



# Saarländisches Anwaltsblatt

Ausgabe 1 | 2021

**Meeting-  
Room**  
**Zutritt nur  
für Geimpfte!**

Prof. Dr. Winfried Boecken: SARS-CoV-2: Impfstatusrelevante Befugnisse des Arbeitgebers | Seite 20

Homeoffice: Chancen | DSGVO |  
Praxis | Seiten 4 | 6 | 9



Webinar „Rechts-  
anwalts-GmbH &  
Co. KG in Sicht“  
Seite 11

RAK-Anschreiben  
zu fehlender beA-  
Erstregistrierung  
Seite 32

Prof. Dr. Rixecker: Grundrechte  
unter Impfvorbehalt? Seite 16



Saarländischer  
Verdienstorden für  
JR Prof. Dr. Egon  
Müller  
Seite 34

Infos vom DAV  
Luxemburg  
Seite 42

Neue Regelungen bei Tätigkeits-  
verboten Seite 37



After Work Talk mit  
Dr. Frank Matheis  
Seite 46

Gewinnspiel mit  
der SAV Lieblings-  
tasse  
Seite 47



**Wir freuen uns, neue Kolleginnen und Kollegen bei uns begrüßen zu können:**

*Neue Mitglieder\*innen seit Erscheinen des Anwaltsblatts 4 | 2020*



**Felix Maurer**  
Kaiserstraße 77  
66386 St. Ingbert



**Benoit Spang**  
Nell-Breuning-Allee 6  
66115 Saarbrücken



**Samuel Zimmer**  
Am Schloßplatz 4  
66606 St. Wendel



**Elina König**  
Großherzog-Friedrich-  
Straße 40  
66111 Saarbrücken



**Lukas Eisenhuth**  
Kaiserstraße 77  
66386 St. Ingbert



**Katharina Trezn**  
Mommstraße 4  
66606 St. Wendel



**Joanne Groß**  
Brückenstraße 60  
66763 Dillingen



**Alexander Jeremenko**  
Brückenstraße 60  
66763 Dillingen



**Denise Schiffmacher**  
Bahnhofstraße 17  
66740 Saarlouis



**Wir heißen außerdem ganz herzlich willkommen: Theo, den Sohn unserer Vorstands- und Redaktionskollegin Lisa Held. Wir freuen uns sehr mit den glücklichen Eltern!**



### Impressum Saarländisches Anwaltsblatt

#### Herausgeber:

SaarländischerAnwaltVerein  
Franz-Josef-Röder-Str. 15  
66119 Saarbrücken

#### Postanschrift:

SaarländischerAnwaltVerein  
Im Landgericht Zimmer 143  
Franz-Josef-Röder-Str. 15  
66119 Saarbrücken  
Tel.: 0681/512 02  
Fax: 0681/512 59  
E-Mail: info@saaranwalt.de  
www.saaranwalt.de

#### Redaktion:

Marthe Gampfer (ViSDP)  
Lisa-Kathrin Held  
Saskia Hölzer

#### Gestaltung und Satz:

Bernhard Schiestel  
Dipl. Designer |  
Visuelle Kommunikation  
Sprenger Straße 54  
66346 Püttlingen  
info@schiestel-design.de

#### Anzeigen:

Brunner Werbung  
Lerchenweg 18  
66121 Saarbrücken  
Telefon 0681/365 30  
info@brunner-werbung.de

#### Bildnachweise:

**Seite 1 |**  
©Illustration/Composing:  
Bernhard Schiestel:  
*Meeting:* ©depositpho-  
tos\_luckybusiness  
*Home-Office:* ©deposit-  
photos\_sirastockid08

#### Prof. Dr. Rixecker:

Iris Maurer, foto@silbersalz.com

#### Verbot:

©depositphotos\_marcotrapani

#### Seite 2 | Impressum

© Marco2811 | fotolia.de

#### Seite 19 | Prof. Dr. Rixecker:

Iris Maurer, foto@silbersalz.com

#### Seite 35 | Orden

wikipedia.org | Lokilech |  
CC BY-SA 3.0

#### Seite 46 | Zigarre

© depositphotos\_nikkytok

#### Seite 48 | Illustration:

© Bernd Kissel

Weitere Bildurheber  
siehe Nennung  
am Bild oder © privat

Herzlich Willkommen! .....	2
Impressum .....	2
Editorial .....	3

### Homeoffice

*Gregor Theado*  
Homeoffice und der Datenschutz .....

*Bettina Zechner*  
Mehr Flexibilität wagen .....

*Jennifer Schild*  
Fragen und Antworten zum Thema .....

### SAV-Webinar

*Hubert Beeck*  
Intro zum kostenlosen SAV-Webinar ..

*Manuel Schauer*  
Rechtsanwalts-GmbH & Co. KG  
in Sicht .....

### BAG-Beschluss

*Lisa-Kathrin Held*  
Einfache Signaturen bei der Ein-  
reichung von Schriftsätzen .....

### Personalmangel

*Katrin Schmidbauer*  
Unbefriedigende Personalsituation  
an den Saarländischen Gerichten .....

### Corona

*Prof. Dr. Roland Rixecker*  
Grundrechte unter Impfvorbehalt? .....

*Prof. Dr. Winfried Boecken*  
SARS-CoV-2: Impfstatusrelevante  
Befugnisse des Arbeitgebers .....

### beA

*RA. JR. Raimund Hübinger*  
Brief des RAK zu fehlender beA-  
Erstregistrierung .....

### Höchste Ehrung

*Marthe Gampfer*  
Saarländischer Verdienstorden  
für JR Prof. Dr. Egon Müller .....

*JR Prof. Dr. Egon Müller*  
Fast eine Glosse .....

### Regierungsentwurf

*Andreas Handziuk*  
Neuregelung des Verbots der  
Vertretung widerstreitender  
Interessen .....

### DAV Luxemburg

*Stephan Wonnebauer*  
Infos für Grenzgänger .....

### SAV intern

*Marthe Gampfer*  
After Work Talk .....

Neue Lieblingstasse?  
Ein kreatives Gewinnspiel! .....

Akteneinsicht .....

**Hinweis zu Beiträgen:** Über die Annahme einer Beitragsidee oder eines Beitrags einschließlich Rezensionen entscheidet die Redaktion. Den Beitrag erbitten wir per E-Mail, bevorzugt in Word. Bei Entscheidungseinsendungen bitten wir um Schwärzung der Parteibezeichnungen. Wir bitten zudem um Bereitstellung eines druckfähigen Autorenbildes.

## Liebe Kolleginnen und Kollegen, liebe Leserinnen, liebe Leser,

die aktuelle Ausgabe des Saarländischen Anwaltsblattes umfasst wieder ein Füllhorn an Themen, die aktuell unseren Beruf prägen. Insbesondere hält die Corona-Pandemie weiterhin an und stellt die Arbeitswelt in vielerlei Hinsicht vor große Herausforderungen.

Beleuchtet werden in diesem Heft die Anforderungen ans Homeoffice, insbesondere aus datenschutzrechtlicher Sicht, Möglichkeiten innerhalb der Justiz aufgezeigt und die wesentliche Frage beantwortet, ob der Impfstatus Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis haben kann? Zum Letzteren führt **Prof. Dr. Winfried Boecken** in seiner wissenschaftlich juristischen Abhandlung „SARS-CoV-2: Impfstatusrelevante Befugnisse des Arbeitgebers“ umfassend aus.

Mit der fortschreitenden Impfmöglichkeit stellt sich auch die grundsätzliche Frage, ob Geimpfte (weiterhin) Freiheitsbeschränkungen hinnehmen müssen – wir haben **Prof. Dr. Rixecker**, Präsident des Saarländischen Verfassungsgerichtshofs gefragt. Auf Seite 16 beginnt sein offen gehaltener Debattenbeitrag.

Weiter werfen wir einen Blick auf die **große BRAO-Reform**: mit ihr ergeben sich für die Anwaltschaft Möglichkeiten, sich wirtschaftlich neu aufzustellen. Die SAV Service GmbH hat das Thema frühzeitig aufgegriffen und bereits Anfang Februar zu einem für SAV-Mitglieder kostenlosen Webinar mit einem Impuls-Vortrag von **Prof. Dr. Martinek** eingeladen „Modernisierung des Personengesellschaftsrechts und RA-GmbH & Co.KG“. Referent **Manuel Schauer** gibt ab Seite 12 eine Kurzfassung zu den wichtigsten Neuerungen.

Neu gefasst wurden auch die Regelungen zur Interessenkollision mit begrüßenswerten Verbesserungen. **Rechtsanwalt Andreas Handziuk**, Geschäftsführer der RAK des Saarlandes, gibt hierzu einen ausführlichen Überblick.

Ans Herz legen möchten wir Ihnen zudem die Themen zum **beA**, zum **IT-Einsatz in der saarländischen Justiz** und zur **Personalsituation an den saarländischen Gerichten**.

Ein besonderes Augenmerk gilt in dieser Ausgabe einem langjährigen Mitglied, **Justizrat Prof. Dr. Egon Müller**. Er wurde vom Ministerpräsidenten mit der höchsten Ehre ausgezeichnet und zeigt in seinem Beitrag „Eine Art Glosse“ einen (lehrreichen) Einblick als Strafverteidiger.

Und vielleicht haben Sie in Ihrem Gerichtsfach oder in Ihrer Post schon eine Überraschung des SAV vorgefunden und sind glücklicher Besitzer der **neuen SAV-Tasse**? Ein kleines Dankeschön an Sie als Mitglied – verbunden mit einem kleinen Gewinnspiel für alle Kreativen unter Ihnen 😊 – schauen Sie auf Seite 47 vorbei.

Zu guter Letzt lassen Sie sich inspirieren von unserer neuen Rubrik „**After Work Talk**“. In diesem Sinne wünsche ich Ihnen wie dem Kollegen Dr. Matheis eine „entschleunigte, uns fremd gewordene Langeweile im besten Sinne“ zum Kraft auftanken und bleiben Sie gesund!

Herzlichst

Matheis Colloff



# Homeoffice und der Datenschutz

## Was es beim Homeoffice mit Blick auf die DSGVO zu beachten gilt

Gregor THEADO | Rechtsanwalt | Saarbrücken

Der Begriff Homeoffice ist weiterhin in aller Munde. Das Lehnwort aus der deutschen Alltagssprache (das im englischsprachigen Raum in dieser Form gar nicht genutzt wird) beschreibt eine flexible Arbeitsform, bei der die Beschäftigten ihre Arbeit vollumfänglich oder teilweise aus dem privaten Umfeld heraus erbringen. Rechtlich kann es als eine Unterform der Telearbeit einzustufen sein, oder aber allgemein als sogenanntes mobiles Arbeiten, worunter im weitesten Sinne Arbeitsformen zusammengefasst werden, bei denen Mitarbeiter schlicht ihre Arbeit außerhalb der Gebäude des Arbeitgebers verrichten. Beim Homeoffice erbringt der Mitarbeiter seine Arbeitsleistung ganz oder ganz überwiegend in den heimischen vier Wänden. Nicht erst seit der Corona-Pandemie stellt sich in unserem Alltag die Frage, wie die Arbeit von zu Hause rechtskonform gestaltet werden kann. Denn nicht jeder Mitarbeiter wird das Privileg (bzw. die wirtschaftlichen Möglichkeiten) dazu haben, sich eigens einen Homeoffice-Arbeitsplatz, etwa in Gestalt eines extra dafür hergerichteten Büros, zu gestalten. Vielmehr findet in der Realität die Arbeit nicht selten irgendwo zwischen Küchentisch, Sofa und Wohnzimmer statt, was mit der Vorstellung des Gesetzgebers von Telearbeit, nicht zwingend konform gehen muss. Denn gemäß § 2 Abs. 7 ArbStättV sind Telearbeitsplätze vom Arbeitgeber fest eingerichtete Bildschirmarbeitsplätze im Privatbereich der Beschäftigten, für die der Arbeitgeber eine mit den Beschäftigten vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit und die Dauer der Einrichtung festgelegt hat. Gerade diese Festlegungen fehlen aber oftmals in der Praxis.

Während die Arbeitsrechtler sich den Kopf darüber zerbrechen, wie Homeoffice mit dem Arbeitsvertrag zu vereinbaren ist und ob ein Anspruch darauf besteht<sup>1</sup> oder ob der Arbeitnehmer zum Beispiel Anspruch auf bestimmte Homeoffice-Ausstattungen (vom PC, über Breitbandanschluss, Telefon bis hin zu Schreibtischmobilier und Möglichkeiten zur Raumtrennung) haben kann<sup>2</sup>, stellen die Datenschützer sich darüber hinaus die Frage, wie es gelingen mag, das Arbeiten im Homeoffice mit dem geltenden Datenschutz in Einklang zu bringen.

Auch im Homeoffice sind selbstverständlich die Regelungen insbesondere der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO<sup>3</sup>) und des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) zu beachten. Die Stellung des Arbeitgebers als „Verantwortlicher“ im Sinne des Art. 4 Nr. 7 DSGVO ändert sich nicht. Der Arbeitgeber entscheidet weiterhin über „Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung“, auch wenn er die Wahl der Mittel unter Umständen zum Teil dem Arbeitnehmer überlässt, und ist daher für die Einhaltung der Datenschutzgrundsätze (wie insbesondere Rechtmäßigkeit, Datensparsamkeit, Vertraulichkeit) gemäß Art. 5 Abs. 2 DSGVO verantwortlich. Mithin obliegt es dem Arbeitgeber auch, die erforderlichen technischen und organisatorischen Maßnahmen zu treffen. Vor allem die Sicherheit der Datenverarbeitung ist gerade dann, wenn wie beim Homeoffice die Datenverarbeitung nicht mehr unter dem Dach des Arbeitgebers, sondern in einem privaten Umfeld des Arbeitnehmers erfolgt, von enormer Bedeutung.

Wie immer ist das Gesetz an dieser Stelle ob der Vielzahl vorstellbarer Szenarien im Datenschutz recht flexibel: Welche Maßnahmen „angemessen“ sind, entscheidet sich vor allem unter Berücksichtigung des Stands der Technik, der Kosten, der Umstände und der Zwecke der Datenverarbeitung<sup>4</sup>. Auch sind Eintrittswahrscheinlichkeiten für mögliche Gefahren (z. B. Verlust der aus dem Büro mitgenommenen Unterlagen

1 | vgl. z. B. ArbG Augsburg, Urteil vom 07.05.2020, Az: 3 Ga 9/20

2 | Vgl. die schon 2011 entschiedene Ablehnung eines Aufwendungsersatzanspruchs bei BAG, Urteil vom 12.04.2011, Az.: 9 AZR 14/10

3 | Verordnung (EU) 2016/679

4 | Das Gesetz greift den Begriff der technisch-organisatorischen Maßnahmen an mehreren Stellen auf, u. a. in Art. 24, 25 und 32 DSGVO, die Termini sind dabei jeweils praktisch identisch

oder die unbefugte Kenntnisaufnahme durch andere Personen des Hausstands) und deren Folgen zu beherzigen. Die DSGVO geht bei der Risikoeinschätzung von einer objektiven Bewertung aus, bei der festgestellt wird, ob die Datenverarbeitung insbesondere überhaupt ein Risiko, und wenn ja, gegebenenfalls ein hohes Risiko birgt<sup>5</sup>. Orientieren soll sich der Verantwortliche etwa an branchenbekannten Verhaltensregeln, genehmigten Zertifizierungsverfahren oder auch Hinweisen des Datenschutzbeauftragten<sup>6</sup>. Bei der Bewertung der Datensicherheitsrisiken sollten alle mit der Verarbeitung personenbezogener Daten verbundenen Risiken berücksichtigt werden, wie etwa – ob unbeabsichtigt oder unrechtmäßig – die mögliche Vernichtung, der Verlust, die Veränderung oder unbefugte Offenlegung von oder der unbefugte Zugang zu personenbezogenen Daten, insbesondere wenn dies zu einem physischen, materiellen oder immateriellen Schaden führen könnte<sup>7</sup>.

Als Faustregel gilt: Je schützenswerter die Daten sind, desto höher müssen auch die Sicherheitsanforderungen sein, und das heißt, auch an den Homeoffice-Arbeitsplatz. Dies geht sogar so weit, dass der Arbeitgeber sich je nach den Umständen und den möglichen Gefahren für die Datenverarbeitung vom Bestehen hinreichender Maßnahmen ein Bild vor Ort machen (z. B. angekündigter Kontrollbesuch) oder zeigen lassen (z. B. anhand von Fotos, wie der Arbeitnehmer sich den Arbeitsplatz eingerichtet hat) muss – hier gilt es allerdings stets, mit den kollidierenden Interessen abzuwägen, da insbesondere Besuche des Arbeitgebers beim Arbeitnehmer zu Hause erheblich in dessen Rechte eingreifen. Von anlasslosen Kontrollmaßnahmen (z. B. Kontrolle von Bewegungsprofilen des Diensthandy, Überwachung der PC-Kamera des Mitarbeiters) sollte Abstand genommen werden, da diese zumeist ohnehin unzulässig sind<sup>8</sup>. Es empfiehlt sich generell beim Homeoffice, eine klare und transparente Vereinbarung mit dem Mitarbeiter zutreffen, worin seine Rechte und Pflichten festgelegt werden.

Denn für den Arbeitnehmer ergeben sich als logische Folge natürlich ebenfalls besondere Pflichten zur Wahrung des Datenschutzes. Dies ergibt sich nicht erst daraus, dass der Arbeitnehmer etwa eine Verpflichtungserklärung zum Datenschutz unterzeichnet (was indes, gerade vor dem Hintergrund der Nachweispflichten der Verantwortlichen dringend zu empfehlen ist), sondern bereits aus seiner Treuepflicht gegenüber dem Arbeitgeber, bei öffentlichen Stellen auch teilweise ausdrücklich aus dem Gesetz<sup>9</sup>. Der Arbeitneh-

mer hat insoweit etwa sorgfältig zu prüfen, wer während der Arbeitstätigkeit im Homeoffice Zutritt zur technischen Ausstattung (z.B. PC, Notebook, Smartphone) und sonstigen Arbeitsmitteln (z.B. aus dem Unternehmen mitgenommene Ordner) hat. Denn beim Arbeitsplatz im Büro innerhalb des Betriebs haben schließlich auch keine Familienmitglieder oder Freunde Zugriff auf die Daten – dann muss für den Heimarbeitsplatz selbstverständlich dasselbe gelten.

Sofern personenbezogene Daten (wovon auf Grund der weitgefassten Definition des Art. 4 Nr. 1 DSGVO praktisch immer auszugehen ist<sup>10</sup>) über das Internet übermittelt werden, sind sichere Übertragungswege (verschlüsselte<sup>11</sup> VPN Verbindung und Netzwerke) durch den Betrieb einzurichten und vom Arbeitnehmer zu nutzen. Vorzugweise sollte zudem eine vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellte IT-Ausstattung genutzt werden. Auf die Nutzung privater Hard- und Software ist, wann immer die Umstände es gestatten, gänzlich zu verzichten, weil hierdurch sehr schnell gegen die Gebote vor allem der Trennung, Vertraulichkeit und Sicherheit der Datenverarbeitung<sup>12</sup> verstoßen werden kann. Ist die Nutzung privater Hard- und Software unabdingbar, so sind zwingend Vereinbarungen über die Kontrolle und Löschung beruflicher Daten und deren Trennung von sonstigen privaten Daten zu treffen.

10 | Unter den Begriff fallen alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen, das heißt, auch mittelbare Informationen, soweit die Identifizierung der Person mit einem vertretbaren Aufwand möglich ist, vgl. hierzu auch Erwägungsgrund 26 der Verordnung (EU) 2016/679

11 | Maßnahmen der Pseudonymisierung und Verschlüsselung werden ausnahmsweise als solche sogar ausdrücklich in Art. 32 Abs. 1 lit. a DSGVO genannt

12 | Vgl. Art. 5 Abs. 1, Art. 32 Abs. 1 lit. b DSGVO

5 | vgl. Erwägungsgrund 76 der Verordnung (EU) 2016/679

6 | vgl. Erwägungsgrund 77 der Verordnung (EU) 2016/679

7 | Für Beispiele des Ordnungsgebers vgl. Erwägungsgrund 75 der Verordnung (EU) 2016/679

8 | vgl. etwa BAG, Urt. v. 28.03.2019. Az. 8 AZR 421/17

9 | Vgl. § 53 BDSG



Gregor Theado

# Mehr Flexibilität wagen

## Homeoffice in der Gerichtsbarkeit - Chancen und Risiken

*Bettina ZECHNER | Richterin am Arbeitsgericht Saarbrücken*

Seit dem 25.01.2021 gilt die neue Homeoffice-Verordnung des Bundesministeriums für Arbeit. Sie soll dafür sorgen, dass mehr deutsche Arbeitnehmer von daheim aus arbeiten, statt einander morgens und abends beim Berufspendeln in Bussen und Bahnen oder auch in den Büros gefährlich zu nahe zu kommen.

Plötzlich funktioniert damit, was in Deutschland lange undenkbar schien: Ein deutlich gestiegener Teil der Arbeitnehmer/Innen arbeitet seit dem letzten Jahr von zuhause aus; manche große IT-Unternehmen oder deutsche international tätige Konzerne haben seit Corona gar komplett auf Homeoffice umgestellt.

Klar ist, dass die o.a. Verordnung nur auf Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Anwendung findet, also nicht für den öffentlichen Dienst. Allerdings sind knapp 5 Millionen Menschen beim Staat beschäftigt. Da könnte man schon fragen: Wie kann der digitale Wandel, sozusagen öffentlicher Dienst 4.0, auch dort funktionieren?

Und konkret wollen wir uns hier anschauen: Was gilt für Richterinnen und Richter? Oder für die Gerichtsbarkeit insgesamt? Ist diese auf das Homeoffice vorbereitet? Was sind hier die Herausforderungen, aber auch die Chancen?

### **Richter/innen**

Zunächst zu den Richterinnen und Richtern: Für sie liegt es in ihrer Unabhängigkeit begründet, dass sie ihren Arbeitsplatz wählen können. Die Richterschaft ist zwischenzeitlich gut mit Informationstechnik wie VPN Anschluss und entsprechenden Laptops ausgestattet. Damit lässt sich gut von zu Hause aus arbeiten oder wahlweise im Büro. Das tun auch viele und schleppen ihren Laptop und ihre Akten von zu Hause ins Büro und auch wieder zurück. Das klappt zumindest bei weniger umfangreichen Akten auch ganz gut. (Voraussetzung ist natürlich ein Büro zu Hause, das vom Zugriff Dritter geschützt ist).

Abgesehen davon müssen wir bei Gerichtssitzungen seit einem Jahr umdenken: Abstand schaffen, Telefonkonferenzen und Videokonferenzen abhalten- auch das ein Novum in den

Gerichtssälen. Plötzlich ist dies möglich, obwohl § 128 a ZPO schon lange im Gesetz steht und diese Möglichkeit eröffnet.

Das könnte auch gut klappen, sofern die technischen Voraussetzungen allen vorliegen und wir loslegen könnten. Zumindest sind die rechtlichen Voraussetzungen bereits geschaffen.

### **Rechtspfleger/innen / Geschäftsstellen**

Aber was ist mit Rechtspflegerinnen und Rechtspflegern und den Geschäftsstellen? Diese insgesamt ins Homeoffice zu schicken, ist schwierig. Manche Kolleginnen und Kollegen könnten ihre Papierakten von zu Hause aus bearbeiten, dies gilt insbesondere für klar abgrenzbare Bereiche wie beispielsweise die Kostenbearbeitung. Rechtspfleger könnten dies zumindest in Teilbereichen ihrer Tätigkeit tun, insbesondere wenn die elektronische Akte eingeführt würde. Aber was ist mit den Geschäftsstellen? Eine Umsetzung des Homeoffice ist hier schwierig, wäre aber mit dem Einsatz der elektronischen Akte ebenfalls möglich.

### **Rechtliche Rahmenbedingungen**

Doch verlassen wir einen Moment die technischen Rahmenbedingungen und schauen auf die gesetzlichen.

Bei Beamten liegt es im pflichtgemäßen Ermessen des Dienstherrn, einen Telearbeitsplatz einzurichten und diesen wieder zu entziehen (VG Gelsenkirchen v. 02.12.2016- 12 L2395/16).

Im Rahmen der ersten Coronawelle haben sich nicht alle darum gekümmert, ob der Arbeitgeber kraft Direktionsrechts den

Mitarbeiter auf einen Telearbeitsplatz versetzen kann, Hinderungsgrund ist hier Art.13 GG, die Unverletzlichkeit der Wohnung. Auch einen Anspruch auf Telearbeit hat der Beschäftigte nicht, es sei denn er ist schwerbehindert oder in einer Wiedereingliederung, dann könnte ein Anspruch aus § 164 IV Nr. 4 und 5 SGB IX folgen.

Vor einem Jahr jedenfalls waren alle froh, dem Virus - wo möglich - durch einen Heimarbeitsplatz zu entgehen.

Ganz unabhängig davon: Das Landesgleichstellungsgesetz des Saarlandes sieht vor, dass die Dienststelle Arbeitszeiten und sonstige Rahmenbedingungen anzubieten hat, die Frauen und Männern die Vereinbarkeit von Familienpflichten und Erwerbstätigkeit erleichtern, wenn zwingende dienstliche Belange nicht entgegenstehen. So sind auch Arbeitszeitmodelle zu erpro-

ben. Ebenfalls sind nach § 17 des Gesetzes den Beschäftigten mit Familienpflichten Telearbeitsplätze im Rahmen der dienstlichen Möglichkeiten anzubieten.

Besteht ein Anspruch oder will der Arbeitgeber Telearbeit einführen, weil er die Arbeitsplätze im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens als grundsätzlich geeignet ansieht, so sind die Anforderungen an den Arbeitsplatz, die Dokumentationspflicht der Arbeitszeit, die Überwachung der Arbeitszeit und die Zeiten der Erreichbarkeit in einer Dienstvereinbarung auszugestalten.

