

NEBENGEBIETE

Arbeitsrecht

Problem: Außerordentliche betriebsbedingte Kündigung von unkündbaren Arbeitnehmern

Einordnung: Relevanz interner Stellenbewerbungsverfahren

BAG, Urteil vom 27.06.2019, 2 AZR 50/19

Außerordentliche betriebsbedingte Kündigungen von unkündbaren Arbeitnehmern sind nicht deshalb zulässig, weil diese bei internen Stellenbewerbungen keinen Erfolg hatten.

EINLEITUNG

Arbeitnehmer, die gemäß Tarif- oder Arbeitsvertrag ordentlich unkündbar sind, können nur aus wichtigem Grund gem. § 626 BGB gekündigt werden. In der Regel handelt es sich bei solchen außerordentlichen Kündigungen um verhaltensbedingte und fristlos ausgesprochene Kündigungen, aber auch außerordentliche Kündigungen unkündbarer Mitarbeiter aus betrieblichen Gründen sind im Prinzip möglich. Sie kommen in der Praxis vor allem bei Betriebsschließungen vor.

***Gutachtentechnisch** bedeutet dies, dass keinesfalls das in Lehrbüchern regelmäßig für § 626 I BGB vorgestellte Schema der verhaltensbedingten Kündigung (abstrakte und konkrete Eignung) verwendet werden darf. Vielmehr muss unter der Überschrift des „wichtigen Grundes“ das Schema der betriebsbedingten Kündigung geprüft werden.*

Ein solches Vorgehen setzt voraus, dass der Arbeitgeber zuvor große Anstrengungen unternommen hat, um die betriebsbedingte außerordentliche Kündigung zu vermeiden. Denn andernfalls würde den betroffenen Arbeitnehmern der besondere Kündigungsschutz genommen, der sich aus ihrer ordentlichen Unkündbarkeit ergibt. Dieser Kündigungsschutz ist erheblich stärker als der Schutz vor betriebsbedingten Kündigungen, den Arbeitnehmer bei Anwendbarkeit des § 1 KSchG genießen.

Daher müssen Arbeitgeber, bevor sie einen unkündbaren Arbeitnehmer außerordentlich betriebsbedingt kündigen, alle Möglichkeiten einer anderweitigen Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz im Betrieb oder Unternehmen ausschließen. Dabei sind auch Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten in Betracht zu ziehen, für die der Arbeitnehmer zuvor Fortbildungen oder Umschulungen durchlaufen müsste. Auch Änderungen des Arbeitsvertrags sind eine Option, ebenso wie der Einsatz in einem anderen Betrieb und/oder in einer anderen Stadt, d.h. der Arbeitgeber muss notfalls eine (außerordentliche betriebsbedingte) Änderungskündigung gem. § 2 KSchG aussprechen.

Im Ergebnis müssen Arbeitgeber bis zur Dauer von einigen Jahren (!) eine bloße Pro-Forma-Beschäftigung ohne nennenswerte Arbeitsleistung hinnehmen. Erst dann, wenn infolge (absolut) fehlender Beschäftigungsmöglichkeiten das Arbeitsverhältnis dauerhaft hin nur in Lohnzahlungen bestehen würde, d.h. „sinnentleert“ wäre, kann der Arbeitgeber außerordentlich aus betriebsbedingten Gründen kündigen. Selbstverständlich muss er in diesem Fall die Kündigungsfrist, die einem vergleichbar lang beschäftigten ordentlich kündbaren Arbeitnehmer zustehen würde, einhalten, d.h. er muss eine dieser Kündigungsfrist entsprechende sog. „soziale Auslaufzeit“ gewähren.

Es ist offensichtlich, dass Großunternehmen kaum jemals in der Lage sind, diese hohen Hürden einer außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung zu erfüllen, abgesehen vom Fall der Betriebsstilllegung und/oder eines Interessenausgleichs mit Namensliste. Bei „normalen“ betriebsbedingten Kündigungswellen, z.B. infolge der Schließung von Betriebsabteilungen oder der Streichung von betrieblichen Hierarchieebenen, müssen unkündbare Mitarbeiter demgegenüber betriebsbedingte Entlassungen kaum befürchten.

Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, die Suche nach einer anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit den von einer betriebsbedingten Entlassung bedrohten Mitarbeitern selbst zu überlassen, d.h. sie auf die Möglichkeiten des internen Stellenmarktes zu verweisen.

SACHVERHALT

Im Streitfall sollte ein 1963 geborener, langjährig bei der Deutschen Lufthansa (DLH) beschäftigter Mitarbeiter außerordentlich betriebsbedingt gekündigt werden. Hintergrund war eine 2013 entschiedene Organisationsänderung, derzufolge bestimmte Serviceleistungen in einer neuen Servicegesellschaft, der Lufthansa Global Business Service (LGBS), gebündelt und dort für den gesamten DLH-Konzern erledigt werden sollten.

Der betroffene Mitarbeiter war bei der Lufthansa seit Anfang Mai 1988 beschäftigt, zuletzt als Allrounder Finanz-/Rechnungswesen im Bereich Bordverkaufsabrechnung (FRA RA/C-B) zu einem Bruttojahrgeloh von 49.811,56 EUR. Er war verheiratet und zwei Kindern zum Unterhalt verpflichtet. Zudem war er schwerbehindert mit einem Grad der Behinderung von 50 und aufgrund tariflicher Vorschriften ordentlich unkündbar.

