

### Geschäftsführender Herausgeber:

Dr. Wolfgang Weitnauer, Rechtsanwalt in München

### Herausgegeben von:

Professor Dr. Wulf Goette, Vorsitzender Richter am BGH a. D.

Professor Dr. Mathias Habersack, LMU München

Dr. Hildegard Ziemons, Rechtsanwältin beim BGH, Karlsruhe

## Anfechtungs- und Haftungsrisiken bei Hauptversammlungen nach dem COVID-19-Gesetz

*Rechtsanwältin Dr. Ingrid Andres und Ref. jur. Adela Kujović, Hogan Lovells International LLP, Frankfurt am Main*

Das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht („COVID-19-Gesetz“) bringt Erleichterungen für die Einberufung und Durchführung von Hauptversammlungen („HV“), birgt aber auch Anfechtungs- und Haftungsrisiken. Vor allem die Einschränkung der Fragemöglichkeit, der Wegfall des Auskunftsrechts und die Beschränkung des Anfechtungsrechts auf nachgewiesenen Vorsatz dürften zu Beschlussmängelklagen führen. Im Folgenden werden die nach dem Notgesetz verbleibenden und die durch dieses neu entstandenen Risiken dargestellt und praktische Tipps gegeben, wie die Gesellschaft diesen Risiken begegnen und der Vorstand die Gefahr seiner Haftung reduzieren kann.

### I. Einführung

Die COVID-19-Pandemie und die Schutzmaßnahmen zur Vermeidung der Ausbreitung, insbesondere die Einschränkungen der Versammlungsmöglichkeiten, haben erhebliche Auswirkungen auf die Handlungsfähigkeit von Unternehmen. Der Gesetzgeber führte daher für alle bis Ende 2020 stattfindenden HV von Aktiengesellschaften die Möglichkeit der Verwendung elektronischer Fernkommunikationsmittel ein. So kann der Vorstand nach Art. 2, § 1 I COVID-19-Gesetz abweichend von § 118 AktG auch ohne entspr. Ermächtigung in der Satzung die elektronische Teilnahme der Aktionäre, die elektronische Briefwahl und die Teilnahme des Aufsichtsrats im Wege der Bild- und Tonübertragung vorsehen (nachfolgend „Online-HV“). Da diese Maßnahmen die Durchführung einer Präsenzversammlung nicht obsolet machen, hat weit größere Bedeutung die Zulassung der HV ohne physische Präsenz der Aktionäre nach Art. 2, § 1 II COVID-19-Gesetz erlangt. Von dieser haben bisher 74 % der Gesellschaften Gebrauch gemacht (Auswertung vom 17.4.2020 aller Einberufungen im BAnz. ab 30.3.2020 der Link Market Services GmbH). Als Mindestvoraussetzung bestimmt Art. 2, § 1 II COVID-19-Gesetz, dass die gesamte HV in Bild

und Ton übertragen und den Aktionären die elektronische Stimmrechtsausübung, Frage- und Widerspruchsmöglichkeit eingeräumt wird.

Die Inanspruchnahme der Erleichterungen des COVID-19-Gesetzes durch den Vorstand bedarf der Zustimmung des Aufsichtsrats (Art. 2, § 1 VI COVID-19-Gesetz), so dass es auch auf dieser Ebene gilt, anfechtungsrelevante Beschlussmängel zu vermeiden.

### II. Anfechtungsrisiken bei der Einberufung

Art. 2, § 1 III COVID-19-Gesetz ermöglicht dem Vorstand, die Frist zur Einberufung der HV von 30 auf 21 Tage zu verkürzen. Ein sachlicher Grund ist, auch wenn Aktionärsvertreter dies fordern, nicht erforderlich. Macht der Vorstand von der Verkürzung der Einberufungsfrist Gebrauch, werden die Fristen für den Nachweis des Anteilsbesitzes bei börsennotierten Gesellschaften, die Mitteilungen gem. § 125 AktG und Ergänzungsverlangen entspr. angepasst. Diese Erleichterungen haben 30 % der Gesellschaften genutzt (Auswertung von Link Market Services).

Ob eine bereits einberufene HV zumindest unter Einhaltung der verkürzten Fristen in eine Online- oder eine virtuelle HV umgewandelt werden kann, ist nicht geklärt. Von daher empfiehlt es sich, zur Vermeidung von Anfechtungsrisiken eine bereits einberufene HV abzusagen und unter den geänderten Teilnahmebedingungen neu einzuberufen.

Fehler bei der Einberufung sind nicht von dem Anfechtungsausschluss des Art. 2, § 1 VII COVID-19-Gesetz erfasst. Daher führen insbes. Unrichtigkeiten bei der Bekanntmachung der Voraussetzungen für die Teilnahme an der HV und die Ausübung der Aktionärsrechte zur Anfechtbarkeit der gefassten Beschlüsse (§ 243 I iVm § 121 III 3 AktG). Zur Vermeidung von Anfechtungsrisiken sind daher die Voraussetzungen für die elektronische Zuschaltung und Teilnahme (Plattform,

Anmeldung, Zugangscode etc.) sowie das Verfahren für die Briefwahl verständlich, zutreffend und vollständig zu erläutern.

