

## Newsletter 3/2021

- › [Telekommunikation-Telemedien-Datenschutzgesetz verabschiedet](#)
  - › [Wie lange können Beschlüsse einer Mitgliederversammlung angegriffen werden?](#)
  - › [Update: Coronabedingte Vertragsanpassung bei Gewerberaumtieten und -pachten](#)
  - › [Gelten deutsche Vorschriften des Gemeinnützigkeitsrechts eins zu eins für ausländische Stiftungen?](#)
  - › [Zulässigkeit von Gläubigeranträgen gegenüber einem Gebietsverband einer politischen Partei](#)
  - › [Beschäftigung eines Vertreters oder Assistenten wegen Kindererziehung](#)
  - › [Ein Sturz im Homeoffice ist kein Wegeunfall](#)
  - › [Kein Beschäftigungsanspruch bei Maskenbefreiung](#)
  - › [Sachgrundlose Befristung und Vorbeschäftigung](#)
- › [Impressum](#)

### Telekommunikation-Telemedien- Datenschutzgesetz verabschiedet

Von *Alexander Gottwald und Sigrun Mast*

**Das Gesetz zur Regelung des Datenschutzes und des Schutzes der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien (Telekommunikation-Telemedien-Datenschutzgesetz – TTDSG) ist seit Ende Mai beschlossene Sache. Insbesondere Regelungen zu Cookies, zum Einwilligungsmanagement und zum digitalen Nachlass sind mit dem neuen Gesetz verbunden. Das Gesetz tritt am 1. Dezember 2021 in Kraft.**

Das TTDSG fasst die bislang im Telekommunikationsgesetz (TKG), im Telemediengesetz (TMG) und in der ePrivacy-Richtlinie (2002/58/EG) formulierten Regelungen zum Datenschutz zusammen und passt diese an die Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) an, um eine Vereinheitlichung der Datenschutzregelungen herbeizuführen.

Wesentlicher Kern ist der Schutz der Privatsphäre bei der Nutzung des Internets. Dies betrifft vor allem die Verwen-

dung von Cookies. Grundlage dieser Anpassung ist vor allem die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Planet49“ vom 1. Oktober 2019 – C 673/17. Technisch nicht notwendige Cookies dürfen zukünftig nur dann gespeichert werden, wenn der Endnutzer seine Einwilligung aufgrund klarer Informationen jederzeit widerruflich erteilt hat. Dies betrifft Cookies zur Verwendung von Analysediensten und Werbung. Die gesetzliche Regelung in § 25 TTDSG verweist im Hinblick auf die Information und die Einwilligung des Endnutzers auf die Normen der DS-GVO. Daher sind im Einzelfall hinsichtlich der Frage, ob der Webseitenbetreiber über Cookies, die nicht unbedingt erforderlich sind, hinreichend informiert hat und die Einwilligung wirksam erteilt wurde, die Regelungen der DS-GVO heranzuziehen. Eine Ausnahme gilt nur bei Nutzung von technisch notwendigen Cookies, also solchen, die essenzielle Webseitenfunktionen gewährleisten, zum Beispiel den Warenkorb, den Login oder die ausgewählte Sprache. Hierfür ist keine Einwilligung notwendig.

Daneben werden in § 26 TTDSG die Rahmenregelungen für Dienste zur Einwilligungsverwaltung geschaffen, die die Bundesregierung per Rechtsverordnung regeln kann. Dies ist besonders interessant für die Nutzer, da über diese

Dienste individuelle Voreinstellungen für die Nutzung von Webseiten – zum Beispiel zur Vermeidung von Analyse- und Werbetacking – getroffen werden können, welche dann für jede Webseite gelten sollen. Beim Besuch einer Webseite entfällt damit die zeitaufwendige Auswahl der Cookies.

Die weitere Thematik des digitalen Nachlasses ist derzeit mit der Frage nach dem Umfang des Fernmeldegeheimnisses verbunden. Unklar war bislang, ob und in welcher Form der Zugriff der verstorbenen Person auf die Erben übergeht. Mittlerweile gibt es hierzu mehrere Gerichtsurteile und -beschlüsse, zuletzt der [Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 27. August 2020 – III ZB 30/20](#), nach dem die Übergabe eines USB-Sticks mit den Daten der verstorbenen Tochter nicht ausreicht, sondern den erbenden Eltern der gleiche Zugriff auf das Nutzerkonto gewährt werden muss wie ihrer Tochter. Die neue Gesetzesregelung in § 4 TTDSG stellt klar, dass das Fernmeldegeheimnis nicht entgegensteht, wenn die Erben oder andere berechtigte Personen – das sind beispielsweise Testamentsvollstrecker und Nachlasspfleger – die Rechte des Endnutzers wahrnehmen.

Die zuständige Aufsichtsbehörde für die Einhaltung dieser Regelungen ist der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit.

#### Fazit

Das TTDSG vereinheitlicht die unterschiedlichen Datenschutzgesetze und betrifft insbesondere die Nutzung von Cookies, das Einwilligungsmanagement und den digitalen Nachlass. Bis zum Inkrafttreten am 1. Dezember 2021 bleibt Zeit, gegebenenfalls erforderliche Anpassungen an die dann geltenden neuen Bestimmungen vorzunehmen.



**Alexander Gottwald, EMBA**  
Rechtsanwalt  
Zertifizierter Datenschutzbeauftragter (GDDcert. EU)  
Münster  
0251. 48261-173 a.gottwald@solidaris.de



**Sigrun Mast, Maître en droit**  
Rechtsanwältin, Fachanwältin für Steuerrecht,  
Zertifizierte Stiftungsberaterin (DSA)  
Hamburg  
040. 61136048-11 s.mast@solidaris.de

## Wie lange können Beschlüsse einer Mitgliederversammlung angegriffen werden?

Von Sven Schiffner

**Die Frage der Nichtigkeit von Vereinsbeschlüssen beschäftigt immer wieder die Gerichte. Gegenstand sind dabei verschiedene Aspekte, vor allem aber die Frist für ein Vorgehen gegen Beschlüsse der Mitgliederversammlung, welche Rügepflichten möglicherweise zu beachten sind, weitere Beschlussvoraussetzungen (Bestimmtheit, hinreichende Ankündigung etc.) sowie die jeweilige Darlegungs- und Beweislast in solchen Prozessen. Kürzlich hatte das Oberlandesgericht (OLG) Hamm einzelne Aspekte in einer längeren Entscheidung erneut zu beleuchten (OLG Hamm, Urteil vom 1. März 2021 – 8 - U 61/20).**

#### Der Fall

Der Beklagte ist ein internationaler Dachverband, dessen Mitglieder Vereine aus dem In- und Ausland sind. Seine Generalversammlung fand am 28. Juni 2019 statt. Das Protokoll über die Versammlung wurde den Mitgliedern am 7. September 2019 zugänglich gemacht. Drei Mitgliedsvereine haben innerhalb einer Woche nach Erhalt des Protokolls Klage erhoben und alle gefassten Wahlen und Beschlüsse als nichtig angegriffen und verschiedene Gründe vorgetragen. In erster Instanz hat das Landgericht Essen die Klage unter anderem deswegen abgewiesen, weil sie nicht innerhalb einer aus der Treuepflicht herzuleitenden Klagefrist von einem Monat nach der Versammlung eingelegt worden sei.