Aufgrund der Betriebsänderung wurde die Abteilung, in welcher der Mitarbeiter beschäftigt war, 2014 in eine andere Stadt verlagert. Die Lufthansa vereinbarte mit dem örtlichen Betriebsrat einen Interessenausgleich und Sozialplan. Darin war u.a. ein „Clearingverfahren“ vorgesehen, das den betroffenen Mitarbeitern die Möglichkeit eröffnete, sich auf offene Stellen im Konzern zu bewerben, wobei ihnen entsprechende Stellenangebote von der Lufthansa unterbreitet wurden. Nachdem der Mitarbeiter dieses Clearingverfahren drei Jahre lang in Anspruch genommen, einen Sprachkurs absolviert und sich auf mehrere „Stellenangebote“ beworben hatte, allerdings ohne Erfolg, sprach die Lufthansa im September 2017 nach Anhörung des Betriebsrats und der Schwerbehindertenvertretung sowie nach vorheriger Zustimmung des Integrationsamtes eine außerordentliche betriebsbedingte Kündigung aus, wobei sie eine Auslauffrist zum 31.03.2018 gewährte. Der Mitarbeiter erhob Kündigungsschutzklage.

LÖSUNG

Die Kündigungsschutzklage hatte Erfolg.

Eine außerordentliche betriebsbedingte Kündigung setzt voraus, dass „sämtliche denkbaren Alternativen ausscheiden“, um dem betroffenen Mitarbeiter weiter zu beschäftigen, ggf. zu geänderten arbeitsvertraglichen Bedingungen.

Diese Voraussetzungen eines wichtigen Grundes im Sinne von § 626 I BGB muss der Arbeitgeber vor Gericht darlegen bzw. beweisen. Einen solchen Nachweis hatte die Lufthansa im Streitfall nicht erbracht, da sie sich im Wesentlichen nur auf das ohne Erfolg durchgeführte Clearingverfahren berufen hatte. Das war aber zu wenig. Denn, so das BAG:

„Der in das Clearingverfahren einbezogene Kläger hatte lediglich die Position eines Stellenbewerbers, der sich bei den jeweiligen Fachbereichen bewerben konnte und anschließend von diesen ein Einstellungsangebot oder eine Ablehnung erhält. Die Beklagte hat ihren Vortrag auf den Hinweis beschränkt, die betreffenden Fachbereiche hätten den Kläger als ungeeignet angesehen. Dies allein ist (...) zur Darlegung einer fehlenden Beschäftigungsmöglichkeit nicht ausreichend. Die Beklagte musste jedenfalls bei den in ihrem Unternehmen zu besetzenden Stellen die Eignung des Klägers selbst prüfen und durfte sich nicht allein auf die von ihren Fachbereichen erklärte Ablehnung berufen.“

Darüber hinaus hielt das BAG der Lufthansa vor, keine Sozialauswahl entsprechend § 1 III KSchG durchgeführt zu haben, obwohl auch bei außerordentlichen betriebsbedingten Kündigungen das Prinzip der Sozialauswahl in sinngemäßer Anwendung von § 1 III KSchG beachtet werden muss. Dazu hätten alle mit dem Kläger auf der gleichen Betriebshierarchie („horizontal“) vergleichbaren Arbeitnehmer (und nicht nur die von der Umstrukturierung unmittelbar betroffenen Mitarbeiter) nach ihrer sozialen Schutzbedürftigkeit bewertet bzw. in eine Rangfolge gebracht werden müssen, wohingegen die Lufthansa im Streitfall nur diejenigen Arbeitnehmer dem Clearingverfahren unterworfen hatte, deren konkreter Arbeitsplatz weggefallen ist. Ein solches Vorgehen nach dem Muster „mitgefangen mitgehangen“ missachtet offensichtlich das Prinzip der Sozialauswahl.

FAZIT

Bewerbungsmöglichkeiten im Rahmen eines unternehmensinternen Stellenmarktes sind ohne Zweifel sinnvoll. Dadurch steigen die Chancen, dass die aufnehmenden Abteilungen nicht infolge von Personalüberhängen ungewollt neue Teammitglieder aufnehmen müssen, obwohl sie diese möglicherweise nicht für optimal geeignet halten. Außerdem führen Clearingverfahren dazu, dass am Ende nur noch wenige „Kündigungskandidaten“ übrig bleiben.

Auf der anderen Seite kann ein interner Stellenmarkt kein Ersatz für den gesetzlichen Kündigungsschutz sein. Freiwillige Bewerbungsverfahren entlasten den Arbeitgeber nicht davon, in eigener Verantwortung nach anderweitigen Einsatzmöglichkeiten für ordentlich unkündbare Mitarbeiter zu suchen.

ÖFFENTLICHES RECHT

Problem: Arbeitslosengeld II – Sanktionen z.T. verfassungswidrig Einordnung: Grundrechte

BVerfG, Urteil vom 5.11.2019, 1 BvL 7/16

Die zentralen verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung staatlicher Grundsicherungsleistungen ergeben sich aus der grundrechtlichen Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums (Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG). Gesichert werden muss einheitlich die physische und soziokulturelle Existenz. Die den Anspruch fundierende Menschenwürde steht allen zu und geht selbst durch vermeintlich „unwürdiges“ Verhalten nicht verloren. Das Grundgesetz verwehrt es dem Gesetzgeber aber nicht, die Inanspruchnahme existenzsichernder Leistungen an den Nachranggrundsatz zu binden, also nur dann zur Verfügung zu stellen, wenn Menschen ihre Existenz nicht vorrangig selbst sichern können, sondern wirkliche Bedürftigkeit vorliegt.

Der Gesetzgeber kann erwerbsfähigen Menschen, die nicht in der Lage sind, ihre Existenz selbst zu sichern und die deshalb staatliche Leistungen in Anspruch nehmen, abverlangen, selbst zumutbar an der Vermeidung oder Überwindung der eigenen Bedürftigkeit aktiv mitzuwirken. Er darf sich auch dafür entscheiden, insoweit verhältnismäßige Pflichten mit wiederum verhältnismäßigen Sanktionen durchzusetzen.