Die fehlende Angabe des Ortes der HV führt gem. § 241 Nr. 1 iVm § 121 III 1 AktG zur Nichtigkeit der gefassten Beschlüsse. Obwohl sich die Aktionäre bei der virtuellen HV nicht an einem Ort, sondern auf einer Plattform versammeln, wird gefordert, in der Einberufung den Ort zu nennen, an dem sich der Versammlungsleiter und ggf. der Notar (§ 130 I AktG) befinden (Simons/Hauser, NZG 2020, 488 [491]).

### III. Anfechtungsrisiken bei der Verschiebung der Hauptversammlung

Gem. Art. 2, § 1 V COVID-19-Gesetz kann der Vorstand die HV auch nach der Achtmonatsfrist des § 175 I 2 AktG bis zum Ablauf des Geschäftsjahres durchführen. Eine Verschiebung klingt einfach, birgt aber Risiken. Rein faktisch muss kurzfristig ein Versammlungsraum für teils hunderte von Aktionären gefunden werden. Bis die HV wieder ohne Rücksicht auf die COVID-19-Pandemie stattfinden kann, muss die Teilnehmerzahl so begrenzt werden, dass vorgegebene Höchstzahlen nicht überschritten und Abstandsflächen eingehalten werden. Anfechtungsklagen wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes (§ 53 a AktG) sind absehbar. Sicherheitskontrollen zur Feststellung von Krankheitssymptomen sind im Hinblick auf das Persönlichkeitsrecht und datenschutzrechtlich bedenklich, eine unzulässige Teilnahmeverweigerung birgt erhebliche Anfechtungsrisiken (BGHZ 44, 245 [250 ff.]; OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 16.2.2007 – 5 W 43/06, BeckRS 2007, 4574). Um die Wirksamkeit von Aufsichtsratsbeschlüssen nicht zu gefährden, müsste ein Antrag auf gerichtliche Bestellung gestellt werden (§ 104 AktG), wenn Wahlen von Aufsichtsratsmitgliedern nicht innerhalb der Achtmonatsfrist der §§ 102 I 1, 120 I 1 AktG stattfinden. Wird zu lange gehadert und kommt es zu einer Überschreitung der Jahresfrist, führt dies zwar nicht zur Anfechtbarkeit der zu spät gefassten Beschlüsse, die Mitglieder des Vorstands, des Aufsichtsrats und der Abschlussprüfer haften im Verschuldensfall aber persönlich für einen der Gesellschaft oder den Aktionären – etwa wegen verspäteter Dividendenzahlung – entstandenen Schaden (Hennrichs/Pöschke in MüKoAktG, 4. Aufl. 2018, § 175 Rn. 19). Der Prüfauftrag an den Abschlussprüfer sollte zur Vermeidung der Notwendigkeit einer gerichtlichen Bestellung und von Schadensersatzansprüchen (§ 318 IV HGB, § 93 II AktG) unter dem Vorbehalt der Bestellung durch die HV erteilt werden.

### IV. Anfechtungsrisiken bei der Beantwortung von Fragen

Gem. Art. 2, § 1 II 1 Nr. 3 und 2 COVID-19-Gesetz besteht abweichend von § 131 AktG bei der virtuellen HV kein Auskunftsrecht. Die Gesellschaft muss den Aktionären lediglich eine Fragemöglichkeit im Wege der elektronischen Kommunikation einräumen. Über die Beantwortung der Fragen entscheidet der Vorstand

nach pflichtgemäßem, freiem Ermessen. Ein Recht auf Antwort gibt es nicht (BT-Drs. 19/18110, 26; Formulierungshilfe, S. 30). Von daher ist auch keine Möglichkeit zur Rüge unbeantworteter Fragen vorgesehen. Anfechtungsklagen, die sich auf die Nichtbeantwortung einer Frage stützen, kommen nur in Betracht, wenn der Gesellschaft Vorsatz nachzuweisen ist (Art. 2, § 1 VII COVID-19-Gesetz).

#### 1. Vereinbarkeit mit Art. 9 ARRL

Im Hinblick auf Art. 9 I 2 ARRL (RL 2007/36/EG), wonach die Gesellschaft die an sie gestellten Fragen der Aktionäre zu beantworten hat, soll der Dispens von der Antwortpflicht iS einer richtlinienkonformen Auslegung nur zulässig sein, soweit dies iSv Art. 9 II 1 ARRL erforderlich ist, um den ordnungsgemäßen Ablauf der HV und ihre ordnungsgemäße Vorbereitung zu gewährleisten (Lieder ZIP 2020, 837 [842]). Auch wenn sich dem entgegenzusetzen lässt, dass Art. 9 I ARRL keine Ausgestaltung des Fragerechts nach dem Extrem des § 131 AktG verlangt und diese den Mitgliedstaaten überlässt (Noack/Zetzsche AG 2020, 265 [271]; Tröger BB 2020, 1091 [1094]), sollte zur Vermeidung von Anfechtungsrisiken das Recht des Vorstands, nach pflichtgemäßem, freiem Ermessen zu entscheiden, welche Fragen er wie beantwortet, nicht als Einfallstor für willkürliche Entscheidungen gesehen werden. Andernfalls besteht jedenfalls die Gefahr einer Anfechtung wegen (vorsätzlichen) Ermessensmissbrauchs (so auch Noack/Zetzsche AG 2020, 265 [276]) und einer Auskunftserzwingungsklage (§ 132 AktG).

