ISSN 1864-371X

Bucerius Law Journal

Juni 2019
Heft 1/2019
Seiten 1–56

Editorial	Toni Jaeger-Fine	Becoming a Lawyer: Discovering and Defining Your Professional Persona	1
Aufsätze			
	Dr. Cord Brügmann	Lawyer Profession International – Better Regulation	7
	Dr. Birga Teigelack, LL. B.	Grundlagen und rechtliche Folgen der Einstufung eines Staates als sog. sicherer Herkunftsstaat	13
Arbeitsrecht	Christin Lindenberg	Zum Umfang des Mitbestimmungsrechts gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG	17
	Antonio Mamerow, LL.B.	Tarifvertrag und Kartellrecht	25
	Lennard Ullrich, LL.B.	Das Vorbeschäftigungsverbot des § 14 II 2 TzBfG	34
Gesellschaftsrecht	Shari Heger	Anfechtungsrisiken bei einem Unternehmenskauf in Insolvenznähe	41
Steuerrecht	Helena Sophia Spek	Anrechnung ausländischer Steuern auf die Gewerbesteuer	49

in cooperation with
WHITE & CASE

www.law-journal.de

BLJ

Redaktion der Ausgabe 1/2019

Fabian Afshar
Paul Bülow
Hanno Dassel
Annika Diemke
Philipp Eschenhagen
Benedikt Folttmann
Ben Fuhrmann
Lauritz Gerlach
York-Philipp Gräf
Fabian Hagemeister
Sarah Heidner
Julia Heß
Fabian Hoell
Leonard Kilian Jaritz
Marcel Oelerich
Philipp Overkamp
Anja Katharina Penners
Christoph Rathert
Leonhard Redlich
Jonathan Schramm
Nico Schröter
Fabian Schulze
Svenja Schwartz
Isabelle Stein
Lars Walter
Ivo Veit Wanwitz
Niklas Wilde

BUCERIUS LAW SCHOOL
PRESS

Impressum

© Bucerius Law Journal e.V., Hamburg

Bucerius Law Journal
c/o Bucerius Law School
Jungiusstraße 6
20355 Hamburg

www.law-journal.de

ISSN 1864-371X

Erscheinungsweise

Das Bucerius Law Journal (BLJ) erscheint zweimal jährlich.

Umschlaggestaltung

Lauritz Gerlach

Urheberrechte

Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt; die Rechte hierfür liegen bei den jeweiligen Autoren oder dem Bucerius Law Journal. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Bucerius Law Journals genutzt oder verwertet werden. Erlaubt ist die Erstellung von digitalen Kopien, Ausdrucken und Fotokopien für den persönlichen, nichtgewerblichen Gebrauch.

Manuskripte

Das Bucerius Law Journal haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Eine Rücksendung erfolgt nur, wenn Rückporto beigefügt ist. Die Übersendung eines Manuskripts beinhaltet die Erklärung, dass der Beitrag nicht gleichzeitig anderweitig angeboten wird. Mit der Annahme zur Veröffentlichung durch das Bucerius Law Journal überträgt der Autor dem Verlag ein ausschließliches Nutzungs- und Verwertungsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen sind insbesondere auch das Recht zur Herstellung elektronischer Versionen und zur Speicherung in Datenbanken sowie das Recht zu deren Vervielfältigung und Verbreitung online oder offline ohne zusätzliche Vergütung. Nach Ablauf eines Jahres ab Veröffentlichung des Beitrages ist der Autor berechtigt, anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen.

Bucerius Law Journal

Redaktion dieser Ausgabe: Fabian Afshar, Paul Bülow, Hanno Dassel, Annika Diemke, Philipp Eschenhagen, Benedikt Folttmann, Ben Fuhrmann, Lauritz Gerlach (Webmaster/IT), York-Philipp Gräf (st. Vorsitzender), Fabian Hagemeister, Sarah Heidner, Julia Heß, Fabian Hoell, Leonard Kilian Jaritz (Vorsitzender), Marcel Oelerich, Philipp Overkamp, Anja Katharina Penners, Christoph Rathert, Leonhard Redlich (Recht und Finanzen), Jonathan Schramm (Social Media), Nico Schröter, Fabian Schulze, Svenja Schwartz, Isabelle Stein, Lars Walter, Ivo Veit Wanwitz, Niklas Wilde

Heft 01/2019
Seiten 1-56
13. Jahrgang
Mai 2019

Toni Jaeger-Fine*

Becoming a Lawyer: Discovering and Defining Your Professional Persona

A. The Legal Professional Persona Revealed

This essay is a brief summary of my recent book, *Becoming a Lawyer: Discovering and Defining Your Professional Persona* (West Academic 2018).[1] My book is based on several years of research and many years of ruminating about what is required for success in the legal profession. [2] I came up with the concept of the *legal professional persona* to describe a set of attitudes and behaviors that are critical to success, beyond the technical skills and knowledge that most lawyers possess. *Becoming a Lawyer* is my attempt to unpack and discuss these attitudes and behaviors that drive true success in the profession and beyond.

Developing a strong professional persona is perhaps more crucial than ever in this period of profound disruption in the legal industry. Recent changes in the profession, including intense competition for top jobs, make it more important than ever that we develop a robust professional persona. At the same time, the rise of alternative service providers and the proliferation of entrepreneurship in the legal profession allows each of us more options than legal professionals previously had.

The stunningly wonderful truth behind the concept of the legal professional persona is that it is eminently accessible to each of us with the right amount of dedication and intentionality. The attitudes and behaviors described below are not necessarily difficult to achieve, but reflect an investment in self-analysis – an investment that is well worth making. Our professional persona must be protected as the valuable asset that it is. In a world in which we may feel that much is out of our control, the development of a robust professional persona is well within our power. Take charge over how you develop yours.

Your professional persona is contextual and it changes over time. How we behave – or should behave – may not be the same across the range of professional circumstances in which we find ourselves. And the professional persona we embody at age 20 will not be the same one we embrace at the age 40 or 60. Additionally, our professional persona is, and must be, intimately linked to our personal persona. A professional persona that is not inextricably linked with one's personal persona is inauthentic and ultimately unsustainable.

B. Legal Professional Persona Building Blocks

Becoming a lawyer requires a solid foundation consisting of four building blocks: The stages of learning and achieving competence; the importance of internationalization and habit formation; the multiple dimensions of intelligence; and the need for all of us to embrace leadership qualities.

I. The Competence Problem

In the 1950s, Neil Burch came up with the four stages of learning – stages through which we all move in developing skill: Unconscious incompetence; conscious incompetence; conscious competence; and finally unconscious competence.

The model begins with two stages of incompetence – we begin at the level of unconscious incompetence. At this stage, we are so ignorant of our own incompetence that we may be deluded into thinking that we actually are skilled at the task or that we could learn it quickly and easily. Psychologist David Dunning has referred to people in this stage of unconscious incompetence as "confident idiots."[3]

As we better understand a task and its complexity, we become consciously incompetent. We recognize that we lack the specific skills of mastery and have an appreciation for

* Assistant Dean, Fordham Law School (New York City). The author is honored to have taught a course at Bucerius Law School every year since its inauguration and to be the recipient of the Bucerius Badge of Honor in 2017. She can be reached at tfine@law.fordham.edu. Please also visit my blog at YourProfessionalPersona.com.

1 Available at https://www.amazon.com/Becoming-Lawyer-Discovering-Defining-Professional-ebook/dp/B07K8VQ6RS/ref=sr_1_1?keywords=Jaeger-fine&qid=1556993255&s=gateway&sr=8-1.

2 My work and this essay focus on legal professionals and the legal profession, but most of the lessons of this book apply equally to other professions.

3 See David Dunning, We are All Confident Idiots, Pacific Standard (June 14, 2017), available at https://psmag.com/social-justice/confident-idiots-92793.

the difficulty of achieving competence in that skill.

When we achieve some competence over a task, we enter the realm of conscious competence – we are competent but still need to focus and work hard at the new task. Finally, when we achieve a greater level of competence, we become unconsciously competent – we are able to perform tasks with such a level of competence that we can do so almost unconsciously, without much focus or attention.

Moving through the stages of incompetence and finally achieving unconscious competence requires meaningful questioning, deep and sustained reflection, observation and imitation, and coachability. All of these enable us to perceive and ultimately overcome our weaknesses.

II. The Importance of Internalization and Habit Formation

Habits are things that we do automatically with a genuine pattern of regularity. We rely on habit for much of our daily routine. Habits are enormously important to our professional development and make us more successful because they allow us to save time and energy and to work better under pressure. Developing good habits also often leads to the development of other good habits. Having strong habits, it turns out, also makes us happier.

Developing strong, sustainable habits is hard work. It is important to commit genuinely to a new habit, to visualize your new habit, and to work hard at your new habit. Do not allow exceptions from this new habit – regularity is crucially important in developing habits. It also helps if you find a way to make yourself accountable to the new habit – by keeping a journal or telling a friend, for instance.

Charles Duhigg, in his book *The Power of Habit*, discusses something he calls the "habit loop." A habit loop involves a cue or a trigger, the ensuing habitual action, and a reward. We can learn to re-engineer a habit loop by keeping the cue or trigger and the reward the same, and replacing one habitual action for another. Duhigg describes how he exchanged his habit of going to the cafeteria at 3:00 p.m. every day and eating a chocolate chip cookie while chatting with colleagues for another, more desirable habit – visiting and having a chat with a colleague at the same time every afternoon. He did this by keeping the cue the same and attempting different actions until he found the one that produced the same reward. In this same way, we can substitute undesirable habitual activities for actions that are more productive.

III. The Multiple Dimensions of Intelligence

Intelligence is a concept that is fraught for many of us. In days gone by, one's intelligence quotient (IQ) was considered to be a vital predictor of success. Today, it is well- recognized that other forms of intelligence are more accurate predictors of success than IQ. In particular, emotional intelligence – the ability to understand and regulate one's own emotions, and social intelligence – the ability to appreciate and react appropriately to the emotions of others, are considered to be more important tools for success than IQ. These are forms of intelligence that we can develop over the course of our lifetime, as opposed to IQ, which most people view as relatively static.

IV. Leadership for All

Contrary to how many view leadership, it has nothing to do with one's role or status within an organization. Instead, it is about a mindset or orientation. In that sense, all of us need to be leaders.

A leader is someone who is a visionary, which means that she is goal oriented. A leader also is a change agent, in that she can move toward goal fulfillment. Leaders typically are characterized by a range of personal and interpersonal skills. Among the personal skills, leaders tend to have a strong moral and ethical core, are self-aware, self-regulate, and creative. In terms of interpersonal skills, leaders tend to are empathetic, work collaboratively, elicit and respond to feedback, act with humility, work toward maximizing the goals of others and the institution rather than focusing on personal goals, have a sense of humor (which can be self-deprecating but never at the expense of others), and have strong communication skills, including listening skills.

C. Self-Management: Professionalism from the Inside

There are three principal elements behind self-management: Mindset and dispositions; time management; and wellbeing and sustainability.

I. Mindset and Dispositions

Mindset and dispositions are propensities, attitudes, moods, intentions, and inclinations that come to define us and our professional persona. These elements of our professional persona, like others, are well within our control. The mindset and dispositions needed for success include a positive mindset, a commitment to excellence, and character.

1. Positive Mindset

A positive mindset is one that is based on growth, optimism, enthusiasm and passion, and resiliency and grit.

A *growth mindset* is marked by a personal conviction that we can overcome perceived limits and become better with sustained effort. The lack of a positive mindset – a fixed mindset – is reflected in the view that we are what we are, we have pre-determined limits, and no amount of effort can make a difference. Those with a fixed mindset do not even attempt to improve themselves because they view their limits as inherent and unchangeable. A growth mindset gives each of us an incentive to improve and to reach our full potential. Choose growth.

An *optimistic mindset* is related to a growth mindset because it is marked by the belief that we can overcome obstacles and setbacks. It recognizes that such challenges are faced by everyone and are not unique to us. An optimistic mindset is both forward-looking (being optimistic for the future) and

backward-looking (that challenges we have faced in the past are a normal part of life).

People who are *enthusiastic and passionate* love their work and are excited about every project as a challenge and an opportunity. Enthusiasm and passion give us energy to do our best work. They also are contagious; when we exhibit genuine enthusiasm and passion, others react in kind. Enthusiasm and passion are self-fulfilling prophecies. Seek them when you find them waning.

Grit and resilience are closely related concepts. *Resilience* is our ability to recover from adversity. *Grit* is perseverance for long-goals. Both reflect our drive, motivation, and ability to withstand and overcome challenges. Again, both relate to growth and optimism – the belief that we can overcome obstacles and persevere day after day, week after week, year after year.

2. Commitment to Excellence

A genuine commitment to excellence is based on a range of features. These include resourcefulness – using all resources at your disposal (including colleagues) to solve problems; diligence and dedication – absolute commitment to doing your best; self-discipline and willpower – the ability and willingness to make the sacrifices often needed in our professional lives; reliability – being the kind of person that others know can be relied upon; preparedness – being as ready as possible for any unexpected contingencies; flexibility – the ability to change course and adapt to new circumstances when the situation warrants; craftsmanship – appreciating the importance of attention to detail; creativity – allowing ourselves to think out of the proverbial box, to let our minds consider solutions that might not be readily apparent; and wisdom – the exercise of good judgment and doing the right thing at the right time.

3. Character

A robust professional persona requires character, which includes demonstrating gratitude – expressing thanks when someone does you a good turn, no matter how minor the gesture may have been; to be dignified in everything we do; to be discreet – not only with client confidences, which is a given, but with any sensitive information; humility – to understand that we do not always have the right answers and can learn from others, including unexpected sources; confidence – to have and project a sense of power over situations and your ability to do something with competence; authenticity – the development of a professional persona that is comfortable for us, that reflects our personal identify and values; integrity – acting within the bounds of a strong moral core, and acting in a manner that is internally consistent and reflective of a cohesive approach to life; humor – especially self-deprecating humor; and elegance – doing more than the right thing, taking the extra step to make people feel good when you can.

II. Time Management

Time management is one of the great challenges of contemporary life. The number of commitments each of us has, coupled with rising expectations that things be done with great speed, often leaves us with irreconcilable demands. Each of us needs to use time management techniques that are best suited to us in order to thrive in this fast-paced profession. Auditing your time and scheduling specific tasks are some ways to maintain control over our time.

One principle that is worthy of our attention is the urgent versus the important concept. As former U.S. President Dwight Eisenhower said, what is urgent is not necessarily important and what is important is not necessarily urgent. Urgency in these days of instantaneous communication is easily confused for importance. Take a moment to determine whether tasks that seem important merely seem that way because they appear to be urgent. To the extent possible, we should prioritize important tasks over those that are not.

III. Wellbeing

Wellbeing is a multidimensional concept that includes physical wellness, emotional and mental health, the pursuit of creative or intellectually challenging activities that allows for personal satisfaction, growth, and enrichment, a sense of meaningfulness and purpose in life, and the human need to be connected and to have a well-developed support network.

Lawyers as a group suffer disproportionately to the general population from a series of maladies, including drug and alcohol abuse, depression and other forms of mental illness, and suicide.

The good news is that, at least in the United States, the stigma formerly attached to many of these maladies has been lifted. Numerous highly accomplished attorneys recently have discussed their struggles publicly, and these issues are far more out in the open then they were in prior days. All U.S. states have confidential resources for attorneys who are struggling.

Wellbeing matters for a number of reasons. There is, of course, the person, family, and community case for wellbeing. But there is also an important business case for wellbeing: It is indisputable that attorneys are more competent when they experience a state of wellbeing. Institutions have reason to promote wellbeing, reflected in the notion of an additional contagion: When members of a community are healthy and satisfied, their sense of wellbeing spreads to others in the community. The converse is also true. Attorneys (and others) who experience a sense of wellbeing are more likely to remain at their firms, thereby limiting attrition – which is both costly for firms and annoying for clients.

There are of course many ways to promote wellbeing. The overarching lesson is this: Prioritize wellbeing as a career-promoting rather than career-limiting feature; be alert to signs of change in your own wellbeing and the wellbeing of those around you, and address them; and do everything you can to promote a culture of wellbeing in your

institutions and communities.

D. Relationships: Professionalism with the Outside

Law is a profession based on relationships, and success depends largely on our ability to work effectively with a range of individuals.

I. Foundations for Working with Others

Professionalism with the outside turns on a number of discrete elements and begins with the basics like civility – being courteous and kind to all, including those with whom we are in an adversarial relationship. One wonderful tip comes from Eric Grossman, the Chief Legal Officer of Morgan Stanley, who advocates the 24-hour rule: When someone does you wrong or upsets you, when circumstances permit, wait 24 hours before responding. In that time, you will have had the time to think over the situation and make a more measured response. You may even realize that a response is not warranted. Civility is a healthy sign of your honor, something to be defended vigilantly.[4]

Other civility basics include things like being reliable and taking responsibility. Being reliable means that your supervisor can release psychological ownership over a project because she is confident in your ability to get the job done, to get it done well, and to get it done by the deadline. Taking responsibility means that you are accountable for your actions and accept blame when appropriate. Everyone makes mistakes – it is how we respond to errors that defines us.

The ability to collaborate is a critically important aspect of a strong professional persona. The legal profession is fundamentally collaborative. Take opportunities to work with others and learn how to manage that process as successfully as possible.

II. Working Across Boundaries

Working with others involves working with a range of people who are different from us along any number of characteristics – things like generational issues, race, gender, and a full array of other differences we may encounter. Dealing with people who are different from us requires an understanding of our implicit biases and nurturing our ability to think inclusively.

Implicit biases are deeply ingrained prejudices that each of us has, regardless of how open-minded and receptive we think we are. The difficulty with such biases is precisely their implicit nature – we are generally unaware of such biases, which makes it difficult to address and correct them. Human reasoning occurs via two cognitive systems: The first is rapid and error prone, and is intuitive rather than the product of conscious thought; the second is more deliberative and slower. The first system generates our implicit biases, which the mind is conditioned to rationalize. Managing such biases requires deep and thoughtful effort.

Cross-cultural sensitivity is the ability to leverage different perspectives from a diverse group of people. The fundamental premise of cross-cultural sensitivity is that problem-solving and decision-making is enhanced when the problem is viewed through the lens of different people. It is irrefutable that each of us approaches matters from our own individual perspective, borne of our unique experiences; and that the more perspectives we engage, the better the result. This certainty is behind much of the push by general counsel (and others) to diversify the legal profession – it is not only the right thing to do, it will lead to better results for clients.

III. The Art of Being Supervised

Most of us spend much of our professional time being supervised by others, so it is important to understand how to do so with grace and maturity. Here are some tips for being supervised:

Preserve Your Supervisor's Time and Energy – Take initiative and solve problems. Recognize that your boss's time and energy is more valuable than yours. Bring solutions to your supervisor, not just problems. Be proactive and resourceful so as to help your supervisor make the best use possible of her time.

Make Your Supervisor Look Good –There is probably no quicker way to destroy your career than undermining your boss. Always make your boss look good. This does not mean that you cannot disagree with your supervisor or make suggestions – you should, but there is a time and a place and a way to do that.

Understand Your Level of Discretion – It is important to understand and work within the level of discretion that your supervisor expects. Different bosses will have different expectations about your level of authority. If in doubt, ask.

Adapt Your Working Style to That of Your Boss – Supervisors will have different preferences in terms of how they work. Do your best to adapt your style to your supervisor's preferences.

Follow Up – Do not expect that your work is done when you submit something to your supervisor. It is the junior's responsibility to keep the boss on track. Follow up as appropriate to ensure that deadlines and other milestones are met.

Keep Your Supervisor Informed of Your Availability *and the Status of Pending Projects* – Information is power, and your boss should be fully informed of any limits on your availability and about the status of pending projects.

Understand Expectations – It is important that we understand what is expected of us with respect to specific projects. At a minimum, before embarking on a task, understand the deliverable, the deadline, any limitations on resources to be used (such as paid research databases), and who you can

[4] See my blog post *Don't Be a Jerk*, available at http://yourprofessionalpersona.com/index.php/2019/03/21/dont-be-a-jerk/.

consult with questions. When in doubt, ask.

Accept Feedback as an Opportunity – Many of us view feedback as criticism, but feedback properly should be seen as an investment in our future. When someone offers constructive suggestions, view it as an opportunity to improve. Listen intently to feedback and internalize and act upon it as much as possible.

IV. Talent Management

Talent management is important for a number of reasons. Proper talent management allows supervisors and institutions to get the most out of their employees, maximizes employee effectiveness and efficiency, and minimizes turnover.

Here are some ideas for successful talent management:

Use Fair and Meaningful System of Work Assignments – Supervisors should ensure that similarly-situated team members get comparable opportunities to develop and demonstrate their skills. Assignments should also take account of individual abilities and interest when possible.

Involve Subordinates Genuinely – Junior members of the team should be involved in their work in a meaningful way. They should be given a sense of autonomy, responsibility, and control, consistent with firm and client needs; and they should have opportunities to observe more senior members of the team in a range of practice settings. The more employees feel like they are part of a team the more empowered and invested they will be in their work.

Model Appropriate Behavior – If as a parent you have ever tried to tell your children that they should do as you say and not as you do, you probably know that this is an unproductive and even counterproductive strategy. The same is true at the workplace. Model the kind of behavior you want your employees to emulate.

Take Responsibility for the Mistakes of the Team – A good boss realizes that she is responsible when something goes wrong. She will never throw a member of the team under the proverbial bus but will accept responsibility for any mistakes. Taking responsibility is the right thing for a boss to do, and a wonderful way to secure the loyalty of your team members.

Embrace a Culture of Teamwork – As indicated above, collaboration is central to the practice of law. Signal to those you supervise that you value collaboration and cooperation, and demonstrate your own ability to work as part of the team.

Have Patience – The Dunning-Kruger effect discussed above has a corollary: That those of us who have achieve unconscious competence over an activity or skill believe (mistakenly) that this activity is easy for others. This can lead to a lack of patience with those who are incompetent at the particular skill or activity. It is important for managers to realize that skills that have become easy for them are not (yet) necessarily easy for others. Be patient as others develop professionally.

Be Clear and Reasonable About Expectations – If we want juniors to perform, it is important that they be given the tools to enable them to do so. This includes background information and sufficient context to do the project, along with information such as what the deliverable should be, the due date, any limitations on resources, and other pertinent information. Expectations should additionally be reasonable. Unreasonable expectations will frustrate both the employee and the supervisor.

Provide Effective Feedback – Managers must provide effective feedback. Feedback is effective if it is meaningful, continuous, and delivered openly and honestly. Feedback systems should be reciprocal – supervisors should ask for feedback from their juniors and think carefully about what role, if any, they might have played in the employee's lapses. Feedback also should take into account implicit biases. The best feedback incorporates the views of multiple people.

Make Wellbeing a Priority – Employees value a culture of wellbeing, and managers who make wellbeing – their own and the members of their team – a priority will be appreciated. There are of course also the many benefits that come from wellbeing, including better work product and less turnover. Supervisors should take a personal interest in the members of their team and address any concerns they may have about an individual's wellbeing. The manager should signal concern when appropriate and a willingness to help.

V. Effective Communication

Communication skills are foundational for attorneys, making learning how to communicate effectively important.

1. Communications Basics

Communications basics include things like considering your audience; being precise and as efficient as possible in whatever form of communication you use; being formal in any kind of professional communication; and communicating without legalese whenever possible.

2. Written Communications

a) The Five Cs of Legal Writing

Legal writing, like other forms of writing, should be *clear* – straightforward and easy to follow; *concise* – written in a way that makes the best use of the reader's time and energies; *convincing* – written work should leave the reader convinced that the analysis is correct; *complete* – the writer should take the reader through each step in the analysis. Do not omit steps in the thought process because they seem obvious to you. Answer each question that might arise in the reader's mind; and *candid* – never manipulate, misstate, mischaracterize the law or facts. Absolute credibility is required.

b) Style and Process Matters

Always produce a document that is attractive and that is accessible to the reader. Begin with a helpful introduction and a roadmap. Make sure that the work is well-structured. Be sure that your writing is internally consistent. Take care with commas, apostrophes, and similar niceties, and take special care with attribution of authorities. Provide an appropriate conclusion.

c) The Importance of the Editing Process

Editing is often said to be the most important stage of the writing process. Spend as much time as you can critically revising your own work. When possible, leave some time before your penultimate version and the final version as the distance this provides may help you see errors and identify areas for improvement

3. Oral Communications

Oral communications, like their written counterparts, should be clear, succinct, precise, and well-organized. Oral communication also requires active listening, a skill at which we are worse at than we think. If we develop our active listening skills, we will be able to hear and retain more of what is communicated to us.

Finally, there are great advantages to understanding body language – body language is a powerful tool – and how it impacts communication. If we learn to use positive body language, it can meaningfully add to what we say with our words. Understanding body language also allows us to detect hidden subtext in what others say to us.

VI. Your Public Professional Persona

Our *public* professional persona is an element that needs development and nurturing. The first and most fundamental principle of the public professional persona is the need to follow ethical and organizational policies.

Attorneys and aspiring legal professionals should build a public persona that will enable and promote their image and the image of their organizations. Create a public persona by being active in bar and other trade associations and by writing – even blog posts or other short pieces that allow you to develop a reputation within a particular field.

Use social media thoughtfully. Be careful not to put yourself in situations in which your professionalism is compromised. Do regular audits of yourself on several search engines, make sure your settings are appropriate, and tag yourself to receive updates when your name is mentioned. If something unfortunate is out there, prospective employers and clients will find it. If there is something on the web that is unflattering, do what you can to have it removed. If you cannot get it removed, you can bury it by getting content posted that will move the compromising material lower down on search results.

* * * *

The process of working on *Becoming a Lawyer* gave me deep insights into my own professional persona that I did not expect – into what I do well but much more importantly areas in which I can improve. This demonstrated to me that becoming a lawyer is an evolving, lifelong process. My hope is that *Becoming a Lawyer* will give readers a better appreciation for the process. Enjoy the journey.

Dr. Cord Brügmann*

Lawyer Profession International – Better Regulation

A. Introduction

"I don't like mandatory bars. They are self-serving, tend to turn into guilds, and do not care about access to justice." This introduction I heard not long ago from a senior EU diplomat. My answer – he was a Frenchman –: "This statement is probably as correct as 'I don't like cheese.' Wouldn't you agree that there are so many different types of cheese that nobody can say there isn't a kind of cheese they might like."

This paper shall give an overview of how the lawyer [1] profession (B.) and its regulation (C.) evolved, which types of regulation exist, which challenges they face (C.), and which conclusions regulators should draw (D.). One main finding: The actors in the field of regulation should collaborate more internationally, look beyond their peer-groups, make stronger efforts to find a common terminology for specifics of regulation and strive for more empirical research on legal services and regulation to have a basis for evidence-based regulation (E.). This text is not a legal analysis of regulation but follows a descriptive approach.[2] Jurisdictions differ especially when it comes to the legal relationships between government and private actors, so a purely legal perspective would stress divergences rather than show commonalities.

Lawyers provide legal services. Legal services are highly relevant for any society, no matter if one looks at them from an economic perspective or from the perspective of how a society deals with conflicts and the prevention of conflicts: The legal services sector accounted for more than 850 billion USD annual turnover worldwide in 2017,[3] more than 20 % of which generated in Western Europe.[4] Legal services are provided in the public interest,[5] like medical care or the services provided by engineers and architects. According to European law they deserve special protection[6] because of their relevance for the administration of justice. Thus, the quality of legal services in a jurisdiction is an indicator for the state of the rule of law in a country.

B. Evolution of the Lawyer Profession[7]

I. The beginnings

In early societies there were no specialized individuals who advised and represented clients, since the law was not regarded as a special subject matter. Also, it was considered as everyone's duty to speak on his own behalf. In ancient Athens, a society with more formalized law and procedures, parties in court proceedings were able to obtain assistance. It was possible to have someone else prepare in writing a statement for court which then had to be memorized by the litigant.[8] In the Roman Empire, similar functions existed. Like in Athens, legal advisors were initially not to receive a fee. Their compensation was an honorarium which was not enforceable. The more formal the law became, the more it became important for parties to a contract or to a dispute to have assistance by an adviser and someone who would represent them if necessary. While in the beginning, the advisory and representative roles were split into two occupations, in modern age the two occupations unified in many jurisdictions.[9]

II. Professionalization

At the beginning of the modern age, professionalization of lawyers accelerated in Europe. Professionalization here is understood as the development of standardized education and rules for admission, some form of association of members of the evolving profession, adoption of standards for professional conduct by the profession, and the taking shape of a disciplinary system to enforce these standards.[10]

---

* The author is a lawyer admitted to the Berlin Bar, and a historian. As advisor and consultant, he works with authorities, private clients and international organizations.

1 The term "lawyer" is used in the sense mentioned in Directive 98/5/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998. "Lawyer" describes individuals licensed to practice law independently.

2 The text is in large parts based on research for a report I submitted 2018 on behalf of the *International Bar Association* (IBA) as an expert consultant to a working group created by the Ethiopian Federal Attorney General's Advisory Council for Law & Justice Reform. The author wishes to thank *Péter Köves*, Chair of the IBA Bar Issues Commission, for sharing their perspectives on regulation.

3 Statista, *Size of the legal services market worldwide from 2013 to 2021 (in billion U.S. dollars)*, available at https://www.statista.com/statistics/605125/size-of-the-global-legal-services-market/ (last visited: March 19, 2019).

4 ReportLinker, *Legal Services Global Market Report 2018*, Press Release, February 2018, available at https://www.prnewswire.com/news-releases/legal-services-global-market-report-2018-300616640.html (last visited: March 19, 2019).

5 For an excellent overview over the role of the lawyer profession see Hans-Jürgen Hellwig, *Die Anwaltschaft zwischen Rechtspflege und kommerziellem Wettbewerb* [The Lawyer Profession between the Administration of Justice and Commercial Competition], BRAK-Mitt. 2008, 92-98.

6 ECJ, Judgment of July 25, 1991, *Säger,* C-76/90, paragraph 17; ECJ, Judgment of December 12, 1996, *Reisebüro Broede*, C-3/95, paragraph 38.

7 Of course, the following paragraphs cannot give a comprehensive overview of the evolution of the lawyer profession. However, they give an impression of a history which is worth learning more about. For the German reader, Uwe Wesel, *Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zum Vertrag von Maastricht* [History of Law. From early Manifestations until the Maastricht Treaty] (1997). gives a good introduction to the history of law.

8 Wesel (fn. 6), paragraph 109.

9 According to Jörg-Detlef Kühne, *Umbruch der Anwaltschaft: Beginn der Selbstorganisation – Deutschland und Frankreich* [Transformation of the Lawyer Profession: Start of self-regulation – Germany and France], in: Anwälte und ihre Geschichte [Lawyers and their History], Deutscher Anwaltverein (2011), 123-140 in Germany during the 1920ies the different occupations of *Advokaten*, *Advokatenanwälten*, *Prokuratoren*, *Justizkommissaren* and *Rechtskonsulenten* were already regarded as subgroups of one lawyer profession. The English language term "legal profession" which includes solicitors, barristers, notaries and some other legal services providers indicates that the same is true for common law jurisdictions with a "split profession".

10 Hubert Treiber, *Professionalisierungskonzept und Formierung der Anwaltschaft (1830-1870)* [Concept of Professionalization and Formation of the Lawyer Profession (1830-1870)], in: Anwälte und ihre Geschichte

An important driver for professionalization was the need for good legal education. In the 11th century, it was the university of Bologna, where the teaching of Roman law began.[11] Jurisdictions began to require studies of the law at universities and/or a practical training as a prerequisite for admission. It can be said that with a more sophisticated and professionalized judiciary the need for well-educated and trained lawyers grew in order to provide equality of arms between the different professions within the legal community. In the present day, in almost all countries of the world, it has become mandatory for a person providing a legal service to be trained and experienced in law. At least certain parts of legal services are activities reserved for individuals trained in law, whose professional conduct is regulated more or less strictly.

C. Evolution of Regulation

Regulation is part of every process of professionalization. Differences can be seen regarding the institutions that regulate the lawyer profession, while by and large, the contents of regulation are quite similar.

I. Contents of regulation

1. Main elements of regulation

The main elements of regulation are admission to the profession, quality control, and a disciplinary system.

a) Admission

Admission systems reach from government-controlled admission to exams taken solely by the profession. The issues of registration, certification and licensing as well as eligibility cannot be answered without looking at legal education: The traditional path to admission is theoretical (academic) and practical training, hence a system of professional socialization. This concept of legal education aims to assist a future lawyer in her or his development to become a more or less fully capable member of the profession upon admission. The opposing model would be a pure knowledge-based system without regulation as to how a candidate requires the necessary knowledge. Skills acquired in a practical training stage do not play a role for admission.

b) Quality control

Quality control can be exercised in a preventive manner, for example through requirements for continuing education, or by a system in which manifested instances of poor performance are sanctioned subsequently.

[Lawyers and their History], Deutscher Anwaltverein (2011), 161-187, 164.

[11] Wesel (fn. 6), paragraph 216.

c) Disciplinary system

Disciplinary system models range from disciplinary panels within the profession to a court-based system. Nowadays, in most modern jurisdictions, all disciplinary systems, wherever they may be based, have adopted procedural rules compliant with standards of due process and possibilities for judicial review.

2. Core values

With regard to content, a common understanding has developed[12] that the core values of the lawyer profession, laid down in statute, code of conduct or by court decisions, are independence, avoidance of conflict of interest and confidentiality.

a) Independence

Independence includes independence from the government as well as independence from the client. Even though concepts like "officer of the court"[13] or "organ of the administration of justice"[14] exist, this does not mean that the lawyer is more obliged to the institutions of government than to the client. Independence of the lawyer from the government is one important precondition for the client's trust in his or her lawyer. Independence is not a privilege for the lawyer, but a duty toward the client. The duty to be independent gives the lawyer the freedom to stay committed only to the law.

b) Avoidance of conflict

Avoidance of conflict of interest forbids the lawyer to be in a position in which she or he cannot fully represent the interests of the client. It includes the prohibition to take clients if representing them would violate the duty to avoid conflicts. In many jurisdictions, the client cannot even permit the lawyer to represent in conflicting situations. This shows that the core values are not just privileges, but duties which can actually limit the lawyer economically.

c) Confidentiality

The main aspect of confidentiality is that in most jurisdictions the lawyer is allowed to refuse to give evidence in court proceedings and before authorities, which may extend to everything which the lawyer becomes aware of during her or his mandate. The duty of confidentiality is secured by laws and codes of conduct. In France[15] and Germany[16], for example, it is secured by criminal statute making the breach of this duty a criminal offense. The extent of the attorney-client privilege varies in different jurisdictions.

[12] See IBA, *IBA International Principles on Conduct for the Legal Profession* (2011), available at https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=1730FC33-6D70-4469-9B9D-8A12C319468C (last accessed: March 23, 2019).

[13] Anglo-American legal tradition.

[14] German legal tradition.

[15] Article 226-13 of the French Criminal Code.

[16] Section 203 of the German Federal Criminal Code.

II. Regulatory Institutions

Back to historical developments. Different models of regulation of the profession began to evolve around the turn of the 18th to the 19th century. Regulation is understood here as rule-making, administration or application of rules, and supervision. Before the late 18th century, the lawyer profession had mainly been regulated by the government, either by the executive or by courts. In Canada, the year 1797 marks the beginning of self-regulation, when the Law Society of Upper Canada was created by statute. Before, lawyers had been supervised by the judges they appeared before.[17] In the USA the first – rather informal and private – self-regulation of the profession began in the 19th century when local clubs of lawyers decided to give themselves codes of conduct to fill "a vacuum of regulatory institutions and standards".[18] The lack of statutory rules also gave room for State judiciaries to develop regulatory framework for the lawyers in their jurisdiction.[19] It was only in the 1920ies, when integrated mandatory bars were created, either by statute or by court ruling.[20] In Germany, to give an example from continental Europe, self-regulatory bars (*Rechtsanwaltskammern*) were established in the late 19th century, after private associations of lawyers (*Anwaltsvereine*) had demanded independence from a government-supervision which was so tight that lawyers were indeed rather civil servants. The demand for self-regulation did match an attitude of growing self-esteem of citizens who increasingly wanted to break free from subservience to the monarchs. In late 19th century Germany, an important element of independence of the profession was unhindered access to the profession, meaning access for everyone who was qualified, without numeric restrictions. Ironically, it was under the reign of the emperor of the *Reich* when self-regulation in statutory bars was eventually granted to the lawyers in Germany in 1878.[21] France saw the development of mandatory bars (*barreaus*) with a responsibility mainly for disciplinary procedures of their members. The profession reached at least partial independence from government administration in the mid-19th century.[22]

A different approach can be found in Scandinavian jurisdictions, where voluntary associations were established in the mid-19th century. Norway, for example, has a system of government licensing, while the voluntary Norwegian Bar Association as an entrusted body performs regulatory tasks. In Sweden, like in Finland, membership in the respective statutory bar is effectively mandatory. Although the legal services markets are free, the title *advokat* (Sweden) or *asianajaja* (Finland) is reserved to members.[23]

To sum up, in some jurisdictions regulation was delegated bottom-down from government (legislature, executive) to the profession, by demand of the profession that had advocated for their "liberation" and for the creation of mandatory bars. In others, the profession itself used the freedom of association to form voluntary bodies and to adopt professional rules bottom-up, while there was a parallel government (court) regulation. A third model of regulation developed with governments delegating some of their regulatory tasks to voluntary associations that then perform public administrative functions. It should be mentioned here that the term "self-regulation" is not used consistently in different jurisdictions. It seems to be used synonymously with "self-government"[24] and "self-administration".[25] These models have in common that there is no pure, absolute self-regulation. All models rely on legitimization from outside the profession, while making use of the in-depth knowledge of members of the profession to organize details of regulation. Regulation, which limits professional freedom of the individual lawyer, and controls the legal services market to some degree, needs public legitimation, usually through a statute, in some cases though the judiciary. So, we see that historically, regulation has chosen a path of co-regulation in varying degrees.

Quite dramatic changes in the way the profession was regulated started only after the turn of the millennium.[26] On the one hand, there was a difficulty to align the regulatory framework which had been created with the image of a solo practitioner in mind, who – as a generalist – dealt with all legal needs of the clients due to superior education and experience, with a reality in which the legal profession had become increasingly heterogeneous: In the UK, for example, law firms had grown, especially since in 1967 the Companies Act's ban on law firms to have more than 20 partners was lifted.[27] In the US, very large law firms were

[17] John Pearson, *Canada's Legal Profession: Self-regulating in the public interest?*, 92 The Canadian Bar Review, 555-594, 557 (2013). The Law Society of Upper Canada was not a pure self-regulatory body, since the attorney general and solicitor general of Upper Canada were members of the board, and the judges of the province were able to inspect the Law Society's actions.

[18] Fred Zacharias, *The Myth of Self-Regulation*. 93 Minnesota Law Review, 1147-1190, 1157 (2009).

[19] Charles Wolfram, *Lawyer Turf and Lawyer Regulation – The Role of the Inherent-Powers Doctrine*, 12 University of Arkansas at Little Rock Law Journal, 1-23, 5 (1989-90).

[20] Joseph Planck, *We, the Lawyers*, 47 American Bar Association Journal, 282-285, 284 (1961).

[21] Tillmann Krach, *Eine kleine Geschichte der deutschen Anwaltschaft. Von den Anfängen bis 1945* [A Brief History of the German Lawyer Profession. From its Beginnings until 1945], in: 2 DAV-Anwaltausbildung, Deutscher Anwaltverein (2005), 47-85.

[22] Kühne, S. 136-137.

[23] It is characteristic for jurisdictions with less stress on liberal concepts of rule of law that the lawyer profession is almost entirely regulated by the government. These jurisdictions might rather follow the idea of rule by law, using law as instrument of power, rather than as an instrument to limit government power. Often, these jurisdictions have only a very small number of lawyers. The German Democratic Republic, for example, had a rigid system of state regulation for their 600 lawyers. The Ethiopian government, as another example, is working to abandon their state-run lawyer regulation and grant independence by establishing a statutory mandatory bar and by strengthening voluntary associations.

[24] The term "self-government" can be found in Canada (Pearson (f.n. 16), Wesley Pue, *In Pursuit of Better Myth: Lawyers' Histories and Histories of Lawyers*, XXXIII Alberta Law Review, 730-767 (1995), Paul Paton, *"In the public interest": Threats to self-regulation of the legal profession in Ontario, 1998-2006,* Dissertation (2008), Zacharias (f.n. 17).) and England (Michael Burrage, *Mrs. Thatcher against Deep Structures: ideology, impact & ironies of her eleven-year confrontation with the professions*, Dissertation (1992)).

[25] The term "self-administration" seems to be used predominantly in a context of German law, as a translation of the German "*Selbstverwaltung*". This term implies that everything an autonomous body of the profession does is – legally – administrative control and not legislation. Legislation through statues is reserved to the parliament in a system of separation of powers.

[26] The focus here is on Europe and North America.

[27] John Flood, *Megalaw in the U.K.: Professionalism or Corporatism? A Preliminary Report*, 64 Indiana Law Journal, 569-592, 570, (1989).

formed around the same time.[28] A similar development, even though delayed, took place in Germany after the Federal Court of Justice ruled in 1989 that it was possible to have law firms with offices in more than one district. This led to the development of nationwide law firms.[29] The General Agreement on Trade in Services (GATS) and the European Union (EU) legislation allowed for cross-border practice and multinational law firms since 1994.[30]

On the other hand, a growing perception can be noted since the 1980s that self-regulators allegedly considered the public interest insufficiently, especially when it came to the enforcement of disciplinary sanctions against lawyers. Quite an extensive academic debate about reform of regulation started in North America.[31] In Australia, the Legal Profession Amendment Act 2000[32] changed the face of the profession by allowing non-lawyer co-ownership of law firms in New South Wales. It was the UK Legal Services Act 2007, and legislative changes in Denmark that came into effect in 2008, that started a worldwide discussion about necessary regulatory change.

A 2004 report to the British government by *Sir David Clementi*[33] made suggestions to modernize the regulatory framework for legal services. The British government had felt that the system at the time regulating not only lawyers but other legal service providers, too, needed a reform.[34] The report suggested that the regulatory system was inconsistent and too complex; consumer interests were not sufficiently regarded; especially the complaint system, which was regarded as one of the most important tools to satisfy public interest, was deemed insufficient. Following the report a new regulatory system was introduced, which – after further changes – today looks as follows: The Legal Services Board (LSB), created by a legislative act in 2007, is the independent body which oversees the regulation of legal professionals.[35] The LSB is accountable to the parliament through the Lord Chancellor, who is part of the government. The Chair of the board is appointed by the Lord Chancellor and must be a lay member. The LSB adopts regulatory objectives.[36] Those are principles which guide each approved regulator for a profession. The LSB is also responsible for the Office for Legal Complaints (Legal Ombudsman); a Legal Services Consumer Panel is the advisory body for the LSB. With regard to solicitors, The Law Society of England and Wales is the approved regulator; it delegated the regulatory functions to the Solicitors Regulation Authority (SRA) – an independent division within The Law Society. The Law Society as a whole represents the interest of solicitors as well.[37] The SRA sets principles and a code of conduct. Being registered with the SRA and at the same time becoming a member of the Law Society are preconditions for practicing as a solicitor, so membership in both bodies is effectively mandatory. The relationship between the Law Society and the SRA has been a challenge for both.[38] As a consequence, the SRA has been advocating for more organizational independence from the Law Society.

The Danish Bar and Law Society had traditionally been an organization with mandatory membership, acting as a regulator in the public interest and at the same time being the representative body of the profession. Through a major reform of the legal framework in 2008, regulatory functions were strengthened. Representative functions were taken from the Danish Bar and Law Society in order to justify mandatory membership and independence from the government. Mandatory membership was seen as not justifiable if the Bar and Law Society exercised functions beyond strict regulatory tasks. Representative functions were only regarded as acceptable as they did "not amount to representing financial, political or marketing issues".[39] As a consequence, the Association of Danish Law Firms was established in 2008 as a voluntary representative association.[40] With these changes, the Danish regulatory system moved toward a system traditionally implemented in Canada and Germany. In Canada, the regional mandatory law societies, established by statute, have the obligation to regulate and thus serve the public interest. They exercise self-restraint regarding representation of the interest of the profession. A statement on the Federation of Law Societies of Canada's – the national umbrella organization's – website reads: "One of the key strengths of Canada's legal system is the clear distinction between the function of law societies and that of voluntary associations of members of the profes-

[28] Thomas, Pinansky, *The Emergence of Law Fimrs in the American Legal* Profession, University of 9 Arkansas at Little Rock Law Review, 593-640 (1986); Jack Guttenberg, *Practicing Law in the twenty-first Century in a twentieth (nineteenth) century Straightjacket: Something has to give*, Michigan State Law Review, 415-491, 441 (2012).