Wird eine Mitwirkungspflicht zur Überwindung der eigenen Bedürftigkeit ohne wichtigen Grund nicht erfüllt und sanktioniert der Gesetzgeber das durch den vorübergehenden Entzug existenzsichernder Leistungen, schafft er eine außerordentliche Belastung. Dies unterliegt strengen Anforderungen der Verhältnismäßigkeit; der sonst weite Einschätzungsspielraum zur Eignung, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit von Regelungen zur Ausgestaltung des Sozialstaates ist hier beschränkt. Prognosen zu den Wirkungen solcher Regelungen müssen hinreichend verlässlich sein; je länger die Regelungen in Kraft sind und der Gesetzgeber damit in der Lage ist, fundierte Einschätzungen zu erlangen, umso weniger genügt es, sich auf plausible Annahmen zu stützen. Zudem muss es den Betroffenen tatsächlich möglich sein, die Minderung existenzsichernder Leistungen durch eigenes Verhalten abzuwenden; es muss also in ihrer eigenen Verantwortung liegen, in zumutbarer Weise die Voraussetzungen dafür zu schaffen, die Leistung auch nach einer Minderung wieder zu erhalten.

SACHVERHALT

Nach § 31 Abs. 1 SGB II verletzen erwerbsfähige Empfänger von Arbeitslosengeld II, die keinen wichtigen Grund für ihr Verhalten darlegen und nachweisen, ihre Pflichten, wenn sie sich trotz Rechtsfolgenbelehrung nicht an die Eingliederungsvereinbarung halten, wenn sie sich weigern, eine zumutbare Arbeit, Ausbildung, Arbeitsgelegenheit oder ein gefördertes Arbeitsverhältnis aufzunehmen, fortzuführen oder deren Anbahnung durch ihr Verhalten verhindern oder wenn sie eine zumutbare Maßnahme zur Eingliederung in Arbeit nicht antreten, abrechnen oder Anlass für den Abbruch gegeben haben. Rechtsfolge dieser Pflichtverletzungen ist nach § 31a SGB II die Minderung des Arbeitslosengeldes II in einer ersten Stufe um 30 % des für die erwerbsfähige leistungsberechtigte Person maßgebenden Regelbedarfs. Bei der zweiten Pflichtverletzung mindert sich der Regelbedarf um 60 %. Bei jeder weiteren wiederholten Pflichtverletzung entfällt das Arbeitslosengeld II vollständig. Die Dauer der Minderung beträgt nach § 31b SGB II drei Monate.

Das zuständige Jobcenter verhängte gegen den Kläger des Ausgangsverfahrens zunächst eine Sanktion der Minderung des maßgeblichen Regelbedarfes in Höhe von 30 %, nachdem dieser als ausgebildeter Lagerist gegenüber einem ihm durch das Jobcenter vermittelten Arbeitgeber geäußert hatte, kein Interesse an der angebotenen Tätigkeit im Lager zu haben, sondern sich für den Verkaufsbereich bewerben zu wollen. Nachdem der Kläger einen Aktivierungs- und Vermittlungsgutschein für eine praktische Erprobung im Verkaufsbereich nicht eingelöst hatte, minderte das Jobcenter den Regelbedarf um 60 %. Nach erfolglosem Widerspruch erhob er Klage vor dem Sozialgericht. Dieses setzte das Verfahren aus und legte im Wege der konkreten Normenkontrolle dem Bundesverfassungsgericht die Frage vor, ob die Regelungen in § 31a in Verbindung mit § 31 und § 31b SGB II mit dem Grundgesetz vereinbar seien.

LÖSUNG

Die zentralen Anforderungen für die Ausgestaltung der Grundsicherungsleistungen ergeben sich aus der grundrechtlichen Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG. Der Gesetzgeber verfügt bei den Regeln zur Sicherung des menschenwürdigen Existenzminimums über einen Gestaltungsspielraum.

Die eigenständige Existenzsicherung des Menschen ist nicht Bedingung dafür, dass ihm Menschenwürde zukommt; die Voraussetzungen für ein eigenverantwortliches Leben zu schaffen, ist vielmehr Teil des Schutzauftrags des Staates aus Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG. Das Grundgesetz verwehrt dem Gesetzgeber jedoch nicht, die Inanspruchnahme sozialer Leistungen zur Sicherung der menschenwürdigen Existenz an den Nachranggrundsatz zu binden, solche Leistungen also nur dann zu gewähren, wenn Menschen ihre Existenz nicht selbst sichern können. Damit gestaltet der Gesetzgeber das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG aus.

Der Nachranggrundsatz kann nicht nur eine Pflicht zum vorrangigen Einsatz aktuell verfügbarer Mittel aus Einkommen, Vermögen oder Zuwendungen Dritter enthalten. Das Grundgesetz steht auch der gesetzgeberischen Entscheidung nicht entgegen, von denjenigen, die staatliche Leistungen der sozialen Sicherung in Anspruch nehmen, zu verlangen, an der Überwindung ihrer Hilfebedürftigkeit selbst aktiv mitzuwirken oder die Bedürftigkeit gar nicht erst eintreten zu lassen. Solche Mitwirkungspflichten beschränken allerdings die Handlungsfreiheit der Betroffenen und müssen sich daher verfassungsrechtlich rechtfertigen lassen. Verfolgt der Gesetzgeber mit Mitwirkungspflichten das legitime Ziel, dass Menschen die eigene Hilfebedürftigkeit insbesondere durch Erwerbsarbeit vermeiden oder überwinden, müssen sie dafür auch geeignet, erforderlich und zumutbar sein.