#### 2. Grundsätze der Auswahl von Fragen

Die Gesetzesbegründung spricht von der Zulässigkeit der Auswahl sinnvoller Fragen im Interesse der anderen Aktionäre und der Bevorzugung von Aktionärsvereinigungen und institutioneller Investoren mit bedeutenden Stimmanteilen (BT-Drs 19/18110, S. 26; Formulierungshilfe, S. 30; kritisch insofern Herrler, GWR 2020, 191 [194]). Im Rahmen der Ermessensausübung können insofern berücksichtigt werden (dazu auch Schäfer, NZG 2020, 481 [487]; Simon/Hauser NZG 2020, 488 [496 ff.]):

- Auswahlrecht nur, wenn eine Beantwortung aller Fragen innerhalb des durch die Anregung des Deutschen Corporate Governance Codex gesteckten Zeitrahmens von 4 bis 6 Stunden nicht möglich wäre,
- Berücksichtigung von Auskunftsverweigerungsrechten nach § 131 III AktG,
- Beschränkung des Fragerechts auf ordnungsgemäß angemeldete Aktionäre,
- Beschränkung auf Fragen, die zur sachgemäßen Beurteilung des Gegenstands der Tagesordnung iSv § 131 I AktG erforderlich sind,
- Differenzierung nach Höhe des Anteilsbesitzes,
- Kein gezieltes Außerachtlassen von unerwünschten, konfliktgeladenen Fragen oder unliebsamer Themen ohne nachvollziehbare Differenzierungsmerkmale,

- Kein gezieltes Ignorieren von Aktionärsfraktionen oder bestimmten Minderheiten.

Um dem Vorwurf des Ermessensfehlgebrauchs entgegenzutreten zu können, ist dem Vorstand zu raten, die Fragen und die Gründe für ihre Nichtbeantwortung sorgfältig zu dokumentieren. Leitlinie können die Überlegungen bei der Erstellung der Protokolle von Vorstandssitzungen als potentiell Beweismittel für die Verteidigung in Organhaftungsfällen nach § 93 I 2 AktG sein. Keine Notwendigkeit besteht allerdings, auf die ermessensleitenden Grundsätze in der Einberufung hinzuweisen (so aber Noack/Zetzschke AG 2020, 265 [272]). Damit würde sich der Vorstand der von Art. 2, § 1 II COVID-19-Gesetz angestrebten Flexibilität berauben.

### 3. Berechnung der Einreichungsfrist

Gem. § 1 II 2 COVID-19-Gesetz kann der Vorstand vorgeben, dass Fragen bis spätestens zwei Tage vor der Versammlung im Wege elektronischer Kommunikation einzureichen sind. Von dieser Möglichkeit haben 31 % der Gesellschaften Gebrauch gemacht, 59 % haben Fragen sogar bis einen Tag vor der HV zugelassen (Auswertung von Link Market Services).

Für die Berechnung der Zwei-Tages-Frist macht das COVID-19-Gesetz keine Vorgaben. Entspr. der Vorgaben von §§ 121 VII, 122 II 3, 123 II 4, 126 I 2 AktG ist dahingehend zu rechnen, dass zwischen HV und Einreichung zwei volle Tage liegen (ebenso Simons/Hauser NZG 2020, 488 [495]). Da dies die Aktionäre begünstigt, besteht aber auch kein Anfechtungsrisiko, wenn umgangssprachlich iSv zwei Tage vorher gerechnet wird.

### V. Anfechtungsrisiken bei der Antragstellung

Das Antragsrecht besteht nur in der HV (Gehling in HV-HdB, 4. Aufl. 2018, § 9 Rn. 174). Die virtuelle HV wird aber überwiegend nicht als elektronische Teilnahme iSd § 118 I 2 AktG, sondern mit elektronischer Briefwahl durchgeführt. Das COVID-19-Gesetz äußert sich nicht zu der Frage, wie Gegenanträge (§ 122 II AktG) und Wahlvorschläge (§§ 126, 127 AktG) zu behandeln sind. Vielmehr heißt es in der Gesetzesbegründung, dass bei der Briefwahl „natürlich alle Antragsrechte 'in' der Versammlung wegfallen“ (BT-Drs. 19/18110, 26; Formulierungshilfe, S. 30). Gleichwohl erscheint es fraglich, ob der Gesetzgeber Gegenanträge und Wahlvorschläge in der HV als nicht existent behandelt sehen wollte. Dagegen spricht schon, dass er keine entspr. Beschränkung für die in der Einberufung anzugebenden Aktionärsrechte (§ 121 III Nr. 3 AktG) vorgesehen hat. Von daher sollten zur Vermeidung von Anfechtungsrisiken ordnungsgemäß gestellte Gegenanträge und Wahlvorschläge so behandelt werden, als seien sie in der HV gestellt worden (so auch Simons/Hauser NZG 2020, 488 [493 f.]).

### VI. Ausschluss des Anfechtungsrechts

Um zu verhindern, dass gesetzl. Erleichterungen des COVID-19-Gesetzes aus Sorge vor unübersehbaren An-

fechtungsrisiken nicht in Anspruch genommen werden, sind nach Art. 2, § 1 VII COVID-19-Gesetz folgende Fehler nur bei von dem Aktionär nachzuweisendem Vorsatz des Vorstands anfechtbar (BT-Drs. 19/18110, 26; Formulierungshilfe, S. 32):

- Fehler bei der elektronischen Bestätigung der elektronischen Stimmabgabe (§ 118 I 3 – 5 und II 2 AktG): Dadurch wird bereits die für nach dem 3.9.2020 einberufene HV geltende entspr. Verpflichtung aufgrund des ARUG II erfasst,
- Fehler bei der elektronischen Übertragung von HV (§ 118 IV AktG),
- Verletzung von Formerfordernissen für Mitteilungen nach § 125 AktG,
- Verletzungen von Art. 2, § 1 II COVID-19-Gesetz.

