

# Juris<sup>®</sup> Die Monatszeitschrift

JM 3 | MÄRZ  
2021

## Topthema:

### Erfahrungen und Ideen mit der Einführung der E-Akte in der gerichtlichen Praxis

Dir d. AG Bernd Klasen, RiLG Dr. Niklas Schreiner und JOAR Bernd Spaniol

## In dieser Ausgabe:

### Das Teilhabechancengesetz – neue Wege zur Reduzierung der Langzeitarbeitslosigkeit?

Prof. Dr. Wolffhard Kohte

### Die Haftung für Kapitalertragsteuer

RA Dr. Enrico Farinato, LL.B.

## Interview:

### Vom beitragsfinanzierten zum steuerfinanzierten Gesundheitssystem

PräsBSG Prof. Dr. Rainer Schlegel



# Zusammen unschlagbar juris **DAV**



## Das exklusive Recherche-Angebot für DAV-Mitglieder

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

**Mehr Informationen und Gratistest unter:**  
[www.juris.de/dav](http://www.juris.de/dav)



ab **75,00 €**/Monat

zzgl. MwSt.

**juris**<sup>®</sup>

  
Deutscher **Anwalt**Verein

## INHALT

### AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

**Topthema:**

**Zivil- und Wirtschaftsrecht**

**Erfahrungen und Ideen mit der Einführung der E-Akte in der gerichtlichen Praxis – zugleich ein Tagungsbericht**

Dir d. AG Bernd Klasen, RiLG Dr. Niklas Schreiner und JOAR Bernd Spaniol

S. 90

**Einschränkbarkeit von airbnb-Vermietungen nach der Dienstleistungsrichtlinie**

EuGH, Urt. v. 22.09.2020 - C-724/18 und C-727/18  
Wiss. Mit. Max Ransiek

S. 95

**Störende Passagiere als Ursache für eine Flugverspätung und die Folge für den Ausgleichsanspruch**

EuGH, Urt. v. 11.06.2020 - C-74/19

Wiss. Mit. Dr. Rudi Ruks und Franziska Scharnetzki

S. 97

**Rücktritt nach Fristsetzung zur Nacherfüllung**

BGH, Urt. v. 26.08.2020 - VIII ZR 351/19

Prof. Dr. Michael Jaensch

S. 100

**Arbeitsrecht**

**Keine Beschäftigung ohne Maske**

ArbG Siegburg, Urt. v. 16.12.2020 - 4 Ga 18/20

VPräsLArbG a.D. Prof. Dr. Heinz-Jürgen Kalb

S. 103

**Sozialrecht**

**Das Teilhabechancengesetz – neue Wege zur Reduzierung der Langzeitarbeitslosigkeit?**

Prof. Dr. Wolfhard Kohte

S. 106

**Verwaltungsrecht**

**Keine Fahrer – keine Auskunft**

BVerwG, Urt. v. 17.06.2020 - 8 C 2/19

RiVG Dr. Philipp Finger

S. 112

# INHALT

## AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

### Steuerrecht

**Die Haftung für Kapitalertragsteuer**  
RA Dr. Enrico Farinato, LL.B. S. 114

---

**Zahlung eines Verwarngeldes durch den Arbeitgeber für einen Parkverstoß des Arbeitnehmers kein Arbeitslohn**  
BFH, Urt. v. 13.08.2020 - VI R 1/17  
RiBFH Dr. Roland Krüger S. 122

---

### Strafrecht

**Trunkenheitsfahrt mit E-Scooter (?)**  
BayObLG München, Beschl. v. 24.07.2020 - 205  
StRR 216/20  
RA Prof. Dr. Guido Britz S. 126

---

## INTERVIEW

**Vom beitragsfinanzierten zum steuerfinanzierten Gesundheitssystem**  
Interview mit:  
PräsBSG Prof. Dr. Rainer Schlegel S. 129

---

## Über die Zukunft...



**Prof. Dr. Stephan Weth**

Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Prozess- und Arbeitsrecht sowie Bürgerliches Recht an der Universität des Saarlandes

...des Zivilprozesses hat die gegründete Arbeitsgruppe „Modernisierung des Zivilprozesses“ im Auftrag der Präsidentinnen und Präsidenten der OLG, des KG, des BayObLG und des BGH nachgedacht. Frucht dessen ist ein umfangreiches Diskussionspapier (abrufbar auf der Webseite des OLG Nürnberg unter Aktuelles). Hintergrund des Papiers ist die Überlegung, dass die gerichtliche Praxis immer deutlicher zeige, dass der bisherige Rechtsrahmen die Möglichkeiten der Digitalisierung nicht ausschöpfe und es weiterer gesetzgeberischer Schritte bedürfe, um neue technische Möglichkeiten im Zivilprozess sinnvoll nutzbar zu machen. Ziel war und ist es, konkrete Vorschläge zur Anpassung der ZPO zu erarbeiten und die aus gerichtlicher Sicht erforderlichen Maßnahmen in den politischen Prozess einzubringen und die zukünftige Gesetzgebung zu begleiten. Das Diskussionspapier schlägt zahlreiche Maßnahmen vor: etwa Erleichterung des elektronischen Zugangs der Bürger zur Ziviljustiz (durch virtuelle Rechtsantragsstellen); Optimierung des ERV; Einführung eines beschleunigten Online-Verfahrens für Streitwerte bis 5.000 Euro; Strukturierung des Parteivortrags. Der Parteivortrag soll in einem gemeinsamen elektronischen Dokument (Basisdokument) abgebildet werden, das an die Stelle des „anachronistischen Austauschs von Schriftsätzen“ (Dickert, RD, Heft 2, S. III) treten soll.

Es ist sicher richtig, dass die Digitalisierung des Zivilprozesses weit stärker als bisher vom Gesetzgeber begleitet werden müsste und es ist verdienstvoll, Vorschläge zur Anpassung der ZPO hinsichtlich der Nutzung neuer technischer Möglichkeiten zu machen. Allein – es wird sich vieles von dem, was im Diskussionspapier vorgeschlagen wird (z.B. Arbeit mit dem Basisdokument) wegen zeitaufwendiger Vorarbeiten durch

den Gesetzgeber und die Praxis nicht kurzfristig verwirklichen lassen; es schweift hier der Blick der Arbeitsgruppe weit in die Zukunft neuer Möglichkeiten. Und das birgt die Gefahr, dass wir die schon vorgegebenen Aufgaben aus dem Blick verlieren. Zu diesen gehört sicherzustellen, dass bis zum 01.01.2026 die E-Akte flächendeckend einsetzbar ist. Kann das gelingen, wird es gelingen? Dies wird von vielen Faktoren abhängen; einer dieser Faktoren ist die Benutzerfreundlichkeit der E-Akte, die durchaus unterschiedlich beurteilt wird. Viele sehen hier Verbesserungsmöglichkeiten und -bedarf.

In unserem Top-Beitrag „Erfahrungen und Ideen mit der Einführung der E-Akte in der gerichtlichen Praxis“ werden weitere Faktoren behandelt, die für den Erfolg der E-Akte von essenzieller Bedeutung sind. Es bedarf eines guten Akzeptanzmanagements um – wie unsere Autoren formulieren – vom Willigen bis zum Totalverweigerer alle mitzunehmen. Um das zu erreichen seien Schulungskonzepte von zentraler Bedeutung. Der Schulungsbedarf sei erheblich und müsse zumindest in der Anfangsphase eine Vor-Ort-Betreuung umfassen. Bis zur benutzerfreundlichen E-Akte, bis zu guten Schulungskonzepten, bis zur Mitnahme und Schulung der Nutzer, bis zur flächendeckenden Akzeptanz der E-Akte ist noch ein weiter Weg zurückzulegen. Er wird nur mit der nötigen Aufmerksamkeit und Fokussierung gemeistert werden können.

Um die Zukunft unseres Gesundheitssystems geht es im jM-Interview mit dem Präsidenten des BSG, Prof. Dr. Rainer Schlegel. Er attestiert dem deutschen Gesundheitssystem, eines der besten der Welt zu sein. Allerdings sei es vor dem Hintergrund einer alternden Gesellschaft und den mit dem medizinischen Fortschritt steigenden Kosten für das Gesundheitssystem notwendig, darüber nachzudenken, wie das Gesundheitssystem auch morgen noch finanziert werden könne. Schlegel schlägt dazu eine Steuerfinanzierung vor. Das führe zu einer Beitragsentlastung bei Arbeitnehmern und Arbeitgebern und zudem zu einer Arbeitsplatzsicherung in Deutschland, fördere unsere internationale Wettbewerbsfähigkeit und unseren wirtschaftlichen Erfolg; zudem sei die Steuerfinanzierung gerechter als das System der Beitragsfinanzierung. Warum das so ist, ist spannend nachzulesen. Manch einer mag Zweifel hegen, ob der Weg von der Beitragsfinanzierung zur Steuerfinanzierung der richtige Weg ist. M.E. kann aber nicht ernsthaft darüber gestritten werden, dass eine Diskussion dieser Frage dringend notwendig ist.

Ich würde mich freuen, wenn Sie die beiden angesprochenen und alle anderen Beiträge unseres Heftes mit viel Spaß und Gewinn lesen und bin mit besten Grüßen

Ihr

Stephan Weth

## Erfahrungen und Ideen mit der Einführung der E-Akte in der gerichtlichen Praxis – zugleich ein Tagungsbericht

Dir d. AG Bernd Klasen, RiLG Dr. Niklas Schreiner und JOAR Bernd Spaniol

### A. Ausgangslage

Im föderalen Staat wird vielerorts auf unterschiedlichste Art und Weise dem gesetzgeberischen Auftrag Rechnung getragen, bis zum 01.01.2026 flächendeckend die E-Akte einzusetzen.<sup>1</sup> Mit drei E-Akten-Systemen und entsprechenden „Entwicklungsverbänden“ versuchen 16 Bundesländer derselben Frage Herr zu werden: Wie kann die analoge Welt zukünftig mit einem greifbaren Mehrwert für die Nutzer in die elektronische Welt übertragen werden?<sup>2</sup> Damit befassen sich zahlreiche Arbeitsgruppen auf Bundes- wie auf Landesebene. Die bisherigen Erfahrungen der „Arbeitsebene“ bei den einzelnen (Pilot-)Gerichten wurden auf einer von dem Präsidenten des LG Rostock initiierten Tagung im September 2020 zusammengetragen. Dabei wurde festgestellt, dass häufig parallel mit großem Aufwand und in hervorragender Qualität in den verschiedenen Ländern „Best-Practices“ erarbeitet wurden, die im Grunde für alle Gerichte auch über die verschiedenen Länderverbände hinweg in ihrer täglichen Arbeit höchst wertvoll sind.

Aus der Vielzahl der (guten) Ideen wollen die Autoren einige herausgreifen und nachfolgend darstellen.

### B. Laufbahnübergreifender Perspektivenwechsel: Wir sitzen alle – Richter,<sup>3</sup> Rechtspfleger, Servicekraft, Justiz- und Gerichtsverwaltung – in einem Boot!

I. Die gerichtliche Arbeit mit der E-Akte bringt für jede Laufbahngruppe Veränderungen – Vorteile wie Nachteile – mit sich. Es ist zwar menschlich, dass jede Laufbahngruppe die Frage der bestmöglichen Handhabung der E-Akte zunächst aus ihrer eigenen Perspektive wahrnimmt und die „eigenen“ Vor- und Nachteile bilanziert. Eine insgesamt bestmögliche Zusammenarbeit kann allerdings nur bei einem gemeinsamen Verständnis aller Beteiligten als Teil einer Organisationseinheit, Kammer, Abteilung oder letztlich eines Gerichts entwickelt werden. Solange jede Gruppe mit Argusaugen auf ihren eigenen Mehr- oder Minderaufwand blickt und sich gegen die Gefahr von Mehraufwänden zu wehren versucht, ist ein konstruktiver Diskurs über die – insgesamt – beste Art der Zusammenarbeit kaum möglich. Diese Gesamtperspektive fällt nicht jedem in den Schoß, für manchen ist hier ein Umdenken notwendig. Wer hier einwendet, dies sei nichts

Neues und habe mit der E-Akte wenig zu tun, hat Recht. Allerdings bringt die E-Akte so viel Veränderung für den Gerichtsallday mit sich, dass es in diesem Umstellungsprozess darauf ankommt, möglichst viele Mitarbeiter für eine gemeinsame Perspektive zu gewinnen.

Das setzt die Kenntnis der jeweils anderen Bearbeitungsweise und ein erhebliches Maß an Kommunikation voraus. Die Teilnehmer der Tagung waren sich einig, dass für das „Austarieren“ der durch E-Akte veränderten Zusammenarbeit laufbahnübergreifende Jour Fixes und Tagungen unabdingbar sind. Ziel muss die bestmögliche Zusammenarbeit mit der E-Akte sein, auf dem Weg könnte ein laufbahnübergreifendes „Geben und Nehmen“ als gemeinsames Leitbild dienen.

II. Sinnvollerweise steht vor jeder digitalen Transformation eine umfassende Workflowanalyse. Die Industrie spricht insoweit von „Lean Management“. In diesem Zusammenhang bedürfen nur wirklich erforderliche Arbeitsschritte der Digitalisierung. Arbeitsabläufe betrachten und optimieren setzt allerdings voraus, dass die Akteure aus ihrer unterschiedlichen Perspektive zusammenarbeiten. In den Praxisworkshops wurde von Richtern beklagt, dass sie in der Bearbeitung der E-Akte zu Verfügungen „gezwungen“ würden, die sie in der analogen Welt per Hand viel einfacher und schneller bewerkstelligen könnten. Ein Beispiel hierfür sei die Sachstandsanfrage an einen Sachverständigen, wenn innerhalb der vom Gericht gesetzten Frist das Sachverständigengutachten nicht eingegangen ist. Braucht der Richter in der analogen Welt hierfür ca. 10 – 20 Sekunden (nämlich: Verfügung 1. SAA an SV 2. B.E/4Wo, Datum, Unterschrift), könnte in der E-Akte zukünftig die Sachstandsanfrage an den Sachverständigen von dem Richter gleich selbst fertiggestellt werden. Das dauert natürlich länger, ca. 2 – 3 Minuten. Dafür könnte die Sachstandsanfrage anschließend ohne Einschaltung der Serviceeinheit abgesendet werden, ohne dass ein Bearbeitungsstau,

1 Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs vom 05.07.2018 (BGBl. I 2018, 2208).

2 Vgl. Köbler/Sorge/Vogelgesang, DRiZ 2020, 308.

3 Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in diesem Beitrag das generische Maskulinum verwendet.

etwa aufgrund Erkrankung oder Urlaubs, auf der Serviceeinheit dem entgegensteht. Der Richter mag sich fragen, warum er dies tun soll. Warum soll er gleich die Arbeit seiner Serviceeinheit miterledigen? Würde er so zum „Steigbügelhalter“ der stets an Einsparungen interessierten Justizverwaltung? Das ist jedenfalls dann nicht der Fall, wenn die Serviceeinheit an anderer Stelle ihrerseits effektiv zur Erleichterung richterlicher Geschäfte eingesetzt werden kann.

III. Ein gutes Beispiel für effektive Erleichterung der richterlichen Tätigkeit besteht in einer einheitlichen, aussagekräftigen Strukturierung der E-Akte und ihrer Bestandteile. Nach derzeitigem Stand der Dinge ist die Strukturierung und Benennung („Benamung“) der einzelnen Aktenbestandteile Aufgabe der Serviceeinheit. Nach den bisherigen Erfahrungen führt diese Tätigkeit bei den Serviceeinheiten zu merklichen Mehraufwänden gegenüber der Papierakte. Gerade in der ersten Zeit nach Einführung der E-Akte fallen diese Mehraufwände besonders ins Auge. Aus Sicht einer Serviceeinheit ist es daher auf den ersten Blick opportun, diesen Aufwand so gering wie möglich zu halten und kammer- bzw. abteilungsintern den aufwandsärmsten Weg zu suchen. Für die Richter und Rechtspfleger hingegen sind aussagekräftige und einheitliche Bezeichnungen von Aktenbestandteilen von großem Interesse, um sich bestmöglich in der E-Akte orientieren und an bestimmte Bezeichnungen „gewöhnen“ zu können. Auch aus der „Vogelperspektive“ der Gerichts- und Justizverwaltung dürfte der Einheitlichkeit solcher Bezeichnungen wesentliche Bedeutung zukommen, weil diese bei externen Abgaben, im Instanzenzug und bei Beteiligung überregional tätiger Rechtsanwälte und Sachverständigen unnötige Reibungsverluste verhindert.

Unter dem Strich dürfte es am besten sein, wenn die einzelnen Bestandteile der E-Akte (Schriftsätze, Anlagen, gerichtliche Entscheidungen, Gutachten etc.) innerhalb eines Gerichts, Gerichtsbezirks, Bundeslands und Bundesstaats nach einheitlichen Regeln benannt und innerhalb der E-Akte gleichförmig strukturiert werden. Ohne eine Festlegung auf gewisse Standards sind Wildwuchs und Reibungsverluste nicht zu vermeiden: Die bisherige Erfahrung zeigt, dass es sich – ohne solche Festlegungen – kaum eine Gerichts- oder Geschäftsleitung nehmen lässt, aus wohlmeinender Absicht die jeweils verfügbare Musterregelung anderer Gerichte bestmöglich für das eigene Gericht zu „verbessern“.

Verallgemeinert folgt hieraus, dass eine größtmögliche Gleichförmigkeit beim inneren Aufbau der E-Akte und der Benennung ihrer Bestandteile sowohl ihren Benutzern verlässliche Routinen ermöglicht als auch Fehlerquellen und Reibungsverluste minimiert. Ein großes Bundesland hat hier bereits wertvolle Vorarbeit geleistet und eine landesweit bindende „Namenskonventionsliste“ entwickelt, die es den Ta-

gungsteilnehmern zur Verfügung gestellt hat. Andere Länder, die zunächst auf solche Vorgaben verzichtet haben, versuchen derzeit, diesen „Wildwuchs“ (stets gut gemeinter lokaler Abweichungen) nachträglich zu vereinheitlichen.

IV. Gemeinhin nimmt man bei der Einführung der E-Akte die Mitarbeiter der Gerichte einerseits und die der IT-Referate und -abteilungen der Ministerien bzw. Oberlandesgerichte andererseits als Protagonisten wahr. Während sich die IT um Hardware, Software, Schulungen und Einführungsstrategien und -konzepte kümmert, bleibt es die Aufgabe der Mitarbeiter, sich der nächsten Generation gerichtlicher Arbeitsmittel zu öffnen und zu reüssieren.

Zwischen diesen beiden Protagonisten im Spannungsfeld mannigfaltiger Interessenskonflikte bewegt sich aber die „Vor-Ort-Gerichtsverwaltung“.

In der personellen Ausgestaltung einer Gerichtsverwaltung finden sich alle Beteiligtengruppen, die im juristischen Umfeld von der Einführung der E-Akte betroffen sind. Richter sind als Präsidenten/Direktoren bzw. deren Vertreter ebenso vertreten wie Rechtspfleger als Geschäftsleiter bzw. Sachbearbeiter und Servicemitarbeiter als Mitarbeiter der Verwaltungsgeschäftsstelle. Diese trifft nun eine doppelte Last, in dem sie sich einerseits als Richter/Rechtspfleger den Veränderungen durch die Einführung der E-Akte stellen und andererseits die vielfältigen organisatorischen Aufgaben wie auch das ureigene Verwalten dieser Veränderungen (Geschäftsverteilungspläne, Büroorganisation, Ablauforganisation, EDV-Verwaltung etc.) bewältigen müssen.

Üblicherweise sind die juristischen Aufgaben der in einer Verwaltung tätigen Richter und Rechtspfleger anteilmäßig reduziert. Insoweit erfordert es mangels hilfreicher Routine schon ein besonderes Engagement, die mit der Einführung der E-Akte verbundenen Neuerungen zu verinnerlichen. An dieser Stelle darf man nun auch nicht verkennen, dass einer Gerichtsverwaltung, die auch mit juristischer Arbeit befasst ist, eine nicht zu unterschätzende Vorbildfunktion zukommt. Selbstverständlich dürfen die Mitarbeiter erwarten, dass die Verwaltung mit gutem Beispiel vorangeht. Es ist letztlich eine Frage der Glaubwürdigkeit, dass die Gerichtsverwaltung auch bei ihren juristischen Aufgaben bei der Einführung der E-Akte die Avantgarde bildet. Führt man also bereits in der Pilotierungsphase die E-Akte etwa bei der „Präsidentenkammer“ ein, hat das nicht nur den Charme, dass die Hausspitze frühzeitig Chancen und Probleme erkennt, sondern auch, dass man den zögerlichen oder weniger kooperativen Mitarbeitern das wichtige Argument „die Verwaltung drückt sich ja auch“ nimmt!

Nun stellt sich folgerichtig die Frage, ob die Gerichtsverwaltung vor Ort im normalen Setting über ausreichend Ressourcen verfügt, ein umfangreiches Projekt wie die Einführung

der E-Akte zu managen. Für die personelle Ausgestaltung einer Gerichtsverwaltung bildet grds. das Pebbsy-Gutachten den Rahmen. In Zeiten von Schuldenbremse und Personalabbau sind auch Gerichtsverwaltungen häufig nicht im vorgesehenen Umfang personalisiert. Aus den Schilderungen der Praktiker der Gerichte, bei denen die E-Akte bereits eingeführt wurde, war sehr deutlich zu entnehmen, dass durch die Gerichtsverwaltung weit über den eigentlichen Einführungszeitraum hinaus eine Vielzahl von begleitenden Tätigkeiten zu leisten sind. Schon durch die Erweiterung der bestehenden Einzelarbeitsplätze mit neuer Hardware (Monitore, Signaturkarten mit Terminals, Bildschirme in den Sitzungssälen etc.) entsteht ein merklicher Mehraufwand für Beschaffung, Bereitstellung, Service und Registratur. Weitere Zugangsberechtigungen zu IT-Systemen und Signaturen müssen aufgrund einer restriktiven Vorschriftenlage aufwendig verwaltet werden. Eine Vielzahl von Abläufen, z.B. bei der Einrichtung von Arbeitsplätzen neuer Mitarbeiter, müssen neu definiert werden. Und es braucht auch in der Verwaltung Multiplikatoren und nicht zuletzt den für ein erfolgreiches Akzeptanzmanagement unerlässlichen Kümmerer, der über einen längeren Zeitraum während und nach der Einführungsphase parat steht. Auch hier ist die Verwaltung gefordert, diese Ressourcen bereitzustellen und im Gericht organisatorisch zielführend einzubinden.

Zum Teil berichten Teilnehmer, dass innerhalb der jeweiligen Gerichtsverwaltung eine eigene „Projektstruktur“ gebildet wurde, um die Erfüllung der gerichtlichen Einführungsaufgaben nicht den gewöhnlichen Verwaltungsabläufen zu überlassen. Darüber hinaus wurden vielfach die Verwaltungen für einen gewissen Zeitraum durch zusätzliche Mitarbeiter unterstützt. Ebenso wurde berichtet, dass durch die IT-Referate teilweise bereits bis zu einem Jahr vorher die Verwaltungen in den Einführungsprozess eingebunden wurden.

Es bleibt festzuhalten, dass die rechtzeitige Beteiligung und eine mit ausreichenden funktionalen, personellen und materiellen Ressourcen ausgestattete Gerichtsverwaltung für die erfolgreiche Einführung der E-Akte ein wesentlicher und erfolgskritischer Faktor ist.

### **C. „Wissen macht ah“ – Wissensmanagement, auch mit neuen Methoden**

Mit der Einführung der E-Akte geht ein erheblicher Schulungsbedarf einher. Die Tagungsteilnehmer waren sich darüber einig, dass wegen der größtmöglichen Überzeugungskraft und Authentizität bestenfalls „Richter Richter“, „Rechtspfleger Rechtspfleger“ und „Servicemitarbeiter Servicemitarbeiter“ schulen sollten. Eine vollständige Verlagerung auf externe Dienstleister hielten die Teilnehmer der Tagung wegen des Fehlens fachlicher Erfahrung, des „Stallgeruchs“ und damit

verbundenen Vertrauens nicht für zielführend. Mancherorts werden sog. Schulungstandems gebildet, bei denen ein Mitarbeiter eines externen Dienstleisters und ein Mitarbeiter aus der Justiz gemeinsam schulen. Soll die Einführung der E-Akte in der Fläche gelingen, darf an dieser Stelle vonseiten der Justizverwaltung nicht gekleckert, sondern muss geklotzt werden. Insbesondere ist nach Auffassung der Tagungsteilnehmer in der Anfangsphase eine Vor-Ort-Betreuung unerlässlich. Mit der Zeit und zunehmender Akzeptanz kann diese zurückgefahren und durch einen gut erreichbaren Support ersetzt werden. Hilfreich sind an dieser Stelle weniger umfangreiche Handbücher, sondern vielmehr kleine, kompakte und allgemein verständliche Tutorials an der passenden Stelle der Bearbeitung. Offensichtlich haben sich auch Priorisierungen besonders wichtiger Inhalte in der Schulung bewährt.

Aus Sicht der Autoren erscheint es sinnvoll und zielführend, sog. geführte Korridore zu schulen. Dies bedeutet, dass nicht jede denkbare Variante der Bearbeitung der E-Akte geschult wird, sondern vielmehr der – bestenfalls aufgrund Workflowanalysen ermittelte – praktikabelste Weg, der als (derzeitige) Best-Practice erkannt worden ist. Der Augenblick der Einführung als Chance: Die bisherige Erfahrung zeigt, dass es im Augenblick der Einführung verhältnismäßig leicht ist, eine bestimmte Handhabung der E-Akte allen Mitarbeitern einheitlich zu vermitteln, weil in diesem Moment größtmögliche Offenheit bei den Mitarbeitern herrscht. Diese „Zäsur“ zwischen Papier- und E-Akte kommt kein zweites Mal. Wenn sich in den ersten Wochen und Monaten nach Einführung erste Gewohnheiten ausbilden, ist es ungleich schwerer – manchmal schier unmöglich –, die Mitarbeiter in mühevoller Überzeugungsarbeit wieder in Richtung der abgestimmten Best Practice „umzugewöhnen“. Wildwuchs verhindern ist viel leichter als ihn wieder einzufangen.

Solche Best Practices müssen dabei nicht von jedem Gericht neu erfunden werden, sondern könnten zentral für alle entwickelt werden. Um insoweit Synergie-Effekte zu heben, wurde im Rahmen der Tagung allgemein der Wunsch geäußert, eine Plattform für den Erfahrungsaustausch der Arbeitsebene zu etablieren. Mit Blick auf die stark eingeschränkten Ressourcen in der Justiz, die allorts auf Arbeitsebene massiv zu spüren sind, erschien es schlechterdings nicht vertretbar, das „Best-Practice-Rad“ von jedem der weit über 1.000 Gerichte überall neu erfinden zu lassen. Ein Teilnehmer der Tagung hat den Slogan ausgegeben „Teilen macht Spaß“. Dem können die Autoren nur uneingeschränkt zustimmen.

Soweit die jeweiligen Landesjustizministerien und die durch sie geführten Einführungsprojekte nicht jede einzelne an einem Gerichtsstandort gebotene Schulungs- und Betreuungsmaßnahme eigenständig organisieren und durchführen können (utopisch), sind durch die Gerichtsverwaltung zusätzliche Formate zu entwickeln, damit die eigenen Mit-

arbeiter die E-Akte wirklich beherrschen lernen. Mehrere Tagungsteilnehmer berichteten insoweit von unkonventionellen Formaten – von „E-Akten-Sprechstunden“, „E-Akten-Cafés“, „Gruppentraining“ bis hin zu echtem Coaching –, die durch gerichtliche Mitarbeiter („Kümmerer“) angeboten würden. Dabei seien persönliche Beziehung und Fingerspitzengefühl wichtige Faktoren, damit gerade die hilfsbedürftigen Kollegen sich nicht vorgeführt fühlen und verweigern, sondern Vertrauen fassen und solche Formen der „Nachhilfe“ annehmen.

#### D. Akzeptanzmanagement: Vom Willigen bis zum Totalverweigerer – alle mitnehmen!

I. Die Nutzung der E-Akte darf keine Sache nur für technische Freaks sein. Die Mitarbeiter der Justiz sitzen fest im Sattel des öffentlichen Dienstes und müssen allesamt mitgenommen werden! Dies kann nur dann gelingen, wenn Hemmnisse, seien sie auch noch so banal, die einer effektiven Nutzung der E-Akte entgegenstehen, ernst genommen werden. Hier kommt wiederum dem Schulungskonzept eine zentrale Bedeutung zu. Es genügt dabei nicht, lediglich die Spezifika der Anwendung der E-Akte zu schulen. Vielmehr hat jede Schulung bedarfsgerecht mit den Basics zu beginnen und dort, wo etwa bspw. Probleme mit dem Umgang mit der Maus bestehen, diese nicht abzutun, sondern durch effektive Schulung zu überwinden. Gleichmaßen gilt es, Defizite in der Anwendung der Fachanwendung zunächst zu beheben. Erst dann ergibt es Sinn, die neue Software der E-Akte in ihrer Anwendung zu schulen. Wo eine solche ideale Reihenfolge nicht eingehalten werden kann, müssen fehlende Grundlagen im Nachgang zur Einführung der E-Akte nachgeschult werden.

Der mit der Einführung der E-Akte verbundene Schulungsbedarf ist mithin zu einem wesentlichen Teil „Nachholbedarf“. Diejenigen Mitarbeiter, die sich vor Einführung der E-Akte über Jahre erfolgreich gegen die Nutzung der Justizsoftware gesperrt hatten, fühlen sich durch die Einführung der E-Akte mithin „doppelt gestraft“. Die IT-Affinen hingegen, seit Jahren bestens vertraut mit den vielfältigen Funktionen ihrer Justizsoftware und der IT überhaupt, sehen der E-Akte gelassen entgegen und können es zum Teil kaum erwarten loszulegen. Dieses ungerechte Rennen beginnt also nicht für alle bei „Null“, und für eine erfolgreiche Einführung ist es unverzichtbar, dies zu wissen – bestenfalls zu wissen, wer innerhalb eines konkreten Kollegiums von welchem Fertigungsstand aus startet, wer welchen Nachholbedarf hat und wer aus welchem Grund auf die E-Akte wie ein Rohrspatz schimpfen „muss“. Justizmitarbeiter sind auch nur Menschen.

Die unterschiedlichen Berichte der Teilnehmer über bisherige Einführungsszenarien zeigen: Ausgangspunkt ist letztlich die konkrete personelle Zusammensetzung des jeweiligen Ge-

richts bzw. der von der Umstellung betroffenen Abteilung. Je größer die Gerichte sind, desto wahrscheinlicher werden sich die unterschiedlichen „Archetypen der E-Akte“ – von Vorfreude erfüllte „IT-Freaks“, aufgeschlossene IT-Affine, Neutrale, Skeptiker bis hin zum leisen oder lautstarken „Verweigerer“ – widerspiegeln und im Gaußschen Sinne „normalverteilen“. In kleinen oder mittelgroßen Gerichten, in denen in der Zivilabteilung 5, 10 oder 20 Mitarbeiter arbeiten, bestimmt weitgehend der Zufall,<sup>4</sup> ob die Akzeptanz der E-Akte (ohne nennenswerte Akzeptanzstrategie) zum Selbstläufer wird oder zur wirklich harten Nuss.

II. Ferner ist Folgendes zu beachten:

1. Für einen flächendeckenden guten Einsatz der E-Akte ist eine „intrinsische“ Motivation der Mitarbeiter unerlässlich. Intrinsische Motivation erreicht man allerdings nur dann, wenn der einzelne Mitarbeiter für seine tägliche Arbeit einen Benefit im Umgang mit der E-Akte erkennen kann. Erste Erfahrungen zeigen, dass dies den Mitarbeitern zumindest in der Anfangsphase meist schwerfällt. Hilfreich sind an dieser Stelle Multiplikatoren aus der jeweiligen Berufsgruppe des Mitarbeiters, die überzeugend und authentisch Vorteile der neuen Arbeitsweise aufzeigen können. Solche „kollegialen“ „Kümmerer“ genießen einen Vertrauensvorschuss und strahlen eine beruhigende Botschaft aus: „Mit der E-Akte lässt sich auch praktisch ordentlich arbeiten, glaubt mir, ich arbeite selbst damit und weiß, wovon ich rede“. Dies bedingt erheblichen persönlichen Einsatz, der sicherlich für den Dienstherrn nicht zum Nulltarif zu erhalten ist. Aus einzelnen Bundesländern wurde als Argument für eine gelingende Akquise genannt, dass die Mitarbeiter in erheblichem Umfang freigestellt werden. Auch halten die Autoren das Einrichten einer sog. Ausbildungsgeschäftsstelle für die E-Akte für eine gute Idee. Gleiches gilt für den Einsatz von Proberichtern in einer E-Akten-Kammer, die aufgrund ihrer besonderen Mobilität das Wissen in andere Kammern weitertragen können. Nur wenn es gelingt, willige Mitarbeiter intrinsisch zu motivieren, besteht eine Chance, auch sog. Totalverweigerer zu infizieren und mit ins Boot zu nehmen.
2. Jegliche Überforderung der Mitarbeiter, insbesondere eine solche psychischer Natur, steht einer nachhaltigen Akzeptanz neuer Technik im Wege. Tagungsteilnehmer haben berichtet, dass Mitarbeiter sich durch den permanenten Zutrag von E-Akten in ihren Arbeitsordner unter Druck gesetzt fühlen und ihnen das Erfolgsgefühl eines erledigten Dezernats verloren geht. Hier gilt es schlicht und ergreifend das Problem zu erkennen. Die technische Lösung ist eine einfache, die in der vorhandenen Soft-

<sup>4</sup> Vgl. Kahnemann, „Gesetz der kleinen Zahlen“ in: Schnelles Denken, Langsames Denken, 23. Aufl., S. 139 ff.

ware bereits angelegt ist. Dort kann man definieren, wann ein Zutrag erfolgen soll. Andererseits haben einzelne Teilnehmer berichtet, dass sich die Mitarbeiter an das stetige „Hereintropfen“ weiterer Aufgaben gewöhnt – und vom Ziel der „Tagfertigkeit“ verabschiedet – hätten. Die weitere Entwicklung bleibt hier abzuwarten.

### 3. Keine Sorge vor „außer Kontrolle“ geratenden E-Akten!

Berichtet wurde etwa von der Angst der Mitarbeiter (und auch mancher Gerichtsverwaltung), eine E-Akte könnte „außer Kontrolle“ geraten. Zum Teil beinhalten die eingesetzten E-Akten-Produkte bereits eine Funktion, die nach Ablauf einer bestimmten Zeit automatisch die betreffende Akte vorlegt. Soweit die E-Akten-Systeme diese Funktion noch nicht aufweisen, stellt sich die Frage, ob Sicherheitsvorkehrungen zu treffen sind oder das Restrisiko schlicht zu tragen ist. Als mögliche Sicherungsvorkehrung wurde von einzelnen Teilnehmern berichtet, dass die Serviceeinheit sich bei jeder Vorlage einer E-Akte an den Richter eine interne Rücklauffrist notiert, wobei sich die Frage stelle, was die Serviceeinheit bei fruchtlosem Fristablauf tun soll. Steht es ihr zu, den Richter an eine Verfahrensförderung zu erinnern? Andere Teilnehmer berichteten, dass der praktizierte Verzicht auf solche Sicherungsvorkehrungen bislang nicht zu nennenswerten Problemen geführt habe. Einigkeit bestand letztlich darüber, dass es langfristig nicht sinnvoll und gewünscht sein kann, beim Einsatz der E-Akte eine doppelte Fristenkontrolle zu führen. Allein der Mehraufwand, aber auch die originäre Verantwortlichkeit des Richters und die Frage der angemessenen Reaktion der Serviceeinheit stehen dem entgegen. Aus Sicht der Autoren helfen an dieser Stelle Transparenz und Gelassenheit, die bereits im Rahmen der Einführungsschulung vermittelt werden können. Die beruhigende Lektion sollte lauten, dass eigentlich nichts passieren kann und E-Akten nicht „verloren gehen“ können. Sollte allerdings doch der befürchtete worst case eintreten und eine Akte tatsächlich „außer Kontrolle“ geraten, dürfte es wie in der analogen Welt auch juristische Lösungsstrategien geben. Auch mit Papierakten passierte es von Zeit zu Zeit, dass aufgrund eines Versehens z.B. keine Wiedervorlage eingetragen war und erst die Sachstandsanfrage eines Parteivertreters die Akte wieder in Erinnerung rief. Dieses Risiko scheint mit der E-Akte nicht erheblich größer zu werden. Nach Auffassung der Autoren kann dieses Risiko daher auch mit der E-Aktenführung ohne zusätzliche Sicherungsvorkehrungen getragen werden, zumal in absehbarer Zeit alle eingesetzten E-Akten-Systeme entsprechende Erinnerungsfunktionen aufweisen werden.