Der Gesetzgeber darf verhältnismäßige Mitwirkungspflichten auch durchsetzbar ausgestalten. Er kann für den Fall, dass Menschen eine ihnen klar bekannte und zumutbare Mitwirkungspflicht ohne wichtigen Grund nicht erfüllen, belastende Sanktionen vorsehen, um so ihre Pflicht zur Mitwirkung an der Überwindung der eigenen Hilfebedürftigkeit durchzusetzen. Solche Regelungen berücksichtigen die Eigenverantwortung, da die Betroffenen die Folgen zu tragen haben, die das Gesetz an ihr Handeln knüpft.

Entscheidet sich der Gesetzgeber für die Sanktion der vorübergehenden Minderung existenzsichernder Leistungen, fehlen der bedürftigen Person allerdings Mittel, die sie benötigt, um die Bedarfe zu decken, die ihr eine menschenwürdige Existenz ermöglichen. Mit dem Grundgesetz kann das dennoch vereinbar sein, wenn diese Sanktion darauf ausgerichtet ist, dass Mitwirkungspflichten erfüllt werden, die gerade dazu dienen, die existenzielle Bedürftigkeit zu vermeiden oder zu überwinden. Es gelten jedoch strenge Anforderungen der Verhältnismäßigkeit. Der sonst bestehende weite Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers ist enger, wenn er auf existenzsichernde Leistungen zugreift. Je länger eine solche Sanktionsregelung in Kraft ist, umso tragfähigerer Erkenntnisse bedarf es, um ihre Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit zu belegen.

Bei der Ausgestaltung der Sanktionen sind zudem weitere Grundrechte zu beachten, wenn ihr Schutzbereich berührt ist.

Die Regelungen staatlicher Sozialleistungen sind mit dem Grundgesetz vereinbar, soweit sie erwerbsfähige Erwachsene zu einer zumutbaren Mitwirkung verpflichten, um ihre Hilfebedürftigkeit zu überwinden oder zu verhindern. Der Gesetzgeber verfolgt mit den in § 31 Abs. 1 SGB II geregelten Mitwirkungspflichten legitime Ziele, denn sie sollen Menschen wieder in Arbeit bringen. Diese Pflichten sind auch im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet, die erwähnten Ziele zu erreichen. Der Gesetzgeber überschreitet auch nicht seinen Einschätzungsspielraum zur Erforderlichkeit, denn es ist nicht evident, dass weniger belastende Mitwirkungshandlungen oder positive Anreize dasselbe bewirken könnten. Die Ausgestaltung der Mitwirkungspflichten ist auch zumutbar. Der Gesetzgeber muss hier – anders als im Recht der Arbeitsförderung – keinen Berufsschutz normieren, denn das Recht der Sozialversicherung und das Grundsicherungsrecht unterscheiden sich strukturell. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass hier andere als bislang ausgeübte und auch geringerwertige Tätigkeiten zumutbar sind. Darüber hinaus ist nicht erkennbar, dass eine der in § 31 Abs. 1 SGB II benannten Mitwirkungspflichten gegen das Verbot der Zwangsarbeit (Art. 12 Abs. 2 GG) verstoßen würde. Es ist verfassungsrechtlich auch nicht zu beanstanden, wenn die Mitwirkungspflicht eine Erwerbstätigkeit betrifft, die nicht dem eigenen Berufswunsch entspricht. In den allgemeinen Zumutbarkeitsregelungen, die auch für die Mitwirkungspflichten gelten, ist auch der grundrechtliche Schutz der Familie (Art. 6 GG) berücksichtigt.

Die Entscheidung des Gesetzgebers, legitime Pflichten mit Sanktionen durchzusetzen, ist verfassungsrechtlich im Ausgangspunkt nicht zu beanstanden, denn damit verfolgt er ein legitimes Ziel. Die hier zu überprüfenden gesetzlichen Regelungen genügen allerdings dem in diesem Bereich geltenden strengen Maßstab der Verhältnismäßigkeit nicht.

Die in § 31a Abs. 1 Satz 1 SGB II normierte Höhe einer Leistungsminderung von 30 % des maßgebenden Regelbedarfs ist nach den derzeitigen Erkenntnissen verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Zwar ist schon die Belastungswirkung dieser Sanktion außerordentlich und die Anforderungen an ihre Verhältnismäßigkeit sind entsprechend hoch. Doch kann sich der Gesetzgeber auf plausible Annahmen stützen, wonach eine solche Minderung der Grundsicherungsleistungen auch aufgrund einer abschreckenden Wirkung dazu beiträgt, die Mitwirkung zu erreichen, und er kann davon ausgehen, dass mildere Mittel nicht ebenso effektiv wären. Zumutbar ist eine Leistungsminderung in Höhe von 30 % des maßgebenden Regelbedarfs jedoch nur, wenn in einem Fall außergewöhnlicher Härte von der Sanktion abgesehen werden kann und wenn die Minderung nicht unabhängig von der Mitwirkung der Betroffenen starr drei Monate andauert.

Der in § 31a Abs. 1 Satz 1 SGB II geregelte Leistungsminderung in Höhe von 30 % des Regelbedarfs ist im Ergebnis eine generelle Eignung zur Erreichung ihres Zieles, durch Mitwirkung die Hilfebedürftigkeit zu überwinden, nicht abzusprechen.

Der gesetzgeberische Einschätzungsspielraum ist zwar begrenzt, weil das grundrechtlich geschützte Existenzminimum berührt ist. Doch genügt die Annahme, die Sanktion trage zur Erreichung ihrer Ziele bei, den verfassungsrechtlichen Anforderungen, weil der Gesetzgeber jedenfalls von einer abschreckenden ex ante-Wirkung dieser Leistungsminderung ausgehen kann. Zudem hat er Vorkehrungen getroffen, die den Zusammenhang zwischen der Mitwirkungspflicht zwecks eigenständiger Existenzsicherung und der Leistungsminderung zu deren Durchsetzung stärken.