### Corona und dann ... zurück zur Präsenzpflicht?

Aber reicht das? Ausreichende Hinderungsgründe der dienstlichen Belange oder dienstlichen Möglichkeiten sind sicher nicht nur die fehlende technische Ausrüstung. Und hinkt der öffentliche Dienst nicht auch hinterher, wenn ein Anspruch auf Telearbeit nur bei entsprechenden Familienpflichten besteht? Wenn man z.B. auch nach Corona-Zeiten besser und lieber von zu Hause aus arbeiten will und sich etwa zweimal wöchentlich die Fahrt ins Büro sparen möchte.



# Das eigene Zuhause. Leichter als gedacht.



[sparkasse.de/eigenheim](https://sparkasse.de/eigenheim)

Ob Haus oder Wohnung – finden und finanzieren Sie mit der Sparkasse ganz einfach Ihre eigene Traumimmobilie.

Jetzt beraten lassen.

 Finanzgruppe

Sparkassen SaarLB LBS  
SAARLAND Versicherungen

Die Frage ist also: Was passiert nach Corona? Wird sich die Zahl der im Homeoffice tätigen Beschäftigten wieder verringern?

Wahrscheinlich schon, denn im öffentlichen Dienst dominiert die **Präsenzpflicht**. Gerade in Leitungsbereichen ist die Anwesenheit höher als im Durchschnitt. Derzeit ist dies einerseits natürlich schwierig – mit Homeoffice für alle und Homeschooling für die Kinder. Andererseits wollen viele der heimischen Einöde „entkommen“. Auch haben nicht alle Familien jeweils entsprechende Homeoffice-Arbeitsplätze. Die Folge: Viele Beschäftigte im öffentlichen Dienst arbeiten gerade aktuell nicht im Homeoffice.

Das Forschungsinstitut „Great Place to Work“, das in 60 Ländern zum Thema Firmen- und Arbeitsplatzkultur arbeitet, sieht in der Präsenzkultur häufig auch mangelndes Vertrauen von Chefetagen. Oder ein Zeichen für veraltete Unternehmensführung.

Auch der Verwaltungs-Management Forscher Gerhard Hammerschmidt von der Berliner Hertie School ist pessimistisch. Er geht davon aus, dass nach Corona die Präsenzkultur wieder stark zurückkehrt. Er begründet das mit dem Beharrungsvermögen in den Verwaltungen und der mangelnden Digitalisierung der deutschen Verwaltung, die von der EU Kommission unter 27 Staaten auf Rang 21 gesetzt wurde - hinter Portugal, Italien und Polen.

## Wege aus der Präsenzkultur

Fragen wir noch einmal: Was passiert nach Corona mit dem Homeoffice? Ein Vorschlag: Könnte es nicht - auch jenseits von Präventionsmaßnahmen - sehr vorteilhaft sein, wenn wir alle ein bisschen flexibler und agiler arbeiten und leben würden?

Vielleicht wie in Finnland: Dort ist es üblich sich in sein Ferienhaus am See zurückzuziehen - natürlich mit Hochfrequenzinternet - und von dort aus zu arbeiten und zwischendurch in einen der vielen Seen zu springen.

Nun hat das Saarland nicht so viele Seen und Ferienhäuser sind auch eher knapp. Und wenn alle im Homeoffice arbeiten, würden der fachliche Austausch, die sozialen Kontakte bis hin zum Plausch mit den Kolleginnen und Kollegen sicher sehr erschwert.

Aber so extrem müsste man dies auch nicht gestalten. Es gibt verschiedene Formen des Homeoffice bzw. der Telearbeit. So wird unter den Begriff der alternierenden Telearbeit die Möglichkeit verstanden, einen festen Arbeitsplatz im Büro zu haben und flexibel zu entscheiden, ob und wann man von zu Hause aus arbeitet. Die mobile Telearbeit dagegen ist geknüpft an den Beschäftigten und dieser kann sich wo immer er möchte aufhalten und seine Arbeit erledigen.

## Corona als Chance

Was der Gesetzgeber den Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern aufbürdet, nämlich ihre Beschäftigten nach Hause zu schicken, sofern diese Büroarbeit oder vergleichbare Tätigkeiten ausüben – ist in der Gerichtsbarkeit zumindest von der Rechtsgrundlage her nicht möglich, bis auf das o.a. Landesgleichstellungsgesetz.

Trotzdem oder gerade deshalb könnte es auch in der Gerichtsbarkeit sinnvoll und geraten sein, die Präsenzkultur aufzubrechen - und vermehrt von zu Hause aus oder unterwegs arbeiten zu können. Die Angst, dass die Beschäftigten nicht mehr so viel arbeiten, ist unbegründet. Finden Sitzungen statt, so müssen diese wie bisher zeitnah abgearbeitet werden. Das kann auch von zu Hause aus stattfinden.

Viel könnte damit erreicht werden: die bessere Vereinbarkeit von Familie und Beruf, eine bessere work-life Balance, die gerade jüngere Beschäftigte ins Auge fassen. Die dann auch mal mittags ins Schwimmbad gehen und danach weiterarbeiten könnten. Und die damit gleichzeitig, wenn nicht mehr alle täglich ins Büro fahren, ihren kleinen Beitrag zum Klimaschutz leisten würden.

Vielleicht ist deshalb Corona auch eine Chance. Die Anwesenheit in den Büros muss nicht jeden Tag sein, das Büro der Zukunft könnte eine Art Informationsaustausch und für soziale Begegnungen sein: mal geht man hin, mal bleibt man zu Hause, natürlich mit Absprache unter den Kollegen.

Kurz: der öffentliche Dienst und insbesondere die Gerichtsbarkeit sollten in Sachen Homeoffice/Telearbeit deutlich aktiver und kreativer werden. Und damit sollten sie jetzt beginnen, denn nach dieser Krise ist vor der nächsten Krise.

# Fragen und Antworten rund um das Thema „Home-Office“

Jennifer SCHILD | Rechtsanwältin | Homburg

Der Begriff „Home-Office“ ist derzeit in aller Munde. Hierunter wird jede Tätigkeit verstanden, die auf die Informations- und Kommunikationstechnik gestützt und dabei ganz oder teilweise außerhalb der Geschäftsräume und Gebäude des Arbeitgebers verrichtet wird.

Während vor der Covid-19 Pandemie lediglich ca. 3 % der Erwerbstätigen in Deutschland ausschließlich und weitere 15 % teilweise im Home-Office arbeiteten, sind nach einer aktuellen Umfrage des Bitkom e.V. bereits 25 % der Erwerbstätigen in Deutschland ausschließlich im Home-Office tätig. Das entspricht ca. 10,5 Millionen Berufstätigen.

Mit der seit dem 27.01.2021 geltenden Corona-Arbeitsschutzverordnung wurde nunmehr auch erstmals eine Pflicht zum Angebot eines Homeoffice-Arbeitsplatzes statuiert, wenn auch nur für einen befristeten Zeitraum bis zum 15.03.2021.

*Anmerkung der Verfasserin: Zum Zeitpunkt der Verfassung des Artikels (Anfang Februar 2021) ist noch unklar, ob es eine Verlängerung über den 15.03.2021 hinaus geben wird. Möglicherweise ist deshalb die gegenständliche Verordnung bereits außer Kraft, wenn Sie diesen Artikel lesen. Nichtsdestotrotz möchte ich nachfolgend auf die wesentlichen Regelungen eingehen.*

In § 2 Abs. 4 der „SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung“ heißt es:

„Der Arbeitgeber hat den Beschäftigten im Falle von Büroarbeit oder vergleichbaren Tätigkeiten anzubieten, diese Tätigkeiten in deren Wohnung auszuführen, wenn keine zwingenden betriebsbedingten Gründe entgegenstehen.“

Wie aus dem Wortlaut der Regelung ersichtlich ist, gilt die neue Home-Office-Verpflichtung für alle Arbeiten, die von

zu Hause aus verrichtet werden können. Hierunter fallen also Bürojobs und vergleichbare Tätigkeiten.

In diesen Fällen müssen Arbeitgeber ihren Mitarbeitern anbieten, ihre Arbeitsleistung nicht mehr vor Ort im Betrieb zu erbringen, sondern eben von zu Hause aus.

Ein generelles Recht auf Home-Office, das der einzelne Mitarbeiter einklagen könnte, erwächst hieraus allerdings nicht. Ein Handwerksbetrieb kann daher seine Beschäftigten auch weiterhin für einen Auftrag zum Kunden schicken.

In einigen Bundesländern finden bisweilen sogar Untersuchungen statt, im Rahmen derer sogenannte „Kontrolleure“ herausfinden sollen, ob die Unternehmen die vorgeschriebenen Maßnahmen einhalten und insbesondere Bürobeschäftigte zum Arbeiten in ihre Wohnung wechseln können. Werden diese Maßnahmen nicht eingehalten, kann die Behörde sie einseitig anordnen.

Kommen die betreffenden Unternehmen der Anordnung dann immer noch nicht nach, drohen Geldbußen in bis zu fünfstelliger Höhe. Ein genereller gesetzlicher Anspruch auf Home-Office besteht aber nicht.

Sogar ArbeitnehmerInnen, die einer anerkannten Risikogruppe angehören, können von ihrem Arbeitgeber nicht per se verlangen, im Home-Office arbeiten zu dürfen. Auch ein Anspruch auf ein Einzelbüro besteht nicht. Das hat das Arbeitsgericht Augsburg mit Urteil vom 7. Mai 2020 entschieden.

Selbstverständlich obliegen dem Arbeitgeber aber nach den §§ 241 Abs. 2, 618 BGB gegenüber den ArbeitnehmerInnen in jedem Fall Rücksichtnahme- und Schutzpflichten.

Für die allgegenwärtige Situation bedeutet dies, dass seitens des Arbeitgebers geeignete Maßnahmen zum Schutz der MitarbeiterInnen zu treffen sind. Insbesondere besteht eine Verpflichtung, die Einhaltung des Mindestabstands zu gewährleisten und die geltenden Hygieneregeln umzusetzen und die dafür notwendigen Hygienemittel zur Verfügung zu stellen. Erst wenn alle diese Anforderungen am eigentlichen Arbeitsplatz nicht erfüllt werden können, resultiert hieraus mittelbar die Verpflichtung des Arbeitgebers, die betreffenden ArbeitnehmerInnen ins Home-Office zu schicken.

Ein Anspruch kann sich darüber hinaus aus einer individualvertraglichen Vereinbarung im Arbeitsvertrag oder aber kollektivrechtlich aus einer Betriebsvereinbarung oder einem

Tarifvertrag ergeben. Wenn sich ein Unternehmen dann dazu entschließt, seine Arbeitnehmer im Home-Office zu beschäftigen, sind zudem einige arbeits- sowie datenschutzrechtliche Voraussetzungen einzuhalten, die im Übrigen unabhängig von der Covid-19 Pandemie gelten.

Aus arbeitsrechtlicher Sicht ist insbesondere zu beachten, dass auch im Home-Office das Arbeitszeitgesetz (ArbZG) gilt. Es sind deshalb auch bei der Arbeit von zu Hause die Regelungen zu Höchstarbeitszeit, Ruhepausen und Ruhezeiten sowie das Verbot von Sonn- und Feiertagsarbeit einzuhalten. Der Arbeitgeber sollte den Arbeitnehmer auf die Einhaltung dieser Vorschriften hinweisen und dies entsprechend dokumentieren.

Ereignet sich im Home-Office ein Arbeitsunfall, tritt grundsätzlich die gesetzliche Unfallversicherung (des AG) ein. Erforderlich ist aber, dass sich der Arbeitsunfall in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der dienstlichen Tätigkeit ereignet haben muss. Das bedeutet, dass die Tätigkeit im Rahmen derer sich der Unfall ereignet hat, für die Verrichtung der konkreten Arbeitsleistung notwendig war. Verbrüht sich der Arbeitnehmer also beispielsweise beim Kaffeekochen, scheidet ein Arbeitsunfall aus. Knickt er dagegen auf dem Weg zum Drucker um, könnte hierin ein Arbeitsunfall zu sehen sein. Hierzu hat es bereits einige Urteile des Bundessozialgerichtes gegeben. Hiernach gelten beispielsweise die Wege zur Toilette oder zur Nahrungsaufnahme in der Küche als eigenwirtschaftliche Tätigkeiten und sind damit im Home-Office nicht versichert. Die konkrete Entscheidung hängt aber wie so oft von den Umständen des Einzelfalls ab. Selbstverständlich ist auch ein Arbeitsunfall, der sich im Home-Office ereignet hat, der BG zu melden.

Schließlich ist der Arbeitgeber im Rahmen der Einführung von Home-Office-Arbeitsplätzen nach § 90 Abs. 2 BetrVG verpflichtet, den Betriebsrat über die vorgesehenen Maßnahmen zu informieren. Ist zudem die Einführung und Anwendung technischer Einrichtungen im Home-Office geplant, die geeignet sind, Verhalten und Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen, hat der Betriebsrat hier sogar ein Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Arbeitsmittel wie Laptop, Monitore, Tastaturen, Drucker oder Smartphones sind vom Arbeitgeber zu stellen.

Auch die Kosten des Home-Office-Arbeitsplatzes sind vom Arbeitgeber zu tragen. Dies umfasst insbesondere die Kosten für die Telekommunikation sowie Strom- und Internetkosten. Tritt der Arbeitnehmer hier erst einmal in Vorkasse hat er gegen den Arbeitgeber einen entsprechenden Erstattungsanspruch für die getätigten erforderlichen Aufwendungen. Allerdings ist es zulässig, die Kosten des Home-Office über eine pauschale monatliche Zahlung abzugelten.

Sofern Arbeitnehmer im Rahmen ihrer Tätigkeit im Home-Office darüber hinaus mit personenbezogenen Daten in Berührung kommen, diese somit verarbeiten, sind sowohl

arbeitgeberseits als auch arbeitnehmerseits einige Schutzmaßnahmen zu ergreifen.

Hierzu gehören insbesondere die Nutzung eines separaten, abschließbaren Arbeitszimmers, die Trennung zwischen beruflichem und privatem Internetanschluss, die ausschließliche Verwendung passwortgeschützter oder anderweitig verschlüsselter Datenträger sowie die generelle Sorgsamkeit um einen unberechtigten Zugriff Dritter (auch Familienangehöriger) zu verhindern.

Das Ausdrucken von Dokumenten im Home-Office sollte wenn möglich vermieden bzw. zumindest deutlich beschränkt werden. Sofern Ausdrucke angefertigt werden sind diese unmittelbar nach Wegfall ihres Verwendungszwecks zu vernichten. Soweit die betreffenden Arbeitnehmer nicht über datenschutzkonforme Aktenvernichtungsgeräte verfügen, müssen Ausdrucke, die personenbezogene Daten beinhalten bei der nächstmöglichen Gelegenheit zur Vernichtung mit in den Betrieb gebracht werden.

Bei begründeten Bedenken hat der Arbeitgeber sogar das Recht, eine Überprüfung und Inaugenscheinnahme des häuslichen Arbeitsplatzes vorzunehmen.

Eine der wesentlichen Maßnahmen zur Begrenzung der datenschutzrechtlichen Risiken, die im Rahmen des Home-Office entstehen, stellt der Abschluss einer sogenannten Home-Office-Vereinbarung dar. Hierbei handelt es sich um eine Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag, über die eine Ergänzung der geltenden Datenschutzbestimmungen erfolgt.

Durch die Home-Office-Vereinbarung werden die Beschäftigten auf die Einhaltung spezifischer technischer und organisatorischer Sicherheitsmaßnahmen verpflichtet und entsprechend sensibilisiert.

**Fazit:** Neben den zahlreichen Vorteilen, die das Home-Office insbesondere für Arbeitnehmer mit sich bringt (z.B. Zeitersparnis, Flexibilität, Work-Life-Balance), birgt es aus rechtlicher Sicht einige Gefahren, die bereits im Vorfeld zu eruieren und durch entsprechende Home-Office-Leitlinien zu regeln sind.

## Webinar: „Modernisierung des Personengesellschaftsrechts und RA-GmbH & Co. KG“ Für Mitglieder des Saarländischen Anwaltvereins kostenlos!

Hubert BEECK | Rechtsanwalt | Homburg | Geschäftsführer Saarländischer Anwaltverein SAV

Wieder einmal hat der SAV gemeinsam mit der SAV Service GmbH für seine Mitglieder am 10. Februar 2021 ein kostenloses Webinar durchgeführt.

Eine Kurzfassung finden Sie in diesem Heft auf den Seiten 12 und 13. Nach der detaillierten – und wie nicht anders zu erwarten – kompetenten und kurzweiligen Einführung durch Herrn Kollegen Prof. Dr. Michael Martinek, begann der Referent, Herr Kollege Manuel Schauer, der neben seiner Tätigkeit als Justiziar der SHS – Stahl-Holding-Saar seit 2002 auch Lehrbeauftragter an der Universität des Saarlandes ist, wo er im Wintersemester 2020/2021 die Veranstaltung ‚Gesellschaftsrecht für Studierende der Wirtschaftswissenschaft‘ gehalten hat, seine Ausführungen mit den Worten:

„Sehr geehrter Herr Professor Martinek, ich könnte Ihnen noch stundenlang weiter zuhören.“

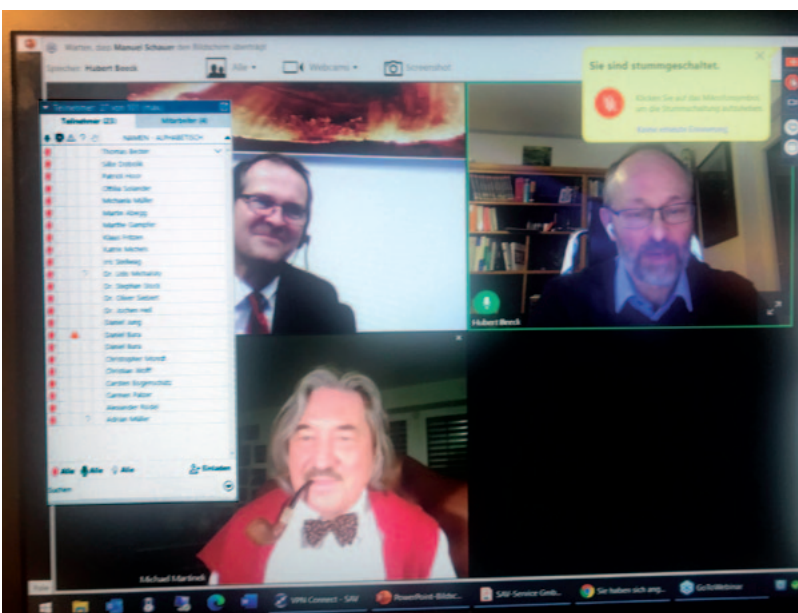
Denn es war schon beeindruckend, wie detailliert und sachkundig Prof. Dr. Martinek seinen Impulsvortrag den Zuhörern stehend freihändig zum Besten gab.

Kollege Schauer ließ sich aber davon nur inspirieren und führte umfassend und mit großer Detailkenntnis, gespickt mit zahlreichen Nachweisen, beginnend vom Ursprung und der historischen Entwicklung bis hin zum aktuellen Entwurf zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts die Kollegenschar nicht nur in die geplanten Möglichkeiten der zukünftigen Rechtsanwalts GmbH & Co. KG ein, sondern stellte auch die Inhalte der großen BRAO-Reform dar.

Aberundet wurde der Vortrag mit einer Fragerunde, in der die 27 Teilnehmer Fragen an den Referenten und Prof. Dr. Martinek stellen konnten, so dass die Möglichkeit bestand, ergänzende und vertiefende Einblicke zu erhalten.

Zum Abschluss dankte der Autor dem Kollegen Schauer für seine umfassende Darstellung und Prof. Dr. Martinek für seinen Impulsbeitrag und schloss mit der Hoffnung, dass von Seiten des SAV gemeinsam mit der SAV Service GmbH noch öfter die Gelegenheit geboten wird, für Mitglieder des SAV unentgeltliche Seminare und Vorträge anzubieten.

Vorschläge zu Themen oder Beiträge sind dabei jederzeit willkommen.



# Rechtsanwalts-GmbH & Co. KG in Sicht

Manuel SCHAUER | Rechtsanwalt | Justiziar Saarbrücken und Dillingen/Saar

## Status quo

Im Jahr 2009 hatte der Vorstoß einiger Rechtsanwälte, die Zulassung für eine Berufsausübungsgesellschaft in Form der GmbH & Co. KG zu beantragen, keinen Erfolg: Die Rechtsanwaltskammer lehnte die Zulassung ab. Der Bayerische Anwaltsgerichtshof (Urteil vom 15.11.2010) und der Senat für Anwaltssachen beim Bundesgerichtshof (Urteil vom 18.07.2011) bestätigten die ablehnende Entscheidung. Das Bundesverfassungsgericht fand drastische Worte, um die Erfolglosigkeit der Verfassungsbeschwerde zu begründen (Beschluss vom 06.12.2012). Dabei hatte der Gesetzgeber des Handelsrechtsreformgesetzes 1998 eine Abkehr von der handlungsgewerblichen Ausrichtung der Offenen Handelsgesellschaft (OHG) und der Kommanditgesellschaft (KG) eingeläutet, indem er deren Öffnung für Gesellschaften, die eigenes Vermögen verwalten, erlaubte (§ 105 Abs. 2 Satz 1 Alternative 2 HGB, ggf. i. V. m. § 161 Abs. 2 HGB). Aber es stimmt natürlich: Anwaltliche Berufsausübung ist nicht Verwaltung eigenen Vermögens, und Gewerbe ist es schon gar nicht. Den Antragstellern und späteren Beschwerdeführern half auch die Forderung nach einer Gleichbehandlung mit Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern nicht. Denn (nur) wegen spezieller Regelungen des Steuerberatergesetzes (§ 49 Abs. 2 StBerG) und der Wirtschaftsprüferordnung (§ 27 Abs. 2 WPO), die dem Handelsrecht als *leges speciales* vorgehen, werden Steuerberater- bzw. Wirtschaftsprüfer-Gesellschaften in der Rechtsform der OHG und der KG als zulässig erachtet – jedenfalls sofern sie die dort genannten Voraussetzungen (Treuhandtätigkeit) einhalten.

Der für das Gesellschaftsrecht zuständige 2. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat die Zulässigkeit einer Steuerberatungs-KG 2014 bestätigt und in wohlgesetzten Worten Kritik an der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts geäußert (Beschluss vom 15.07.2014). Aber die Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) kennt eine solche spezielle, dem Handelsrecht insoweit vorgehende Vorschrift nicht.

## „Große BRAO-Reform“

Dies soll sich ändern. Die Bundesregierung hat den Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften sowie zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe auf den parlamentarischen Weg gebracht (Bundesrat-Drucksache 55/21 vom 22.01.2021). Dieser sieht folgende Fassung des § 59b Abs. 2 Nr. 1 BRAO vor: „Für Berufsausübungsgesellschaften zulässige Rechtsformen sind: Gesellschaften nach deutschem Recht einschließlich der Handelsgesellschaften.“ Damit ist der Weg frei für die Rechtsanwalts-OHG und die Rechtsanwalts-KG.

Die Beliebtheit der KG in Deutschland – zu Beginn des Jahres 2020 sind 278 490 Kommanditgesellschaften in den Handelsregistern eingetragen (Kornblum, GmbHR 2020, 677) – rührt daher, dass seit dem Jahr 1922 die Komplementärfähigkeit der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) anerkannt ist (Reichsgericht, Beschluss vom 04.07.1922): Eine juristische Person kann persönlich haftende Gesellschafterin (Komplementärin) einer KG sein. In Betracht kommen neben der GmbH die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) und die Aktiengesellschaft (AG) sowie weitere Kapitalgesellschaften. Der Hinweis „& Co.“ – „Co.“ steht für Compagnie – zeigt dem Rechtsverkehr an, dass der Komplementär keine natürliche Person ist; neben dem Vermögen der KG steht den Gläubigern der KG (nur) das Vermögen einer Kapitalgesellschaft als Haftungsmasse zur Verfügung (§ 161 Abs. 2 HGB i. V. m. § 128 HGB). Der Gesetzgeber berücksichtigt auch diesen, in Kreisen des Deutschen Anwaltvereins (DAV) artikulierten Wunsch, indem er vorschlägt, § 59i Absatz 1 Satz 1 BRAO-Entwurf künftig wie folgt zu formulieren: „Zugelassene Berufsausübungsgesellschaften können Gesellschafter einer Berufsausübungsgesellschaft sein.“ Mit der Zulassung mehrstufiger („mehrstöckiger“) Berufsausübungsgesellschaften

# Bundesrat

Drucksache

**55/21**

22.01.21

R - Fz

## Gesetzentwurf der Bundesregierung

### Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften sowie zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe

#### A. Problem und Ziel

Im Bereich des anwaltlichen Gesellschaftsrechts besteht Handlungsbedarf, da das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) die Regelungen zum zulässigen Gesellschafterkreis und den Mehrheitserfordernissen in interprofessionellen Berufsausübungsgesellschaften unter Beteiligung von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten für teilweise verfassungswidrig erklärt hat (Beschluss vom 14.1.2014 – 1 BvR 2998/11, 1 BvR 236/12, sowie Beschluss vom 12.1.2016 – 1 BvL 6/13; 1 BvR 2998/11, 1 BvR 236/12). Da sich teilweise parallele

wird – so die Begründung des Gesetzesentwurfs (S. 226) – eine Voraussetzung für die Rechtsanwalts-GmbH & Co. KG erfüllt: Eine Anwalts-Komplementär-GmbH kann (persönlich haftende) Gesellschafterin einer Anwalts-Kommanditgesellschaft sein.