### E. Streiflichter zu Detailfragen

Nach den vorstehenden, eher grundsätzlichen Überlegungen haben sich im Rahmen der Tagung auch Diskussions-

und Lösungsansätze zu Detailfragen gezeigt, von denen einige nachgehend mit aus Sicht der Autoren praxistauglichen Lösungsansätzen dargestellt werden sollen:

### I. Einrichtung einer Clearingstelle?

Nach § 130a Abs. 6 ZPO ist bei Eingang eines elektronischen Dokuments, das für das Gericht zur Bearbeitung nicht geeignet ist, dies dem Absender unter Hinweis auf die Unwirksamkeit des Eingangs und auf die geltenden technischen Rahmenbedingungen unverzüglich mitzuteilen.

In der Praxis stellt sich die Frage, wer für diese Mitteilung verantwortlich ist. Denkbar wäre, diese Mitteilungspflicht jedenfalls bei kleineren Gerichten, die die Sichtung des EGVP bei der Verwaltungsgeschäftsstelle angesiedelt haben, bei der Verwaltung zu verorten. Da es allerdings um die Klärung einer Rechtsfrage im Prozess geht, dürfte diese Verortung nicht zutreffend sein. Vielmehr erscheint es richtig, dass die Verantwortung der Mitteilung bei den Entscheidern (Richter bzw. Rechtspfleger) liegt, die allerdings ihrerseits eine formalisierte Mitteilung auf die Serviceeinheit übertragen können. Gut geeignete Hinweise finden sich bspw. heute schon in den E-Akten-Produkten.

### II. Praxis der Signatur bei Kammerentscheidungen

Typischerweise enthalten gerichtliche Entscheidungen ein Entscheidungsdatum. Zumindest unschön erscheint es, wenn das jeweilige Signierdatum, etwa des dritten mitwirkenden Richters deutlich von dem Entscheidungsdatum abweicht. In der Praxis haben sich hierzu verschiedene Wege aufgezeigt, wie dies vermieden werden und ein vernünftiger Workflow aussehen kann: Den Tagungsteilnehmern erschien eine sog. Streckensignatur vorzuzugwürdig, bei der die zu signierende Entscheidung nacheinander von Richter zu Richter weitergereicht wird. Das gleichzeitige Weiterreichen der Entscheidung als „Sternsignatur“ wurde nicht als vorzuzugwürdig erachtet. Komfortabel erscheint den Autoren eine in der Tagung aufgewiesene Praxis, wonach zwischen den Kammermitgliedern feste Signaturtage vereinbart werden, an denen die zu erlassenen Entscheidungen von den Kammermitgliedern signiert werden.

### III. Versäumnisurteil im schriftlichen Verfahren

Hat der Beklagte entgegen § 276 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 ZPO nicht rechtzeitig angezeigt, dass er sich gegen die Klage verteidigen wolle, so trifft auf Antrag des Klägers das Gericht die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung; dies gilt nicht, wenn die Erklärung des Beklagten noch eingeht, bevor das von den Richtern unterschriebene Urteil der Geschäftsstelle übermittelt ist (§ 331 Abs. 3 Satz 1 ZPO). Nun

kann sich bei Anwendung der E-Akte die Frage stellen, wann das Versäumnisurteil der Geschäftsstelle übermittelt ist. Maßgeblich ist jedenfalls der genaue Zeitpunkt des Eingangs, den es nachzuvollziehen gilt. Auch kann sich hier die Frage stellen, wie der Zutrag in der Software zum Schutz der Serviceeinheit eingestellt ist (vgl. unter D. II. 2.).

#### IV. Referendarausbildung mit der E-Akte

Natürlich ist es wünschenswert, auch den juristischen Nachwuchs möglichst frühzeitig an die neue Technik heranzuführen. Die Bereitstellung der E-Akte zu Ausbildungszwecken erfolgt nach Berichten der Teilnehmer bislang mithilfe unterschiedlicher technischer Lösungen. Es bleibt abzuwarten, welche Lösungen sich durchsetzen werden. Die Teilnehmer sprachen sich für eine frühzeitige Ausbildung der Referendare mit der E-Akte aus, allerdings mit rein lesendem Zugriff. Denn bei einem „echten“ (auch schreibenden) Zugriff für Referendare könnte es in der Dezernatsarbeit zu erheblichen Verwerfungen kommen.

#### V. Protokollerstellung mit E-Akte (§§ 163, 160a ZPO)

Die E-Akte bringt den bisherigen Ablauf der Protokollerstellung durcheinander. Konkret stellt sich u.a. das Problem, zu welchem Zeitpunkt der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle (UdG) seine nach §§ 163, 160a ZPO erforderliche Signatur anbringt und ob und wie er Änderungen des Richters im digitalen Protokollentwurf noch prüfen kann und muss. Während der UdG in der Papierakte bereits „seinen“ Protokollentwurf nach Übertragung des Diktats mit dem Zusatz „zugleich für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Übertragung vom Tonträger“ unterschrieb und diesen dem Richter vorlegte, signiert der UdG in der E-Akte – nach Bericht vieler Teilnehmer – erst dann, wenn der Richter den Entwurf gelesen und ggf. Korrekturen angebracht hat. Wenn der UdG dieses „finale“ Protokoll dann mit dem Zusatz „Für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Übertragung vom Band“ signiert, stellt sich die Frage, ob er dies ohne vergleichende Prüfung tun darf oder nicht.

#### F. Vorläufiges Fazit

Die Auswertung der Tagung hat gezeigt, dass auf Arbeitsebene ein erheblicher Bedarf für einen Praxisaustausch besteht. Entscheidend hierfür ist, dass ein laufbahnübergreifender Erfahrungsaustausch mit einem jeweiligen Perspektivenwechsel stattfinden kann. Diese in Rostock initiierte Tagung soll nach jetziger Planung im zeitlichen Kontext zum EDV Gerichtstag im September 2021 in Saarbrücken fortgesetzt werden.

## Einschränkbarkeit von airbnb-Vermietungen nach der Dienstleistungsrichtlinie

EuGH, Urt. v. 22.09.2020 - C-724/18 und C-727/18

Wiss. Mit. Max Ransiek

### A. Problemstellung

Viele europäische Großstädte kämpfen heute mit einer Knappheit an Wohnraum und damit einhergehenden Mietsteigerungen. Insbesondere Internetplattformen wie airbnb geben einen Anreiz dazu, langfristig vermietete Wohnungen in Ferienwohnungen für die lukrativere Kurzzeitvermietung an Touristen umzuwandeln.

Diesen Trend versucht man vielerorts durch neue Rechtsvorschriften zu stoppen, in Deutschland über das Zweckentfremdungsrecht.<sup>1</sup> Zuständig dafür sind die Bundesländer, die es oftmals auch den Gemeinden überlassen, nähere Regelungen zu treffen.<sup>2</sup> Gemeinsam ist den landesrechtlichen Zweckentfremdungsvorschriften, dass sie die Nutzung von Wohnungen zu anderen als Wohnzwecken unter einen Genehmigungsvorbehalt stellen. Oftmals wird die Genehmigungserteilung an eine Verpflichtung zur ausgleichenden Schaffung neuen Wohnraums geknüpft.

Doch nicht nur im deutschen Recht, sondern auch im französischen Bau- und Wohnungsgesetzbuch findet sich eine ähnliche Genehmigungspflicht für die Kurzzeitvermietung von Wohnungen. Die Frage, ob diese Einschränkung für Vermieter mit der europäischen Dienstleistungsrichtlinie<sup>3</sup> (DLRL) vereinbar ist, legt die französische Cour de cassation dem EuGH zur Vorabentscheidung vor.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die französische Vorschrift bestimmt, dass die regelmäßige Kurzzeitvermietung von Wohnungen an Personen, die dort keinen Wohnsitz begründen wollen, der vorherigen Genehmigung bedarf. Die Pflicht gilt in allen Städten mit über 200.000 Einwohnern sowie bestimmten Departements in der Umgebung von Paris. Es wird den Gemeinden gestattet, die Genehmigungserteilung davon abhängig zu machen, dass der Antragsteller einen Ausgleich durch die Umwandlung von anders genutztem Raum in Wohnraum schafft. Die

- 1 Siehe etwa § 2 Abs. 1. Nr. 1 ZwVbG (Zweckentfremdungsverbot-Gesetz Berlin); § 2 Abs. 1 Nr. 3 ZwEWG (Zweckentfremdungsverbotsgesetz Baden-Württemberg); Art. 1 NR. 3 ZwEWG (Zweckentfremdungsgesetz Bayern); § 9 Abs. 2 Nr. 2 HmbWoSchG (Wohnraumschutzgesetz Hamburg).
- 2 Siehe etwa § 10 WAG (Wohnungsaufsichtsgesetz Nordrhein-Westfalen).
- 3 Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt.

Cour de cassation stellte dem EuGH mehrere Fragen zur Vereinbarkeit einer solchen Genehmigungsvorschrift mit der Dienstleistungsrichtlinie.

Zunächst stellte der EuGH fest, dass die infrage stehende Bestimmung in den Regelungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie falle. Zwar zweifelte vorliegend die deutsche Regierung an deren Anwendbarkeit, da das französische Gesetz nicht spezifisch Dienstleistungen regelt, sondern generell die Umnutzung von Wohnraum, etwa auch diejenige zum Zwecke der Unterbringung von Obdachlosen oder Flüchtlingen. Nach Ansicht des EuGH schade es der Anwendbarkeit der Dienstleistungsrichtlinie allerdings nicht, dass eine nationale Bestimmung neben Dienstleistungen gleichzeitig auch andere Tätigkeiten regelt, da sonst der Sekundärrechtsakt seine praktische Wirksamkeit verliere. Auch Erwägungsgrund 9 DLRL, nach dem der Rechtsakt u.a. nicht für Vorschriften der Stadtentwicklung und Stadtplanung gelten solle, stelle vorliegend kein Hindernis für dessen Anwendbarkeit dar. Zwar sei das Genehmigungserfordernis eine Vorschrift aus dem Sachbereich der Stadtplanung. Es gelte allerdings nicht unterschiedslos für alle Personen eines Stadtgebiets, sondern adressiere speziell nur Vermieter von Ferienwohnungen. Daher handele es sich um eine Regelung von Dienstleistungstätigkeiten, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie falle.

Als Weichenstellung für die folgende Rechtmäßigkeitsprüfung der französischen Genehmigungsvorschrift anhand der Richtlinienvorgaben ordnet der EuGH die Norm dem Abschnitt der „Genehmigungsregeln“ und nicht dem der „Anforderungen“ an Dienstleister zu. Sie verlange nämlich vom Vermieter einer Ferienwohnung, vorab in einem bestimmten Verfahren einen förmlichen Rechtsakt der zuständigen Behörde zu erwirken. Als „Genehmigungsregel“ unterliege die nationale Norm damit den Vorgaben der Art. 9 und Art. 10 DLRL.

Art. 9 Abs. 1 Buchst. b), c) DLRL bestimmen, dass die Aufnahme und Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit nur dann von einer Genehmigung abhängig gemacht werden dürfen, wenn die Genehmigung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist (Buchst. b)). Der EuGH akzeptierte als einen solchen Rechtfertigungsgrund die Bekämpfung von Wohnungsnot und die Reduzierung von Spannungen auf den Immobilienmärkten durch die Erhöhung des Angebots an Wohnungen zur Langzeitvermietung. Die französische Norm stelle außerdem das mildeste Mittel dar, um dieses angestrebte Ziel zu erreichen (Buchst. c)). Insbesondere gelte das Genehmigungserfordernis nur für ganz spezielle Arten der Wohnraumvermietung und auch nur für räumlich dicht besiedelte Gebiete. Ein Meldesystem mit nachträglichen Sanktionen sei ungeeignet, da es den schnellen Prozess der Wohnraumumwandlung nicht sofort verlangsamen könne.

Im Weiteren halte sich die französische Norm auch an die speziellen Vorgaben von Art. 10 Abs. 1, 2 DLRL für die nähere inhaltliche Ausgestaltung der Kriterien, an welche die Genehmigungserteilung geknüpft werden darf. Insbesondere die akzessorische Verpflichtung zur Umwandlung anders genutzter Räume in Wohnraum stelle ein verhältnismäßiges Kriterium dar. Sie sei grds. geeignet, das Wohnraumangebot für die Langzeitmiete beizubehalten, wobei dies jedoch im Einzelfall unter Rückgriff auf objektive Studien und Analysen näher untersucht werden müsse. Gerade, weil nach der vorliegenden französischen Regelung die Gemeinden einen Ermessensspielraum für die Ausgestaltung der Ausgleichspflicht besitzen, könne der Ausgleich angemessen an die jeweilige Wohnraumsituation angepasst werden. Außerdem sei den Vermietern von Ferienwohnungen der Ausgleich finanziell zuzumuten, da die Kurzzeit- i.d.R. rentabler als die Langzeitvermietung sei.

### C. Kontext der Entscheidung

Zwar überrascht es im Ergebnis nicht, dass der EuGH den Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie für die französische Genehmigungspflicht der Kurzzeitvermietungen als eröffnet ansieht. Das Urteil gibt jedoch Anlass zu der Frage, welche nationalen Gesetze sich an den Vorgaben der Richtlinie messen lassen müssen. Einerseits geht der Gerichtshof in Anknüpfung an die Rechtssache Visser davon aus, dass solche Normen vom Regelungsbereich des Sekundärrechtsakts ausgespart bleiben, die nicht speziell die Ausübung von Dienstleistungen regeln, sondern auch Tätigkeiten von Privatpersonen adressieren.<sup>4</sup> Andererseits fügt er nun hinzu, dass es für die Anwendung der Dienstleistungsrichtlinie unschädlich ist, wenn eine nationale Vorschrift nicht nur speziell Dienstleistungen im Sinne des Sekundärrechtsakts, sondern auch nach Art. 2 vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossene Tätigkeiten reguliert. Ob daher nationale Bestimmungen für die Umnutzung von Wohnraum stets „dienstleistungsspezifisch“ genug sind, um in den Anwendungsbereich der Richtlinie zu fallen, oder zu den von jedermann zu beachtenden Rechtsnormen gehören, ist nicht offensichtlich. Jedenfalls ist es aber konsequent, den französischen Genehmigungsvorbehalt den Richtlinienvorgaben zu unterwerfen. Die Vorschrift regelt die Wohnraumumnutzung nämlich gerade nicht nur in einer generellen und vom Dienstleistungsbegriff losgelösten Weise, sondern bezieht sich in ihrem Wortlaut ganz konkret auf die Tätigkeit der Kurzzeitvermietung und damit auf eine spezifische Dienstleistung.

Damit schließt sich die Frage an, ob das Genehmigungserfordernis nach Art. 9, 10 DLRL gerechtfertigt werden kann. Es er-

<sup>4</sup> EuGH, Urt. v. 30.01.2018 - C-360/15, C-31/16, wonach ein Einzelhandelsverbot in einem Bauleitplan unter die DLRL fällt.

öffnet sich ein weiter Spielraum für die Beurteilung der Geeignetheit und Erforderlichkeit der Regelung im Hinblick auf die Bekämpfung von Wohnungsknappheit und Mieteninflation.<sup>5</sup> Inwieweit Genehmigungspflichten für die Kurzzeitvermietung tatsächlich geeignet sind, Wohnungsmärkte zu entspannen, ist in der Diskussion um die deutschen Zweckentfremdungsgesetze umstritten. Studien kamen zu unterschiedlichen Ergebnissen darüber, ob die Kurzzeitvermietung über Internetplattformen maßgeblich zur Wohnraumverknappung beiträgt.<sup>6</sup> Darüber hinaus bestehen erhebliche Zweifel daran, ob gesetzliche Genehmigungsvorbehalte ein geeignetes Instrument darstellen, um Ferienwohnungen in nennenswertem Umfang wieder dem Markt der Langzeitvermietungen zuführen zu können.<sup>7</sup> Der EuGH problematisiert die Geeignetheit eines Genehmigungserfordernisses an sich nicht weiter, sondern wirft die Frage nur in Bezug auf die Verpflichtung zur Schaffung von Ersatzwohnraum auf. Zu Recht weist er darauf hin, dass die Geeignetheit einer solchen Ausgleichspflicht im Einzelfall durch Studien und Analysen belegt werden sollte.

In Bezug auf die Erforderlichkeit der französischen Genehmigungsregelung stellt der EuGH vor allem darauf ab, dass die Vorschrift ihren Anwendungsbereich bewusst eingrenzt und damit das mildeste in Betracht kommende Mittel sei. Tatsächlich beschränkt sich die Norm räumlich nur auf Gebiete mit angespannten Wohnungsmärkten – wenn auch durch einen nur pauschalen Rückgriff auf die Einwohnerzahl einer Stadt – und sachlich auf Wohnungen, die nicht Hauptwohnsitz des Vermieters sind. Allerdings wären durchaus noch weitere Einschränkungen denkbar, um das Genehmigungserfordernis zielgerichteter gegen das Phänomen der professionellen airbnb-Vermietungen in Stellung zu bringen. In Betracht kämen z.B. eine Ausnahme für Wohnraum, der seit jeher als Ferienwohnung genutzt und dessen Kurzzeitvermietung daher den Markt der Langzeitvermietung wohl nicht negativ beeinträchtigen wird,<sup>8</sup> eine Ausnahme für Zweitwohnungen des Vermieters, die er zumindest zeitweise selbst bewohnt<sup>9</sup> oder auch eine zeitliche Eingrenzung der Genehmigungspflicht auf Kurzzeitvermietungen von insgesamt mehr als acht Wochen pro Jahr.<sup>10</sup> Der EuGH hält weitergehende Beschränkungen für die Verhältnismäßigkeit einer Genehmigungsregelung dagegen nicht für notwendig.

#### D. Auswirkungen für die Praxis

Die Auslegung der Dienstleistungsrichtlinie durch den EuGH im Hinblick auf die Beschränkbarkeit von Kurzzeitvermietungen ist auch für die Zweckentfremdungsgesetze in Deutschland von Bedeutung. Da diese in Wortlaut und Funktionsweise ähnlich der französischen Regelung gestaltet sind, lassen sich die Aussagen des Gerichtshofs vorsichtig übertragen. Jedenfalls ist davon auszugehen, dass die deutschen Zweckentfremdungsvorschriften ebenfalls in den Anwendungsbe-

reich der Dienstleistungsrichtlinie fallen und sich an deren Vorgaben messen lassen müssen. Wie auch die französische Norm regeln sie ausdrücklich die Kurzzeitvermietung oder Fremdenbeherbergung und damit eine spezifische Dienstleistungstätigkeit.<sup>11</sup> Allerdings dürften die Genehmigungsregelungen nach Art. 9, 10 DLRL gerechtfertigt werden können, inklusive möglicher Ausgleichspflichten für Vermieter zur Schaffung neuen Wohnraums. Damit stellt die Dienstleistungsrichtlinie kein grundsätzliches Hindernis für gesetzliche Beschränkungen der Kurzzeitvermietung dar.

5 So auch Generalanwalt Bobek in seinen Schlussanträgen, Rn. 94.

6 Eine vom EuGH (Rn. 69) zitierte Studie der Stadt Paris bestätigt dies, ebenso jüngst eine Studie des DIW in Bezug auf Berlin: [www.diw.de/documents/publikationen/73/diw\\_01.c.796620.de/dp1890.pdf](http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.796620.de/dp1890.pdf). Dagegen sah das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie in einer Studie von 2018 keinen Zusammenhang zwischen Wohnraumentzug und Sharing Economy: [www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/S-T/sharing-economy-im-wirtschaftsraum-deutschland-kurzfassung.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](http://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/S-T/sharing-economy-im-wirtschaftsraum-deutschland-kurzfassung.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (zuletzt abgerufen am 27.01.2021). Kritisch auch Busch, EuCCML 2019, 39.

7 Kritisch Heinemann, NVwZ 2019, 1070, 1074 f. Der Autor verweist auf ernüchternde Daten mehrerer süddeutscher Gemeinden.

8 Spitzlei, Jura 2020, 33, 341.

9 Siehe etwa § 2 Abs. 2 Nr. 5 WoZwEntfrG (Wohnraumschutzgesetz Bremen).

10 Siehe etwa Art. 1 Nr. 3 ZwEWG.

11 Siehe etwa § 2 Abs. 1 Nr. 1 ZwVbG; § 2 Abs. 1 Nr. 3 ZwEWG; Art. 1 Nr. 3 ZwEWG; § 9 Abs. 2 Nr. 2 HmbWoSchG.

## Störende Passagiere als Ursache für eine Flugverspätung und die Folge für den Ausgleichsanspruch

EuGH, Urt. v. 11.06.2020 - C-74/19

Wiss. Mit. Dr. Rudi Ruks und Franziska Scharnetzki\*

### A. Problemstellung

In seiner Entscheidung vom 11.06.2020<sup>1</sup> befasst sich der Gerichtshof abermals mit dem außergewöhnlichen Umstand i.S.d. Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 261/2004 (im Folgen-

\* Der Autor Ruks ist wissenschaftlicher Mitarbeiter in einer Wirtschaftskanzlei in Düsseldorf und war zuvor wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privat-, Verfahrens- und Wirtschaftsrecht von Prof. Dr. Ansgar Staudinger an der Universität Bielefeld, die Autorin Scharnetzki ist studentische Hilfskraft ebenda.

1 EuGH, Urt. v. 11.06.2020 - C-74/19 - EuZW 2020, 617 m. Anm. Heger; Schröder, jurisPR-IWR 5/2020 Anm. 1.

den: Fluggastrechte-VO). Die 4. Kammer thematisiert die Frage, ob das Verhalten eines randalierenden Passagiers als ein solches Ereignis zu qualifizieren ist und eine Entlastung vom Ausgleichsanspruch nach Art. 7 Abs. 1 Fluggastrechte-VO rechtfertigt.

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

### I. Ausgangssituation

Der Kläger buchte bei dem beklagten Luftfahrtunternehmen einen Flug von Fortaleza (Brasilien) nach Oslo (Norwegen), wobei eine Zwischenlandung in Lissabon (Portugal) vorgesehen war. Der Transport auf dem ersten Teilstück wurde durch einen randalierenden Fluggast gestört, der einen anderen Passagier biss und weitere Reisende sowie das Kabinenpersonal angriff. Noch vor Erreichen des Zwischenzieles Lissabon musste der Flug nach Gran Canaria (Spanien) umgeleitet werden, damit der störende Passagier von Bord gebracht werden konnte. Der Kläger war angesichts der ungeplanten Flugumleitung außerstande, den Flug von Lissabon nach Oslo anzutreten. Erst am darauffolgenden Tag beförderte die Airline den Kläger zum Endziel Oslo, wobei die Ankunftsverspätung fast 24 Stunden betrug. Der mit Verzögerung in Oslo angekommene Passagier begehrt nun eine Ausgleichszahlung von der Airline. Eine Forderung aus Art. 7 Abs. 1 Fluggastrechte-VO<sup>2</sup> besteht gem. Art. 5 Abs. 3 Fluggastrechte-VO aber dann nicht, wenn die Verzögerung auf außergewöhnliche Umstände zurückgeht. Das erstinstanzlich zuständige Bezirksgericht in Lissabon hegte Zweifel an der Auslegung dieser Norm und wandte sich mit mehreren Vorlagefragen an den Gerichtshof.

### II. Rechtliche Würdigung des EuGH

Der erste Aspekt der Entscheidung betrifft die Frage, ob das Verhalten des randalierenden Passagiers einen außergewöhnlichen Umstand i.S.d. Art. 5 Abs. 3 Fluggastrechte-VO darstellt. Nach der Judikatur des EuGH handelt es sich bei solchen Ereignissen um Vorkommnisse, die nicht Teil der normalen Ausübung der Tätigkeit des betroffenen Luftfahrtunternehmens und von ihm tatsächlich nicht zu beherrschen sind.<sup>3</sup> Diese Voraussetzungen liegen nach Auffassung des Gerichtshofs in Bezug auf den randalierenden Passagier vor. Die 4. Kammer verweist insoweit auf das in Erwägungsgrund 14 Fluggastrechte-VO genannte Beispiel der Sicherheitsrisiken. Ferner sei eine Störung durch den Reisenden, die aufgrund der Intensität eine Umleitung des Transportes erforderlich mache, nicht Teil der normalen Ausübung einer Flugtätigkeit. Es stelle kein Verhalten dar, das von einem Passagier „erwartet“ werden könne. Zur Begründung führt die Kammer zudem die Unvorhersehbarkeit menschlichen Ver-

haltens in bestimmten Situationen und die Interaktionen mit dem Flugpersonal sowie die nur begrenzt zur Verfügung stehenden (Hilfs-)Mittel an. Allerdings spricht sich der Gerichtshof für eine abweichende Beurteilung aus, wenn die Airline zum Auftreten des störenden Verhaltens eines Passagiers „beigetragen“ hat oder dies vorauszusehen war.

Der EuGH setzt sich innerhalb der zweiten Vorlagefrage damit auseinander, ob eine Entschädigung selbst dann nach Art. 5 Abs. 3 Fluggastrechte-VO wegen außergewöhnlicher Umstände ausgeschlossen ist, wenn die Störung nicht den konkreten Transport, sondern einen vorangegangenen Flug derselben Airline betrifft. Die 4. Kammer stellt fest, dass die Erwägungsgründe 14, 15 Fluggastrechte-VO insoweit keine Beschränkungen vorsehen. Im Rahmen der Urteilsfindung berücksichtigt der Spruchkörper vielmehr den „Betriebsmodus“ der Luftfahrzeuge sowie die Tatsache, dass zumindest in bestimmten Flugkategorien dasselbe Flugzeug mehrere aufeinanderfolgende Beförderungen am selben Tag durchführen mag. Der Airline „muss“ es – nach Auffassung des EuGH – möglich sein, sich zur Befreiung seiner Verpflichtung aus Art. 7 Abs. 1 Fluggastrechte-VO auf außergewöhnliche Umstände i.S.d. Art. 5 Abs. 3 Fluggastrechte-VO zu berufen, die einen vorangegangenen Flug desselben Luftfahrzeugs betrafen. Gleichwohl setze dies einen unmittelbaren ursächlichen Zusammenhang voraus, den das vorlegende Gericht insbesondere unter Beachtung des „Betriebsmodus“ zu berücksichtigen habe.

Der dritte Themenkomplex betrifft die weitere Voraussetzung des Art. 5 Abs. 3 Fluggastrechte-VO, wonach die Entlastung bei außergewöhnlichen Umständen nur eingreift, wenn sich die Störung trotz aller zumutbaren Maßnahmen nicht hätte vermeiden lassen. Nach den Ausführungen des EuGH meint das alle der Airline zur Verfügung stehenden personellen, materiellen und finanziellen Mittel, um zu verhindern, dass der Umstand zur Annullierung oder erheblichen Verspätung führt. Dabei soll dem Unternehmen aber kein untragbares „Opfer“ abverlangt werden. Es genüge indes ebenso wenig, dass der Carrier seine Maßnahmen darauf beschränke, nur solche nächstmöglichen Transporte ausfindig zu machen und anzubieten, die er selbst durchführe. Vielmehr zähle es ebenfalls zu den erforderlichen Maßnahmen, andere direkte oder indirekte Beförderungen zu suchen, die von anderen Luftfahrtunternehmen ausgeführt werden, die derselben Fluggesellschaftsallianz angehörten „oder auch nicht“, das Ziel jedoch letztlich mit weniger Verspätung erreichten. Nur wenn

<sup>2</sup> Zur analogen Anwendung bei erheblicher Ankunftsverspätung: EuGH, Urt. v. 19.11.2009 - C-402/07 und C-432/07; Ruks, GPR 2019, 187, 188; Staudinger, RRA 2010, 10; zur Kritik an dieser Judikatur: AG Nürtingen, Urt. v. 05.07.2013 - 46 C 520/13; Politis, EuZW 2014, 8.

<sup>3</sup> EuGH, Urteil vom 12.03.2020 - C-832/18; EuGH, Urt. v. 04.04.2019 - C-501/17; Ruks, GPR 2019, 187, 188.

auf diesen Transportwegen ebenfalls kein (Sitz-)Platz zur Verfügung stehe, habe die Fluggesellschaft alle zur Verfügung stehenden Mittel eingesetzt.

### C. Kontext der Entscheidung

Das Urteil des EuGH zu Rechtsfragen innerhalb des Art. 5 Abs. 3 Fluggastrechte-VO ist in der Literatur bislang auf uneingeschränkte Zustimmung gestoßen.<sup>4</sup> Der Richterspruch ist für hier vorliegende Sachverhaltskonstellation im Ergebnis zu begrüßen, allerdings vermag die Argumentation nicht bedenkenlos überzeugen.

#### I. „Beitrag“ der Fluggesellschaft

Der Gerichtshof vermeidet nachvollziehbar und überzeugend jede pauschale Bewertung hinsichtlich des menschlichen Verhaltens als außergewöhnlichen Umstand und gestattet ausdrücklich abweichende Beurteilungen, etwa wenn das Luftfahrtunternehmen zu dem Verhalten „beigetragen“ hat. Der EuGH nennt aber insoweit als *pars pro toto* lediglich den einem Passagier gestatteten Zugang an Bord trotz offenkundiger Verhaltensstörungen.<sup>5</sup> In derartigen Situationen darf die Airline die Mitnahme des Reisenden nämlich verweigern.<sup>6</sup> Auf dieses Beispiel, das in zeitlicher Hinsicht außerdem nur die Periode vor dem Abflug erfasst, lässt sich ein (mit)ursächliches Verhalten der Airline jedoch nicht reduzieren. Vielmehr mag man ebenfalls von einem relevanten Beitrag des Carriers ausgehen, wenn das aggressive Verhalten bspw. erst während der Beförderung zutage tritt, das Bordpersonal den auffälligen Passagier aber trotzdem fortlaufend mit alkoholischen Getränken versorgt und sich die Aggressivität dadurch steigert. Außerdem stellt sich die Frage, wie weit der Verursachungsbeitrag der Fluggesellschaft generell reicht. So ließe sich überspitzt argumentieren, selbst eine während der Beförderung verkündete Verspätung des Fluges, ein unzulänglicher Bordservice oder gar die Unfreundlichkeit des Kabinenpersonals könnten zum störenden Verhalten „irgendwie“ beitragen. Denn die Formulierungen in der englischen („contributed“) und französischen („contribué“) Sprachfassung des Urteils legen nahe, dass es ausschließlich eines Kausalzusammenhangs bedarf, nicht jedoch eines Verschuldens. Hingegen stellt der Generalanwalt in seinen Ausführungen darauf ab, ob das Luftfahrtunternehmen Kenntnis „hätte haben können“.<sup>7</sup> Die Formulierung bzw. das Merkmal lässt sich aber eher der Kategorie des Verschuldens zuordnen. An diesem Punkt wird deutlich, dass die Grenzen zwischen der verschuldensunabhängigen<sup>8</sup> Einstandspflicht aus Art. 7 Abs. 1 Fluggastrechte-VO und einer Verschuldenshaftung zunehmend ineinander übergehen. Es bleibt abzuwarten, ob sich diese Entwicklung auch in Zukunft fortsetzt. Dem Merkmal des „beitragenden“ Verhaltens dürfte bei künfti-

gen Sachverhalten jedenfalls eine wesentliche Bedeutung zukommen. Ob im Übrigen aus der Formulierung der 4. Kammer, wonach das vorlegende Gericht den Verursachungsbeitrag zu prüfen habe, nur die eigene Unzuständigkeit erklärt oder eine zwingende Überprüfung des nationalen Gerichts (von Amts wegen) angeordnet werden soll, bleibt ungewiss. Letzteres wäre wegen der Beweisschwierigkeiten für den Fluggast sowie aus Schutzgesichtspunkten überzeugend.

#### II. Auswirkungen auf Folgeflüge

Es erscheint im Grundsatz überzeugend, dass sich die außergewöhnlichen Umstände i.S.d. Art. 5 Abs. 3 Fluggastrechte-VO gleichermaßen auf zeitlich nachfolgende Beförderungen beziehen können. In diesem Sinne entschied bereits der BGH, dass der Sekundärrechtsakt die wirtschaftlichen Gegebenheiten des Flugverkehrs nicht zu verhindern beabsichtigt und es deshalb nicht darauf ankommt, ob die genannten Ereignisse unmittelbar den betroffenen Flug beeinflussen oder sich als Auswirkung des vorangegangenen Umlaufs darstellen.<sup>9</sup> Der EuGH fordert insoweit einen unmittelbaren ursächlichen Zusammenhang, den das vorlegende Gericht „insbesondere unter Berücksichtigung des Betriebsmodus“ zu beurteilen habe. Faktisch mag das insbesondere solche Fluggesellschaften privilegieren, die mit äußerst knapp bemessenen Umlaufzeiten kalkulieren.<sup>10</sup> In diesem Kontext darf aber auch die Missbrauchsgefahr nicht ausgeblendet werden. In welcher Weise Fluggesellschaften ihre Maschinen einsetzen, kann der betroffene Passagier weder nachvollziehen noch überprüfen. Aus diesem Grund ist vielmehr ein hinreichend substantiiertes Vortrag der Airline erforderlich.

#### III. Beförderung

Zu begrüßen sind die Ausführungen des EuGH hinsichtlich der zumutbaren Maßnahmen i.S.d. Art. 5 Abs. 3 Fluggastrechte-VO. Die 4. Kammer macht abermals deutlich, dass sich derartige Handlungen – anders als der Wortlaut der

4 Heger, EuZW 2020, 617; Schröder, jurisPR-IWR 5/2020 Anm. 1.

5 Ebenso die Ausführungen des Generalanwalts Pikamäe, Schlussantrag vom 27.02.2020, BeckRS 2020, 2315 Rn. 51.

6 Dazu jüngst: AG Frankfurt a. M., Urt. v. 27.05.2020 - 32 C 784/19

7 Siehe etwa die Formulierung des Generalanwalts Pikamäe, Schlussantrag vom 27.02.2020 - C-74/19 Rn. 51 („Kenntnis davon hätte haben können“).

8 BGH, Urt. v. 10.12.2009 - Xa ZR 61/09; Steinrötter in: BeckOGK, FluggastVO, Art. 7 Rn. 5, Stand 01.08.2020; Keiler in: Hk, FluggastVO 2016, Art. 7 Rn. 13.

9 BGH, Urt. v. 12.06.2014 - X ZR 121/13 - NJW 2014, 3303, 3304 m. Anm. Führich; Steinrötter in: BeckOGK, FluggastVO, Art. 5 Rn. 98, Stand 01.01.2020.

10 Zur Notwendigkeit eines solchen Zeitpuffers: EuGH, Urt. v. 12.05.2011 - Rs. C-294/10; Heger/Heger, NZV 2020, 338, 341; Sauer, RRA 2014, 266, 273.

Norm nahelegt – auf die Verhinderung der Folgen (Annullierung, Verspätung) beziehen,<sup>11</sup> nicht jedoch auf den Eintritt des außergewöhnlichen Umstands selbst.<sup>12</sup> Der Gerichtshof lässt es für eine Entlastung nicht genügen, wenn die Airline lediglich alternative Transporte mit den von dem Carrier selbst durchgeführten Flügen anbietet. Vielmehr schuldet das Luftfahrtunternehmen ebenfalls die Suche nach (in-)direkten Flügen anderer Airlines, die derselben Fluggesellschaftsallianz angehören „oder auch nicht“. Die letztgenannten Worte verbergen dabei die besondere Tragweite der Entscheidung. Demzufolge hat der Carrier dem Passagier grds. denjenigen Flug anzubieten (und ihn ggf. umzubuchen), welcher das Zielgebiet mit der geringsten Verspätung erreicht. Das ist aus Gründen des Schutzes von Fluggästen sachgerecht und überzeugend, allerdings haben Judikative und Literatur dies bislang unterschiedlich bewertet. Während Teile der Rechtsprechung<sup>13</sup> und des Schrifttums<sup>14</sup> eine Umbuchung ebenfalls als zumutbare Maßnahme erachten, lehnt das der BGH etwa in seiner Entscheidung vom 12.06.2014 pauschal ab.<sup>15</sup> Die Auffassung des X. Senats lässt sich mit den hiesigen Vorgaben des EuGH nicht in Einklang bringen. Die neue Judikatur aus Luxemburg dürfte den Begründungsaufwand für solche Airlines erhöhen, die ihre Ausgleichspflicht unter Hinweis auf Art. 5 Abs. 3 Fluggastrechte-VO ablehnen möchten. Denn die Darlegungs- und Beweislast bezüglich der zumutbaren Vermeidungsmaßnahmen trifft das ausführende Luftfahrtunternehmen.<sup>16</sup> Ein unsubstantiiertes Vortragen wirkt folglich zu seinen Lasten.