[29] Markus Hartung, *Großsozietäten und Anwaltschaft* [Major Law Firms and the Lawyer Profession], Goltz, Liber Amicorum für Michael Oppenhoff, ed. by Hanno Goltz et al., 37-69, 38 (2017).

[30] In Europe, countries like Greece or Italy kept a legal framework for the profession that kept lawyers in small, local firms, where – until today – they practice as generalists.

[31] Besides the literature already mentioned it is worth reading Paul Paton, *Between a Rock and a Hard Place: The Future of Self-Regulation – Canada between the United States and the English/Australian Experience,* Journal of the Professional Lawyer, 87-118 (2008*);* Deborah Rhode & Alice Woolley, *Comparative Perspectives on Lawyer Regulation: An Agenda for Reform in the United States and Canada*, 80 Fordham Law Review, 2761-2790 (2012).

[32] Available at https://www.lawsociety.com.au/sites/default/files/2018-03/ILP%20toolkit.pdf (last visited: March 24, 2019).

[33] Sir David Clementi, *Review of the Regulatory Framework for Legal Services in England and Wales* (2004), available at http://www.avocatsparis.org/Presence_Internationale/Droit_homme/PDF/Rapport_Clementi.pdf (last visited: March 23, 2019).

[34] This had already been suggested in a 1989 report, suggesting an ombudsman who could investigate how the professional bodies handled consumer complaints: Lord Chancellor's Department, *The Work and Organization of the Legal Profession*, as cited in Judith Maute, *Bar Associations, Self-Regulation and Consumer Protection: Wither Thou Goest?*, Journal of the Professional Lawyer, 53-85, 55 (1989).

[35] solicitors, barristers, chartered legal executives, licensed conveyancers, patent attorneys, trade mark attorneys, cost lawyers, notaries and chartered accountants.

[36] Legal Services Board, *The regulatory objectives* (2017), available at https://www.legalservicesboard.org.uk/about_us/Regulatory_Objectives.pdf (last visited: March 22, 2019).

[37] For Barristers in England and Wales the Bar Council is the representative and the Bar Standards Board is the regulatory body.

[38] Neil Rose, *Legal Services Board slaps Law Society with first ever public censure*, legalfutures, May 31, 2018, available at https://www.legalfutures.co.uk/latest-news/legal-services-board-slaps-law-society-with-first-ever-public-censure (last visited: March 20, 2019).

[39] Henrik Rothe, *The Danish Bar and Law Society*, brochure (2019), available at https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=37C8FF3D-A1A9-436F-AF59-56005D89EF46 (last visited: March 19, 2019).

[40] The voluntary Association of Danish Law Firms is not an association of individual lawyers, but of law firms.

sion. The function of law societies is to regulate the legal profession in the public interest. [… .] It is the function of voluntary associations of members of the profession such as the Canadian Bar Association, to speak for and represent the interests of their members."[41] Canada thus separates strictly between self-regulators governed by public law and private associations through a "dual system".

Germany has statutory public self-regulators as well as voluntary associations. The 28 regional mandatory bars (*Rechtsanwaltskammern*) with the German Federal Bar (*Bundesrechtsanwaltskammer*) as their umbrella on the one hand and the more than 250 voluntary local bar associations (*Anwaltsvereine*) with the German Bar Association (*Deutscher Anwaltverein*) on the other hand are not as clearly separated from each other as in Canada, because in Germany the mandatory bars have certain representative functions, too. It is generally accepted that self-regulators can exercise representative functions to an extent that there is no danger of a conflict of interest between safeguarding public interest and the economic interest of the profession. An important ruling of the German Federal Constitutional Court from 2017 stressed the commitment of mandatory organizations governed by public law to regulation while accepting a representative function as well.[42] In Germany, the process of modernizing self-regulation had started in 1987, triggered by decisions of the Federal Constitutional Court obliging the federal legislator and the profession to create a system of rules which reflects the democratic legitimation of the self-regulator's powers. This process led to reforms which strengthened the system of self-regulation. The means to prevent conflicts of interest,[43] at least on a federal level, is to have separate departments with separate functions within the German Federal Bar. To be noted here are the Ombudsman (*Schlichtungsstelle der Anwaltschaft*) and the rule-making assembly (*Satzungsversammlung*).

D. Current Trends and Challenges in Regulation

Today, we see various different regulatory systems. In most jurisdictions, the lawyer profession is independent from government control. Self-regulation usually takes place within statutory framework. Decisions of the self-regulator cannot be overturned by an executive government authority, but only by the judiciary (co-regulation.) Besides being an instrument of independence, self-regulation takes advantage of the proximity of the lawyer profession to their own issues, hence implementing the governance principle of subsidiarity.

With the pendulum having swung towards less government control over self-regulation until the late 20th century, the trend seems to be that regulatory functions have increasingly been taken from the profession by turning them over to government agencies or by more involvement by lay persons in self-regulatory bodies. However, a closer look reveals that most reforms actually realigned a complex system to create a balance between actors from within and outside of the profession. This actually strengthened self-regulatory elements of regulation.

I. Competition Law

On EU level, it is not the Office of the Commissioner for Justice, but the Office of the Commissioner for Competition which is responsible for European legal framework for the lawyer profession. It was Commissioner Mario Monti, who in a 2003 speech[44] suggested that the higher regulation of the lawyer profession is, the more difficult access to legal services for the public becomes. The economic approach proved to be not really expedient, mainly because it looked at legal services as if they were a commodity, not taking into account that the character of legal services might not allow a simple comparison to other services.[45] The economic approach, together with a competition law perspective on legal services, helped regulators, though, to review regulation in light of its role to strengthen consumer protection, and to abandon unnecessary regulation. The European debate about deregulation, which has not changed the regulatory landscape drastically, has also opened the debate by demonstrating that it can be helpful to assess lawyer regulation in light of other regulated markets.[46] On a European level, a common understanding of liberal professions began to form, after the model of the German *Freie Berufe* concept.[47] The discussion added consumer protection to the public interest as a measure for justification of regulation.

II. Regulatory and representative functions

The question to which extent mandatory self-regulatory bodies can and should have representative functions is not fully answered yet. Of course, a systemic risk cannot be denied, if regulatory and representative functions are not kept apart from each other. Separation-of-powers-like

[41] Federation of Law Societies of Canada website, https://flsc.ca/about-us/what-is-the-federation-of-law-societies-of-canada/ (last visited March 18, 2019).

[42] This decision concerned mandatory membership in chambers of commerce, organized similar to the mandatory bars of the legal profession: BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 12. Juli 2017 - 1 BvR 2222/12 -.

[43] *Die anwaltliche Selbstverwaltung. Thesen der deutschen Rechtsanwaltskammern*, [Self-Regulation of the Lawyer Profession. Theses of the German Bars] BRAK-Mitteilungen 3/2008, 92.

[44] available at http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2003_070_en.pdf (last visited: March 24, 2019).

[45] Justus Haucap et al., *Aspekte der Deregulierung bei den Freien Berufen*, (2017) proved from an economic perspective that certain aspects of regulation (admission control and fixed prices) actually can positively contribute to quality and efficiency of services like legal services. The study is available at https://www.freie-berufe.de/wordpress/wp-content/uploads/2017/07/Dice-AB.pdf (last visited: March 28, 2019).

[46] Balázs Muraközy & Pál Valentiny, *Alternatives to State Regulation: Self- and Co-Regulation*, in: Competition and Regulation, Institute of Economics, Centre for Economic and Regional Studies, Hungarian Academy of Sciences, 54-95 (2015), available at http://econ.core.hu/file/download/CaR/Murakozy_Valentiny.pdf (last visited: March 15, 2019).

[47] See Iain Paterson et al., *Economic Impact of Regulation in the Field of Liberal Professions in Different Member States* (2007), available at https://www.ceps.eu/system/files/book/1455.pdf (last visited: March 16, 2019); European Centre for Liberal Professions, *The State of Liberal Professions Concerning their Functions and Relevance to European Civil Society* (2014); for a jurisdiction like Canada which does not know the liberal professions concept, research look at self-regulated professions: see Competition Bureau *Self-regulated professions. Balancing competition and regulation,* (2007), available at https://www.reco.on.ca/publicdocs/SelfRegulated%20Professions%20Study.pdf (last visited: March 24, 2019).

structures within a bar[48] might be one solution, but they are not helpful when a mandatory bar acts predominantly in the economic interest of the profession or when a mandatory bar adopts policies that go beyond their assigned responsibilities. The Canadian and Danish "dual system" models with an explicit (self-) restraint and focus on regulation in the public interest seem to be resilient. They are also an effective means to secure mandatory membership, which remains a key element of self-regulation. However, currently most bars worldwide still exercise regulatory and representative functions with varying degrees.

III. Entity-based regulation

With the lawyer profession having changed drastically within the past 20 years, especially with law firms (or law-firm-like collaboration of lawyers) having become normality in many jurisdictions, regulators have started to rethink their models of regulation. Of course, law firms, as many other enterprises, have a division of labor; a lawyer in a firm does not work like a solo practitioner, especially when it comes to law firm management issues and duties connected to tasks beyond the core legal work. Here, the international discussion about compliance and regulation in the private sector can help to find models to regulate entities rather than the individual.[49]

IV. Multi-disciplinary partnerships

With the emergence of law firms, the question has come up if non-lawyers can own or be partners of law firms. In Australia and England & Wales, this has been possible now for some years. German law has allowed lawyers to partner with certain profession since 1994.[50] Ontario chose to allow multi-disciplinary partnerships as long as the "profession, trade or occupation […] supports or supplements [the] practice of law or provision of legal service […]."[51] There seems to be a tendency to be more open to MDPs internationally. The regulatory goal is usually not to endanger the level of client protection traditional regulation grants.[52]

V. Regulation of non-lawyer service providers

One of the major current challenges facing regulation becomes visible when the legal services market is studied from the perspective of (potential) clients. The success of new actors in the market has demonstrated that the legal services market is larger than the markets the judicial system and lawyers serve. The rise of legal-tech service providers[53] has shown that there is a market for inexpensive, fast solutions for legal problems that a lawyer with her or his traditional toolset might not have been able to offer. The debate about regulation of those relatively new actors has only started; it remains to be seen if the approach to use the existing criteria developed to fight unauthorized practice of law is adequate, or if new lines have to be drawn to distinguish reserved activities from services anyone can offer without the protection lawyer regulation gives.[54] It seems important that any new government regulation considers empirical research on access to justice and legal needs surveys.[55]

E. Outlook

There is no one-size-fits-all approach for lawyer regulation. Regulation is organized on a national or even regional level, predominantly according to national law. This should not be an excuse to refuse searching for commonalities. There is a lack of objective comparative studies internationally. One step towards benchmarking is the work the International Bar Association, the global umbrella organization of regulators and representative organizations, has done.[56] It proves to be a challenge, though, to rely on collections of self-assessments. Also, a lot of economic analyses seem to focus too strongly on a (quantitative) degree of regulation; empirical unmet legal needs studies that use as starting point the perspective of the recipients of legal services have not been accepted universally. Self-governing status carries with it rights and obligations for the profession, like the core values are privileges and duties for the individual lawyer. Within a rapidly changing market regulation has to continuously adjust to these changes in order to serve its goal. This holds true for the regulation of lawyers and for the rules guiding the institutions that regulate the lawyer profession. The German model of lawyer regulation is quite stable and in conformity with EU law. Wouldn't it make sense for a law faculty in Germany to lead an interdisciplinary and international debate about good, evidence-based regulation?

---

[48] As it can be found in the German Federal Bar, or – differently – in the Law Society of England and Wales.

[49] England & Wales was one of the first jurisdictions to adopt models of entity-based regulation. US states followed.

[50] See § 59a Abs. 1 Bundesrechtsanwaltsordnung [Section 59a Para 1 German Federal Lawyer's Code]. Before 1994, only collaboration with chartered accountants and tax advisors had been allowed.

[51] Law Society of Ontario website, https://lso.ca/paralegals/practice-supports-and-resources/topics/opening,-operating-or-closing-a-practice/business-structures/multi-discipline-partnerships (last accessed: March 15, 2019).

[52] The question if external, non-lawyer investment should be allowed, goes beyond the scope of this paper.

[53] Markus Hartung, *Gedanken zu Legal Tech und Digitalisierung* [Thoughts on Legal Tech and Digitalization], Bucerius Law Journal 2017, 151-156.

[54] Recently a new "paraprofession" was created by court decision in Washington State, USA. The *Limited License Legal Technician* is a legal service provider with a license restricted to certain fields, created to offer more affordable legal advice. The LLLT is regulated by the same regulatory authority as the lawyers in Washington. This seems to be an interesting experiment; the LLLT has not been in the market for long enough to evaluate if this is a solution to access to justice issues existing especially in the USA. See https://www.wsba.org/for-legal-professionals/join-the-legal-profession-in-wa/limited-license-legal-technicians (last visited March 24, 2019).

[55] Legal needs studies are unknown in Germany and other continental European countries. Especially in English-language jurisdictions, governments, public authorities, organizations of lawyers and NGOs have developed a tool set to evaluate access to justice gaps. For an international overview see OECD and Open Society Foundations, *Leveraging the SDGs for Inclusive Growth: Delivering Access to Justice for* All (2016), available at https://www.oecd.org/gov/delivering-access-to-justice-for-all.pdf

[56] See IBA, *IBA Global Regulation and Trade in Legal Services Report 2014* (2014), available at https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=1D3D3E81-472A-40E5-9D9D-68EB5F71A702 (last accessed, March 15, 2019); IBA, *The Independence of the Legal Profession* (2016), available at https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=6E688709-2CC3-4F2B-8C8B-3F341705E438 (last accessed: March 16, 2019).

Dr. Birga Teigelack, LL. B.*

Grundlagen und rechtliche Folgen der Einstufung eines Staates als sog. sicherer Herkunftsstaat

A. Einleitung

Eines der Schlagworte der flüchtlingspolitischen Debatten der letzten Zeit ist der sog. sichere Herkunftsstaat. Dieser Begriff ist oft mit der Erwartung schnellerer Asylentscheidungen und Abschiebungen verbunden. Aktuell sind Albanien, Bosnien und Herzegowina, Ghana, Kosovo, Mazedonien, Montenegro, Senegal und Serbien als sichere Herkunftsstaaten eingestuft.[1] Immer wieder wird die Erweiterung dieses Kreises diskutiert. Der Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 19. Legislaturperiode sieht vor, dass Algerien, Marokko und Tunesien sowie weitere Staaten mit einer regelmäßigen Anerkennungsquote von unter fünf Prozent zu sicheren Herkunftsstaaten bestimmt werden.[2] Dazu könnten etwa Tansania, die Ukraine, Pakistan, Benin, Guinea-Bissau, die Zentralafrikanische Republik, Tschad, Kolumbien, Kuba, Vietnam, Indien, Weißrussland, Kenia sowie Moldau gehören.[3] Zuletzt hat der Bundestag am 18. Januar 2019 die Einstufung Georgiens sowie der drei Maghreb-Staaten Algerien, Marokko und Tunesien als asylrechtlich sichere Herkunftsstaaten beschlossen.[4] Allerdings hat der Bundesrat die eigentlich für den 15. Februar 2019 geplante Abstimmung über das entsprechende – zustimmungsbedürftige – Gesetz kurzfristig von seiner Tagesordnung abgesetzt.[5]

Dieser Beitrag soll die Grundlagen der Einstufung eines Staates als sicherer Herkunftsstaat sowie die wesentlichen Folgen einer solchen gesetzgeberischen Entscheidung für die Angehörigen dieses Staates erläutern.

B. Grundlagen

Gemäß Art. 16a Abs. 1 Grundgesetz (GG) genießen politisch Verfolgte Asylrecht. Dieser Grundsatz wird für Angehörige bestimmter Staaten durch Art. 16a Abs. 2 und Abs. 3 GG eingeschränkt.

I. Sichere Drittstaaten

Art. 16a Abs. 2 GG befasst sich mit den sog. sicheren Drittstaaten. Die Vorschrift beschränkt den persönlichen Geltungsbereich des Asylgrundrechts.[6] Nach Art. 16a Abs. 2 Satz 1 GG kann sich auf das Asylgrundrecht nach Art. 16a Abs. 1 GG nicht berufen, wer aus einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften oder aus einem anderen Drittstaat einreist, in dem die Anwendung des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge und der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten sichergestellt ist. Die Staaten außerhalb der Europäischen Gemeinschaften, auf die diese Voraussetzungen zutreffen, werden durch Gesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, bestimmt (Art. 16a Abs. 2 Satz 2 GG). Hinter der Regelung steht die Überlegung, dass derjenige, der aus einem solchen sog. sicheren Drittstaat einreist, des Schutzes des Asylgrundrechts in der Bundesrepublik Deutschland nicht bedarf, weil er in dem Drittstaat Schutz vor politischer Verfolgung hätte finden können.[7] Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Ausländer in dem Drittstaat objektiv vor Verfolgung sicher war oder dort seine Flucht zunächst beendet hat. Es genügt, dass er aus dem sicheren Drittstaat eingereist ist und deswegen die – normativ unterstellte – Möglichkeit gehabt hat, Schutz zu finden.[8]

Sichere Drittstaaten sind außer den Mitgliedstaaten der Europäischen Union derzeit die in Anlage I zum Asylgesetz bezeichneten Staaten (§ 26a Abs. 2 AsylG), d. h. Norwegen und die Schweiz. Die Bundesrepublik Deutschland ist damit von sicheren Drittstaaten umgeben. In der Folge kann sich ein Ausländer, der auf dem Landweg in das Bundesgebiet einreist, grundsätzlich nicht auf Art. 16a Abs. 1 GG berufen.[9]

II. Sichere Herkunftsstaaten

Mit den sog. sicheren Herkunftsstaaten befasst sich Art. 16a Abs. 3 GG. Anders als Art. 16a Abs. 2 GG enthält Art. 16a Abs. 3 i. V. m. Abs. 4 GG keine Beschränkung des persönlichen Geltungsbereichs des Grundrechts aus Art. 16a Abs. 1 GG, sondern eine Beschränkung seines verfahrensbezogenen Gewährleistungsinhalts.[10]

Nach Art. 16a Abs. 3 GG können durch Gesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, Staaten bestimmt werden, bei denen auf Grund der Rechtslage, der Rechtsanwendung und der allgemeinen politischen Verhältnisse gewährleistet erscheint, dass dort weder politische Verfolgung noch unmenschliche oder erniedrigende Bestrafung oder Behandlung stattfindet (Satz 1). Es wird vermutet, dass ein Ausländer aus einem solchen Staat nicht verfolgt wird, solange er nicht Tatsachen vorträgt, die die Annahme begründen, dass er entgegen dieser Vermutung politisch verfolgt wird (Satz 2).

Auf dieser Grundlage sind derzeit nach § 29a Abs. 2 AsylG die Mitgliedstaaten der Europäischen Union und die in

---

* Die Autorin ist Richterin am Verwaltungsgericht Gelsenkirchen. Der Beitrag gibt ausschließlich ihre persönliche Meinung wieder.

1 Vgl. Anlage II zum Asylgesetz (AsylG).

2 Abrufbar z. B. unter https://www.cdu.de/system/tdf/media/dokumente/koalitionsvertrag_2018.pdf, dort S. 108 (abgerufen am 8. April 2019).

3 BT-Drucksache 19/6682, vgl. auch https://www.zeit.de/politik/deutschland/2018-10/migration-maghreb-staaten-sichere-herkunftslaender-asyl-bundesinnenministerium (abgerufen am 8. April 2019).

4 Vgl. Plenarprotokoll 19/75, S. 8775, BR-Drucksache 27/19.

5 Vgl. https://www.bundesrat.de/DE/plenum/bundesrat-kompakt/19/974/974-node.html (abgerufen am 8. April 2019).

6 BVerfGE 94, 49, 87.

7 BVerfGE 94, 49, 87.

8 *Günther*, in: BeckOK Ausländerrecht, 2019, § 26a AsylG Rn. 4.

9 BVerwGE 105, 194 m. w. N.

10 BVerfGE 94, 115, 132 ff.

Anlage II zum Asylgesetz bezeichneten Staaten – Albanien, Bosnien und Herzegowina, Ghana, Kosovo, Mazedonien, ehemalige jugoslawische Republik, Montenegro, Senegal und Serbien – als sichere Herkunftsstaaten eingestuft.

Die verfassungsrechtlichen Vorgaben für diese gesetzgeberische Entscheidung sind durch das Bundesverfassungsgericht konkretisiert worden. Dem Bundesverfassungsgericht zufolge gibt Art. 16a Abs. 3 GG dem Gesetzgeber bestimmte Prüfkriterien vor, an denen er seine Entscheidung, ob ein Staat die Anforderungen für die Bestimmung zum sicheren Herkunftsstaat erfüllt, auszurichten hat. Hieraus lasse sich aber kein starrer, in jedem Gesetzgebungsverfahren gleichermaßen von Verfassungs wegen zu beachtender, etwa enumerativ darstellbarer Katalog von zu prüfenden Umständen ableiten. Vielmehr bestehe die Aufgabe des Gesetzgebers darin, sich anhand der von Art. 16a Abs. 3 Satz 1 GG vorgegebenen Prüfkriterien aus einer Vielzahl von einzelnen Faktoren ein Gesamturteil über die für politische Verfolgung bedeutsamen Verhältnisse in dem jeweiligen Staat zu bilden. Bei dem abschließenden Urteil könne zur Abrundung und Kontrolle des gefundenen Ergebnisses auch die Quote der Anerkennung von Asylbewerbern aus dem jeweiligen Land die Rolle eines Indizes spielen. Dabei seien die Entscheidungspraxis des Bundesamtes wie die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zu berücksichtigen; ferner könne ein Vergleich mit den Anerkennungsquoten anderer europäischer Staaten hilfreich sein. Eine eigenständige Prüfung der Verhältnisse in dem betreffenden Staat anhand der von der Verfassung vorgegebenen Prüfkriterien werde dadurch jedoch nicht ersetzt.[11] Anhand dieser Kriterien wurden die bisherigen Entscheidungen des Gesetzgebers, Staaten als sichere Herkunftsstaaten einzustufen, nicht beanstandet.[12]

C. Rechtliche Folgen

Die Einstufung eines Staates als sicherer Herkunftsstaat hat für dessen Staatsangehörige, die im Bundesgebiet um Asyl nachsuchen wollen, verschiedene rechtliche Folgen.[13] Im Wesentlichen handelt es sich um Regelungen, die die materielle und verfahrensrechtliche Position während des eigentlichen Asylverfahrens sowie nach dessen negativem Ausgang im Vergleich zu Antragstellern aus anderen Herkunftsstaaten verschlechtern[14] und eine Aufenthaltsverfestigung verhindern sollen.

I. Asylverfahren vor dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge

Asylanträge von Angehörigen sicherer Herkunftsstaaten sind durch das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge[15] grundsätzlich als offensichtlich unbegründet abzulehnen. Etwas anderes gilt nur, wenn die von dem Ausländer angegebenen Tatsachen oder Beweismittel die Annahme begründen, dass ihm abweichend von der allgemeinen Lage im Herkunftsstaat Verfolgung im Sinne des § 3 Abs. 1 AsylG oder ein ernsthafter Schaden im Sinne des § 4 Abs. 1 AsylG droht (§ 29a Abs. 1 Satz 1 AsylG). Praktisch haben Antragsteller aus sicheren Herkunftsländern im Rahmen der Anhörung durch das Bundesamt (vgl. § 25 AsylG) die Möglichkeit, solche Tatsachen oder Beweismittel anzugeben. Wird dadurch die Nichtverfolgungsvermutung erschüttert, kommt eine Ablehnung als offensichtlich unbegründet nicht mehr in Betracht. Stattdessen klärt das Bundesamt den Sachverhalt auf und erhebt die erforderlichen Beweise (vgl. § 24 Abs. 1 Satz 1 AsylG), wobei der Asylantragsteller zur Mitwirkung verpflichtet ist (§§ 15, 25 Abs. 2 AsylG).

Zudem kann das Bundesamt das Asylverfahren eines Antragstellers aus einem sicheren Herkunftsstaat beschleunigt durchführen (§ 30a Abs. 1 Nr. 1 AsylG). In diesem Fall entscheidet es innerhalb einer Woche ab Stellung des Asylantrags (§ 30a Abs. 2 Satz 1 AsylG).

Wird der Asylantrag als offensichtlich unbegründet abgelehnt, beträgt die dem Ausländer durch das Bundesamt zu setzende Ausreisefrist eine Woche (§ 36 Abs. 1 AsylG).

Ferner kann das Bundesamt, wenn der Asylantrag wegen der Herkunft des Antragstellers aus einem sicheren Herkunftsstaat als offensichtlich unbegründet abgelehnt wurde, ein Einreise- und Aufenthaltsverbot anordnen (§ 11 Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 des Aufenthaltsgesetzes [AufenthG]).

Angehörige sicherer Herkunftsstaaten sind verpflichtet, bis zur Entscheidung des Bundesamtes über den Asylantrag und im Falle der Ablehnung als offensichtlich unbegründet bis zur Ausreise oder bis zur Abschiebung in der für ihre Aufnahme zuständigen Aufnahmeeinrichtung zu bleiben. Dies gilt sowohl im beschleunigten (§ 30a Abs. 3 Satz 1 Nr. 2b AsylG) als auch im „normalen“ Asylverfahren (§§ 47 Abs. 1a, 59a Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 AsylG). Dadurch soll eine abschließende und schnellere Bearbeitung der Asylverfahren sowie eine raschere Beendigung des Aufenthalts gewährleistet werden.[16]

Schließlich haben Angehörige sicherer Herkunftsstaaten während des Asylverfahrens grundsätzlich keine Möglichkeit, erwerbstätig zu sein und sich so wirtschaftlich im Bundesgebiet zu integrieren. Ihnen darf während des Asylverfahrens keine Erlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung erteilt werden, wenn der Asylantrag nach dem 31. August 2015 gestellt wurde (§ 61 Abs. 2 Satz 4 AsylG).[17] Zudem sind sie regelmäßig von der Teilnahme an Integrationskursen sowie an berufsbezogener Deutschsprachförderung ausgeschlossen (§§ 44 Abs. 4 Satz 3, 45a Abs. 2 Satz 4 AufenthG). Auch am Arbeitsmarktprogramm „Flüchtlingsintegrationsmaßnahmen“ dürfen sie nicht teilnehmen (§ 5a Abs. 1 Satz 2 AsylbLG).

---

[11] BVerfGE 94, 115, 139.

[12] Vgl. etwa die Ausführungen und Nachweise bei Bergmann, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht[12], 2018, § 29a AsylG Rn. 6 sowie bei *Heusch*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOKAusländerrecht[21], Stand: 1. Februar 2019, Anlage II zu § 29a AsylG Rn. 1 ff.

[13] Eine Übersicht findet sich u. a. auch bei *Hofmann*, EuR 2018, 289, 290 ff. und *Werdermann*, ZAR 2018, 11, 12.

[14] Zur Vereinbarkeit dieser Ungleichbehandlungen mit Art. 3 GG vgl. *Werdermann*, ZAR 2018, 11 ff.

[15] Im Folgenden: Bundesamt.

[16] BT Drucksache 18/6185, S. 33 f.

[17] Zu Zweifeln an der Europarechtskonformität dieses Beschäftigungsverbots vgl. *Hofmann*, EuR 2018, 289, 295 ff.

II. Nach (erfolglosem) Abschluss des Asylverfahrens

Auch nach dem erfolglosen Abschluss des Asylverfahrens soll eine wirtschaftliche Integration Angehöriger sicherer Herkunftsstaaten grundsätzlich verhindert werden. Daher darf ihnen auch dann die Ausübung einer Erwerbstätigkeit nicht gestattet werden, wenn ein nach dem 31. August 2015 gestellter Asylantrag abgelehnt wurde (§ 60a Abs. 2 Satz 4, Abs. 6 Satz 1 Nr. 3 AufenthG).[18] Ebenso darf ihnen in diesem Fall grundsätzlich keine Ausbildungsduldung erteilt werden (vgl. § 60a Abs. 2 Satz 3, Abs. 6 Satz 1 Nr. 3 AufenthG).

Ferner soll die soziale Integration durch die missbräuchliche Schaffung familiärer Beziehungen unterbunden werden, indem Vaterschaftsanerkennungen in bestimmten Fällen den Ausländerbehörden anzuzeigen sind. Bestehen konkrete Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft, hat die beurkundende Behörde oder die Urkundsperson dies der Ausländerbehörde oder der deutschen Auslandsvertretung mitzuteilen und die Beurkundung auszusetzen. Ein Anzeichen für das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte besteht nach § 1597a Abs. 2 Satz 1, Satz 2 Nr. 2 BGB insbesondere, wenn der Anerkennende oder die Mutter oder das Kind einen Asylantrag gestellt hat und die Staatsangehörigkeit eines sicheren Herkunftsstaates besitzt.

III. Gerichtliches Verfahren

Auch der Rechtsschutz gegen eine ablehnende Entscheidung des Bundesamts ist für Angehörige sicherer Herkunftsstaaten eingeschränkt.

Wurde der Asylantrag als offensichtlich unbegründet abgelehnt, beträgt die Frist zur Klage gegen den ablehnenden Bescheid lediglich eine Woche (§§ 74 Abs. 1, 2. Halbsatz, 36 Abs. 3 Satz 1 AsylG). Zudem hat die Klage keine aufschiebende Wirkung. Denn nach § 75 Abs. 1 AsylG hat sie dies nur in den Fällen des § 38 Abs. 1 AsylG, d. h. wenn die dem Ausländer gesetzte Ausreisefrist 30 Tage beträgt. Das ist aber – wie oben ausgeführt – bei sicheren Herkunftsstaaten nicht der Fall, da dort die einwöchige Ausreisefrist des § 36 Abs. 1 AsylG gilt.

Auch ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die in dem ablehnenden Bescheid enthaltene Abschiebungsandrohung ist innerhalb von einer Woche zu stellen, wenn der Asylantrag als offensichtlich unbegründet abgelehnt worden ist (§ 36 Abs. 3 Satz 1 AsylG). Die gerichtliche Entscheidung über diesen Antrag soll grundsätzlich im schriftlichen Verfahren und binnen einer Woche nach Ablauf der Ausreisefrist ergehen (§ 36 Abs. 3 Satz 4 und 5 AsylG). Auch die inhaltliche Überprüfung durch das Gericht wird beschränkt. Die Aussetzung der Abschiebung darf nur angeordnet werden, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsalts bestehen (§ 36 Abs. 4 AsylG, vgl. auch Art. 16a Abs. 4 Satz 1 GG).

Eine weitere Einschränkung der Rechtsschutzmöglichkeiten ergibt sich aus § 78 Abs. 1 Satz 1 AsylG. Danach ist das Urteil des Verwaltungsgerichts, durch das die Klage in Rechtsstreitigkeiten nach dem Asylgesetz als – u. a – offensichtlich unbegründet abgewiesen wird, unanfechtbar. Nach dem Bundesverfassungsgericht ist die Klage eines Asylbewerbers offensichtlich unbegründet, wenn im maßgeblichen Zeitpunkt der Entscheidung des Verwaltungsgerichts an der Richtigkeit der tatsächlichen Feststellungen des Gerichts vernünftigerweise keine Zweifel bestehen können und bei einem solchen Sachverhalt nach allgemein anerkannter Rechtsauffassung (nach dem Stand von Rechtsprechung und Lehre) die Abweisung der Klage sich geradezu aufdrängt.[19] Art. 16a Abs. 3 Satz 2 GG, wonach grundsätzlich vermutet wird, dass ein Ausländer aus einem sicheren Herkunftsstaat dort nicht verfolgt wird, legt die Abweisung einer entsprechenden Klage als offensichtlich unbegründet nahe, wenn der Kläger keine substantiierten Anhaltspunkt dafür vorträgt, dass er entgegen dieser Vermutung doch verfolgt wird.

IV. Ausblick

Aktuelle Gesetzgebungsvorhaben sehen weitere Einschränkungen für Angehörige sicherer Herkunftsstaaten vor.

Der Entwurf eines Gesetzes über Duldung bei Ausbildung und Beschäftigung vom 4. Januar 2019[20] soll besondere Fallgruppen der Duldung regeln, d. h. der Fälle, in denen die Abschiebung eines vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländers aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich ist. Der Entwurf überarbeitet einerseits die bereits jetzt in § 60a Abs. 2 Sätze 4 ff. AufenthG vorgesehene Ausbildungsduldung und führt zum anderen die sog. Beschäftigungsduldung ein. Nach der derzeitigen Entwurfsfassung sollen Angehörige sicherer Herkunftsstaaten weiterhin keine Ausbildungsduldung und ebenfalls keine Beschäftigungsduldung erhalten können, wenn ihr Asylantrag abgelehnt wurde (vgl. § 60a Abs. 6 Satz 1 Nr. 3 AufenthG in der Fassung des Gesetzesentwurfs).[21]

Weitere, durchaus grundsätzliche Änderungen sieht der Referentenentwurf des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat für ein Gesetz zur verbesserten Durchsetzung der Ausreisepflicht („Geordnete-Rückkehr-Gesetz“)[22] vor. Danach sollen vollziehbar ausreisepflichtige Angehörige eines sicheren Herkunftsstaats grundsätzlich keine Duldung, sondern lediglich eine Bescheinigung über die vollziehbare Ausreisepflicht, die sog. Ausreiseaufforderung, erhalten.[23] Inhaber einer solchen Bescheinigung sind von „Integrationsangeboten und Angeboten, die zur Aufenthaltsverfestigung führen können, auszuschließen.“[24]

Als Alternative zur Stellung eines regelmäßig kaum Erfolg versprechenden Asylantrags hat der Gesetzgeber für Ange-

[18] Ausführlich zum Begriff des Asylantrags sowie zum Umgang mit möglichen Missbrauchsfällen *Wittmann*, NVwZ 2018, 28 ff.

[19] BVerfG 71, 276, 293; vgl. zuletzt etwa BVerfG, NVwZ 2018, 1563 ff. m. w. N.

[20] BR-Drucksache 8/19.

[21] Vgl. auch BR-Drucksache 8/19, S. 11.

[22] Abrufbar etwa unter https://www.proasyl.de/news/das-geordnete-rueckkehr-gesetz-ignoriert-rechtsstaatliche-grundsaetze/ (abgerufen am 8. April 2019).

[23] Vgl. § 60b AufenthG in der Fassung des Referentenentwurfs.

[24] Vgl. § 60b Abs. 4 AufenthG in der Fassung des Referentenentwurfs.

hörige sicherer Herkunftsstaaten die Möglichkeit der legalen Einreise mit dem Zweck der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit geschaffen. Gemäß § 26 Abs. 2 BeschV können für Staatsangehörige von Albanien, Bosnien und Herzegowina, Kosovo, Mazedonien, Montenegro und Serbien in den Jahren 2016 bis einschließlich 2020 Zustimmungen zur Ausübung jeder Beschäftigung erteilt werden, wenn der Antrag auf Erteilung des Aufenthaltstitels bei der jeweils zuständigen deutschen Auslandsvertretung im Herkunftsstaat gestellt wurde und der Antragsteller in den letzten 24 Monaten vor Antragstellung grundsätzlich keine Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz bezogen hat. Kann der Angehörige eines sicheren Herkunftsstaats also einen Arbeitsvertrag oder ein verbindliches Arbeitsplatzangebot im Bundesgebiet nachweisen, steht ihm grundsätzlich die Möglichkeit einer legalen Einreise und anschließenden Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis offen. Allerdings ist dies aktuell aufgrund der hohen Zahl von Anträgen bei den deutschen Auslandsvertretungen oft mit langen Wartezeiten von teilweise mehr als einem Jahr verbunden.[25]

Ob infolge der dargestellten Maßnahmen oder aus anderen Gründen – die Statistiken des Bundesamtes zeigen, dass die Zahl der Asylanträge insbesondere aus den sicheren Herkunftsstaaten in Europa seit mehreren Jahren sinkt. So stellten beispielsweise im Jahr 2016 knapp 15.000[26] albanische Staatsangehörige einen Asylantrag, im Jahr 2017 etwa 6.000[27] und im Jahr 2018 ungefähr 3.000[28] . Dennoch deutet das Zahlenwerk darauf hin, dass die Einstufung eines Landes als sicherer Herkunftsstaat jedenfalls nicht zu einer vollständigen Entlastung des Bundesamtes führt: Serbien, Mazedonien und Albanien gehören weiterhin zu den zehn Ländern, aus denen im Jahr 2018 die meisten Asylfolgeanträge entschieden worden sind.[29]

---

[25] Vgl. etwa die Auskunft auf der Homepage der deutschen Botschaft in Tirana (https://tirana.diplo.de/al-de/service/-/2014682, abgerufen am 8. April 2019).

[26] Vgl. Das Bundesamt in Zahlen 2016, S. 19 (http://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Publikationen/Broschueren/bundesamt-in-zahlen-2016.html?nn=9121126, abgerufen am 8. April 2019).

[27] Vgl. die Asylgeschäftsstatistik (01-12/17), http://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Downloads/Infothek/Statistik/Asyl/hkl-antrags-entscheidungs-bestandsstatistikl-kumuliert-2017.html?nn=9271904 (abgerufen am 8. April 2019).

[28] Vgl. die Asylgeschäftsstatistik (01-12/18), http://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Downloads/Infothek/Statistik/Asyl/hkl-antrags-entscheidungs-bestandsstatistikl-kumuliert-2018.html?nn=9271904 (abgerufen am 8. April 2019).

[29] Vgl. den Asylgeschäftsbericht für den Monat Dezember 2018, S. 7 (http://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Downloads/Infothek/Statistik/Asyl/201812-statistik-anlage-asyl-geschaeftsbericht.html?nn=7952206, abgerufen am 8. April 2019).

Christin Lindenberg*

Zum Umfang des Mitbestimmungsrechts gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG

A. Einführung

„BIG BROTHER IS WATCHING YOU."[1] Dieses Zitat aus dem Roman „1984" von George Orwell beschreibt, wie sich viele Arbeitnehmer heutzutage an ihrem Arbeitsplatz fühlen. Längst sind es nicht mehr nur Videokameras, die dem Arbeitgeber eine ständige Überwachung seiner Arbeitnehmer ermöglichen. Smartphones und Notebooks gehören inzwischen zur Grundausstattung vieler Arbeitnehmer. Sie erleichtern die Arbeit, bieten dem Arbeitgeber aber auch zusätzliche Überwachungsmöglichkeiten.

Die Arbeitnehmer stehen dieser Entwicklung aber nicht völlig machtlos gegenüber. In Zeiten der Digitalisierung gewinnt auch das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87 I Nr. 6 BetrVG an Bedeutung. Danach hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht, wenn der Arbeitgeber technische Einrichtungen einführt oder anwendet, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Doch wird das Mitbestimmungsrecht aus § 87 I Nr. 6 BetrVG der technischen Entwicklung der letzten Jahre gerecht?

Daran lässt sich zweifeln. Als der Gesetzgeber § 87 I Nr. 6 BetrVG im Jahr 1972 erlassen hat, standen Produktographen und Multimomentkameras im Zentrum der technischen Überwachung.[2] Die technische Entwicklung der letzten Jahre konnte der Gesetzgeber damals noch nicht vorhersehen.[3] Umso verwunderlicher ist, dass auch das Bundesarbeitsgericht (BAG) an seiner in den 1980er Jahren entwickelten Rechtsprechung festhält. In einer Reihe von Grundsatzentscheidungen hat das BAG eine weite Auslegung des Mitbestimmungsrechts vorgenommen.[4] Das Festhalten an dieser Rechtsprechung führt dazu, dass heutzutage nahezu jedes technische Gerät mitbestimmungspflichtig ist – unabhängig davon, ob der Arbeitgeber eine Überwachung damit überhaupt bezweckt.

Es drängt sich die Frage auf, ob der weite Umfang des Mitbestimmungsrechts aus § 87 I Nr. 6 BetrVG in Zeiten der Digitalisierung noch zeitgemäß ist.

Ausgehend vom Zweck der Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 6 BetrVG (B.) wird zur Beantwortung dieser Frage zunächst die rechtliche Ausgangslage in Bezug auf den Umfang des Mitbestimmungsrechts analysiert (C.). Anschließend werden Reformvorschläge dargestellt, um daran anknüpfend einen eigenen Lösungsvorschlag zu entwickeln (D.) Abschließend zeigt ein Praxishinweis, wie Arbeitgeber und Betriebsräte kooperativ zusammenarbeiten können (E.).

B. Zweck der Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 6 BetrVG

Technische Kontrolleinrichtungen wie Videokameras ermöglichen im Gegensatz zu menschlicher Kontrolle eine ununterbrochene, unbegrenzte und für den Arbeitnehmer oft nicht wahrnehmbare Überwachung.[5] Sie greifen damit stärker in den Persönlichkeitsbereich ein als eine manuelle Überwachung. Um vor diesen besonderen Gefahren beim Einsatz technischer Überwachungseinrichtungen zu schützen, hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht aus § 87 I Nr. 6 BetrVG.[6] Das Mitbestimmungsrecht ist die kollektivrechtliche Ergänzung des Individualschutzes durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG)[7] und konkretisiert den Grundsatz aus § 75 II S. 1 BetrVG, wonach Arbeitgeber und Betriebsrat die freie Persönlichkeitsentfaltung der Arbeitnehmer zu schützen haben.[8]

C. Rechtliche Ausgangslage

I. Voraussetzungen der Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 6 BetrVG

Nachfolgend soll anhand von Beispielen aufgezeigt werden, dass das BAG die Voraussetzungen des Mitbestimmungsrechts aus § 87 I Nr. 6 BetrVG weit auslegt und damit einen weiten Umfang der Mitbestimmung schafft.

1. Technische Überwachungseinrichtung

Die Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 6 BetrVG setzt die Überwachung mittels einer technischen Einrichtung voraus. Typische Beispiele sind Videokameras, Ortungssysteme und technische Zeiterfassungsgeräte.[9]

a) Bisherige Rechtsprechung: Erfordernis einer eigenständigen Kontrollwirkung

Lange Zeit hat es das BAG für erforderlich gehalten, dass die technische Einrichtung über eine eigenständige Kontrollwirkung verfügt. Danach muss die technische Einrichtung selbst Daten über Arbeitnehmer aufzeichnen oder verarbeiten.[10] Ein Mitbestimmungsrecht besteht daher nicht, wenn technische Geräte im Wesentlichen durch menschliches Verhalten

---

* Die Autorin ist Studentin der Bucerius Law School, Hamburg.

1 *George Orwell*, 1984, S. 3.

2 Vgl. BAG, NJW 1974, 2023, 2023 f.

3 *Wiese/Gutzeit*, in: Wiese/Kreutz/Oetker, Gemeinschaftskommentar Betriebsverfassungsgesetz[11], 2018, § 87 Rn. 506.

4 Vgl. BAGE 27, 256, 256 ff.; BAGE 46, 367, 367 ff.

5 BAGE 44, 285, 311; *Wiese/Gutzeit*, in: Wiese/Kreutz/Oetker (Fn.3), § 87 Rn. 509.

6 Vgl. BT-Drucks. VI/1786, S. 48 f.; BAGE 157, 220, 224.

7 *Bender*, in: Wlotzke/Preis/Kreft, Kommentar zum BetrVG[4], 2009, § 87 Rn. 106.

8 BAG, NJW 1974, 2023, 2024.

9 *Wiese/Gutzeit*, in: Wiese/Kreutz/Oetker (Fn. 3), § 87 Rn. 676.

10 BAG, NZA 1995, 313, 313.

gesteuert werden und nur als Hilfsmittel dienen (z.B. Uhr oder Brille).[11] Dadurch entstehen keine technikspezifischen, über die manuelle Überwachung hinausgehenden Gefahren für das Persönlichkeitsrecht.[12]

Konsequenterweise hat das BAG in einem Beschluss vom 10.12.2013 ein Mitbestimmungsrecht bei der Verwendung von Google Maps zur Überprüfung der angegebenen Strecke auf einer Fahrtkostenabrechnung verneint. Google Maps zeichne selbst keine Daten über das Fahrverhalten des Arbeitnehmers auf. Die Überprüfung der Fahrtkostenabrechnung werde durch menschliches Handeln gesteuert.[13]

b) Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung im Facebook-Beschluss

Umso überraschender war der Facebook-Beschluss vom 13.12.2016, in der das BAG eine Facebookseite, auf der Besucher Beiträge über die Leistung der Arbeitnehmer veröffentlichen können, für mitbestimmungspflichtig hielt.[14] Bei konsequenter Fortsetzung seiner bisherigen Rechtsprechung, hätte das BAG ein Mitbestimmungsrecht mangels eigenständiger Kontrollwirkung von Facebook verneinen müssen. So sah es auch die Vorinstanz, die entschied, dass Facebook selbst keine Daten über die Arbeitnehmer aufzeichne.[15] Das BAG hingegen betont zwar, dass die Überwachung „durch die technische Einrichtung selbst bewirkt werden" muss, führt aber gleichzeitig aus, dass es nicht erforderlich sei, dass die Daten von der technischen Einrichtung „selbst und automatisch" erhoben werden.[16] Es genüge, wenn die Informationen durch die Besucher eingegeben und von Facebook dauerhaft gespeichert werden.[17] Damit gab das BAG das Erfordernis einer eigenständigen Kontrollwirkung auf und erweiterte den Umfang des Mitbestimmungsrechts.