#### Die Entscheidung

Das OLG hat das erstinstanzliche Urteil zum Teil wieder aufgehoben und vor allem hinsichtlich der Frist klargestellt, dass eine Einzelfallbetrachtung erforderlich ist, da es nicht zwingend auf das Ende der Versammlung als Fristbeginn ankommen könne. Im Einzelnen: Beschlussmängel der Mitgliederversammlung eines Vereins sind im Wege der allgemeinen Feststellungsklage geltend zu machen. Die Beweislast für die formelle und materielle Wirksamkeit von Beschlüssen der Mitgliederversammlung liegt stets beim Verein selbst. Ein gegen Beschlüsse vorgehendes Mitglied

hat jedoch stets zunächst die konkreten Umstände darzulegen, auf denen die Nichtigkeit beruhen soll.

Die Feststellungsklage zur Geltendmachung der Nichtigkeit eines solchen Beschlusses ist – sofern die Satzung nichts Gegenteiliges vorsieht – nicht grundsätzlich fristgebunden. Das Klagerecht kann jedoch verwirkt sein, wenn es über einen längeren Zeitraum nicht ausgeübt wird. Hierbei hält das OLG die von einzelnen Stellen der Rechtsprechung vertretene „Ausschlussfrist“ von einem Monat für nicht zwingend.

In jedem Fall müsse insbesondere bei umfangreichen Tagesordnungen zunächst die Veröffentlichung des Versammlungsprotokolls abgewartet werden, wenn dessen Inhalt für die Klage von Bedeutung ist. Das Protokoll sei zwar kein echtes Beweisdokument im Sinne der Zivilprozessordnung, bilde aber aus Sicht des Vereins für alle Beteiligten ab, was nach Auffassung der Versammlungsleitung und nicht widersprechender Mitglieder tatsächlich beschlossen worden ist. Etwaige Beanstandungen sind daher nach Möglichkeit direkt zu Protokoll zu geben. Verfahrensfehler können zum Beispiel hinsichtlich des Versammlungsortes oder der Durchführung der Versammlung nicht mehr geltend gemacht werden, wenn sie nicht unmittelbar deutlich gerügt worden sind und das Mitglied sich anschließend ohne weiteren Protest an den Abstimmungen beteiligt hat.

Darüber hinaus ist stets zu beachten, dass bei manchen Beschlussgegenständen aufgrund ihrer Komplexität oder bei möglichen disziplinarischen Auswirkungen für Vereinsmitglieder erhöhte Anforderungen im Rahmen der Ankündigung (Tagesordnung) zu erfüllen sind. In diesen Fällen kann eine erweiterte Informationspflicht des Vorstandes bestehen, um sich angemessen auf die Beschlussfassung in der Versammlung vorbereiten zu können. Auch hierfür trägt der Verein die Darlegungs- und Beweislast.

Zuletzt kann ein Beschluss auch deshalb angreifbar sein, weil er nicht hinreichend bestimmt ist. Das ist der Fall, wenn ein Beschluss seinem Inhalt nach unklar ist, weil er keine sinnvolle, in sich geschlossene und verständliche Regelung enthält, und wenn sich diese auch nicht anhand von objektiven Maßstäben durch Auslegung außerhalb des Beschlussinhalts ermitteln lässt. Ungültig ist ein Beschluss auch dann, wenn er in sich widersprüchlich oder wegen sachlicher Unklarheit praktisch nicht durchführbar ist.

#### Fazit

Das Urteil des OLG Hamm bringt keine tiefgreifende Veränderung der bisherigen Rechtslage mit sich, sondern konkretisiert an einem komplexeren Sachverhalt anschaulich einzelne Fragestellungen. Ohne Satzungsregelung gibt es keine allgemeine Ausschlussfrist, sondern die Verwirkung eines Klagerechts ist stets eine Frage des Einzelfalls. Je wichtiger oder umfassender eine Beschlussfassung ist, desto besser muss die Versammlung einschließlich ihrer Einberufung, Tagesordnung und Protokollierung vorbereitet sein. Die Beweislast für die entscheidungserheblichen Klagen liegt in den meisten Fällen beim Verein. Für die Vereinspraxis kann sich daher neben der ohnehin gewissenhaften Vorbereitung und Durchführung von Versammlungen auch anbieten, entsprechende Satzungsregelungen aufzunehmen, die Ausschlussfristen klar und eindeutig festlegen und dabei auf die Möglichkeit der Mitglieder abstellen, ein Versammlungsprotokoll zur Kenntnis zu nehmen. Gern unterstützen wir Sie bei der Prüfung Ihrer Satzung oder entsprechenden Satzungsänderungen. Sollten Sie zu den inhaltlichen Ausführungen bzw. dem Urteil des OLG Hamm weiter gehende Fragen haben, sprechen Sie uns gern an.



**Sven Schiffner**

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht

Köln

02203. 8997-417 s.schiffner@solidaris.de

## Update: Coronabedingte Vertrags- anpassung bei Gewerberaum- mieten und -pachten

Von Florian Frick

**In Ausgabe 1/2021 unseres Newsletters haben wir die bis dato ergangene (erstinstanzliche) Rechtsprechung zur coronabedingten Vertragsanpassung bei Gewerberaummieten sowie aktuelle Gesetzesänderungen hierzu vorgestellt. Die Regelungen gelten für gewerbliche Pachten gleichermaßen. Im Kern geht es um die Frage, ob und in welcher Höhe ein gewerblicher Mieter zur Zahlung verpflichtet bleibt, wenn die Mietsache aufgrund von coronabedingten Schließungsanordnungen der Behörden nicht genutzt werden kann. Zwischenzeitlich wurden hierzu Entscheidungen in zweiter Instanz (Oberlandesgerichte bzw. Kammergericht) veröffentlicht.**

In den Verfahren wurde über die Höhe der Mietzahlungen aus dem Zeitraum der ersten „Welle“ (Frühjahr 2020) gestritten. Gemeinsam ist allen Entscheidungen, dass weder ein Anspruch aufgrund eines Sachmangels noch der Eintritt von Unmöglichkeit im Falle einer behördlichen Schließungsanordnung angenommen wurde. Gelöst werden die Fälle ausschließlich durch Anwendung von § 313 BGB (Wegfall der Geschäftsgrundlage). Auch die im letzten Beitrag vorgestellten Gesetzesänderungen (Art. 240 EGBGB und § 44 EGZPO) wirkten sich bei den Entscheidungen materiellrechtlich nicht aus, da sie den neuralgischen Punkt (Zumutbarkeit des Festhaltens am unveränderten Vertrag) nicht betreffen. Einigkeit besteht bei den Berufungsgerichten darüber, dass die Geschäftsgrundlage betroffen ist. Davon abgesehen weichen die Entscheidungen voneinander ab.