### 1. Technische Störungen

Von diesem Anfechtungsausschluss unbeschadet bleibt § 243 III Nr. 1 AktG, wonach die durch eine technische Störung verursachte Verletzung von Rechten, die nach § 118 I 2, II 1 und § 134 III AktG auf elektronischem Wege wahrgenommen worden sind, nur bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz der Gesellschaft anfechtbar sind. Dies bringt eine Reihe von Zweifelsfragen und damit Anfechtungsrisiken mit sich.

Geregelt ist, dass die Anfechtung bei der Online-HV und der virtuellen HV bei Fehlern bei der elektronischen Bestätigung der Stimmabgabe und der Bild- und Tonübertragung nur bei Vorsatz begründet ist (Art. 2, § 1 I, II, VII COVID-19-Gesetz).

Geregelt ist auch, dass auf technischen Störungen beruhende Verletzungen der Ausübung der Rechte zur elektronischen Teilnahme, Briefwahl und Übermittlung der Vollmacht bei der Online-HV schon bei grober Fahrlässigkeit anfechtbar sind (§ 243 III Nr. 1 AktG).

Umstritten ist, ob letzteres auch für virtuelle HV gilt oder ob die Anfechtung insofern auch bei technischen Störungen auf die Fälle des nachgewiesenen Vorsatzes beschränkt ist. Dagegen wird vorgebracht, dass Art. 2, § 1 II COVID-19-Gesetz nach der Gesetzesbegründung lediglich die „Grundsatzentscheidung zur Versammlung ohne physische Präsenz“ anfechtungsfrei stellen wolle (BT-Drs. 19/18110, 27; Formulierungshilfe, S. 32) und kein Bedürfnis für eine über § 243 III Nr. 1 AktG hinausgehende Privilegierung bestünde (Tröger BB 2020, 1091 [1098]). Die Anfechtung wäre damit nur bei technischen Fehlern hinsichtlich der Bild- und Tonübertragung auf Vorsatz beschränkt. Eine derartige Auslegung ist aber mit dem Wortlaut von Art. 2, § 1 VII COVID-19-Gesetz nicht vereinbar (Schäfer NZG 2020, 481 [486]; Noack/Zetzschke AG 2020, 265 [276]). Auch die Intention des Gesetzgebers, zu verhindern, dass gesetzl. Erleichterungen des COVID-19-Gesetzes aus Sorge vor Anfechtungsklagen nicht in Anspruch genommen werden (BT-Drs. 19/18110, 26; Formulierungshilfe, S. 32), spricht für einen Anfechtungsausschluss auch bei technischen Störungen hinsichtlich der elektronischen Stimmrechtsausübung, Fra-

ge- und Widerspruchsmöglichkeit. Gerade technische Störungen sind die größte Gefahr für den reibungslosen Ablauf einer virtuellen HV. Auch ist nicht ersichtlich, wie technische Störungen bei der Bild- und Tonübertragung einerseits und der Ausübung der Aktionärsrechte andererseits voneinander abgegrenzt werden sollten, ohne den Anfechtungsprozess mit Sachverständigengutachten zu überfrachten.

## 2. Kein Anfechtungsausschluss bei Vorsatz

Der Anfechtungsausschluss greift nicht, wenn dem Vorstand Vorsatz vorzuwerfen ist, wobei bereits die billige Inkaufnahme des Verstoßes ausreicht. Nach dem Wortlaut von Art. 2, § 1 VII COVID-19-Gesetz („es sei denn“) trägt der Aktionär wie bei § 243 III Nr. 1 AktG die Darlegungs- und Beweislast für das Wissen und Wollen des Vorstandes. Dogmatisch ist die Anknüpfung an Verschuldungskategorien verfehlt und dem Anfechtungsrecht fremd, weil es nach § 243 I AktG auf die objektive Rechtsverletzung ankommt (Hüffer/Schäfer in MüKoAktG, 4. Aufl. 2016, § 243 Rn. 110). Sie bringt aber die Frage mit sich, inwieweit sich der Vorstand bei der Zurverfügungstellung der elektronischen Kommunikation durch Einschaltung von

Hilfspersonen, insbes. professioneller Dienstleister, exkulpieren kann. In Anlehnung an die Grundsätze der Business Judgement Rule des § 93 I 2 AktG muss eine sachverständige Beratung dann als entlastend angesehen werden, wenn der Berater sorgfältig ausgewählt wurde, dh über die erforderliche Sachkunde verfügt, unabhängig ist, der Vorstand ihm die notwendigen Informationen erteilt und dessen Tätigkeit einer Plausibilitätsprüfung unterzogen hat (vgl. BGH NZG 2007, 545 [547]); dazu Fleischer NJW 2009, 2337 [2339]). Die damit zusammenhängenden Besprechungen und der Schriftverkehr sollten dokumentiert werden.