In der Literatur ist der Facebook-Beschluss zu Recht auf Kritik gestoßen.[18] Facebook ist eine technische Einrichtung, die maßgeblich durch manuelles Verhalten gesteuert wird.[19] Von einer solch manuell gesteuerten Einrichtung können keine besonderen Gefahren durch technische Überwachungseinrichtungen ausgehen. Insofern sind die Beiträge auf Facebook mit Beschwerdebriefen an den Arbeitgeber zu vergleichen.[20] Der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers entsteht nicht durch eine eigene Kontrollwirkung von Facebook, sondern aufgrund der Öffentlichkeitswirkung des sozialen Netzwerks.[21] Zweck des § 87 I Nr. 6 BetrVG ist aber nicht der Schutz vor jeglichen Eingriffen in das Persönlichkeitsrecht, sondern nur vor solchen, die durch technische Überwachung entstehen. Die Voraussetzung der eigenständigen Kontrollwirkung ist daher erforderlich, um den Schutzzweck des § 87 I Nr. 6 BetrVG nicht zu umgehen.[22]

2. Überwachung

Eine entscheidende Rolle für den Umfang des Mitbestimmungsrechts spielt die Auslegung des Begriffs „überwachen" in § 87 I Nr. 6 BetrVG.

a) Erhebungsphase

Unstrittig ist, dass die Datenerhebung unter den Überwachungsbegriff fällt. Die Datenaufzeichnung mittels technischer Geräte wie Stechuhren, Videokameras und Abhörgeräten ist daher mitbestimmungspflichtig.[23]

b) Verarbeitungs- und Auswertungsphase

Es stellt sich jedoch die Frage, ob auch die Verarbeitungsphase, in der die gesammelten Daten gesichtet und zueinander in Beziehung gesetzt werden,[24] unter den Überwachungsbegriff zu subsumieren ist. Davon ist abhängig, ob auch die technische Verarbeitung von manuell erhobenen leistungs- oder verhaltensbezogenen Daten mitbestimmungspflichtig ist. Das betrifft insbesondere sog. Personalinformationssysteme, die leistungsbezogene Arbeitnehmerdaten für Zwecke der Gehaltsabrechnung verarbeiten.

Das BAG hat in einer Leitentscheidung vom 14.9.1984 die technische Auswertung manuell erfasster verhaltensbezogener Daten für mitbestimmungspflichtig erklärt.[25] Diese Entscheidung ist in großen Teilen der Literatur auf Zustimmung gestoßen,[26] wird aber zum Teil immer noch stark kritisiert. Es sei nicht zeitgerecht, den Arbeitgeber bei Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats auf eine manuelle Datenauswertung zu verweisen.[27] Nachfolgend soll die Richtigkeit der Rechtsprechung anhand der Auslegungskanones untersucht werden.

aa) Wortlaut

Im normalen Sprachgebrauch meint „Überwachen" das genaue Beobachten des Verhaltens von Personen.[28] Das spricht für einen engen Überwachungsbegriff, der nur die Datenerhebung erfasst.[29] Andererseits ist es widersprüchlich,

---

[11] BAG, NZA 1995, 313; *Wiese/Gutzeit*, in: Wiese/Kreutz/Oetker (Fn. 3), § 87 Rn. 537.
[12] Vgl. BAG, NZA 1995, 313; *Bender*, in: Wlotzke/Preis/Kreft (Fn. 7), § 87 Rn. 113.
[13] BAG, NZA 2014, 439, 440 f.
[14] BAGE 157, 220, 227.
[15] LAG Düsseldorf, NZA-RR 2015, 355, 358 ff.
[16] BAGE 157, 220, 224, 229.
[17] BAGE 157, 220, 229.
[18] Vgl. *Grimm/Kühne*, jM 2017, 330; *Jacobs/Frieling*, JZ 2017, 961, 962 ff.; *Nebeling/Klumpp*, DB 2014, 2352, 2353; *Mues*, ArbRB 2017, 174, 175.
[19] Vgl. *Ludwig/Ramcke*, BB 2016, 2293, 2294.
[20] LAG Düsseldorf, NZA-RR 2015, 355, 359; *Jacobs/ Frieling*, JZ 2017, 961, 962; *Wisskirchen/Schiller/Schwindling*, BB 2017, 2105, 2107.
[21] *Jacobs/Frieling*, JZ 2017, 961, 962 f.; *Grimm/Kühne*, jM 2017, 330, 333; *Nebeling/Klumpp*, DB 2014, 2352, 2353.
[22] Vgl. *Grimm/Kühne*, jM 2017, 330, 333; *Jacobs/Frieling*, JZ 2017, 961, 962.
[23] *Bender*, in: Wlotzke/Preis/Kreft (Fn. 7), § 87 Rn. 117.
[24] *Wiese/Gutzeit*, in: Wiese/Kreutz/Oetker (Fn. 3), § 87 Rn. 549.
[25] BAGE 46, 367, 377 ff.; seitdem st. Rspr.: BAG, NZA 1986, 526, 536 f.; BAGE 157, 220, 224.
[26] Vgl. u.a. *Klebe*, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Hrsg.), Kommentar zum BetrVG[16], 2018, § 87 Rn. 174 f.; *Kania*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht[18], 2018, § 87 Rn. 49.
[27] Vgl. *Worzalla*, in: Hess/Worzalla/Glock, Kommentar zum BetrVG[10], 2018, § 87 Rn. 377; *Kraft*, ZfA 1985, 141, 152.
[28] Duden, https://www.duden.de/rechtschreibung/ueberwachen (zuletzt abgerufen am 11.4.2019): „genau verfolgen was jemand tut, etwas durch ständiges Beobachten kontrollieren".
[29] *Worzalla*, in: Hess/Worzalla/Glock (Fn. 27), § 87 Rn. 376; *Kraft*, ZfA 1985, 141, 152; *Söllner*, DB 1984, 1243, 1244; siehe auch *Hunold*, BB 1985, 193, 196.

wenn die Figur des „Oberkontrolleurs", der die von anderen erfassten Daten auswertet, nicht unter den Überwachungsbegriff fällt.[30] Im Ergebnis ist der Wortlaut daher offen.[31]

bb) Telos

Der Zweck der Mitbestimmung besteht im Schutz der Arbeitnehmer vor Eingriffen in ihr Persönlichkeitsrecht aufgrund der besonderen Gefahren technischer Überwachung (vgl. unter B.).[32] Der Gesetzgeber hatte bei Erlass des § 87 I Nr. 6 BetrVG im Jahr 1972 noch nicht die Anwendung der Norm auf technische Datenverarbeitungseinrichtungen vor Augen. Maßgeblich ist aber allein, ob die digitale Datenverarbeitung das Persönlichkeitsrecht aufgrund technischer Besonderheiten beeinträchtigt. In Anlehnung an das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts[33] hat das BAG ausführlich dargelegt, welche Persönlichkeitsbeeinträchtigungen durch technische Datenverarbeitung entstehen.[34] Die technische Datenverarbeitung ermöglicht, dass eine unbegrenzte Anzahl von Informationen auf Dauer gespeichert wird, jederzeit abrufbar ist und beliebig miteinander verknüpft werden kann, um Aussagen über das Verhalten und die Leistung der Arbeitnehmer zu erhalten.[35] Darüber hinaus führt sie aufgrund der erforderlichen Selektion von Daten zu einem Kontextverlust, indem ursprüngliche Erhebungszusammenhänge verloren gehen.[36] Die technische Datenverarbeitung gefährdet das Persönlichkeitsrecht somit erheblich stärker als eine manuelle Datenverarbeitung.[37]

Der Einwand, dass der Arbeitnehmer von einer technischen Datenverarbeitung nichts merke und daher kein psychischer Überwachungsdruck entstehe,[38] überzeugt nicht. Im Gegenteil wiegt der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht umso schwerer, als dass der Arbeitnehmer nicht über die Verarbeitung seiner Daten Bescheid weiß und daher eine ständige Überwachung fürchten muss.[39]

cc) Zwischenergebnis

Teleologische Erwägungen sprechen für eine weite Auslegung des Überwachungsbegriffs, sodass auch die technische Verarbeitung manuell erhobener Daten mitbestimmungspflichtig ist.

3. Bestimmung zur Überwachung

Nach § 87 I Nr. 6 BetrVG muss die technische Einrichtung „dazu bestimmt [sein], das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen".

Entgegen dem natürlichen Wortlaut geht das BAG seit dem sog. Produktographenbeschluss aus dem Jahr 1975 davon aus, dass die subjektive Verwendungsabsicht des Arbeitgebers unerheblich ist.[40] Es ist irrelevant, ob der Arbeitgeber mit der technischen Einrichtung eine Beurteilung von Verhalten und Leistung bezweckt oder tatsächlich vornimmt. Maßgeblich ist vielmehr die objektive Eignung der Einrichtung zur Überwachung (objektiv-finale Theorie).[41] Die herrschende Lehre folgt der objektiv-finalen Theorie.[42] Für das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer mache es keinen Unterschied, ob die Überwachung das Ziel oder ein bloßer Nebeneffekt ist.[43] Ein Abstellen auf die Verwendungsabsicht führe ferner zu einer Missbrauchsgefahr, da der Arbeitgeber seine Überwachungsabsicht verbergen könnte.[44]

Zu bedenken ist jedoch, dass heutzutage nahezu alle technischen Geräte verhaltensbezogene Daten aufzeichnen (z.B. Handys) und damit objektiv zur Überwachung geeignet sind. Die objektiv-finale Theorie führt daher zu einem erheblichen Umfang des Mitbestimmungsrechts.[45]

4. Überwachungsgegenstand: Verhalten oder Leistung der Arbeitnehmer

Gemäß § 87 I Nr. 6 BetrVG muss das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer Gegenstand der Überwachung sein. Beispiele für verhaltens- und leistungserhebliche Daten sind der Beginn und das Ende der täglichen Arbeitszeit, die Ableistung von Überstunden oder Fehlzeiten.[46]

In einer Reihe von Leitentscheidungen hat das BAG auch den Überwachungsgegenstand erweitert. Zunächst entschied das BAG, dass die Leistungs- und Verhaltensdaten einem bestimmten Arbeitnehmer zuzuordnen sein müssen und die Möglichkeit der Zuordnung zu einer bestimmten Gruppe nicht genügt.[47] In einer Entscheidung vom 18.2.1986 hat das BAG den Umfang der Mitbestimmung aber erweitert, indem es ein Mitbestimmungsrecht in Fällen bejahte, in denen die Daten einer überschaubaren Gruppe zugeordnet werden, die gemeinsam für ein bestimmtes Ergebnis verantwortlich ist (z.B. bei Arbeit im Gruppenakkord).[48] In diesen Fällen werde der durch die technische Einrichtung erzeugte Überwachungsdruck mittels bestehender Gruppenzwänge auf den Einzelnen übertragen, sodass § 87 I Nr. 6 BetrVG telelogisch einschlägig sei.[49]

---

30 *Däubler*, in: Gläserne Belegschaften[7], 2017, Rn. 718; im Ergebnis so auch *Fitting*, in: Fitting (Begr.), Handkommentar BetrVG[29], 2018, § 87 Rn. 240.
31 So auch *Schapper/Waniorek*, AuR 1985, 246, 247; *Wiese/Gutzeit*, in: Wiese/Kreutz/Oetker (Fn. 3), § 87 Rn. 553.
32 BT-Drucks. VI/1786, S. 48 f.
33 BVerfGE 65, 1.
34 BAGE 46, 367, 378 ff.
35 *Fitting*, in: Fitting (Fn. 30), § 87 Rn. 240; *Wiese/Gutzeit*, in: Wiese/Kreutz/Oetker (Fn. 3), § 87 Rn. 555.
36 BAGE 46, 367, 379 f.; *Bender*, in: Wlotzke/Preis/Kreft (Fn. 7), § 87 Rn. 118.
37 **A.A.:** *Jacobs/Frieling*, JZ 2017, 961, 964; *Ludwig/Ramcke*, BB 2016, 2293, 2296.
38 *Worzalla*, in: Hess/Worzalla/Glock (Fn. 27), § 87 Rn. 376.
39 Vgl. dazu *Däubler* (Fn. 30), Rn. 720.
40 BAGE 27, 256, 260 f.; BAGE 46, 367, 376; BAGE 109, 235, 241 f.
41 BAGE 27, 256, 260 f.; BAGE 109, 235, 241 f.
42 Vgl. u.a. *Klebe*, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Fn. 26), § 87 Rn. 186; *Richardi/Maschmann*, in: Richardi (Hrsg.), Kommentar zum BetrVG[16], 2018, § 87 Rn. 513.
43 BAGE 27, 256, 261; *Bender*, in: Wlotzke/Preis/Kreft (Fn. 7), § 87 Rn. 115.
44 *Däubler* (Fn. 30), Rn. 756; *Kissel*, in: FS Zeidler, 1987, S. 1507, 1518; *Wohlgemuth*, AuR 1984, 257, 260.
45 Vgl. *Giese*, in: Baker McKenzie (Hrsg.), Arbeitswelt 4.0, 2017, S. 132.
46 *Fitting*, in: Fitting (Fn. 30), § 87 Rn. 223.
47 BAG, NZA 1986, 488, 490; BAGE 77, 262, 267.
48 BAG, NZA 1986, 488, 489 f.
49 BAG, NZA 1986, 488, 490; BAGE 77, 262, 267; **a.A.:** *Kort*, CR 1987, 300, 307; *Ehmann*, ZfA 1986, 357, 381, die anführen, dass der Druck des einzelnen Arbeitnehmers nicht durch eine technische Überwachungseinrichtung, sondern durch Gruppenzwang entstehe.

5. Zusammenfassung

Das Mitbestimmungsrecht aus § 87 I Nr. 6 BetrVG besteht in sehr weitem Umfang. In einer Reihe von Leitentscheidungen hat das BAG eine extensive Auslegung des Mitbestimmungstatbestands vorgenommen. Neben der technischen Erhebung fasst das BAG auch die technische Datenverarbeitung manuell erfasster Daten unter den Überwachungsbegriff. Für die Bestimmung zur Überwachung genügt es, dass die technische Einrichtung objektiv zur Überwachung geeignet ist. Erst Ende 2016 hat das BAG das Mitbestimmungsrecht im Facebook-Beschluss erneut ausgeweitet, indem es auf eine eigenständige Kontrollwirkung verzichtet hat. Die Bedeutung des Mitbestimmungsrechts hat damit in den letzten Jahren durch den vermehrten Technikeinsatz in erheblichem Maße zugenommen.

II. Grenzen bei der Ausübung der Mitbestimmung durch die DSGVO?

Wird der weite Umfang des Mitbestimmungsrechts durch inhaltliche Gestaltungsgrenzen bei der Ausübung in Form von Betriebsvereinbarungen beschränkt? Aus aktuellem Anlass stellt sich insbesondere die Frage, ob die Regelungsbefugnis des Betriebsrats durch Inkrafttreten der DSGVO am 25.5.2018 beschränkt wurde.

Wie aus § 26 VI BDSG folgt, bleibt das Mitbestimmungsrecht aus § 87 I Nr. 6 BetrVG vom Datenschutzrecht unberührt. Die abgeschlossenen Betriebsvereinbarungen dürfen aber nicht gegen das Datenschutzrecht verstoßen.[50] Die DSGVO enthält eine Öffnungsklausel für die Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext in Art. 88 I DSGVO. Danach können in Betriebsvereinbarungen[51] „spezifischere Vorschriften" für die Datenverarbeitung vorgesehen werden. Es stellt sich die Frage, ob Art. 88 I DSGVO es dem Betriebsrat ermöglicht, eine Regelung zu erzwingen, die das Schutzniveau der DSGVO erhöht. Kann er ein generelles Verbot der Datenverwendung zu Verhaltenskontrollen erzwingen, obwohl eine solche Verwendung aufgrund eines gesetzlichen Ermächtigungstatbestands zulässig wäre?[52] Verneint man diese Frage, beschränkt sich die Betriebsratsmitbestimmung im Kontext der Datenverarbeitung inhaltlich auf eine bloße Konkretisierung der gesetzlichen Vorgaben.[53] Entscheidend ist, ob die DSGVO vollharmonisierend wirkt.[54]

1. Wortlaut

Der Wortlaut „spezifischere Vorschriften" in Art. 88 I DSGVO ist nicht eindeutig. Es wird vertreten, dass sich die Spezifität darauf bezieht, dass die Betriebsvereinbarung einen besonderen Lebenssachverhalt, nämlich den der Beschäftigung, regelt. Daraus würde nicht zwangsläufig ein Verbot zur Erhöhung des Datenschutzniveaus folgen.[55] Zum Teil wird aber auch vertreten, dass „spezifischere Vorschriften" nur solche sind, die die Regelungen der DSGVO konkretisieren, nicht jedoch von ihr abweichen.[56] Darüber hinaus ist es denkbar, dass die Verwendung des Komparativs anzeigt, dass strengere Regelungen zulässig sind.[57]

2. Telos

Der Zweck der DSGVO spricht für eine Vollharmonisierung und damit gegen die Möglichkeit zur Erhöhung des Datenschutzniveaus. Erwägungsgrund 10 stellt klar, dass die DSGVO ein gleichmäßig hohes Datenschutzniveau und die Beseitigung von Hemmnissen für den Verkehr personenbezogener Daten bezweckt (vgl. auch Art. 1 III DSGVO).[58] Eine Erhöhung des Schutzniveaus durch Betriebsvereinbarungen würde einer einheitlichen Anwendung jedoch entgegenstehen und den freien Datenverkehr behindern.[59]

3. Kompetenzrechtliche Probleme

Andererseits würde eine Versagung der Erhöhung des Schutzniveaus dazu führen, dass die DSGVO sehr einschneidende Vorgaben für das Arbeitsrecht enthält. Das hätte kompetenzrechtliche Probleme zur Folge. Die DSGVO wurde auf Art. 16 II AEUV gestützt.[60] Fraglich ist aber, ob solch weitgehende Vorgaben nicht auf die Kompetenznorm zum Erlass arbeitsrechtlicher Vorschriften in Art. 153 I UAbs. 1 lit. b AEUV gestützt werden müssten.[61] Danach hätte keine Verordnung, sondern nur eine Richtlinie erlassen werden können.[62]

4. Entstehungsgeschichte

Der entscheidende Hinweis für die Zulässigkeit einer Erhöhung des Datenschutzniveaus folgt aus der Entstehungsgeschichte. Der ursprüngliche Entwurf der Kommission sah vor, dass Kollektivvereinbarungen nach Art. 88 I DSGVO nur „in den Grenzen der Verordnung" erlassen werden dürfen.[63] Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens wurde diese Formulierung aufgegeben, während sie in anderen Zusammenhängen (vgl. die Erwägungsgründe 98, 149, 162, 164) beibehalten wurde.[64] Der Verzicht auf diese Formulierung macht deutlich, dass eine Abweichung nach

---

50 Vgl. *Däubler* (Fn. 30), Rn. 780, 783b.

51 Dass Betriebsvereinbarungen unter Art. 88 I DSGVO fallen folgt aus Erwägungsgrund 155.

52 Vgl. *Schrey/Kielkowski*, BB 2018, 629, 631 ff.

53 Vgl. *Franzen*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeistrecht[2], 2018, Art. 88 Rn. 10.

54 *Franzen*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 53), Art. 88 Rn. 7.

55 *Riesenhuber*, in: Brink/Wolff, Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht[24], 2018, Art. 88 Rn. 66 ff.;
vgl. auch *Düwell/Brink*, NZA 2017, 1081, 1082.

56 *Nolte*, in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil (Hrsg.), Kommentar zur DSGVO, 2018, Art. 88 Rn. 19;
vgl. auch *Kort*, DB 2016, 711, 714; *Wybitul*, NZA 2017, 413.

57 *Düwell/Brink*, NZA 2016, 665, 666; *Pauly*, in: Paal/Pauly (Hrsg.), Beck'sche Kompakt-Kommentare DSGVO und BDSG[2], 2018, Art. 88 Rn. 4.

58 Vgl. *Maschmann*, in: Kühling/Buchner, Kommentar zur DSGVO[2], 2018, Art. 88 Rn. 36.

59 *Nolte*, in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil (Fn. 56), Art. 88 Rn. 22; *Maschmann*,in: Kühling/Buchner (Fn. 58), Art. 88 Rn. 36.

60 Vgl. *Maschmann*, in: Kühling/Buchner (Fn. 58), Art. 88 Rn. 39.

61 *Körner*, NZA 2016, 1383.

62 *Körner*, NZA 2016, 1383; *Franzen*, DuD 2012, 322. 326.

63 *Taeger/Rose*, BB 2016, 819, 830;
Pauly, in: Paal/Pauly (Fn. 57), Art. 88 Rn. 4.

64 *Körner*, NZA 2016, 1383;
Tiedemann, in: Sydow, Handkommentar DSGVO, 2017, Art. 88 Rn. 3.

„oben" möglich sein soll.[65]

5. Zusammenfassung

Dem Betriebsrat ist es bei der Ausübung seines Mitbestimmungsrechts aus § 87 I Nr. 6 BetrVG möglich, ein Schutzniveau zu verhandeln, das über das der DSGVO hinausgeht. Die DSGVO sorgt daher nicht für eine inhaltliche Begrenzung des Mitbestimmungsrechts.

III. Ergebnis: Weiter Umfang der Mitbestimmung

Die Analyse der rechtlichen Ausgangslage zeigt, dass das Mitbestimmungsrecht aus § 87 I Nr. 6 BetrVG in sehr weitem Umfang besteht. Das BAG interpretiert dessen Voraussetzungen extensiv, um neue Techniken dem Mitbestimmungsrecht zu unterwerfen. Dadurch sind nicht mehr nur Produktographen und Videokameras vom Mitbestimmungsrecht umfasst, sondern z.B. auch Facebookseiten. Auch der inhaltliche Gestaltungsspielraum des Betriebsrats bei der Ausübung der Mitbestimmung wurde durch die DSGVO nicht begrenzt.

Das weite Verständnis führt dazu, dass dem Mitbestimmungsrecht aus § 87 I Nr. 6 BetrVG eine enorme praktische Bedeutung zukommt. Technische Einrichtungen mit objektiver Überwachungseignung gehören heute zur Grundausstattung eines Betriebs – mag eine Überwachung damit auch gar nicht bezweckt sein.

D. Digitalisierung als Herausforderung: Reformbedarf?

Die Digitalisierung ist in vollem Gange. Der Einsatz von Handys ist selbstverständlich, auch der Einsatz von GPS-Ortungssystemen in Dienstwagen ist längst keine Neuheit mehr. Von dem ursprünglich bei Erlass des § 87 I Nr. 6 BetrVG verfolgten Zweck – einer Mitbestimmung bei der Verwendung von Produktographen – ist nicht mehr viel übrig. Dennoch hält das BAG an den in den 1980er Jahren gefällten Leitentscheidungen fest und legt das Mitbestimmungsrecht weiter weit aus.[66] Doch ist die Rechtsprechung zu § 87 I Nr. 6 BetrVG noch zeitgemäß?

I. Reformvorschläge von Arbeitgebervertretern

„Bleibt es [das Arbeitsrecht] unverändert bestehen […], werden wir uns unweigerlich zum Entwicklungsland zurückentwickeln".[67] Es sind solche Aussagen, mit denen Arbeitgebervertreter eine Reform des § 87 I Nr. 6 BetrVG fordern. Das Mitbestimmungsrecht sei angesichts der extensiven Rechtsprechung „uferlos".[68] Um wettbewerbsfähig zu bleiben, dürften technische Innovationen in Deutschland – das im Vergleich zu anderen Ländern ein hohes Maß an Mitbestimmung vorsieht[69] – nicht durch langwierige Diskussionen mit Betriebsräten verhindert werden.[70] Das Mitbestimmungsrecht aus § 87 I Nr. 6 BetrVG müsse daher an die heutige Arbeitsrealität angepasst werden.[71]

1. Von der objektiv-finalen Theorie zur subjektiv-finalen Theorie

Mit dem Produktographenbeschluss im Jahr 1975 hatte das BAG die damalige Diskussion über die Auslegung des Wortes „bestimmt" im Sinne der objektiv-finalen Theorie beendet.[72] Insbesondere von Arbeitgebervertretern wird die Diskussion neuerdings aber wieder ins Rollen gebracht. Als Reaktion auf die Möglichkeiten heutiger Technik, die objektiv nahezu immer zur Überwachung geeignet sind, wird ein Abstellen auf die subjektive Verwendungsabsicht des Arbeitgebers gefordert (subjektiv-finale Theorie).[73]

2. Rückbesinnung auf den Schutzzweck der Mitbestimmung

Um ein „ausuferndes Eigenleben" des § 87 I Nr. 6 BetrVG zu verhindern, hält *Worzalla* es für erforderlich, das Mitbestimmungsrecht auf seinen ursprünglichen Zweck zurückzuführen.[74] Das BAG habe den Zweck der Mitbestimmung zu einem umfassenden Persönlichkeitsschutzprogramm ausgeweitet. Erforderlich sei aber, dass ein Mitbestimmungsrecht nur besteht, wenn eine Persönlichkeitsbeeinträchtigung der Arbeitnehmer durch die Besonderheit der technischen Einrichtung ausgelöst wird.[75] Der allgemeine Persönlichkeitsschutz dürfe nicht länger als Zweck herangezogen werden, um eine Mitbestimmung zu begründen. Er sei schon durch das Datenschutzrecht (DSGVO, BDSG) und die Schutz- und Förderpflicht aus § 75 II BetrVG gewahrt.[76]

In der Tat hat das BAG den Zweck des § 87 I Nr. 6 BetrVG im Facebook-Beschluss zu einem allgemeinen Persönlichkeitsschutz ausgeweitet, indem es auf eine eigenständige Kontrollwirkung verzichtet hat. Daher wird konkret vorgeschlagen, das Erfordernis der eigenständigen Kontrollwirkung wieder einzuführen. Nur wenn Daten ohne menschliche Steuerung direkt durch die technische Einrichtung erhoben oder verarbeitet werden, liege eine technikspezifische Gefahr vor.[77]

II. Reformvorschläge von Arbeitnehmervertretern

Auf Seiten der Arbeitnehmer und Betriebsräte stoßen die genannten Reformvorschläge auf Kritik. Sie betonen, dass die Gefahren für das Persönlichkeitsrecht in Zeiten der Digitalisierung zunehmen. Dennoch sei die Digitalisierung sozial gestaltbar, sodass sie sich auch zugunsten der Arbeitnehmer auswirken kann. Dafür sei aber eine umfassende Beteiligung des Betriebsrats essentiell.[78] Die weite Auslegung des Mitbestimmungsrechts aus § 87 I Nr. 6 BetrVG sei somit

---

65 *Wybitul/Sörup/Pötters*, ZD 2015, 559, 561.
66 Vgl. *Giese* (Fn. 45), S. 131 ff.
67 *Zumkeller*, AuA 2015, 334, 334.
68 *Grimm*, ArbRB 2015, 336, 339; *Giese* (Fn. 45), S. 132.
69 Vgl. *Rüthers*, NJW 2003, 546, 550; *Junker*, ZfA 2001, 225, 242 f.
70 *Schipp*, ArbRB 2016, 177, 179; *Giese* (Fn. 45), S. 141.
71 *Giese* (Fn. 45), S. 139; *Wisskirchen/Schiller/Schwindling*, BB 2017, 2105, 2109.
72 BAGE 27, 256, 260 f.
73 *Grimm*, ArbRB 2015, 336, 339; *Günther/Böglmüller*, NZA 2015, 1025, 1027.
74 *Worzalla*, in: Hess/Worzalla/Glock (Fn. 27), § 87 Rn. 344 ff.; *Wiese/Gutzeit*, in: Wiese/Kreutz/Oetker (Fn. 3), § 87 Rn. 511.
75 *Worzalla*, in: Hess/Worzalla/Glock (Fn. 27), § 87 Rn. 344 ff.
76 *Worzalla*, in: Hess/Worzalla/Glock (Fn. 27), § 87 Rn. 346.
77 Vgl. *Wisskirchen/Schiller/Schwindling*, BB 2017, 2105, 2108.
78 *Klebe*, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Fn. 26), § 87 Rn. 161, 165.

geboten.[79] Da es für die Persönlichkeitsverletzung des Arbeitnehmers keinen Unterschied mache, ob die Überwachung das verfolgte Ziel oder lediglich ein Nebeneffekt ist, sei auch an der objektiv-finalen Theorie festzuhalten.[80]

Krause forderte in seinem Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag sogar eine Klarstellung des Wortlautes des § 87 I Nr. 6 BetrVG dahingehend, dass jeglicher Umgang mit personenbezogenen oder personenbeziehbaren Daten der Mitbestimmung unterliegt.[81] Der aktuelle Normtext fokussiere zu stark auf die unmittelbare Überwachung in Form der Datenerhebung (z.B. durch Videokameras) und vernachlässige die Verarbeitung von Daten, aus denen Rückschlüsse auf das Verhalten der Arbeitnehmer möglich sind.[82]

III. Vermittelnder Lösungsvorschlag

Den Arbeitnehmervertretern ist beizupflichten, dass mit vermehrtem Technikeinsatz die Gefahr einer Persönlichkeitsbeeinträchtigung durch technische Überwachung steigt. Gleichzeitig ist den Arbeitgebervertretern zuzustimmen, dass heutzutage nahezu alle technischen Geräte objektiv zur Überwachung geeignet sind, vom Arbeitgeber aber häufig zu anderen Zwecken eingesetzt werden. Es gilt einen Lösungsweg zu finden, der beiden Interessen gerecht wird.

1. Beschränkung auf den historischen Schutzzweck

Zweifelsohne sollte ein Mitbestimmungsrecht aus § 87 I Nr. 6 BetrVG bestehen, wenn technische Kontrolleinrichtungen aufgrund ihrer technischen Besonderheiten in das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer eingreifen. Dass das Mitbestimmungsrecht in Zeiten der Digitalisierung dadurch immer häufiger eingreift, ist gerechtfertigt. Nichtsdestotrotz darf der Zweck der Mitbestimmung nicht auf einen allgemeinen Persönlichkeitsschutz ausgedehnt werden. Eine solch weite Interpretation umgeht den in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck kommenden Gesetzgeberwillen.[83] Entgegen dem Facebook-Beschluss ist daher eine eigenständige Kontrollwirkung der technischen Einrichtung zu fordern. Nur so kann sichergestellt werden, dass das Mitbestimmungsrecht nur besteht, wenn es um die besonderen Gefahren technischer Einrichtungen geht.

2. Anwendung der subjektiv-finalen Theorie

Ferner darf nicht vergessen werden, dass technische Einrichtungen häufig auch den Arbeitnehmern zugutekommen, indem sie ihnen die Arbeit erleichtern. Steht sicher fest, dass eine Überwachung mittels der technischen Einrichtung nicht erfolgt, besteht kein Anlass für ein Mitbestimmungsrecht aus § 87 I Nr. 6 BetrVG. Aus diesem Grund sollte auf die Verwendungsabsicht des Arbeitgebers abgestellt werden.

a) Datenauswertung als objektives Indiz für die Überwachungsabsicht

Problematisch ist, dass die subjektiv-finale Theorie ein erhebliches Umgehungspotenzial birgt. Den Arbeitgebern wird es nicht schwer fallen, Schutzbehauptungen aufzustellen, um eine bestehende Überwachungsabsicht zu verstecken. Erforderlich sind daher objektive Indizien, die auf eine Überwachungsabsicht schließen lassen. Eine Überwachungsabsicht sollte grundsätzlich erst dann angenommen werden, wenn die Daten tatsächlich ausgewertet werden.[84] Zeichnet der Arbeitgeber nicht nur Daten auf, sondern verarbeitet sie auch zu Aussagen über die Leistung der Arbeitnehmer, kann angenommen werden, dass er sie zu Kontrollzwecken verwendet. Im Fall eines Diensthandys wäre die Überwachungsabsicht daher grundsätzlich zu verneinen, wenn Daten über vom Arbeitnehmer geführte Telefonate lediglich aufgezeichnet und über die Handyabrechnung dem Arbeitgeber bereitgestellt werden. Eine Überwachungsabsicht wäre erst zu bejahen, wenn der Arbeitgeber die Handyabrechnung tatsächlich überprüft, um z.B. herauszufinden wie oft der Arbeitnehmer Privatgespräche führt. Die Datenauswertung könnte somit ein objektives Indiz für das Vorliegen der Überwachungsabsicht sein.

Allerdings hängt das Mitbestimmungsrecht dann maßgeblich davon ab, ob der Arbeitgeber die erhobenen Daten auswertet. Da eine solche Auswertung aber in der Sphäre des Arbeitgebers stattfindet, wird es für den Betriebsrat oft kaum erkennbar sein, ob ihm ein Mitbestimmungsrecht zusteht. Um ihm diese Beurteilung zu ermöglichen, müssen Informationspflichten des Arbeitgebers gegenüber dem Betriebsrat bestehen. Der Arbeitgeber muss den Betriebsrat darüber informieren, wozu die aufgezeichneten Daten genutzt werden und muss darüber einen Nachweis erbringen. Unter Umständen ist dem Betriebsrat auch Einblick in das jeweilige Datenverarbeitungssystem zu gewähren, um die vom Arbeitgeber gestellten Informationen zu prüfen.[85]

b) In Zweifelsfällen: Vermutung für das Bestehen der Überwachungsabsicht

Problematisch ist jedoch, dass die Feststellung der Überwachungsabsicht selbst bei Heranziehung objektiver Indizien wie der Auswertung schwierig sein kann. Über das Bestehen des Mitbestimmungsrechts nach § 87 I Nr. 6 BetrVG wird im Beschlussverfahren entschieden (§ 80 I i.V.m. § 2a I Nr. 1, II ArbGG), sodass das Gericht im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes nach § 83 I ArbGG selbst ermitteln muss, ob eine Überwachungsabsicht besteht. Relativ unproblematisch ist die Feststellung der Verwendungsabsicht, wenn die Datenauswertung auf technischem Wege erfolgt. Dann ist es dem Gericht durch Einblick in das Datenverarbeitungssystem möglich, festzustellen, ob eine Auswertung erfolgt und ob daher auf eine Überwachungsabsicht zu schließen ist. Problematisch ist jedoch, dass der Arbeitgeber technisch aufgezeichnete Daten auch manuell auswerten kann. Indizien können insofern handschriftliche Notizen des

[79] *Klebe*, NZA-Beilage 2017, 77, 82.
[80] *Karthaus*, NZA 2017, 558, 561.
[81] *Krause*, Gutachten B zum 71. DJT, S. 80.
[82] Vgl. *Krause*, Gutachten B zum 71. DJT, S. 80.
[83] Vgl. BT-Drucks. VI/1786, S. 48 f.
[84] Vgl. *Günther/Böglmüller*, NZA 2015, 1025, 1027; *Hanau*, NJW 2016, 2613, 2615.
[85] Vgl. zu Informationspflichten gegenüber dem Betriebsrat auch *Wisskirchen/Schiller/Schwindling*, BB 2017, 2105, 2108; *Schipp*, ArbRB 2016, 177, 179.

Arbeitgebers sein. Außerdem kann das Gericht Rückschlüsse aus individualrechtlichen Maßnahmen wie Kündigungen ziehen, wenn der Arbeitgeber nur mittels der technischen Einrichtung von dem der Kündigung zugrundeliegenden Verhalten des Arbeitnehmers erfahren konnte. Ansonsten bleibt dem Gericht lediglich die Überprüfung der Aussagen des Arbeitgebers auf deren Glaubwürdigkeit. Ein solches Beweisproblem ist einem subjektiven Tatbestandsmerkmal jedoch immanent – man denke an die Feststellung des Vorsatzes im Strafrecht.[86]

Ein Restrisiko bleibt dahingehend bestehen, dass das Gericht nicht sicher feststellen kann, ob eine Überwachungsabsicht besteht. Zu wessen Lasten soll dieses Risiko gehen? Auch im Beschlussverfahren gelten die Grundsätze der objektiven Beweislast.[87] Zweifel am Bestehen der Verwendungsabsicht gehen bei einem non liquet zulasten der Partei, die von ihrem Vorliegen begünstigt würde.[88] Das wäre in diesem Fall der Betriebsrat, sodass kein Mitbestimmungsrecht bestehen würde. Dieses Ergebnis ist aber nicht sachgerecht. Es ist der Arbeitgeber, der die technische Einrichtung einsetzt und damit die abstrakte Möglichkeit zur Überwachung schafft. Der einzelne Arbeitnehmer wird regelmäßig keinen Einblick haben, ob über ihn aufgezeichnete Daten auch ausgewertet werden. Die Ungewissheit über die Auswertung durch den Arbeitgeber wird noch gerichtlich bestätigt, indem es selbst dem Gericht nicht gelingt, eine Überwachungsabsicht auszuschließen. Kann der Arbeitnehmer aber nicht sicher ausschließen, dass eine technische Überwachung stattfindet, dann wird ihn schon diese Ungewissheit in seiner freien Persönlichkeitsentfaltung beeinträchtigen. Es folgt daher aus dem Zweck des § 87 I Nr. 6 BetrVG, dass ein Mitbestimmungsrecht nur dann nicht bestehen sollte, wenn eine Überwachungsabsicht sicher nicht besteht. Aus diesem Grund ist eine Umkehr der objektiven Beweislast angebracht. Zweifel des Gerichts an der Verwendungsabsicht sollten zulasten des Arbeitgebers gehen. Seine Überwachungsabsicht würde vermutet und ein Mitbestimmungsrecht bejaht werden.

3. Neuformulierung des § 87 I Nr. 6 BetrVG

Zur Umsetzung des vorgetragenen Lösungsvorschlags ist eine Gesetzesänderung nicht erforderlich. Die Beschränkung der Mitbestimmung auf seinen historischen Zweck folgt schon aus der Gesetzesbegründung, die zur Auslegung der Norm ohnehin herangezogen werden muss. Auch das Abstellen auf die subjektive Verwendungsabsicht ist mit dem Wortlaut „bestimmt" vereinbar. Um dem BAG aber endgültig die Grundlage für ausufernde Beschlüsse wie im Facebook-Fall zu entziehen, empfiehlt sich eine Klarstellung im Wortlaut. § 87 I Nr. 6 BetrVG könnte demnach wie folgt lauten:

§ 87 (1) Der Betriebsrat hat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, in folgenden Angelegenheiten mitzubestimmen: […]

6. Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen zur Überwachung des Verhaltens oder der Leistung der Arbeitnehmer, die aufgrund technischer Besonderheiten eine über die menschliche Überwachung hinausgehende Gefahr für den persönlichen Bereich der Arbeitnehmer erzeugen, es sei denn der Arbeitgeber beabsichtigt deren Verwendung ausschließlich zu anderen als zu Überwachungszwecken.

Der eingeschobene Nebensatz stellt den Zweck der Mitbestimmung klar und beschränkt das Mitbestimmungsrecht auf technische Einrichtungen mit eigenständiger Kontrollwirkung. Die „es sei denn"-Konstellation dient einer Umkehr der objektiven Beweislast, sodass gerichtliche Zweifel bei der Verwendungsabsicht zulasten des Arbeitgebers gehen.

E. Praxishinweis: Abschluss einer Rahmenbetriebsvereinbarung

Die Reformvorschläge dürften beim BAG und beim Gesetzgeber aber auf taube Ohren treffen.[89] Sie wurden zum Teil schon vor dem Facebook-Beschluss vorgebracht, in dem das BAG dennoch an der extensiven Auslegung des § 87 I Nr. 6 BetrVG festgehalten hat. Auch der Gesetzgeber hat bei einer Reform des Betriebsverfassungsgesetzes im Jahr 2001 das Mitbestimmungsrecht aus § 87 I Nr. 6 BetrVG unverändert gelassen.[90]

Arbeitgeber und Betriebsrat müssen einen Weg finden, wie sie auf Grundlage der jetzigen Rechtsprechung kooperativ und vertrauensvoll zusammenarbeiten können. In Zeiten der Digitalisierung werden angesichts der weiten Auslegung nahezu täglich mitbestimmungspflichtige Themen auf der Tagesordnung eines Betriebes stehen. Der Abschluss einer aufwendigen Betriebsvereinbarung für jede einzelne technische Einrichtung ist dabei umständlich und zeitaufwendig. Empfehlenswert ist daher der Abschluss einer freiwilligen Rahmenbetriebsvereinbarung, die allgemeine für den Technikeinsatz geltende Grundregeln enthält (z.B. hinsichtlich Art und Umfang der Datenerhebung und -verarbeitung, dem Kreis der Zugriffsberechtigten und der Speicherdauer).[91] Bei der Einführung und Veränderung technischer Geräte müssen dann nur noch die Fragen verhandelt werden, die in der Rahmenbetriebsvereinbarung nicht adressiert sind.

F. Fazit

Die Auslegung des Mitbestimmungsrechts aus § 87 I Nr. 6 BetrVG ist ein Balanceakt zwischen dem Persönlichkeitsschutz der Arbeitnehmer und dem Arbeitgeberinteresse an der Verwendung technischer Einrichtungen. Das BAG steht insoweit auf der Seite der Arbeitnehmer. In Zeiten, in denen Produktographen als innovativ galten, hat es die Grundsteine für eine weite Auslegung des Mitbestimmungsrechts geschaffen. Dass die in den 1980er Jahren aufgestellten Grundsätze in einem Gebiet, das durch

[86] Vgl. auch *Jacobs/Frieling*, JZ 2017, 961, 964.
[87] *Greiner*, in: Grunsky/Waas/Benecke/Greiner, Kommentar zum ArbGG[8], 2014, § 83 Rn. 13.
[88] *Koch*, in: ErfK (Fn. 26), § 83 Rn. 5.
[89] Vgl. *Kort*, RdA 2018, 24, 31 f.; *Schreiner*, DB 2017, 2361.
[90] Zu den damaligen Änderungen des BetrVG: *Berkowsky*, NZI 2001, 529, 529 f.
[91] *Schulze/Pfeffer*, ArbRAktuell 2017, 358; *Wisskirchen/Schiller/Schwindling*, BB 2017, 2105, 2108 f.; *Klebe*, NZA-Beilage 2017, 77, 82; *Polzer*, in: FS Hoyningen-Huene, 2014, S. 363, 371.

technische Innovationen geprägt ist, nicht mehr sachgerecht sind, liegt eigentlich auf der Hand. Dennoch hält das BAG an seiner Rechtsprechung fest. In der Praxis führt die BAG-Rechtsprechung dazu, dass mitbestimmungspflichtige technische Themen nahezu täglich auf der Tagesordnung stehen.

Wünschenswert wäre eine Reform des § 87 I Nr. 6 BetrVG, die wieder zum ursprünglichen Zweck der Mitbestimmung zurückkehrt und das Mitbestimmungsrecht von einer tatsächlich bestehenden Überwachungsabsicht abhängig macht.Mit einer solchen Reform ist in absehbarer Zeit aber nicht zu rechnen. Arbeitgebern und Betriebsräten bleibt daher nichts anderes übrig, als kooperativ zusammenzuarbeiten. Dafür bietet sich der Abschluss einer Technik-Rahmenbetriebsvereinbarung an. Keine ideale Lösung für den Umgang mit dem Mitbestimmungsrecht aus § 87 I Nr. 6 BetrVG – aber wohl doch eine realistische!