#### D. Auswirkungen für die Praxis

Die erörterten Schwerpunkte der Entscheidung dürften die Rechtsprechung künftig über die dargestellte Sachverhaltskonstellation hinaus beschäftigen. Außerdem ergibt sich eine Verbindungslinie zur novellierten Pauschalreise-RL (EU) 2015/2302 (vgl. dort Art. 3 Nr. 12), wo sich der aus Art. 5 Abs. 3 Fluggastrechte-VO bekannte Terminus der außergewöhnlichen Umstände wiederfindet. Die hiesige Fallgestaltung macht deutlich, dass der Rechtsanwender die Judikatur zu Art. 5 Abs. 3 Fluggastrechte-VO gerade nicht „eins-zu-eins“ auf die Pauschalreise-RL übertragen darf.<sup>17</sup> Denn insbesondere für Mängel durch Handlungen Dritter<sup>18</sup> sieht das Pauschalreiserecht (Art. 14 Abs. 3 Buchst. b Pauschalreise-RL bzw. § 651n Abs. 1 Nr. 2 BGB) einen gesonderten Ausschlussatbestand vor, sodass sie nicht unter die Entlastung für außergewöhnliche Umstände (Art. 14 Abs. 3 Buchst. c) Pauschalreise-RL bzw. § 651n Abs. 1 Nr. 3 BGB) zu subsumieren sind.<sup>19</sup> Zumindest im Ergebnis würde ein Schadensersatzanspruch auf pauschalreiserechtlicher Rechtsgrundlage aber gleichwohl ausscheiden. Trotz des nahezu identischen Begriffs aus der Hand desselben europäischen Gesetzgebers kann die ergangene Judikatur nicht unbedacht in das jeweils

andere Regelwerk inkorporiert werden. Es bleibt abzuwarten, ob und inwieweit eine mögliche Reform der Fluggastrechte-VO ein abgestimmtes Konzept erzielen wird.

- 11 Ebenso bereits: EuGH, Urt. v. 04.04.2019 - C-501/17; hierzu: Staudinger/Schröder, NJW 2019, 2823, 2825; Wienbracke, NZV 2019, 341; zum Streitstand hinsichtlich der Bezugnahme: Ruks, Die Haftung für außergewöhnliche Umstände, 2020, S. 30 f.; Ruks, GPR 2019, 187, 189 m.w.N.
- 12 Dafür jedoch: Maruhn in: Hk, FluggastVO, 2016, Art. 5 Rn. 30.
- 13 OGH Wien, Urt. v. 03.07.2013 - 7 Ob 65/13d - RRa 2014, 196, 199; LG Korneuburg, Urt. v. 14.02.2019 - 21 R 23/19h Rn. 12; vgl. LG Düsseldorf, Urt. v. 04.09.2019 - 22 S 244/19.
- 14 Steinrötter in: BeckOGK, FluggastVO, Art. 5 Rn. 113, Stand 01.01.2020; Schmid in: BeckOK, FluggastVO, 15. Edition, Art. 5 Rn. 139b, 144, Stand 01.07.2020; Jarec, RRa 2019, 9, 11 f.
- 15 BGH, Urt. v. 12.06.2014 - X ZR 121/13 - NJW 2014, 3303, 3307 m. Anm. Führich.
- 16 Allgemein dazu: LG Korneuburg, Urt. v. 23.03.2017 - 22 R 150/16p Rn. 13; Steinrötter in: BeckOGK, FluggastVO, Art. 5 Rn. 126, 129, Stand 01.01.2020; Maruhn in: Hk, FluggastVO, 2016, Art. 5 Rn. 33.
- 17 Ausführlich: Ruks, Die Haftung für außergewöhnliche Umstände, 2020, S. 1 ff.; beachte ferner: Ruks, GPR 2019, 187, 190.
- 18 Beachte ebenso den Ausschluss des Art. 12 Abs. 3 Buchst. a) Pauschalreise-RL bzw. § 651n Abs. 1 Nr. 1 BGB für die vom Reisenden verursachten Mängel; hierzu: Staudinger in: Führich/Staudinger, Reiserecht, 8. Aufl. 2019, § 22 Rn. 11.
- 19 Ruks, Die Haftung für außergewöhnliche Umstände, 2020, S. 29 f.

## Rücktritt nach Fristsetzung zur Nacherfüllung BGH, Urt. v. 26.08.2020 - VIII ZR 351/19

Prof. Dr. Michael Jaensch

### A. Problemstellung

Liefert der Verkäufer eine mangelhafte Sache, so kann der Käufer vom Vertrag zurücktreten, sofern er eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat, § 437 Nr. 3, § 323 Abs. 1 BGB.

I. Unter Berufung auf die Rechtsprechung zum alten Schuldrecht<sup>1</sup> hält die h.M. die Frist für gewahrt, wenn die Leistungshandlung vorgenommen wird;<sup>2</sup> der Erfolg kann später eintreten. Unklar ist, ob dies auch für die Nacherfüllung gilt.

- 1 BGH, Urt. v. 06.02.1954 - II ZR 176/53; BGH, Urt. v. 15.04.1959 - V ZR 21/58; BGH, Urt. v. 12.12.1990 - VIII ZR 332/89.
- 2 Beckmann in: jurisPK BGB, 9. Aufl. 2020, § 323 Rn. 41; Ernst in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2019, § 323 Rn. 86; Ulber in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 323 Rn. 36; Stadler in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. 2018, § 323 Rn. 9; einschränkend Schwarze in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2020, § 323 Rn. B 74.

II. § 323 Abs. 2 BGB regelt die Voraussetzungen, in denen die Frist ausnahmsweise entbehrlich ist. § 440 BGB enthält weitere kaufrechtsspezifische Entbehrlichkeitstatbestände. So bedarf es der Frist nicht, wenn die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen ist. Die Nachbesserung gilt nach zwei erfolglosen Versuchen als fehlgeschlagen. Der Gerichtshof hatte zu entscheiden, ob sich die Regel zweier erfolgloser Nachbesserungsversuche auf § 323 Abs. 1 BGB verallgemeinern lässt und der Käufer auch bei Fristsetzung dem Verkäufer eine zweite Nachbesserungsmöglichkeit einräumen muss. Die Fragestellung lässt sich auf den Schadensersatz (§ 281 Abs. 1 Satz 1 BGB) und die Minderung (§ 441 Abs. 1 Satz 1 BGB) übertragen.

III. Zum Setzen der Frist genügt die Aufforderung, umgehend die Leistung zu erbringen. Ein Enddatum muss nicht festgelegt werden.<sup>3</sup> Ungeklärt ist, ob das Fristsetzungserfordernis mit den Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie<sup>4</sup> vereinbar ist, welche nur den Ablauf einer angemessenen Frist verlangt, und ob § 323 Abs. 1 BGB richtlinienkonform auszulegen ist.<sup>5</sup>

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Im September 2017 kaufte der Kläger von der Beklagten einen Neuwagen. Am 14.05.2018 rügte er Mängel und forderte die Beklagte zur Nachbesserung bis 30.05. auf. Am 28.05. bot die Beklagte an, den Wagen in Augenschein zu nehmen, wovon der Kläger einige Tage später Gebrauch machte. Die Nachbesserung fand vom 14. bis 21.08. statt. Einige Tage darauf beanstandete der Kläger dieselben Mängel erneut und vereinbarte einen Termin zur weiteren Nachbesserung. Diesen nahm er aber nicht wahr, sondern trat zurück. Mit seiner Klage verlangt er u.a. Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rückübergang des Wagens. Die Klage in den ersten beiden Instanzen ist zurückgewiesen worden. Die Revision hat Erfolg.

Nach Auffassung des BGH könne der Rückzahlungsanspruch aus § 346 Abs. 1 BGB nicht mit der Begründung verneint werden, es sei eine zweite Möglichkeit zur Nachbesserung einzuräumen, um nach § 323 Abs. 1 BGB zurückzutreten.

I. Das Rücktrittsrecht scheitere nicht, weil die Nachbesserung nicht bis zum 30.05., sondern erst zwischen dem 14. und 21.08. durchgeführt wurde, da der Kläger hierin eingewilligt hatte. Für die Einhaltung der angemessenen Frist zur Nacherfüllung käme es nach Auffassung des Gerichtshofs nicht auf die Vornahme der Leistungshandlung, sondern auf den Eintritt des Leistungserfolgs an. Dies ergebe sich aus dem Sinn und Zweck der Nacherfüllung sowie aus der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, die zur Vertragsauflösung

voraussetze, dass der Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist Abhilfe geschaffen hat. Daher sei die angemessene Frist so zu bemessen, dass vor Fristablauf der Leistungserfolg herbeigeführt werden kann. Eine zu kurze Frist setze eine angemessene Frist in Gang, sofern es dem Käufer nicht auf die Kürze der Frist ankommt.

II. Entschieden wendet sich der BGH gegen die Auffassung, es sei beim Fristsetzungserfordernis nach § 323 Abs. 1 BGB eine zweite Gelegenheit zur Nachbesserung zu gewähren. Die Wertung von § 440 Satz 2 BGB, der eine Ausnahme zur Fristsetzung darstellt, könne nicht auf die allgemeine Regelung von § 323 Abs. 1 BGB übertragen werden. Dies gelte umso mehr, als § 440 Satz 1 Alt. 2, Satz 2 BGB lediglich für die Nachbesserung gilt, während § 323 Abs. 1 BGB beide Arten der Nacherfüllung umfasst. Müsse der Käufer trotz Fristsetzung zweimal Gelegenheit zur Nachbesserung gewähren, könne er auf die Frist auch gleich verzichten und nach § 440 BGB zurücktreten, womit § 323 Abs. 1 BGB obsolet wäre.

Den Anforderungen von § 323 Abs. 1 BGB sei genügt, wenn der Käufer einmalig eine angemessene Frist zur Nacherfüllung setzt. Die zweite Andienung sei die letzte Chance, einen Rücktritt abzuwenden. Ein Recht zur dritten Andienung sei nicht vorgesehen. Durch zwei erfolglose Nachbesserungsversuche würde in widersprüchlicher Weise ein zusätzliches Erfordernis in § 323 Abs. 1 BGB eingeführt, das Gegenstand von § 440 BGB ist, bei dem es an einer Fristsetzung gerade fehlt und welches den Rücktritt erleichtern, nicht erschweren solle. Dem Interesse des Verkäufers, der die Nachbesserung im ersten Versuch fast abgeschlossen hat und mit nur geringem Aufwand den Mangel im zweiten Versuch beheben kann, wird durch § 323 Abs. 5 BGB Rechnung getragen, der bei geringfügigem Mangel den Rücktritt ausschließt.

III. Ausdrücklich dahingestellt lässt der Gerichtshof die Frage, ob das Fristsetzungserfordernis mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vereinbar ist. Zwar fordere die Richtlinie lediglich, dass eine angemessene Frist verstreicht. Allerdings federten die Ausnahmen von § 323 Abs. 2, § 440 BGB das Fristsetzungserfordernis von § 323 Abs. 1 BGB ab. Zudem genüge es, eine umgehende Leistung zu verlangen; ein Endtermin muss nicht genannt werden. Daher sei dahingestellt, ob eine richtlinienkonforme Auslegung erforderlich ist. Diese verbiete sich aber bereits angesichts des klaren gesetzgeberischen Willens, dass eine Frist zu setzen sei.

3 BGH, Urt. v. 12.08.2009 - VIII ZR 254/08 Rn. 10 f.; BGH, Urt. v. 18.03.2015 - VIII ZR 176/14 Rn. 11.

4 Richtlinie 1999/44/EG vom 25.05.1999, ABl. EG Nr. L 171/12 vom 07.07.1999.

5 So Ernst in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2019, § 323 Rn. 51; Ulber in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 323 Rn. 29.

### C. Bewertung

I. Entgegen der h.M., die die Vornahme der Leistungshandlung zur Fristwahrung genügen lässt,<sup>6</sup> ist die überwiegend zum alten Schuldrecht ergangene Rechtsprechung nicht verallgemeinerungsfähig, da sie zu speziellen,<sup>7</sup> zum Teil überholten<sup>8</sup> Fallgestaltungen erging. Es wird zudem erwogen, dem Käufer die Wahl zu überlassen, eine Frist zur Aufnahme der Nacherfüllungshandlung (Aufnahmefrist) oder zum Eintritt des Nacherfüllungserfolgs (Vornahmefrist) zu setzen.<sup>9</sup> Die Praxistauglichkeit einer solchen Differenzierung sei dahingestellt. Der BGH hat sich nunmehr für die Vornahmefrist ausgesprochen. Diese Auslegung wird von der bis 2022 umzusetzenden Warenkaufrichtlinie gedeckt, wonach die Frist für die Vornahme der Nacherfüllung angemessen sein sollte.<sup>10</sup>

II. Der in § 440 BGB verwendete Begriff des Fehlschlags stammt nicht aus der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, sondern geht auf § 11 Nr. 10 Buchst. b) AGBG a.F. (nunmehr § 309 Nr. 8b) bb) BGB) zurück, sodass auf die hierzu ergangene Rechtsprechung zurückgegriffen werden kann. Der Fehlschlag bezieht sich allein auf die Nachbesserung. Steht dem Käufer im Rahmen der Nacherfüllung Neulieferung zu, liegt ein Fehlschlag zumindest dann vor, wenn der gleiche Mangel bei der ersten Neulieferung ebenfalls auftritt.<sup>11</sup> Denn es kann dann vermutet werden, dass die gesamte Produktcharge den gleichen Mangel aufweist,<sup>12</sup> sodass das Vertrauen des Käufers in eine vertragsgemäße Lieferung zerstört ist. Ob § 440 Satz 2 BGB angesichts der Warenkaufrichtlinie Bestand haben wird, ist aufgrund seines Art. 13 Abs. 4 Buchst. b) fraglich. Danach kann der Verbraucher den Vertrag beenden, sofern der Verkäufer vergeblich versucht hat, den vertragsmäßigen Zustand wiederherzustellen. Einen zweiten Nachbesserungsversuch räumt die Richtlinie dem Verkäufer i.d.R. nicht ein. Jedoch kann bei teuren oder komplexen Waren ein weiterer Versuch erwogen werden.<sup>13</sup> Demnach sei die in § 440 Satz 2 BGB enthaltene Richtschnur eines zweiten Nachbesserungsversuchs einzuschränken.<sup>14</sup> Der Entscheidung des BGH, § 440 Satz 2 BGB nicht auf § 323 Abs. 1 BGB zu übertragen, wird daher auch nach Umsetzung der Richtlinie überzeugen.

III. Zur richtlinienkonformen Auslegung des Fristsetzungserfordernisses zeigt der Gerichtshof sich restriktiver als zur teleologischen Reduktion von § 439 Abs. 4 (a.F., nunmehr Abs. 5) BGB<sup>15</sup> und § 439 Abs. 3 (a.F., nunmehr Abs. 4) BGB<sup>16</sup> sowie der Auslegung von § 439 Abs. 1 BGB.<sup>17</sup> Dort hatte er in der sich als falsch herausgestellten gesetzgeberischen Auffassung, das Gesetz sei richtlinienkonform,<sup>18</sup> einen Widerspruch erkannt,<sup>19</sup> der durch richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung aufzulösen sei. Nunmehr nimmt der Gerichtshof einen solchen (potenziellen) Widerspruch hin, und setzt diese Linie in einer kurz darauf erfolgten Entschei-

dung zu § 475 Abs. 2 (a.F. nunmehr § 476 Abs. 2) BGB fort.<sup>20</sup> Sollte die Fristsetzung entgegen der Auffassung des Gesetzgebers<sup>21</sup> und des BGH sich als mit der Richtlinie unvereinbar erweisen,<sup>22</sup> scheint der Gerichtshof nicht gewillt, durch Auslegung einen unionsrechtsgemäßen Zustand herzustellen, sodass dieser nur durch eine Gesetzesänderung erreicht werden könnte, wie sie sich für § 476 Abs. 2 BGB andeutet.<sup>23</sup> Die Warenkaufrichtlinie spricht im Eg. 50 davon, dem Verkäufer sei eine angemessene Frist „einzuräumen“. Ob damit eine Frist zu „setzen“ gemeint ist, erscheint angesichts der englischen („give [...] time“) und französischen („accorder [...] un délai“) Fassung, die auf das Abwarten hindeuten, fraglich,<sup>24</sup> sodass das Problem bei gleichbleibendem Wortlaut von § 323 Abs. 1 BGB fortbestehen dürfte.

### D. Auswirkungen für die Praxis

Dem BGH ist darin zuzustimmen, dass beim Rücktritt unter Fristsetzung keine zweite Nachbesserungsmöglichkeit gewährt werden muss. Jedoch besteht ein glei-

6 Siehe Fn. 2.

7 BGH, Urt. v. 06.02.1954 - II ZR 176/53 (Versendungskauf); BGH, Urt. v. 15.04.1959 - V ZR 21/58 (Geldschuld); BGH, Urt. v. 12.03.2010 - V ZR 147/09 (Freistellung des Käufers vom Schadensersatzanspruch der Wohnungseigentümergeinschaft).

8 BGH, Urt. v. 12.12.1990 - VIII ZR 332/89 (Verzug als Rücktrittsvoraussetzung).

9 Ernst in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2019, § 323 Rn. 261 ff.

10 Richtlinie (EU) 2019/771 vom 20.05.2019, ABl. EU Nr. L 136/28 vom 22.05.2019, Eg. 55.

11 OLG Hamburg, Urt. v. 28.02.1974 - 8 U 176/73; Westermann in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2019, § 440 Rn. 12; Grunewald in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 440 Rn. 6; Faust in: BeckOK, BGB, 55. Edition, § 440 Rn. 37, Stand 01.08.2020; a.A. Pammler in: jurisPK BGB, 9. Aufl. 2020, § 440 Rn. 33.

12 Matusche-Beckmann in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2013, § 440 Rn. 22.; vgl. Richtlinie (EU) 2019/771 vom 20.05.2019, ABl. EU Nr. L 136/28 vom 22.05.2019, Eg. 52.

13 Richtlinie (EU) 2019/771 vom 20.05.2019, ABl. EU Nr. L 136/28 vom 22.05.2019, Eg. 52.

14 Bach, NJW 2019, 1705, 1710; abweichend Wilke, BB 2019, 2434, 2443.

15 BGH, Urt. v. 26.11.2008 - VIII ZR 200/05 Rn. 25 f.

16 BGH, Urt. v. 21.12.2011 - VIII ZR 70/08 Rn. 34 ff.

17 Vgl. BGH, Urt. v. 17.10.2012 - VIII ZR 226/11 Rn. 22 ff.; BGH, Urt. v. 21.12.2011 - VIII ZR 70/08 Rn. 26.

18 EuGH, Urt. v. 17.04.2008 - C-404/06 - „Quelle“; EuGH, Urt. v. 16.06.2011 - C-65 und 87/09 - „Weber u. Putz“.

19 Vgl. auch BGH, Urt. v. 28.10.2015 - VIII ZR 13/12 Rn. 39; BGH, Urt. v. 28.10.2015 - VIII ZR 158/11 Rn. 37.

20 BGH, Urt. v. 18.11.2020 - VIII ZR 78/20 Rn. 35 ff.

21 BT-Drs. 14/6040, S. 222, 233.

22 So Ernst in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2019, § 323 Rn. 51; Ulber in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 323 Rn. 29.

23 RegE eines Gesetzes für faire Verbraucherverträge vom 16.12.2020, S. 32.

24 Wilke, BB 2019, 2434, 2443.

tender Übergang vom Verlangen einer umgehenden Nachbesserung, womit eine angemessene Frist nach § 323 Abs. 1 BGB in Gang gesetzt wird, zur Aufforderung, den Mangel zu beheben, was aufgrund § 440 BGB das Rücktrittsrecht i.d.R. erst nach dem zweiten fehlgeschlagenen Versuch entstehen lässt. Der BGH nimmt dies bewusst hin. Den zu erwartenden Abgrenzungsproblemen könnte nur durch eine formale Ausdrucksweise entgegengewirkt werden. Dem Verbraucher ist daher zu empfehlen, die Dringlichkeit der Leistungserbringung durch Verwendung der Worte „sofortig“, „unverzüglich“ oder „umgehend“ deutlich zu machen. Der Verkäufer kann sich hingegen nicht darauf verlassen, ihm werde eine zweite Nachbesserungsmöglichkeit gewährt, nur weil ihm kein Fristende genannt wird.

## Arbeitsrecht

### Keine Beschäftigung ohne Maske

ArbG Siegburg, Urt. v. 16.12.2020 - 4 Ga 18/20<sup>1</sup>

VPPräsLArbG a.D. Prof. Dr. Heinz-Jürgen Kalb

#### A. Problemstellung

Die Pandemie erfasst alle Lebensbereiche, nicht zuletzt auch das Arbeitsleben. Sie beschäftigt zunehmend die Gerichte aller Instanzen, wegen der Dynamik des Geschehens nicht selten auch im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes. Das hier zu besprechende Urteil betrifft das Spannungsfeld zwischen Individual- und Kollektivinteressen und deren Berücksichtigung durch die Ausübung des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts. Konkret geht es um die Frage, wie weit der Arbeitgeber Maßnahmen des öffentlichen Gesundheitsschutzes im bestehenden Arbeitsverhältnis einseitig um- bzw. durchsetzen kann und insoweit persönliche Befindlichkeiten oder auch andere Einschätzungen zurückzutreten haben. Bei einer Betrachtung der unterschiedlichen Interessen kommt auch eine alternative Lösungsmöglichkeit in den Blick, die zuletzt auch rechtspolitisch diskutierte Forderung nach einem Recht auf Arbeit im „Homeoffice“.<sup>2</sup> Kann der Arbeitnehmer im besonders gelagerten Einzelfall schon jetzt die Beschäftigung im „Homeoffice“ verlangen?

#### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die beklagte Kommune ordnete mit Schreiben vom 06.05.2020 mit Wirkung vom 11.05.2020 in den Räumlichkeiten des Rathauses das Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung für Besucher und Beschäftigte an. Der klagende Verwaltungsmitarbeiter legte bereits am 08.05.2020 ein ärztliches Attest folgenden Inhalts vor: „Herr A ist heute von mir untersucht worden. Aufgrund einer Erkrankung ist er vom Tragen eines Mund-Nase-Schutzes befreit.“ Ende Oktober forderte die Arbeitgeberin ihren Mitarbeiter auf, in Gemeinschaftsräumen, bei Betreten der Flure oder des WC sowie der Teeküche und des Pausen- und Druckerraums ein Gesichtsvisier zu tragen. Mit Schreiben vom 04.11. erteilte sie ihm die ausdrückliche Anweisung, die Räumlichkeiten des Rathauses ab sofort ausschließlich mit einem Gesichtsvisier zu betreten. Daraufhin legte der Mitarbeiter ein weiteres ärztliches Attest vor, in dem es heißt: „Herr A ist heute von mir untersucht worden. Aufgrund einer Erkrankung ist er vom Tragen eines Mund-Nase-Schutzes oder alternativen Gesichtsvisieren jeglicher Art befreit.“ Als sich der Mitarbeiter nach einer längeren Arbeitsunfähigkeit Anfang Dezember wieder zur Arbeit einfand, lehnte die Arbeitgeberin eine Beschäftigung ohne Mund-Nase-Schutz bzw. Gesichtsvisier ab. Die vom Kläger beantragte einstweilige Verfügung auf „ungeschützte“ Beschäftigung oder alternativen Einsatz im Homeoffice lehnte das ArbG Siegburg mit Urteil vom 16.12.2020 ab.

Nach Ansicht des Gerichts überwiegt der Gesundheits- und Infektionsschutz aller Mitarbeiter und Besucher des Rathauses das Interesse des Klägers an einer Beschäftigung ohne Gesichtsvisier oder Schutzmaske, zumal die ärztlichen Atteste nicht hinreichend konkret und nachvollziehbar gewesen seien.<sup>3</sup> Das Weisungsrecht der Arbeitgeberin erstreckte sich nach § 106 Satz 2 GewO auch auf die Ordnung des Verhaltens des Arbeitnehmers im Betrieb, somit auch auf die nach öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzvorschriften notwendigen Schutzmaßnahmen. Die maßgebliche Rechtsgrundlage für die Einführung einer Maskenpflicht im Betrieb ergebe sich aus § 618 BGB i.V.m. § 3 Abs. 1 ArbSchG. Danach sei die Arbeitgeberin verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes zu treffen, um die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit zu gewährleisten. Die Be-

1 Die Entscheidung ist nicht rechtskräftig. Die Berufung ist beim LArbG Köln unter 2 SaGA 1/21 anhängig.

2 Vgl. die Gesetzesinitiative des BMAS für eine gesetzliche Regelung der mobilen Arbeit vom 04.10.2020, [www.bmas.de/DE/Themen/Arbeitsrecht/mobile-arbeit](http://www.bmas.de/DE/Themen/Arbeitsrecht/mobile-arbeit) (zuletzt abgerufen am 15.01.2021); ferner die SARS-Cov-2-Arbeitsschutzverordnung v. 21.1.2021 (Corona-ArbSchV), die vorerst befristet bis zum 31.3.2021 gilt.

3 Ebenso im Fall einer Flugsicherheitsassistentin am Flughafen Schönefeld ArbG Berlin, Urt. v. 15.10.2020 - 42 Ga 13034/20.

klagte habe als Behörde mit öffentlichem Publikumsverkehr, aber auch im Hinblick auf die in ihrem Haus beschäftigten Mitarbeiter, ein erhebliches Interesse daran, dass niemand sich im Rathaus ohne entsprechende Schutzvorkehrungen bewege. Sie habe den Arbeitnehmer zu Recht angewiesen, zumindest ein Gesichtsvisionär außerhalb seines eigenen Büros zu tragen. Die Arbeitgeberin sei auch nicht etwa aus Gründen der Gleichbehandlung verpflichtet, dem Arbeitnehmer Tätigkeiten im Homeoffice zu ermöglichen.

### C. Kontext der Entscheidung

Nach § 106 Satz 1 GewO kann der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. Dies gilt nach Satz 2 auch hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers ist ein wesentlicher Gestaltungsfaktor im Arbeitsrecht und jedem Arbeitsverhältnis immanent.<sup>4</sup> Es kann eine je nach den Umständen des Einzelfalls näher zu bestimmende Vielzahl von Pflichten betreffen, deren Erfüllung unumgänglich ist, um den Austausch der Hauptleistungen sinnvoll zu ermöglichen (sog. leistungssichernde Neben- oder Verhaltenspflichten).<sup>5</sup> Dem Direktionsrecht des Arbeitgebers entspricht eine vertragliche Leistungs- oder Gehorsamspflicht des Arbeitnehmers. Die Nichtbefolgung einer rechtmäßigen Weisung bedeutet daher eine Arbeitsvertragsverletzung, die eine Abmahnung und in der letzten Konsequenz eine verhaltensbedingte Kündigung nach sich ziehen kann.<sup>6</sup> Dagegen ist eine rechtswidrige bzw. nicht billigem Ermessen entsprechende Weisung unverbindlich (§ 315 Abs. 3 Satz 1 BGB) und gibt dem Arbeitnehmer ein Leistungsverweigerungsrecht sowie grds. einen Anspruch auf vertragsgemäße Beschäftigung. In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass der Arbeitnehmer nicht – entgegen zeitweiliger Rechtsprechung auch nicht vorläufig<sup>7</sup> – an eine Weisung des Arbeitgebers gebunden ist, die die Grenzen billigen Ermessens überschreitet.<sup>8</sup> Entspricht die einseitige Anordnung nicht der Billigkeit, ist sie für den Arbeitnehmer von Anfang an unverbindlich, weil § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB gerade keine – für den Fall der rechtskräftigen Feststellung der Unbilligkeit der Leistungsbestimmung – auflösend bedingte Verbindlichkeit der Weisung vorsieht.<sup>9</sup>

Die Ausübung des Direktionsrechts unterliegt insbesondere auch hinsichtlich der Frage, ob sie billigem Ermessen

entspricht, arbeitsgerichtlicher Kontrolle.<sup>10</sup> Unter bestimmten Voraussetzungen kann der Arbeitnehmer auch einstweiligen Rechtsschutz gegen eine unbillige Weisung beantragen,<sup>11</sup> wie er dies im Streitfall getan hat. Es muss dann eine Abwägung der wechselseitigen Interessen nach Maßgabe der verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Wertentscheidungen, der Prinzipien der Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit sowie der Verkehrssitte und Zumutbarkeit vorgenommen werden.<sup>12</sup> Je einschneidender die Auswirkungen der einseitig angeordneten Maßnahme für den Arbeitnehmer sind, desto sorgfältiger muss die Abwägung der beiderseitigen Interessen erfolgen.<sup>13</sup> Zu berücksichtigen sind dabei auch die Vorteile aus einer Regelung, die Risikoverteilung zwischen den Vertragsparteien und die beiderseitigen Bedürfnisse, soweit sie nach § 241 Abs. 2 BGB schutzwürdig sind. Schließlich hat der Arbeitgeber bei der Ausübung des Ermessens auch auf Behinderungen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen (§ 106 Satz 3 GewO). Im Übrigen können sich Einschränkungen durch Mitbestimmungsrechte von Betriebs- und Personalrat ergeben (§§ 87 Abs.1 Nr.1 BetrVG, 75 Abs. 3 Nr. 15 BPersVG).

### D. Auswirkungen für die Praxis

Auch wenn es sich um eine Einzelfallentscheidung handelt, reiht sie sich doch ein in die aktuelle Serie von Entscheidungen vor allem der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, die pandemiebedingte Einschränkungen der Handlungs- und Bewegungsfreiheit der Bürger zum Gegenstand haben.<sup>14</sup> Der Konflikt gegenläufiger Rechts-

4 Vgl. Lembke in: HWK, 9. Aufl., § 106 GewO Rn. 3; Preis in: ErfK, 18. Aufl., § 106 GewO Rn. 1.

5 Vgl. BAG, Urt. v. 02.11.2016 - 10 AZR 596/15; Lembke in: HWK, § 106 GewO Rn. 5 m.w.N.

6 Vgl. Lembke in: HWK, § 106 GewO Rn. 8; Preis in: ErfK, § 106 GewO Rn. 1.

7 Vgl. BAG, Urt. v. 22.02.2012 - 5 AZR 249/11; dazu kritisch Thüsing, jM 2014, 20 ff.; nunmehr BAG, Beschl. v. 14.06.2017 - 10 AZR 330/16 (A); BAG, Beschl. v. 14.09.2017 - 5 AS 7/17.

8 Vgl. LArbG Köln, Urt. v. 28.08.2014 - 6 Sa 423/14; Weth/Gutting, jM 2015, 244 f.

9 Vgl. Lembke in: HWK, § 106 GewO Rn. 116a; Preis in: ErfK, § 106 GewO Rn. 13.

10 Vgl. BAG, Urt. v. 28.08.2013 - 10 AZR 537/12; LArbG Köln, Urt. v. 28.08.2014 - 6 Sa 423/14.

11 Vgl. Thüsing, jM 2014, 20, 22.

12 Vgl. BAG, Urt. v. 21.07.2009 - 9 AZR 404/08 Rn. 22; BAG, Urt. v. 28.08.2013 - 10 AZR 569/12 Rn. 40.

13 Vgl. Lembke in: HWK, § 106 GewO Rn. 119 m.w.N.

14 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 21.11.2020 - 1 BvQ 135/20; BVerfG, Beschl. v. 16.11.2020 - 2 BvQ 87/20; BVerfG, Beschl. v. 27.06.2020 - 1 BvQ 74/20; OVG Münster, Beschl. v. 24.09.2020 - 13 B 1368/20.

positionen ist nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsprinzips durch Abwägung der widerstreitenden Interessen zu lösen.<sup>15</sup> Insoweit stellt das Urteil klar, dass die jeweilige Coronaschutzverordnung sowie die Handlungsempfehlungen des BMAS zur Begrenzung des Infektionsrisikos maßgebliche Vorgaben für die konkrete Regelung im Betrieb darstellen. Letztere (SARS-Cov-2-Arbeitsschutzregel, Fassung 20.08.2020)<sup>16</sup> sehen in Ziff. 4.1. Abs. 3 u.a. vor, dass bei unvermeidbarem Kontakt zu anderen Personen – wie etwa in Fluren, auf der Toilette, in Pausen- oder Druckerräumen – Mund-Nase-Bedeckungen zum gegenseitigen Schutz getragen werden müssen. Im Anschluss an die Rechtsprechung des OVG Münster wird ferner klargestellt, dass es für eine Befreiung von der Maskenpflicht nicht ausreicht, ein allgemein gehaltenes Attest vorzulegen. Wenn eine solche Ausnahme „aus medizinischen Gründen“ gerechtfertigt sein soll, müssen diese konkret und nachvollziehbar dargelegt werden, um dem Arbeitgeber bzw. dem Gericht eine sachliche Überprüfung zu ermöglichen. Aus der ärztlichen Bescheinigung muss sich regelmäßig ergeben, welche konkret zu benennenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen aufgrund der Pflicht zum Tragen einer Maske im Betrieb zu erwarten sind und woraus diese im Einzelnen resultieren. Soweit relevante Vorerkrankungen vorliegen, sind auch diese konkret zu bezeichnen. Darüber hinaus muss deutlich werden, auf welcher Grundlage der attestierende Arzt zu seiner Einschätzung gelangt ist.<sup>17</sup> Damit sind für die Praxis wichtige Leitsätze formuliert.

### E. Bewertung

Dem Urteil des ArbG Siegburg ist zuzustimmen, weil es bei der anzustellenden Abwägung alle maßgeblichen Umstände des Einzelfalls berücksichtigt und zu dem Ergebnis kommt, dass die Weisung der Arbeitgeberin zum Tragen eines Gesichtsvisors bzw. einer Schutzmaske billigem Ermessen entspricht. Die besondere Bedeutung liegt in der Beurteilung des Beweiswerts ärztlicher Bescheinigungen im Hinblick auf eine ausnahmsweise Befreiung von solchen Schutzmaßnahmen. Zu Recht wird dabei ein wesentlicher Unterschied gegenüber dem Nachweis der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit nach dem EFZG gesehen, bei dem der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung des Arztes grds. ein hoher Beweiswert zuerkannt wird.<sup>18</sup> Hier geht es um die Prüfung eines Befreiungstatbestands, mit dem eine Privilegierung des einzelnen Arbeitnehmers gerechtfertigt werden soll. Dann darf und muss aber verlangt werden, dass der Ausnahmetatbestand durch die Benennung konkreter medizinischer Gründe nachprüfbar dargelegt wird.

Datenschutzrechtliche Aspekte stehen dem grds. nicht entgegen.<sup>19</sup> Erst wenn der Arbeitnehmer nachvollziehbar und überprüfbar dargelegt hat, dass ihm das Tragen eines Mundnasenschutzes aus gesundheitlichen Gründen unmöglich oder unzumutbar ist, kann er mit Erfolg die Unwirksamkeit der arbeitgeberseitigen Weisung und ein darauf bezogenes Leistungsverweigerungsrecht geltend machen.<sup>20</sup>

Zu folgen ist dem Arbeitsgericht auch insoweit, als es die hilfsweise begehrte Beschäftigung im Homeoffice abgelehnt hat, weil dafür eine Anspruchsgrundlage weder aus dem Arbeitsvertrag noch aus gesetzlichen oder tariflichen Vorschriften gegeben war. Zwar bietet Homeoffice als Form der mobilen Arbeit eine Möglichkeit, die Zahl der gleichzeitig im Betrieb anwesenden Beschäftigten zu reduzieren und die Einhaltung von Abstandsregeln zu unterstützen. Dies gilt insbesondere, wenn Büroräume ansonsten von mehreren Beschäftigten bei Nichteinhaltung der Abstandsregel genutzt werden müssten.<sup>21</sup> In der aktuell zugespitzten Pandemielage hat daher die Debatte um ein Recht auf Homeoffice wieder Fahrt aufgenommen. Die dringenden Appelle an die Unternehmen, mehr als bisher die Arbeit von zuhause aus zu ermöglichen, sind unüberhörbar und sachlich begründet. Es besteht derzeit aber grds. kein Rechtsanspruch auf Beschäftigung im Homeoffice. Daran hat auch die neue CoronaArbSchV des BMAS nichts geändert. Nach deren § 2 Abs. 4 hat der Arbeitgeber den Beschäftigten im Fall von Büroarbeiten oder vergleichbaren Tätigkeiten anzubieten, diese zuhause auszuführen, wenn keine zwingenden betriebsbedingten Gründe entgegenstehen. Ob und wann eine weitergehende Regelung durch ein „Mobile-Arbeit-Gesetz“ kommt, ist ungewiss. Bis dahin bleibt es den Arbeitsvertragsparteien überlassen, in eigener Verantwortung eine Tätigkeit im Homeoffice immer dann zu vereinbaren, wenn sie im beiderseitigen Interesse liegt.

