStG zu gewährleisten, ist subsidiär das Veranlagungsverfahren vorgesehen. Kraft Gesetzes sind Ausnahmen von der Abgeltungsteuer in Gestalt einer Pflichtveranlagung zum Normaltarif vorgesehen, insbesondere für sog. Missbrauchsfälle i.S.v. § 32d Abs. 2 Nr. 1 EStG oder Versicherungsleistungen i.S.v. § 32d Abs. 2 Nr. 2 EStG. Ist das Abzugsverfahren nicht vorgesehen oder war es nicht erfolgreich, ist gem. § 32d Abs. 3 EStG die Veranlagung zum Sondertarif zur Korrektur des Ergebnisses des Abzugsverfahrens zwingend durchzuführen. Die Wahlveranlagung zum Normaltarif ist bei einer unternehmerischen Beteiligung i.S.v. § 32d Abs. 2 Nr. 3 EStG oder auf eine Günstigerprüfung gem. § 32d Abs. 6 EStG hin eröffnet, zum Sondertarif in den Fällen des § 32d Abs. 4 EStG. Greift ein Ausnahmetatbestand, korrespondiert die jeweilige Veranlagung mit einer zum Teil unterschiedlichen Anwendung von

Steuersatz, Werbungskostenabzugsverbot und Verlustverrechnungsbeschränkungen.

Die abgeltende Wirkung des Steuerabzugs (§ 43 Abs. 5 EStG) entfällt, wenn gem. § 32d Abs. 2 EStG der Sondertarif nicht gilt oder wenn die Kapitalerträge zu einer anderen Einkunftsart gehören. Auf Antrag des Gläubigers werden die Kapitalerträge gem. § 43 Abs. 5 Satz 3 EStG in die Veranlagung nach § 32d Abs. 4 (Überprüfung des Steuereinhalts) oder Abs. 6 (Günstigerprüfung) EStG einbezogen. Die Abgeltungswirkung des Steuerabzugs entfällt weiter, soweit der Gläubiger der Kapitalerträge in Anspruch genommen werden kann (§ 32d Abs. 3 EStG). Dies betrifft Kapitalerträge, die nicht der KapEst unterliegen haben (z.B. Zinserträge aus Privatdarlehen). Auch Umstände, die im Steuerabzugsverfahren nicht berücksichtigt wurden – z.B. das Teileinkünfteverfahren (§ 3 Nr. 40, § 43 Abs. 1 Satz 3 EStG) – sind im Veranlagungsverfahren geltend zu machen (§ 32d Abs. 2 Nr. 3, 4 und 6 EStG).

Das KapEst-Abzugsverfahren ist geprägt von einem Dreipersonenverhältnis zwischen dem Steuerpflichtigen,⁶ Finanzamt⁷ und Bank. Der Gläubiger der Kapitalerträge (§ 44 Abs. 1 Satz 1 EStG) ist Schuldner der KapEst. Die KapEst-Schuld ist ein eigenständiger Steueranspruch i.S.v. § 37 Abs. 1 AO. Gem. § 44 Abs. 5 Satz 2 oder § 44 Abs. 1 Satz 11 EStG kann die KapEst vom Steuerschuldner nachgefordert werden. Während das Steuerschuldverhältnis die Verpflichtung umfasst, die Steuer an das FA zu zahlen, ist diese Pflicht bei der KapEst herausgelöst,⁸ sie trifft den Schuldner der Kapitalerträge. Die „Bank“ ist verpflichtet zu Anmeldung, Einbehalt und Abführung der KapEst für

1 FG Köln, Urt. v. 19.07.2019 - 2 K 2672/17; dazu Martini, jM 2020, 169; vgl. auch schon FG Kassel, Urt. v. 10.03.2017 - 4 K 977/14 - EFG 2017, 656.

2 FG Kassel, Urt. v. 28.01.2020 - 4 K 890/17 - Pressemitteilung v. 30.01.2020.

3 Im Folgenden KapEst.

4 Im Folgenden ESt.

5 Im Folgenden KSt.

6 Im Folgenden Stpfl.

7 Im Folgenden FA.

8 Drüen, DStJG 2008, 167, 177.

Rechnung des Steuerschuldners. Sie haftet für die KapESt (§ 44 Abs. 5 EStG).⁹

Das Steuerabzugsverfahren ist in folgenden Normen geregelt:

§ 43 EStG – Kapitalerträge mit Steuerabzug

§ 43a EStG – Bemessung der KapESt

§ 44 EStG – Erhebung/Entrichtung der KapESt, Haftung

§ 44a EStG – Abstandnahme vom Steuerabzug

§ 43 Abs. 5 EStG – Abgeltungswirkung des Steuerabzugs

§§ 45a, 45d EStG – Anmeldung und Bescheinigung

§§ 44b, 45 EStG – Erstattung der KapESt

Vorrangige Spezialregelungen sind § 50 InvStG (§ 7, § 8 Abs. 6, § 19 Abs. 2 Satz 4 und 5 InvStG a.F.) sowie § 20 Abs. 1 REITG (§§ 43 ff. EStG gelten ergänzend).

Um das Nebeneinander von KapESt-Abzugsverfahren und Veranlagungsverfahren praktikabel zu machen, sind diverse Bescheinigungen vorgesehen, etwa die Bescheinigung eines im Steuerabzugsverfahren nicht ausgeglichenen Verlusts (§ 43a Abs. 3 Satz 4 EStG), die Nichtveranlagungs-Bescheinigung (§ 44a Abs. 2 Nr. 2 EStG) oder die Bescheinigung der einbehaltenen und abgeführten KapESt (§ 45a Abs. 2 Satz 1 (bzw. Abs. 3, 4) EStG).

Ein Steuerabzug findet bei den in § 43 Abs. 1 Satz 1 und 2 EStG (abschließend) enumerativ aufgezählten Kapitalerträgen statt. Diese Tatbestände sind mit den Besteuerungstatbeständen in § 20 Abs. 1 – 3 EStG weitgehend deckungsgleich. Erfasst sind inländische eigenkapital- bzw. eigenkapitalähnliche und gewinnabhängige Finanzinstrumente (§ 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2 bis 4 sowie 7a und 7b EStG), daneben die übrigen Fremdkapital darstellenden Finanzinstrumente sowie sämtliche Veräußerungen von Finanzinstrumenten (§ 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a, 6, 7 und 8 bis 12 sowie Satz 2 EStG). Ausländische Kapitalerträge mit Steuerabzug sind insbesondere laufende Erträge aus Beteiligungen an ausländischen Kapitalgesellschaften i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG (z.B. Dividenden) und Gewinne aus der Veräußerung von Auslandsanlagen i.S.d. § 20 Abs. 2 EStG (z.B. Veräußerung von Aktien), wobei der Steuerabzug voraussetzt, dass eine inländische Zahlstelle existiert (vgl. § 44 Abs. 1 Satz 3 Alt. 3, Satz 4 EStG). Inlands- oder Auslandsbezug sind in § 43 Abs. 3 EStG definiert.