Antonio Mamerow, LL.B.*

Tarifvertrag und Kartellrecht

A. Einleitung

I. Relevanz

Als im Jahr 1965 in Baden-Württemberg der Manteltarifvertrag des Landesverbandes des Hotel- und Gaststättengewerbes in Kraft trat, entzog sich der Grenzbereich zwischen Tarif- und Kartellrecht noch weitestgehend dem Interesse der juristischen Fachwelt. Der Tarifvertrag sah vor, dass zur Bezahlung des Servicepersonals seitens der Hotel- und Gaststättenbetreiber ein prozentualer Bedienungsaufschlag auf die Verkaufspreise erhoben werden musste.[1] Diese vorgegebene Kalkulation der Verkaufspreise verstieß als unzulässige Beschränkung des Preiswettbewerbs gegen § 1 GWB.[2] Weil die Bestimmung zugleich nicht durch § 1 I TVG gedeckt und damit auch nicht arbeitsrechtlicher Natur war, war die Anwendbarkeit der wettbewerbsrechtlichen Regelungen zu bejahen.[3]

Dennoch war der Fall Grundlage für eine intensive Diskussion über das Verhältnis des Wettbewerbsrechts zum kollektiven Arbeitsrecht im Allgemeinen und die Anwendbarkeit des Kartellrechts auf Tarifverträge im Besonderen.

Auch mehr als 50 Jahre später ist der Themenkomplex „Tarifvertrag und Kartellrecht" noch immer hochaktuell. Ende 2016 gab es in Deutschland etwa 73.000 gültige Tarifverträge, 5.300 mehr als im Vorjahr.[4] Die Bedeutung des Tarifvertrages als Regelungsinstrument ist nach wie vor immens, neben dem Arbeitsvertrag ist er die bedeutendste Rechtsquelle des deutschen Arbeitsrechts.[5]

II. Problemstellung

Grundsätzlich stehen das Tarifvertragsrecht und das Kartellrecht gleichrangig nebeneinander. Während das Tarifvertragsrecht seinem Zweck nach die Bedingungen auf dem Arbeitsmarkt regelt und auf den zweipoligen Interessenkonflikt zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern zugeschnitten ist, schützt das Kartellrecht die Interessenautonomie der Wettbewerber auf den Waren- und Dienstleistungsmärkten.[6] Die horizontale Zusammenarbeit konkurrierender Marktteilnehmer in Form von Tarifvertragsabschlüssen wirkt unter Umständen nicht nur auf dem Arbeitsmarkt, sondern auch auf den nachgelagerten Waren- und Dienstleistungsmärkten.[7] Daraus können sich insofern Zielkonflikte ergeben, als dass eine tarifvertragliche Koordinierung zwischen den Marktteilnehmern zwar einerseits den Ordnungsprinzipien des Arbeitsmarktes entspricht, andererseits jedoch den Wettbewerb beschränkt.[8]

Es stellt sich die Frage: Unter welchen Umständen unterliegen Tarifverträge als Kartellvereinbarungen dem Kartellverberbot des Art. 101 AEUV[9]?

B. Kollektive Arbeitsrechtsordnung im Lichte des Kartellrechts

I. Tarifvertrag als Kartellvertrag

Tarifverträge legen den Mindestinhalt von Arbeitsbedingungen fest und verringern damit zum einen die Bedeutung der Lohnkosten als Wettbewerbsfaktor und verhindern zum anderen einen Unterbietungswettbewerb zwischen den Arbeitnehmern. Dem Wettbewerb zugänglich bleiben aufgrund des in § 4 III TVG kodifizierten Günstigkeitsprinzips lediglich übertarifliche Arbeitsbedingungen. Tarifverträgen kommt somit eine faktische Kartellwirkung zu, weil sie den Wettbewerb unterhalb der tariflichen Mindestarbeitsbedingungen ausschließen.[10]

II. Waren- und Dienstleistungsmärkte

Auf den Waren- und Dienstleistungsmärkten gilt im Grundsatz das Prinzip des Wettbewerbs.[11] Für die Errichtung eines unionsweiten Binnenmarktes und damit für die europäische Integration essentiell sind zudem die Grundsätze des freien Warenverkehrs und der Handelsfreiheit.[12]

Ziel ist die Sicherstellung eines unverfälschten Wettbewerbs (vgl. Art. 3 III, Art. 51 EUV i.V.m. Protokoll Nr. 27, Art. 101 ff., Art. 119). Dem Kartellrecht kommt dabei eine Schutzfunktion hinsichtlich der Interessenautonomie aller Marktteilnehmer zu.[13]

III. Besonderheiten des Arbeitsmarktes

Einer der entscheidenden Unterschiede, der eine Sonderbehandlung des Arbeitsmarktes gegenüber anderen Märkten rechtfertigt, liegt in der Besonderheit der menschlichen Arbeitskraft. Bereits *Marx* bezeichnete die Arbeitskraft als „eigentümliche Ware".[14] Die „unlösbare Verbindung der Arbeit und ihres Verkäufers" unterscheidet sie von allen

---

* Der Autor ist Student der Bucerius Law School, Hamburg.

1 *Nacken*, WuW 1988, 475, 482.

2 *Wallwitz*, Tarifverträge und die Wettbewerbsordnung des EG-Vertrages, 1997, S. 21.

3 *Schoch*, BB 1965, 477; *Nacken*, WuW 1988, 475, 482.

4 Statistisches Taschenbuch Tarifpolitik 2017, Nr. 1.3.

5 *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht[17], 2018, § 8 Rn. 500.

6 *Mohr/Wolf*, JZ 2011, 1091.

7 *Säcker/Mohr*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht (MüKo-EU-WettbewerbsR)[2], Bd. 1, 2015,Einl. Rn. 1433.

8 *Mohr/Wolf*, JZ 2011, 1091, 1092.

9 Alle folgenden Artikel ohne nähere Bezeichnung sind solche des AEUV.

10 *Henssler*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar[8], 2018, TVG § 5 Rn. 3; *Richardi*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 1968, S. 179.

11 *Mühlbach*, Tarifverträge in der europäischen Kartellkontrolle, 2007, S. 42-43; *Kordel*, Arbeitsmarkt und Europäisches Kartellrecht, 2004, S. 10.

12 *Wallwitz* (Fn. 2), S. 76.

13 *Mohr/Wolf*, JZ 2011, 1091.

14 *Marx*, Marx-Engels-Werke 23, Das Kapital, Bd. I, 1968, S. 183.

anderen Waren.[15]

Die „Ware" Arbeitskraft kann durch den Arbeitnehmer nur beschränkt flexibel und innerhalb bestimmter Schranken angeboten werden. Als Maximalschranken sind zum einen die physische Schranke der Erschöpfung und zum anderen rechtliche Schranken etwa in Form von Arbeitszeitgesetzen zu nennen.[16] Die Minimalschranke der Angebotsmenge des Arbeitnehmers ergibt sich aus der Notwendigkeit einer wirtschaftlichen Existenzgrundlage, die erst durch Lohnarbeit gesichert wird. Es ist das typische „Angewiesensein" auf den Arbeitslohn, was zu einer Anomalie im Marktverhalten des Anbieters von Arbeitskraft führt.[17]

Die Anomalie liegt darin, dass ein Arbeitnehmer auf die Senkung seines Stundenlohns mit einer Erhöhung seines Arbeitsangebotes reagieren müsste und damit genau umgekehrt, wie das Güterangebot auf dem Gütermarkt auf eine Preissenkung reagieren würde, nämlich mit einer Verknappung des Angebotes (sog. Konkurrenzparadoxon).[18]

Zudem rechtfertigt das strukturelle Machtungleichgewicht zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine Sonderbehandlung.[19]

IV. Ordnungspolitisches Konfliktfeld

Sowohl das Arbeitsrecht als auch das Kartellrecht verfolgen das Ziel, einen fairen und missbrauchsfreien „privatautonomen Interessenausgleich der Rechtssubjekte" zu ermöglichen.[20] Da der Arbeitsmarkt im Gegensatz zu Waren- und Dienstleistungsmärkten jedoch durch ein strukturelles Machtungleichgewicht geprägt ist, sind andere Mittel erforderlich, um dieses Ziel zu erreichen.

Auf dem Arbeitsmarkt führen Vertragsfreiheit und freier Wettbewerb nicht zu sozialverträglichen Ergebnissen.[21] Insofern ist der Arbeitsmarkt als Gegenmodell zu dem durch das Wettbewerbsprinzip geprägten Waren- und Dienstleistungsmarkt zu verstehen; es gilt stattdessen das Gegenmachtprinzip.[22]

Während die kartellierende Wirkung des Tarifvertrages gerade die Marktmacht des Arbeitgebers begrenzt, verstärken Kartelle auf dem Waren- und Dienstleistungsmarkt die Marktmacht einzelner Akteure.[23]

C. Kartellverbot des Art. 101 AEUV

Die gegensätzlichen Ordnungsprinzipien auf dem Waren- und Dienstleistungsmarkt gegenüber dem Arbeitsmarkt werfen die Frage auf, ob der Arbeitsmarkt einen Ausnahmebereich darstellt und Tarifverträge der Anwendung wettbewerbsrechtlicher Regelungen gänzlich entzogen sind.

I. Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln des AEUV auf Tarifverträge

1. Bereichsausnahme für arbeitsrechtliche Kollektivverträge

Eine geschriebene Bereichsausnahme, die arbeitsrechtliche Kollektivverträge der Kartellkontrolle des Art. 101 I entziehen würde, existiert nicht. Gegen eine vollumfängliche kartellrechtliche Kontrolle sprechen jedoch unionsrechtlich kodifizierte Grundrechte und die sozialpolitischen Ziele der Union.

a) Arbeitsrechtliche Kollektivverträge im Schutze des Unionsrechts

Arbeitsrechtliche Kollektivverträge[24] und -maßnahmen werden in verschiedenen Quellen des Unionsrechts in unterschiedlicher Ausprägung aufgegriffen.

aa) Grundrecht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen

(1) Charta der Grundrechte der EU

Nach Art. 28 der GRCh haben Arbeitnehmer und Arbeitgeber das Recht, Tarifverträge auszuhandeln und zu schließen. Der Artikel sichert ein freiheitliches Tarifvertrags- und Arbeitskampfsystem und ist damit ein essentieller Bestandteil der Koalitionsfreiheit und Grundlage eines autonom organisierten Arbeitslebens.[25] Ferner erkennt er Kollektivverhandlungen und kollektive Maßnahmen an und erhebt sie zu einem eigenständigen Recht.[26]

(2) Europäische Menschenrechtskonvention

Auch der EGMR sieht ein Recht auf Kollektivverhandlungen mit dem Ziel, Tarifverträge abzuschließen, als garantiert an. Unter Einbeziehung der IAO-Konventionen Nr. 87, 98 und 151, dem Art. 28 GRCh und der arbeitsrechtlichen Praxis der Mitgliedstaaten hat er das Recht auf Kollektivverhandlungen als integralen Bestandteil der Koalitionsfreiheit des Art. 11 EMRK anerkannt.[27]

bb) Sozialpolitik in der Union

(1) Begriff

Der Begriff der „Sozialpolitik" findet sich als Überschrift des Titel X., wird im AEUV jedoch nicht näher definiert. Aus der Gesamtschau der Artikel unter diesem Titel ergibt sich, dass Sozialpolitik i.S.d. Unionsrechts das Arbeits- und Sozialrecht umfasst.[28]

---

15 *Brentano*, Die Arbeitergilden der Gegenwart, Bd. II, 1871, S. 6.
16 *Viol*, Die Anwendbarkeit des Europäischen Kartellrechts auf Tarifverträge, 2005, S. 67.
17 *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 91.
18 *Dorndorf*, in: FS Gnade, 1992, S. 39, 41.
19 *Mohr/Wolf*, JZ 2011, 1091.
20 *Richardi* (Fn. 10), S. 115.
21 *Roth*, Tarifverträge aus kartellrechtlicher Sicht, 1990, S. 10.
22 *Rieble* (Fn. 17), Rn. 114.
23 *Böhm*, Kartelle und Koalitionsfreiheit, 1933, S. 32; *Rieble* (Fn. 17), Rn. 635.

24 Der Begriff „Tarifvertrag" wird vom EuGH nicht verwendet.
25 *Jarass*, in: Jarass (Hrsg.), GRCh, Kommentar[3], 2016, Art. 28 Rn. 2; *Holoubek*, in: Schwarze/Becker/Hatje (Hrsg.), EU-Kommentar[4], 2018, GrCh Art. 28 Rn. 11.
26 *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht[2], 2018, GRCh Art. 28 Rn. 2.
27 EGMR, Nr. 34503/97 – *Demir und Baykara/Türkei*, Rn. 147, 148.
28 *Krebber*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zum EUV/AEUV[5], 2016, AEUV Art. 151 Rn. 1.

(2) Verankerung im AEUV

In Art. 151 werden die „Förderung der Beschäftigung, die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen" sowie ein angemessener „sozialer Schutz" und „sozialer Dialog" als sozialpolitische Ziele der Union definiert. Im Hinblick auf die Erreichung der Ziele des Art. 151 fördert die Kommission nach Art. 156 die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten.

Gemäß Art. 153 I unterstützt und ergänzt die Union die Tätigkeit der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Arbeitsbedingungen (lit. b), der sozialen Sicherheit, dem sozialen Schutz der Arbeitnehmer (lit. c) sowie der Vertretung und kollektiven Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen (lit. f).

cc) Schlussfolgerung

Unabhängig von der rechtlichen Verbindlichkeit der genannten Regelungen und der Frage, ob die Union gem. Art. 153 I lit. e eine Regelungsbefugnis für das Tarifrecht hat, zeigen die in Art. 151 ff. festgelegten sozialpolitischen Ziele sowie die Regelungen in EMRK und GRCh, dass die Union dem Recht auf Kollektivverhandlungen und -verträge eine übergeordnete Bedeutung beimisst.

Laut Art. 152 I erkennt die Union den sozialen Dialog an und achtet dabei die Autonomie der Sozialpartner. Die Kommission bezeichnet den sozialen Dialog als „Determinante für erfolgreiche wirtschaftliche und soziale Reformen".[29]

Das Recht auf Kollektivverhandlungen drohe erheblich eingeschränkt zu werden, wenn man ihr Ergebnis in Form eines Tarifvertrages der vollen kartellrechtlichen Kontrolle zugänglich machen würde. Darin wäre ein Wertungswiderspruch zu dem Grundrecht auf Kollektivverhandlungen und -maßnahmen nach Art. 28 GRCh sowie der Anerkennung und Förderung der Sozialpartnerschaft nach Art. 151 ff. zu sehen. Der Tarifvertrag steht gerade im Dienste der sozialpolitischen Ziele der Union und ist daher von der Kartellkontrolle in Form einer umfassenden Bereichsausnahme freizustellen.

b) Keine unbegrenzte Kartellrechtsimmunität

Wie der EuGH in der *Albany*-Entscheidung zutreffend erkannt hat, sind „mit Tarifverträgen zwischen Organisationen, die die Arbeitgeber und die Arbeitnehmer vertreten, zwangsläufig den Wettbewerb beschränkende Wirkungen verbunden".[30]

Die effektive Durchsetzung der unionsrechtlichen Kartellverbote würde konterkariert, wenn jeder arbeitsrechtliche Kollektivvertrag unabhängig von seinem Inhalt und der Konstitution der vertragsschließenden Sozialpartner einer kartellrechtlichen Kontrolle entzogen wäre.[31] Zu klären ist, welche zusätzlichen Voraussetzungen an einen Tarifvertrag zu stellen sind, damit dieser von der Bereichsausnahme erfasst ist.

[29] Kommission, Mitteilung KOM(2002), 341 endg., S. 4.
[30] EuGH, Rs. C-67/96 – *Albany*, Slg. 1999, I-5751, Rn. 59-60.
[31] *Latzel/Serr*, EuZW 2014, 410, 412; *Mohr/Wolf*, JZ 2011, 1091, 1093.

2. Voraussetzungen der Bereichsausnahme

a) Personelle Voraussetzungen

Der EuGH verlangt, dass die Vereinbarung in Anlehnung an die Art. 152 ff. von „Sozialpartnern" geschlossen worden ist. Dabei muss es sich um Organisationen handeln, die Arbeitgeber oder Arbeitnehmer vertreten.[32] Die Union hat nach Art. 153 V jedoch keine Kompetenz für das Koalitionsrecht und damit auch nicht für eine verbindliche Festlegung von Kriterien für die Anerkennung von Organisationen als Sozialpartner.[33]

Daher ist der Begriff „Sozialpartner" in Rückverweisung auf das jeweilige mitgliedschaftliche Recht zu bestimmen.[34]

Diese Auffassung steht im Einklang dem Regelungsvorbehalt des Art. 28 GRCh, der die konkrete Ausgestaltung des Regelungsgegenstandes „den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten" überlässt.[35]

Da es in der vom EuGH entwickelten Bereichsausnahme lediglich um „Organisationen die Arbeitgeber und Arbeitnehmer vertreten",[36] geht und nicht um konkrete tarifliche Auseinandersetzungen, ist im deutschen Recht der Begriff der Koalition gem. Art. 9 III GG maßgeblich. Mithin sind Koalitionen nach Art. 9 III GG taugliche Sozialpartner i.S.d. Bereichsausnahme.

b) Formelle Voraussetzungen

Der EuGH fordert, dass die Vereinbarung „das Ergebnis einer Tarifverhandlung" und demnach „durch den Dialog" der Sozialpartner zustande gekommen ist.[37] Ferner muss die Vereinbarung „in Form eines Tarifvertrags abgeschlossen worden" sein.[38]

Der Begriff „Tarifvertrag" darf nicht streng i.S.d. § 1 I TVG verstanden werden, denn er ist nur in der deutschen Fassung des Urteils zu finden. In der niederländischen Verfahrensfassung ist von *„collectieve overeenkomst"* die Rede; in der englischen von *„collective agreement"*.[39] Der Begriff „Tarifvertrag" ist durch das jeweilige mitgliedstaatliche Recht geprägt und somit nicht einheitlich zu bestimmen. Es ist eine Auslegung geboten, die an den weiteren Terminus „Kollektivvertrag" angelehnt ist.[40] Um Wertungswidersprüche zu vermeiden, muss diese im Gleichlauf mit dem Begriff der „Sozialpartner" nach Maßstab des Art. 9 III GG erfolgen.

Von der Bereichsausnahme umfasst sind folglich sämtliche Kollektivverträge, die vom Schutzbereich der Koalitionsfreiheit umfasst sind.[41]

[32] EuGH, *Albany* (Fn. 30), Rn. 59.
[33] *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 574.
[34] *Ackermann*, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Kartellrecht und Arbeitsmarkt, 2010, S. 33; *Serr*, Privative Tariftreue, 2013, S. 88.
[35] *Sagan*, in: Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht[1], 2015, S. 112-114; *Herresthal*, EuZA 2011, 3, 16.
[36] EuGH, *Albany* (Fn. 30), Rn. 62.
[37] EuGH, *Albany* (Fn. 30), Rn. 60.
[38] EuGH, *Albany* (Fn. 30), Rn. 62.
[39] EuGH, *Albany* (Fn. 30), Rn. 59.
[40] *Mühlbach* (Fn. 11), S. 109-114.
[41] *Höpfner* (Fn. 33), S. 579.

c) Materielle Voraussetzungen

Der EuGH begründet die Bereichsausnahme für Tarifverträge damit, dass die Erreichung der sozialpolitischen Ziele der Union gefährdet wäre, wenn für die Sozialpartner bei der gemeinsamen Suche nach Maßnahmen zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen Art. 101 I gelten würde.[42] Aus einer „sachgerechten und zusammenhängenden Auslegung der Bestimmungen des Vertrages" ergäbe sich daher, dass die „im Hinblick auf diese Ziele geschlossenen Verträge aufgrund ihrer Art und ihres Gegenstands nicht unter Art. 101 I des Vertrages fallen".[43]

Die im Hinblick auf diese Ziele geschlossenen Verträge erfüllen jedenfalls dann die Voraussetzungen der Bereichsausnahme, wenn sie „unmittelbar zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen" beitragen.[44] Ein Anhaltspunkt für eine Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen ist, dass die Vereinbarung „die Ausgaben verringert, die ohne den Tarifvertrag von den Arbeitnehmern zu tragen gewesen wäre".[45]

Dieser rein auf die Vermögenslage der Arbeitnehmer abstellende Ansatz wird im Folgenden weiter konkretisiert. Er könnte dahingehend fortzuentwickeln sein, dass solche Vereinbarungen die Voraussetzungen der Bereichsausnahme erfüllen, die eine kausale Verbesserung der Vermögensposition des Arbeitnehmers herbeiführen und in einem sachlichen Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen.[46]

Vorzug dieser Variante ist, dass sie auf die faktisch feststellbare Vermögenslage abstellt und so eine trennscharfe Abgrenzung ermöglicht. Dennoch kann sie nicht überzeugen. Es kann nicht darauf ankommen, ob der Tarifvertrag die Arbeitsbedingungen tatsächlich verbessert oder nicht. Würde man eine tatsächliche Verbesserung fordern, käme das einer Effektivitätskontrolle von tarifvertraglichen Regelungen und damit einer Art „Tarifzensur" im Sinne einer unverhältnismäßigen Rechtskontrolle gleich.[47] Bei Tarifklauseln, die nicht unmittelbar das Arbeitsentgelt regeln, ist eine solche Beurteilung zudem kaum zu leisten. Der EuGH fordert in seiner Rechtsprechung lediglich, dass die Tarifverträge „im Hinblick auf [die sozialpolitischen Ziele der Union]" geschlossen wurden.[48] Die Formulierung deutet darauf hin, dass der EuGH gerade keine faktische Verbesserung der Vermögensposition der Arbeitnehmer fordert. Auch eine Vereinbarung, die nicht nachweislich die Vermögensposition der Arbeitnehmer verbessert, kann „im Hinblick" auf die sozialpolitischen Ziele der Union geschlossen worden sein. Die Beurteilung der Effektivität von Tarifvertragsklauseln durch Gerichte ist eine Missachtung der demokratischen und repräsentativen Funktion autonomer Tarifverhandlungen und muss einzig den vertragsschließenden Sozialpartnern vorbehalten bleiben.[49] Eine tatsächliche materielle Verbesserung der Vermögensposition ist mithin unerheblich für die Anwendbarkeit der Bereichsausnahme.

Ferner dürfen nicht nur solche Vereinbarungen von der Bereichsausnahme erfasst werden, die im Hinblick auf die Verbesserung der Vermögensposition der Arbeitnehmer geschlossen wurden. Die Art. 151 ff. bezwecken einen umfassenden sozialen Schutz,[50] der sich nicht nur auf die materielle Vermögenslage der Arbeitnehmer bezieht.

Aus dem Ausschluss des Arbeitsentgelts in Art. 153 V ergibt sich, dass mit „Verbesserung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen" i.S.d. EuGH-Rechtsprechung in erster Linie Arbeitsbedingungen jenseits der Vergütung gemeint sind.[51] Folglich erfüllen im Grundsatz solche Vereinbarungen die materiellen Voraussetzungen der Bereichsausnahme, die im Hinblick auf die sozialpolitischen Ziele der Union abgeschlossen wurden und demnach auf eine irgendwie geartete Verbesserung der Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer abzielen.

d) Zwischenergebnis

Eine tarifvertragliche Vereinbarung erfüllt im Grundsatz die Voraussetzungen der Bereichsausnahme, wenn sie „durch den Dialog zwischen den Sozialpartnern zustande gekommen", „in Form eines Tarifvertrags abgeschlossen worden" und „das Ergebnis einer Tarifverhandlung zwischen den Organisationen, die Arbeitgeber und Arbeitnehmer vertreten" ist.[52]

3. Einschränkungen

Fraglich ist, wie sich die bisherige Rechtsprechung des EuGH zu Tarifverträgen verhält, die Regelungen mit Doppelwirkung enthalten. Zu diesen ist bisher keine Entscheidung ergangen.

Es ist demnach zu klären, ob sich die oben dargestellte und fortentwickelte Bereichsausnahme auch auf solche Vereinbarungen anwenden lässt.

a) Tarifvertragsregelungen mit Doppelwirkung

Im Fokus der Problematik stehen Tarifvereinbarungen mit Doppelwirkung. Gemeint sind Kollektivvereinbarungen, die zwar unmittelbar auf eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen abzielen und sich auf den Arbeitsmarkt beziehen, jedoch zugleich auf die Waren- und Dienstleistungsmärkte übergreifen.[53]

Zum Umgang mit Tarifvereinbarungen mit Doppelwirkung existieren zahlreiche Lösungsansätze, von denen an dieser Stelle nur wenige behandelt werden können.

aa) Funktionale Abwägung der Interessen

Nach einem Ansatz ist der Zielkonflikt bei Tarifvereinbarungen mit Doppelwirkung durch eine Abwägung der kollidierenden Belange zu lösen. Die wesentlichen Funktionsbedingungen des Arbeitsmarktes und des Waren- und Dienstleistungsmarktes sind aufeinander abzustimmen.[54]

---

42 EuGH, *Albany* (Fn. 30), Rn. 59.
43 EuGH, *Albany* (Fn. 30), Rn. 60.
44 EuGH, verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 – *Brentjens*, Slg. 1999, I-6025, Rn. 56, 60.
45 EuGH, Rs. C-222/98 – *van der Woude*, Slg. 2000, I-7111, Rn. 25.
46 *Höpfner* (Fn. 33), S. 580.
47 *Latzel/Serr*, EuZW 2014, 410, 415.
48 EuGH, *Albany* (Fn. 30), Rn. 60.
49 *Latzel/Serr*, EuZW 2014, 410, 415; *Kamanabrou*, EuZA 2010, 157, 163.
50 *Krebber*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 28), AEUV Art. 151 Rn. 1.
51 *Krebber*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 28), AEUV Art. 153 Rn. 25.
52 EuGH, *Albany* (Fn. 30), Rn. 62.
53 *Säcker/Mohr*, in: MüKo-EU-WettbewerbsR (Fn. 7), Einl. Rn. 1440.
54 *Mohr/Wolf*, JZ 2011, 1091, 1098-1101.

Nur so sei es möglich, sowohl den sozialpolitischen Zielen der Art. 151 ff. und dem Recht auf Kollektivverhandlungen und -verträge einerseits als auch der unternehmerischen Freiheit (Art. 16 GRCh) und den Zielen des Wettbewerbsrecht andererseits Rechnung zu tragen.[55]

Auch Generalanwalt *Jacobs* sprach sich in seinen Schlussanträgen zur *Albany*-Entscheidung für eine Abwägung aus. Danach sollen Vereinbarungen, die nicht nur den „Kernbereich von Tarifverhandlungen" – wie Löhne und Arbeitsbedingungen – regeln, sondern darüber hinaus die „Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Dritten wie Kunden, Lieferanten, konkurrierenden Arbeitgebern oder Verbrauchern" berühren, einer kartellrechtlichen Kontrolle zugänglich sein. Die für eine kartellrechtliche Überprüfung dieser Vereinbarungen zuständige Instanz müsse die verschiedenen beteiligten Interessen „zum Ausgleich bringen".[56]

bb) Formal-gegenständliche Abgrenzung nach Unionsrecht

Andere plädieren für eine formal-gegenständliche Abgrenzung zwischen kartellfesten und kartellrechtlich überprüfbaren Vereinbarungen.[57] Nach der Rechtsprechung des EuGH muss die Vereinbarung das Ziel verfolgen, die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen zu verbessern.[58] Anknüpfend daran sollen alle Kollektivverträge, die zwischen den zuständigen Sozialpartnern im Rahmen eines Dialogs geschlossen wurden und sich auf unionsrechtlich anerkannte Ziele der Sozialpolitik beziehen, die sich dem Katalog des Art. 153 I lit. a bis i zuordnen lassen, unabhängig von Verhältnismäßigkeitserwägungen kartellrechtsfest sein.[59] Der Kompetenzkatalog des Art. 153 I sei der „Rahmen der unionsrechtlichen Kartelltarifmacht". Das Arbeitsentgelt bleibe – obwohl es nach Art. 153 V gerade nicht dem Kompetenzkatalog des Art. 153 I unterfällt – dennoch kartellfest. Dies sei jedoch kein Widerspruch, da das Arbeitsentgelt mit Rücksicht auf die nationalen Lohnfindungsmechanismen aus der Kompetenz der Union herausgenommen worden sei.[60]

cc) Verweis auf nationales Recht

Nach a.A. sind die Einschränkungen der Bereichsausnahme durch einen Rückgriff auf das jeweils anwendbare nationale Recht festzulegen. Verwiesen werde danach im Falle der Beurteilung eines deutschen Sachverhaltes auf die verfassungsrechtliche Gewährleistung von Kollektivverhandlungen und Kollektivabreden, die der „Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" (Art. 9 III GG) zuzuordnen sind.[61]

Der Verweis auf das nationale Recht führt dazu, dass die Reichweite des unionsrechtlichen Kartellverbotes je nach Mitgliedstaat variiert.

dd) Stellungnahme: die Bedeutung nationalen Rechts

Für eine funktionale Abwägung der widerstreitenden Interessen wird argumentiert, dass weder die Tarifautonomie noch der Wettbewerbsschutz vollends zurücktreten müsse.[62] Verkannt wird dabei, dass sich das Wettbewerbsprinzip des Waren- und Dienstleistungsmarktes und das Gegenmachtprinzip des Arbeitsmarktes diametral entgegenstehen. Es ist nicht möglich die beiden Prinzipien im Sinne einer praktischen Konkordanz miteinander zu vereinbaren.[63] Zudem geht dieser Ansatz mit einer nicht hinnehmbaren Rechtsunsicherheit für die am Tarifvertrag beteiligten Sozialpartner einher. Die Parteien werden kaum dazu in der Lage sein, *ex ante* zu erkennen, bei welchen Regelungen im Rahmen einer Abwägung die unternehmerische Freiheit oder der unverfälschte Wettbewerb überwiegen und bei welcher das Recht auf Kollektivverhandlungen und -verträge.[64] Eine funktionale Abwägung der widerstreitenden Interessen ist daher abzulehnen.

Für eine formal-gegenständliche Abgrenzung nach Unionsrecht spricht, dass sie sich am Kompetenzkatalog des Art. 153 I und damit an geschriebenem Recht orientiert. Eine Bestimmung der kartellfesten Regelungen eines Tarifvertrages wird rechtssicher anhand von objektiven Kriterien vorgenommen.

Dennoch kann diese Ansicht nicht überzeugen. Um die exakte Reichweite der Kollektivautonomie zu bestimmen, fehlt es an unionsrechtlichen Maßstäben.[65] Art. 153 I hat programmatischen Charakter und bewirkt keine vollständige Kompetenzübertragung auf die Union. Im ersten Absatz wird klargestellt, dass die Union die Mitgliedstaten auf den genannten Gebieten unterstützt und ihre Tätigkeiten ergänzt, die primäre Zuständigkeit verbleibt bei den Mitgliedstaaten.[66] Für die in Art. 153 V geregelten zentralen Elemente der Tarifpolitik fehlt der Union die Zuständigkeit.

Vielmehr sind die Zielkonflikte, die sich aus Tarifvertragsregelungen mit Doppelwirkung ergeben durch einen Verweis auf das nationale Recht aufzulösen. Wie auch bei der Bestimmung des Sozialpartnerbegriffs fehlt es auch an dieser Stelle an unionsrechtlichen Anknüpfungspunkten.

Auch Art. 28 GRCh verweist auf das nationale Recht. Daraus lässt sich schlussfolgern, dass sich die konkrete inhaltliche Ausgestaltung des kollektiven Arbeitsrechts an den „einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten" orientieren muss. Art. 28 GRCh gewährt zwar im Rahmen seines sachlichen Anwendungsbereichs ein Recht, der konkrete Inhalt dieser Gewährleistung ergibt sich hingegen erst durch einen Verweis auf das nationale Recht.[67] Dem liegt der Gedanke zu Grunde, dass die Tarifvertragssysteme unionsweit sehr unterschiedlich ausgestaltet sind.[68] Die für das deutsche kollektive Arbeitsrecht fundamentale Unterscheidung zwischen

[55] *Latzel/Serr*, EuZW 2014, 410, 414.
[56] *Jacobs*, Schlussanträge zu EuGH, *Albany* (Fn. 30), Rn. 193.
[57] *Latzel/Serr*, EuZW 2014, 410, 414.
[58] EuGH, *Albany* (Fn. 30), Rn. 59.
[59] *Ackermann* (Fn. 34), S. 32; *Latzel/Serr*, EuZW 2014, 410, 414.
[60] *Benecke*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, Kommentar[63], Bd. I, 2018, AEUV Art. 153 Rn. 103; *Latzel/Serr*, EuZW 2014, 410, 414.
[61] *Höpfner* (Fn. 33), S. 582.
[62] *Mohr/Wolf*, JZ 2011, 1091, 1098.
[63] *Ackermann* (Fn. 34), S. 33; *Rieble* (Fn. 17), Rn. 114.
[64] *Latzel/Serr*, EuZW 2014, 410, 414.
[65] *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit und zur Durchsetzung von Equal Pay[2], 2012, S. 110.
[66] *Krebber*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 28), AEUV Art. 153 Rn. 3.
[67] *Krebber*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 28), GRCh Art. 28 Rn. 3.
[68] *Bast/Rödl/Terhechte*, ZRP 2015, 230.

Tarifsystem und Betriebsverfassung ist bspw. der spanischen Rechtsordnung fremd.[69] Eine unionseinheitliche Regelung würde die Besonderheiten der Mitgliedstaaten nicht hinreichend berücksichtigen, was einen Rückgriff auf das mitgliedstaatliche Recht erforderlich macht.

b) Verweis auf Art. 9 III GG

Auch die Frage nach der kartellrechtlichen Überprüfbarkeit von Tarifvertragsregelungen mit Doppelwirkungen ist, aufbauend auf die Rechtsprechung des EuGH,[70] anhand der verfassungsrechtlichen Gewährleistung von Kollektivabreden im Bereich der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" (Art. 9 III GG) zu beantworten. Tarifvereinbarungen mit Doppelwirkung sind demnach immer dann von der Bereichsausnahme umfasst, wenn sie „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" fördern.

c) Auslegung des Art. 9 III GG

Um den Gewährleistungsumfang der Verfassungsbegriffe zu definieren ist der Wortlaut, die historische Entwicklung, der systematische Zusammenhang sowie der Telos des Art. 9 III GG zu analysieren. Dabei ist der Inhalt des Begriffspaares der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" durch Auslegung zu ermitteln.

aa) Wortlaut

Bei ausschließlicher Betrachtung des Wortlautes ist davon auszugehen, dass die Begriffspaare jeweils für sich eine sinnvolle Gesamtheit darstellen und sich gerade nicht als gegensätzliche Paare gegenüberstehen.[71]

Ferner spricht der Wortlaut gegen die weit verbreitete Ansicht, bei Art. 9 III GG handele es sich um ein neutral-offenes „liberales Formprinzip".[72] Hätte der Verfassungsgesetzgeber einen neutralen Begriff wählen wollen, hätte es wohl „Gestaltung" von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen geheißen.[73]

bb) Historie

Schon in Art. 159 WRV hieß es: „Die Vereinigungsfreiheit zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ist [...] gewährleistet." Der Parlamentarische Rat hat diese Formulierung ohne nähere Erörterungen in das Grundgesetz übernommen, was nahelegt, dass „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" ebenso zu verstehen sind, wie in der Zeit der Weimarer Republik.[74] Als „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" wurden in dieser Zeit die „sozialpolitischen Interessen in Bezug auf den sozialen Gegenspieler" verstanden.[75]

Dem ist jedoch entgegenzusetzen, dass eine Rückbesinnung auf die historische Entwicklung der Begriffe nicht dazu führen darf, die Bewältigung neuer sozialer Probleme zu versperren.[76]

Aufschlussreicher ist der historische Zusammenhang zwischen der Koalitionsfreiheit und der Entwicklung des Kollektivarbeitsrechts. Die Koalitionsfreiheit erfasst - ebenso wie das Kollektivarbeitsrecht - Arbeitnehmer und Arbeitgeber ausschließlich in ihren Rollen als Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Ihre Rollen als Wettbewerber auf dem Markt bleiben davon unberührt.[77] Aus dieser Bezugnahme auf das Arbeitsrecht lässt sich schließen, dass die Koalitions-freiheit kein Grundrecht des Wirtschaftsrechts, sondern ein Grundrecht des Arbeitsrechts ist.[78] Das Begriffspaar der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" bezieht sich demnach ausschließlich auf den Arbeitsmarkt.[79]

cc) Systematik

Zum Teil wird vertreten, es handele sich bei der Koalition nach Art. 9 III GG um einen Verein gem. Art. 9 I GG, der sich von diesem allein dadurch unterscheidet, dass er den Zweck hat, Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu fördern.[80] Danach wäre Art. 9 III GG ein Unterfall von Art. 9 I GG.

Die Ansicht ist mit Blick auf die zahlreichen wesentlichen Unterschiede der beiden Freiheiten abzulehnen. Während es sich bei der Koalitionsfreiheit um ein Menschenrecht mit besonderem sozialen Qualifikationsmerkmal handelt, ist die allgemeine Vereinigungsfreiheit ein Deutschengrundrecht.[81]

Ferner ist die Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 III 2 GG mit unmittelbarer Drittwirkung ausgestattet, während die allgemeine Vereinigungsfreiheit zunächst nur die in Art. 1 III GG genannten Träger öffentlicher Gewalt bindet.[82]

Mithin ist Art. 9 I GG lediglich ein Abwehrrecht, was in den Grenzen der allgemeinen Rechtsordnung gewährleistet wird. Art. 9 III GG ist zwar ebenfalls ein Abwehrrecht, jedoch ist es zuvorderst ein gesellschaftspolitisches Ordnungsprinzip, was der Befriedung des Arbeitslebens dient.[83] Die Koalitionsfreiheit überträgt die Verantwortung für die gesellschaftliche und wirtschaftliche Entwicklung zu einem nicht unwesentlichen Teil der Eigenverantwortung von Koalitionen.[84]

Ein restriktives Verständnis des Begriffspaars der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, nachdem lediglich die Wahrung und Förderung von „Lohn- und Arbeitsbedingungen" geschützt wäre, ist mithin ausgeschlossen.[85]

dd) Telos

Zweck von Koalitionen ist es, eine soziale und gerechte Regelung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen für ihre

---

69 *Junker*, RdA-Beil. 2009, 4, 10.
70 EuGH, *Albany* (Fn. 30).
71 *Söllner*, Das Begriffspaar der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in Art. 9 Abs. 3 GG, in: Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Band 16, 1979, S. 23.
72 *Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz: GG[8], 2018, Art. 9 Rn. 54.
73 *Hensche*, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath (Hrsg.), Handkommentar zum Arbeitsrecht[4], 2017, GG Art. 9 Rn. 25.
74 *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. 1, 1997, S. 219.
75 *Nipperdey*, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar, Bd. 3, 1930, S. 387.
76 S. auch BAG, NZA 1990, 886, 887.
77 *Söllner* (Fn. 71), S. 24.
78 *Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 1971, S. 46.
79 *Söllner* (Fn. 71), S. 24.
80 *Richardi* (Fn. 10), S. 79.
81 *Scholz*, in: Maunz/Düring (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar[85. EL], 2018, Art. 9 Rn. 174.
82 *Scholz*, in: Maunz/Düring (Fn. 81), Art. 9 Rn. 170-171.
83 *Gamillscheg* (Fn. 74), S. 152.
84 *Höfling*, in: Sachs (Fn. 72), Art. 9 Rn. 55; BVerfGE 50, 290, 367.
85 *Säcker*, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, 1969, S. 59.

Mitglieder zu erreichen.[86] Nachdem der Arbeitsmarkt zu Beginn der Industrialisierung kaum reguliert war und einer sozial unerträglichen und menschenverachtenden Ordnung folgte, hat der Verfassungsgesetzgeber erkannt, dass es funktionierende Gewerkschaften braucht. Auch die Erfahrungen der Unterdrückung von Gewerkschaftsbewegungen im Kaiserreich und besonders zur Zeit des Nationalsozialismus prägen den Zweck des Art. 9 III GG, die Bildung von Gewerkschaften (und Arbeitgeberverbänden) zu sichern.[87]

Aus dem Sozialstaatsbezug der Koalitionsfreiheit[88] folgt, dass Art. 9 III GG primär darauf abzielt, die Folgen des strukturellen Machtungleichgewichts zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern zu überwinden und dabei Raum für soziale Emanzipation zu schaffen.[89]

ee) Stellungnahme: Arbeitnehmerschutz im Fokus

Mithilfe der Auslegungskanones ist es möglich, den Begriff der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" näher zu beschreiben und seinen Gewährleistungsumfang zu erfassen.

Nach h.M. umfassen Arbeitsbedingungen alle Bedingungen, durch die die Leistung abhängiger Arbeit berührt wird, wie Lohnhöhe, Arbeitszeit, Urlaub und Arbeitsschutz.[90]

Wirtschaftsbedingungen sind die für Arbeitgeber und Arbeitnehmer bedeutsamen allgemeinen wirtschafts- und sozialpolitischen Verhältnisse.[91]

Die beiden genannten Definitionen erfassen zwar zahlreiche zentrale Aspekte, sind jedoch maßgeblich durch Kasuistik geprägt. Ferner bedienen sie sich einiger konkretisierungsbedürftigen Leerformeln („bedeutsame allgemeine wirtschafts- und sozialpolitische Verhältnisse").

Bezugspunkt des Art. 9 III GG und seiner zentralen Begriffe ist die unselbstständige und abhängige Arbeit. Die Koalitionsfreiheit ist Antwort auf die gesellschaftlichen Verhältnisse, in denen der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber strukturell in ökonomischer und sozialer Hinsicht unterlegen ist. Die individuelle Privatautonomie hat sich auf dem Arbeitsmarkt als untauglich erwiesen, Arbeitnehmern soziale und angemessene Lohn- und Beschäftigungsbedingungen zu sichern. Ohne die Koalitionsfreiheit würde die individuelle Vertragsfreiheit des Arbeitnehmers darauf reduziert, die ihm gestellten Arbeitsbedingungen zu akzeptieren oder von Arbeitslosigkeit bedroht zu werden – was in aller Regel berufliche Disqualifizierung, wirtschaftlichen Abstieg und gesellschaftliche Marginalisierung zur Folge hat. Insofern kann festgestellt werden, dass die Koalitionsfreiheit als Instrument zum Ausgleich des strukturellen Machtungleichgewichts und als Antwort auf das soziale Elend der frühen Industrialisierung zumindest in entstehungsgeschichtlicher Hinsicht ein Arbeitnehmergrundrecht ist.

Unter Berücksichtigung der genannten Argumente ist eine weite Auslegung des Begriffspaares der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" geboten. Eine Beantwortung der Frage der kartellrechtlichen Überprüfbarkeit von Tarifvereinbarungen mit Doppelwirkung lässt sich mit folgenden Thesen vornehmen:

1. Der Arbeitsmarktbezug der Koalitionsfreiheit verbietet es, dass Regelungen ohne jeglichen arbeitsrechtlichen Bezug, die ausschließlich grundlegende Unternehmensentscheidungen betreffen, die Kartellrechtsimmunität von Tarifverträgen genießen. Diese Beschränkung gilt für solche Regelungen, die derart mit der spezifischen wirtschaftlichen Situation des Unternehmens verbunden sind, dass sie aus fachlicher Hinsicht nur auf Unternehmensebene getroffen werden können.

2. Das heißt jedoch nicht, dass sämtliche Regelungen von der Bereichsausnahme ausgeklammert werden, die der unternehmerischen Sphäre zuzuordnen sind. Tarifvertragsregelungen dürfen die unternehmerischen Entscheidungsräume verkleinern. Regelungen, bei denen die Auswirkungen auf die unternehmerische Sphäre reflexartig eintreten oder unvermeidbar sind, um Arbeitnehmerinteressen durchzusetzen, müssen kontrollfest sein.

3. Der Begriffsinhalt der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" ist nicht statisch, sondern offen für zukünftige soziale und gesellschaftliche Entwicklungen. Gleichzeitig ist der historische Zweck der Koalitionsfreiheit bei Begriffsbestimmung zu berücksichtigen. Sie ist primär ein Instrument auf Seiten des Arbeitnehmers, mit dem Ziel der strukturellen Unterlegenheit gegenüber dem Arbeitgeber entgegenzuwirken.

4. Der Staat hat den Koalitionen weitgehende Verantwortung für die wirtschaftliche und gesellschaftliche Entwicklung übertragen und seine eigene Regulierungstätigkeit auf dem Arbeitsmarkt eingeschränkt. Daraus folgt, dass sich die Förderung der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" nicht bereits im Arbeitnehmerschutz im engeren Sinne erschöpft. Vielmehr umfasst die Koalitionsbetätigung die Gesamtheit der Bedingungen, die die Ordnung der (abhängigen) Arbeitswelt beeinflussen. Diesem Ordnungsauftrag muss durch eine koalitionsfreundliche Auslegung des Begriffspaares der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Rechnung getragen werden.