15 BVerfG, Beschl. v. 16.11.2020 - 2 BvQ 87/20.

16 [www.baua.de/DE/Angebote/Rechtstexte-und-Technische-Regeln/Regelwerk/AR-CoV-2/AR-CoV-2.html](http://www.baua.de/DE/Angebote/Rechtstexte-und-Technische-Regeln/Regelwerk/AR-CoV-2/AR-CoV-2.html) (zuletzt abgerufen am 15.01.2021).

17 OVG Münster, Beschl. v. 24.09.2020 - 13 B 1368/20 Rn. 11.

18 Vgl. BAG, Urt. v. 26.10.2016 - 5 AZR 167/16; aber auch BAG, Urt. v. 11.12.2019 - 5 AZR 505/18; kritisch wegen der Lockerung des Fernbehandlungsverbots und der Besonderheiten in der Pandemie Sievers, jM 2020, 412, 419.

19 Vgl. OVG Münster, Beschl. v. 24.09.2020 - 13 B 1368/20 Rn. 14.

20 So auch ArbG Berlin, Urt. v. 15.10.2020 - 42 Ga 13034/20.

21 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel (Fassung 20.08.2020), Ziff. 4.2.4 Abs. 1.

## Das Teilhabechancengesetz – neue Wege zur Reduzierung der Langzeitarbeitslosigkeit?

Prof. Dr. Wolfhard Kohte

Langzeitarbeitslosigkeit gehört seit vielen Jahren zu den Brennpunkten am deutschen Arbeitsmarkt. Seit dem Beginn der Finanzkrise 2008/2009 lag die Zahl der arbeitslosen Menschen in Deutschland für mehr als fünf Jahre regelmäßig bei ca. drei Millionen, von dieser Gruppe waren ca. eine Million Menschen langzeitarbeitslos. Darunter werden Personen verstanden, die seit wenigstens zwölf Monaten arbeitslos sind. Die statistische Messung erfolgt unabhängig davon, ob diese Personen Leistungen der Arbeitslosenversicherung bzw. Grundsicherung erhalten.

### A. Empirische Grundlagen

Die Zusammensetzung dieser beachtlichen Gruppe von einer Million Menschen ist geprägt durch verschiedene Nachteile am Arbeitsmarkt; dazu gehören vor allem ältere Beschäftigte und Beschäftigte ohne qualifizierende Berufsausbildung. Einen beachtlichen Anteil nehmen Menschen mit gesundheitlichen Handicaps und behinderte Menschen ein. Vor allem für den westdeutschen Arbeitsmarkt ist nicht zu übersehen, dass angesichts der Defizite bei der professionellen Kinderbetreuung Frauen für längere Zeit arbeitslos sind, wenn Kinderbetreuung und die typischen betrieblichen Anforderungen miteinander kollidieren.<sup>1</sup>

Vor Beginn der Corona-Krise betrug die Zahl der langzeitarbeitslosen Menschen ca. 800.000 Personen. Seit 2016 war sie nach langer Stagnation um ca. 20 % gefallen. Dies ist allerdings nur zu einem geringen Anteil darauf zurückzuführen, dass langzeitarbeitslose Personen in Arbeit vermittelt worden sind. Der größte Teil ist von der Langzeitarbeitslosigkeit zur Verrentung abgewandert. Allerdings hat sich die insgesamt positive Entwicklung des deutschen Arbeitsmarkts so ausgewirkt, dass von den „Nicht-Langzeitarbeitslosen“ eine geringere Quote als in den früheren Jahren in die Langzeitarbeitslosigkeit überwechselte. Wer also weniger als zwölf Monate arbeitslos war, hatte jetzt bessere Chancen auf den ersten Arbeitsmarkt zu wechseln,<sup>2</sup> doch blieb nach diesen Daten weiter ein „harter Kern“ der Langzeitarbeitslosigkeit stabil.

Diese Einschätzung bestätigt ein Blick auf die Statistiken von EUROSTAT.<sup>3</sup> Bemerkenswert sind die relativen Quoten, mit denen der Anteil der Langzeitarbeitslosen an allen Erwerbslosen berechnet wird. Hier hatte die EU im Jahr 2007

einen Wert von 46,1 %, der inzwischen auf 34,8 % gesunken ist. Deutschland hat an dieser positiven Entwicklung nicht teilgenommen; der deutsche Arbeitsmarkt ist durch eine überdurchschnittliche Quote des Anteils Langzeitarbeitsloser an allen Arbeitslosen gekennzeichnet. Die Quote schwankt in den letzten zehn Jahren jeweils zwischen 40 und 45 %, für 2018 wurden 40,9 % festgestellt. Diese Quote ist relativ hoch; der beachtliche Sockel an Langzeitarbeitslosen markiert ein deutliches soziales Problem für die deutsche Arbeitsmarktpolitik.

### B. Historische Entwicklung

#### I. Beseitigung der Trennung von Arbeitslosenhilfe und Sozialhilfe

Bis 2004 war die Situation der Langzeitarbeitslosen in Deutschland durch ein gespaltenes System gekennzeichnet, das bereits früh als „wenig effizient, verwaltungsaufwendig und intransparent“ bewertet wurde.<sup>4</sup> Die Mehrzahl der Langzeitarbeitslosen erhielt von der damaligen Bundesanstalt für Arbeit eine steuerfinanzierte Leistung, die Arbeitslosenhilfe, die sich an das Arbeitslosengeld anschloss, das i.d.R. für zwölf bis 18 Monate als Versicherungsleistung gezahlt wurde. Die Arbeitslosenhilfe war niedriger als das Arbeitslosengeld; sie betrug i.d.R. 58 % des früheren Einkommens; allerdings wurden Partnereinkünfte und Vermögen angerechnet, sodass ein Teil der Berechtigten keine bzw. sehr geringe Leistungen erhielt. Allerdings war eine Aufstockung durch die Sozialhilfe, die von den Kommunen geleistet wurde, möglich. Für einen beachtlichen Teil von Langzeiterwerbslosen war der Zugang zur Arbeitslosenhilfe verschlossen, wenn sie nur geringere Versicherungszeiten aufwiesen. Für diesen Teil der erwerbslosen Menschen waren die kommunalen Sozialämter zuständig; sie leisteten Sozialhilfe nach den Regeln

1 Beste/Bruckmann, Verringerung der Langzeitarbeitslosigkeit, IAB-Stellungnahme 3/2017, 5 ff.

2 IAB, Arbeitsmarktsituation von langzeitarbeitslosen Menschen, Nürnberg, 2019.

3 IAB, Arbeitsmarktsituation von langzeitarbeitslosen Menschen, Nürnberg, 2019, S. 23 ff.

4 Waltermann, Sozialrecht, 13. Aufl. 2018, Rn. 507 mit Verweis auf BT-Drs. 15/1516.

des damaligen Bundessozialhilfegesetzes. Diese Doppelung erschien zunehmend als hinderlich für eine Eingliederung in den Arbeitsmarkt, sodass vor allem ab 1998 ausführlich über eine Zusammenlegung von Arbeitslosenhilfe und Sozialhilfe diskutiert wurde.<sup>5</sup> Mit der Umgestaltung des Rechts der Arbeitslosenversicherung und der Grundsicherung für Arbeitslose durch das neu geschaffene SGB II, das Ende 2003 beschlossen wurde und zum 01.01.2005 in Kraft trat, sollte eine neue und effiziente Lösung gefunden werden.

## II. Eingliederung in den Arbeitsmarkt durch Organisationsreform?

Im Vordergrund sollte jetzt die Eingliederung in den Arbeitsmarkt bestehen, wie sich aus der neuen Vorschrift des § 19a SGB I ergab. Dazu sollten mithilfe einer Verweisung in § 16 SGB II den Berechtigten die Eingliederungsleistungen zur Verfügung stehen, die als Leistungen der Arbeitslosenversicherung im SGB III normiert waren. In den Gesetzesberatungen wurde eine einheitliche Verwaltung für alle SGB II-Berechtigten angestrebt, die unter dem Dach der Bundesagentur für Arbeit erfolgen sollte. Dazu erreichte die Bundesregierung jedoch keine Mehrheit im Bundesrat. Die im Gesetz vorgeschriebenen Arbeitsgemeinschaften zwischen den örtlichen Stellen der Bundesagentur und den jeweiligen Kommunen wurden im föderalen Recht der Bundesrepublik vom BVerfG 2007 als verfassungswidrig qualifiziert.<sup>6</sup> In den folgenden gesetzlichen Beratungen wurde allerdings nicht diese Regelung, sondern die Verfassung durch Art. 91e GG geändert und die bisherige Mischverwaltung beibehalten und modifiziert. Ein transparenter Wettbewerb um die besten Wege zur Eingliederung langzeitarbeitsloser Menschen in den Arbeitsmarkt fand im Schatten der Organisationsreform nicht statt.

## III. Eingliederung durch „Fördern und Fordern“?

Die Langzeitarbeitslosen sollten durch Eingliederungsmaßnahmen aktiviert werden, mit denen sie möglichst zügig in den Arbeitsmarkt integriert werden. Die Grundregel wurde als „Fördern und Fordern“ bezeichnet.<sup>7</sup> Bei mangelnder Mitwirkung wurden Sanktionen nach § 31 SGB II festgesetzt, die eine Kürzung der Leistungen um 10 %, 30 % und 60 % zur Folge hatten. Für die unter 25-Jährigen wurden noch gravierendere Sanktionen normiert. Dies führte zur deutlichen Vergrößerung eines Niedriglohnssektors in Deutschland, bewirkte allerdings nur teilweise einen Rückgang der verfestigten Langzeitarbeitslosigkeit.<sup>8</sup> Inzwischen werden nach einer neuen Entscheidung des BVerfG die Sanktionen stärker an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden; ihre Bedeutung für die Eingliederung ist deutlich relativiert worden.<sup>9</sup>

Bereits 2004 war mit der Einführung der Grundsicherung erkannt worden, dass flankierende Maßnahmen zur Beendigung von struktureller Arbeitslosigkeit erforderlich sind. Daher wurden im damaligen § 16 Abs. 2 SGB II ergänzende Leistungen eingeführt zur Betreuung minderjähriger Kinder, zur Schuldnerberatung, zur psychosozialen Beratung und zur Suchtberatung arbeitsloser Menschen. Diese Leistungen wurden allerdings nicht bei den Jobcentern installiert, sondern gesondert als kommunale Eingliederungsleistungen eingeordnet. Diese Leistungen werden bis heute im Recht der Grundsicherung angeboten; seit 2009 ist ohne wesentliche Änderungen diese Flankierung in § 16a SGB II geregelt.

Empirische Untersuchungen haben allerdings ergeben, dass trotz einiger bemerkenswerter Aktivitäten insgesamt zahlreiche strukturelle Defizite festzustellen sind. Vor allem die Kooperation zwischen den jeweiligen Jobcentern und den kommunalen Eingliederungsleistungen ist an vielen Orten nicht hinreichend organisiert. Daher gehört eine strukturelle Verbesserung der kommunalen Eingliederungsleistungen zu den wesentlichen Aufgaben der flankierenden kommunalen Sozialpolitik.<sup>10</sup> Ähnliche Kooperationsdefizite sind bei der Inklusionspolitik festzustellen. Eine aktuelle interne Untersuchung der BA-Revision hat ergeben, dass in einer Reihe von Jobcentern eine nicht hinreichende Organisation der Möglichkeiten der Inklusion zu beklagen ist. Ebenso ist die Kooperation mit den Integrationsämtern, die als eine gesonderte Einrichtung in Deutschland Fördermaßnahmen für schwerbehinderte Menschen ermöglichen können, nicht hinreichend ausgeprägt. Auch insoweit sind die flankierenden Leistungen, die das deutsche Recht vorsieht, im Alltag der Grundsicherung nur unvollständig angekommen.<sup>11</sup>

## IV. Nachbesserung und Evaluation – ein komplexer Prozess

Bereits früh zeigte sich, dass die Neuregelung des SGB II im Jahr 2004 für sich allein noch nicht geeignet war, die strukturelle Langzeitarbeitslosigkeit nennenswert zu verringern. Die Erwartungen einer flächendeckenden zügigen Eingliederung arbeitsloser Menschen in den Arbeitsmarkt hatten

5 Knickrehm in: Gagel, SGB II, 2020 vor § 1 SGB II Rn. 3 ff.

6 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007 - 2 BvR 2433/04.

7 Zur Kritik Berlit, info also 2003, 195; Bieback, NZS 2005, 337; Kohte, SozSich 2005, 146 ff.

8 Beste/Bruckmann, Verringerung der Langzeitarbeitslosigkeit, IAB-Stellungnahme 3/2017, 17 ff.

9 Z.B. Berlit, info also 2020, 19 ff. zu BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 – 1 BvL 7/16.

10 Kohte in: Gagel, SGB II, 2018, § 16a Rn. 17.

11 Kohte in: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX, 4. Aufl. 2018, § 6 Rn. 30 ff.

sich nicht erfüllt.<sup>12</sup> Im Jahr 2007 wurde daher als eine erste Konsequenz die damalige Norm des § 16a im 2. SGB II-Änderungsgesetz vom 10.10.2007<sup>13</sup> neu strukturiert. In den Gesetzgebungsmaterialien<sup>14</sup> war die Zielsetzung des damaligen § 16a SGB II (später § 16e SGB II) so beschrieben worden, dass es eine zahlenmäßig bedeutsame Gruppe von arbeitsmarktfernen Personen gebe, die neben Langzeitarbeitslosigkeit weitere Vermittlungshemmnisse, wie z.B. fehlende berufliche Qualifikation, gesundheitliche Einschränkungen und Schuldenprobleme, aufwiesen.<sup>15</sup> Ziel sei es daher, auch diesen Langzeitarbeitslosen Perspektiven zur gesellschaftlichen Teilhabe zu geben und sie entsprechend ihrer Beschäftigungsfähigkeit in den Arbeitsmarkt einzugliedern. Durch eine spezifische Förderung von Arbeitgebern sollte diesem Personenkreis eine längerfristige Perspektive zur Teilnahme am Arbeitsleben eröffnet werden, indem typischerweise Vollzeitverhältnisse mit tariflichem Arbeitsentgelt durch einen erhöhten Beschäftigungszuschuss gefördert wurden. Es handelte sich damit um eine spezifische Eingliederungsleistung, die an Arbeitgeber adressiert wurde.

In einer ersten Evaluation, die 2011 veröffentlicht worden ist,<sup>16</sup> wurde ein gemischtes Fazit gezogen, da diese Leistung in den verschiedenen Grundsicherungsstellen sehr unterschiedlich genutzt worden war. Im Forschungsbericht wurde von „Fehlallokationen“ gesprochen, weil teilweise Personengruppen subventioniert wurden, die auch ohne den Zuschuss an den künftigen Arbeitgeber mittelfristig in den ersten Arbeitsmarkt hätten gelangen können. Auf der anderen Seite konnte bei einem Teil der geförderten Personen eine Verbesserung der sozialen Teilhabe und eine Zunahme persönlicher Stabilisierung konstatiert werden.<sup>17</sup>

Daher wurde diese Norm im Rahmen des Eingliederungschancengesetzes im Jahr 2011 als spezifische Eingliederungsleistung beibehalten und näher präzisiert. Man wollte dies erreichen durch einen deutlichen „Nachrang“ der Förderung gegenüber der Vermittlung in den ersten Arbeitsmarkt.<sup>18</sup> Gegenüber den Forderungen zur Schaffung eines öffentlich geförderten sozialen Arbeitsmarktes wurde eine feste Grenze gesetzt, indem diese Leistungen auf maximal zwei Jahre begrenzt werden sollten. Die zentrale Leistung lag in einem Eingliederungszuschuss für den künftigen Arbeitgeber, die als „Ausgleich“ der zu erwartenden Minderleistung des Arbeitnehmers erfolgen sollte.<sup>19</sup> Daher wurden die Leistungsberechtigten näher danach definiert, dass sie spezifische Vermittlungshemmnisse aufweisen. Dazu sollte im Vorfeld eine „begleitende Beratung“ erfolgen, um weniger arbeitsmarktferne Personen zügig vermitteln zu können. Auf diese Weise hoffte man, die Leistungen auf arbeitsmarktferne Personen zu zentrieren zu können.

Im Rahmen weiterer Evaluationen wurde festgestellt, dass dieses Ziel kaum erreicht wurde. Hinter den Zielen weiterer Programme zum Abbau von Langzeitarbeitslosigkeit und zur sozialen Teilhabe am Arbeitsmarkt blieb man deutlich zurück, indem pro Jahr maximal 15 – 20.000 Personen auf diese Weise gefördert worden waren. Die Evaluationen kamen zu dem Ergebnis, dass teilweise gewisse Erfolge erzielt wurden, die durch eine begleitende pädagogische Beratung entsprechend gestützt worden waren. Diese begleitenden Maßnahmen hatten sich bereits bei einigen Modellprojekten nach 2011 als ein zentraler Faktor erwiesen, sodass generell für die Zukunft eine sozialpädagogische Assistenz für die Eingliederung langzeitarbeitsloser Beschäftigter als Konsequenz aus den bisherigen Maßnahmen abgeleitet wurde.<sup>20</sup>

Aufschlussreiche Erkenntnisse vermitteln allerdings einige konkrete Studien, mit denen einzelne Fördermaßnahmen intensiv untersucht worden sind. Bereits 2014 wurde das Projekt „Ziel“ öffentlich ausgewertet.<sup>21</sup> In diesem Projekt ging es um die Förderung langzeitarbeitsloser Jugendlicher, vor allem derjenigen, die bei der Berufsausbildung gescheitert waren. Hier zeigte sich, dass bei intensiver sozialpädagogischer Begleitung und Betreuung und bei enger Verbindung mit einem betrieblichen Praktikum eine relevante Quote dieser Jugendlichen in den Arbeitsprozess integriert werden konnten. In einer weiteren Veröffentlichung<sup>22</sup> wurden mehrere kommunale Projekte aus Sachsen und Sachsen-Anhalt dargestellt, die sich überwiegend an ältere Langzeitarbeitslose gewandt hatten. Hier war eine beachtliche Erfolgsquote möglich, wenn von Anfang an eine klare Betriebsorientierung bestand, eine sozialarbeiterische Begleitung erfolgte und konkrete Schritte zu einer niedrigschwelligen Qualifizierung eingeleitet wurden. In diesen Beispielfällen hatte sich gezeigt, dass die klassische Vermittlungspolitik der Bundesagentur für Arbeit und der Jobcenter zu kurz griff und dass vor allem eine individualisierte Förderung sowie eine sozialarbeiterische Betreuung erfor-

12 Stöltzing in: Eicher/Luik, SGB II, § 1 Rn. 6; Knickrehm in: Gagel, SGB II, 2020 vor § 1 SGB II Rn. 144 ff.

13 BGBl. I, 2326.

14 BT-Drs. 16/5715.

15 Dazu Brandner, SozSich 2007, 273, 275.

16 BT-Drs. 17/6880.

17 Hirsland/Lobato/Ritter, WSI-Mitteilungen 2012, 94 ff.

18 BT-Drs. 17/6277, S. 115.

19 BSG, Urt. v. 17.03.2016 - B 4 AS 18/15 R Rn. 21.

20 Bauer/Fertig/Fuchs, Teilnehmerauswahl und professionelle Begleitung machen den Unterschied, IAB Kurzbericht 10/2016.

21 Grünert/Buchwald/Wiener, Zielgerichtete Integration junger Langzeitarbeitsloser, Halle 2014.

22 Grünert/Buchwald, Integration von Langzeitarbeitslosen – gemeinsam aktiv, Frankfurt/M 2019.

derlich waren. In ähnlicher Weise hatte eine IAB-Studie über „unerwartete Übergänge“ aus Langzeitarbeitslosigkeit in Beschäftigung dokumentiert, dass Möglichkeiten der sozialen Teilhabe die Initiative zur Beschäftigungsaufnahme effektiv fördern.<sup>23</sup>

### C. Das Teilhabechancengesetz

Folgerichtig wurde 2018 mit dem Teilhabechancengesetz<sup>24</sup> eine neue Konzeption entwickelt. Diese Konzeption beruhte darauf, dass nunmehr zwischen arbeitsmarktfernen und sehr arbeitsmarktfernen Langzeitarbeitslosen unterschieden wurde. Die Gruppe der arbeitsmarktfernen Personen soll weiter einen Eingliederungszuschuss erhalten, der gegenüber dem früheren Recht aufgestockt, aber weiter auf zwei Jahre begrenzt wurde. Während in § 22 Abs. 4 MiLoG bei der Einstellung langzeitarbeitsloser Menschen eine Kürzung des Mindestlohns ermöglicht wird, ist diese Maßnahme durch § 16e Abs. 2 Satz 4 SGB II nicht übernommen worden, weil der Eingliederungszuschuss vom 75 % eine hinreichenden Anreiz darstelle.<sup>25</sup> Insgesamt ist die Förderung nach § 16e SGB II am Normalarbeitsverhältnis orientiert. Für die geförderten Arbeitnehmer gelten die allgemeinen arbeitsrechtlichen Gesetze wie z.B. das Kündigungsschutzgesetz<sup>26</sup> und das Betriebsverfassungsgesetz.<sup>27</sup>

#### I. Regelungen für arbeitsmarktferne Personen (§ 16e SGB II)

Als wesentliche Korrektur zum früheren Recht wurde eine deutliche Verwaltungsvereinfachung normiert. Man verzichtete nunmehr darauf, konkrete individuelle Vermittlungshemmnisse festzustellen. Anstelle an die Annahme einer Minderleistung wird jetzt der Zuschuss nur noch an die Dauer der Langzeitarbeitslosigkeit gebunden. Verlangt wird für diese Personengruppe, dass sie für zwei Jahre arbeitslos gemeldet sind und dass bisherige Vermittlungsversuche keinen Erfolg erzielt hatten. Diese kontraproduktive und oft stigmatisierend wirkende Orientierung an individuellen Hemmnissen und Defiziten wurde 2018 prozedural korrigiert; durch die beschäftigungsbegleitende Betreuung soll jetzt eine verbesserte Nutzung der Leistungen nach § 16a SGB II, z.B. im Rahmen der psychosozialen Beratung und der Suchtberatung, ermöglicht werden.<sup>28</sup> Die stabile zweijährige Förderung des Arbeitsverhältnisses gibt auch einen geeigneten Rahmen für eine erfolgreiche Schuldnerberatung.<sup>29</sup>

Als weitere Anspruchsvoraussetzung wird eine vorhergehende vermittlerische Unterstützung durch das Jobcenter verlangt, damit eine zielgenaue Förderung erreicht werden kann.<sup>30</sup> Auf diese Weise soll dann ein einfaches und zügi-

ges Verwaltungsverfahren erfolgen, da die Anspruchsvoraussetzungen deutlich verringert worden sind. Diese Erwartungen haben sich bisher nur in geringem Umfang bestätigt. Die Förderung nach der Neufassung von § 16e SGB II hat moderat zugenommen. Die aktuelle Statistik der Arbeitsagentur weist aus, dass zwischen Januar 2019 und Dezember 2020 insgesamt 17.200 Personen auf diese Weise gefördert wurden. Die Mehrzahl wird im Handel, im Bereich wirtschaftlicher Dienstleistungen und im Gesundheitswesen beschäftigt; zu mehr als 65 % werden Männer gefördert, die überwiegend älter als 45 Jahre sind. Obgleich mehr als 60 % der Langzeitarbeitslosen über keine abgeschlossene Berufsausbildung verfügen, stellt diese Gruppe nur 45 % der nach § 16e SGB II geförderten Personen.<sup>31</sup>

#### II. Regelungen für sehr arbeitsmarktferne Personen (§ 16i SGB II)

Als Innovation ist in dem neu geschaffenen § 16i SGB II eine Förderung für „sehr arbeitsmarktferne Personen“ aufgenommen worden, die deutlich höher und deutlich länger als die bisher übliche Förderung strukturiert ist. Der Adressatenkreis ist orientiert an der Dauer der bisherigen Arbeitslosigkeit. Verlangt wird, dass die zu fördernde Person i.d.R. in den letzten sieben Jahren insgesamt wenigstens sechs Jahre Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II erhalten hat. Dementsprechend ist auch die Förderung wesentlich länger angelegt. Wiederum erhält ein Arbeitgeber einen Eingliederungszuschuss, inzwischen allerdings für die Dauer von fünf Jahren; in den ersten beiden Jahren beträgt der Zuschuss 100 %, im dritten Jahr 90 %, im vierten Jahr 80 % und im fünften Jahr 70 %. Der Zuschuss orientiert sich am Mindestentgelt nach dem Mindestlohngesetz; wenn der Arbeitgeber allerdings tarifgebunden ist, dann ist der Zuschuss am jeweiligen Tarifentgelt zu messen. Für Personen, die noch nicht 25 Jahre alt sind,

23 Hirsland u.a., Unerwartete Übergänge, IAB-Kurzbericht 20/2019. Diese materialreiche Untersuchung zeigt zugleich, dass Sanktionen kein nachweisbares Mittel für nachhaltige Beschäftigung sind.

24 BGBl. I 2018, 2583 ff.

25 BT-Drs. 19/4725, S. 15; Voelzke in: Hauck/Noftz, SGB II, § 16e Rn. 83; Harks in: Schlegel/Voelzke, jurisPK SGB II, § 16e Rn. 26.

26 LArbG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 10.06.2016 - 2 Sa 333/16; Kohte in: Gagel, SGB II, 2019, § 16e SGB II Rn. 21a; Voelzke in: Hauck/Noftz, SGB II, 2019, § 16e Rn. 32.

27 Fitting, BetrVG, 29. Aufl. 2018, § 7 Rn. 7.

28 BT-Drs. 19/4725, S. 16; Schumacher in: Oestreicher/Decker, SGB II, 2019, § 16e Rn. 33.

29 Kohte in: Gagel, SGB II, § 16a Rn. 12 ff. und § 16e Rn. 13.

30 Voelzke in: Hauck/Noftz, SGB II, § 16e Rn. 58 ff.; Kohte in: Gagel, SGB II, § 16e Rn. 14 ff.

31 Bundesagentur für Arbeit, Teilhabechancen auf dem allgemeinen und sozialen Arbeitsmarkt, 2020, S. 8 ff.

kommt dieses Instrument nicht in Betracht; hier soll eine gezielte Ausbildungs- oder Qualifizierungsförderung erfolgen.<sup>32</sup>

Damit ist eine hinreichend lange Förderung zur Verfügung gestellt worden, mit der eine Eingliederung in den Arbeitsmarkt ermöglicht werden kann. Aus den bisherigen Evaluationen ist zunächst die Schlussfolgerung gezogen worden, dass auch eine Förderung der Weiterbildung geboten ist. Diese soll allerdings nach Möglichkeit bei dem neuen Arbeitgeber erfolgen. Es geht also um eine niedrighschwellige Qualifizierungsförderung durch begleitende Maßnahmen. Dem geförderten Arbeitgeber können nachgewiesene Weiterbildungskosten erstattet werden. In den parlamentarischen Beratungen ist der Betrag auf 3.000 € erhöht worden.<sup>33</sup> In den fachlichen Weisungen der BA zu § 16i SGB II ist vorgeschrieben worden, dass der geförderte Arbeitgeber über diese Fördermöglichkeiten und -modalitäten zu informieren ist.<sup>34</sup> Daneben sind auch weitere Möglichkeiten aus dem ebenfalls 2018 neu gestalteten Qualifizierungschancengesetz vorgesehen.

### III. Die Schlüsselrolle der beschäftigungsbegleitenden Betreuung

Als weitere Schlussfolgerung aus den neueren Evaluationen ist die Konsequenz gezogen worden, dass eine beschäftigungsbegleitende Betreuung erforderlich ist.<sup>35</sup> In § 16i Abs. 4 SGB II ist dieses Instrument, das in den letzten Jahren schon in Ansätzen vorhanden war, weiter ausgebaut worden. Die ganzheitliche beschäftigungsbegleitende Betreuung hat die Aufgabe, die Aufnahme des Arbeitsverhältnisses zu begleiten, das Arbeitsverhältnis zu stabilisieren und vorzeitige Abbrüche zu verhindern. Zudem sollen im Rahmen dieser Betreuung regelmäßig die Integrationsfortschritte überprüft und Übergänge in ungeforderte Beschäftigung sowohl während der laufenden Förderung als auch zu deren Ende begleitet und befördert werden.<sup>36</sup> Die Betreuung ist ein Sozialleistungsanspruch in Form einer Dienstleistung, die vom Arbeitslosen geltend gemacht werden kann.<sup>37</sup>

Die begleitende Betreuung kann durch das Jobcenter selbst oder durch von ihm beauftragte Dritte, i.d.R. Integrationsfachdienste, durchgeführt werden. Im Rahmen der parlamentarischen Anhörungen sind auch die Möglichkeiten einer sozialpädagogischen Förderung durch Beschäftigte der geförderten Arbeitgeber diskutiert worden, doch ist am Ende zutreffend entschieden worden, dass die beschäftigungsbegleitende Betreuung nicht durch den geförderten Arbeitgeber und dessen Beschäftigte erfolgen soll.<sup>38</sup> Natürlich können die geförderten Arbeitgeber eine eigene zusätzliche Betreuung der neuen Beschäftigten vornehmen, doch erhalten sie dafür keine zusätzliche Förderung.

Diese Betreuung ist auf einen intensiven Kontakt mit den bisherigen Arbeitslosen angelegt. Dies spricht dafür, dass sozialarbeiterische Betreuung durch Integrationsfachdienste den Vorrang haben sollte. Dies gilt vor allem bei gesundheitlichen Problemen der geförderten Beschäftigten. Angesichts der großen persönlichen Nähe ist es sachgerecht, wenn die Auswahl der jeweiligen Betreuung nicht ohne Einverständnis der Betroffenen erfolgen kann.<sup>39</sup> Das Coaching kann gem. § 16i Abs. 4 Satz 3 SGB II in den ersten sechs Monaten eines sozialversicherungspflichtigen Anschlussarbeitsverhältnisses fortgeführt werden („nachgelagertes Coaching“).<sup>40</sup>

### IV. Verfahrensregelungen

Angesichts des beachtlichen Umfangs der Förderung hat man die bisherigen administrativen Formen modernisiert, jedoch am Modell der Zuweisung festgehalten. Daraus ergibt sich ein mehrstufiges Verfahren. Zunächst ist ein Antrag des jeweiligen Arbeitgebers erforderlich, der sich mit einem Arbeitslosen auf einen Arbeitsvertrag geeinigt hat. I.d.R. wird dieser Arbeitsvertrag unter der aufschiebenden Bedingung der Förderung durch das Jobcenter geschlossen. Auf dieser Basis erfolgt dann die Zuweisung durch das Jobcenter; dies ist ein Verwaltungsakt nach den Regeln des SGB X. Die Entscheidung über die Förderung und ihre Ausgestaltung steht im Ermessen der Einrichtung. I.d.R. handelt es sich hierbei jedoch um ein „intendiertes“ Ermessen. Wenn die Voraussetzungen der Förderung vorliegen und wenn die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer sich geeinigt haben, ist das Jobcenter i.d.R. gehalten, diese Förderung auch vorzunehmen.<sup>41</sup>

In Anlehnung an das bisherige Recht ist auch als „actus contrarius zur Zuweisung“<sup>42</sup> die Abberufung als zentrales Instrument zur Beendigung der Maßnahme aufgenommen worden. Angesichts der Zweispurigkeit der Rechtsverhältnisse beendet die Abberufung nur die Förderung, nicht jedoch das Arbeitsverhältnis; insoweit bedarf es einer gesonderten Kün-

32 BT-Drs. 19/4725, S. 18.

33 BT-Drs. 19/5588, S. 21.

34 Weisung zu § 16i, 2019, Rn. 1.5.

35 Dazu auch Kohte in: Brameshuber/Aschauer (Hrsg.), Jahrbuch Sozialversicherungsrecht, 2020, S. 181, 189.

36 BT-Drs. 19/4725, S. 19.

37 Voelzke in: Hauck/Noftz, SGB II, 2019, § 16i Rn. 72.

38 Bundesregierung BT-Drs. 19/5482, S. 9; Kohte in: Gagel, SGB II, 2019, § 16i Rn. 32.

39 Bundesregierung BT-Drs. 19/5588, S. 21; Klerks, info also 2019, 99, 104; Kohte in: Gagel, SGB II, 2019, § 16i Rn. 32; Harks in: Schlegel/Voelzke, jurisPK SGB II, 2020, § 16i Rn. 55; Hohner, ZfSH/SGB 2020, 329, 331.

40 Harks in: jurisPK SGB II, 2020, § 16i Rn. 58.

41 Kohte in: Gagel, SGB II, 2019, § 16i SGB II Rn. 35; Voelzke in: Hauck/Noftz, SGB II, § 16i Rn. 42; Hohner, ZfSH/SGB 2020, 329, 332.

42 Kohte in: Gagel, SGB II, § 16i Rn. 36; Voelzke in: Hauck/Noftz, SGB II, 2019, § 16i Rn. 91.

digung durch die Arbeitsvertragsparteien, die den arbeitsrechtlichen Anforderungen zu entsprechen hat. Als maßgeblicher Abberufungsgrund ist in § 16i Abs. 6 Satz 1 normiert worden, dass diese erfolgen soll, wenn der Arbeitnehmer in eine konkrete zumutbare Arbeit oder Ausbildung vermittelt werden kann. Es muss, wie bereits im bisherigen Recht, eine erfolgreiche Vermittlung in ein konkretes Arbeitsverhältnis gesichert sein. Diese Perspektive muss „feststehen“.<sup>43</sup> Die Abberufung darf nicht als Instrument genutzt werden, um Probleme mit Haushaltsmitteln zu bewältigen; es geht um eine effektive und nachhaltige Eingliederung in den Arbeitsmarkt.

Dieses Instrument ist eingebettet in das Sozialverwaltungsrecht der deutschen Grundsicherung. Die Förderung erfolgt durch Verwaltungsakt auf Antrag; nach der überwiegenden Ansicht steht ausschließlich dem Arbeitgeber das Recht zu, diesen Antrag zu stellen und Ablehnungen des Antrags mit Widerspruch und Klage am Sozialgericht zu korrigieren. Dagegen ist die beschäftigungsbegleitende Betreuung auch ein Verwaltungsakt gegenüber dem jeweiligen Arbeitnehmer; da diese nicht ohne sein Einverständnis erfolgen kann, steht ihm insoweit ein Widerspruchs- und Klagerecht zu. Die Förderung erfolgt insoweit durch differenzierende unterschiedliche administrative Maßnahmen.

Materiell unterliegen die so begründeten Beschäftigungsverhältnisse vollständig dem allgemeinen Arbeitsrecht.<sup>44</sup> Die angestrebte Eingliederung wird gerade dadurch gefördert, dass die Beschäftigten die Möglichkeiten sowohl des individuellen als auch des kollektiven Arbeitsrechts nutzen können, wie das LArbG Hamm vor Kurzem in einem betriebsverfassungsrechtlichen Beschlussverfahren entschieden hat.<sup>45</sup>

#### D. Perspektiven

Seit Januar 2019 ist eine beachtliche Nutzung der Fördermöglichkeiten nach § 16i SGB II festzustellen. Bis zum März 2020 – also dem Beginn der Corona-Krise – sind 44.900 Fördermaßnahmen erfolgt;<sup>46</sup> damit haben diese Maßnahmen gegenüber der Förderpolitik zwischen 2014 und 2018 eine deutliche Steigerung erfahren. Die Ursachen sind im Moment noch nicht empirisch hinreichend untersucht. Verschiedene Faktoren spielen hier eine Rolle. Zum einen ist die beachtliche Höhe der Förderung in Rechnung zu stellen, die nunmehr in den ersten Jahren 100 % der Entgeltsumme beträgt. Dieses Angebot fiel 2019 zusammen mit einer Situation, in der in wachsendem Umfang ein Mangel an Arbeitskräften zu konstatieren war. Dies betrifft inzwischen nicht nur Fachkräfte, sondern auch angelernte Kräfte, vor allem bei einer ungünstigen Lage der Arbeitszeiten, die z.B. im Gesundheitswesen zu hohen Friktionen führt. Verschiedene öffentliche Arbeitgeber, sowohl Kommunen als auch solche Unternehmen wie Bahn und Post, haben die Fördermöglichkeiten nach § 16i SGB II planmäßig für

sich in Angriff genommen; gleichwohl sind mit 77 % private Arbeitgeber die bei Weitem größte Gruppe. Noch nicht zu übersehen ist, ob es gelungen ist, gegenüber dem bisherigen Förderrecht, die Abbruchquote in nennenswerter Weise zu senken. Ebenso ist noch nicht erkennbar, ob diese Förderung auch die Chancen erhöht, in ungeforderte Arbeitsplätze auf dem ersten Arbeitsmarkt zu wechseln.