Auch bei Kapitalerträgen i.S.v. § 20 Abs. 8 EStG i.V.m. §§ 13, 15, 17, 18, 21 EStG findet ein Steuerabzug statt (§ 43 Abs. 4 EStG), jedoch ohne Abgeltungswirkung (§ 43 Abs. 5 Satz 2 EStG). Es erfolgt die Veranlagung zum Normaltarif (§ 32a Abs. 1 EStG).

§ 43 Abs. 2 EStG sieht Ausnahmen vom Steuerabzug vor, etwa wenn Gläubiger und Schuldner der Kapitalerträge dieselbe Person sind (§ 43 Abs. 2 Satz 1 EStG) oder eine Freistellungserklärung für betriebliche Kapitalerträge vorliegt.

B. Bemessung der KapESt

Bemessungsgrundlage für den KapESt-Einbehalt ist bei laufenden Erträgen i.S.d. § 20 Abs. 1, § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 – 8 EStG der volle Kapitalertrag ohne Abzug (§ 43a Abs. 2 Satz 1 EStG), bei Veräußerungsgewinnen i.S.d. § 20 Abs. 2, § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 – 12 EStG der Unterschied zwischen den Einnahmen aus der Veräußerung nach Abzug der Aufwendungen, die im unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit dem Veräußerungsgeschäft stehen, und den Anschaffungskosten (§ 43a Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EStG i.V.m. § 20 Abs. 4 Satz 1 EStG). Abziehbar ist der Sparer-Pauschbetrag i.H.v. 801 €, falls ein Freistellungsauftrag erteilt wurde (§ 44a Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG).

Beim Steuerabzug finden § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 2, 3 EStG sowie die anteilige Steuerbefreiung gem. § 3 Nr. 40 EStG (40 %) (vgl. § 32d Abs. 2 Nr. 3 EStG) und § 8b KStG (95 %) oder Steuerbefreiungen aufgrund DBA (§ 50d Abs. 1 Satz 1 EStG) keine Berücksichtigung. Steuerinländer müssen diese Tatbestände im Veranlagungsverfahren geltend machen, um eine Anrechnung der KapESt gem. § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG (§ 36a EStG) bzw. Erstattung zu erreichen. Steuerausländer werden nicht veranlagt. Sie können einen Antrag auf Erstattung gem. §§ 43b, 50d EStG oder § 32 Abs. 5 KStG, subsidiär § 37 Abs. 2 AO stellen (zur Beschränkung der Erstattung vgl. § 50j EStG).

Zur Verlustverrechnung bzw. einem innerperiodischen Verlustausgleich gleichen Kreditinstitute bei jedem Kunden im gleichen Depot die negativen Kapitalerträge einschließlich bezahlter Stückzinsen bis zur Höhe der positiven Kapitalerträge aus (§ 43a Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 1 EStG). Bei Ehegatten erfolgt die Verrechnung zwischen allen für die Ehegatten geführten Konten und Depots, falls die Ehegatten

⁹ Dies ist insoweit problematisch, als die Entrichtungspflicht gem. § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG an Verwaltungsrichtlinien gebunden ist, während sich die Steuerschuld des Gläubigers der Kapitalerträge allein aus dem Gesetz ergibt. Die Haftung für Steuern ist aber grds. nicht auf eine verfahrensrechtliche Mitwirkungspflicht bezogen, sondern auf die Steuerschuld (zur Folge, dass keine Bindung der Haftung an die Richtlinien anzunehmen ist, Tappe in: Schön/Sternberg (Hrsg.), Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts III, 2018, S. 77, 85). Steuerrechtliche Haftung bedeutet Entstehen für eine fremde Steuerschuld (BFH, Urt. v. 02.05.1984 - VIII R 239/82 - BStBl. II 1984, 695, 696 Rn. 14), gerechtfertigt durch einen Zurechnungsgrund (Drüen, DStR-Beih. 2012, 85, 93), der bei der KapESt aus den Pflichten des Haftungsschuldners zum Quellensteuerabzug folgt.

einen gemeinsamen Freistellungsauftrag erteilt haben (§ 43a Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 EStG).

§ 20 Abs. 6 EStG sieht besondere Verlustverrechnungsbeschränkungen für Verluste aus der Veräußerung von Aktien, aus Termingeschäften sowie wertlos gewordenen Anlagen vor.¹⁰

Im Kalenderjahr nicht ausgeglichene negative Kapitalerträge sind auf das nächste Kalenderjahr zu übertragen und dort im Rahmen des Verlustverrechnungstopfes mit positiven Kapitalerträgen zu verrechnen (§ 43a Abs. 3 Satz 3 EStG). Sofern der Gläubiger der Kapitalerträge bei der auszahlenden Stelle bis zum 15.12. des laufenden Jahres keinen unwiderruflichen Antrag auf Erteilung einer Verlustbescheinigung nach § 43a Abs. 3 Satz 4 EStG stellt, überträgt sie die nicht ausgeglichenen Verluste auf das nächste Kalenderjahr (§ 43a Abs. 3 Satz 3 EStG).

Um ein weitergehendes Verlustverrechnungspotential zu nutzen, ist eine Veranlagung erforderlich (§ 32d Abs. 2 Nr. 1 – 3, Abs. 4, Abs. 6 EStG). Im Veranlagungsverfahren erfolgt eine Verrechnung mit Gewinnen, sofern eine Bescheinigung des nicht ausgeglichenen Verlustes durch das Kreditinstitut (§ 43a Abs. 3 Satz 4 Halbsatz 1 EStG) vorliegt (§ 20 Abs. 6 Satz 5 EStG).

Beim Steuerabzug berücksichtigt werden auch Solidaritätszuschlag¹¹ und Kirchensteuer¹² (§ 43a Abs. 1 Satz 2 EStG).¹³ Die Abziehbarkeit der Kirchensteuer und die Anrechnung ausländischer Quellensteuern sind bereits in die Formel des § 32d Abs. 1 Satz 4 EStG eingearbeitet.

$$\text{Abgeltungsteuer} = \frac{\text{Einkünfte aus Kapitalvermögen} - 4 \times \text{Ausländische Quellensteuern}}{4 + \text{Kirchensteuersatz}}$$

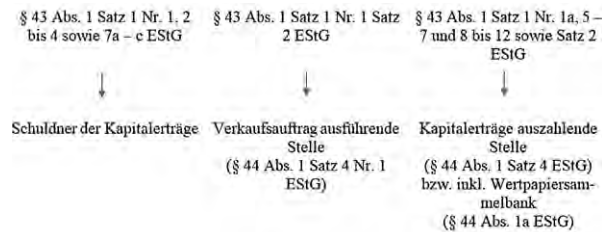
Bei einem Depotübertrag ohne Gläubigerwechsel (übertragender = empfangender Gläubiger, d.h. nur Depotwechsel) hat die abgebende auszahlende Stelle der übernehmenden die Anschaffungsdaten zu den übertragenen Wirtschaftsgütern mitzuteilen (§ 43a Abs. 2 Satz 3 EStG). Bei einem Depotübertrag aus dem EU-Ausland ist eine Bescheinigung der Anschaffungsdaten durch das ausländische Kreditinstitut erforderlich (§ 43a Abs. 2 Satz 5 EStG). Nicht möglich ist dies gem. § 43a Abs. 2 Satz 6 EStG bei Drittstaaten. Liegen die Anschaffungsdaten bei einer späteren Veräußerung/Einlösung nicht vor, erfolgt gem. § 43a Abs. 2 Satz 7 EStG ein Steuerabzug i.H.v. 30 % der Einnahmen aus der Veräußerung/Einlösung. Eine zutreffende Besteuerung ist über § 32d Abs. 4 EStG ggf. auch über § 32d Abs. 3 EStG zu erreichen.