II. Verbotstatbestand des Art. 101 I AEUV

1. Normadressaten

Adressaten des Verbotstatbestandes sind zunächst Unternehmen. Nach der EuGH-Rechtsprechung umfasst der Begriff des Unternehmens im Rahmen des Wettbewerbsrechts „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung".[92]

---

86 *Säcker* (Fn. 85), S. 45.

87 *Hanau*, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau (Hrsg.), Gesamtes Arbeitsrecht[1], Kommentar, Bd. 2, 2016, GG Art. 9 Rn. 3.

88 *Linsenmaier*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK)[18], 2018, GG Art. 9 Rn. 53; BVerfGE 84, 212, 224.

89 *Hensche*, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath (Fn. 73), GG Art. 9 Rn. 26.

90 *Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz[7], Bd. 1, 2018, Art. 9 Rn. 89.

91 *Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 90), Art. 9 Rn. 89.

92 EuGH, Rs. C-41/90 – *Höfner*, Slg. 1991, I-1979, Rn. 21.

Arbeitgeber und Arbeitgeberverbände sind vom funktionalen Unternehmensbegriff erfasst, wenn sie beim Abschluss von Tarifverträgen eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben. Dem Arbeitgeber geht es bei Tarifverhandlungen etwa um die Vermeidung teurer Arbeitskämpfe oder um Planungssicherheit.

Der wirtschaftliche Erfolg eines Unternehmens hängt maßgeblich von seiner Fähigkeit ab, Tarifverträge zu schließen, die sich bestmöglich auf die Kostenstruktur des Unternehmens auswirken.[93] Das Verhandeln mit Gewerkschaften ist mithin eine wirtschaftliche Tätigkeit. Arbeitgeber sind Unternehmen i.S.d. Art. 101 I. Folglich ist ein Arbeitgeberverband eine Unternehmensvereinigung nach Art. 101 I, denn unter Unternehmensvereinigungen werden Zusammenschlüsse mehrerer Unternehmen verstanden, deren Zweck darin besteht, die Interessen ihrer Mitglieder wahrzunehmen.[94]

Fraglich ist, ob auch Gewerkschaften dem Unternehmensbegriff unterfallen.

Dann muss der Abschluss von Tarifverträgen eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellen.

Das Konzept der wirtschaftlichen Tätigkeit wird dadurch charakterisiert, dass eine Einheit durch Tätigwerden auf dem Markt mit anderen Einheiten in den Wettbewerb tritt.[95] Gewerkschaften hingegen vertreten die Interessen ihrer Mitglieder, die durch Tarifvertragsabschlüsse gesichert werden sollen. In Ausübung dieser Funktion sind Gewerkschaften keine Unternehmen.[96]

Bei einem Tarifvertrag handelt es sich daher nicht um eine Vereinbarung zwischen Unternehmen nach Art. 101 I Var. 1.

2. Mittel der Wettbewerbsbeschränkung

Neben Vereinbarungen zwischen Unternehmen sind nach Art. 101 I Var. 2 auch wettbewerbsbeschränkende Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen verboten. Ein Arbeitgeberverband ist eine Unternehmensvereinigung.[97] Ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung ist jeder Rechtsakt, durch den der Verband auf der Grundlage seiner Satzung seinen Willen bildet.[98]

Der Tarifvertrag beinhaltet einen Zustimmungsbeschluss seitens des Arbeitgeberverbandes, für den in der Regel der Verbandsvorstand[99] oder eine Tarifkommission[100] zuständig ist.[101]

Folglich unterfällt ein satzungsgemäßer Zustimmungsbeschluss eines Arbeitgeberverbandes Art. 101 I Var. 2 und ist auf seine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen zu überprüfen.

3. Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs

Die Vereinbarungen, Beschlüsse und Verhaltensweisen nach Art. 101 I müssen eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken.

Der EuGH hat es für die Beurteilung der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung einer Vereinbarung darauf abgestellt, dass Wettbewerbsbedingungen entstehen, die nicht den normalen Bedingungen dieses Marktes entsprechen.[102] Die normalen Marktbedingungen sind diejenigen, die bei autonomem Marktverhalten der Unternehmen vorherrschen.[103]

Nach der EuGH-Rechtsprechung in der Rechtssache *Expedia* muss zudem das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung erfüllt sein.[104]

4. Die Zwischenstaatlichkeitsklausel

Ferner muss die wettbewerbsbeschränkende Maßnahme dazu geeignet sein, „den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen“. Das Tatbestandsmerkmal ist erfüllt, „wenn sich anhand einer Gesamtheit objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass die Vereinbarung unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach den Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten beeinflussen kann“.[105]

III. Freistellung nach Art. 101 III AEUV

Für eine Freistellung von der Kartellkontrolle, muss die zu prüfende Regelung eine „angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn“ sicherstellen und ein Beitrag „zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts“ leisten. Sie muss „spürbare objektive Vorteile mit sich bringen, die geeignet sind, die mit ihr verbundenen Nachteile für den Wettbewerb auszugleichen“.[106]

Eine generelle Freistellung von Kollektivvereinbarungen mit einem „sozialen Anstrich“ ist nach Art. 101 III jedoch nicht angezeigt. Vielmehr müssen die sozialen Gründe in eine umfassende Gesamtabwägung einbezogen werden.[107]

---

[93] *Jacobs*, Schlussanträge zu EuGH, *Albany* (Fn. 30), Rn. 232-233.
[94] *Weiß*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 28), AEUV Art. 101 Rn. 43.
[95] *Mühlbach* (Fn. 11), S. 136.
[96] *Säcker/Mohr*, in: MüKo-EU-WettbewerbsR (Fn. 7), Einl. Rn. 1448.
[97] S. bereits C II 1.
[98] *Paschke*, in: MüKo-EU-WettbewerbsR (Fn. 7), AEUV Art. 101 I Rn. 51.
[99] Vgl. etwa d. Satzung d. Arbeitgeberverbandes für die chemische Industrie in Norddeutschland in d. Fassung vom 11.10.2012, § 12.
[100] Vgl. etwa d. Satzung d. bpa Arbeitgeberverbandes in d. Fassung vom 27.09.2016, § 14.
[101] Firmentarifverträge unterfallen mangels Unternehmenseigenschaft d. Gewerkschaften und fehlender Beteiligung v. Unternehmensvereinigungen nicht Var. 1 oder 2 d. Art. 101 I.
[102] EuGH, Rs. C-31/80 – *L'Oreal/De Nieuwe Amck*, Slg. 1980, I-3775, Rn. 19.
[103] EuGH, Rs. C-215-216/96 – *Bagnasco*, Slg. 1999, I-135, Rn. 33.
[104] EuGH, Rs. C-226/11 – *Expedia*, Slg. 2013, I-795, Rn. 37.
[105] EuGH, Rs. C-56/65 – *Maschinenbau Ulm*, Slg. 1966, I-282, Rn. 18.
[106] EuGH, Rs. C-56/64 – *Consten und Grundig*, Slg. 1966, I-321, Rn. 23.
[107] *Mühlbach* (Fn. 11), S. 201-202.

IV. Rechtsfolgen nach Art. 101 II AEUV

Tatbestandliche, nicht freistellbare tarifvertragliche Regelungen sind nach Art. 101 II nichtig.

D. Fazit

Das Verhältnis von Tarifvertragsrecht und Kartellrecht wird auch in Zukunft Gegenstand von Diskussionen bleiben. Eine bedingungslose Kartellrechtsimmunität von Tarifverträgen scheidet ebenso aus wie eine kompromisslose Anwendung des Kartellrechts.

Der EuGH hat den Maßstab für die Bereichsausnahme von Art. 101 festgelegt, der durch Verweis auf Art. 9 III GG zu konkretisieren ist. Dieser Verweis birgt zwar nicht unerhebliche Unschärfen, ist jedoch logische Konsequenz aus der fehlenden Kompetenz der Union für das Tarifvertragsrecht.

Der Tarifvertrag ist das zentrale Instrument der kollektiven Gestaltung von Arbeitsbedingungen. Das strukturelle Machtungleichgewicht zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber ist trotz sozialer Sicherungssysteme nicht überwunden. Es bedarf daher eines möglichst weitreichenden Schutzes von Tarifverträgen ohne dabei das Interesse an der Aufrechterhaltung eines wirksamen und freien Wettbewerbs zu ignorieren.

Lennard Ullrich, LL.B.*

Das Vorbeschäftigungsverbot des § 14 II 2 TzBfG

A. Einleitung

Seit dem Inkrafttreten des Beschäftigungsförderungsgesetzes im Jahr 1985 (BeschFG 1985) und der damit erstmalig gesetzlich normierten Möglichkeit einer sachgrundlosen Befristung, ist diese nahezu ununterbrochen Teil des politischen und juristischen Diskurses in Deutschland.[1] Angesichts der weiter steigenden Relevanz von Befristungen im Arbeitsleben wundert das wenig. So wird heutzutage nahezu jedes zweite neu begründete Arbeitsverhältnis befristet.[2] Mit 8,3 % erreichte der Anteil der befristeten Arbeitsverhältnisse an der Gesamtzahl der bestehenden Arbeitsverhältnisse im Jahr 2017 einen neuen Höchststand.[3] Rund die Hälfte der bestehenden Befristungen erfolgte auf Grundlage des § 14 II 1 TzBfG[4] ohne sachlichen Grund.[5] Bemerkenswerterweise ist die Befristungsquote gerade im öffentlichen Dienst mit 9,3 % besonders hoch[6] , was Aufforderungen der Politik an die Privatwirtschaft zu einem verantwortungsvolleren Umgang mit befristeten Arbeitsverträgen die Glaubwürdigkeit nimmt. Die vielen Versuche, die sachgrundlose Befristung abzuschaffen, sind bisher gescheitert.[7]

Für den Arbeitgeber bedeutet die Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung vor allem eines: Flexibilität. Er nutzt die (sachgrundlose) Befristung regelmäßig dazu, die Unwägbarkeiten des globalisierten Marktes in die Organisation des Unternehmens zu verlagern (Internalisierung).[8] Hierdurch kann er aufwendige und oftmals kostenintensive (betriebsbedingte) Kündigungen vermeiden und Auftragsspitzen und -flauten abfangen. Darüber hinaus ermöglicht § 14 II 2 eine Art „verlängerte Probezeit", die es dem Arbeitgeber ermöglicht, seinen Arbeitnehmer[9] noch genauer kennenzulernen, bevor er sich langfristig an diesen bindet.

Während die Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung für den Arbeitgeber ausschließlich Vorteile mit sich bringt, ist sie für die Arbeitnehmer Fluch und Segen zugleich. Für viele Arbeitnehmer bedeutet ein befristetes Arbeitsverhältnis vor allem Unsicherheit.[10] Es erschwert eine langfristige Lebensplanung nicht nur im beruflichen, sondern gerade auch im privaten Bereich. So ist es für einen durchschnittlichen, mit einem befristeten Arbeitsvertrag ausgestatteten Arbeitnehmer in der Regel deutlich schwieriger, ein hohes Darlehen zu erhalten, als für seinen unbefristet eingestellten Kollegen. Sollte er dennoch ein Darlehen bekommen, wird es ihm schwerfallen, sich für den Kauf einer Immobilie zu entscheiden, denn eine Garantie, die nächste Zeit in lokaler Nähe zu dieser Immobilie zu arbeiten, hat er nicht. Erwirbt er trotzdem eine Immobilie, so zweifelt er aufgrund seiner nicht absehbaren zukünftigen finanziellen Situation daran, ob er eine Familie gründen soll – oder nicht. Schon kleinere Ausgaben wie die Buchung eines Urlaubs fallen deutlich schwerer, wenn man nicht weiß, ob das Geld nicht schon bald als Reserve benötigt wird. Diese und viele weitere Unsicherheiten können neben der Gestaltung der praktischen Lebensplanung auch das psychische Wohlbefinden des Arbeitnehmers stark beeinträchtigen.[11]

Anderen Arbeitnehmern erleichtert das befristete Arbeitsverhältnis hingegen den Einstieg in den Arbeitsmarkt oder macht diesen sogar erst möglich. So mündeten 2017 42,3 % aller befristeten Arbeitsverhältnisse in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis, weitere 33,0 % der Befristungen wurden verlängert und „nur" 24,9 % liefen tatsächlich aus.[12] Eine gewisse Brückenfunktion, die von der befristeten Beschäftigung ausgeht, ist daher nicht von der Hand zu weisen. Die Möglichkeit der Befristung verhindert, dass Arbeitgeber eine Stabilisierung ihrer Auftragslage abwarten (müssen) und zunächst auf Überstunden oder Leiharbeit ausweichen.

Schon früh wurde jedoch erkannt, dass die Möglichkeit einer sachgrundlosen Befristung zwar beschäftigungsfördernd wirken kann, dem Arbeitgeber aber auch weitreichende Spielräume im Umgang mit dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG) eröffnet. So führt die Befristung zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses, die entgegen § 1 I KSchG gerade *keiner* sozialen Rechtfertigung bedarf. Um einem Missbrauch der sachgrundlosen Befristung durch eine Aneinanderreihung von befristeten Arbeitsverhältnissen (sog. Kettenbefristungen) vorzubeugen, hat der Gesetzgeber in § 14 II 2 ein Vorbeschäftigungsverbot (oder auch Anschlussverbot) geregelt, das Kettenbefristungen verhindern soll.[13] Ein Verstoß gegen das Vorbeschäftigungsverbot führt gem.

---

* Der Autor ist Student an der Bucerius Law School, Hamburg.

1 Vgl. nur Koalitionsvertrag CDU/CSU/SPD 19. Legislaturperiode, Rn. 2336-2359; Koalitionsvertrag CDU/CSU/FDP 17. Legislaturperiode, S. 22; Koalitionsvertrag CDU/CSU/SPD 16. Legislaturperiode, S. 37; *Boemke*, JuS 2019, 397 ff.

2 43, 5 % der im Jahr 2017 neu begründeten Arbeitsverhältnisse waren befristet (*Quelle*: Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB)).

3 *Hohendanner*, IAB Kurzbericht Nr. 16/2018, S. 3; im Jahr 2001 betrug dieser Anteil noch 5,3 % (*Quelle*: IAB).

4 Alle §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG).

5 Von 3,15 Mio. befristeten Arbeitsverhältnissen waren im Jahr 2017 1,6 Mio. ohne sachlichen Grund befristet (*Quelle*: IAB); vgl. auch hierauf Bezug nehmend: BT-Drs. 18/2621, S. 4.

6 Im Vergleich hierzu lag der Anteil befristeter Arbeitsverträge in der Privatwirtschaft (ohne den dritten Sektor) mit 7,1 % deutlich darunter (*Quelle*: IAB); s. auch *Creutzburg*, Arbeiten bei der Regierung – Der größte Befrister will weniger befristen, FAZ.net v. 9.7.2018.

7 Anträge/Gesetzesentwürfe zur Abschaffung der sachgrundlosen Befristung gab es u.a. von den Fraktionen SPD (BT Drs. 17/1769), BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drs. 17/2922, BT-Drs. 18/1463) und DIE LINKE (BT Drs. 17/1968, BT-Drs. 19/831, BT-Drs. 18/7, BT-Drs. 18/1874).

8 *Persch*, Kernfragen des Befristungsrechts – Die arbeitsrechtliche Befristungskontrolle zwischen Vertragsfreiheit und Bestandsschutz[1], 2010, S. 303; *Dörre*, WSI-Mitteilungen 5/2005, 250, 251.

9 Im Interesse der besseren Lesbarkeit wird nicht ausdrücklich in geschlechtsspezifischen Personenbezeichnungen differenziert. Die gewählte männliche Form schließt Personen jeglichen Geschlechts gleichberechtigt ein.

10 *Wagner*, Befristete Jobs – „Lebensplanung wird unmöglich", Frankfurter Rundschau v. 23.3.2010; vgl. auch BVerfG, NZA 2018, 774, 776, Rn. 46.

11 *Hohendanner*, IAB Kurzbericht Nr. 16/2018, S. 3.

12 *Hohendanner*, IAB Kurzbericht Nr. 16/2018, S. 1; dass die Summe über 100 % liegt, ist durch vorgenommene Rundungen zu erklären.

13 BT-Drs. 14/4373, S. 14.

§ 16 S. 1 Hs. 1 abweichend von § 139 BGB gerade nicht zur Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses, sondern dazu, dass das Arbeitsverhältnis „als auf unbestimmte Dauer geschlossen" angesehen wird.

B. Rechtsentwicklung

Bis zum Jahr 1985 war das Recht der Befristungen von Arbeitsverhältnissen nicht ausdrücklich geregelt.[14] Vielmehr führte der Gesetzgeber 1951 das KSchG[15] ein, ohne gleichzeitig eine naheliegende Änderung des § 620 BGB vorzunehmen.[16] Seit jeher steht die Möglichkeit der Befristung von Arbeitsverträgen als Ausprägung der Vertragsfreiheit aus Art. 2 I GG in einem Spannungsverhältnis zum Kündigungsschutzrecht und dem Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers als Ausprägung des Sozialstaatsprinzips und der Berufsfreiheit (Art. 20 I i.V.m. Art. 28 I 1 GG und Art. 12 I GG).

Auf Grundlage von § 620 BGB in der bis zum 31.12.2000 geltenden Fassung war die Befristung von Arbeitsverträgen von Gesetzes wegen zunächst uneingeschränkt möglich. Um die sich hieraus ergebenden Möglichkeiten zur Umgehung des KSchG einzuschränken, entwickelte der Große Senat des BAG bereits im Jahr 1960 die sog. „Theorie der objektiven Gesetzesumgehung".[17] Hiernach bedurfte eine Befristungsabrede, durch die der Arbeitnehmer zwingenden Kündigungsvorschriften entzogen wurde, zu ihrer Wirksamkeit eines verständigen sachlichen Grundes.[18] Diese Rechtsprechung legte den Grundstein der heute in § 14 I geregelten Sachgrundbefristung.

I. Beschäftigungsförderungsgesetz 1985

Die vom BAG vorgenommene Restriktion des § 620 BGB wurde 1985 vom Gesetzgeber durch die Einführung des BeschFG 1985[19] wieder etwas gelockert. So wurde die sachgrundlose Befristung in § 1 BeschFG 1985 erstmals ausdrücklich durch den Gesetzgeber für zulässig erklärt. Ziel des Gesetzes war es in Zeiten der bestehenden schwierigen Beschäftigungslage zusätzliche Beschäftigungsmöglichkeiten zu schaffen.[20]

Bei der sachgrundlosen Befristung handelt es sich um eine Ausnahme von der Sachgrundbefristung, die wiederum ihrerseits eine Ausnahme des unbefristeten Arbeitsverhältnisses als Grundfall darstellt.[21] Um bei der „Ausnahme von der Ausnahme" einen Wertungswiderspruch zu verhindern, wurde diese in ihrer Anwendung Restriktionen in Form von einem Vorbeschäftigungsverbot unterworfen.[22]

So eröffnete § 1 I 1 BeschFG 1985 den Arbeitsvertragsparteien die Möglichkeit den Arbeitsvertrag einmalig bis zu einer Dauer von 18 Monaten sachgrundlos zu befristen nur dann, wenn der Arbeitnehmer *neu eingestellt* wurde oder im Anschluss an seine Berufsausbildung kein Arbeitsplatz für einen unbefristet einzustellenden Arbeitnehmer zur Verfügung stand. Eine Neueinstellung i.S.d. Vorschrift lag hierbei gem. § 1 I 2 BeschFG 1985 immer dann vor, wenn kein enger sachlicher Zusammenhang mit einem ggf. zuvor schon einmal bestandenen (befristeten oder unbefristeten) Arbeitsverhältnis bestand. Dieser wurde gem. § 1 I 3 BeschFG 1985 *unwiderleglich* vermutet, wenn zwischen den Arbeitsverträgen ein Zeitraum von weniger als vier Monaten lag.

II. Beschäftigungsförderungsgesetz 1996

Während seiner Geltungsdauer wurde das BeschFG 1985 insbesondere durch das Arbeitsrechtliche Gesetz zur Förderung von Wachstum und Beschäftigung[23] mit Wirkung zum 1.10.1996 geändert (BeschFG 1996). Art. 4 des Änderungsgesetzes enthielt eine Regelung, nach der gem. § 1 I BeschFG 1996 eine sachgrundlose Befristung nun bis zu einer Dauer von zwei Jahren möglich war; zugleich wurde die Möglichkeit einer dreimaligen Verlängerung innerhalb dieser Höchstdauer geschaffen.

Des Weiteren wurde das Vorbeschäftigungsverbot zwar übernommen, in Anbetracht der anhaltenden Arbeitsmarktprobleme jedoch entscheidend gelockert.[24] So verzichtete der Gesetzgeber auf das Erfordernis der Neueinstellung. Das Vorbeschäftigungsverbot umfasste nun gem. § 1 III 1 BeschFG 1996 nur noch vorhergehende unbefristete Arbeitsverhältnisse und Arbeitsverhältnisse, die nach § 1 I BeschFG 1996 sachgrundlos befristet wurden. Arbeitsverträge, die aufgrund eines Sachgrundes befristet wurden, waren hiermit vom Vorbeschäftigungsverbot ausgenommen. Den Arbeitgebern wurde dadurch ermöglicht, mit einem zuvor sachgrundbefristeten Arbeitnehmer eine sachgrundlose Anschlussbefristung zu vereinbaren und umgekehrt (sog. „Personalkarussell"[25] oder auch „Reißverschlussprinzip"[26]). Das wurde zuvor noch vom Neueinstellungserfordernis des § 1 I 1 Nr. 1 BeschFG 1985 verhindert.

III. Teilzeit- und Befristungsgesetz

Angestoßen durch zwei Richtlinien[27] des Rates, sowie durch das auslaufende BeschFG1996, sah sich der Gesetzgeber

---

14 *Tillmanns*, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath (Hrsg.), Arbeitsrecht – Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen[4], 2017, § 14 TzBfG Rn. 1; *Bauer*, BB 2001, 2473.

15 BGBl. I 1951, 499.

16 *Schwefer*, Die befristete Übernahme im Anschluss an ein Berufsausbildungsverhältnis[1], 2005, S. 11.

17 *Backhaus*, in: Ascheid/Preis/Schmidt (Hrsg.), Kündigungsrecht[5], 2017, § 14 TzBfG Rn. 3; *Schwefer* (Fn. 17), S. 11.

18 BAG, BeckRS 1960, 31153912; *Schlachter*, in: Laux/Schlachter, Teilzeit- und Befristungsgesetz – Kommentar[2], 2011, § 14 TzBfG Rn. 1; *Tillmanns*, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath (Fn. 14), § 14 TzBfG Rn. 1; *Schwefer* (Fn. 17), S. 11.

19 BGBl. I 1985, 710.

20 BT-Drs. 10/2102, S.1; BR-Drs. 393/84, S. 15; *Löwisch*, NZA 1985, 478; kritisch zur beschäftigungsfördernden Wirkung: *Plander*, DB 1984, 2091 ff.

21 BAG, NZA 2007, 204; *Persch* (Fn. 8), S. 295.

22 *Persch* (Fn. 8), S. 295.

23 BGBl. I 1996, 1476.

24 *Müller-Glöge*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht[19] (ErfK), 2019, § 14 TzBfG Rn. 3.

25 *Backhaus*, in: Ascheid/Preis/Schmidt (Fn. 17), § 14 TzBfG Rn. 379a.

26 *Dörner*, in: Schliemann (Hrsg.), Das Arbeitsrecht im BGB – Kommentar[2], 2002, § 620 BGB Rn. 230.

27 Richtlinie 97/81/ EG des Rates vom 15.12.1997 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit, ABl. EG Nr. L 14, S. 9; Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28.6.1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, ABl. EG Nr. L 175, S. 43.

dazu veranlasst, das Teilzeit- und Befristungsrecht in einer neuen einheitlichen Regelung, dem TzBfG[28], zusammenzufassen. Hierbei orientierte er sich im Ausgangspunkt am bestehenden BeschFG 1996.[29] So sieht auch das TzBfG die Möglichkeit einer sachgrundlosen Befristung bis zu einer Dauer von zwei Jahren vor (§ 14 II 1). Die vorher in § 1 I 2 BeschFG 1996 geregelte dreimalige Verlängerung des befristet abgeschlossenen Arbeitsvertrages wurde ebenfalls übernommen (vgl. § 14 II 1 Hs. 2). In drei wesentlichen Punkten unterscheidet sich das TzBfG jedoch vom BeschFG 1996:

Die wichtigste Neuerung ist die Verschärfung des Vorbeschäftigungsverbots. So wurde die zuvor geltende Vermutungsregel von vier Monaten (§ 1 III BeschFG 1996) nicht übernommen. Anregungen – etwa von *Ulrich Preis*[30] –, das Vorbeschäftigungsverbot zumindest auf einen Zeitraum von zwei Jahren zu begrenzen, folgte der Gesetzgeber nicht. Stattdessen erklärte er sachgrundlose Befristungen gem. § 14 II 2 nur dann für zulässig, wenn nicht mit „demselben Arbeitgeber *bereits zuvor* ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat." Das TzBfG soll hierdurch der unionsrechtlichen Vorgabe, den Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge (Kettenbefristungen) zu verhindern[31], Rechnung tragen. So ist es abweichend vom BeschFG 1996 nun nicht mehr möglich, an eine Befristung mit Sachgrund eine Befristung ohne Sachgrund anzuschließen. Der umgekehrte Fall ist jedoch auch nachdem TzBfG weiter möglich.[32] Auch ist eine Aneinanderreihung von mehreren Befristungen mit Sachgrund zulässig.

Die zweite wesentliche Neuerung betrifft die Tarifvertragsdispositivität des Befristungsrechts. Gem. § 14 II 3, 4 i.V.m. § 22 kann nach dem TzBfG auch zu Lasten des Arbeitnehmers von der maximalen Anzahl der Verlängerungen und der Höchstdauer durch Tarifvertrag abgewichen werden; das Vorbeschäftigungsverbot ist jedoch tarifvertragsfest.[33]

Drittens gilt das TzBfG anders als noch seine Vorgänger zeitlich unbefristet. Hiermit wird die sachgrundlose Befristung erstmalig nicht nur temporär als Instrument zur Förderung des Arbeitsmarktes eingesetzt, sondern als dauerhafter Bestandteil des Arbeitsmarktes etabliert.

C. Anwendung des Vorbeschäftigungsverbots

I. Persönlicher Anwendungsbereich

§ 14 II 2 gilt sowohl für private als auch für öffentliche Arbeitgeber.[34] Der persönliche Anwendungsbereich unterliegt grundsätzlich keinerlei Einschränkungen und umfasst daher alle Arbeitnehmergruppen.[35] So ergeben sich auch keine Besonderheiten bei Arbeitnehmern mit besonderem Kündigungsschutz wie Schwangeren, leitenden Angestellten[36] oder Schwerbehinderten[37]. Einschränkungen können sich lediglich im Rahmen von § 22 I aus Individualvereinbarungen, durch Tarifvertrag (§ 14 II 3) oder Spezialgesetzen – wie dem Wissenschaftszeitvertragsgesetz (WissZeitVG) – ergeben.

II. Sachlicher Anwendungsbereich

1. Sachgrundlose kalendermäßige Befristung

Nur ein *kalendermäßig* befristeter Arbeitsvertrag lässt sich sachgrundlos befristen. Die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen unterliegt nicht dem TzBfG.[38] Eine Kontrolle erfolgt seit der Schuldrechtsmodernisierung im Jahr 2002 ausschließlich nach den §§ 305 ff. BGB, innerhalb derer freilich die Wertungen des TzBfG zu berücksichtigen sind.

2. „Bereits zuvor" bestandenes Arbeitsverhältnis

a) Arbeitsverhältnis

§ 14 II 2 schließt eine sachgrundlose Befristung nur dann aus, wenn zuvor bereits ein *Arbeitsverhältnis* bestand. Sofern Dienste auf anderer vertraglicher Grundlage geleistet wurden, ist dies unschädlich.[39]

Der Begriff des Arbeitsverhältnisses muss hierbei im Kontext des TzBfG verstanden und angewendet werden, sodass es im Hinblick auf das Regelungsziel des Vorbeschäftigungsverbots erforderlich sein kann, einzelne vertragliche Beziehungen abweichend von ihrer Einstufung im Rahmen des KSchG oder BGB als Arbeitsverhältnis bzw. nicht als Arbeitsverhältnis i.S.d. Vorschrift einzustufen.[40] So spricht beispielsweise die vom TzBfG gerade für junge Leute angestrebte Brückenfunktion dafür, das Berufsausbildungsverhältnis abweichend von seiner Einstufung im KschG, im TzBfG gerade nicht als Arbeitsverhältnis i.S.d. § 14 II 2 einzustufen.[41]

b) „Bereits zuvor"

Das Arbeitsverhältnis muss „bereits zuvor" bestanden haben. Bis zu einem Beschluss des BVerfG am 6. Juni 2018[42] herrschte über die zeitliche Reichweite dieser Worte ein großer Streit, der nicht zuletzt durch eine Rechtsprechungsänderung des BAG verstärkt wurde.[43]

---

28 BGBl. I 2000, 1966.

29 *Boecken*, in: Winfried/Jacob (Hrsg.), Teilzeit- und Befristungsgesetz – Handkommentar[5], 2018, § 14 TzBfG Rn. 1.

31 Richtlinie 97/81/ EG (Fn. 27), S. 44.

32 BT-Drs. 14/4374, S. 14; *Backhaus*, in: Ascheid/Preis/Schmidt (Fn. 17), § 14 TzBfG Rn. 383; *Hesse*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB (MüKoBGB)[7], 2016, § 14 TzBfG Rn. 82.

33 *Backhaus*, in: Ascheid/Preis/Schmidt (Fn. 17), § 14 TzBfG Rn. 403.

34 BAG, NZA 2018, 232, 233 Rn. 24.

35 *Dörner*, Der befristete Arbeitsvertrag[2], 2011, Rn. 428;

36 *Hesse*, in: MüKoBGB (Fn. 32), § 14 TzBfG Rn. 11; *Hromadka*, BB 2001, 621, 622; *Vogel*, NZA 2002, 313.

37 *Backhaus*, in: Ascheid/Preis/Schmidt (Fn. 17), § 14 TzBfG Rn. 368; s. zum grds. Verhältnis von KSchG und TzBfG: *Müller-Glöge*, in: ErfK (Fn. 24), § 14 TzBfG Rn. 7-8.

38 BAG, NJW 2002, 3421; *Hesse*, in: MüKoBGB (Fn. 32), § 14 TzBfG Rn. 77.

39 *Hesse*, in: MüKoBGB (Fn. 32), § 14 TzBfG Rn. 81a; *Müller-Glöge*, in: ErfK (Fn. 24), § 14 TzBfG Rn. 97.

40 Vgl. zu den einzelnen Vertragsverhältnissen: *Backhaus*, in: Ascheid/Preis/Schmidt (Fn. 17), § 14 TzBfG Rn. 384-394 und *Müller-Glöge*, in: ErfK (Fn. 24), § 14 TzBfG Rn. 94-95.

41 *Hesse*, in: MüKoBGB (Fn. 32), § 14 TzBfG Rn. 81a; *Kliemt*, NZA, 2001, 296, 300; *Dörner* (Fn. 35), Rn. 438; **a.A.** *Schlachter*, NZA 2003, 1180, 1182.

42 BVerfG, NZA 2018, 774.

43 BAGE, 137, 275.

aa) Rechtsprechung des BAG

Ursprünglich ging das BAG davon aus, dass § 14 II 2 so auszulegen sei, dass dieselben Arbeitsvertragsparteien nur bei der erstmaligen Einstellung eine sachgrundlose Befristung vereinbaren können, unabhängig davon wie lange dieses Arbeitsverhältnis zurückliegt.[44]

Nach einem Wechsel des Vorsitzes[45] gab der Zweite Senat diese Ansicht jedoch im Jahr 2011 auf.[46] Der Wortlaut des § 14 II 2 gebiete der neuen Ansicht zufolge nun doch kein zwingendes Auslegungsergebnis.[47] Zwar spreche seine Entstehungsgeschichte dafür, das Vorbeschäftigungsverbot zeitlich unbeschränkt zu verstehen, jedoch würden der Normzweck, Gründe der Praktikabilität und Aspekte der Rechtssicherheit für ein einschränkendes Verständnis sprechen. Darüber hinaus sprechen insbesondere verfassungsrechtliche Gründe für ein solches Ergebnis, da andernfalls die Gefahr bestehe, dass das Vorbeschäftigungsverbot als arbeitsrechtliches Einstellungshindernis in die von Art. 12 I GG geschützte Berufsfreiheit der Arbeitnehmer unverhältnismäßig eingreife.[48] Außerdem verstoße eine extensive Auslegung gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 I GG, indem es Bewerber, die bereits zu einem früheren Zeitpunkt in einem Arbeitsverhältnis zum neuen Arbeitgeber standen, in ihren Einstellungschancen unangemessen benachteilige.[49]

bb) Rechtsprechung des BVerfG

Dieser Auffassung erteilte das BVerfG mit Beschluss vom 6.6.2018 eine klare Absage.[50] Das BVerfG gelangte zu der Auffassung, dass die restriktive Auslegung des Vorbeschäftigungsverbots durch das BAG die Grenzen der zulässigen richterlichen Rechtsfortbildung durch die Gerichte überschreite und stellte einen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 III GG fest. Das BAG löse „sich von der gesetzgeberischen Grundentscheidung" und ersetze diese durch „ein eigenes Regelungsmodell, das der Gesetzgeber erkennbar nicht wollte".

cc) Das BVerfG als Hüter der Verfassung

Diese Entscheidung des BVerfG ist aus juristischer Sicht uneingeschränkt zu begrüßen. So mag die Karenzzeit-regelung des BAG in der Sache sogar praktikabler sein; dennoch besteht die Aufgabe der Gerichte darin, den Willen des Gesetzgebers umzusetzen und Gesetze in dessen Sinne auszulegen und anzuwenden. Der Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 20 II 2 GG) bindet die Gerichte an die im Normtext zum Ausdruck gebrachte Entscheidung des Gesetzgebers.[51] Dass die Drei-Jahres-Regelung des BAG gegen diesen Grundsatz verstieß, ergibt sich durch Auslegung der streitigen Norm und verfassungsrechtlichen Erwägungen.

[44] BAG, NZA 2005, 218; BAG, BeckRS 2004, 30802380.
[45] Pressemitteilung des BAG v. 1.10.2009 – Lfd. Nr. 1924, 101/09.
[46] BAG, NZA 2011, 905; BAG, NZA 2012, 255; *Hesse*, in: MüKoBGB (Fn. 32), § 14 TzBfG Rn. 79.
[47] BAG, NZA 2011, 905, 906 Rn. 16.
[48] BAG, NZA 2011, 905, 909.
[49] BAG, NZA 2011, 905, 909 Rn. 37; *Backhaus*, in: Ascheid/Preis/Schmidt (Fn. 17), § 14 TzBfG Rn. 381.
[50] BVerfG, NZA 2018, 774; das BAG hat seine Rechtsprechung daraufhin ausdrücklich aufgegeben und auch ein Vertrauensschutz bzgl. der vorherigen Senatsrechtsprechung ausgeschlossen (BAG, Urt. v. 23.1.2019 – 7 AZR 733/16).
[51] BVerfG, NZA 2018, 774, 780 Rn. 75 so iE auch *Kliemt*, NZA 2001, 296, 300.

(1) Auslegungskanones

(a) Wortlaut und Systematik

Auch wenn das BVerfG den Worten „bereits zuvor" keinen zwingenden Charakter beimisst[52], so kann dennoch festgestellt werden, dass „zuvor" im allgemeinen Sprachgebrauch „vorher" oder „in der Vergangenheit" bedeutet, und somit die gesamte Vergangenheit erfasst. Zwar kann die adverbiale Bestimmung „zuvor" durch einen ausdrücklichen Zusatz oder seinen Kontext zeitlich beschränkt werden[53]; der im Gesetzestext verwandte Zusatz „bereits" stellt solch eine zeitliche Einschränkung indes gerade nicht dar. Eine solche würde sich hingegen aus etwaigen Formulierungen wie „gerade zuvor" oder „kurz zuvor" ergeben.

Auch systematische Erwägungen sprechen für ein extensives Verständnis des Vorbeschäftigungsverbots. So gibt der Gesetzgeber in § 14 I 2 Nr. 2 und in § 14 III 1 durch die Formulierungen „im Anschluss" und „unmittelbar vor Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses" zu erkennen, dass er zeitliche Einschränkungen im Gesetz niederschreibt, sofern diese gewollt sind.

(b) Telos und Entstehungsgeschichte

§ 14 II 2 soll der bestehenden Gefahr des Missbrauchs der Befristungsmöglichkeiten durch den Arbeitgeber entgegenwirken.[54] Dieser Zweck ergibt sich nicht zuletzt auch aus dem Ziel der Richtlinie 1999/70/EG, den „Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse zu vermeiden"[55], deren Umsetzung das TzBfG dient. Dem BAG ist insoweit zuzustimmen, als diesem Ziel auch durch ein zeitlich beschränktes Vorbeschäftigungsverbot ausreichend Rechnung getragen wäre.[56] So kann von Kettenbefristungen nicht mehr die Rede sein, wenn zwischen zwei Arbeitsverhältnissen ein Zeitraum von vielen Jahren, gar Jahrzehnten liegt. Dem Gesetzgeber steht jedoch im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eine weitreichende Einschätzungsprärogative zu.[57]

Entscheidenden Aufschluss gewährt letztendlich die Entstehungsgeschichte des TzBfG sowie ein Vergleich mit seiner Vorgängerregelung. So wurde im Vergleich zur Vorgängerregelung des § 1 III BeschFG 1996 bewusst auf eine Karenzzeitregelung verzichtet.[58] Ein in Anlehnung an den früher geltenden § 1 III BeschFG 1996 gestellter Antrag[59] des Freistaats Bayern, mit der Forderung nach einem engen sachlichen Zusammenhang, sowie gleichlautende Empfehlungen[60] des Wirtschaftsausschusses des Bundesrates blieben erfolglos. Aus der Begründung des Gesetzesentwurfes der Bundesregierung ergibt sich eine eindeutige Grundentscheidung des Gesetzgebers, „wonach grundsätzlich *jede* Vorbeschäftigung bei demselben Arbeitgeber das Verbot einer sachgrundlos befristeten Wiedereinstellung

[52] BVerfG, NZA 2018, 774, 780 Rn. 79.
[53] *Backhaus*, in: Ascheid/Preis/Schmidt (Fn. 17), § 14 TzBfG Rn. 381f.
[54] BT-Drs. 14/4374, S. 14, 19; BAG, NZA 2011, 905, 908 Rn.
[55] Richtlinie 1999/70/EG (Fn. 27), S. 43.
[56] BAG, NZA 2011, 905, 908; s. auch *Löwisch*, BB 2001, 254, 255; *Bauer*, BB 2001, 2473, 2475; BT-Drs. 14/4625, S. 18.
[57] Vgl. ausführlich zur legislativen Einschätzungsprärogative im Arbeitsrecht: *Ulber*, NZA 2016, 619.
[58] S. schon unter B.
[59] BR-Drs. 591/5/00.
[60] BR-Drs. 783/1/00, A Nr. 4.

auslöst, unabhängig davon, wie lange die Vorbeschäftigung zurückliegt [...].[61]

(2) Verfassungsrecht

§ 14 II 2 greift sowohl in Arbeitnehmer- und Arbeitgebergrundrecht aus Art. 12 I GG, als auch in den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 I GG ein. Diese Eingriffe sind jedoch im Hinblick auf das Bestandsschutzinteresse der Arbeitnehmer gepaart mit dem Sozialstaatsprinzip grundsätzlich gerechtfertigt, sogar geboten.[62] So beschränkt das Vorbeschäftigungsverbot die sachgrundlose Befristung, die ihrerseits zu einer faktischen Verkürzung des Kündigungsschutzes führt.

Eine Verfassungswidrigkeit ergibt sich daher nur in Fällen, in denen das Vorbeschäftigungsverbot nicht erforderlich ist, weil mangels Gefahr einer Kettenbefristung keine Schutzpflicht des Staates besteht. Davon ist etwa dann auszugehen, wenn das vorangegangene Arbeitsverhältnis „sehr lange zurückliegt" oder aber andersgeartet war, etwa als Nebenbeschäftigung während der Ausbildungszeit.[63] In solchen Fällen kann das Regelungsziel des § 14 II 2 mangels Gefahr einer Kettenbefristung nicht als Rechtfertigung für den Grundrechtseingriff herangezogen werden, sodass eine verfassungskonforme Auslegung in Form der teleologischen Reduktion erforderlich ist.[64]

3. „Mit demselben Arbeitgeber"

Das Vorbeschäftigungsverbot greift gem. § 14 II 2 nur dann ein, wenn ein vorheriges Arbeitsverhältnis „mit demselben" Arbeitgeber bestand. Es kommt daher grundsätzlich darauf an, dass der Arbeitsvertrag mit derselben natürlichen oder juristischen Person geschlossen wurde.[65] Hierbei kann im Einzelfall streitig sein, wann von derselben natürlichen oder juristischen Person auszugehen ist. Während der Fall eines Betriebsübergang mit Hilfe des § 613a BGB problemlos zu lösen ist, sind Fälle des Gemeinschaftsbetriebs oder der Arbeitnehmerüberlassung umstritten.[66]

D. Kritik und Reformvorschlag

Die rechtsstaatlich gebotene Auslegung des Vorbeschäftigungsverbots als „absolutes"[67] oder auch „lebenslanges"[68] Verbot einer Vorbeschäftigung macht eine Reform des Gesetzes sowohl aus arbeitsmarktpolitischer Sicht als auch aus Gründen der Rechtssicherheit und Praktikabilität erforderlich. Eine zeitlich und sachlich unbeschränkte Regelung schränkt den Arbeitsmarkt in einer Weise ein, die zur Erreichung des gesetzlichen verfolgten Zwecks nicht notwendig und somit überschießend ist.[69] Hierbei ist eine Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 14 II 2 auf zwei Ebenen erforderlich, um alle „überschießenden Sachverhalte" zu erfassen.

I. Zeitliche Komponente

1. Erforderlichkeit

Zunächst bedarf es einer zeitlichen Komponente.[70] Je größer der Zeitraum zwischen den beiden Arbeitsverhältnissen, desto ferner liegt es, in dem neuen befristeten Vertrag eine Fortsetzung des alten Arbeitsverhältnisses zu sehen, und desto geringer wird die Gefahr von Kettenbefristungen.[71] Der arbeitnehmerschützende Charakter des Vorbeschäftigungsverbots kann sogar ins Gegenteil umschlagen, und Bewerbern mit einer lang zurückliegenden Vorbeschäftigung die „Brücke zur Dauerbeschäftigung" verweigern, ohne dass dies nach dem Regelungszweck von § 14 II 2 geboten wäre.[72]

Auch wird es für die Arbeitsvertragspartien mit zunehmender zeitlicher Distanz zwischen den Arbeitsverhältnissen deutlich schwieriger, eine mögliche Vorbeschäftigung mit Sicherheit auszuschließen. Das führt zu einer gewissen Rechtsunsicherheit, die den Arbeitgeber dazu veranlasst, in Zweifelsfällen von einer Einstellung abzusehen.[73] Darüber hinaus reduziert eine zeitliche Komponente die Fälle, in denen das – häufig zu Streitigkeiten führende – Fragerecht[74] des Arbeitgebers entscheidend ist und trägt somit auch diesbezüglich zur Rechtssicherheit bei.

Nicht zuletzt sprechen auch verfassungsrechtliche Erwägungen für eine zeitliche Beschränkung. So greift das Vorbeschäftigungsverbot sowohl in Arbeitgeber- als auch Arbeitnehmergrundrechte ein. Zwar ist § 14 II 2 im verfassungsrechtlichen Sinne grundsätzlich als erforderlich zu bezeichnen[75], jedoch steht der Mehrwert eines unbegrenzten Vorbeschäftigungsverbots im Vergleich zu einem zeitlich beschränkten Verbot in einem auffälligen Missverhältnis zur hierdurch deutlich erhöhten Eingriffsintensität.