#### Modernisierung des Personengesellschaftsrechts

Aber der Gesetzgeber will nicht nur die BRAO, sondern auch das im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB), Partnerschaftsgesellschaftsgesetz (PartGG) und Handelsgesetzbuch (HGB) geregelte Recht der Personengesellschaften ändern. Die Bundesregierung hat den Entwurf des Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) dem Bundesrat zugeleitet (Bundesrat-Drucksache 59/21 vom 22.01.2021). Der Entwurf sieht die Öffnung der Personenhandelsgesellschaften für die Berufsausübung von Freiberuflern vor. Künftig soll auch eine „Gesellschaft, deren Zweck die gemeinsame Ausübung freier Berufe durch ihre Gesellschafter ist“, OHG sein können, „soweit das anwendbare Berufsrecht die Eintragung zulässt“ (§ 107 Abs. 1 Satz 2 HGB-Entwurf). Aufgrund der Verweisung des § 161 Abs. 2 HGB wird auch die Kommanditgesellschaft Freiberuflern offen stehen. Vorgeschlagen wird sogar eine Regelung für die „Einheits-GmbH & Co. KG“, bei der die Kommanditgesellschaft sämtliche Geschäftsanteile der Komplementär-GmbH hält: Die Rechte in der Gesellschafterversammlung der Komplementär-GmbH werden nicht durch den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH, sondern durch den oder die Kommanditisten wahrgenommen (§ 170 Abs. 2 HGB-Entwurf).

#### Rechtsanwalts-GmbH & Co. KG in zwei Ausprägungen

Wenn der Gesetzgeber die beiden Gesetzesentwürfe beschließt, wird es zwei Möglichkeiten für den Rechtsanwalt oder die Rechtsanwältin geben, die ihren Beruf ohne Sozia oder Sozius ausüben möchten, ohne mit ihrem persönlichen Vermögen haften zu müssen: die „personengleiche“ GmbH & Co. KG und die Einheits-GmbH & Co. KG. Im ersten Fall ist R die einzige Kommanditistin und hält zudem sämtliche Geschäftsanteile der Komplementär-GmbH; als deren Gesellschafterin entscheidet sie über ihre Bestellung zur Geschäftsführerin. Im zweiten Fall ist R der einzige Kommanditist der Kommanditgesellschaft, die sämtliche Anteile der Komplementär-GmbH hält; als Kommanditist beschließt R über seine Bestellung zum Geschäftsführer der Komplementär-GmbH.

*Manuel Schauer*

# Anforderung an die Einreichung von Schriftsätzen mittels einfacher Signatur

Lisa-Kathrin HELD | Rechtsanwältin | Fachanwältin für Miet- und Wohneigentumsrecht | Saarbrücken

Anforderung an die Einreichung von Schriftsätzen mittels einfacher Signatur – den Namen unter dem Schriftsatz nicht vergessen!

Gemäß § 130a Abs. 3 Satz 1, 2. Alt. ZPO kann ein Schriftsatz auch mit lediglich einfacher Signatur eingereicht werden. Voraussetzung ist jedoch, dass das Dokument in diesem Fall von der verantwortenden Person selbst auf sicherem Übermittlungsweg versandt wird. Welche Voraussetzungen an die einfache Signatur gestellt werden, hat das BAG in einem Beschluss vom 14.09.2020 – Az. 5 AZB 23/20 klargestellt.

Hintergrund der Entscheidung war, dass durch einen Rechtsanwalt eine Berufungsschrift per beA mit einfacher elektronischer Signatur eingereicht worden war. Die Berufungsschrift war dabei zwar mit Briefkopf des bevollmächtigten Anwalts eingereicht worden, enthielt aber am Ende nur die Bezeichnung „Rechtsanwalt“. Der Name des Anwalts, der die Berufungsschrift eingereicht hatte, war in dem Schriftsatz nicht aufgeführt. Das Gericht wies auf Bedenken gegen die formgerechte Einreichung der Berufungsschrift hin. Ein Antrag des Rechtsanwalts auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand scheiterte und die Berufung wurde als unzulässig zurückgewiesen. Zur Begründung führte das Landesarbeitsgericht aus, dass es an den Anforderungen einer einfachen Signatur fehle, da der Schriftsatz nicht mit dem Namenszug des Anwalts versehen war.

Diese Anforderung an die einfache Signatur hat das BAG bestätigt und ausgeführt, dass die einfache Signatur die Wiedergabe des Namens am Ende des Textes meint. Der Name kann durch maschinenschriftlichen Namenszug oder durch eingescannte Unterschrift dargestellt werden. Nicht erforderlich ist die Angabe des Vornamens oder der Berufsbezeichnung.

*„Die Signatur soll sicherstellen, dass die von dem sicheren Übermittlungsweg ausgewiesene Person mit der Person identisch ist, welche mit der wiedergegebenen Unterschrift die inhaltliche Verantwortung für das elektronische Dokument übernimmt. Fehlt es an dieser Identität, ist das Dokument nicht ordnungsgemäß eingereicht.“*

Die Einreichung mittels einfacher Signatur ist gleichwertig zum Versand mittels elektronischer Signatur, die letztlich die eigenhändige Unterschrift ersetzt. Es soll die Identifizierung des Urhebers der schriftlichen Prozesshandlung ermöglicht werden und dessen unbedingter Wille, die volle Verantwortung für den Inhalt des Schriftsatzes zu übernehmen. Das Fehlen des Namenszugs ist nur dann ausnahmsweise entbehrlich, wenn aufgrund der Begleitumstände zweifelsfrei feststeht, dass der/die Prozessbevollmächtigte die Verantwortung für den Inhalt des Schriftsatzes übernommen hat. Weder die Verwendung des Briefbogens noch ein anwaltliches Kürzel bei dem Aktenzeichen der Kanzlei reichen hierfür aus.

Auch ein Wiedereinsetzungsantrag in den vorigen Stand scheitert in der Regel. Die fehlerhafte Einreichung ist nach den Ausführungen des BAG nicht unverschuldet. Der Rechtsanwalt muss die Gesetze kennen. Eine irriige Auslegung des Verfahrensrechts kommt nur dann als Entschuldigungsgrund in Betracht, wenn der Rechtsanwalt die volle von ihm zu fordernde Sorgfalt aufgewendet hat, um zu einer richtigen Rechtsauffassung zu gelangen. Hierbei wird ein strenger Maßstab angelegt. Die Verkennung und Nichteinhaltung der Anforderungen einer einfachen Signatur ist danach nicht unverschuldet.

(Im vom BAG entschiedenen Fall hatte der Bevollmächtigte lediglich Glück, da der Anspruch auf ein faires Verfahren von dem Landgericht verletzt worden war.)

## Unbefriedigende Personalsituation an den saarländischen Gerichten

*Katrin SCHMIDBAUER | RAin | FAin Familienrecht | Saarbrücken  
Beisitzerin SAV e.V.*

Der Prozessbevollmächtigte hatte die Berufungsschrift so rechtzeitig vor Ablauf der Frist eingereicht, dass bei einem in angemessener Zeit durch das Landgericht erteilten Hinweis die Berufungsschrift nochmals in ordnungsgemäßer Form vor Ablauf der Notfrist hätte eingereicht werden können. Hierdurch hatte das Landesarbeitsgericht nach Auffassung des BAG die gerichtliche Fürsorgepflicht verletzt. Da die Fristen aber im Arbeitsalltag meist ausgereizt werden, kann sich der Prozessbevollmächtigte in der Regel hierauf nicht berufen.)

Es gilt also Sorgfalt bei der Einreichung von Schriftsätzen und die Kontrolle vor eigenständiger Absendung, ob der Name des Absenders am Ende des Textes wiedergegeben ist!

Am 26. Januar 2021 trafen sich Mitglieder des Vorstands des Saarländischen Anwaltvereins sowie Mitglieder des Vorstands der Rechtsanwaltskammer des Saarlandes mit dem Vorsitzenden des Saarländischen Richterbundes, Herrn Dr. Dornis, zu einem Austausch über die aktuelle unzureichende Personalsituation an den saarländischen Gerichten. Hierbei wurde deutlich, dass sowohl die Richterschaft als auch die Anwaltschaft durch die aktuelle Situation stark belastet ist. Insbesondere die unzureichende Besetzung der Geschäftsstellen, aber auch fehlende RechtspflegerInnen, RichterInnen und StaatsanwältInnen führen zu massiven Einschränkungen unserer beruflichen Tätigkeit in vielerlei Hinsicht.

Wenn gleichwohl bedauerlicherweise eine schnelle Lösung nicht in Sicht ist, so soll doch ein fortgesetzter enger Austausch zwischen dem Saarländischen Richterbund, dem Saarländischen Anwaltverein sowie der Rechtsanwaltskammer des Saarlandes zu diesem Thema bestehen bleiben. Insbesondere soll versucht werden, besonders gravierende Missstände an einzelnen Gerichten durch unmittelbare Kontaktaufnahme und Einzelgespräche seitens des Richterbundes einer Klärung zuzuführen.

**Sollten Sie, liebe Mitglieder des Saarländischen Anwaltvereins, solche aus Ihrer Sicht besonders schwerwiegenden Missstände im Zusammenhang mit der Personalausstattung an einzelnen saarländischen Gerichten erleben, so teilen Sie uns diese gerne mit! Wir werden diese Beschwerden sammeln und sodann gegebenenfalls mit der Bitte um Klärung an den Saarländischen Richterbund weiterleiten.**

# Grundrechte unter Impfvorbehalt?\*

Prof. Dr. Roland RIXECKER | Präsident des Verfassungsgerichtshofs des Saarlandes

## 1. Schnelltests für den föderalen Verfassungsstaat

Mancher, der sich bemüht, junge Menschen mit dem Grundgesetz (und anderen lesenswerten Texten) vertraut zu machen, begegnet in den Zeiten der Pandemie gewissen Herausforderungen. Stellen wir ein paar Testfragen: Bedarf die Grundrechtsausübung eines triftigen (zu belegenden) Grundes (oder doch im Gegenteil die Grundrechtsbeschränkung)? Ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip eine Eingriffsermächtigung (oder doch im Gegenteil eine Eingriffsbegrenzung)? Steht der „Parlamentsvorbehalt“ unter dem Vorbehalt „Not kennt kein Gebot“ (anders gewendet – „Der Ausnahmefall offenbart das Wesen der staatlichen Autorität“ – Carl Schmitt 1923)? Beklagen Politiker des Bundes zu Recht das allwöchentliche Scheitern der Versuche einer föderalen Koordinierung des Anti-Corona-Kampfes (oder könnte der Bund nicht von Verfassungen wegen alles auch alleine regeln?). Ist das, was sich da bunt und intransparent trifft und das Raunen der Medien auslöst, ein Gremium, das das Verfassungsrecht unberührt lassen darf? Und sollten wir nicht ganz vorsichtig sein, wenn wir auch nur sprachlich Menschen als systemrelevant oder nicht systemrelevant zu identifizieren versuchen?

Nun ist Kritik wohlfeil, wenn man selbst nicht die Verantwortung tragen muss: Die deutschen Exekutiven haben in der katastrophischen Lage, die Sars-Cov-2 verursacht hat, großen Respekt Verdienendes geleistet. (Man darf sie da mehr in Schutz nehmen als Frau Kyriakidis sich selbst, wenn sie so lieb formuliert: Wir haben nicht nur Fehler gemacht). Wenn Regierende dem Schutz vor Tod und Siechtum in der Abwägung mit einer zeitlich begrenzten Aussetzung von Freiheitsrechten ein ganz hohes Gewicht beimessen, ist das in keiner Weise verwerflich (wenn auch begleitender Rechtfertigungskontrolle bedürftig). Und wenn trotz der Unsicherheit tatsächlicher Entwicklungen Entscheidungen zu treffen sind, darf man die Nase nicht besserwischer rümpfen (was nicht ausschließt, dem administrativen Handwerk von Verordnern die Wiedergewinnung mancher goldener Fertigkeiten zu wünschen).

\* Der vorliegende Text stellt keine wissenschaftliche juristische Abhandlung, sondern einen offenen, blogartigen Debattenbeitrag dar.

## 2. Regeln für die „Impfstrategie“

Mit dem Zerbröseln des Lockdown geraten zunehmend „Regeln“ in das Blickfeld, die noch kaum Gegenstand vertiefter juristischer Betrachtung waren, jene, die die immunologische Fahrt zum Licht am Ende des Tunnels, die „Impfstrategie“, begleiten. Ob die Impfverordnung mit ihren menschlich gut verständlichen (aber nicht unfehlbaren und offenbar außergewöhnlich wandlungsfähigen) Priorisierungen von Impfberechtigungen auf einer ausreichenden gesetzlichen Ermächtigung beruht, darf nicht nur bei der Lektüre ihrer angeblichen gesetzlichen Grundlagen bezweifelt werden, sondern vor allem, wenn man sich fragt: Was kann eigentlich grundrechtsrelevanter (und damit Aufgabe des Parlaments und nicht des Ethikrates, der Ständigen Impfkommission oder des Bundesgesundheitsministers) sein, als die Verteilung von Lebens-, Gesundheits- und Freiheitschancen durch Impfangebote? Und was, saarländisch gewendet, die rechtlichen Grundlagen, Befugnisse und Verfahrensweisen einer Kommission sein sollen, die, in der Sache einleuchtend aber intransparent und rechtsstaatlich schwer erträglich, „Härtefallentscheidungen“ vorbereitet (oder faktisch trifft), darf Kopfzerbrechen bereiten.

## 3. „Privilegien“ und „Sonderrechte“?

Im Mittelpunkt der Abwägungen des Frühsommers wird die Frage stehen: Darf es „Privilegien“ oder „Sonderrechte“ für Geimpfte geben? Geschenk: Grundrechte sind keine Privilegien oder Sonderrechte, die Namengebung dient, soweit sie nicht doch autoritäres Denken verrät, der plaka-

tiven Zuspitzung. Müssen Menschen, die geimpft sind, weiterhin Freiheitsbeschränkungen hinnehmen, wenigstens solange nicht jedefrau und jedermann ein Impfangebot (gar eines ihnen vertrauenswürdig erscheinenden Vakzins?) erhalten haben?

Manchmal dienen starke Worte dazu, weniger starke Argumente zu tarnen. Häufig zeigen sie, dass die Antworten, die sie färben, Empfindlichkeiten und Unwägbarkeiten berühren. So ist es, wenn namhafte Verfassungsblogs die Ablehnung von „Sonderrechten für Geimpfte“ als „kollektive Selbstkasteiung“ oder „Steinzeitkommunismus“ (eines nicht gerade des Leninismus/Stalinismus verdächtigen Politikers) geißeln. Schauen wir uns das Problem aber nüchtern an und zerlegen es, wie es JuristInnen gewohnt sind, in seine Teile.

Wenn die Pandemie – unterstellen wir das einmal – Grundrechtsbeschränkungen rechtfertigt, weil sie auf der Grundlage einer weiten Einschätzungsprärogative, die der unsicheren Faktenlage und dem hohen Rang der zu schützenden Rechtsgüter geschuldet ist, föderal differenziert (in Berlin gelten beispielsweise Buchhandlungen als nicht so gefährlich (!) und sind daher geöffnet) als geeignet, erforderlich und angemessen erscheinen: Entfällt diese Rechtfertigung nicht, sobald ein potenzieller Virusverbreiter oder Virusempfänger mit einem hochwahrscheinlich wirksamen Stoff geimpft ist? Die Antwort wird mit dem zunehmenden Voranschleichen des Impfangebots dringlicher.

Dass Grundrechte von Menschen, die selbst weder gefährdet sind noch andere gefährden, nicht wegen der von anderen ausgehenden oder drohenden Gefahren für Dritte beschnitten werden dürfen, klingt nicht nur, sondern ist selbstverständlich. „Solidarität“ ist eine schöne, wenn auch nicht allzu häufige Tugend, sie ist aber keine Rechtfertigung für die Beschränkung von Freiheiten. Man, auch der Autor, mag sich bislang der Antwort angesichts der Knappheit des Guts Impfstoff und des Fehlens von Erkenntnissen über seinen Einfluss auf die Infektiosität von Geimpften einer Stellungnahme durch Flucht in die Bezeichnung „Gespensterdebatte“ entzogen haben. Aber, redlicherweise: Darf nicht schon der erste geimpfte 100jährige, der aus dem Fenster steigen will, um eine Diskothek aufzusuchen (oder, weil die geschlossen ist, seine aus zahlreichen Haushalten bestehende Großfamilie), fordern: Me not?

#### 4. Unterscheidungen

Solange die Impfung Ansteckungsgefahren für Andere nicht hochwahrscheinlich ausschließt oder nennenswert verringert, dürfen auch Geimpfte Grundrechtseinschränkungen – vorausgesetzt natürlich, sie sind als solche verfassungsgemäß

(wozu im Übrigen auch eine gewisse Kohärenz zählen muss, für die trotz Werbeverboten hier geworben werden darf) – grundsätzlich unterworfen bleiben. Aber was gilt im umgekehrten Fall, wenn nachgewiesen wird, dass das aufgeschnappte Virus von einem Geimpften (niesend oder ausatmend) voraussichtlich nicht mehr übertragen werden kann, oder, vor allem, wenn die Übertragung nur zu deutlich geringeren gesundheitlichen Risiken bei Angesteckten führen mag, die sich nicht mehr von den Risiken eines wenn auch heftigen grippalen Infekts, dem allgemeinen Lebensrisiko also, unterscheiden?

#### 5. Faktischer Impfwang?

Ein start-up (nur) für Geimpfte würde, so sagen seine Verächter, einen faktischen Impfwang bedeuten. Dass es keinen Impfwang gebe, sei aber versprochen worden. Das Argument taugt verfassungsrechtlich gar nichts. Politische Versprechen rechtfertigen keine Grundrechtsbeschränkungen. Es trüge nur, wenn auch ein normativer Impfwang verfassungsrechtlicher Abscheu begegnen würde. Gesetzliche Impfverpflichtungen sind aber nicht nur in vielen (freiheitlichen) europäischen Staaten bekannt, sondern – seit 1807 – auch in Deutschland. Ihre verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit – bei entsprechenden Ausnahmen für Risikopersonen und selbstverständlich dem (nach menschlichem Ermessen anzunehmenden) Ausschluss ins Gewicht fallender Neben- und Folgewirkungen – hat zumindest das Bundesverwaltungsgericht schon 1959 angenommen. Allerdings ist auch insoweit Kohärenz geboten: Wenn der Staat von einer Impfverpflichtung absieht, dann darf er, um seine Politik durchzusetzen, spätestens dann, wenn allen ein Impfangebot gemacht werden kann, demjenigen keine grundrechtlichen Nachteile auferlegen, der von der Möglichkeit der Immunisierung in freier Selbstverantwortung keinen Gebrauch machen will. Und naturgemäß darf er auch Menschen, die aus zwingenden,

von ihrer Konstitution gebotenen Gründen nicht geimpft werden können, nicht von der Wahrnehmung grundrechtlicher Freiheiten ausschließen.

## 6. Private Differenzierungen

Die Privatautonomie betrachten manche zuweilen als eine Art Schmuddelkind des Rechts. Aber sie gehört nun einmal mit guten Gründen zu den Freiheiten, die wir alle genießen. Sie erlaubt (außerhalb der Grenzen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes) Willkür: Wir müssen, rechtlich, unsere Zuwendung oder Ablehnung Anderer nicht dem Gleichheitssatz unterwerfen und Unterscheidungen tragfähig begründen. Private Unternehmen, die den Zugang zu ihren Leistungen – Gastronomie oder Unterhaltung – von dem Nachweis einer Impfung abhängig machen, dürfen das. Sie trifft grundsätzlich kein Kontrahierungszwang. Die Forderung, der Staat müsse eine solche Differenzierung verbieten, verlangt daher nichts anderes als ihrerseits Grundrechte aus nicht tragfähigen Gründen einzuschränken. Und sie stellt gleichsam den Impfstatus auf dasselbe Podest wie Herkunft, Glaube oder Geschlecht. Das steht ihm nicht zu.

Das ist natürlich anders, wenn Private Leistungen der Daseinsvorsorge anbieten, auf die jede Person angewiesen ist (was bislang unter anderem den Besuch von Fußballspielen betraf, also eine ernste Sache). In diesem Bereich dürfen Einzelne nicht sachwidrig ausgegrenzt werden. Insoweit stellt sich nicht nur die Frage, für welche privaten Leistungen das Grundrecht auf Gleichbehandlung mittelbar wirkt, sondern vor allem: Ist der Impfschutz, der kein unverfügbares und damit differenzierungsadverses Merkmal wie Hautfarbe oder sexuelle Identität ist, ein sachliches Unterscheidungskriterium? Das ist von Vielem abhängig: Welche belastbar festzustellenden Gefahren gehen von Ungeimpften noch aus, wenn das Gros der Menschen geimpft ist und (!), kann ihnen nicht mit dem milderer Mittel der Vorlage eines verlässlichen Testzeugnisses gleich oder ähnlich wirksam begegnet werden? Dafür spricht viel.

## 7. Solidarität oder Neid?

Mehr moralisch erwägenswert als rechtlich auf Anhieb überzeugend wird gesagt, solange es an einem Impfangebot für alle fehle, dürfe es keine glücklich Besitzenden geben. Wenn einige leiden müssen, müssten alle solidarisch leiden. Das liegt in dieser Grundsätzlichkeit natürlich fern. Aber im konkreten Fall besteht dennoch ein Problem: Der Zugang zu Impfstoffen ist staatlich monopolisiert. Das führt zu einem Anspruch auf Teilhabe. Kann er aus Gründen, die der Einzelne nicht beeinflussen kann, nicht erfüllt werden, wird aus

den dadurch abgeleiteten Nachteilen ein Akzeptanzproblem: Darf der Staat, solange er mir keine Impfung anbieten kann, mir Freiheiten versagen, die er denen, denen er Leistungen erbracht hat, (wieder) einräumt? Anschaulich: Ich „kann doch nichts dafür“, dass ich nur nachrangig impfberechtigt bin? Stellt es nicht gar eine (mittelbare) Altersdiskriminierung dar, wenn die Grundrechte eines jungen Menschen, ohne dass er dafür Verantwortung trüge, beschränkt werden, jene Älterer nicht?

Manche Verfassungsjuristen verwerfen das Argument und vergleichen es mit den Rechtsproblemen der Studienplatzvergabe: Dass nicht alle einen Studienplatz erhalten können, heiße doch nicht, dass niemand ihn bekommen dürfe. Das ist ein schiefer Vergleich, weil ausschließlich das Angebot eines Gutes mit der Nachfrage nach ihm verglichen werden. Im Impffall verfügt der Staat aber nicht nur über das Monopol der Impfstoffverteilung, sondern zugleich über die Hoheit zur Grundrechtsbeschränkung. Das erfordert eine komplexere Wertung.

## 8. Hilfe durch Folgenbetrachtungen?

Die Tragfähigkeit von Argumenten kann sich zeigen, wenn man nach ihren Konsequenzen fragt. Wer juristisch eindrucksvoll feststellt, die Grundrechtsbeschränkung dürfe ihre Rechtfertigung nicht überleben, sie sei also – für jeden Menschen – mit einer wirksamen, Fremdinfectionsschutz vermittelnden Impfung zu beenden, muss sich der klassischen Frage widmen: Ab wann soll das gelten? Und an sich eine klassisch gewordene Antwort geben: „Das tritt nach meiner Kenntnis, ist das, sofort, unverzüglich.“ Das vertritt aber, soweit ersichtlich, bislang niemand. Dass keine Juristin und kein Jurist etwas vertritt, ist zwar bemerkenswert, jedoch noch weniger ein Argument als die Berufung auf eine herrschende Meinung.

Oder: Was gilt eigentlich, wenn manche das Angebot einer Impfung mit einem ins Gerede gekommenen Vakzin (wenn auch

objektiv vielleicht nicht gerechtfertigt aber subjektiv nicht ganz unverständlich) ablehnen, ein anderes aber längerfristig nicht ausreichend verfügbar ist? Darf dieser Versuch eines, wie formuliert worden ist, „Wunschkonzerts“ geahndet werden: selbstgewollt ungeimpft, also zu Recht selbstgewollt weiter unfrei? Hieße das nicht nur einen faktischen Impfwang, sondern gar einen Impfstoffzwang zu implementieren? Freiheit ist aber auch die Freiheit, nachteilsfrei anders geimpft werden zu wollen.

### 9. Stabilisierung des Regelrespekts?

Im Kern geht es verfassungsrechtlich um die komplexe Frage, ob es wichtige Gründe gibt, die Freiheitsrechte derjenigen einzuschränken, die vorerst kein Impfangebot erhalten können. Das dürfen – wenn eine Infektiosität auszuschließen oder sie nur von geringerer Gefährlichkeit ist – nicht dieselben (gesundheitlichen) Gründe sein, die die Freiheitseinschränkung derzeit rechtfertigen; sie sind dann schlicht weggefallen. Also fragt sich, ob es andere, eine temporäre Fortdauer der Freiheitsbeschränkung legitimierende, sich in der Abwägung (zeitweise) durchsetzende Gründe gibt.

Entwickeln wir – rein hypothetisch – ein Szenario, das in Sachen Freiheit zwischen relativ wenigen Geimpften und relativ vielen gegen ihren Willen Ungeimpften unterscheidet. Letztere, vermutlich meist Jüngere, werden sich fragen, warum sie, die doch seltener und in das Gesundheitssystem geringer belastendem Maße vulnerabel sind, weiterhin Beschränkungen unterworfen werden, die die eigentlichen Schutzzielgruppen nicht mehr treffen. Liegt dann nicht das Risiko nahe, dass die Bereitschaft Regeln zu befolgen, nachhaltig sinkt? Sind nicht „Impfdrängler“ und die zunehmend heftigere, politisch und rechtlich aus dem Ruder laufende Konkurrenz um Priorisierungen Menetekel? Werden nicht nur Missgunst und Neid befördert, sondern vielleicht auch das fragiler werdende Vertrauen in die „gefühlte Gerechtigkeit“ der Verordnungsrepublik gefährdet? Ist der regelbefolgebasierte Rechtsfriede ein verfassungsrechtlich relevantes Schutzgut (oder nur ein moralisches Postulat), und gibt es belastbare Annahmen seiner Erschütterung bei „Sonderrechten“? Das sind meines Erachtens bedenkenswerte Fragen, aber leider noch keine Antworten. Insoweit kann derzeit nur eine Näherung angeboten werden: Je größer die Gruppe der Geimpften ist und je geringer das Vulnerabilitätsrisiko der verbleibenden Ungeimpften, desto schwerer fällt – zugunsten des „Privilegs“ – die Möglichkeit des Einsatzes „milderer Mittel“ ins Gewicht, hygienischer Vorsorge also. Manchmal ist man froh, Fragen nicht abschließend beantworten zu müssen.