## VII. Fazit/Ausblick

Auch wenn das COVID-19-Gesetz nicht entspr. der Verordnungsermächtigung in Art. 2, § 8 bis Ende 2021 verlängert wird, hat es einen wesentlichen Beitrag zur Modernisierung der HV geleistet. Es zeigt sich aber auch, dass das Beschlussmängelrecht an die Digitalisierung angepasst werden muss. Wie Prof. Träger im Handelsblatt vom 18.5.2020 festgestellt hat, wird es nach Durchführung der virtuellen HV zu Anfechtungsklagen kommen. ■

## Arbeitsrechtliche Alternativen zur Kurzarbeit

*Rechtsanwalt Dr. Niklas Eckert; Rechtsanwalt Dr. Hubertus Reinbach; sowie Rechtsanwältin Sina Burmeister, alle bei Freshfields Bruckhaus Deringer, Hamburg*

Das Coronavirus (SARS-CoV-2) führt in Deutschland weiterhin zu einer massiven Einschränkung des Wirtschaftslebens. Eine Vielzahl von Unternehmen hat deshalb in den letzten Wochen Kurzarbeit eingeführt. Kurzarbeit ist ein probates Mittel, um Mitarbeiter im Beschäftigungsverhältnis zu halten und gleichwohl Personalkosten zu reduzieren. Nicht alle Unternehmen erfüllen indes die strengen Anforderungen des Kurzarbeitergeldes (vgl. hierzu Eckert in Hohenstatt/Sittard, Arbeitsrecht in Zeiten von Corona, 2020, III. Kurzarbeit und Kurzarbeitergeld). Viele Unternehmen fragen sich daher: Gibt es Alternativen, um Personalkosten zu senken oder den Personaleinsatz gezielt zu steuern? Die Antwort ist eindeutig: Ja, das Arbeitsrecht bietet zahlreiche weitere Möglichkeiten – kurzfristig wie langfristig.

### I. Kurzfristige Maßnahmen

#### 1. Personalabbau durch Auslauf befristeter Verträge / „Probezeit“-Kündigungen / Abbau von Leiharbeit

Auch während der Corona-Pandemie haben Arbeitgeber die Möglichkeit, den Abbau von Arbeitsplätzen durch das Auslaufen von Befristungen, die Senkung der Leiharbeitsquote oder Kündigungen innerhalb der Probe- bzw. Wartezeit zu erreichen.

Im Gegensatz zu unbefristeten Verträgen sind befristete Arbeitsverhältnisse ihrer Natur nach temporär angelegt.

Zur Beendigung bedarf es keines (Kündigungs-)Grundes.

Gleichfalls können Arbeitgeber unter erleichterten Bedingungen innerhalb der „Probezeit“ kündigen. Rechtlich handelt es sich um die sog. Wartezeit nach § 1 I KSchG. Der Kündigungsschutz greift erst bei Arbeitsverhältnissen, die länger als sechs Monate bestehen. Die zusätzliche Vereinbarung einer Probezeit ist für Unternehmen vorteilhaft, da lediglich eine zweiwöchige Kündigungsfrist gilt.

**Praxishinweis:** Die verkürzte Frist findet bis zum Ablauf der Probezeit Anwendung, selbst wenn das Ende der Kündigungsfrist bereits außerhalb der Probezeit liegt. Endet die Probezeit zB mit Ablauf des 31.7.2020, ist eine Probezeitkündigung wirksam, wenn sie dem Arbeitnehmer innerhalb dieser Probezeit (dh bis einschließlich 31.7.2020) zugeht.

Eine weitere Form, mit Unterauslastung der Belegschaft umzugehen, ist die Senkung der Leiharbeitsquote. Besonders in Krisenzeiten erweist sich dieser indirekte Personalabbau als beliebtes Flexibilisierungselement.

#### 2. Festlegung von (betrieblichen) Urlaubsgrundsätzen

Ebenso ergeben sich für Unternehmen urlaubsrechtliche Gestaltungsspielräume. So liegt die Frage nahe, ob und

inwieweit Arbeitgeber ausstehenden Jahresurlaub (einseitig) anordnen können. Dem steht meist das Arbeitnehmerinteresse entgegen, den Urlaub hinsichtlich Dauer und Lage entsprechend der Erholungsbedürfnisse frei festlegen zu können. Nach § 1 BUrlG steht dem Arbeitnehmer bezahlter Erholungsurlaub zu, den der Arbeitgeber als „Urlaubsschuldner“ zu gewähren hat. Dabei hat der Arbeitgeber die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, sofern nicht dringende betriebliche Belange oder vorrangige Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer entgegenstehen (§ 7 I 1 BUrlG). Dringende betriebliche Belange sind solche, die in der betrieblichen Organisation, im technischen Arbeitsablauf, der Auftragslage oder vergleichbaren Umständen ihren Grund haben. In der Vergangenheit war es aus Arbeitgebersicht mit Blick auf die Mitarbeiterzufriedenheit selten ratsam, Urlaub einseitig festzulegen. Praktisch ist in Zeiten der Corona-Krise eine solche Urlaubsanordnung durchaus denkbar. Dies gilt insbesondere sofern Arbeitnehmer (monatelang) keine Urlaubswünsche äußern.