Bei einem Depotübertrag mit Gläubigerwechsel (auch Wertpapierleihe) greift grds. die Veräußerungsfiktion gem. § 43 Abs. 1 Satz 4 EStG mit der Folge der Bemessung der KapEst gem. § 43a Abs. 2 Satz 8 ff. EStG (Börsenpreis ./ Kosten, hilfsweise 30 % der Anschaffungskosten bzw. 30 % der Einnahmen aus der Veräußerung/Einlösung).¹⁴

C. Entrichtung der KapEst

Die KapEst ist einzubehalten, sobald sie entsteht, d.h. im Zeitpunkt des Zuflusses der Kapitalerträge beim Gläubiger gem. § 11 Abs. 1 EStG (§ 44 Abs. 1 Satz 2, 3 EStG). Dividenden und andere Kapitalerträge i.S.v. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG fließen abweichend davon an dem Tag zu, der im Beschluss als Tag der Auszahlung bestimmt worden ist, bzw. – wenn ein Auszahlungszeitpunkt nicht festgelegt wurde – dem Tag nach der Beschlussfassung (§ 44 Abs. 2 EStG).¹⁵

Wer abzugspflichtig ist (Entrichtungspflichtiger), ist abhängig von der Art der Kapitalerträge (§ 44 Abs. 1 Satz 3, Abs. 1a EStG):



Die einbehaltene KapEst ist von dem Entrichtungspflichtigen gem. § 45a Abs. 1 Satz 1 EStG i.V.m. § 44 Abs. 1 Satz 5 EStG bis zum 10. des Folgemonates grds. auf elektronischem Weg anzumelden (Monatsanmeldung) und abzuführen.

10 Dazu Jachmann-Michel, jM 2020, 120.

11 I.H.v. 5,5 % (§ 1 Abs. 1, § 3 Abs. 1 Nr. 5, § 4 Satz 1 SolZG).

12 I.H.v. 8 % oder 9 % (landesrechtliche Kirchensteuergesetze i.V.m. § 51a Abs. 2b bis 2e EStG).

13 Typisierende Berücksichtigung der Abziehbarkeit der Kirchensteuer als Sonderausgabe (§ 10 Abs. 1 Nr. 4 Halbsatz 1 EStG), da die Kirchensteuer bei den Einkünften aus Kapitalvermögen nicht mehr als Sonderausgabe abgezogen werden kann (§ 10 Abs. 1 Nr. 4 Halbsatz 2 EStG). Seit 01.01.2015 ist der Kirchensteuerabzug verpflichtend ausgestaltet, Kreditinstitute haben einmal pro Jahr beim BZSt anzufragen, ob eine Kirchenstpf besteht. Durch Eintragung eines Sperrvermerks kann der Stpfl einer Weitergabe seiner Religionszugehörigkeit widersprechen. In diesem Fall wird die Kirchensteuer wie bisher im Veranlagungsverfahren erhoben.

14 Bei einer unentgeltlichen Übertragung erfolgt ein Steuerabzug von einem fiktiven Veräußerungsgewinn. Der Gläubiger der Kapitalerträge muss die KapEst der abzugsverpflichteten Stelle zur Verfügung stellen (§ 44 Abs. 1 Satz 7 – 9 EStG), anderenfalls wird sie auf Anzeige der abzugsverpflichteten Stelle durch das FA angefordert (§ 44 Abs. 1 Satz 10, 11 EStG). Erstattet wird die KapEst im Rahmen einer Veranlagung gem. § 32d Abs. 4 EStG, nicht aber gem. § 44b Abs. 5, 6 EStG. Zu vermeiden ist der Steuerabzug durch die Mitteilung des Gläubigers der Kapitalerträge an die auszahlende Stelle gem. § 43 Abs. 1 Satz 5, 6 EStG, dass es sich um einen unentgeltlichen Vorgang handelt (gem. § 43 Abs. 1 Satz 6 EStG Datenübermittlung an das FA). Jedenfalls erlangt das FA Kenntnis von Vorgängen, bei denen eine Erbschaft- oder Schenkungssteuerpflicht in Betracht kommt.

15 Bei stillen Gesellschaften und partiarischen Darlehen ist für den Steuerabzug der vertraglich vereinbarte Tag maßgebend (§ 44 Abs. 3 EStG).

ren. Bei Kapitalerträgen i.S.v. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG, insbesondere Gewinnausschüttungen, ist die einbehaltene Steuer in dem Zeitpunkt abzuführen, in dem die Kapitalerträge dem Gläubiger zufließen (Tagesanmeldung). Die Steueranmeldung (§ 45a EStG) ist eine Steuererklärung i.S.d. §§ 149, 150 AO und steht gem. § 168 Satz 1 AO einer Steuerfestsetzung unter Vorbehalt der Nachprüfung (§ 164 AO) gleich. Ihr Regelungsgehalt beschränkt sich darauf, dass der Schuldner der Kapitalerträge die angemeldeten Beträge abzuführen hat.¹⁶

Die zum Steuereinbehalt verpflichtete Stelle hat nach § 45a Abs. 2 Satz 1 EStG dem Gläubiger der Kapitalerträge auf Verlangen eine Bescheinigung über die einbehaltene und abgeführte KapESt (= sog. Jahressteuerbescheinigung) nach amtlichem Muster zu erteilen (→ § 32d Abs. 2, 4, 6; § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG; Anrechnung/Erstattung von KapESt). Gesetzlich ist keine automatische Versendung der Bescheinigung vorgesehen, da der steuerliche Sachverhalt durch die abgeltende Wirkung des Steuerabzugs bereits abschließend erledigt werden soll. Durch Kreditinstitute werden die Jahressteuerbescheinigungen allerdings regelmäßig freiwillig an die Stpfl automatisiert übersandt.

Das FA kann die KapESt-Anmeldung jederzeit ändern (§ 164 Abs. 2 Satz 1 AO). Der Gläubiger der Kapitalerträge kann die Aufhebung/Änderung der Steuerfestsetzung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung beantragen (§ 164 Abs. 2 Satz 2 AO). Die Bank kann die Anmeldung gem. § 168 Satz 1 AO i.V.m. § 164 Abs. 2 AO innerhalb der Festsetzungsfrist jederzeit durch Abgabe einer neuen Anmeldung ändern. Der Entrichtungsschuldner ist gem. § 153 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO grds. zur Berichtigung verpflichtet. Eine Zustimmung des FA ist nur bei Berichtigung eines zu hohen KapESt-Einhalts erforderlich (§ 168 Satz 2 AO).