Die Debatte erlaubt aber immerhin, den eingangs erwähnten mutmaßlichen Verfassungsinteressenten zu erklären: Virologen, Epidemiologen und politisch Verantwortliche können ein wenig zaubern: beispielsweise aus einer 50 eine 35 (oder eine 10 oder 0) machen oder das gleich wieder revidieren, die Zahl der Neuinfektionen im Zeitablauf vergleichen, ohne sie erkennbar in Bezug zur jeweiligen Zahl der Testungen zu setzen. Juristen und Juristinnen können das eigentlich auch, zaubern, und müssen daher von Berufs wegen daran erinnern: Verfassungsrecht ist keine Mathematik. Mit seinem verfassungsrechtlichen Gewissen darf man ruhig auch einmal hadern oder auf die philosophische Erkenntnis des Bundesgesundheitsministers – und damit jedenfalls hat er uneingeschränkt Recht – verweisen: „In dieser Pandemie gibt es keine absoluten Wahrheiten“.



*Prof. Dr. Roland Rixecker*

# SARS-CoV-2: Impfstatusrelevante Befugnisse des Arbeitgebers

Prof. Dr. Winfried BOECKEN, LL.M (EHI Florenz)\*

## I. Ausgangspunkt

Im Zusammenhang mit der Entwicklung und inzwischen erfolgten Zulassung erster Impfstoffe zum Schutz gegen das Coronavirus SARS-CoV-2<sup>1</sup> ist vom Bundesministerium für Gesundheit auf parlamentsgesetzlicher Grundlage<sup>2</sup> die Coronavirus-Impfverordnung (CoronaImpfV) erlassen worden<sup>3</sup> und am 8. Februar 2021 in Kraft getreten.<sup>4</sup> Diese Verordnung regelt in ihren Kernvorschriften der §§ 1 bis 4 für die in § 1 Abs. 1 CoronaImpfV genannten Personen einen Anspruch auf Schutzimpfung gegen das Coronavirus und bestimmt in den Vorschriften der §§ 2 bis 4 CoronaImpfV bezogen auf die zeitliche Reihenfolge der Impfungen, welche Personen auf welcher Prioritätsstufe Anspruch auf die Schutzimpfung haben.<sup>5</sup> Mit der Regelung lediglich eines Anspruchs auf Schutzimpfung gegen das Coronavirus, die mit der „STIKO-Empfehlung zur COVID-19-Impfung“ der Ständigen Impfkommission am RKI vom 29. Januar 2021<sup>6</sup> im Einklang steht, hat der Verordnungsgeber nicht von der in § 20 Abs. 6 Satz 1 IfSG enthaltenen gesetzlichen Ermächtigung zur Einführung einer Impfpflicht Gebrauch gemacht. Ausgehend von den in dieser Vorschrift niedergelegten Voraussetzungen wäre auch die Anordnung eines Impfwangs zur Bekämpfung der Coronapandemie zulässig gewesen.

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Konstanz.

1 | Siehe hierzu Robert Koch Institut (RKI), *Epidemiologisches Bulletin* 5/2021, 10.

2 | § 20i Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 lit. a) und Nr. 2, Sätze 3, 7, 8, 10 und 11 SGB V und § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 lit. c) und f) iVm Abs. 3 Satz 3 IfSG.

3 | *Verordnung zum Anspruch auf Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 (Coronavirus-Impfverordnung – CoronaImpfV) vom 8.2.2021, BAnz AT 08.02.2021 VI.*

4 | Siehe § 15 Satz 1 CoronaImpfV; die Coronavirus-Impfverordnung vom 18.12.2020 (BAnz AT 21.12.2020 V3) ist mit Ablauf des 7.2.2021 außer Kraft getreten, siehe Art. 15 Satz 2 CoronaImpfV.

5 | Weitere Regelungen der CoronaImpfV betreffen unter anderem Folge- und Auffrischimpfungen (§ 5), Leistungserbringung und Impfsurveillance (§§ 6 f.), Terminvergabe (§ 8) sowie Vergütungs- und Finanzierungsfragen (§§ 9 ff.).

6 | Siehe RKI, *Epidemiologisches Bulletin* 5/2021, 3.

Die gesetzliche bzw. untergesetzliche Normierung lediglich eines Anspruchs auf Schutzimpfung statt eines öffentlich-rechtlich geregelten Impfwangs<sup>7</sup> hat auf dem Gebiet des Privatrechts eine Diskussion darüber ausgelöst, in wie weit bei der Begründung von privatrechtlichen Beziehungen wie auch innerhalb bestehender Privatrechtsbeziehungen differenzierend an den Impfstatus angeknüpft werden kann. Entsprechende Diskussionen finden sich etwa in den Bereichen Verkehr, Tourismus, Event-Veranstaltungen, zunehmend aber auch bezogen auf die Arbeitswelt. Die arbeitsrechtliche Diskussion beschäftigt sich unter anderem mit dem Thema, ob den Arbeitgebern im Verhältnis zu ihren Arbeitnehmern impfstatusrelevante Befugnisse zustehen.<sup>8</sup> Insoweit sollen im Folgenden verschiedene Fragen angesprochen werden. Zunächst wird darauf eingegangen, ob der Arbeitgeber die Inanspruchnahme einer Schutzimpfung gegen das Coronavirus anordnen kann. Sodann wird untersucht, ob dem Arbeitgeber das Recht zusteht, Arbeitnehmer bei fehlender Schutzimpfung von der Erbringung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung freizustellen. Des Weiteren wird die Frage eines arbeitgeberseitigen Anspruchs auf

7 | Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines durch Gesetz vorgeschriebenen Impfwangs siehe BGH, 25.1.1952, VRG 5/51, juris Rn. 4 ff.; BVerwG, 14.7.1959, I C 170.56, juris Rn. 18.

8 | Siehe hierzu wie auch zum Teil zu anderen (arbeits)rechtlichen Fragen etwa Thüsing/Bleckmann/Rombey, COVuR 2021, 66 ff.; Naber/Schulte, NZA 2021, 81 ff.; Stück, CCZ 2020, 205 ff.; ders., GmbHR 2020, 631 ff.; Wittek, ArbR – Aktuell 2021, 61 ff.; siehe aus der älteren Literatur zu arbeitsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit Pandemien zB Schmidt/Novara, DB 2009, 1817 ff.; Klimpe-Auerbach, AiB 2010, 10 ff.

Auskunft über den Impfstatus behandelt. Schließlich soll noch die Zulässigkeit einer Förderung der Impfbereitschaft der Arbeitnehmer durch die Gewährung materieller Anreize seitens des Arbeitgebers betrachtet werden.

Nach dem Stand der epidemiologischen Erkenntnis im Februar 2021 ist davon auszugehen, dass auf der Basis der verfügbaren Daten zur Wirkung der bisher zugelassenen Impfstoffe nicht sicher beurteilt werden kann, ob geimpfte Personen weiterhin das Virus verbreiten können.<sup>9</sup> Des Weiteren fehlt es im Februar 2021 an einer ausreichenden Zahl von Impfstoffdosen, sodass (noch) nicht allen impfbereiten Personen eine Impfung angeboten werden kann.<sup>10</sup> Für die rechtliche Untersuchung der hier aufgeworfenen Fragen wird unterstellt, dass geimpfte Personen das Coronavirus nicht mehr weiter verbreiten können und für alle impfbereiten Personen eine ausreichende Zahl von Impfstoffdosen zur Verfügung steht.

## II. Anordnung des Arbeitgebers zur Inanspruchnahme einer Schutzimpfung

### 1. Erfordernis einer rechtlichen Grundlage

Die Anordnung des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer, eine Corona-Schutzimpfung in Anspruch zu nehmen, sprich eine Impfung durchführen zu lassen, bedarf einer rechtlichen Grundlage. Das folgt ohne Weiteres aus dem mit einer solchen Impfung verbundenen Eingriff sowohl in das privatrechtlich über § 823 Abs. 1 BGB als sonstiges Recht geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht unter dem Gesichtspunkt der Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit bezüglich der höchstpersönlichen Frage einer (Nicht)Impfung wie auch der mit dem Impfvorgang selbst notwendig einhergehenden Verletzung der ebenfalls nach § 823 Abs. 1 BGB geschützten körperlichen Unversehrtheit bzw. Integrität. Die erforderliche Rechtsgrundlage ergibt sich nicht aus der in § 20 Abs. 6 Satz 1 IfSG enthaltenen öffentlich-rechtlichen Ermächtigung zur Einführung eines Impfwangs, die entsprechend der aus Art. 80 Abs. 1 GG folgenden Vorgabe (allein) an das Bundesministerium für Gesundheit adressiert ist und nur durch Rechtsverordnung umgesetzt werden kann. Deshalb bedarf es einer privatrechtlichen Grundlage, die den Arbeitgeber im Verhältnis zum Arbeitnehmer zur Anordnung der Inanspruchnahme der Corona-Schutzimpfung berechtigt.

## 2. Mögliche rechtliche Grundlagen

### a) Direktionsrecht

Als privatrechtliche Grundlage für eine Anordnung des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer zur Inanspruchnahme der Corona-Schutzimpfung könnte das in § 106 GewO geregelte Weisungsrecht in Betracht kommen. Gemäß § 106 Satz 1 GewO kann der Arbeitgeber unter Beachtung der sog. äußeren Grenzen des Weisungsrechts<sup>11</sup> Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen. Das Weisungsrecht dient der Konkretisierung der Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers und ermöglicht es dem Arbeitgeber, dem Arbeitnehmer bestimmte Aufgaben zuzuweisen und den Ort und die Zeit ihrer Erledigung verbindlich festzulegen.<sup>12</sup> Darüber hinaus beinhaltet das Weisungsrecht auch sog. leistungsichernde Verhaltenspflichten, die auf die Ermöglichung eines sinnvollen Austauschs der Hauptleistungen gerichtet sind.<sup>13</sup> Nach § 106 Satz 2 GewO kann sich das Weisungsrecht auch auf die Ordnung und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb beziehen.<sup>14</sup>

Jenseits dieser vom Weisungsrecht umfassten Gegenstände gibt § 106 GewO dem Arbeitgeber grundsätzlich keine Befugnis, in den Bereich der privaten Lebensführung des Arbeitnehmers einzugreifen.<sup>15</sup> Zu diesem Bereich der privaten Lebensführung und damit zu der (auch) dem Arbeitgeber verschlossenen Privat- bzw. Intimsphäre des Arbeitnehmers gehört die höchstpersönlich zu treffende, vorbehaltlich des Fehlens eines gesetzlichen Impfwangs freie Entscheidung des Arbeitnehmers,

11 | *Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag, Gesetz, siehe dazu näher NK-GA/Boecken/Pils, § 106 GewO Rn. 51 ff.*

12 | *Siehe nur BAG, 23.8.2012, 8 AZR 804/11, juris Rn. 23.*

13 | *BAG, 23.8.2012, 8 AZR 804/11, juris Rn. 23.*

14 | *BAG, 23.8.2012, 8 AZR 804/11, juris Rn. 23.*

15 | *BAG, 23.8.2012, 8 AZR 804/11, juris Rn. 24.*

9 | *Siehe RKI, Epidemiologisches Bulletin 5/2021, 8.*

10 | *RKI, Epidemiologisches Bulletin 5/2021, 10.*

eine Corona-Schutzimpfung in Anspruch zu nehmen oder nicht. Diese Entscheidung wie auch die Impfung als solche beinhalten weder eine Konkretisierung der vertraglich festgelegten Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers, noch kann die Inanspruchnahme der Corona-Schutzimpfung selbst als eine leistungssichernde Verhaltenspflicht eingeordnet werden, deren Erfüllung erst einen sinnvollen Austausch der Hauptleistungen im Arbeitsverhältnis ermöglicht. Diese wird erst im Fall einer Infektion des Arbeitnehmers mit dem Coronavirus in Frage gestellt.<sup>16</sup>

Hiernach gehört die Anordnung des Arbeitgebers zur Inanspruchnahme der Corona-Schutzimpfung nicht zum Gegenstand des in § 106 Satz 1 GewO geregelten Weisungsrechts, sodass hieraus bereits keine Befugnis zu einer entsprechenden Weisung des Arbeitgebers folgen kann.<sup>17</sup> Ebenso wenig kann § 106 Satz 2 GewO eine rechtliche Grundlage für die hier in Frage stehende Anordnung sein, denn danach kann nur das Verhalten der Arbeitnehmer „im Betrieb“ geregelt werden, womit das Verhalten bzgl. der Inanspruchnahme einer Schutzimpfung nicht erfasst wird.<sup>18</sup>

Angesichts dessen, dass das Weisungsrecht nach § 106 GewO bereits seinem Gegenstand nach nicht die Befugnis des Arbeitgebers zur Anordnung der allein und ausschließlich der Privatsphäre des Arbeitnehmers zuzurechnenden Inanspruchnahme einer Corona-Schutzimpfung zu begründen vermag, kann insoweit auch nicht zwischen der Art der ausübenden Tätigkeit differenziert und bezogen auf ärztliche und pflegerische Tätigkeiten im Hinblick auf die damit verbundenen besonders hohen Ansteckungsgefahren und häufig auch schwerwiegenden Krankheitsfolgen ein Weisungsrecht des Arbeitgebers bejaht werden.<sup>19</sup> Die Art der Tätigkeit ändert nichts daran, dass es sich bei der Impfentscheidung wie auch

der Impfung selbst um eine höchstpersönliche, der Privatsphäre bzw. Intimsphäre zuzurechnende Angelegenheit des Arbeitnehmers handelt, hinsichtlich derer dem Arbeitgeber kein Weisungsrecht zukommt.

## b) Vertragliche Grundlagen

Die Befugnis des Arbeitgebers zur Anordnung der Inanspruchnahme einer Corona-Schutzimpfung gegenüber dem Arbeitnehmer könnte auch vertraglich begründet sein. Insoweit ist zu prüfen, ob sich eine entsprechende Befugnis kollektivarbeitsrechtlich aus Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung oder individualarbeitsrechtlich aus dem Arbeitsvertrag ergeben kann.

### (1) Tarifvertrag

Tarifverträge können in ihrem normativen Teil nach § 1 Abs. 1 TVG unter anderem Rechtsnormen enthalten, die den Inhalt von Arbeitsverhältnissen ordnen. Davon werden alle Regelungen erfasst, die Inhalt eines Arbeitsverhältnisses sein können.<sup>20</sup> Gegenstand von Inhaltsnormen sind hier nach Hauptleistungs-, Nebenleistungs- und Schutzpflichten der Arbeitsvertragsparteien.<sup>21</sup> Abgrenzend hiervon können Regelungen, welche die private Lebensführung des Arbeitnehmers betreffen, nicht Gegenstand von Inhaltsnormen sein<sup>22</sup> und damit auch tarifvertraglich nicht wirksam vereinbart werden. Im Hinblick darauf, dass die Entscheidung über die Inanspruchnahme der Corona-Schutzimpfung als solche eine höchstpersönliche, der Privat- bzw. Intimsphäre des Arbeitnehmers zuzurechnende Angelegenheit darstellt,<sup>23</sup> kann schon deshalb eine Befugnis des Arbeitgebers zur Anordnung der Inanspruchnahme einer Corona-Schutzimpfung tarifvertraglich nicht wirksam geregelt werden.

16 | Anders Thüsing/Bleckmann/Rombey, COVuR 2021, 66 (67), die „insbesondere“ bei Tätigkeiten mit engem Personenkontakt der Arbeitnehmer untereinander wie auch mit Dritten von einer die Impfung der Belegschaft umfassenden Schutzpflicht des Arbeitgebers ausgehen und unter Anknüpfung daran eine Mitwirkungspflicht der Arbeitnehmer nach §§ 611a, 241 Abs. 2, 242 BGB und §§ 15, 16 ArbSchG zur Begründung eines arbeitgeberseitigen Weisungsrechts bejahen wollen. Abgesehen davon, dass auf die Frage, ob die Privat- bzw. Intimsphäre überhaupt Gegenstand des Weisungsrechts sein kann, nicht eingegangen wird, fehlt es bei den Ausführungen an der für die Prüfung von § 106 GewO erforderlichen Trennung zwischen Gegenstand des Weisungsrechts und der nachrangigen Frage der Ausübung desselben nach billigem Ermessen.

17 | Jedenfalls im Ergebnis ebenso etwa Wittek, ArbRAktuell 2021, 61 (62); Naber/Schulte, NZA 2021, 81 (84); Stück, CCZ 2020, 205 (209) bezogen auf eine Impfung gegen eine „normale Grippe“; Schmidt/Novara, DB 2009, 1817 (1819); Klimpe-Auerbach, AiB 2010, 10 (12); anders Thüsing/Bleckmann/Rombey, COVuR 2021, 66 (67), die grundsätzlich ein Weisungsrecht des Arbeitgebers bejahen wollen.

18 | Vgl. BAG, 23.8.2012, 8 AZR 804/11, juris Rn. 24 und Rn. 26.

19 | Ebenso im Ergebnis Wittek, ArbRAktuell 2021, 61 (62); demgegenüber differenzierend Naber/Schulte, NZA 2021, 81 (83 iVm 84); vgl. auch Thüsing/Bleckmann/Rombey, COVuR 2021, 66 (67).

20 | Siehe BAG (GS), 16.9.1986, GS 1/82, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 17 unter C. II. 2. b) der Gründe.

21 | Siehe nur HWK/Henssler, § 1 TVG Rn. 45; ErfK/Franzen, § 1 TVG Rn. 41.

22 | ErfK/Franzen, § 1 TVG Rn. 42.

23 | Siehe schon oben unter a).

Von daher stellt sich hier nicht die Frage einer Abwägung kollidierender Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer.<sup>24</sup> Der Unzulässigkeit einer tarifvertraglichen Vereinbarung der hier in Frage stehenden arbeitgeberseitigen Befugnis steht auch nicht entgegen, dass in der Rechtsprechung des BAG anerkannt ist, dass Tarifverträge Regelungen treffen können, wonach Arbeitgeber bei Vorliegen eines berechtigten Interesses durch eine vom Arbeitnehmer zu duldennde ärztliche Untersuchung feststellen lassen können, ob der Arbeitnehmer arbeitsfähig oder frei von ansteckenden Krankheiten ist.<sup>25</sup> Hier geht es nicht um eine die private Lebensführung des Arbeitnehmers betreffende Angelegenheit und damit um eine in die Privat- bzw. Intimsphäre eingreifende Verpflichtung, sondern um ein für den Arbeitgeber elementares, aus dem Arbeitsverhältnis entspringendes Interesse, in begründeten Fällen feststellen zu lassen, ob der Arbeitnehmer noch in der Lage ist, die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen.<sup>26</sup> Die Frage, ob ein nicht infizierter impfberechtigter Arbeitnehmer die Corona-Schutzimpfung in Anspruch nimmt, hat als solche demgegenüber gerade keine Berührung mit dem Leistungsaustausch im Arbeitsverhältnis.

## (2) Betriebsvereinbarung

Die vorstehenden Ausführungen gelten entsprechend für Betriebsvereinbarungen. Zwar geht das BAG von einer umfassenden Kompetenz der Betriebsparteien aus, durch freiwillige Betriebsvereinbarungen Regelungen über den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen zu treffen.<sup>27</sup> Allerdings ist die damit verbundene private Rechtssetzung von vornherein beschränkt auf die Regelung von formellen und materiellen Arbeitsbedingungen.<sup>28</sup> Die Regelungsbefugnis erstreckt sich nicht auf den außerbetrieblichen, privaten Lebensbereich der Arbeitnehmer.<sup>29</sup> Damit kann auch in Betriebsvereinbarungen eine Befugnis des Arbeitgebers zur Anordnung der Inanspruchnahme der Corona-Schutzimpfung nicht wirksam geregelt werden.

## (3) Arbeitsvertrag

Schließlich kann eine entsprechende Befugnis des Arbeitgebers auch nicht arbeitsvertraglich begründet werden. Sofern eine solche Befugnis in Allgemeinen Geschäftsbedingungen niedergelegt ist, wäre die einschlägige Klausel nach § 307

Abs. 1 Satz 1 BGB wegen einer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessenen Benachteiligung unwirksam. Im Rahmen der hier vorzunehmenden Abwägung der wechselseitigen Berücksichtigung und Bewertung der rechtlich anerkannten Interessen der Vertragsparteien sind unter anderem auch grundrechtlich geschützte Rechtspositionen zu beachten.<sup>30</sup> Insoweit würden bezogen auf die hier aufgeworfene Frage auf Arbeitgeberseite sowohl Art. 12 GG wie auch Art. 14 GG ins Gewicht fallen, besteht doch im Hinblick auf die möglichen Folgen der Coronainfektion eines Arbeitnehmers für diesen, die Mitarbeiter sowie Dritte wie auch die uneinträgliche Fortführung des Betriebs ein bedeutsames Interesse des Arbeitgebers an der Vermeidung einer Infektion und deren Folgen. Auf der anderen Seite stehen die über den privatrechtlichen Schutz nach § 823 Abs. 1 BGB hinaus auch grundrechtlich durch Art. 1 iVm Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 2 GG geschützten Positionen des Arbeitnehmers an der Wahrung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der körperlichen Integrität und sind in die Abwägung einzubeziehen.

Letzteren kommt im Hinblick darauf ein Übergewicht zu, als die hier in Frage stehende Klausel eine Befugnis zur Anordnung der Corona-Schutzimpfung und damit einen Eingriff in die Privatsphäre bzw. Intimsphäre bereits rein präventiv und somit losgelöst von dem Bestehen einer konkreten Gefahr in Gestalt mindestens des Vorliegens eines Infektionsverdachts erlauben würde.

Für den Fall einer Individualvereinbarung wäre eine entsprechende Regelung nach § 138 Abs. 1 BGB als sittenwidrig einzuordnen und damit ebenfalls unwirksam. Die auf der Privatautonomie gründende inhaltliche Vertragsfreiheit geht nicht so weit, dass sich ein Vertragspartner gegenüber dem anderen schuldrechtlich dazu verpflichten könnte, medizinische Eingriffe vornehmen zu lassen und sich damit der

24 | So jedoch etwa Naber/Schulte, NZA 2021, 81 (82 f.).

25 | Siehe nur BAG, 25.1.2018, 2 AZR 382/17, juris Rn. 36 ff.

26 | Siehe BAG, 25.1.2018, 2 AZR 382/17, juris Rn. 37.

27 | Siehe nur BAG, 12.12.2006, 1 AZR 96/06, juris Rn. 13 ff.

28 | BAG, 12.12.2006, 1 AZR 96/06, juris Rn. 21.

29 | BAG, 12.12.2006, 1 AZR 96/06, juris Rn. 21; BAG, 18.7.2006, 1 AZR 578/05, juris Rn. 30 und BAG, 11.7.2000, 1 AZR 551/99, juris Rn. 29 ff., hier jeweils zu sog. Lohnverwendungsbestimmungen.

30 | Siehe etwa BAG, 23.8.2012, 8 AZR 804/11, juris Rn. 29.

Entscheidungsfreiheit bezogen auf höchstpersönliche, dem Privat- bzw. Intimbereich zugehörige Fragen begibt.

Die hier in Frage stehende Befugnis des Arbeitgebers kann auch nicht aus der im Arbeitsverhältnis anerkannten allgemeinen Treuepflicht des Arbeitnehmers abgeleitet werden.<sup>31</sup> Zwar geht das BAG davon aus, dass die allgemeine Treuepflicht die Verpflichtung des Arbeitnehmers begründen kann, bei Vorliegen eines berechtigten Interesses des Arbeitgebers eine ärztliche Untersuchung seines Gesundheitszustands zu dulden, so etwa dann, wenn begründete Zweifel an der Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers unter gesundheitlichen Gesichtspunkten bestehen.<sup>32</sup> Eine solche Verpflichtung kann allerdings nicht bejaht werden, wenn allein die Frage der dem Privatbereich zuzuordnenden Entscheidung über die Inanspruchnahme der Corona-Schutzimpfung im Raum steht, ohne dass Zweifel an der Arbeits- und Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers und dessen gefahrloser Einsetzbarkeit bestehen. Die Treuepflicht des Arbeitnehmers geht nicht so weit, als dass dieser jedenfalls ohne Vorliegen mindestens des Verdachts einer Infektion der fremdbestimmten Einflussnahme des Arbeitgebers bezogen auf elementare höchstpersönliche, der Privat- bzw. Intimsphäre des Arbeitnehmers zuzuordnende Entscheidungen, wozu gerade auch die Entscheidung über die Inanspruchnahme der Corona-Schutzimpfung gehört, unterworfen werden könnte.

### III. Recht des Arbeitgebers zur Freistellung des Arbeitnehmers bei fehlender Impfung

#### 1. Ausgangspunkt: Anspruch des Arbeitnehmers auf Beschäftigung im bestehenden Arbeitsverhältnis

Die Frage, ob der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer, der sich nicht gegen das Coronavirus impfen lässt, mittels Ausübung des Weisungsrechts einseitig von der Erbringung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung freistellen, sprich suspendieren kann, ist auf der Grundlage der Rechtsprechung des BAG zum Anspruch des Arbeitnehmers auf Beschäftigung im bestehenden Arbeitsverhältnis zu beurteilen. Danach hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung, d.h., der Arbeitgeber ist im bestehenden Arbeitsverhältnis grundsätzlich verpflichtet, den Arbeitnehmer vertragsgemäß zu beschäftigen.<sup>33</sup> Rechtliche Grundlagen dieses

Anspruchs auf Beschäftigung sind nach der Rechtsprechung §§ 611a, 613 BGB iVm der Generalklausel des § 242 BGB, die durch die Wertentscheidungen der Art. 1 und Art. 2 GG ausgefüllt wird.<sup>34</sup> Allerdings kann der Beschäftigungsanspruch entfallen, wenn der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zwingende betriebliche Gründe entgegenstehen und der Arbeitnehmer demgegenüber kein besonderes, vorrangig berechtigtes Interesse an der tatsächlichen Weiterbeschäftigung hat.<sup>35</sup> Deshalb ist der Arbeitgeber berechtigt, den Arbeitnehmer einseitig von der Verpflichtung zur Erbringung der Arbeitsleistung freizustellen, wenn er hierfür ein das Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers überwiegendes, schutzwürdiges Interesse geltend machen kann.<sup>36</sup>

#### 2. Fehlende Impfung als solche begründet kein berechtigtes Interesse zur Freistellung

Hiervon ausgehend ist in dem Fall, dass ein Arbeitnehmer die Schutzimpfung gegen das Coronavirus nicht in Anspruch nimmt, nicht schon allein deshalb ein schutzwürdiges, gegenüber dem Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers vorrangiges Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung bzw. Suspendierung eines nicht geimpften Arbeitnehmers anzunehmen. Zwar ist der Arbeitgeber über § 618 BGB iVm den diese privatrechtliche Grundnorm des Arbeitsschutzes konkretisierenden öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzvorschriften vor allem des Arbeitsschutzgesetzes und hierauf beruhender untergesetzlicher Regelungen gegenüber

31 | So aber Stück, CCZ 2020, 205 (209); Stück/Wein, AuA 2020, 200 (202); vgl. auch Thüsing/Bleckmann/Rombey, COVuR 2021, 66 (67), die zur Begründung eines Weisungsrechts des Arbeitgebers zur Impfung nach § 106 GewO auf eine Mitwirkungspflicht der Arbeitnehmer nach §§ 611a, 241 Abs. 2, 242 BGB und §§ 15, 16 ArbSchG verweisen.