Auch die Einschätzung des Gesetzgebers, dass eine solche Sanktion zur Durchsetzung von Mitwirkungspflichten erforderlich ist, hält sich noch in seinem Einschätzungsspielraum. Die gesetzgeberische Annahme, dass mildere, aber gleich wirksame Mittel nicht zur Verfügung stehen, ist hinreichend tragfähig. Es erscheint jedenfalls plausibel, dass eine spürbar belastende Reaktion die Betroffenen dazu motivieren kann, ihren Pflichten nachzukommen, und eine geringere Sanktion oder positive Anreize keine generell gleichermaßen wirksame Alternative darstellen. Die Regelung verletzt insgesamt auch nicht die hier strengen Anforderungen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.

Hingegen genügt die weitere Ausgestaltung dieser Sanktion zur Durchsetzung legitimer Mitwirkungspflichten den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht. Die Vorgabe in § 31a Abs. 1 Satz 1 SGB II, den Regelbedarf bei einer Pflichtverletzung ohne weitere Prüfung immer zwingend zu mindern, ist jedenfalls unzumutbar. Der Gesetzgeber stellt derzeit nicht sicher, dass Minderungen unterbleiben können, wenn sie außergewöhnliche Härten bewirken, insbesondere weil sie in der Gesamtbetrachtung untragbar erscheinen. Er muss solchen Ausnahmesituationen Rechnung tragen, in denen es Menschen zwar an sich möglich ist, eine Mitwirkungspflicht zu erfüllen, die Sanktion aber dennoch im konkreten Einzelfall aufgrund besonderer Umstände unzumutbar erscheint.

Nach der hier vorzunehmenden Gesamtabwägung ist es auch unzumutbar, dass die Sanktion der Minderung des Regelbedarfs nach § 31a Abs. 1 Satz 1 SGB II unabhängig von der Mitwirkung, auf die sie zielt, immer erst nach drei Monaten endet. Der starr andauernde Leistungsentzug überschreitet die Grenzen des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums. Da der Gesetzgeber an die Eigenverantwortung der Betroffenen anknüpfen muss, wenn er existenzsichernde Leistungen suspendiert, weil zumutbare Mitwirkung verweigert wird, ist dies nur zumutbar, wenn eine solche Sanktion grundsätzlich endet, sobald die Mitwirkung erfolgt. Die Bedürftigen müssen selbst die Voraussetzungen dafür schaffen können, die Leistung tatsächlich wieder zu erhalten. Ist die Mitwirkung nicht mehr möglich, erklären sie aber ihre Bereitschaft dazu ernsthaft und nachhaltig, muss die Leistung jedenfalls in zumutbarer Zeit wieder gewährt werden. Auch hier ist der sonst weite Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers begrenzt, weil die vorübergehende Minderung existenzsichernder Leistungen im durch Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG grundrechtlich geschützten Bereich harte Belastungen schafft, ohne dass sich die existenziellen Bedarfe der Betroffenen zu diesem Zeitpunkt verändert hätten.

Die im Fall der ersten wiederholten Verletzung einer Mitwirkungspflicht nach § 31a Abs. 1 Satz 2 SGB II vorgegebene Minderung der Leistungen des maßgebenden Regelbedarfs in einer Höhe von 60 % ist nach den derzeit vorliegenden Erkenntnissen nicht mit dem Grundgesetz vereinbar. In der Gesamtabwägung der damit einhergehenden gravierenden Belastung mit den Zielen der Durchsetzung von Mitwirkungspflichten zur Integration in den Arbeitsmarkt ist die Regelung in der derzeitigen Ausgestaltung auf Grundlage der derzeitigen Erkenntnisse über die Eignung und Erforderlichkeit einer Leistungsminderung in dieser Höhe verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen. Zwar ist es nicht ausgeschlossen, erneut zu sanktionieren, wenn sich eine Pflichtverletzung wiederholt und die Mitwirkungspflicht tatsächlich nur so durchgesetzt werden kann. Doch ist die Minderung in der Höhe von 60 % des Regelbedarfs unzumutbar, denn die hier entstehende Belastung reicht weit in das grundrechtlich gewährleistete Existenzminimum hinein.

Der Gesetzgeber hat zwar Vorkehrungen getroffen, um zu verhindern, dass Menschen durch eine Sanktion die Grundlagen dafür verlieren, überhaupt wieder in Arbeit zu kommen. Sie beseitigen aber die verfassungsrechtlichen Bedenken nicht. Der Gesetzgeber kann sich bei der Minderung um 60 % des maßgebenden Regelbedarfs nicht auf tragfähige Erkenntnisse dazu stützen, dass die erwünschten Wirkungen bei einer Sanktion in dieser Höhe tatsächlich erzielt und negative Effekte vermieden werden. Die Wirksamkeit dieser Leistungsminderung ist bisher nicht hinreichend erforscht. Wenn sich die Eignung tragfähig belegen lässt, Betroffene zur Mitwirkung an der Überwindung der Hilfebedürftigkeit durch Erwerbsarbeit zu veranlassen, mag der Gesetzgeber ausnahmsweise auch eine besonders harte Sanktion vorsehen. Die allgemeine Annahme, diese Leistungsminderung erreiche ihre Zwecke, genügt aber angesichts der gravierenden Belastung der Betroffenen dafür nicht. Es ist im Übrigen auch zweifelhaft, dass einer wiederholten Pflichtverletzung nicht durch mildere Mittel hinreichend effektiv entgegengewirkt werden könnte, wie durch eine zweite Sanktion in geringerer Höhe oder längerer Dauer.