Die Relevanz der zeitlichen Komponente wurde auch vom BVerfG implizit anerkannt, indem es das Vorbeschäftigungsverbot zu Recht u.a. in Fällen, in denen „die Vorbeschäftigung sehr lange zurückliegt", im Wege der verfassungskonformen Auslegung teleologisch reduziert.[76] Solch eine teleologische Reduktion ist bei der derzeitigen Gesetzeslage zwar begrüßenswert, führt aber wiederum zu großen Unsicherheiten. So bleibt unklar, ab wann eine Vorbeschäftigung „sehr lange zurückliegt".[77] Bis zu einer Grundsatzentscheidung des BAG werden die Instanzgerichte

---

61 BVerfG, NZA 2018, 774, 780 Rn. 86.
62 S. ausführlich zum Eingriff des § 14 II 2 in Grundrechte schon *Ohlmann*, BLJ 2014, 89-91; BVerfG, NZA 2018, 774 ff.
63 BVerfG, NZA 2018, 774, 779 Rn. 63.
64 BVerfG, NZA 2018, 774, 779 Rn. 63.
65 BAG, NZA 2014, 426 ff.; BAG, NJW 2005, 2474 ff.
66 S. hierzu *Backhaus*, in: Ascheid/Preis/Schmidt (Fn. 17), § 14 TzBfG Rn. 395-399 und *Müller-Glöge*, in: ErfK (Fn. 24), § 14 TzBfG Rn. 95.
67 *Sievers*, in: Sievers (Hrsg.), Teilzeit- und Befristungsgesetz – Kommentar[5], 2015, § 14 TzBfG Rn. 511; *Fuhlrott*, ArbRAktuell 2018, 357, 358.
68 *Hesse*, in: MüKoBGB (Fn. 32), § 14 TzBfG Rn. 79; *Dörner* (Fn. 35), Rn. 432.
69 *Preis*/*Gotthardt*, DB 2000, 2065, 2072; *Bauer*/*Preis*/*Schunder*, NZA 2003, 704 ff.
70 So auch schon *Preis*/*Gotthardt*, DB 2000, 2065, 2072 ff.; *Bauer*/*Preis*/*Schunder*, NZA 2003, 704, 706; Löwisch, BB 2001, 254 ff.
71 *Löwisch*, BB 2001, 254, 255.
72 *Persch* (Fn. 8), S. 350; BAGE 137, 275 Rn. 25.
73 BAGE 137, 275 Rn. 26.
74 S. zum Fragerecht des Arbeitgebers im Rahmen von § 14 II 2 *Hesse*, in: MüKoBGB (Fn. 32), § 14 TzBfG Rn. 86 und *Backhaus*, in: Ascheid/Preis/Schmidt (Fn. 17), § 14 TzBfG Rn. 401-402.
75 S. C.II.2.b)cc)(2).
76 BVerfG, NZA 2018, 774, 779 Rn. 63.
77 Vgl. *Bauer*, ArbRAktuell 2018, 334.

hier von Einzelfall zu Einzelfall entscheiden, und die Frage der zeitlichen Komponente regelmäßig zur Korrektur von ungewollten Ergebnissen nutzen. Im Interesse der Rechtssicherheit bedarf es daher auch aus verfassungsrechtlicher Sicht einer klar definierten zeitlichen Grenze.[78]

2. Ausgestaltung

Die Ziehung der zeitlichen Grenzen muss sich an dem Zweck des Vorbeschäftigungsverbots orientieren. Die Verhinderung von Kettenbefristungen muss weiter gewährleistet bleiben. Es bietet sich an, die regelmäßige Verjährungsfrist aus § 195 BGB zu übernehmen, die der Gesetzgeber unter Berücksichtigung der europarechtlich determinierten Verjährungsregel des § 12 ProdHaftG für die Verjährung von zivilrechtlichen Ansprüchen für angemessen hielt.[79] Eine zeitliche Grenze von einem Jahr, wie sie im Koalitionsvertrag von CDU, CSU und FPD im Jahre 2009 vorgesehen war[80] erscheint hingegen unzureichend, um einen effektiven Schutz vor Kettenbefristungen zu gewährleisten. Noch unzureichender ist die Regelung aus dem BeschFG 1985/1996, die einen viermonatigen Zeitraum vorsah.

Bisweilen unklar ist, ob der Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD aus dem Jahr 2018 eine solche Regelung bereits beinhaltet.[81] So ist zwar vereinbart, dass ein „erneutes befristetes Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber erst nach Ablauf einer Karenzzeit von drei Jahren“[82] möglich sein soll. Aus dem Kontext geht jedoch nicht zweifelsfrei hervor, ob hiervon auch die sachgrundlosen Befristungen umfasst sein sollen.[83]

II. Sachliche Komponente

1. Erforderlichkeit

Eine rein zeitliche Einschränkung reicht jedoch nicht aus[84], um das rechtliche Regelungsziel des Vorbeschäftigungsverbots mit dem politischen Ziel der Beschäftigungsförderung (§ 14 II 1) in einen sinnvollen Einklang zu bringen. So führt diese lediglich dazu, dass die Anzahl der betroffenen Fälle minimiert wird, blendet jedoch zugleich jeden sachlichen Kontext aus. Hierdurch würde zwar Rechtssicherheit geschaffen, jedoch um den Preis der Einzelfallbetrachtung.

So erscheint es wenig sachgerecht, einem Werkstudenten, der neben seinem Studium in einem Unternehmen tätig war und dessen Arbeitsverhältnis noch keine drei Jahre zurückliegt, die sachgrundlos befristete Anstellung zu verweigern und so zu riskieren, dass sich das Unternehmen gezwungen sieht, stattdessen einen weniger gewünschten Kommilitonen des Werkstudenten einzustellen, der noch nicht im Unternehmen tätig war.

Wenig sachgerecht erscheint es auch, einem Arbeitnehmer, der vor weniger als drei Jahren in der Fertigung eines Unternehmens tätig war und nun – vorausgesetzt, dass er über die Fähigkeiten hierzu verfügt – aufgrund der besseren Arbeitsbedingungen in den IT-Bereich des Unternehmens wechseln möchte, die sachgrundlos befristete Anstellung zu verweigern und ihn so seiner Wechsel- und Verbesserungsmöglichkeiten zu berauben.

Um Rechtssicherheit und Einzelfallbetrachtung in Einklang zu bringen bedarf es daher trotz der zeitlichen Komponente (Rechtssicherheit) noch einer sachlichen Komponente (Einzelfallbetrachtung). Das ist auch mit dem Regelungsziel des § 14 II 2 vereinbar: Fehlt es an einem Sachzusammenhang, so besteht die Gefahr einer Kettenbefristung nicht.[85] Das Einstellungsmotiv des Arbeitgebers ist dann offenkundig ein anderes, als es noch bei der ersten Einstellung der Fall war; der Arbeitgeber stellt rechtskonzeptionell betrachtet vielmehr einen „neuen“ Arbeitnehmer für eine neue Tätigkeit ein, als dass er das Arbeitsverhältnis zu einem „alten“ Arbeitnehmer missbräuchlich verlängern würde.

Der Gedanke einer sachlichen Komponente ist nicht neu. Sowohl das BeschFG 1985 (§ 1 I 2) als auch das BeschFG 1996 (§ 1 III 1) enthielten eine solche, die erst mit Einführung des TzBfG abgeschafft wurde. Auch lässt sich die Sachkomponente in den Ausführungen des BVerfG identifizieren. So fordert das BVerfG beispielsweise im Fall von Werkstudenten oder studentischen Mitarbeitern eine Ausnahme vom Vorbeschäftigungsverbot.[86]

2. Ausgestaltung

Die o.g. Beispiele zeigen zum einen auf, warum es einer sachlichen Komponente bedarf, zum anderen geben sie aber auch Aufschluss darüber, in welchem Verhältnis diese zur zeitlichen Komponente stehen muss. So wäre beiden Arbeitnehmern nicht geholfen, wenn die Komponenten alternativ zueinander stünden, denn das Arbeitsverhältnis liegt gerade nicht länger als drei Jahre zurück. Auch ein Verhältnis wie es im BeschFG vorgesehen war, würde dem Studenten nicht helfen. Gem. § 1 I 3 BeschFG 1985 bzw. § 1 III 2 BeschFG 1996 wurde ein Sachzusammenhang unwiderleglich vermutet, wenn der Zeitraum zwischen den beiden Arbeitsverhältnissen weniger als vier Monate betrug. Beide Komponenten wurden somit gewissermaßen miteinander „vermischt“. Es ist stattdessen erforderlich, eine strikte Trennung vorzunehmen. Den Arbeitnehmern in den o.g. Beispielen ist nur geholfen, wenn beide Komponenten *kumulativ* vorliegen müssen, um das Vorbeschäftigungsverbot auszulösen. Hierdurch werden Arbeitnehmer entweder aufgrund einer neuen Art der Tätigkeit oder aber aufgrund von zeitlichen Abständen vom Vorbeschäftigungsverbot ausgenommen. In beiden Fällen besteht die Gefahr von Kettenbefristungen nicht.

Um dem zusätzlichen Erfordernis eines Sachzusammenhanges Rechnung zu tragen und missbräuchlichen Befristungen

[78] So iE auch *Preis*/*Gotthardt*, DB 2000, 2065 ff.; *Löwisch*, BB 2001, 254 ff.; *Persch* (Fn.9), S. 350.
[79] So auch schon *Schröder*, AuR 2005, 184; *Löwisch*, NZA 2001, 254 ff.; BAGE 137, 275 Rn. 39.
[80] Koalitionsvertrag CDU/CSU/FDP 17. Legislaturperiode, S. 22 (eine Umsetzung gab es nicht).
[81] *Möller*, ArbRAktuell 2018, 167, 168: „Der Koalitionsvertrag *liest sich so* [...]“.
[82] Koalitionsvertrag CDU/CSU/SPD 19. Legislaturperiode, Rn. 2357 ff.
[83] Vgl. *Neumann*, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (GWR) 2018, 66.
[84] So auch *Preis*, NZA 2003, 252, 257; *Persch* (Fn. 8), S. 350.
[85] *Schlachter*, in: Laux/Schlachter (Fn. 18), § 14 TzBfG Rn. 112a.
[86] BVerfG, NZA 2018, 774, 779 Rn. 63.

hierdurch nicht Tür und Tor zu öffnen, sind jedoch gesetzliche Konkretisierungen erforderlich. Es bietet sich an, die Wertungen, die das BAG im Rahmen seiner aus § 242 BGB hergeleiteten Missbrauchskontrolle[87] bei sachgrundlosen Befristungen vornimmt, zu übernehmen und geeignete Missbrauchsindizien als Konkretisierungen ins Gesetz einzuarbeiten. So sprechen sowohl ein nahtloser Anschluss beider Arbeitsverhältnisse als auch derselbe Arbeits*platz* für einen Sachzusammenhang. Darüber hinaus indiziert auch derselbe direkte Vorgesetzte einen sachlichen Zusammenhang zwischen beiden Arbeitsverhältnissen. Um zu verhindern, dass Arbeitnehmer abwechselnd auf unterschiedlichen Tätigkeitsgebieten sachgrundlos befristet eingestellt werden können, muss auch der Austausch zweier Arbeitnehmer eine Vermutung für einen Sachzusammenhang i.S.d. Vorbeschäftigungsverbots auslösen.

Um die Rechtsprechung des BVerfG zu übernehmen und sicherzustellen, dass u.a. Werkstudenten und studentische Mitarbeiter nicht unter das Vorbeschäftigungsverbot fallen, ist es darüber hinaus sinnvoll, den sachlichen Zusammenhang für Beschäftigungsverhältnisse i.S.d. § 27 IV 1 SGB III ausdrücklich auszuschließen. Dieser umfasst alle Arbeitsverhältnisse, die Studenten oder Schüler *neben* ihrer Ausbildung eingehen. Voraussetzung ist daher, dass sie nach ihrem Erscheinungsbild weiterhin Schüler oder Student sind, dem Arbeitsverhältnis also keine prägende Bedeutung zukommt.[88] Hiervon ist regelmäßig auszugehen, wenn die wöchentliche Arbeitszeit durchschnittlich nicht mehr als 20 Stunden beträgt.[89] Diese Ausnahme trägt der beabsichtigten Brückenfunktion des Gesetzgebers Rechnung und stärkt insbesondere die Chancen von jungen Menschen auf eine zukünftige Festanstellung.

III. Formulierungsvorschlag

[...]

[2]Eine Befristung nach Satz 1 ist nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits innerhalb der letzten drei Jahre ein Arbeitsverhältnis bestand und dieses in einem sachlichen Zusammenhang zum neuen Arbeitsverhältnis steht.

[3]Ein sachlicher Zusammenhang besteht in der Regel dann, wenn
1. die äußeren Umstände des Arbeitsverhältnisses dieselben sind oder
2. der Arbeitnehmer zwar unter geänderten äußeren Umständen arbeitet, jedoch ein direkter Austausch mit einem anderen Arbeitnehmer stattgefunden hat.
[4]Zu den äußeren Umständen eines Arbeitsverhältnisses gehören insbesondere der Ort und die Zeit der Arbeit, das Tätigkeitsfeld, der direkte Vorgesetzte und die Position des Arbeitnehmers innerhalb des Unternehmens.

[5]Ein sachlicher Zusammenhang besteht nicht, wenn das vorangegangene Arbeitsverhältnis eine Beschäftigung im Sinne des § 27 Absatz 4 Satz 1 SGB III war.

[...]

E. Ausblick

Wie schon andere Regierungen zuvor, hat sich auch die Große Koalition in dieser Legislaturperiode Neuerungen im Befristungsrecht vorgenommen.[90] So sollen Arbeitgeber mit mehr als 75 Beschäftigten zukünftig nur noch maximal 2,5 % der Belegschaft sachgrundlos befristen können. Jedes weitere sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnis soll automatisch als unbefristet gelten. Darüber hinaus soll die Höchstdauer der Befristung wieder auf 18 Monate gesenkt werden und zugleich eine Verlängerung der Befristung nur noch einmalig möglich sein. Während das Schicksal des Vorbeschäftigungsverbots weiter unklar ist[91], steht fest, dass ein zusätzliches Vorbeschäftigungsverbot eingeführt werden soll, dessen zeitliche Komponente auf die bisherige Gesamtbeschäftigungsdauer beim Arbeitgeber abstellt. Hiernach ist jegliche Befristung dann unzulässig, wenn „mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein unbefristetes oder ein oder mehrere befristete Arbeitsverhältnisse mit einer Gesamtdauer von fünf oder mehr Jahren bestanden“ hat.

Diese Reformpläne sind mit Blick auf ein Gleichgewicht zwischen unternehmerischer Freiheit und Arbeitnehmerschutz kritisch zu sehen. So führten die geplanten Reformen zu einer deutlichen Einschränkung der unternehmerischen Freiheit, die auch aus Arbeitnehmersicht nicht wünschenswert ist. Eine „mengenmäßige“ Beschränkung der sachgrundlosen Befristung führt nicht zwangsläufig zu unbefristeten Arbeitsverhältnissen, sie riskiert im Gegenteil die beschäftigungsfördernde Wirkung der sachgrundlosen Befristung. So wird in vielen Fällen nicht das unbefristete Arbeitsverhältnis anstelle der sachgrundlosen Befristung stehen, sondern die Nichtbesetzung von Arbeitsplätzen. Zudem lässt der Koalitionsvertrag auch weiterhin die dringend benötigte sachliche Komponente vermissen.

Es bleibt daher zu hoffen, dass die Große Koalition nicht starr das umsetzt, was sie sich im Koalitionsvertrag vorgenommen hat, sondern weiter offen für Vorschläge bleibt. Insbesondere die sachliche Komponente ist hierbei zu berücksichtigen.

---

87 S. zur Missbrauchskontrolle *Backhaus*, in: Ascheid/Preis/Schmidt (Fn. 17), § 14 TzBfG Rn. 57-61.

88 BT-Drs. 11/3603, S. 12; *Brand*, in: Brand (Hrsg.), Sozialgesetzbuch Arbeitsförderung – Kommentar[8], 2018, § 27 SGB III Rn. 6; *Fuchs*, in: Knickrehm/Deinert (Hrsg.), Gagel SGB II/III Grundsicherung und Arbeitsförderung – Kommentar[72], 2018, § 27 SGB III Rn. 24.

89 BSGE, 50, 25; *Fuchs*, in: Gagel (Fn. 84), § 27 SGB III, Rn. 25.

90 Koalitionsvertrag CDU/CSU/SPD 19. Legislaturperiode, Rn. 2336 ff.; Bundesminister für Arbeit und Soziales *Hubertus Heil* kündigte am 10.6.2018 an, dass er das Befristungsrecht innerhalb „eines Jahres anpacken“ werde, BILD am Sonntag v. 10.6.2018.

91 S. D.I.2.

Shari Heger*

Anfechtungsrisiken bei einem Unternehmenskauf in Insolvenznähe

A. Einleitung

Distressed M&A[1]-Transaktionen sind im deutschen Markt von großer Bedeutung.[2] Darunter fallen auch Unternehmenskäufe in Insolvenznähe. Trotz diverser Vorteile, die eine solche Transaktion mit sich bringt,[3] birgt sie auch erhebliche Gefahren wie die Insolvenzanfechtung, die für den Anfechtungsgegner fatale Folgen haben kann. Im schlimmsten Fall führt sie dazu, dass der Anfechtungsgegner eine erhaltene Leistung selbst nach zehn Jahren ohne Gegenleistung zurückgewähren muss. Insolvenzanfechtungsrisiken sind mithin nicht zu unterschätzen.

Für den Unternehmenskäufer – und den Unternehmensverkäufer, wie sich zeigen wird – sollte es daher von großem Interesse sein, Maßnahmen zu ergreifen, um die Anfechtungsrisiken zu minimieren.

Ziel dieses Beitrags ist es, sowohl die Risiken des Käufers für den Fall der Verkäuferinsolvenz als auch die Risiken des Verkäufers für den Fall, dass das Unternehmen im Anschluss an die Transaktion insolvent wird, zu untersuchen.

Dazu soll zunächst das Ausmaß des potenziell entstehenden Risikos geschildert werden (B.). Welche Anfechtungsrisiken entstehen können, soll sodann durch eine Untersuchung der Anfechtungstatbestände im Hinblick auf den Unternehmenskauf bestimmt werden (C.). Abschließend werden Risikominimierungsmaßnahmen erarbeitet (D.).

B. Rechtsfolgen der Insolvenzanfechtung beim Unternehmenskauf

I. Rückgewähranspruch, § 143 I InsO

Wenn der Unternehmensverkäufer im Anschluss an den Unternehmenskauf insolvent wird, führt eine erfolgreiche Anfechtung nach § 143 I InsO zu einer Rückgabepflicht des erhaltenen Unternehmens.[4] Wertminderungen und -erhöhungen werden in Abhängigkeit davon, ob sie auch bei Betriebsfortführung durch den Verkäufer entstanden wären, nach allgemeinen bereicherungsrechtlichen Regeln ausgeglichen.[5] Entsprechendes gilt für den vom Käufer vereinnahmten Unternehmensgewinn.[6] Zwar ist es schwierig, Gewinnanteile, die auf dem unternehmerischen Engagement des Käufers beruhen, genau abzugrenzen. Der Beweis des ersten Anscheins spricht aber dafür, die Gewinnanteile, die über den zuvor vom Verkäufer erwirtschafteten Gewinn hinausgehen, dem Käufer zuzuweisen.[7] Darüber hinaus kann eine Schätzung nach § 287 ZPO erfolgen.[8]

II. Ausgleich für den Unternehmenskäufer, § 144 InsO

1. Anfechtung des Erfüllungsgeschäfts, § 144 I InsO

Ist ausschließlich das Erfüllungsgeschäft anfechtbar, lebt nach § 144 I InsO die Forderung des Unternehmenskäufers auf Übergabe des Unternehmens und Verschaffung des Eigentums am Unternehmen wieder auf. Dabei handelt es sich um eine einfache Insolvenzforderung.[9] Da gem. § 174 II InsO nur Geldforderungen zur Insolvenztabelle angemeldet werden können, muss der Anspruch in Geld umgerechnet werden. Nach § 45 S. 1 InsO muss der Unternehmenswert dafür durch den Käufer geschätzt werden.[10] Der Käufer sollte dabei beachten, dass die Schätzung bestritten werden kann, was zu einem aufwendigen Verfahren führt und daher vermieden werden sollte. Auch deshalb wird der zu schätzende objektive Unternehmenswert häufig hinter dem vom Käufer gezahlten Kaufpreis zurückbleiben.[11] Einen weiteren Ausfall erleidet der Käufer durch die lediglich quotale Befriedigung. Der Unternehmenskäufer muss bei Anfechtung des Erfüllungsgeschäfts also i.d.R. auf den Großteil seiner Forderung verzichten.

2. Anfechtung des Verpflichtungsgeschäfts, § 144 II InsO

Bei Vorliegen der in § 144 II 1 InsO genannten Voraussetzungen ist dem Unternehmenskäufer seine Gegenleistung als Masseforderung[12] zurückzugewähren.

---

* Die Autorin ist Studentin an der Bucerius Law School, Hamburg. Der Beitrag stellt eine stark verkürzte Version ihrer Examensseminararbeit dar.

1 Zum Begriff: *Hörmann*, in: Birk/ Pöllath/ Saenger (Hrsg.), Forum Unternehmenskauf 2006, 85, 88 f.; *Aleth/Böhle*, DStR 2010, 1186, 1191.

2 *Gatzner*, Chinesische M&A-Aktivitäten in Europa rückläufig, in: M&A Dialogue, 17.07.2018, https://bit.ly/2wqoppo (Stand: 12.04.2019); *Berger*, Der deutsche Markt für „Distressed M&A" wächst, in: Corporate Finance, 22.03.2017, https://bit.ly/2NqUJil (Stand: 12.04.2019).

3 Dazu etwa: *Lachmann*, Gläubigerrechte in Krise und Insolvenz², 2010, Rn. 2263; *Buchta*, in: Hölters (Hrsg.), Handbuch Unternehmenskauf 2015, Rn. 14.4.

4 Da Kaufgegenstand das Unternehmen als Ganzes ist, bezieht sich darauf auch der Rückgewähranspruch, vgl. *Thole*, in: Heidelberger Kommentar zur InsO⁹, 2018, § 129 Rn. 21; *Kayser*, in: Münchener Kommentar zur InsO³, 2013, § 129 Rn. 94; *K. Schmidt*, BB 1988, 5, 6; **a.A.** lang zurückliegend: BGH, WM 1962, 1316.

5 Vgl. *Windhöfel/Ziegenhagen/Denkhaus*, Unternehmenskauf in Krise und Insolvenz, 2008, Rn. 51 ff.; *Haas*, ZIP 2006, 1373, 1380.

6 Vgl. dazu: BGHZ 35, 356, 362; *Windhöfel et al.* (Fn. 5), Rn. 58.

7 *Windhöfel et al.* (Fn. 5), Rn. 60; vgl. auch: *K. Schmidt*, BB 1988, 5, 6.

8 Vgl. BGHZ 64, 322, 324; *Windhöfel et al.* (Fn. 5), Rn. 59.

9 *Jacoby*, in: Kommentar zur InsO, 2018, § 144 Rn. 13; *Soudry/Schwenkel*, GWR 2010, 366.

10 Vgl. *Thonfeld*, in: K. Schmidt (Hrsg.), InsO¹⁹, 2016, § 45 Rn. 1; *Knof*, in: Uhlenbrock (Hrsg.), InsO¹⁴, 2015, § 45 Rn. 1.

11 *Windhöfel et al.* (Fn. 5), Rn. 68.

12 Vgl. *Beck/Depré*, Praxis der Insolvenz³, 2017, § 16 Rn. 334; *Büteröwe*, in: KS-InsO (Fn. 13), § 144 Rn. 8.

Dass der Kaufpreis noch unterscheidbar in der Masse vorhanden ist (Alt. 1), kommt in der Praxis äußerst selten vor,[13] sodass es i.d.R. darauf ankommt, ob die Masse noch um den Wert des Kaufpreises bereichert ist (Alt. 2). Wenn die Insolvenzmasse entsteht, wird der Kaufpreis selbst meistens bereits verbraucht sein.[14] Sonst hätte der Insolvenzantrag regelmäßig wegen vorhandener Liquidität abgewendet werden können.[15]

Entscheidend ist somit, ob die Masse durch den Verbrauch des Kaufpreises wenigstens um den *Wert* des Kaufpreises bereichert ist. Der Unternehmensverkäufer kann den erhaltenen Kaufpreis etwa dazu genutzt haben, Forderungen zu begleichen. Dadurch mag er *sich selbst* zwar Aufwendungen erspart haben, was eine Entreicherung gem. § 818 III BGB ausschließen würde.[16] Es führt aber nicht dazu, dass die *Masse* bereichert ist, sodass die Voraussetzungen des § 144 II 1 Alt. 2 InsO nicht erfüllt wären.[17]

Anderes sollte gelten, soweit der Verkäufer mit dem Kaufpreis solche Gläubiger befriedigt hat, die im Insolvenzverfahren als Insolvenzgläubiger gelten würden. Denn dadurch sinkt die Anzahl der Insolvenzgläubiger, sodass die verbleibende Masse der Befriedigung einer geringeren Anzahl von Gläubigern dient und insoweit bereichert ist. Dass eine solche Ausnahme geboten ist, zeigt sich besonders deutlich, wenn auch die erfolgte Gläubigerbefriedigung der Insolvenzanfechtung unterliegt. In einem solchen Fall könnte der Insolvenzverwalter der Masse den Wert des Kaufpreises ansonsten nämlich in gewissem Sinne doppelt zuführen, indem er sich gegenüber dem Unternehmenskäufer auf Entreicherung beruft und sich den Wert gleichzeitig vom befriedigten Insolvenzgläubiger zurückgewähren lässt. Zwar soll die Masse durch die Insolvenzanfechtung vergrößert werden,[18] sie soll aber nicht besser stehen als ohne die anfechtbare Rechtshandlung.[19] Dem Insolvenzverwalter im genannten Fall einen Entreicherungseinwand zuzugestehen, würde diesem Zweck widersprechen. Daher sollte dem Unternehmenskäufer, insoweit der Kaufpreis zur Befriedigung von sonst zukünftigen Insolvenzgläubigern genutzt wurde, eine Masseforderung zustehen. Im Übrigen ist die Masse jedoch nicht bereichert, sodass der Käufer sich dann gem. § 144 II 2 InsO mit einer einfachen Insolvenzforderung begnügen muss.

III. Zwischenfazit

Der Käufer ist zur Rückgewähr des Unternehmens verpflichtet und kann im Gegenzug i.d.R. nur auf Rückgewähr eines geringen Anteils des gezahlten Kaufpreises hoffen. In Anbetracht der Größenordnung von Unternehmenskaufpreisen kann dies nicht selten auch in der Insolvenz des Unternehmenskäufers münden.[20] Das Risiko bei erfolgreicher Insolvenzanfechtung ist demnach enorm.

C. Erfüllung der Anfechtungstatbestände beim Unternehmenskauf

I. Grundtatbestand, § 129 InsO

Nach § 129 I InsO sind sämtliche Rechtshandlungen anfechtbar, die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgen und gläubigerbenachteiligend wirken.

Eine Gläubigerbenachteiligung liegt vor, wenn die für die Insolvenzgläubiger verwertbare Masse verringert wird.[21] Grundsätzlich genügt eine mittelbare Benachteiligung.[22] Es reicht demnach schon aus, wenn sich bis zum Abschluss des Anfechtungsprozesses eine Benachteiligung durch Hinzutreten weiterer Umstände ergibt.[23] Ein Unternehmenskauf benachteiligt die Insolvenzmasse so etwa auch, wenn die Veräußerung zwar zu einem angemessenen Preis erfolgt, der Schuldner das Geld aber im Anschluss zur Befriedigung einzelner Gläubiger oder für sich verwendet oder der Wert des veräußerten Unternehmens nachträglich steigt.[24]

Neben den Grundvoraussetzungen, die beim Unternehmenskauf in Insolvenznähe mithin erfüllt sein können, muss zusätzlich einer der Anfechtungsgründe der §§ 130 ff. InsO einschlägig sein.

II. Besondere Anfechtungstatbestände,[25] §§ 130-132 InsO

1. Deckungsanfechtungen, §§ 130, 131 InsO

a) Verhältnis von § 130 und § 131 InsO

Die Deckungsanfechtungen (§§ 130, 131 InsO) beziehen sich auf das Erfüllungsgeschäft und unterscheiden danach, ob der befriedigte bzw. besicherte Insolvenzgläubiger[26] einen Anspruch auf diese Erfüllung hatte (kongruente Deckung, § 130 InsO) oder ob dies nicht, zumindest nicht in dieser Art bzw. zu dieser Zeit, der Fall war (inkongruente Deckung, § 131 InsO).

Der Anspruch auf die Übertragung des Unternehmens wird üblicherweise erst ab vereinbarter Fälligkeit erfüllt, sodass es

---

[13] *Hallermann*, Die Risiken einer Insolvenzanfechtung für den Käufer eines Unternehmens, 2007, 120; *Heckschen,* in: Reul/Heckschen/Wienberg (Hrsg.), Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis² 2018, § 4 Rn. 1368.

[14] Das gilt erst recht für den nach h.M. relevanten Rückgewährzeitpunkt, vgl. *Windhöfel et al.* (Fn. 5), Rn. 62 m.w.N.; *Wessels*, ZIP 2004, 1237, 1238.

[15] *Hallermann* (Fn. 16), 120; *Heckschen* (Fn. 16), § 4 Rn. 1368; *Buchta* (Fn. 3), Rn. 14.83.

[16] Vgl. *Schwab*, in: Münchener Kommentar zum BGB⁷, 2017, § 818 Rn. 186 ff.

[17] *Hallermann* (Fn. 16), 122 f.

[18] BT-Drucks. 12/2443, 82, 85; *Ehricke*, in: KPB-InsO (Fn. 12), § 129 Rn. 1.

[19] *Foerste*, Insolvenzrecht⁷, 2018, Rn. 340; *Hirte/Ede*, in: Uhl-InsO (Fn. 13), § 144 Rn. 8.

[20] *Hallermann* (Fn. 16), 127.

[21] *Haas*, ZIP 2006, 1373, 1376 f.; *Wessels*, ZIP 2004, 1237.

[22] BGHZ 143, 246, 254; *Foerste* (Fn. 22), Rn. 294; *Ehricke*, in: KPB-InsO (Fn. 12), § 129 Rn. 93.

[23] Vgl. BGHZ 143, 246, 253; *Windhöfel et al.* (Fn. 5), Rn. 35; *Hallermann* (Fn. 16), 49.

[24] Vgl. BGH, ZIP 1993, 271, 274; *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht⁸, 2017, Rn. 252; *Wessels*, ZIP 2004, 1237.

[25] §§ 130-132 InsO sind besondere Anfechtungstatbestände, da sie nur im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden können. Die §§ 133 ff. InsO finden hingegen eine Entsprechung im AnfG und können auch außerhalb der Insolvenz geltend gemacht werden, vgl. *Schoppmeyer*, in: KPB-InsO (Fn. 12), § 130 Rn. 2.

[26] Für §§ 130, 131 InsO kommt es darauf an, dass der Anfechtungsgegner ohne die erlangte Deckung im anschließenden Insolvenzverfahren als Insolvenzgläubiger teilnehmen könnte, vgl. BGHZ 89, 189, 194; *Ede/Hirte*, in: Uhl-InsO (Fn. 13), § 130 Rn. 12.

sich i.d.R. um eine kongruente Deckung handelt und daher folgend nur § 130 InsO weitere Berücksichtigung findet.

b) Voraussetzungen der Kongruenzanfechtung, § 130 InsO

Die Übertragung des Unternehmens ist nach § 130 I InsO anfechtbar, wenn innerhalb von drei Monaten nach Übertragung ein Eröffnungsantrag gestellt wird bzw. bereits gestellt ist und der Käufer zum Zeitpunkt der Übertragung nach § 130 II InsO mindestens Kenntnis über Umstände hatte, die auf die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners bzw. den Eröffnungsantrag schließen ließen. Insbesondere bei umfassender *Due Diligence* kann § 130 InsO beim Unternehmenskauf in Insolvenznähe folglich einschlägig sein.

2. Unmittelbarkeitsanfechtung, § 132 InsO

a) Abgrenzung zu § 130 InsO

§ 132 InsO setzt im Unterschied zu § 130 InsO ein Rechts*geschäft* als anzufechtende Rechtshandlung und eine *unmittelbare* Gläubigerbenachteiligung voraus.

Da § 132 InsO gegenüber §§ 130, 131 InsO nur einen Auffangtatbestand bildet,[27] kann nur der Unternehmenskaufvertrag, nicht aber die Erfüllungshandlung von § 132 InsO erfasst sein. Der Unternehmenskaufvertrag, der ein Rechtsgeschäft darstellt,[28] benachteiligt die Gläubiger unmittelbar, wenn die vertraglich vereinbarte Gegenleistung nicht gleichwertig ist.

b) Problem der Angemessenheit des Kaufpreises

Aus den Schwierigkeiten der Bewertung eines Unternehmens,[29] ergibt sich durchaus die Gefahr, dass ein Unternehmen objektiv unter Wert veräußert wird. Erschwerend kommt in Insolvenznähe hinzu, dass die Verhandlungsposition des Käufers tendenziell stärker ist, da der Verkäufer angesichts seines dringenden Liquiditätsbedarfs zugunsten einer schnellen Vollziehung Preisabschläge in Kauf nimmt.[30]

c) Problem der Übernahme von Verbindlichkeiten

Eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung kommt zudem in Betracht, wenn der Käufer im Zuge eines *Asset Deals* nicht nur Vermögenswerte, sondern auch (einzelne) Verbindlichkeiten unter Anrechnung auf den Kaufpreis übernimmt. Dadurch werden der Insolvenzmasse Vermögensgegenstände ohne entsprechende Gegenleistung entzogen.[31] Die Gläubiger der übernommenen Verbindlichkeiten erhalten volle Befriedigung, während sich die übrigen Gläubiger mit einer quotalen Befriedigung zufriedengeben müssen.[32]

[27] BT-Drucks. 12/2443, 159; *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, 2010, 431 ff.

[28] *Ganter/Weinland*, in: KS-InsO (Fn. 13), § 132 Rn. 12; *Ede/Hirte*, in: Uhl-InsO (Fn. 13), § 132 Rn. 2.

[29] Dazu etwa: *Hallermann* (Fn. 16), 20 f.; *Beisel*, in: Beisel/Klumpp (Hrsg.), Der Unternehmenskauf 2016, § 4 Rn. 4.

[30] *Lachmann* (Fn. 3), Rn. 2280; *Jordan*, in: Schalast (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des M&A-Geschäftes 2011, 179, 204.

[31] *Lachmann* (Fn. 3), Rn. 2281; *Beisel* (Fn. 32), § 5 Rn. 62.

[32] *Windhöfel et al.* (Fn. 5), Rn. 38; *Sinhart,* in: Picot (Hrsg.), Unternehmenskauf und Restrukturierung 2013, § 16 Rn. 25; vgl. auch: BGHZ 87, 246, 250; BGH, ZIP 1991, 807, 810.

III. Vorsatzanfechtung, § 133 InsO

1. Systematik seit der Anfechtungsreform 2017[33]

Nach § 133 InsO ist eine Anfechtung deutlich vor der bisher erörterten Drei-Monatsfrist möglich. Für Rechtshandlungen, die der Deckung dienen, legt § 133 II InsO seit der Anfechtungsreform eine Anfechtungsfrist von vier Jahren fest, während für übrige Rechtshandlungen gem. § 133 I InsO eine Frist von zehn Jahren gilt. § 133 II und III InsO differenzieren wie §§ 130, 131 InsO nach inkongruenter und kongruenter Deckung. In Bezug auf den Unternehmenskauf kommt mithin § 133 I InsO für das Verpflichtungsgeschäft sowie § 133 III InsO für die Übertragung des Unternehmens in Betracht.

2. Subjektive Voraussetzungen

a) Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners

Der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz ist bereits bei *dolus eventualis* gegeben.[34] Um nicht in Wertungswidersprüche zu §§ 130, 131 InsO zu geraten, muss zur Kenntnis der eigenen (drohenden) Zahlungsunfähigkeit[35] allerdings eine zusätzliche Motivation, die Gläubiger benachteiligen zu wollen, hinzutreten.[36]

Einen entsprechenden Vorsatz kann ein Unternehmenskäufer bei seinem Geschäftspartner nie mit Sicherheit ausschließen. Zwar handelt der Verkäufer gerade beim Erfüllungsgeschäft i.d.R. mit der Intention, den Kaufvertrag zu erfüllen.[37] Ein Benachteiligungsvorsatz liegt allerdings vor, wenn der Verkäufer den Kaufpreis für andere anfechtungsfeste Geschäfte verwenden, für sich selbst nutzen oder ins Ausland verschieben will.[38] Auch wenn solche Fälle selten sind, ist der nötige Vorsatz selbst beim Erfüllungsgeschäft nicht vollkommen undenkbar.[39]

b) Kenntnis des Anfechtungsgegners

Bei der Kenntnis des Käufers vom Benachteiligungsvorsatz, gilt es einige Vermutungsregeln zu berücksichtigen.[40] Vor der Anfechtungsreform konnte gem. § 133 I 2 InsO auf die Kenntnis des Benachteiligungsvorsatzes geschlossen werden, wenn der Anfechtungsgegner die drohende Zahlungsunfähigkeit des Schuldners sowie die Gläubigerbenachteiligung kannte. Dem Vorwurf der Kenntnis der Gläubigerbenachteiligung ist nur schwer zu entgehen, da auch

[33] Mit dem „Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz" vom 29.03.2017 wurden u.a. § 133 II, III InsO eingeführt und § 142 InsO neugefasst, BGBl. I 2017 654.

[34] BGHZ 131, 189, 195; *Bork*, in: KPB-InsO (Fn. 12), § 133 Rn. 24; *Huber*, in: FS Kirchhof, 2003, 247, 249.

[35] BGHZ 180, 98, 102 Rn. 10; *Bork*, ZIP 2004, 1684, 1687.

[36] *Hallermann* (Fn. 16), 65; *Ganter/Weinland*, in: KS-InsO (Fn. 13), § 133 Rn. 9.

[37] *Bressler*, NZG 2018, 321, 325; *Huber*, ZIP 2018, 519, 520; *Bork*, ZIP 2004, 1684, 1691.

[38] *Hallermann* (Fn. 16), 66.

[39] Auch das Sanierungsprivileg schließt den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz nicht per se aus, vgl. dazu: *Bork*, in: KPB-InsO (Fn. 12), § 133 Rn. 58; *Thole*, ZIP 2017, 401, 407.

[40] Dazu: BT-Drucks. 12/2443, 160; BGH, ZIP 2003, 1900, 1902; *Kayser*, ZIP 2018, 1153, 1158; *Haas*, ZIP 2006, 1373, 1376.

für § 133 InsO eine mittelbare Benachteiligung genügt.[41] Hinsichtlich der Kenntnis der drohenden Zahlungsunfähigkeit hat die Rechtsprechung eine weitere Vermutungsregel entwickelt, die bereits die Kenntnis von Umständen, die zwingend auf die drohende Zahlungsunfähigkeit schließen lassen, ausreichen lässt.[42] Bei einem Unternehmenskauf (in Insolvenznähe) ist es nicht auszuschließen, dass ein Käufer entsprechende Kenntnisse i.R.d. *Due Diligence* erlangt, sodass der Tatbestand des § 133 InsO durchaus eine ernstzunehmende Anfechtungsgefahr begründet.[43]

Diese Vermutungsregeln gelten nach der Anfechtungsreform weiterhin für das Verpflichtungsgeschäft. In Bezug auf die Erfüllung hat sich die Rechtslage jedoch geändert. Nach § 133 III 1 InsO gilt die Vermutungsregel des § 133 I 2 InsO für kongruente Deckungen nur dann, wenn der Käufer die *eingetretene* Zahlungsunfähigkeit kannte. Ein solcher Nachweis wird dem Insolvenzverwalter schwerer fallen[44] und lässt sich nicht mehr allein auf Kenntnis von Umständen stützen, die auf eine drohende Zahlungsunfähigkeit schließen lassen. Durch die Anfechtungsreform wurde die Hürde einer erfolgreichen Vorsatzanfechtung bei der Übertragung eines Unternehmens folglich höher gelegt. Eine Restgefahr verbleibt jedoch.

IV. Anfechtung bei unentgeltlicher Leistung, § 134 InsO

Da eine (teilweise) unentgeltliche Leistung bereits vorliegt, wenn keine *ausgleichende* Gegenleistung vereinbart wurde,[45] ist der Tatbestand des § 134 InsO beim Unternehmenskauf nicht von vornherein undenkbar. Allerdings befindet sich die vereinbarte Gegenleistung trotz der Bewertungsschwierigkeiten und selbst bei Notverkäufen[46] in aller Regel in einem angemessenen Beurteilungsspielraum, wodurch die Entgeltlichkeit des Geschäfts begründet wird.[47]

Das Risiko einer Anfechtung nach § 134 InsO ist beim Unternehmenskauf – auch in Insolvenznähe – daher i.d.R. auszuschließen.

V. Deckungsanfechtung in Bezug auf Gesellschafterdarlehen, § 135 InsO

Nach § 135 I InsO sind die Besicherung von Gesellschafterdarlehen innerhalb von zehn Jahren (Nr. 1) sowie deren Rückzahlung innerhalb von einem Jahr (Nr. 2) vor Insolvenzantrag anfechtbar.

Für den Unternehmenskauf könnte § 135 I InsO relevant werden, wenn Gesellschafterdarlehen im Zuge des Unternehmenskaufs besichert oder zurückgeführt würden und die Gesellschaft dann innerhalb der Anfechtungsfrist insolvent wird.

In der Praxis wird im Umgang mit Gesellschafterdarlehen beim Unternehmenskauf üblicherweise die Abtretungslösung gewählt.[48] Dabei erwirbt der Käufer im Rahmen eines *Share Deals* neben den Gesellschaftsanteilen auch die Gesellschafterdarlehen durch Abtretung.[49] § 135 I InsO wäre bei der Abtretungslösung nur dann einschlägig, wenn die Deckung auch nach der Abtretung noch anfechtbar wäre.

Zu dieser Frage ist das viel kritisierte[50] Urteil des BGH vom 21.02.2013[51] in den Blick zu nehmen. Danach bleibt die Anfechtungsmöglichkeit bei der Abtretung an einen Dritten bestehen, sofern die Abtretung bei Insolvenzantragstellung noch nicht länger als ein Jahr zurückliegt.[52] Dies soll sicherstellen, dass der Zedent sich der insolvenzrechtlichen Anfechtung nicht entziehen kann.[53] In der vom BGH entschiedenen Konstellation wurde das Darlehen allerdings an einen Nichtgesellschafter abgetreten.[54] Da beim Unternehmenskauf Gesellschaftsanteil und Gesellschafterdarlehen i.d.R. auf dieselbe Person übergehen, wird der Unternehmenskäufer hingegen Gesellschafter. Die vom BGH entwickelte Rechtsprechung, die vor den Folgen des Auseinanderfallens von Gesellschafter- und Gläubigerstellung schützen wollte,[55] greift folglich nicht unmittelbar. Eine erwogene Erstreckung[56] dieser Rechtsprechung auf den Fall des Unternehmenskaufs ist allerdings auch gar nicht nötig. Denn beim Übergang eines Gesellschafterdarlehens auf einen neuen Gesellschafter bestehen schon vom Wortlaut her keine Zweifel, dass die Qualifikation als Gesellschafterdarlehen, mit der die Anfechtungsmöglichkeit einhergeht,[57] bestehen bleibt.[58] Das ergibt sich auch aus §§ 39 I Nr. 5, 135 I InsO.[59]

Zahlt die Zielgesellschaft also die an den Unternehmenskäufer abgetretenen Darlehen zurück und es kommt binnen eines Jahres zum Insolvenzantrag über ihr Vermögen, sind diese Rückzahlungen anfechtbar.[60] Es besteht somit ein Anfechtungsrisiko für den Unternehmenskäufer. Dieses hat er aber voll und ganz in der eigenen Hand. Es liegt in seiner Sphäre, sich das Darlehen zurückzahlen zu lassen, ohne die Solvenz der Gesellschaft im Anfechtungszeitraum

---

41 *Hallermann* (Fn. 16), 67, 130; *Wessels*, ZIP 2004, 1237, 1238; *Huber* (Fn. 37), 247, 251 f.

42 BGH, ZIP 2003, 1799, 1801; 1900, 1902; *Thole*, in: HK-InsO (Fn. 4), § 133 Rn. 37; *Ede/Hirte*, in: Uhl-InsO (Fn. 13), § 133 Rn. 69 m.w.N.

43 Vgl. *Sinhart* (Fn. 35), § 16 Rn. 21; *Bressler*, NZG 2018, 321, 323.

44 *Kayser*, ZIP 2018, 1153, 1159 f.

