

Juris[®] Die Monatszeitschrift

JM 11 | NOVEMBER
2020

Topthema:

Die Zwei-Millionen-Arznei

Prof. Dr. Andreas Pitz

Interview:

Moderne Informationstechnik und Justiz

PräsFG Harald Junker

In dieser Ausgabe:

Einwilligung von Menschen mit Demenz in medizinische Maßnahmen: interdisziplinäre S2k-Leitlinie für die medizinische Praxis

Dir. d. AG Bernd Klasen und Chefärztin Christine Klasen

Der Widerruf der Versorgungszusage: Nebenkriegsschauplatz im Konflikt der Gesellschafter

RA Dr. Rüdiger Werner

Der Entgeltfortzahlungsanspruch im arbeitsgerichtlichen Verfahren

VRiArbG Dr. Jochen Sievers

Nachhaltigkeit im Vergaberecht

Prof. Dr. Matthias Knauff, LL.M. Eur.

Der Erlass von Kindergeldrückforderungen bei Sozialhilfeempfängern

ORR Dr. Christian Stahl



juris PartnerModul Kanzleimanagement

partnered by Deutscher Anwaltverlag | dfv Mediengruppe | Erich Schmidt Verlag | IWW Institut | Verlag Dr. Otto Schmidt | ZAP Verlag

Als Rechtsanwalt mit eigener Kanzlei müssen Sie sich auch mit unternehmerischen und organisatorischen Themen beschäftigen. Mit dem juris PartnerModul Kanzleimanagement klären Sie Fragen rund um den Kanzleibetrieb sekundenschnell und können Ihre wertvolle Zeit schnellstmöglich wieder Ihren Mandanten widmen.

Schnell umsetzbare Handlungsempfehlungen helfen Ihnen, Ihre Kanzlei noch effizienter zu führen. Die intuitiv bedienbare Online-Bibliothek beinhaltet umfassende Literatur und Standardwerke zum Rechtsanwaltsvergütungs- und Gerichtskostenrecht. Die aktuellen Rechtsprechungs- und Gesetzgebungsdokumente sind in der gewohnten juris Qualität digital verfügbar und intelligent verlinkt.

Mit nur einem Mausklick recherchieren Sie beispielsweise die Änderungen durch das neue Kostenrecht (2. KostRMoG) oder das FGG-Reformgesetz sowie Details und Hintergründe zu Beratungshilfe, Forderungsvollstreckung, Rechtsschutzversicherung und Streitwert.

Inhalt:

- Anwalt und Kanzlei, AK
 - AnwaltKommentar RVG, Schneider/Wolf
 - Anwaltsgebühren Spezial, AGS
 - Die Praxis der Forderungsvollstreckung, Mock
 - Forderungsmanagement professionell, FMP
 - Grundlagen des Kostenrechts - RVG, Scherer
 - IP-/IT-Mediation, Groß
 - Recht 2030, Schulz/Schunder-Hartung
 - RVG professionell
 - RVGreport
 - Streitwert-Kommentar, Schneider/Herget
 - und viele weitere Titel
- + zitierte Rechtsprechung, Gesetze und Literaturnachweise von juris

NEU – Jetzt gratis testen!



ab 59,00 €/Monat

zzgl. MwSt.

Mehr Informationen und Gratistest unter:
www.juris.de/pm-kanzleimanagement

jurisAllianz
Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Zivil- und Wirtschaftsrecht

**Einwilligung von Menschen mit Demenz in
medizinische Maßnahmen: interdisziplinäre
S2k-Leitlinie für die medizinische Praxis**

Dir. d. AG Bernd Klasen und Chefärztin

Christine Klasen

S. 398

**Der Widerruf der Versorgungszusage:
Nebenkriegsschauplatz im Konflikt der
Gesellschafter**

RA Dr. Rüdiger Werner

S. 404

**Rücktritt bei Unmöglichkeit der Nacher-
füllung**

BGH, Urt. v. 11.12.2019 - VIII ZR 361/18

Prof. Dr. Michael Jaensch

S. 410

Arbeitsrecht

**Der Entgeltfortzahlungsanspruch im
arbeitsgerichtlichen Verfahren**

VRiArbG Dr. Jochen Sievers

S. 412

Topthema:

Sozialrecht

Die Zwei-Millionen-Arznei

Prof. Dr. Andreas Pitz

S. 420

Verwaltungsrecht

Nachhaltigkeit im Vergaberecht

Prof. Dr. Matthias Knauff, LL.M. Eur.

S. 426

**In vino veritas – Zugabe von Saccharose
bei der Erzeugung von Qualitätswein**

BVerwG, Urt. v. 30.01.2020 - 3 C 6/18

Ri'in und Priv.-Doz. Dr. Susanne Heinemeyer

S. 430

INHALT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Steuerrecht

Der Erlass von Kindergeldrückforderungen bei Sozialhilfeempfängern

ORR Dr. Christian Stahl

S. 432

INTERVIEW

Moderne Informationstechnik und Justiz

Interview mit:

PräsFG Harald Junker

S. 437

Heilung um jeden Preis?



Prof. Dr. Thomas Voelzke
Vizepräsident des Bundessozialgerichts

Deutschland verfügt – wie die medizinische Versorgung von Patienten im Rahmen der Covid-19-Pandemie aktuell belegt – über ein auch im weltweiten Vergleich hervorragendes Gesundheitssystem. Dieses Gesundheitssystem ist uns lieb und teuer. Vor allem teuer! Denn unsere Gesundheitsausgaben haben sich im Jahr 2018 auf insgesamt stolze 383,6 Mrd. Euro summiert. Es handelt sich nach dem Block der Altersversorgung um den mit Abstand größten Ausgabeposten in unseren Systemen der sozialen Sicherung. Die Kostenexplosion ist atemberaubend, denn im Jahr 2000 hatten die Gesamtgesundheitsausgaben noch vergleichsweise „bescheidene“ 214,7 Mrd. Euro betragen. Die Kostensteigerungen einschließlich der Corona-bedingten Mehrausgaben einerseits und die Beitragsausfälle andererseits haben schon jetzt zu der Ankündigung der Bundesregierung geführt, dass der aktuell erheblichen Unterdeckung der gesetzlichen Krankenversicherung durch eine Erhöhung des Bundeszuschusses, einen Rückgriff auf die Reserven und erhöhte Zusatzbeiträge entgegengewirkt werden soll.

Unser Topthema behandelt mit der Arzneimittelversorgung einen Teilaspekt des Gesundheitswesens. Die Versorgung der Versicherten mit Arzneimitteln stellt einen bedeutsamen Ausgabenblock innerhalb der gesetzlichen und privaten Krankenversicherung dar. Das Ausgabevolumen für Arzneimittel betrug im Jahr 2000 immerhin schon 32,1 Mrd. Euro und steigerte sich auf 60 Mrd. Euro im Jahr 2018. Prof. Dr. Andreas Pitz zeigt im Topthema „Die Zwei-Millionen-

Arznei“ am Beispiel des aktuell teuersten Arzneimittels der Welt auf, auf welche Weise der Kostenentwicklung u.a. mit dem System der frühen Nutzenbewertung begegnet werden soll.

Die Brisanz sämtlicher Steuerungsmechanismen als Versuch eines gerechten Ausgleichs zwischen pharmazeutischen Unternehmen und Versicherten wird deutlich, wenn nicht nur seltene Erkrankungen betroffen sind, sondern – wie in der aktuellen Situation – eine breite Öffentlichkeit sehnsüchtig auf die Entwicklung eines effektiven Medikaments bzw. Impfstoffs gegen Covid 19 wartet. Angesichts der universellen Bedrohung scheinen in diesem Kontext wirtschaftliche Überlegungen von den Regierenden völlig ausgeblendet zu werden. Vielmehr gibt es vor dem Hintergrund von weit über einer Million Corona-Toten einen Wettlauf der Staaten um die finanzielle Beteiligung an der Entwicklung erfolgversprechender Arzneien (wohl in erster Linie) mit dem Ziel einer bevorzugten Versorgung der eigenen Bevölkerung.

Ein juristischer Dauerbrenner an der Nahtstelle von Medizin und Recht ist die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, die in erster Linie zum Nachweis von krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit für die Entgeltfortzahlung und das Krankengeld durch die gesetzliche Krankenversicherung dient. Eine strikte Bindung an die Bescheinigung besteht allerdings weder hinsichtlich der Entstehung des Entgeltfortzahlungsanspruchs noch hinsichtlich des Krankengeldanspruchs. Dem Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung im arbeitsgerichtlichen Verfahren geht VRiLArbG Dr. Jochen Sievers in seinem Aufsatz nach. Zukunftsweisend ist seine Darstellung auch insofern, als er den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bei einer Fernbehandlung beleuchtet. Die Befugnis zur Ausstellung einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung aufgrund einer telefonischen Konsultation ist infolge der Covid-Gesetzgebung ausdrücklich eröffnet worden.

Schließlich möchte ich Ihnen das Interview ans Herz legen, das im aktuellen Heft Dr. Wolfram Viefhues mit dem Präsidenten des Finanzgerichts Düsseldorf Harald Junker geführt hat. Im Schwerpunkt geht es um ein Thema, an dem niemand mehr vorbeikommt, nämlich den Umgang mit der eAkte. Neben der Erörterung von grundsätzlichen Fragestellungen zur veränderten Arbeitsweise, der Akzeptanz sowie technischen Problemen werden im Interview wiederum Erfahrungen mit der eAkte während der Covid-19-Pandemie thematisiert.

Viel Spaß und Gewinn beim Lesen,
Thomas Voelzke

Einwilligung von Menschen mit Demenz in medizinische Maßnahmen: interdisziplinäre S2k-Leitlinie für die medizinische Praxis Eine juristisch-medizinische Praxisbetrachtung

Dir. d. AG Bernd Klasen und Chefärztin Christine Klasen

A. Ausgangslage

Mit der Ende 2019 veröffentlichten interdisziplinären S2k-Leitlinie „Einwilligung von Menschen mit Demenz in medizinische Maßnahmen“ (in folgender Leitlinie)¹ gibt die Arbeitsgemeinschaft für medizinische Fachgesellschaften (AWMF) erstmals eine Handreichung für die medizinische Praxis, anhand derer die Einwilligungsfähigkeit von Menschen mit Demenz strukturiert betrachtet werden kann. Die Autoren wollen aus ihrer juristisch-medizinischen Praxis den Nutzen der Leitlinie grds., aber auch anhand von Praxisbeispielen beleuchten.

B. Bedeutung der Einwilligung im klinisch-forensischen Alltag

I. Vor Durchführung einer medizinischen Maßnahme, insbesondere eines Eingriffs in den Körper oder die Gesundheit, ist grds. der Behandelnde verpflichtet, die Einwilligung des Patienten² einzuholen (§ 630d Abs. 1 Satz 1 BGB). Eine wirksame Einwilligung setzt die Einwilligungsfähigkeit (§ 630d Abs. 1 Satz 2 BGB) und eine Aufklärung nach dem Maßstab des § 630e Abs. 1 – 4 BGB voraus (§ 630d Abs. 2 BGB). Ist die Einwilligungsfähigkeit zu verneinen, ist zunächst zu fragen, ob eine Patientenverfügung nach § 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB vorliegt, die die Maßnahme gestattet oder untersagt (§ 630d Abs. 1 Satz 2 BGB). Wenn dies nicht der Fall ist, ist die Einwilligung eines hierzu Berechtigten, also i.d.R. eines rechtlichen Betreuers mit dem Aufgabenbereich Gesundheitsorge oder eines Vorsorgevollmachtigten mit entsprechender Vollmacht, einzuholen (§ 630d Abs. 1 Satz 2 BGB). Der Frage, ob der Mensch mit Demenz noch einwilligungsfähig ist, kommt damit für die Frage der rechtmäßigen Durchführung einer medizinischen Maßnahme eine weichenstellende Bedeutung zu.

II. Eine gleich gelagerte Frage stellt sich bei der Genehmigung einer freiheitsentziehenden Unterbringung oder der Genehmigung freiheitsentziehender Maßnahmen wie das Anbringen von Bettgittern, Stecktischen, Bauchgurten etc., § 1906 BGB. Nach dieser Norm ist eine Unterbringung des Betreuten (Absatz 1) oder des Vollmachtgebers (Absatz 4) nur dann zulässig, solange sie zum Wohl des Betreuten erforderlich ist, weil es

entweder eine konkrete Selbstgefährdung oder einen erheblichen gesundheitlichen Schaden abzuwenden gilt. Dies gilt entsprechend, wenn dem Betroffenen, der sich in einem Krankenhaus, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung aufhält, durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise über einen längeren Zeitraum oder regelmäßig die Freiheit entzogen werden soll (§ 1906 Abs. 4 BGB). Als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal ist die in diesen Fällen nach § 1906 Abs. 2 BGB erforderliche gerichtliche Genehmigung nur dann einzuholen, wenn von der fehlenden Selbstbestimmungsfähigkeit des Betroffenen auszugehen ist.³

III. Auch bei der Frage der Genehmigung einer Zwangsbehandlung nach § 1906a BGB ist vor der Prüfung der übrigen tatbestandlichen Voraussetzungen zunächst die Frage zu klären, ob der Betroffene einwilligungsfähig ist. Eine Zwangsbehandlung kann nur bei einem einwilligungsunfähigen Patienten in Betracht kommen und genehmigt werden.⁴

C. Inhalt und rechtliche Bedeutung der Leitlinie

I. Inhalt

1. Nach dem Leitlinienreport⁵ geht es um die Vermittlung von Handlungssicherheit zur Feststellung der Einwilligungsfähigkeit bei Menschen mit Demenz. Der Leitlinienreport beruft sich auf Studien, wonach die Beurteilerübereinstimmung bei Menschen mit leichter Demenz nicht größer als zufällig sei. Allerdings könnten durch die Vermittlung von Kriterien und Prozeduren der informierten Einwilligung die Beurteilerübereinstimmung signifikant erhöht werden.

1 www.awmf.org/leitlinien/detail/II/108-001.html (zuletzt abgerufen am 30.09.2020).

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

3 Jaschinski in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK BGB, 9. Aufl. 2020, § 1906 BGB Rn. 55.

4 BGH, Beschl. v. 04.06.2014 - XII ZB 121/14.

5 www.awmf.org/uploads/tx_szleitlinien/108-001m_S2k_Einwilligung_von_Menschen_mit_Demenz_in_medizinische_Ma%C3%9Fnahmen_2019-12.pdf (zuletzt abgerufen am 30.09.2020, im folgenden Leitlinienreport).

2. Die Leitlinie ist konsens-, nicht aber evidenzbasiert.⁶

3. Der Langversion der Leitlinie (126 Seiten) mit detaillierten Erklärungen zur Rechtslage, aber auch zur Tatsachen- und Erfahrungssituation in der Behandlung von Menschen mit Demenz, wird eine Kurzversion der Leitlinie mit insgesamt 33 Empfehlungen vorangestellt. Diese Empfehlungen sind bis auf vier Empfehlungen von einem „starken Konsens“ getragen, was bedeutet, dass mehr als 90 % der Teilnehmer⁷ sich auf diese Empfehlungen verständigen konnten. Damit kommt den in der Leitlinie genannten Empfehlungen bspw. für die Frage des fachlichen Standards i.S.v. § 630a Abs. 2 BGB ganz beachtliche Bedeutung zu.

4. Für eine leitliniengerechte Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit führt kein Weg an der sorgfältigen Lektüre und gewissenhaften Anwendung der Empfehlungen vorbei. Im Weiteren soll der Versuch unternommen werden, im Sinne einer für die Praxis geeigneten Anwendung, die wesentlichen Gesichtspunkte der Leitlinie herauszuarbeiten und in einen medizinisch-forensischen Praxisbezug zu setzen.⁸

5. a. Aufklärung des Patienten

Gefordert wird eine ordnungsgemäße an den kognitiven Ressourcen und Defiziten orientierte Aufklärung mit Benennung des medizinischen Verfahrens, Behandlungsalternativen, Nutzen und Risiken sowie Nebenwirkungen (Empfehlungen 1,2), Überprüfung des Informationsverständnisses anhand geeigneter Nachfragen (Empfehlung 3). Die Diagnose Demenz bedeutet nicht gleichzeitig fehlende Einwilligungsfähigkeit (Empfehlung 4).

Die Autoren begrüßen den klarstellenden Inhalt⁹ dieser Empfehlungen. Aus ihrer medizinischen wie forensischen Sicht ist es leider keine Selbstverständlichkeit, dass die erforderliche Aufklärung auch dem dementen Patienten zu Teil wird. Nicht selten wird mit (manchmal nicht einmal vertretungsberechtigten) Angehörigen „über den Kopf“ des Patienten hinweg diskutiert, ob und wenn ja welche medizinischen Maßnahmen durchgeführt werden sollen. Letztlich ist es auch eine Frage der grundrechtlich geschützten Menschenwürde (Art. 1 GG), den Menschen mit Demenz weiterhin als Person und nicht als Objekt in seiner Würde wahrzunehmen und unter Berücksichtigung seiner kognitiv eingeschränkten Möglichkeiten in den Kommunikationsprozess der Aufklärung einzubinden. Dies gebietet auch das Selbstbestimmungsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG.¹⁰

Die klinische Praxis verwendet regelmäßig ergänzend zu der erforderlichen mündlichen Aufklärung (§ 630e Abs. 1 Satz 2 BGB) schriftliche Aufklärungsbögen. Bei Durchsicht der Angebote auf dem Markt fällt auf, dass Aufklärungsbögen für Menschen mit kognitiven Defiziten praktisch nicht angeboten werden. Dies mag daran liegen, dass ein Ver-

stoß gegen § 630e Abs. 5 BGB, wonach grds. die wesentlichen Umstände dem Patienten entsprechend seinem Verständnis zu erläutern sind, nicht zur Unwirksamkeit der Einwilligung und damit praktisch allenfalls zu Schadenersatzansprüchen wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts führen können.¹¹ Umso mehr sind einzelne Angebote einzelner Kliniken von Aufklärungsbögen in einfacher Sprache zu begrüßen.¹²

Gleichermaßen begrüßenswert ist die Empfehlung, die Diagnose Demenz nicht gleichzusetzen mit der fehlenden Einwilligungsfähigkeit. Stets ist die Frage der Einwilligungsfähigkeit mit Blick auf die anstehende medizinische Maßnahme zu prüfen. Bei leicht zu erfassenden medizinischen Maßnahmen kann Einwilligungsfähigkeit noch bestehen, während sie bei komplizierteren medizinischen Maßnahmen ggf. zu verneinen ist. Jede schematische Betrachtung verbietet sich hier.

b. Diagnostik

Es gilt, das klinische Bild des Patienten insgesamt zu erfassen. Sind, kognitive Einschränkungen vorübergehend und behandelbar? (Empfehlung 5). Aus einem einzelnen Testwert (z.B. MMST¹³) kann keine abschließende Bewertung der Einwilligungsfähigkeit vorgenommen werden (Empfehlungen 6,13). Vielmehr sind das Informationsverständnis, Krankheits- und Behandlungseinsicht, Urteilsvermögen und Kommunikation der Entscheidung durch geeignete Fragen im Sinne eines Gesamturteils zu betrachten (Empfehlungen 7, 8, 9, 10). Ggf. wiederholte Untersuchung (Empfehlung 16) mit ggf. weitergehender Assistenz (Empfehlungen 16, 18).

Aus Sicht der Autoren wird hier zu Recht gefordert, dass das klinische Gesamtbild zu betrachten ist. Auch wenn der Einsatz diagnostischer Messinstrumente wie etwa des MMST

6 Leitlinienreport, S. 5.

7 Gemeint sind die Vertreter der großen Fachgesellschaften wie bspw. der Deutschen Gesellschaft für Gerontologie und Geriatrie (DGGG), der Deutschen Gesellschaft für Psychiatrie und Psychotherapie, Psychosomatik und Nervenheilkunde (DGPPN), der Deutschen Gesellschaft für Neurologie (DGN).

8 Dass die Leitlinie in die Praxis umgesetzt werden muss, haben auch die Autoren der Leitlinie erkannt und diese Frage zum Thema einer Dissertation gemacht, Leitlinienreport, S. 7.

9 Vgl. § 630e Abs. 5 BGB.

10 BVerfG, Beschl. v. 23.03.2011 - 2 BvR 882/09 Rn. 59; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rübmann/Weth/Würdinger, jurisPK BGB, 9. Aufl. 2020, § 630e BGB Rn. 58.

11 K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rübmann/Weth/Würdinger, jurisPK BGB, 9. Aufl., § 630e BGB Rn. 58 Stand 01.02.2020.

12 www.rhein-mosel-fachklinik-andernach.de/aktuelles/aufklaerungsboegen-antipsychotika-und-antidepressiva.html (zuletzt abgerufen am 30.09.2020).

13 Mini-Mental-Status-Test.

mit Blick auf die einfache Anwendbarkeit und die Skalierung als verlockend einfach erscheinen mögen, werden sie alleine dem Menschen mit Demenz sicherlich nicht gerecht. Die Klarheit der Empfehlungen 6 und 13 dürfte spätestens jetzt etwa übereifrige Juristen, die sich bisweilen des MMST bedienen, in ihre Schranken weisen. Auch wenn die Leitlinie darauf hinweist, dass die Fragen der Untersucher zu dem Verständnis des Menschen mit Demenz keine Prüfungssituation erzeugen sollen, sind die in der Leitlinie beispielhaft aufgeführten Fragen gerade zum Gegenteil in der Lage. An dieser Stelle erscheint den Autoren mehr Fingerspitzengefühl gefordert, was sicherlich nicht durch eine Leitlinie vermittelt werden kann. Hier kommt es vielmehr auf die authentische Persönlichkeit des Mediziners oder Juristen an. Aus Sicht der Autorin beinhaltet die Empfehlung 16 einen wichtigen Gesichtspunkt. In der von ihr geleiteten Geriatrischen Reha-Klinik kommt es nicht selten vor, dass bspw. eine Untersuchung in der für den Menschen mit Demenz stressigen Aufnahmesituation völlig andere Ergebnisse präsentiert als eine Untersuchung etwa einen Tag später.

c. Setting

Wertschätzender Kontext mit Blick für sensorische Beeinträchtigungen (Empfehlung 21), angepasste räumliche Situation mit ggf. Anwesenheit einer Vertrauensperson (Empfehlung 25) werden gefordert.

Keine parallel kognitiven Anforderungen an den Patienten, Strukturierung der Information in kurze Abschnitte, schrittweise präsentiert, angepasst an das Tempo des Menschen mit Demenz (Empfehlungen 19, 20, 22).

Die Aufgabe, ein für den Menschen mit Demenz passendes Setting zu finden, ist eine schwierige Aufgabe. Zeitdruck in der Untersuchungssituation ist ein Hemmnis, das ein geeignetes Setting unmöglich werden lässt. Klar sollte sein, dass der Mensch mit Demenz das Tempo vorgibt. Auch sollte versucht werden, in jedem Fall eine zuwendende und wertschätzende Kommunikation aufzubauen. Fehlende, aber erforderliche Hilfsmittel wie Sehhilfe oder Hörgerät verfälschen das Untersuchungsergebnis. Auch hier gilt es, den Menschen mit Demenz ganzheitlich zu sehen. Einfache Sprache, klar gegliedert (eins nach dem anderen), kurze Abschnitte, aber keine Babysprache sind gefordert. Bei schwerhörigen Menschen muss mit lauter Stimme gesprochen werden, ohne die wertschätzende Haltung etwa durch genervtes Anschreien zu verlieren.

Die Anwesenheit einer Vertrauensperson kann hilfreich, im Einzelfall allerdings als Ablenkung auch hinderlich sein. Besonders schwierig sind Vertrauenspersonen wie etwa der

ebenfalls betagte Ehepartner, der für den Menschen mit Demenz meint, antworten zu müssen.

Diese Empfehlungen gelten gleichermaßen für Arzt und Betreuungsrichter.

d. Kommunikation

Ist die mitgeteilte Entscheidung des Patienten freiwillig erfolgt? (Empfehlung 12). Gilt sie auch heute noch? (Empfehlung 14).

Wichtig erscheint den Autoren die Frage, ob die von den Menschen mit Demenz mitgeteilte Entscheidung etwa auf einer Suggestion beruht. Ärzte wie Juristen neigen manchmal dazu, rasch zu klaren Entscheidungen kommen zu wollen. Mit diesem Wunsch und dem manchmal nicht vermeidbaren Zeitdruck liegt die Gefahr nahe, dem Menschen mit Demenz zu suggerieren, was wohl das Beste für ihn sei und ihn dann diese Entscheidung mitteilen zu lassen. So kann sich der Autor eine Anhörung durch den Betreuungsrichter zur Frage der Genehmigung von Bettgittern als freiheitsentziehende Maßnahme vorstellen, die etwa folgendermaßen vonstattengeht: „Herr Meyer, die angebrachten Bettgitter dienen Ihrem Schutz. Sie sollen verhindern, dass Sie aus dem Bett fallen. Das ist doch sicherlich für Sie in Ordnung! Ja?“ Davor soll die Empfehlung 12 warnen.

Die Fortdauer der Entscheidung ist nach der Empfehlung 14 in regelmäßigen Abständen zu prüfen. Nach der Leitlinie ist dabei etwa eine Dauermedikation mit ggf. beachtlichen Nebenwirkungen gemeint.

e. Dokumentation

Die Feststellung der Einwilligung(un)fähigkeit soll dokumentiert werden (Empfehlung 15).

Für den Behandlungsvertrag ergibt sich eine Pflicht zur Dokumentation aus § 630f Abs. 2 Satz 1 BGB. Danach sind u.a. die Einwilligung und die Aufklärung zu dokumentieren. Da die Einwilligungsfähigkeit beim erwachsenen Patienten grds. vermutet wird und das Gegenteil vom Patienten darzulegen und ggf. zu beweisen ist, sofern die Gesamtschau der unstreitigen medizinischen Fakten nicht fehlende Einwilligungsfähigkeit belegt,¹⁴ stellt sich die Frage, ob aus Rechtsgründen die Einwilligungsfähigkeit ebenfalls der Dokumentation bedarf.

Aus Sicht des Autors kann es sich zur Vermeidung von Haftungsfällen oder auch nur einer streitigen Auseinandersetzung über die Frage der Einwilligungsfähigkeit anbieten, die

¹⁴ Vgl. OLG Koblenz, Urt. v. 01.10.2014 - 5 U 463/14.

Feststellungen nicht nur unter einem bestimmten Datum, sondern auch mit Uhrzeit zu dokumentieren. Gleichermaßen kann es hilfreich sein, nach dem Vieraugenprinzip in absehbar streitigen Fällen einen qualifizierten Zeugen wie bspw. einen Kollegen oder eine Pflegefachkraft mit unterschreiben zu lassen. In besonderen Fällen kann ein psychiatrisches Konzil hilfreich sein.

f. Vorausverfügungen

Angebot kann erfolgen, Einwilligungsfähigkeit soll geprüft werden (Empfehlungen 27, 28), ggf. assistierte Entscheidungsfindung? (Empfehlung 29). Auf Wunsch des Patienten sollten Zu- und Angehörige sowie der vorgesehene oder benannte rechtliche Vertreter in den Beratungsprozess eingebunden werden (Empfehlung 30, 31). Biografiearbeit mit vorausschauender Betrachtung der Angebote der Medizin und Konfliktsituationen (Empfehlungen 32,33).

Die Autoren gehen mit den Empfehlungen 27, 28 und 29 nicht ganz konform. Eine Vorausverfügung wie etwa eine Patientenverfügung kann nur wirksam errichtet werden, wenn die Einwilligungsfähigkeit zu bejahen ist (§ 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB). Würde die Frage der Einwilligungsfähigkeit vernachlässigt, wäre das Angebot zur Vorausverfügung nicht nur sinnlos, sondern kontraproduktiv. Damit wäre nämlich trügerische Sicherheit verbunden. Noch mehr gilt dies für die Vorsorgevollmacht, die Geschäftsfähigkeit und damit ein mehr gegenüber der Einwilligungsfähigkeit voraussetzt.¹⁵ Auch erschließt sich den Autoren nicht, wie bei fehlender Einwilligungsfähigkeit im Wege assistierte Entscheidungsfindung eine wirksame Vorausverfügung getroffen werden kann. Vorausverfügungen sind klassische Instrumente der Vorsorge in „guten Tagen“. Fehlt es an der Einwilligungsfähigkeit oder Geschäftsfähigkeit ist es für eine Vorausverfügung schlechterdings zu spät. Der Mensch mit Demenz wird dadurch nicht schutzlos gestellt. Betreuungsverfügung (§ 1897 Abs. 4 BGB) und rechtliche Betreuung (§ 1896 BGB) sind hier brauchbare Handlungsalternativen.

Demgegenüber halten die Autoren es für uneingeschränkt empfehlenswert, die rechtlichen Vertreter in den Beratungsprozess mit einzubinden. Frühzeitige Kommunikation an dieser Stelle vermeidet Probleme, verhilft dem autonomen Willen des Menschen mit Demenz besser zur Geltung und verleiht im Endeffekt ein Mehr an Handlungssicherheit.

Auch gilt dies für die vorausschauende Betrachtung der medizinischen Angebote und der Konfliktsituationen. Allerdings ist dies in tatsächlicher Hinsicht oft von Wunschen geprägt. Die Voraussehbarkeit ist meistens doch sehr eingeschränkt.

II. Rechtliche Bedeutung der Leitlinie

1. Für den Behandlungsvertrag ordnet § 630a Abs. 2 BGB an, dass die Behandlung nach den zum Zeitpunkt der Behandlung allgemein anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen hat, soweit nicht etwas anderes vereinbart ist. Nach der Gesetzesbegründung sind für die Definition des einzuhaltenen Standards regelmäßig Leitlinie maßgeblich, die von wissenschaftlichen Fachgesellschaften vorgegeben werden.¹⁶ Auch wenn Leitlinien keine unmittelbare Verbindlichkeit wie etwa Gesetze beanspruchen können, können sie immerhin die überwiegende Überzeugung maßgeblicher ärztlicher Kreise von der Richtigkeit einer bestimmten Vorgehensweise belegen.¹⁷ Allerdings ist es nicht zwingend, dass in den Leitlinien der medizinische Standard zutreffend wiedergegeben wird. Leitlinien können den Standard fortentwickeln oder aber einen veralteten Standard wiedergeben. Sie ersetzen damit bei strittigen Fragestellungen i.d.R. nicht die Einholung eines Sachverständigengutachtens.¹⁸

2. Ein Blick in die haftungsrechtliche Rechtsprechung belegt allerdings, dass Gerichte und Sachverständige bei ihren Entscheidungen maßgeblich auf Leitlinien abstellen.¹⁹ Faktisch kommt damit trotz der vorstehend dargestellten Einschränkungen den Leitlinien entscheidende Bedeutung zu.

D. Bedeutung für die Praxis

Die Leitlinie führt zahlreiche Fallvignetten auf, mit deren Hilfe anhand einer Tabelle eine Nutzen-/Schaden-Relation vorgenommen wird.²⁰

Im Folgenden stellen die Autoren dar, wo sie in ihrer klinischen wie forensischen Praxis einen gewinnbringenden Einsatz der Leitlinie sehen.

I. Maximaltherapie vs. palliative Versorgung

1. Im Fall fortgeschrittener Demenz kann es zu einer Nahrungsverweigerung des Menschen mit Demenz kommen. In solchen Fällen stellt sich regelmäßig die Frage nach einer PEG-Sonde. Die Autoren haben in der Vergangenheit die Erfahrung gemacht, dass diese Entscheidung kulturell ge-

15 BGH, Beschl. v. 03.02.2016 - XII ZB 425/14.

16 BR-Drs. 312/12, S. 26.

17 Lafontaine in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK BGB, 8. Aufl. 2017, § 630a Rn. 207, Stand 31.10.2019.

18 Lafontaine in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK BGB, 8. Aufl. 2017, § 630a Rn. 207, Stand 31.10.2019.

19 Vgl. etwa OLG Köln, Ur. v. 16.01.2019 - 5 U 29/17; OLG Köln, Beschl. v. 22.01.2018 - I-5 U 101/17; OLG Dresden, Beschl. v. 25.02.2019 - 4 U 1616/18.

20 Leitlinie, S. 100 ff.

prägt gerade bei den Angehörigen sehr emotional besetzt ist. Oft hören die Autoren Äußerungen wie „wir können die Mutter doch nicht verhungern lassen“, ohne dass eine Reflexion der eigentlichen Fragestellung am Maßstab des Wunsches des Patienten erfolgt ist. Regelmäßig wird in diesen Fällen unzweifelhaft von einer fehlenden Einwilligungsfähigkeit auszugehen sein. Gleichwohl schärft die Leitlinie den Blick dafür, dass es bei dieser Entscheidung nicht um die (Wunsch-)Vorstellungen der Angehörigen, sondern darum geht, was dem mutmaßlichen Willen des Menschen mit Demenz entspricht.

2. Zu einem Zeitpunkt, in dem die Einwilligungsfähigkeit noch gegeben ist, bietet es sich geradezu an, diese Frage der PEG-Sonde im Sinne einer Vorausverfügung wie bspw. einer Patientenverfügung und/oder einem Notfallplan²¹ in Kombination mit einer umfassenden Vorsorgevollmacht zu regeln. Kommt es im weiteren Verlauf der Krankheit zu einem Streit der Angehörigen darüber, was der Mensch mit Demenz wohl in der konkreten Situation gewollt haben mag, verleiht es Handlungssicherheit, wenn die Einwilligungsfähigkeit gemäß der Leitlinie festgestellt worden ist. Ein leitlinienkonformes Vorgehen verschafft in einem solchen Fall Rechtssicherheit und entlastet die rechtlichen Vertreter.