So wird auf der einen Seite das Kriterium der „Unzumutbarkeit“ mit (sehr) hohen Anforderungen verknüpft und eine Anpassung des Mietzinses in den konkret entschiedenen Fällen letztlich abgelehnt (OLG Karlsruhe, [Urteil vom 24. Februar 2021 – 7 U 109/20](#), und OLG München, [Beschluss vom 17. Februar 2021 – 32 U 6358/20](#)). Ebenfalls hohe Anforderungen im Rahmen der vorzunehmenden Einzelfallbetrachtung stellte das OLG Frankfurt am Main ([Urteil vom 19. März 2021 – 2 U 143/20](#)).

Auf der anderen Seite wurde in weiteren Fällen entschieden, dass die Kaltmiete um die Hälfte zu kürzen sei, jedoch nur für den Zeitraum der behördlichen Schließungsanordnung (OLG Dresden, [Urteil vom 24. Februar 2021 – 5 U 1782/20](#), und KG Berlin, [Urteil vom 1. April 2021 – 8 U 1099/20](#)). Das OLG Dresden betont in den Urteilsgründen die besondere Bedeutung des Mietvertrages als Dauerschuldverhältnis, das regelmäßig in monatlichen Abschnitten bemessen wird. Daher ist – anders als zum Beispiel bei Kaufverträgen – die Schwelle der „Unzumutbarkeit“ hinsichtlich des Festhaltens am Vertrag erheblich reduziert:

*„Im Mietvertrag reicht dagegen eine wesentliche Äquivalenzstörung im regelmäßig monatlichen Zeitabschnitt, sie führt allerdings dann auch nur zu einer Vertragsanpassung für diesen Zeitabschnitt, so dass nicht das Risiko besteht, dass mit niedriger Eingriffsschwelle wesentliche Vertragsgrundlagen ohne entsprechenden Anlass durch richterlichen Eingriff nach § 313 Abs. 1 BGB geändert werden.“* (OLG Dresden, [Urteil vom 24. Februar 2021 – 5 U 1782/20](#))

Da keine Partei für die Pandemie verantwortlich sei, sollen beide Vertragspartner die Last gleichmäßig schultern und die Kaltmiete sei für den betroffenen Zeitraum um die Hälfte zu reduzieren. Ähnlich argumentiert das Kammergericht Berlin:

*„Es geht hier aber nicht um ein „normales“ Risiko der Gebrauchstauglichkeit bzw. Verwendung des Mietobjekts, sondern um weitgehende staatliche Eingriffe in das soziale und wirtschaftliche Leben aufgrund einer Pandemie, die als Systemkrise eine Störung der großen Geschäftsgrundlage ist. Das mit der Störung der großen Geschäftsgrundlage verbundene Risiko kann regelmäßig keiner Vertragspartei allein zugewiesen werden [...] Der aufgrund der Pandemie staatlich angeordnete Shutdown stellt einen derart tiefgreifenden, unvorhersehbaren, außerhalb der Verantwortungssphäre beider Vertragsparteien liegenden und potentiell existenzgefährdenden Eingriff in die im Vertrag vorausgesetzte Nutzungsmöglichkeit dar, dass – unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls – die Nachteile solidarisch von beiden Vertragsparteien zu tragen sind und die Miete bei vollständiger Betriebsuntersagung zur Hälfte zu reduzieren ist [...]“* (KG Berlin, [Urteil vom 1. April 2021 – 8 U 1099/20](#))

Die anderen Oberlandesgerichte hingegen verfolgen einen anderen Lösungsansatz: Nur wenn eine Anpassung des

Mietzinses zwingend erforderlich sei, sei diese zu gewährleisten.

„Dem Schuldner sind Aufwendungen, welche die dem Schuldverhältnis immanente Opfergrenze überschreiten, nicht mehr zumutbar. Diese Opfergrenze wird insbesondere überschritten, wenn die Inanspruchnahme des Schuldners zur Vernichtung seiner Existenz führen würde; unter Umständen genügt auch bereits eine schwere Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Fortkommens. Eine Angleichung ist geboten, wenn das Festhalten am Vertrag zu einem untragbaren, mit Recht und Gesetz schlechthin nicht mehr zu vereinbarenden Ergebnis führen würde.“ (OLG Karlsruhe, [Urteil vom 24. Februar 2021 – 7 U 109/20](#)).

Ähnlich streng formuliert auch das Oberlandesgericht München in einem Hinweisbeschluss:

„[...], dass nicht jede einschneidende Veränderung der bei Vertragsabschluss bestehenden oder gemeinsam erwarteten Verhältnisse eine Vertragsanpassung oder eine Kündigung (§ 313 Abs. 3 BGB) rechtfertigt. Hierfür ist vielmehr erforderlich, dass ein Festhalten an der vereinbarten Regelung für die betroffene Partei zu einem nicht mehr tragbaren Ergebnis führt [...]“ (OLG München, [Beschluss vom 17. Februar 2021 – 32 U 6358/20](#))

Diese Formulierungen zeigen, wie hoch die Anforderungen für die Mieter zur Geltendmachung einer Vertragsanpassung sind. Ob diese erhöhten Anforderungen tatsächlich sachgerecht sind, darf in Zweifel gezogen werden. Folgende Aspekte sollen nach Ansicht der Gerichte zu berücksichtigen sein: wirtschaftliche Verhältnisse des Mieters, teilweise (OLG München) sogar gebildete oder hypothetisch mögliche Rückstellungen des Mieters in der Vergangenheit (!), Leistungsfähigkeit des Gesamtkonzerns, mögliche Unterstützungsleistungen des Staates (Corona-Hilfen, Kurzarbeitergeld, Möglichkeit des Onlinehandels, Nachholeffekte bei den Umsätzen etc.).

#### Fazit

Auch wenn die hier vorgestellten Entscheidungen der Berufungsgerichte nur Zeiträume der „ersten Welle“ betreffen, so sind die gerichtlichen Erwägungen und Argumente auf alle coronabedingten behördlichen Betriebsschließungen anwendbar. Jedoch ist darauf zu achten, dass die Gewichtung der einzelnen Argu-

mente nicht starr ist, sondern sich im Laufe der Pandemie erheblich verändern kann. Gegen das Urteil des OLG Karlsruhe wurde bereits Revision beim Bundesgerichtshof – XII ZR 15/21 – eingelegt, so dass eine Klärung dieser Rechtsfrage auf höchstrichterlicher Ebene zu erwarten ist. Wir halten Sie auf dem Laufenden.