45 RGZ 165, 223, 224 f.; BGHZ 113, 98, 101 f.; *Ede/Hirte*, in: Uhl-InsO (Fn. 13), § 134 Rn. 28; *Gerhardt*, ZIP 1991, 273, 279.

46 Vgl. *Bork*, in: KPB-InsO (Fn. 12), § 134 Rn. 40; *Ganter/Weinland*, in: KS-InsO (Fn. 13), § 134 Rn. 23.

47 BGHZ 71, 61, 66; *Ede/Hirte*, in: Uhl-InsO (Fn. 13), § 134 Rn. 29; *Kayser*, in: MüKo-InsO (Fn. 4), § 134 Rn. 40, 41.

48 *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, 2015, Rn. 396, 398; *Primozic*, NJW 2016, 679;*Werner*, StBW 2014, 154, 155 f.

49 Dazu ausführlich: *Greven*, BB 2014, 2309, 2309 ff.; vgl. auch: *Primozic*, NJW 2016, 679; *Lauster*, WM 2013, 2155.

50 Kritisiert wurde v.a. die dogmatische Begründung sowie die Reichweite der Zedentenhaftung, vgl. etwa: *Thole* (Fn. 51), Rn. 394; *Greven*, BB 2014, 2309, 2311; *Jungclaus*, NZI 2013, 308, 311 ff.; *Lauster*, WM 2013, 2155, 2157 f.

51 BGHZ 196, 220.

52 Vgl. BGHZ 196, 220, 228 Rn. 24 f.; BGH, ZIP 2012, 86, 88 Rn. 13 ff.; *Reinhard/Schützler*, ZIP 2013, 1898, 1899 m.w.N.

53 Vgl. BGHZ 196, 220, 229 Rn. 26.

54 BGHZ 196, 220, 221 Rn. 2, 228 f. Rn. 24 ff.

55 Vgl. *Primozic*, NJW 2016, 679, 680; *Reinhard/Schützler*, ZIP 2013, 1898, 1900 f.

56 *Primozic*, NJW 2016, 679, 680; *Greven*, BB 2014, 2309, 2311; *Werner*, StBW 2014, 154, 157.

57 Vgl. BGHZ 196, 220, 229 Rn. 27; *Preuß*, in: KPB-InsO (Fn. 12), § 135 Rn. 26.

58 *Kebekus/Zenker*, in: FS Wellensiek, 2011, 475, 491.

59 *Neuberger*, ZInsO 2018, 1125, 1127; *Haas*, ZIP 2017, 545, 546 f.

60 Bei Sanierungszwecken gilt die Ausnahme gem. § 135 IV i.V.m. § 39 IV 2 InsO, vgl. dazu: *Thole* (Fn. 51), Rn. 389.

sicherzustellen.[61]

Es können sich in dieser Situation jedoch erhebliche Risiken für den Unternehmensverkäufer ergeben. Der BGH hat im genannten Urteil nämlich zudem entschieden, dass bei der Rückzahlung von abgetretenen Gesellschafterdarlehen neben dem Zessionar (hier Unternehmenskäufer) gesamtschuldnerisch auch der Zedent (hier Unternehmensverkäufer) haftet.[62] Diese Entscheidung wurde vor allem mit der Erwägung begründet, dass den Gesellschafter eine Finanzierungsfolgenverantwortung[63] treffe.[64] Aufgrund dieser dürften die Rechtsfolgen des § 135 I Nr. 2 InsO nicht durch die Wahl einer bestimmten rechtlichen Konstruktion aufgeweicht oder unterlaufen werden.[65] In der Abtretung lasse sich nach wirtschaftlicher Betrachtung eine Veranlassung durch den Gesellschafter zur Zahlung an den Zessionar als seine Geheißperson sehen.[66] Die Rückzahlung sei dem ursprünglichen Gesellschafter mithin zuzurechnen, sodass im Ergebnis seine Finanzierungsfolgenverantwortung seine Haftung begründe.[67]

Auch dies greift angesichts der abweichenden Sachlage nicht unmittelbar für den Unternehmenskauf. Der BGH hat sich zu einer Ausdehnung der Rechtsprechung auf Unternehmenskäufe bislang noch nicht geäußert.[68] Bei genauerer Betrachtung der Fakten des entschiedenen Falls scheint eine solche zweifelhaft. Die Fakten erwecken den starken Eindruck, dass der BGH ein kollusives Verhalten vermutete, ohne dies ausdrücklich festzustellen und daher über § 135 InsO eine Möglichkeit suchte, dies zu pönalisieren.[69] Da bei der Abtretung von Gesellschafterdarlehen i.V.m. Gesellschaftsanteilen (also beim Unternehmenskauf) ein wesentlich geringeres Missbrauchsrisiko besteht,[70] entfällt dieses Motiv des BGH.

Zudem tritt der Unternehmenskäufer durch die Abtretung von Forderung und Gesellschafterstellung in die entsprechende Pflichten- und wohlinformierte Stellung des Gesellschafterdarlehensgebers ein.[71] Damit geht die Finanzierungsfolgenverantwortung vom Verkäufer auf ihn über.[72] Eine Aufrechterhaltung der Finanzierungsfolgenverantwortung des Altgesellschafters, die im entschiedenen Fall nötig erschien, weil die Finanzierungsfolgenverantwortung in Bezug auf das Darlehen sonst niemanden mehr getroffen hätte, ist hier also nicht erforderlich.[73] Das grundlegende Argument des BGH kommt damit im Falle von *M&A*-Transaktionen nicht zum Tragen.[74]

Demnach sprechen gute Gründe gegen eine Ausdehnung der Rechtsprechung. Es fehlt bislang aber an dies bestätigender höchstrichterlicher Rechtsprechung. Somit verbleibt vorerst eine gewisse Rechtsunsicherheit. Sollte die Haftung auch auf den Unternehmensverkäufer ausgedehnt werden, hätte das für ihn nach § 143 I InsO zur Folge, dass er zur „Rückgewähr" des ausgezahlten Darlehens verpflichtet wäre. Im Gegenzug könnte er nichts von der Gesellschaft verlangen. Denn die Forderung, die nach § 144 I InsO wiederaufleben würde, hat er zuvor an den Unternehmenskäufer abgetreten. Für den Unternehmensverkäufer besteht nach § 135 I InsO damit ein bislang unvorhersehbares Anfechtungsrisiko.

D. Handlungsempfehlungen zur Risikominimierung

I. Risikominimierungsmaßnahmen aus Sicht des Unternehmensverkäufers

Der Unternehmensverkäufer sollte den Kaufvertrag so gestalten, dass eine potenzielle Haftung aus § 135 I InsO vermieden wird.

Zum einen könnte er versuchen, das Fortbestehen eines Gesellschafterdarlehens über den Unternehmenskauf hinaus zu vermeiden.[75] Während das Rückzahlungsmodell die Anfechtungsrisiken noch verschärft,[76] geht das Einbringungsmodell, das die Anfechtungsrisiken zwar eliminiert,[77] mit Finanzierungsnachteilen für den Käufer, steuerlichen Unsicherheiten und Problemen bei mehreren Verkäufern einher.[78] Die Umsetzbarkeit stößt in der Praxis daher oft an Grenzen.[79]

Zum anderen könnte der Verkäufer versuchen, zu verhindern, dass es innerhalb der maßgeblichen Jahresfrist zu Tilgungsleistungen kommt.[80] Meistens sind jedoch weder harte Patronatserklärungen noch Negativ- und Freistellungsverpflichtungen praktikabel bzw. effizient.[81] Allein Verpflichtungen mit dinglicher Wirkung können ein gewisses Schutzniveau gewährleisten.[82]

Darüber hinaus stellt der *Asset Deal* wegen des Problems der Übernahme einzelner Verbindlichkeiten keine geeignete Ausweichmöglichkeit[83] dar.

---

61 *Reinhard/Schützler*, ZIP 2013, 1898, 1902.
62 Vgl. BGHZ 196, 220, 230 Rn. 28.
63 Dazu etwa: *Thole* (Fn. 30), 388 ff.
64 BGHZ 196, 220, 230 f. Rn. 31.
65 BGHZ 196, 220, 230 f. Rn. 31.
66 BGHZ 196, 220, 230 Rn. 29 f.
67 BGHZ 196, 220, 230 Rn. 30.
68 Vgl. *Neuberger*, ZInsO 2018, 1125, 1129; *Kleindiek*, ZGR 2017, 731, 749.
69 Hierzu ausführlich: *Reinhard/Schützler*, ZIP 2013, 1898, 1899; vgl. auch: *Kleindiek*, ZGR 2017, 731, 749; *Kayser*, WM 2015, 1973, 1978.
70 *Schniepp/Hensel*, BB 2015, 777, 780.
71 *Heckschen/Kreusslein*, RNotZ 2016, 351, 355; *Greven*, BB 2014, 2309, 2310.
72 *Schniepp/Hensel*, BB 2015, 777, 780; *Greven*, BB 2014, 2309, 2311; *Reinhard/Schützler*, ZIP 2013, 1898, 1900 f.
73 *Greven*, BB 2014, 2309, 2311; *Reinhard/Schützler*, ZIP 2013, 1898, 1900 f.; **a.A.** *Kebekus/Zenker* (Fn. 61), 475, 491.
74 Vgl. auch: *Lauster*, WM 2013, 2155, 2158.
75 *Primozic*, NJW 2016, 679, 681.
76 Dazu ausführlich etwa: *Greven*, BB 2014, 2309, 2310; *Lauster*, WM 2013, 2155.
77 *Krause*, in: Bauer/von Düsterlho (Hrsg.), Distressed Mergers & Acquisitions 2016, 148.
78 Dazu: *Schniepp/Hensel*, BB 2015, 777, 781 f.; *Greven*, BB 2014, 2309, 2312 ff.; *Reinhard/Schützler*, ZIP 2013, 1898, 1903 f.
79 *Greven*, BB 2014, 2309, 2316 f.; *Reinhard/Schützler*, ZIP 2013, 1898, 1903 f.
80 *Primozic*, NJW 2016, 679, 681.
81 Dazu ausführlich etwa: *Schniepp/Hensel*, BB 2015, 777, 781; *Greven*, BB 2014, 2309, 2313 ff.; *Werner*, StBW 2014, 154, 157 f.; *Reinhard/Schützler*, ZIP 2013, 1898, 1901 f.
82 Dazu ausführlich: *Primozic*, NJW 2016, 679, 681 f.
83 So etwa: *Greven*, BB 2014, 2309, 2317.

Der Verkäufer sollte sich seines Risikos zwar bewusst sein. Es ist aber eine Frage des Einzelfalls und der Verhandlungsstärke der Parteien, inwieweit sich die genannten Möglichkeiten umsetzen lassen.

II. Risikominimierungsmaßnahmen aus Sicht des Unternehmenskäufers

1. Gläubigerbenachteiligung

Um eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung im Zuge des Vertragsschlusses zu vermeiden, sollte der Unternehmenskäufer bei einem *Asset Deal* unbedingt von der Übernahme einzelner Verbindlichkeiten absehen.[84] Hinsichtlich der Vereinbarung eines gleichwertigen Kaufpreises ist es problematisch, dass eine solche eigentlich dem Interesse des Käufers widerstrebt. Der Käufer wird gerade in Insolvenznähe versuchen wollen, seine bessere Verhandlungsposition auszunutzen und einen besonders günstigen Kaufpreis zu vereinbaren.[85] Zugunsten der Vermeidung von Anfechtungsrisiken sollte ihm jedoch an einem gleichwertigen Kaufpreis gelegen sein. Dabei wird die Problematik der Unternehmensbewertung relevant, die es nahezu unmöglich macht, einen objektiv gleichwertigen Kaufpreis zu vereinbaren.[86] Eine Verkehrswertklausel kann helfen, diese Problematik einzudämmen.[87] Danach ist als Kaufpreis der objektive Unternehmenswert zu entrichten, der von einer unabhängigen Stelle ermittelt wird.[88] Praktikabler ist es, die Bewertung einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zu überlassen oder sich durch diese wenigstens die Angemessenheit des Kaufpreises durch eine *Fairness Opinion* bestätigen zu lassen.[89] Da der maßgebliche Unternehmenswert aber erst im Zuge des Anfechtungsprozesses ermittelt wird, stellt dies kein rechtssicheres Mittel dar und es verbleibt ein Restrisiko.[90] Dieses kann nur vermeiden, wer die Ermittlung des Unternehmenswerts gem. § 317 BGB demjenigen Gericht überlässt, das auch für einen Anfechtungsprozess zuständig wäre. Nachteil dabei ist, dass noch vor *Closing* ein Prozess geführt werden muss, was die Praktikabilität dieser Lösung erheblich einschränkt.[91]

2. Subjektive Voraussetzungen

Der Käufer könnte weiterhin versuchen, die subjektiven Voraussetzungen nicht zu erfüllen. Das heißt, er dürfte zum anfechtungsrechtlich maßgeblichen Zeitpunkt keine Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Verkäufers (§§ 130, 132 InsO) bzw. dessen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz (§ 133 InsO) haben. Bei einem Unternehmenskauf in Insolvenznähe wird der Käufer etwaige Kenntnisse häufig i.R.d. *Due Diligence* erlangen.[92] Auf eine solche zu verzichten, ist keine ernstzunehmende Option.[93] Der Käufer kann aber versuchen, Kenntnis zu einem Zeitpunkt zu erlangen, der anfechtungsrechtlich irrelevant ist. Dafür kommt es auf den Vornahmezeitpunkt nach § 140 InsO an.

a) Subjektive Voraussetzungen i.R.d. Verpflichtungsgeschäfts

Solange der Käufer bei *Signing* keine Kenntnis hat, ist er mangels Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen im maßgeblichen Zeitpunkt hinsichtlich des Verpflichtungsgeschäfts auf der sicheren Seite. Um Beweisschwierigkeiten zu vermeiden, sollte er diese Unkenntnis dokumentieren.[94]

Hat der Käufer bereits bei *Signing* Kenntnis, sollte er – sofern eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung unvermeidbar ist – zwingend Abstand von der Transaktion nehmen. Sonst setzt er sich sehenden Auges der Anfechtungsmöglichkeit nach § 132 InsO aus. Gleiches gilt bei Kenntnis des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes für § 133 InsO.

b) Subjektive Voraussetzungen i.R.d. Erfüllungsgeschäfts

Der Vornahmezeitpunkt für das Erfüllungsgeschäft liegt nach § 140 I InsO im Regelfall bei der letzten Übertragungshandlung.[95] Problematisch ist es für den Käufer, wenn er Kenntnis zwischen *Signing* und *Closing* erlangt. Denn dann erfüllt er die subjektiven Voraussetzungen für die Anfechtung des Verfügungsgeschäfts, kann vom Vertragsabschluss aber keinen Abstand mehr nehmen. Im Idealfall verlegt der Käufer den Vornahmezeitpunkt folglich auf den Zeitpunkt des *Signings*,[96] zu dem er noch handlungsfähig ist und sein weiteres Vorgehen von seinem Wissen abhängig machen kann. Als Instrument dient ihm die frühe Begründung eines Anwartschaftsrechts am gesamten Kaufgegenstand.[97] Nach § 140 III InsO bleibt bei bedingten Rechtshandlungen der Bedingungseintritt nämlich außer Betracht, sodass als Vornahmezeitpunkt die Anwartschaftsbegründung gilt und es für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen auf diesen Zeitpunkt ankommt.[98]

Für den *Asset Deal* ist eine solche Konstruktion praktisch ausgeschlossen.[99] Für den *Share Deal* erfordert sie, dass die Anteilsübertragung im Kaufvertrag aufschiebend bedingt erklärt wird.[100] Darüber hinaus muss der Käufer eine gesicherte Erwerbsposition erlangen, die nicht mehr einseitig durch den Verkäufer zerstört werden kann.[101] Fraglich ist, ob die üblichen Übertragungsvoraussetzungen die Entstehung eines Anwartschaftsrechts verhindern können. Allein ein

---

84 *Lachmann* (Fn. 3), Rn. 2282, 2303; *Buchta* (Fn. 3), Rn. 14.100; Ausnahme: Beim *Asset Deal* zu Sanierungszwecken hilft ggf. das Sanierungsprivileg, vgl. *Beisel* (Fn. 32), § 5 Rn. 62.

85 *Buchta* (Fn. 3), Rn. 14.75.

86 Vgl. *Lachmann* (Fn. 3), Rn. 2304.

87 *Wessels*, ZIP 2004, 1237, 1246.

88 *Wessels*, ZIP 2004, 1237, 1246.

89 *Buchta* (Fn. 3), Rn. 14.94; *Bressler*, NZG 2018, 321, 322; *Wessels*, ZIP 2004, 1237, 1245.

90 *Freitag/Kiesewetter/Narr*, BB 2015, 1484, 1485; *Wessels*, ZIP 2004, 1237, 1245 f.

91 *Wessels*, ZIP 2004, 1237, 1246.

92 *Windhöfel et al.* (Fn. 5), Rn. 24; *Grotheer*, RNotZ 2012, 355, 372 f.

93 Dazu: *Lachmann* (Fn. 3), Rn. 2266, 2283 f.; *Bressler*, NZG 2018, 321, 322; *Aleth/Böhle*, DStR 2010, 1186, 1191.

94 *Buchta* (Fn. 3), Rn. 14.105; *Bressler*, NZG 2018, 321, 322.

95 *Ehricke*, in: KPB-InsO (Fn. 12), § 140 Rn. 5; *Ede/Hirte*, in: Uhl-InsO (Fn. 13), § 140 Rn. 5.

96 *Windhöfel et al.* (Fn. 5), Rn. 44; *Wessels*, ZIP 2004, 1237, 1240.

97 *Lachmann* (Fn. 3), Rn. 2291; *Freitag/Kiesewetter/Narr*, BB 2015, 1484, 1486.

98 *Wessels*, ZIP 2004, 1237, 1240; dazu **kritisch**: *Bromm*, ZRP 2010, 79 f.

99 Dazu: *Lachmann* (Fn. 3), Rn. 2295; *Freitag/Kiesewetter/Narr*, BB 2015, 1484, 1486; *Wessels*, ZIP 2004, 1237, 1238.

100 *Wessels*, ZIP 2004, 1237, 1239.

101 BGHZ 27, 360, 368; 37, 319, 321; 83, 395, 399; *Freitag/Kiesewetter/Narr*, BB 2015, 1484, 1486; *Grotheer*, RNotZ 2012, 355, 373.

Gremienvorbehalt ist hier problematisch.[102] Denn hängt die Wirksamkeit der Übertragung noch von der Zustimmung eines Organs des Verkäufers ab, besteht für den Verkäufer letztlich die Möglichkeit, die Erwerbsaussicht des Käufers einseitig zu zerstören.[103] Ein Anwartschaftsrecht kann in diesem Fall noch nicht bei *Signing* entstehen, sondern erst wenn das Gremium des Verkäufers zugestimmt hat. Wenn der Käufer dann bis zum Anwartschaftserwerb Kenntnis erlangt, erfüllt er wiederum die subjektiven Voraussetzungen und das Geschäft ist anfechtbar.[104] Der Käufer sollte daher versuchen, schleunigst auf eine Zustimmung des Gremiums hinzuwirken, um den Zeitraum, in dem ihm erlangte Kenntnis schaden würde, zu verkürzen.[105]

3. Anfechtungsfrist

Mit dem Vornahmezeitpunkt, also mit Begründung des Anwartschaftsrechts, beginnt auch die Anfechtungsfrist.[106] Eine weitere Option des Käufers besteht darin, die Erfüllungshandlung auf einen Zeitpunkt zu verschieben, der außerhalb der Anfechtungsfrist liegt.[107] Dadurch würde er seine Leistung erst erbringen, wenn die Gefahr einer Anfechtung gebannt wäre.[108]

Da es nicht im Interesse der Parteien liegen wird, die Erfüllungshandlung für mehrere Jahre aufzuschieben, kommt diese Option nicht für § 133 InsO in Betracht. Hinsichtlich der Drei-Monatsfrist kann sie jedoch als wirksames Mittel zur Risikominimierung genutzt werden. Dazu wird im Kaufvertrag bestenfalls eine Fälligkeitsvereinbarung getroffen, die bestimmt, dass der Kaufpreis erst drei Monate nach Anwartschaftsbegründung fällig wird.[109] Häufig wird sich der Unternehmensverkäufer in Insolvenznähe mit einer solchen Regelung jedoch nicht anfreunden können.[110] Denn aufgrund seines oft bestehenden Liquiditätsengpasses kommt es ihm gerade darauf an, den Kaufpreis zügig zu erhalten. Alternativ könnte der Käufer dann wenigstens ein verhandlungsfreundlicheres Zurückbehaltungsrecht analog § 321 I BGB für den Fall vereinbaren, dass eine der Parteien zahlungsunfähig wird oder in dauerhaften Vermögensverfall gerät.[111] Eine solche Vereinbarung hilft dem Käufer nicht, wenn er die subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen bereits bei *Signing* erfüllt. Sie schützt ihn aber bei Kenntniserlangung zwischen *Signing* und Begründung eines Anwartschaftsrechts (z.B. beim Gremienvorbehalt), indem sie die Handlungsfähigkeit des Käufers erhält, solange die subjektiven Voraussetzungen noch eintreten können.

[102] Auch zu weiteren Übertragungsvoraussetzungen: *Wessels*, ZIP 2004, 1237, 1239 f.
[103] *Freitag/Kiesewetter/Narr*, BB 2015, 1484, 1487; *Grotheer*, RNotZ 2012, 355, 373; *Wessels*, ZIP 2004, 1237, 1239.
[104] *Lachmann* (Fn. 3), Rn. 2293.
[105] *Lachmann* (Fn. 3), Rn. 2294; *Wessels*, ZIP 2004, 1237, 1240.
[106] *Lachmann* (Fn. 3), Rn. 2292; *Windhöfel et al.* (Fn. 5), Rn. 43; *Wessels*, ZIP 2004, 1237, 1239.
[107] *Windhöfel et al.* (Fn. 5), Rn. 43; *Freitag/Kiesewetter/Narr*, BB 2015, 1484, 1485 f.; *Wessels*, ZIP 2004, 1237, 1238.
[108] Vgl. *Buchta* (Fn. 3), Rn. 14.96; *Grotheer*, RNotZ 2012, 355, 358 f.
[109] *Lachmann* (Fn. 3), Rn. 2294; *Windhöfel et al.* (Fn. 5), Rn. 44; *Wessels*, ZIP 2004, 1237, 1240.
[110] *Jordan* (Fn. 30), 179, 196; *Buchta* (Fn. 3), Rn. 14.96.
[111] *Lachmann* (Fn. 3), Rn. 2294; *Wessels*, ZIP 2004, 1237, 1240.

4. Bargeschäftsausnahme

Hat der Käufer im anfechtungsrelevanten Zeitpunkt bereits Kenntnis, kann ihm nur die Bargeschäftsausnahme gem. § 142 InsO helfen, die Transaktionen für nicht anfechtbar erklärt, wenn für die Leistung des Schuldners unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung erbracht wird.

a) Unmittelbarer Leistungsaustausch

Für den unmittelbaren Leistungsaustausch ist nach § 142 II 1 InsO entscheidend, dass die Erbringung von Leistung und Gegenleistung in engem zeitlichem Zusammenhang erfolgt. Jedenfalls der Zug-um-Zug-Austausch erfüllt die Voraussetzung, sodass der Käufer damit in jedem Fall auf der sicheren Seite ist.[112] Jegliche Kaufpreisanpassungen, Sicherungseinbehalte, Treuhänderabwicklungen und Kreditierungen verbieten sich hingegen.[113]

b) Gleichwertige Gegenleistung

Gleichwertigkeit i.S.d. § 142 I InsO liegt vor, wenn es sich um eine bloße Vermögensumschichtung im Wege eines Aktivtauschs innerhalb der frei verwertbaren Masse handelt und somit keine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung gegeben ist.[114] Insofern lässt sich auf die Ausführungen zur Vermeidung der unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung verweisen.[115]

c) Anwendbarkeit der Bargeschäftsausnahme

Die Bargeschäftsausnahme bietet mithin eine effektive Möglichkeit, das Anfechtungsrisiko selbst bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen zu eliminieren. Anwendbar ist sie jedenfalls für die besonderen Anfechtungsgründe. Seit der Anfechtungsreform überträgt § 142 InsO n.F. die Ausnahmemöglichkeit auch auf die Vorsatzanfechtung, sofern der Schuldner nicht unlauter handelt und der Anfechtungsgegner nicht entsprechende Kenntnis hat. Die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit des Verkäufers schadet dem Käufer mithin auch in Bezug auf § 133 InsO nicht mehr, sofern die Voraussetzungen eines Bargeschäfts vorliegen. Um potenziellen Unlauterkeitsvorwürfen vorzubeugen, hilft eine Dokumentation, dass die Kaufpreiserlöse zur gleichmäßigen Bedienung der ansonsten ausstehenden Verbindlichkeiten verwendet werden.[116]

Sind all diese Risikominimierungsmaßnahmen für den Käufer nicht umsetzbar, sollte er Abstand von der Transaktion nehmen (können). Im Hinblick auf das Verpflichtungsgeschäft empfiehlt es sich demnach, mit dem Abschluss des Kaufvertrags bis nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu warten. Damit der Käufer auch noch vom Erfüllungsgeschäft Abstand nehmen kann, sollte er sich zudem ein Zurückbehaltungs-/ Lösungsrecht einräumen

[112] RGZ 100, 62, 64; *Ehricke*, in: KPB-InsO (Fn. 12), § 142 Rn. 15; *Bressler*, NZG 2018, 321, 326; *Wessels*, ZIP 2004, 1237, 1245.
[113] *Hörmann* (Fn. 1), 85, 115; *Wessels*, ZIP 2004, 1237, 1245; vgl. auch: *Thole*, in: HK-InsO (Fn. 4), § 142 Rn. 8.
[114] Vgl. BGHZ 123, 320, 323; *Lachmann* (Fn. 3), Rn. 2302; *Freitag/Kiesewetter/Narr*, BB 2015, 1484, 1485; *Wessels*, ZIP 2004, 1237, 1245.
[115] Vgl. D.II.1.
[116] *Bressler*, NZG 2018, 321, 326.

lassen, von dem er bei Kenntniserlangung vor dem Vornahmezeitpunkt Gebrauch machen kann.[117]

E. Fazit

1. Fällt das Zielunternehmen nach Verkauf in die Insolvenz, kann sich für den Verkäufer ein Risiko aus § 135 I InsO ergeben, sofern die BGH-Rechtsprechung zur Haftung des Zedenten auf *M&A*-Transaktionen ausgeweitet wird.

2. Zur Vermeidung des Risikos, das Gesellschafterdarlehen bei einer Ausweitung zurückgewähren zu müssen, kann der Verkäufer von der Abtretung des Darlehens absehen und es stattdessen i.R.d. Einbringungslösung zum Erlöschen bringen oder den Käufer verpflichten, es nicht im maßgeblichen Zeitraum zurückzugewähren.

3. Für den Unternehmenskäufer können die Anfechtungstatbestände der §§ 130, 132 und 133 InsO zur Gefahr werden, wenn eine Verkäuferinsolvenz eintritt.

4. Das Risiko der Vorsatzanfechtung ist durch die Anfechtungsreform jedoch erheblich gesunken. Denn für den üblichen Unternehmenskauf wird dem Insolvenzverwalter eine Anfechtung nach § 133 InsO durch Abschwächung der Vermutungsregel und Anwendbarkeit der Bargeschäftsausnahme erheblich erschwert.

5. Bei erfolgreicher Anfechtung droht dem Käufer das enorme Risiko einer „asymmetrischen Rückabwicklung".[118] Im schlimmsten Fall muss er das Unternehmen zurückgewähren und erleidet den vollständigen Verlust des Kaufpreises.

6. Daher sollte er insbesondere einen gleichwertigen Kaufpreis vereinbaren. So verhindert er die Erfüllung des § 132 InsO und kann bei unmittelbarem Leistungsaustausch von der Bargeschäftsausnahme des § 142 InsO profitieren. Dabei problematische Bewertungsschwierigkeiten können effektiv nur durch Vereinbarung einer Verkehrswertklausel und die Preisfestsetzung durch Gericht gelöst werden.

7. Zudem sollte der Käufer den Vornahmezeitpunkt durch die frühe Begründung eines Anwartschaftsrechts so weit wie möglich vorverlagern.

8. Gelingt ihm der Anwartschaftserwerb mit *Signing* und hat er zu diesem Zeitpunkt (noch) keine Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Verkäufers, ist er geschützt, wenn er diese Nichtkenntnis nachweisen kann.

9. Kann der Anwartschaftserwerb erst später erfolgen, sollte der Käufer Fälligkeitsregeln oder Einbehaltungsmöglichkeiten vereinbaren, die den Verlust des Kaufpreises ausschließen.

10. Zwar erscheint ein *Asset Deal* in Insolvenznähe mitunter sehr attraktiv, weil der Käufer sich die rentablen Betriebsteile herauspicken kann.[119] Mit Blick auf die Anfechtungsrisiken ist jedoch der *Share Deal* vorzugswürdig. Denn die Übernahme von nur einzelnen Verbindlichkeiten erhöht das Anfechtungsrisiko erheblich und die sonst effektive Risikominimierungsmaßnahme eines frühen Anwartschaftserwerbs kann hier nicht weiterhelfen.

11. Welche Maßnahmen umsetzbar sind, ist letztlich vom Einzelfall abhängig. Eine allgemeingültige Vermeidungsstrategie gibt es nicht. Die Parteien sollten sich aber über die potenziellen Anfechtungsrisiken bewusst sein und die im Einzelfall umsetzbaren Maßnahmen in den Unternehmenskaufvertrag integrieren.

---

[117] *Grotheer*, RNotZ 2012, 355, 373; *Wessels*, ZIP 2004, 1237, 1246.
[118] *Wessels*, ZIP 2004, 1237, 1238.
[119] *Jordan* (Fn. 30), 179, 188; *Hölzle*, DStR 2004, 1433, 1433 ff.

Helena Sophia Spek*

Anrechnung ausländischer Steuern auf die Gewerbesteuer

A. Einführung

Gerade die ursprünglich inlandsbezogene Gewerbesteuer verursacht inzwischen viele Probleme im internationalen Steuerrecht. Entgegen ihrer ursprünglichen Konzeption erfasst die Gewerbesteuer auch grenzüberschreitende Sachverhalte. Trotz daraus folgender möglicher Doppelbelastung durch ausländische Steuer und Gewerbesteuer unterlässt der Gesetzgeber es weiterhin, die Gewerbesteuer in das deutsche Anrechnungssystem ausländischer Steuer zu integrieren. Dabei hat sich das Problem der fehlenden Gewerbesteueranrechnung inzwischen drastisch verstärkt. Dies liegt nicht nur an zunehmenden ausländischen Aktivitäten deutscher Unternehmen, sondern vor allem auch an der Unternehmensteuerreform 2008,[1] die zu einem gesteigerten Bedürfnis nach einer Anrechnung ausländischer Steuer auf die Gewerbesteuer führte. Die Arbeit hat es sich zum Ziel gesetzt herauszuarbeiten, ob und gegebenenfalls wie eine Anrechnung ausländischer Quellensteuer auf die Gewerbesteuer schon nach bestehendem Recht möglich ist.

B. Anrechnungsvorschriften im nationalen Recht

Im deutschen Steuersystem ist nach § 34c EStG für die Einkommensteuer, und mit dem Verweis in § 26 KStG auch für die Körperschaftsteuer, eine Anrechnung ausländischer Steuern in Deutschland möglich. Neben der Voraussetzung, dass die anzurechnende ausländische Steuer gleichartig, festgesetzt und gezahlt worden ist, müssen ausländische Einkünfte im Sinne des § 34d EStG vorliegen.[2] Solche liegen beispielsweise dann vor, wenn Dividenden oder Zinsen von einem ausländischen Unternehmen an eine im Inland ansässige Person gezahlt werden. Auch Lizenzgebühren sind gemäß § 34d Nr. 7 EStG ausländische Einkünfte, wenn das Recht zur Nutzung im ausländischen Staat überlassen wird.[3]

Diese ausländischen Einkünfte können auch der Gewerbesteuer unterliegen. An sich gebietet zwar das in § 2 Abs. 1 S. 1 GewStG normierte gewerbesteuerliche Inlandsprinzip ausländische Einkünfte aus dem Gewerbeertrag zu kürzen. Insbesondere für Zinseinkünfte, Lizenzgebühren sowie Dividenden aus Streubesitz (Anteile am ausschüttenden Unternehmen < 15 %; in EU-Fällen < 10 %) und von Tochtergesellschaften in Drittstaaten mit passiven Tätigkeiten sieht das Gewerbesteuergesetz keine Kürzung vor. Diese werden dem inländischen Betrieb zugerechnet, nicht aus der inländischen Bemessungsgrundlage gekürzt und mithin der Gewerbesteuer unterworfen.

Dennoch gibt es keine vergleichbare, eigenständige Anrechnungsregelung wie § 34c EStG oder § 26 KStG im Gewerbesteuergesetz. Eine Anrechnung der ausländischen Steuer auf die Gewerbesteuer findet daher – mangels Anrechnungsmechanismus – praktisch auch nicht statt.[4]

C. Auswirkungen der fehlenden Gewerbesteueranrechnung

Bemessungsgrundlage für einen Quellensteuerabzug im Ausland ist regelmäßig der Bruttobetrag der Zahlung. In Deutschland werden dagegen die ausländischen Einkünfte im Rahmen der unbeschränkten Steuerpflicht als Nettoertrag ermittelt. Zum Beispiel finden Unterlizenzgebühren, Abschreibungen auf die überlassenen Rechte oder Refinanzierungszinsen bei Ermittlung der steuerlichen Bemessungsgrundlage im Inland Berücksichtigung.[5] Im Ergebnis kann die unterschiedliche Bemessungsgrundlage der in- und ausländischen Steuer dazu führen, dass die ausländische Steuer die inländische Einkommen- bzw. Körperschaftsteuer betragsmäßig übersteigt. Es kommt zu sog. Anrechnungsüberhängen, welche auch nicht in andere Veranlagungszeiträume übertragen werden können sondern verfallen.[6]

I. Einkommensteuerpflichtige

Kommt es zu solchen Anrechnungsüberhängen, treten die Auswirkungen beim Einkommensteuerpflichtigen nicht oder nur gering in Erscheinung. Denn die Gewerbesteuer wird nach § 35 EStG[7] bei der Einkommensteuer angerechnet, sodass es in Abhängigkeit vom jeweiligen gemeindlichen Hebesatz zu einer teilweisen bzw. vollständigen Berücksichtigung der Gewerbesteuer im Rahmen der Einkommensteuer kommt. Zwar gibt es auch hier sehr unterschiedliche Sachlagen, bei denen ein Anrechnungsüberhang verbleiben kann (z.B. bei Personengesellschaften mit Gesellschaftern, die in Verlustsituationen sind oder aus anderen Gründen die Gewerbesteuer nicht anrechnen können). Die Rechtsprechung[8] und die herrschende Meinung in der Literatur[9] sehen diese Anrechnungsüberhänge aber als verfassungsgemäß an.

II. Körperschaftsteuerpflichtige

Eine Anrechnung der Gewerbesteuer auf die Körperschaftssteuer gibt es dagegen nicht. Zeitgleich mit Einführung des

---

* Die Autorin ist Studentin der Bucerius Law School, Hamburg.

1 Unternehmensteuerreformgesetz 2008 v. 14.08.2007, BGBl. I 2007, 1912.

2 *Gosch*, in: Kirchhof EStG[17], 2017, § 34c Rn. 14; *Wagner*, in: Blümich[143], 2018, Band 3, § 34c EStG Rn. 27;

3 *Gosch*, in: Kirchhof EStG (Fn. 2), § 34d Rn. 15.

4 Vgl. *Gosch,* Außensteuerliche Aspekte der Gewerbesteuer, Hefte zur Internationalen Besteuerung, Heft 177, 2011, 22; *Schaumburg,* Internationales Steuerrecht[4], 2017, Rn. 19.554; *Haarmann*, in: FS-Gosch, 2016, 123, 123.

5 Vgl. *Rasch*, in: BeckOK EStG[1], 2018, § 34c Rn. 45.

6 *Geurts,* in: Frotscher/Geurts (Hrsg.), Kommentar zum EStG[207], 2018, §34c Rn. 70.

7 § 35 EStG selbst ist verfassungsrechtlich umstritten, vgl. *Wacker*, in: Schmidt EStG, Kommentar[37], § 35 Rn. 7.

8 BVerfG Urteil v. 21.04.2009 – 2 BvR 2523/08, Nichtannahme (juris).

9 Vgl. *Wagner*, in: Schmidt (Fn. 7), § 35 Rn. 7 EStG m.w.N.

§ 35 EStG wurde gemäß § 23 Abs. 1 KStG der Körperschaftsteuersatz von 25 % auf jetzt 15 % abgesenkt. Damit sollte die Gesamtsteuerbelastung von Kapitalgesellschaften gesenkt und die Wettbewerbsfähigkeit des Wirtschaftsstandorts Deutschland verbessert werden.

Mit der Absenkung des Körperschaftsteuertarifs hat sich das inländische Anrechnungspotential für Kapitalgesellschaften reduziert, sodass auch das Problem der fehlenden Anrechnung auf die Gewerbesteuer an Bedeutung gewonnen hat.[10] Wenn beispielsweise der Quellensteuersatz im Ausland mehr als 15 % beträgt, der unbeschränkt steuerpflichtige Unternehmer Verluste erleidet, oder aufgrund einer unterschiedlichen Bemessungsgrundlage die ausländische Steuer betragsmäßig höher ausfällt als die inländische Körperschaftsteuer, entstehen Anrechnungsüberhänge.

Zwar kann der Steuerpflichtige statt der Anrechnung den Abzug der ausländischen Steuer von der Bemessungsgrundlage nach § 34c Abs. 2 EStG iVm § 26 KStG beantragen. Jedoch ist die Entlastung durch den Steuerabzug von der Bemessungsgrundlage meist wesentlich geringer als durch die Steueranrechnung. Um eine internationale Doppelbesteuerung vollständig zu verhindern, bedarf es einer Anrechnung ausländischer Steuern auf die deutsche Gewerbesteuer.

D. Dennoch Anrechnungsverpflichtung de lege lata?

Auch wenn die dargestellte Problematik eine Vorschrift über die Gewerbesteueranrechnung im nationalen Recht vermissen lässt, besteht womöglich dennoch eine Verpflichtung des deutschen Fiskus zur Anrechnung ausländischer Steuer auf die Gewerbesteuer *de lege lata*.

I. Doppelbesteuerungsabkommen

Eine Anrechnung ausländischer Steuern auf die Gewerbesteuer kann sich aus Doppelbesteuerungsabkommen („DBA“)[11] ergeben, die Deutschland mit anderen Ländern abgeschlossen hat.

DBA sind als speziellere Normen zum Ausgleich der Doppelbesteuerung vorrangig vor innerstaatlichen Recht anzuwenden (§ 2 AO).[12] Dies bedeutet zum einen, dass die nationalen Anrechnungsregelungen keine Anwendung finden, wenn ein einschlägiges DBA eine vorrangige Vorschrift enthält.[13] Zum anderen kann sich auch eine Anrechnung nach DBA richten, wenn das nationale Recht keine entsprechenden Regelungen enthält.

Für die Frage, ob eine Anrechnungsverpflichtung für den deutschen Fiskus auf die Gewerbesteuer besteht, ist nach den jeweiligen Regelungen des DBA zu unterscheiden.

1. Fallgruppe 1: Anrechnung nur auf Einkommen- und Körperschaftsteuer

In einigen DBA sieht der jeweilige Methodenartikel vor, dass die Steuer lediglich „auf die deutsche Einkommensteuer und Körperschaftsteuer“ angerechnet werden darf.[14] Dem Wortlaut nach besteht hier kein Recht auf Anrechnung auf die Gewerbesteuer.[15]

2. Fallgruppe 2: Anrechnung ausdrücklich nicht auf Gewerbesteuer

Innerhalb der zweiten Fallgruppe, welche aus dem DBA mit der Schweiz und dem (früheren) DBA mit Australien besteht, ist eine Anrechnung auf die Gewerbesteuer ausgeschlossen. Nach Art. 24 Abs. 1 Nr. 2 DBA-Schweiz ist die Anrechnung „auf den Teil der deutschen Steuer (*mit Ausnahme der Gewerbesteuer*)“ vorzunehmen. Durch den Klammerzusatz wird deutlich, dass in diesem Regelungsfall, kein Recht auf Anrechnung der Gewerbesteuer besteht. Im Verhältnis zu Australien war bis Ende 2016 in Abschnitt 10 (e) des Protokolls zum DBA-Australien (alt) geregelt, dass der Anrechnungsüberhang im Rahmen der Ermittlung der Bemessungsgrundlage der Gewerbesteuer abgezogen werden kann. Dadurch wird ebenfalls deutlich, dass jedenfalls ein Recht auf Anrechnung auch nach diesem Abkommen nicht besteht. Das ab 2017 geltende DBA-Australien (neu) ist dagegen der dritten Fallgruppe zuzuordnen und beinhaltet keinen Zusatzabzug mehr.

3. Fallgruppe 3: Anrechnung auf deutsche Steuer

In allen anderen DBA sehen die Methodenartikel eine Anrechnung ausländischer Quellensteuer auf „die deutsche Steuer“ bzw. die „deutsche Steuer vom Einkommen“[16] vor. Dies entspricht der Regelungsform der Deutschen Verhandlungsgrundlage für Doppelbesteuerungsabkommen, welche wiederum an das OECD Musterabkommen („OECD-MA“) angelehnt ist. Art. 22 Abs. 1 Nr. 3 der Deutschen Verhandlungsgrundlage sieht vor, dass die Steuer des anderen Vertragsstaats angerechnet wird auf *die deutsche Steuer vom Einkommen* unter Beachtung der Vorschriften des deutschen Steuerrechts über die Anrechnung ausländischer Steuern.

Sehr umstritten ist, ob diese Art der Regelungsform („Fallgruppe 3“), welche in der deutschen DBA-Praxis tatsächlich die häufigste ist,[17] zu einer Anrechnung auch auf die Gewerbesteuer führen kann bzw. muss.[18] Der 1. Senat des BFH ließ diese Frage jüngst in einer Entscheidung über gewerbesteuerliche Einkünfte eines international tätigen Fußballschiedsrichters ausdrücklich offen.[19] Darüber hinaus

[10] Vgl. *Kessler/Dietrich*, IStR 2011, 108, 108; *Becker/Loose*, IStR 2012, 57, 58; M. *Frotscher*, in: FS Frotscher, 2013, S. 115, 117; *Haarman,* (Fn. 4), S. 123; *Prinz/Otto*, DB 2017, 1988, 1988.

[11] Zum derzeitigen Stand der DBA s. BMF Schreiben v. 17.01.2018, BStBl. I 2018, 239.

[12] Vgl. BFH Urteil v. 23.06.2010 – I R 71/09, IStR 2010, 701 Rn. 15; *Wassermeyer*, in: Wassermeyer (Hrsg.), Kommentar zu allen deutschen Doppelbesteuerungsabkommen[142], 2018, Band 1, Art. 1 MA, Rn. 8.

[13] Vgl. BFH, BStBl. II 1995, 580; *Wagner,* in: Blümich (Fn. 2), § 34c EStG, Rn. 134.

[14] Zum Beispiel die deutschen Abkommen mit China und Italien.

[15] Vgl. BFHE 260, 169 Rn. 42 (juris).

[16] Vgl. statt vieler nur Art. 23 Abs. 1 Buchst. b DBASpanien.

[17] Vgl. zum derzeitigen Stand der DBA Fn. 11.

[18] Vgl. zum Meinungsspektrum *Ismer,* in: Vogel/Lehner (Hrsg.), Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar[6], 2015, Art. 23A Rn. 138 m.w.N.

[19] BFHE 260, 169 Rn. 42 (juris).

lässt sich – soweit ersichtlich – nicht auf praktische Erfahrungen zurückgreifen, da eine solche Anrechnung durch betroffene Unternehmen kaum geltend gemacht wurde.[20]

a) Rückschlüsse aus dem Vergleich zu anderen Regelungsformen?