Bisher sind die Möglichkeiten vor allem niedrigschwelliger, jedoch mittelfristig angelegter Weiterbildung noch nicht hinreichend ausgeschöpft worden. Die bisherigen Erfahrungen verschiedener Projekte zeigen, dass gerade im Gesundheitswesen und der Pflege ein Bedarf an Assistenzpersonen besteht, der von einigen der geförderten Langzeitarbeitslosen realisiert werden kann.<sup>47</sup> Auf diese Weise kann auch ein rechtzeitiger Wechsel in den ersten Arbeitsmarkt gesichert werden.

Zu den weiteren noch nicht hinreichend gelösten Fragen gehören die Probleme der gesundheitlichen Folgen von Langzeitarbeitslosigkeit. Sozialmedizinische Untersuchungen haben ergeben, dass Langzeitarbeitslosigkeit zu zusätzlichen gesundheitlichen Problemen führt, denen z.B. durch gezielte Maßnahmen der Gesundheitsförderung entgegengewirkt werden kann. Bisher ist die Gruppe der Langzeitarbeitslosen für die deutschen Krankenkassen, die das Feld der Gesundheitsförderung weitgehend bestimmen, noch keine interessante Zielgruppe. Ebenso sind die von der BA-Revision festgestellten Organisationsprobleme bei der Nutzung der Inklusionschancen noch nicht umfassend in Angriff genommen worden. Dies ist vor allem eine Frage der mittelfristigen Strategien der Inklusionspolitik, für die in Deutschland unterschiedliche Träger zuständig sind, die bisher noch keine umfassende und aufeinander abgestimmte Strategie gefunden haben.

Insgesamt lässt sich damit konstatieren, dass das Feld der Langzeitarbeitslosigkeit zu den Brennpunkten der deutschen Arbeitsmarktpolitik gehört. Die Gesetzgebung hat darauf mit regelmäßigen Maßnahmen geantwortet, die im Abstand von i.d.R. drei Jahren durchgeführt worden sind, sodass es oft nicht einfach war, die jeweilige Evaluation der Maßnahmen für die nächste Runde der Gesetzgebung auszuwerten. Mit dem Teilhabechancengesetz sind allerdings eine Reihe von Anregungen aus der Evaluation aufgenommen worden, so-

43 Harks in: Schlegel/Voelzke, jurisPK SGB II, 2020, § 16i Rn. 65; Voelzke in: Hauck/Noftz, SGB II, § 16i Rn. 94.

44 Dazu bereits die Regierungsbegründung BT-Drs. 19/4725, S. 17.

45 LArbG Hamm, Beschl. v. 03.12.2019 - 7 TaBV 57/19 mit Bezugnahme auf Kohte in: Gagel, SGB II, 2019, § 16i Rn. 21; vgl. Kohte, jurisPR-ArbR 39/2020, Anm. 3.

46 Bundesagentur für Arbeit, Teilhabechancen auf dem allgemeinen und sozialen Arbeitsmarkt, 2020, S. 5 ff.

47 Hofmann, SozSich 2020, 140, 143; Adebahr/Graf, Fit durch neue Arbeit im Gesundheitswesen, Frankfurt a.M. 2014, S. 33, 46.

dass die Fortschritte seit Anfang 2019 sich auch in den nächsten Jahren verfestigen könnten, wenn es gelingt, die kontraproduktiven Folgen des Corona-Lockdown für die geförderte Beschäftigung aufzufangen.<sup>48</sup> Immerhin sind bis zum Dezember 2020 insgesamt 56.000 neue Förderungen nach § 16i SGB II zu verzeichnen. Offen ist, wie sich der Ausschluss aus der Arbeitslosenversicherung durch § 27 Abs. 3 Nr. 5 SGB III<sup>49</sup> in einer Phase verbreiteter Kurzarbeit auf die neuen Instrumente auswirkt. Nach der aktuellen Statistik wird konstatiert, dass die bestehenden geförderten Beschäftigungsverhältnisse trotz der Corona-Krise weitestgehend stabil sind, allerdings ist die Zahl der Langzeitarbeitslosen auf mehr als 1 Mio. Personen gestiegen.

48 Hofmann, SozSich 2020, 140, 142.

49 Skeptisch Kohte in: Gagel, SGB II, § 16i SGB II Rn. 3.

## Verwaltungsrecht

### Keine Fahrer – keine Auskunft

BVerwG, Urt. v. 17.06.2020 - 8 C 2/19

RiVG Dr. Philipp Finger

#### A. Problemstellung

Im Bereich der Paketdienstleistungen greifen größere Unternehmen teilweise auf Subunternehmer zurück, welche die geschuldete Leistung – die Zustellung der Pakete – erbringen. Der Unternehmer selbst beschäftigt teilweise kaum oder kein eigenes Fahrpersonal mehr, sondern beauftragt lediglich Subunternehmer damit, die Auslieferung von Paketen in seinem Auftrag auszuführen. Den Auswirkungen dieser Entwicklung, die auch in anderen Bereichen verbreitet ist, versucht der Gesetzgeber teilweise entgegenzuwirken, um ein Abschieben von Verantwortung vom Unternehmer auf die Subunternehmer zu verhindern. So gilt seit dem 23.11.2019 das sog. Paketboten-Schutz-Gesetz, dessen Ziel es ist, die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten zu verbessern und die Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge, notfalls durch den Auftraggeber, sicherzustellen.<sup>1</sup> Offenbar ist hierdurch bereits ein Umdenken angestoßen worden, sodass einige große Paketdienstleister nunmehr auch auf Eigenbeschäftigung in der Paketzustellung setzen.<sup>2</sup> Auch in der Fleischindustrie ist, angestoßen durch den öffentlichen

Druck aufgrund zahlreicher CoViD-19-Fälle in Schlachtbetrieben, ein Verbot von Werkverträgen und Leiharbeit durch das neue Arbeitsschutzkontrollgesetz eingeführt worden.<sup>3</sup>

Das Gesetz über das Fahrpersonal von Kraftfahrzeugen und Straßenbahnen – Fahrpersonalgesetz (FPersG) – sieht eine Auskunftspflicht der „Unternehmer“ vor. Diese umfasst Auskünfte, die zur Erfüllung der Aufsicht durch die Behörden notwendig sind. Die Aufsichtspflicht umfasst nach § 4 Abs. 1 FPersG insbesondere auch Schutzvorschriften zugunsten der Bus- und Lastkraftwagen-Fahrer, namentlich das Europäische Übereinkommen über die Arbeit des im internationalen Straßenverkehr beschäftigten Fahrpersonals (AETR). Vom BVerwG war nunmehr die Frage zu entscheiden, ob diese Auskunftspflicht auch für Unternehmer greift, die selbst keine eigenen Fahrer beschäftigen, sondern ihre Dienstleistung ausschließlich von Subunternehmen durchführen lassen.

#### B. Gegenstand und Inhalt der Entscheidung

Bei der Klägerin handelt es sich um ein Unternehmen, das Dienstleistungen im Bereich des Paketversands erbringt, aber den Transport und die Zustellung der Sendungen nicht selbst durchführt, sondern ausschließlich Subunternehmen hiermit beauftragt. Die Regierung von Oberbayern forderte die Klägerin auf, eine listenmäßige Zusammenstellung aller Subunternehmer vorzulegen, die für ein bestimmtes Depot der Klägerin Paket- und Kurierdienste durchführen. Zur Begründung stützte sie sich auf § 4 Abs. 1a FPersG. Die dagegen gerichtete Klage wurde von Verwaltungsgericht und Verwaltungsgerichtshof abgewiesen, wobei der Verwaltungsgerichtshof die Auskunftspflicht abweichend aus § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FPersG herleitete.

Die Revision hatte Erfolg. Das BVerwG hat die Urteile der Vorinstanzen geändert und den Bescheid der Regierung von Oberbayern aufgehoben.

Seiner Entscheidung vorangestellt hat das BVerwG die Feststellung, dass eine Norm nur dann rechtsstaatlichen Grundsätzen entspreche, wenn und soweit sich aus ihr mit ausreichender Bestimmtheit der Adressat der Norm und was von diesem verlangt werde ermitteln lasse. Dies sei erforderlich, damit die Betroffenen die Rechtslage anhand objektiver Kriterien erkennen und ihr Verhalten danach ausrichten könnten. Darüber hinaus seien gem. Art. 103 Abs. 2 GG besondere

1 BGBl. I 2019, 1602.

2 Verkehrsrundschau vom 23.11.2020, VERDI: Gesetz zum Schutz von Paketboten zeigt Wirkung ([www.verkehrsrundschau.de/nachrichten/verdi-gesetz-zum-schutz-von-paketboten-zeigt-wirkung-2686436.html](http://www.verkehrsrundschau.de/nachrichten/verdi-gesetz-zum-schutz-von-paketboten-zeigt-wirkung-2686436.html), zuletzt abgerufen am 27.01.2021).

3 Gesetz zur Verbesserung des Vollzugs im Arbeitsschutz (Arbeitsschutzkontrollgesetz) vom 22.12.2020 (BGBl. I, 3334).

Anforderungen an die Bestimmtheit einer Norm zu stellen, wenn die Norm, wie vorliegend, eine bußgeld- oder strafbewehrte Pflicht enthalte. Im Regelfall müsse sich in diesen Fällen schon anhand des Wortlauts der Vorschrift selbst voraussehen lassen, ob ein Verhalten darunter falle oder nicht. Sofern der Tatbestand weiter gefasst sei, könne sich die erforderliche Bestimmtheit auch aus einer Auslegung unter Rückgriff auf weitere Normen ergeben.

Im Folgenden nimmt das BVerwG eine lehrbuchmäßige Auslegung von § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FPersG vor.

Zwar lasse der Wortlaut eine Interpretation im Sinne des Berufungsgerichts – auch derjenige, der keine Fahrer beschäftige und keine Transportleistung erbringe, sei Unternehmer – zu. Die Gesetzessystematik spreche hingegen für ein Begriffsverständnis, das Modelle wie die der Klägerin nicht umfasse. Bereits der unmittelbare Regelungszusammenhang führe zu dieser Erkenntnis, denn § 4 Abs. 3 Satz 2 bis 12 FPersG richteten sich nur an solche Unternehmen, die Fahrpersonal beschäftigten und selbst Transporte durchführten. Andere Unternehmen seien hiervon nicht erfasst. Für ein unterschiedliches Begriffsverständnis innerhalb eines einzelnen Absatzes der Norm fänden sich hier keine Anhaltspunkte, weshalb § 4 Abs. 3 FPersG ein einheitlicher Begriff des Unternehmers zugrunde liege. Etwas anderes folge auch nicht aus § 20a Abs. 2 Fahrpersonalverordnung (FPersVO), der sich zwar an sämtliche an der Beförderungskette beteiligten Unternehmen richte, zu denen auch bloße Paketdienstleister gehören könnten, dem sich aber keine Anhaltspunkte dafür entnehmen ließen, dass hierdurch das Begriffsverständnis im FPersG geändert werden solle. § 20a Abs. 2 FPersVO habe den Sinn, die Mitverantwortlichkeit der an der Beförderungskette Beteiligten für die Einhaltung der Sozialvorschriften hervorzuheben. Es ergebe sich hieraus aber nicht, dass § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FPersG trotz seiner von § 20a FPersVO abweichenden Formulierung ebenfalls Pflichten für sämtliche an der Beförderungskette Beteiligten begründe.

Diese Auffassung werde von den einschlägigen europarechtlichen Regelungen gestützt, die davon ausgingen, dass ein Verkehrsunternehmen auch selbst Beförderungsleistungen erbringe. Es hätte einer hinreichend deutlichen Regelung im nationalen Recht bedurft, wenn der nationale Gesetzgeber dem fahrpersonalrechtlichen Begriff des Unternehmers einen weiteren Anwendungsbereich hätte beimessen wollen.

Im Weiteren zieht das BVerwG die Historie der Norm zur Auslegung heran. Der Begriff des Unternehmers werde bereits von den Vorgängervorschriften verwandt, wobei der Gesetzgeber bei den vorgenommenen Änderungen an der Norm erkennbar davon ausgegangen sei, dass § 4 Abs. 3 FPersG Regelungen nur für Unternehmer zutrefte, die selbst

Fahrpersonal beschäftigten oder Transporte durchführten. Zwischenzeitlich sei aufgrund der zunehmenden Leasing-Praxis der Fahrzeughalter in den Kreis der Auskunftspflichtigen mit aufgenommen worden. Hierdurch werde deutlich, dass es dem Gesetzgeber gerade auf die Überwachung derjenigen angekommen sei, die für den Güter- oder Personentransport durch Fahrer unmittelbar verantwortlich seien. Auch die Änderungen, die mit dem Kontrollgerätbegleitgesetz vom 15.05.2004 vorgenommen worden seien, stützten diese Annahme, da sie Paketdienstleister, die mangels Beschäftigung von eigenen Fahrern selbst keinen Zugriff auf die relevanten Daten hätten, nicht umfassten. Zuletzt sei § 4 Abs. 1a FPersG durch Gesetz vom 02.03.2015 geändert worden. In diesem Gesetzgebungsverfahren sei darauf hingewiesen worden, dass § 4 FPersG insgesamt keine Anordnungsbefugnis gegenüber Unternehmen enthalte, die kein eigenes Fahrpersonal beschäftigten. Nichtsdestotrotz sei trotz dieser Erkenntnis ausschließlich § 4 Abs. 1a FPersG geändert worden, Abs. 3 sei unverändert geblieben. Zudem sei es ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien nicht darum gegangen, neue materielle Pflichten zu begründen. Es habe vielmehr eine bessere Kontrollierbarkeit der bestehenden Verpflichtungen erreicht werden sollen. Hieraus folge, dass aus der Änderung des § 4 Abs. 1a FPersG kein erweitertes Verständnis des Begriffs des Unternehmers in § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FPersG hergeleitet werden könne.

Der Sinn und Zweck der Regelung könne angesichts des eindeutigen Ergebnisses der systematischen und historischen Auslegung nicht zu einem anderen Ergebnis führen. Zwar bestünden aufgrund der Materialien zu der Gesetzesänderung 2015 Anhaltspunkte für den gesetzgeberischen Willen, den Aufsichtsbehörden eine möglichst umfassende, die Auskunftspflicht einschließende Überwachung aller Unternehmen in der Beförderungskette zu ermöglichen. Eine solche Absicht habe sich aber nicht in einer für eine Eingriffsermächtigung ausreichenden, dem Bestimmtheitsgebot genügenden Art und Weise im Gesetz niedergeschlagen.

Das Berufungsurteil erweise sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig. Insbesondere setze der von der Beklagten im streitgegenständlichen Bescheid angeführte § 4 Abs. 1a FPersG das Bestehen von Pflichten voraus, begründe diese aber nicht. Da der Senat weitere Tatsachenfeststellungen nicht für erforderlich erachtete, habe er in der Sache selbst entscheiden und den angefochtenen Bescheid aufheben können.

### C. Kontext der Entscheidung

Das Urteil des BVerwG zeigt, dass der Gesetzgeber nicht in allen Bereichen Schritt hält mit den sich ändernden Bedin-

gungen in der Wirtschaft. Während der Gesetzgeber im Jahr 2004 auf die zunehmende Leasing-Praxis reagierte und den Fahrzeughalter zusätzlich zum Unternehmer in den Kreis der Auskunftspflichtigen aufnahm, blieb eine solche effektive Reaktion des Gesetzgebers auf den verbreiteten Einsatz von Subunternehmen bislang aus. Auch wenn die Problematik erkannt wurde und im Gesetzgebungsverfahren eine Rolle spielte, fand sie keinen Niederschlag im Gesetz. Dies zeigt eine gewisse Ohnmacht oder Gleichgültigkeit des Gesetzgebers gegenüber Modellen zur Reduzierung bzw. Umgehung gesetzlicher Pflichten und Verantwortlichkeiten. Wie auch die oben erwähnten Beispiele – Nachunternehmerhaftung für Sozialbeiträge in der Versandbranche, Verbot von Werkverträgen und Leiharbeit in der Fleischbranche – zeigen, wird der Gesetzgeber zu häufig erst tätig, wenn die mit dem Abschieben von Verantwortung einhergehenden Probleme oder der öffentliche Druck aufgrund breiter medialer Berichterstattung zu groß werden.

#### D. Auswirkungen für die Praxis

Das Urteil hat Auswirkungen auf die Praxis, indem es die Rechtsanwender dazu anhält, Gesetze sorgfältig auszulegen

und, sofern der Wortlaut nicht ergiebig ist, insbesondere die Systematik und die Historie in den Blick zu nehmen. Dabei kann es nicht in erster Linie auf das (vermeintlich) vom Gesetzgeber Gewollte ankommen. Vielmehr muss sich die Auslegung in erster Linie aus dem Gesetz selbst ergeben. Knapp zusammengefasst: Wenn der Gesetzgeber etwas regeln möchte, muss er dies auch in das Gesetz schreiben. Bloße Andeutungen in der Begründung des Gesetzentwurfs genügen nicht. Insoweit lässt sich das Urteil als Handlungsauftrag an den Gesetzgeber verstehen. Zugleich dürfen die Behörden und Gerichte nicht den Fehler machen, in ein Gesetz das (möglicherweise) Sinnvolle oder Wünschenswerte hineinzulesen und dieses als Willen des Gesetzgebers auszugeben.

#### E. Bewertung

Dem BVerwG gelingt es, durch eine klassische Auslegung des Gesetzes zu einem sehr gut begründeten, wenn nicht sogar zwingenden Ergebnis zu gelangen. Es widersteht dabei der Versuchung, die Vorschrift ergebnisorientiert auszulegen und dem Gesetzgeber eine Intention zu unterstellen, die sich letztlich weder aus dem Gesetz noch aus den Gesetzgebungsmaterialien ergibt. Nun ist der Gesetzgeber am Zug.

## Steuerrecht

# Die Haftung für Kapitalertragsteuer

RA Dr. Enrico Farinato, LL.B.

## A. Einleitung

Die Kapitalertragsteuer hat durch die Diskussion um Cum/Cum- und Cum/Ex-Transaktionen an Aufmerksamkeit gewonnen.<sup>1</sup> Längst stellen sich nicht nur in diesem Kontext komplexe Fragen nach der Haftung für Kapitalertragsteuer.<sup>2</sup> Während aber die Lohnsteuerhaftung des Arbeitgebers auf einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung fußt und bereits monografisch aufgearbeitet wurde,<sup>3</sup> ist die Haftung für Kapitalertragsteuer bislang wenig durchdrungen. Der Beitrag skizziert vor diesem Hintergrund die Grundstrukturen des kapitalertragsteuerlichen Haftungsrechts und beleuchtet die

Bezüge der Haftung des Entrichtungspflichtigen zur Erhebung beim Steuerschuldner im Abzugs- und Veranla-

<sup>1</sup> Zur Kapitalertragsteuer im Allgemeinen zuletzt etwa Jachmann-Michel, jM 2020, 212 ff., 251 ff.

<sup>2</sup> Vgl. Behnes, RdF 2018, 40, 43 ff.; Florstedt, DStR 2019, 655, 656 ff.; Jehke/Blank, DStR 2017, 905, 907 ff.; Lechner, RdF 2019, 218 ff.; Schmid/Mühlhäuser, DStR 2017, 2778 ff.; Spengel, FR 2017, 545, 552 f.; zu anderen Haftungskonstellationen beispielhaft Ditz/Haverkamp, IStR 2020, 499 ff.; Schachinger, jM 2018, 32, 37.

<sup>3</sup> Siehe nur die in H 42d.1 LStH 2020 zitierten Entscheidungen; für die monografische Literatur stellvertretend Bäuerlein, Lohnsteuerhaftung des Arbeitgebers, 1977; Heuermann, Systematik und Struktur der Leistungspflichten im Lohnsteuerabzugsverfahren, 1998, S. 272 ff.

gungsverfahren.<sup>4</sup> Dazu ordnet er die Haftung in das System der Kapitalertragsteuer ein (siehe dazu B.) und stellt anschließend die Haftung für Einbehalt und Abführung der Kapitalertragsteuer (C.) sowie die sonstigen Haftungstatbestände (D.) vor. Dabei wird auch die geplante Haftungsverschärfung durch das Abzugsteuerentlastungsmodernisierungsgesetz<sup>5</sup> thematisiert (E.).

## B. Haftung im System der Kapitalertragsteuer

Haftung bedeutet im Steuerrecht das Entstehen für eine fremde Steuerschuld.<sup>6</sup> Sie greift nicht deswegen ein, weil der Haftungsschuldner einen Steuertatbestand verwirklicht, sondern bedarf eines besonderen Zurechnungsgrundes.<sup>7</sup> Dieser liegt im kapitalertragsteuerlichen Haftungssystem darin, dass der Haftungsschuldner seine primären<sup>8</sup> Entrichtungspflichten verletzt.

### I. Primärebene

#### 1. Steuerschuld ohne Entrichtungspflicht

Mit der Kapitalertragsteuer wird die Einkommen- bzw. Körperschaftsteuer auf die Kapitaleinkünfte i.S.d. §§ 20, 43 EStG erhoben. Schuldner der Kapitalertragsteuer (§ 43 Satz 1 AO) ist der Gläubiger der Kapitalerträge (§ 44 Abs. 1 Satz 1 EStG). Seine Kapitalertragsteuerschuld ist ein eigenständiger Steueranspruch i.S.d. § 37 Abs. 1 AO.<sup>9</sup> Die Steuerentrichtung (§ 43 Satz 2 AO) ist aus dem Pflichtenprogramm des Steuerschuldners herausgelöst und auf den Schuldner der Kapitalerträge oder eine beteiligte Zahlstelle (Entrichtungspflichtiger) verlagert (§ 44 Abs. 1 Satz 3 EStG).<sup>10</sup> Für den Kapitalertragsteuerschuldner verbleibt die Pflicht, den Abzug an der Quelle zu dulden. Unter den Voraussetzungen des § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 und 2 oder § 44 Abs. 1 Satz 11 EStG<sup>11</sup> kann Kapitalertragsteuer vom Steuerschuldner nachgefordert werden.<sup>12</sup>

#### 2. Entrichtungspflicht ohne Steuerschuld

Das besondere Steuerschuldrecht definiert, was „Entrichten“ bedeutet (§ 43 Satz 2 AO). Der Entrichtungspflichtige muss die Kapitalertragsteuer zunächst einbehalten (§ 44 Abs. 1 Satz 3 und 4 EStG). Dazu muss er tatsächlich und rechtlich feststellen, ob er persönlich (§ 44 Abs. 1 Satz 3 und 4 EStG) und sachlich (insbesondere §§ 43, 44a EStG) entrichtungspflichtig ist. Dann muss er den einzubehaltenden Betrag bemessen (§ 43a EStG). Bei der Auszahlung an den Gläubiger ist der Kapitalertrag um diesen Betrag zu kürzen. Die einbehaltene Steuer muss fristgemäß angemeldet (§ 45a Abs. 1 EStG) und abgeführt werden (§ 44 Abs. 1 Satz 5 EStG). Darüber hinaus muss der Entrichtungspflichtige die Höhe der Kapitalerträge, den ein-

behaltenen Steuerbetrag und weitere Angaben nach amtlichem Vordruck bescheinigen (§ 45a Abs. 2 bis 5 EStG).<sup>13</sup> Eine unrichtige Bescheinigung hat er zurückzufordern und durch eine berichtigte Bescheinigung zu ersetzen (§ 45a Abs. 6 EStG).

Steuerschuldrechtlich ist der Entrichtungspflichtige auf der primären Ebene nur Steuerpflichtiger (§ 33 Abs. 1 AO).<sup>14</sup> Behält der Entrichtungspflichtige Kapitalertragsteuer ein und führt er die einbehaltene Steuer ab, leitet er eine fremde Steuer weiter.<sup>15</sup> Die Entrichtungspflicht begründet keinen Anspruch aus dem Steuerschuldverhältnis, insbesondere keine Steuerschuld im engeren Sinn,<sup>16</sup> die eine Inanspruchnahme des Entrichtungspflichtigen ohne weitere Voraussetzungen erlauben würde. Eine primäre, von der Haftung abstrakt existierende und durch Steuerbescheid gegen den Entrichtungspflichtigen festsetzbare Kapitalertragsteuerentrichtungsschuld gibt es nicht.<sup>17</sup> Auch in der Anmeldung der Kapitalertragsteuer erklärt der Entrichtungspflichtige eine fremde Schuld.<sup>18</sup> Die Kapitalertragsteueranmeldung wird durch eine Fiktion zur Fest-

4 Der Beitrag basiert auf den Ergebnissen der Dissertation des Autors, die unter dem Titel „Die Haftung für Kapitalertragsteuer“ in Kürze im Boorberg-Verlag erscheint.

5 Referentenentwurf vom 19.11.2020 für ein Gesetz zur Modernisierung der Entlastung von Abzugsteuern und der Bescheinigung von Kapitalertragsteuer (AbzStEntModG).

6 BFH, Urt. v. 02.05.1984 - VIII R 239/82 - BStBl. II 1984, 695 Rn. 14.

7 Drüen, DStR-Beiheft 2012, 85, 93.

8 Für die Unterscheidung von primärer und sekundärer Ebene Heuermann, StuW 2006, 332, 335; Schranil, AöR 39 (1920), 164, 169.

9 BFH, Urt. v. 21.09.2017 - VIII R 59/14 - BStBl. II 2018, 163 Rn. 46.

10 Drüen, DStJG 31 (2008), 167, 177.

11 Die Nachforderung bei Sachkapitalerträgen auf primärer Ebene wird hier nicht weiter vertieft; dazu Jachmann-Michel in: Blümich, EStG, § 44 Rn. 48 ff., Stand 07/2020.

12 Siehe dazu, insbesondere zum Verhältnis zur Haftung unten C.I.2 und 3.

13 Dazu BMF-Schreiben vom 15.12.2017, BStBl. I 2018, 13; BMF-Schreiben vom 27.06.2018, BStBl. I 2018, 805; BMF-Schreiben vom 11.11.2020, BStBl. I 2020, 1134.

14 Vgl. BFH, Urt. v. 08.04.2014 - I R 51/12 - BStBl. II 2014, 982 Rn. 14; Drüen in: Tipke/Kruse, AO/FGO, § 33 AO Rn. 9, Stand 02/2019: § 43 Satz 2 und § 33 Abs. 1 Alt. 3 AO meinen insoweit dieselbe Entrichtungspflicht.

15 Vgl. BFH, Urt. v. 15.12.1999 - I R 113/98 Rn. 15; Drüen, DB 2005, 299, 304 zur Lohnsteuer; Gersch in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 44 EStG Rn. B 35, Stand 01/2012.

16 BFH, Urt. v. 24.03.1998 - I R 120/97 - BStBl. II 1999, 3 Rn. 9; Drüen, DStR-Beiheft 2012, 85, 87; Heuermann, StuW 2006, 332, 332 f.

17 Ebenso Drüen, DStR-Beiheft 2012, 85, 87 in Note 31; Heuermann, StuW 2006, 332, 333; Kempf/Schmidt, DStR 2003, 190, 192; a.A. Drenseck, DStJG 9 (1986), 377, 387 zur Lohnsteuer.

18 Vgl. Tappe in: Schön/Sternberg, Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts, 2018, Bd. III, S. 77, 90.

setzung (§ 168 Satz 1 AO)<sup>19</sup> mit Doppelwirkung,<sup>20</sup> besagt aber nur, dass der Entrichtungspflichtige den von ihm angemeldeten Betrag abführen muss<sup>21</sup> und eröffnet insoweit eine Vollstreckungsmöglichkeit ohne gesondertes Leistungsgebot (§ 249 Abs. 1 Satz 2, § 254 Abs. 1 Satz 4 AO).

## II. Sekundärebene

Erst wenn der Entrichtungspflichtige eine bestehende Entrichtungspflicht verletzt und dadurch einen Haftungstatbestand verwirklicht (§ 38 AO), wird er auf der Sekundärebene in das Schuldverhältnis einbezogen und begründet gegen sich einen Anspruch aus dem Schuldverhältnis i.S.d. § 37 Abs. 1 AO. Der Entrichtungspflichtige wird zum Haftungsschuldner. Derjenige, der die Kapitalertragsteuer schuldet, und derjenige, der für die Kapitalertragsteuer haftet, werden zu Gesamtschuldnern (§ 44 Abs. 1 Satz 1 AO).<sup>22</sup>

Wirtschaftlich steht der Entrichtungspflichtige im Haftungsfall für die entgangene fremde Steuer ein, rechtlich für eine eigene Haftungsschuld.<sup>23</sup> Die Haftung für Kapitalertragsteuer dient damit als sichernder Sekundäranspruch des Steuergläubigers, der eingreift, wenn die primär vorgesehene Entrichtung an der Quelle fehlgeschlagen ist. Sie hat Schadensersatzcharakter und hält den Entrichtungspflichtigen in ihrer spezialpräventiven Dimension zur Erfüllung der Entrichtungspflichten an. Die kapitalertragsteuerlichen Haftungstatbestände beziehen sich dabei auf die einzelnen Entrichtungspflichten (siehe nachfolgend unter C.).

## C. Haftung und Nachforderung für Einbehalt und Abführung

### I. Unterlassener Einbehalt

§ 44 Abs. 5 Satz 1 EStG formt den Sicherungsanspruch für den Pflichtenkreis Einbehaltung und Abführung als beschränkt akzessorische Verschuldenshaftung aus (siehe dazu 1.).<sup>24</sup> § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 EStG erlaubt es, nicht einbehaltene Kapitalertragsteuer beim Schuldner nachzufordern (2.). Das Finanzamt muss im Haftungsfall ermessensgerecht entscheiden, welchen von beiden Gesamtschuldern es in Anspruch nimmt (3.).

### 1. Haftung des Entrichtungspflichtigen

Der Haftungstatbestand nach § 44 Abs. 5 Satz 1 EStG setzt einen Kapitalertragsteueranspruch, eine Verletzung der Einbehaltungs- oder Abführungspflicht und den gescheiterten Exkulpationsbeweis des Entrichtungspflichtigen voraus.

### a. Kapitalertragsteueranspruch

Die Primärschuld, für die der Entrichtungspflichtige haftet, ist die Kapitalertragsteuer. Abzustellen ist nicht auf die Einkommen- oder Körperschaftsteuer des Gläubigers der Kapitalerträge.<sup>25</sup> Maßgeblich ist die Kapitalertragsteuerbarkeit, auf die Erstattungsfähigkeit der Kapitalertragsteuer (§ 43b, § 44a Abs. 9 EStG oder nach einem Doppelbesteuerungsabkommen) oder auf die Einkommen- bzw. Körperschaftsteuerfreiheit des Kapitalertrages (§ 3 Nr. 40 EStG, § 8b KStG) kommt es nicht an.<sup>26</sup> Die Kapitalertragsteuer muss nicht festgesetzt sein (vgl. § 191 Abs. 3 Satz 4 AO). Das Sicherungsinteresse besteht schon für den materiell-rechtlich nach § 38 AO entstandenen Steueranspruch. Wegen § 219 Satz 2 AO ist die Haftung auch nicht subsidiär. Gehaftet wird über die Kapitalertragsteuer hinaus für den auf die Kapitalerträge einzubehaltenden Solidaritätszuschlag (§ 1 Abs. 2 SolzG)<sup>27</sup> und ggf. einzubehaltende Kirchenkapitalertragsteuer.<sup>28, 29</sup>

Der Sicherungszweck rechtfertigt eine Haftung nur, soweit ein Kapitalertragsteueranspruch in dem Zeitpunkt existiert, in dem der Entrichtungspflichtige den Haftungstatbestand verwirklicht. Es gilt der Akzessorietätsgrundsatz.<sup>30</sup> Eine Haftungsschuld aus § 44 Abs. 5 Satz 1 EStG wird daher nicht begründet, wenn gar keine Kapitalertragsteuerschuld entstanden ist oder sie in dem

19 Jachmann, Fiktion im öffentlichen Recht, 1998, S. 379.

20 Zur (beschränkten) Anfechtbarkeit der Anmeldung durch den Schuldner BFH, Ur. v. 12.12.2012 - I R 27/12 - BStBl. II 2013, 682, und BFH, Ur. v. 20.11.2018 - VIII R 45/15 - BStBl. II 2019, 306; gegen eine Drittanfechtung Seer in: Tipke/Kruse, AO/FGO, § 40 FGO Rn. 72, Stand 10/2014.

21 Vgl. BFH, Ur. v. 08.04.2014 - I R 51/12 - BStBl. II 2014, 982 Rn. 14; Heurmann in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 168 AO Rn. 7, Stand 08/2016.

22 BFH, Ur. v. 23.10.1985 - I R 248/81 - BStBl. II 1986, 178 Rn. 27.

23 Vgl. Beermann in: Kirchhof/Offerhaus/Schöberle in: Festschrift für Klein, 1994, S. 953, 964.

24 Abweichend von § 44 Abs. 5 Satz 1 EStG, aber ebenfalls bezogen auf die Pflichten zur Einbehaltung und Abführung haftet ein Betrieb gewerblicher Art und wirtschaftliche Geschäftsbetriebe steuerbefreiter Körperschaftsteuersubjekte (§ 44 Abs. 6 Satz 5 EStG).

25 BFH, Ur. v. 21.09.2017 - VIII R 59/14 - BStBl. II 2018, 163 Rn. 46; a.A. Hasselmann in: Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, § 44 EStG Rn. 38, Stand 12/2017: Primärschuld sei die Einkommen- bzw. Körperschaftsteuer.

26 Vgl. § 50d Abs. 1 Satz 13 EStG und weitergehend § 50c Abs. 1 Satz 2 EStG-E i. d. F. AbzStEntModG; BFH, Ur. v. 20.12.2006 - I R 13/06 - BStBl. II 2007, 616 Rn. 22; Anemüller, ErbStB 2018, 313, 316; a.A. Gersch in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 44 EStG Rn. F 7, Stand 01/2012; ausführlich Farinato, Haftung [Fn. 4], B. I. 1. b).

27 FG Hamburg, Ur. v. 11.12.2013 - 2 K 109/13 Rn. 36 (rechtskräftig).

28 § 51a Abs. 2b, 2c EStG in Verbindung mit Landesrecht.

29 Zu steuerlichen Nebenleistungen Farinato, Haftung [Fn. 4], B. I. 1. e).

30 BFH, Ur. v. 21.09.2017 - VIII R 59/14 - BStBl. II 2018, 163 Rn. 44.

Zeitpunkt bereits erloschen ist, in dem der Entrichtungspflichtige seine Pflichten schuldhaft verletzt.<sup>31</sup> Die Kapitalertragsteuer entsteht im Moment des Zuflusses an den Gläubiger (§ 44 Abs. 1 Satz 2 EStG, § 30 Nr. 1 KStG). Im gleichen Zeitpunkt muss der Entrichtungspflichtige einbehalten (§ 44 Abs. 1 Satz 3 EStG). Unterlässt er den Einbehalt (Pflichtverletzung), entstehen Kapitalertragsteuer- und Haftungsschuld nur durch eine juristische Sekunde voneinander getrennt. Dass die Kapitalertragsteuerschuld vor Entstehung der Haftungsschuld erlischt, ist nur denkbar, wenn bei Zufluss Kapitalertragsteuer ordnungsgemäß einbehalten, aber nicht fristgemäß bis zum zehnten des Folgemonats abgeführt wird (§ 44 Abs. 1 Satz 5 Halbsatz 1 EStG) und die Kapitalertragsteuerschuld nach der Einbehaltung und vor der Abführung erlischt.<sup>32</sup>

Relevanter ist daher der Fall, dass die Kapitalertragsteuerschuld in einem Zeitpunkt erlischt, in dem die Haftungsschuld bereits entstanden ist. Das Verhältnis von Steuer- und Haftungsschuld bestimmt sich nach Entstehen der Haftungsschuld (nur) nach § 44 Abs. 2 und § 191 AO.<sup>33</sup> Es gilt der Grundsatz der Einzelwirkung: Sofern § 44 Abs. 2 oder § 191 AO nichts Abweichendes bestimmen, wirken sich Umstände in der Person des Kapitalertragsteuerschuldners nicht auf den Bestand der Haftungsschuld des Entrichtungspflichtigen aus (§ 44 Abs. 2 Satz 3 AO).