3. Suizidbegleitung

Der BGH hat mit zwei Urteile vom 03.07.2019²² die eine Strafbarkeit der Ärzte verneinenden vorinstanzlichen Entscheidungen bestätigt. In beiden Fällen haben Ärzte den Suizidwunsch des Patienten begleitet und auch nach Eintritt der Bewusstlosigkeit des Patienten keine Rettungsmaßnahmen ergriffen. Mit Blick auf diese Entscheidungen kommt der Leitlinie sowohl für die Patienten als auch die Ärzte oder Angehörige existenzielle Bedeutung zu. Bei Lichte betrachtet war in den dem BGH zur Entscheidung zugrunde liegenden Fällen zwar nicht von der Begrifflichkeit her, wohl aber in der Sache in jeglicher Hinsicht die Frage der Einwilligungsfähigkeit strafentscheidend. So hat der BGH in dem „Hamburger Fall“ festgestellt, eine Tatherrschaft des angeklagten Arztes sei bereits deshalb zu verneinen, weil die Tatherrschaft bei den Patientinnen verblieben sei, bei denen kein „Defektzustand“ habe festgestellt werden können. Pointiert hat der BGH hierzu ausgeführt: „Bergibt sich der Sterbewillige in die Hand eines Dritten und nimmt dulddend von ihm den Tod entgegen, dann hat dieser Tatherrschaft über das Geschehen. Nimmt dagegen der Sterbewillige selbst die todbringende Handlung vor und behält dabei die freie Entscheidung über sein Schicksal, tötet er sich selbst, wenn auch mit fremder Hilfe“. Unter demselben Gesichtspunkt hat der BGH ein Tötungsdelikt in mittelbarer Täterschaft verneint, solange die Entscheidung des Suizidenten nicht unfrei ist. Er wird erst dann zu einem

„Werkzeug“ gegen sich selbst, wenn er seinen Selbsttötungsentschluss aufgrund eines Wissens- oder Verantwortlichkeitsdefizits nicht frei verantwortlich gebildet hat. Die Freiverantwortlichkeit kann nach Auffassung des BGH auch dann zu verneinen sein, wenn der Entschluss einer Augenblickstimmung entspringt. Ein versuchtes Tötungsdelikt durch Unterlassen hat der BGH mangels Garantenstellung aus Ingerenz selbst bei standeswidrigem Vorgehen des Arztes unter Hinweis auf § 1901a BGB mit Blick darauf verneint, dass das ärztliche Verhalten dem autonomen Willen des Suizidenten entspricht. Mit gleichem Argument wurde auch eine unterlassene Hilfeleistung verneint.

Der „Berliner Fall“ geht in dieselbe Richtung. Im Unterschied zu dem „Hamburger Fall“ war der dort angeklagte Arzt auch der behandelnde Arzt, weshalb unter diesem Gesichtspunkt zunächst von einer Garantenstellung auszugehen war. Allerdings endete nach Auffassung des BGH diese besondere Schutzposition für Leib und Leben der Patientin spätestens mit dem frei verantwortlich geäußerten Sterbewunsch und der Bitte der Patientin, er (der Arzt) solle sie nach Einnahme der Tabletten zu Hause betreuen. In dieser Entscheidung weist der BGH mit sehr deutlichen Worten auf die grundgesetzliche Garantie hin, wonach das Individuum das Recht habe, in Bezug auf die eigene Person aus medizinischer Sicht Unvernünftiges zu tun und sachlich Gebotenes zu unterlassen. Der einwilligungsfähige Kranke habe es danach in der Hand, eine lebensrettende Behandlung zu untersagen und so über das eigene Leben zu verfügen. Die Würde des Menschen gebiete es dabei, dass sein im einwilligungsfähigen Zustand ausgeübtes Selbstbestimmungsrecht auch dann noch respektiert wird, wenn er etwa infolge einer eingetretenen Bewusstlosigkeit zu eigenverantwortlichen Entscheidungen nicht mehr in der Lage ist. Der BGH verweist in diesem Zusammenhang auf die weitergehende Rechtsprechung des EGMR, der aus dem Recht auf Achtung des Privatlebens i.S.v. Art. 8 EMRK das Recht einer Person herleitet, zu entscheiden, wie und zu welchem Zeitpunkt ihr Leben enden soll, vorausgesetzt, sie kann ihren Willen frei bilden und entsprechend handeln.

Mit Blick auf diese Entscheidungen schafft die Leitlinie Handlungssicherheit. Sie kann verhindern, dass der Mensch mit Demenz vorschnell und unfrei aus dem Leben scheidet. Die Leitlinie ist allerdings auch bei sachgerechter Anwendung in der Lage, gegen Widerstände (etwa der Angehörigen) der Patientenautonomie effektiv zur Geltung zu verhelfen. Für Ärzte wie Angehörige verhilft die Leitlinie zu mehr Rechtssicherheit und ist in der Lage, dem Damokles-

²¹ Vgl. hierzu ausführlicher Klases/Klases, jM 2019, 222.

²² BGH, Urt. v. 03.07.2019 - 5 StR 132/18 - „Hamburger Fall“; BGH, Urt. v. 03.07.2019 - 5 StR 393/18 - „Berliner Fall“.

schwert der Strafbarkeit zu entgehen. Im Hinblick auf die vom BGH als Unterfall einer unfreien Entscheidung genannte Augenblicksentscheidung kommt der Empfehlung 16 (wiederholte Untersuchung) besondere Bedeutung zu.

II. Fragliche häusliche Versorgung

Bei Menschen mit Demenz, die noch in ihrer häuslichen Umgebung leben, kommt es in der Praxis der Autoren regelmäßig vor, dass sich die Frage der adäquaten häuslichen Versorgung stellt. Nun ist es in einem freiheitlichen Rechtsstaat nun einmal so, dass der einwilligungsfähige Mensch auch in einer völlig verwahrlosten Umgebung und vermüllten Wohnung leben darf, wenn ihm dies gefällt. Auch wenn dies für das soziale Umfeld wie Angehörige oder Nachbarn manchmal nur schwer auszuhalten ist, ist dies die Konsequenz unseres Freiheitsrechts aus Art. 2 GG. Dies gilt es bis zuletzt zu wahren. Allerdings greift dann die sozialstaatliche Verantwortung des Staates, wenn die Einwilligungsfähigkeit zu verneinen ist und der Mensch mit Demenz sich selbst gefährdet. Da der Verlauf der Krankheit i.d.R. progredient ist, ist es oft schwierig, die Grenze zwischen eigenverantwortlicher Verwahrlosung und fürsorglicher Verantwortung zu ziehen. Auch an dieser Stelle hilft die Leitlinie sowohl den Hausärzten, den gerichtlichen Sachverständigen und den Gerichten und damit den Menschen mit Demenz.

III. Verlängerungsanträge um jeden Preis

Gerade mit Blick auf die häusliche Versorgung kommt es in der klinischen Praxis der Autorin als Chefärztin einer Geriatrischen Reha-Klinik regelmäßig vor, dass nahe Angehörige Verlängerungsanträge für Reha-Maßnahmen auch gegen den Willen des Menschen mit Demenz durchsetzen wollen. Solange der Angehörige in der Reha-Klinik ist, stellt sich die häusliche Versorgung nicht in der Dramatik. Kann nun aber leitliniengetreu eine Einwilligungsfähigkeit des Menschen mit Demenz bejaht werden, ist schnell geklärt, dass der Patient selbst und nicht die Angehörigen darüber entscheiden, ob ein Verlängerungsantrag noch gestellt wird.

IV. Hilfestellung für Sachverständige

Letztlich ist die Leitlinie auch in der Lage, zu einer Standardisierung von Sachverständigengutachten im positivsten Sinne beizutragen. Die Leitlinie ist dabei in Zusammenarbeit mit der AWMF-Leitlinie „Allgemeine Grundlagen der medizinischen Begutachtung“²³ zu sehen. In der zuletzt genannten Leitlinie geht es darum, die medizinischen und juristischen Grundlagen des Sachverständigenbeweises beschreibend medizinische Sachverständige zu unterstützen und zu Begutachtende und Auftraggeber vor willkürlichen und wissenschaftlich nicht hinreichend begründeten Ein-

schätzungen zu schützen.²⁴ Dem Autor begegnet bei medizinischen Sachverständigen im Betreuungsrecht manchmal große Unsicherheit. Dabei geht es i.d.R. nicht um Probleme bei der fachlichen Einschätzung der Beweisfragen, worin die Sachverständigen in aller Regel versiert sind. Vielmehr geht es wesentlich öfter um Kommunikationsdefizite zwischen Medizin und Justiz. Die jeweils andere Fachrichtung zu verstehen, stellt bisweilen eine große Herausforderung dar. Bei diesem Kommunikationsprozess stellen die vorgenannten Leitlinien eine gute und zugleich belastbare Handlungsgrundlage dar. So können Situationen möglicherweise vermieden werden, in denen sich Sachverständige mit einer strafrechtlichen Sanktionierung konfrontiert sehen.²⁵

V. Übertragbarkeit auf andere Krankheitsbilder

Im Sinne einer gewinnenden Kommunikation sind die Darstellungen in der Leitlinie zu den Rechtsgrundlagen der Einwilligungsfähigkeit auch auf andere Krankheitsbilder zu übertragen. Die Rechtsfragen sind die gleichen. Besonders gelungen erscheint den Autoren ein Flussdiagramm,²⁶ das Eingang in die Leitlinie gefunden hat. In diesem Diagramm werden auf nur einer Seite, für jeden gut nachvollziehbar die Entscheidungswege dargelegt, die im Fall einer Einwilligungsfähigkeit oder Einwilligungsunfähigkeit zu beschreiten sind. Dieses Flussdiagramm beschränkt sich nicht nur auf Menschen mit Demenz, sondern insgesamt auf alle Fragen der Einwilligungsfähigkeit. Eine solche Handreichung wie sie hier geboten ist, ist wirklich in der Praxis in der Lage, dem Selbstbestimmungsrecht des Menschen mit Demenz oder des in anderer Art und Weise kognitiv eingeschränkten Patienten (bspw. Delir oder geistige Behinderung) zur Geltung zu verhelfen. Gleichermaßen verleiht es den Akteuren im Gesundheitswesen, aber auch den Juristen Handlungssicherheit.

VI. Freiheitsentziehende Maßnahmen

Freiheitsentziehende Maßnahmen wie das Anbringen von Bettgittern, eines Bauchgurtes, eines Stecktisches, eine Fixierung (5.- bis 7- Punkt Fixierung) bedürfen im Anwendungsbereich des § 1906 Abs. 4 BGB der gerichtlichen Genehmigung. Die gerichtliche Praxis wird in einer Vielzahl von Fällen mit Genehmigungsanträgen befasst, die nicht genehmigungsbedürftig sind, weil der Patient selbst einwilligungsfähig

23 www.awmf.org/leitlinien/detail/II/094-001.html (zuletzt abgerufen am 30.09.2020).

24 www.awmf.org/leitlinien/detail/II/094-001.html, S. 4 (zuletzt abgerufen am 30.09.2020).

25 BVerfG, Beschl. v. 15.01.2020 - BvR 1763/13 zu einer erfolgreichen Verfassungsbeschwerde gegen die Einstellung des Ermittlungsverfahrens u.a. gegen einen als Sachverständigen tätig gewesenen Amtsarzt bei der Begutachtung der Voraussetzungen einer Fixierung.

26 www.awmf.org/leitlinien/detail/II/108-001.html, S. 49.

hig und damit in der Lage ist, selbst über die Maßnahmen zu entscheiden. Überaus groß und bei Lichte betrachtet in einer Vielzahl der Fälle unberechtigt²⁷ ist die Besorgnis der eigenen Haftung. Lässt sich aber nunmehr im Anwendungsbereich der Leitlinie und mithilfe dieser Leitlinie die Frage der Einwilligungsfähigkeit verlässlich beurteilen und dokumentieren, dient dies der Durchsetzung der Patientenautonomie und gleichermaßen der Entlastung aller Akteure (Krankenhäuser, Heime, Betreuer, Bevollmächtigte und Gerichte).

E. Fazit

Patientenautonomie und Handlungssicherheit sind die Schlüsselwörter der Leitlinie und dieser Abhandlung. Die

Leitlinie kann bei sachgemäßer Anwendung zu beidem beitragen. Die Autoren begrüßen dies aus ihrer jeweiligen beruflichen Perspektive uneingeschränkt. Viele Gesichtspunkte und Empfehlungen der Leitlinie gehen über ihren eigentlichen Anwendungsbereich der Einwilligungsfähigkeit bei Menschen mit Demenz hinaus und sind auf andere Krankheitsbilder übertragbar. Es stellt sich die Frage, ob es sinnvoll und erforderlich ist, eine nicht auf das einzelne Krankheitsbild abstellende, sondern generalisierende Leitlinie zur Frage der Einwilligungsfähigkeit zu erarbeiten.

²⁷ Vgl. ausführlich hierzu Klasen, BtPrax 2015, 224 – 226.

Der Widerruf der Versorgungszusage: Nebenkriegsschauplatz im Konflikt der Gesellschafter

RA Dr. Rüdiger Werner

Die Versorgungszusage der Gesellschaft stellt für den Geschäftsführer einen wichtigen Bestandteil seiner Altersversorgung dar. Im Rahmen eines Wechsels der Leitungsorgane oder eines Konflikts unter den Gesellschaftern werden häufig gegen den Betroffenen Schadensersatzansprüche wegen vorgeblicher Pflichtverletzungen erhoben, um das Drohpotenzial zu erhöhen. Gelegentlich werden die in Rede stehenden Pflichtverletzungen auch zum Anlass genommen, die dem Geschäftsführer gemachte Versorgungszusage zu widerrufen. Der Widerruf der Versorgungszusage wird insoweit zum Nebenkriegsschauplatz eines Gesellschafterkonflikts. Ein jüngst ergangenes Urteil des BGH demonstriert dies auf eindrucksvolle Weise. Der Widerruf einer unverfallbar gewordenen Versorgungszusage ist jedoch nur unter eingeschränkten Voraussetzungen möglich. Der nachfolgende Beitrag will anlässlich des jüngst ergangenen Urteils des II. Zivilsenats einen Überblick über die Rechtslage geben.

A. Problemstellung

Die Erhebung von Schadensersatzansprüchen seitens der Gesellschaft gegen Mitglieder ihrer Leitungsorgane ist insbesondere in Zusammenhang mit Wechseln in der Geschäftsleitung zu beobachten. Häufig wird versucht, auf diese Weise „Einsparungen“ bei Gehalts- oder Tantieme-

vereinbarungen zu realisieren. Dies gilt insbesondere dann, wenn ein Geschäftsführer, der auch als Gesellschafter am Kapital der Gesellschaft beteiligt war, seine Anteile an einen außenstehenden Dritten veräußert. Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen vorgeblicher Verfehlungen als Geschäftsführer in der Vergangenheit kann in einem derartigen Fall dazu instrumentalisiert werden, um über diesen Umweg den für die Gesellschaftsanteile gezahlten Kaufpreis zu reduzieren. Insoweit stellt sich die Interessenlage nicht anders dar als bei einem Wechsel in der Geschäftsführung.¹

Darüber hinaus kann die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen einen Geschäftsführer Folge eines Gesellschafterkonflikts sein, bei dem ein Gesellschafter oder eine Gesellschaftergruppe anstrebt, einen Gesellschafter aus dem gegnerischen Lager, aus der Geschäftsführung bzw. darüber hinaus auch aus der Gesellschaft zu drängen, um auf diese Weise die Kontrolle über die Gesellschaft zu erlangen. Insbesondere Familiengesellschaften, bei denen infolge mehrfachen Generationswechsel zahlreiche Gesellschaftergruppen durch Gesellschafter repräsentiert werden, sind dafür anfällig, dass ein auf der Ebene der

¹ Sieg in: Krieger/Schneider, Managerhaftung, 3. Aufl. 2017, § 18 Rn. 18.64.

Gesellschafter entstandener Konflikt auf die Ebene der Geschäftsführung übertragen wird.² Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den betroffenen Gesellschafter-Geschäftsführer soll in diesem Fall das Drohpotenzial erhöhen.

Ein jüngst ergangenes Urteil des BGH beschäftigt sich mit einem interessanten Nebenkriegsschauplatz derartiger Konflikte: der Kündigung einer an sich bereits unverfallbar gewordenen Versorgungszusage der Gesellschaft zugunsten ihres Geschäftsführers. Solche Versorgungszusagen sind als Grundstock der Altersversorgung sowohl für den Fremdgeschäftsführer als auch für den Gesellschafter-Geschäftsführer nach wie vor von erheblicher praktischer Bedeutung. Für den Geschäftsführer hat die Versorgungszusage schon deshalb einen hohen Stellenwert, weil die gesetzliche Sozialrente bei Weitem nicht ausreicht, seinen gewohnten Lebensstandard aufrechtzuerhalten. Obwohl die Verbreitung der Versorgungszusage in den letzten Jahren zurückgegangen ist, hat diese Form der Altersversorgung in der Praxis nach wie vor eine ganz erhebliche Bedeutung.³

B. Das Urteil des BGH vom 02.07.2019

In dem vom BGH entschiedenen Fall war der Kläger zunächst mit einem Anteil von 98 % Mehrheitsgesellschafter und alleiniger Geschäftsführer der beklagten GmbH. Am 30.11.1999 erteilte die Beklagte dem Kläger eine Versorgungszusage. Ab dem 01.05.2011 bezog der damals 62-jährige Kläger die vereinbarte Altersversorgung, blieb aber Geschäftsführer mit abgesenktem Gehalt. Mit Kauf- und Abtretungsvertrag vom 13.06.2013 veräußerte der Kläger 51 % der Geschäftsanteile an der Beklagten an die E-GmbH. Im Zusammenhang mit der Anteilsveräußerung wurden neben dem Kläger dessen Söhne S und N sowie der Geschäftsführer der E – U – zu weiteren Geschäftsführern der Beklagte bestellt. Ab August 2013 kam es zu Streitigkeiten zwischen dem Kläger und seinen Söhnen sowie der E auf der anderen Seite, die in ein nachhaltiges Zerwürfnis zwischen dem Kläger und U führten.

In einer Gesellschafterversammlung vom 09.10.2013 wurde der Kläger als Geschäftsführer abberufen und der für die K-Gruppe tätige N zum weiteren Geschäftsführer bestellt. Weiterhin wurde beschlossen, die dem Kläger erteilte Pensionszusage zu widerrufen. Dieser Beschluss wurde vom Kläger erfolgreich angefochten. In einer weiteren Gesellschafterversammlung am 28.11.2012 wurde sodann mehrheitlich die Abberufung der beiden Söhne des Klägers als Geschäftsführer aus wichtigem Grund sowie die Kündigung der Anstellungsverträge mit dem Kläger und seinen Söhnen beschlossen. Darüber hinaus wurde die Bestäti-

gung des Gesellschafterbeschlusses vom 09.10.2013 über den Widerruf der dem Kläger erteilten Versorgungszusage beschlossen. Diese Beschlüsse wurden vom Kläger angefochten. Das Landgericht wies die Klage ab und wurde darin vom Berufungsgericht bestätigt.

Die Revision des Klägers hatte Erfolg. Der BGH hob den Beschluss des Berufungsgerichts auf und verwies das Verfahren zur Neuentscheidung an das Berufungsgericht zurück. Eine GmbH könne Ansprüchen aus einer ihrem Geschäftsführer erteilten Versorgungszusage nur dann den Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegenhalten, wenn der Versorgungsberechtigte seine Pflichten in so grober Weise verletzt habe, dass sich die in der Vergangenheit bewiesene Betriebstreue nachträglich als wertlos oder zumindest erheblich entwertet herausstelle. Dies setze jedoch voraus, dass die Gesellschaft durch das grobe Fehlverhalten des Begünstigten in eine ihre Existenz bedrohende Lage gebracht worden sei. Dem Beschluss des Berufungsgerichts – auf die die revisionsgerichtliche Prüfung bezogen sei – lägen insoweit keine hinreichenden Feststellungen zugrunde.

C. Pflichtverletzungen vor Eintritt der Unverfallbarkeit

Ob eine Versorgungszusage widerrufen werden kann, hängt zunächst davon ab, ob sie auf Verfehlungen des Versorgungsgläubigers gestützt wird, die dieser während des Dienstverhältnisses begangen haben soll, oder auf solche, die erst danach stattgefunden haben sollen. Im ersten Fall ist weiterhin zwischen Pflichtverletzungen zu unterscheiden, die in die Zeit vor Eintritt der Unverfallbarkeit der Versorgungszusage fallen und solchen, bei denen bereits eine unverfallbare Versorgungsanwartschaft besteht. Wenn bei Beginn der Pflichtverletzung die Versorgungsanwartschaft noch verfallbar war, kann sich der Begünstigte nicht auf die Versorgungszusage berufen, falls er sich in einer Art und Weise verhalten hat, die seinen Dienstgeber zu einer verhaltensbedingten fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund berechtigen würde.

D. Pflichtverletzungen nach Eintritt der Unverfallbarkeit

I. Anwendbarkeit des BetrAVG

Ob eine Versorgungszusage nach § 1b Abs. 1 BetrAVG unverfallbar geworden ist, hängt zunächst davon ab, ob das BetrAVG

² Sieg in: Krieger/Schneider, Managerhaftung, 3. Aufl. 2017, § 18 Rn. 18.64.

³ BGH, Urt. v. 02.07.2019 - II ZR 252/16.

im konkreten Fall überhaupt anwendbar ist. Das BetrAVG gilt grds. auch für GmbH-Geschäftsführer, da § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG den Anwendungsbereich des Gesetzes auf Personen erweitert, die nicht Arbeitnehmer sind, wenn ihnen Leistungen der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung aus Anlass ihrer Tätigkeit für ein Unternehmen zugesagt worden sind. Diese Ausdehnung des Anwendungsbereichs des BetrAVG auf Geschäftsführer als Organmitglieder gilt jedoch nur, soweit der Geschäftsführer eine arbeitnehmerähnliche Position innehatte. Hat der Geschäftsführer dagegen aufgrund seiner Stimmrechte als Gesellschafter oder aufgrund sonstiger Gestaltungen unternehmerischen Einfluss, dann unterfällt er nicht dem Schutzbereich des BetrAVG.

Alleingesellschafter unterfallen als Geschäftsführer nicht der Regelung des § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG, da sie – wirtschaftlich betrachtet – mit einem Unternehmen gleichzusetzen sind.⁴

Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer stehen ebenfalls grds. einem Unternehmen gleich, da sie mit ihrer Stimmenmehrheit die Leitungsmacht ausüben können.⁵ Etwas anderes gilt, wenn die Kapitalmehrheit einerseits und die Leitungsmacht andererseits auseinanderfallen – etwa weil einem Gesellschafter Sonderrechte eingeräumt wurden oder weil eine Vielzahl von Entscheidungen qualifizierter Mehrheit bedürfen, die der Gesellschafter-Geschäftsführer alleine nicht herbeiführen kann.⁶

Gesellschafter-Geschäftsführer mit einer genau 50-%igen Beteiligung geben nach h.M. ebenfalls unternehmerischen Einfluss, da gegen ihren Willen grds. keine Entscheidungen durchzusetzen sind.⁷

Minderheitsgesellschafter als Geschäftsführer unterfallen grds. dem Schutz des BetrAVG.⁸

Etwas anderes gilt ausnahmsweise dann, wenn der Betroffene zusammen mit anderen Geschäftsführern über eine beherrschende Stellung verfügt. In diesem Fall können die einzelnen Organmitglieder durch gegenseitige Kompromisse untereinander die eigenen Interessen durchsetzen.⁹ Eine Zusammenrechnung erfolgt auch in diesem Fall jedoch nur für die Anteile von Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführern, da der Einigungszwang nicht für einen Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer gilt, der sich alleine durchsetzen kann.¹⁰

Dasselbe gilt, wenn dem betroffenen Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer durch besondere Beziehungen die Stimmen anderer Gesellschafter zuzurechnen sind, etwa durch Stimmbindungsverträge oder die Beteiligung minderjähriger Kinder, deren Rechte er im Rahmen des elterlichen Sorgerechts wahrnimmt.¹¹ Allerdings werden grds. die Anteile von Familienmitgliedern – nur wegen der Angehörigeneigenschaft – nicht zusammengerechnet.¹²

In all den vorstehend beschriebenen Sondersituationen ist zusätzlich Voraussetzung für die unternehmerähnliche Stellung des mit Minderheit beteiligten Geschäftsführers, dass er eine nicht ganz unbedeutende Beteiligung hält. Nach der Rechtsprechung soll eine Quote von 11,86 % erheblich,¹³ eine Anteil von 8 % dagegen nicht bedeutend sein.¹⁴ In der Literatur wird wiederum eine Grenze von 10 % als Mindestquote für eine „nicht unbedeutende Beteiligung“ vorgeschlagen.¹⁵

Gem. § 1b Abs. 1 BetrAVG ist eine Versorgungszusage unverfallbar, wenn das Arbeitsverhältnis nach Vollendung des 25. Lebensjahres des Berechtigten endet und die Zusage zu diesem Zeitpunkt mindestens fünf Jahre bestanden hat. Ist die Versorgungszusage unverfallbar geworden, dann erhält der Geschäftsführer bei einer direkten Versorgungszusage einen Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Zahlung einer zeitanteiligen Pension, sobald die Voraussetzungen für die Erfüllung des Anspruchs eingetreten sind, also z.B. bei Erreichung des 65. Lebensjahres. Besteht die Altersversorgung in einer Direktversicherung, dann wird die Unverfallbarkeit dadurch garantiert, dass das Widerrufsrecht der GmbH ausgeschaltet wird. Die GmbH ist verpflichtet, bei widerruflichen Bezugsrechten von ihrem Widerrufsrecht keinen Gebrauch zu machen, sobald die Unverfallbarkeit der Versorgungszusage eingetreten ist. Bei Zuwiderhandlung entsteht zugunsten des Geschäftsführers ein Schadensersatzanspruch.

II. Voraussetzungen für einen Widerruf der Versorgungszusage

Auch wenn die Versorgungszusage unverfallbar geworden ist, kann sich die Gesellschaft gleichwohl unter bestimmten Voraussetzungen davon lösen. Nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH sind Versorgungszusagen nur dann

4 BGH, Urt. v. 28.04.1980 - II ZR 254/78.

5 BGH, Urt. v. 02.06.1997 - II ZR 181/96; BGH, Urt. v. 25.09.1989 - II ZR 259/88; BGH, Urt. v. 28.04.1980 - II ZR 254/78.

6 BGH, Urt. v. 28.04.1980 - II ZR 254/78.

7 BGH, Urt. v. 01.02.1999 - II ZR 276/97; BGH, Urt. v. 09.06.1980 - II ZR 255/78; a.A. Rofls in: Blomeyer/Rofls/Otto, BetrAVG, 7. Aufl. 2018, § 17 BetrAVG Rn. 103.

8 BGH, Urt. v. 28.04.1980 - II ZR 254/78.

9 BGH, Urt. v. 09.06.1980 - II ZR 255/78.

10 BGH, Urt. v. 25.09.1989 - II ZR 259/88.

11 BGH, Urt. v. 14.07.1980 - II ZR 224/79; OLG Köln, Urt. v. 07.06.1978 - 17 U 101/77.

12 BGH, Urt. v. 28.04.1980 - II ZR 254/78.

13 BGH, Urt. v. 09.06.1980 - II ZR 180/79.

14 BGH, Urt. v. 14.07.1980 - II ZR 225/78.

15 Höfer, Betriebsrentenrecht, § 17 BetrAVG Rn. 5597; für diesen Grenzwert auch BGH, Urt. v. 02.06.1997 - II ZR 181/96; offengelassen in BAG, Urt. v. 16.04.1997 - 3 AZR 869/95.

dem durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwand ausgesetzt, wenn der Pensionsberechtigte seine Pflichten in so grober Weise verletzt, dass sich die in der Vergangenheit bewiesene Betriebstreue nachträglich als wertlos oder zumindest erheblich entwertet herausstellt.¹⁶ Erst wenn sich das pflichtwidrige Verhalten des Dienstnehmers sich als eine besonders grobe Verletzung der Treuepflicht des Leitungsorgans herausstellt, kann die Gesellschaft den Rechtsmissbrauchseinwand erheben.¹⁷ Insoweit genügt es nicht, dass ein wichtiger Grund für die sofortige Beendigung des Dienstverhältnisses besteht oder dass das Leitungsorgan gegen strafrechtliche Vorschriften verstoßen hat.¹⁸

Ein zum Widerruf der Versorgungszusage berechtigendes rechtsmissbräuchliches Verhalten setzt danach zumindest voraus, dass die betroffene Gesellschaft durch das grobe Fehlverhalten des Begünstigten der Versorgungszusage in eine existenzbedrohende Lage gebracht wurde, zumindest aber einen außerordentlich hohen Schaden erlitten hat. Erforderlich ist eine zumindest massive Schädigung der Gesellschaft durch das Fehlverhalten des Begünstigten.¹⁹ Die Rechtsprechung hat eine solche den Widerruf einer Versorgungszusage rechtfertigende Pflichtverletzung etwa in einem Fall befürwortet, in denen der Versorgungsberechtigte durch seine Pflichtverletzung bei der Anstellungskörperschaft einen Schaden von 6 Mio. DM verursacht hatte, sodass zur Erhaltung der Existenz der Gesellschaft eine Kapitalerhöhung von 5 Mio. DM durchgeführt werden musste.²⁰

Nach dem BAG soll ein Widerruf einer an sich unverfallbaren Versorgungszusage weiterhin dann zulässig sein, wenn der Empfänger der Versorgungszusage seine Verfehlungen vertuscht, dadurch eine mögliche Kündigung verhindert und die Unverfallbarkeit der Anwartschaft treuwidrig erschlichen hat.²¹ War die Versorgungsanwartschaft zum Zeitpunkt der hypothetischen Kündigung noch verfallbar, dann führt der zulässige Widerruf des Arbeitgebers zu einem vollständigen Entfallen des Versorgungsanspruchs. War die Anwartschaft dagegen bereits unverfallbar, führt der Widerruf nur zu einer anteiligen Kürzung des Versorgungsanspruchs.²² Auch in einem derartigen Fall ist ein Widerruf nur unter der Voraussetzung zulässig, dass die Pflichtverletzung beim Versorgungsschuldner zu einem existenzbedrohenden Schaden geführt hat.²³

Diese für einen Widerruf der Versorgungszusage im Vergleich zur Kündigung des Dienstverhältnisses bestehenden zusätzlichen Anforderungen haben zur Folge, dass selbst in Fällen einer bewussten Schädigung in sehr beträchtlichem Umfang ein Widerruf der Versorgungsleistungen ausscheiden muss, wenn die Gesellschaft angesichts ihrer wirtschaftlichen Substanz ohne Weiteres in der Lage ist, den Schaden zu verkraften.²⁴ Eine mögliche Kompensation

durch Schadensersatz soll insoweit grds. Vorrang vor einem Widerruf der Versorgungszusage haben. Der Widerruf soll nicht dazu dienen dürfen, die Gesellschaft von der Last der Darlegung und des Nachweises einer objektiven Pflichtverletzung, eines Verschuldens und der Kausalität der Pflichtverletzung für die Entstehung des Schadens zu befreien.²⁵

Dies würde bei Unternehmen, die über spezielle Sicherungssysteme (Gewährträgerhaftung, aufsichtsrechtliche Sicherungsinstrumentarien etc.) oder aufgrund ihrer Eigentümerstruktur (öffentliche und quasi-öffentliche Unternehmen durch Patronatserklärungen, Beherrschungsverträge und sonstige Sicherungsinstrumentarien im Konzernverbund gesicherter Unternehmen etc.) de facto oder de jure insolvenzfest den Widerruf einer Versorgungszusage unmöglich machen. Schließlich können potenzielle Täter im Management selbst durch entsprechende Maßnahmen, etwa durch den Abschluss einer für das gesamte Unternehmen geltenden Vertrauensschadenversicherung das Risiko ausschließen, selbst im Fall schwerster Verfehlungen den eigenen Pensionsanspruch zu verlieren, da dem Unternehmen entstandene Schäden in diesem Fall vollständig durch anderweitige Ansprüche abgedeckt würden.²⁶

In Fällen einer bewussten und strafrechtlichen Schädigung der dienstgebenden Gesellschaft, die bei dieser einen außergewöhnlich hohen Schaden verursacht hat, darf das Recht zum Widerruf der Versorgungszusage nicht allein von der wirtschaftlichen Leistungskraft der Gesellschaft abhängen.²⁷ Es ist daher durchaus nicht ausgeschlossen, dass die

16 BGH, Urt. v. 02.07.2019 - II ZR 252/16; BGH, Urt. v. 18.06.2007 - II ZR 89/06; BGH, Urt. v. 11.03.2002 - II ZR 5/00; BGH, Urt. v. 17.12.2001 - II ZR 222/99; BGH, Urt. v. 03.07.2000 - II ZR 381/98; BGH, Urt. v. 13.12.1999 - II ZR 152/98.

17 BGH, Urt. v. 02.07.2019 - II ZR 252/16; BGH, Urt. v. 11.03.2002 - II ZR 5/00; BGH, Urt. v. 17.12.2001 - II ZR 222/99.

18 BGH, Urt. v. 02.07.2019 - II ZR 252/16; OLG München, Urt. v. 25.01.2005 - 18 U 3299/03.

19 BGH, Urt. v. 02.07.2019 - II ZR 252/16; BGH, Urt. v. 18.06.2007 - II ZR 89/06; BGH, Urt. v. 11.03.2002 - II ZR 5/00; BGH, Urt. v. 17.12.2001 - II ZR 222/99.

20 BGH, Urt. v. 19.12.1983 - II ZR 71/83.

21 BAG, Urt. v. 13.11.2012 - 3 AZR 444/10; BAG, Urt. v. 08.02.1983 - 3 AZR 10/81; BAG, Urt. v. 18.10.1979 - 3 AZR 550/78; Rolfs in: Blomeyer/Rolfs/Otto, BetrAVG, 7. Aufl. 2018, Anh § 1 BetrAVG Rn. 534.