Anders als in den Fallgruppen 1 und 2 schließt diese Regelungsform vom Wortlaut her eine Gewerbesteueranrechnung nicht explizit aus. Kann daraus schon geschlossen werden, dass eine gewerbesteuerliche Anrechnung im diesem Regelungsfall gelten muss? Ansonsten hätte es auch den expliziten Klammerzusatz im DBA-Schweiz nicht gebraucht, um eine Anrechnung auf die Gewerbesteuer auszuschließen.[21] Dagegen ist aber zum einen einzuwenden, dass der Klammerzusatz rein deklaratorische Bedeutung haben kann. Zum anderen ist zu beachten, dass man aus dem DBA-Australien (alt) auch den umgekehrten Schluss ziehen kann. Auch der Methodenartikel über die Steueranrechnung des DBA-Australien (Art. 22 Abs. 2b) hatte den Wortlaut „auf die deutsche Steuer vom Einkommen". Der in 10 (e) des Protokolls zu Art. 22 DBA-Australien bis Ende 2016 geregelte Zusatzabzug bei einem Anrechnungsüberhang an australischer Steuer von den gewerbesteuerlichen Einnahmen wäre überflüssig bzw. nachteilig, wenn bei dieser Regelungsform von einer grundsätzlichen Anrechnung auch auf die Gewerbesteuer ausgegangen wird.[22] Die Rückschlüsse aus der Formulierung anderer DBA auf die Formulierungsform der Fallgruppe 3 sind also aufgrund ihrer auch gegenteiligen Auslegemöglichkeit nicht aussagekräftig. Die Antwort auf die Anrechnungsfrage muss sich vielmehr aus den Regelungen der DBA der Fallgruppe 3 selbst ergeben.

b) Gewerbesteuer als Steuer vom Einkommen

Es gilt zunächst zu klären, ob die Gewerbesteuer eine *Steuer vom Einkommen* darstellt und somit vom Wortlaut der DBA erfasst ist. In Deutschland gehört die Gewerbesteuer aufgrund ihrer Historie zur Kategorie der sogenannten Realsteuern und Objektsteuern. Auf Grund dessen wird vertreten, Realsteuern seien in diesem Zusammenhang keine *Steuern vom Einkommen*.[23] Es fehle zudem an der Vergleichbarkeit ausländischer Quellensteuer mit der deutschen Gewerbesteuer.[24]

Selbst wenn man nach deutschem Verständnis annehmen wollte, die Gewerbesteuer sei keine *Steuer vom Einkommen*, so ist dennoch zu beachten, dass nicht das nationale Verständnis auschlaggebend sein kann, sondern vielmehr die Definitionen der bilateralen Abkommen.[25] Eine Definition der *Steuer vom Einkommen* findet sich zum Beispiel in Art. 2 Abs. 2 OECD-MA wie auch in Art. 2 Abs. 2 der Deutschen Verhandlungsgrundlage. Danach sind *Steuern vom Einkommen* alle Steuern, die vom Gesamteinkommen oder von Teilen des Einkommens erhoben werden. Art. 2 Abs. 3 der Deutschen Verhandlungsgrundlage führt die Gewerbesteuer ausdrücklich als Steuer auf, für die das Abkommen gilt. Tatsächlich ist die Gewerbesteuer in allen deutschen DBA entsprechend der Deutschen Verhandlungsgrundlage als unter das Abkommen fallende Steuer aufgeführt.[26] Auch an der Gleichartigkeit der Steuern ist entgegen oben dargestellter Meinung nicht mehr zu zweifeln. Zwar stellt die Gewerbesteuer eine deutsche Besonderheit dar. Die Besonderheiten bei der Ermittlung der Bemessungsgrundlage in Form von Hinzurechnungen (§ 8 GewStG) und Kürzungen (§ 9 GewStG) ändern aber nichts an der Tatsache, dass es sich im Ergebnis bei der Gewerbesteuer um eine Besteuerung des wirtschaftlichen Ertrages eines Betriebes handelt.[27] Es geht mithin um eine Anrechnung von Ertragsteuer auf Ertragsteuer, sodass sich zwei wechselseitig entsprechende Steuern gegenüber stehen.[28] Ein zusätzliches Indiz dafür ist die Tatsache, dass ausländische Unternehmen, soweit bekannt, keine Probleme haben, deutsche Gewerbesteuer auf ihre heimische Ertragssteuer anzurechnen.[29] Zusammenfassend sprechen also die besseren Argumente dafür, die Gewerbesteuer unter den Begriff der *Steuer vom Einkommen* zu fassen.

c) Gleichstellung der Freistellungs- und Anrechnungsmethode

Für die Ausdehnung der Anrechnungsmethode auf die Gewerbesteuer spricht darüber hinaus die Systematik, denn auch die Freistellungsmethode wirkt unstreitig bei der Gewerbesteuer.[30] Dies gilt auch dann, wenn in den DBA keine ausdrückliche Regelung zur Freistellung für Gewerbesteuerzwecke enthalten ist. Denn die Freistellung führt dazu, dass die Bemessungsgrundlage (für Einkommen- bzw. Körperschaftsteuerzwecke) verringert wird. Diese verringerte Bemessungsgrundlage wird gemäß § 7 Satz 1 GewStG für die Ermittlung des Gewerbeertrages genutzt. Eine Hinzurechnung der freigestellten Einkünfte erfolgt gemäß § 8 GewStG nicht. Insbesondere hat auch der BFH entschieden, dass Dividenden, die das gewerbesteuerliche Schachtelprivileg nicht erfüllen, allerdings nach DBA freigestellt sind, nicht nach § 8 Nr. 5 GewStG dem Gewinn aus Gewerbebetrieb hinzurechnen sind.[31] Nach dieser Rechtsprechung soll die Freistellung ausländischer Einkünfte nicht nur für die Einkommen- bzw. Körperschaftsteuer wirken, sondern ausdrücklich auch für die Gewerbesteuer, unabhängig von den gewerbesteuerlichen Freistellungen nach nationalem Recht gemäß § 9 GewStG. Wenn die Freistellungsmethode als eine abkommensrechtliche Methode zur Vermeidung

---

[20] Vgl. *Wassermeyer*, in: Wassermeyer (Fn. 12), Art. 23 A MA Rn. 104; *Becker/Loose,* IStR 2012, 59; *Prinz/Otto,* DB 2017, 1990.

[21] Vgl. *Wassermeyer*, in Wassermeyer (Fn. 12), Art. 23 A MA Rn. 104. *Kessler/Dietrich*, IStR 2011, 954; *Becker/Loose*, IStR 2012, 60.

[22] *Grotherr,* in: Gosch/Kroppen/Grotherr (Hrsg.), DBA Kommentar[33], 2017, Art. 23 A/Art. 23 B Rn. 325; *Eglmaier,* IStR 2011, 955, 956; *Becker/Loose*, IStR 2012, 60 Fn. 34.

[23] *Eglmaier,* IStR 2011, 958; IStR 2011, 951, 952.

[24] *Eglmaier,* IStR 2011, 958; IStR 2011, 952.

[25] Die Interpretationsklausel in Art. 3 Abs. 2 OECD MA bzw. Art. 3 Abs. 2 der Deutschen Verhandlungsgrundlage kommt nur bei nicht im Abkommen selbst definierten Begriffen zum Tragen, *Dürrschmidt*, in: Vogel/Lehner (Fn. 8), Art. 3 Rn. 108.

[26] *Ismer,* in: Vogel/Lehner (Fn. 8)*,* Art. 23 A/ Art. 23 B 138.

[27] *Montag*, in: Tipke/Lang (Hrsg.), Steuerrecht[23], 2018, § 12 Rn. 1.

[28] *Schmidt/Blöchle,* in: Strunk/Kaminiski/Köhler (Hrsg.), Außensteuergesetz – Doppelbesteurungsabkommen[49], 2017, Art. 23 A/B OECD MA, Rn. 195; *Gosch,* (Fn. 4), 22; M. *Frotscher* (Fn. 10), S. 115, 123; *Lichtblau,* Anrechnung ausländischer Steuern im deutschen und internationalen Steuerrecht, 2015. S. 199.

[29] *Becker/Loose*, IStR 2012, 61; *Haarmann (*Fn. 4), S. 123, 127.

[30] Vgl. nur *Wassermeyer,* in: Wassermeyer (Fn. 12), Art. 23 A MA, Rn. 56.

[31] BFH, BStBl II 2011, 129, Rn. 11 ff. (juris).

der Doppelbesteuerung auch ohne ausdrückliche Nennung der Gewerbesteuer, faktisch aber auch für diese gilt, sollte gleiches bei der Anrechnungsmethode gelten.[32] Denn die Anrechnungsmethode wird allgemein als gleichwertige Methode zur Verminderung der Doppelbesteuerung angesehen.[33] Staaten können frei wählen, welche Methode sie vorrangig zur Vermeidung der Doppelbesteuerung in den DBA anwenden.[34] Diese Wahl darf aber nicht zu wesentlichen Unterschieden bei der Belastung der Steuerpflichtigen führen.[35] Der systematische Vergleich zur Freistellungsmethode spricht daher für eine Erstreckung der Anrechnung auf die Gewerbesteuer.

d) Telos der DBA

Zuletzt lohnt der Blick auf Sinn und Zweck der Anrechnungsregeln in DBA. Dieser liegt darin, in- und ausländische Einkommensteile in gleicher Weise mit deutscher Steuer zu belasten, um eine Wettbewerbsneutralität im Hinblick auf inländische Unternehmen zu erreichen (sog. Kapitalexportneutralität).[36] Nur wenn eine Anrechnung ausländischer Steuern auch auf die Gewerbesteuer vorgenommen werden kann, gelingt es, im Fall von Anrechnungsüberhängen, eine Doppelbesteuerung zu vermeiden und die ausländische Geschäftstätigkeit gleich der inländischen zu behandeln. Zumal der deutsche Gesetzgeber ansonsten eine in den DBA vorgesehene Anrechnung vollständig unterlaufen könnte, indem er die Körperschaftsteuer weiter absenken oder sogar zugunsten der Gewerbesteuer aufheben würde.[37] Somit spricht auch der Telos der Anrechnungsvorschriften der DBA für eine Anrechnung auf die Gewerbesteuer.[38]

e) Einwände gegen die Anrechnung auf Gewerbesteuer

Wortlaut, Systematik und Telos der Anrechnungsregelung der DBA der Fallgruppe 3 sprechen demnach für eine Anrechnung auf die Gewerbesteuer. Den in der Literatur geäußerten Einwänden gegen eine Gewerbesteueranrechnung widmet sich die Arbeit nun im Folgenden.

aa) Beachtung der Vorschriften des deutschen Steuerrechts

Gegen eine Anrechnung ausländischer Quellensteuer auf die Gewerbesteuer wird angeführt, dass die deutschen DBA innerhalb des jeweiligen Methodenartikels regelmäßig die Formulierung „unter Beachtung der Vorschriften des deutschen Steuerrechts“[39] (entsprechend oben zitiertem Art. 22 Abs. 1 Nr. 3 der deutschen Verhandlungsgrundlage) verwenden.[40] Das Fehlen einer Anrechnungsvorschrift im deutschen Gewerbesteuerrecht zusammen mit der genannten Formulierung führe dazu, dass es nach diesen DBA keine Anrechnung auf die Gewerbesteuer gebe.[41] Diese Interpretation verkennt aber die Bedeutung der Formulierung und würde im Ergebnis dem deutschen Gesetzgeber die Anrechnung insgesamt freistellen.[42] Neben der Tatsache, dass eine solche Handhabung wohl kaum von beiden Parteien des DBA gewollt sein kann, ist die besagte Formulierung auf der Wortlautebene nicht gleichbedeutend mit „unter der Voraussetzung, dass eine bestimmte Anrechnungsvorschrift besteht“.[43] Vielmehr ist die Formulierung als ein Rechtsfolgenverweis auf die nationalen Anrechnungsmodalitäten zu verstehen.[44] Der deutsche Gesetzgeber ist somit in der Ausgestaltung des Anrechnungsverfahrens frei (also beim „Wie“ der Anrechnung). Das „Ob“ der Anrechnung findet sich dagegen in den DBA selbst und steht nach dem Sinn und Zweck der DBA nicht zur Disposition des jeweiligen Ansässigkeitsstaates.[45] Nichts Anderes sagt auch die Regierungsbegründung zu § 34c EStG, welche ausführt, dass im Fall einer auf Basis eines Abkommens zu gewährenden Anrechnung (nur) „für die Anrechnungsmodalitäten“ die Regelungen des innerstaatlichen Rechts entsprechend gelten.[46] Der Einwand, die Anrechnung auf die Gewebesteuer auf Grundlage der Formulierung „unter Beachtung der Vorschriften des deutschen Steuerrechts“ zu versagen, überzeugt daher nicht.

bb) Territorialitätsprinzip

Bei der Nichtanrechnung auf die Gewerbesteuer könnte es sich um einen Ausfluss des – der Gewerbesteuer traditionell – inhärenten Territorialitätsprinzips handeln.[47] Denn grundsätzlich hebt das Territorialitätsprinzip, bei konsequenter Durchführung, die Notwendigkeit für eine Anrechnung ausländischer Steuern auf.[48]

Zunächst kennen aber DBA das Argument eines „Territorialitätsprinzips“ nicht.[49] Darüber hinaus ist inzwischen innerhalb der Gewerbesteuer kein durchgängiges System des Territorialitätsprinzips mehr erkennbar.[50] Es werden vielfach ausländische Einkünfte gewerbesteuerlich erfasst. Dies resultiert in einer asymmetrischen Belastung, da das symmetrische Gegenstück der Anrechnung fehlt.[51] Das Territorialitätsprinzip – oder vielmehr der Systembruch des Territorialitätsprinzips – stellt gerade einen weiteren Grund (und kein Gegenargument) dar, eine Anrechnung ausländischer Steuern bei gewerbesteuerlich erfassten, ausländischen Einkünften zu schaffen.[52]

---

32 Vgl. *Schmidt/Boller*, PIStB 2008, 270; *Becker/Loose*, IStR 2012, 60; M. *Frotscher* (Fn. 10), S. 115, 120.
33 EuGH, Rs. C-298/05 – *Columbus Container*, Slg 2007, I-10451.
34 Vgl. *Ismer,* in: Vogel/Lehner (Fn. 8), Art. 23 Rn. 5.
35 Vgl. M. *Frotscher* (Fn. 10), S. 115, 121.
36 Vgl. *Schaumburg* (Fn. 4), Rn 17.29.
37 *Becker/Loose,* IStR 2012, 60.
38 So auch *Becker/Loose,* IStR 2012, 60; *Prinz/Otto*, DB 2017, 1991.
39 Vgl. beispielsartig Art. 23 Abs. 1 b DBA-Großbritannien.
40 *Eglmaier*, IStR 2011, 951 ff.; IStR 2011, 955 ff.
41 FG Niedersachsen Urteil, EFG 2015, 2200, Rn. 149 (juris); *Lüdicke,* in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Außensteuerrecht Kommentar[77], 2018, § 34c Rn 172; *Eglmaier*, IStR 2011, 957; wohl auch: *Heurung/Seidel*, IWB 2009, 697, 690 f.
42 *Schönfeld/Hack*, in: Schönfeld/Ditz (Hrsg.), DBA Kommentar[1], 2013, Art. 23 A Rn. 111; *Haarmann* (Fn. 4), S. 123, 127.
43 *Weitemeyer/Wiese/Schumacher,* IStR 2016, 629, 697.
44 Vgl. BFH, BStBl. II 1996, 261; BStBl. II 1995, 580; *Schönfeld/Hack*, in: Schönfeld/Ditz (Fn. 42), Art. 23 A Rn. 111.
45 *Schönfeld/Hack*, in: Schönfeld/Ditz (Fn. 42), Art. 23 A Rn. 111.
46 Regierungsbegründung zu § 34c, BR-Drs. 511/79.
47 *Schnitger*, IStR 2013, 626, 628.
48 *Prokisch,* in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff (Hrsg.), EStG Kommentar[292], 2018, § 34c Rn. A 2.
49 Vgl. *Haarman* (Fn. 4), S. 123, 127.
50 *Roser*, in: FS-Gosch 2016, S. 351, 361.
51 Vgl. *Roser* (Fn. 50), S. 351, 361; *Prinz/Otto*, DB 2017, 1993.
52 Vgl. *Roser* (Fn. 50), S. 351, 361; *Haarman,* (Fn. 4), S. 123, 127; *Prinz/Otto*, DB 2017, 1991.

cc) Treaty Override

Womöglich könnte aber ein *Treaty Override* im nationalen Recht bestehen, der eine nach DBA grundsätzlich ermöglichte Anrechnung auf die Gewerbesteuer ausschließt.[53] Ein *Treaty Override* liegt dann vor, wenn der nationale Gesetzgeber mit Wissen und Wollen eine Bestimmung erlässt, die in klarem Widerspruch zu den eingegangenen Verpflichtungen im DBA steht.[54] Hinsichtlich der Anrechnung ausländischer Steuer könnte ein *Treaty Override* darin liegen, dass der Gesetzgeber sich dazu entschieden hat, keine explizite Anrechnungsvorschrift in das Gewerbesteuergesetz aufzunehmen. Dem wird wiederum in der Literatur entgegnet, dass es für einen *Treaty Override* eines expliziten Niederschlags im Gesetz bedarf (sog. Melford-Klausel: „ungeachtet der Vorschriften eines DBA") wie beispielweise in § 50d Abs. 10 EStG.[55] Hinsichtlich der gewerbesteuerlichen Anrechnung könne somit die bloße Nichtregelung keinen *Treaty Override* darstellen, weil es an einem expliziten Niederschlag im Gesetz fehle.[56] Inzwischen qualifizierte der BFH aber auch ein „verdecktes" *Treaty Overriding* aufgrund seines Inhalt und seiner Wirkungsweise als ein solches.[57]

Die Wirkungsweise der fehlenden Anrechnung im nationalen Recht widerspricht der Anrechnungsvereinbarung, wenn man bei der Fallgruppe 3 von einer Anrechnungsmöglichkeit auch auf die Gewerbesteuer ausgeht. Fraglich ist aber, ob der Gesetzgeber diese Wirkungsweise wissentlich und willentlich entgegen der Vorschrift in den DBA der Fallgruppe 3 geregelt hat. Das Problem der fehlenden Anrechnungsmöglichkeit hat seit 2008, als der Körperschaftsteuersatz gesenkt wurde, systematisch an Bedeutung gewonnen[58] und ist wegen zunehmender Auslandsaktivitäten deutscher Unternehmen praktisch immer stärker hervorgetreten. Erst dann hat sich das Schrifttum in größerem Umfang mit der fehlenden Anrechnungsmöglichkeit auseinandergesetzt. Zwar mag der Gesetzgeber nun – vermutlich fiskalisch und politisch motiviert – die Augen vor der Notwendigkeit einer solchen Regelung verschließen. Dass er sich aktiv gegen die Regelung in den DBA der Fallgruppe 3 in Form eines *Treaty Overrides* wenden will, wird aber nicht deutlich genug. Besonders wird dies belegt, wenn der Gesetzgeber, wie oben aufgezeigt, an anderen Stellen bei der Steuergesetzgebung die Melford-Klausel benutzt. Im hier gewonnen Ergebnis gelten also weiterhin vorrangig die Vorschriften der DBA der Fallgruppe 3, die eine Gewerbesteueranrechnung zulassen.

dd) Fehlender Anrechnungsmechanismus

Eine weiteres, von einigen Stimmen[59] für die Nichtanrechnung vorgebrachtes Argument basiert auf der „normativen Kraft des Faktischen". Da im deutschen Steuersystem kein Anrechnungsmechanismus auf die Gewerbesteuer geregelt ist, könne dieser auch nicht durch DBA eingeführt werden. DBA regelten, was anerkannt sei, nicht das „Wie", sondern nur das „Ob" der Anrechnung. Eine Anrechnung bedürfe eines Mechanismus. Wenn ein solcher nicht im nationalen Recht geregelt sei, könne eine Anrechnung auch nicht erfolgen, so diese Meinung.

Das Fehlen einer Anrechnungsmechanik führt aber nicht zu einem gesetzeslosen Zustand. Bestehende Lücken sind vielmehr durch entsprechende Anwendung anderer Vorschriften, ggf. ergänzt durch allgemeine Rechtsgrundsätze, zu schließen.[60] Dem deutschen Steuersystem ist eine Anrechnungsmechanik hinsichtlich ausländischer Steuer bekannt, nämlich in § 34c EStG und in § 26 KStG. Die dort geregelte Mechanik kommt auch als Mechanik im Gewerbesteuerrecht in Form einer analogen Anwendung in Betracht.[61] Selbst wenn sich keine analog anwendbare Vorschrift finden würde, so müsste dem Anwendungsvorrang der DBA zum Durchbruch verholfen werden, indem durch Auslegung des DBA eine passende Mechanik für die Durchsetzung des materiellen Rechts entwickelt wird.[62] Ein tragfähiges Argument gegen das Bestehen eines Anrechnungsrecht kann die fehlende Mechanik also nicht darstellen.

ee) Nur einmalige Anrechnung

Zuletzt soll auf eine Kritik von *Wassermeyer*[63] eingegangen werden. Diese basiert darauf, dass dem Wortlaut der DBA der Fallgruppe 3 nach nur *eine* Anrechnung auf die Steuer vom Einkommen vorgesehen ist. Die Anrechnung auf die Einkommen- bzw. Körperschaftssteuer und die Gewerbesteuer würde eine *zweimalige* Anrechnung bedeuten, die in diesen DBA nicht vorgesehen sei. Da die Anrechnung auf die Einkommensteuer bzw. Körperschaftsteuer im vorangingen Interesse des Steuerpflichtigen liegt, komme es auf eine gewerbesteuerliche Anrechnung nicht mehr an.

Diesem Argument begegnen zweierlei Bedenken. Zum einen ist es seit der Unternehmensteuerreform 2008 stark anzweifelbar, ob die Anrechnung auf die Einkommen- bzw. Körperschaftsteuer tatsächlich das vorrangige Anliegen des Steuerpflichtigen ist.[64] Bei Hebesätzen von über 450 % stellt die Gewerbesteuer mehr als die Hälfte der Steuerbelastung dar. Zum anderen geht es bei der gewerbesteuerlichen Anrechnungsmöglichkeit nicht darum, die selbe Steuer zweimal anzurechnen. Vielmehr soll eine Berücksichtigung möglicher Anrechnungsüberhänge durch eine Anrechnung bei der Gewerbesteuer ermöglicht werden. Die Steuer wird also – jedenfalls wirtschaftlich betrachtet – nur ein einziges Mal, dafür aber vollständig, angerechnet. Ansonsten könnte der jeweilige Vertragsstaat seine Steuer vom Einkommen auf verschiedene Steuerarten aufteilen und die nach DBA vereinbarte Anrechnung unterlaufen, was Sinn und Zweck

---

53 Zur Verfassungsmäßigkeit der Treaty Overrides vgl: BVerfG, 2 BVL 1/12.

54 OECD Committee on Fiscal Affairs, Report on Tax Treaty Overrides, Tax Notes International (TNI) 1990, 25.

55 Vgl. *Boller/Eilinghoff/Schmidt*, IStR 2009, 109, 111; **a.A**. G. *Frotscher*, IStR 2009, 593, 597.

56 Vgl. *Becker/Loose,* IStR 2012, 61; *Blumenberg*, in: StBJB 2012/13, 479.

57 Vgl. BFH, BStBl. II 2014, 791 Rn. 38 (juris).

58 *Becker/Loose*, IStR 2012, 58; *Haarmann* (Fn. 4), S. 123, 128; *Prinz/Otto*, DB 2017, 1998.

59 Vgl. *Grotherr*, in: Gosch/Kroppen/Grotherr (Fn. 22), Art. 23 A / 23 B Rn. 325; *Heurung/Seidel*, IWB 2009, 690 ff.; *Schnitger*, IStR 2013, 628.

60 Vgl. *Ismer,* in: Vogel/Lehner (Fn. 8), Art. 23 A / 23 B, Rn. 138.

61 Vgl. *Schönfeld/Hack,* in: Schönfeld/Ditz (Fn. 42), Art. 23 A Rn. 111; *Haarmann* (Fn. 4), S. 123, 129.

62 *Becker/Loose,* IStR 2012, 62; M. *Frotscher* (Fn. 10), S. 115, 123; *Haarmann* (Fn. 4), S. 123, 129.

63 Vgl. *Wassermeyer*, in: Wassermeyer (Fn. 12), Art. 23 A MA Rn. 104.

64 Vgl. *Herzig*, in: DB 2007, 1541, 1541 ff.; *Kessler/Dietrich,* IStR 2011, 110.

der Abkommen konterkarieren würde.[65] Der Einwand der nur einmaligen Anrechnung überzeugt also nicht.

f) Zwischenergebnis

Wortlaut, Systematik und Telos der DBA-Regelung der Fallgruppe 3 sprechen deutlich für eine Gewerbesteueranrechnung. Überzeugende Einwände dagegen bestehen nicht. Es ergibt sich somit eine Anrechnung ausländischer Quellensteuer auf die Gewerbesteuer nach solchen DBA, die eine Anrechnung auf die *deutsche Steuer* bzw. *Steuer vom Einkommen* vorsehen.

II. Unionsrecht

Für die nicht von einem solchen DBA erfassten Fälle ist anzumerken, dass nach dem gegenwertigen Stand der EuGH-Rechtsprechung keine generelle Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Vermeidung der Doppelbesteuerung besteht.[66] Eine daraus abgeleitete Anrechnungsverpflichtung ausländischer Quellensteuer von EU-Mitgliedsstaaten auf die Gewerbesteuer gibt es also nicht.[67]

III. Analoge Anwendung des § 34c EStG aufgrund Regelungslücke

Eine analoge Anwendung des § 34c EStG aufgrund einer planwidrigen Regelungslücke für solche Fälle, bei welchen entweder das DBA mit Deutschland die Gewerbesteueranrechnung ausschließt oder bei welchen gar kein DBA mit Deutschland besteht,[68] ist nach hier vertretener Meinung abzulehnen. Denn aufgrund des aus historischer Sicht äquivalenzgestützten, objektorientierten Gewerbesteuerrechts wird man bei der vorzufindenden Nichtregelung von einem bewussten Regelungsverzicht ausgehen müssen.[69] Zumindest weisen die mehr als 30 DBA, die eine Gewerbesteueranrechnung explizit ausschließen, darauf hin, dass der Gesetzgeber keine Anrechnung ausländischer Steuer bei der Gewerbesteuer wollte.

IV. Verfassungskonforme Auslegung des § 34c EStG

In der Literatur wird für die nicht von einem DBA der Fallgruppe 3 erfassten Fälle die Verfassungswidrigkeit der Nichtanrechnung behauptet und daraus die Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung des § 34c EStG hergeleitet.[70]

In der Tat deutet vieles auf einen Verstoß gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip und des Folgerichtigkeitsprinzips (beide in Art. 3 Abs.1 GG verfassungsrechtlich verankert) durch die Nichtanrechnung hin. Die Steuerzahlung im Ausland stellt eine Aufwendung dar, die vom Steuerpflichtigen nicht beeinflusst werden kann. Sie ist grundsätzlich nach dem Leistungsfähigkeitsprinzip durch Anrechnung zu berücksichtigen.[71] Ausländische Einkünfte können sowohl einer ausländischen Quellensteuer wie auch der deutschen Gewerbesteuer unterliegen. Die notwendige Konsequenz, um dem Folgerichtigkeitsprinzip Rechnung zu tragen, müsste daher eine Anrechnung der ausländischen Steuer auch auf die Gewerbesteuer sein. Die Prinzipen der Folgerichtigkeit und der Leistungsfähigkeit gelten freilich nicht immer uneingeschränkt. Rechtfertigungsgründe wie das fiskalische Aufkommen und ein möglicherweise hoher verwaltungstechnischer Aufwand dürfen aber keine tragende Rolle spielen.[72] Eine Rechtfertigung der Nichtanrechnung könnte darin bestehen, dass die Gewerbesteuer den Gemeinden als Gegenleistung für deren Leistungen zusteht. Man könnte also argumentieren, dass die gemeindlichen Leistungen den gewerbesteuerpflichtigen Unternehmen zu Gute kommen unabhängig davon, ob diese auch im Ausland tätig sind. Dieser, an die ursprüngliche Konzeption der Gewerbesteuer angelehnte, Begründungsansatz findet aber wenig Bezug zur Realität. Um das Beispiel des gewerbetreibenden Fußballschiedsrichters aufzugreifen, fällt es schwer nachzuvollziehen, welche Leistungen der Schiedsrichter für seine Tätigkeit von seiner Gemeinde bezieht, die es rechtfertigen würden, die Gewerbesteuer unabhängig davon zu erheben, ob er seine Tätigkeit im In- oder Ausland ausübt. Auch wenn dieses Argument gleichzeitig die Rechtfertigung der Gewerbesteuer generell in Frage stellt und dies ein weiterer der vielen Problembereiche der Gewerbesteuer ist, so erscheint es zumindest nicht tragfähig, eine Verwehrung des Abzugs der Aufwendungen im Ausland zu rechtfertigen. Anzumerken ist, dass die Auswirkungen der Nichtanrechnung beim Einkommensteuerpflichtigen bis auf Sonderfälle aufgrund von § 35 EStG nicht vorhanden bzw. nur gering sind. Weitere Rechtfertigungsgründe als die dargestellten sind allerdings nicht ersichtlich, sodass ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG zumindest bei Körperschaftspflichtigen angenommen werden kann.[73]

Nach hier vertretener Auffassung kann dieser Verstoß jedoch nicht durch eine verfassungskonforme Auslegung des § 34c EStG geheilt werden. Die verfassungskonforme Auslegung ist ein Sonderfall.[74] Ihr Anwendungsbereich ist aufgrund uneinheitlicher Rechtsprechung des BVerfG unklar.[75] Fest steht aber, dass die verfassungskonforme Auslegung nicht zu einem Widerspruch mit dem Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift führen und der gesetzgeberische Wille nicht in sein Gegenteil verkehrt werden darf.[76] Wie schon bei der diskutierten anlogen Anwendung des § 34c EStG deutlich geworden ist, spricht der gesetzgeberische Wille in den nicht von einem DBA der Fallgruppe 3 erfassten Fällen eindeutig gegen eine Gewerbesteueranrechnung, sodass die Grenze des Anwendungsbereichs der verfassungs-

---

65 Vgl. *Ismer,* in: Vogel/Lehner (Fn. 8), Art. 23 A / 23 B Rn. 138; *Haarmann* (Fn. 4), S. 123, 129.

66 Vgl. EuGH, C-513/04 – *Kerckhaert Morres,* IStR 2007, 66.

67 *Becker/Loose,* IStR 2012, 58; *Haarmann* (Fn. 4), S. 123, 130; *Prinz/Otto*, DB 2017, 1989.

68 Kein DBA besteht zum Beispiel im Verhältnis Deutschland mit Honkong oder Monaco.

69 So auch: *Haarmann* (Fn. 4), S. 123, 132; *Prinz/Otto*, DB 2017, 1989.

70 Vgl. insbesondere *Haarmann* (Fn. 4), S. 123, 130 ff.

71 *Prokisch*, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff (Fn.48), § 34c Rn. A 28.

72 *Prokisch*, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff (Fn.48), § 34c Rn. A 28 und A 159.

73 So *Haarmann* (Fn. 4), S. 123, 132.

74 *Sachs*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar[8], 2018, Einführung Rn. 52.

75 *Sachs*, in: Sachs (Fn. 74), Einführung Rn. 54.

76 Vgl. nur BVerfGE 8, 28 Rn. 21 (juris); *Sachs*, in: Sachs (Fn. 74), Einführung Rn. 54 m.w.N.

konformen Auslegung mit Blick auf die Gewaltenteilung überschritten ist. Somit lässt sich eine Verpflichtung des deutschen Fiskus zur Anrechnung ausländischer Steuern auf die Gewerbesteuer nicht aus einer verfassungskonformen Auslegung nach § 34c EStG ableiten. Ungeachtet dessen bleibt die Nichtanrechnung „systemwidrig"[77] und stellt sich verfassungsrechtlich bedenklich dar,[78] da sie im Ergebnis zur partiellen Doppelbesteuerung besonders bei Körperschaftsteuerpflichtigen führt.

V. Zwischenergebnis

De lege lata besteht eine Verpflichtung des deutschen Fiskus zur Anrechnung ausländischer Quellensteuer auf die Gewerbesteuer (nur) hinsichtlich grenzüberschreitender Schachverhalte, die von einem DBA mit einer Anrechnungsregelung über die *deutsche Steuer* bzw. *Steuer vom Einkommen* erfasst werden.

E. Durchführung der Anrechnung

In den einschlägigen Methodenartikeln gibt es keine Details über einen entsprechenden Anrechnungsmechanismus, sodass die Durchführung der Anrechnung auf die Gewerbesteuer unklar ist. Folgende Aspekte sind aufgrund der Besonderheiten der Gewerbesteuer zu beachten.

I. Anrechnungsreihenfolge

Zunächst ist zu klären, in welchem Verhältnis die Gewerbesteuer zur Anrechnung auf die Einkommensteuer bzw. Körperschaftsteuer steht. Telos der Anrechnungsregeln ist es eine Doppelbesteuerung zu vermeiden, aber keine niedrigere Besteuerung als im Inlandsfall herzustellen. Jedenfalls eine zweimalige Anrechnung der ausländischen Steuer in voller Höhe, sowohl auf die Einkommensteuer bzw. Körperschaftsteuer und auf die Gewerbesteuer ist somit auszuschließen.[79] Darüber hinaus stehen sich drei Möglichkeiten über die Ausgestaltung des Anrechnungsverhältnisses zwischen den Steuerarten gegenüber. Zum einen ist eine Rangfolge möglich, nach welcher zuerst vollständig auf die eine Steuerart und lediglich nachrangig im Falle von Überhängen auf die andere Steuerart anzurechnen ist. Dabei wird nach wohl überwiegender Ansicht in der Literatur vorrangig auf die Einkommen- bzw. Körperschaftsteuer und nachrangig auf die Gewerbesteuer anzurechnen sein.[80] Neben einer Rangfolge erscheint auch eine anteilige Anrechnung auf die einzelnen Steuerarten möglich.[81] Zuletzt könnte dem Steuerpflichtigen bezüglich der Reihenfolge ein Wahlrecht einzuräumen sein.[82] Für letztere Möglichkeit spricht die Zwecksetzung der Anrechnungsregeln und die fehlende gesetzliche Reihenfolge.[83] Gegen ein Wahlrecht des Steuerpflichtigen spricht allerdings, dass dieser damit die Steuereinnahmen zugunsten oder zulasten der Gemeinden verschieben könnte, in denen die betroffenen Gewerbebetriebe ansässig sind. Dies könnte in erheblichem Maße in die Finanzierungsfreiheit der Gemeinden eingreifen.[84] Eine proportional anteilige Anrechnung erscheint verwaltungsintensiv und schwer zu entwickeln, obwohl die fehlende gesetzliche Reihenfolgenregelung wohl am ehesten für eine solche „Gleichbehandlung" beider Steuerarten spricht. Der Gesetzgeber hat die Anrechnung auf die Einkommen- und Körperschaftsteuer ausdrücklich geregelt. Daher sollte zuerst auf die nationale Anrechnungsregelung zurückgegriffen und erst subsidiär sollten die Anrechnungsüberhänge auf die Gewerbesteuer angerechnet werden. Damit würde der Haushalt der Gemeinden geschont und eine aufwändige, proportionale anteilige Anrechnung verzichtbar. Dies würde auch in der Praxis für den Steuerpflichtigen den günstigsten Weg darstellen,[85] da so (nur) der Anrechnungsüberhang strittig ist. Wegen diesem wird der Steuerpflichtige aufgrund der in der Praxis allgemein geübten Nichtanrechnung den Rechtsweg bestreiten müssen.

II. Zerlegungsfälle

Verfügt das betroffene Unternehmen über mehr als eine Betriebsstätte in verschiedenen Gemeinden, so stellt sich die Frage, wie die anrechenbaren Steuern auf die einzelnen Gemeinden aufzuteilen sind. Denkbar wäre, im Einklang mit dem Verursacherprinzip, die Anrechnung auf die Gewerbesteuer nur in den Gemeinden vorzunehmen, deren Betriebsstätten ausländische Einkünfte erzielen.[86] Teilweise wird auch vorgeschlagen, dem Steuerpflichtigen ein Wahlrecht über die Anrechnungsaufteilung auf die Gemeinden einzuräumen.[87] Die Verwaltungsintensivität dieser Varianten wäre aber beachtlich.[88] Es ist daher auch in Zerlegungsfällen von der effektiven Gewerbesteuerbelastung des Unternehmens des Steuerpflichtigen auszugehen, sodass im Endeffekt eine gleichmäßige Aufteilung auf alle Gemeinden, in denen das Unternehmen eine Betriebstätte unterhält, stattfindet. Wie die effektive Gewerbesteuerbelastung zu ermitteln ist, wird im nächsten Gliederungspunkt dargelegt.

III. Zuständigkeit für die Anrechnung

Die Gewerbesteuer wird in einem zweistufigen Verfahren festgesetzt und erhoben. Die Finanzämter ermitteln als Besteuerungsgrundlage den Gewerbesteuermessbetrag, auf dessen Grundlage die Gemeinde nach Anwendung ihres Hebesatzes den Steuerbetrag festsetzt. Logischerweise müsste die Anrechnung ausländischer Steuer auf den Steuerbetrag erfolgen, d.h. bei der Gemeinde. Problematisch hierbei ist, dass die Kommunen kaum in Lage sind, eine derartige Anrechnung zu administrieren.[89] Auch die festgeschriebene Aufgabenverteilung bei der Erhebung der Gewerbesteuer lässt eine Durchführung bei den Gemeinden nicht zu.

---

[77] Vgl. *Prinz/Otto*, DB 2017, 1989 u. 1993.

[78] Sollte ein Verstoß aufgrund der Nichtanrechnung gegen Art. 3 Abs. 1 GG (vertretbar) bejaht werden, könnten die Vorschriften über die Besteuerung ausländischer Einkünfte im Gewerbesteuergesetz keinen Bestand haben. Vgl. dazu ausführlich *Haarmann* (Fn. 4), S. 123, 133.

[79] Vgl. *Becker/Loose* 2012, 63; *Kahle/Willner*, Ubg 2017, 32.

[80] Vgl. *Ismer,* in: Vogel/Lehner (Fn. 8), Art. 23A/23B Rn. 138; *Schmidt/Blöchle,* in: Strunk/Kaminiski/Köhler (Fn. 28), Art. 23 A/B OECD MA, Rn. 197, 199; *Schönfeld/Hack,* in: Schönfeld/Ditz (Fn. 42), Art. 23 A/B Rn 111.

[81] Vgl. M. *Frotscher* (Fn. 10), S. 115, 128.

[82] Vgl. *Becker/Loose,* IStR 2012, 63; *Haarmann* (Fn. 4), S. 123, 134.

[83] So auch: *Prinz/Otto*, DB 2017, 1991.

[84] Vgl. M. *Frotscher* (Fn. 10), S. 115, 128.

[85] *Kahle/Willner,* in: Ubg 2017, 32; *Prinz/Otto*, DB 2017, 1991.

[86] Vgl. M. *Frotscher* (Fn. 10), 115, 127.

[87] Vgl. *Becker/Loose*, IStR 2012, 63.

[88] *Kahle/Willner,* in: Ubg 2017, 32.

[89] *Haarmann* (Fn. 4), S. 123, 134; wohl auch: *Becker/Loose*, IStR 2012, 63.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist deswegen eine Anrechnung bei der Gemeinde nicht möglich; die Zuständigkeit liegt beim Finanzamt.[90] Die Anrechnung ausländischer Steuern ist also bei der Festlegung des Steuermessbetrages vorzunehmen. Da eine direkte Anrechnung auf den Steuermessbetrag nicht möglich ist, ist ein Kürzungsbetrag im Wege einer Rückrechnung zu ermitteln. Um nicht jede Gemeinde mit ihrem autonomen Hebesatz einschalten zu müssen, bietet es sich an, als Basis für die Rückrechnung die effektive Gewerbesteuerbelastung des Unternehmens zu errechnen.[91] Dabei wird mit dem gewichteten, durchschnittlichen Gewerbesteuerhebesatz der Gemeinden begonnen, in denen der Steuerpflichtige gewerbesteuerpflichtig ist. Anschließend multipliziert man diesen durchschnittlichen Hebesatz mit der Steuermesszahl und erhält so den effektiven Gewerbesteuersatz. Die anzurechnende ausländische Quellensteuer ist dann mit dem effektiven Gewerbesteuersatz zu dividieren, um den finalen Kürzungsbetrag zu erhalten. Subtrahiert man diesen vom Steuermessbetrag, erfolgt eine indirekte Steueranrechnung der ausländischen Steuer auf die Gewerbesteuer.[92]

IV. Anrechnungsgrenzen

Weiterhin sind die im Bereich der Einkommens- bzw. Körperschafsteuer nach §§ 34c EStG, 26 KStG geltenden Anrechnungsgrenzen zu beachten, damit diese nicht unterlaufen werden.[93] So ist die per-country-limitation nach § 68 EStDV i.V.m. § 34c EStG bei der Anrechnung auf die Gewerbesteuer entsprechend zu berücksichtigen.[94] Der Anrechnungshöchstbetrag ergibt sich sinngemäß für die Gewerbesteuer, indem der effektive Gewerbesteuersatz des Steuerpflichtigen mit den Einkünften aus dem jeweiligen Land multipliziert wird.[95]

F. Exkurs: Steuerpolitische Fragen

Losgelöst von der Frage, ob schon jetzt ein Recht auf Anrechnung auf die Gewerbesteuer besteht, gibt es steuerpolitische Aspekte zu bedenken, die zu einer nationalen gesetzlichen Regelung über die Gewerbesteueranrechnung drängen. Mit Blick auf derzeitige internationale Herausforderungen (z.B. der Brexit) wird der steuerpolitische Aspekt der Stärkung des Wirtschaftsstandorts Deutschland an Bedeutung gewinnen. Bereits 2008 wurde mit der Unternehmensteuerreform das Ziel der Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeiten deutscher Kapitalgesellschaften verfolgt. Dieses Ziel wird nicht erreicht, wenn man einerseits den Steuerpflichtigen um inländisches Anrechnungspotential „beraubt“, andererseits aber keine Anrechnung auf die Gewerbesteuer ermöglicht. Die daraus resultierende Doppelbesteuerung schwächt die internationale Wettbewerbsfähigkeit deutscher Unternehmen. Schon oft wurde im internationalen Kontext die Gewerbesteuerbelastung als „Stolperstein“ und Grund für eine fehlende Attraktivität Deutschlands als Holdingstandort im internationalen Kontext identifiziert.[96]

G. Ergebnis

Die Steueranrechnung im deutschen Steuersystem erstreckt sich nicht auf die Gewerbesteuer und wird praktisch auch nicht unternommen. Der deutsche Fiskus muss aber *de lege lata* die Anrechnung ausländischer Quellensteuer auf die Gewerbesteuer dann vornehmen, wenn die ausländischen Einkünfte aus einem Land stammen, mit dem Deutschland bilateral eine Anrechnung auf *die Steuer vom Einkommen* verabredet hat.

Die gemeindliche Hebesatz- und Zerlegungsthematik verursacht dabei unter Umständen einen nennenswerten Verfahrensaufwand. Insgesamt erscheint aber die Durchführung realisierbar. Um die Anrechnungsmechanik rechtsicher zu klären, bleibt eine gesetzliche Regelung notwendig.

Eine eigenständige und praktikable Anrechnungsregelung im Gewerbesteuergesetz ist auch – folgend aus der gewerbesteuerlichen Erfassung ausländischer Tatbestände – aus systematischen Gründen erforderlich und für steuerpolitische Zwecke wie der Stärkung Deutschlands als Wirtschaftsstandort wichtig. Zu hoffen bleibt daher, dass der Gesetzgeber nicht weiterhin an Althergebrachtem festhält nach dem Grundsatz *quieta non movere*, sondern den in der Literatur schon vielfach geäußerten Appellen für eine Gewerbesteueranrechnung ausländischer Steuern Beachtung schenkt.

---

[90] BVerwG, HFR 2014, 1117, Rn. 6 (juris).
[91] Vgl. *Haarmann* (Fn. 4), S. 123, 135; *Prinz/Otto*, DB 2017, 1991; *Kahle/Willner*, Ubg 2017, 32.
[92] *Haarmann* (Fn. 4), S. 123, 135.
[93] So auch: *Haarmann* (Fn. 4), S. 123, 135; *Prinz/Otto,* DB 2017, 1992.
[94] Zur Unionsrecht- und Verfassungsrechtmäßigkeit der per-country-limitation vgl. BFH, BStBl. II 2015, 361.
[95] *Haarmann* (Fn. 4), S. 123, 135; *Prinz/Otto,* DB 2017, 1992.
[96] Vgl. *Lichtblau*, 200; *Haas,* IStR 2011, 353, 354; *Schnitger*, IStR 2012, 628 f.

Together we make a mark

WHITE & CASE