32 | Siehe BAG, 12.8.1999, 2 AZR 55/99, juris Rn. 17.

33 | Siehe nur BAG (GS), 27.2.1985, GS 1/84, juris Rn. 38; BAG, 21.2.2017, 1 AZR 367/15, juris Rn. 19; BAG, 24.6.2015, 5 AZR 462/14, juris Rn. 34.

34 | Siehe BAG (GS), 27.2.1985, GS 1/84, juris Rn. 38; BAG, 21.2.2017, 1 AZR 367/15, juris Rn. 19 und BAG, 24.6.2015, 5 AZR 462/14, juris Rn. 34, hier jeweils noch unter Anknüpfung an §§ 611, 613 BGB iVm § 242 BGB; nach in der Literatur zum Teil vertretener Ansicht soll die Beschäftigungspflicht Teil der arbeitsvertraglichen Hauptpflicht des Arbeitgebers sein, so etwa HWK/Thüsing, § 611a BGB Rn. 323; ErfK/Preis, § 611a BGB Rn. 564.

35 | BAG, 15.3.2001, 2 AZR 141/00, juris Rn. 64; siehe auch schon BAG (GS), 27.2.1985, GS 1/84, juris Rn. 55.

36 | BAG, 15.3.2001, 2 AZR 141/00, juris Rn. 64; BAG (GS), 27.2.1985, GS 1/84, juris Rn. 55.

seinen Arbeitnehmern sowie nach § 823 Abs. 1 BGB gegenüber Jedermann aus Gründen der allgemeinen Verkehrssicherungspflicht gehalten, den Betrieb von Ansteckungsgefahren freizuhalten.<sup>37</sup> Allerdings kann unter Berücksichtigung dieser arbeitsschutzrechtlich und verkehrspflichtrechtlich begründeten Pflichtenstellung des Arbeitgebers ein überwiegendes, vorrangiges Interesse an der Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers nur begründet werden, wenn bei diesem zumindest Anhaltspunkte für eine Infektion oder sogar eine Coronavirus-Erkrankung vorliegen und damit durch diesen Arbeitnehmer die Möglichkeit der Ansteckung anderer Arbeitnehmer oder sonstiger Dritter mit dem Coronavirus besteht,<sup>38</sup> was sogar arbeitsschutzrechtlich eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Suspendierung des betreffenden Arbeitnehmers begründet.<sup>39</sup> Allein die fehlende Impfung begründet eine solche Gefahr nicht und kann deshalb auch nicht die Suspendierung eines Arbeitnehmers unter Anknüpfung ausschließlich an die Nichtinanspruchnahme der Corona-Schutzimpfung rechtfertigen.

Hierfür sprechen im Übrigen auch die § 618 BGB konkretisierenden öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzbestimmungen betreffend arbeitgeberseits zu ergreifender Infektionsschutzmaßnahmen im Zusammenhang mit der SARS-CoV-2-Pandemie. Insoweit sind in Ergänzung der allgemeinen Grundsätze des § 4 Nr. 3 ArbSchG, wonach bei Maßnahmen des Arbeitsschutzes der Stand von Technik, Arbeitsmedizin und Hygiene sowie sonstige gesicherte arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse zu berücksichtigen sind, der diese Anforderungen konkretisierende, vom BMAS erlassene SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard<sup>40</sup> und die diesen wiederum konkretisierende SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel der Arbeitsschutzausschüsse beim BMAS<sup>41</sup> von erheblicher Bedeutung. Diese Regelwerke enthalten ein umfangreiches Pflichtenprogramm hinsichtlich arbeitgeberseits zu ergreifender Maßnahmen des Arbeitsschutzes mit dem Ziel, unter anderem die Gesundheit der Beschäftigten vor Infektion und Krankheit während der Pandemie wirkungsvoll zu schützen.<sup>42</sup> Hierzu haben die

Arbeitgeber eine Vielzahl von Maßnahmen unter Beachtung der Rangfolge von technischen über organisatorische bis hin zu personenbezogenen Schutzmaßnahmen zu beachten.<sup>43</sup> Dieses umfangreiche coronabezogene arbeitsschutzrechtliche Pflichtenprogramm macht in erster Linie deutlich, dass auch während der SARS-CoV-2-Pandemie unter anderem die Beschäftigung der Arbeitnehmer ermöglicht werden soll, und zwar unabhängig vom Impfstatus, der in diesen Regelwerken nicht differenzierend herangezogen wird. Damit stünde die Annahme einer arbeitgeberseitigen Freistellungsbefugnis allein wegen der fehlenden Inanspruchnahme der Corona-Schutzimpfung nicht im Einklang.

Die Ablehnung einer Befugnis des Arbeitgebers zur Suspendierung eines Arbeitnehmers allein wegen fehlender Schutzimpfung gilt grundsätzlich auch bezogen auf Arbeitnehmer, die in ärztlichen und pflegerischen Einrichtungen im Rahmen ihrer Beschäftigung unmittelbar mit Patienten in Berührung kommen.<sup>44</sup> Das bedeutet allerdings nicht, dass der Arbeitgeber nicht befugt ist, Arbeitnehmer ohne Corona-Schutzimpfung zum Schutz der in solchen Einrichtungen besonders gefährdeten Patienten auf andere Arbeitsplätze ohne unmittelbaren Patientenkontakt umzusetzen unter Beachtung eventuell bestehender betriebsverfassungsrechtlicher bzw. personalvertretungsrechtlicher Mitwirkungsrechte des Betriebsrats bzw. Personalrats. Bezogen auf den hier in Frage stehenden Bereich folgt das aus der infektionsschutzgesetzlichen Regelung des § 23a Satz 1 IfSG. Danach darf der Arbeitgeber zur Erfüllung der Verpflichtungen zur Verhütung nosokomialer Infektionen

37 | Siehe BGH, 30.11.1978, III ZR 43/77, BGHZ 73, 16 (22).

38 | Vgl. auch Stück, CCZ 2020, 205 (210); Schmidt/Novara, DB 2009, 1817 (1819) wie auch BGH, 30.11.1978, III ZR 43/77, BGHZ 73, 16 (22 f.).

39 | Vgl. BGH, 30.11.1978, III ZR 43/77, BGHZ 73, 16 (22 f.); siehe auch den § 4 Nr. 3 ArbSchG konkretisierenden SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) idF der Bek. des BMAS vom 20.4.2020 - IIIb4 - 34503, GMBI 2020, 303, danach sind gemäß den in II. Nr. 13 enthaltenen „Handlungsanweisungen für Verdachtsfälle“ Beschäftigte, bei denen der Verdacht einer Infektion mit dem Coronavirus besteht, aufzufordern, das Betriebsgelände umgehend zu verlassen bzw. zuhause zu bleiben; vgl. auch die infektionsschutzgesetzlich in § 31 IfSG geregelte Möglichkeit der behördlichen Anordnung eines beruflichen Tätigkeitsverbots.

40 | IdF der Bek. vom 20.4.2020 - IIIb4 - 34503, GMBI 2020, 303.

41 | IdF vom 20.8.2020, GMBI 2020, 484.

42 | Siehe Ziff. 1 (2) der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel.

43 | Siehe unter I. SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard.

44 | Anders Thüsing/Bleckmann/Rombey, COVuR 2021, 66 (70), die ausgehend von der nach hier vertretener Ansicht abzulehnenden Annahme eines arbeitgeberseitigen Weisungsrechts zur Inanspruchnahme der Corona-Schutzimpfung eine Berechtigung des Arbeitgebers zur einseitigen Suspendierung des Arbeitnehmers bei Nichtbefolgung der Impfanweisung bejahen wollen.

nach § 23 Abs. 3 IfSG unter den in § 23a Satz 1 IfSG geregelten Voraussetzungen personenbezogene Daten eines Beschäftigten über dessen Impfstatus verarbeiten, um unter anderem über die Art und Weise der Beschäftigung zu entscheiden.<sup>45</sup> Hierdurch wird dem Arbeitgeber in den von § 23 Abs. 3 IfSG erfassten Einrichtungen nach Maßgabe des § 23a Satz 1 IfSG ein Recht zur Verarbeitung des Impfstatus mit dem Ziel eingeräumt, das Personal so zu beschäftigen, dass vermeidbaren Infektionsrisiken vorgebeugt wird.<sup>46</sup> Damit bringt die Regelung des § 23a Satz 1 IfSG zum Ausdruck, dass in medizinischen und pflegerischen Einrichtungen im Sinne des § 23 Abs. 3 IfSG tätige Arbeitnehmer auch bei fehlendem Impfschutz in erster Linie weiter zu beschäftigen sind und der fehlende Impfschutz als solcher nicht ohne Weiteres eine Befugnis zur Suspendierung begründet. Letzteres kann nur in Betracht kommen, wenn in der Einrichtung im Sinne des § 23 Abs. 3 IfSG für einen nicht geimpften Arbeitnehmer kein „kontaktloser“ Arbeitsplatz zur Verfügung steht. In einem solchen Fall kann dann über eine Suspendierung<sup>47</sup> hinaus sogar eine Kündigung in Betracht kommen.<sup>48</sup>

## IV. Anspruch des Arbeitgebers auf Auskunft über den Impfstatus

### 1. § 242 BGB als mögliche rechtliche Grundlage

Als rechtliche Grundlage eines Anspruchs des Arbeitgebers auf Auskunft über den Impfstatus eines Arbeitnehmers kommt jenseits besonderer gesetzlicher Regelungen § 611a Abs. 1 BGB iVm § 242 BGB in Betracht. § 242 BGB kann als Grundlage für Nebenpflichten im Schuldverhältnis unter anderem auch (klagbare) Auskunftspflichten begründen.<sup>49</sup>

### 2. Datenschutzrechtliche Zulässigkeit

#### a) § 26 Abs. 3 BDSG als rechtlicher Anknüpfungspunkt

Allerdings setzt eine auf dieser rechtlichen Grundlage möglicherweise begründete Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Auskunft über den Impfstatus und ein dementsprechender Anspruch des Arbeitgebers die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Erteilung einer solchen Auskunft im Arbeitsverhältnis voraus. Das ist nach § 26 BDSG iVm den Vorschriften der Datenschutz-Grundverordnung zu beurteilen.

45 | Zu § 23a IfSG siehe auch noch folgend im Zusammenhang mit der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit der Verarbeitung des Impfstatus unter IV.

46 | Siehe die Gesetzesbegründung zu § 23a IfSG in BT-Drs. 18/5261, 63; siehe auch Rixen in: Huster/Kingreen, Hdb. InfSchR, 2021, Kap. 5 Rn. 104; Aligbe in: Eckart/Winkelmüller, Infektionsschutzrecht, 2020, § 23a IfSG Rn. 7 f.

47 | In diesem Fall behält der Arbeitnehmer unter den Voraussetzungen des § 615 Satz 1 BGB iVm §§ 293 ff. BGB seinen Anspruch auf Vergütung nach § 611a Abs. 2 BGB, vgl. nur BAG, 24.6.2015, 5 AZR 462/14, juris Rn. 35.

48 | Vgl. Thüsing/Bleckmann/Rombey, COVuR 2021, 66 (70).

49 | Siehe nur Palandt/Grüneberg, § 242 BGB Rn. 37.

§ 26 BDSG regelt als im Sinne von Art. 88 Abs. 1 DS-GVO spezifischere Vorschrift die Zulässigkeit der Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses. Sofern es sich bei der Auskunft über den Impfstatus um die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten im Sinne von Art. 9 Abs. 1 DS-GVO, sog. sensibler Daten,<sup>50</sup> handelt, bestimmt sich die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Auskunft über den Impfstatus nach § 26 Abs. 3 BDSG, der an Art. 9 Abs. 1 DS-GVO anknüpft. Nach dieser Regelung ist die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten, zu denen nach der abschließenden Aufzählung in Art. 9 Abs. 1 DS-GVO auch „Gesundheitsdaten“ gehören, grundsätzlich untersagt. In Art. 9 Abs. 2 DS-GVO sind Ausnahmetatbestände geregelt, bei deren Vorliegen besondere Kategorien personenbezogener Daten im Sinne des Art. 9 Abs. 1 DS-GVO verarbeitet werden können. Hierzu gehört unter anderem der Tatbestand des Art. 9 Abs. 2 lit. b) DS-GVO, der mit der Regelung des § 26 Abs. 3 BDSG zulässigerweise inhaltsgleich übernommen worden ist.<sup>51</sup>

#### b) Zur Unzulässigkeit der Erhebung des Impfstatus nach § 26 Abs. 3 BDSG

Gemäß § 26 Abs. 3 Satz 1 BDSG ist abweichend von Art. 9 Abs. 1 DS-GVO die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten im Sinne des Art. 9 Abs. 1 DS-GVO für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses zulässig, wenn sie zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht, dem Recht der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse der betroffenen Person an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt. Hiernach kommt der Erlaubnistatbestand des § 26 Abs. 3 Satz 1 BDSG im Ausgangspunkt vorliegend nur zum Tragen, wenn die Auskunft über den Impfstatus unter die Kategorie der

50 | Siehe nur BAG, 9.4.2019, 1 ABR 51/17, juris Rn. 27.

51 | BAG, 9.4.2019, 1 ABR 51/17, juris Rn. 26 ff.

„Gesundheitsdaten“ im Sinne von Art. 9 Abs. 1 DS-GVO und damit des hierauf Bezug nehmenden § 26 Abs. 3 Satz 1 BDSG fällt. Nach der Begriffsbestimmung des Art. 4 Nr. 15 DS-GVO sind „Gesundheitsdaten“ personenbezogene Daten, die sich auf die körperliche oder geistige Gesundheit einer natürlichen Person, einschließlich der Erbringung von Gesundheitsleistungen, beziehen und aus denen Informationen über deren Gesundheitszustand hervorgehen.<sup>52</sup> Dazu gehören unter anderem medizinische Daten, worunter alle Angaben zu verstehen sind, die unmittelbar physische oder psychische Zustände und Charakterisierungen eines Menschen betreffen.<sup>53</sup> Hiervon ausgehend kann die Auskunft über den Impfstatus als Gesundheitsdatum im Sinne von § 26 Abs. 3 Satz 1 BDSG eingeordnet werden, gibt der Impfstatus doch eine Information über den physischen Zustand einer Person hinsichtlich ihrer Immunität in Bezug auf bestimmte Krankheitserreger.<sup>54</sup>

Die Einordnung des Impfstatus als Gesundheitsdatum und damit als eine besondere Kategorie personenbezogener Daten hat zur Folge, dass die Verarbeitung, von der nach der Begriffsbeschreibung des Art. 4 Nr. 2 DS-GVO auch die Erhebung von Daten erfasst wird, gemäß § 26 Abs. 3 Satz 1 BDSG nur zulässig ist, wenn sie zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht, dem Recht der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse der betroffenen Person an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt. Im Hinblick darauf, dass der Arbeitgeber nach § 618 BGB iVm den diese Bestimmung konkretisierenden Regelungen des öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzes nach Maßgabe des Arbeitsschutzgesetzes und hierauf gründender untergesetzlicher Regelungen verpflichtet ist, Maßnahmen zum Schutz der Arbeitnehmer vor einer Ansteckung mit dem Coronavirus zu ergreifen,<sup>55</sup> erfolgt die Erhebung des Impfstatus zur Erfüllung rechtlicher Pflichten des Arbeitgebers aus dem Arbeitsrecht.

Allerdings setzt § 26 Abs. 3 Satz 1 BDSG weiter voraus, dass die Verarbeitung, hier also die Erhebung eines Gesundheitsdatums in Form der Auskunft über den Impfstatus, zur Erfüllung der vorgenannten Pflichten erforderlich sein muss. Mit dem Kriterium der Erforderlichkeit soll sichergestellt werden, dass ein an sich berechtigtes Ziel der Datenverarbeitung nicht zum Anlass genommen wird, überschießend personenbezo-

gene Daten zu verarbeiten.<sup>56</sup> Damit ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung gefordert,<sup>57</sup> auf deren Grundlage vorliegend die Erhebung des Impfstatus nicht gerechtfertigt werden kann. Der nach § 618 BGB iVm den arbeitsschutzgesetzlichen Regelungen zu gewährleistende Schutz der Arbeitnehmer vor einer Ansteckung mit dem Coronavirus erfordert und legitimiert als Präventionsschutz personenbezogene Maßnahmen, wenn Anhaltspunkte vorliegen, dass ein Arbeitnehmer infiziert sein könnte, sprich ein Verdachtsfall gegeben ist. Demgegenüber bedeutet eine vorgelagerte „abstrakte“ Prävention in Gestalt der Erhebung des Impfstatus völlig losgelöst von dem Verdacht einer konkreten Gefahr einen nicht erforderlichen und deshalb unzumutbaren Eingriff in die Privat- bzw. Intimsphäre des Arbeitnehmers und damit dessen allgemeines Persönlichkeitsrecht, von dem auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung umfasst ist.

Hiernach kann die datenschutzrechtliche Zulässigkeit einer Auskunft über den Impfstatus ohne jeden personenbezogenen Anhaltspunkt für das Vorliegen eines Verdachtsfalls nicht über § 26 Abs. 3 Satz 1 BDSG begründet werden.<sup>58</sup>

Zum Teil wird eine Verpflichtung zur Auskunft über den Impfstatus datenschutzrechtlich in solchen Fällen für zulässig erachtet, in denen Arbeitnehmer ihre Arbeitsleistung in medizinischen und pflegerischen Einrichtungen in unmittelbarem Kontakt mit Patienten erbringen.<sup>59</sup> Insoweit scheidet die Zulässigkeit der Erhebung des Impfstatus jedenfalls auf der Grundlage des § 26 Abs. 3 Satz 1 BDSG schon daran, dass im Verhältnis zu den Patienten nicht die Verarbeitung zur

52 | Ausführlich zum Begriff der Gesundheitsdaten Kühling/Schildbach in: Huster/Kingreen, Hdb. InfSchR, 2021, Kap. 6 Rn. 64 ff.

53 | Siehe Paal/Pauly/Ernst, DS-GVO, BDSG, Art. 4 DS-GVO Rn. 106 ff.; vgl. auch BAG, 9.4.2019, 1 ABR 51/17, juris Rn. 36 f., wonach mit dem Begriff der Gesundheitsdaten „auch positive oder neutrale Informationen zur körperlichen Verfasstheit“ gemeint sind.

54 | Siehe auch Thüsing/Bleckmann/Rombey, COVuR 2021, 66 (70).

55 | Siehe auch schon oben unter III. 2.

56 | Siehe BAG, 9.4.2019, 1 ABR 51/17, juris Rn. 39.

57 | Siehe BAG, 9.4.2019, 1 ABR 51/17, juris Rn. 39.

58 | Jedenfalls im Ergebnis wohl ebenso Naber/Schulte, NZA 2021, 81 (84); Wittek, ArbRAktuell 2021, 61 (63 f.); aA Thüsing/Bleckmann/Rombey, COVuR 2021, 66 (71 f.).

59 | Siehe Naber/Schulte, NZA 2021, 81 (84); siehe auch Thüsing/Bleckmann/Rombey, COVuR 2021, 66 (71 f.).

Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht, dem Recht der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes in Frage steht.<sup>60</sup> Davon geht auch der Gesetzgeber aus, wie die infektionsschutzgesetzlich normierte Datenschutzregelung des § 23a IfSG deutlich macht, mittels derer bezogen auf den hiervon erfassten Bereich eine besondere rechtliche Grundlage zur Erhebung des Impfstatus von Arbeitnehmern mit gesundheitsversorgender Tätigkeit<sup>61</sup> geschaffen worden ist.<sup>62</sup> § 23a Satz 1 IfSG erlaubt im Anwendungsbereich des § 23 Abs. 3 IfSG bezogen auf die in Satz 1 dieser Regelung genannten medizinischen und pflegerischen Einrichtungen unter dem Vorbehalt der Erforderlichkeit<sup>63</sup> die Verarbeitung von Beschäftigtendaten über den Impfstatus und den Immunstatus in Bezug auf sog. impfpräventable Krankheiten.<sup>64</sup> Nach der Gesetzesbegründung handelt es sich um „eine Konkretisierung der allgemeinen Bestimmung in § 32 Bundesdatenschutzgesetz“,<sup>65</sup> also der heutigen Vorschrift des § 26 BDSG. Zugleich macht die Regelung des § 23a Satz 1 IfSG systematisch aber auch deutlich, dass der Erlaubnistatbestand des § 26 Abs. 3 Satz 1 BDSG mit seiner Beschränkung auf die Zulässigkeit der Datenverarbeitung zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung von Pflichten aus dem Arbeitsrecht, dem Recht der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes nicht die Erhebung des Impfstatus von Arbeitnehmern mit dem Ziel des Schutzes von Patienten vor den Gefahren einer Infektion rechtfertigen kann.<sup>66</sup> Wäre dies anders, dann bedürfte es der besonderen Datenschutzregelung des § 23a IfSG<sup>67</sup> überhaupt nicht.<sup>68</sup> Im Übrigen spricht für die aus der Einführung des § 23a IfSG zu entnehmende Bestätigung, dass

von § 26 Abs. 3 Satz 1 BDSG als Erlaubnistatbestand die Verpflichtung des Arbeitgebers zum Patientenschutz nicht erfasst wird, die Gesetzesbegründung zu § 23a IfSG. Hieraus wird deutlich, dass es um ein Auskunftsrecht des Arbeitgebers gegenüber seinen Beschäftigten im Hinblick auf die Verpflichtung zum Schutz von Patienten vor Ansteckungsgefahren geht.<sup>69</sup> Die Verpflichtung zum Schutz von Patienten ist allerdings keine arbeitsrechtlich begründete Verpflichtung, sondern eine aus dem Behandlungs- bzw. Pflegevertrag zwischen dem Träger der Einrichtung und dem Patienten folgende Schutzpflicht (§§ 241 Abs. 2, 242 BGB) wie auch deliktsrechtlich begründete Verkehrssicherungspflicht. Deshalb kann die Zulässigkeit der Erhebung des Impfstatus der Arbeitnehmer zum Schutz von Patienten bei medizinischen und pflegerischen Tätigkeiten nicht über § 26 Abs. 3 Satz 1 BDSG gerechtfertigt werden. Insoweit bedarf es besonderer Erlaubnistatbestände, wie dies jedenfalls bei § 23a IfSG der Fall ist.

Der hier vertretenen Auffassung steht auch nicht entgegen, dass für § 23a IfSG nach Satz 7 dieser Vorschrift im Übrigen die Bestimmungen des allgemeinen Datenschutzrechts gelten, so etwa § 26 Abs. 8 BDSG für den Begriff des Beschäftigten im Sinne von § 23 IfSG.<sup>70</sup>

## V. Materielle Anreize zur Förderung der Impfbereitschaft

### 1. Grund und Ausgestaltung eines Anreizsystems

Im Hinblick insbesondere darauf, dass der

69 | Siehe BT-Drs. 18/5261, 63, wo ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass in Bezug auf Krankheiten, die leicht durch Tröpfchen übertragen werden, bei denen die klinische Symptomatik nicht immer eindeutig ist oder bei denen Infizierte bereits vor Auftreten der klassischen Symptome infektiös sind, das Wissen des Arbeitgebers über das Bestehen eines ausreichenden Impf- oder Immunstatus erforderlich ist, „um für den Einsatz des Personal Bedingungen zu schaffen, die Infektionsrisiken für vulnerable Patientinnen und Patienten vermeiden.“

70 | Siehe hierzu Aligbe in Eckart/Winkelmüller, Infektionsschutzrecht, 2020, § 23a IfSG Rn. 11.

60 | So wohl auch Naber/Schulte, NZA 2021, 81 (84); aA Thüsing/Bleckmann/Rombey, COVuR 2021, 66 (72).

61 | So die Formulierung von Rixen in Huster/Kingreen, Hdb. InfSchR, 2021, Kap. 5 Rn. 105.

62 | Eingeführt durch Art. 8 Nr. 3 des Präventionsgesetzes vom 17.7.2015, BGBl. 2015 I, 1368, neu gefasst durch Art. 1 Nr. 15 des Zweiten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, BGBl. 2020 I, 1018.

63 | Womit eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgeschrieben wird, siehe Rixen in: Huster/Kingreen, Hdb. InfSchR, 2021, Kap. 5 Rn. 105, hier im Zusammenhang mit der Einordnung des § 23a IfSG als „indirekte Impfpflicht“ bei Bejahung der Erforderlichkeit und der damit einhergehenden Beschränkung der Berufsfreiheit; siehe auch Aligbe in: Eckart/Winkelmüller, Infektionsschutzrecht, 2020, § 23a IfSG Rn. 7, der von einem auf die Betrachtung der konkreten Tätigkeit bezogenen „Erforderlichkeitserfordernis“ spricht.