**Florian Frick**  
Rechtsanwalt

Köln  
02203. 8997-526 f.frick@solidaris.de

## Gelten deutsche Vorschriften des Gemeinnützigkeitsrechts eins für ausländische Stiftungen?

Von Carsten Schulz

**Der Bundesfinanzhof hat im Verfahren V R 15/20 über eine Frage der formellen Voraussetzungen zur Erteilung eines Bescheids nach § 60a AO für eine ausländische Körperschaft zu befinden. Das Verfahren betrifft auch die für deutsche Körperschaften entscheidende Frage zur Pflicht einer Übernahme der Mustersatzung und könnte darüber hinaus für die Verwendung von inländischen Mitteln im Ausland von Bedeutung sein.**

Die im Jahr 2016 aus dem Nachlass eines deutschen Künstlerhepaares errichtete österreichische Stiftung erzielt in Deutschland unter anderem Tantiemen aus Rechteverwertungen. Ein von der Stiftung beantragter Bescheid nach § 60a AO wurde vom Finanzamt nicht erteilt. Deutsche Erträge wären damit steuerpflichtig. Die Klage gegen die entsprechende Einspruchsentscheidung vor dem Finanzgericht (FG) Niedersachsen ([Beschluss vom 4. Mai 2020 – 6 K 53/18](#)) war erfolgreich. Die Finanzverwaltung sah die Satzung jedoch nicht als ausreichend im Sinne des deutschen Gemeinnützigkeitsrechts an und legte Revision ein.

Das FG hatte die Rechtsprechung bestätigt, nach der die Bundesrepublik Deutschland nicht verpflichtet ist, den Gemeinnützigkeitsstatus ausländischen Rechts anzuerkennen. Es sieht die deutschen Gemeinnützigkeitsvorgaben aber als erfüllt an. Vorgaben der Abgabenordnung, insbesondere zur Mustersatzung, seien dabei im Sinne der Vermeidung einer unionsrechtswidrigen mittelbaren Diskriminierung ausländischer Körperschaften auszulegen. Zu strittigen Satzungsklauseln nahm das FG wie folgt Stellung:

- › Das FG sah die fragliche Rechtsfähigkeit durch Eintragung ins österreichische Stiftungsregister als erfüllt und ergänzte, dass eine in Deutschland nicht rechtsfähige Verbrauchsstiftung schon deshalb nicht vorläge, weil für eine Immobilie ein Veräußerungsverbot bestehe.
- › Die gemeinnützigen Satzungszwecke der Förderung von Kunst und Kultur, aber auch zur Mildtätigkeit seien hinreichend genau bestimmt. Die vom Finanzamt bemängelte fehlende Festlegung hilfsbedürftiger Personen sei im Lichte europarechtlicher Grundfreiheiten unbeachtlich.
- › Die vom Finanzamt als Verstoß gegen das Ausschließlichkeitsgebot abgelehnte Möglichkeit der Mittelzuwendung an Personengesellschaften begünstige zulässigerweise nur Künstler mit nachweislichem Zuwendungsbedarf.
- › Die Satzung treffe zwar keinen wörtlichen Ausschluss der Verfolgung eigenwirtschaftlicher Zwecke; die Regelung zum Ausschluss der Gewinnerzielungsabsicht reiche aber aus.
- › Das Finanzamt forderte konkrete Zwecke zur Vermögensbindung im Fall der Auflösung, das FG sah die abstrakte Bezugnahme auf die §§ 34 ff. der österreichischen Bundesabgabenordnung als ausreichend an.
- › Zur Erfüllung des strittigen strukturellen Inlandsbezugs reicht dem FG die Möglichkeit zur Förderung des deutschsprachigen Kabarett, deutscher Personen sowie der Aufklärung über Verbrechen des Faschismus.

Die weite Auslegung deutscher Gemeinnützigkeitsregeln des FG ähnelt derjenigen anderer Finanzgerichte in anhängigen Rechtsfragen zur Auslegung der Mustersatzung inländischer Körperschaften.

### Fazit

Die offene Rechtsfrage ist vordergründig nur für ausländische Körperschaften mit Erträgen in Deutschland von Bedeutung. Ein Urteil könnte aber auch Fragen zur Auslegung der Mustersatzung klären und Bedeutung für die seit dem Jahressteuergesetz 2020 erhöhten Voraussetzungen für Zuwendungen an beschränkt steuerpflichtige ausländische Körperschaften erhalten. Für Abgrenzungsfragen und Lösungsansätze in solchen Fällen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.



**Carsten Schulz**  
Steuerberater

Berlin  
030. 72382-448 c.schulz@solidaris.de

## Zulässigkeit von Gläubigeranträgen gegenüber einem Gebietsverband einer politischen Partei

Von Frank Utikal

**Politische Parteien, die in der Bundesrepublik zumeist in eingetragenen oder nicht rechtsfähigen Vereinen organisiert sind, genießen ein verfassungsmäßig garantiertes, hohes Schutzniveau. Hoheitliche Eingriffe, die den Schutzbereich beeinträchtigen, bedürfen einer erhöhten Rechtfertigung. In einem Beschluss nahm der Bundesgerichtshof (BGH) Ende vergangenen Jahres Stellung zu der Frage, inwieweit ein Gläubigerinsolvenzantrag, der sich gegen einen Gebietsverband einer politischen Partei richtet, rechtlich zulässig ist (BGH, Beschluss vom 17. Dezember 2020 – IX ZB 4/18). Der 9. Senat sieht in diesem Bereich die Notwendigkeit einer umfassenden Abwägung von Grundrechtspositionen und verneint im Ergebnis das rechtliche Interesse der Finanzverwaltung an der Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Die Entscheidung zeigt auf, dass Gläubiger es nicht unbedingt in der Hand haben, ein Insolvenzverfahren zu initiieren. Dies gilt auch unabhängig von einer politischen Betätigung einer säumigen Körperschaft.**

Ein Landesverband einer politischen Partei stellte in den Jahren 1998 bis 2000 Spendenbescheinigungen für Parteimitglieder aus. Das Finanzamt betrachtete die Bescheinigungen als fehlerhaft und die Ausstellung als grob fahrlässig, es kam zum Erlass von Haftungsbescheiden wegen entgangener Einkommensteuer. Der Landesverband unterlag im Einspruchs- und im Klageverfahren. Das Finanzamt begann sodann mit der Vollstreckung, die im Ergebnis erfolglos blieb. Der (Gläubiger-)Insolvenzantrag des Finanzamtes im November 2016 führte zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Der Landesverband ging gegen den Eröffnungsbeschluss erfolgreich vor und erstritt vor dem Landgericht Mainz (Beschluss vom 7. Dezember 2017 – 8 T 208/17) die Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses und die Abweisung des Insolvenzantrags.