Ferner können betriebliche Urlaubsgrundsätze in Abstimmung mit dem Betriebsrat per Betriebsvereinbarung festgelegt werden. Mit Blick auf das Mitbestimmungsrecht des § 87 I Nr. 5 BetrVG können die Betriebspartner (derzeit wohl auch kurzfristig ohne längere Ankündigungsfrist) im Einvernehmen über Betriebsferien entscheiden.

**Praxishinweis:** *Den Betriebspartnern bleibt unbenommen, Coronavirus bedingte betriebliche Urlaubsgrundsätze einvernehmlich festzulegen, wobei unter Berücksichtigung der (älteren) Rechtsprechung des BAG nicht der gesamte Jahresurlaub in Form von Betriebsferien angeordnet werden darf (BAG Beschl. v. 28.7.1981 – I ABR 79/79, NJW 1982, 959).*

### 3. Unbezahlter Urlaub / Ruhendes Arbeitsverhältnis

Mit Zustimmung des Arbeitnehmers ist es auch möglich, durch unbezahlten Urlaub kurzfristig finanzielle Erleichterungen herbeizuführen. Im Gegenzug sind Arbeitnehmer von der Erbringung ihrer Arbeitsleistung vorübergehend befreit. Dieses Modell kommt beispielsweise in Betracht, wenn die Voraussetzungen von Kurzarbeitergeld nicht vorliegen oder Arbeitnehmer für einen bestimmten Zeitraum befreit werden möchten (zB zur Versorgung von Familienangehörigen).

Rechtlich handelt es sich bei unbezahltem Urlaub um die einvernehmliche Suspendierung der beiderseitigen Hauptleistungspflichten unter Aufrechterhaltung der arbeitsvertraglichen Nebenpflichten (sog. ruhendes Arbeitsverhältnis). Für die Zeit des unbezahlten Urlaubs entfällt der Beitrag zur Sozialversicherung, da der Arbeitnehmer kein Arbeitsentgelt erhält. Für einen Monat fingiert § 7 III 1 SGB IV allerdings zu Gunsten der Arbeitnehmer das Fortbestehen einer Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt und dadurch den Versicherungsschutz.

**Praxishinweis:** *Sobald unbezahlter Urlaub länger als einen Monat dauert, droht der Verlust des Versicherungsschutzes.*

### 4. Nutzung von Arbeitszeitkonten

Sofern Regelungen zu Arbeitszeitkonten bestehen, können Arbeitnehmer dazu angehalten sein, sowohl positives Zeitguthaben abzubauen als auch negatives Zeitguthaben aufzubauen. Unternehmen müssen sich allerdings bewusst sein, dass dies nicht zu einer kurzfristigen Entlastung von Personalkosten führt. Insoweit genutzte Stunden sind vom Arbeitgeber zu vergüten. Der Aufbau von Minusstunden ist wirtschaftlich gesehen ein Entgeltvorschuss des Arbeitgebers.

Gleichwohl ist die Nutzung von Arbeitszeitkonten – insbesondere bei kurzzeitigen Auftragsrückgängen – ein probates Mittel, um Unterauslastungen abzufangen. Der Aufbau von negativen Zeitsalden ist vor allem für Unternehmen interessant, die nach der Krise kurzfristig mit einem überdurchschnittlichen Arbeitsaufkommen rechnen.

### 5. Stundung von Sozialversicherungsbeiträgen und Vergütungszahlungen

Eine weitere Maßnahme besteht in der Stundung von Sozialversicherungsbeiträgen gemäß § 76 II SGB IV. Allerdings sind die Anforderungen hierfür hoch. Für vom Coronavirus betroffene Unternehmen galt für die Beitragsmonate März, April und Mai ein vereinfachtes Stundungsverfahren, das unter anderem auf die regelmäßig notwendige Sicherheitsleistung und Stundungszinsen verzichtete. Ab dem Beitragsmonat Juni sollen Stundungen wieder auf Grundlage der „Einheitlichen Grundsätze zur Erhebung von Beiträgen, zur Stundung, zur Niederschlagung und zum Erlass sowie zum Vergleich von Beitragsansprüchen (Beitragserhebungsgrundsätze)“ des GKV-Spitzenverbandes vom 17.2.2010 erfolgen. Nach einem Rundschreiben des GKV-Spitzenverbandes vom 19.5.2020 (RS 2020/390) ist bis zum 30.9.2020 für alle von der Corona-Pandemie betroffenen Arbeitgeber regelmäßig von einer erheblichen Härte und einer vorübergehenden Natur der Zahlungsschwierigkeit im Sinne der Beitragserhebungsgrundsätze auszugehen.

Unter Umständen kommt auch eine Stundung der Vergütungszahlungen in Betracht. Hierfür ist eine Vereinbarung mit dem Mitarbeiter erforderlich, die den Zeitpunkt der Fälligkeit des Lohns nach hinten verschiebt. Dadurch entfällt nicht die Vergütungspflicht, sondern lediglich der Auszahlungszeitpunkt wird angepasst. Der Arbeitgeber kommt nicht in Zahlungsverzug und hat keine Verzugszinsen zu zahlen. Bei dem Abschluss einer Stundungsvereinbarung sind allerdings aus Arbeitgebersicht verschiedene Voraussetzungen zu beachten. So bedarf die Vereinbarung bei einer arbeitsvertraglichen Schriftformklausel der Form des § 127 BGB und generell der Einhaltung des Mindestlohngesetzes. Im Falle eines formularmäßigen Verzichts sind die Grenzen des AGB-Rechts zu beachten.