Korrigiert wird der KapESt-Abzug weiter bei Veränderung einer Bemessungsgrundlage oder einer zu erhebenden KapESt (§ 43a Abs. 3 Satz 7 EStG).

Im Steuerabzugsverfahren sieht § 43a Abs. 3 Satz 7 EStG lediglich eine sog. Delta-Korrektur/Korrektur nur der aktuell verbleibenden Differenz und nur für die Zukunft (ab Kenntnis der auszahlenden Stelle) vor. Hat die auszahlende Stelle den Fehler offensichtlich selbst zu vertreten, kann sie laut BMF nach § 44b Abs. 5 Satz 1 EStG die Korrektur mit Wirkung für die Vergangenheit durchführen und die Korrektur des Steuerabzugs im Rahmen der nächsten Steueranmeldung berücksichtigen, sodass eine Änderung der ursprünglichen Anmeldung nicht erforderlich ist.¹⁷ Diese Spezialregelung verdrängt die Korrekturmöglichkeit gem. § 168 Satz 1 AO („hat ... vorzunehmen“). Es besteht keine gesetzliche Frist, da es sich nicht um die Änderung der alten Steueranmeldung handelt, sondern um die Einbeziehung

der Konsequenzen eines früheren Sachverhalts in eine neue, noch änderbare Steueranmeldung. Richtigerweise sollte eine Korrektur aber nicht mehr möglich sein, wenn die ursprünglich fehlerhafte Anmeldung gem. § 168 AO i.V.m. § 164 Abs. 2 AO festsetzungsverjährt ist.¹⁸

Eine § 43a Abs. 3 Satz 7 EStG entsprechende Regelung für das Veranlagungsverfahren enthält § 20 Abs. 3a EStG.¹⁹ Im Veranlagungsverfahren erfolgt eine Korrektur über die Erklärung gem. § 32d Abs. 3 EStG für Kapitalerträge, die nicht der KapESt unterlegen haben. Der Antrag gem. § 32d Abs. 4 EStG dient der Überprüfung des Steuereinhalts bei Kapitalerträgen, die der KapESt unterlegen haben.

D. Abstandnahme vom Steuerabzug

Nicht erhoben wird die KapESt, wenn die abzugspflichtige Stelle gem. § 44a EStG (Abstandnahme vom Steuerabzug) materiell-rechtliche Entlastungstatbestände bereits im Abzugsverfahren berücksichtigt. So wird ein späteres Veranlagungsverfahren, in dem die Beträge zu erstatten wären, vermieden. Wesentliche Fälle für private Kapitalanleger sind die eines Freistellungsauftrags oder einer Nichtveranlagungs-Bescheinigung. Bei bestimmten Kapitalerträgen i.S.v. § 44a Abs. 1 Satz 1 EStG i.V.m. § 43 Abs. 1 Satz 1, 2 EStG (z.B. Zinszahlungen i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG) erfolgt kein Steuereinbehalt, soweit die Kapitalerträge den Sparer-Pauschbetrag i.H.v. 801 € (§ 20 Abs. 9 Satz 1 EStG) nicht übersteigen und der Stpfl dem Kreditinstitut einen Freistellungsauftrag nach amtlich vorgeschriebenem Muster erteilt hat (§ 44a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG). Dafür muss der Stpfl seine Identifikationsnummer an das Kreditinstitut mitteilen (§ 44a Abs. 2a Satz 1 EStG). Der Freistellungsauftrag muss spätestens im Zeitpunkt des Zuflusses der Kapitalerträge vorliegen und ist – bis zu einer Änderung/einem Widerruf – zeitlich unbefristet gültig. Er wird ohne Beteiligung des FA erteilt. Es ist ein privatrechtlicher Auftrag des Gläubigers der Kapitalerträge an die abzugspflichtige Stelle. Bei Zusammenveranlagung ist ein gemeinsamer Freistellungsauftrag möglich, da § 20 Abs. 9 Satz 2 EStG auch einen gemeinsamen Sparer-Pauschbetrag (1.602 €) vor-

16 Zur Anfechtung der KapESt-Anmeldung BFH, Urt. v. 20.11.2018 - VIII R 45/15.

17 BMF vom 18.01.2016 - IV C 1-5 22252/08/10004:017 - BStBl. I 2016, 85 Rn. 241. Rückwirkender Fehlerstorno jedoch noch bis zum 31.12. des laufenden Jahres; vgl. Hoffmann in: Frotscher/Geurts, EStG, § 43a Rn. 106g.

18 Stahl, Aktuelle Brennpunkte der Abgeltungsteuer, 2018, S. 84.

19 Korrektur aber auch für die Vergangenheit, soweit verfahrensrechtlich noch möglich; Bescheinigung der auszahlenden Stelle, dass sie die Korrektur nicht vorgenommen hat und auch nicht vornehmen wird → § 32d Abs. 4 und 6 EStG.

sieht. Gem. § 43a Abs. 3 Satz 2 EStG erfolgt eine gemeinsame Verlustverrechnung über alle Konten und Depots der Ehegatten hinweg.

Der Freistellungsauftrag kann betragsmäßig beschränkt werden. Wird mehreren abzugspflichtigen Stellen ein Freistellungsauftrag erteilt, darf der Sparer-Pauschbetrag insgesamt nicht überschritten werden.

Bei bestimmten Kapitalerträgen i.S.v. § 44a Abs. 1 Satz 1 EStG i.V.m. § 43 Abs. 1 Satz 1, 2 EStG (z.B. Zinszahlungen i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG) ist keine KapESt einzubehalten, falls abzusehen ist, dass im Fall einer Günstigerprüfung nach § 32d Abs. 6 EStG keine Steuer entsteht und der Stpfl dem Kreditinstitut eine Nichtveranlagungs-Bescheinigung seines Wohnsitz-FA (§ 19 AO) vorgelegt hat (§ 44a Abs. 1 Satz 4, Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG).²⁰ Die Nichtveranlagungs-Bescheinigung ist ein sonstiger begünstigender VA i.S.v. § 130 Abs. 2 AO, wonach für den Gläubiger der Kapitalerträge auch im Fall der Günstigerprüfung eine ESt voraussichtlich nicht entstehen wird. Sie ist gem. § 44a Abs. 2 Satz 2 EStG unter Widerrufsvorbehalt (§ 120 Abs. 2 Nr. 3 AO) zu erteilen, muss spätestens im Zeitpunkt des Zuflusses der Kapitalerträge vorliegen und hat eine Geltungsdauer von höchstens drei Jahren. Gem. § 44a Abs. 2 Satz 4 EStG ist die Nichtveranlagungs-Bescheinigung bei Wegfall ihrer Voraussetzungen zurückzugeben.