Der Bundesgerichtshof bestätigte die Entscheidung der Vorinstanz und begründete seine Auffassung ausführlich. Zuvorderst stellte der 9. Senat klar, dass der Landesverband als nicht rechtsfähiger Verein dem Grunde nach insolvenzfähig ist. Die Richter vermochten keine planwidrige Regelungslücke der Insolvenzordnung zu erkennen, die zu dem Schluss führte, dass politische Parteien oder ihre Untergliederungen im Sinne des Parteiengesetzes von der Insolvenzfähigkeit ausgenommen wären.

Sowohl der Wortlaut als auch die Gesetzesbegründung seien in dieser Frage eindeutig. Eine Gleichstellung mit der Unzulässigkeit eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen von § 12 InsO erfasster Gebietskörperschaften oder öffentlich-rechtlicher Körperschaften im Einzelfall verbiete sich. Ferner lasse sich die Insolvenzunfähigkeit auch nicht verfassungsrechtlich begründen. Für Kirchen als Körperschaften des öffentlichen Rechts oder für Rundfunkanstalten werde die Unzulässigkeit eines Insolvenzverfahrens ausnahmsweise damit begründet, dass die Gefahr einer Zahlungsunfähigkeit praktisch nicht gegeben sei. Diese Überlegung sei auf politische Parteien nicht übertragbar, deren Solvenz weder aus eigener Kraft noch durch ihren Anspruch auf staatliche Teilfinanzierung gewährleistet sei.

Im Übrigen ist der BGH der Auffassung, der Ausschluss der Insolvenzfähigkeit würde das geschützte Gläubigerinteresse an der Durchführung eines Gesamtvollstreckungsverfahrens in unrechtmäßiger Weise vereiteln und darüber hinaus dem Insolvenzgläubiger die Möglichkeit nehmen, einen Eigenantrag auf Verfahrenseröffnung zu stellen, um eine

gleichmäßige Gläubigerbefriedigung in einem geordneten, rechtsstaatlichen Verfahren zu gewährleisten.

Der BGH befasst sich sodann eingehend mit der Gegenüberstellung und Abwägung der maßgeblichen Grundrechte, Art. 21 GG auf Seiten des Gebietsverbandes und Art. 14 GG auf Seiten des Gläubigers Finanzamt. Ausführlich benennt der Senat die umfänglichen Eingriffe, die ein Insolvenzverfahren mit sich bringt. Auch wenn die Vereinsorgane weiterhin im Amt blieben und ihre Befugnisse behielten, ginge die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen auf den Insolvenzverwalter über, welches dieser im Übrigen umgehend in Besitz zu nehmen habe. Der Insolvenzverwalter erlange einen umfassenden Einblick in sämtliche finanziellen Verhältnisse einschließlich der Identitäten von Gläubigern und Schuldnern und damit mittelbar über das Wirken der Parteiorgane. Damit werde die politische Betätigungsfreiheit der Partei getroffen, denn § 21 GG garantiere, über Einnahmen und Vermögen frei von staatlicher Kontrolle zu verfügen. Dies gelte auch für den Umstand, dass es dem Insolvenzverwalter zustehe, Räumlichkeiten zu betreten und Nachforschungen anzustellen. Zusammenfassend gingen die Befugnisse des Insolvenzverwalters deutlich über die im Parteiengesetz vorgesehene Rechenschaftspflicht hinaus.

Das Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung führe nach Ansicht der Bundesrichter zwar zu einer geringfügigeren Beeinträchtigung, jedoch habe die Gläubigerversammlung es in der Hand, die Beendigung der Eigenverwaltung herbeizuführen. Es stehe damit nicht im Ermessen des Insolvenzgerichts, den Eingriff in den verfassungsrechtlich gewährleisteten Status der Partei nach eigenem Ermessen abzumildern.

Vor dem Hintergrund der vorgenannten Beschränkungen der Betätigungsfreiheit des Landesverbandes verneinte der BGH das von § 14 InsO geforderte rechtliche Interesse an der Stellung eines Gläubigerantrags durch das Finanzamt. Das Insolvenzgericht hätte das Interesse nur bejahen können, sofern es hätte feststellen können, dass die Eröffnung auch unter Berücksichtigung des Status der politischen Partei nach Art. 21 GG verhältnismäßig ist.

Dazu stellt der BGH fest, dass das Finanzamt als öffentlicher Gläubiger im Vergleich zu privaten Gläubigern von vornherein kein grundrechtlich geschütztes Interesse vor-

weisen könne. Entscheidend sei aber vor allem, dass das Finanzamt der einzige Gläubiger gewesen sei, weshalb das Bedürfnis einer gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung ausscheide. Die bloße Möglichkeit, dass weitere Gläubiger existieren könnten, reiche nicht aus. Auch sei mangels wirtschaftlicher Betätigung des Gebietsverbandes nicht ersichtlich, dass dieser an seinem Fortbestand aus der anerkannten „marktbereinigenden“ Funktion eines Insolvenzantrags hätte gehindert werden müssen.

#### Fazit

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist begrüßenswert. Neben der Klarstellung, dass Insolvenzanträge von Gläubigern, die politischen Parteien und ihre Untergliederungen betreffen, in besonderem Maße verfassungsrechtlich zu würdigen sind, verdeutlicht der 9. Senat, dass bei Gläubigerinsolvenzanträgen, die sämtliche Körperschaften (nicht nur Parteien) in starke Bedrängnis bringen können, stets eine substantiierte Darlegung des rechtlichen Interesses erforderlich ist. Darüber hinaus bekräftigen die Richter in Karlsruhe die Insolvenzfähigkeit von Vereinen in jedweder Ausprägung. Die jüngste Insolvenzrechtsreform durch das Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (SanInsFoG) zur Jahreswende hat an den für Vereine und Stiftungen geltenden Vorschriften keine Änderungen vorgenommen. Die Insolvenzantragspflicht richtet sich für Vereine und Stiftungen nach wie vor nach § 42 BGB. Trotz gesetzlicher Neugestaltung und Präzisierung der Insolvenzantragspflicht, etwa für Kapitalgesellschaften, bleibt für Vereine in Stiftungen nach wie vor streitig, innerhalb welches Zeitraums der Gang zum Insolvenzgericht angezeigt ist. Damit fehlt es weiterhin an Rechtsklarheit. Im Übrigen wird die Verantwortlichkeit des Vorstands von der neu geschaffenen Haftungsnorm des § 15b InsO nicht berührt.



#### Frank Utikal, LL.M.

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Fachberater für Sanierung und Insolvenzverwaltung (DStV e. V.)