### 6. Personalpartnerschaft zwischen Unternehmen

Einzelne Unternehmen profitieren von der derzeitigen Krise. Beispielsweise haben der Lebensmittel-Einzelhandel und Online-Versandunternehmen erhöhte Nach-

frage zu verzeichnen. Diese Unternehmen benötigen zeitweise zusätzliches Personal. Diese Mitarbeiter können sie – deren Einverständnis vorausgesetzt – von Unternehmen „beziehen“, die stärker von der Krise betroffen sind (sog. Personalpartnerschaft). Die Beschäftigung der Mitarbeiter kann dabei sowohl in Teil- als auch in Vollzeit erfolgen. Das „verleihende“ Unternehmen reduziert damit unmittelbar Personalkosten. Für eine Personalpartnerschaft kommen zwei Modelle in Betracht:

### a) Arbeitnehmerüberlassung

Das Unternehmen mit Personalüberschuss „verleiht“ Arbeitnehmer an das entleihende Unternehmen. Hierbei müssen in der Regel die Voraussetzungen des AÜG eingehalten werden. Der Verleiher bedarf grundsätzlich einer sog. Überlassungserlaubnis. Fehlt diese – wie im Regelfall –, drohen der Übergang des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses auf das entleihende Unternehmen sowie empfindliche Sanktionen für die beteiligten Unternehmen.

Das AÜG bietet auch Ausnahmen für die Überlassung von Arbeitnehmern. Konzernunternehmen können meist auf § 1 III Nr. 2 AÜG zurückgreifen (sog. Konzernprivileg). Keiner Erlaubnis bedürfen nach § 1 a I AÜG kleinere Unternehmen mit weniger als 50 Beschäftigten, die zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen einen Arbeitnehmer, der nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird, an einen anderen Arbeitgeber überlassen. Am vielversprechendsten ist für die meisten größeren Unternehmen auf den ersten Blick § 1 III Nr. 2 a AÜG: Weite Teile des AÜG finden keine Anwendung, wenn die Überlassung nur gelegentlich erfolgt und der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung beschäftigt wird. An das Merkmal „gelegentlich“ werden allerdings strenge Anforderungen gestellt. So können bereits formlose Absprachen zwischen Unternehmen eine Wiederholungsabsicht indizieren und der Voraussetzung „gelegentlich“ entgegenstehen. Auch wenn das Bundesministerium für Arbeit und Soziales im Rahmen seiner Auslegungshilfe zur Arbeitnehmerüberlassung (ohne rechtlich bindende Wirkung) die Anwendung des § 1 III Nr. 2 a AÜG gegenwärtig für sachgerecht hält, bergen diese Konstellationen praktische Risiken. Aufgrund der strengen Rechtsfolgen unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung sollte eine Personalpartnerschaft auf Basis des AÜG nur nach detaillierter rechtlicher Analyse erfolgen.

### b) Befristete Beschäftigung beim „neuen“ Arbeitgeber

Eine Personalpartnerschaft kann auch auf anderem Weg erreicht werden: Das Arbeitsverhältnis beim „eigentlichen“ Arbeitgeber wird ruhend gestellt bzw. die Arbeitszeit vorübergehend reduziert und der betroffene Mitarbeiter schließt mit dem neuen Arbeitgeber einen befristeten Arbeitsvertrag. In der Regel ist eine sachgrundlose Befristung nach § 14 II TzBfG möglich. Diese scheidet indes aus, wenn der Arbeitnehmer bereits zuvor beim neuen Arbeitgeber beschäftigt war.

**Praxishinweis:** Die Personalpartner sollten auf die zeitliche Vertragsgestaltung achten. Die Dauer des Ruhens des Arbeitsverhältnisses bzw. die Reduzierung der Arbeitszeit beim „eigentlichen“ Arbeitgeber und die befristete Laufzeit des neuen Arbeitsverhältnisses sind möglichst synchron auszugestalten. Arbeitnehmern ist zu raten, sich von beiden Arbeitgebern die Nebentätigkeit gestatten zu lassen.

## 7. Umgang mit (variabler) Vergütung

Aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers folgt bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Arbeitgebers zwar keine Pflicht zum Gehaltsverzicht. Diverse Führungskräfte verzichten dennoch vorübergehend auf Teile ihres Gehalts. Rechtlich handelt es sich hierbei um einen Erlassvertrag. Damit Arbeitnehmer sich später nicht auf die Unwirksamkeit derartiger Vereinbarungen berufen können, sind rechtliche Grenzen zu beachten. So ist ein Verzicht für bestimmte Vergütungsansprüche gesetzlich ausgeschlossen, wie zB Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (§ 12 EFZG) oder Urlaubsentgelt (§ 13 I BUrtG). Darüber hinaus kann auf tarifliche Rechte nur in einem von den Tarifvertragsparteien gebilligten Vergleich verzichtet werden. Ähnliches gilt für Ansprüche aus Betriebsvereinbarungen. Bei einem formularmäßigen Verzicht sind außerdem die Grenzen des AGB-Rechts zu beachten.