E. Erstattung

Die Erstattung von KapESt ist in §§ 44b, 45 EStG geregelt. § 44b EStG ermöglicht eine Berücksichtigung materiell-rechtlicher Entlastungstatbestände und entsprechende Erstattung außerhalb einer Veranlagung, um zu verhindern, dass eine Veranlagung der Kapitaleinkünfte allein zum Zwecke der Erstattung der KapESt durchgeführt wird.

§ 44b Abs. 5 EStG sieht die Erstattung vor, wenn keine Verpflichtung zum Steuerabzug bestand (insbesondere fehlender Kapitalertrag oder unzutreffende Ermittlung der KapESt) oder der Gläubiger der Kapitalerträge eine für die Abstandnahme vom Steuerabzug erforderliche Bescheinigung (insbesondere Freistellungsauftrag (§ 44a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG) oder Nichtveranlagungsbescheinigung (§ 44a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG) verspätet (nach Abführung der KapESt) vorgelegt hat. Dies gilt für alle Arten von Kapitalerträgen.

§ 44b Abs. 6 EStG regelt die Erstattung bei einem Steuerabzug trotz Abstandnahmemöglichkeit. Dies betrifft Fälle, in denen – insbesondere bei Vorliegen eines Freistellungsauftrags oder einer Nichtveranlagungs-Bescheinigung – keine Abstandnahme vom Steuerabzug (§ 44a EStG) erfolgt ist und ein KapESt-Abzug vorgenommen wurde.

Erfasst sind nur Kapitalerträge i.S.d. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 EStG (insbesondere Dividenden oder Bezüge aus der Auflösung von Kapitalgesellschaften), die durch ein inländisches Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitut (§ 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 Buchst. b) EStG), das die zugrunde liegenden Wertpapiere, unter dem Namen des Gläubigers verwahrt, als Schuldner der Kapitalerträge oder für Rechnung des Schuldners ausgezahlt werden (§ 44b Abs. 6 Satz 1 EStG). Eine Verpflichtung zur Erstattung besteht lediglich in den Fällen von § 44b Abs. 6 Satz 4 EStG (Freistellungsauftrag, Verlustausgleich). Diese Erstattung ist nur möglich bis zur Ausstellung einer Steuerbescheinigung i.S.v. § 45a Abs. 2 Satz 1 EStG, längstens bis zum 31.03. des auf den Zufluss der Kapitalerträge folgenden Jahres. Änderung und Erstattung wirken für die Zukunft. Anders als im Rahmen von § 44b Abs. 5 EStG kann die ursprüngliche Steueranmeldung nicht geändert werden. Das Kreditinstitut haftet für zu Unrecht vorgenommene Erstattungen (§ 44b Abs. 6 Satz 2 Halbsatz 1 und Satz 4 Halbsatz 2 EStG i.V.m. § 44 Abs. 5 EStG).

§ 45 EStG schließt die Erstattung oder Anrechnung der KapESt an den Erwerber des Ertragsanspruchs aus, falls Stammrecht und Ertragsanspruch getrennt wurden. Wird eine Dividende an einen anderen als den Anteilseigner ausbezahlt, so hat der Zahlungsempfänger nach § 45 Satz 1 EStG grds. keinen Anspruch auf die Erstattung oder Anrechnung der KapESt. Denn der Anteilseigner (§ 20 Abs. 5 EStG) hat die Dividenden auch zu versteuern. Eine Sonderregelung für den Erwerber eines Dividendenscheins enthält § 45 Satz 2 EStG; bei ihm sind 3/5 der KapESt nicht anzurechnen oder zu erstatten. So wird entsprechend § 36a EStG gewährleistet, dass auf die Dividendenzahlungen 15 % KapESt einbehalten wird. Abweichend von Satz 1 hat der Erwerber eines Dividendenscheins den Erstattungsanspruch. Gem. § 36a EStG ist die Anrechenbarkeit der KapESt beim Anteilseigner u.a. von der Einhaltung einer Mindesthaltungsdauer und der Tragung eines Mindestwertänderungsrisikos aus den Kapitalerträgen zugrunde liegenden Anteilen abhängig. Da der Erwerber eines Dividendenscheines keine Anteile hat und er selbst lediglich die Forderung des Anteilseigners einzieht, kann er diese Voraussetzungen nicht erfüllen.

²⁰ Ein Kreditinstitut hat eine NV-Bescheinigung nach § 44a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG nur dann zu berücksichtigen, wenn diese mit Angabe der steuerlichen Identifikationsnummer (bei Ehegatten/Lebenspartnern von beiden) erteilt wurde. Bereits ohne Angabe der steuerlichen Identifikationsnummer erteilte NV-Bescheinigungen sind nur zu berücksichtigen, wenn die Identifikationsnummer aus anderen Gründen vorliegt (BMF vom 17.01.2019 - IV C 1-S 2252/08/1004:023 - BStBl. I 2019, 51).

F. Nachforderung, Nacherhebung

Wird die KapESt unzutreffend bzw. nicht einbehalten und abgeführt, können sowohl der Entrichtungsschuldner – durch Nacherhebungsbescheid (§ 167 Abs. 1 Satz 1 AO) oder Haftungsbescheid (§ 191 Abs. 1 Satz 1 AO i.V.m. § 44 Abs. 5 Satz 1, 3 EStG) – als auch der Gläubiger der Kapitalerträge – durch Nachforderungsbescheid (§ 44 Abs. 5 Satz 2 EStG i.V.m. § 155 Abs. 1 Satz 1 AO) – in Anspruch genommen werden, ggf. als Gesamtschuldner (§ 44 AO).

Während der Nachforderungsbescheid gegen den Stpfl eine (erstmalige) Festsetzung der KapESt gegenüber ihm darstellt, geht es bei der Nacherhebung gegenüber dem Entrichtungspflichtigen um die durch § 167 Abs. 1 Satz 1 AO eröffnete Möglichkeit der Festsetzung einer Haftungsschuld durch Steuerbescheid. Der Nacherhebungsbescheid gegen den Entrichtungspflichtigen (§ 167 Abs. 1 Satz 1 AO) ist ein Steuerbescheid (§ 155 Abs. 1 AO), allerdings über einen materiell-rechtlichen Haftungsanspruch. Die Haftungsvoraussetzungen müssen erfüllt sein. Die Entrichtungsschuld muss bestehen, eine Exkulpation nach § 44 Abs. 5 Satz 1 EStG muss fehlen (Verschuldensvermutung).²¹ Im Verfahren VIII R 59/14²² hat der BFH klargestellt, dass dann, wenn der Entrichtungsschuldner der KapESt im Wege des Nachforderungsbescheids in Anspruch genommen wird, wegen des materiell-rechtlichen Haftungscharakters des Nachforderungsanspruchs der Grundsatz der Akzessorietät der Entrichtungsschuld zur zugrunde liegenden KapESt-Schuld des Gläubigers der Kapitalerträge zu beachten ist. § 174 Abs. 4 Satz 3 AO kann in diesem Fall sowohl zur Unbeachtlichkeit der Festsetzungsverjährung der Entrichtungsschuld als auch zur Unbeachtlichkeit der Festsetzungsverjährung der zugrunde liegenden KapESt-Schuld als Primärschuld führen. Die Steuer, für die im Wege des Nacherhebungsbescheids materiell gehaftet wird, ist nicht die ESt des Empfängers einer Ausschüttung. Insofern ist die zur Lohnsteuer ergangene Rechtsprechung des BFH²³ auf die KapESt zu übertragen. Im entschiedenen Fall war die KapESt der Gläubiger einer abspaltungsbedingten Sachausschüttung die zugrunde liegende Steuerschuld (Primärschuld), auf die es im Rahmen der Akzessorietät ankam.