22 Blomeyer, ZIP 1991, 1113, 1118.

23 BAG, Urt. v. 12.11.2013 - 3 AZR 274/12.

24 Schneider/Hohenstatt in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 35 Rn. 403.

25 BAG, Urt. v. 13.11.2012 - 3 AZR 444/10; Rolfs in: Blomeyer/Rolfs/Otto, BetrAVG, 7. Aufl. 2018, Anh § 1 BetrAVG Rn. 530.

26 Aldenhoff/Hilderink, NZA-RR 2004, 281, 285.

27 Jaeger/Steinbrück in: MünchKomm, GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 35 Rn. 357; Schneider/Hohenstatt in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 35 Rn. 403; Paefgen in: Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, 2. Aufl. 2014, § 35 Rn. 234; Greth, DB 2005, 2199; Schumann, DB 2005, 2200; Goette, DStR 2002, 413.

Rechtsprechung auch außerhalb der Fälle der Existenzgefährdung Fälle anerkennt, bei denen bereits die Herbeiführung eines außergewöhnlich hohen Schadens einen zumindest teilweisen Widerruf der Versorgungszusage rechtfertigt.²⁸ In seiner Entscheidung v. 18.06.2007 hat der BGH diese Möglichkeit angedeutet, die Frage aber letztendlich offengelassen.²⁹ Er hat dies in der hier interessierenden Entscheidung erneut getan.³⁰ Die Praxis muss sich jedoch darauf einstellen, dass der Widerruf von Versorgungsleistungen nur in extrem gelagerten Ausnahmefällen in Betracht kommt.³¹

III. Unanwendbarkeit des BetrAVG

Ist das BetrAVG unanwendbar, kommt es auf die vertragliche Regelung an. Dies gilt auch für die Frage, wie sich eine fristlose Kündigung auf die erteilte Versorgungszusage auswirkt.³² Fraglich ist, ob in diesem Fall ein Widerruf von Versorgungszusagen unter erleichterten Voraussetzungen in Betracht kommt. So soll ein Widerruf bereits im Fall von Pflichtverletzungen möglich sein, die nicht über das für eine fristlose Kündigung des Dienstverhältnisses nach § 626 Abs. 1 BGB erforderliche Maß hinausgehen.³³ Gegen die Möglichkeit eines Widerrufs unter erleichterten Bedingungen wird argumentiert, dass es sich auch bei Versorgungszusagen, die nicht unter den Schutz des BetrAVG fallen, um Entgelt sowie um die Gegenleistung des Dienstgebers handelt, für die der betroffene Geschäftsführer seine Leistung bereits erbracht hat. Sie sollen daher nur unter denselben Voraussetzungen entzogen werden können, die diejenigen, die in den Geltungsbereich des BetrAVG fallen.³⁴

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Entscheidung der Gesellschaft über den Widerruf der Versorgungszusage am Maßstabe des § 242 BGB zu messen ist. Die Gesellschaft hat in diesem Fall die Schwere der Pflichtverletzung und die hierdurch eingetretenen Schäden auf der einen Seite die Dauer der beanstandungsfreien Zusammenarbeit sowie das Versorgungsinteresse des Gesellschafter-Geschäftsführers auf der anderen Seite gegenüberzustellen.³⁵ Die hier erforderliche Abwägung kann ergeben, dass die Versorgungszusage nur teilweise widerrufen werden darf.³⁶ Auch wenn damit ein Widerruf der Versorgungszusage theoretisch unter erleichterten Bedingungen bzw. im Fall von minderschweren Pflichtverletzungen möglich ist, werden die Handlungsmöglichkeiten der Gesellschaft durch das Gebot von Treu und Glauben eingeschränkt.

Es soll daher möglich sein, in den Anstellungsvertrag des Geschäftsführers eine Klausel aufzunehmen, wonach der Versorgungsanspruch im Fall einer vom Gesellschafter-Geschäftsführer zu vertretenden außerordentlichen Kündigung entfällt.³⁷ Eine solche Vertragsgestaltung kann sich

im Fall einer Klage des Geschäftsführers gegen die Kündigung im Rahmen der durch das Gericht vorzunehmenden Abwägung, ob im konkreten Fall wichtige Gründe vorliegen, die eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen, zulasten der Gesellschaft auswirken, weil die Gerichte die einschneidenden Folgen der Kündigung mit berücksichtigen werden.³⁸ Bei richtiger Handhabung im Rahmen von § 626 Abs. 1 BGB kann allein die Frage der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zur nächsten ordentlichen Kündigungsmöglichkeit ausschlaggebend sein.³⁹

E. Pflichtverletzungen nach Beendigung des Dienstverhältnisses

Für die Frage, ob die durch den Geschäftsführer begangene Pflichtverletzung einen Widerruf der Versorgungszusage rechtfertigt, weil sich die Geltendmachung des Versorgungsanspruchs des Geschäftsführers in Anbetracht seiner Pflichtverletzungen etc. als treuwidrig darstellt, soll es grds. nicht von Bedeutung sein, ob die in Rede stehende Pflichtverletzung während der Dauer des Dienstverhältnisses begangen wurde oder erst nach dessen Beendigung.⁴⁰ Die insoweit erforderliche Existenzgefährdung kann sich etwa auch aus Verstößen des Versorgungsberechtigten gegen ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot ergeben.⁴¹ Dasselbe gilt, wenn im konkreten Fall zwar kein Wettbewerbsverbot vereinbar wurde, wenn der Betroffene nach seinem Ausscheiden aus dem Dienst der Gesellschaft bei einem benachbarten Wettbewerber eine Konkurrenztaetigkeit aufnimmt.⁴²

28 Schneider/Hohenstatt in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 35 Rn. 403.

29 BGH, Urt. v. 18.06.2007 - II ZR 89/06.

30 BGH, Urt. v. 02.07.2019 - II ZR 252/16.

31 Schneider/Hohenstatt in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 35 Rn. 403.

32 BGH, Urt. v. 15.10.2007 - II ZR 236/06.

33 BGH, Urt. v. 19.12.1983 - II ZR 71/83; Jaeger/Steinbrück in: MünchKomm, GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 35 Rn. 358; Schneider/Hohenstatt in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 35 Rn. 405.

34 Bauer/v. Steinau-Steinrück, ZGR 1999, 314, 331; a.A. Fonk, AG 1997, 267.

35 Jaeger/Steinbrück in: MünchKomm, GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 35 Rn. 358; Schneider/Hohenstatt in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 35 Rn. 405.

36 BGH, Urt. v. 19.12.1983 - II ZR 71/83.

37 BGH, Urt. v. 15.10.2007 - II ZR 236/06; Jaeger/Steinbrück in: MünchKomm, GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 35 Rn. 358; Schneider/Hohenstatt in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 35 Rn. 405.

38 Jaeger/Steinbrück in: MünchKomm, GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 35 Rn. 358.

39 Schneider/Hohenstatt in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 35 Rn. 405.

40 Rolfs in: Blomeyer/Rolfs/Otto, BetrAVG, 7. Aufl. 2018, Anh § 1 BetrAVG Rn. 533.

41 BGH, Urt. v. 07.01.1971 - II ZR 23/70.

42 BAG, Urt. v. 03.04.1990 - 3 AZR 211/89.

Insoweit ist allerdings zu berücksichtigen, dass nach der Beendigung von Organ- und Dienstverhältnis allenfalls Nebenpflichten fortbestehen, wie etwa die Verschwiegenheits- oder Geheimhaltungspflicht. Ein Wettbewerbsverbot kommt nur bei entsprechender vertraglicher Vereinbarung in Betracht. Im Ruhestandverhältnis existiert keine eigene Pflichtenbindung, die über die aus dem früheren Anstellungsverhältnis resultierenden nachwirkenden Pflichten hinausgehen würde. Damit kommen nach der Beendigung von Organ- und Dienstverhältnis nur Nebenpflichtverletzungen des Versorgungsberechtigten in Betracht. Die Verletzung einer Nebenpflicht, die einen Widerruf einer Versorgungszusage rechtfertigen würde, ist allerdings kaum denkbar. Nach Beendigung des Dienstverhältnisses dürften daher nicht viele Fallkonstellationen in Betracht kommen, in denen ein Widerruf einer Versorgungszusage gerechtfertigt wäre.⁴³

Es ist im Übrigen grds. unzulässig, aus einer Versorgungszusage ein verstecktes Konkurrenzverbot „herauszuinterpretieren“, um zu einer vorwerfbaren Pflichtverletzung zu gelangen. Der normativen Wertentscheidung des § 1b BetrAVG, aus dem sich bei Bestehen bestimmter Voraussetzungen die Unverfallbarkeit der Versorgungszusage ergibt, ist vielmehr zu entnehmen, dass ein Wechsel der Arbeitsstätte für den Begünstigten möglich sein soll. Als Maßstab der Betriebstreue ist grds. nur die Zeiten zu werten, die der Begünstigte bei dem versorgungsversprechenden Unternehmen verbracht hat. Dagegen wird eine lebenslange Treue zugunsten des Dienstnehmers durch das BetrAVG gerade nicht gefordert. In Fällen des Arbeitsplatzwechsels, einen Widerruf zuzulassen, wäre mit den Grundsätzen der Konkurrenzschutzklauseln der §§ 74 ff. HGB unvereinbar. Es widerspreche zudem § 1 BetrAVG.⁴⁴

F. Die Aufrechnung als Alternative

Auch wenn ein Widerruf der Versorgungszusage im konkreten Fall ausgeschlossen ist, kann die Gesellschaft jedoch gegen einen vom Geschäftsführer aus der Versorgungszusage erhobenen Anspruch mit der Gesellschaft wegen des in Rede stehenden Verhaltens gegen den Geschäftsführer zustehenden Schadensersatzansprüchen aufgerechnet werden. Voraussetzung für die Aufrechnung ist zunächst nach § 387 BGB, dass die aufzurechnende Forderung bereits erfüllbar ist. Eine Aufrechnung gegen eine Ruhegeldanwartschaft ist daher unzulässig, da diese noch nicht fällig ist. Es soll jedoch möglich sein, laufenden Rentenzahlungen für einen Zeitraum von maximal sechs Monaten im Voraus zu tilgen und im Hinblick auf den sich daraus ergebenden Betrag insgesamt die Aufrechnung zu erklären.⁴⁵ Begründet wird diese Rechtsprechung damit,

dass die Tilgung von Ruhegeldansprüchen im Voraus dem Versorgungsgedanken widerspreche.⁴⁶

Sofern der Gesellschaft im konkreten Fall das Recht eingeräumt wurde, die Anwartschaft des Versorgungsempfängers zu kapitalisieren, dann kann auch eine Aufrechnung gegen den Gesamtbetrag in Betracht kommen. Dies gilt allerdings nicht für bereits unverfallbar gewordene Versorgungsanwartschaften, da insoweit nach § 3 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG ein gesetzliches Abfindungsverbot besteht. Nach dem BGH soll zwar der Versorgungsgedanke des Ruhegelds auch bei noch verfallbaren Anwartschaften einer Aufrechnung entgegenstehen.⁴⁷ Dagegen spricht allerdings, dass der Dienstgeber auch bei monatlicher Fälligkeit seine Schadensersatzforderung immer wieder zur Aufrechnung stellen kann und damit im Ergebnis das Gleiche bewirkt wird, wie bei der Aufrechnung gegen den kapitalisierten Wert der Anwartschaft.⁴⁸

Die Möglichkeit der Aufrechnung ist im Übrigen auf die nach den §§ 850a ff. ZPO pfändungsfrei bleibenden Beträge beschränkt. Sofern der aufzurechnende Anspruch gegen den Geschäftsführer allerdings auf einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung beruht, dann soll eine Aufrechnung ohne Rücksichtnahme auf Pfändungsfreigrenzen möglich sein. Zur Begründung wird angeführt, dass Arglist keinen Schutz verdiene.⁴⁹ Richtiger Ansicht nach kann der Ruhegeldanspruch allenfalls auf den für das Existenzminimum erforderlichen Betrag reduziert werden. Eine Aufrechnung auch mit den unpfändbaren Teilen des Ruhegelds läuft auf eine Befriedigung der Schadensersatzansprüche aus Mitteln der öffentlichen Hand hinaus, soweit der Ruhegeldberechtigte in der Konsequenz der Allgemeinheit zur Last fallen würde.⁵⁰

G. Fazit

Ähnlich wie die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen ist der Widerruf der Versorgungszusage in Organhaftungsfällen und Gesellschafterkonflikten ein

43 Bauer/v. Steinau-Steinrück, ZGR 1999, 314, 329.

44 Rose, DB 1993, 168, 128 f.; Blomeyer, ZIP 1991, 1117; Richardi, SAE 1982, 250, 254 ff.

45 BGH, Ur. v. 28.10.1971 - II ZR 49/70; BAG, Ur. v. 16.12.1986 - 3 AZR 198/85.

46 BAG, Ur. v. 16.12.1986 - 3 AZR 198/85.

47 BGH, Ur. v. 28.10.1971 - II ZR 49/70.

48 BAG, Ur. v. 16.12.1986 - 3 AZR 198/85.

49 Paefgen in: Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, 2. Aufl. 2014, § 35 Rn. 235.

50 BAG, Ur. v. 18.03.1997 - 3 AZR 756/95; Schneider/Hohenstatt in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 35 Rn. 404; Bauer/v. Steinau-Steinrück, ZGR 1999, 314, 336.

Instrument zur Erhöhung des Drohpotenzials. Ob eine Versorgungszusage widerrufen werden kann, hängt davon ab, ob die Versorgungszusage unverfallbar geworden ist oder nicht. Ob dies der Fall ist, richtet sich im Fall seiner Anwendbarkeit nach dem BetrAVG, ansonsten nach den im Einzelfall gegebenen vertraglichen Regelungen. Nach Eintritt der Unverfallbarkeit kann eine Versorgungszusage nur in Ausnahmefällen widerrufen werden. Dies ist der Fall, wenn der Pensionsberechtigte seine Pflichten in so grober Weise verletzt, dass sich die in der Vergangenheit bewiesene Betriebstreue nachträglich als wertlos oder zumindest erheblich entwertet herausstellt. Voraussetzung ist weiterhin, dass die Gesellschaft infolge des Fehlverhaltens des Begünstigten in eine existenzbedrohende Situation geraten ist. Pflichtverletzungen nach Beendigung des Dienstverhältnisses können einen Widerruf der Versorgungszusage nur ausnahmsweise rechtfertigen. Alternativ kommt eine Aufrechnung in Betracht.

Rücktritt bei Unmöglichkeit der Nacherfüllung BGH, Urt. v. 11.12.2019 - VIII ZR 361/18

Prof. Dr. Michael Jaensch

A. Problemstellung

Entspricht die Kaufsache nicht der vereinbarten Beschaffenheit, liegt ein Sachmangel nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB vor. Die Beschaffenheitsvereinbarung ist nach der Rechtsprechung zweischneidig. Zum einen vertritt der BGH einen weiten Beschaffenheitsbegriff, der alle Faktoren betrifft, die der Sache selbst anhaften, aber auch alle Beziehungen der Sache zur Umwelt umfasst, die nach der Verkehrsauffassung Einfluss auf deren Wertschätzung haben.¹ Hingegen nimmt er eine Vereinbarung nur in eindeutigen Fällen an, da diese den Willen des Verkäufers erfordere, für die Folgen der fehlenden Beschaffenheit einzustehen.² Diese extensiv-restriktive Anwendung führt in der Praxis zu Unsicherheiten.

Zur Nacherfüllung kann der Käufer nach seiner Wahl gem. § 439 Abs. 1 BGB Mangelbeseitigung oder Neulieferung verlangen. Nach Auffassung des BGH ist der Käufer an seine Wahl nicht gebunden und kann sich umentscheiden (*ius variandi*).³ Das Wahlrecht hat Auswirkungen auf den Übergang zu den weiteren sekundären Rechtsbehelfen. Möchte

der Käufer wegen des Mangels zurücktreten, muss er dem Verkäufer für die gewählte Art der Nacherfüllung eine angemessene Frist setzen, § 323 Abs. 1 BGB. Die Frist ist nach § 326 Abs. 5 BGB nur dann entbehrlich, wenn beide Arten der Nacherfüllung unmöglich sind.⁴ Eine Begründung hierfür stand bisher aus.

Der Rücktritt ist gem. § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB ausgeschlossen, sofern die Pflichtverletzung unerheblich ist. Feststellungen hierzu erfordern eine umfassende Interessenabwägung im Einzelfall, zu der die folgenden Grundsätze als Richtschnur dienen. Behebbarer Mängel sind i.d.R. erheblich, wenn die Kosten der Mangelbeseitigung 5 % des Kaufpreises überschreiten.⁵ Bei unbehebbarer Mängel ist auf die Einschränkung der Funktionstüchtigkeit der Sache abzustellen.⁶ Die Abweichung von einer Beschaffenheitsvereinbarung indiziert die Erheblichkeit der Pflichtverletzung.⁷ Hat der Verkäufer einen an sich unerheblichen Mangel arglistig verschwiegen, mag dies die Erheblichkeit der Pflichtverletzung begründen.⁸

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Kläger erwarb vom Beklagten einen gebrauchten BMW inklusive gebrauchter Winterräder auf Alufelgen, deren Betriebserlaubnis nachzureichen war. Nachdem er dem Beklagten erfolglos eine Frist zur Aushändigung der Betriebserlaubnis gesetzt hatte, erklärte er den Rücktritt. Der Kläger hat seine Klage zunächst mit dem wegen anderweitiger Mängel erklärten Rücktritt begründet und ist damit in den unteren Instanzen gescheitert. In der Revision hat er sich nur noch auf die fehlende Betriebserlaubnis gestützt. Der BGH hat der Revision stattgegeben und die Sache zurückverwiesen.

I. Der Gerichtshof bejaht zwar das Vorliegen eines Sachmangels, weist jedoch die Begründung der Berufungsinstanz zurück. Das Oberlandesgericht hatte aufgrund der fehlenden Betriebserlaubnis für die Felgen unausgesprochen einen Sachmangel aufgrund § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB angenommen, und zwar unabhängig davon, ob die Montage der Reifen sich auf die Betriebserlaubnis des Pkw auswirkt. Dem erwidert der BGH, ein Pkw eigne sich bereits zur Verwendung, wenn die Betriebserlaubnis für den Pkw vorliegt. Es bedürfe einer Begründung, warum

1 BGH, Urt. v. 15.06.2016 - VIII ZR 134/15 Rn. 10.

2 BGH, Urt. v. 20.03.2019 - VIII ZR 213/18 Rn. 22.

3 BGH, Urt. v. 24.10.2018 - VIII ZR 66/17 Rn. 43.

4 BGH, Urt. v. 07.06.2006 - VIII ZR 209/05 Rn. 17.

5 BGH, Urt. v. 28.05.2014 - VIII ZR 94/13 Rn. 17, 30.

6 BGH, Urt. v. 29.06.2011 - VIII ZR 202/10 Rn. 21.

7 BGH, Urt. v. 17.02.2010 - VIII ZR 70/07 Rn. 23.

8 BGH, Urt. v. 24.03.2006 - V ZR 173/05 Rn. 12.

der Käufer erwarten könne, es liege die Betriebserlaubnis für eingebaute Teile vor, sofern diese keine Auswirkung auf die Betriebserlaubnis für den Pkw hat. Denn fehle die Betriebserlaubnis für die Felgen, erlösche die Betriebserlaubnis für das Fahrzeug nach § 19 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 StVZO nur dann, wenn dies mit einem gewissen Grad an Wahrscheinlichkeit eine Gefährdung für andere Verkehrsteilnehmer verursacht; Feststellungen hierzu habe das Berufungsgericht unterlassen. Gemäß BGH liege ein Mangel hingegen wegen der Abweichung von einer Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB vor. Aufgrund des weiten Beschaffenheitsbegriffs wirke sich die Vereinbarung, gemäß der die Felgen über eine Betriebserlaubnis verfügen, auf die Beschaffenheit des Fahrzeugs aus.

II. Das Berufungsgericht habe mit unzureichender Begründung angenommen, eine angemessene Frist zur Nacherfüllung sei gem. § 326 Abs. 5 BGB entbehrlich, da es lediglich auf die Unmöglichkeit zur Herstellung der Betriebserlaubnis für die Felgen abgestellt hat. Es sei nur dann von der Frist abzusehen, wenn beide Arten der Nacherfüllung unmöglich sind. Der Käufer sei an seine Wahl nicht gebunden und könne auf die andere Art übergehen, sodass eine Frist nur entbehrlich sei, wenn auch die Lieferung einer mangelfreien Sache unmöglich ist. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass nach Willen der Parteien eine Nachlieferung von gleichartigen und gleichwertigen Felgen mit Betriebserlaubnis in Betracht käme. Dies könne selbst bei einem Stückkauf gebrauchter Sachen der Fall sein, sofern der Verkäufer eine Beschaffungspflicht übernommen hat. Das Berufungsgericht habe versäumt festzustellen, ob die Felgen nach Willen der Parteien bei Vertragsschluss austauschbar waren. Dabei seien technische und optische Merkmale ebenso zu berücksichtigen wie die Auswirkung auf die Betriebserlaubnis des Fahrzeugs.

III. Fehlerhaft sei zudem die Annahme, die fehlende Zulassung der Felgen stelle eine unerhebliche Pflichtverletzung nach § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB dar, da der Kläger die Winterreifen auf gleichartige zugelassene Felgen aufziehen könne. Denn sollte sich herausstellen, dass die fehlende Zulassung der Felgen zum Wegfall der Betriebserlaubnis des Pkw führt, müsste in die gebotene Interessenabwägung einfließen, dass eine erloschene Betriebserlaubnis nicht wieder auflebt, wenn die Felgen demontiert werden, sondern neu zu beantragen ist. Auch indiziere die Beschaffenheitsvereinbarung, gemäß dem die Felgen über eine Zulassung verfügen, die erhebliche Pflichtverletzung. Das Indiz könnte entkräftet werden, wenn die fehlende Zulassung der Felgen keine Gefährdung von Verkehrsteilnehmern erwarten lässt. Arglist des Verkäufers könne eine erhebliche Pflichtver-

letzung begründen. Grobe Fahrlässigkeit allein genüge hierzu hingegen nicht. Ein grob fahrlässiges Verkennen des Mangels durch den Käufer habe keinerlei Einfluss auf die Erheblichkeitsschwelle.

C. Bewertung

Der BGH baut seine Rechtsprechung zur Beschaffenheitsvereinbarung sowie zur Unmöglichkeit der Nacherfüllung und Erheblichkeit der Pflichtverletzung bei Rücktritt aus. Auch wenn dem Urteil im Ergebnis zuzustimmen ist, fordern die Begründungen zu Kritik heraus.

I. Der Rücktritt erfordert nach § 437 Nr. 2, § 326 Abs. 5 BGB nur dann keine Fristsetzung, wenn beide Arten der Nacherfüllung unmöglich sind. Entgegen der Auffassung des BGH ergibt sich dies weder aus dem Wortlaut „Leistungspflicht“ (was sich auf die amtliche Überschrift von § 275 BGB bezieht) noch aus der Natur des Wahlrechts als *ius variandi*. Der Gerichtshof scheint davon auszugehen, der Käufer könne die unmögliche Art der Nacherfüllung wählen und sei sodann frei, seine getroffene Wahl zu ändern. Der Anspruch ist aufgrund § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, „soweit“ die Leistung unmöglich wird. Daher entfällt bei Unmöglichkeit einer Art der Nacherfüllung das Wahlrecht, sodass sich der Nacherfüllungsanspruch auf die andere Art konkretisiert.⁹ Auf ein *ius variandi* kommt es nicht an. Der Käufer muss eine Frist zur einzig möglichen Art der Nacherfüllung setzen, um nach deren erfolglosem Ablauf nach § 323 Abs. 1 BGB zurücktreten zu können. Nur wenn beide Arten der Nacherfüllung unmöglich sind, entfällt die Leistungspflicht nach § 275 Abs. 1 BGB und das Rücktrittsrecht nach § 326 Abs. 5 BGB entsteht. Zu begrüßen ist, dass der BGH für die mögliche Neulieferung entscheidend auf die Übernahme einer Beschaffungspflicht abstellt. Auf die kritikwürdige Rechtsprechung, Nachlieferung sei auch bei Stückschuld möglich, kommt es nicht mehr an. Übernimmt der Verkäufer die Beschaffungspflicht, ist eine Gattungsschuld vereinbart.¹⁰

II. Zutreffend nimmt der Gerichtshof eine Beschaffenheitsvereinbarung an. Er konzentriert sich dabei auf den weiten Beschaffenheitsbegriff und stellt ohne Begründung fest, der Verkäufer wolle für das Bestehen der Betriebserlaubnis der Felgen einstehen. Letzteres mag verwundern. Denn unter Hinweis auf den wegen § 476 BGB halbzwingenden Charakter der Gewährleistung nimmt er in ständiger Rechtsprechung eine Vereinbarung nur unter strengen Anforderungen in eindeutigen Fällen an, sofern der Verkäufer gewillt ist, für

9 Vgl. Pammler in: jurisPK BGB, 9. Aufl. 2020, § 275 Rn. 135; Saenger in: Schulze, BGB, 10. Aufl. 2019, § 439 Rn. 12.

10 So bereits Ackermann, JZ 2003, 1154, 1156.

die Folgen der fehlenden Beschaffenheit einzustehen.¹¹ Diese restriktive Handhabung hat er stillschweigend auf sonstige Kaufverträge übertragen.¹² Der BGH stellt damit die Beschaffenheitsvereinbarung der Garantie (§ 444 BGB) annähernd gleich. Dies widerspricht der im Gesetz angelegten Unterscheidung der beiden Rechtsinstitute sowie den Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, der diese strengen Anforderungen nicht zu entnehmen sind. Die abweichende Einschätzung der Vorinstanzen zeigt die aufgrund der Gleichstellung entstehenden Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen der konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung und dem Mangel nach § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB, was zu befürchten war.¹³ Richtigerweise ist ein Einstandswille nur für die Garantie, nicht hingegen für die Beschaffenheitsvereinbarung erforderlich.

III. Schließlich ist dem BGH auch darin zu widersprechen, das arglistige Verschweigen des Mangels durch den Verkäufer könne eine unerhebliche Pflichtverletzung i.S.v. § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB erheblich werden lassen. Der Käufer ist durch die Anfechtung (§ 123 BGB), die verlängerte Verjährung (§ 438 Abs. 3 BGB) und das sofortige Rücktrittsrecht aufgrund unzumutbarer Nacherfüllung (§ 440 Satz 1 BGB) hinreichend vor einem arglistigen Verhalten des Verkäufers geschützt.¹⁴ Die arglistige Täuschung verletzt eine vorvertragliche, nicht-leistungsbezogene Nebenpflicht und führt daher nicht zur Verletzung einer Leistungspflicht, die Gegenstand von § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB ist.¹⁵ Schließlich führt die Auffassung des BGH zu Unstimmigkeiten in der Beweislastverteilung, denn nach § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB hat der Verkäufer zu beweisen, dass die Pflichtverletzung

unerheblich ist. Demnach hätte er auch zu beweisen, nicht arglistig gehandelt zu haben.¹⁶

D. Auswirkungen für die Praxis

Die vom BGH bestätigten Grundsätze lassen sich auf den Schadensersatz statt der (ganzen) Leistung übertragen. Für den Übergang zum Schadensersatz statt der Leistung ohne Fristsetzung ist es nach § 283 Satz 1 BGB erforderlich, dass beide Arten der Nacherfüllung unmöglich sind. Die Erheblichkeitsschwelle für den Schadensersatz statt der ganzen Leistung nach § 281 Abs. 1 Satz 3 BGB bestimmt sich nach den gleichen Grundsätzen, die für § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB entwickelt worden sind. Die extensiv-restriktive Rechtsprechung zur Beschaffenheitsvereinbarung wird auch zukünftig zu Abgrenzungsproblemen führen. Insbesondere gilt es für den Verkäufer zu beachten, dass der BGH einen vertraglichen Gewährleistungsausschluss restriktiv dahin gehend auslegt, dass er eine Beschaffenheitsvereinbarung nicht umfasst.¹⁷

11 BGH, Urt. v. 29.06.2016 - VIII ZR 191/15 Rn. 35 f.; BGH, Urt. v. 12.03.2008 - VIII ZR 253/05 Rn. 13.

12 BGH, Urt. v. 20.03.2019 - VIII ZR 213/18 Rn. 22; BGH, Urt. v. 27.09.2017 - VIII ZR 271/16 Rn. 18; BGH, Urt. v. 26.04.2017 - VIII ZR 80/16 Rn. 13.

13 Jaensch, jM 2019, 90, 94 f.

14 Lorenz, NJW 2006, 1925, 1926 f.

15 Lorenz, NJW 2006, 1925, 1926.

16 Lorenz, NJW 2006, 1925, 1927.

17 BGH, Urt. v. 29.11.2006 - VIII ZR 92/06 Rn. 31, seither in ständiger Rechtsprechung, s. BGH, Urt. v. 09.02.2018 - V ZR 274/16 Rn. 22; kritisch hierzu Jaensch, jM 2019, 90, 92 ff.

Arbeitsrecht

Der Entgeltfortzahlungsanspruch im arbeitsgerichtlichen Verfahren Neues zum Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

VRiArbG Dr. Jochen Sievers

A. Einleitung

Nicht immer bekommt derjenige Recht, der tatsächlich Recht hat. Für den Ausgang eines Rechtsstreits ist oft von entscheidender Bedeutung, wen die Darlegungs- und Beweislast trifft. Für den Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall hat das BAG ein ausdifferenziertes System entwickelt, das in der Praxis nicht immer leicht zu handha-

ben ist. Der Beitrag stellt die aktuelle Rechtsprechung dar, die insbesondere zu dem praktisch relevanten Grundsatz der Einheit des Verhinderungsfalls jüngst weiterentwickelt worden ist. Darüber hinaus wird aufgezeigt, dass der hohe Beweiswert, der der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zugemessen wird, in Zukunft nur noch eingeschränkt gelten kann. Die Zunahme und stärkere rechtliche Akzeptanz der

Fernbehandlung erfordert eine Neubewertung der bisherigen Annahmen.

B. Die Voraussetzungen des Entgeltfortzahlungsanspruchs

I. Überblick

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

Danach besteht ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, wenn

- ein Arbeitsverhältnis vorliegt;
- eine Krankheit des Arbeitnehmers gegeben ist, die zu seiner Arbeitsunfähigkeit führt;
- die Arbeitsunfähigkeit die alleinige Ursache dafür ist, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nicht erbringt;
- kein Verschulden des Arbeitnehmers gegeben ist;
- die Wartezeit (§ 3 Abs. 3 EFZG) erfüllt ist,
- der sechswöchige Anspruchshöchstzeitraum nicht erschöpft ist.

II. Die Begrenzung des Anspruchs durch den Grundsatz der Einheit des Verhinderungsfalls und die Regelung zur Fortsetzungserkrankung

Zu beachten ist, dass grds. zwei verschiedene Krankheiten zu jeweils eigenständigen Entgeltfortzahlungsansprüchen führen. Ein mehrfach arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer kann somit deutlich länger als sechs Wochen Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall beanspruchen.

Die Aussage, dass zwei verschiedene Krankheiten einen jeweils eigenständigen Entgeltfortzahlungsanspruch begründen, gilt allerdings nicht uneingeschränkt. Der Anspruch ist auf sechs Wochen begrenzt, wenn der (ungeschriebene) Grundsatz der Einheit des Verhinderungsfalls greift. Darüber hinaus entsteht bei einer Fortsetzungserkrankung nach § 3 Abs. 1 Satz 2 EFZG ein neuer Entgeltfortzahlungsanspruch nur bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen.

Der Grundsatz der Einheit des Verhinderungsfalls besagt, dass der Anspruch des Arbeitnehmers auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall auch dann auf sechs Wochen beschränkt ist, wenn während bestehender Arbeitsunfähigkeit eine neue Krankheit hinzutritt, die ebenfalls zur Arbeitsunfähigkeit führt. Ein neuer Entgeltfortzahlungsanspruch entsteht nur, wenn die erste krankheitsbedingte Arbeitsverhinderung bereits in dem Zeitpunkt beendet war,

in dem die weitere Erkrankung zu einer erneuten Arbeitsverhinderung führt.¹

Dem Grundsatz liegt die Erwägung zugrunde, dass die Sechs-Wochen-Frist, innerhalb derer der Arbeitnehmer in Abweichung vom allgemeinen Schuldrecht aus sozialen Gründen das Arbeitsentgelt trotz Nichtleistung der Arbeit erhalten soll, nicht an die Krankheit (in der früheren Begrifflichkeit: das Unglück), sondern an die Arbeitsverhinderung anknüpft und es deshalb nicht darauf ankommt, ob den Arbeitnehmer während einer krankheitsbedingten Arbeitsverhinderung „ein neues Unglück trifft“, das seinerseits zu einer Arbeitsverhinderung geführt hätte, wenn eine solche nicht bereits aufgrund des früheren Unglücks (der früheren Krankheit) bestanden hätte.²

Der Grundsatz der Einheit des Verhinderungsfalls betrifft eine der Voraussetzungen des Anspruchs auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Er ist systematisch § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG zuzuordnen. Er ist immer dann in Betracht zu ziehen, wenn sich der Arbeitnehmer in unmittelbarem Anschluss an den ausgeschöpften Sechs-Wochen-Zeitraum des § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG erneut mit einer Erstbescheinigung arbeitsunfähig krank meldet.³

Im Unterschied dazu handelt es sich bei der in § 3 Abs. 1 Satz 2 EFZG geregelten Fortsetzungserkrankung um eine durch Gesetz zugunsten des Arbeitgebers getroffene Ausnahmeregelung von dem allgemeinen Grundsatz der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Die zur Fortsetzungserkrankung getroffene Regelung knüpft an den Begriff der Krankheit an. Maßgeblich ist, ob dieselbe oder eine andere Krankheit vorliegt. Anders als beim Grundsatz der Einheit des Verhinderungsfalls kommt es nicht darauf an, ob sich die beiden Erkrankungen zeitlich überschneiden.⁴

Diese systematische Abgrenzung hat enorme praktische Bedeutung, weil sie sich entscheidend auf die Beweislastverteilung auswirkt.