64 | Siehe die Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/5261, 63.

65 | Siehe BT-Drs. 18/5261, 63.

66 | AA Thüsing/Bleckmann/Rombey, COVuR 2021, 66 (72).

67 | Kühling/Schildbach in: Huster/Kingreen, Hdb. InfSchR, 2021, Kap. 6 Rn. 149 bezeichnen § 23a IfSG als „arbeitnehmerdatenschutzrechtliche Sonderregelung“; siehe auch Aligbe in Eckart/Winkelmüller, Infektionsschutzrecht, 2020, § 23a IfSG Rn. 3.

68 | Thüsing/Bleckmann/Rombey, COVuR 2021, 66 (72) wollen § 23a Satz 1 IfSG nur klarstellende Bedeutung beimessen.

Arbeitgeber seine Arbeitnehmer nicht zur Inanspruchnahme der Corona-Schutzimpfung verpflichten kann, er des Weiteren ohne Anhaltspunkte für das Vorliegen des Verdachts einer Infektion nicht berechtigt ist, die Beschäftigung eines Arbeitnehmers ohne Schutzimpfung abzulehnen, und bei Nichtvorliegen eines Verdachtsfalls grundsätzlich auch kein Anspruch auf Auskunft über den Impfstatus besteht, stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber zum Zwecke der Verhütung von Ansteckungsgefahren für Arbeitnehmer und Dritte sowie der Wahrung seiner wirtschaftlichen Interessen die Impfbereitschaft der Arbeitnehmer durch materielle Anreize fördern kann. Das könnte z.B. derart geschehen, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmern, die sich nach Einführung des Anreizsystems gegen das Coronavirus impfen lassen und hierüber einen Nachweis vorlegen, eine hierauf bezogene besondere Leistung gewährt.<sup>71</sup> Hierbei kann es sich etwa um die Zusage einer einmaligen Sonderzahlung, die Gewährung zusätzlicher Urlaubstage, die Überlassung von Gutscheinen oder auch die Erhöhung von Leistungen der betrieblichen Altersversorgung handeln.

Die Frage der Zulässigkeit eines solchen Anreizsystems zur Förderung der Impfbereitschaft der Arbeitnehmer mit der Folge einer Ungleichbehandlung von geimpften und nicht geimpften Arbeitnehmern ist im Ausgangspunkt am Maßstab des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes zu beurteilen. Darüber hinaus ist das Maßregelungsverbot des § 612a BGB anzusprechen. Für den Fall der Zulässigkeit unter den vorgenannten Gesichtspunkten sind Mitbestimmungsrechte eines eventuell bestehenden Betriebsrats<sup>72</sup> zu beachten.

## 2. Zulässigkeit nach Maßgabe des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes

### a) Inhalt und Anforderungen des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes

Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz als privatrechtliche Ausprägung des Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG<sup>73</sup> kommt nach der Rechtsprechung des BAG zur Anwendung, wenn der Arbeitgeber Leistungen nach einem bestimmten erkennbaren und generalisierenden Prinzip aufgrund einer abstrakten Regelung gewährt, indem er bestimmte Voraussetzungen oder einen bestimmten Zweck festlegt.<sup>74</sup> Hiervon ausgehend ist der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz bei Einführung eines Anreizsystems

der oben beschriebenen Art anwendbar. Der Arbeitgeber verspricht im Wege der Gesamtzusage die Gewährung einer zusätzlichen Leistung unter der Bedingung der Inanspruchnahme der Corona-Schutzimpfung verbunden mit der Vorlage eines entsprechenden Nachweises.

Gemäß dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ist der Arbeitgeber verpflichtet, seine Arbeitnehmer oder auch Gruppen von Arbeitnehmern, die sich in vergleichbarer Lage befinden, bei Anwendung einer von ihm selbst gesetzten Regel gleich zu behandeln.<sup>75</sup> Eine unterschiedliche Behandlung ist zulässig, wenn diese sachlich gerechtfertigt ist. Insoweit verstößt eine sachverhaltsbezogene Ungleichbehandlung erst dann gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung, wenn sie willkürlich ist, weil sich ein vernünftiger Grund für die Differenzierung nicht finden lässt.<sup>76</sup> Hingegen unterliegt eine personenbezogene Ungleichbehandlung strengeren Rechtfertigungsanforderungen. In diesem Fall ist der Gleichbehandlungsgrundsatz schon dann verletzt, wenn eine Gruppe von Arbeitnehmern anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die Ungleichbehandlung rechtfertigen können.<sup>77</sup> Entscheidend für die Beurteilung, ob für die vorgenommene Differenzierung ein hinreichender Sachgrund besteht, ist vor allem der Regelungszweck. Dieser muss die Gruppenbildung rechtfertigen.<sup>78</sup>

### b) Vereinbarkeit eines Anreizsystems mit dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz

75 | BAG, 14.11.2017, 3 AZR 515/16, juris Rn. 22; BAG, 27.6.2012, 5 AZR 317/11, juris Rn. 17.

76 | BAG, 14.11.2017, 3 AZR 515/16, juris Rn. 23; BAG, 12.8.2014, 3 AZR 764/12, juris Rn. 25; BAG, 28.6.2011, 3 AZR 448/09, juris Rn. 23.

77 | BAG, 14.11.2017, 3 AZR 515/16, juris Rn. 23; BAG, 12.8.2014, 3 AZR 764/12, juris Rn. 25; BAG, 28.6.2011, 3 AZR 448/09, juris Rn. 23; BAG, 18.9.2007, 3 AZR 639/06, juris Rn. 20.

78 | BAG, 14.11.2017, 3 AZR 515/16, juris Rn. 23; BAG, 28.6.2011, 3 AZR 448/09, juris Rn. 24; BAG, 18.9.2007, 3 AZR 639/06, juris Rn. 20.

71 | Vgl. auch Naber/Schulte, NZA 2021, 81 (85); Wittek, ArbRAktuell 2021, 61 (63).

72 | Bzw. Personalrats.

73 | Siehe BAG, 14.11.2017, 3 AZR 515/16, juris Rn. 21.

74 | BAG, 14.11.2017, 3 AZR 515/16, juris Rn. 21; BAG, 11.7.2017, 3 AZR 691/16, juris Rn. 30; BAG, 27.6.2012, 5 AZR 317/11, juris Rn. 17.

Unter Zugrundelegung dieser Anforderungen des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes ist die hier in Frage stehende Ungleichbehandlung in Bezug auf die Gewährung einer Sonderleistung zwischen Arbeitnehmern, die sich gegen das Coronavirus impfen lassen und die Impfung nachweisen sowie solchen Arbeitnehmern, die eine Schutzimpfung nicht in Anspruch nehmen bzw. jedenfalls keinen Nachweis über eine erfolgte Impfung vorlegen, rechtfertigungsbedürftig. Angesichts dessen, dass die Ungleichbehandlung im Kern an den Impfstatus der Arbeitnehmer anknüpft, handelt es sich um eine personenbezogene Ungleichbehandlung mit der strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung auf der Ebene des Rechtfertigungsgrundes. Eine Rechtfertigung kommt hier nur in Betracht, wenn zwischen den Gruppen der nachgewiesenen geimpften Arbeitnehmer und denjenigen, die einen solchen Nachweis nicht erbringen, ein Unterschied von solchem Gewicht besteht, dass er die Ungleichbehandlung rechtfertigen kann. Das bedeutet, dass die Ungleichbehandlung und der rechtfertigende Grund in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen müssen.<sup>79</sup>

Wesentlicher Zweck der Einführung eines Anreizsystems der hier in Frage stehenden Art mit der Folge der Ungleichbehandlung von Arbeitnehmern unter Anknüpfung im Kern an den Impfstatus ist das vor allem aufgrund von Schutzpflichten bestehende Interesse des Arbeitgebers, dass sich Arbeitnehmer nicht mit dem Coronavirus infizieren und damit keine Ansteckungsgefahren für andere Arbeitnehmer des Betriebs wie auch für Dritte geschaffen werden, sowie das davon nicht trennscharf abzugrenzende wirtschaftliche Interesse, ohne Beeinträchtigung durch eine Corona-Infektion die Produktion von Gütern und Dienstleistungen letztlich auch im Interesse der Arbeitnehmer und Dritter aufrecht-

erhalten zu können. Diese durchaus gewichtigen Interessen des Arbeitgebers an der Einführung eines Anreizsystems stehen in einem angemessenen Verhältnis zu der im Kern an den Impfstatus anknüpfenden Ungleichbehandlung und der damit verbundenen Benachteiligung der Arbeitnehmer, die den Nachweis einer Corona-Impfung nicht erbringen und damit keinen Anspruch auf die Sonderleistung haben. Insofern ist von erheblicher rechtfertigender Bedeutung, dass die Einführung eines zu der vorbeschriebenen Differenzierung führenden Anreizsystems als solche keinen unmittelbaren Einfluss auf die höchstpersönliche, allein von dem Willen des einzelnen Arbeitnehmers abhängige Entscheidung nimmt, die Corona-Schutzimpfung in Anspruch zu nehmen oder nicht. Die Frage der Impfung bleibt damit völlig der freien Entscheidung des Arbeitnehmers überlassen und beeinträchtigt deshalb nicht das ihm allein zustehende höchstpersönliche Recht, sich für oder gegen eine Impfung zu entscheiden. Davon ist jedenfalls solange auszugehen, wie die Sonderleistung ihrem materiellen Wert nach in einem Rahmen bleibt, der zwar mit Blick auf den gewünschten Erfolg eine Anreizwirkung hat bzw. haben muss, die jedoch nicht derart ausgestaltet ist, dass sich ein „ökonomisch“ denkender Arbeitnehmer einer damit gewissermaßen verbundenen „Zwangswirkung“ zur Durchführung der Corona-Schutzimpfung nicht entziehen könnte.

Eine Unangemessenheit zwischen der Ungleichbehandlung nicht geimpfter Arbeitnehmer und dem rechtfertigenden Grund in Gestalt des arbeitgeberseits mit dem Anreizsystem verfolgten Zweck ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt anzunehmen, dass von der Sonderleistung auch Arbeitnehmer ausgeschlossen werden, die zwar impfbereit sind, jedoch aus medizinischen Gründen nicht geimpft werden dürfen. Abgesehen davon, dass das „Risiko“, aufgrund des persönlichen Gesundheitszustands von dem Anreizsystem nicht profitieren zu können, nicht ein Risiko des Arbeitgebers, sondern ein von dem betroffenen Arbeitnehmer zu tragendes allgemeines Lebensrisiko ist, stellen solche, in der Regel nur ausnahmsweise auftretenden Fälle nicht die Gewichtigkeit des Zwecks in Frage, aufgrund dessen ein Anreizsystem geschaffen und die Differenzierung nach dem Impfstatus gerechtfertigt werden kann.

### 3. Kein Verstoß gegen das Maßregelungsverbot

Die Einführung eines Anreizsystems der hier beschriebenen Art stellt auch keine unzulässige Maßregelung im Sinne von § 612a BGB der Arbeitnehmer dar, die von ihrem Recht auf Nichtinanspruchnahme der Schutzimpfung Gebrauch machen. Nach § 612a BGB darf der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme nicht benachteiligen, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte

79 | Vgl. Sodan, *Grundgesetz*, 4. Auflage, Art. 3 Rn. 14, hier zu den Anforderungen der Rechtfertigung einer personenbezogenen Differenzierung im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG.

ausübt. Zwar kann eine Benachteiligung im Sinne des § 612a BGB auch dann gegeben sein, wenn einem Arbeitnehmer Vorteile vorenthalten werden, die der Arbeitgeber anderen Arbeitnehmern gewährt, falls diese Rechte nicht ausüben.<sup>80</sup> Hier von ausgehend könnte § 612a BGB zum Tragen kommen, da die Arbeitnehmer, die sich nicht impfen lassen bzw. keinen Impfnachweis erbringen, im Vergleich mit Arbeitnehmern, die das Recht auf Nichtanspruchnahme des Corona-Impfschutzes nicht ausüben, sich also impfen lassen, benachteiligt werden. Der Anwendbarkeit von § 612a BGB steht nicht entgegen, dass hier nicht ein Recht der Arbeitnehmer aus dem Arbeitsvertrag in Frage steht, sondern außerhalb dessen infektionsschutzrechtlich begründet ist nach § 1 Abs. 1 CoronaImpfV.<sup>81</sup> § 612a BGB erfasst jede Rechtsausübung.<sup>82</sup>

Zu beachten ist jedoch die weitere Voraussetzung des § 612a BGB, wonach die zulässige Rechtsausübung der tragende Grund für die benachteiligende Maßnahme sein muss.<sup>83</sup> Das bedeutet, dass die zulässige Rechtsausübung für das Verhalten des Arbeitgebers nicht bloß den äußeren Anlass bieten darf, vielmehr muss sie wesentliches Motiv für die benachteiligende Maßnahme gewesen sein.<sup>84</sup>

Tragender Grund für das Anreizsystem und die damit verbundene Benachteiligung der Arbeitnehmer, die die Corona-Schutzimpfung nicht in Anspruch nehmen, ist nicht die zulässige Rechtsausübung in Gestalt der freien, höchstpersönlichen Entscheidung, sich nicht impfen zu lassen. Vielmehr sind tragende Gründe die den Arbeitgeber treffenden rechtlichen Schutzpflichten für (sonstige) Arbeitnehmer und Dritte sowie die mit dem Ziel der Verhü-

tung von Ansteckungsgefahren verbundenen wirtschaftlichen Interessen. Im Übrigen scheidet die Anwendbarkeit des § 612a BGB bei Einführung eines Anreizsystems daran, dass diese Regelung zutreffender Ansicht nach nur für solche Fallkonstellationen Bedeutung hat, in denen die Vereinbarung oder Maßnahme der Rechtsausübung zeitlich nachfolgt.<sup>85</sup>

Damit steht § 612a BGB der Einführung eines Anreizsystems der hier beschriebenen Art nicht entgegen.

#### 4. Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats

Sofern in dem Betrieb ein Betriebsrat besteht, hat der Arbeitgeber die gegebenenfalls eingreifende Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG bei der Einführung eines Anreizsystems zu beachten. Von dem vorgenannten Mitbestimmungstatbestand werden unter anderem auch Sonderleistungen erfasst<sup>86</sup>.

## VI. Zusammenfassung der Ergebnisse

Der Arbeitgeber kann weder einseitig mittels des Direktionsrechts nach § 106 GewO noch auf vertraglicher Grundlage die Inanspruchnahme einer Schutzimpfung gegen das Coronavirus anordnen.

Des Weiteren steht dem Arbeitgeber im Hinblick auf den Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers grundsätzlich kein Recht zu, einen Arbeitnehmer allein wegen fehlender Schutzimpfung gegen das Coronavirus ohne Vorliegen von Anhaltspunkten für eine Corona-Infektion bzw. des Verdachts einer solchen Infektion von der Erbringung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung freizustellen.

Die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der arbeitgeberseitigen Geltendmachung eines Anspruchs auf Auskunft über den Impfstatus des Arbeitnehmers kann ohne personenbezogenen Anhaltspunkt für das Vorliegen eines Verdachtsfalls nicht über § 26 Abs. 3 Satz 1 BDSG begründet werden.

Die Förderung der Impfbereitschaft der Arbeitnehmer durch materielle Anreize ist grundsätzlich mit dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz vereinbar und verstößt auch nicht gegen das Maßregelungsverbot des § 612a BGB.

85 | Siehe HWK/Thüsing, § 612a BGB Rn. 8 mit zahlreichen Nachweisen zur Gegenansicht in Rn. 7; siehe auch NK-GA/Boecken, § 612a BGB Rn. 15.

86 | Siehe Fitting, BetrVG, 30. Auflage, § 87 Rn. 413.

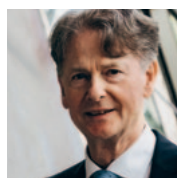
80 | BAG, 18.9.2007, 3 AZR 639/06, juris Rn. 27.

81 | IdF vom 8.2.2021, BAnz AT 08.02.2021 VI, siehe schon oben unter I.

82 | Siehe HWK/Thüsing, § 612a BGB Rn. 12.

83 | BAG, 18.9.2007, 3 AZR 639/06, juris Rn. 27.

84 | BAG, 16.10.2013, 10 AZR 9/13, juris Rn. 38; BAG, 20.12.2012, 2 AZR 867/11, juris Rn. 45.



Prof. Dr. Winfried Boecken



Liebe Kolleginnen, liebe Kollegen, die RAK des Saarlandes hat den SAV gebeten, die Mitglieder nochmals dringend darauf hinzuweisen, sich für das beA anzumelden und so die Haftungsgefahr bei unterlassener Registrierung zu vermeiden und ihren berufsrechtlichen Pflichten nachzukommen.

## Fehlende Erstregistrierung beA

Sehr geehrte Damen und Herren,

seit dem 01.01.2018, spätestens aber seit dem 03.09.2018, hat die Bundesrechtsanwaltskammer für jeden zugelassenen Rechtsanwalt ein besonderes elektronisches Anwaltspostfach (beA) eingerichtet. Alle zugelassenen Rechtsanwälte und ihre Zustellungsbevollmächtigten sind dazu verpflichtet, sich Zugang zu dem von der Rechtsanwaltskammer empfangsbereit eingerichteten jeweiligen elektronischen Postfach zu verschaffen. Dies erfordert die Durchführung einer so genannten Erstregistrierung, um Zustellungen und Empfang von Mitteilungen zur Kenntnis nehmen zu können. Dieser Umstand ist Ihnen bereits durch Schreiben der Rechtsanwaltskammer vom 17.05.2019 zur Kenntnis gebracht worden.

Leider haben wir feststellen müssen, dass Sie bislang immer noch nicht die Erstregistrierung an Ihrem beA durchgeführt haben, weshalb die Kammer ausdrücklich auf Folgendes hinweist:

Nach § 31 a VI BRAO besteht die berufsrechtliche Verpflichtung für jeden zugelassenen Rechtsanwalt, die für die Nutzung des beA-Postfach erforderlichen technischen Einrichtungen vorzuhalten sowie Zustellungen und den Zugang von Mitteilungen über das beA zur Kenntnis zu nehmen (sogenannte passive Nutzungspflicht). Auch wenn die Erstregistrierung von Ihnen noch nicht vorgenommen wurde, kann Ihr Postfach Nachrichten empfangen, die als zugegangen gelten. Um Zustellungen und den Zugang von Mitteilungen über das beA zur Kenntnis nehmen zu können, bedarf es zunächst der Erstregistrierung, d.h. des Herunterladens der so genannten Client Security und der anschließenden Erstanmeldung. Ohne Registrierung ist das Postfach nicht einsehbar, und wer nicht registriert ist, erhält auch nicht die sonst üblichen Benachrichtigungsmails, die über jeden Eingang im Postfach informieren. Wurde die Nachricht mit Empfangsbekanntnis versandt, gehört auch die Rücksendung des EB per beA zu den anwaltlichen Pflichten.

Die fehlende Erstregistrierung kann weitreichende berufsrechtliche Konsequenzen mit sich bringen.

Viele Gerichte nutzen bereits die Möglichkeit, gegen elektronisches Empfangsbekanntnis zuzustellen (§ 174 Abs. 4 S. 3 ZPO). Die fehlende Mitwirkung an einer ordnungsgemäßen Zustellung stellt – neben den sich ergebenden prozessualen Folgen – eine Berufspflichtverletzung gemäß § 14 BORA dar, die ein berufsrechtliches Aufsichtsverfahren nach sich ziehen kann. Wer die Erstregistrierung unterlassen hat, kann sich dann aber nicht darauf berufen, von der eingegangenen Nachricht nichts gewusst zu haben und also auch nicht zur Bestätigung des Eingangs in der Lage gewesen zu sein.

Die fehlende Erstregistrierung stellt aber auch einen Verstoß gegen die Pflicht dar, den Anwaltsberuf gewissenhaft auszuüben und sich innerhalb des Berufs der Achtung und des Vertrauens würdig zu erweisen, welche die Stellung des Rechtsanwalts erfordert,

sowie dabei insbesondere der konkreten Handlungsanforderung des § 31 a VI BRAO zu genügen. Die fehlende Erstregistrierung führt zu einer erheblichen Gefährdung der Mandanten, da der Rechtsanwalt nicht feststellen kann, ob ihm über das beA etwas zugestellt wird. Derartige Zustellungen können Fristen enthalten, deren Versäumung zulasten der Mandanten gehen, so dass ein erhebliches Gefährdungspotenzial vorliegt.

Wie gravierend die Folgen eines solchen Verstoßes sein können, zeigt ein Urteil des Anwaltsgericht Nürnberg vom 31.01.2020 (AnwG I - 19/19). In der Sache ging es um einen Kollegen, der auf Zustellungen unter Rechtsanwälten nach § 195 ZPO, die an sein beA gerichtet wurden, nicht reagierte. Das elektronische Empfangsbekanntnis gab er nicht ab. Auch auf eine ausdrückliche Aufforderung des Kollegen, den beA-Posteingang zu überprüfen, reagierte er nicht. In der mündlichen Verhandlung vor dem Anwaltsgericht räumte der Angeklagte den ihm zur Last gelegten Sachverhalt ein und bekundete zugleich, nach wie vor keine Erstregistrierung vorgenommen zu haben. Die Anwaltsrichter sahen hierin einen Verstoß gegen § 43 BRAO i.V.m. § 31 a VI BRAO und gegen § 14 BORA und verurteilten den beA-Verweigerer zu einem Verweis und einer Geldbuße i.H.v. 3.000,00 €. Die Verpflichtung des Rechtsanwalts zur Erstregistrierung ist bereits mehrfach gerichtlich entschieden, so beispielsweise BVerfG-Beschluss vom 20.12.2017 (1 BvR 223/17); BGH-Urteil vom 11.01.2016 (AnwG (Brfg) 335/15); BGH-Beschluss vom 23.05.2019 (AnwG (Brfg) 15/19) sowie OLG Dresden, Urteil vom 18.11.2019 (4 U 2188/19).

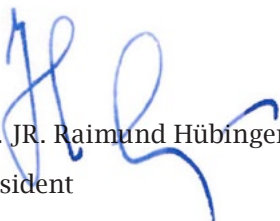
Es ergeben sich darüber hinaus aber auch haftungsrechtliche Probleme, da z.B. die Justiz immer mehr dazu übergeht, Gerichtskostenrechnungen und Terminladungen über beA elektronisch zu versenden. Die entstehenden Risiken sind allerdings nicht versicherbar, weil die Berufshaftpflichtversicherungen die fehlende Erstregistrierung nicht als ausreichende Entschuldigung dafür gelten lassen werden, dass Sie entsprechende Benachrichtigungen über das beA nicht zur Kenntnis genommen haben.

Wir möchten Sie daher erneut dringend dazu anhalten, Ihrer berufsrechtlichen Verpflichtung zur Erstregistrierung bis allerspätestens 12.03.2021 nachzukommen und bei der Bundesnotarkammer Ihre beA-Karte (Basis- oder Signaturkarte) und gegebenenfalls ein passendes Kartenlesegerät zu bestellen. Nach Erhalt der beA-Karte und des Lesegerätes ist die Erstregistrierung am beA-System vorzunehmen. Erst dann ist Ihr Postfach vollständig aktiv, so dass Sie sich anmelden und Nachrichten öffnen bzw. lesen sowie selbst Nachrichten versenden können. Die für die Bestellung erforderliche SAFE-ID findet jedes Mitglied im bundesweiten amtlichen Anwaltsverzeichnis unter [www.rechtsanwaltsregister.org](http://www.rechtsanwaltsregister.org) bei seinem Eintrag unter der Rubrik „Info“. Zur Identifizierung, die im Falle einer Signaturkarte kraft Gesetzes vorgenommen werden muss, bietet die Rechtsanwaltskammer des Saarlandes für alle Mitglieder kostenlos das so genannte Kammeridentverfahren an, dass ausschließlich in der Geschäftsstelle der Rechtsanwaltskammer des Saarlandes durchgeführt wird. Sollten Sie davon Gebrauch machen wollen, wird um telefonische Terminvereinbarung gebeten.

Weitere Informationen über das beA finden Sie auf der Seite [portal.beasupport.de](http://portal.beasupport.de)

Mit freundlichen kollegialen Grüßen

RA. JR. Raimund Hübinger  
Präsident



# Höchste Auszeichnung für JR Prof. Dr. Egon Müller

Marthe GAMPFER | Rechtsanwältin | Saarbrücken

*„Der Saarländische Verdienstorden ist die höchste Auszeichnung des Saarlandes und entspricht einem Bundesverdienstkreuz 1. Klasse. Der Orden wird vom Ministerpräsidenten für besondere Verdienste um das Saarland verliehen.“<sup>1</sup>*

Zum Ende des letzten Jahres wurde diese besondere Auszeichnung einem unserer Mitglieder zuteil.

JR Prof. Dr. Egon Müller erhielt am 11.12.2020 in der Staatskanzlei von Ministerpräsident Tobias Hans für seine langjährige ehrenamtliche Tätigkeit den Saarländischen Verdienstorden verliehen und wurde von ihm für sein ehrenamtliches Engagement gewürdigt:

*„Das intensive persönliche und ehrenamtliche Engagement von Prof. Dr. Müller ist beispielhaft. Er hat sich auf vielfältige und unterschiedliche Art und Weise für das Saarland eingesetzt. Mit seinem langjährigen Engagement als ehrenamtlicher Vorstandsvorsitzender der StudienStiftungSaar – und heute als Ehrenvorsitzender – hat er maßgeblich zum Erfolg der Stiftung beigetragen und damit ausschlaggebend einen wichtigen Beitrag für die Zukunft des Saarlandes geleistet. Die Stiftung hat sich unter seinem Vorsitz zu einem bundesweit beachteten Aushängeschild im Bereich der Begabtenförderung entwickelt. Die Studienstiftung übernimmt nicht nur zentral die Abwicklung der Stipendien für alle Hochschulen im Saarland, sondern auch die Akquise der Stipendienmittel und dies mit sichtbarem Erfolg. Ohne das tatkräftige Wirken von Prof. Dr. Egon Müller wäre diese saarländische Erfolgsgeschichte nicht möglich gewesen.“<sup>2</sup>*

Bereits 2003 wurde Prof. Dr. Egon Müller zum Justizrat ernannt. Über lange Jahre war er Mitglied des Strafrechtausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer und des Strafrechtausschusses des Deutschen Anwaltvereins sowie Mitglied des Landesprüfungsamtes für Juristen. 2004 wurde er zum Saarlandbotschafter gewählt und bekam 2012 die Ärztplakette der Ärztekammer des Saarlandes.