G. Haftung

Die Inanspruchnahme des Entrichtungsschuldners durch Haftungsbescheid (§ 191 Abs. 1 Satz 1 AO i.V.m. § 44 Abs. 5 Satz 1 EStG;²⁴ Ausnahme: § 44 Abs. 5 Satz 3 EStG) erfordert eine fehlende Exkulpation (Verschuldensvermutung) sowie eine ursprünglich entstandene und zwischenzeitlich nicht

erloschene KapESt-Schuld des Gläubigers der Kapitalerträge (Akzessorietät).²⁵

Die Inanspruchnahme des Gläubigers der Kapitalerträge (= Schuldner der KapESt) durch Nachforderungsbescheid (§ 155 Abs. 1 Satz 1 AO i.V.m. § 44 Abs. 5 Satz 2 EStG) ist durch § 44 Abs. 5 Satz 2 EStG auf drei Fälle beschränkt:

- § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 EStG: keine vorschriftsmäßige Kürzung der Steuer durch den Entrichtungspflichtigen,
- § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 EStG: Wissen über die nicht vorschriftsmäßige Abführung und keine unverzügliche Mitteilung an das FA,
- § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 EStG: der Entrichtungspflichtige hat Kapitalerträge zu Unrecht ohne Steuerabzug ausbezahlt.²⁶

Den Nachforderungsbescheid erlässt das Betriebsstätten-FA, während die Erklärungspflicht der Kapitalerträge gem. § 32d Abs. 3 EStG beim Wohnsitz-FA zu erfüllen ist.

H. Fazit

Das KapESt-Abzugsverfahren regelt die Erhebung von ESt/KSt auf Kapitalerträge an der sog. Quelle, primär ohne Beteiligung des Gläubigers der Kapitalerträge. Es ist geprägt vom Ineinandergreifen verschiedener Regelungen mit zum Teil geringer Systematik. Rechtsschutz wird grds. ausgehend von einer Veranlagung (vgl. § 32d Abs. 4 und 6 EStG) gewährt.

21 Keine Ermessensausübung, da Steuerbescheid; a.A. Heuermann in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO, § 167 Rn. 14.

22 BFH, UrT. v. 21.09.2017 - VIII R 59/14 - BStBl. II 2018, 163.

23 BFH, UrT. v. 06.03.2008 - VI R 5/05 - BStBl. II 2008, 597; BFH, Beschl. v. 17.03.2016 - VI R 3/15 - BFH/NV 2016, 994.

24 Problem: Bestimmtheit von § 44 Abs. 5 Satz 1 EStG, Revision anhängig VIII R 14/18.

25 Zum Umfang der Akzessorietät eingehend demnächst Farinato, Die Haftung für Kapitalertragsteuer.

26 Die Nachforderung nach § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 EStG ist im Zusammenhang mit § 44b Abs. 6 Satz 2 Halbsatz 1 und Satz 4 Halbsatz 2 EStG (Haftung des Kreditinstituts) zu sehen. Nach Nr. 3 kann neben der Haftung des inländischen Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituts der Steuerschuldner ohne weitere Voraussetzungen in Anspruch genommen werden, um den rechtswidrig erstatteten Betrag zurückzuführen. § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 und 2 EStG regeln den unterlassenen Einbehalt und die unterlassene Abführung. Bei einer rechtswidrigen Erstattung sind jedoch Einbehalt und Abführung ordnungsgemäß vorgenommen worden; a.A. Gersch in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 44 Rn. F 42, F 47, der in Nr. 1 den teilweise unterlassenen Einbehalt und in Nr. 3 den insgesamt unterbliebenen Abzug geregelt sieht.

Kontrolle der „Fünften Gewalt“?

Der Lobbyismus wird wegen seines faktischen Einflusses auf die Staatsgewalten zunehmend neben der Presse als „Fünfte Gewalt“ bezeichnet. Die Bewertung des Lobbyismus ist durchaus zwiespältig. Einerseits suchen die am Gesetzgebungsprozess Beteiligten durchaus das Gespräch mit Wirtschaftsvertretern, Verbänden und Lobbyisten, um sich vor einer Entscheidung umfassend über die wirtschaftlichen und rechtlichen Aspekte eines Vorhabens zu informieren. Andererseits wird die Durchsetzung spezifischer Interessen durch Lobbyarbeit häufig negativ wahrgenommen. Über konkrete Möglichkeiten, künftig mehr Transparenz herzustellen, sprachen wir mit einem Vertreter von LobbyControl.

Voelzke: Sehr geehrter Herr Lange, können Sie unseren Lesern einmal etwas über die praktische Arbeit von LobbyControl berichten?

Lange: Als unabhängige und überparteiliche zivilgesellschaftliche Organisation sehen wir unsere Aufgabe darin, über Lobbyismus in Deutschland und in der EU zu berichten und aufzuklären. Dazu bieten wir beispielsweise in Berlin Stadtführungen an, die die Hauptstadt mal aus einer anderen Perspektive zeigen: Welche Lobbybüros gibt es im Regierungsviertel, was wird da gemacht? An Hand praktischer Beispiele erfahren die Gruppen so, wie Lobbyismus funktioniert und warum das mitunter problematisch ist.

Sehen Sie auch konkrete Möglichkeiten, künftig mehr Transparenz herzustellen?

Ja, wir setzen uns auch für Reformen ein, etwa bei der Parteienfinanzierung oder bei den Regeln zu Interessenkonflikten bei Abgeordneten oder Regierungsmitgliedern. Grundsätzlich gilt: Da wo Geld auf Politik trifft, braucht es klare Regeln und Transparenz. Mit eigenen Recherchen tragen wir zudem dazu bei, fragwürdige Einflussnahme offenzulegen und zu kritisieren. Zuletzt konnten wir etwa zeigen, wie verschiedene Studien zum Thema Glyphosat von der heutigen Bayer-Tochter Monsanto finanziert wurden, ohne dass dies erkenntlich war. Die Studien spielten in der politischen Debatte eine Rolle – diese wäre eine andere gewesen, wenn der finanzielle Hintergrund transparent klar gewesen wäre.

Wie kommen Sie an praktische Informationen über das tatsächliche Ausmaß der Lobbytätigkeit?