Die Zweifel an der Eignung dieser Leistungsminderung in Höhe von 60 % des maßgebenden Regelbedarfs beseitigt die Regelung zu möglichen ergänzenden Leistungen in § 31a Abs. 3 Satz 1 SGB II nicht, da ihre Ausgestaltung den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht hinreichend Rechnung trägt.

Im Übrigen ergeben sich auch bei der Minderung in Höhe von 60 % des Regelbedarfs nach § 31a Abs. 1 Satz 2 SGB II die genannten Zweifel daran, dass die Sanktion auch in erkennbar ungeeigneten Fällen zwingend vorgegeben ist und unabhängig von jeder Mitwirkung starr drei Monate andauern muss.

Der vollständige Wegfall des Arbeitslosengeldes II nach § 31a Abs. 1 Satz 3 SGB II ist auf Grundlage der derzeitigen Erkenntnisse mit den verfassungsrechtlichen Maßgaben nicht vereinbar. Hier entfallen neben den Geldzahlungen für den maßgebenden Regelbedarf hinaus auch die Leistungen für Mehrbedarfe und für Unterkunft und Heizung sowie die Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung. Daher bestehen bereits Zweifel, ob damit die Grundlagen der Mitwirkungsbereitschaft erhalten bleiben. Es liegen keine tragfähigen Erkenntnisse vor, aus denen sich ergibt, dass ein völliger Wegfall von existenzsichernden Leistungen geeignet wäre, das Ziel der Mitwirkung an der Überwindung der eigenen Hilfebedürftigkeit und letztlich der Aufnahme von Erwerbsarbeit zu fördern.

Auch gegen die Erforderlichkeit dieser Sanktion bestehen erhebliche Bedenken. Der grundsätzliche Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers ist hier eng, weil die Sanktion eine gravierende Belastung im grundrechtlich geschützten Bereich der menschenwürdigen Existenz bewirkt. Er ist überschritten, weil in keiner Weise belegt ist, dass ein Wegfall existenzsichernder Leistungen notwendig wäre, um die angestrebten Ziele zu erreichen. Es ist offen, ob eine Minderung der Regelbedarfsleistungen in geringerer Höhe, eine Verlängerung des Minderungszeitraumes oder auch eine teilweise Umstellung von Geldleistungen auf Sachleistungen und geldwerte Leistungen nicht genauso wirksam oder sogar wirksamer wäre, weil die negativen Effekte der Totalsanktion unterblieben.

Schon angesichts der Eignungsmängel und der Zweifel an der Erforderlichkeit einer derart belastenden Sanktion zur Durchsetzung der Mitwirkungspflichten ergibt sich in der Gesamtabwägung, dass der völlige Wegfall aller Leistungen auch mit den begrenzten Möglichkeiten ergänzender Leistungen bereits wegen dieser Höhe nicht mit den hier strengen Anforderungen der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist.

Unabhängig davon hat der Gesetzgeber auch im Fall eines vollständigen Wegfalls des Arbeitslosengeldes II dafür Sorge zu tragen, dass die Chance realisierbar bleibt, existenzsichernde Leistungen zu erhalten, wenn zumutbare Mitwirkungspflichten erfüllt werden oder, falls das nicht möglich ist, die ernsthafte und nachhaltige Bereitschaft zur Mitwirkung tatsächlich vorliegt. Anders liegt dies, wenn und solange Leistungsberechtigte es selbst in der Hand haben, durch Aufnahme einer ihnen angebotenen zumutbaren Arbeit ihre menschenwürdige Existenz tatsächlich und unmittelbar durch die Erzielung von Einkommen selbst zu sichern. Wird eine solche tatsächlich existenzsichernde und zumutbare Erwerbstätigkeit ohne wichtigen Grund verweigert, obwohl im Verfahren die Möglichkeit bestand, dazu auch etwaige Besonderheiten der persönlichen Situation vorzubringen, kann ein vollständiger Leistungsentzug zu rechtfertigen sein.

Problem: Bushido Album „Sonny Black“ bleibt auf dem Index

Einordnung: Grundrechte

BVerwG, Urteil vom 30.10.2019, 6 C 18.18

Die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien verfügt bei ihren Entscheidungen nicht über einen gerichtlich nur beschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum (Änderung der Rechtsprechung).

SACHVERHALT

Der Kläger, der Rapper Bushido, brachte ein Album mit 15 Titeln heraus, deren Texte den kriminellen Lebenswandel der Titelfigur, die von dieser begangenen Straftaten und deren permanente Gewaltbereitschaft beschreiben, sowie nahezu durchgängig herabwürdigende Äußerungen in Bezug auf Frauen und Homosexuelle in vulgärer Sprache enthalten. Innerhalb weniger Wochen nach der Veröffentlichung wurden mehr als 100.000 Exemplare verkauft. Ein halbes Jahr später leitete die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien das Indizierungsverfahren ein. Dieses führte dazu, dass die Bundesprüfstelle entschied, das Album in die Liste der jugendgefährdenden Medien einzutragen. Eine solche Eintragung zieht unmittelbar kraft Gesetzes Verbreitungs- und Werbeverbote nach sich, die verhindern sollen, dass sich Minderjährige das indizierte Werk beschaffen können.