Die Liste seiner ehrenamtlichen Tätigkeiten ist lang: er war über viele Jahre Mitglied des Ausschusses Telekommunikation, Datenverkehr und Datenschutz im DAV, Gründungs-Vorstand des Medizinisch-Juristischen Arbeitskreises Saar, Mitglied der Ethik-Kommission bei der Ärztekammer des Saarlandes sowie Gründungsmitglied, Vorstand und heute Ehrenvorsitzender des Saarbrücker Rechtsforums und weiterhin Mitglied des Vorstandes der Fritsche-Stiftung Wissenschaftliches Forum und des Vorstandes des Vereins der Freunde des Universitätsklinikums und Ehrenmitglied der südwestdeutschen Gesellschaft für Urologie.

Seine ehrenamtlichen Tätigkeiten sind nicht nur vielseitig, sondern auch mit erfolgreichem Engagement verbunden: Im Jahr 2020 investierte die StudienStiftungSaar über 1 Mio. € in junge Talente, 400 Stipendien standen so an den Hochschulen im Saarland zur Verfügung. Seit dem Start der Vergabe der Deutschlandstipendien liegt das Saarland im bundesweiten Vergleich zudem auf Platz 1.<sup>3</sup>

Wir freuen uns daher sehr, Prof. Dr. Egon Müller als ein langjähriges Mitglied unseres Saarländischen Anwaltvereins zu wissen und gratulieren herzlich zur wohlverdienten Auszeichnung mit dem Saarländischen Verdienstorden.

1 | Staatskanzlei Saarland, Orden und Auszeichnungen, Info vom 09.12.2019 [https://www.saarland.de/stk/DE/aufgaben-projekte/aufgaben/protokoll/ordenundauszeichnungen/orden\\_und\\_auszeichnungen.html](https://www.saarland.de/stk/DE/aufgaben-projekte/aufgaben/protokoll/ordenundauszeichnungen/orden_und_auszeichnungen.html)

2 | Staatskanzlei Saarland, Medieninfo vom 11.12.2020, Staatskanzlei Ehrenamt [https://www.saarland.de/stk/DE/aktuelles/medieninfos/medieninfo/2020/pm\\_2020-12-11-Auszeichnung-Prof-M%C3%BCller.html](https://www.saarland.de/stk/DE/aktuelles/medieninfos/medieninfo/2020/pm_2020-12-11-Auszeichnung-Prof-M%C3%BCller.html)

3 | Zahlen und Fakten entnommen der Homepage „StudienStiftungSaar“ – <https://studienstiftungsaar.de> (26.02.2021)



### JR Prof. Dr. Egon Müller

verheiratet, 2 Kinder

- 1938 geboren in Frankenholz
- 1957 – 61 Studium der Rechtswissenschaften in Saarbrücken und Heidelberg
- 1961 Erste Juristische Staatsprüfung
- 1961 – 70 Assistent am Kriminologischen Institut der Universität des Saarlandes (Direktor Prof. Dr. Gerhard Kielwein)
- 1965 Zweite Juristische Staatsprüfung
- 1966 Promotion zum Dr. jur.
- 1970 Aufnahme der anwaltlichen Tätigkeit in der Kanzlei Rodenbüsch-Heimes heute HEIMES & MÜLLER
- 1971 Aufnahme in die Sozietät HEIMES & MÜLLER
- 1987 Honorarprofessor an der Universität des Saarlandes für Strafrecht und Strafprozessrecht (Arbeitsstelle: Recht der Strafverteidigung)
- 2003 Ernennung zum Justizrat
- 2004 Wahl zum Saarlandbotschafter
- 2012 Erhalt der Ärzteplakette der Ärztekammer des Saarlandes
- 2020 Verleihung des Saarländischen Verdienstordens



## Fast eine Glosse

Von JR Prof. Dr. Egon MÜLLER

„Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden“. Mit diesem Postulat normiert das Gesetz – wortgleich in Art. 101 I 2 GG und in § 16 S. 2 GVG – ein „Strukturprinzip der rechtsprechenden Gewalt“ (Arndt, JZ 1956, 633) und damit zugleich ein „Kernstück des Rechtsstaats“. Der BGH sieht in ihm einen „Eckpfeiler des rechtsstaatlichen Prozessierens“ (BGH NJW 1947, 1452).

Der Verteidiger bereitete sich auf eine Hauptverhandlung vor, indem er die Strafakte zum wiederholten Mal studierte. Ihm fiel in einer Beiakte auf, dass sein Mandant als Zeuge wegen Falschaussage in anderer Sache rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe zur Bewährung verurteilt worden war und der Vorsitzende der Strafkammer als beisitzender Richter dieses Urteil mitunterschrieben hatte.

Der Verteidiger las dieses Urteil mit kritischem Blick mehrmals durch und entdeckte, dass sein Mandant als „notorischer Lügner“ bezeichnet worden war.

Er erwog im Hinblick auf diese eindeutige Überzeugung des damaligen Gerichts, den Vorsitzenden wegen Besorgnis der Befangenheit zu Beginn der Hauptverhandlung abzulehnen.

Der jahrzehntelangen beruflichen Kontakte zum Vorsitzenden wegen suchte der Verteidiger ihn wenige Tage vor dem Termin auf, kündigte sein Vorhaben an, um eine Selbstablehnung zu ermöglichen. Ferner wies er darauf hin, dass er die einschlägige Rechtsprechung des BGH kenne, sie aber für falsch halte und erforderlichenfalls sich an das Bundesverfassungsgericht wenden werde.

Der Vorsitzende reagierte betroffen, meinte aber, in keiner Weise befangen zu sein und erklärte, den Verteidiger nicht beeinflussen zu wollen. Er verwies allerdings auf ein älteres Zitat eines Bundesanwalts, der ein Befangenheitsgesuch als Ohrfeige, Blamage und Niederlage des Richters einschätzte.

Am Hauptverhandlungstag wollte der Verteidiger den Vorsitzenden vor der Sitzung in seinem Dienstzimmer aufsuchen. Die Tür war verschlossen. Auf der Geschäftsstelle erfuhr er, dass der Vorsitzende kurzfristig grippal erkrankt sei und daher heute nicht erscheinen werde. Den Vorsitz nach dem Geschäftsverteilungsplan führe der Stellvertreter, der an jener Hauptverhandlung, in der der Mandant früher verurteilt worden war, nicht teilgenommen hatte.

Die Hauptverhandlung verlief normgemäß. Das Verfahren wurde im Ergebnis gemäß § 153 a StPO eingestellt.

Wochen später traf der Vorsitzende den Verteidiger in anderer Sache wieder. Er zog ihn zur Seite und sagte ihm leise „entre nous deux“, dass die grippale Erkrankung damals nur taktisch bedingt gewesen sei.

*Difficile est, satiram non scribere.*



JR Prof. Dr. Egon Müller

# Neuregelung des Verbots der Vertretung widerstreitender Interessen

Andreas HANDZIUK | Rechtsanwalt | Geschäftsführer der RAK des Saarlandes

## Neuregelung des Verbots der Vertretung widerstreitender Interessen in § 43a IV, V und VI BRAO-E und § 45 I und II BRAO-E

Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften sowie zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe enthält neue Regelungen bei den Tätigkeitsverboten für Rechtsanwälte. Die geplanten Neuregelungen im Regierungsentwurf lauten wie folgt:

### § 43 a Absätze 4 – 6 BRAO-E

„(4) Der Rechtsanwalt darf nicht tätig werden, wenn er

1. einen anderen Mandanten in derselben Rechtssache bereits im widerstreitenden Interesse beraten oder vertreten hat oder
2. in Ausübung seines Berufs im Rahmen eines anderen Mandatsverhältnisses eine vertrauliche Information erhalten hat, die für die Rechtssache von Bedeutung ist und deren Verwendung in der Rechtssache im Widerspruch zu den Interessen des Mandanten des vorhergehenden Mandats stehen würde.

Das Tätigkeitsverbot gilt auch für Rechtsanwälte, die ihren Beruf in einer Berufsausübungsgesellschaft mit einem Rechtsanwalt ausüben, der nach Satz 1 Nummer 1 nicht tätig werden darf. Ein Tätigkeitsverbot nach Satz 2 bleibt bestehen, wenn der Rechtsanwalt, der nach Satz 1 ausgeschlossen ist, die Berufsausübungsgesellschaft verlässt. Satz 1 Nummer 2 und die Sätze 2 und 3 sind nicht anzuwenden, wenn die betroffenen Mandanten der Tätigkeit des Rechtsanwalts nach umfassender Information in Textform zugestimmt haben und geeignete Vorkehrungen die Einhaltung der Verschwiegenheit des Rechtsanwalts sicherstellen. Wenn nach Satz 1 ein Tätigkeitsverbot für eine Berufsausübungsgesellschaft angeordnet wird, besteht die Möglichkeit der Zustimmung des

Mandanten nach Satz 4 auch in Bezug auf das Tätigkeitsverbot nach Satz 1 Nummer 1. Soweit es für die Prüfung eines Tätigkeitsverbots nach Satz 2 erforderlich ist, dürfen der Verschwiegenheitspflicht unterliegende Tatsachen einem Rechtsanwalt auch ohne Einwilligung des Mandanten offenbart werden.

- (5) Absatz 4 Satz 1 gilt entsprechend für die Tätigkeit als Referendar im Vorbereitungsdienst im Rahmen der Ausbildung bei einem Rechtsanwalt. Absatz 4 Satz 2 ist nicht anzuwenden, wenn dem Tätigkeitsverbot nach Absatz 4 Satz 1 Nummer 1 eine Tätigkeit als Referendar im Vorbereitungsdienst im Rahmen der Ausbildung bei einem Rechtsanwalt zugrunde liegt.
- (6) Absatz 4 Satz 1 gilt entsprechend für ein berufliches Tätigwerden des Rechtsanwalts außerhalb des Anwaltsberufs, wenn für ein anwaltliches Tätigwerden ein Tätigkeitsverbot nach Absatz 4 Satz 1 bestehen würde.“

### § 45 BRAO-E

- „(1) Der Rechtsanwalt darf nicht tätig werden, wenn er
1. in derselben Rechtssache bereits tätig geworden ist als
    - a) Richter, Staatsanwalt, Angehöriger des öffentlichen Dienstes oder als im Vorbereitungsdienst bei diesen Personen tätiger Referendar,
    - b) Schiedsrichter, Schlichter oder Mediator oder
    - c) Notar, Notarvertretung, Notariatsverwalter, Notarassessor oder als im Vorbereitungsdienst bei einem Notar tätiger Referendar,
  2. in derselben Angelegenheit, mit der er bereits als Insolvenzverwalter, Nachlassverwalter, Testamentsvollstrecker oder Betreuer oder in ähnlicher Funktion befasst war, gegen den Träger des von ihm verwalteten Vermögens vorgehen soll, oder

3. in derselben Angelegenheit bereits außerhalb seiner Tätigkeit als Rechtsanwalt für eine andere Partei im widerstreitenden Interesse beruflich tätig geworden ist.

(2) Ein Tätigkeitsverbot gilt auch für Rechtsanwälte, die ihren Beruf ausüben in einer Berufsausübungsgesellschaft

1. mit einem Rechtsanwalt, der nach Absatz 1 nicht tätig werden darf, oder
2. mit einem Angehörigen eines anderen Berufs nach § 59c Absatz 1 Satz 1, dem ein Tätigwerden bei entsprechender Anwendung des Absatzes 1 untersagt wäre.

Satz 1 ist nicht anzuwenden, soweit dem Tätigkeitsverbot nach Absatz 1 eine Tätigkeit als Referendar im Vorbereitungsdienst nach Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe a oder c zugrunde liegt. Ein Tätigkeitsverbot nach Satz 1 bleibt bestehen, wenn der Rechtsanwalt, der nach Absatz 1 nicht tätig werden darf, die Berufsausübungsgesellschaft verlässt. Satz 1 findet in den Fällen, in denen das Tätigkeitsverbot auf Absatz 1 Nummer 3 beruht, keine Anwendung, wenn die betroffenen Personen der Tätigkeit nach umfassender Information in Textform durch den Rechtsanwalt zugestimmt haben und geeignete Vorkehrungen die Verhinderung einer Offenbarung vertraulicher Informationen sicherstellen. Soweit es für die Prüfung eines Tätigkeitsverbots erforderlich ist, dürfen der Verschwiegenheit unterliegende Tatsachen einem Rechtsanwalt auch ohne Einwilligung der betroffenen Person offenbart werden.“

## I. Änderung des § 43 a Absätze 4 – 6

Bisher wurde das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen nach § 43 a Absatz 4 BRAO alleine durch die Satzungsregelung des § 3 BORA näher ausgestaltet. Nunmehr sollen die Grundsätze der Interessenkollision angesichts der grundlegenden Bedeutung der Berufspflicht detailliert gesetzlich geregelt werden. Dies ist ausdrücklich zu begrüßen. Zweck der Regelung sind die Sicherung des Vertrauensverhältnisses zu Mandanten, die Wahrung der anwaltlichen Unabhängigkeit und die Geradlinigkeit anwaltlicher Berufsausübung, die im Interesse der Rechtspflege geboten ist.

## 1. § 43 a Absatz 4 Satz 1 BRAO-E soll künftig 2 Alternativen anwaltlicher Tätigkeitsverbote enthalten

a) Die in § 43 a Absatz 4 Satz 1 Ziffer 1 BRAO-E vorgesehene Regelung zur Vorbefassung in derselben Rechtssache entspricht im Wesentlichen dem geltenden Recht in § 3 Absatz 1 Satz 1 Alt. BORA. Es bleibt daher verboten, dass ein Rechtsanwalt in derselben Rechtssache widerstreitende Interessen berät oder vertritt. Das Verbot setzt einen aktuell vorhandenen Interessenwiderstreit voraus. Bei der Beurteilung der Interessen muss die konkrete Einschätzung des betroffenen Mandanten besonders berücksichtigt werden.

b) Neu aufgenommen werden soll ein § 43 a Absatz 4, Satz 1 Nr.2 BRAO-E. Der Gesetzgeber beschreibt dieses Verbot als Tätigkeitsverbot bei „Erlangung sensiblen Wissens“. Es sollen solche Fälle erfasst werden, in denen ein Rechtsanwalt bei der anwaltlichen Tätigkeit in einem früheren Mandat vertrauliche Informationen im Mandat erlangt hat, diese Informationen für eine neue Rechtssache von Bedeutung sind und entgegen den Interessen des vorherigen Mandanten genutzt werden können. Damit sollen vertrauliche Informationen geschützt werden, die der Rechtsanwalt im Rahmen eines Mandatsverhältnisses erhalten hat. Hinsichtlich dieser Informationen soll der Mandant darauf vertrauen können, dass der Rechtsanwalt diese in einem späteren Mandat nicht gegen ihn verwendet. Nach der Gesetzesbegründung setzt die Regelung zunächst voraus, dass das vertraulich erlangte sensible Wissen aus der früheren Mandatsbeziehung solche Informationen betrifft, die für die neue Rechtssache von Bedeutung sind. Das soll namentlich dann der Fall sein, wenn die Information Einfluss auf die rechtliche Bewertung oder die erforderlichen rechtlichen Schritte hat. Das Tätigkeitsverbot greift ein, wenn die (hypothetische) Verwendung dieser Information in der neuen Rechtssache im Widerspruch zu den Interessen des früheren Mandanten stehen würde. Nach der Gesetzesbegründung soll hierdurch der Schutz der Vertrauensbeziehung zwischen Rechtsanwalt und Mandant verbessert werden.

c) Die in § 43 a Absatz 4 Satz 1 Ziffer 2 BRAO-E vorgesehene Erweiterung des Tätigkeitsverbots ist verfehlt. Sie begegnet sowohl in grundsätzlicher Hinsicht als auch in praktischer Hinsicht durchgreifenden Bedenken. Die Vertraulichkeit von Informationen aus früheren Mandaten wird bereits durch die Berufspflicht zur Verschwiegenheit umfassend und in den Grenzen des § 203 Absatz 1 Ziffer 3 StGB strafbewehrt geschützt. Die Verschwiegenheitspflicht verpflichtet den Rechtsanwalt, ihm im Rahmen des Mandatsverhältnisses bekannt gewordene Umstände vertraulich zu behandeln und nicht ohne Zustimmung des Mandanten zu offenbaren. Das vorgesehene neue Tätigkeitsverbot würde eine erhebliche Vorverlagerung des Schutzes der Vertraulichkeit mandatsbezogener Informationen begründen, da der Rechtsanwalt danach bereits dann nicht tätig werden darf, wenn ihm aus einem früheren Mandat eine Information bekannt geworden ist, deren Verwendung in der neuen Rechtssache im Widerspruch zu den Interessen des früheren Mandanten stehen könnte. Angeknüpft wird hiernach an eine abstrakte Gefahrenlage.

Nach bisheriger Rechtslage (§ 3 Absatz 1 1. Alt BORA) setzt das Tätigkeitsverbot aber einen aktuell vorhandenen Interessenwiderstreit voraus, wobei bei der Beurteilung der Interessen die konkrete Einschätzung des betroffenen Mandanten besonders berücksichtigt werden muss.

Das neue Tätigkeitsverbot würde aber unabhängig von einer konkreten Gefährdungslage in Bezug auf die Mandanteninteressen eingreifen, da es bereits an eine abstrakte Gefährdungslage anknüpft, namentlich an die abstrakte Möglichkeit, dass eine bestimmte dem Rechtsanwalt bekannt gewordene Information im (hypothetischen) Fall ihrer Verwendung in einem anderen Mandat im Widerspruch zu den Interessen des früheren Mandanten stehen würde.

Es ist nicht ersichtlich, dass eine derartige umfassende Vorverlagerung des Tätigkeitsverbots auf eine lediglich abstrakte Gefahrenebene zur Wahrung bedeutender Gemeinwohlinteressen erforderlich ist. Es kann davon ausgegangen werden, dass ein Rechtsanwalt bereits seine umfassende und effektive Berufspflicht zur Verschwiegenheit einhalten wird und dass es daher zu weit geht,

zur Absicherung dieser Verschwiegenheitspflicht vorbeugend die Niederlegung von Mandaten bzw. das Verbot des Tätigwerdens anzuordnen.

Daneben ergeben sich aber auch praktische Einwände gegen die neue Vorschrift des § 43 a Absatz 4 Satz 1 Ziffer 2 BRAO-E. Sie verlangt dem Rechtsanwalt nämlich ab, jenseits der konkreten Mandatsführung zu jeder Zeit abstrakt zu prüfen, ob irgendeine vertrauliche Information aus einem anderen Mandat in dem neuen Mandat bedeutsam sein und ihre Verwendung im Widerspruch zu den Interessen des früheren Mandanten stehen könnte. Dies ist in hohem Maße unpraktikabel und auch zum Schutz der Mandanteninteressen nicht erforderlich. Unvertretbar ist überdies, dass das neue Tätigkeitsverbot schon dann eingreift und zur Ablehnung bzw. Niederlegung eines Mandates zwingt, wenn dessen abstrakte Voraussetzungen vorliegen, ohne dass es auf die konkrete Mandatsführung durch den Rechtsanwalt ankäme. Ebenso wird sich zu Beginn einer Mandatsbeziehung überhaupt nicht beurteilen lassen, welche konkreten Informationen im Verlauf der Mandatsbeziehung bedeutsam sind bzw. werden können, da sich dies typischerweise erst im Zuge der Mandatsbearbeitung und Interessenwahrnehmung zeigt. Nach alledem ist das im BRAO-E vorgesehene Tätigkeitsverbot des § 43 a Absatz 4 Satz 1 Ziffer 2 abzulehnen.

## 2. Erstreckung

- a) § 43 a Absatz 4 Satz 2 BRAO-E erstreckt das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen auf die Gesellschafter einer Berufsausübungsgesellschaft und ebenso auf angestellte und freie Mitarbeiter. Die Regelung entspricht grundsätzlich dem geltenden Recht nach § 3 Absatz 2 Satz 1 BORA. Die Sozietäterstreckung beschränkt sich dabei aber lediglich auf das Verbot widerstreitender Interessen. Im Fall des Tätigkeitsverbots aufgrund bedeutsamer vertraulicher Informationen (§ 43 a Absatz 4 Satz 1 Ziffer 2 BRAO-E) ist eine Sozietäterstreckung dagegen nicht erforderlich und würde auch den Sozietätswechsel übermäßig erschweren. Allerdings ist die Berufsausübungsgesellschaft selbst über § 59 e Absatz 1 Satz 1 BRAO-E an das Tätigkeitsverbot gebunden, wenn diese den Mandatsvertrag abschließt.

b) Anders als nach § 3 Absatz 2 Satz 1 BORA soll jedoch die Bürogemeinschaft nicht in den Anwendungsbereich einbezogen werden, da es insoweit an einem Vertrauensverhältnis zwischen dem Mandanten und dem Partner der Bürogemeinschaft fehlt. Die Herausnahme der Bürogemeinschaft aus der Sozietätserstreckung ist zu begrüßen, zumal nach § 59 q Absatz 2 BRAO-E die in der Bürogemeinschaft tätigen Rechtsanwälte verpflichtet sind, angemessene organisatorische und technische Maßnahmen zur Absicherung ihrer Berufspflichten, insbesondere ihrer Verschwiegenheitspflicht zu treffen.

c) Überfällig ist auch die Klarstellung in § 43 a Abs. 4 Satz 3 BRAO-E, dass bei dem Wechsel eines persönlich nicht vorbefassten Rechtsanwalts keine Infizierung der aufnehmenden Berufsausübungsgesellschaft erfolgt und, dass der Wechsel eines vorbefassten Rechtsanwalts in eine andere Berufsausübungsgesellschaft die aufnehmende Berufsausübungsgesellschaft daran hindert, das infizierte Mandat anzunehmen oder fortzuführen. Rechtsanwälte der abgebenden Berufsausübungsgesellschaft bleiben auch nach dem Wechsel gehindert, ein interessenkollidierendes Mandat zu übernehmen.

### 3. Einverständniserklärung

a) Nach § 43 a Absatz 4 Satz 4 BRAO-E kann, so wie es auch das geltende Recht bereits in § 3 Absatz 2 Satz 2 BORA vorsieht, die Erstreckung des Verbots auf Berufsausübungsgesellschaften dadurch vermieden werden, dass die betroffenen Mandanten sich nach umfassender Information mit der Doppelvertretung einverstanden erklären und die Einhaltung der Verschwiegenheit durch geeignete Vorkehrungen sichergestellt wird. Nach der Gesetzesbegründung müssen wirksame Schutzsysteme (chinese walls) die Mandatsbearbeitung strikt und überprüfbar trennen, und zwar sowohl personell als auch sachlich, insbesondere durch passwortgeschützte Dateien, und auch räumlich. Eine darüberhinausgehende Prüfung der „Belange der Rechtspflege“ soll es nicht mehr geben. Dies ist sachgerecht.

b) Auch die Übernahme eines Mandats für dessen Bearbeitung vertrauliche Informationen aus einem anderen Mandat von Bedeutung sind

(§ 43 a Absatz 4 Satz 1 Ziffer 2 BRAO-E) soll unter den Voraussetzungen des § 43 a Absatz 4 Satz 4 BRAO-E zulässig sein (§ 43a Abs. 4 Satz 5 BRAOE).

### 4. Kollisionsprüfung

Zur Vermeidung der Übernahme von Mandaten entgegen Absatz 4 müssen Rechtsanwälte eine Konfliktprüfung vornehmen. Insbesondere im Fall eines Sozietätswechsels können dabei Konflikte mit der Verschwiegenheitspflicht auftreten. Deshalb soll durch Absatz 4 Satz 6 eine Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht gestattet werden, soweit diese für eine Kollisionsprüfung erforderlich ist.

### 5. Referendare im Vorbereitungsdienst beim Anwalt

a) § 43 a Absatz 5 BRAO-E regelt die Anwendung der Tätigkeitsverbote auf Referendare im Vorbereitungsdienst im Rahmen der Ausbildung bei einem Rechtsanwalt. Da diese anwaltliche Aufgaben wahrnehmen, ist es nach der Gesetzesbegründung sowohl zum Schutz des anwaltlichen Vertrauensverhältnisses, als auch zur Wahrung der Geradlinigkeit anwaltlicher Beratung geboten, die Pflichten nach § 43 a Absatz 4 BRAO-E auch auf Referendare zu erstrecken. Es wird daher in Absatz 5 klargestellt, dass Referendare den gleichen Pflichten unterliegen wie Anwälte, soweit sie im Vorbereitungsdienst im Rahmen der Ausbildung bei einem Rechtsanwalt tätig sind. Von der Erstreckung nicht umfasst sind dagegen wissenschaftliche Mitarbeiter, da diese in einer Rechtsanwaltskanzlei nur für Hilfstätigkeiten eingesetzt werden können und daher eine Vertretung von Mandanten nicht erlaubt ist. Diese gesetzgeberische Klarstellung ist zu begrüßen.

b) Ebenso ist zu begrüßen, dass von einer Sozietätserstreckung bei Referendaren abgesehen werden soll. Referendare sind nicht Teil der Berufsausübungsgesellschaft und daher ist es ausreichend, wenn nur sie selbst einem Tätigkeitsverbot unterliegen. Andernfalls würde der Berufseinstieg nach Abschluss der Ausbildung übermäßig erschwert werden. Damit sind persönlich vorbefasste Referendare nur persönlich für gegenläufige Mandate gesperrt.