Das ist tatsächlich gar nicht so einfach. Für Recherchen nutzen wir öffentlich zugängliche Informationen, zum Beispiel die Antworten der Bundesregierung auf parlamentarische Anfragen oder die Rechenschaftsberichte der Parteien. Teilweise bekommen wir auch Hinweise, denen wir dann nach-

gehen. Aber insgesamt fehlt es noch an vielen Stellen an Transparenz, um Lobbyeinflüsse besser nachvollziehen zu können.

Ist der Lobbyismus bei den im Bundestag vertretenen Parteien unterschiedlich stark ausgeprägt?

Wenn Sie meinen, wie empfänglich die Parteien für Lobbyeinflüsse sind, dann lässt sich das nicht so einfach beantworten. Jede Partei im Bundestag steht gewissen Interessengruppen näher als andere. Ganz klassisch steht die SPD den Gewerkschaften näher als die CDU und diese wiederum den Arbeitgebern näher als Grüne und Linke. Das lässt sich auch an Parteispenden und -sponsoring ablesen. Union und FDP erhalten am meisten Geld von Unternehmen, Unternehmen und ihren Verbänden während die Linke Spenden von juristischen Personen gar nicht annimmt.

Stellt der Lobbyismus aus Ihrer Sicht eine Gefährdung der Demokratie dar?

Wenn man unter Lobbyismus einen überbordenden, intransparenten und unausgewogenen Einfluss auf Politikergebnisse versteht, dann ja. An sich ist es nicht verkehrt und sogar wichtig, dass die Politik sich mit verschiedenen Interessengruppen austauscht. Die Frage ist nur, wie das geschieht. Wenn der – oft berechtigte – Eindruck entsteht, Politik würde sich vor allem an den Interessen der großen Wirtschaftsbranchen und Großunternehmen orientieren – man denke an die Autoindustrie – nimmt der Zuspruch und das Vertrauen in demokratische Politik und Institutionen Schaden. Einzelne Skandale verstärken das. So auch spektakuläre Seitenwechsel von hochrangigen Regierungsmitgliedern in Lobbyjobs oder hochdotierte Posten bei Unternehmen. Für eine starke, stabile und lebendige Demokratie sind gute Regelungen für Transparenz und Ausgewogenheit bei der Interesseneinbindung von nicht zu unterschätzender Bedeutung.

Timo Lange



LobbyControl e.V.

Herr Lange ist Politikwissenschaftler und arbeitet seit 2012 im Berliner Büro von LobbyControl. Dort beschäftigt er sich mit den Themen Transparenz und Regulierung, Umgang mit Interessenkonflikten und übergreifenden Fragen von Lobbyismus und Demokratie. Zuvor hat er im Kölner Büro der Organisation als EU-Referent gearbeitet.

Sie befürworten eine gesetzliche Regelung zur Einführung eines Lobbyregisters in Deutschland. Gibt es dafür in anderen Ländern bereits Vorbilder?

Ja, Deutschland würde mit der Einführung eines verpflichtenden Lobbyregisters auf gesetzlicher Grundlage kein juristisches Neuland betreten. In Europa haben zuletzt Irland und unser Nachbar Frankreich gesetzliche Lobbyregister eingeführt. Auch Kanada hat ein gutes System der Lobbyregulierung. Nicht zuletzt hat man auch in Brüssel, also auf EU-Ebene, inzwischen einige Erfahrung mit dem dortigen Transparenzregister gesammelt. Keine der Regelungen ist perfekt, aber von den Erfahrungen dort lässt sich lernen und darauf aufbauen.

Wie sollte das Register praktisch organisiert werden?

Von zentraler Bedeutung ist die rechtliche Definition von Lobbyarbeit und damit davon, wer genau sich verpflichtend registrieren muss – und wer nicht. Die Abgrenzung ist wichtig, damit etwa der Austausch von Bürgerinnen und Bürgern mit Abgeordneten nicht betroffen ist. Auch soll der kleine Handwerksbetrieb mit Abgeordneten im Wahlkreis über Gesetze und Politik sprechen können, ohne dass damit gleich Transparenzanforderungen ausgelöst werden. Im Lobbyregister erfasst werden soll die professionelle und organisierte Vertretung von Interessen gegenüber Bundestag und Bundesregierung. Das betrifft also Verbände, größere Unternehmen, Nichtregierungsorganisationen und Stiftungen, die Lobbyarbeit betreiben, aber auch die Lobbydienstleister wie Agenturen und auch einige Anwaltskanzleien.

Kanzleien und Agenturen müssen ihre Kunden, in deren Auftrag sie Lobbyarbeit machen, im Register eintragen. Das ist eine weitere Herausforderung für den Gesetzge-

ber, denn natürlich soll die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht weiter gelten. Aus unserer Sicht wäre es aber wichtig hier abzugrenzen: Handelt es sich bei der anwaltlichen Tätigkeit um Rechtspflege oder geht es darum, im Mandantenauftrag auf die Rechtsetzung selbst Einfluss zu nehmen? Das Register kann eigentlich nur sinnvoll funktionieren, wenn alle Akteure erfasst sind – sonst entstehen Verzerrungen, Schlupflöcher und Ungleichgewichte.

Wie schätzen Sie denn die Chancen für eine praktische Umsetzung eines Lobbyregisters ein?

Die Chancen sind jedenfalls erheblich gestiegen, seitdem sich auch Politiker und Parteien dafür aussprechen, die in der Vergangenheit stets behauptet haben, das derzeitige System sei transparent genug. Die FDP hat vor einigen Wochen einen eigenen Antrag für ein verpflichtendes Lobbyregister in den Bundestag eingebracht. Auch bei der Union ist man inzwischen deutlich offener dem Thema gegenüber. Entscheidend wird nun sein, ob die Koalitionspartner sich noch in dieser Legislaturperiode auf eine konkrete Regelung werden einigen können. Insgesamt halte ich es für recht wahrscheinlich, dass wir spätestens in der nächsten Wahlperiode Fortschritte in Sachen Transparenz beim Lobbyismus sehen werden. Ob das dann ein Lobbyregister auf gesetzlicher Grundlage ist oder doch nur unverbindlichere Regelungen, etwa auf der Ebene der Geschäftsordnung des Bundestags, das ist derzeit noch nicht absehbar.

Lieber Herr Lange, ich bedanke mich für das aufschlussreiche Gespräch.

Das Interview wurde geführt von
VPräsBSG Prof. Dr. Thomas Voelzke.

Dr. Jochen Sievers



Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht

Seit 1996 Richter in der Arbeitsgerichtsbarkeit und seit 2011 Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht in Köln. Mitautor des juris Praxis-Kommentars zum AGG. Für den juris PraxisReport Arbeitsrecht bespricht er regelmäßig Entscheidungen aus dem individuellen und kollektiven Arbeitsrecht sowie dem Prozessrecht. Darüber hinaus kommentiert er das TzBfG und das EFZG.

PD Dr. Gunter Deppenkemper LL.M., LL.M.