Berlin  
030.72382-442 f.utikal@solidaris.de

## Beschäftigung eines Vertreters oder

## Assistenten wegen Kindererziehung

Von Sylvia Köchling

**Vertragsärzte haben nach § 32 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Zulassungsverordnung für Vertragsärzte (Ärzte-ZV) für einen Zeitraum von bis zu drei Jahren Anspruch auf Beschäftigung eines Vertreters oder Assistenten aus Gründen der Kindererziehung. Laut einem Urteil des Landessozialgerichts (LSG) Niedersachsen-Bremen vom 28. Oktober 2020 – L 3 KA 31/20 – gilt dieser Anspruch für Kinder und Jugendliche bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres.**

#### Der Fall

Die Beteiligten des Verfahrens streiten über die Rechtsfrage, ob die klagende Vertragsärztin Anspruch auf Genehmigung einer Assistentin aus Gründen der Kindererziehung hat. Die Vertragsärztin hatte die Genehmigung zur Beschäftigung einer Entlastungsassistentin in einem Umfang von 20 Stunden wöchentlich beantragt und dies mit ihrer persönlichen zeitlichen Inanspruchnahme durch die Erziehung ihres 15-jährigen Adoptivsohnes begründet. Aus diesem Grunde könne sie ihre volle Arbeitskraft nicht ihrem Beruf als selbständige Vertragsärztin widmen.

Die Kassenärztliche Vereinigung (KV) Niedersachsen lehnte den Antrag mit der Begründung ab, dass unter den Begriff des „Kindes“ im Sinne des § 32 Absatz 2 Satz 2 Nr. 2 Ärzte-ZV in Anlehnung an die Definition in § 1 Abs. 1 Jugendschutzgesetz (JuSchG) nur Personen bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres zu verstehen seien. Da das Kind bei Antragstellung bereits 15 Jahre alt gewesen sei, sei es als Jugendlicher und nicht mehr als Kind anzusehen. Diese Regelung sei auch sachgerecht, weil dem Regelungszweck der Ärzte-ZV, die Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu fördern, mit der Beschränkung einer Entlastungsassistentin für die Betreuung von Kindern bis zum vollendeten 14. Lebensjahr ausreichend Rechnung getragen werde.

Mit dieser Auffassung konnte sich die KV weder vor dem Sozialgericht Hannover noch vor dem LSG Niedersachsen-Bremen durchsetzen.



### Die Entscheidung

Das LSG Niedersachsen-Bremen gab der Vertragsärztin Recht und begründete dies wie folgt: Gemäß § 32 Abs. 2 Satz 2 Ärzte-ZV darf der Vertragsarzt einen Vertreter oder einen Assistenten nur beschäftigen,

1. wenn dies im Rahmen der Aus- oder Weiterbildung oder aus Gründen der Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung erfolgt,
2. während Zeiten der Erziehung von Kindern bis zu einer Dauer von 36 Monaten, wobei dieser Zeitraum nicht zusammenhängend genommen werden muss, und
3. während der Pflege eines pflegebedürftigen nahen Angehörigen in häuslicher Umgebung bis zu einer Dauer von sechs Monaten.“

Im vorliegenden Fall sah das Gericht die Voraussetzungen des § 32 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Ärzte-ZV als gegeben an, da die Vorschrift keine ausdrückliche Altersbegrenzung für den Begriff „Kind“ enthält. Da das Gesetz als Grund für die begehrte Assistenten-Genehmigung die „Erziehung von Kindern“ nenne, sei aus dem Sinnzusammenhang zu schließen, dass Kinder und Jugendliche bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres in den Regelungsbereich fielen.

Das Gericht stellt bei dieser Auslegung auf die Vorschriften des BGB zur Personensorge ab, denn in welchem Zeitraum eine Erziehung stattfinden könne – so das Gericht – sei eindeutig im BGB geregelt, und zwar in § 1626 Abs. 1 Satz 1 BGB, wonach die Eltern die Pflicht und das Recht hätten, für das minderjährige Kind zu sorgen (Personensorge). Die Personensorge umfasse insbesondere die Pflicht und das Recht, das Kind zu pflegen, zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen (§ 1631 Abs. 1 BGB). Minderjährig sei das Kind bis zur Vollendung des 18. Lebensjahrs, weil mit diesem Zeitpunkt gemäß § 2 BGB die Volljährigkeit eintrete.

Das JuSchG, auf welches die KV verweise, habe eine andere Zielsetzung. Dieses bezwecke eben nicht, die Vereinbarkeit von Familie und Beruf im Interesse von selbstständig Tätigen zu fördern, sondern diene dem Schutz von Kindern und Jugendlichen vor Gefahren in der Öffentlichkeit und im Bereich der Medien, die geeignet sind, sie in ihrer Entwicklung zu beeinträchtigen.

### Fazit

Da das Urteil rechtskräftig ist, kann es betroffenen Ärzten sehr gut als Argumentationshilfe in Verfahren zur Genehmigung eines Vertreters oder Entlastungsassistenten aus Gründen der Kindererziehung dienen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht für jedes zu erziehende Kind die Beschäftigung eines Vertreters oder Assistenten bis zu einer Dauer von 36 Monaten beansprucht werden kann; der Anspruch besteht vielmehr pauschal für alle zu erziehenden Kinder eines Vertragsarztes. Anders verhält es sich bei der Pflege eines nahen Angehörigen; in diesen Fällen kann für jeden pflegebedürftigen nahen Angehörigen bis zu einer Dauer von sechs Monaten die Beschäftigung eines Vertreters oder Entlastungsassistenten ermöglicht werden.



**Sylvia Köchling**  
Rechtsanwältin, Fachanwältin für Medizinrecht  
Münster  
0251.48261-178 s.koechling@solidaris.de

## Ein Sturz im Homeoffice ist

## kein Wegeunfall

Von Britta Greb

**Das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen (LSG NRW) hat in seinem Urteil vom 9. November 2020 – L 17 U 487/19 – die Anwendbarkeit des Unfallversicherungsschutzes im Sinne des SGB VII für Homeoffice-Arbeiten stark begrenzt. Der Senat hatte sich in dem vorliegenden Verfahren mit dem sogenannten „Wegeunfall“ beschäftigt.**

### Der Fall

Der Kläger ist als Gebietsverkaufsleiter bei der Beklagten beschäftigt. Seine Tätigkeit übt er absprachegemäß auch im Homeoffice aus. Der Kläger hat sich am Unfalltag gegen 7.00 Uhr auf den Weg von der vierten in die dritte Etage des

Wohnhauses begeben. Beim Hinuntergehen stürzte er auf der Treppe und zog sich eine Fraktur des 12. Brustwirbelkörpers zu. Diesen Unfall meldete er der zuständigen Berufsgenossenschaft. Diese lehnte eine Entschädigungsleistung mit der Begründung ab, es läge kein Arbeitsunfall vor, da sich das Unfallgeschehen in der häuslichen Umgebung ereignet habe.

Im Homeoffice beginne der Unfallversicherungsschutz erst mit dem Erreichen der Betriebsräume. Nach einem erfolglosen Widerspruchsverfahren erhob der Kläger daraufhin Klage vor dem Sozialgericht Aachen. Dieses gab der Klage statt. Nach Überzeugung der Kammer stand das Hinabsteigen der Wendeltreppe im Wohnhaus des Klägers in einem unmittelbaren sachlichen Zusammenhang zu seiner versicherten Tätigkeit. Der Kläger habe damit einen versicherten „Betriebsweg“ im Sinne des § 8 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII zurückgelegt. Gegen diese Entscheidung hat die Beklagte fristgerecht Berufung beim LSG NRW eingelegt.