C. Darlegungs- und Beweislast

Nach allgemeinen Grundsätzen zur Beweislastverteilung trägt jede Partei die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass der Tatbestand der ihr günstigen Rechtsnorm erfüllt ist. Wer eine Rechtsfolge für sich in Anspruch nimmt, hat

1 BAG, Urt. v. 11.12.2019 - 5 AZR 505/18; BAG, Urt. v. 25.05.2016 - 5 AZR 318/15; BAG, Urt. v. 13.07.2005 - 5 AZR 389/04.

2 BAG, Urt. v. 25.05.2016 - 5 AZR 318/15.

3 BAG, Urt. v. 11.12.2019 - 5 AZR 505/18; BAG, Urt. v. 25.05.2016 - 5 AZR 318/15.

4 BAG, Urt. v. 11.12.2019 - 5 AZR 505/18; BAG, Urt. v. 25.05.2016 - 5 AZR 318/15.

die rechtsbegründenden und rechtserhaltenden Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, der Gegner die rechtshindernden, rechtsvernichtenden und rechtshemmenden.⁵

I. Überblick

Daraus folgt für die Beweislast, dass der Arbeitnehmer die Anspruchsvoraussetzungen darzulegen und ggf. zu beweisen hat.⁶ Er muss darlegen und ggf. beweisen,

- dass ein Arbeitsverhältnis vorliegt;
- dass eine Krankheit gegeben ist, die zu seiner Arbeitsunfähigkeit führt;
- wann die Arbeitsunfähigkeit begonnen und geendet hat;
- dass die Voraussetzungen des Bestehens eines einheitlichen Verhinderungsfalls nicht gegeben sind;
- die Arbeitsunfähigkeit die alleinige Ursache dafür ist, dass er seine Arbeitsleistung nicht erbringt;
- die Wartezeit erfüllt ist.

Dagegen hat der Arbeitgeber zu beweisen, dass die Arbeitsunfähigkeit selbst verschuldet ist.

Für die Fortsetzungserkrankung gilt, dass der Arbeitnehmer das Nichtvorliegen einer Fortsetzungserkrankung darlegen muss. Die objektive Beweislast liegt allerdings beim Arbeitgeber; er hat die Folgen der Nichterweislichkeit einer Fortsetzungserkrankung zu tragen.⁷

II. Konkrete Folgerungen

1. Einheit des Verhinderungsfalls

Der Arbeitnehmer ist nicht nur für die Tatsache der Arbeitsunfähigkeit als solcher beweispflichtig. Ihn trifft auch für deren Beginn und Ende die objektive Beweislast. Meldet sich der Arbeitnehmer in unmittelbarem Anschluss an den ausgeschöpften Sechs-Wochen-Zeitraum des § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG erneut mit einer Erstbescheinigung arbeitsunfähig krank und bestreitet der Arbeitgeber unter Berufung auf den Grundsatz der Einheit des Verhinderungsfalls, dass Arbeitsunfähigkeit infolge der „neuen“ Krankheit erst jetzt eingetreten sei, hat der Arbeitnehmer als anspruchsbegründende Tatsache darzulegen und im Streitfall zu beweisen, dass die neue Arbeitsunfähigkeit erst zu einem Zeitpunkt eingetreten ist, zu dem die erste krankheitsbedingte Arbeitsverhinderung bereits beendet war. Der Arbeitnehmer ist mit anderen Worten darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass seine bisherige Erkrankung bei Eintritt der mit neuer Erstbescheinigung attestierten Arbeitsverhinderung keine Arbeitsunfähigkeit mehr ausgelöst hat.⁸

Das BAG formuliert dahin gehend, dass sich der Arbeitnehmer für die Darlegung und den Nachweis von Beginn und Ende einer auf einer bestimmten Krankheit beruhenden

Arbeitsunfähigkeit zunächst auf die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung stützen kann.⁹ In der gleichen Entscheidung hat der 5. Senat allerdings ausdrücklich offengelassen, ob sich der einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung allgemein zuerkannte hohe Beweiswert überhaupt auf die Tatsache bezieht, dass die Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers am letzten Tag der Bescheinigung endet, und welche Bedeutung in diesem Zusammenhang der nach § 5 Abs. 4 Satz 3 der Richtlinie über die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit und die Maßnahmen der stufenweisen Wiedereingliederung (Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie) i.d.F. des Beschlusses vom 20.10.2016¹⁰ bestehenden Möglichkeit zukommt, eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung als „Endbescheinigung“ zu kennzeichnen, wenn zum Zeitpunkt ihrer Ausstellung bereits sicher eingeschätzt werden kann, dass die Arbeitsunfähigkeit mit Ablauf des bescheinigten Zeitraums enden wird.¹¹

Die beiden Aussagen sind widersprüchlich. Sollte sich der Beweiswert nicht auf die Tatsache beziehen, dass die Arbeitsverhinderung am letzten Tag der Bescheinigung endet, könnte die Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht für den Nachweis des Endes einer auf einer bestimmten Krankheit beruhenden Arbeitsunfähigkeit genügen.

Der Widerspruch löst sich auf, wenn in Bezug auf den Beweiswert genau unterschieden wird, welcher Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung welche Funktion zukommt. Den Beweis, dass die neue Arbeitsunfähigkeit erst zu einem Zeitpunkt eingetreten ist, zu dem die erste krankheitsbedingte Arbeitsverhinderung bereits beendet war, führt der Arbeitnehmer nicht mit der für den früheren Zeitraum ausgestellten (älteren) Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung. Vielmehr ist grds. bei Vorlage einer neuen Erstbescheinigung aufgrund des Beweiswerts der neuen Bescheinigung anzunehmen, dass eine neue Krankheit vorliegt, die eingetreten ist, als die vorherige krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit bereits beendet war. Hiervon geht auch das BAG aus, wenn es ausführt, dass der Beweiswert der dem Arbeitnehmer hinsichtlich der „neuen“ Krankheit ausgestellten „Erstbescheinigung“ unter bestimmten Voraussetzungen erschüttert sein kann.¹² Diese Aussage impliziert, dass der neuen

5 Greger in: Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, vor § 284 ZPO Rn. 17a.

6 BAG, Ur t. v. 11.12.2019 - 5 AZR 505/18; BAG, Ur t. v. 25.05.2016 - 5 AZR 318/15.

7 BAG, Ur t. v. 25.05.2016 - 5 AZR 318/15; BAG, Ur t. v. 13.07.2005 - 5 AZR 389/04.

8 BAG, Ur t. v. 11.12.2019 - 5 AZR 505/18 Rn. 16.

9 BAG, Ur t. v. 11.12.2019 - 5 AZR 505/18 Rn. 19.

10 BAnz AT 23.12.2016 B5.

11 BAG, Ur t. v. 11.12.2019 - 5 AZR 505/18 Rn. 28.

12 BAG, Ur t. v. 11.12.2019 - 5 AZR 505/18 Rn. 19.

Erstbescheinigung zunächst ein hoher Beweiswert zukommt. Auf die ältere Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung kommt es nur insoweit an, als sie zeitlich nicht unmittelbar vor dem Beginn der neuen Bescheinigung enden darf. Ist dies gleichwohl der Fall, ergibt sich schon aus den vom Arbeitnehmer vorgelegten ärztlichen Bescheinigungen, dass ein einheitlicher Verhinderungsfall gegeben ist.

Hat der Arbeitnehmer ausreichend vorgetragen, ist es Sache des Arbeitgebers, Indizien für das Vorliegen eines einheitlichen Verhinderungsfalls vorzutragen. Hierzu hat der 5. Senat jüngst neue Grundsätze entwickelt. Diese berücksichtigen, dass der Arbeitgeber keine Kenntnis von den Krankheitsursachen hat und kaum in der Lage ist, belastbare Indiztatsachen für das Vorliegen eines einheitlichen Verhinderungsfalls vorzutragen. Seiner Unkenntnis von den Krankheitsursachen ist bei der Darlegungs- und Beweislast dahin gehend angemessen Rechnung zu tragen, dass ihm Erleichterungen zuzubilligen sind.¹³ Vor diesem Hintergrund besteht ein hinreichend gewichtiges Indiz für das Vorliegen eines einheitlichen Verhinderungsfalls regelmäßig dann, wenn sich an eine „erste“ Arbeitsverhinderung in engem zeitlichen Zusammenhang eine dem Arbeitnehmer im Wege der „Erstbescheinigung“ attestierte weitere Arbeitsunfähigkeit dergestalt anschließt, dass die bescheinigten Arbeitsverhinderungen zeitlich entweder unmittelbar aufeinanderfolgen oder dass zwischen ihnen lediglich ein für den erkrankten Arbeitnehmer arbeitsfreier Tag oder ein arbeitsfreies Wochenende liegt.¹⁴

Mit dieser Aussage ist das BAG nicht von dem Erfordernis der ununterbrochenen Arbeitsunfähigkeit abgewichen. Der 5. Senat hat ausgeführt, dass bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen ein einheitlicher Verhinderungsfall regelmäßig hinreichend indiziert ist.¹⁵ Damit hat der 5. Senat eine Aussage zur Darlegungs- und Beweislast getroffen. Davon unberührt ist, dass die Arbeitsunfähigkeit ununterbrochen gegeben sein muss. Eine ununterbrochene Arbeitsunfähigkeit ist auch dann indiziert, wenn zwischen zwei Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen ein arbeitsfreies Wochenende liegt.

Bringt der Arbeitgeber gewichtige Indizien dafür vor, dass sich die Erkrankungen, hinsichtlich derer dem Arbeitnehmer jeweils Arbeitsunfähigkeit attestiert worden ist, überschneiden (und beweist er sie ggf.), so ist – wie bereits ausgeführt – nach der Rechtsprechung des BAG der Beweiswert der dem Arbeitnehmer hinsichtlich der „neuen“ Krankheit ausgestellten „Erstbescheinigung“ erschüttert.¹⁶ Der Arbeitnehmer muss nunmehr seine Behauptung, es lägen voneinander zu trennende Verhinderungsfälle vor, durch konkreten Vortrag zu den Krankheitsursachen sowie zum Ende bzw. Beginn der jeweiligen Arbeitsunfähigkeit präzisieren und hierfür ggf. vollen Beweis erbringen. Dafür

steht ihm das Zeugnis des behandelnden Arztes als Beweismittel zur Verfügung.¹⁷

Von einer Erschütterung des Beweiswertes der neuen Erstbescheinigung soll nach der Rechtsprechung des BAG auch dann auszugehen sein, wenn unstreitig ist, dass sich die Erkrankungen überschneiden.¹⁸ Diese Aussage ist nicht recht verständlich. Wenn dies unstreitig ist, greift der Grundsatz der Einheit des Verhinderungsfalls. Eine weitere Darlegung und Beweisführung des Arbeitnehmers, dass sich die Erkrankungen zeitlich nicht überlappen, ist nicht möglich.

2. Wartezeit (Abs. 3)

Der Arbeitnehmer ist für die Erfüllung der vierwöchigen Wartezeit darlegungs- und beweispflichtig, weil es sich um eine anspruchsbegründende Tatsache handelt.¹⁹

3. Alleinige Ursache

Gleiches gilt für die Kausalität.²⁰ Insoweit ist die Darlegungs- und Beweislast jedoch abgestuft. Ohne nähere gegenteilige Anhaltspunkte ist von einer Kausalität auszugehen. Der Arbeitgeber muss zunächst konkrete Umstände darlegen, die gegen eine Kausalität sprechen. Erst wenn dies erfolgt ist, ist es Sache des Arbeitnehmers, den Vortrag des Arbeitgebers zu widerlegen.

Der Arbeitnehmer muss daher im Regelfall nicht gesondert vortragen, er sei während der Zeit der Arbeitsunfähigkeit arbeitswillig gewesen. Ist er seiner Arbeitspflicht stets nachgekommen, kann vorausgesetzt werden, dass er weiterhin arbeitswillig war. Nur wenn er schon längere Zeit unentschuldig gefehlt hat, muss er konkrete Tatsachen darlegen und beweisen, aus denen sich sein Arbeitswille ableiten lässt.²¹

4. Verschulden

Beruft sich der Arbeitgeber auf ein Verschulden des Arbeitnehmers, macht er eine anspruchshindernde Einwendung geltend, für die er darlegungs- und beweispflichtig ist.²² Da

13 BAG, Urt. v. 11.12.2019 - 5 AZR 505/18 Rn. 20.

14 BAG, Urt. v. 11.12.2019 - 5 AZR 505/18 Rn. 21.

15 BAG, Urt. v. 11.12.2019 - 5 AZR 505/18 Rn. 21.

16 BAG, Urt. v. 11.12.2019 - 5 AZR 505/18 Rn. 19.

17 BAG, Urt. v. 11.12.2019 - 5 AZR 505/18 Rn. 19; BAG, Urt. v. 25.05.2016 - 5 AZR 318/15.

18 BAG, Urt. v. 11.12.2019 - 5 AZR 505/18 Rn. 19.

19 Vogelsang, Entgeltfortzahlung, 2003, Rn. 65.

20 Vogelsang, Entgeltfortzahlung, 2003, Rn. 122; Schmitt in: Schmitt, EFZG, 8. Aufl. 2018, § 3 EFZG Rn. 121.

21 BAG, Urt. v. 04.12.2002 - 5 AZR 494/01; BAG, Urt. v. 20.03.1985 - 5 AZR 229/83; LArbG Köln, Urt. v. 27.01.2012 - 4 Sa 1248/11.

22 BAG, Urt. v. 18.03.2015 - 10 AZR 99/14; BAG, Urt. v. 27.05.1992 - 5 AZR 297/91; BAG, Urt. v. 07.08.1991 - 5 AZR 410/90.

der Arbeitgeber regelmäßig die Gründe, die zur Arbeitsunfähigkeit geführt haben, nicht kennt, ist des Arbeitnehmers gehalten, an der Aufklärung aller für die Entstehung der Krankheit erheblichen Umstände mitzuwirken.²³ Kommt er dieser Obliegenheit nicht nach, ist der Beweis des Verschuldens durch den Arbeitgeber als erbracht anzusehen.²⁴

5. Fortsetzungserkrankung

Für das Bestehen einer Fortsetzungserkrankung nach § 3 Abs. 1 Satz 2 EFZG hat den Arbeitgeber nach früherer Ansicht des BAG die Darlegungs- und Beweislast getroffen.²⁵ Diese Rechtsprechung hat der 5. Senat des BAG mit der Entscheidung vom 13.07.2005 aufgegeben.²⁶ Nunmehr ist im Bereich der Fortsetzungserkrankung zwischen der Darlegungslast, die beim Arbeitnehmer angesiedelt ist, und der objektiven Beweislast, die den Arbeitgeber trifft, zu unterscheiden.

Maßgeblich hierfür ist auch hier die Überlegung, dass der Arbeitgeber kaum in der Lage ist, das Bestehen einer Fortsetzungserkrankung darzulegen, weil er über die Ursachen der Arbeitsunfähigkeit durch die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen nicht unterrichtet wird. Zwar kann er nach § 69 Abs. 4 SGB X bei der zuständigen Krankenkasse nachfragen, ob eine Fortsetzungserkrankung vorliegt. Diese Vorschrift greift jedoch nicht bei Arbeitnehmern, die nicht in einer gesetzlichen Krankenkasse versichert sind. Hinzu kommt, dass für den Arbeitgeber keine Möglichkeit besteht, die wertende Mitteilung der Krankenkasse zu überprüfen.

Der Unkenntnis des Arbeitgebers von den Krankheitsursachen ist bei der Verteilung der Darlegungslast zum Bestehen einer Fortsetzungserkrankung Rechnung zu tragen. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer gem. § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit zunächst einen Entgeltfortzahlungsanspruch von sechs Wochen hat. Die Darlegungs- und Beweislast für die Anspruchsvoraussetzungen des § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG trägt dabei – wie dargelegt – der Arbeitnehmer. Er genügt nach bisheriger Rechtsprechung seiner Darlegungs- und Beweislast gem. § 5 Abs. 1 EFZG regelmäßig durch die Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung.

Ist der Arbeitnehmer jedoch innerhalb der Zeiträume des § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, 2 EFZG länger als sechs Wochen arbeitsunfähig, ist die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht ausreichend, weil sie keine Angaben zum Bestehen einer Fortsetzungserkrankung enthält. Der Arbeitnehmer muss deshalb darlegen, dass keine Fortsetzungserkrankung vorliegt. Hierzu kann er eine ärztliche Bescheinigung vorlegen. Bestreitet der Arbeitgeber das Vorliegen einer

neuen Krankheit, obliegt dem Arbeitnehmer die Darlegung der Tatsachen, die den Schluss erlauben, es habe keine Fortsetzungserkrankung vorgelegen. Dabei hat der Arbeitnehmer den Arzt von der Schweigepflicht zu entbinden. Die Folgen der Nichterweislichkeit einer Fortsetzungserkrankung sind allerdings vom Arbeitgeber zu tragen, denn nach der sprachlichen Fassung des § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, 2 EFZG trifft den Arbeitgeber die objektive Beweislast.²⁷

D. Der umgekehrte Fall: Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers im Anschluss an eine bescheinigte Arbeitsunfähigkeit

Die Aussage des BAG, dass der Arbeitnehmer Beginn und Ende einer auf einer bestimmten Krankheit beruhenden Arbeitsunfähigkeit darzulegen und zu beweisen habe,²⁸ bezieht sich nur auf Fälle, in denen der Arbeitnehmer einen Entgeltfortzahlungsanspruch geltend macht. Sie gilt nicht, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nach Ablauf einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht beschäftigt, weil er annimmt, dass der Arbeitnehmer weiterhin arbeitsunfähig sei.

In solchen Fällen geht es regelmäßig um die Frage, ob sich der Arbeitgeber in Annahmeverzug befindet, weil er ein Arbeitsangebot des Arbeitnehmers nicht angenommen hat. Tritt der Arbeitgeber einem solchen Anspruch mit der Behauptung entgegen, der vormals arbeitsunfähige Arbeitnehmer sei im maßgeblichen Annahmeverzugszeitraum weiterhin infolge Krankheit an der Arbeitsleistung gehindert gewesen, beruft er sich auf ein Unvermögen i.S.v. § 297 BGB. Nach dieser Bestimmung kommt der Gläubiger nicht in Verzug, wenn der Schuldner zur Zeit des Angebots oder im Fall des § 296 BGB zu der für die Handlung des Gläubigers bestimmten Zeit außerstande ist, die Leistung zu bewirken. Die sprachliche Fassung von § 297 BGB gibt damit vor, dass der Arbeitgeber eine Einwendung erhebt, wenn er gegenüber einem Anspruch aus Annahmeverzug geltend macht, eine vor dem Streitzeit-

23 BAG, Urt. v. 27.05.1992 - 5 AZR 297/91; BAG, Urt. v. 07.08.1991 - 5 AZR 410/90.

24 BAG, Urt. v. 18.03.2015 - 10 AZR 99/14; Vogelsang, Entgeltfortzahlung, 2003, Rn. 159.

25 BAG, Urt. v. 19.03.1986 - 5 AZR 86/85; BAG, Urt. v. 04.12.1985 - 5 AZR 656/84.

26 BAG, Urt. v. 13.07.2005 - 5 AZR 389/04. Vgl. auch BAG, Urt. v. 26.10.2016 - 5 AZR 167/16; BAG, Urt. v. 25.05.2016 - 5 AZR 318/15.

27 BAG, Urt. v. 11.12.2019 - 5 AZR 505/18; BAG, Urt. v. 26.10.2016 - 5 AZR 167/16; BAG, Urt. v. 25.05.2016 - 5 AZR 318/15; BAG, Urt. v. 13.07.2005 - 5 AZR 389/04.

28 BAG, Urt. v. 11.12.2019 - 5 AZR 505/18 Rn. 16; vgl. oben unter C. I.

raum bestehende Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers habe nicht vor diesem geendet, sondern fortbestanden. Für die tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Einwendung trägt der Arbeitgeber als Gläubiger die Darlegungs- und Beweislast.²⁹

Die sich ergebenden praktischen Konsequenzen sind allerdings nicht einfach zu handhaben, wie folgendes Beispiel verdeutlicht: Der Arbeitnehmer ist vom 10.06. bis zum 21.07. arbeitsunfähig erkrankt (also genau sechs Wochen). Am 22.07. bietet er in der Firma seine Arbeitskraft an. Der Arbeitgeber schickt ihn mit der Begründung nach Hause, dass er weiterhin arbeitsunfähig sei. Für die Zeit ab dem 23.07. legt der Arbeitnehmer eine neue Erstbescheinigung vor. Der Arbeitnehmer verlangt Vergütung für den Zeitraum vom 22.07. bis zum 31.07. Soweit es um den 22.07. geht, muss der Arbeitgeber beweisen, dass der Arbeitnehmer nicht leistungsfähig war (§ 297 BGB). Das Bestehen eines Entgeltfortzahlungsanspruches für den 23.07. bis zum 31.07. setzt dagegen den Nachweis des Arbeitnehmers voraus, dass er am 22.07. arbeitsfähig war. Lässt sich der Sachverhalt nicht mit Sicherheit aufklären, erhält der Arbeitnehmer für die Zeit, in der er nicht krank geschrieben war, Vergütung, nicht aber für die Zeit, in der er krankgeschrieben war.

E. Die Beweisführung: Neubewertung des Beweiswerts der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

I. Die bisherigen Grundsätze

Der Arbeitnehmer kann den von ihm zu führenden Beweis der Arbeitsunfähigkeit nach bisheriger Rechtsprechung in aller Regel durch die Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung führen.

1. Dreistufiges Prüfungsschema

Für die Fälle, in denen der Arbeitnehmer eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorlegen kann, hat die Rechtsprechung ein dreistufiges Prüfungsschema entwickelt:³⁰

- Der Arbeitnehmer kann sich zur Beweisführung, dass er arbeitsunfähig erkrankt war, zunächst auf die Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung beschränken. Bestreitet der Arbeitgeber lediglich die Arbeitsunfähigkeit, ohne dies näher zu begründen, ist der Beweis der Arbeitsunfähigkeit als geführt anzusehen.
- Das Bestreiten der Arbeitsunfähigkeit durch den Arbeitgeber ist nämlich nur erheblich, wenn er Umstände darlegt und im Bestreitensfall beweist, die zu ernsthaften Zweifeln an der behaupteten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers Anlass geben. Er muss demnach den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttern.

- Gelingt dem Arbeitgeber dieser Beweis, kann der Arbeitnehmer die Arbeitsunfähigkeit nicht mehr durch den Verweis auf die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung führen. Er hat aber die Möglichkeit, andere Umstände darzulegen und zu beweisen, die auf eine Arbeitsunfähigkeit schließen lassen. Hierzu kann er etwa Beweis durch Vernehmung des behandelnden Arztes antreten.

2. Die Begründung für den hohen Beweiswert

Eine ordnungsgemäß ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung begründet für die Tatsache der Erkrankung keine gesetzliche Vermutung i.S.v. § 292 ZPO.³¹ Sie stellt vielmehr eine Privaturkunde gem. § 416 ZPO dar, die als solche lediglich die in der Urkunde enthaltenen schriftlichen Erklärungen des behandelnden Arztes beweist.³² Die Beweisregel des § 416 ZPO bezieht sich nicht auf den Inhalt der Erklärung. Für die Frage, ob der Arbeitnehmer tatsächlich arbeitsunfähig erkrankt war, gilt vielmehr § 286 Abs. 1 ZPO.³³ Danach hat das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder unwahr zu erachten ist.

Das BAG nimmt in ständiger Rechtsprechung an, dass der Arbeitnehmer den ihm obliegenden Nachweis der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit i.d.R. gegenüber dem Arbeitgeber wie auch vor Gericht durch die Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung führt. Die ordnungsgemäß ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung sei der gesetzlich ausdrücklich vorgesehene und insoweit wichtigste Beweis für das Vorliegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit. Einer solchen Bescheinigung komme ein hoher Beweiswert zu. Dies ergebe sich aus der Lebenserfahrung. Das Gericht könne normalerweise den Beweis, dass eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit vorliege, als erbracht ansehen, wenn der Arbeitnehmer im Rechtsstreit eine solche Bescheinigung vorlege.³⁴

An diesen Formulierungen fallen zwei Dinge auf. Dies gilt zunächst für den Umstand, dass das BAG in keiner Entscheidung näher ausführt, welche konkrete Lebenserfahrung gemeint ist und worauf diese beruht. Darüber hinaus spricht

29 BAG, Urt. v. 11.12.2019 - 5 AZR 505/18 Rn. 18.

30 BAG, Urt. v. 01.10.1997 - 5 AZR 726/96; BAG, Urt. v. 19.02.1997 - 5 AZR 83/96; BGH, Urt. v. 16.10.2001 - VI ZR 408/00.

31 BAG, Urt. v. 11.08.1976 - 5 AZR 422/75.

32 Vogelsang, Entgeltfortzahlung, 2003, Rn. 351.

33 Müller-Glöge in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2020, § 3 EFZG Rn. 79.

34 BAG, Urt. v. 26.10.2016 - 5 AZR 167/16; BAG, Urt. v. 25.05.2016 - 5 AZR 318/15; BAG, Urt. v. 26.02.2003 - 5 AZR 112/02; BAG, Urt. v. 01.10.1997 - 5 AZR 726/96; BAG, Urt. v. 19.02.1997 - 5 AZR 83/96.

der 5. Senat durchweg von dem „hohen Beweiswert“ der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung und vermeidet den Begriff des „Anscheinsbeweises“, obwohl er die für den Anscheinsbeweis entwickelten Grundsätze anwendet.³⁵

Der Beweis des ersten Anscheins ist eine typisierte Form des Indizienbeweises. Er beruht auf der Anwendung von Erfahrungssätzen, die typische Geschehensabläufe zum Gegenstand haben. Danach erlauben bereits feststehende Tatsachen in Verbindung mit einem solchen Erfahrungssatz den Schluss auf die eigentlich zu beweisende Tatsache, etwa auf eine bestimmte Ursache für ein Ereignis oder auf den Eintritt eines bestimmten Erfolgs. Für die Beweisführung genügt unter solchen Umständen die Feststellung der Tatsachen, an die der Erfahrungssatz anknüpft. Es ist dann Sache des Gegners, Umstände darzulegen und ggf. zu beweisen, die ausnahmsweise einen anderen Geschehensablauf als ernsthaft möglich erscheinen lassen. Der Anscheinsbeweis unterscheidet sich mithin von Feststellungen nach allgemeinen Beweisregeln gerade dadurch, dass der konkrete Geschehensablauf nicht festgestellt zu werden braucht, weil von einem typischen, durch die Lebenserfahrung bestätigten gleichförmigen Hergang ausgegangen werden kann, solange das Geschehen keine Umstände aufweist, die es ernsthaft als möglich erscheinen lassen, dass ein atypischer Geschehensablauf vorlag. Als typisch kann ein Geschehensablauf nur angesehen werden, wenn er so häufig vorkommt, dass die Wahrscheinlichkeit, einen solchen Fall vor sich zu haben, sehr groß ist. Erforderlich ist (eigentlich), dass der Richter, der sich auf einen Beweis des ersten Anscheins stützt, deutlich macht, welchen Erfahrungssatz er dabei zugrunde legt.³⁶

II. Beweiswert bei Fernbehandlung (WhatsApp, Telefon, Videosprechstunde)

Änderungen im ärztlichen Berufsrecht haben zu einer Lockerung des Fernbehandlungsverbotes geführt. § 4 Abs. 4 Satz 3 der Musterberufsordnung für Ärzte (MBO-Ärzte) sieht seit 2018 die Möglichkeit zur ausschließlichen Beratung oder Behandlung über Kommunikationsmedien im Einzelfall vor. Zu beachten ist, dass die Ermöglichung der Behandlung der Ferndiagnose nicht zwingend bedeutet, dass den mittels Ferndiagnose ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen derselbe Beweiswert zukommt wie Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen, die aufgrund unmittelbarer ärztlicher Untersuchung ausgestellt wurden.

Der 5. Senat des BAG hat für den Beweiswert derart zustande gekommener Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen deutliche Skepsis erkennen lassen, ohne sich allerdings

festzulegen. Er verweist auf § 4 Abs. 1 Satz 1 der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie, der vorsieht, dass bei der Feststellung der Arbeitsunfähigkeit körperlicher, geistiger und seelischer Gesundheitszustand des Versicherten gleichermaßen zu berücksichtigen sind. Satz 2 ergänzt, dass deshalb die Feststellung von Arbeitsunfähigkeit nur aufgrund ärztlicher Untersuchung erfolgen darf. Dass eine solche Untersuchung nach diesen Vorgaben zu erfolgen habe, sei einer der Gründe dafür gewesen, weshalb nach der Lebenserfahrung der ärztlichen Bescheinigung in der Rechtsprechung des BAG hinsichtlich der Darlegung der Voraussetzungen des Anspruchs auf Entgeltfortzahlung ein hoher Beweiswert zuerkannt worden sei.³⁷ Dabei hat der 5. Senat auf die Grundsatzentscheidung des Senats vom 11.08.1976³⁸ Bezug genommen, in der ausgeführt ist, dass ein Arbeitnehmer mit einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, die der Arzt ohne vorausgegangene Untersuchung ausgestellt hat, i.d.R. seine Erkrankung nicht beweisen könne.

Die Problematik hat zusätzliche Bedeutung durch befristete Maßnahmen während der Corona-Pandemie erfahren. Sowohl die Bundesmantelvertrag-Ärzte als auch die Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie sahen bei Erkrankungen der oberen Atemwege befristet die Möglichkeit der Ausstellung einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung „auch nach telefonischer Anamnese, und zwar im Wege der persönlichen ärztlichen Überzeugung vom Zustand des Versicherten durch eingehende telefonische Befragung“ vor. Diese Regelungen gingen somit inhaltlich über die Bestimmung in der MBO-Ärzte hinaus, weil sie sich ausdrücklich auf die Erstellung von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen und nicht nur allgemein auf die Behandlung von Patienten bezogen.

1. WhatsApp

Im Internet finden sich Angebote, Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen aufgrund einiger online erteilter Angaben ohne direkten Kontakt zu einem Arzt zu erhalten. Ein Arzt nimmt eine Plausibilitätskontrolle vor. Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung wird sodann per WhatsApp ausgestellt.³⁹

³⁵ Von einem Anscheinsbeweis wird daher auch in der Literatur ausgegangen. Vgl. Vossen in: HZA, Rn. 332; Schmitt in: Schmitt, EFZG, 8. Aufl. 2018, § 3 EFZG Rn. 111; Sievers in: NK-GA, 2016, § 5 EFZG Rn. 67; Schulte/Tisch, NZA 2020, 761.

³⁶ Ständige Rechtsprechung, vgl. nur BGH, Urt. v. 11.12.2018 - KZR 26/17 Rn. 50.

³⁷ BAG, Urt. v. 11.12.2019 - 5 AZR 505/18 Rn. 28.

³⁸ BAG, Urt. v. 11.08.1976 - 5 AZR 422/75.

³⁹ Vgl. Müller, DB 2019, 2292; Möller/Flöter, ARBRaktuell 2019, 501; Kleinebrink, ArbRB 2019, 147; Heider, NZA 2019, 288.

Wird die die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ausschließlich per WhatsApp ausgestellt und nicht zusätzlich noch per Post verschickt, genügt sie bereits nicht den formalen Anforderungen. Die Bescheinigung muss schriftlich erfolgen. Gem. § 126 Abs. 1 BGB ist die eigenhändige Unterschrift des Arztes erforderlich.⁴⁰

Darüber hinaus kommt ihr der angestrebte Beweiswert nicht zu, weil es an der hierfür erforderlichen ärztlichen Untersuchung fehlt.⁴¹

2. Telefonat des Arztes mit dem Arbeitnehmer

Eine aufgrund eines nur telefonischen Kontakts von Arzt und Patient ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung hat ebenfalls keinen besonderen Beweiswert.⁴² Sie bietet als Privaturkunde gem. § 416 ZPO lediglich Beweis dafür, dass der Arzt die in der Urkunde enthaltenen Erklärungen abgegeben hat, nicht aber, dass diese Erklärungen zutreffend sind.

3. Videosprechstunde

In Bezug auf die Videosprechstunde ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber im Anschluss an die Liberalisierung des ärztlichen Berufsrechts mit dem Pflegepersonal-Stärkungsgesetz mit Wirkung zum 01.04.2019 Regelungen geschaffen hat, mit denen er das Ziel verfolgt hat, Videosprechstunden weiter auszubauen.⁴³ § 87 Abs. 2a Satz 17 SGB V hat den Bewertungsausschuss verpflichtet, eine Regelung im einheitlichen Bewertungsmaßstab für ärztliche Leistungen zu treffen, nach der Videosprechstunden in einem weiten Umfang ermöglicht werden. Satz 18 sieht vor, dass die im Hinblick auf Videosprechstunden bisher enthaltene Vorgabe von Krankheitsbildern im einheitlichen Bewertungsmaßstab für ärztliche Leistungen entfällt.⁴⁴ Nunmehr ist es in das Ermessen des Arztes gestellt, bei welchen Krankheitsbildern er eine Videosprechstunde durchführt.⁴⁵

Nach hier vertretener Auffassung ist diese gesetzgeberische Wertung auch in anderen Rechtsgebieten zu beachten. Dies bedeutet, dass der aufgrund einer Videosprechstunde ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung der geschilderte hohe Beweiswert zukommt.⁴⁶ Hierfür spricht auch, dass § 4 Abs. 1 Satz 2 Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie für die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit keine besondere Form der ärztlichen Untersuchung vorsieht. Vielmehr ist in der Vorschrift allgemein formuliert, dass Arbeitsunfähigkeit aufgrund ärztlicher Untersuchung festgestellt werden darf.