## b. Pflichtverletzung

Der Haftungstatbestand des § 44 Abs. 5 Satz 1 EStG setzt weiter voraus, dass der Entrichtungspflichtige gegen eine bestehende Einbehaltungs- oder Abführungspflicht verstößt. Dazu muss der Haftende in persönlicher Hinsicht gem. § 44 Abs. 1 Satz 3 und 4 EStG entrichtungspflichtig sein. Das kann im Einzelfall komplexe Auslegungsfragen beinhalten und hier nicht vertieft werden.<sup>34</sup>

Materielle Kapitalertragsteuerpflicht (Primärschuld) und sachliche Entrichtungspflicht deckten sich in der Haftungsprüfung bis 31.12.2015 zwingend. Was materiell-rechtlich nach den §§ 43 ff. EStG dem Kapitalertragsteuerabzug unterlag, musste der Entrichtungspflichtige auch einem Abzug unterwerfen. Seit 01.01.2016 muss der Entrichtungspflichtige die im BStBl. veröffentlichten Auslegungsvorschriften der Finanzverwaltung beachten (§ 44 Abs. 1 Satz 3 EStG).<sup>35</sup> Dadurch sind die Kapitalertragsteuerpflicht und die Entrichtungspflicht entkoppelt: Sie decken sich insoweit, als die Finanzverwaltung keine oder mit der materiellen Rechtslage übereinstimmende Vorgaben macht. Sieht die Verwaltung eine Einbehaltungspflicht für einen Kapitalertrag vor, der nicht kapitalertragsteuerpflichtig ist, muss trotzdem Kapital-

ertragsteuer einbehalten werden. Der Steuerschuldner kann die Kapitalertragsteueranmeldung durch Drittanfechtung beseitigen oder durch einen Antrag gem. § 32d Abs. 4 EStG die Überprüfung des Einbehalts im Veranlagungsverfahren erreichen. Umgekehrt ist der gemäß Verwaltungsauffassung unterlassene Einbehalt<sup>36</sup> trotz bestehender Kapitalertragsteuerschuld pflichtgemäß.<sup>37</sup> In beiden Fällen scheidet eine Haftung aus. In der erstgenannten Situation besteht schon keine Primärschuld, in der letztgenannten fehlt es an einer Pflichtverletzung. Über die Kapitalertragsteuerpflicht entscheiden in allen Fällen abschließend die Gerichte.<sup>38</sup>

## c. Verschulden

Das Verschulden ist als Exkulpationsbeweis ausgestaltet: Der Entrichtungspflichtige muss fehlendes Verschulden beweisen und trägt insoweit die objektive Feststellungslast (vgl. § 44 Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 EStG „es sei denn“).<sup>39</sup> Vorsätzlich handelt der Entrichtungspflichtige, wenn er die verletzte Pflicht kannte und sie verletzen wollte,<sup>40</sup> wobei er sich nicht nur über die tatsächlichen Umstände, sondern auch über die Rechtswidrigkeit der Verletzung bewusst sein muss. Bedingter Vorsatz genügt.<sup>41</sup>

Grobe Fahrlässigkeit bedeutet, die Einbehaltungs- oder Abführungspflicht sorgfaltswidrig nicht erkannt und ihre

31 Mösbauer, Die Haftung für die Steuerschuld, 1992, S. 273.

32 Bei Kapitalerträgen i.S.d. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG fallen Zufluss-, Einbehaltungs- und Abführungszeitpunkt zusammen, § 44 Abs. 1 Satz 5 Halbsatz 2 EStG.

33 Vgl. BFH, Ur. v. 11.07.2001 - VII R 29/99 Rn. 19 zur Haftung für Umsatzsteuer nach § 419 BGB; zur Lohnsteuer z.B. Heuermann, Systematik und Struktur der Leistungspflichten im Lohnsteuerabzugsverfahren, 1998, S. 314 f.; Mösbauer, FR 1995, 727, 728.

34 Etwa zur Kontroverse, wer bei Cum/Ex-Transaktionen entrichtungspflichtig ist Schmid/Mühlhäuser, DStR 2017, 2778, 2778 ff.

35 Art. 3 Nr. 7 Buchst. a) des Steuerrechtsänderungsgesetzes vom 02.11.2015, BGBl. I 2015, 1834. Angesprochen ist insbesondere der Abgeltungsteuererlass (BMF-Schreiben vom 18.01.2016, BStBl. I 2016, 85, zuletzt geändert durch BMF-Schreiben vom 16.09.2019, BStBl. I 2019, 889).

36 Z.B. BMF-Schreiben vom 18.01.2016, BStBl. I 2016, 85 Tz. 315; vgl. BFH, Ur. v. 19.02.1965 - VI 146/64 - HFR 1965, 369: Unterlassener Einbehalt infolge rechtsfehlerhafter Auskunft des Finanzamts.

37 In diese Richtung zur Lohnsteuer BFH, Ur. v. 20.03.2014 - VI R 43/13 - BStBl. II 2014, 592 Rn. 16.

38 Vgl. Tappe in: Schön/Sternberg, Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts, 2018, Bd. III, S. 77, 85.

39 Bullinger/Radke, Handkommentar zum Zinsabschlag, 1994, S. 207.

40 Moritz/Strohm in: Moritz/Strohm, Handbuch Besteuerung privater Kapitalanlagen, 2017, S. 424.

41 Gersch in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 44 EStG Rn. F 23, Stand 01/2012.

Verletzung nicht vermieden zu haben. Der Begriff der groben Fahrlässigkeit i.S.d. § 44 Abs. 5 Satz 1 EStG ist nicht abschließend geklärt.<sup>42</sup> Der für die Kapitalertragsteuer zuständige achte Senat des BFH hat sich bisher nicht auf einen abstrakten Fahrlässigkeitsmaßstab festgelegt.<sup>43</sup> Der erste Senat entschied, grob fahrlässig handele der Entrichtungspflichtige, der die Sorgfalt, zu der er nach den Umständen und seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten verpflichtet und imstande ist, in ungewöhnlich hohem Ausmaß außer Acht lässt; dabei könne die ordnungsgemäße Beachtung der gesetzlichen Vorschriften steuerlicher Art von jedem kaufmännischen Leiter eines Gewerbebetriebs verlangt werden.<sup>44</sup>

Richtig daran ist, dass der Steuergläubiger im Indienstnahmeverhältnis<sup>45</sup> mit Blick auf die Effektivität des Quellensteuerabzuges und den Sicherungszweck der Haftung grds. darauf vertrauen darf, dass der Entrichtungspflichtige mit der im Verkehr mit Kapitalerträgen erforderlichen Sorgfalt zu Werke geht.<sup>46</sup> Kritisch zu sehen ist aber die Tendenz der Rechtsprechung,<sup>47</sup> unter der subjektiven Formel de facto doch zu verlangen, dass jeder Entrichtungspflichtige ausnahmslos alle Pflichten kennen muss. Fahrlässigkeit ist verkehrsbezogen. Entrichtungspflichtig wird man allein dadurch, dass man einen Kapitalertrag schuldet, auszahlt oder einen Verkaufsauftrag ausführt. Die Entrichtungspflicht kann zum Tagesgeschäft gehören oder ein außergewöhnlicher Geschäftsvorfall sein. Dementsprechend unterschiedlich sind die Erkenntnismöglichkeiten, Erfahrungen und Ressourcen zur Durchführung des Steuerabzuges verteilt. Das Gesetz gibt dem Steuergläubiger auf, diese Gegebenheiten bei der Verwirklichung seines sekundären Sicherungsanspruchs jedenfalls nach Verkehrskreisen typisierend zu berücksichtigen. Wertungen, dass der unterlassene Einbehalt i.d.R. grobe Fahrlässigkeit begründe<sup>48</sup> oder jeder sorgfältige kaufmännische Leiter eines Gewerbebetriebs alle steuerlichen Vorschriften zu beachten habe,<sup>49</sup> gehen daran vorbei.

Dem Entrichtungspflichtigen ist daher nur dann ein Sorgfaltsverstoß vorzuwerfen, wenn er die Vermutung nicht widerlegen kann, dass er die objektiven Sorgfaltsanforderungen in besonders schwerem Maße missachtet hat, die an einen vergleichbaren Entrichtungspflichtigen im jeweiligen Verkehrskreis und in der konkreten Zuflusssituation zu stellen sind.<sup>50</sup> Unerheblich ist zwar, ob er subjektiv in der Lage war, die Sorgfaltsanforderungen zu erfüllen.<sup>51</sup> Die Entrichtungspflicht muss aber gerade im jeweiligen Verkehrskreis qualifiziert erkennbar und ihre Verletzung vermeidbar gewesen sein. Die Rechtsprechung sollte ihre subjektive Formel aufgeben und sich – wie bei § 22a Abs. 5 Satz 3 EStG<sup>52</sup> – zu einem rein

objektiven Maßstab bekennen. Ein Mitverschulden des Finanzamts kann die Haftungsschuld zudem auf der Tatbestandsebene begrenzen oder ausschließen.<sup>53</sup>

#### d. Rechtsfolgen

Auf der Rechtsfolgenseite hat das Finanzamt ein Entschuldigungs- und Auswahlermessen, ob und wie es den Entrichtungspflichtigen in Anspruch nimmt. § 167 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 AO gibt ihm ein Wahlrecht zwischen einem Haftungs- und einem Steuerbescheid gegen den Haftungsschuldner (sog. Nachforderungs-, trennschärfer bezeichnet als Nacherhebungsbescheid).<sup>54</sup> Erlässt das Finanzamt einen Nacherhebungsbescheid, ändert das am materiellen Haftungscharakter nichts, weil es keine primäre Entrichtungssteuerschuld gibt.<sup>55</sup> § 167 Abs. 1 Satz 1 AO steht damit nur in Einklang, wenn auch für den Nacherhebungsbescheid die jeweiligen materiellen Haftungsvoraussetzungen gelten.<sup>56</sup> Entgegen der Rechtsprechung<sup>57</sup> muss das Finanzamt daher auch in einem Nacherhebungsbescheid Ermessenserwägungen anstellen.

42 So auch Stahl, Aktuelle Brennpunkte der Abgeltungsteuer, 2018, S. 108; zum Folgenden und vertiefend zu Irrtumsfragen Farinato, Haftung [Fn. 4], B. I. 3. a) und C.

43 Ausdrücklich BFH, Ur. v. 21.09.2017 - VIII R 59/14 - BStBl. II 2018, 163 Rn. 41.

44 BFH, Ur. v. 06.10.2009 - I R 25/09 Rn. 15.

45 Grundlegend Drüen, Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen, 2012, S. 299 ff.

46 Zum Vertrauensgrundsatz im Zivilrecht grundlegend Deutsch, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 1963, S. 29, 140, 326 f.

47 Neben der vorgenannten Entscheidung z.B. BFH, Ur. v. 10.04.1984 - VII R 77/81 Rn. 27; BFH, Ur. v. 20.04.1982 - VII R 96/79 - BStBl. II 1982, 521 Rn. 13 zu § 69 AO.

48 So FG Nürnberg, Ur. v. 21.02.2019 - 6 K 719/18 Rn. 82 (nicht rechtskräftig); Findeis, DB 2009, 2397, 2400.

49 Vgl. BFH, Ur. v. 06.10.2009 - I R 25/09 Rn. 15.

50 Für ein objektives Verständnis etwa FG Hamburg, Ur. v. 11.12.2013 - 2 K 109/13 Rn. 39 (rkr.); Anemüller, ErbStB 2018, 313, 314; Ditz/Haverkamp, IStR 2020, 499, 502, die § 276 Abs. 2 BGB analog anwenden.

51 A.A. z.B. Gehm, StBp 2017, 117, 118; Gersch in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 44 EStG Rn. F 24, Stand 01/2012. Zumeist stützt sich diese Ansicht auf die Rechtsprechung vorwiegend zu § 173 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 AO und § 69 AO. Der Entrichtungspflichtige müsse das missachtet haben, was jedem hätte einleuchten müssen.

52 BFH, Ur. v. 20.02.2019 - X R 29/16 - BStBl. II 2019, 425 Rn. 25 ff.

53 BFH, Ur. v. 06.05.2020 - X R 10/19 Rn. 35 f. zur Exkulpation nach § 22a Abs. 5 Satz 3 EStG; vgl. Kanzler, DStR 1985, 339, 342 f.; Loose in: Tipke/Kruse, AO/FGO, § 191 AO Rn. 50, Stand 08/2018; anders z.B. BFH, Ur. v. 23.04.2014 - VII R 28/13 Rn. 17 zu § 69 AO: Mitverschulden nur im Ermessen zu berücksichtigen.

54 BFH, Ur. v. 21.09.2017 - VIII R 59/14 - BStBl. II 2018, 163 Rn. 36; BFH, Ur. v. 13.09.2000 - I R 61/99 - BStBl. II 2001, 67 Rn. 17.

55 Siehe oben B.I.2.

56 BFH, Ur. v. 30.01.2018 - VIII R 75/13 - BStBl. II 2019, 91 Rn. 42 m.w.N.

57 BFH, Ur. v. 21.09.2017 - VIII R 59/14 - BStBl. II 2018, 163 Rn. 39 m.w.N.

Die Entrichtungspflichten beziehen sich nicht auf den Anmeldezeitraum, sondern jeweils auf einen kapitalertragsteuerpflichtigen Sachverhalt, d.h. auf einen einzelnen Zufluss.<sup>58</sup> Wird Kapitalertragsteuer auf mehrere Erträge angemeldet, führt § 168 Satz 1 AO zu einem Sammelbescheid mehrerer separater fiktiver Festsetzungen. Entrichtet der Entrichtungspflichtige in einem Anmeldezeitraum etwa hinsichtlich Kapitalertrag A ordnungsgemäß, vergisst dabei aber Kapitalertrag B, so kann die Anmeldung hinsichtlich A nicht gem. § 168 Satz 1, § 164 Abs. 2, § 167 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 AO dahin geändert werden, dass die auf B entfallende Kapitalertragsteuer zusätzlich festgesetzt wird. Letztere muss im Wege der Haftung (durch Haftungs- oder Nacherhebungsbescheid) erlangt werden.

## 2. Nachforderung gegen den Steuerschuldner

§ 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 EStG erlaubt dem Fiskus statt einer Inhaftungnahme des Entrichtungspflichtigen, eine bestehende Kapitalertragsteuerschuld von dem Steuerschuldner noch im Rahmen des Abzugsverfahrens nachzufordern. § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 EStG setzt neben der Kapitalertragsteuerschuld nur voraus, dass der Entrichtungspflichtige keine oder zu wenig Kapitalertragsteuer einbehalten hat.<sup>59</sup> Denn soweit der Gläubiger den Kapitalertrag ungekürzt ausgezahlt erhält, ist er wirtschaftlich noch nicht belastet.<sup>60</sup>

Wie für die Haftung nach § 44 Abs. 5 Satz 1 EStG ist auch bei § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 EStG mit der Neufassung des § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG offen, ob die Vorschriftsmäßigkeit des Einbehalts an der Kapitalertragsteuerpflicht oder an der sachlichen Entrichtungspflicht zu messen ist.<sup>61</sup> Verlangt die Verwaltung einen Einbehalt auf einen nicht kapitalertragsteuerpflichtigen Ertrag, gibt es schon keine Kapitalertragsteuerschuld, für die der Steuerschuldner in Anspruch genommen werden könnte. Lehnt der Fiskus einen Einbehalt ab, obwohl eine Kapitalertragsteuerpflicht besteht, spricht vieles für einen Gleichlauf von Haftung und Nachforderung. Der Steuerschuldner kann nur in Anspruch genommen werden, wenn der Entrichtungspflichtige eine haftungstaugliche Pflichtverletzung begeht.<sup>62</sup> Zum gleichen Ergebnis gelangt der BFH, wenn der Arbeitgeber einer rechtsfehlerhaften Anrufungsauskunft folgend keine oder zu wenig Lohnsteuer einbehält.<sup>63</sup>

Der Steuerschuldner wird durch einen Nachforderungsbescheid in Anspruch genommen, der noch Teil des Steuerabzugsverfahrens ist.<sup>64</sup> Die auf diese Weise erhobene Kapitalertragsteuer wird bei der Veranlagung gem. § 36 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EStG auf die Einkommen- oder Körperschaftsteuer angerechnet.<sup>65</sup> Haftet der Entrich-

tungspflichtige zugleich (§ 44 Abs. 5 Satz 1 EStG) und besteht deswegen eine Gesamtschuld zwischen Haftungs- und Steuerschuldner, räumt § 44 Abs. 1 AO dem Finanzamt ein Auswahlermessen ein, welchen der beiden Gesamtschuldner es in Anspruch nimmt (siehe dazu sogleich unter 3.). Für die Geltendmachung des Steueranspruchs aus § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 und 2 EStG gilt aber grds. das Legalitätsprinzip (§ 85 Satz 1 AO), das durch den gleichrangigen § 44 AO nicht suspendiert wird.<sup>66</sup> Der Steuerschuldner „wird“ (nicht „kann“) gem. § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 und 2 EStG in Anspruch genommen, wenn der Nachforderungstatbestand erfüllt ist. Das Finanzamt darf von der Nachforderung nicht absehen, wenn der Entrichtungspflichtige nicht haftet (etwa, weil eine Exkulpation gelingt) und keine weiteren Gesamtschuldner vorhanden sind. § 44 Abs. 1 AO ist dann mangels Gesamtschuld nicht anwendbar.

## 3. Auswahl zwischen Haftungs- und Steuerschuldner

### a. Grundsätze

Mehrere Haftungsschuldner sowie der Haftungs- und der Steuerschuldner sind in Bezug auf die Kapitalertragsteuerschuld Gesamtschuldner.<sup>67</sup> Gem. § 44 Abs. 1 Satz 2 AO schuldet jeder die gesamte Leistung. Der Steuergläubiger hat nach pflichtgebundenem Ermessen (§ 5 AO) unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls auszuwählen, wen er in welcher Höhe in Anspruch nimmt.<sup>68</sup> Er muss alle in Betracht kommenden Haftungs- und Steuerschuldner in seine Ermessenserwägungen einbeziehen. Die Auswahlentscheidung, die nur auf Ermessensfehler hin überprüfbar ist (§ 102 Satz 1 FGO), darf den Zweck der Haftung – die Sicherung einer materiell zutreffenden Be-

58 Vgl. BFH, Urt. v. 30.01.2018 - VIII R 75/13 - BStBl. II 2019, 91 Rn. 32; BFH, Urt. v. 16.11.2011 - I R 108/09 - BStBl. II 2013, 328 Rn. 19.

59 A.A. ohne Begründung Gersch in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 44 EStG Rn. F 42, Stand 01/2012: Nr. 1 erfasse nur den zu geringen Einbehalt, Nr. 3 den insgesamt unterlassenen Einbehalt; zu § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 EStG unten D.I.

60 Lindberg, Kapitaleinkünfte, 1996, S. 189.

61 Siehe oben C.I.1.b).

62 Eingehend Farinato, Haftung [Fn. 4], E. I. 1. b) aa); im Ergebnis auch Schön, RdF 2015, 115, 126.

63 Z.B. BFH, Urt. v. 20.03.2014 - VI R 43/13 - BStBl. II 2014, 592 Rn. 16 m.w.N.

64 BFH, Urt. v. 07.01.2004 - I B 197/03 Rn. 14.

65 Hoffmann in: Frotscher/Geurts, EStG, § 44 Rn. 120, Stand 02/2020.

66 Drüen in: Tipke/Kruse, AO/FGO, § 44 AO Rn. 28, Stand 10/2013.

67 BFH, Urt. v. 23.10.1985 - I R 248/81 - BStBl. II 1986, 178 Rn. 27.

68 Vgl. BFH, Urt. v. 12.05.1976 - II R 187/72 - BStBl. II 1976, 579 Rn. 9.

steuerung der Quelleneinkünfte – nicht überschreiten oder unverhältnismäßig sein.<sup>69</sup>

### **b. Insbesondere: Verhältnis zum Veranlagungsverfahren**

Vereinnahmt der Fiskus den Kapitalertragsteuerbetrag im Veranlagungsverfahren des Steuerschuldners – die ggf. nach § 43 Abs. 5 Satz 1 EStG vorgesehene Abgeltungswirkung entfällt bei unterlassenem Einbehalt<sup>70</sup> –, berührt das den Tatbestand der Haftungsschuld nicht: Die Kapitalertragsteuerschuld erlischt zwar aufgrund ihres mangels Abgeltungswirkung wieder auflebenden oder ohnehin bestehenden Vorauszahlungscharakters im Zeitpunkt der Festsetzung der auf den Kapitalertrag entfallenden Einkommen- bzw. Körperschaftsteuerschuld. Dieses Erlöschen folgt aber aus § 47 Alt. 5 AO (auflösende Bedingung)<sup>71</sup> und führt nicht zu einer Erfüllung i.S.d. § 44 Abs. 2 Satz 1 AO, der Gesamtwirkung zuträfe.

Das Ermessen des Betriebsstättenfinanzamts reduziert sich dadurch jedoch i.d.R. Denn wird der Steuerschuldner veranlagt, kann der Fiskus sein Besteuerungsinteresse jedenfalls auch im Einkommensteuer- bzw. Körperschaftsteuerverfahren erreichen. Das Ermessen zur vorrangigen Inanspruchnahme des Entrichtungspflichtigen ist daher verengt, wenn die Steuerhebung beim Steuerschuldner unproblematisch möglich ist. Es reduziert sich auf null und der Haftungsbescheid gegen den Entrichtungspflichtigen ist rechtswidrig, wenn die auf den Kapitalertrag entfallende Einkommen- bzw. Körperschaftsteuer im Veranlagungsverfahren tatsächlich vereinnahmt worden ist oder in der nicht mehr änderbaren Veranlagung irrtümlicherweise vergessen wurde. Die Festsetzungsverjährung der Einkommen- bzw. Körperschaftsteuer hindert eine Haftung dagegen grds. nicht.

### **II. Unterlassene Abführung**

Behält der Entrichtungspflichtige den korrekten Kapitalertragsteuerbetrag ein, führt ihn aber schuldhaft nicht an das Betriebsstättenfinanzamt ab, entsteht eine Haftungsschuld aus § 44 Abs. 5 Satz 1 EStG nach den oben genannten Grundsätzen. Der Steuerschuldner ist bereits mit der Kapitalertragsteuer belastet. Für eine Nachforderung muss er daher positiv wissen, dass die Abführung im vorgeschriebenen Zeitpunkt unterblieben ist und unterlassen haben, diese Erkenntnis dem Finanzamt ohne schuldhaftes Zögern anzuzeigen (§ 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 EStG). Eine vorrangige Inanspruchnahme des Haftungsschuldners ist i.d.R. ermessensfehlerfrei.

### **D. Weitere Haftungs- und Nachforderungstatbestände**

#### **I. Haftung bei rechtswidriger Erstattung**

Eine Haftung des Entrichtungspflichtigen trotz ordnungsgemäßer Einbehaltung, Abführung und Anmeldung regeln § 44b Abs. 6 Satz 2 Halbsatz 1 und Satz 4 Halbsatz 2 EStG. Sie betreffen den Fall, dass der Entrichtungspflichtige eine Erstattung an den Gläubiger gem. § 44b Abs. 6 EStG und eine entsprechende Verrechnung mit dem darauffolgenden Abführungsvolumen vornimmt, obwohl die Voraussetzungen für eine Erstattung nicht vorlagen. Die Norm enthält einen modifizierten Rechtsgrundverweis auf § 44 Abs. 5 Satz 1 EStG. Der Entrichtungspflichtige kann sich exkulpieren, indem er nachweist, dass er die Erstattungsvoraussetzungen weder vorsätzlich noch grob fahrlässig verkannt hat. Ein Nacherhebungsbescheid ist nicht möglich, weil sich die Haftungsschuld nicht auf die Einbehaltungs- und Abführungspflicht bezieht, sondern auf den zu Unrecht erstatteten und verrechneten Betrag.<sup>72</sup>

§ 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 EStG ermöglicht es, die rechtswidrig erstattete Kapitalertragsteuer aus dem Vermögen des Steuerschuldners zurückzuerlangen. Dabei handelt es sich nicht um einen Steuertatbestand (wie bei § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 und 2 EStG), sondern um einen Haftungstatbestand. Nachforderung bedeutet, die Steuerschuld gegen den Steuerschuldner geltend zu machen. Der Kapitalertragsteuerbetrag, den der Entrichtungspflichtige zu Unrecht erstattet und mit dem darauffolgenden Abführungsvolumen verrechnet, wurde jedoch zuvor ordnungsgemäß einbehalten und abgeführt. Mit der Abführung erlischt die Kapitalertragsteuerschuld für den zugeflossenen Kapitalertrag. Fraglich ist, für welche Schuld der Steuerschuldner dann gem. § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 EStG in Anspruch genommen werden kann. Will man nicht von einem systemwidrigen Wiederaufleben der Kapitalertragsteuerschuld ausgehen, kommt als Primärschuld nur die Haftungsschuld des Entrichtungs-

69 Zur ermessensfehlerfreien Auswahl Farinato, Haftung [Fn. 4], F. III. 3.

70 Denn der Kapitalertrag hat bei unterlassenem Einbehalt nicht der Kapitalertragsteuer i.S.d. § 43 Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 1 EStG „unterlegen“ und nach § 43 Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 EStG kann bei unterlassenem Einbehalt der Steuerschuldner gem. § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 EStG in Anspruch genommen werden.

71 Zustimmend Jachmann-Michel in: Blümich, EStG, § 44 EStG Rn. 75, Stand 07/2020; vgl. Heuermann, StuW 1998, 219, 221; Söhn, FR 1970, 263, 267 zum Verhältnis der Lohnsteuer- zur Einkommensteuerschuld.

72 Zustimmend Jachmann-Michel in: Blümich, EStG, § 44b EStG Rn. 48, Stand 07/2020.

pflichtigen aus § 44b Abs. 6 Satz 2 Halbsatz 1 bzw. Satz 4 Halbsatz 2 EStG in Betracht. Der Steuerschuldner steht dann aber nicht mehr für seine eigene Kapitalertragsteuerschuld, sondern die fremde Haftungsschuld des Entrichtungspflichtigen ein. § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 EStG regelt daher eine Haftungsschuld „zweiten Grades“. Systematisch wäre die Vorschrift in § 44b Abs. 6 EStG besser aufgehoben.

## II. Haftung für eine fehlerhafte Kapitalertragsteuerbescheinigung

Die Bescheinigungspflicht (§ 45a Abs. 2 bis 6 EStG) hat mit § 45a Abs. 7 EStG ihre eigene Haftungsnorm.

### 1. Haftung des Ausstellers, § 45a Abs. 7 Satz 1 EStG

Nach § 45a Abs. 7 Satz 1 EStG haftet der Aussteller einer Bescheinigung, die § 45a Abs. 2 bis 5 EStG nicht entspricht, für die aufgrund der Bescheinigung verkürzten Steuern oder zu Unrecht gewährten Steuervorteile. Die Haftungsnorm sichert wie § 44 Abs. 5 Satz 1 und § 44 Abs. 6 Satz 5 EStG die Kapitalertragsteuerschuld. Die von § 45a Abs. 7 EStG erfasste Gefahr für das Quellensteueraufkommen rührt daher, dass der Steuerschuldner mithilfe einer unrichtigen Bescheinigung die Anrechnung der Kapitalertragsteuer auf seine Einkommen- bzw. Körperschaftsteuerschuld erreicht (vgl. § 36 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 EStG, bei Körperschaften i.V.m. § 31 Abs. 1 Satz 1 KStG) und dadurch das Quellensteueraufkommen im Ergebnis verloren geht.<sup>73</sup> Denn die Vorlage der Kapitalertragsteuerbescheinigung ist materielle Tatbestandsvoraussetzung für die Anrechnung.<sup>74</sup>

§ 45a Abs. 7 Satz 1 EStG erfasst sowohl die erstmalige Ausstellung einer fehlerhaften Bescheinigung, als auch die unterlassene Rückforderung und/oder die unterlassene Meldung an das Finanzamt. Die Haftung begründet wie § 44 Abs. 5 Satz 1 EStG eine sekundäre Schadensersatzverpflichtung für die vom Entrichtungspflichtigen geschaffene oder nicht beseitigte Gefahr eines Steuer Schadens. Eine solche Gefahr für das Quellensteueraufkommen besteht nur, wenn die Bescheinigung nicht die wahre Rechtslage abbildet. Sie muss objektiv unrichtig sein.<sup>75</sup> Fehlerhafte oder unklare Vorgaben der Finanzverwaltung gehen auch hier zulasten des Steuergläubigers. Eine Haftungsschuld entsteht nur, wenn tatsächlich ein Steuer Schaden eintritt.<sup>76</sup> Die unrichtige Bescheinigung muss für den Steuer Schaden schließlich kausal geworden sein; das ist der Fall, wenn der Steuer Schaden ohne die Vorlage der Bescheinigung nicht eingetreten wäre.<sup>77</sup> Auf ein Verschulden des Ausstellers kommt es nicht an.<sup>78</sup> Der Aussteller einer unrichtigen Bescheinigung kann der Haftung entgehen, indem er die falsche Bescheinigung

ersetzt, zurückfordert und ggf. das Finanzamt informiert (§ 45a Abs. 7 Satz 3 Nr. 2, Abs. 6 EStG).

Die Haftung nach § 45a Abs. 7 EStG wird durch Haftungsbescheid geltend gemacht. Die Finanzverwaltung muss nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden, ob sie den Aussteller in Anspruch nimmt.<sup>79</sup> Ein Nacherhebungsbescheid scheidet aus, weil § 167 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 AO nur dann eingreift, wenn der Haftungsschuldner gerade für die von ihm anzumeldende Kapitalertragsteuer in Haftung genommen wird. § 45a Abs. 7 Satz 1 EStG bezieht sich aber auf die eigenständig geregelte Bescheinigungspflicht.<sup>80</sup> Auch § 219 Satz 2 AO gilt nicht, weil der Haftungsschuldner nicht die Einbehaltungs- oder Abführungspflicht, sondern die Bescheinigungspflicht verletzt hat.<sup>81</sup>

### 2. Haftung des Schuldners des Kapitalertrags, § 45a Abs. 7 Satz 2 EStG

§ 45a Abs. 7 Satz 2 EStG betrifft nur die Fälle des § 45a Abs. 3 EStG. Satz 1 erfasst den Fall, dass ein Kapitalertrag für Rechnung des Schuldners durch ein inländisches Kreditinstitut oder ein inländisches Finanzdienstleistungsinstitut gezahlt wird und die Voraussetzungen des § 45a Abs. 2 Satz 1 EStG nicht erfüllt sind. Der Schuldner des Kapitalertrags<sup>82</sup> muss dem Institut die notwendigen Angaben für die Ausstellung der Bescheinigung machen. Sind diese Angaben falsch, stellt das Institut eine unrichtige Bescheinigung aus, obwohl die Ursache aus der Sphäre des Schuldners des Kapitalertrags stammt. Es haftet daher nach § 45a Abs. 7 Satz 3 Nr. 1 EStG nicht. Stattdessen haftet der Schuldner des Kapitalertrags nach § 45a Abs. 7 Satz 2 EStG.

## E. Ausblick

Der Gesetzgeber plant die eben beschriebene Haftung für eine fehlerhafte Bescheinigung zu verschärfen.<sup>83</sup> Zum

73 Vgl. Blesinger, Haftung und Duldung im Steuerrecht, 2005, S. 114.

74 BFH, Urt. v. 12.02.2008 - VII R 33/06 - BStBl. II 2008, 504 Rn. 8; R 36 S. 1 EStR.

75 Vgl. FG Kassel, Urt. v. 08.10.2012 - 4 V 1661/11 Rn. 41; Desens, DStZ 2014, 154, 160.

76 Anemüller, ErbStB 2018, 313, 317.

77 Anemüller in: Anemüller/Bieling/Zöller/Krüger, Handbuch Kapitaleinkünfte, 2. Aufl. 2018, S. 411.

78 Schmid/Mühlhäuser, DStR 2017, 2778, 2782.

79 Geurts in: Bordewin/Brandt, EStG, § 45a EStG Rn. 112, Stand 04/2020.

80 A.A. wohl Hasselmann in: Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, § 45a EStG Rn. 25, Stand 10/2016.

81 Ohne diese Begründung auch Lechner, RdF 2019, 218, 222.

82 Hoffmann in: Frotscher/Geurts, EStG, § 45a EStG Rn. 146, Stand 02/2020.

83 § 45a EStG-E AbzStEntModG.

einen wird die sachliche Bescheinigungspflicht um eine Vielzahl weiterer Angaben und damit die Anzahl potenzieller Fehlerquellen erheblich erweitert (§ 45b EStG-E). Zum anderen werden die Möglichkeiten zur Haftungsvermeidung nach § 45a Abs. 7 Satz 3 ersatzlos gestrichen.<sup>84</sup> Der Entrichtungspflichtige soll fortan auch für fehlerhafte Angaben des Schuldners der Kapitalerträge haften. Ob es mit Blick auf die Verhältnismäßigkeit der Indienstnahme des Entrichtungspflichtigen<sup>85</sup> ausreicht, den Entrichtungspflichtigen auf zivilrechtliche Regressansprüche gegen den Schuldner der Kapitalerträge zu verweisen,<sup>86</sup> darf bezweifelt werden. Das gilt umso mehr, als der Entrichtungspflichtige seine Haftung nicht mehr durch Rückforderung der Bescheinigung bzw. Benachrichtigung des Finanzamts vermeiden könnte.<sup>87</sup>

Das geltende wie das künftige Kapitalertragsteuerhaftungsrecht wirft also komplexe Rechtsfragen auf, für die es an vielen Stellen noch keine abschließenden Antworten, insbesondere der Rechtsprechung, gibt. Zwei Gedanken sollten bei deren Beantwortung leitend sein. Erstens: Der Entrichtungspflichtige ist kein Steuerschuldner. Er wird lediglich durch die Verletzung seiner primären Entrichtungspflichten zum Haftungsschuldner.<sup>88</sup> Zweitens: Der Entrichtungspflichtige ist kein Beliehener<sup>89</sup> oder Verwaltungshelfer.<sup>90</sup> Er wird für die Entrichtung einer fremden Steuer in Dienst und in Haftung genommen.<sup>91</sup> Seine Belastung ist rechtfertigungsbedürftig, unterliegt vollumfänglich auch freiheitsgrundrechtlichen Schranken<sup>92</sup> und darf den Indienstnahmezweck – die zeitnahe und effektive Steuerhebung an der Quelle – nicht überschreiten.

84 Art. 1 Nr. 5b) bb) AbzStEntModG.

85 Ausführlich Farinato, Haftung [Fn. 4], A. III und G. I. 2. a).

86 Referentenentwurf vom 19.11.2020, S. 29.

87 Kritisch auch Haase/Nürnberg, Ubg 2020, 674, 675; die Korrektur oder Stornierung nach § 45b Abs. 8 EStG-E muss aber enthaftend wirken, weil sie die Gefahr für das Quellensteueraufkommen beseitigt.

88 Siehe oben B.

89 So aber z.B. FG Münster, Urt. v. 27.11.2019 - 13 K 2902/19 Kap - EFG 2020, 284, rechtskräftig, Rn. 24. Auch Gesetzgeber (BT-Drs. 17/3549, S. 6; BT-Drs. 18/4902, S. 44) und Finanzverwaltung (BMF vom 18.01.2016, BStBl. I 2016, 85 Rn. 151a) verkennen dies, wenn sie den Entrichtungspflichtigen unspezifisch als „Organ der Steuererhebung“ bezeichnen.

90 A.A. z.B. BFH, Urt. v. 23.04.1996 - VIII R 30/93 Rn. 14; Hamacher/Dahm in: Korn, EStG, § 44 EStG Rn. 23, Stand 03/2020.

91 Drüen, Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen, 2012, S. 114 in Note 59; H. P. Ipsen in: Festgabe Kaufmann, 1950, S. 141, 145; Stern, Staatsrecht, 1980, Bd. II, S. 793; Tappe in: Schön/Sternberg, Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts, 2018, Bd. III, S. 77, 90; Voßkuhle, VVDStRL 62 (2003), 266, 277.