### Die Entscheidung

Das LSG hat das Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Es stellt klar, dass es sich weder um einen versicherten Betriebsweg nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 SGB VII noch um einen versicherten Wegeunfall nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 SGB VII handelt. Letzterer setze zwingend ein Durchschreiten der Haustür voraus. Das Bundessozialgericht (BSG) hat in ständiger Rechtsprechung eine starre Grenzziehung zwischen privatem Lebensbereich und versichertem Betriebsweg eingeführt und auch im Zeitalter der zunehmenden Telearbeit daran festgehalten. Ein Abweichen lässt sich bislang nicht erkennen. Aus diesem Grund hat der erkennende Senat in dem vorliegenden Verfahren konsequenterweise festgestellt, dass ein Homeoffice-Beschäftigter niemals wegeunfallversichert sein kann.

Darüber hinaus hat das LSG auch das Vorliegen eines Betriebsweges nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 SGB VII abgelehnt. Zwar greift für den Betriebsweg die starre Grenzziehung des Durchschreitens der Haustür gerade nicht, dennoch wird hier ein enger sachlicher Zusammenhang zwischen versicherter Tätigkeit und Unfallgeschehen gefordert. Hieran fehlt es in dem vorliegenden Fall. Der Kläger befand sich zum Unfallzeitpunkt auf dem Weg in sein Arbeitszimmer zur erstmaligen Aufnahme seiner versicherten Tätigkeit.

Betriebswege sind Wege, die in Ausübung der versicherten Tätigkeit zurückgelegt werden und somit Teil der versicherten Tätigkeit sind. Es ist dabei unerheblich, dass der Kläger den Weg aufgenommen hat, um mit der Tätigkeit für seine Arbeitgeberin beginnen zu können. Eine entsprechende Handlungstendenz führt nicht zu Annahme eines Betriebsweges. Andernfalls würde dies eine Besserstellung von Beschäftigten im Homeoffice zur Folge haben, denn für Beschäftigte, die außerhalb ihrer eigenen Räumlichkeiten arbeiten, ist der betriebsbezogene Weg zum Ort der Tätigkeit nicht als Betriebsweg anzusehen, sondern kann allenfalls als Wegeunfall versichert sein.

### Fazit

Das LSG hat in seiner Entscheidung die bestehende Rechtsprechung des BSG zum Wegeunfall berücksichtigt und darüber hinaus das Wesen des Betriebsweges als wesentlichem Teil der versicherten Tätigkeit analytisch herausgearbeitet. Dennoch ist sich der Senat der Brisanz dieser Entscheidung bewusst. Vor allem vor dem Hintergrund der seit der Coronapandemie stark gestiegenen Homeoffice-Tätigkeiten dürfte hier eine Klarstellung des BSG notwendig sein. Das LSG NRW hat die Revision ausdrücklich zugelassen. Es bleibt abzuwarten, ob und wann sich das BSG zu der Problematik des Wegeunfalls im Homeoffice bekennen wird. Es steht jedoch zu vermuten, dass das BSG sich nur schwerlich von den aufgestellten Grundsätzen zur Frage des Wegeunfalls und des versicherten Betriebsweges verabschieden wird, um ein Aufweichen der Grenzen zwischen allgemeinem Lebensrisiko und beruflicher Tätigkeit zu verhindern.



**Britta Greb, LL.M.**  
Rechtsanwältin

Köln  
02203 . 8997-386    b.greb@solidaris.de

## Kein Beschäftigungsanspruch

### bei Maskenbefreiung

Von André Spak

In unserem [Rechtsanwalts-Newsletter 2/2021](#) berichteten wir über ein [Urteil des Arbeitsgerichts Siegburg – 4 Ga 18/20](#). Ein Arbeitnehmer und sein Arbeitgeber stritten darüber, ob der Arbeitnehmer mit ärztlicher Bescheinigung über eine Maskenbefreiung weiter beschäftigt werden muss, wenn im Betrieb eine allgemeine Maskenpflicht gilt. Der Kläger unterlag. Nun bestätigte auch das Landesarbeitsgericht Köln diese Auffassung im Berufungsverfahren: Der Arbeitgeber darf die Beschäftigung des Arbeitnehmers ablehnen. Der Arbeitnehmer gilt in diesem Fall als arbeitsunfähig. (Landesarbeitsgericht Köln, Urteil vom 12. April 2021 – 2 SaGa 1/21).

#### Der Fall

Der Kläger ist als Verwaltungsmitarbeiter in einem Rathaus beschäftigt. Im Rathaus gilt sowohl für Besucher als auch für Mitarbeiter eine Maskenpflicht. Der Mitarbeiter wollte jedoch wegen einer ärztlichen Maskenbefreiung, die er dem Arbeitgeber vorlegte, nur ohne Maske im Rathaus weiterarbeiten, was der Arbeitgeber jedoch ablehnte. Der Kläger beantragte daraufhin beim Arbeitsgericht eine einstweilige Verfügung auf Weiterbeschäftigung ohne Maske; hilfsweise beantragte er eine Beschäftigung im Homeoffice.

#### Die Entscheidung

Sowohl das Arbeitsgericht als auch nun das Landesarbeitsgericht lehnten den Antrag des Klägers ab und stellten fest, dass dem Mitarbeiter ohne Maske kein Beschäftigungsanspruch zusteht. Zur Begründung beriefen sich die Gerichte auf § 3 Abs. 1d der seit dem 7. April 2021 geltenden Coronaschutzverordnung des Landes NRW, wonach im Rathaus eine allgemeine Maskenpflicht gelte. Ferner ergibt sich auch aus § 2 Abs. 5 Nr. 3 der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung vom 21. Januar 2021 (in der Fassung vom 11. März 2021) die Verpflichtung des Arbeitgebers, zum größtmöglichen Schutz der Beschäftigten die Maskenpflicht anzuordnen. Zusätzlich sei diese Anordnung vom Direktionsrecht gedeckt. Denn das Tragen einer FFP2-Maske diene dem Infektionsschutz sowohl der Mitarbeiter und Besucher des

Rathauses als auch des Klägers selbst. Wenn der Kläger ärztlich attestiert nicht zum Tragen der Maske in der Lage sei, dann sei er arbeitsunfähig und deshalb nicht zu beschäftigen. Ein Anspruch des Klägers auf Zuweisung eines leidensgerechten Arbeitsplatzes in Form einer Beschäftigung im Homeoffice bestehe nicht, da zumindest Teile der Aufgaben unmittelbar im Rathaus erledigt werden müssten. Eine partielle Tätigkeit zu Hause würde die Arbeitsunfähigkeit nicht beseitigen, so dass ein Homeoffice-Arbeitsplatz derzeit nicht eingerichtet werden müsse.