4. Besonderheiten in Zeiten von Corona

Die Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie und der Bundesmantelvertrag Ärzte sahen während der Corona-Pandemie die befristete Möglichkeit vor, bei Erkrankungen der oberen Atemwege

ohne schwere Symptomatik für einen Zeitraum von bis zu 14 Kalendertagen auch nach telefonischer ärztlicher Anamnese Arbeitsunfähigkeit festzustellen.

Den in dieser Ausnahmesituation ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen kann der angestrebte hohe Beweiswert nicht abgesprochen werden. Wenn Arbeitnehmer mit Atemwegsbeschwerden nicht die Arztpraxen aufgesucht haben, haben sie exakt den Empfehlungen der Ärzte und Politiker Folge geleistet. Sie müssen sich darauf verlassen dürfen, dass ihnen dadurch keine Nachteile entstehen.⁴⁷

III. Neubewertung des Beweiswerts der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

Wegen der Lockerung des Fernbehandlungsverbotes kann an der Annahme, dass die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung einen hohen Beweiswert hat, nur eingeschränkt festgehalten werden. Wie ausgeführt, gilt der hohe Beweiswert für einzelne Varianten der Fernbehandlung (per whats app oder telefonisch) nicht. Der jeweiligen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist jedoch nicht zu entnehmen, wie der Arzt zu seinem Befund gekommen ist.

Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass sich der Arbeitnehmer in einem Prozess nicht mehr auf die Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung beschränken kann, um seine Behauptung, er sei arbeitsunfähig erkrankt gewesen, zu beweisen. Er muss zugleich darlegen, dass er persönlich beim Arzt vorgesprochen hat oder jedenfalls per Video mit ihm verbunden war. Dies stellt eine Tatsache dar, die weder eigene Handlung des Arbeitgebers noch Gegenstand seiner eigenen Wahrnehmung gewesen ist. Daher ist es zulässig, wenn der Arbeitgeber den diesbezüglichen Vortrag des Arbeitnehmers mit Nichtwissen (§ 138 Abs. 4 ZPO) bestreitet. In diesem Fall muss der Arbeitnehmer seine Behauptung zum Kontakt mit dem Arzt beweisen, ohne dass insoweit die zum Anscheinsbeweis entwickelten Grundsätze Anwendung finden können.⁴⁸

40 LArbG Hamm, Urt. v. 03.12.2003 - 18 Sa 567/03; Vossen in: HZA, Entgeltfortzahlung Rn. 288; Schmitt/Küfner-Schmitt in: Schmitt, EFZG, 8. Aufl. 2018, Rn. 100; a.A. Greiner in: MÜHbArbR, 4. Aufl. 2018 § 82 Rn. 16; Oetker in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, § 616 BGB Rn. 362.

41 Müller, DB 2019, 2292, 2293; Möller/Flöter, ARBRAktuell 2019, 501, 502.

42 Müller, DB 2019, 2292, 2293; Möller/Flöter, ARBRAktuell 2019, 501, 502.

43 Vgl. die Gesetzesbegründung BT-Drs. 19/4453, S. 72 f.

44 Näher zur Neuregelung Hahn, NZS 2019, 253.

45 Vgl. die Gesetzesbegründung BT-Drs. 19/4453, S. 73.

46 Müller, DB 2019, 2292, 2294; a.A. Ricken in: BeckOK, ArbR, § 5 EFZG Rn. 27.1; Schulte/Tisch, NZA 2020, 761, 765.

47 Ähnlich Düwell, BB 2020, 891, 893; siehe hierzu auch oben unter E. II. 3. Abs.

48 Vgl. Kleibrink, ArbRB 2019, 147, 148 f.

Die Zwei-Millionen-Arznei

Prof. Dr. Andreas Pitz

A. Einleitung

Das aktuell teuerste Arzneimittel der Welt, Zolgensma[®] der Firma Avexis, einer Tochter des Arzneimittelriesen Novartis, hat nach einer positiven Stellungnahme der European Medicines Agency¹ am 18.05.2020 eine vorläufige Zulassung für den europäischen Markt durch die EU-Kommission erhalten und steht seit dem 01.07.2020 auf dem deutschen Arzneimittelmarkt zur Verfügung. Das Gentherapeutikum hat in den USA einen Listenpreis von 2,1 Mio. \$,² in Europa soll die Therapie 1,95 Mio. € kosten.³ Zolgensma[®] hat nicht nur wegen des hohen Preises für viel mediales Echo gesorgt, sondern auch durch die von Novartis durchgeführte „Überlebens-Lotterie“, wie das Handelsblatt⁴ die Verlosung des Arzneimittels durch den Hersteller nannte, durch die dieser das Arzneimittel auch für einige Patienten verfügbar machen wollte, die sich das Arzneimittel nicht leisten konnten bzw. durch keine Versicherung gezahlt bekamen. Die Tatsache, dass das Arzneimittel gegen bestimmte Formen der spinalen Muskelatrophie (SMA) bei Babys und jungen Kindern angewendet wird, hat hierbei zu einer zusätzlichen Emotionalität in der Diskussion geführt. Bei der spinalen Muskelatrophie handelt es sich um die häufigste erbliche Erkrankung mit Todesfolge im Säuglingsalter. Die Erkrankung war bisher unheilbar.⁵

Dieser Beitrag widmet sich der Frage, ob es in einem hoch entwickelten Gesundheitssystem wie es Deutschland, trotz vieler Unkenrufe, hat, derartiger Verlosungen bedarf und wie Arzneimittelpreise hierzulande überhaupt zustande kommen.

B. Arzneimittelzulassung

Um ein Arzneimittel in Deutschland käuflich erwerben zu können, ist es zunächst erforderlich, dass das Arzneimittel in Deutschland überhaupt verkauft, also in Verkehr gebracht werden darf. Bei Fertigarzneimitteln,⁶ also solchen Arzneimitteln, die industriell hergestellt werden, ist hierfür eine Zulassung erforderlich. Diese kann entweder nach den Vorschriften des Arzneimittelgesetzes (§ 21 AMG) oder der maßgeblichen europarechtlichen Vorschriften, z.B. Verordnung (EG) 726/2004, erteilt werden. Während eine Zulassung nach dem AMG der Normalfall ist, gewinnt in letzter

Zeit die europäische Zulassung größere Bedeutung. Das europäische Zulassungsverfahren ist dabei lediglich Arzneimitteln vorbehalten,

- die mithilfe bestimmter biotechnologischer Verfahren hergestellt werden,
- die einen Wirkstoff enthalten, der zur Behandlung bestimmter Indikationen, wie z.B. Krebs, Viruserkrankungen und neurodegenerative Erkrankungen dient, oder
- die gegen seltene Leiden im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 141/2000 (sog. Orphan Drugs) angewendet werden.

Die Vorteile einer zentralen Zulassung liegen für den pharmazeutischen Unternehmer auf der Hand: Er erhält nach Abschluss eines einzigen Zulassungsverfahrens die Genehmigung, ein Arzneimittel in sämtlichen EU-Mitgliedsstaaten in den Verkehr bringen zu dürfen. Eine aufwendige und zeitintensive Antragstellung in jedem einzelnen Land kann somit vermieden werden. Bei Zolgensma[®] handelt es sich um eine Orphan Drug, sodass eine europäische Zulassung möglich war.⁷

In allen Zulassungsverfahren ist zwingende Voraussetzung der Nachweis der therapeutischen Wirksamkeit des Arzneimittels bezogen auf das vom pharmazeutischen Unternehmer angegebene Anwendungsgebiet (vgl. § 22 Abs. 2 Nr. 3 AMG).⁸

1 www.pei.de/DE/newsroom/hp-meldungen/2020/200327-zolgensma-positive-stellungnahme-ema.html?nn=12248480 (zuletzt abgerufen am 15.09.2020).

2 www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/zolgensma-teuerstes-medikament-der-welt-steht-vor-marktstart-in-deutschland/25847326.html (zuletzt abgerufen am 15.09.2020); hierzu auch Janssens, ersatzkasse magazin 2020, Nr 2, S. 8 „Intensivmediziner kritisieren Verlosung“.

3 www.aerzteblatt.de/nachrichten/113912/Spinale-Muskelatrophie-Gentherapie-Zolgensma-ab-1-Juli-auf-dem-deutschen-Markt (zuletzt abgerufen am 15.09.2020).

4 www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/pharmaindustrie-ueberlebens-lotterie-novartis-verlost-teuerstes-medikament-der-welt-an-kinder/25464676.html (zuletzt abgerufen am 15.09.2020).

5 www.psychyrembel.de.

6 Zur Definition: Hofmann in: Kügel/Müller, AMG, § 21 Rn. 3.

7 www.ema.europa.eu/en/medicines/human/EPAR/zolgensma (zuletzt abgerufen am 15.09.2020).

8 Rehmann, AMG, § 25 Rn. 7.

C. Arzneimittelversorgung

Die Versorgung mit Arzneimitteln gehört zu den Kernaufgaben einer Krankenversicherung. Dies gilt insbesondere bei hochpreisigen Arzneimitteln, die sich ein Versicherter gerade nicht aus eigenen Mitteln beschaffen kann.⁹ Während sich der Anspruch auf die Versorgung mit Arzneimitteln bei einer privaten Krankenversicherung (PKV) auf Basis der Allgemeinen Versicherungsbedingungen unmittelbar aus dem Versicherungsvertrag ergibt, folgt der Anspruch in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) aus §§ 27, 31 SGB V. Sowohl die PKV als auch die GKV haben als Grundvoraussetzung für die Versorgung mit einem Arzneimittel, dass dieses in Deutschland überhaupt verkehrsfähig ist. Hierzu bedarf es einer Zulassung oder es muss ein Sonderfall vorliegen, bei dem keine Zulassung erforderlich ist.¹⁰ Diese Voraussetzung ist vor dem Hintergrund verständlich, dass ein Arzneimittel, das im Zulassungsverfahren seine Wirksamkeit nicht beweisen konnte, als unwirtschaftliche Versorgung anzusehen und damit nicht im Leistungskatalog enthalten ist.

Auf den ersten Blick sind die weiteren Voraussetzungen für die Versorgung mit Arzneimitteln in der ambulanten Versorgung recht einfach gehalten. Das Arzneimittel muss von einem Behandler, in der GKV zwingend einem Arzt, verordnet¹¹ und aus der Apotheke bezogen werden (vgl. § 4 Abs. 3 MB/KK 2009 bzw. §§ 27 Abs. 1 Nr. 3, 31 Abs. 1 SGB V). Im Rahmen der Krankenhausbehandlung erhalten die Krankenhäuser für die Behandlung sowohl von privat als auch gesetzlichen Versicherten seit 2004 lediglich eine Fallpauschale, die alle im Normalfall anfallenden Kosten, inklusive der Kosten für die Arzneimittelversorgung (§ 2 Abs. 1 KHEntgG), umfasst. Dies bedeutet, dass der Versicherte einen Anspruch auf die Versorgung mit den Arzneimitteln hat, die im Rahmen einer Therapie lege artis ärztlicherseits als medizinisch indiziert angesehen werden. Natürlich besteht hier das Problem, dass besonders teure Arzneimittel mit den Fallpauschalen ggf. nur unzureichend vergütet werden. Für diesen Fall können die Vertragspartner (Krankenhäuser einerseits und Versicherungen andererseits) Zusatzentgelte¹² für bestimmte Arzneimittel vereinbaren.

Damit bleibt zunächst festzuhalten, dass der Preis eines Arzneimittels kein Hindernis für die Verordnung eines Arzneimittels und damit die Übernahme der Kosten durch die Krankenversicherungen darstellt. Dies gilt auch für die Versorgung mit extrem hochpreisigen Arzneimitteln. Einer „Lotterie“ bedarf es daher im deutschen Gesundheitssystem nicht, da grds. jeder Patient ein zugelassenes Arzneimittel erhalten kann, wenn es bei ihm medizinisch indiziert ist.¹³

D. Arzneimittelpreise

Nicht zuletzt deshalb ist der deutsche Arzneimittelmarkt im internationalen Vergleich hochpreisig. Die Gesamtausgaben für Arzneimittel in Deutschland betragen im Jahr 2018 knapp 60 Mrd. €. Hiervon wurden Arzneimittel im Wert von ca. 40 Mrd. € durch die GKV an ihre Versicherten geleistet.¹⁴ Der Anteil der Kosten für Arzneimittel an den Gesamtausgaben der GKV lag im Jahr 2019 bei 17,14 %.¹⁵ Im Vergleich zum 1. Quartal 2019 stiegen die Ausgaben der GKV im gleichen Zeitraum 2020 um 11,29 %.¹⁶ Diese Zahlen spiegeln letztlich den hochpreisigen Arzneimittelmarkt in Deutschland wieder. Die hohen Ausgaben führten dazu, dass insbesondere in der GKV die Notwendigkeit bestand, den Anstieg der Ausgaben für Arzneimittel zu dämpfen. Auch die PKV kann sich – auch wenn das dort nicht so deutlich formuliert wird – einen ungedämpften Anstieg der Arzneimittelausgaben kaum leisten. Um die stetig steigenden Ausgaben für Arzneimittel in den Griff zu bekommen, wird im Kern auf vier Instrumente zurückgegriffen. Sie lassen sich wie folgt kategorisieren:¹⁷

- Instrumente, die sich auf den Preis und die pharmazeutischen Unternehmer auswirken (z.B. gesetzlicher Herstellerrabatt),
- Instrumente, die sich auf das Abgabeverhalten der Apotheker auswirken (z.B. Pflicht zur Abgabe eines preisgünstigen Arzneimittels),
- Instrumente, die sich auf das Ordnungsverhalten der Ärzte auswirken (z.B. Wirtschaftlichkeitsprüfung) und
- Instrumente, die sich auf den Versicherten auswirken (z.B. Selbstbeteiligungen oder Beitragsrückerstattungen).

Während die PKV ebenso wie die GKV von den Herstellerrabatten gem. § 130a SGB V profitiert, beschränkt sie sich im Übrigen auf Instrumente wie Selbstbeteiligungen und Beitragsrückerstattungen. Das „Kostendämpfungssystem“ im SGB V bedient sich hingegen aller oben

9 Grundlegend BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005 - 1 BvR 347/98.

10 Pitz in: Schlegel/Voelzke, jurisPK SGB V, 4. Aufl., § 31 SGB V Rn. 50.

11 Zur Notwendigkeit der Verordnung von Zolgensma Schifferdecker, NZS 2020, S. 471.

12 Zusatzentgeltkatalog, vereinbart auf Basis von §§ 7, 9 KHEntgG.

13 Zu den ausgeschlossenen Arzneimitteln im GKV-System vgl. Pitz in: Schlegel/Voelzke, jurisPK SGB V, 4. Aufl., § 31 SGB V Rn. 93 ff.

14 Gesundheitsberichterstattung des Bundes – www.gbe-bund.de.

15 GKV-Spitzenverband, Amtliche Statistik, KJ 1.

16 GKV-Spitzenverband, Amtliche Statistik, KV 45 1. Quartal.

17 Vgl. Jacke/Hagemeister/Wild, Arzneimittelversorgung von Privatversicherten 2019, 6 [www.wip-pkv.de/fileadmin/user_upload/WIP-Analyse_5_2019_Arzneimittelversorgung_der_Privatversicherten_2019.pdf] (zuletzt abgerufen am 15.09.2020).

genannter Instrumente und ist damit deutlich komplexer ausgestaltet.¹⁸

Bis zum Inkrafttreten des Arzneimittelmarktneuordnungsgesetzes (AMNOG)¹⁹ am 01.01.2011 fanden die genannten Instrumente ihre Grenze häufig bei neuen bzw. neuartigen Arzneimitteln. Dies deshalb, weil bei diesen Arzneimitteln häufig kein (funktionierender) Wettbewerb existiert. Wird ein neues Arzneimittel entwickelt, lässt sich der pharmazeutische Unternehmer regelmäßig ein Stoff-, Verfahrens- oder Anwendungspatent erteilen. Wichtigster Anwendungsfall ist hierbei das Stoffpatent, mit dem der pharmazeutische Unternehmer den Wirkstoff des Arzneimittels, also den pharmazeutisch wirksamen Stoff, patentieren lässt. Dies ermöglicht ihm nach Zulassung des Arzneimittels unter Ausschluss von Konkurrenten (wie z.B. Generikaherstellern) sein Arzneimittel, das den patentierten Wirkstoff enthält, am Markt zu platzieren. Mit dieser Marktexklusivität geht zunächst die Möglichkeit des Patentinhabers einher, den Marktpreis weitgehend frei zu bestimmen. Der Gesetzgeber hat deshalb ein auf neue, häufig patentgeschützte, Arzneimittel zielendes System entwickelt, um die Arzneimittelpreise für diese Arzneimittel zu senken. Es handelt sich hierbei um die sog. frühe Nutzenbewertung gem. § 35a SGB V.

E. Frühe Nutzenbewertung

Seit Inkrafttreten AMNOG bewertet der Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA), ein Selbstverwaltungsgremium innerhalb des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung, den Nutzen (nicht die Wirksamkeit!) von Arzneimitteln mit neuen Wirkstoffen, insbesondere den Zusatznutzen gegenüber der zweckmäßigen Vergleichstherapie. Der frühen Nutzenbewertung liegt der Gedanke des Gesetzgebers zugrunde, dass allein die Zulassung eines Arzneimittels und damit die Verfügbarkeit auf dem Markt die Zahlung eines hohen Marktpreises nicht rechtfertigt. Dahinter steht die Erkenntnis, dass die Zulassung eines Arzneimittels grds. schon dann erfolgen kann, wenn der Nachweis erbracht ist, dass das Arzneimittel gegen die im Anwendungsgebiet angegebene Erkrankung wirkt. Diesen Nachweis haben aber möglicherweise auch andere – günstigere – Arzneimittel erbracht, mit deren Hilfe eine bestimmte Erkrankung therapiert wird. Ein hoher bzw. höherer Preis soll erst dann gerechtfertigt sein, wenn im Vergleich ein relevanter Nutzen bzw. Zusatznutzen für die Patienten durch das neue Arzneimittel festgestellt werden kann. Dies lässt sich an folgendem fiktivem Beispiel verdeutlichen: Ein pharmazeutischer Unternehmer bringt ein neues Arzneimittel auf den Markt, das als Kautablette eingenommen wird und eine verstopfte Nase innerhalb

von 30 Sekunden behandeln kann. Der Preis für dieses patentgeschützte Arzneimittel beträgt 500 €. Zugleich existieren jedoch auf dem Markt eine Vielzahl von Nasensprays, die den gleichen Effekt binnen einer Minute erzielen und ca. 3 bis 5 € kosten. Gegenstand der frühen Nutzenbewertung wäre nun – unabhängig vom Preis – die Frage, ob das neue Arzneimittel für bestimmte Patientengruppen einen Nutzen bzw. Zusatznutzen bringt. Auf die Wirksamkeit kommt es hierbei nicht mehr an, da alle genannten Arzneimittel die Wirksamkeit schon im Rahmen des Zulassungsverfahrens unter Beweis gestellt haben. Erst wenn festgestellt werden kann, dass das neue Arzneimittel tatsächlich einen Nutzen bzw. Zusatznutzen aufweist, wäre ein höherer Preis gerechtfertigt. Dies bedeutet allerdings nicht zugleich, dass der vom pharmazeutischen Unternehmer „aufgerufene“ Preis auch tatsächlich von PKV und GKV gezahlt wird. Vielmehr schließt sich – wie noch dargestellt wird – eine Preisverhandlung auf Basis der gewonnenen Erkenntnisse zu Nutzen bzw. Zusatznutzen an.

F. Nutzen und Zusatznutzen

Die Frage liegt natürlich auf der Hand, was ein Nutzen bzw. ein Zusatznutzen ist und wie ein solcher festgestellt werden kann. Als Nutzen gelten gem. § 2 Abs. 3 Arzneimittel-Nutzenbewertungsverordnung (AM-NutzenV) therapeutische Effekte, wie insbesondere die Verbesserung des Gesundheitszustands, die Verkürzung der Krankheitsdauer, die Verlängerung des Überlebens, die Verringerung von Nebenwirkungen oder die Verbesserung der Lebensqualität. Der Zusatznutzen ist nach § 2 Abs. 4 AM-NutzenV ein Nutzen, der qualitativ oder quantitativ höher ist als der Nutzen der zweckmäßigen Vergleichstherapie. An dieser Stelle wird deutlich, dass Bezugspunkt der Nutzenbewertung immer eine vorhandene Vergleichstherapie ist, wenn eine solche existiert. Tatsächlich gibt es seit 2017 eine (Vergleichs)therapie für die in das Anwendungsgebiet von Zolgensma[®] fallenden Formen der SMA.²⁰ Es handelt sich hierbei um eine Therapie mit dem Arzneimittel Spinraza[®], das den Wirkstoff Nusinersen enthält.²¹

Während es bei der Zulassung von Zolgensma[®] ausreichte, dass „nur“ die Wirksamkeit nachgewiesen wurde, kommt

18 Vgl. hierzu Pitz in: Schlegel/Voelzke, jurisPK SGB V, 4. Aufl., § 31 SGB V Rn. 62.

19 BGBl. I 2010, 2262.

20 LSG Celle, Beschl. v. 22.06.2020 - L 16 KR 223/20 B ER Rn. 26; LSG Essen, Beschl. v. 11.05.2020 - L 10 KR 200/20 B ER Rn. 29.

21 www.roche.de/pharma/seltene-erkrankungen/sma/index.html (zuletzt abgerufen am 15.09.2020).

es nun im Rahmen der frühen Nutzenbewertung darauf an, ob Zolgensma[®] – vereinfacht gesagt – „besser“ ist als die Vergleichstherapie mit Spinraza[®]. Die für die Nutzenbewertung maßgebliche Vergleichstherapie wird hierbei nicht willkürlich vom G-BA bestimmt. Vielmehr regelt § 6 Abs. 2 AM-NutzenV, dass es sich um eine nach dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse zweckmäßige Therapie im Anwendungsgebiet handelt, zu der vorzugsweise Endpunktstudien vorliegen und die sich in der praktischen Anwendung bewährt hat.

G. Ablauf der Nutzenbewertung

Zuständig für die Durchführung des Nutzenbewertungsverfahrens ist der G-BA. Dieses Selbstverwaltungsgremium der gesetzlichen Krankenversicherung wird üblicherweise im Rahmen der Ausgestaltung der verschiedenen Leistungsansprüche im SGB V tätig. Bei der frühen Nutzenbewertung reicht sein Einfluss jedoch – verfassungsrechtlich problematisch²² – weiter, da der auf Basis der frühen Nutzenbewertung ermittelte Arzneimittelpreis auch für Selbstzahler und damit insbesondere Versicherte der privaten Krankenversicherungen gilt (§ 78 Abs. 3a AMG). Damit kann jedenfalls nicht behauptet werden, dass Versicherte der GKV im Vergleich zu PKV-Versicherten vom Bezug neuartiger Arzneimittel ausgeschlossen wären. Vielmehr erhält ein GKV-Versicherter ein neuartiges Arzneimittel zum genau gleichen Preis wie ein PKV-Versicherter.

Der pharmazeutische Unternehmer muss dem G-BA zur Durchführung des Verfahrens alle Unterlagen, die einen Nutzen bzw. Zusatznutzen nachweisen, spätestens mit der Bereitstellung des Arzneimittels auf dem Markt übermitteln. Dies erklärt die Bezeichnung „frühe“ Nutzenbewertung, da das Bewertungsverfahren spätestens mit Markteinführung beginnt. Die vorzulegenden Daten müssen neben dem eigentlichen Nutznachweis insbesondere Angaben zur Anzahl an Patienten und Patientengruppen, für die ein solcher Nutzen besteht, enthalten,²³ da der Zusatznutzen für jede Patientengruppe gesondert bewertet wird (§ 7 Abs. 2 Satz 7 Halbsatz 3 AM-NutzenV, Kapitel 5 § 18 Abs. 1 VerfO G-BA).²⁴ Zu übermitteln sind nach § 4 Abs. 6 AM-NutzenV daher grds. alle Studien, die mit dem Arzneimittel in Verhältnis stehen. Zum Beleg eines Zusatznutzens bedarf es in der Praxis direkter (kontrollierter, klinischer) Vergleichsstudien,²⁵ auch wenn die AM-NutzenV prinzipiell Nachweise einer niedrigeren Evidenzstufe zulässt.

Die frühe Nutzenbewertung erfordert vom pharmazeutischen Unternehmer, dass er das Nutzen-Dossier sehr frühzeitig zusammentragen muss. Er hat somit im Rahmen der klinischen Prüfung des Arzneimittels nicht nur

den für die Zulassung erforderlichen Wirksamkeitsnachweis im Blick zu haben, sondern zusätzlich auch den Nachweis des Nutzens bzw. Zusatznutzens. Dies kann aus Sicht des pharmazeutischen Unternehmers zu einem verzögerten Markteintritt führen und erfordert neben der Zusammenstellung der Daten für die Zulassung des Arzneimittels die Generierung weiterer und weitergehender Daten sowie ggf. auch die Durchführung zusätzlicher Studien.

Das übermittelte Dossier wird sodann vom G-BA im Rahmen einer gutachterlichen Bewertung²⁶ auf Validität und Vollständigkeit geprüft. Durch Beschluss des G-BA wurde hierfür grds. das Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen (IQWiG), eine vom G-BA gegründete privatrechtliche Stiftung, beauftragt.²⁷ Dieses untersucht unter Berücksichtigung der internationalen Standards der evidenzbasierten Medizin u.a., ob der Zusatznutzen ausreichend belegt und wie die Evidenz zu bewerten ist. Für die Bewertung des Zusatznutzens sieht die AM-NutzenV (§ 5 Abs. 7) verschiedene Stufen vor: erheblich, beträchtlich, gering, nicht quantifizierbar, nicht belegt oder geringer als der Nutzen der zweckmäßigen Vergleichstherapie. Das Ergebnis der Bewertung wird spätestens drei Monate nach dem zur Dossier-Einreichung maßgeblichen Zeitpunkt veröffentlicht.²⁸ Ist das übermittelte Dossier unvollständig, gilt gem. § 35a Abs. 1 Satz 5 SGB V der Zusatznutzen des Arzneimittels als nicht belegt, ohne dass der G-BA eine Amtsermittlungspflicht trifft.²⁹

Innerhalb von weiteren drei Monaten und ggf. nach Stellungnahme von pharmazeutischem Unternehmer, Sachverständigen aus Wissenschaft und Praxis sowie Berufsvertretern³⁰ beschließt der G-BA über die Nutzenbewertung und stellt damit den Zusatznutzen des Arzneimittels fest.³¹ Der Beschluss wird Teil der Arzneimittel-Richtlinie (AM-Richtlinie) nach § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 SGB V. Er ist damit verbindliche Grundlage für die anschließende Vereinbarung eines Erstattungsbetrags.³² Aufgrund der normativen Wir-

22 Vgl. hierzu Pitz, MedR 2019, 938, 940.

23 § 35a Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 SGB V.

24 Insofern ohne rechtliche Bedenken: LSG Potsdam v. 28.06.2017 - L 9 KR 213/16 KL Rn. 65.

25 Beinlich/Müller-Berghaus/et. al., Bundesgesundheitsblatt 2015, 227, 228.

26 BT-Drs. 17/2413, S. 22.

27 Hess in: KassKomm, SGB V, 96. Ergänzungslieferung September 2017, § 35a Rn. 44.

28 § 35a Abs. 2 Satz 3 SGB V.

29 Klarstellend insofern: § 5 Abs. 1 Satz 2 AM-NutzenV.

30 § 35a Abs. 3 Satz 2, § 92 Abs. 3a SGB V.

31 § 35a Abs. 3 Satz 3 SGB V.

32 § 91 Abs. 6 SGB V; § 35a Abs. 4 SGB V.

kung der AM-Richtlinie ist eine nachträgliche inhaltliche Kontrolle durch die Beteiligten ausgeschlossen und wird höchstens durch eine Rechtmäßigkeitsprüfung im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens über den durch eine Schiedsstellenentscheidung festgesetzten Erstattungsbetrag vorgenommen.³³

Im Fall von Zolgensma[®] ist eine Besonderheit zu berücksichtigen, da es sich um eine sog. Orphan Drug handelt. D.h. das Anwendungsgebiet bezieht sich auf ein seltenes Leiden. Derartige Arzneimittel erhalten an vielen Stellen gewisse Erleichterungen, wie eben die Möglichkeit einer europäischen Zulassung. Diese Privilegierung von Orphan Drugs gilt im Grunde auch im Rahmen der frühen Nutzenbewertung. So gilt bei Arzneimitteln für seltene Leiden, die wie Zolgensma[®] von der Europäischen Kommission als solche zugelassen sind,³⁴ der Zusatznutzen durch die Zulassung als belegt, weshalb grds. keine Nachweise zum Nutzen und Zusatznutzen vorgelegt werden müssen (§ 35a Abs. 1 Satz 11 SGB V).³⁵ Eine Rückausnahme gilt allerdings nach § 35a Abs. 1 Satz 12 und 13 SGB V, sofern der Umsatz des Arzneimittels 50 Mio. € innerhalb von zwölf Kalendermonaten übersteigt, woraufhin nach Aufforderung des G-BA dennoch ein vollständiges Dossier einzureichen ist. Hiervon ist bei Zolgensma[®] auszugehen, sodass das Nutzenbewertungsverfahren beim G-BA am 01.07.2020 eingeleitet wurde. Der aktuelle Zeitplan sieht vor, dass das Verfahren Mitte Dezember 2020 abgeschlossen werden kann.³⁶

H. Wie teuer wird Zolgensma[®] in Deutschland?

Diese Frage lässt sich jedenfalls dahin gehend beantworten, dass Zolgensma[®] nach einem Jahr mit hoher Wahrscheinlichkeit günstiger als 1,95 Mio. € werden wird. Denn der zwischen pharmazeutischem Unternehmer und GKV-Spitzenverband zu vereinbarende Preis für Zolgensma[®] gilt erst ab dem 13. Monat nach dem erstmaligen Inverkehrbringen (§ 130b Abs. 3a SGB V). Der pharmazeutische Hersteller kann deshalb im ersten Jahr den Preis frei bestimmen. Der nachfolgende Preis hängt dann entscheidend vom Ergebnis der Nutzenbewertung ab. Würde bei Zolgensma[®] kein Nutzen bzw. Zusatznutzen festgestellt, müsste zwischen GKV-Spitzenverband und pharmazeutischem Unternehmer ein Erstattungsbetrag vereinbart werden, der allerdings nicht zu höheren Jahrestherapiekosten führen darf als die zweckmäßige Vergleichstherapie (§ 130b Abs. 3 Satz 1 SGB V).

Ist jedoch der Zusatznutzen des Arzneimittels mindestens für eine Patientengruppe belegt, folgt auf den Beschluss des G-BA eine (grds.) freie Verhandlung zwi-

schen GKV-Spitzenverband und pharmazeutischem Unternehmer nach § 130b Abs. 9 SGB V, deren verbindliche Grundlage der Beschluss des G-BA ist. § 130b Abs. 9 Satz 3 SGB V bestimmt, dass bei festgestelltem Nutzen bzw. Zusatznutzen die Jahrestherapiekosten vergleichbarer Arzneimittel sowie die tatsächlichen Abgabepreise in anderen europäischen Ländern gewichtet nach den jeweiligen Umsätzen und Kaufkraftparitäten zu berücksichtigen sind. Für die Verhandlungen haben der GKV-Spitzenverband und die Verbände der pharmazeutischen Unternehmer eine Rahmenvereinbarung getroffen, die die Kriterien für die Bildung des Erstattungsbetrags weiter konkretisieren. Nach § 5 Abs. 2 RahmenV wird bei einem Arzneimittel, das einen Zusatznutzen aufweist der Erstattungsbetrag durch einen Zuschlag in Euro auf die Jahrestherapiekosten der Vergleichstherapie vereinbart. Dieser hat die Besonderheiten des jeweiligen Therapiegebiets nach dem festgestellten Ausmaß des Zusatznutzens sowie u.a.:

- das vom pharmazeutischen Unternehmer erstellte Dossier zur Nutzenbewertung,
- die tatsächlichen Abgabepreise in anderen europäischen Ländern und
- die Jahrestherapiekosten vergleichbarer Arzneimittel (nicht der Vergleichstherapie)

zu berücksichtigen.

Damit ist zunächst festzuhalten, dass auch bei der (eigentlich freien) Verhandlung über den Erstattungsbetrag wieder auf die Kosten der Vergleichstherapie als Basis der Verhandlung des Zuschlags abgestellt wird. Diese Regelung ist darauf zurückzuführen, dass nach dem gesetzgeberischen Willen der Erstattungsbetrag in einer engen Beziehung zum festgestellten Zusatznutzen stehen soll.³⁷ Dieser Zusatznutzen steht aber – wie oben dargestellt – wiederum in einem Verhältnis zur Vergleichstherapie, sodass es sachgerecht ist deren Kosten als Ausgangsbasis der Verhandlung heranzuziehen. Der Umstand, dass von einem Zuschlag gesprochen wird, bedingt jedoch nicht, dass es eine Art Obergrenze für den Erstattungsbetrag gibt. Vielmehr bilden die Jahrestherapiekosten der Vergleichstherapie den Ausgangswert für die Verhandlungen. Oder verkürzt: Billiger wird es nicht. Dies wäre auch nicht gerechtfertigt, da ja ein

33 LSG Potsdam v. 28.06.2017 - L 9 KR 213/16 KL Rn. 51.

34 www.ema.europa.eu/en/medicines/human/EPAR/zolgensma#authorisation-details-section (zuletzt abgerufen am 15.09.2020).

35 Pitz in: Schlegel/Voelzke, jurisPK SGB V, 4. Aufl., § 35a SGB V Rn. 25.

36 www.g-ba.de/bewertungsverfahren/nutzenbewertung/561 (zuletzt abgerufen am 15.09.2020).