92 Vertiefend Farinato, Haftung [Fn. 4], G. I.

## Zahlung eines Verwarngeldes durch den Arbeitgeber für einen Parkverstoß des Arbeitnehmers kein Arbeitslohn

BFH, Urt. v. 13.08.2020 - VI R 1/17

RiBFH Dr. Roland Krüger

### A. Problemstellung

Verstöße gegen Parkverbote sind eine Massenerscheinung. Bei Arbeitnehmern, die ihre Arbeitsleistung im Wesentlichen auf einem Fahrzeug erbringen, kann es im (wirtschaftlichen) Interesse des Arbeitgebers liegen, Verwarngelder wegen von den Arbeitnehmern begangenen Parkverstößen zu übernehmen. Dies gilt insbesondere in der Logistikbranche bei der Paketzustellung. Ertragsteuerrechtlich stellt sich dann insbesondere die Frage, ob die Übernahme der Verwarngelder durch den Arbeitgeber bei den Arbeitnehmern zu steuerpflichtigem Arbeitslohn führt. Mit dieser Frage musste sich der BFH bereits mehrfach beschäftigen. Das Besprechungsurteil hat hier weitere Klärung gebracht.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

#### I. Sachverhalt

Die Klägerin betreibt einen Paketzustelldienst im gesamten Bundesgebiet. Die als Arbeitnehmer beschäftigten Fahrer haben die Aufgabe, Pakete unmittelbar bei den Kunden der Klägerin abzuholen oder den Kunden Pakete zuzustellen. Um eine möglichst schnelle Zustellung zu gewährleisten, halten die Fahrer mit ihren Fahrzeugen in unmittelbarer Nähe zu den Kunden. Insbesondere in Innenstädten ist dies jedoch mit den zur Verfügung stehenden Parkmöglichkeiten in straßenverkehrsrechtlich zulässiger Weise nicht immer möglich.

In mehreren Städten hat die Klägerin daher bei den zuständigen Behörden Ausnahmegenehmigungen nach § 46 StVO beantragt, die ein kurzfristiges Halten zum Be- und Entladen in ansonsten nicht freigegebenen Bereichen wie Halteverbots- oder Fußgängerzonen unter bestimmten Auflagen gestatten. Ist eine Ausnahmegenehmigung nicht erhältlich, wird es zur Gewährleistung eines reibungslosen Betriebsablaufs und im Interesse der Kunden im Einzelfall hingenommen, dass die Fahrer ihre Fahrzeuge auch in Halteverbotsbereichen oder Fußgängerzonen kurzfristig anhalten und hierfür gem. § 56 OWiG dann ggf. Verwarnungsgelder erhoben werden.

Die Verwarnungsgelder werden teilweise direkt von der Klägerin als Halterin der Fahrzeuge erhoben (ihr gegenüber „festgesetzt“). In anderen Fällen werden der Klägerin als Halterin ein Zeugenfragebogen und ein Überweisungsdruck übersandt, mit der Aufforderung zur Vermeidung weiterer Ermittlungen die Personalien des Fahrers mitzuteilen oder das Verwarnungsgeld zu entrichten. In beiden Varianten leistet die Klägerin die Verwarnungsgelder.

Die Klägerin zog aus der Zahlung der Verwarnungsgelder zunächst keine lohnsteuerlichen Konsequenzen. Das Finanzamt war allerdings der Auffassung, die Zahlung der auf den Parkverstößen der Fahrer beruhenden Verwarnungsgelder führe bei diesen zu lohnsteuerpflichtigem Arbeitslohn. Die Klägerin meldete daher in der Lohnsteuer-Anmeldung für April 2014 für diesen Sachverhalt Lohnsteuer an. Der hiergegen gerichtete Einspruch der Klägerin blieb erfolglos. Der im Anschluss erhobenen Klage gab das Finanzgericht statt.<sup>1</sup>

Auf die Revision des Finanzamts hob der BFH das Urteil des Finanzgerichts auf und verwies die Sache an das Finanzgericht zurück.

## II. Entscheidungsgründe

Auf Grundlage der vom Finanzgericht getroffenen Feststellungen könne der BFH nicht abschließend prüfen, ob das Finanzgericht zu Recht davon ausgegangen sei, es fehle am Zufluss eines geldwerten Vorteils bei den Arbeitnehmern der Klägerin.

1. Gem. § 40 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG könne das Betriebsstättenfinanzamt auf Antrag des Arbeitgebers zulassen, dass die Lohnsteuer mit einem unter Berücksichtigung der Vorschriften des § 38a EStG zu ermittelnden Pauschsteuersatz erhoben werde, soweit von dem Arbeitgeber sonstige Bezüge in einer größeren Zahl von Fällen gewährt würden. Die pauschale Lohnsteuer sei eine von der Steuer des Arbeitnehmers abgeleitete Steuer, die dem Grunde nach durch eine Tatbestandsverwirklichung des Arbeitnehmers entstehe.<sup>2</sup> Die Übernahme der pauschalen Lohnsteuer durch den Arbeitgeber setze mithin voraus, dass für den Arbeitnehmer eine in Geldeswert bestehende Einnahme i.S.d. § 19 EStG vorliege.<sup>3</sup>

2. Zu den Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit gehörten gem. § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG – neben Gehältern und Löhnen – auch andere Bezüge und Vorteile, die „für“ eine Beschäftigung im öffentlichen oder privaten Dienst gewährt würden. Diese Bezüge oder Vorteile würden dann als für eine Beschäftigung gewährt gelten, wenn sie durch das individuelle Dienstverhältnis veran-

lasst seien. Eine Veranlassung durch das individuelle Dienstverhältnis sei zu bejahen, wenn der Vorteil nur deshalb gewährt wird, weil der Zuwendungsempfänger Arbeitnehmer des Arbeitgebers sei, die Einnahmen dem Empfänger also mit Rücksicht auf das Dienstverhältnis zufließen und sich als Ertrag der nichtselbstständigen Arbeit darstellen würden.<sup>4</sup> Auch der Erlass einer Forderung (§ 397 Abs. 1 BGB), die dem Arbeitgeber gegen den Arbeitnehmer zustehe, könne Arbeitslohn i.S.d. § 19 Abs. 1 Satz 1 EStG sein.<sup>5</sup>

3. Nach diesen Grundsätzen sei das Finanzgericht zunächst zutreffend davon ausgegangen, den Arbeitnehmern der Klägerin sei nicht schon deshalb Arbeitslohn zugeflossen, weil die Klägerin die Verwarnungsgelder i.S.d. § 56 OWiG an die zuständige Verwaltungsbehörde gezahlt habe.

a. Das Wesen des Verwarnungsverfahrens bestehe darin, dass das Fehlverhalten bei einer geringfügigen Ordnungswidrigkeit mit der Verwarnung nur vorgehalten werde, ohne darüber zu entscheiden. Das Verfahren wolle die Durchführung eines Bußgeldverfahrens mit einer förmlichen Entscheidung „im äußersten Bagatellbereich“ ersparen und eine geringfügige präventive Maßnahme genügen lassen, sofern der Betroffene sich einsichtig zeige und von sich aus daran mitwirke, d.h. die Verwarnung durch Zahlung wirksam werden lasse. Insofern sei die Verwarnung mit Verwarnungsgeld ein mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt aus Anlass einer Ordnungswidrigkeit, die auf dem Einverständnis (d.h. der Selbstunterwerfung) des Betroffenen mit einer geringen präventiven Maßnahme in einem zusätzlichen Vorschaltverfahren beruhe, das dann die Verfolgung und Entscheidung erübrige. Dabei sei die Zahlung des Verwarnungsgeldes eine freiwillige Leistung, die nicht erzwungen werden könne.

Betroffener i.S.d. OWiG sei ungeachtet eines Tatbeitrags auch der Halter des Fahrzeugs, soweit ihm gegenüber ein Verwarnungsgeld erhoben werde.<sup>6</sup> Sei der Halter nach Belehrung über sein Weigerungsrecht mit der Verwarnung einverstanden und zahle das Verwarnungsgeld, werde die Verwarnung wirksam (§ 56 Abs. 2 Satz 1 OWiG).

1 FG Düsseldorf, Urt. v. 04.11.2016 - 1 K 2470/14 L.

2 BFH, Urt. v. 06.05.1994 - VI R 47/93.

3 BFH, Urt. v. 03.07.2019 - VI R 36/17 Rn. 12.

4 ständige Rechtsprechung, z.B. BFH, Urt. v. 07.05.2014 - VI R 73/12 Rn. 15; BFH, Urt. v. 19.11.2015 - VI R 74/14 Rn. 10.

5 BFH, Urt. v. 27.03.1992 - VI R 145/89; BFH, Urt. v. 24.05.2007 - VI R 73/05.

6 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.02.2020 - IV-2 RBs 1/20; BVerfG, Beschl. v. 01.06.1989 - 2 BvR 239/88 u.a.

Das Einverständnis beziehe sich nur auf die Art der verfahrensmäßigen Erledigung im Verwarnungsverfahren, nicht aber auf die Voraussetzungen sachlich-rechtlicher Art bzw. auf das Vorliegen des Bußgeldtatbestandes. Die Verwarnung könne nach erfolgter Zahlung nicht mehr wegen ihres materiellen Inhalts angefochten werden. Der Betroffene, hier der Halter, könne sich nach erklärtem Einverständnis daher auch nicht darauf berufen, eine Verwarnung hätte nicht erteilt werden dürfen, da eine Ordnungswidrigkeit nicht vorgelegen habe bzw. nicht von ihm begangen worden sei.<sup>7</sup> Eine Entscheidung, wer für den Verkehrsverstoß verantwortlich sei, werde nicht (mehr) getroffen, eine Zuweisung von Schuld finde nicht statt. Mit der Wirksamkeit der Verwarnung entstehe gem. § 56 Abs. 4 OWiG ein Verfolgungshindernis eigener Art.

b. Ausgehend hiervon habe das Finanzgericht im Streitfall zutreffend entschieden, dass die Zahlung des Verwarnungsgeldes auf eine eigene Schuld der Klägerin erfolgt sei und daher nicht zu einem Zufluss von Arbeitslohn bei dem Arbeitnehmer führen könne, der die Ordnungswidrigkeit begangen habe. Die Klägerin als Betroffene habe die Verwarnung durch Zahlung des Verwarnungsgeldes sich gegenüber wirksam werden lassen. Da ihr die Verwarnung ungeachtet ihres fehlenden Tatbeitrags erteilt worden sei, sei nur die Klägerin Beteiligte des Verwaltungsverfahrens und nicht der Fahrer, der die Ordnungswidrigkeit begangen habe. Un-erheblich sei daher in diesem Zusammenhang, dass die Klägerin durch die Zahlung des Verwarnungsgeldes und die Nichtbenennung des Fahrzeugführers die Erteilung einer Verwarnung verbunden mit der Erhebung eines Verwarnungsgeldes bzw. die Einleitung eines Bußgeldverfahrens gegen den Fahrzeugführer vermieden habe.

4. Die Feststellungen des Finanzgerichts trügen indes nicht dessen weitere Würdigung, den Arbeitnehmern der Klägerin sei auch dadurch kein geldwerter Vorteil zugeflossen, weil die Klägerin ihnen keine realisierbare Forderung in Form eines vertraglichen oder gesetzlichen Rückgriffs- oder Schadensersatzanspruchs erlassen habe, da ein solcher nicht bestanden habe.

a. Einen geldwerten Vorteil und damit Arbeitslohn i.S.d. § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG stelle es auch dar, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine realisierbare Forderung erlasse. Der Arbeitslohn fließe in einem solchen Fall in dem Zeitpunkt zu, in dem der Arbeitgeber zu erkennen gebe, dass er keinen Rückgriff nehmen werde,<sup>8</sup> und sich der Arbeitnehmer hiermit einverstanden erkläre.

b. Die Feststellungen des Finanzgerichts trügen nicht dessen Würdigung, dass ein solcher Rückgriffsanspruch im Streitfall nicht vorliege. Einen vertraglichen Regressanspruch der Klägerin habe das Finanzgericht verneint, weil eine Zusage des Arbeitgebers, eine dem Arbeitnehmer bei der Arbeitsausübung auferlegte Geldstrafe oder -buße zu übernehmen, einen Verstoß gegen die guten Sitten i.S.d. § 138 BGB begründe und eine derartige Vereinbarung daher nicht zur Disposition von Arbeitnehmer und Arbeitgeber stehe. Um eine derartige, dem Arbeitnehmer auferlegte Geldstrafe oder -buße gehe es im Streitfall aber gerade nicht. Die Klägerin habe zudem selbst geltend gemacht, ihre Fahrer seien angewiesen, sich auch in solchen Gebieten an die geltenden Verkehrsregeln zu halten, für die eine Ausnahmegenehmigung nicht zu erlangen sei. Dem widerspreche die Annahme des Finanzgerichts, ein Anspruch der Klägerin wegen einer (Neben-)Pflichtverletzung des Arbeitnehmers sei zumindest konkludent ausgeschlossen.

Das Finanzgericht habe einen gesetzlichen Anspruch der Klägerin aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 683 Satz 1, § 670 BGB) auch nicht gestützt auf das Vorbringen der Klägerin verneinen können, die Übernahme der Verwarnungsgelder sei im ausschließlich eigenbetrieblichen Interesse erfolgt. Denn dieses Vorbringen steht im Widerspruch zu ihrem weiteren Vortrag, ihre Fahrer seien angewiesen, sich auch in solchen Gebieten an die geltenden Verkehrsregeln zu halten, für die eine Ausnahmegenehmigung nicht zu erlangen sei.

5. Das Finanzgericht werde deshalb im zweiten Rechtsgang erneut zu prüfen haben, ob und wenn ja in welcher Höhe der Klägerin wegen der von ihren Fahrern unstrittig begangenen Parkverstöße ein (vertraglicher oder gesetzlicher) Regressanspruch gegen den jeweiligen Verursacher zustehe. Sollte das Finanzgericht im zweiten Rechtsgang zu dem Ergebnis gelangen, dass der Klägerin wegen der Parkverstöße ein realisierbarer (einredefreier und fälliger) Schadensersatzanspruch gegen den jeweiligen Fahrer zugestanden habe, werde es ferner der Frage nach dem Zeitpunkt des Erlasses gem. § 397 BGB, d.h. dem Zufluss des damit einhergehenden geldwerten Vorteils, nachzugehen haben.

<sup>7</sup> BVerwG, Urt. v. 25.03.1966 - VII C 157/64; OVG Münster, Beschl. v. 11.04.2011 - 8 A 589/10.

<sup>8</sup> BFH, Urt. v. 27.03.1992 - VI R 145/89.

6. Abschließend werde für den Fall, dass die Klägerin ihren Arbeitnehmern eine realisierbare Schadensersatzforderung erlassen habe, darauf hingewiesen, dass das Vorliegen von Arbeitslohn entgegen der Ansicht des Finanzgerichts nicht unter dem Aspekt verneint werden könne, die Zahlung der Verwarnungsgelder sei im überwiegend eigenbetrieblichen Interesse der Klägerin erfolgt. Denn der BFH habe eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass ein rechtswidriges Tun (hier die von den Arbeitnehmern entgegen der geltenden StVO begangenen Parkverstöße) keine beachtliche Grundlage einer solchen betriebsfunktionalen Zielsetzung sein könne.<sup>9</sup> An seiner früher vertretenen Auffassung habe er nicht festgehalten.<sup>10</sup> Dies gelte auch, soweit es sich – wie vorliegend – bei den Parkverstößen regelmäßig um solche im absoluten Bagatellbereich handele.

### C. Bewertung und Folgen der Entscheidung

1. Die Rechtsprechung des BFH zu der Frage, ob die Übernahme von Verwarnungsgeldern durch den Arbeitgeber, die auf einer vom Arbeitnehmer begangenen Ordnungswidrigkeit beruhen, zu Arbeitslohn führt, war nicht immer einheitlich.

Nach ständiger Rechtsprechung liegt kein Arbeitslohn vor, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen Vorteil im ganz überwiegend eigenbetrieblichen Interesse zuwendet. Unter diesem Gesichtspunkt hatte der BFH im Jahr 2004 entschieden, dass kein Arbeitslohn anzunehmen sei, wenn der Arbeitgeber, der einen Paketzustellendienst betrieb, aus ganz überwiegend eigenbetrieblichem Interesse die Zahlung von Verwarnungsgeldern, die gegen die bei ihm angestellten Fahrer wegen Verletzung des Halteverbots verhängt worden sind, übernimmt.<sup>11</sup>

Diese Würdigung hat der BFH in einem Urteil aus dem Jahr 2013 allerdings wieder aufgegeben.<sup>12</sup> In jenem Fall ging es zwar nicht um Verwarnungsgelder wegen Parkverstößen, sondern um Bußgelder wegen Lenk- und Ruhezeitverstößen von LKW-Fahrern. Gegen die Rechtsordnung verstößende, mit Bußgeldern belegte rechtswidrige Weisungen des Arbeitgebers könnten jedoch im Allgemeinen nicht zu den notwendigen Begleiterscheinungen betriebsfunktionaler Zielsetzungen gehören. Entscheidend sei, dass auf einem rechtswidrigen Tun der Betrieb des Arbeitgebers auch nicht teilweise gründen könne und daher insoweit keine beachtlichen betriebsfunktionalen Gründe vorliegen könnten.

Mit dem Besprechungsurteil hat der BFH seine Entscheidung aus 2013 bekräftigt und klargestellt, dass sie auch

für Verstöße im Bagatellbereich – wie Parkverstöße – Geltung beansprucht.

2. Der vorliegende Streitfall unterschied sich allerdings von den bisher entschiedenen Sachverhaltskonstellationen dadurch, dass die Verwarnungsgelder vorliegend nicht gegenüber den Arbeitnehmern (Fahrern) sondern gegenüber dem Arbeitgeber selbst festgesetzt wurden. In einem solchen Fall zahlt der Arbeitgeber beim Ausgleich der Verwarnungsgelder auf eine eigene Schuld. Damit kann in der Zahlung selbst kein Arbeitslohn liegen. Denn durch die Erfüllung einer eigenen Schuld des Arbeitgebers wendet dieser seinen Arbeitnehmern keinen Vorteil zu. Ohne Vorteil für den Arbeitnehmer scheidet die Annahme von Arbeitslohn allerdings von vornherein aus.

3. Die Klägerin könnte ihren Arbeitnehmern im vorliegenden Fall jedoch auch noch unter einem ganz anderen Gesichtspunkt Arbeitslohn zugewandt haben. Ein geldwerter Vorteil und damit Arbeitslohn i.S.d. § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG liegt nämlich auch dann vor, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine realisierbare Forderung erlässt. Ein solcher Erlass kam auch hier in Betracht, falls der Klägerin gegen ihre Fahrer, die die Parkverstöße letztlich begangen hatten, ein durchsetzbarer Rückgriffsanspruch zugestanden und sie auf einen solchen Anspruch verzichtet hätte.

Das Finanzgericht hat dies im Grundsatz auch zutreffend erkannt. Es hat das Vorliegen eines solchen Rückgriffsanspruchs der Klägerin gegen ihre Arbeitnehmer jedoch mit einer unzutreffenden Begründung verneint. Der BFH musste den Rechtsstreit daher an die Vorinstanz zurückverweisen, damit das Finanzgericht im zweiten Rechtsgang erneut prüfen kann, ob und wenn ja in welcher Höhe der Klägerin wegen der von ihren Fahrern begangenen Parkverstöße ein (vertraglicher oder gesetzlicher) Regressanspruch zusteht.

4. Für die Klägerin könnte der Ausgang des Verfahrens in mehrfacher Hinsicht letztlich unerfreulich sein. Zum einen kann sie die Lohnsteuer wegen des Erlasses eines möglichen Rückgriffsanspruchs gegen ihre Arbeitnehmer treffen. Zum anderen stellt sich die Frage, ob die Klägerin hinsichtlich der Verwarnungsgelder den Betriebsausgabenabzug hat. Diesem könnte § 4 Abs. 5 Nr. 8 EStG entgegenstehen.

<sup>9</sup> BFH, Urt. v. 14.11.2013 - VI R 36/12.

<sup>10</sup> BFH, Urt. v. 07.07.2004 - VI R 29/00.

<sup>11</sup> BFH, Urt. v. 07.07.2004 - VI R 29/00.

<sup>12</sup> BFH, Urt. v. 14.11.2013 - VI R 36/12.

## Trunkenheitsfahrt mit E-Scooter (?)

BayObLG München, Beschl. v. 24.07.2020 - 205 StRR 216/20

RA Prof. Dr. Guido Britz

### A. Einleitung

Wegen seiner Alltagshäufigkeit ist das Verkehrsstrafrecht<sup>1</sup> mit Blick auf die mitunter einschneidenden Rechtsfolgen nach §§ 69 ff., 44 StGB von allgemeiner Bedeutung. Im Kernstrafrecht geht es um konkrete wie abstrakte Gefährdungsdelikte, zugleich aber auch um Straftatbestände mit verschiedenen Vorsatz-Fahrlässigkeit-Kombinationen. Erfasst ist im Übrigen nicht nur der Straßen-, sondern ebenso der Schienen-, Luft- und Schiffsverkehr. Im Gravitationszentrum des Verkehrsstrafrechts steht die Vorschrift des § 316 StGB,<sup>2</sup> welche für alle geschilderten Verkehrsarten gleichermaßen gilt. Als abstraktes Gefährungsdelikt stellt die Norm einen Auffangtatbestand für alle Fallkonstellationen dar, in denen ein Fahrzeug im Zustand einer rauschmittelbedingten Fahrunsicherheit im öffentlichen Verkehr vorsätzlich oder fahrlässig geführt wird, ohne dass es zu einer konkreten Rechtsgutsgefährdung i.S.v. § 315a Abs. 1 Nr. 1, § 315c Abs. 1 Nr. 1a StGB gekommen wäre.<sup>3</sup> Für die Interpretation der Strafnorm des § 316 StGB ist Richterrecht in besonderer Weise relevant, da die tatbestandlich erforderliche Fahrunsicherheit – unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Verkehrsarten und Fahrzeuge – spezifisch zu konturieren ist.<sup>4</sup> Die ebenfalls richterrechtlich entwickelten Kategorien der absoluten und relevanten Fahruntüchtigkeit bilden die Basis. Mit seiner Entscheidung ordnet das Bayerische Oberlandesgericht die sog. E-Scooter, über die im Verkehrsrecht diskutiert wird,<sup>5</sup> tatbestandlich ein, befasst sich en passant mit interessanten Irrtumsfragen und wendet schließlich lehrbuchartig die Vorschriften der §§ 44, 69 StGB fallspezifisch an.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Entscheidung des Bayerischen Oberlandesgerichts lag – verdichtet – folgender Sachverhalt zugrunde:<sup>6</sup> Um zu seinem 300 bis 400 m entfernt liegenden Hotel zu gelangen, mietet der Angeklagte während der Zeit des Oktoberfestes 2019 einen sog. E-Scooter mit Versicherungskennzeichen an. Nach einer Fahrstrecke von rd. 300 m wurde er von der Polizei angehalten. Die zeitnah entnommene Blutprobe ergab eine Blutalkoholkonzent-

ration (BAK) von 1,35 ‰. Das zuständige AG München sah es in seinem Urteil vom 09.01.2020 für erwiesen an, dass der Angeklagte seine Fahruntüchtigkeit bei kritischer Selbstprüfung habe erkennen können und müssen, und sich durch die Tat als ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen erwiesen habe. Daher wurde eine Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu je 55 € ausgeteilt; zudem verhängte das Gericht ein dreimonatiges Fahrverbot und entzog die Fahrerlaubnis mit einer Sperre für die Wiedererteilung von sieben Monaten.<sup>7</sup> Mit der (Sprung-)Revision rügte der Angeklagte die Verletzung materiellen Rechts;<sup>8</sup> u.a., dass er davon ausgegangen sei, dass für das Fahren mit einem E-Scooter die Promillegrenzen für Fahrradfahrer anwendbar seien, was auch im (Geschwindigkeits-)Vergleich mit einem Pedelec gerechtfertigt wäre. Ferner wurde die Verhängung eines Fahrverbots als unangebracht erachtet, da es im ländlichen Bereich, in welchem der Angeklagte lebe, ein vergleichbares Angebot an führungsfreien Fahrzeugen nicht gebe. Unangemessen sei es ferner, angesichts des im Verhältnis zu einer Fahrt mit einem Personalkraftwagen deutlich geringeren Gefährdungspotenzials einer Fahrt mit einem E-Scooter von der Regelvermutung des § 69 Abs. 2 Nr. 2 StGB auszugehen.

Im Rahmen der Nachprüfung der erstinstanzlichen Entscheidung konnte das Bayerische Oberlandesgericht keine Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ausmachen. Dies gilt zunächst für eine Strafbarkeit nach § 316 Abs. 1, 2 StGB wegen fahrlässiger Trunkenheit im Straßenverkehr. Denn dem Senat zufolge handelt es sich bei E-Scootern um Fahrzeuge i.S.v. § 316 StGB, was sich letztlich aus der seit Juni 2019 geltenden eKFV i.V.m. § 1 Abs. 2 StVG ergibt;<sup>9</sup> ausgehend von der allgemeinen Definition, dass es sich bei Fahrzeugen um zur Ortsverän-

1 Nach einer aktuellen Pressemitteilung des Statistischen Landesamts Baden-Württemberg (266/2020, 13.10.2020) erfolgte 2019 fast jede vierte Verurteilung wegen eines Straßenverkehrsdelikts. Hierbei überwogen sodann wiederum Verurteilungen wegen Trunkenheit im Verkehr (§ 316 StGB).

2 Praktisch wichtige Ergänzungen enthalten die Vorschriften der §§ 24a, c StVG.

3 Quarch in: HK-GS, § 316 Rn. 1.

4 Zu den Promillegrenzen bei verschiedenen Fortbewegungsmitteln: Fischer, StGB, § 316 Rn. 27 f.

5 Zum E-Scooter: Johannsbauer, NJW 2019, 3614; Heß/Figgenger, NJW-Special 2019, 585; Huppertz, NZV 2019, 387; Jahnke in: Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke, Straßenverkehrsrecht, § 1 eKFV Rn. 10; Heß/Burmann, NJW 2020, 3083.

6 BayObLG München, Beschl. v. 24.07.2020 - 205 StRR 216/20 Rn. 2.

7 BayObLG München, Beschl. v. 24.07.2020 - 205 StRR 216/20 Rn. 1.

8 BayObLG München, Beschl. v. 24.07.2020 - 205 StRR 216/20 Rn. 3.

9 BayObLG München, Beschl. v. 24.07.2020 - 205 StRR 216/20 Rn. 9.

derung bestimmte Fortbewegungsmittel zur Beförderungen von Personen und Gütern handelt.<sup>10</sup> Denn nach der eKfV werden aufgrund der Motorisierung auch Elektrokraftfahrzeuge mit elektrischem Antrieb, einer bauartbedingten Höchstgeschwindigkeit von nicht weniger als sechs km/h und nicht mehr als 20 km/h und bestimmten, in § 1 eKfV genannten Zusatzmerkmalen als Kraftfahrzeuge nach § 1 Abs. 2 StVG eingestuft; welche wiederum als Untergruppe zu den Fahrzeugen nach § 316 StGB zählen.

Des Weiteren bestätigt das Bayerische Oberlandesgericht bei der Frage einer alkoholbedingten absoluten Fahruntüchtigkeit des Fahrers eines E-Scooters die für Kraftfahrer geltende Promillegrenze von 1,1 ‰. Argumentativ erfolgt dies unter Rekurs auf die maßgeblichen Entscheidungen des BGH sowie die ihm folgende Rechtsprechung von Instanzgerichten einschließlich der h.M. in der Literatur. Das Votum des Strafsenats ist demzufolge deutlich: „Von dem Grundsatz, dass die Promillegrenze von 1,1 Promille für alle Kraftfahrzeugarten gilt, im Falle der E-Scooter abzuweichen, besteht kein Anlass.“<sup>11</sup>

Soweit seitens des Angeklagten ein Irrtum dahin gehend reklamiert wurde, dass er bei seiner (Alkohol-)Fahrt mit dem E-Scooter davon ausgegangen sei, dass der absolute Grenzwert für Fahrräder mit 1,6 ‰ und nicht der für Kraftfahrzeuge von 1,1 ‰ anzuwenden sei, verneint das Bayerische Oberlandesgericht einen Tatbestandsirrtum. Gegen die Annahme eines Irrtums nach § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB wird angeführt, dass es sich bei den Grenzwerten nicht um Tatbestandsmerkmale, sondern lediglich um eine Art Beweisregel für das Vorliegen der Fahruntüchtigkeit handle.<sup>12</sup> Daher fehlt es dem Senat zufolge an einem Bezugspunkt für den Vorsatz. Einen Verbotsirrtum nach § 17 StGB, von welchem das Amtsgericht noch ausging, vermochte der Senat – freilich ohne nähere Begründung – nicht zu erkennen.

Im Rahmen der Rechtsfolgen des festgestellten Verstoßes gegen § 316 StGB hatte sich das Bayerische Oberlandesgericht mit dem Fahrverbot nach § 44 Abs. 1 StGB in Kombination mit einer Fahrerlaubnisentziehung nach § 69 StGB zu befassen. Obwohl sich Fahrverbot und Entziehung der Fahrerlaubnis i.d.R. ausschließen,<sup>13</sup> ist beides kumulativ ausnahmsweise möglich, wenn das erkennende Gericht dem Täter das Fahren mit gem. § 4 Abs. 1 Satz 2 FeV fahrerlaubnisfreien Fahrzeugen verbieten oder nach § 69a Abs. 2 StGB bestimmte Arten von Kraftfahrzeugen von der Sperre ausnehmen will. Da die konkrete Tat mit einem fahrerlaubnisfreien Fahrzeug begangen wurde, liegen diese Voraussetzungen vor. Dass am Wohnort des Angeklagten keine E-Scooter zur Verfü-

gung stehen, erachtete das Gericht mit Blick auf das zulässige – auch an anderen Orten als dem Wohnort des Angeklagten geltende – Fahrverbot hingegen für irrelevant.

Hinsichtlich der Verhängung der Maßregel nach § 69, 69a StGB mussten die Voraussetzungen für die Entziehung der Fahrerlaubnis seitens des Strafsenats überprüft werden. Im Ausgangspunkt wird hierbei ein E-Scooter erneut unter den Begriff des Kraftfahrzeugs subsumiert.<sup>14</sup> Relevant ist die Legaldefinition nach § 1 Abs. 2 StVG. Dass sog. Pedelecs nach § 1 Abs. 3 StVG als Fahrräder eingestuft sind und deshalb trotz eines Elektroantriebs nicht in den Anwendungsbereich des § 69 StGB fallen, rechtfertigt keine andere Betrachtung. Denn eine entsprechende (Ausnahme-)Regelung fehlt für E-Scooter.<sup>15</sup> Dass das Amtsgericht im Rahmen der Prüfung der Ungeeignetheit<sup>16</sup> sodann die Regelvermutung des § 69 Abs. 2 Nr. 2 StGB als nicht widerlegt angesehen hat, ist nach Ansicht des Senats, der die Voraussetzungen von § 69 Abs. 1, 2 StGB unter Berücksichtigung der Gesetzeshistorie geradezu schulmäßig exerziert, nicht zu beanstanden.<sup>17</sup> Denn bei den tatbezogenen<sup>18</sup> Umständen wurde erstinstanzlich berücksichtigt, dass die Fahrt statt mit einem Personalkraftwagen lediglich mit einem vergleichsweise leichteren E-Scooter durchgeführt wurde und die Wegstrecke von ca. 300 m nicht allzu lange war. Die Verneinung einer sog. Bagatellfahrt verortet das Gericht schließlich im Beurteilungsspielraum des erkennenden Gerichts.<sup>19</sup>

In der Konsequenz war nach Auffassung des Bayerischen Oberlandesgerichts die Entziehung der Fahrerlaubnis als Maßregel der Sicherung und Besserung anzuordnen; zumal

10 BayObLG München, Beschl. v. 24.07.2020 - 205 StRR 216/20 Rn. 8. Zur Definition des Fahrzeugs nach § 316 StGB auch: Fischer, StGB, § 316 Rn. 4 unter erläuterndem Hinweis auf Kraftfahrzeuge und nicht mit Motorkraft angetriebene Fahrzeuge.

11 BayObLG München, Beschl. v. 24.07.2020 - 205 StRR 216/20 Rn. 14.

12 BayObLG München, Beschl. v. 24.07.2020 - 205 StRR 216/20 Rn. 18.

13 Dass sich beides ausschließt, ist h.M.: Fischer, StGB, § 44 Rn. 3 m.w.N.

14 BayObLG München, Beschl. v. 24.07.2020 - 205 StRR 216/20 Rn. 26.

15 BayObLG München, Beschl. v. 24.07.2020 - 205 StRR 216/20 Rn. 26.

16 Ausführlich hierzu: BayObLG München, Beschl. v. 24.07.2020 - 205 StRR 216/20 Rn. 27 ff.

17 BayObLG München, Beschl. v. 24.07.2020 - 205 StRR 216/20 Rn. 33.

18 Zu den – freilich in casu nicht vorhandenen – besonderen Umständen in der Person des Täters: BayObLG München, Beschl. v. 24.07.2020 - 205 StRR 216/20 Rn. 37.

19 BayObLG München, Beschl. v. 24.07.2020 - 205 StRR 216/20 Rn. 35.

das Vorliegen der Voraussetzungen nach § 69 StGB insoweit kein richterliches Ermessen zulässt.<sup>20</sup> In diesem Zusammenhang war eine Sperrfrist von sieben Monaten – geringfügig über dem gesetzlichen Mindestmaß von sechs Monaten – nicht zu beanstanden.<sup>21</sup>

### C. Fazit

Beachtung verdient der Beschluss des Bayerischen Oberlandesgerichts in erster Linie wegen der Einordnung von sog. E-Scootern als Kraftfahrzeuge<sup>22</sup> und damit Fahrzeuge i.S.v. § 316 StGB<sup>23</sup> sowie wegen der Festlegung der Promillegrenze von 1,1 ‰ bei der Bestimmung der absoluten Fahruntüchtigkeit bei Nutzung solcher Fortbewegungsmittel.<sup>24</sup> Damit wird für die Praxis Rechtsklarheit geschaffen. Die Entscheidung des Bayerischen Oberlandesgerichts lässt sich im Bereich der Rechtsfolgen sodann nahezu wie ein Leitfaden zur Anwendung von § 69 StGB lesen und – freilich ohne zwingendes Ergebnis<sup>25</sup> – gebrauchen. Denn anhand ober- und höchstrichterlicher Rechtsprechung sowie unter Berücksichtigung von Literatur wird die Norm über den konkreten Sachverhalt hinaus anschaulich durchdekliniert. In diesem Zusammenhang werden sog. Bagatellfahrten, welche ausnahmsweise wegen des Vorliegens außergewöhnlicher Umstände zur Widerlegung der Vermutung der Ungeeignetheit herangezogen werden können,<sup>26</sup> thematisiert. Herausgestellt wird indessen ein Beurteilungsspielraum des erkennenden (Instanz-)Gerichts. Ferner wird das nicht unproblematische Verhältnis<sup>27</sup> von § 69 StGB als Maßregel der Sicherung und Besserung zur Nebenstrafe des Fahrverbots nach § 44 StGB aufgegriffen. Enge Möglichkeiten einer zulässigen parallelen Anwendung beider Instrumentarien werden aufgezeigt; insbesondere wenn es darum geht, dem zu verurteilenden Straftäter das Fahren mit fahrerlaubnisfreien Fahrzeugen zu verbieten.

Unbefriedigend erscheint der Beschluss des Senats im Bereich möglicher Irrtümer bei § 316 StGB. Denn es lässt sich bereits diskutieren, ob die nur durch richterliche Rechtsfortbildung (fort-)entwickelten<sup>28</sup> Grenzwerte für die relative und absolute Fahrunsicherheit lediglich als prozessuale Beweisregeln<sup>29</sup> oder als Tatbestandsmerkmale zu qualifizieren sind.<sup>30</sup> Favorisiert man entgegen der h.M. mit Blick auf das Tatbestandsmerkmal der Fahrunsicherheit Letzteres, ist die Anwendung von § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB indessen zwingend. Wird dem hingegen nicht gefolgt, gelangt man – wie die vorliegende Fallkonstellation zeigt – zur Vorschrift des § 17 StGB. Freilich wird zu berücksichtigen sein, dass alleine das Vorliegen eines Irrtums nicht direkt zur Exkulpation führt. Bei § 17 StGB kommt es nämlich auf die (normati-

ve) Vermeidbarkeit bzw. Unvermeidbarkeit an. Leider fehlen weitere Ausführungen des Bayerischen Oberlandesgerichts zum Verbotsirrtum nach § 17 StGB, den das Amtsgericht noch angenommen hatte. Eine mögliche weitere Lücke ergibt sich bei einer unter Umständen näher liegenden Interpretation der Annahme des Angeklagten, dass für das Fahren mit einem E-Scooter die Promillegrenze für Fahrradfahrer anwendbar sei. In Frageform: Ging der scooternde Angeklagte überhaupt davon aus, ein Fahrzeug i.S.v. § 316 StGB bzw. gar ein Kraftfahrzeug zu fahren? Zumal E-Scooter als sog. Elektrokleinstfahrzeuge zumindest teilweise wie Fahrräder behandelt werden, da sie bspw. nach § 10 eKFV nur auf Radwegen oder ähnlichen gesonderten (Rad-)Verkehrsflächen genutzt werden dürfen.<sup>31</sup> In einer solchen Konstellation wäre – jenseits der skizzierten Kontroverse um die Einordnung der Grenzwerte – die Vorschrift des § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB in Betracht zu ziehen. Wie dem auch sei. Die relativ kurze, nächtliche und im Übrigen fahrlässige Trunkenheitsfahrt mit einem E-Scooter wurde – trotz möglicher anderer Weichenstellungen wegen der rechtlichen Zwitterstellung dieser Gefährte – hart gehandelt.