Die Bundesprüfstelle gab zur Begründung an, die das Album dominierenden gewaltverherrlichenden und grob diskriminierenden Passagen seien geeignet, schädliche Wirkungen auf gefährdungsgeneigte, d.h. besonders empfängliche Minderjährige auszuüben. Es bestehe eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass das Album die Einstellungen und das Verhalten dieser Minderjährigen beeinflusse. Die Botschaft, dass eine skrupellos kriminelle Lebensweise, verbunden mit der Demütigung anderer, zum Erfolg führe, sei geeignet, Empathie und Solidarität mit anderen als hinderliche Schwäche anzusehen, Verachtung anderer zu fördern und ein feindseliges Klima herzustellen. Die Indizierung könne nicht wegen des Kunstgehalts des Tonträgers unterbleiben. Die Abwägung ergebe, dass dem Jugendschutz Vorrang vor der Kunstfreiheit einzuräumen sei. Das Album habe Unterhaltungswert; eine gesteigerte künstlerische Bedeutung komme ihm nicht zu.

Das Verwaltungsgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberverwaltungsgericht hat ihr stattgegeben. Dabei hat es ausschließlich darauf abgestellt, dass die Bundesprüfstelle den Kunstgehalt nicht vollständig erfasst habe, weil sie die an einzelnen Titeln des Albums mitwirkenden Texter und Komponisten nicht ordnungsgemäß angehört habe. Dies könne im gerichtlichen Verfahren nicht nachgeholt werden, weil der Bundesprüfstelle für die Abwägungsentscheidung ein gerichtlich nur eingeschränkt nachprüfbarer Beurteilungsspielraum eröffnet sei. Hat die eingelegte Revision Erfolg?

LÖSUNG

Die Revision der Beklagten hatte Erfolg. Das Bundesverwaltungsgericht hat seine Rechtsprechung aus den 1990er-Jahren nicht fortgeführt und einen Beurteilungsspielraum der Bundesprüfstelle nicht mehr anerkannt. Ein solcher Beurteilungsspielraum ist mit der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 des Grundgesetzes nicht vereinbar. Ein Sachgrund für die Zurücknahme der gerichtlichen Kontrolle einer Indizierungsentscheidung ist nicht gegeben. Die pluralistische Zusammensetzung der Bundesprüfstelle reicht hierfür ebenso wenig aus wie deren Weisungsunabhängigkeit. Die tatsächlichen Feststellungen und Wertungen der Bundesprüfstelle zu den jugendgefährdenden Wirkungen und dem künstlerischen Stellenwert eines Kunstwerks sind sachverständige Aussagen, rechtfertigen aber nicht die Annahme eines Beurteilungsspielraums. Daher kann allein wegen der unterbliebenen Anhörung der weiteren am Album beteiligten Künstler im Verwaltungsverfahren die Indizierungsentscheidung nicht aufgehoben werden.

Die Indizierungsentscheidung erweist sich als rechtmäßig. Aus den Feststellungen der Bundesprüfstelle ergibt sich, dass das Album nach den von diesem zutreffend zugrunde gelegten Maßstäben jugendgefährdende Wirkungen hat. Der Kläger hat diese sachverständige Beurteilung nicht zu erschüttern vermocht. Gleiches gilt für die Beurteilung des Kunstgehalts des Albums als bloße Unterhaltung, auch unter Berücksichtigung des vom Kläger vorgelegten Gutachtens.

STRAFRECHT

Problem: Der Unmittelbarkeitszusammenhang bei § 251 StGB**Einordnung: Restriktive Auslegung aller Erfolgsqualifikationen**

BGH, Beschluss vom 24.04.2019, 2 StR 469/18

Der von § 251 StGB geforderte besondere qualifikationsspezifische Zusammenhang (Unmittelbarkeitszusammenhang) zwischen Grundtatbestand und Todesfolge kann sich nicht mehr realisieren, wenn der Raub lediglich versucht ist und der Täter mit der dann tödlich verlaufenden Gewalteinwirkung auf das Tatopfer erst beginnt, nachdem aus seiner Sicht die Erlangung der erstrebten Beute durch keine Handlungsalternative mehr verwirklicht werden kann, eine Fortsetzung der Tat als (versuchtes) Vermögensdelikt also nicht mehr in Betracht kommt.

SACHVERHALT

Der Angeklagte drang in die Wohnung des Geschädigten B. ein, den er im Besitz einer größeren Geldsumme wähnte, und forderte ihn zur Herausgabe von Geld und Wertgegenständen auf. Um seiner Forderung Nachdruck zu verleihen, versetzte er dem Tatopfer – in einer ersten Phase des Tatgeschehens – Faustschläge ins Gesicht. Da er weder Geld erhalten noch finden konnte und er dem Geschädigten nicht glaubte, dass dieser kein Geld in der Wohnung hatte, entschloss er sich, die Gewalteinwirkung zu intensivieren und schlug seinem Opfer mit einer Zange mindestens einmal auf den Hinterkopf, was zu einer blutenden, aber nicht lebensgefährlichen Kopfverletzung führte.

Nach weiterer vergeblicher Suche erkannte der Angeklagte, dass sein Plan, Beute zu machen, gescheitert war. Ihm stand vor Augen, dass damit seine finanzielle Misere fortbestehen würde. Aus Wut hierüber schlug der Angeklagte nunmehr in einer zweiten Phase des Tatgeschehens mit jedenfalls bedingtem Tötungsvorsatz massiv mit der Zange auf das Tatopfer ein wodurch er dieses tötete.

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Mordes in Tateinheit mit versuchtem Raub mit Todesfolge zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt und die besondere Schwere der Schuld festgestellt.

LÖSUNG

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil Schuldspruch dahingehend geändert, dass der Angeklagte wegen Mordes in Tateinheit mit versuchtem schweren Raub verurteilt wird.