Weiterer aufsichtsführender Richter am Amtsgericht und Privatdozent an der Universität Osnabrück

Nach dem Referendariat wirkte Herr Deppenkemper als Assistent am Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück, wobei er in der Arbeitsgruppe des European Civil Code Project unter der Leitung von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. von Bar mitarbeitete und die Lehrbefugnis für Zivilrecht, Zivilverfahrensrecht, Europäische Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung erwarb. Er ist Richter am Amtsgericht Mannheim, wo er die Insolvenzabteilung leitet, und u.a. Mitautor mehrerer Kommentare zum BGB und zur ZPO.

Prof. Dr. Marc Sieper, Mag. rer. publ.



Professor an der Evangelischen Hochschule Ludwigsburg

Nach dem Studium der Rechtswissenschaften und der zweiten juristischen Staatsprüfung absolvierte Herr Sieper das Studium der Verwaltungswissenschaften in Speyer. 2001 erfolgte seine Promotion zum Dr. iur. an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Von 1998 bis 2017 war Herr Sieper als Rechtsanwalt und Fachanwalt für Medizinrecht (2007 bis 2017) in Düsseldorf, Bielefeld und Sindelfingen tätig. Seit 2017 ist er Professor für Recht der Sozial- und Gesundheitssysteme an der Evangelischen Hochschule Ludwigsburg mit den folgenden Schwerpunkten: Grundsicherungs- und Sozialhilferecht, Kinder- und Jugendhilfe- sowie Familienrecht, Sozialverwaltungsrecht, Recht der Rehabilitation und Teilhabe, Kranken- und Pflegeversicherungsrecht.

Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel



Vorsitzende Richterin am Bundesfinanzhof

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

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. 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

In eigener Sache: Corona-Information

Liebe Kundinnen und Kunden,

selbstverständlich verfolgen wir die Entwicklung rund um das Coronavirus sehr genau und haben entsprechende Vorkehrungen getroffen, womit wir unseren Geschäftsbetrieb auch in dieser besonderen Situation uneingeschränkt aufrechterhalten und um Ihnen weiterhin unsere Rechtsinformationen in gewohnter Qualität bereitzustellen.

Einige unserer Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter arbeiten im Home-Office mit Remote-Zugang zu unseren Systemen, um die Verfügbarkeit unserer Portale, die Aktualität unserer Daten und die Erreichbarkeit unseres Kundenservices zu gewährleisten. Dadurch stellen wir sicher, dass Sie auf unsere digitalen Rechtsinformationen auch im Falle möglicher weiterer Einschränkungen zugreifen können.

Unsere oberste Priorität ist es, Ihnen weiterhin einen ausgezeichneten Service zu bieten und darüber hinaus die Gesundheit und Sicherheit unserer Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zu jeder Zeit zu gewährleisten. Zudem streben wir an, unsere Neu-Entwicklungen so weit als möglich wie geplant weiter zu verfolgen.

Kontakt Kundenservice

Für Fragen steht Ihnen montags bis freitags von 8:00 bis 18:00 Uhr unsere Kundenbetreuung zur Verfügung.

- **Tel.: 0681/5866-4422**
- **E-Mail: kundenservice@juris.de**

Um die Arbeit der **Hochschulen und Studierenden** zu unterstützen, haben wir für alle unsere Partner-

Universitäten unbürokratisch und schnell den Zugang per VPN auch von zuhause aus freigeschaltet. Allen Interessierten stehen unsere unverbindlichen Testabos kostenfrei zur Verfügung. Zudem können viele unserer Produkte sehr zeitnah direkt online erworben und freigeschaltet werden

Um bei den aktuell drängendsten Rechtsfragen eine schnelle Orientierung zu geben, haben wir zudem ein **rechtsgebietsübergreifendes Dossier zum Thema Coronavirus** frei zugänglich gemacht, das ständig ausgebaut und aktualisiert wird. Dort finden Sie bereits Beiträge von renommierten Autoren wie Dr. Detlef Grimm, Prof. Dr. Christian Winterhoff, Prof. Dr. Franz Düwell und Peter Groll zum Öffentlichen Recht, Arbeitsrecht und Sozialrecht sowie eine Sammlung Corona-bezogenen juris Nachrichten, die stetig aktualisiert wird.

www.juris.de/magazin

Neue Werke für Ihre Recherche freigeschaltet

Damit Sie bei juris immer die besten Rechtsinformationen finden, wird die juris Online-Recherche fortlaufend mit neuer Fachliteratur der jurisAllianz Partnerverlage ergänzt. Die Allianz der Partnerverlage Dr. Otto Schmidt, De Gruyter, Erich Schmidt, C.F. Müller, Hüthig Jehle Rehm, Stollfuß Medien, Regevis, dfv Mediengruppe, Deutscher Anwaltverlag, Deutscher Notarverlag und IWW Institut gestaltet gemeinsam mit juris die Zukunft der Online-Rechtswelt.

www.juris.de/neuewerke

juris Webinare

Nutzen Sie unser kostenfreies Webinar-Angebot auch im Homeoffice und melden Sie sich für einen unserer Termine an!

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

Mit Hilfe der juris Webinare erfahren juris Nutzer immer wieder neue Möglichkeiten im Umgang mit unserer Rechercheoberfläche.

Neukunden erleichtert der Besuch eines Einführungs-Webinars den Einstieg in die Datenbank-Recherche.

Aktuelle Termine

13.05.2020, 14:00 – 15:00 Uhr

28.05.2020, 11:00 – 12:00 Uhr

05.06.2020, 11:00 – 12:00 Uhr

17.06.2020, 14:00 – 15:00 Uhr

23.06.2020, 14:00 – 15:00 Uhr

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

Fragen zur Recherche?

Keine Zeit für ein Live-Webinar? Dann helfen wir Ihnen mit der juris Kurzanleitung, Online-Hilfen auf unserer Website und Erklär-Videos auf YouTube weiter. Hier können Sie sich jederzeit selbst nach Ihrem persönlichen Bedarf in die juris Recherche einarbeiten, Recherchestrategien verfeinern und damit die juris Recherche optimal zu nutzen.

www.juris.de

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

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.

Jetzt Gratistest anfordern unter: www.juris.de/dav



ab **75,00 €**/Monat

zzgl. MwSt.

juris

 **Deutscher Anwalt Verein**



Eine Gemeinschaft, geschmiedet zu Ihrem Vorteil.

30 Jahre intelligentes juris Wissen, vernetzt mit der marktführenden Fachliteratur der jurisAllianz Partner, ermöglicht allen Juristen und Rechtsanwendern die verlagsübergreifende Recherche – einfach, schnell, lückenlos und rechtssicher. Profitieren auch Sie von der starken jurisAllianz!

www.juris.de/allianz

jurisAllianz

Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.

juris[®]
Das Rechtsportal

ottoschmidt

DE GRUYTER
D | G

ESV ERICH
SCHMIDT
VERLAG

 **C.F. Müller**

rehm

STOTAX
Stollfuß Medien

 **Reguvis**

dfv Mediengruppe

 **DeutscherAnwaltVerlag**

 **DeutscherNotarVerlag**

IWW
INSTITUT