## 6. Erstreckung bei außerberuflichem Tätigwerden

§ 43 a Absatz 6 BRAO-E erstreckt das Verbot des Tätigwerdens auf Fälle, in denen der Rechtsanwalt zunächst anwaltlich in einer Angelegenheit tätig geworden ist, und sodann außerhalb der anwaltlichen Tätigkeit für die andere Seite im widerstreitenden Interesse beruflich tätig wird oder bei der anwaltlichen Tätigkeit eine für die Gegenseite in der Angelegenheit bedeutsame vertrauliche Information erhalten hat. Nach der Gesetzesbegründung soll der Mandant darauf vertrauen dürfen, dass der Rechtsanwalt nicht in derselben Angelegenheit für den Gegner tätig wird, gleich ob anwaltlich oder nicht anwaltlich. Gleiches gelte für durch die anwaltliche Tätigkeit erlangte vertrauliche Informationen. Es könne nicht hingenommen werden, dass beispielsweise bei einer anwaltlichen Beratung bekannt gewordene Strategieentscheidungen bei einer außeranwaltlichen Tätigkeit für einen Konkurrenten nutzbar gemacht würden. Absatz 6 knüpft damit an die bisherige Regelung des § 45 Absatz 2 an. Der Regelungsgehalt soll allerdings nunmehr in § 43 a Absatz 6 BRAO-E verortet werden und nicht mehr in § 45 BRAO-E, da zukünftig in § 43 a Absatz 4 BRAO-E alle Fälle anwaltlicher Vorbefassung geregelt werden sollen und in § 45 BRAO-E Vorbefassungen außerhalb einer anwaltlichen Tätigkeit (nicht anwaltliche Vorbefassung). Einschränkend gegenüber dem bisherigen § 45 Absatz 2 BRAO soll die nichtanwaltliche Nachbefassung jedoch nur in den Fällen ausgeschlossen werden, in denen ein Interessenkonflikt vorliegt.

## II. Im Folgenden nun kurz zu den Änderungen in § 45 BRAO-E

§ 45 BRAO-E soll zukünftig ausschließlich Tätigkeitsverbote für Fälle nichtanwaltlicher Vorbefassung regeln. Tätigkeitsverbote bei gleichzeitiger oder vorheriger anwaltlicher Tätigkeit sind – wie bereits oben dargestellt – Gegenstand der Regelung des § 43 a Absatz 4 BRAO-E.

**1.** Ein Rechtsanwalt darf nicht tätig werden, wenn er mit derselben Sache bereits in einer Funktion befasst war, die zur Neutralität verpflichtet (§ 45 Absatz 1 Satz 1 Ziffer 1 und 2 BRAO-E; absolutes Tätigkeitsverbot, da eine konkrete Interessenkollision nicht erforderlich ist) und zum anderen darf

ein Rechtsanwalt nicht tätig werden, wenn er mit derselben Sache bereits nichtanwaltlich in einem Zweitberuf oder einer Zweittätigkeit im widerstreitenden Interesse befasst ist oder war (§ 45 Absatz 1 Satz 1 Ziffer 3 BRAO-E; relatives Tätigkeitsverbot).

**2.** § 45 Absatz 2 Satz 1 BRAO-E enthält, wie bereits bisher § 45 Absatz 3 BRAO, eine Erstreckung des Tätigkeitsverbots bei nichtanwaltlicher Vorbefassung auf Berufsausübungsgesellschaften. Durch diese Erstreckung des Tätigkeitsverbots soll auch in den Fällen, in denen eine andere Person in der Berufsausübungsgesellschaft nach Absatz 1 ausgeschlossen ist oder bei entsprechender Anwendung wäre, gewährleistet werden, dass die Rechtspflege geschützt wird. Auch hier soll die Bürogemeinschaft nicht miteinbezogen werden. Absatz 2 Satz 3 regelt die Konstellation des Sozietätswechsels. Hier gilt das gleiche wie in § 43 a Absatz 4 Satz 3 BRAO-E.

**3.** Die Erweiterung auf Personen, mit denen der Beruf gemeinsam ausgeübt wird, soll nicht für eine Vorbefassung im Rahmen des Referendariats greifen (§ 45 Abs. 2 Satz 2 BRAO-E). Eine Erstreckung auf alle Personen, mit denen der Referendar später den Beruf gemeinschaftlich ausübt, erfolgt daher nicht. Es ist ausreichend, dass der frühere Referendar nicht tätig werden darf.

**4.** Das Tätigkeitsverbot nach Absatz 2 soll jedoch nicht unbedingt gelten. Ähnlich wie bei dem Verbot widerstreitender Interessen nach § 43 a Absatz 4 BRAO-E ist unter den Voraussetzungen des § 45 Abs. 2 Satz 4 BRAO-E eine Ausnahmemöglichkeit vorgesehen, für den Fall, dass die betroffenen Personen nach umfassender Information zustimmen und geeignete Vorkehrungen getroffen werden, um die Offenbarung vertraulicher Information zu verhindern.



Andreas Handziuk

# Rechtsbehelfe bei eigenen Fehlern

*Alle Beiträge der Rubrik DAV Luxemburg von  
Stephan Wonnebauer | Rechtsanwalt | Fachanwalt für Steuerrecht | Trier*

Als Grenzgänger kennt man die Verfahrensweise des deutschen Finanzamtes und will diese auch in Luxemburg anwenden, was meistens auch üblich ist. In letzter Zeit ergibt sich jedoch folgende Besonderheit bei Rechtsbehelfen bezüglich luxemburgischen Steuerbescheiden.

Nachdem der Steuerbescheid angekommen ist, stellt man fest, dass man noch die ein oder andere Versicherung vergessen hat oder sich manche Zahlen im Nachhinein anders dargestellt haben. Nach deutschen Gepflogenheiten legt man dann Einspruch ein und erhält auch ohne Diskussion einen geänderten Steuerbescheid.

In Luxemburg häufen sich die Fälle, wo die luxemburgischen Beamten anderer Ansicht sind. Hat man nämlich einen eigenen Fehler begangen, sieht Luxemburg keine Änderungsmöglichkeit mehr. Eine tiefergreifende Begründung gibt das Büro Z nicht. Verweise auf die Abgabeordnung und den Sinn und Zweck der Bestandskraft werden ignoriert. Luxemburg hatte schon in den dreißiger Jahren die deutsche Abgabenordnung übernommen. Diese wird auch noch in deutscher Sprache geführt. Allerdings werden Gesetzesänderungen in Französisch eingefügt. Somit hat man einige Vorschriften im Gesetz mit unterschiedlichen Sprachen pro Absatz.

Derzeit laufen diesbezüglich zwei Anfechtungsverfahren bei der Steuerrichtung. Hier wurde unter anderem mit dem Rechtsstaatsprinzip argumentiert.

Die dort angesiedelte Rechtsbehelfsstelle ist von dem Veranlagungsfinanzamt getrennt, ja sogar bei der Aufsichtsbehörde angesiedelt. Dadurch gibt es auch keine abweichende Meinung mehr unter den einzelnen Finanzämtern, wenn eine Rechtsfrage einmal entschieden wurde. In Deutschland sind ja Finanzämter oft unterschiedlicher Meinung, insbesondere im Saarland und Rheinland-Pfalz.

Es ist zu hoffen, dass es sich hierbei nur um einen Ausreißer bei dem für Grenzgänger zuständigen Steuerbüro Z handelt, der jedoch dem Vorsteher bekannt ist und von diesem mitgetragen wurde. Das ist sehr erschreckend.



Deutscher **Anwalt** Verein  
Luxemburg

## *Elterngeld aus beiden Ländern gleichzeitig*

Das Landessozialgericht Rheinland-Pfalz hat am 22. Juni 2020 zu Gunsten der Grenzgänger entschieden. Im entschiedenen Fall wollte der Grenzgänger den zweiten Elternurlaub für das erste Kind in Luxemburg und die Nichtgrenzgänger-Ehefrau den ersten Urlaub für das zweite Kind in Deutschland beantragen. Somit wollten die Eheleute aus beiden Ländern gleichzeitig Elterngeld erhalten.

Die Jugendämter in Rheinland-Pfalz legten die EU-Richtlinie jedoch dahingehend aus, dass ein gleichzeitiger Bezug von Elterngeld aus zwei Ländern nicht möglich sei.

In dem Gerichtsverfahren wurde herausgearbeitet, dass die Interpretation so von der Richtlinie nicht gemeint gewesen sein kann. Denn die Eltern bezogen ja für das jeweils andere Kind Leistungen. Insofern kam es nicht zu einer Kumulation ein und derselben Leistung.

Dieser Argumentation hat sich sowohl das Sozialgericht Trier also auch das Landessozialgericht Rheinland-Pfalz angeschlossen. Das Landesjugendamt hat keine Revision eingelegt, obwohl das Landessozialgericht diese aufgrund der grundsätzlichen Bedeutung der Sache zugelassen hatte.

Eltern in vergleichbarer Situation können sich daher nun auf das Urteil des Landessozialgerichts Rheinland-Pfalz berufen (Aktenzeichen: L 2 EG 3/18) und gegenüber den Jugendämtern argumentieren. Es wird wahrscheinlich noch einige Zeit dauern, bis jedes Jugendamt diese Entscheidung offiziell kennen wird.

## *Erwerbsunfähigkeit von Grenzgängern*

Grenzgänger sind in Luxemburg sozialversichert, insbesondere auch in der Rentenversicherung. Hierbei eingeschlossen ist die Invalidenpension.

Beantragt ein Grenzgänger wegen Erwerbsunfähigkeit die Invalidenpension, soll er den Antrag zunächst in Deutschland stellen. Aufgrund europäischer Regelungen wird der Antrag dann auch direkt ohne weiteres Hinzutun des Grenzgängers in Luxemburg gestellt. Dies bedeutet jedoch nicht, dass er nach der Antragstellung nicht auch noch weiter effektiv aktiv werden muss.

In einem aktuellen Fall hat der Grenzgänger nach deutscher Rechtslage die Erwerbsminderungsrente erhalten, weil er nicht mehr als drei Stunden einer möglichen Erwerbstätigkeit nachgehen kann. Luxemburg kennt jedoch diese Kategorie nicht und fordert eine eigene ärztliche Begutachtung. Dieser muss dann der Grenzgänger gerecht werden. Damit entstehen dann in der Praxis dann auch die Probleme.

Weil die luxemburger Herangehensweise an die Krankheit eine absolut andere ist, sind die Grenzgänger meist überfordert. Sie denken oft, dass ja alles dann seinen einfachen Weg geht. Dass die Arztberichte noch einmal neu aufbereitet und geordnet an die luxemburger Pensionskasse gesendet werden müssen, will den meisten Grenzgängern nicht einleuchten.

Da die Beantragung einer Rente auch nicht von einer Rechtsschutzversicherung getragen wird, lassen sich viele Grenzgänger trotz ihrer Notsituation nicht professionell beraten und wursteln so dahin. So kann es dann vorkommen, dass die luxemburger Invalidenpension aus formellen Gründen abgelehnt wird. Ein Neuantrag kann dann erst wieder ein Jahr später gestellt werden. So werden dann wertvolle Rentenmonate und damit viel Geld leichtfertig vergeudet. Dies muss nicht sein, wenn man sich von Anfang an professionell dabei begleiten lässt.

## Bausparverträge nach 10 Jahren

Viele Grenzgänger verfügen über Bausparverträge. Zum einen erzielen sie damit eine günstige Kreditfinanzierungsmöglichkeit für Immobilien. Viele Grenzgänger nutzen die Bausparverträge jedoch als Sparverträge. In Luxemburg können – anders als in Deutschland – Bausparverträge noch steuerlich geltend gemacht werden.

Mit der Steuerreform hat Luxemburg die Bausparverträge sogar noch attraktiver gemacht. Steuerpflichtige unter 40 Jahren und deren Haushaltsangehörige können die doppelten Beiträge absetzen, eine vierköpfige Familie also bis zu 5.376 Euro.

Allerdings sind daran auch strenge Voraussetzungen geknüpft: Auch wenn der Vertrag länger als 10 Jahre dauert, hat der Grenzgänger nicht das Recht, frei über die Auszahlung zu verfügen. Er muss die angesparte Summe zur Finanzierung eines Eigenheimes verwenden.

Jegliche andere Verwendung führt zu einer Rückabwicklung der Steuervergünstigungen für die letzten 10 Jahre. Wer also mit der Bausparsumme eine Mietwohnung oder gewerbliche Immobilien renoviert, verliert die Steuervorteile. Gleiches gilt natürlich, wer sich von dem Geld ein Motorrad kauft oder sonstige Dinge finanziert, die mit einem Eigenheim nichts zu tun haben.

Gerade Grenzgänger sind der Meinung, dass nach 10 Jahren eine freie Verwendung möglich sei, was jedoch ein Trugschluss ist.

Die Steuerbescheide werden dann rückwirkend geändert und es kommt zu Steuernachzahlungen.

## Beweispflicht liegt beim Grenzgänger

„Ich weiß doch nicht mehr, wo ich vor 5 Jahren war.“, empört sich der Grenzgänger gegenüber dem Finanzamt. Gemeinhin denkt der Laie dann, der Sachverhalt sei nicht mehr zu ermitteln und er komme einfach davon. Fehlannonce! Bei Auslandssachverhalten liegt nämlich die Beweisspflicht beim Grenzgänger. Die Besteuerung des Grenzgängers in Luxemburg setzt voraus, dass er physisch vor Ort ist. Nur dann hat Luxemburg das Besteuerungsrecht. Nach den Verständigungsvereinbarungen hat der Grenzgänger bei Tätigkeiten außerhalb Luxemburgs die Pflicht, die Steuern in Deutschland zu zahlen.

In letzter Zeit hinterfragen die Finanzämter daher immer öfter, wie denn der Grenzgänger beweisen könne, dass er sich tatsächlich in Luxemburg aufgehalten habe.

Bei manchen Berufsgruppen liegt dies zweifelsohne vor, beispielsweise bei Mitarbeitern in Pflegeheimen. Bei Ärzten und Krankenschwestern besteht jedoch schon die Möglichkeit des Bereitschaftsdienstes, der im Wohnsitzland besteuert wird. Hierbei handelt es sich um eine rechtliche Grauzone.

Auf der anderen Seite gibt es Berufsgruppen, in denen es sich geradezu aufdrängt, dass sie selten in Luxemburg sind, wie beispielsweise bei den Berufskraftfahrern. Der Fall geht also so zu Ende, dass der Grenzgänger im Zweifel die Steuern in Deutschland noch einmal bezahlen muss, bis zum Beweis des Gegenteils. Natürlich kann er dann vom luxemburgischen Finanzamt die doppelt gezahlte Steuer wieder zurückholen. Der Gesamtaufwand für beide Steuerungsverfahren ist jedoch hoch.

Insofern ist jedem Grenzgänger geraten, Beweisvorsorge zu treffen und entsprechende Belege zu sammeln, aus denen sich ein Aufenthalt in Luxemburg ergibt. Das ist in dem ein oder anderen Fall gar nicht so einfach. Denn viele Firmen haben wenige Mitarbeiter und somit wenige Zeugen für die Tätigkeit in dem luxemburger Büro. Diese Mehrarbeit ergibt sich für alle Grenzgänger, weil die Beweislast bei Auslandssachverhalten eben umgekehrt ist.

## Lohnsteuerjahresausgleich für Rentner könnte sich lohnen

Die meisten Grenzgänger beziehen nicht nur eine luxemburgische Rente, sondern auch eine deutsche. Sie erzielen meistens auch nicht 90 Prozent ihrer Einkünfte aus Luxemburg. Die Rente wird der Einfachheit halber bestenfalls in der Steuerklasse 1 versteuert.

Es sind also die wenigsten Rentner, für die sich eine luxemburger Einkommensteuererklärung noch lohnt. Hierbei könnten Sonderausgaben und außergewöhnliche Belastungen abgesetzt werden.

Alternativ gibt es jedoch den Lohnsteuerjahresausgleich. Dabei geht es nur darum, der Rente noch Sozialversicherungsbeiträge entgegenzusetzen. Denn wer eine deutsche und eine luxemburgische Rente bezieht, muss für die luxemburgische Rente in Deutschland Krankenkassenbeiträge entrichten. Da sich diese jedoch auf die luxemburgische Rente beziehen, wird das deutsche Finanzamt in der deutschen Steuererklärung einen Abzug dieser Beiträge nicht zulassen.

Allerdings können die Beiträge in Luxemburg steuerlich geltend gemacht werden und zwar in Form des Lohnsteuerjahresausgleiches. Rentner erhalten damit Steuererstattungen von 100 bis 200 Euro, je nach Höhe des Steuersatzes und der Höhe der gezahlten Krankenversicherungsbeiträge. Der Betrag ist zu gering, um damit einen Steuerberater zu beauftragen. Wer jedoch noch geistig auf der Höhe ist, will sich mit dieser Thematik eventuell gerne beschäftigen und sich so noch Geld für ein paar Ausflüge verdienen.

Der Lohnsteuerjahresausgleich wird mit dem Formular 163 NR D beantragt, das auf der Internetseite des Finanzamtes <https://impotsdirects.public.lu> heruntergeladen werden kann

## Umsatzbesteuerung von Dienstwagen

Lange Jahre war umstritten, wie die Umsatzbesteuerung von Dienstwagen richtigerweise vorzunehmen ist. Luxemburgische Arbeitgeber, die Grenzgängern Dienstwagen zur Verfügung stellen, haben die entsprechend darauf entfallende Umsatzsteuer in Luxemburg abgeführt. Hiergegen haben sich schon vor Jahren die deutschen Finanzämter gewehrt. Der Rechtsstreit wurde jetzt am 20. Januar 2021 vom Europäischen Gerichtshof entschieden.

Für die Überlassung von Firmenwagen für den privaten Gebrauch fällt daher grundsätzlich Mehrwertsteuer an. Voraussetzung ist allerdings, dass eine Minderung des Arbeitslohnes vorliegt, also der Arbeitnehmer hierfür auch eine Gegenleistung erbringen muss. Dies ist grundsätzlich bei Dienstwagen der Fall.

Die Grenzgänger selbst betrifft die Umsatzbesteuerung nicht. Das ist eine Angelegenheit des Arbeitgebers und hat auch keinen Einfluss auf die Berechnung der 1,5%- Pauschale im Rahmen der Lohnabrechnung. In Luxemburg werden mit dieser Pauschale sowohl die Privatnutzung als auch die Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte als Sachzuwendung abgegolten.

Arbeitgeber müssen aber nun die Umsatzsteuer in Deutschland abführen. Dazu müssen sie schlimmstenfalls eigens für die Dienstwagen eine entsprechende Mehrwertsteuererklärung in Deutschland abgeben. Insofern hat sich nach dem Urteil des EuGH der administrative Aufwand für Unternehmer in jedem Fall erhöht.

## After Work Talk

Marthe GAMPFER

### Liebe Kolleginnen, liebe Kollegen!

Die andauernde Pandemiesituation verlangt einem nicht nur im beruflichen Umfeld einiges an Anpassungen ab, auch das private Leben spielt sich – Stand Anfang März – so ganz anders ab als man es noch vor einem Jahr gewohnt war. Die Gastronomie ist anhaltend geschlossen, die Kontaktbeschränkungen lassen private Zusammenkünfte gar nicht bzw. nur sehr begrenzt zu. Der Austausch mit Freunden ist ein anderer geworden und jeder geht damit anders um.

Wir möchten daher von Ihnen wissen, wie verbringen Sie aktuell Ihren Feierabend? Virtuell mit Freunden? Mit einem neuen Hobby? Schicken Sie uns gerne ein Foto und erscheinen Sie ganz persönlich im nächsten Anwaltsblatt.



In der ersten Runde gewährt uns Kollege **Dr. Frank Matheis** Einblick in seinen Feierabend – vergesst Yoga am Morgen, eine solche Abendroutine des Kollegen klingt schon beim Lesen entspannend:

*Der dichte blaue Rauch wogt schwer in den Raum, bis er sich nach und nach im warm beige Licht der Zimmerlampe verflüchtigt, durch und durch gehaltvoll entwickeln sich langsam steigend Aromen von bitter, erdig, lederig bis hin zu süßen bananigen Nuancen. Es ist wieder später geworden und das Handy wird mal ausgeschaltet. Deutlich mehr als eine Stunde lässt sich die M.X.S. Dominique Wilkins Sublime, eine der Top-Zigarren 2020, genießen. Abrunden lässt sich dieses Raucherlebnis mit einer der diversen handgeschöpften Dalay-Schokoladen unterschiedlicher Geschmacksrichtungen sehr gut mit einem großen sprudelnden Mineralwasser „on the rocks“ ergänzt mit selbst ausgepressten Säften von Ananas über Limette bis Zitrone.*

*Die diversen Aromen und ihre über die ganze Rauchzeit wechselnden Kombinationen versprechen eine entschleunigte, uns fremd gewordene Langeweile im besten Sinne, eine Langeweile, die man im Kanzleialltag nicht kennt, ohne klingelnde Smartphones, sofort Antworten erwartende Emails, ohne grelles Neonlicht, ohne Videokonferenzen. Sie schenken eine entschleunigte Zeit für einen selbst und die eigenen Sinne, die man sich sonst kaum gönnt / gönnen kann.*

*Trotzdem gilt: Besser ist's, die schönen Dinge nicht nur für zu Hause einzukaufen, sondern sie hoffentlich bald gemeinsam mit netten Menschen direkt in Salih Dalays Lounge, einer Schatzkiste der Genüsse, in der Fürstenstraße oder am Markt zu genießen. Als „Neu-Saarbrücker“ bei JURE Rechtsanwälte Stopp | Pick | Abel | Matheis | Kallenborn freue ich mich darauf besonders.*



Dr. Frank Matheis

# Neue Lieblingstasse? Ein kreatives Gewinnspiel!

Lisa-Kathrin HELD | RAin | FAin für WEG-Recht | Saarbrücken

Neue Lieblingstasse? Ein kreatives Gewinnspiel!

Inzwischen dürften Sie, liebe Vereinsmitglieder, eine Tasse mit dem Logo unseres Anwaltvereins erhalten haben. Falls nicht, dürfen Sie sich gerne bei unserer Geschäftsstelle melden.

Wir möchten mit der Tasse Danke für Ihre Mitgliedschaft sagen und würden uns freuen, wenn Sie uns mitteilen, wie Ihnen die Tasse gefällt. Wie wäre es dazu mit einem schönen Foto der Tasse?

Unter allen Personen, die ein Bild unserer Tasse auf Instagram oder Facebook posten, uns dabei verlinken und **#saarländischeranwaltverein** verwenden, verlosen wir ein kostenfreies Fortbildungsseminar. Um uns zu verlinken finden Sie uns auf Facebook unter **@Saarländischer Anwaltverein e.V.** und auf Instagram unter **@anwaltverein.saar**. Folgen Sie uns doch auch auf Social Media, falls noch nicht geschehen!

Lassen Sie bei den Fotos Ihrer Kreativität freien Lauf, denn wir verlosen ein kostenfreies Seminar für das kreativste Foto jeweils in den Kategorien:


- Büro | Homeoffice
- Freizeit | Urlaub und
- Freestyle.



Wir sind gespannt, was die Tasse bei Ihnen alles erleben wird!



## Akteneinsicht

 **Landgericht Saarbrücken**

Landgericht Saarbrücken, Postfach, 66104 Saarbrücken

Geschäftsnummer:  
Bitte stets angeben!

Saarbrücken, 24.02.2021  
Franz-Josef-Röder-Straße 15, 66119 Saarbrücken  
☎ Vermittlung: 0681/501-05  
☎ Durchwahl: 0681/501-5743  
☎ Telefax: 0681/501-5256

Ihr Zeichen:

Der Termin am 08.03.2021 um 09:50 Uhr wird aufgehoben.  
Neuer Termin zur mündlichen Verhandlung und Beweisaufnahme wird bestimmt auf

Datum des Termins	Uhrzeit	Ort des Termins	Raum
Montag, 22. März 2021	00:00 Uhr	Franz-Josef-Röder-Straße 15, 66119 Saarbrücken	131

Richter am Landgericht

Sehr geehrte Damen und Herren,  
in dem Rechtsstreit

ist der ursprünglich anberaumte Termin aufgehoben worden.  
Zu dem neu angesetzten Termin werden Sie hiermit unter ausdrücklichem Hinweis auf die in Ihrer ersten Ladung angegebenen Folgen des Nichterscheinens geladen. Bitte beachten Sie auch die weiteren Hinweise in Ihrer ersten Ladung.

Der Klägervertreter ist verhindert.

Mit freundlichen Grüßen  
zugleich für die Beglaubigung der Verfügung

Justizbeschäftigte  
als Urkundsbeamter/beamtin der Geschäftsstelle

Dieses Schriftstück wurde elektronisch erstellt.  
Es ist nur mit Unterschrift, Gerichtssiegel oder mit qualifizierter elektronischer Signatur gültig.

Nachricht von Terminverlegung – Stand: 03.03.2010

 **Amtsgericht Homburg**

Homburg  
Zweibrücker Straße 24  
66204 Homburg  
Telefon: 06841/9228-0  
Telefax: 06841/9228-210

**Eingegangen**  
08. FEB. 2021

Geschäftsnummer (bitte stets angeben!)

Durchwahl: 9F = 06841/252, 17F = 06841/251, 13F, 12F, 11F + 4F = 06841/9228-253  
Fax: 06841/9228-215  
Datum: 28.01.1921

Rechtsanwältin

Sehr geehrte Frau Kollegin

in vorbezeichneter Angelegenheit nehme ich Bezug auf Ihr Schreiben vom 01. Dezember.  
Meine Mannschaft bestätigt ausdrücklich, dass die Räumung bis Ende des Monats vollständig abgeschlossen sein wird.  
Die Übergabe kann am 31. Dezember stattfinden. Meine Mandantschaft lässt daher Donnerstag, 31.12., 18:00 Uhr vorschlagen.  
Sofern Ihre Mannschaft einen anderen Termin bevorzugt, mag sie sich der Einfachheit halber direkt mit Herrn ..... in Verbindung setzen, die Handynummer ist bekannt.

Mit freundlichen kollegialen Grüßen

Rechtsanwältin



*Gewähren doch auch Sie uns „Akteneinsicht“  
und senden Sie Ihre Beiträge an: [info@saaranwalt.de](mailto:info@saaranwalt.de)*