37 BT-Drs. 17/2413, S. 31.

Zusatznutzen festgestellt wurde, der im Zuschlag monetarisiert wird.

Die Jahrestherapiekosten der für Zolgensma[®] heranzuziehenden Vergleichstherapie mit dem Arzneimittel Spinraza[®] betragen ca. 311.000 €³⁸ wobei jedoch eine kontinuierliche Behandlung erfolgen muss.³⁹ Bei Zolgensma[®] handelt es sich demhingegen um eine Einmaltherapie, d.h. schlägt die Behandlung an, ist keine weitere Pharmakotherapie erforderlich. Dies lässt die Einschätzung des amerikanischen Institute for Clinical and Economic Review (ICER), dass der Preis von Zolgensma[®] am oberen Ende dessen, was kosteneffizient und gerechtfertigt ist liegt,⁴⁰ nachvollziehbar erscheinen.

Komplexer gestaltet sich die Preisfindung, wenn sich im Rahmen der Nutzenbewertung herausstellen sollte, dass nicht für alle relevanten Patientengruppen, die in die frühe Nutzenbewertung einbezogen wurden, ein Zusatznutzen festgestellt werden kann. Denn § 130b Abs. 3a SGB V sieht vor, dass für das zu bewertende Arzneimittel nur ein einheitlicher Erstattungsbetrag gebildet werden kann. In der Praxis wird daher ein sog. Mischpreis gebildet. Diesem Mischpreis liegt eine Gesamtbetrachtung zugrunde,⁴¹ der allerdings zu einem „unter dem Strich“ gerechten Ausgleich zwischen den Interessen des pharmazeutischen Unternehmers und den Kostenträgern führt und letztlich dem Wesen der Nutzenbewertung geschuldet ist. Denn der Mischpreis ist für die Patientengruppen mit Zusatznutzen „zu niedrig“ und für die Patientengruppen ohne Zusatznutzen „zu hoch“.

Wenn sich der pharmazeutische Unternehmer und der GKV-Spitzenverband nicht auf einen Erstattungsbetrag einigen können, setzt eine unabhängige Schiedsstelle den Erstattungsbetrag unter freier Würdigung aller Umstände nach § 130b Abs. 4 SGB V fest. Gegen den Schiedsspruch kann jede Partei den Rechtsweg beschreiten. Ein besonderes Problem stellt sich jedoch für den pharmazeutischen Unternehmer dann, wenn der Erstattungsbetrag – auch nach Abschluss eines Klageverfahrens – aus dessen Sicht zu niedrig ausfällt. Hierdurch besteht die Gefahr, dass andere europäische Gesundheitssystem sich an diesem Preis orientieren und ebenfalls nur noch der in Deutschland gültige Preis bezahlt wird. Andererseits ist es keine Alternative, das Arzneimittel in Deutschland einfach nicht mehr zu verkaufen, da das Arzneimittel über eine europäische (und nicht nur nationale) Zulassung verfügt und damit problemlos im europäischen Ausland beschafft und nach Deutschland importiert werden kann. Aus diesem Grund ist es verständlich, dass seitens der pharmazeutischen Industrie der Wunsch nach einer einheitlichen europäischen Nutzenbewertung besteht. Seit 2018 liegt

ein Verordnungsvorschlag für ein europäisches Health Technology Assessment (EU-HTA) vor, der jedoch noch hohe politische Hürden zu nehmen hat, sodass nicht mit einer zeitnahen Beschlussfassung zu rechnen ist.⁴²

Sollte bei Zolgensma[®] ein erheblicher Zusatznutzen festgestellt werden, ist aufgrund der Möglichkeit einer dauerhafte Heilung der Patienten davon auszugehen, dass der Erstattungsbetrag nicht deutlich günstiger, als die für die ersten zwölf Monaten angesetzten 1,95 Mio. werden wird. Möglicherweise wird jedoch bei der Verhandlung eines Erstattungsbetrags die Anzahl der Behandlungen „einzupreisen“ sein, die nicht zum gewünschten Erfolg führt. Dies kann – je nach dem wie hoch der Anteil ist – zu einer, ggf. auch deutlichen, Reduktion des Erstattungspreises führen.

I. Fazit

Das deutsche Krankenversicherungssystem wird sich mittelfristig verstärkt mit einzelnen Arzneimitteln auseinandersetzen haben, die besonders hochpreisig sind. Dies nicht nur deshalb, weil die Entwicklung und Herstellung bestimmter Arzneimittel sehr teuer ist, sondern auch, weil der Fortschritt immer neue Formen der Pharmakotherapie mit sich bringt. Zwar ist es verständlich, wenn die pharmazeutische Industrie die Kosten der frühen Nutzenbewertung und die Verkürzung der effektiven Patentlaufzeit,⁴³ die bei Arzneimitteln regelmäßig zwischen zehn und zwölf Jahren⁴⁴ und damit weit entfernt von der 20-jährigen Patentlaufzeit liegt, gegen die frühe Nutzenbewertung ins Feld führt. Andererseits ist man sich natürlich bewusst, dass bei einer erfolgreichen Nutzenbewertung der Zugang zum finanziell sehr potenten deutschen Krankenversicherungssystem offensteht. Aus Sicht der Versicherten und Versicherungen ist es nicht zu leugnen, dass kein Interesse an der Finanzierung von „Pseudo-Innovationen“ besteht. Vor diesem Hintergrund stellt das System der frühen Nutzenbewertung bei all seiner Komplexität einen gerechten Ausgleich der Interessen von pharmazeutischen Unternehmern einerseits und Versicherten bzw. Versicherungen andererseits dar. Es sicher zugleich den Zugang der Patienten zu echten medizinischen Innovationen, auch wenn diese sehr teuer sind.

38 IQWiG, Dossierbewertung G17-05 „Nusinersen“, S. 9.

39 IQWiG, Dossierbewertung G17-05 „Nusinersen“, S. 6.

40 https://icer-review.org/announcements/icer_comment_on_zolgensma_approval (zuletzt abgerufen am 15.09.2020).

41 BSG, Urt. v. 28.05.2019 - B3 KR 20/17 R.

42 Schulte, NZS 2020, 534, 538.

43 Zeit, in der das Arzneimittel Marktexklusivität genießt.

44 www.vfa.de/de/arzneimittel-forschung/artikel-arzneimittel-forschung/patentschutz.html (zuletzt abgerufen am 15.09.2020).

Nachhaltigkeit im Vergaberecht

Prof. Dr. Matthias Knauff, LL.M. Eur.

A. Nachhaltige Beschaffung als Ziel

Seit seiner Entstehung befindet sich das moderne, europäisierte Vergaberecht in stetigem Wandel. Dies betrifft nicht nur verfahrensrechtliche und technische Fragen, wie zuletzt die Umstellung auf die E-Vergabe,¹ sondern auch grundlegende konzeptionelle Aspekte. Die ersten Richtlinienvorgaben zielten mittels Wettbewerbsschaffung zum Zwecke der Realisierung des Binnenmarktes² darauf, eine strikt betriebswirtschaftlich ausgerichtete, öffentliche Auftragsvergabe sicherzustellen.³ Dies geschah durchaus in Übereinstimmung mit dem überkommenen deutschen Vergaberecht, das auf die sparsame Verwendung von Haushaltsmitteln abzielt(e).⁴ Mit den Novellierungen der EU-Vergaberichtlinien 2004⁵ und 2014⁶ erfolgte jedoch eine grundsätzliche Öffnung gegenüber, ja sogar Hinwendung zur „strategischen Beschaffung“,⁷ bei der – vormals als „vergabefremd“⁸ qualifizierten – nichtwirtschaftlichen Kriterien eine entscheidende Bedeutung zukommt. Diese Entwicklung korrespondiert zweifellos mit der „politischen Großwetterlage“. Seit einigen Jahren nimmt die Sensibilität für den Umwelt- und Klimaschutz wie auch für soziale Belange zu. Die „Fridays for Future“-Bewegung bringt dies ebenso zum Ausdruck wie die UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte,⁹ die eine Beachtung menschenrechtlicher Standards in globalen Lieferketten sicherstellen sollen.

Vor diesem Hintergrund rückt der instrumentelle Charakter des Vergaberechts wieder in den Fokus. Die Bundesregierung führt in ihrer Nachhaltigkeitsstrategie aus: „Bei der Beschaffung bestehen erhebliche Steuerungsmöglichkeiten zur Förderung von Nachhaltigkeit.“¹⁰ Auch darüber hinaus findet im offiziellen Sprachgebrauch der Begriff der „nachhaltigen Beschaffung“ zunehmend Verwendung, um eine ökologisch und sozial orientierte öffentliche Auftragsvergabe zu kennzeichnen.¹¹ Im Folgenden soll ausgehend von der Klärung der gegenständlichen und begrifflichen Grundlagen (B.) ein Überblick über die Dimensionen vergaberechtlicher Nachhaltigkeit im geltenden Recht erfolgen (C.). Einige Folgerungen beschließen den Beitrag (D.)

B. Grundlagen

Öffentliche Auftragsvergabe und Nachhaltigkeit weisen im Ausgangspunkt allenfalls punktuelle Bezüge zueinander auf. Mag die Qualifikation einer Beschaffung als „nachhaltig“ auch positive Konnotationen erzeugen, so trägt dies keineswegs unmittelbar zu inhaltlicher Klarheit bei.

I. Vergaberecht und öffentliche Auftragsvergabe

Das Vergaberecht als die die Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand regelnde Rechtsmaterie zielt in erster Linie darauf ab, Regelungen zur Verfügung zu stellen, mittels deren Anwendung die öffentliche Hand ihren Be-

- 1 Dazu monografisch Vogt, E-Vergabe. Systematische Darstellung der Vorschriften des Vergaberechts im Lichte der europäischen Richtlinien, 2019.
- 2 Vgl. Egger, Europäisches Vergaberecht, 2008, S. 26 ff.; Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts, 3. Aufl. 2005, S. 6 ff.
- 3 Vgl. Bartsch/v. Gehlen/Hirsch, NZBau 2012, 393, 394; Opitz, NZBau 2001, 12, 13 f.
- 4 Siehe nur Brenner in: Festschrift für Kriele, 1997, S. 1431, 1435; vgl. auch BT-Drs. 16/10117, S. 16.
- 5 RL 2004/17/EG zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, RL 2004/18/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. L 134 vom 30.04.2004, S. 1 und 114.
- 6 RL 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe, RL 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe, RL 2014/25/EU über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. L 94 vom 28.03.2014, S. 1, 65 und 243.
- 7 Siehe KOM(2011) 896 endgültig, S. 5, 11; www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Wirtschaft/strategische-beschaffung.html (zuletzt abgerufen am 04.09.2020).
- 8 So etwa Hölzl in: Säcker, MünchKomm, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht III, 2. Aufl. 2018, § 127 GWB Rn. 70; Ziekow, NZBau 2001, 72.
- 9 www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf; deutsche Fassung abrufbar unter www.auswaertigesamt.de/cae/servlet/contentblob/690490/publicationFile/198919/UN-Leitprinzipien-DE.pdf (zuletzt abgerufen am 04.09.2020).
- 10 Bundesregierung, Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie. Aktualisierung 2018, 30 (www.bundesregierung.de/resource/blob/975274/1546450/65089964ed4a2ab07ca8a4919e09e0af/2018-11-07-aktualisierung-dns-2018-data.pdf?download=1; zuletzt abgerufen am 04.09.2020).
- 11 www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Wirtschaft/strategische-beschaffung.html; www.nachhaltige-beschaffung.info/SharedDocs/Kurzmeldungen/DE/2016/160418_neues_Vergaberecht.html.

darf decken kann.¹² Es trägt damit dem Umstand Rechnung, dass sie zahlreiche benötigte Waren und Leistungen nicht selbst herstellen bzw. erbringen kann oder will, sondern am Markt beschafft. Auch kann dabei die Einbeziehung der – typischerweise privaten – Leistungsanbieter auf unterschiedliche Weise erfolgen. Im Vergaberecht schlägt sich dies in einer differenzierenden Ausgestaltung seiner Regelungen in gegenständlicher Hinsicht wie auch durch die Unterscheidung zwischen „klassischem“ Auftragsvergabe- und Konzessionsvergaberecht sowie bereichsspezifischen Sonderregelungen¹³ nieder.

Damit sind zugleich die Grenzen der Instrumentalisierung der öffentlichen Auftragsvergabe und des Vergaberechts insgesamt umrissen. Sekundärzwecke unabhängig von ihrem Gegenstand lassen sich nur im Rahmen der staatlichen Bedarfsdeckung¹⁴ und in Abhängigkeit von dieser mit Mitteln des Vergaberechts verfolgen. Eine Beschaffung von Waren und Leistungen durch die öffentliche Hand um der Realisierung von Sekundärzielen willen ist zwar grds. denkbar. Die Entscheidung darüber ist dem Vergaberecht jedoch vorgelagert und kann daher auch nicht Gegenstand seiner Anwendung sein.

II. Nachhaltigkeit

Die Verwendung des Begriffs der Nachhaltigkeit im politischen und medialen Diskurs ist durch eine bemerkenswerte Beliebigkeit geprägt. Vielfach erfolgt sie diffus. Auch die Nachhaltigkeitsstrategie der Bundesregierung verzichtet auf terminologische Klarstellungen. Die zugrunde liegende Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung der UN¹⁵ formuliert 17 Ziele für nachhaltige Entwicklung, die in 169 Zielvorgaben konkretisiert werden, und trägt damit ebenfalls kaum zu einem besseren Begriffsverständnis bei.

In Anbetracht dessen erschließt sich der Nachhaltigkeitsbegriff auch heute noch am besten mittels eines Rückgriffs auf seine forstwirtschaftlichen Ursprünge und seine wissenschaftliche Weiterentwicklung.¹⁶ Im Mittelpunkt stehen dabei die Langfristigkeit der Perspektive und die Ausgewogenheit des Handelns. Im Bericht der Brundtland-Kommission (1987) wird eine Entwicklung als nachhaltig bezeichnet, „that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs.“¹⁷ Anknüpfend daran weist Nachhaltigkeit drei Komponenten auf, die nicht unabhängig voneinander gedacht werden können. Ökologische, soziale und wirtschaftliche Nachhaltigkeit stehen danach in einem Ergänzungsverhältnis, wengleich es im Einzelfall der Gewichtung bedarf.¹⁸ Nachhaltiges

Handeln ist damit nie ein- sondern stets mehrdimensional ausgerichtet.

C. Dimensionen vergaberechtlicher Nachhaltigkeit

Die Dimensionen von Nachhaltigkeit lassen sich auf die öffentliche Auftragsvergabe beziehen und spiegeln sich zugleich in der Ausgestaltung des Vergaberechts wider. Bereits in der Grundlagenbestimmung des § 97 GWB ist nicht mehr nur eine wettbewerbliche, nichtdiskriminierende und transparente Auftragsvergabe vorgesehen, sondern auch die Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Aspekte.

I. Ökonomische Beschaffung

Die Notwendigkeit einer Beachtung wirtschaftlicher Aspekte bei der öffentlichen Auftragsvergabe folgt unmittelbar aus der Begrenztheit hierfür nutzbarer finanzieller Mittel. Werden diese für Beschaffungen und damit die staatliche Bedarfsdeckung eingesetzt, stehen sie für andere Zwecke nicht mehr zur Verfügung. Sie ist daher auch haushaltsrechtlich geboten, vgl. § 7 BHO, § 6 HGRG, sodass ein Verzicht darauf auch in Zeiten gut gefüllter öffentlicher Kassen nicht in Betracht kommt.

Offenkundigster vergaberechtlicher Ausdruck dessen ist das Gebot der Zuschlagerteilung auf das wirtschaftlichste Angebot,¹⁹ welches sich durch das beste Preis-Leistungs-Verhältnis auszeichnet, gem. § 127 Abs. 1 GWB. Die Wirtschaftlichkeit ist dabei in erster Linie aus der Perspektive des jeweiligen öffentlichen Auftraggebers zu bestimmen,²⁰ dem es i.d.R. auch tatsächlich nicht möglich ist, gesamtwirtschaftliche „Fernwirkungen“ seines konkreten Beschaffungshandelns zu überblicken. Ein Verzicht auf jegliche ökonomische Kriterien bei der Bestimmung des wirtschaftlichsten Angebots²¹ ist nicht nur

12 Näher Burgi, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 2 Rn. 31, § 6 Rn. 2 ff.

13 Eine „Zersplitterung“ konstatiert Burgi, NZBau 2018, 579.

14 Vgl. auch Beneke, VergabeR 2018, 227, 230 ff.

15 Resolution der UN-Generalversammlung, A/RES/70/1.

16 Ausführlich dazu Nolte, Lokale Agenda 21 zwischen Wunsch und Wirklichkeit, 2006, S. 29 ff.; Pufé, Nachhaltigkeit, 3. Aufl. 2017, S. 35 ff.

17 Annex to document A/42/427; www.un-documents.net/wced-ocf.htm (zuletzt abgerufen am 04.09.2020).

18 Siehe nur zusammenfassend Novy/Bärnthaler/Heimerl, Zukunftsfähiges Wirtschaften, 2020, S. 26 ff.; Pufé, Nachhaltigkeit, 3. Aufl. 2017, S. 99 ff.; kritisch etwa Ekarde, Theorie der Nachhaltigkeit, 2. Aufl. 2016, S. 65 ff.

19 Vgl. Hölzl in: Säcker, MünchKomm, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht III, 2. Aufl. 2018, § 127 GWB Rn. 6.

20 Unverändert aktuell insoweit EuGH, Urt. v. 16.09.1999 - C-27/98 - „Fracasso und Leitschutz“ Rn. 31.

21 Dafür Opitz in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar I, 3. Aufl. 2017, § 127 Rn. 36.

begrifflich ausgeschlossen, sondern auch durch die Formulierung des § 127 Abs. 1 Satz 4 GWB, wonach „neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden“ können.²²

Darüber hinaus schlägt sich das Gebot einer ökonomischen Beschaffung in der grundsätzlichen Notwendigkeit einer wettbewerblichen Vergabe nieder, vgl. § 119 Abs. 2, § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB.²³ Zwar ist ein Wettbewerb nicht nur in Bezug auf den Preis und andere ökonomisch fassbare Kriterien denkbar. Das Vergaberecht geht jedoch lebensnah davon aus, dass derartige Kriterien sowohl für öffentliche Auftraggeber als auch für im Übrigen am durch eine Anbieterkonkurrenz geprägten Markt tätig werdende Unternehmen als „Normalfall“ angesehen werden.

II. Ökologische Beschaffung

Das Vergaberecht ermöglicht bei Beschaffungen in erheblichem Maße und auf allen Stufen des Vergabeverfahrens die Berücksichtigung ökologischer Aspekte.²⁴ Diese können insbesondere Bestandteil der Leistungsbeschreibung sein²⁵ oder als Zuschlagskriterium dienen, wobei ihre Gewichtung im Einzelfall maßgeblich dafür ist, ob ihnen eine praktische Relevanz für die Vergabeentscheidung zukommt. Alternativ können sie auch als Ausführungsbedingungen vorgegeben werden. In diesem Fall stehen sie grds. außerhalb des Vergabewettbewerbs, wenngleich sie sich durchaus auf diesen auswirken.²⁶ Unabdingbare Voraussetzung ist allein eine Verbindung mit dem Auftragsgegenstand, § 127 Abs. 3, § 128 Abs. 2 GWB, § 31 VgV, die sich aber nicht zwingend in den materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes niederschlagen muss.

In Bezug auf die Beschaffung von energieverbrauchsrelevanten Produkten und Dienstleistungen sowie von Fahrzeugen sehen die §§ 67 f. VgV sogar eine zwingende Berücksichtigung von Umwelteigenschaften vor.²⁷ Bislang sind die Regelungen freilich wenig anspruchsvoll und durchsetzungsstark ausgestaltet. Die Anforderungen an die Fahrzeugbeschaffung werden jedoch künftig im Zuge der Umsetzung der geänderten RL 2009/33/EG über die Förderung sauberer Straßenfahrzeuge zur Unterstützung einer emissionsarmen Mobilität²⁸ deutlich verschärft.

Im Hinblick auf die Angebotswertung ist bedeutsam, dass ökologische Aspekte unmittelbar in die wirtschaftliche Bewertung einfließen können. Nach § 59 Abs. 1 VgV kann ein öffentlicher Auftraggeber „vorgeben, dass das Zuschlagskriterium ‚Kosten‘ auf der Grundlage der

Lebenszykluskosten der Leistung berechnet wird.“ Darin einfließen können gem. § 59 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 VgV „Kosten, die durch die externen Effekte der Umweltbelastung entstehen, die mit der Leistung während ihres Lebenszyklus in Verbindung stehen, sofern ihr Geldwert ... bestimmt und geprüft werden kann; solche Kosten können Kosten der Emission von Treibhausgasen und anderen Schadstoffen sowie sonstige Kosten für die Eindämmung des Klimawandels umfassen.“ Voraussetzung hierfür ist nach § 59 Abs. 3 VgV neben einer Transparenz der Berechnungsmethode insbesondere, dass sie „auf objektiv nachprüfbar und nichtdiskriminierenden Kriterien“ beruht.²⁹

III. Soziale Beschaffung

Auch gegenüber der Verfolgung sozialer Zwecke erweist sich das geltende Vergaberecht als aufgeschlossen.³⁰ In gleicher Weise wie ökologische können soziale Belange im Rahmen der Leistungsbestimmung, als Zuschlagskriterien oder Ausführungsbedingungen bei öffentlichen Auftragsvergaben berücksichtigt werden.

Die Berücksichtigung sozialer Aspekte in Vergabeverfahren ist in nicht wenigen Fällen obligatorisch ausgestaltet. Obwohl Mindestlohn- und Tariftreuevorgaben immer wieder zu politischen und rechtlichen Auseinandersetzungen geführt haben,³¹ sind diese in den meisten Landesvergabebe-

22 Wiedemann in: Kulatz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. 2016, § 127 Rn. 27; siehe auch BT-Drs. 18/6281, S. 111.

23 Näher Knauff in: Müller-Wrede, GWB Vergaberecht, 2016, § 119 Rn. 15 f.

24 Dazu im Überblick Hattenhauer/Butzert, ZfBR 2017, 129 ff.; allgemein zu nachhaltiger Beschaffung Beneke, VergabeR 2018, 227, 230 ff.

25 Zur praktisch bedeutsamen Nachweisführung durch Gütezeichen Knauff, VergabeR 2017, 553 ff.; Beneke, VergabeR 2018, 227, 232.

26 Vgl. Opitz in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar I, 3. Aufl. 2017, § 128 Rn. 17; Wiedemann in: Kulatz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. 2016, § 128 Rn. 23.

27 Dazu zusammenfassend Knauff, VergabeR 2019, 274 ff.

28 ABl. L 120 vom 15.05.2009, S. 5, geändert durch RL (EU) 2019/1161, ABl. L 188 vom 12.07.2019, S. 116.

29 Näher EBig in: Müller-Wrede, VgV/UVgO, 2017, § 59 VgV Rn. 21 ff.

30 Zusammenfassend Hattenhauer/Butzert, ZfBR 2017, 129 ff.; Latzel, NZBau 2014, 673 ff.

31 Aus der daraus folgenden wissenschaftlichen Auseinandersetzung siehe nur monografisch Arnold, Die europarechtliche Dimension der konstitutiven Tariftreueerklärungen im deutschen Vergaberecht, 2004; Dobmann, Die Tariftreueerklärung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 2007; Engel, Tariftreue kraft Gesetzes, 2009; Kramer, Tariftreue im europäischen Vergaberecht, 2006; zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Tariftreuevorgaben BVerfGE 116, 202, 217 ff.

setzen³² enthalten. Hohe Relevanz kommt vor allem dem „vergabespezifischen Mindestlohn“ zu, der stets etwas über dem Mindestlohn nach dem Mindestlohngesetz, jedoch häufig unter tarifvertraglich vereinbarten Entgelten liegt.³³ Verbreitet ist auch die Verpflichtung zur Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen.³⁴ In einzelnen Ländern bestehen weitergehende Anforderungen. So normiert § 13 ThürVgG für den – praktisch allerdings nahezu ausgeschlossenen – Fall des Vorliegens gleichwertiger Angebote, mithin solcher, bei denen die Anwendung der Bewertungsmatrix zu einem identischen Wertungsergebnis geführt hat, eine Pflicht der Vergabestelle zur Auswahl anhand sozialer oder ökologischer Kriterien, wobei Erstere im Fokus der Regelung stehen.³⁵ Bundesrechtlich folgt schließlich aus § 131 Abs. 3 GWB eine grundsätzliche Verpflichtung zur Übernahme der Arbeitnehmer im Fall der Neuvergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen über Eisenbahnverkehrsleistungen; im sonstigen ÖPNV kann diese auf Grundlage von Art. 4 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße³⁶ vorgegeben werden.

Darüber hinaus gestattet es § 118 Abs. 1 GWB öffentlichen Auftraggebern, „das Recht zur Teilnahme an Vergabeverfahren Werkstätten für Menschen mit Behinderungen und Unternehmen vor[z]uhalten, deren Hauptzweck die soziale und berufliche Integration von Menschen mit Behinderungen oder von benachteiligten Personen ist, oder [zu] bestimmen, dass öffentliche Aufträge im Rahmen von Programmen mit geschützten Beschäftigungsverhältnissen durchzuführen sind.“ Die vergaberechtliche Begünstigung einer sozial besonders schutzbedürftigen Gruppe³⁷ geht in diesem Fall so weit, dass kommerzielle Unternehmen ungeachtet ihrer gesetzlichen Verpflichtung zur Beschäftigung von Behinderten vom Wettbewerb um öffentliche Aufträge ausgeschlossen werden können.³⁸

D. Folgerungen

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass das moderne Vergaberecht der Nachhaltigkeit staatlicher Beschaffungstätigkeit nicht nur nicht entgegensteht, sondern diese zu fördern geeignet ist. Wirtschaftliche Beschaffung und Nachhaltigkeit sind dabei kein Widerspruch. Vielmehr setzt eine nachhaltige öffentliche Auftragsvergabe gerade auch deren Wirtschaftlichkeit voraus. Eine rein oder vorrangig ökologisch oder sozial orientierte Beschaffung wäre nicht nur finanziell und haushaltsrechtlich problematisch, sondern stünde gerade auch mit dem Konzept der Nachhaltigkeit im Widerspruch. Es verwundert daher nicht, dass sich die Gesetzgebung bislang auf allen Ebenen ungeachtet der Hinwendung zur

„strategischen Beschaffung“ als eher zurückhaltend hinsichtlich der Etablierung „unwirtschaftlicher“ Vorgaben erwiesen hat. Soweit obligatorische Vorgaben bestehen, kommt diesen teils für die Auftragsvergabe keine zentrale Bedeutung zu, teils zielen sie darauf ab, politisch unerwünschte Auswirkungen des Vergabewettbewerbs – etwa einen Preiswettbewerb auf Kosten der Arbeitnehmer – zu verhindern. Allein sachlich kaum begründbare Regelungen zum „vergabespezifischen Mindestlohn“ und die künftig eingreifenden Regelungen für die Fahrzeugbeschaffung weisen in eine andere Richtung.

Letztlich obliegt es daher vornehmlich den öffentlichen Auftraggebern, den vergaberechtlichen Rahmen zu nutzen, um wirtschaftliche, ökologische und soziale Belange bei ihren Beschaffungen zu realisieren und in einem dem jeweiligen Einzelfall gerecht werdenden Maße miteinander zu verbinden.³⁹ Hierbei kann und muss insbesondere der individuellen finanziellen Situation Rechnung getragen werden. Doch auch politische Präferenzen können durchaus einfließen, solange diese sach- und nicht unternehmensbezogen sind. Die Nachhaltigkeit der öffentlichen Auftragsvergabe kann in keinem Fall als Rechtfertigung für Verschwendung, Vetternwirtschaft und „Hoflieferantentum“ dienen. Vielmehr geht es allein darum, notwendige Beschaffungen, bei denen stets ein Bezug zur Erfüllung von Aufgaben besteht, die der öffentlichen Hand zugewiesen sind, in einem modernen Sinne „angemessen“ durchzuführen, indem neben (betriebs)wirtschaftlichen auch ökologische und soziale Aspekte Berücksichtigung finden. Insoweit kommt der öffentlichen Hand zugleich eine „Vorbildfunktion“ zu, wie sie bereichsspezifisch in einigen Klimaschutzgesetzen explizit gefordert, in der Praxis aber bislang nur teilweise realisiert wird.

32 Im Überblick dazu Mertens in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 88.

33 Dazu im Überblick Fehling in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 129 GWB Rn. 25 ff.; Kühnast in: Säcker, MünchKomm, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht III, 2. Aufl. 2018, § 97 GWB Rn. 188 ff.; insbesondere zum Verhältnis zum MiLoG Tugendreich, NZBau 2015, 395 ff.

34 Dazu Germelmann, GewArch 2016, 100, 102 f.; Beneke, VergabeR 2018, 227, 234 f.

35 Näher dazu Knauff, ThürVBl. 2020, 25, 28 f.

36 ABl. L 315 vom 03.12.2007, S. 1, geändert durch Verordnung (EU) 2016/2338, ABl. L 354 vom 23.12.2016, S. 22.

37 Zur Bestimmbarkeit anhand sozialrechtlicher Maßstäbe Mager in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar I, 3. Aufl. 2017, § 118 Rn. 12 ff.

38 BT-Drs. 18/6281, S. 96.

39 Zu den damit verbundenen Herausforderungen zusammenfassend Beneke, VergabeR 2018, 227, 235.

In vino veritas – Zugabe von Saccharose bei der Erzeugung von Qualitätswein

BVerwG, Urt. v. 30.01.2020 - 3 C 6/18

Ri'in und Priv.-Doz. Dr. Susanne Heinemeyer

A. Problemstellung

Wein ist ein sehr altes Getränk und ein überaus beliebtes Genussmittel: Allein in Deutschland werden pro Jahr rund 20 Millionen Hektoliter Wein getrunken.¹ Zugleich handelt es sich um ein bedeutendes Wirtschaftsgut. 2019 wurden weltweit ca. 260 Millionen Hektoliter, davon etwa 156 Millionen Hektoliter in der EU und etwa 9 Millionen Hektoliter Wein in Deutschland erzeugt. Wie bei anderen Lebensmitteln gibt es auch beim Wein sowohl hinsichtlich des Preises, als auch hinsichtlich der Qualität zum Teil erhebliche Unterschiede. Seine Herstellung liegt aber nicht erst seit dem Glykolwein-Skandal der 1985er Jahre im Fokus des Gesetzgebers. Schon seit 1909 gibt es ein umfassendes deutsches Weingesetz, das neben der Herstellung und dem Inverkehrbringen auch wirtschaftspolitische Aspekte regelt. Heute sind die Vorschriften des Weingesetzes und der Weinverordnung eingebettet in das europäische Weinrecht, das insbesondere mit der Verordnung (EU) Nr. 1308/2013 umfassend normiert wurde.² Die Regelungen dienen vor allem dem Schutz des Vertrauens des Verbrauchers in Qualität und Reinheit des Weines und stellen sicher, dass die natürlichen wesentlichen Merkmale des Weines erhalten bleiben und sich seine übliche Zusammensetzung nicht erheblich ändert. Deshalb sind insbesondere Zugaben und Beimischungen stark reglementiert. So ist die Zugabe von Zucker nach § 15 WeinG nur zulässig, um den natürlichen Alkoholgehalt des Weines zu erhöhen. Eine Süßung des Weines ist hingegen nur mit weinimmanenten Zutaten wie Traubenmost zulässig (vgl. § 16 WeinG). In diesem Spannungsfeld zwischen Anreicherung und Süßung bei der Herstellung von Wein bewegt sich die zu besprechende Entscheidung des BVerwG, die ihren Ursprung in Rheinland-Pfalz – dem deutschen Weinland Nr. 1 – hat.³

B. Gegenstand und Inhalt der Entscheidung

Gegenstand der Entscheidung ist die Zulässigkeit der Zuckering eines Qualitätsweines mit Saccharose (Kristallzucker). Der Kläger ist Inhaber eines Weingutes in Rheinhessen. Für einen Rieslingwein aus dem Jahrgang 2014 erhielt er auf Antrag eine amtliche Prüfungsnummer für Qualitätswein. In seinem Antrag hatte er u.a. angegeben, den Wein zweimal angereichert, nicht jedoch gesüßt zu haben. Kurz darauf führte die beklagte rheinland-pfälzische Landwirtschaftskammer eine Betriebskontrolle durch und entnahm eine Probe des

Weines. Deren Untersuchung ergab einen Restzuckergehalt von 17,1 g/l bei einem Glucose-Fructose-Verhältnis von 47 % zu 53 %. Daraufhin nahm die Beklagte den Prüfungsbescheid mit der Begründung zurück, der Wein sei entgegen der Angaben des Klägers in seinem Antrag auf Erteilung der Prüfungsnummer mit Saccharose gesüßt worden. Nach erfolglosem Widerspruchsverfahren erhob der Kläger Klage gegen die Rücknahme der Prüfungsnummer. Das VG Mainz wies die Klage ab, weil der Beklagten nachträglich ein Umstand bekannt geworden sei, der der Erteilung der Prüfungsnummer entgegengestanden hätte. Aus dem ermittelten Glucose-Fructose-Verhältnis des Weines von 47 % zu 53 % ergebe sich, dass nicht der weit überwiegende Teil, sondern nur 10 % der bei der zweiten Anreicherung zugesetzten Saccharose zu Alkohol vergoren seien. Daher habe es sich nicht um eine zulässige Anreicherung gehandelt, sondern um eine Süßung des Weines mit Saccharose. Dies sei als Verstoß gegen § 16 Abs. 1 WeinV zu qualifizieren, wonach Wein nur mit Traubenmost gesüßt werden dürfe. Von der unzulässigen Süßung habe die Beklagte erst durch die chemisch-analytische Untersuchung der bei der Betriebskontrolle entnommenen Weinprobe positive Kenntnis erlangt. Daher habe sie die Prüfungsnummer zu Recht zurückgenommen.