20 BayObLG München, Beschl. v. 24.07.2020 - 205 StRR 216/20 Rn. 41.

21 BayObLG München, Beschl. v. 24.07.2020 - 205 StRR 216/20 Rn. 42.

22 Hierzu auch: Heß/Burmann, NJW 2020, 3083; LG Münster, NJW 2020, 3121.

23 Unmittelbar übertragbar ist dies auf § 315c StGB.

24 Vgl. die redaktionellen Leitsätze: BayObLG München, NSTZ 2020, 736; Soyka, RÜ 2020, 785. Des Weiteren: Heß/Burmann, NJW 2020, 3083.

25 Ob beim alkoholisierten Fahren mit einem E-Scooter ein Regelfall nach § 69 Abs. 2 Nr. 2 StGB gegeben ist, wird in der Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt. Abweichend zum Bayerischen Oberlandesgericht: AG Dortmund, Urt. v. 21.01.2020 - 729 Ds 349/19; LG Halle, Beschl. v. 16.07.2020 - 3 Qs 81/20; hierzu: Heß/Burmann, NJW 2020, 3083 f.

26 Zu den Ausnahmen: Pflieger/Braasch in: HK-GS, § 69 Rn. 9; Fischer, StGB, § 69 Rn. 26, 33 ff., 35 m.w.N.; Hecker in: Sch/Sch, § 316 Rn. 29.

27 Hierzu: Herzog in: NK, § 44 Rn. 8; Pflieger/Braasch in: HK-GS, § 69 Rn. 1, § 44 Rn. 1; Fischer, StGB, § 44 Rn. 3, § 69 Rn. 4.

28 Der BGH ging hinsichtlich der absoluten Fahruntüchtigkeit ursprünglich von 1,5 ‰ aus (vgl.: BGH, Beschl. v. 26.02.1964 - 4 StR 496/63), modifizierte dies auf 1,3 ‰ (vgl.: BGH, Entscheidung vom 09.12.1966 - 4 StR 119/66) und änderte den Grenzwert schließlich auf 1,1 ‰ (vgl.: BGH, Beschl. v. 28.06.1990 - 4 StR 297/90).

29 Zur Bedeutung als prozessuale Beweisregel und sich hieraus ergebender (weiterer) Konsequenzen: Fischer, StGB, § 316 Rn. 12 f. m.w.N.

30 Zu dieser Diskussion: Hecker in: Sch/Sch, § 316 Rn. 8 m.w.N.

31 Zu berücksichtigen ist auch, dass E-Scooter zwar als Kraftfahrzeug eingeordnet werden, hingegen nach § 8 Abs. 1 StVG von der verschuldensunabhängigen Gefährdungshaftung nach §§ 7, 18 StVG ausgeschlossen sind; vgl. LG Münster, Urt. v. 09.03.2020 - 08 O 272/19.

## Vom beitragsfinanzierten zum steuerfinanzierten Gesundheitssystem

Rainer Schlegel ist seit 1997 Richter am BSG. 2016 wurde er zu dessen Präsidenten ernannt. In der 17. Legislaturperiode leitete er die Abteilung Arbeitsrecht des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales. Nach seiner Rückkehr an das BSG war er zunächst Vorsitzender des Beitragsenats des BSG. Seit 2020 ist er Vorsitzender des u.a. für Streitigkeiten zwischen Krankenhäusern und Krankenkassen zuständigen 1. Senats.

**Weth: Verehrter Herr Schlegel, Sie haben in der FAZ vom 17.11.2020 das Krisenmanagement von Bund, Ländern, Kommunen und vielen Akteuren des Gesundheits- und Sozialbereichs gelobt. Sie haben sich dort aber auch für ein steuerfinanziertes Gesundheitssystem ausgesprochen. Ist unser bisheriges System der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) schlecht und wollen Sie stattdessen einen deutschen National Health Service (NHS) wie in Großbritannien?**

Schlegel: Nein. Das deutsche Gesundheitssystem ist eines der besten der Welt und beweist seine hervorragende Leistungsfähigkeit gerade jetzt in der Corona-Pandemie. Das System steht jedem offen, ob reich ob arm. Eine teure Operation scheitert in Deutschland nicht daran, dass jemand arm ist. Wir haben sehr gut ausgebildete Ärzte, Zahnärzte, Pfleger, Apotheker und zahlreiche andere Leistungserbringer. Unsere pharmazeutische und medizintechnische Industrie ist höchst innovativ und leistungsfähig. Die Dynamik in der Entwicklung neuer Diagnose- und Behandlungsmethoden ist enorm. Der Gesundheitsbereich ist ein wichtiger Innovationstreiber und Wirtschaftssektor geworden. Er gehört zu den größten Arbeitgebern hierzulande. Mit dem medizinischen Fortschritt, der zweifellos unser Leben erleichtert, wachsen aber auch die Kosten für das Gesundheitssystem. Das Ganze spielt sich vor dem Hintergrund einer alternden Gesellschaft ab, was in der GKV bisher fast völlig ausgeblendet wird. Die Demografie auf der einen und der medizinische Fortschritt auf der anderen Seite machen es notwendig, darüber nachzudenken, wie wir dieses sehr gute Gesundheitssystem auch morgen noch finanzieren können.

Meinen Vorschlag, über eine Steuerfinanzierung des Gesundheitssystems nachzudenken, habe ich mit dem Aspekt der Eigenverantwortung jedes einzelnen für sein Leistungsverhalten verknüpft. Es geht mir nicht darum, weitere zusätzliche Steuermittel ins System zu pumpen, um Leistungen weiter auszudehnen. Und ich möchte auch keinen deutschen NHS. Mir geht es nicht um die Zerschlagung der historisch gewachsenen Strukturen im Bereich der GKV. Wir haben gut funktionierende Organisationen und wirksame Qualitätssi-

cherungsinstrumente. Insbesondere leisten unter anderem der Gemeinsame Bundesausschuss, das unabhängige Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen (IQWiG) und andere vergleichbare Institutionen hervorragende Arbeit. Andererseits kann niemand ernsthaft behaupten, dass eine nationale Gesundheitsbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Gesundheit (BMG) wie das Robert-Koch-Institut, von dem wir jetzt täglich hören, als klassische Behörde qualitativ hinter die Einrichtungen der sog. Selbstverwaltung im Gesundheitswesen zurückfällt. Mir geht es um ein nachhaltig leistungsfähiges, finanzierbares Gesundheitssystem.

### Was spricht gegen die Beitragsfinanzierung?

Die Beiträge der Kranken und Pflegeversicherung werden nach dem Arbeitsentgelt bzw. der Rente bemessen. In der GKV und noch stärker in der Pflegeversicherung dominieren mit der Krankenbehandlung sowie der ambulanten wie stationären Pflege aber Sachleistungen. In der Pflegeversicherung ist die Geldleistung des Pflegegeldes pauschaliert und in der GKV orientiert sich nur das Krankengeld an den zuvor gezahlten Beiträgen. Insgesamt spielt das beitragsäquivalente Krankengeld in der GKV vom finanziellen Umfang her jedoch praktisch keine Rolle. So wurden 2019 dafür 14,4 Mrd. Euro ausgegeben bei 252,3 Mrd. Euro Gesamtausgaben; die Hauptlast krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit tragen übrigens die Arbeitgeber in Form der Entgeltfortzahlung allein – 2019 waren dies 58,8 Mrd. Euro.

Wir rechtfertigen die nach dem Arbeitsentgelt bemessenen Beiträge mit der Solidarität der Versicherten: starke Schultern sollen mehr tragen als schwache. Allerdings hört die Solidarität an der Beitragsbemessungsgrenze auf, die derzeit bei monatlich 4.837,50 Euro liegt. Die gerechteste Lösung wäre wohl eine Kopfpauschale, also ein gleich hoher Beitrag für alle hier lebenden, rund 83 Mio. Menschen, denn ob jemand krank oder gesund ist und bleibt, weiß niemand. Im Ergebnis bekommen alle die jeweils notwendigen

### Prof. Dr. Rainer Schlegel



Präsident des Bundessozialgerichts

Herr Schlegel ist seit dem 01.10.2016 Präsident des BSG. Zudem ist er Honorarprofessor an der Justus-Liebig-Universität Gießen und Mitglied der ständigen Deputation des Deutschen Juristentages. Weiterhin ist er Herausgeber der juris PraxisKommentare SGB und SGG.

Leistungen. Ein Kopfpauschalensystem, das für Kinder (Stichwort: gesamtgesellschaftliche Aufgabe) und bei wirtschaftlich Schwachen durch Steuerzuschüsse des Staates ergänzt werden müsste, stößt aber erfahrungsgemäß auf großen politischen, vor allem aber medialen Widerstand. Es wird offenbar von vielen als unerträglich angesehen, dass der Abteilungsleiter den gleich hohen Beitrag zahlen soll wie die Hilfskraft; dass soziale Umverteilung primär über das Steuersystem stattfinden sollte, weil es an der gesamten wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ansetzt, wird dabei übersehen. Das Kopfpauschalensystem halte ich letztlich für politisch nicht durchsetzbar. Daher mein Vorschlag für die „zweitbeste“ Lösung.

#### **Halten Sie eine Steuerfinanzierung also für gerechter?**

Ja, die Steuerfinanzierung hätte in der Kranken- und Pflegeversicherung große Vorteile gegenüber dem beitragsfinanzierten System. An der Finanzierung durch Steuern müssten sich alle Bürger, auch Beamte und Selbständige dieses Staates und alle hier tätigen Unternehmen entsprechend ihrer gesamten wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit beteiligen, und zwar nicht nur bezogen auf Einkommen aus Arbeit, sondern aus allen Einkünften. D.h. sehr hohe Einkommen würden bei einer Steuerfinanzierung deutlich stärker als bisher zur Finanzierung herangezogen. Geringverdiener würden entlastet. Das System würde deutlich entbürokratisiert, da Arbeitgeber keine Beiträge an eine Vielzahl von Kranken- und Pflegekassen mit zudem unterschiedlichen Zusatzbeiträgen mehr nachweisen und an diese zahlen müssten.

#### **Verstehe ich Sie richtig: Nach Ihrem Vorschlag entfallen künftig die Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge?**

Ja, was natürlich nicht heißt, dass in dieser Höhe eine absolute Entlastung stattfindet. Jedoch würde der Faktor Arbeit nicht weiter im bisherigen Umfang belastet. Dies ist ein ganz maßgeblicher Aspekt unserer internationalen Wettbewerbsfähigkeit und unseres wirtschaftlichen Erfolgs. Der hohe Standard unserer Sozialsysteme (Sozialbudget 2019: 1040 Mrd. Euro = rund 30 % des Bruttoinlandsprodukts) ist nur möglich, wenn Deutschland auch weiterhin wirtschaftlich erfolgreich ist. Eine Steuerfinanzierung könnte theoretisch zu einer Beitragsentlastung der Arbeitnehmer und ihrer Arbeitgeber von derzeit je knapp 9 % führen. Das begünstigt personalintensive Wirtschaftszweige, insbesondere den Mittelstand, und mindert damit die Abwanderung in „Billiglohnländer“, während kapitalintensive Wirtschaftszweige weniger profitieren. Eine Steuerfinanzierung trägt damit zur Arbeitsplatzsicherung in Deutschland bei, auch wenn die Beitragsentlastung durch zusätzliche Steuern an anderer Stelle kompensiert werden muss. In Betracht

kommen hierfür neben der Lohn- und die alle Einkünfte umfassende Einkommenssteuer auch die Umsatzsteuer sowie weitere Verbrauchssteuern.

#### **Was wird aus den Ärzten, Krankenhäusern und Krankenkassen?**

Mir geht es nicht um die Zerschlagung der historisch gewachsenen Strukturen im Bereich der GKV. Auch ein steuerfinanziertes System braucht Ärzte und Krankenhäuser und es braucht Instrumente zur Qualitätssicherung und Wirtschaftlichkeitsprüfung. Die Diskussion über eine Steuerfinanzierung des Systems führt aber zwangsläufig dazu, auch darüber nachzudenken, welche Strukturen eher nicht mehr zeitgemäß und welche zukunftsfähig sind. Die Krankenkassen leiten die Beiträge ihrer Versicherten bislang an den Gesundheitsfonds weiter und erhalten von diesem je nach Morbiditätsstruktur ihrer Versicherten Rückvergütungen: Mehr Bürokratie, Verwaltungsaufwand, Planwirtschaft und Intransparenz lässt sich kaum vorstellen. Und auch das Bild einer beitragsfinanzierten, sich selbst verwaltenden Kranken- und Pflegeversicherung stimmt schon lange nicht mehr. Von Autonomie oder Selbstverwaltung kann weder im Hinblick auf die Gestaltung der Beiträge noch im Hinblick darauf, was die Kassen an Leistungen erbringen wollen, die Rede sein. Die Beitragseinnahmen reichen nicht mehr aus, die Leistungen zu finanzieren. Der Bund springt schon jetzt immer wieder punktuell und ohne entsprechendes Grundkonzept „als Feuerwehr“ ein, um Finanzierungslücken zu decken. Das bestehende „Mischsystem“ zwischen Steuer- und Beitragsfinanzierung verwischt Verantwortlichkeiten und Zuständigkeiten. Eigentlich müsste man die Beiträge erhöhen, dies will man angesichts des politisch vereinbarten 40%-Ziels aber nicht tun. Und täglich kommen neue Vorschläge hinzu, wie Kranken und Pflegeversicherung weiter ausgebaut werden könnten, ohne dass man erfährt, wie man dies in Zukunft finanzieren will.

#### **Bedeutet dies auch, dass der Einfluss des Bundes auf das System wächst?**

Ja. Wenn der Deutsche Bundestag mit dem jährlichen Haushaltsgesetz Rechenschaft darüber ablegen muss, wieviel Geld auf die einzelnen Bereiche entfällt, gilt dies auch für den Gesundheitsminister. Das angeblich wettbewerbsorientierte System der GKV hat angesichts seiner Vergütungsmechanismen derzeit noch ein größeres Interesse an „Kranken“ und pflegebedürftigen Versicherten als an gesunden Menschen, denn an Gesunden lässt sich nichts verdienen. Prävention und Eigenverantwortung spielen im bisherigen System eine viel zu geringe Rolle.

Ein steuerfinanziertes System könnte die Grenzen und Barrieren, welche durch die gegenwärtigen Trägersysteme z.B.

bei der Prävention errichtet sind, überwinden. Die Leistungserbringer, also Krankenhäuser, Ärzte, Apotheker etc. leben von der Behandlung von Krankheiten. Nirgends auf der Welt werden z.B. so viele Knie und Hüften ersetzt wie in Deutschland: 309 Hüft-Implantationen je 100.000 Einwohner im Jahr 2017, der OECD-Durchschnitt liegt bei 182. Das bisherige GKV-Modell, wonach die Länder für die Infrastruktur stationärer Einrichtungen verantwortlich sind und die Krankenkassen nur für den laufenden Krankenhausbetrieb, also Behandlungskosten, Personal etc. aufkommen müssen, funktioniert schon lange nicht mehr richtig. Der Bund springt daher bei Krankenhäusern immer öfter – aber ohne klares Konzept – ein und schießt Geld zu, das an sich von den Ländern aufzubringen wäre. Letztes Beispiel ist das Krankenhauszukunftsgesetz, mit dem der Bund drei Mrd. Euro Zuschuss für Digitalisierung und je Intensivbett 50.000 Euro in der Coronakrise bereitgestellt hat. Im Krankenhausbereich hat der Bund dabei keinerlei Einfluss auf die Planung und Verteilung seiner Zuschüsse. Der Bund zahlt zwar, hat aber kein Mitspracherecht, wie die Länder die Mittel verteilen. Es fehlt insoweit an Steuerungsmöglichkeiten, Bundesmittel zweck- und zielgerichtet einzusetzen. Die Bertelsmann-Studie hat hinsichtlich der „Krankhauslandschaft“ großen Handlungsbedarf aufgezeigt; in der Coronakrise wurde dieses Problem vertagt, gelöst ist es nicht.

### **Was ist aus Ihrer Sicht nötig, das Gesundheitssystem nachhaltig aufzustellen?**

Die derzeitige Sozialleistungsquote von nahezu einem Drittel des BIP sollte auf keinen Fall weiter erhöht werden. Ohne gegensteuernde Maßnahmen lässt sich die derzeitige Quote allerdings angesichts der demografischen Entwicklung und des medizinischen Fortschritts kaum auf diesem Niveau halten. Und selbst wenn die Quote so bleibt, bedeutet dies insbesondere für die künftig im Berufsleben stehenden Menschen eine deutlich höhere Abgabenlast. Die Systeme sollten – unabhängig von ihrer Finanzierungsart – so ausgestaltet werden, dass jeder einzelne für sein Leistungsverhalten wieder größere Verantwortung trägt und ein eigenes, wirtschaftliches Interesse daran hat, nicht notwendige Leistungen zu vermeiden, z.B. Doppeluntersuchungen, Bagatelleistungen. Hierzu könnte künftig die elektronische Patientenakte einen wichtigen Beitrag leisten. Diskussionswürdig sollten auch Karenzzeiten bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit wegen Bagatellkrankheiten wie Erkältung sowie Karenzzeiten bei stationärer Pflege sein. Die damit verbundenen Diskussionen sind höchst unangenehm, aber ich fürchte, sie sind unausweichlich. Gelingen strukturelle Maßnahmen im Leistungserbringerbereich und kommen wir zu einer das Leistungsverhalten stärker steuernden Eigenverantwortung jedes einzelnen, könnten die Systeme leistungsfähig und finanzierbar bleiben. Darum geht es.

### **Und die private Kranken- und Pflegeversicherung wird abgeschafft?**

Nein, aber das Geschäft der privaten Versicherungsunternehmen würde sicherlich eingeschränkt. Diese müssten sich – flankiert durch Übergangsregelungen, Stichwort: Vertrauensschutz – verstärkt auf Zusatzversicherungen verlagern, wenn bestimmte Leistungen, die bisher ohne weiteres von der GKV und gesetzlichen Pflegeversicherung gezahlt werden, nicht mehr erbracht werden. Die private Versicherung könnte auch Eigenanteile abdecken, wie z.B. die 25.000 Euro Eigenanteil in drei Jahren, wie sie Herr Spahn im stationären Bereich jetzt gerade vorschlagen hat. Denkbar ist für mich auch, das bisher durch Krankengeld und Lohnfortzahlung abgedeckte Risiko des Wegfalls des Erwerbseinkommens künftig ganz privat zu versichern. Für bestehende Versicherungsverträge müssten Übergangsregelungen geschaffen werden. Der betroffene Personenkreis auf Seiten der Privatversicherten beschränkt sich hier im Wesentlichen auf Beamte und Selbständige sowie gutverdienende Arbeitnehmer.

### **Wie schätzen Sie die Realisierung Ihres Vorschlages ein?**

Der Vorschlag ist grundlegend und neu. Deshalb werden ihn viele schon deshalb ablehnen, bleibt man doch am liebsten bei dem, was man kennt. Nach der Bundestagswahl, spätestens aber dann, wenn nach Überwindung der Coronapandemie ein Kassensturz stattgefunden hat, wird man die Augen vor den Finanzierungsproblemen auch in der Kranken- und Pflegeversicherung nicht mehr verschließen können. Dann müsste mein Vorschlag jedenfalls die Unterstützung der personalintensiven Branchen, insbesondere des Mittelstandes, finden und zwar sowohl der Arbeitnehmer wie der Arbeitgeber. Gefallen daran müssten auch jene finden, die einer Bürgerversicherung das Wort reden; diese hat in der Kranken- und Pflegeversicherung – anders als im Bereich der dem Äquivalenzprinzip folgenden Altersvorsorge – einiges für sich. Unterstützung könnte der Vorschlag auch deshalb finden, weil er fast zwangsläufig dazu führt, über einige unangenehme Themen oder Problemfelder nachzudenken. Zu nennen sind beispielhaft Einsparpotenziale im Leistungsbereich, Strukturprobleme z.B. beim Krankenhaussektor, mehr Eigenverantwortung der Versicherten und der Abbau undurchschaubar gewordener Verwaltungs- und Transferströme – Stichwort: Gesundheitsfonds und Risikostrukturausgleich.

**Mit dem Wunsch, dass Ihr Vorschlag einen fruchtbaren Diskussionsprozess in Gang bringen mag, danke ich herzlich für dieses Gespräch.**

Das Interview wurde geführt von Prof. Dr. Stephan Weth.

**Bernd Klasen**



Direktor des Amtsgerichts

Nach anwaltlicher Tätigkeit zunächst Richter beim AG Homburg, anschließend Richter am LG Saarbrücken, zwischenzeitlich abgeordnet an das OLG Saarbrücken, 2009-2020 Direktor des AG Ottweiler, seit Januar 2021 Direktor des AG Homburg. Mitverantwortlich in den vom BMJV auf der Grundlage der Beschlüsse des Deutschen Bundestags geförderten Forschungsprojekte „Amtsgericht 4.0“ und „Digitale Präsenz bei Gericht“. Referent und Autor zu rechtlichen Fragen an der Schnittstelle Medizin und Recht und an der Schnittstelle IT und Recht.

**Dr. Enrico Farinato, LL.B.**



Rechtsanwalt

Herr Farinato ist Associate im Stuttgarter Büro von Gleiss Lutz Hootz Hirsch PartmbB. Seine Promotion absolvierte er an der Ludwig-Maximilians-Universität München bei Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel, das Studium der Rechtswissenschaften und Betriebswirtschaftslehre an der Universität Mannheim.

**Dr. Niklas Schreiner**



Richter am Landgericht

Studium der Rechtswissenschaft und Referendariat in Rostock, Surrey (UK) und Münster; Promotion im Bereich des EU-Rechts; nach langjähriger Tätigkeit in den IT- und Organisationsreferaten des Justizministeriums Mecklenburg-Vorpommern seit 2018 am LG Rostock in Zivilkammern und Gerichtsverwaltung, u.a. befasst mit der Einführung der elektronischen Akte und Formaten kollegialen Wissenstransfers von Schulung bis Coaching.

**Bernd Spaniol**



Justizoberamtsrat

Neben der Tätigkeit als Geschäftsleiter am AG Ottweiler ist der Autor Mitglied in den beiden Projektteams der vom BMJV aufgrund der Beschlüsse des Deutschen Bundestages geförderten Forschungsprojekte „Amtsgericht 4.0“ und „Digitale Präsenz bei Gericht“ sowie Referent an der Deutschen Richterakademie in Trier.

**Prof. Dr. Wolfhard Kohte**



Forschungsdirektor am Zentrum für Sozialforschung Halle

Wolfhard Kohte war von 1992 bis 2012 Professor an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg und ist seitdem Forschungsdirektor des Zentrums für Sozialforschung Halle (ZSH). Projekte zur menschengerechten Gestaltung der Arbeit, zur Bedeutung psychischer Belastungen im Arbeitsschutz und zur aktuellen Arbeitsmarktpolitik.

**IMPRESSUM**

**Herausgeber:** Vizepräsident des BSG Prof. Dr. Thomas Voelzke, Kassel  
Vors. Richter in 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  
Ra und Prof. (em.) 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, Am Römerkastell 11, 66121 Saarbrücken, Tel.: 0681 5866-0, Fax: 0681 5866-239, E-Mail: jM@juris.de  
Geschäftsführer: Samuel van Oostrom, Johannes Weichert, Aufsichtsratsvorsitzende: Ministerialdirigentin Eva-Lotta Gutjahr

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

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

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

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

**Bestellungen:** Über jede Buchhandlung und beim Verlag

**Satz:** Datagroup Int., Timisoara

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

**ISSN:** 2197-5345

8. Jahrgang

**juris PraxisKommentar Straßenverkehrsrecht**

StVG | StVO | Zivilrecht | Ordnungswidrigkeiten- und Strafrecht | StVZO | FeV | FZV

Hrsg. Hans-Peter Freymann, Präsident des Landgerichts, Saarbrücken, und Wolfgang Wellner, Richter am Bundesgerichtshof a.D., Karlsruhe

Der juris PraxisKommentar Straßenverkehrsrecht verschafft professionelle Kenntnisse und Rechtssicherheit für die Beratung und die richterliche Entscheidung. Die 28 Autorinnen und Autoren prägen als Richterinnen und Richter in den Kammern und Senaten, die sich mit den speziellen verkehrsrechtlichen Fragestellungen befassen, die Rechtsprechung maßgeblich mit. Mit ihrer langjährigen praktischen Erfahrung kommentieren sie neben dem StVG und der StVO auch die zivilrechtlichen Grundlagen des Straßenverkehrsrechts sowie die relevanten Regelungen des Verwaltungs-, Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts umfassend und praxisnah.

NEU: Der Online-Kommentar erlaubt neben der „klassischen“ Navigation gemäß Inhaltsverzeichnis einen zusätzlichen Einstieg über Mandatssituationen. Hier können Sie – ohne Eingabe von Suchbegriffen – im Straßenverkehrsrecht häufig vorkommende Kernthemen auswählen. Sie erhalten dann gebündelt alle einschlägigen Gesetze/Verordnungen, die für den Sachverhalt relevant sind.

TOPAKTUELL im Kommentar u.a.:

- 54. Verordnung zur Änderung straßenverkehrsrechtlicher Vorschriften v. 20.04.2020 inklusive der strittigen Fragen zum Fahrverbot und zur Nichtigkeit des Bußgeldkatalogs - BKatV
- Erläuterungen der neuen Vorschriften zum „Automatisierten Fahren“ (§§ 1a-c StVG)
- Neuregelung zum § 315d StGB („Verbotene Kraftfahrzeugrennen“)
- Erfahrungen mit der Reform des „Punktesystems“ im Rahmen des § 4 StVG Fahreignungs-Bewertungssystems

[www.juris.de/stvr](http://www.juris.de/stvr)

**juris PraxisKommentar  
Elektronischer Rechtsverkehr Gesamtausgabe**

Hrsg. Prof. Dr. Stephan Ory und Prof. Dr. Stephan Weth, Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Prozess- und Arbeitsrecht sowie Bürgerliches Recht, Universität des Saarlandes, Saarbrücken, Institut für Arbeits- und Sozialrecht, Universität des Saarlandes, Saarbrücken

Die Digitalisierung der Kommunikationsmittel innerhalb der Justiz - der Elektronischen Rechtsverkehr - nimmt an Fahrt auf. Für alle Beteiligten – Gerichte und Behörden einerseits sowie Rechtsanwälte, Notare und Bürgern andererseits – stellen sich in der Praxis zahlreiche Fragen und Herausforderungen. Hier hilft der neue, fortlaufend aktualisierte juris PraxisKommentar Elektronischer Rechtsverkehr.

Eine wissenschaftliche Begleitung des elektronischen Rechtsverkehrs existierte bislang nicht. Der neue juris PraxisKommentar schließt diese Lücke: Die erfahrenen Autorinnen und Autoren kommentieren die verfahrensrechtlichen Vorschriften der verschiedenen Gerichtsbarkeiten in vier Bänden auszugswise und mit klarem Fokus auf den Elektronischen Rechtsverkehr.

Die Gesamtausgabe:

- Band 1 Allgemeiner Teil, Ory
- Band 2 Zivilverfahren, Weth
- Band 3 Öffentlich-rechtliche Verfahren, Müller
- Band 4 Strafverfahren, Kesper/Radke

Sie als Anwender erhalten eine Mischung aus handbuchartigen Elementen und Normkommentierungen in der bewährten Struktur der juris

PraxisKommentare. Im Rahmen des einzigartigen Aktualisierungskonzepts werden aktuelle und zukünftige Entwicklungen sowie insbesondere die wachsende Zahl an Entscheidungen zeitnah aufgegriffen.

[www.juris.de/jpk-erv](http://www.juris.de/jpk-erv)

### **juris PraxisKommentar UWG Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**

Hrsg. Dirk Seichter, Vorsitzender Richter am Landgericht Stuttgart, Lehrbeauftragter für Wettbewerbsrecht an der Fachhochschule Offenburg

Der juris PraxisKommentar UWG stellt das Wettbewerbsrecht aktuell und kompetent dar. Er berücksichtigt insbesondere das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung (EURL2016/943UmsG) v. 18.4.2019 (BGBl I 2019, 466) sowie das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs.

Das nationale Lauterkeitsrecht ist nur unter Rückgriff auf die einschlägigen Regelungen des Gemeinschaftsrechts verständlich. Die Rechtsprechung, insbesondere des I. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, bezieht deshalb die entsprechenden Verordnungen und Richtlinien konsequent ein. Dies findet auch in der Kommentierung Berücksichtigung. Dabei verstehen sich die Autoren nicht allein als Referenten der aktuellen Rechtsprechung, sondern auch als deren kritische und konstruktive Wegbegleiter.

Mit ihrer beruflichen Erfahrung als Richter, Rechtsanwälte und Wissenschaftler erschließen die Autoren das Wettbewerbsrecht praxisnah, konzentriert und aktuell. Zum Jahr 2020 hat Werkbegründer Prof. Dr. Eike Ullmann die Herausgeberschaft in die Hände des langjährigen Autors Dirk Seichter gelegt.

Sowohl Online-Kommentar als auch E-Book erlauben den Zugriff auf die zahlreichen weiterführenden Informationen in der juris Datenbank wie beispielsweise zitierte Entscheidungen, Normen und Literaturnachweise. So beziehen Sie die Entwicklungen in Rechtsprechung, Gesetzgebung und Literatur kontinuierlich in Ihre Recherche ein.

[www.juris.de/uwg](http://www.juris.de/uwg)

### **juris Recherche-Webinare**

Im virtuellen Seminarraum verfolgen Sie die Präsentation unserer Recherche-Profis in Echtzeit direkt in der juris Datenbank. Sie können über Voice-over-IP oder im Chat Fragen stellen. Mithilfe der juris Webinare erfahren Sie immer wieder neue Tricks und Kniffe im Umgang mit der juris Rechercheoberfläche. Jeweils angepasst auf Ihren Kenntnisstand und Bedarf bieten wir verschiedene Themenbereiche an. Nutzen Sie unser kostenfreies Webinar-Angebot auch im Homeoffice und melden Sie sich gleich zu folgenden Terminen an (neue Webinare werden laufend online eingestellt):

#### **Basis-Webinar**

■ 11.03.2021, 11:00 – 12:00 Uhr

#### **Fortgeschrittenen-Webinare**

■ 03.03.2021, 11:00 – 12:00 Uhr

■ 18.03.2021, 14:00 – 15:00 Uhr

[www.juris.de/webinare](http://www.juris.de/webinare)

### **Gesetzessammlung juris Lex Corona**

Mit juris Lex Corona haben Sie die wichtigsten Vorschriften zum Thema COVID-19 immer auf dem aktuellen Stand zur Verfügung. Wir bieten Ihnen in dieser Sammlung rechtsgebietsübergreifend gratis die in der Corona-Krise einschlägigen Rechtsnormen. Durch ständige Aktualisierung und Ergänzung gewährleistet diese Online-Gesetzessammlung jederzeit einen optimalen Überblick über die Rechtsentwicklung in der Corona-Krise. juris Lex besteht aus 17 Online-Bänden, eine Ausgabe je Bundesland und eine Ausgabe Bundes- und Europarecht.

[www.juris.de/lex](http://www.juris.de/lex)



NEU mit STAUDINGER Online zum Familienrecht: §§ 1353-1717, §§ 1741-1921, LPartG, IntVerfREhe und mehr

# juris PartnerModul Familienrecht

Jetzt gratis testen!

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

Mit den juris PartnerModulen zum Familienrecht recherchieren Sie online in Sekundenschnelle sämtliche Themen Ihrer täglichen Beratungspraxis:

Von FamFG bis Betreuungs- und Vormundschaftsrecht, von Kindschafts- und Unterhaltsrecht bis Ehe- und Scheidungsrecht, inklusive Querverbindungen zum Erb-, Steuer- und Kostenrecht, national und international: Alle Werke sind in der bewährten juris Qualität aufbereitet. Dank Verlinkung mit der juris Datenbank finden Sie alle „Entscheidungen, die Sie kennen müssen“. Außerdem nutzen Sie die aktuellen Unterhaltstabellen.

juris PartnerModul **Familienrecht** enthält u.a.:

- AnwaltFormulare Familienrecht, Horndasch
- Der Versorgungsausgleich, Wick
- FamFG, Bork/Jacoby/Schwab (Hrsg.)
- FamFG mit FamGKG, Prütting/Helms (Hrsg.)
- Familien-Rechtsberater, famrb/famrbint
- Forum Familienrecht, FF
- PraxisKommentar Kindschaftsrecht, Heilmann (Hrsg.)
- Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, FamRZ

juris PartnerModul **Familienrecht premium** enthält u.a. zusätzlich:

- Beratungshilfe Prozesskostenhilfe Verfahrenskostenhilfe, Heidelberger Kommentar, Groß
- Betreuungsrechtliche Praxis, BtPrax
- juris PraxisKommentar BGB, Band 4, Familienrecht, Viefhues/Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger (Hrsg.)
- STAUDINGER Online §§ 1353-1717, §§ 1741-1921, LPartG und weitere
- Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe, ZKJ
- und viele weitere Titel

+ Rechtsprechung, Gesetze und Literaturnachweise von juris



ab 74,00 €/Monat

zzgl. MwSt.

Mehr Informationen und Gratistest unter:  
[www.juris.de/pm-familienrecht](http://www.juris.de/pm-familienrecht)  
[www.juris.de/pm-familienrechtpremium](http://www.juris.de/pm-familienrechtpremium)

**juris Allianz**  
Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.



+++ NEU! Jetzt inklusive STAUDINGER Online zum Arbeitsrecht: §§ 611-613, 613a-619a, 620-630, AGG +++

# juris PartnerModul Arbeitsrecht

Jetzt gratis testen!

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

**Die Fachgebietslösung für Ihre arbeitsrechtlichen Mandate: Hier finden Sie Top-Literatur und Zeitschriftenbeiträge zu allen aktuellen Themen der täglichen Beratungspraxis sowie Tipps für eine erfolgreiche Prozess- und Verhandlungsstrategie.**

Mit wenigen Mausklicks beantworten Sie sämtliche Fragen in Ihrem arbeitsrechtlichen Mandat, ob Datenschutz, Gleichstellung, Entgeltfortzahlung, Auslandseinsatz, betriebliche Altersversorgung, Schwerbehindertenrecht, Kündigungsschutz oder die Gestaltung von Arbeits- und Aufhebungsverträgen. Alle Inhalte sind in der bewährten juris Qualität aufbereitet und intelligent verlinkt mit Rechtsprechung und Gesetzen in der juris Datenbank.

juris PartnerModul **Arbeitsrecht** enthält u. a.:

- Anwalts-Formularbuch Arbeitsrecht, Bauer/Lingemann/Diller/Haußmann
- Arbeitsrecht aktiv, AA
- ArbGG, Schwab/Weth (Hrsg.)
- Arbeitsrecht Handbuch, Tschöpe (Hrsg.)
- Arbeitsrecht Kommentar, Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.)
- Arbeits-Rechtsberater, arbrb
- Betriebs-Berater, BB
- juris PraxisReport Arbeitsrecht, Düwell (Hrsg.)

juris PartnerModul **Arbeitsrecht premium** enthält u. a. zusätzlich:

- AGG, Hey/Forst (Hrsg.)
  - Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, Groeger (Hrsg.)
  - Der Arbeitsvertrag, Preis (Hrsg.)
  - Der Betrieb (arbeitsrechtlicher Teil)
  - Der Kündigungsschutzprozess, Kleinmann/Meyer-Renkes/Fündling
  - Entgeltfortzahlung, Krankengeld, Mutterschaftsgeld, Knorr/Krasney
  - STAUDINGER Online powered by juris, §§ 611-630; AGG
  - und viele weitere Titel
- ➕ Rechtsprechung, Gesetze und Literaturnachweise von juris



ab **73,00 €**/Monat

zzgl. MwSt.

Mehr Informationen und Gratistest unter:  
[www.juris.de/pm-arbeitsrecht](http://www.juris.de/pm-arbeitsrecht)  
[www.juris.de/pm-arbeitsrechtpremium](http://www.juris.de/pm-arbeitsrechtpremium)

**jurisAllianz**  
 Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.