Auf die Sachrüge ist der Schuldspruch zu berichtigen. Der Angeklagte hat sich nicht wegen versuchten Raubes mit Todesfolge, sondern wegen versuchten schweren Raubes (§§ 249, 250 I Nr. 1b, §§ 22, 23 StGB) strafbar gemacht. Die dem Opfer in der zweiten Phase des Tatgeschehens zugefügten tödlichen Verletzungen waren nicht mehr durch die Raubtat verursacht.

a) Wer beim Versuch eines Raubes mindestens leichtfertig den Tod eines Menschen verursacht, ist wegen versuchten Raubes mit Todesfolge (§§ 249, 251, 22, 23 I StGB) zu bestrafen. Dies gilt auch dann, wenn der Täter den Tod vorsätzlich herbeigeführt hat (BGHSt 39, 100). Allerdings kann im Hinblick auf die deutlich erhöhte Strafdrohung in § 251 StGB von einer „wenigstens leichtfertigen“ Todesverursachung „durch die Tat“ nur dann ausgegangen werden, wenn nicht nur der Ursachenzusammenhang im Sinne der Bedingungstheorie gegeben ist, sondern sich im Tod des Opfers tatbestandsspezifische Risiken verwirklichen, die typischerweise mit dem Grundtatbestand einhergehen. Nach BGH ist dieser besondere **qualifikationsspezifische Zusammenhang** (auch „**Unmittelbarkeitszusammenhang**“) unter Berücksichtigung des Wortlauts und des Schutzzwecks der Norm auch dann gegeben, wenn die den Tod des Opfers herbeiführende Handlung zwar nicht mehr in finaler Verknüpfung mit der Wegnahme steht, sie mit dem Raubgeschehen aber derart eng verbunden ist, dass sich in der Todesfolge die der konkreten Raubtat eigentümliche besondere Gefährlichkeit verwirklicht, was auch noch in der Beendigungsphase des Raubes (also zwischen Vollendung und Beendigung; sog. „**sukzessive Qualifikation**“) in Betracht kommen kann.

Hiervon ausgehend ist der von § 251 StGB geforderte Gefährlichkeitszusammenhang etwa dann bejaht worden, wenn die mit dem Einsatz der Nötigungsmittel zur Wegnahme regelmäßig verbundene Konfrontation mit dem Opfer dazu führt, dass das Opfer sich zum Zweck der Tatverhinderung und/oder der Ergreifung des Täters zur Wehr setzt und der Täter darauf mit tödlicher Gewalt reagiert (BGH, 3 StR 319/98), wenn der Täter nach der Wegnahmehandlung zur Sicherung der Beute oder seiner Flucht Gewalt anwendet und dadurch den Tod eines anderen verursacht (vgl. BGH, NJW 1999, 1039 f.), wenn mit dem Nötigungsmittel ausgeführte Gewalteinwirkungen dazu dienen, das Tatopfer zum Schweigen zu bringen und

dadurch eine Entdeckung der Tat zu verhindern (BGH, 2 StR 130/17, NStZ 2017, 638 mit krit. Anmerkung Kudlich), wenn aus der Befürchtung entdeckt zu werden oder aufgrund anspannungsbedingter Fehleinschätzung ein nichtiger Anlass oder ein Missverständnis zu einem Gewaltausbruch des Täters gegenüber dem Opfer führt (vgl. BGH, 4 StR 72/15) oder wenn sich bei einer räuberischen Erpressung unter Verwendung einer Schusswaffe die Gefahr der Eskalation durch den – dann tödlichen – Gebrauch der Waffe verwirklicht, weil das Opfer die Forderungen des Täters nicht erfüllt (BGH, 3 StR 204/02, NStZ 2003, 34).

b) Ob an dieser Rechtsprechung in jeder Hinsicht festzuhalten ist (zustimmend: S/S/Bosch, § 251 Rn 4; Otto/Petersen, JURA 1999, 480, 482; kritisch: Lackner/Kühl, § 251 Rn 1; Fischer, § 251 Rn 5), bedarf vorliegend keiner Entscheidung. Denn auch nach ihr kann sich der von § 251 StGB geforderte besondere **qualifikationsspezifische Zusammenhang nicht** mehr realisieren, wenn bei der zum Tode führenden Gewaltanwendung der Raub bzw. die räuberische Erpressung **bereits beendet** war (vgl. nur BGH, 4 StR 72/15). **Dem steht es gleich**, wenn der Raub bzw. die räuberische Erpressung **lediglich versucht und zum Zeitpunkt der tödlichen Gewalteinwirkung die Erlangung einer Tatbeute aus Sicht des Täters bereits endgültig gescheitert war**. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Täter mit der dann tödlich verlaufenden Gewalteinwirkung auf das Tatopfer erst beginnt, nachdem aus seiner Sicht die Erlangung der erstrebten Beute durch keine Handlungsalternative mehr verwirklicht werden kann, eine Fortsetzung der Tat als (versuchtes) Vermögensdelikt also nicht mehr in Betracht kommt. So verhält es sich nach den getroffenen Feststellungen hier: Als sich der Angeklagte zur Tötung seines Opfers entschloss, nahm er an, in der Wohnung des Opfers seien weder Geld noch Wertgegenstände zu finden, seine finanzielle Misere würde fortbestehen. Bei dieser Sachverhaltskonstellation waren die zugefügten tödlichen Verletzungen nicht mehr durch die Raubtat im Sinne des § 251 StGB verursacht.

c) Zwischen dem versuchten schweren Raub und dem dann beginnenden Tötungsdelikt dürfte regelmäßig Tatmehrheit bestehen. Gleichwohl hat die Annahme des Landgerichts, zwischen dem Vermögens- und dem Tötungsdelikt bestehe Tateinheit, Bestand; sie beschwert den Angeklagten hier nicht.

d) Der Senat ändert den Schuldspruch entsprechend ab. § 265 StPO steht dem nicht entgegen.