Weitere finanzielle Entlastungsmöglichkeiten bestehen im Umgang mit der variablen Vergütung von Mitarbeitern. Je nach Ausgestaltung des Incentivierungsprogramms können die Auswirkungen der Corona-Pandemie bereits bei der Zielerreichung und damit der Bemessung der variablen Vergütung berücksichtigt werden. Ebenfalls ist es im Einzelfall möglich, Bonusentscheidungen und Bonuszahlungen zu verschieben, um das Krisenausmaß besser einschätzen zu können. Ferner besteht bei einem leistungsabhängigen Ermessensbonus die Möglichkeit, den Bonus bei Vorliegen besonders gewichtiger, außergewöhnlicher Umstände trotz Erreichens persönlicher Ziele auf „Null“ festzusetzen (BAG Urt. v. 24.10.2018 – 10 AZR 285/16, BeckRS 2018, 36770; NZA 2019, 387 [392 f.]). Derartige außergewöhnliche Umstände hat das BAG im Rahmen der Finanzkrise bei Banken anerkannt, die nur durch staatliche Liquiditätshilfen eine Insolvenz vermeiden konnten. Ob die Auswirkungen der Corona-Pandemie insoweit vergleichbar sind und die Entscheidung des BAG übertragbar ist, hängt vom Inhalt der Bonusvereinbarung und der wirtschaftlichen Situation des Unternehmens ab.

## II. Langfristige Maßnahmen

Gleichfalls sollten Unternehmen langfristige Maßnahmen in den Blick nehmen, um Personalkosten an die Auswirkungen der Corona-Pandemie anzupassen. Dies umfasst eine Reduzierung des Vergütungsniveaus sowie als *ultima ratio* einen betriebsbedingten Personalabbau.

### 1. Reduzierung der Vergütung

Selbst in Krisen kann die Vergütung – mit Ausnahme der strengen Regeln unterliegenden Änderungskündigung – praktisch nur einvernehmlich reduziert werden.

Arbeitnehmer werden ihr Entgelt meist nur gegen eine (werthaltige) Gegenleistung reduzieren wollen. Vor dem Hintergrund großer Umsatzeinbußen und derzeit durchaus konkreten Szenarien betriebsbedingter (Massen-)Entlassungen liegt als „negativer“ Anreiz der vorübergehende arbeitgeberseitige Verzicht auf betriebsbedingte Kündigungen nahe (sog. „Beschäftigungsgarantie“). Gleichfalls ist denkbar, eine Reduzierung nicht in puncto Fixgehalt, sondern „nur“ hinsichtlich variabler Vergütungsbestandteile zu vereinbaren. Als „positiver“ Anreiz können Arbeitnehmern Prämien- oder Bonusregelungen für bessere Zeiten in Aussicht gestellt werden.

## 2. Personalabbau durch betriebsbedingte Kündigungen

Als *ultima ratio* besteht die Möglichkeit, betriebsbedingte Kündigungen auszusprechen. Dafür sind die Anforderungen des KSchG wie die Pflicht zur Sozialauswahl und die Kündigungsfrist zu beachten. Selbst wenn die Voraussetzungen in längeren Krisenzeiten vorliegen, hat die Entlassung zahlreicher Mitarbeiter andere Tücken, welche – trotz Vorliegen eines Kündigungsgrundes – zur Unwirksamkeit der Kündigung führen können. Wie vor jeder Kündigung ist der Betriebsrat ordnungsgemäß anzuhören. Im Falle einer geplanten Massenentlassung, dh bei Erreichen der Schwellenwerte des § 17 KSchG, ist die Anzeigepflicht gegenüber der örtlichen Agentur für Arbeit und das Konsultationsverfahren mit dem Betriebsrat zu beachten. Dieses Anzeige- und Konsultationsverfahren ist zeitintensiv und

fehleranfällig. Die Einhaltung aller Vorschriften ist jedoch essenziell, da Verstöße zur Unwirksamkeit aller ausgesprochenen Kündigungen führen.

Häufig besteht das Missverständnis, dass sich Kurzarbeit und betriebsbedingte Kündigungen ausschließen. Das ist nicht korrekt (vgl. BAG Urt. v. 23.2.2012 – 2 AZR 548/10, BeckRS 2012, 70847 = GWR 2012, 424 [Fuhlrott]; NZA 2012, 852 [854 f.]). Arbeitgebern bleibt es unbenommen, trotz Kurzarbeit betriebsbedingte Kündigungen auszusprechen, soweit im Betrieb keine gegenteiligen Regelungen (zB aufgrund Betriebsvereinbarung) gelten. Beide Instrumente verfolgen unterschiedliche Zielrichtungen: Bei der Kurzarbeit geht der Arbeitgeber vom vorübergehenden Beschäftigungsrückgang aus. Für betriebsbedingte Kündigungen bedarf es hingegen des (voraussichtlich) dauerhaften Entfalls der Arbeitsaufgaben des jeweiligen Mitarbeiters.

Stellt der Arbeitgeber während der Kurzarbeitsphase doch einen dauerhaften Arbeitsausfall und Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit fest, kann er eine betriebsbedingte Kündigung aussprechen. Im Rahmen des Kündigungsschutzprozesses muss der Arbeitgeber dann darlegen, wie sich nach Einführung der Kurzarbeit die strukturelle Unternehmenssituation geändert hat.

**Praxishinweis:** Arbeitgeber sollten sorgfältig prüfen, ob sie für Bereiche, in denen zeitnah betriebsbedingte Kündigungen ausgesprochen werden könnten, Kurzarbeit anzeigen. Der Begründungsaufwand im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses wird dadurch erhöht. ■