#### Fazit

Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts ist kritisch zu bewerten, da eine Arbeitsunfähigkeit praktisch nicht vorliegen dürfte. Gleichwohl zeigt aber auch das zweite „Pandemiejahr“, dass das Coronavirus nicht nur die Gesundheits- und Sozialwirtschaft, sondern auch weiterhin die Gerichte beschäftigt.



**André Spak, LL.M.**

Rechtsanwalt, Steuerberater, Fachanwalt für Steuerrecht, Fachanwalt für Arbeitsrecht

Münster

0251. 48261-155 a.spak@solidaris.de

## Sachgrundlose Befristung

### und Vorbeschäftigung

Von Christian Klein

**Die Befristung von Arbeitsverhältnissen wirft in Beratung und Praxis regelmäßig Fragen auf. Ein Problemkreis ist das grundsätzliche Verbot der sachgrundlosen Befristung eines Arbeitsverhältnisses, wenn der Arbeitnehmer in der Vergangenheit bereits bei demselben Arbeitgeber beschäftigt war (sogenannte Vorbeschäftigung). Der Wortlaut des § 14 Abs. 2 Satz 2 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes sieht keine Begrenzung dieses Verbotes vor, jedoch hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 6. Juni 2018 –1 BvR 1375/14 – die Vorschrift insoweit eingeschränkt, als eine Vorbeschäftigung**

**tigung dann nicht zu einem Verbot einer sachgrundlosen Befristung führt, wenn sie entweder sehr lange zurückliegt, von sehr kurzer Dauer war oder es sich um eine „ganz anders geartete Tätigkeit“ handelte. Die letztgenannte Ausnahme war Gegenstand einer aktuellen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes (BAG, Urteil vom 16. September 2020 – 7 AZR 552/19).**

Der Kläger, ein Diplom-Ingenieur, war zwischen 2008 und 2010 bei dem beklagten Land als Sachbearbeiter im Bereich Planungs- und Baumanagement angestellt. Im Jahr 2011 beendete er ein weiteres Studium mit dem Abschluss „Verwaltungs-Betriebswirt“. Nach einer zwischenzeitlichen Tätigkeit in der Privatwirtschaft wurde er von dem beklagten Land im Jahr 2015 – auf zwei Jahre sachgrundlos befristet – als Referent im Referat „Betriebssicherheit“ wiederum angestellt.

Gegen diese Befristung wehrte sich der Kläger durch drei Instanzen mit Erfolg. Das beklagte Land stellte sich auf den Standpunkt, dass die Vorbeschäftigung einerseits bereits sehr lange Zeit zurückgelegen und es sich andererseits um eine „ganz anders geartete Tätigkeit“ gehandelt habe. Erst das zweite Studium des Klägers habe diesem die für die Besetzung der Referentenstelle notwendigen Fähigkeiten vermittelt; er habe sich mithin zwischen den beiden Beschäftigungen beruflich neu orientiert.

Die Gerichte folgten dieser Argumentation nicht. Die Vorbeschäftigung liege mit fünf Jahren nicht sehr lange zurück

und die zweite Beschäftigung stelle keine „ganz anders geartete Tätigkeit“ dar. Eine „ganz anders geartete Tätigkeit“ im Zusammenhang mit einer Aus- und Weiterbildung wie beim Kläger läge nur dann vor, wenn diese „den Arbeitnehmer zur Erfüllung von Aufgaben befähigt, die zwar nicht einer beruflichen Neuorientierung im Sinne einer Tätigkeit etwa in einer anderen Branche gleichkommen, aber der Erwerbsbiografie des Arbeitnehmers eine völlig andere Richtung geben“. Dies sei etwa bei einer Krankenschwester, die später als Ärztin beim gleichen Arbeitgeber beschäftigt wird, gegeben. Bei dem Kläger sei dies jedoch gerade nicht der Fall, so dass die Befristung unwirksam war.

#### Fazit

Die Vereinbarung einer sachgrundlosen Befristung bleibt auch nach dieser Entscheidung mit erheblichen Unsicherheiten und vor allem Risiken für Arbeitgeber behaftet, wenn eine Vorbeschäftigung bestand. Gerade wenn „nur“ eine Weiterbildung zwischen den beiden Arbeitsverhältnissen liegt, ist eine sorgfältige Prüfung in jedem Einzelfall erforderlich. Der Gesetzgeber könnte diese Unsicherheiten weitgehend beseitigen, wenn in das Gesetz eine feste Frist aufgenommen würde, nach deren Ablauf eine Tätigkeit nicht mehr als Vorbeschäftigung gilt.



#### Christian Klein

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht,  
Wirtschaftsmediator (CVM)

Köln  
02203 . 8997-421 c.klein@solidaris.de

## IMPRESSUM

#### Herausgeber

Solidaris Rechtsanwalts-gesellschaft mbH  
51149 Köln, Von-der-Wettern-Str. 11  
51152 Köln, Postfach 92 02 55

E-Mail: [info@solidaris.de](mailto:info@solidaris.de)  
Website: [www.solidaris.de](http://www.solidaris.de)

Geschäftsführer: Dr. Axel Stephan Scherff

Sitz der Gesellschaft: 51149 Köln  
Registergericht: Amtsgericht Köln, HRB 69691005

Redaktionsschluss dieser Ausgabe:  
2. Juni 2021

#### Kontakt/Newsletterverwaltung

Dieser Newsletter ist ein kostenloser Service der Solidaris Rechtsanwalts-gesellschaft mbH. Unser zentrales Anliegen ist es, Sie mit aktuellen Informationen aus dem Bereich des Rechts zu versorgen. Sollte dieser Newsletter für Sie jedoch keinen informativen Mehrwert aufweisen, können Sie ihn jederzeit unter [www.solidaris.de](http://www.solidaris.de) mit sofortiger Wirkung abbestellen. Bitte zögern Sie nicht, uns bei Fragen, Anmerkungen, Kritik und Feedback zu kontaktieren. Ihr Ansprechpartner: Herr Timo Haep, Telefon: 02203 . 8997-136, E-Mail: [t.haep@solidaris.de](mailto:t.haep@solidaris.de).

#### Disclaimer

Die Inhalte dieses Newsletters dienen ausschließlich der allgemeinen juristischen Information. Sie stellen keine rechtliche Beratung dar und können eine einzelfallbezogene Beratung nicht ersetzen. Durch die Übersendung dieses Newsletters wird kein Mandatsverhältnis zwischen Absender und Empfänger begründet. Obwohl wir die Inhalte dieses Newsletters nach bestem Wissen und Kenntnisstand erstellt haben, können sie wegen ihres rein informativen Charakters die aktuellen rechtlichen Entwicklungen nicht vollständig berücksichtigen und wiedergeben.