Die Berufung des Klägers hatte keinen Erfolg. Das OVG Koblenz bestätigte die erstinstanzliche Entscheidung und wies die Berufung zurück. Das Verwaltungsgericht sei zutreffend davon ausgegangen, die Anreicherung mit Saccharose dürfe nach den gesetzlichen Vorschriften nur dazu dienen, den natürlichen Alkoholgehalt des Weines zu erhöhen. Die Zugabe von Zucker sei deshalb nur zu einem Zeitpunkt erlaubt, in dem die Gärung des Weines noch nicht abgeschlossen sei. Anders als der Kläger meine, sei eine – den gesetzlichen Bestimmungen entsprechende – Zugabe von Zucker während der Gärphase nicht generell unbedenklich hinsichtlich der im Wein verbleibenden Restsüße. Denn der Jungwein müsse so angereichert werden, dass der überwiegende Anteil der Saccharose vergären könne und der Alkoholgehalt des Weines erhöht werde. Es sei dem Winzer zumutbar und im Rahmen der „guten fachlichen Praxis“ auch möglich, eine annähernd vollständige Vergärung des zugefügten Zuckers herbeizuführen, indem er den Zucker entweder in einem frühen Stadium des Gärprozesses zuge-

1 Vgl. den Konjunkturbericht der Internationalen Organisation für Rebe und Wein (OIV) zur Lage im weltweiten Weinbausektor 2019 (www.oiv.int/public/medias/7301/de-lage-im-weltweiten-weinbausektor-2019.pdf) (zuletzt abgerufen am 30.09.2020).

2 Vgl. Boch, Weingesetz, Nomos Bundesrecht Erläuterungen, 7. Online-Aufl. 2019, Einleitung Rn. 36 ff.

3 Hier liegen 65 % der Gesamtrebfläche und fast die Hälfte aller deutschen Weinbaubetriebe; vgl. die Angaben der Landwirtschaftskammer Rheinland-Pfalz (www.lwk-rlp.de/de/weinbau/).

be oder einen schon beendeten Gärprozess durch die Zugabe von Hefen wieder in Gang setze. Da der Zucker, den der Kläger bei der zweiten Anreicherung zugegeben habe, im Endprodukt jedoch nur zu 10 % vergoren sei, sei der Wein unzulässig gesüßt worden.

Der vom OVG Koblenz wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassenen Revision des Klägers blieb der Erfolg ebenfalls verwehrt. Auch nach Ansicht des BVerwG war die Rücknahme des Prüfungsbescheids rechtmäßig, weil nachträglich ein Umstand bekannt wurde, der der Erteilung der Prüfungsnummer entgegenstanden hätte. Denn die Zugabe von nicht vollständig vergorener Saccharose durch den Kläger habe den Wein unzulässig gesüßt. Gem. § 15 Nr. 1 und 3 WeinG, § 15 Abs. 1 und 2 WeinV i.V.m. Anhang VIII Teil I Abschnitt A und B der Verordnung (EU) Nr. 1308/2013 dürfe Wein nur mit Saccharose versetzt werden, um den Alkoholgehalt, nicht aber – wie hier – um die Restsüße zu erhöhen. Zwar seien nicht vergorene Saccharose-Zugaben als „potentieller“ Alkoholgehalt (sog. Restsüße) im Sinne des Anhangs II Teil IV Nr. 14 der Verordnung (EU) Nr. 1308/2013 anzusehen. Die Anreicherung diene aber nicht der Erhöhung des potenziellen, sondern des tatsächlich vorhandenen Alkoholgehalts im Sinne von Anhang II Teil IV Nr. 13 der Verordnung (EU) Nr. 1308/2013. Zugaben von Saccharose zu einem Zeitpunkt oder in einer Menge, welche eine vollständige Vergärung nicht mehr erwarten lasse, verstießen hinsichtlich des nicht-vergorenen Teils gegen das Verbot der Süßung des Weines mit Saccharose. Dabei kam es im vorliegenden Fall nach Auffassung des BVerwG weder darauf an, ob es einem Winzer in jedem Fall möglich ist, die vollständige Vergärung zugegebenen Zuckers zu gewährleisten, noch ob in tatsächlicher Hinsicht Unsicherheiten bestehen, inwieweit zugefügte Saccharose im jeweiligen Wein vergoren ist. Denn der Rest-Zucker-Gehalt des Weines nach Abschluss der Anreicherung liege hier jedenfalls jenseits einer – ggf. hinzunehmenden – Toleranzschwelle. Weiterhin stellt das Gericht klar, dass die Beklagte nicht verpflichtet war, bereits bei Erteilung der Prüfungsnummer aus den vom Kläger in seinem Antrag angegebenen Daten durch entsprechende Berechnungen auf eine nicht vollständige Vergärung der Saccharose zu schließen.

C. Kontext der Entscheidung

Um einen Wein als Qualitätswein bezeichnen und vermarkten zu dürfen, benötigt der Winzer eine amtliche Prüfungsnummer (AP-Nr.). Diese wird auf Antrag erteilt, wenn der Wein die sensorische und analytische Qualitätsweinprüfung besteht (vgl. § 19 Abs. 3 WeinG). Voraussetzung ist, dass der Wein den unionsrechtlichen und nationalen Vorschriften entsprechend hergestellt ist und insbesondere nur

zugelassene Stoffe in erlaubten Mengen hinzugefügt wurden (vgl. § 13 Abs. 1 WeinG). Bei der Erzeugung und der Verarbeitung von Wein sind verschiedene Behandlungsverfahren gebräuchlich und weinrechtlich zulässig. Süßung und Anreicherung zählen zu diesen oenologischen Verfahren, die streng unterschieden und voneinander abgegrenzt werden müssen. Beide wirken zwar auf das Geschmacksbild des Weines ein, dienen jedoch unterschiedlichen Zielen: Während die Süßung des Weines unmittelbar der Veränderung seines Geschmacks dient, erhöht die Anreicherung den natürlichen Alkoholgehalt des Weines und bewirkt somit mittelbar eine Veränderung seines Geschmacks. So sollen klimatisch bedingte Standortnachteile von deutschen Winzern ausgeglichen werden, deren Anbauflächen aufgrund ihrer natürlichen Beschaffenheit nicht den bei Qualitätsweinen gewünschten Alkoholgehalt hervorbringen können. Fraglich war im vorliegenden Fall, ob die Anwendung des einen Verfahrens indirekt auch das Ergebnis des anderen Verfahrens herbeiführen darf. Das verneinen das BVerwG und die Vorinstanzen: Über den Umweg der zulässigen Anreicherung des Weines mit Zucker darf es nicht zu einer unzulässigen Süßung des Weines mit Zucker kommen.

Nicht selten treten Unregelmäßigkeiten erst nach der Erteilung einer amtlichen Prüfungsnummer im Rahmen einer chemisch-analytischen Untersuchung von Proben der jeweiligen Weine zutage. Deshalb geht es in den Verfahren vor den Verwaltungsgerichten häufig um die Frage, ob die amtliche Prüfungsnummer zu Recht nach § 27 Abs. 1 Satz 1 WeinV entzogen wurde. Das hängt im Einzelfall davon ab, ob ein auffälliger Analysewert darauf zurückzuführen ist, dass der Wein in unzulässiger Weise mit einem Stoff versetzt bzw. behandelt wurde, oder das Ergebnis natürlicher Prozesse bei der Weinherstellung ist. Im vorliegenden Fall ließ sich das Verhältnis von Glucose zu Fructose von 47 % zu 53 % im Endprodukt nur darauf zurückführen, dass der bei der zweiten Anreicherung zugegebene Zucker nicht vergoren war. Andernfalls hätte das Glucose-Fructose-Verhältnis zur Fructose hin verschoben sein müssen.⁴

D. Auswirkungen für die Praxis

Mit seiner Entscheidung hat das BVerwG klargestellt, dass über den Umweg der – zulässigen – Anreicherung von Jungwein mit Saccharose das Verbot der Süßung von Wein mit Zucker nicht umgangen werden darf. Damit sind vor allem die Erwartungen des Verbrauchers in das Endprodukt Wein geschützt.⁵ Dieser geht davon aus,

⁴ VG Mainz, Urt. v. 23.02.2017 - 1 K 611/16.MZ.

⁵ Vgl. OVG Koblenz, Urt. v. 27.02.2018 - 8 A 11751/17.

der Geschmack eines Qualitätsweins rühre nur von den verarbeiteten Trauben bzw. von hinzugefügten Stoffen, die ihrerseits aus Trauben hergestellt wurden, her. Mit einer direkten Veränderung des Geschmacks durch die Zugabe von Zucker rechnet er hingegen nicht. Deshalb ist die Zugabe von Zucker nur während des Gärprozesses und nur zum Zwecke der Erhöhung des Alkoholgehalts zulässig. Ausdrücklich offengelassen hat das BVerwG hingegen die Frage, ab welchem Prozentsatz zugesetzter, aber nicht-vergorener Saccharose im Endprodukt davon auszugehen ist, dass es sich um eine unzulässige Süßung und nicht mehr um eine zulässige Anreicherung handelt. Das bedurfte im vorliegenden Fall auch keiner Entscheidung, weil angesichts der Tatsache, dass nur 10 % der zugesetzten Saccharose vergoren waren, jedenfalls nicht von einer zulässigen Anreicherung auszugehen war. Diese schwierige Frage wird in zukünftigen Fällen zu klären sein.

E. Bewertung

Von der sich bei der ersten Lektüre vielleicht aufdrängenden Kürze der Entscheidung des BVerwG auf ihre Relevanz zu schließen, wäre verfehlt. Vielmehr unterstreicht die Prägnanz der Argumentation ihre Bedeutung. An der Entschei-

dung des Berufungsgerichts war kritisiert worden, ihr – überzeugendes – Ergebnis beruhe nicht primär auf der nationalen Vorschrift des § 16 WeinV, sondern ergebe sich aus europäischem Recht.⁶ Diese europarechtliche Dimension des Falls hat das BVerwG noch einmal ausdrücklich dargelegt. Das Weinrecht ist insbesondere in der Verordnung (EU) Nr. 1308/2013 sowie – seit 2019 – in der Verordnung (EU) 2019/934 umfassend geregelt. Im deutschen Recht gewährleisten § 13 Abs. 1 WeinG und § 16 Abs. 1 WeinV mit ihren Verweisungen auf das maßgebliche Unionsrecht, dass die nationalen diesen europarechtlichen Vorschriften entsprechen. Welche önologischen Verfahren in welcher Weise im Einzelnen zulässig sind, regelt also das Unionsrecht. Zu begrüßen ist auch die – zutreffende – Klarstellung des BVerwG, dass § 27 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 WeinV die Rechtsgrundlage sowohl für die Rücknahme des Prüfungsbescheids als auch für die Rücknahme der amtlichen Prüfungsnummer bildet. Eines zweiaktigen Rücknahmeverfahrens, wie es der Kläger vertreten hatte, bedarf es indes nicht. Und auch im Ergebnis ist der Entscheidung zuzustimmen, stellt sie doch sicher, dass auch weiterhin gilt: in vino veritas.

⁶ Vgl. Eichele, ZLR 2018, 571, 573; Boch, ZLR 2018, 706, 710.

Steuerrecht

Der Erlass von Kindergeldrückforderungen bei Sozialhilfeempfängern

ORR Dr. Christian Stahl

Seit dem Jahressteuergesetz 1996¹ ist die steuerliche Familienkasse kein Sozialleistungsträger i.S.d. § 12 SGB I mehr, sondern eine Finanzbehörde gem. § 6 Abs. 2 Nr. 6 AO. Seither stellt sich grds. die Frage des Zusammenspiels von Kindergeld und Sozialleistungen. Denn das Kindergeld wird beim Sozialleistungsempfänger als Einkommen angerechnet und mindert den sozialrechtlichen Bedarf. In jüngerer Vergangenheit kam es zu verschiedenen Urteilen in Fällen der Rückforderung von Kindergeld, in denen eine Harmonisierung der Leistungen über Erlassanträge vor den Familienkassen thematisiert wurde. Diese basieren zwar auf verschiedenen nichttragenden Aussagen des BFH, ihnen wurde nun aber letztlich doch eine Absage erteilt.

A. Das Problem

Für Sozialleistungen nach dem SGB II sind leistungsrechtigte Personen solche, die unter weiteren Voraussetzungen nach § 7 SGB II hilfebedürftig sind. Hilfebedürftig ist nach § 9 Abs. 1 SGB II, wer seinen Lebensunterhalt nicht oder nicht ausreichend aus dem zu berücksichtigenden Einkommen oder Vermögen sichern kann. Daher wird vorhandenes Einkommen bei der Sozialhilfe in Anrechnung gebracht.

¹ Gesetz vom 11.10.1995, BGBl. I 1995, 1250.

I. Kindergeld als Einkommen i.S.d. § 11 SGB II

Nach § 11 Abs. 1 Satz 1 SGB II zählen als Einkommen alle Einnahmen in Geld abzüglich der nach § 11b SGB II abzusetzenden Beträge mit Ausnahme der in § 11a SGB II genannten Einnahmen.

Es entspricht nicht dem Wesen der Grundsicherung bei der Zuordnung als Einkommen zunächst nach dem Grund bzw. Zweck der Vermögensmehrungen zu fragen. Dies wird vielmehr erst mit der Frage relevant, ob und in welchem Umfang Einkommen einzusetzen ist. Daher hat das BVerwG ausschließlich auf die tatsächlichen Verhältnisse abgestellt, sog. „Zuflusstheorie“.² Danach gilt als Einkommen all das, was jemand in Form von Geld oder Geldeswert in der Bedarfszeit dazu erhält. Nach Einführung des SGB II hat das BSG an diese Rechtsprechung angeknüpft. Einkommen ist demnach alles, was jemand nach Antragstellung wertmäßig dazu erhält.³

In der Literatur ist diese Zuflusstheorie deshalb umstritten, weil es teilweise vom Zufall abhängt, wann eine Einnahme tatsächlich realisiert wird und dadurch auch Gestaltungsspielräume toleriert werden.⁴ Weiterhin werden durch die Zuflusstheorie Einnahmen nach Antragstellung berücksichtigt, die sich aus der Realisierung von bereits vor Antragstellung entstandenen Forderungen ergeben.

Diese Zuflusstheorie wurde mittlerweile auch vom Gesetzgeber übernommen, denn seit der Bekanntmachung der Neufassung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch vom 13.05.2011⁵ bezeichnet das Gesetz selbst den „Zufluss“ und bestimmt in § 11 Abs. 1 Satz 2 SGB II, dass auch darlehensweise gewährte Sozialleistungen als Zuflüsse zu berücksichtigen sind, soweit sie dem Lebensunterhalt dienen.

Nach den Grundsätzen dieser Zuflusstheorie ist Kindergeld ebenfalls als Einkommen der Bedarfsgemeinschaft zu berücksichtigen, wie es auch in § 11 Abs. 1 Satz 5 SGB II geregelt ist.

II. Die Kindergeldrückforderung durch die Familienkasse

Wurde das Kindergeld zu Unrecht ausbezahlt, weil der Familienkasse erst nachträglich bekannt wurde, dass die Voraussetzungen für das Kindergeld nicht mehr bestehen, hebt es die Kindergeldfestsetzung gegenüber dem Steuerpflichtigen für die entsprechenden Monate auf und fordert das überzahlte Kindergeld direkt vom Steuerpflichtigen gem. § 37 Abs. 2 AO zurück.

1. Rückforderung vom Jobcenter scheidet aus

Eine direkte Rückforderung vom Jobcenter, das das Kindergeld als Einkommen angerechnet hat und ohne den Kinder-

geldbezug zur Zahlung von Sozialhilfe verpflichtet gewesen wäre, scheidet aus. Denn dadurch, dass die steuerliche Familienkasse kein Sozialleistungsträger i.S.d. § 12 SGB I ist, worunter nach § 12 SGB I i.V.m. § 25 SGB I nur die für Leistungen nach dem Bundeskindergeldgesetz zuständige sozialrechtliche Familienkasse fällt, kommt die für die verschiedenen Sozialleistungsträger geltende Verpflichtung zur engen Zusammenarbeit aus § 86 SGB X und insbesondere die Erstattungsvorschriften der §§ 102 ff. SGB X für einen Leistungsausgleich der steuerlichen Familienkasse gegenüber dem Jobcenter weder unmittelbar noch analog zur Anwendung.⁶ Lediglich der umgekehrte Fall ist für Ansprüche der Träger von Sozialleistungen gegen die steuerlichen Familienkassen in § 74 Abs. 2 EStG vorgesehen.⁷ Somit mangelt es durch die Stellung der steuerlichen Familienkasse an einer gesetzlichen Regelung für die systemübergreifende Rückabwicklung der Anrechnung nachträglich zurückgeforderten Kindergeldes auf ALG II-Leistungen. Die steuerliche Familienkasse kann – anders als die sozialrechtliche Familienkasse⁸ – das mit der späteren Aufhebung der Bewilligung rechtsgrundlos gezahlte Kindergeld nicht direkt vom eigentlich zuständigen Sozialleistungsträger zurückfordern.

Diese Stellung der steuerlichen Familienkasse führt auch dazu, dass eine Kommunikation zwischen den beteiligten Behörden – zum Schutz des Einzelnen – nicht oder nur ungenügend stattfinden kann. Denn die den Sozialbehörden gegenüber gemachten Angaben sind durch das Sozialgeheimnis nach § 35 Abs. 1 SGB II geschützt. Dadurch, dass die steuerliche Familienkasse kein Leistungsträger i.S.d. § 35 Abs. 1 SGB II ist, können über § 69 Abs. 1 Nr. 1 SGB X ggf. für die steuerliche Familienkasse relevante Sachverhalte nicht mitgeteilt werden. Auch in diesem Bereich ist lediglich der umgekehrte Fall in § 21 Abs. 4 SGB X geregelt, wonach die Finanzbehörden Auskunft über die ihnen bekannten Einkommens- oder Vermögensverhältnisse des Leistungsempfängers erteilen müssen.

2. Nachträgliche Sozialhilfe scheidet aus

Auch eine übers Dreieck abgewickelte Rückforderung des angerechneten Kindergeldes beim Jobcenter scheidet aus.

2 BVerwG, Urt. v. 18.02.1999 - 5 C 35/97.

3 Ständige Rechtsprechung; BSG, Urt. v. 30.07.2008 - B 14 AS 26/07 R; BSG, Urt. v. 30.09.2008 - B 4 AS 29/07 R.

4 Schmidt in: Eicher/Luik, SGB II, § 11 Rn. 16.

5 BGBl. I 2011, 850.

6 Ausdrücklich auch LSG Potsdam, Urt. v. 07.06.2018 - L 34 AS 201/15 Rn. 43 ff.; a.A. Riechelmann, DStRE 2016, 625.

7 Vgl. BFH, Beschl. v. 05.06.2014 - VI R 15/12 - BStBl. II 2015, 145; BFH, Urt. v. 22.11.2012 - III R 24/11 - BStBl. II 2014, 32.

8 LSG Potsdam, Urt. v. 07.06.2018 - L 34 AS 201/15 Rn. 43.

Denn nach der Rechtsprechung der Sozialgerichte kann die Anrechnung des nachträglich zurückgeforderten steuerlichen Kindergeldes auf Sozialleistungen nicht mehr rückabgewickelt werden, weil es insoweit allein auf den damaligen tatsächlichen Zufluss des Kindergeldes beim Hilfeempfänger ankommt und eine nachträgliche Gewährung von Sozialhilfe ausgeschlossen ist.⁹ Weiterhin wird im aktuellen Monat nur der aktuelle Bedarf ermittelt, der durch die Sozialhilfe aufgefangen werden soll. Die Schulden wegen der Rückforderung des Kindergeldes erhöhen diesen Bedarf nicht nach § 11b SGB II in der Weise, dass das Jobcenter diese Schulden übernimmt.

III. Das Problem des Kindergeldempfängers

Im Ergebnis hat der Steuerpflichtige das Kindergeld der vergangenen Jahre zurückzuzahlen, das auf die Sozialleistungen angerechnet wurde. Einen Ausgleich hierfür erhält er nicht, sodass er von den aktuell laufenden Sozialleistungen das zu Unrecht erhaltene Kindergeld über Jahre abstottern muss. Es stellte sich die Frage, ob es aus diesem Teufelskreis durch einen Erlassantrag nach § 227 AO ein Entkommen gibt.

B. Die Möglichkeit des Erlassantrags nach § 227 AO

Die Möglichkeit eines Erlassantrages der Kindergeldrückforderung aus Billigkeitsgründen nach § 227 AO wurde in der Vergangenheit durch die Rechtsprechung unterschiedlich beantwortet.

I. Die alte Rechtsmeinung in obiter dicta des III. Senats des BFH

Die Möglichkeit des Erlassantrags war insbesondere deshalb ins Blickfeld geraten, weil der BFH Anfangs in verschiedenen Fällen, in denen Kindergeld zurückgefordert wurde, als obiter dictum darauf hingewiesen hat, dass ein Billigkeitserlass nach § 227 AO gerechtfertigt sein könne, wenn das Kindergeld bei der Berechnung der Höhe von Sozialleistungen als Einkommen angesetzt wurde, aber eine nachträgliche Korrektur der Leistungen nicht möglich ist.¹⁰

Im Ursprungsfall III R 54/05¹¹ war die Klägerin eine in Deutschland geduldete jugoslawische Staatsangehörige, die während einer Berufstätigkeit auf Anregung der Familienkasse Kindergeld beantragt hat, das rückwirkend dem Sozialamt erstattet wurde. Die Beendigung der Berufstätigkeit teilte sie der Familienkasse erst verspätet mit, sodass es zur rückwirkenden Aufhebung der Kindergeldfestsetzung und Rückforderung kam. Diese war nach Auffassung des BFH nicht als illoyale Rechtsaus-

übung verwirkt. Allerdings lag nach Ansicht des BFH wegen der Anrechnung des Kindergeldes auf die Sozialleistungen ein besonderer Sachverhalt vor. Bei Wegfall der Kindergeldberechtigung hätte die Klägerin grds. wieder einen Anspruch auf Sozialleistungen gehabt. Da sie nicht auf das Zusammenspiel von Sozialhilfe und Kindergeld bei Beendigung der Beschäftigung hingewiesen wurde, könnte die fehlende Kommunikation zwischen den zuständigen Behörden (Arbeitsamt, Familienkasse und Sozialamt) und der sich aus der Bearbeitungszeit ergebende erhebliche Rückforderungsbetrag nach Auffassung des BFH einen Billigkeitserlass nach § 227 AO rechtfertigen.¹²

Diese noch eingeschränkte¹³ Aussage hat der BFH in den nachfolgenden Fällen¹⁴ abstrahiert und verallgemeinert. Dort wird lediglich noch die Verquickung über die Anrechnung und die Unmöglichkeit der nachträglichen Korrektur der Sozialleistung als Grund für eine Rechtfertigung eines Billigkeitserlasses benannt.

9 Vgl. LSG Potsdam, Urt. v. 07.06.2018 - L 34 AS 201/15 Rn. 39; LSG Stuttgart, Urt. v. 21.03.2012 - L 2 AS 5392/11 Rn. 34; LSG Darmstadt, Urt. v. 24.04.2013 - L 6 AS 376/11 Rn. 29 ff.; LSG Schleswig, Beschl. v. 25.05.2010 - L 3 AS 64/10 B PKH Rn. 14; LSG Schleswig, Beschl. v. 21.07.2017 - L 3 AS 125/17 B PKH Rn. 15; LSG Essen, Beschl. v. 05.12.2013 - L 6 AS 926/13 B Rn. 14; SG Saarbrücken, Gerichtsbescheid vom 22.03.2012 - S 12 AS 362/11 Rn. 17; BSG, Urt. v. 23.08.2011 - B 14 AS 165/10 R - SGB 2012, 470; BVerwG, Urt. v. 13.11.2003 - 5 C 26/02; andere Meinung anfangs noch SG Detmold, Urt. v. 31.03.2009 - S 8 AS 61/08 Rn. 27, das aber in der Sozialgerichtsbarkeit teilweise so interpretiert wird, dass das ausbezahlte Kindergeld bereits im Zeitpunkt der Auszahlung mit der Rückzahlungsverpflichtung in Form eines Rückforderungsbescheides bzw. deren Modifizierung im finanzgerichtlichen Verfahren belastet war und dem Leistungsempfänger unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten zur Deckung seines Lebensunterhalts nicht mehr zur Verfügung stand (so LSG Schleswig, Beschl. v. 25.05.2010 - L 3 AS 64/10 B PKH Rn. 14). Das SG Detmold hat seine Meinung aber mittlerweile im Urt. v. 18.01.2011 - S 18 AS 201/09 Rn. 29, ebenfalls geändert.

10 BFH, Urt. v. 15.03.2007 - III R 54/05 - HFR 2007, 994 mit Anmerkung Grube; BFH, Urt. v. 19.11.2008 - III R 108/06; BFH, Urt. v. 18.12.2008 - III R 93/06; BFH, Urt. v. 30.07.2009 - III R 22/07; BFH, Urt. v. 22.09.2011 - III R 78/08; vgl. auch BFH, Beschl. v. 06.05.2011 - III B 130/10; BFH, Beschl. v. 27.12.2011 - III B 35/11; BFH, Beschl. v. 23.02.2015 - III B 41/14.

11 BFH, Urt. v. 15.03.2007 - III R 54/05 - HFR 2007, 994 mit Anmerkung Grube.

12 BFH, Urt. v. 15.03.2007 - III R 54/05 Rn. 36.

13 Oellerich in: Gosch, AO, § 227 Rn. 64.

14 BFH, Urt. v. 19.11.2008 - III R 108/06 Rn. 11; BFH, Urt. v. 18.12.2008 - III R 93/06 Rn. 20 und BFH, Urt. v. 30.07.2009 - III R 22/07 Rn. 16; BFH, Urt. v. 22.09.2011 - III R 78/08 Rn. 24. Ähnlich auch in den BFH, Beschl. v. 21.07.2008 - III S 17/08 (PKH) (NV) Rn. 8; BFH, Beschl. v. 06.05.2011 - III B 130/10 Rn. 6; BFH, Beschl. v. 27.12.2011 - III B 35/11 Rn. 5; BFH, Beschl. v. 23.02.2015 - III B 41/14 Rn. 5.

II. Rechtsprechung der Finanzgerichte

Zwar waren die Aussagen zum Erlass jeweils nicht tragende Gründe des BFH. Zudem wurde keines der vorstehenden BFH-Urteile in der Entscheidungssammlung veröffentlicht und waren somit vom BFH wohl nicht als Entscheidung mit Breitenwirkung eingestuft. Gleichwohl wurde die Rechtsprechung in der Folgezeit von den Steuerpflichtigen aufgegriffen und gegen die bestandskräftigen Rückforderungen wurden Erlassanträge gestellt. Hierdurch kam es zu vielfältigen Meinungen in der finanzgerichtlichen Rechtsprechung. Diese stützte sich teilweise auf die Aussagen des BFH und bejahten einen Anspruch auf Erlass, teils individuell unter Feststellung der Erfüllung aller Mitwirkungspflichten des Steuerpflichtigen und Fehlern bei der Bearbeitung der Behörde,¹⁵ teils generell unter Feststellung von Wertungswidersprüchen des Gesetzes, ohne dass es auf eine Mitwirkungspflichtverletzung ankam.¹⁶ Sie sahen in der Zwangslage des Steuerpflichtigen eine Ermessensreduktion der Familienkasse auf Null und nahmen den Erlass gleich selbst im Urteil vor. Teilweise wurde ein Erlass aber wegen der Mitwirkungspflichtverletzung des Steuerpflichtigen bei der Festsetzung des Kindergeldes gem. § 68 Abs. 1 EStG weiterhin abgelehnt¹⁷ oder zumindest eine neue Ermessensentscheidung der Familienkasse notwendig.¹⁸

III. Die neue Rechtsprechung des III. Senats des BFH

In seiner neueren Rechtsprechung hat der III. Senat des BFH seinen früheren Überlegungen eine Absage erteilt und die Möglichkeit eines Billigkeitserlasses von Kindergeldrückforderungen weitgehend eingeschränkt.¹⁹

1. Grds. kein Gesetzesüberhang

Allein der Umstand, dass das Kindergeld im Streitfall auf die von der Klägerin bezogenen Sozialleistungen angerechnet wurde, verpflichtet die Familienkasse nicht zu einem Billigkeitserlass. Die Anrechnung kann zwar nach der Rechtsprechung der Sozialgerichte nicht rückabgewickelt werden, weil es allein auf den tatsächlichen Zufluss des Kindergeldes beim Hilfeempfänger ankommt und die nachträgliche Gewährung von Sozialleistungen ausgeschlossen ist. Dies ist jedoch noch kein Grund in einschlägigen Fällen, einen Billigkeitserlass als zwingend anzusehen.²⁰

Erst ein sog. Gesetzesüberhang, bei dem die Geltendmachung eines Anspruchs aus dem Steuerschuldverhältnis im Einzelfall zwar dem Wortlaut einer Vorschrift entspricht, aber nach dem Zweck des zugrunde liegenden Gesetzes nicht (mehr) zu rechtfertigen ist oder dessen

Wertungen zuwiderläuft,²¹ würde zu einem Erlass zwingen. Ein solcher liegt aber erst dann vor, wenn der Kindergeldberechtigte seiner Mitwirkungspflicht nachgekommen ist, der Rückforderungsanspruch aber aufgrund eines über Gebühr langen Zuwartens der Familienkasse entstanden ist oder sich erhöht hat²² oder die Familienkasse aus den ihr bekannten Tatsachen die unzutreffenden Schlüsse gezogen hat.²³ Es kann von Bedeutung sein, ob ein Beteiligter eine falsche Auskunft erteilt hat oder einen gebotenen Hinweis unterlassen hat²⁴ oder ob eine gebotene Rückfrage an den Kindergeldberechtigten unterblieben ist.²⁵

2. Sozialstaatsprinzip

Dem steht nach Ansicht des BFH auch nicht das Sozialstaatsprinzip gem. Art. 20 Abs. 1 GG entgegen.²⁶ Denn das Sozialstaatsprinzip begründet nur die Pflicht des Staates dafür Sorge zu tragen, dass die materiellen Voraussetzungen für die Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins erfüllt werden, wenn einem Menschen die hierfür erforderlichen notwendigen materiellen Mittel weder aus seiner Erwerbstätigkeit noch aus seinem Ver-

15 FG Düsseldorf, Ur. v. 22.09.2011 - 16 K 1279/11 Kg, AO.

16 FG Kiel, Ur. v. 04.07.2017 - 1 K 34/16; FG Leipzig, Ur. v. 07.11.2017 - 3 K 69/17 (Kg); FG Gotha, Ur. v. 27.03.2018 - 2 K 507/17.

17 FG Bremen, Ur. v. 28.08.2014 - 3 K 9/14 (1); FG Münster, Ur. v. 02.01.2017 - 7 K 2829/15 Kg, AO; FG Düsseldorf, Ur. v. 07.04.2016 - 16 K 377/16 AO.

18 FG Düsseldorf, Ur. v. 06.03.2014 - 16 K 3046/13 AO.

19 Vgl. BFH, Ur. v. 13.09.2018 - III R 19/17 - BStBl. II 2019, 187; BFH, Ur. v. 13.09.2018 - III R 48/17 - BStBl. II 2019, 189; BFH, Ur. v. 08.11.2018 - III R 31/17 und BFH, Ur. v. 20.02.2019 - III R 28/18.

20 Grundlegend BFH, Ur. v. 13.09.2018 - III R 19/17 - BStBl. II 2019, 187 Rn. 17; BFH, Ur. v. 08.11.2018 - III R 31/17 Rn. 16; BFH, Ur. v. 20.02.2019 - III R 28/18 Rn. 14.

21 Vgl. BFH, Ur. v. 21.10.1987 - X R 29/81 Rn. 16; BFH, Ur. v. 20.12.2000 - II R 74/99 Rn. 15; BFH, Ur. v. 21.06.2006 - XI R 29/05 Rn. 12; BFH, Ur. v. 05.05.2011 - V R 39/10 Rn. 15, und BFH, Ur. v. 24.04.2014 - V R 52/13 - BStBl. II 2015, 106.

22 BFH, Ur. v. 13.09.2018 - III R 19/17 - BStBl. II 2019, 187 Rn. 20 ff. mit Verweis auf FG Düsseldorf, Ur. v. 06.03.2014 - 16 K 3046/13 AO Rn. 24; FG Bremen, Ur. v. 28.08.2014 - 3 K 9/14 (1) Rn. 72; FG Münster, Ur. v. 12.12.2016 - 13 K 91/16 Kg Rn. 36.

23 BFH, Ur. v. 13.09.2018 - III R 19/17 - BStBl. II 2019, 187 Rn. 20 ff. mit Verweis auf FG Düsseldorf, Ur. v. 22.09.2011 - 16 K 1279/11 Kg, AO.

24 BFH, Ur. v. 13.09.2018 - III R 19/17 - BStBl. II 2019, 187 Rn. 20 ff. mit Verweis auf BFH, Ur. v. 15.03.2007 - III R 54/05 Rn. 36.

25 BFH, Ur. v. 13.09.2018 - III R 19/17; BFH, Ur. v. 13.09.2018 - III R 19/17 - BStBl. II 2019, 187 Rn. 20 ff. mit Verweis auf FG Düsseldorf, Ur. v. 06.03.2014 - 16 K 3046/13 AO Rn. 24; FG Bremen, Ur. v. 28.08.2014 - 3 K 9/14 (1) Rn. 72; FG Münster, Ur. v. 12.12.2016 - 13 K 91/16 Kg Rn. 36.

26 BFH, Ur. v. 13.09.2018 - III R 48/17 - BStBl. II 2019, 189 Rn. 19; BFH, Ur. v. 08.11.2018 - III R 31/17 Rn. 19.

mögen oder durch Zuwendungen Dritter zur Verfügung stehen.²⁷ Dem ist der Gesetzgeber im Rahmen seines weiten Gestaltungsspielraums in ausreichender Weise nachgekommen.

Auch die neuere Rechtsprechung des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit von Hartz-IV-Sanktionen²⁸ dürfte dem Kindergeldempfänger nicht helfen. Zwar hat das BVerfG entschieden, dass der Gesetzgeber demjenigen, der staatliche Leistungen in Anspruch nimmt, eine aktive Mitwirkungspflicht auferlegt werden und dabei belastende Sanktionen vorsehen kann, wenn eine klare, bekannte und zumutbare Mitwirkungspflicht ohne wichtigen Grund nicht erfüllt wird.²⁹ Davon zu unterscheiden ist jedoch der vorliegende Fall. Den der Rückforderung liegt kein Sanktionscharakter im Sinne dieser Rechtsprechung des BVerfG inne.³⁰ Es fehlt bereits am Eingriff in das Recht auf Existenzsicherung, da die Mitwirkungspflicht nur das Verhältnis zwischen dem Kindergeldberechtigten und der Familienkasse regelt und gewährleisten soll, dass der Familienkasse alle notwendigen Informationen zur Verfügung stehen, um rechtzeitig die Rechtmäßigkeit der Auszahlung von Kindergeld beurteilen zu können und fehlerhafte Auszahlungen und damit zusammenhängende spätere Rückforderungen zu vermeiden.³¹ Die Rückforderung ist eine schlichte Rückabwicklung einer zu Unrecht empfangenen Leistung, ohne dass es auf die individuellen Folgen der Rückforderung beim Kindergeldempfänger ankommt.

3. Weiterleitung und Abzweigung

Die Mitwirkungspflichtverletzung ist auch dann entscheidend, wenn die Eltern das Kindergeld an das Kind weiterleiten oder das Kindergeld bereits aufgrund eines Abzweigungsantrags direkt an das Kind ausbezahlt wird.

Bei einer Weiterleitung des Kindergeldes vom Berechtigten an das Kind wird das Kindergeld von der Sozialbehörde auf die Sozialleistungen des Kindes angerechnet. Im Fall zu Unrecht erlangten Kindergeldes zwingt eine solche Weiterleitung nicht zum Erlass der Rückforderung beim Berechtigten, der seine Mitwirkungspflicht verletzt hat.³² Insofern stehen die Eltern als Kindergeldberechtigte in der Pflicht, sich bei den Kindern über die notwendigen Tatsachen zu informieren, da sie andernfalls zur Rückzahlung verpflichtet sind, ob sie sich das Geld bei ihren bedürftigen Kindern zurückholen können oder nicht.

Wird das Kindergeld aufgrund eines Abzweigungsantrags direkt dem Kind ausbezahlt, das neben dem Kindergeld Leistungen nach dem SGB II bezog, trifft die Mitwir-

kungspflicht nach § 68 Abs. 1 EStG auch das Kind selbst. Denn § 68 Abs. 1 EStG verpflichtet auch den Empfänger des Kindergeldes. Zahlt daher die Familienkasse das Kindergeld direkt an das Kind zu Unrecht aus, weil es versäumt hat, die Familienkasse über tatsächliche Verhältnisse zu informieren, die für den Anspruch auf Kindergeld von Bedeutung sind, ist die Rückforderung gegenüber dem Kind nicht unbillig. Seine Mitwirkungspflichtverletzung schließt einen Erlass aus, da sie für die fehlerhafte Auszahlung und die Rückforderung ursächlich ist. Ein Gesetzesüberhang, der einen Billigkeitserlass gebietet, liegt dann nicht vor.³³

C. Ausblick und Fazit

Die neuere Rechtsprechung des BFH führt zwar entgegen den früheren Ankündigungen nicht zu einer Erleichterung der Mitwirkungspflichtverletzung aus § 68 Abs. 1 EStG bei Sozialleistungsempfängern. Dies bedeutet allerdings lediglich eine Gleichbehandlung von Sozialleistungsempfängern gegenüber anderen Kindergeldempfängern. Sozialhilfeempfänger erhalten damit gegenüber anderen Kindergeldempfängern keinen Freibrief, die Mitwirkungspflichten zu missachten, da die Rückforderung wegen Anrechnung auf die Sozialleistungen erlassen würde.

Derzeit sind zwar noch weitere Revisionen vor dem BFH offen, die den Erlass von Kindergeldrückforderungen betreffen.³⁴ Allerdings ist nicht mehr zu erwarten, dass der BFH nochmals umschwenkt und den Erlass – wie noch früher angedacht – großzügiger gewährt.

Vielleicht wird aber das BVerfG noch eine Wendung bringen. Denn gegen das BFH-Urteil vom 13.09.2018 - III R 19/17 - BStBl. II 2019, 187 wurde Verfassungsbeschwerde eingelegt.³⁵

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

28 BVerfG, Ur. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16.

29 BVerfG, Ur. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 126.

30 BVerfG, Ur. v. 05.11.2019 - 1 BvL 7/16 Rn. 130; BFH, Ur. v. 23.01.2020 - III R 16/19 Rn. 16.

31 BFH, Ur. v. 13.09.2018 - III R 19/17 - BStBl. II 2019, 187 Rn. 19; BFH, Ur. v. 08.11.2018 - III R 31/17 Rn. 17.

32 BFH, Ur. v. 08.11.2018 - III R 31/17 Rn. 18.

33 BFH, Ur. v. 08.11.2018 - III R 31/17 Rn. 16 f.

34 Revision III R 5/19 zu FG Cottbus, Ur. v. 12.12.2018 - 3 K 3168/18 und III R 16/20 zu FG Düsseldorf, Ur. v. 11.01.2019 - 15 K 2506/18 AO.

35 Az. des BVerfG: 1 BvR 846/19.

Moderne Informationstechnik und Justiz

Harald Junker ist Präsident des Finanzgerichts Düsseldorf. Sein Name ist seit über 30 Jahren mit der Informationstechnik in der Justiz des Landes Nordrhein-Westfalen verbunden. Er war seit 1993 maßgeblich an der Entwicklung der in den Finanz- und Verwaltungsgerichten in Nordrhein-Westfalen und Sachsen eingesetzten Fachanwendung VG/FG beteiligt. Auf der Basis dieser Fachanwendung haben die Finanz- und Verwaltungsgerichte in Nordrhein-Westfalen eine eigenständige elektronische Gerichtsakte entwickelt, die seit Oktober 2019 in den Finanzgerichten Düsseldorf, Köln und Münster und zunehmend auch in den Verwaltungsgerichten verpflichtend eingesetzt wird.

Viefhues: Herr Junker, in allen drei Finanzgerichten des Landes Nordrhein-Westfalen werden seit fast einem Jahr alle neu eingehenden Verfahren ausschließlich elektronisch bearbeitet. Wie sind Ihre Erfahrungen mit der sog. eAkte?

Junker: Unsere Erfahrungen sind sowohl im nichtrichterlichen als auch im richterlichen Dienst überaus positiv. Nach der Pilotierung seit Februar 2017 verfügen wir inzwischen über eine mehrjährige Erfahrung. Bei einer durchschnittlichen Verfahrenslaufzeit von gut einem Jahr ist die eAkte inzwischen die Regel und der gelebte Alltag. Anfängliche Skepsis und Reserviertheit sind weitgehend geschwunden. Viele haben den Vorteil einer elektronischen Aktenführung in ihrer täglichen Arbeit erfahren können und schätzen gelernt.

Im richterlichen Dienst ist natürlich die Möglichkeit, auch am häuslichen Arbeitsplatz jederzeit und vollumfänglich auf das komplette Dezernat zugreifen und Verfügungen und Entscheidungen abschließend bearbeiten zu können, auf große Zustimmung gestoßen.

Wie hat die eAkte den Arbeitsalltag der Gerichtsangehörigen verändert?

Die auffälligste Veränderung ist natürlich, dass alle Arbeiten in der Gerichtsakte nur noch am PC durchgeführt werden. Neben dem Erlernen neuer Software erfordert eine elektronische Aktenführung vielfältige organisatorische Veränderungen. Statt des klassischen (Papier-)Aktenumlaufs verfügt jeder Gerichtsangehörige über eigene und/oder funktionsbezogene elektronische Arbeitskörbe. Verfügungen, Entwürfe und Entscheidungen etc. werden zwischen den jeweiligen Arbeitskörben der Richter, der Serviceeinheiten, dem Kostenbereich etc. „delegiert“, d.h. an andere digitale Arbeitskörbe geschickt. Elektronisch ist dieser „Aktenumlauf“ natürlich erheblich schneller.

Welche technischen und inhaltlichen Schwerpunkte galt es bei der Einführung der eAkte zu berücksichtigen?

Technisch ist das Verwalten von Dokumenten in Dokumentenmanagementsystemen nicht das eigentliche Problem. Unseren sehr hohen inhaltlichen Anforderungen an die Führung einer Gerichtsakte (Aktenvollständigkeit, -wahrheit, -klarheit, -unveränderbarkeit etc.) muss auch eine elektronische Akte genügen. Die technische Herausforderung war dabei, die konkrete richterliche Arbeitsweise, wie z.B. die Erstellung richterlicher Verfügungen, umfänglich in der Softwarelösung abzubilden und ein System zu schaffen, das die handschriftlichen richterlichen Verfügungen möglichst gleichwertig ersetzt und einen Mehrwert in der täglichen Arbeit bietet. Einen solchen Nutzen erwarten die Richterinnen und Richter völlig zu Recht.

Die Serviceeinheiten, die die unterschiedlichsten richterlichen Verfügungen umsetzen müssen, haben wiederum ein hohes Interesse an der zügigen Abarbeitung dieser Verfügungen und an einer unkomplizierten „Veraktung“ der ein- und ausgehenden Schriftstücke und der Aufnahme von Entscheidungen nebst vielfältiger Ab-, Beglaubigungs- und sonstiger Vermerke in eine elektronische Akte anstelle von „Knicken – Lochen – Abheften“.

Mussten auch gerichtsorganisatorische Rahmenbedingungen angepasst werden?

Es ergaben sich schon wegen der ausschließlichen Arbeit am Bildschirm und den abweichenden gesetzlichen Regelungen völlig neue Arbeitsabläufe. Hier ist besonders auf das für alle Betroffenen aufwändige Anbringen und Prüfen der neuartigen digitalen Signaturen gegenüber der schnellen handschriftlichen Unterzeichnung hinzuweisen.

Die Einführung der eAkte zu einem bestimmten Stichtag führte außerdem zur parallelen Arbeit in zwei verschiede-

Harald Junker



Präsident des Finanzgerichts Düsseldorf

Herr Junker trat 1982 in den richterlichen Dienst des Landes Nordrhein-Westfalen ein und wurde 1985 zum Richter am Verwaltungsgericht in Düsseldorf ernannt. 1992 wechselte er in die Finanzgerichtsbarkeit und wurde Richter am Finanzgericht in Düsseldorf,

wo er 2005 zum Vorsitzenden Richter am Finanzgericht ernannt wurde. Seit November 2008 war er Vizepräsident des Finanzgerichts Düsseldorf. Seit Mai 2019 ist er dessen Präsident.

nen Systemen, der eAkte in neu eingehenden Verfahren und der Papierakte in älteren Verfahren. Dieser dauernde Wechsel zwischen den Systemen führte zu besonderen Herausforderungen und einer signifikanten Mehrbelastung. Daher haben wir mit den Personalvertretungen vereinbart, auch in den bereits anhängigen Verfahren die papierne Aktenführung formal zu beenden und die Gerichtsakte in einem zweiten elektronischen „Teilband“ fortzuführen. Damit wurde in nahezu allen anhängigen Verfahren ausschließlich elektronisch gearbeitet. Neben dem Abbau der Mehrbelastung gewannen die Gerichtsangehörigen sehr schnell Routine im Umgang mit der eAkte.

Eine organisatorische Herausforderung für die Gerichtsverwaltungen war außerdem die Zurverfügungstellung geeigneter, den ergonomischen Anforderungen genügender Arbeitsplätze (höhenverstellbare Schreibtische, zweiter Monitor, Signaturkartenleser, mobile Geräte einschließlich VPN-Zugang vom häuslichen Richterarbeitsplatz).

Wie war die Resonanz der Gerichtsangehörigen?

Die Resonanz war – wie bei allen großen technischen und organisatorischen Neuerungen – anfangs sehr unterschiedlich.

Das Arbeiten mit und in einer elektronischen Gerichtsakte ist eine ganz massive Änderung der herkömmlichen gerichtlichen Arbeitsweise. Nicht nur ältere Gerichtsangehörige tun sich mitunter schwer beim Erlernen neuer Arbeitsprozesse oder der Akzeptanz von Änderungsprozessen. Wir waren hier in besonderer Weise gefordert.

Andere fanden und finden das Thema sehr spannend und haben in allen drei Finanzgerichten engagiert an der Entwicklung mitgewirkt. Dadurch konnten wir das System im Rahmen der Pilotierung in enger Abstimmung mit den Gerichtsangehörigen und insbesondere auch den Personalvertretungen ständig weiterentwickeln, um es zielgenau auf die Bedürfnisse und Anforderungen unserer Tätigkeit auszurichten. Inzwischen ist die eAkte akzeptiert und der Gerichtsbetrieb läuft überwiegend geräuschlos. Das ist nicht die schöngefärbte Meinung des Behördenleiters, sondern das Ergebnis einer umfassenden, natürlich anonymen Evaluation. Ohne diese schon damals hohe Akzeptanz der Gerichtsangehörigen hätten die Hauptpersonalvertretungen sicherlich nicht der landesweiten Einführung der eAkte zum 28.10.2019 zugestimmt.

Welche Erfahrungen haben Sie mit der eAkte während der Covid 19-Pandemie gemacht?

Die hohe Verfügbarkeit der eAkte rund um die Uhr bot die Möglichkeit, vom häuslichen Arbeitsplatz die Dienstgeschäfte zu erledigen. Und das galt nicht nur für den bereits

mit einem Zugang vom häuslichen Arbeitsplatz ausgestatteten richterlichen Dienst. Auch den Kolleginnen und Kollegen des nichtrichterlichen Dienstes konnten wir IT-Geräte für den häuslichen Arbeitsplatz zur Verfügung stellen und damit unseren „elektronischen“ Gerichtsbetrieb weitestgehend aufrechterhalten – lediglich der Sitzungsbetrieb ruhte. Nicht zuletzt deshalb sind die Finanzgerichte ohne jegliche Rückstände wieder in den Regelbetrieb zurückgekehrt.

Alle nicht zwingend im Gerichtsgebäude vorzunehmenden Aufgaben des nichtrichterlichen Dienstes können wegen der eAkte auch vom häuslichen Arbeitsplatz aus erledigt werden. Schon aus Gründen der Akzeptanz einer elektronischen Gerichtsakte kann ich nur dazu raten, mit ihrer Einführung auch dem nichtrichterlichen Dienst bei Vorliegen der notwendigen arbeitsschutzrechtlichen Voraussetzungen zu ermöglichen, dienstliche Aufgaben vom häuslichen Arbeitsplatz aus zu erledigen. Jedenfalls habe ich für eine auf sechs Monate begrenzte Pilotierungsphase einer hohen Zahl von Anträgen auf alternierende Heimarbeit der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des nichtrichterlichen Dienstes im Regelbetrieb entsprochen. Die Attraktivität unserer Arbeitsplätze hat dadurch sicherlich gewonnen.

Mit welchen technischen Problemen haben die Anwenderinnen und Anwender derzeit noch am meisten zu kämpfen?

Wegen unserer langjährigen Erfahrungen mit der sog. Elektronischen Zweitakte waren die tatsächlichen Neuerungen bei uns überschaubar, sodass wir ohne umfangreiche Schulungsmaßnahmen auskommen konnten. Unterweisungen durch ausgebildete Multiplikatoren genühten in der Regel. Die in einer Pilotierungs- und Einführungsphase unvermeidlichen „Kinderkrankheiten“ der Softwarelösung konnten immer zügig beseitigt werden.

Den größten Unmut verursacht nach wie vor die hohe Abhängigkeit von der außergerichtlichen IT-Infrastruktur. Probleme im zentralisierten Serverbetrieb und vor allem bei der von der Justiz nur bedingt beeinflussbaren landesweiten IT-Infrastruktur können bei einer ausschließlich elektronischen Aktenbearbeitung faktisch zum Stillstand des Gerichts führen.

Gibt es noch generelle Hindernisse bei der elektronischen Aktenbearbeitung und im elektronischen Rechtsverkehr?

Als größtes Hemmnis für eine vollständige elektronische Bearbeitung der Gerichtsverfahren erweist sich bei uns, dass die Finanzämter – anders als die in Kindergeldverfahren beteiligten Familienkassen – noch nicht auf eine elekt-

ronische Aktenbearbeitung umgestellt haben. Die von uns regelmäßig beizuziehenden Akten der Finanzbehörden liegen uns leider nur in Papier vor, und das voraussichtlich mindestens bis 2026.

Daneben sind die zum Teil überzogenen gesetzlichen Anforderungen an die elektronische Aktenbearbeitung und den elektronischen Rechtsverkehr hinderlich – wie z.B. das Erfordernis der Signaturkarte. Hier hat die Justiz – ich sage: natürlich mal wieder – mit der qualifizierten elektronischen Signatur die sicherste, aber auch aufwändigste und komplizierteste Version gewählt. Meines Wissens ist kein anderes Land in Europa diesen Weg gegangen. Mit der Alternative sog. sicherer Übertragungswege hat der Gesetzgeber zwar insbesondere eine Ausweichmöglichkeit zugunsten der Anwälte (das „beA“) geschaffen. Unberücksichtigt sind die vielen verschiedenen Prozessvertreter in den Fachgerichtsbarkeiten, z.B. die Steuerberater, sodass immer wieder neue sichere Übertragungswege geschaffen werden müssen. Es wäre an der Zeit gewesen, die ursprünglichen Signaturanforderungen einer kritischen Prüfung zu unterziehen. Und warum die Nutzung der sicheren Übertragungswege durch die Justiz nicht auch für sie in weiten Teilen zum Verzicht auf die qualifizierte elektronische Signatur führen kann, erschließt sich mir erst recht nicht!

Auch die Regelungen zur Übermittlung elektronischer Dokumente bergen m.E. überflüssiges Konfliktpotential. Nennen möchte ich hier die Anforderungen der Durchsuchbarkeit eines PDF-Dokumentes. Die Konsequenzen zeigt der Beschluss des BAG vom 12.03.2020, in dem erstmals ein Bundesgericht einen elektronischen Beschwerdeschriftsatz als unwirksam gewertet und die Beschwerde als unzulässig verworfen, weil er nicht vollständig durchsuchbar war.

Welche „elektronischen Aufgaben“ liegen noch vor Ihnen?

Bei der elektronischen Akte sind dies die Konsolidierung des Systems und dessen behutsame Weiterentwicklung. Zu gegebener Zeit werden auch die Finanzgerichte an die in Nordrhein-Westfalen entwickelte Lösung e²A angebunden. Bis dahin müssen wir auch als Übergangslösung im eigenen und im Interesse der Rechtsuchenden die zunehmenden Anforderungen an den elektronischen Rechtsverkehr, an die elektronische Aktenführung und z.B. für die Gewährung von Akteneinsicht in elektronische Gerichtsakten umsetzen. Auch unsere eAkte muss weiterhin allen rechtlichen Anforderungen in vollem Umfang genügen.

Als öffentlich-rechtliche Gerichtsbarkeit benötigen wir die Verwaltungsvorgänge der beklagten Behörden, die zukünftig überwiegend auch nur noch elektronisch geführt wer-

den. Wir müssen diese für die richterliche Entscheidungsfindung elektronisch nutzbar machen können. Wir müssen auch die elektronischen Gerichts- und die Verwaltungsvorgänge den Verfahrensbeteiligten unkompliziert, nachvollziehbar und vollständig zur Akteneinsicht zur Verfügung stellen können.

Welche Forderungen stellen Sie an die technische Ausstattung in den Gerichten?

Elektronische Gerichtsakten müssen für die Gerichtsangehörigen an Bildschirmen gut lesbar und effektiv bearbeitbar sein. Deshalb bedarf es mit der Einführung der elektronischen Akte auch einer ergonomischen technischen Ausstattung, insbesondere am gerichtlichen Arbeitsplatz. In Nordrhein-Westfalen sind wir da auf einem sehr guten Weg.

Elektronische Akten müssen in gerichtlichen Sitzungen verfügbar und einsehbar sein. Dies erfordert die schrittweise Vorbereitung der Sitzungssäle für die elektronische Aktenführung.

Zunehmend werden auch die Prozessbeteiligten digital arbeiten. Sie müssen auch in gerichtlichen Terminen auf ihre ebenfalls nur noch elektronisch geführten Akten zugreifen können. Die drei Finanzgerichte in Nordrhein-Westfalen haben daher in den Sitzungssälen den Internetzugang mittels WLAN realisiert.

Und letztlich hat die Covid-19-Pandemie gezeigt, dass eine gute Videokonferenzausstattung hilfreich sein kann, die Rechtsschutzgewährung auch in schwierigen Zeiten sicherzustellen. In der Finanzgerichtsbarkeit des Landes Nordrhein Westfalen stellen wir zwar schon seit 2001 Videokonferenztechnik zur Verfügung. Allerdings war die Akzeptanz bislang relativ gering, nicht zuletzt weil die technischen Hürden hoch waren. Inzwischen erlauben aber Softwarelösungen, unter vereinfachten technischen Rahmenbedingungen gerichtliche Termine per Videokonferenz durchzuführen. Gerade wegen der Einschränkung des Sitzungsbetriebes wird das Interesse an Videoverhandlungen erheblich steigen.

Ich verkenne nicht, dass das alles auch einen hohen finanziellen Aufwand und eine erhebliche Organisation in der Umsetzung mit sich bringt. Aber die Nutzung digitaler Technik ist kein Selbstzweck. Die Rechtssuchenden müssen die Gewissheit haben, dass die Justiz auch in einer zunehmend digitalen Welt ihrer Aufgabe der Rechtsschutzgewährung vollumfänglich gerecht werden wird.

Ich bedanke mich für das informative Gespräch.

Das Interview wurde geführt von
W.a. RiAG a.D. Dr. Wolfram Viefhues.

DIE AUTOREN

Bernd Klasen



Direktor des Amtsgerichts

Zunächst als Anwalt mit dem Schwerpunkt Medizinrecht tätig. Anschließend Richter am AG Homburg und bis 2009 Richter am LG Saarbrücken, unter anderem als Präsidialrichter. 2008 abgeordnet an das OLG Saarbrücken, 1. Zivilsenat, auch zuständig für Arzthaftungsrecht. Seit 2009 am AG Ottweiler, unter anderem als Betreuungsrichter tätig. Veröffentlichungen und Referent im Bereich des Betreuungsrechtes, insbesondere mit Bezug zum Medizinrecht.

Christine Klasen



Chefärztin, Fachärztin für Innere Medizin, Geriatrie und Notfallmedizin

Nach dem Studium der Humanmedizin arbeitete die Autorin zunächst als Assistenzärztin und anschließend als Fachärztin für Innere Medizin und Notfallmedizin. Ab 2008 war sie dann zunächst als Fachärztin, seit 2013 als Oberärztin und seit 2016 als Chefärztin in der Geriatrischen Reha-Klinik des Kreiskrankenhauses Sankt Ingbert tätig. Hinzu kommen viele Jahre Erfahrung als Notärztin.

Dr. Rüdiger Werner



Rechtsanwalt

Studium der Rechtswissenschaft in Tübingen; Promotion über ein Thema aus dem Bereich des Internationalen Gesellschaftsrechts. Herr Werner ist seit 1997 Rechtsanwalt und war für verschiedene Wirtschaftskanleien in München und Stuttgart tätig. Seit 2004 ist er Rechtsanwalt in Gerlingen und Verfasser zahlreicher Veröffentlichungen zu gesellschaftsrechtlichen Themen.

Dr. Jochen Sievers



Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht

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

Prof. Dr. Andreas Pitz



Professor an der Hochschule Mannheim

Herr Pitz war zunächst als Richter an den Sozialgerichten Ulm und Mannheim sowie als Professor an der Wiesbaden Business School und Hochschule für Rechtspflege Schwetzingen tätig. Neben seiner derzeitigen Tätigkeit an der Hochschule Mannheim als Professor für Sozialrecht, Gesundheitsrecht und das Recht der sozialen Einrichtungen ist er auch Geschäftsführer der Integrierten Leitstelle für Feuerwehr, Rettungsdienst und Katastrophenschutz Mannheim gGmbH und Mitautor der juris Praxiskommentare zum SGB I, SGB V, SGB X und SGG.

Prof. Dr. Matthias Knauff, LL.M. Eur.



Professor an der Friedrich-Schiller-Universität Jena

Nach Studium, Promotion und Habilitation an der Universität Würzburg sowie Lehrstuhlvertretungen an der Universität Freiburg und der LMU München nahm Herr Knauff im Jahr 2011 einen Ruf auf eine Professur an der EBS Universität für Wirtschaft und Recht in Wiesbaden an. Seit dem Sommersemester 2013 lehrt und forscht er als Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere Öffentliches Wirtschaftsrecht in Jena.

Dr. Christian Stahl



Oberregierungsrat bei der Oberfinanzdirektion Karlsruhe

Nach Studium der Rechtswissenschaften und Promotion zum Internationalen Steuerrecht am Institut für Finanz- und Steuerrecht in Heidelberg war Herr Stahl zunächst als Rechtsanwalt tätig. Nach dem Wechsel in die Finanzverwaltung und Station im Finanzministerium Baden-Württemberg und als Wissenschaftlicher Mitarbeiter beim BFH ist er derzeit Referent in der Steuerabteilung der Oberfinanzdirektion Karlsruhe.

IMPRESSUM

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

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

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

Redaktion: Ass. iur. Daniel Schumacher

Medieninhaber und Verlag: juris GmbH, Juristisches Informationssystem für die Bundesrepublik Deutschland, 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

7. Jahrgang

juris PartnerModul Internationales Steuerrecht

partnered by Bundesanzeiger Verlag | IWW Institut | Stollfuß Medien | Verlag Dr. Otto Schmidt

Fälle mit grenzüberschreitenden Sachverhalten gehören sowohl für den steuerlichen als auch für den juristischen Berater inzwischen zum Tagesgeschäft. Mit dieser Online-Bibliothek durchsuchen Sie die führenden Titel der jurisAllianz zum europäischen und internationalen Steuerrecht sowie die einschlägigen Entscheidungen und Vorschriften sekundenschnell.

Das Online-Modul bündelt

- permanent aktualisierte Kommentare zu maßgeblichen Themengebieten wie Außensteuerrecht, Zollrecht und Doppelbesteuerungsabkommen
- renommierte Zeitschriften inklusive Archiven sowie
- knapp 30 praxisorientierte Handbücher zu den wichtigsten Sachverhalten, von Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) über Investment bis zu Verrechnungspreisen

Alle Werke sind innerhalb von juris – Das Rechtsportal und auf Basis der ausgezeichneten juris Technologie intelligent verlinkt mit den relevanten Gesetzen und Vorschriften, Entscheidungen und Verwaltungsanweisungen.

www.juris.de/isr

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 Gesetzessammlung jederzeit einen optimalen Überblick über die Rechtsentwicklung in der Corona-Krise. juris Lex besteht aus 17 Bänden, eine Ausgabe je Bundesland und eine Ausgabe Bundes- und Europarecht.

www.juris.de/lex

juris PartnerModul Kanzleimanagement

partnered by Deutscher Anwaltverlag | dfv Medien-gruppe | Erich Schmidt Verlag | IWW Institut | Verlag Dr. Otto Schmidt | ZAP Verlag

Als Rechtsanwalt mit eigener Kanzlei müssen Sie sich parallel zu Ihrem Kerngeschäft, der Rechtsberatung, auch mit unternehmerischen und organisatorischen Themen beschäftigen. Mit dem juris PartnerModul Kanzleimanagement klären Sie Ihre Fragen rund um den Kanzleibetrieb mit nur einem Klick und sekundenschnell. So können Sie Ihre wertvolle Zeit schnellstmöglich wieder Ihren Mandanten widmen.

Sie erhalten schnell umsetzbare Handlungsempfehlungen:

- von der Gebührenabrechnung und Forderungsvollstreckung über
- die immer wichtiger werdenden Themen Datenschutz und Legal Tech
- bis zu Prozessoptimierung und Kostensenkung

Die intuitiv bedienbare Online-Bibliothek beinhaltet umfassende Literatur und Standardwerke zum Rechtsanwaltsvergütungs- und Gerichtskostenrecht sowie zur Streitwertermittlung. Die aktuellen Rechtsprechungs- und Gesetzgebungsdokumente sind in der gewohnten juris Qualität digital verfügbar und intelligent verlinkt.

Sowohl die jüngsten Anpassungen des RVG als auch zukünftige Entwicklungen, beispielsweise im Rahmen der Corona-Pandemie oder der Maßnahmen zur Verbesserungen des Verbraucherschutzes, werden ausführlich kommentiert; die prozessrechtlichen Besonderheiten (Arbeitsrecht, Sozialrecht, Familienrecht etc.) sind jeweils berücksichtigt.

Das komplexe Gebiet der Forderungsvollstreckung ist ebenfalls umfassend abgedeckt – von den Basics bis zu sämtlichen Spezialfällen. Praxistipps, Rechenbeispiele und direkt verwendbare Schriftsatzmuster helfen bei der Veranschaulichung und reibungslosen Umsetzung.

www.juris.de/kanzleimanagement

juris PreLex – die digitale Gesetzgebungsbibliothek

Mit juris PreLex verfolgen Sie den gesamten Entstehungsprozess von Gesetzen und Verordnungen aktuell, einfach und intuitiv. Sobald der Entwurf als Drucksache vorliegt, werden die wesentlichen Stationen und relevanten Dokumente des Werdegangs sowie das Gesetz selbst für die Onlinenutzung aufbereitet, umfassend verlinkt und in der juris Datenbank bereitgestellt.

Zahlreiche Filtermöglichkeiten erlauben es Ihnen, den kompletten Datenbestand hinsichtlich der individuell benötigten Informationen einzugrenzen, etwa nach Sachgebieten, nach Verfahrensstand oder nach bestimmten Normen.

Sie können bestimmte Themenbereiche oder einzelne Rechtsetzungsverfahren beobachten lassen und erhalten über den juris PreLex Benachrichtigungsservice automatisch Meldung, sobald sich Änderungen ergeben.

NEU: Das innovative Compliance-Monitoring

überprüft online verfügbare kommunale Satzungen hinsichtlich der dort zitierten Normen und benachrichtigt Sie, wenn Handlungsbedarf besteht.

Ihre Vorteile mit juris PreLex:

- frühzeitige Information über sich abzeichnende Rechtsänderungen
- speziell konfigurierbarer News-Bereich
- vollautomatischer Benachrichtigungsdienst
- Compliance-Monitoring: Systematische Beobachtung kommunaler Satzungen mit Änderungsmeldung
- Unterstützung bei Ihrer internen Prozessoptimierung
- Zeitersparnis bei gleichzeitiger Verringerung von Haftungsrisiken

Inhalte und Funktionalitäten:

- juris Bundesrecht
- Landesrecht aller 16 Bundesländer
- Ortsrecht (Kommunen über 15.000 Einwohner)
- europäische Gesetzgebung
- alle Verkündungsblätter des Bundes
- alle Gesetz- und Justizministerialblätter der Länder
- weitere Amtsblätter der Länder
- historische Verkündungsblätter
- Werdegänge (Bundesgesetze)
- Bundesrats- und Bundestagsdrucksachen
- Plenarprotokolle
- Handbuch des Staatsrechts, Isensee/Kirchhof

www.juris.de/prelex

Recherchewebinare – wann, wenn nicht jetzt?

Im virtuellen Seminarraum verfolgen Sie die Präsentation unserer Recherche-Profis in Echtzeit direkt in der Datenbank. Sie können über Voice-over-IP oder im Chat Fragen stellen und auch mit den anderen Teilnehmern kommunizieren. 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 folgende Themenbereiche an:

- Einführungswebinare
- Fortgeschrittenenwebinare
- Studierendenwebinare
- juris PreLex

Nutzen Sie unser kostenfreies Webinar-Angebot auch im Homeoffice und melden Sie sich gleich an!

www.juris.de/webinare

NEU!

JURIS PRELEX DIE DIGITALE GESETZGEBUNGSBIBLIOTHEK

Ihre Vorteile mit juris PreLex

- Frühzeitige Information über Rechtsänderungen
- Persönlicher Benachrichtigungsservice
- Automatische Prüfung kommunaler Satzungen

juris PreLex

Mit juris PreLex verfolgen Sie den gesamten Entstehungsprozess von Gesetzen und Verordnungen aktuell und intuitiv. Sie finden die relevanten Werdegangsdokumente sowie das Gesetz selbst ganz einfach per Mausklick. Dank intelligenter Filtermöglichkeiten und individuellen Benachrichtigungsdiensten behalten Sie stets den vollen Überblick.

Persönlichen Gratistest direkt freischalten: www.juris.de/prelex

ab **39,00 €**/Monat

zzgl. MwSt.

juris[®] Das Rechtsportal



Eine Gemeinschaft, geschmiedet zu Ihrem Vorteil.

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

www.juris.de/allianz

jurisAllianz
Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.

juris
Das Rechtsportal

ottoschmidt

DE
G DE GRUYTER

ESV ERICH
SCHMIDT
VERLAG

 C.F. Müller

rehm

STOTAX
Stollfuß Medien

 Reguvis

dfv Mediengruppe

 DeutscherAnwaltVerlag

 DeutscherNotarVerlag

IWW
INSTITUT